

בניין אב: השופט ש"ז חשין – מכונן דיני האמונאות בישראל

עמיר ליכט*

"The wisdom of our predecessors is a valuable resource, and the doctrine of precedent continues to apply. The courts should not be reinventing the wheel."¹

רשימה זו מבקשת להעלות על נס את פועלו של השופט שניאור זלמן חשין, אביו של השופט מישאל חשין, בהקשר שאליו, כמדומה, טרם ניתנה הדעת כמעט לגמרי, לאמור, פסיקה פרי עטו אשר כוננה בדין הישראלי את דיני האמונאות. ברוח הסוגה של "ציוני דרך בפסיקה" (landmark cases), נתמקד בפסק דינו של השופט חשין בעניין אגיון, שבו הוא קבע את תוכנה של חובת האמון של מנהלי חברה, ושל אמונאים בכלל, לפעול בתום לב כיסוד נפשי ובלא השפעה של עניין זר כלשהו, והדגיש את חובתם לתת חשבון (to account). הלכת אגיון, ועימה פסיקה נוספת פרי עטו שבה ביסס את עקרון האקאונטביליות בדיני האמונאות, יצרו מסד שלם לדינים אלו, בהתוותן הן את כללי ההתנהגות הנדרשים ממי שכפופים להם הן את משטר הסעדים החל על מי שמפרים אותם. פסיקה זו מציבה את השופט חשין כאב המייסד והמכונן של דיני האמונאות במשפט הישראלי.

* פרופסור מן המניין, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן, alicht@runi.ac.il. על הערות מועילות לטיטות קודמות תודותיי נתונות לרועי שפירא, לקורא/ת החיצוני/ת ולחברות מערכת משפט ועסקים. האקאונטביליות לתקלות שנותרו ברשימה רובצת על הח"מ.

1 Inv. Tr. Cos. (in liq.) v. Revenue & Customs Comm'rs [2017] UKSC 29, [40] (UK) (Lord Reed) (appeal taken from EWCA (Civ)).

מבוא

- פרק א: מאי אמונאי?
 פרק ב: מסכת העובדות
 1. הנפשות הפועלות
 2. סיפור המעשה
 פרק ג: ההלכה שנפסקה
 פרק ד: מאז ועד היום
 סיכום

מבוא

מעשה אבות סימן לבנים. את דברי הפרדה שלו מבית המשפט העליון פתח השופט מישאל חשין בדברים על אביו, השופט שניאור זלמן חשין:

"שלא כעץ השדה הוא האדם. לאדם, לכל אדם, יש אם ואב, מורים ומחנכים, חברים וידידים. וביום יחיד ומיוחד זה ביקשתי להזכיר בשמותיהם מקצת מאותם אנשים שעיצבו את אופיי והדריכו אותי בחיי. ראש וראשון הוא אבא, שניאור זלמן חשין, ממלא־מקום קבוע לנשיא בית המשפט העליון. מורה, מחנך, שופט, אדם. אבא הלך לעולמו על משמרתו והוא בחצי ימיו. בן חמישים ושש היה, רוחו עז ודברו חוכמה. הטוב אשר בי – אהבת האדם, אהבת העם, אהבת התנ"ך – מאבא בא לי. אני גא בהיותי בן לו, גא עד בלי־די.²"

באותו מעמד של פרדה העלה גם הנשיא ברק על נס את דמותו של השופט חשין האב ואת תרומתו הייחודית למשפט הישראלי:

"איני יכול להיפרד ממישה מבלי להזכיר את אביו – שניאור זלמן חשין. זאת משני טעמים: ראשית, משום שהמשכיות הדורות מאפיינת את פסיקתו של בית המשפט העליון בכלל ואת זו של מישה בפרט. דור המייסדים, שעמו נמנה השופט ש"ז חשין, כתב את הפרקים הראשונים בספר המשפט והשיפוט של מדינת ישראל. זוהי שרשרת בלתי־פוסקת של שופטים, המעבירים מדור לדור את המסורת והתרבות של השפיטה בישראל. הגענו למה שהגענו בזכות דורות של שופטים שעל כתפיהם אנו עומדים ובזכותם אנו מרחיקים ראות. שנית, משום שבין חשין האב לחשין הבן היה קשר יחיד במינו, קשר שיש בו הבנת האב

2 מישאל חשין פָּרַש בּוֹדֵד בְּעֶרְבוּת הַחֶק וְהַמִּשְׁפָּט: אמרות ולקטות ממשנתו של מישאל חשין 3 (אביעד הכהן עורך, 2015). הנאום פורסם גם אצל מישאל חשין "מילות פרידה" משפטים 271 (2007).

לכישרון הנדיר של הבן ויש בו הערצת הבן את האב... אחת-עשרה שנים כיהן חשין האב בבית המשפט העליון, ופסקי הדין שנתן מאירים עד היום את דרכנו כשופטים כמגדלור רב-עצמה. הם האירו באור גדול את דרכי שלי, והם האירו את דרכו של משה במשפט ובשיפוט.³

רשימה זו מבקשת להקים גלעד מעט לשופט ש"ז חשין (שלהלן אכנה אותו בפשטות גם "השופט חשין") – למגדלור שהיה ולנתיב האור שפילס במשפט הישראלי. רבים, ובכלל זה הנשיא ברק בדבריו שלעיל, הצביעו על תרומתו החלוצית של השופט חשין למשפט הציבורי, ובמיוחד לזכויות הפרט במשפט החוקתי. כך, למשל, מאזכרים באופן תדיר פסקי הדין שלו בעניין **בוז'ני**, שבו הוכרה זכות היסוד החוקתית לחופש העיסוק (שם – של "מאכערים" במשרד הרישוי) ונקבעה פסולתה של פעולה מנהלית המנסה להגבילו בלא סמכות בחוק;⁴ ובעניין **שייב**, שבו נפסלה הוראתו של ראש הממשלה דוד בן גוריון למנוע מישראל שייב (אלדד), שהיה ממפקדי לח"י, את האפשרות לעבוד כמורה לנוכח דעות שהשמיע.⁵

ידידו של השופט חשין רב לו גם במשפט הפרטי, ולתרומתו לעיצוב משפט זה בישראל אין מתחרים, כנראה. בהקשר זה נהוג להצביע על חיבתו ל"ענף השלישי" של דיני החיובים – דיני עשיית עושר ולא במשפט (הנוספים על דיני הנזיקין ודיני החוזים). השופט חשין חידש את הביטוי כמושג משפטי בעקבות דברי הנביא ירמיהו,⁶ וייחד את השימוש בו לציון הענף המשפטי המכונה כיום unjust enrichment.⁷ הוא לימד קורס

3 אהרן ברק "לרגל פרישתו של המשנה לנשיא מישאל חשין" **משפטים** לו 279, 284–285 (2007) (ההדגשות במקור).

4 "כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק... זוהי זכותם; זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה" (בג"ץ 149/79 **בוז'ני נ' שר-המטרה**, פ"ד ב 80, פס" 5 (1949)). לדיון ראו ניר קידר "על הפורמליזם המחנך של בית המשפט העליון המוקדם: עיון מחודש בפסקי הדין בפרשות **בוז'ני** ושייב" **מחקרי משפט** כב 385 (2006). לתיאור חשיבותו של עניין **בוז'ני** מזווית לא שגרתית ראו החלטה בבקשה של שני-יראקצי' לעיין בתיק בית המשפט המקורי – בג"ץ 149-א (פורסם באר"ש, 28.2.2006).

5 "...מדינתנו מושתתת על שלטון החוק ולא על שלטון אישים. ואם הצנוורה עברה בשתיקה על פרסומי המבקש, ולא מיחתה בידו – עד כמה שהדבר מוזר – להטיף למרד, לא פסק עוד, תודה לאל, דין מישאל" (בג"ץ 144/50 **שייב נ' שר הבטחון**, פ"ד ה 399, פס" 8 לפסק דינו של השופט חשין (1951)). ראו גם קידר, לעיל ה"ש 4. לרקע רחב יותר על השופט חשין ועל תרומתו למשפט החוקתי ראו רווית צמח "מדינתנו מושתתת על שלטון החוק ולא שלטון אישים" **הארץ** 23.9.2023. <https://did.li/Q9Crl>.

6 "קרא דגור ולא ילד עשה עשר ולא במשפט בן-צ'י ימו יעזבנו ובאחריתו יהיה נבל" (ירמיהו יז 11).

7 בעקבותיו אומץ מושג זה בשמו של חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. ראו הצעת חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ח-1978, ה"ח 266.

פנושא ובשם זה בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים,⁸ ולימים נכנס בנעליו אלו בנו מישאל.⁹ אולם תרומתו המרכזית לתחום הייתה בהנחת בסיס דוקטרינרי לקליטתו בדין הישראלי במסגרת פסיקותיו כשופט בית המשפט העליון.¹⁰ ניתוח מלא של תרומתו זו ממתין ליומו.¹¹

הרשימה הנוכחית מבקשת להעלות על נס את פועלו של השופט חשין בהקשר שאליו, כמדומה, טרם ניתנה הדעת כמעט לגמרי, לאמור, פסיקה פרי עטו אשר כוננה בדין שלנו את "הענף הרביעי" בדיני החיובים: דיני האמונות (fiduciary law).¹² ברוח הסוגה של "ציוני דרך בפסיקה" (landmark cases),¹³ נתמקד בפסק דינו המכונן של השופט חשין בעניין **אגיון**, שבו קבע את תוכנה של חובת האמון של מנהלי חברה, ושל אמונאים בכלל, לפעול בתום לב (כיסוד נפשי) ובלא השפעה של עניין זר כלשהו, והדגיש את חובתם לתת חשבון (to account).¹⁴ הלכת **אגיון** הצטרפה לעניין **פופקו**, שנפסק מעט קודם לכן, ואשר בו ביסס השופט חשין את עקרון האקאונטביליות בדיני האמונות.¹⁵ יחדיו יצרו שתי הפסיקות האלה מסד שלם לדינים אלו, בהתווה הן את כללי ההתנהגות הנדרשים ממי שכפופים להם הן את משטר הסעדים החל על מי שמפרים אותם. פסיקה זו מציבה את השופט חשין כאב המייסד והמכונן של דיני האמונות במשפט הישראלי. בניין אב בכל מובן אפשרי.¹⁶

8 דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א 42 (מהדורה שלישית, 2015).

9 ראו אבי מליקובסקי "לעשות משפט אמת וצדק בדרכו של שופט כפי שלמדתי ממי שקדמו לי ובבית אבי" – הרהורים על פסקי הדין האחרונים שנתן השופט מישאל חשין לפני פרישתו" בכרך זה.

10 ראו ע"א 76/51 **בר-און נ' טופול**, פ"ד ח 1065 (1954); ע"א 412/54 **ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר תל אביב-יפו נ' חברת "ארמון אהרונוביץ 3 בע"מ"**, פ"ד י 1835 (1956); ע"א 278/56 **סופרגו, חברה להפצת גז בע"מ נ' מזרחי**, פ"ד יב 394 (1958).

11 להתייחסות במשתמע ראו פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 8, בעמ' 40. ראו גם עמיר ליכט "שלמוני אמונאי ישראל: תביעות שוחד ומגמות בדיני אמונות ודיני עשיית עושר ולא במשפט" **משפט ועסקים** כח 243, 284, 309, ה"ש 279 (2023) (להלן: ליכט "שלמוני אמונאי ישראל").

12 להתייחסות חטופה בשולי הדברים ראו ליכט "שלמוני אמונאי ישראל", שם.

13 ראו, למשל, LANDMARK CASES IN EQUITY (Charles Mitchell & Paul Mitchell eds., 2012);

LANDMARK CASES IN COMPANY LAW (Victoria Barnes & Sally Wheeler eds., forthcoming Apr. 2025); LANDMARK CASES IN THE LAW OF RESTITUTION (Charles Mitchell & Paul

Mitchell eds., 2006).

14 המ' 100/52 **חברה ירושלמית להעשייה בע"מ נ' אגיון**, פ"ד ו 887 (1952).

15 ע"א 89/49 **פופקו נ' חמדי**, פ"ד ה 242 (1951). לפירוט מה ראו להלן ה"ש 65.

16 למי שיתהו: אב מוליד, אב מייסד ומקור לפיתוח הדין.

פרק א: מאי אמונאי?

כיום, בעיצומה של המאה העשרים ואחת, אין מי שיחלקו על כך שנושא משרה בחברה חב לה חובת אמון, ובכלל זה עליו לפעול בתום לב לטובתה, להימנע מניגוד עניינים ולגלות לה כל מידע מהותי בקשר למשרתו.¹⁷ כך קובע כיום סעיף 254 לחוק החברות, התשנ"ט-1999. קדם לו, באותה לשון ממש, סעיף 96כז לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, אשר הוסף לנוסח הפקודה בשנת 1991, וכבר אז היה בגדר חיקוק הצהרתי שלא הכניס שינוי מהותי בדיון.¹⁸ בפסיקתו של בית המשפט העליון אין עוררין

17 רשימה זו מתמקדת בתוכנה של חובת האמון, ואינה עוסקת בשאלה אימתי חלה חובת אמון על פלוני. בדיון החרות פזורות הוראות רבות המטילות על שחקנים שונים חובת אמון או איסור לפעול בניגוד עניינים. ככלל, הוראות אלו פורשו על ידי בתי המשפט כהצהרות גרידא וכמשקפות את המצב המשפטי שקדם לחקיקתן ואשר היה שורר גם בהעדרן. ראו, למשל, באשר ליחסי עורך דין-לקוח, ע"א 554/87 **מזור נ' אריאלי**, פ"ד מה(1) 370, פס" 6 (1990).

מחוץ לגדרי ההוראות החרותות, עמדת הזרם המרכזי בפסיקה גורסת כי "עקרון האמון הוא בעל תחולה רחבה. הוא חל בכל מקום שבו נתונים לאחד כוח ושליטה על זולתו... חובת האמון היא חובה כללית, המוטלת על בעל הכוח" (ע"א 817/79 **קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ**, פ"ד לח(3) 253, פס" 48-49 (1984) (להלן: ע"א **קוסוי**)). ליישום של גישה זו ראו, למשל, ע"א 4377/04 **גורן-הולצברג נ' מירו**, פ"ד סב(2) 661, פס" 3-6 לפסק דינה של השופטת חיות (2007). גישה זו אינה מיטבית. היא אינה נוהגת במשפט המשווה, ובחלק מהשיטות היא אף נדחתה במפורש מפני הגישה החדשה, הנוהגת בשיטות המשפט המקובל ומבוססת על התחייבות (undertaking) של פלוני לפעול בשמו של אחר או למענו. לסקירה ולדיון ראו עמיר ליכט "חובת אמון – אימתי?" **חובות אמון בדיון הישראלי** 35 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016). גישת ההתחייבות אומצה אצלנו בבג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פס" 55-56 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן (פורסם באר"ש, 31.10.2017), אולם גישת הכוח והשליטה אל מול פגיעות עורנה נהגת, כאמור. ראו עמיר ליכט "דיני עמונות – לקראת הלכה חדשה לגבי תחולתה של חובת אמון" **נקודה בסוף משפט** 23.11.2017 <https://did.li/Nk65q>.

עובדי ציבור נחשבים אמונאים במשפט הפרטי, כך שהם כפופים לחובת האמון הרגילה (fiduciary loyalty). הם כפופים גם לאיסור ניגוד עניינים במשפט הציבורי, שתוכנו זהה כנראה לאיסור ניגוד העניינים שבגדר חובת האמון. ראו בג"ץ 531/79 **סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקווה נ' מועצת עיריית פתח-תקווה**, פ"ד לד(2) 566, פס" 2-6 (1980). לדיון קצר ולסימוכין נוספים ראו ליכט "שלמוני אמונאי ישראל", לעיל ה"ש 11, בעמ' 260-262. ראו גם, באופן כללי, יפעת נפתלי בן ציון **דיני האמונות במבט השוואתי – על תאוריה משפטית, פסיקה ומה שביניהן** 48-53 (2022) LIONEL ; (2023) SMITH, THE LAW OF LOYALTY.

18 "תיווסף הוראה מפורשת המטילה על נושא משרה חובת אמונים כלפי החברה, בדומה לחובה המוטלת על שלוח... ההוראה מפרטת מספר מקרים מובהקים של פעולות המהוות הפרת חובת אמונים" (דברי ההסבר לס' 96כז להצעת חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 4), התשנ"ן-1990, ה"ח 136, 139). ראו גם ע"א 5663/90 **הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק) נ' גרוס**, פ"ד מח(4) 866, פס" 18 (1994) (להלן: עניין **הספקה**): "עקרון תשתית זה מצא לו משכן משלו בפקודה, עם תחילתו של החוק לתיקון פקודת החברות (מס' 4) (אחריות נושאי משרה), תשנ"א-1991."

על כך שפסק דינו של השופט חשין בעניין **אגיון** הוא העוגן הפוזיטיבי לחובת האמון החלה על מנהלי חברה ועל כל הדומים להם במעמדם המשפטי, שכיום נכנה "אמונאים", וכן לחיובים הנזכרים בגדר חובת האמון ולנוספים עליהם, המהווים יחדיו את תוכנה של החובה.¹⁹ וכך נאמר שם, בדברים שנעשו נכס צאן ברזל של המשפט הישראלי:

"מנהלי חברה משמשים שלוחי החברה ועושי דברה. במידה מסוימת הם נאמני החברה, וכמנהלים עליהם לכוון את מעשיהם לטובת החברה, ורק לטובתה. שום אינטרס אחר, אישי, צדדי, אסור לו כי ישפיע עליהם ויסיר את לבם מאחרי החברה וטובתה."²⁰

קביעה תמציתית זו היא מעט המחזיק את המרובה. למעשה, זהו אחד הניסוחים ההדוקים והממצים ביותר של חובת האמונאות המוכרים לי. כך, בכמה משפטים קצרים, הצליח השופט חשין לתפוס את הלז של חיובי האמונאות ולהציב תשתית הולמת לפיתוח של דיני האמונאות במשפט הישראלי מכאן ולהבא. להלן נעמוד על העושר המשפטי הגלום בפרופוזיציה הזו, במיוחד כאשר קוראים אותה יחד עם הסימוכין שהשופט חשין הביא שם. אולם לפני כן נצלול לפרטי הפרשה שהציחה את ההלכה המכוננת הזו.

פרק ב: מסכת העובדות

1. הנפשות הפועלות

עניין **אגיון** עוסק בסכסוך בין שניים מבין שלושה משקיעים בחברה פרטית, אשר הסכם המייסדים ביניהם כלל התחייבות לשיתוף פעולה באספה ובהנהלה, ולכן נפסל על ידי השופט חשין מחמת אי־חוקיות. אלא שמאחורי התיאור היבש הזה מסתתרות דמויות

במקורות המשפט בישראל נעשה שימוש – בערבוביה וללא הבחנה של ממש – במילים "אמון", "אמונים", "נאמנות" ואף "באמונה" לתיאור loyalty של אמונאים שונים. ראו, למשל, ס' 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 ("בנאמנות"); ס' 8 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965 ("בנאמנות"); ס' 10(ב) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979 ("באמונה"). עוד באותה רוח, הגם שיש המבחינים בין חובת אמון (duty of loyalty) לבין חיובי אמונאות (fiduciary obligations), בראותם את האחרונים כמכילים את הראשונה, ברשימה זו נשתמש במונחים אלו חליפות כשקולים זה לזה, מכיוון שההבחנה האמורה לא הכתה שורש בארץ.

19 לתיאור התפתחותה של ההסתמכות על עניין **אגיון**, לעיל ה"ש 14, ולסקירת פסיקה חשובה שהסתמכה עליו ראו להלן פרק ד.

20 עניין **אגיון**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 889.

משפט ועסקים כו, תשפ"ג בניין אב: השופט ש"ז חשין – מכונן דיני האמונות בישראל

סגנוניות אשר מילאו תפקיד משמעותי ביישוב היהודי בארץ ישראל המנדטורית ובמדינת ישראל הצעירה.

המיוזם העסקי נועד להקים מפעל לעיבוד עורות בירושלים בראשית שנות הארבעים של המאה הקודמת.²¹ לשם כך הקימו שלושת המשקיעים חברה בשם "חברה לתעשיית עורות ירושלים בע"מ".²² השלושה התחלקו בהון המניות של החברה, ובהתאם לתקנון שלה הם גם התמנו למנהלים.

המשקיע הראשון היה אליעזר חצב. חצב החזיק בבית חרושת לעיבוד עורות ברחוב שבזי שבנווה צדק בתל אביב, באמצעות חברה בשם "ולור בע"מ".²³ יש לשער שהוא זה שסיפק את הידע המקצועי להקמת בית החרושת של החברה המשותפת בגבעת שאול בירושלים ולהפעלתו. לכן, כנראה, הייתה החברה אמורה להיקרא בתחילה "חברה לתעשיית עורות בירושלים (ולור) בע"מ", אלא שרשם החברות סירב לרושמה בשם זה, והתיבה "ולור" הושמטה. שתי החברות – חברת ולור והחברה המשותפת – היו פעילות עד שנת 1946. אז הועמדו המפעלים של שתיהן למכירה על ידי רואה חשבון, אשר נראה כי פעל ככונס נכסים או בדומה לזה.²⁴

המשקיע השני היה ד"ר וולפגנג פוקשנר (Wolfgang Fokschaner), אשר פעל באמצעות חברה בבעלותו בשם "חברה ירושלמית לתעשייה בע"מ" (Jerusalem Industrial Co. Ltd.), הלא היא המבקשת בהמרצה לבית המשפט העליון. וולפגנג פוקשנר נולד בשנת 1899, ועלה לארץ ישראל בערך בשנת 1940 יחד עם משפחתו, לאחר שנמלטו מרומניה בשנת 1939.²⁵ וולפגנג ואחיו אוטו, שעלה ארצה סמוך לעלייתו של וולפגנג, היו נצר למשפחה שישבה בצ'רנוביץ אשר בבוקובינה – חבל ארץ שעבר מן הקיסרות האוסטרו-הונגרית לרומניה, ממנה לברית המועצות ובחזרה לרומניה. אביהם, מקס פוקשנר, החזיק משרד עורכי דין, כיהן גם כחבר פרלמנט, וייצג את ענייני הקהילה היהודית בבוקובינה לפני השלטונות. וולפגנג שירת כקצין בצבא האוסטרי במלחמת העולם הראשונה. עם מותו של האב, בשנת 1926, הוא נטל על עצמו את ניהולו של משרד עורכי הדין. באותה שנה הוא תרם תרומה עיקרית להקמת אגף ילדים על שם אביו

21 הרצאת העובדות בחלק זה מתבססת על מסכת העובדות כפי שנפרשה בעניין אגיון, שם (אשר למרבה המזל מכילה פירוט עובדתי ושמי ניכר), ועל איסוף נתונים משלים בארכיון העיתונות המקוון של הספרייה הלאומית, במרשתת ובהתכתבות פרטית של המחבר.

22 עניין אגיון, לעיל ה"ש 14, בעמ' 887–888.

23 "ולור" (velour), להווי ידוע, משמש, בין היתר, כינוי לעור בעל גימור קטיפתי חלק, הנבדל מעור בגימור זמש, שהוא מחוספס יותר.

24 "בתי חרושת לעורות למכירה" הפקד 30.4.1946, 4 (מודעה); "בתי חרושת לעורות למכירה" דָּכָר 25.10.1946, 7 (מודעה).

25 ראו Fokschaner Family: Personal Papers, ARCHIVES HUB, <https://did.li/v1aOf> (להלן: Fokschaner Papers).

בבית החולים היהודי בצ'רנוביץ, שהיה ממוסדות הקהילה המרכזיים.²⁶ ניכר אפוא שהמשפחה הייתה בעלת אמצעים. וולפגנג פוקשנר היה פעיל גם במישור התרבותי. הוא עמד בראש קבוצה של סטודנטים במסגרת אגודה לאומית אקדמית בשם "צפירה", שנטלה חלק בפעילות האגודה האקדמית "תרבות יהודית", אשר שמה לה למטרה לקדם את השימוש ביידיש בקרב יהודי בוקובינה גם כשפה "גבוהה", ולא רק כשפת יומיום.²⁷ גם בארץ ישראל המשיך וולפגנג פוקשנר לעסוק בפעילות ציבורית במסגרת קהילת יוצאי רומניה. במהלך מלחמת העולם השנייה הוא עמד בראש סניף ירושלים של איחוד עולי רומניה, ופעל – ככל שהיה אפשר בנסיבות התקופה – להעלאתם ארצה של יהודים מרומניה.²⁸ נוסף על כך הוא היה מעורב בפעילות ציבורית לטובת היישוב, ואף אירח בביתו אירועים חברתיים והרצאות, לרבות אחת מפי משה שרתוק (שרת), לימים שר החוץ וראש הממשלה השני של ישראל.²⁹ בד בבד הוא לא משך את ידיו מענייני חומר. נוסף על ההשקעה במפעל העורות, בסביבות שנת 1940 הוא הקים את "חברת יהלומי ירושלים בע"מ", במענה לפנייה מראש העירייה דאז דניאל אוסטר. החברה הפעילה מלטשת יהלומים בבית היתומים ע"ש דיסקין שבגבעת שאול, ובשלב מסוים העסיקה כמאתיים וחמישים עובדים, רבים מהם יתומים מבית היתומים. חברה זו הייתה פעילה עד שלהי שנות החמישים.³⁰

הצלע השלישית במיזם היו המשיבים בעניין **אגיון** – יוסף ואדוארד אגיון. יוסף היה צד להסכם בעלי המניות מול פוקשנר וחברה ירושלמית לתעשייה, ואילו אדוארד, אביו של יוסף, חתם על ההסכם כערב לחיוביו. משפחת אגיון זו הייתה ענף משמעותי באילן משפחתי מפואר. לאחר נדודים מספרד ליוון השתקעו אבות המשפחה באלכסנדריה ונעשו מראשי הקהילה היהודית שם.³¹ סבו של אדוארד, בכור משה אגיון, נודע בתרומתו באמצע המאה התשע-עשרה להקמת בית ספר יהודי לילדי הקהילה ולתמיכה בלימודיהם בו. אדוארד רפאל אגיון עצמו נולד בשנת 1883, ואת השכלתו רכש

26 Erich Neuborn, *The Oldest Societies, Institutions and Organizations of Bukovina*, in 1 **ראו** HISTORY OF THE JEWS IN THE BUKOWINA 153 (Hugo Gold ed., Jerome Silverbush trans., 1958), <https://did.li/uDgx5>.

27 Abraham Dupler, *The Academic Association, "Jewish Culture" in Czernowitz*, in 2 **ראו** HISTORY OF THE JEWS IN THE BUKOWINA 164 (Hugo Gold ed., Jerome Silverbush trans., 1962), <https://did.li/sUrZH>.

28 "לעזרת יהודי רומניה" **הצפה** 4.12.1940, 3; "הפעולה להצלת העסקנים מרומניה" **הפוקר** 6.2.1941, 2; "הסתדרות אחידה של עולי רומניה בארץ ישראל" **העולם: עתונה המרכזי של ההסתדרות הציונית העולמית** 12.21.8.1941, 12.

29 "ירושלים: עולים חדשים לטובת מס-החרום" **המשקיף** 28.5.1941, ג; "ירושלים: מסיבה למוזמנים מטעם קרן-היסוד" **דבר** 22.2.1942, 4.

30 "פנקס ירושלמי: תעשית היהלומים" **הארץ** 19.2.1942, 2; "ירושלים: מפעל היהלומים לא ייסגר" **דבר** 21.3.1948, 3; "חוששים לזעזועים בענף היהלומים" **חרות** 5.5.1958, 4.

31 ראו יעקב מ' לנדאו **היהודים במצרים במאה התשע-עשרה** (1967).

באלכסנדריה ובפריז.³² הוא נחשף לרעיון הציוני עם פרוץ מלחמת העולם הראשונה, כאשר העות'מאנים גירשו מארץ ישראל את הנתינים הזרים, ביניהם יהודים רבים שהגיעו למצרים. הוא אירח בבית המשפחה המפואר שבאלכסנדריה אישים כגון חיים וייצמן וזאב ז'בוטינסקי. באותה עת כבר היה אדוארד עשיר מופלג, לאחר שייסד את בורסת הכותנה המצרית ואת "בנק האחים אגיון". הוא נמנה עם מקימי חברת הביטוח "מגדל", והשקיע במפעל יציקת הפלדה "וולקן" ובמפעל הזכוכית "פניציה" שבמפרץ חיפה.³³ אדוארד, רעייתו לידיה פֶּמֶה (שהייתה האישה הראשונה במצרים שהוסמכה כעורכת דין) ובניהם יוסף והבל (אלפרד) עלו ארצה והשתקעו בירושלים בשנת 1935. המשפחה רכשה מגרש גדול בשכונת טלביה, ועליו תכנן האדריכל ריכרד קאופמן בית מידות אלגנטי אך מאופק למראה, שהושלם בשנת 1938. הבית, שנודע בעיר כ"בית אגיון" או כ"וילה אגיון", נחנך במסיבת בר מצווה להבל, שנכח בה גם הנציב העליון הרברט סמואל.³⁴ בית אגיון התנהל כבית משפחת אצולה;³⁵ הוא שימש משכן קבוע לאירועים חברתיים ותרבותיים, ובין היתר הרצה בו יצחק בן-צבי, לימים נשיא המדינה השני.³⁶ אדוארד המשיך להיות פעיל במישור החברתי ובמישור העסקי. בין היתר הוא התמנה לנשיא אגודת ידידי קופת חולים לעובדים לאומיים (כיום קופת חולים לאומית), והיה מעורב בכמה השקעות, ובכלל זה בחברת יהלומים בנתניה.³⁷ ידוע שהמפעל של החברה לתעשית עורות ירושלים היה מאורגן באמצעות הסתדרות העובדים הלאומית, והדברים כנראה קשורים.³⁸ הבל התגייס לפלמ"ח לפלוגה ד (ה"עירונית"),³⁹ ומשפחתו מימנה את דמי החופשה החודשיים של הפלמ"חניקים כאשר הארגון נקלע למצוקה כספית.⁴⁰ על יוסף אין פרטים נוספים מן התקופה שבה התנהלה החברה המשותפת.

32 לפרטים שבטקסט לעיל ולהלן ראו "אדוארד רפאל אגיון" אנציקלופדיה לחלוצי הישוב ובניו כרך ד 1905 (דוד תדהר עורך, 1950) <https://did.li/32aOf>; אבי הרטמן "בית אגיון בירושלים – בית ראש הממשלה" אפי נחמיאס <https://did.li/3qOTY>. ניתן גם לשער שאדוארד וחבריו קרעו את הרחובות של אלכסנדריה כשאנחנו עוד היינו בשא"ש, אך לסברה זו אין סימוכין.

33 "אדוארד רפאל אגיון", שם; הרטמן, שם.

34 ראו "הגב' והא' אדוארד אגיון" דָּבָר 9.3.1938, 6 (מודעה). כמה שנים לאחר מכן נערכה בוויולה אגיון קבלת פנים לרגל נישואיו של הבל עב"ל רות – ראו "אדוארד ולידיה אגיון" הארץ 29.5.1949, 1 (מודעה).

35 ראו יעקב יהושע טאלביה (קוממיות): ספורה של אחת השכונות החדשות בירושלים (1978–1924) (1979); דוד קרויאנקר שכונות ירושלים: טלביה, קטמון והמושבה היוונית 152–153 (2002).

36 ראו הרטמן, לעיל ה"ש 32. ראו גם יצחק בן-צבי "תולדות ישובי היהודים במזרח" (הרצאה במסיבה, בית אגיון בירושלים, 2.6.1938) ארכיון המדינה (א"מ) פ-1914/7; "בירושלים: עושים להחדרת רעיון התעופה העברית" הארץ 16.1.1945, 3; "בירושלים: תערוכת רבקה מלניקוב" הארץ 20.10.1949, 3.

37 "אדוארד רפאל אגיון", לעיל ה"ש 32; הרטמן, לעיל ה"ש 32.

38 "בארגון המקצועי של ההסתדרות העובדים הלאומית" המשקיף 21.6.1944, ג.

39 "פלוגה ד" "אחר הפלמ"ח" <https://did.li/MwxIw>.

40 עמוס אטינגר "הבריטי או בארץ... אנשי מחלקת רמת-הכובש נתכנסו וסיפרו אותו הלילה על ימי החיפוש הגדול לפני 20 שנה" מעריב 26.7.1963, 9.

בשנת 1953 הלאימה מצרים את נכסי היהודים שעזבו, ומשפחת אגיון ירדה מנכסיה במידה ניכרת. באותה שנה מכרה המשפחה את בית אגיון למדינת ישראל, אשר הועידה אותו למשכן לאישים בכירים, ולאחר מכן – למעון ראש הממשלה.⁴¹ הבית שבפינת הרחובות סמילנסקי ובלפור מכונה כיום "הבית בבלפור" או בפשטות – "בלפור".⁴² משפחת אגיון עברה לגור בחיפה בבית צנוע יותר, שנבנה עבורה ועבור משפחתו של הבל אגיון. אדוארד אגיון הלך לבית עולמו בחיפה בשנת 1956, לאחר מחלה.⁴³ הבל המשיך לחיות בחיפה עם רעייתו רות, למד בטכניון ועבד כמהנדס, ונפטר בשנת 2009. ככל הידוע, יוסף אגיון היגר לקנדה, ואמו עברה לשם אף היא.⁴⁴ היא נפטרה בשנת 1969, והוא – בשנת 2017. רות אגיון נפטרה בחיפה בערך בשנת 2020.

2. סיפור המעשה

כעת, משהכרנו את הנפשות הפועלות, נקל להבין את הרקע וההניעה לעריכת הסכם בעלי המניות בין פוקשנר והחברה שבבעלותו לבין יוסף ואדוארד אגיון, אשר זו הייתה לשונו:

"אנו החתומים מטה ד"ר וולפגנג פוקשנר בשם Jerusalem Industrial Co. Ltd. – (כלומר, החברה המבקשת) – ויוסף אגיון מצהירים בזה, כי היות ושנינו נכנסנו לחברה לתעשיית עורות בירושלים (ולור) בע"מ, והיות ולשנינו אינטרס משותף בעסק זה, כי (לכן) נלך יחד ונפעל ביחד בכל עניני החברה ובכל האסיפות הכלליות ובישיבות ההנהלה של החברה ונצביע יחד ולא נפעל אחד נגד השני בשום מקרה, כדי שנשמור על האינטרסים המשותפים של שנינו".⁴⁵

חלקו האחרון של ההסכם (שכונה "הצהרה") כלל תניית בוררות ("שטר-בירורין"). אדוארד אגיון חתם על ההסכם כערב לחיוביו של יוסף.⁴⁶ לפי כל הסימנים, הייתה זו מערכת יחסים טיפוסית של שותפות עסקית, שבה צד אחד – חצב – מספק את הידע הייחודי ותשומות ניהול, והצד האחר – פוקשנר ואגיון – מספק את ההון הנדרש. כהשערה ספקולטיבית במפגיע, אין להוציא מכלל אפשרות שביחסים בין יוסף לאדוארד

41 קרויאנקר, לעיל ה"ש 35; משרד ראש-הממשלה "רכישת בתים של ה"ה אגיון ושוקן בירושלים: 10.1953–7.1949" ארכיון המדינה (א"מ) ג-17/5439.

42 בעת כתיבת שורות אלו, בסתיו 2023, בעיצומה של המלחמה שפרצה בעקבות הטבח ביישובי עוטף עזה, העדיף ראש הממשלה המכהן, בנימין נתניהו, את ביתו של איל הממון האמריקני סיימון פאליק על המעון הרשמי.

43 הרטמן, לעיל ה"ש 32.

44 מכתב מפיליפ אגיון לעמיר ליכט, מחבר המאמר (14.11.2023); "בבית המשפט המחוזי בחיפה: תיק עזבונות 523/70 ד"ר 17.5.1970, 5.

45 עניין אגיון, לעיל ה"ש 14, בעמ' 888.

46 שם.

שימש דווקא אדוארד המשקיע בפועל אשר סיפק את הכסף הדרוש, אולי מתוך כוונה "להכניס את יוסף לעולם העסקים", ואולי כדי להרחיק את עצמו מן החזית הרשמית. לנוכח פעלתנותו הענפה של אדוארד בעולם העסקים בארץ בהקשרים אחרים באותן שנים, ההשערה השנייה נראית סבירה פחות.

כפי שפוקשנר ואגיון עצמם ניסחו זאת, לשניהם היה "אינטרס משותף" לפעול בתיאום מלא ביניהם. ראשית, שניהם ייצגו צד למיזם שיש לו מאפיינים זהים ביניהם ומובחנים מאלה של הצד האחר. בין חצב לבין הצד פוקשנר-אגיון שררה מלכתחילה בעיית נציג קלסית במלוא חריפותה, בהיות הראשון הגורם המנהל ובהיות האחרונים הגורם המממן, והדברים אינם צריכים הסבר. שנית, לצד העובדה שחצב נהנה מיתרון מוחלט מבחינת הידע המקצועי, בנסיבות המקרה הקונקרטיות שלט חצב במפעל מתחרה למיזם המשותף, וזאת בשוק לא גדול במיוחד – עובדה שהיוותה איום ישיר על החברה בכל עת.⁴⁷ אין תמה אפוא שבנסיבות אלו פוקשנר ואגיון "לא רחשו אמון-יתר לחברם בהנהלה", כדברי השופט חשין.⁴⁸ שני הגורמים האלה יצרו תמריץ עז זהה ומשותף לנטר את פעולותיו של המנהל המקצוען חצב, מחד גיסא, ותמריץ לצמצם את הסיכוי למתח או לניגוד עניינים בין שני ספקי ההון, פוקשנר ואגיון, מאידך גיסא. זאת, כדי לחלוק בעלויות הניטור כלפי חצב ולהקטין את עלויות הניטור ההדדי בין שניהם⁴⁹ – למשל, לנוכח הסיכון שאחד מהם יחבור לצד המנהל וייצור חזית מול ספק ההון האחר.⁵⁰ הסכם בעלי המניות נועד אפוא להבטיח שיתוף פעולה מטעמים הגיוניים, לגיטימיים ואף רצויים מבחינת הצדדים לו.⁵¹

מבלי לגלוש לרומנטיזציה, בהסכם של בעלי המניות היה אף מן היפה. לפני בית המשפט נדונה מערכת יחסים יצרנית שתרמה לפיתוח הארץ ואשר היה בה קיבוץ גלויות

47 ועובדה מתמיהה כשלעצמה מבחינת התבונה העסקית שהייתה בהתקשרות עימו, אף אם הצדדים הגיעו להבנות בדבר חלוקת השוק וכדומה.

48 עניין אגיון, לעיל ה"ש 14, בעמ' 888.

49 על מידע אסימטרי ועלויות ניטור בקרב חברים בסינדיקט של ספקי הון – הן כלפי הצד המנהל הן בינם לבין עצמם – ראו Amir Sufi, *Information Asymmetry and Financing Arrangements: Evidence from Syndicated Loans*, 62 J. FIN. 629 (2007); John R. Graham, Si Li & Jiaping Qiu, *Corporate Misreporting and Bank Loan Contracting*, 89 J. FIN. ECON. 44 (2008). ראו גם Nicholas Hallman, John S. Howe & Wei Wang, *Analyst Coverage and Syndicated Lending*, 28 REV. ACCT. STUD. 1531 (2023).

50 תקנון ההתאגדות של החברה הקנה לכל שניים מבין שלושת המנהלים, כשהם פועלים יחד, סמכות לפעול בשם החברה. עניין אגיון, לעיל ה"ש 14, בעמ' 890.

51 עו"ד פנחס רבינוביץ – אשר ייצג את הצד של אגיון בהתדיינות, שנמשכה כמה שנים (וכן את משפחת אגיון במכירת "הבית בבלפור"), אך לא ייצג אותם בעריכת ההסכם – מספר בזכרונותיו כי אגיון ופוקשנר אכן נערכו מראש להכנסת השותף השלישי באמצעות ההסכם, והוא גם מדווח שהחברה לא ראתה ברכה בעסקיה. רבינוביץ אף זוקף לזכות עצמו את העלאת הטענה בדבר אי-חוקיותו של הסכם ההצבעה בהנהלה כטעם לבטלות של תניית הבוררות ושל ההסכם כולו. פנחס רבינוביץ *אמת ושקר בבית-המשפט: זכרונותיו של עורך-דין* 166–167 (1992). תודתי לצוות מערכת משפט ועסקים על איתור המקור הזה.

לתפארת: אשכנזי גמור מצ'רנוביץ עם ספרדי מובהק מאלכסנדריה; שניהם אנשי מעש, חברה ותרבות, התורמים מהונם ומאונם למטרות כלל-חברתיות ולרווחתם של היישוב והעם. היבט זה ראוי לציון, שכן השופט חשין היה רגיש לו במיוחד. בעגה העכשווית אפשר לתאר אותו כאושיית רשת עם איכויות של כוכב רוק. בשנים שלפני קום המדינה הייתה לו פינה קבועה בשעה העברית בתחנת הרדיו (היחידה) "קול ירושלים", שהפעיל ה-Palestine Broadcasting Service. בפינה, שזכתה בפופולריות רבה, הוא שידר שיחות בנושא "פרקים מן ההווי היהודי בבית-המשפט", ומאוחר יותר הוא ערך וכינס אותן בספרו **שחוק ודמע בבית-הדין**.⁵² את ספרו זה פתח חשין במילים הבאות:

"ארץ-ישראל, לבה של האומה העברית, מכנסת לתוכה את נדחי-ישראל מכל ארצות-פזורים. חובבי ציון, חדורי הכרה לאומית; מעפילים מארצות-ההרס וההשמד; ילידי-הארץ, שגורלם נקשר במולדת על-ידי אבותיהם ואבות-אבותיהם מדורי-דורות; יהודים מזרחיים ומערביים, יוצאי קוקו וקורדיסטן, תימן ומרוקו, וסתם יהודים תלושים אשר הקרקע נשמטה מתחת רגליהם ושערי כל ארצות תבל נעולים בפניהם – כל קיבוצי-גלויות אלה יושבים בארץ זה בצד זה וחיים את חייהם העצמיים המיוחדים..."

מאה ואחת דרכים מובילות את האזרח לשם. ומשום כך אין לך מקום המשקף כל-כך את הווי הישוב כבית-המשפט. מזרח ומערב, צפון ודרום, עשיר ורש, קטן וגדול בו נפגשים, ויריעות, יריעות ארוכות ומגוונות של חיי-ישראל בארץ ובתפוצות נפרשות יום יום בבית-הדין, ומהספורים הכתובים עליהן אתה שומע את הד נשימתו של עם שבע-ימים ושבע-רוגז. אתה מאזין לפרשת-מצוקתו של הפרדסן מבאר-טוביה, לדברי ענותו של גורף-הביבין אשר נתגלגל לכאן מתימן, לסבלותיו של מי שהיה חרשתן בריגא, להרפתקאותיו של ציוני משיקגו ולשיחותיו של חייל-משוחרר שחזר זה עתה משבי-האויב.⁵³

דברים אלו מאירים באור מיוחד את ההכרעה בעניין **אגיון**, אשר פסלה את ההסכם מכל וכל, ואף במילים חריפות:

"ההסכם במקרה שלפנינו הוא, למעשה, מין קונספירציה חשאית בין עושי לפעול לטובת עצמם גם אם הדבר יסב נזק חמור לחברה. הם לא גילו, כמובן,

52 שניאור ז' חשין **שחוק ודמע בבית-הדין** (תש"ו). עוד בסוגה זו מאת אותו מחבר ראו שניאור ז' חשין **דמויות מבית המשפט** (תש"ג). השופט חשין המשיך לשדר שיחות דומות ב"קול ישראל" גם לאחר קום המדינה. ראו גם שניאור ז' חשין **ילדי אימוצים** (תשט"ו). הספרים זמינים באופן מקוון באתר כתביו של השופט חשין בעריכת פרופ' יורם שחר בחסות האוניברסיטה העברית בירושלים: "כתביו של השופט שניאור זלמן חשין" **האוניברסיטה העברית בירושלים: הפקולטה למשפטים** <https://did.li/57OTY>.

53 חשין **שחוק ודמע בבית-הדין**, שם, בעמ' 13 ו-15–16.

חוזה זה למנהל השלישי של החברה, מר חצב, שהרי נגדו היה ההסכם מכוון, לפי דברי עדותו של הד"ר פוקשנר עצמו. היוצא מכאן, שהמתקשרים לא שתו לבם לטובת החברה ובעלי-מניותיה, והיו מוכנים אף להקריב את האינטרסים של אלה על מזבח האינטרסים האישיים שלהם עצמם. בזה חטאו – שניהם יחד וכל אחד מהם לחוד – גם לחברה וגם למר חצב כבעל-מניות... אך למזלה של החברה ולמזלם של בעלי-מניותיה התחייבותם של המתקשרים זה כלפי זה היא בלתי-חוקית, והחוזה אשר בו הן כלולות לא יצר אף לאחד מהם זכויות בנות תוקף.⁵⁴

בחלק הבא נעיין בהלכה שפסק השופט חשין בעניין אגיון, נצביע על תרומתה הסגולית למשפט הישראלי, וננסה לתהות על הסיבות שהובילו לכישלון כה חמור של הצדדים להסכם.

פרק ג: ההלכה שנפסקה

הניתוח המשפטי בעניין אגיון מצטיין, כדרכו של השופט חשין, בתמציתיות רבה (וראויה לחיקוי) – מתוך החלטה הנפרשת על פחות משלושה עמודים, הניתוח המשפטי מחזיק פחות מעמוד אחד. אך זהו מעט המחזיק את המרובה. אל תוך המסגרת הזו נכנסים ציטוטים משתי אסמכתאות אנגליות – אחת ותיקה ואחת ישנה מאוד כבר אז – וניסוח הדוק של ההלכה, שחלקו הובא לעיל.⁵⁵ נביא את הדברים במלואם, ואחר כך נעמוד על כמה נקודות מעניינות.

4. מה הוא מעמדו המשפטי של מנהל חברה כלפי החברה וכלפי בעלי מניותיה הבודדים? כמדומים אנו, כי על כך אין חילוקי-דעות בין חכמי המשפט. **השופט בוקמסטר** (Buckmaster) (הלורד צ'נסלור), אמר בענין זה במשפט *Cook v. Deeks*... כי –

54 עניין אגיון, לעיל ה"ש 14, בעמ' 890.

55 בעצם ההסתמכות באותה עת על מקורות אנגליים אין ייחוד, אולם הבחירה דווקא בשתי אסמכתאות אלו היא המעניינת. הסתמכות על תקדימים ועל ספרות מהדין האנגלי הייתה לחם חוק בפסיקה הישראלית בעשורים הראשונים שלה, והיא דעכה בהדרגה במרוצת הזמן. ראו יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **משפטים** כז 119 (1996); יורם שחר "מרחב הסמך של בית המשפט העליון, 1950–2004" **הפרקליט** נ 29 (2008). בקשר הדוק לכך יצוין כי השופט חשין רכש את השכלתו המשפטית בארצות הברית בשנים שבהן רווחה שם עדיין הסתמכות על מקורות אנגליים, וכיהן במשך כעשר שנים כשופט בית משפט מחוזי בארץ ישראל המנדטורית. לרקע נוסף ראו "השופט שניאור זלמן חשין ז"ל: משנה לנשיא בית המשפט העליון" **הרשות השופטת** <https://did.li/q265q>; צמח, לעיל ה"ש 5.

...אנשים הנוטלים לידיהם את השליטה הגמורה על עסקיה של חברה חייבים לזכור, כי אין הם בני-חורין להקריב את האינטרסים אשר הם מצווים להגן עליהם, ולכוון לטובת עצמם, בשעה שהם פועלים כביכול בשם החברה, עסקים הראויים ליפול בחלקה של החברה'...⁵⁶

והשופט רומילי (Romilly) (שומר המגילות), נתן ביטוי קולע לאותו רעיון שנים רבות לפני כן. במשפט The York etc. Ry. Co. v. Hudson ... בדברו על תפקידי המנהלים של חברה אומר אותו שופט מכובד:

'המנהלים הם אנשים אשר נבחרו לנהל את עסקי החברה לטובת בעלי-המניות; זהו תפקיד שבנאמנות, וחובתם היא למלא בשלמותו וללא כל שיור, משקיבלוהו על עצמם... אלה אשר קיבלו על עצמם את הנאמנות, מוטלת עליהם החובה לא רק למלא את תפקידם, אלא גם החובה הנוספת ליתן דו"ח לאוכלי-פרי-הנאמנות משיידרשו לכך'...⁵⁷

5. קיצורו של דבר: מנהלי חברה משמשים שלוחי החברה ועושי דברה. במידה מסוימת הם נאמני החברה, וכמנהלים עליהם לכוון את מעשיהם לטובת החברה, ורק לטובתה. שום אינטרס אחר, אישי, צדדי, אסור לו כי ישפיע עליהם ויסיר את לבם מאחרי החברה וטובתה. מנהל חברה הפועל לטובתו הוא ופוגע על-ידי-כך בחברה, מפר בזדון את החובה המוטלת עליו, ועתיד הוא ליתן את הדין[.]. התוצאה ההגיונית מכך היא, כי במקום שמנהל של חברה, מתוך קנוניה ודרכי מעל, מבטיח ומתחייב לפעול באורח אשר יש בו משום התנגשות ברורה בחברה, הבטחתו אינה הבטחה והתחייבותו אינה התחייבות, ובית-המשפט לא יושיט סעד לשותפו לקנוניה ולמעל, שיבוא לפניו ויתלונן כי המנהל אינו עומד בדיבורו ואינו מקיים התחייבויותיו.

6. זוהי ההלכה והיא חלה על מסיבות הענין שלפנינו... חובתו הראשונית של מנהל היא, כאמור, לשוות לנגד עיניו את טובתה של החברה, ולפעול בכל דבר הבא לפניו מבחינת טובתה של החברה. אסור לו לנקוט עמדה מוקדמת, עוינת לחברה, בשאלות אשר טרם באו לפניו, מחמת שיקולים זרים, חיצוניים, אישיים או אחרים. ודבר המובן מעצמו הוא, כי אסור לו להתחייב מראש כי פעולותיו בעתיד תיקבענה לא מנקודת ראותה של החברה, אלא מבחינת טובתו הוא או לטובת מישו אחר.⁵⁸

פסק דינו של השופט חשין מפגין מודעות ברורה לכך שהוא מניח יסודות למשפט הישראלי המתהווה, ונוסף עליה גם ידע עמוק במשפט המקובל ובמקורותיו וכן כוונה

56 Cook v. Deeks [1916] UKPC 10, [1916] 1 AC 554, 563 (appeal taken from Ont. Sup. Ct. App. Div.) (התרגום של השופט חשין).

57 The York & North-Midland Railway Co. v. Hudson (1845) 51 Eng. Rep. 866, 868-869 (התרגום של השופט חשין).

58 עניין אגין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 889-890 (ההדגשות במקור).

לבסס את הראשון על האחרון.⁵⁹ אילו רצה רק להגיע לתוצאה המשפטית הנכונה, בעיניו ובכלל, היה השופט חשין יכול להסתפק בהסתמכות על פסק דינו של השופט אגרנט משנת 1949 בעניין **פעילן**,⁶⁰ תוך קביעה שיש ולו חשש לניגוד עניינים בנסיבות שלפניו. במקום זאת הוא בחר שתי אסמכתאות בלבד מתוך העושר הפסיקטי שעמד לרשותו במקורות המשפט המקובל, ועליהן ביסס פרופוזיציה משפטית כללית ומקיפה, שעליה הקימו בתי המשפט אחריו מבנה שלם. מנקודת מבט של שבעים שנה לאחר, זוהי בחירה מרתקת.

פסק דין *Cook* הוא חוות דעת של מועצת המלך בערעור מקנדה, לאמור, פסק דין של הוועדה המשפטית של בית הלורדים, שבראשה ישב הלורד צ'נסלור – מי שבעבר עמד בראש מערכת היושר (לצד התפקיד הפוליטי שבו החזיק עד לאחרונה).⁶¹ פסק הדין עוסק בנטילת הזדמנות עסקית בדמות חוזה להקמת מסילת ברזל מחברה אשר ביצעה כמה חוזים כאלה בעבר, ואשר ארבעת בעלי מניותיה כיהנו בה כדירקטורים, באמצעות חברה חדשה שהקימו שלושה מביניהם תוך שהם משאירים לאנחות את הרביעי (שתואר כטרדן ולא יוצלח גמור). לנוכח ההפרה שהפרו הדירקטורים בפעולתם בניגוד עניינים ובהפקת רווח אישי – שלגביה נאמרו הדברים שציטט השופט חשין – נקבע כי החברה הניפרת (ובה השותף הרביעי שנזנח) זכאית לחשבון (account) מאת שלושת הדירקטורים המפרים, ובעיקר מאת החברה החדשה שהקימו; וכי החברה החדשה מחזיקה בחוזה ובפירותיו לטובת החברה הניפרת, דהיינו, בנאמנות קונסטרוקטיבית עבורה. זוהי הלכה מכוננת בדיני אמונות. במשפט המשווה היא מצוטטת בתכיפות עד עצם היום הזה גם בערכאות הבכירות ביותר.⁶² אצלנו היא נשתכחה, עד שהוחזרה למקומה הראוי על ידי השופטת רונן בעניין **דהן**, המהווה כיום הלכה מנחה בסוגיה של נטילת הזדמנות עסקית.⁶³

59 השכלתו המשפטית של השופט חשין אינה משקפת או ממצה את רוחב אופקיו ובקיאיותו. מבחינת ייחוסו היה השופט חשין מצאצאיו של רבי שניאור זלמן מלאדי (מייסד חסידות חב"ד), נצר למשפחת רבנים ובעל השכלה תורנית. הוא למד ב"חדר", בישיבה ובבית המדרש העברי למורים, ואף שימש מורה ומחנך בישיבה. בשולי הדברים, הוא כיהן כשופט הראשי בחידון התנ"ך העולמי הראשון בשנת 1958. אולם בעוסקו במלאכת השפיטה הוא השכיל להקפיד על כך שאין מלכות נוגעת בחברתה אפילו כמלוא נימה.

60 "אכן בחוק המקובל האנגלי קיים הכלל כי באופן רגיל אסור למנהל של חברה להיות נוגע מבחינה חמרית, פרטית, – בין במישרין או בעקיפין – בחוזה הנעשה על-ידי החברה, אלא אם-כן קיים היתר להתנהגותו זאת בתקנות החברה" (ע"א 247/47 **חברת בית-חולים "רפאל" בע"מ, רמת-גן נ' פעילן**, פ"ד ב 57, 67 (1949)).

61 עניין *Cook*, לעיל ה"ש 56.

62 ראו למשל, לאחרונה, במשפט האנגלי: Davies v. Ford [2023] EWCA (Civ) 167, [87]–[91]; (Eng.); Akita Holdings Ltd v. AG of the Turks and Caicos Islands [2017] UKPC 7, [15].

63 ראו תנ"ג (כלכלית ת"א) 61475-07-14 **דהן נ' דהן**, פס' 24–26 (פורסם באר"ש, 16.5.2019). לדיון קצר ראו עמיר ליכט "הזדמנות פז – היבטים בניצול הזדמנות עסקית של חברה" **נקודה בסוף משפט** <https://did.li/k8Iaa> 28.5.2019.

במבט לאחר, עניין *Cook* מתגלה כבחירה מוצלחת במיוחד של השופט חשין. הוא מכיל ניסוח כללי של כלל איסור הניגוד ושל כלל איסור הרווח (no-conflict rule, no-profit rule), החלים על כל אמונאי, וכן יישום מקיף של סעד החשבון – שהוא הסעד הכללי בדיני אמונאות – כלפי האמונאי המפר וכלפי צד זר המעורב בהפרה.⁶⁴

אפשר להניח כי שני היסודות האלה – החובה והסעד – נראו חשובים בעיני השופט חשין במידה שווה. לנוכח האסמכתה השנייה שהביא, מפרשת *Hudson* שתידון להלן, ולנוכח פסיקתו המכוננת בפרשת **פופקו**, ניתן אף לשער שהיסוד של חיוב החשבון – דהיינו, משטר האקאוונטיליות של אמונאים – נחשב בעיניו אף יותר. לא למותר להדגיש שאת פרשת **פופקו** יש לראות כפסיקה-אחות לפרשת **אגיון** מבחינת מקומן וחשיבותן בדין הישראלי.⁶⁵ נוסח דבריו של השופט חשין גם בעניין **פופקו** משקף היטב את מודעותו הברורה למהלך המכונן המגולם בפסיקתו, אף יותר מאשר התנסחותו ה"רזה" יותר בעניין **אגיון**.⁶⁶

פסק דין *Hudson* עסק באחד, ג'ורג' הדסון, שכונה "מלך מסילות הברזל" באנגליה של אמצע המאה התשע-עשרה.⁶⁷ יחד עם ג'ורג' סטיבנסון, מי שבנה את קטר הקיטור הראשון וכונה "אבי מסילות הברזל", הקים הדסון וניהל כמה חברות לסלילה ותפעול של קווי רכבת, עד ששלט בנתח ניכר משוק הרכבות באנגליה.⁶⁸ בארבע חברות שניהל,

64 יצוין בהקשר זה כי ליסוד של החזקה בנאמנות קונסטרוקטיבית בידי המקבל נכס אמונאות אגב הפרת חובת אומן של האמונאי יש חשיבות מיוחדת, שכן הנקודה אינה מוסדרת אצלנו. ראו, באופן כללי, עמיר ליכט **דיני אמונאות: חובת האומן בתאגיד ובדין הכללי** 403–491 (2013).

65 עניין **פופקו**, לעיל ה"ש 15. פרשה זו עסקה בסכסוך בין שתי אחיות יורשות, שאחת מהן ניהלה את נכסי העיזבון, אך משביקשה אחותה כי תיתן חשבון על פעילותה זו, היא הכחישה את עצם קיומה של חובה לתת חשבון המוטלת על מנהל עיזבון בדין הישראלי עול הימים. מבלי לחרוג ממנהגו לכתוב בתמציתיות, ניצל השופט חשין את ההזדמנות כדי להצביע על השורשים ההיסטוריים של חובת החשבון (duty to account), לאזכר תקדימים מנדטוריים למתן חשבונות (ובהקשר זה יש מקום לעיון ביקורתי מפורט, אך לא כאן המקום להאריך בזה), ולקבוע הלכה כללית בדבר חובת חשבון של אמונאים.

66 "...מותר להם לבתי המשפט לקרוע אשנב אל מערכת משפט עשירה יותר ומפותחת יותר, ולהעביר אל תחום סמכותם, בתוקף הסימן 46 לדבר-המלך-במועצה, את יסודות המשפט המקובל ואת עיקרי-היורש הנוהגים באנגליה בענין זה. תנאי הארץ ותנאי תושביה, לא זו בלבד שאינם מחייבים את דחייתם של אותם יסודות ואותם עיקרים בפרשה הנדונה, אלא – נהפוך הדבר – במצב התפתחותה הענפה של הכלכלה הישראלית – וקודם לכן הא"י – יש בכך מן הרצוי ומן המועיל, כי אדם העושה פעולות בתוקף אימון מיוחד אשר ניתן בו על ידי חברו – סוכנו של בית חרושת, למשל, או ממונה על קרן נאמנות – יהא חייב לתת חשבונות לחברו זה, וכי לבתי המשפט יהיה הכוח לכפותו לעשות כן" (שם, פס' 10). בהשוואה לעניין **אגיון**, עניין **פופקו** גם מפגין ביתר בהירות את בקיאותו של השופט חשין במקורות המשפט המקובל והבנה של דקויותיו. ראו שם, בעמ' 246, שם הוא עומד על המקורות ההיסטוריים של חובת החשבון.

67 עניין *Hudson*, לעיל ה"ש 57.

68 לרקע ולפרטים נוספים ראו Sean McCartney & A.J. (Tony) Arnold, 'A Vast Aggregate of

שאחת מהן הייתה התובעת, הוא הוביל לעריכת חוזים בין החברות לבינו עצמו, אשר הניבו לו רווחי עתק – מה שכיום נכנה "עסקה עצמית" (self dealing). לורד רומילי (שומר המגילות – המשנה לצ'נסלור באותם ימים) קבע כי הדבר פסול, והורה על מתן חשבון לטובת החברות, כפי שמשתקף גם במובאה מעניין אגיון לעיל.

לעומת פסק דין *Cook*, עניין *Hudson* נראה אסמכתה אזורית ואולי תמוהה, אפילו כאשר צוטט בראשית שנות החמישים. אף מבלי להתייחס לוותק המופלג שלו כבר אז, החברה התובעת שם לא הייתה חברה מן הסוג המוכר כיום, אשר מאוגדת לפי רצונם של בעלי המניות מכוח חקיקת החברות הליברלית של אמצע המאה התשע-עשרה, אלא תאגיד שפונן בשנת 1836 בחוק מיוחד של הפרלמנט – מתכונת שפסה מן העולם.⁶⁹ פסק הדין אוזכר בפסיקה באנגליה פעמים ספורות במרוצת המאה התשע-עשרה, אך מאז נעלם לגמרי ממרחב הסמך. בספרות המשפטית החדשה פסק הדין מאוזכר בעיקר מכיוון שהייתה זו אחת הפעמים הראשונות שבהן השתמש בית המשפט במונח fiduciary ביחס לקטגוריה המשפטית הרלוונטית, ולא רק במונחים trustee או trust.⁷⁰ זאת, באומרו כי "[t]his Court can never countenance a person who is placed in a fiduciary situation, in retaining, for his own benefit, sums of money which have come to his hands, or have been acquired by him in that character..."⁷¹

השופט חשין בעניין אגיון לא ציטט את הפרופוזיציה הזו מפסק דין *Hudson*, אלא בחר שתיים אחרות, שאינן צמודות זו לזו: הראשונה מבטאת את החובה לפעול לטובת הנהנה ובלא כל עניין אחר, והשנייה – את חיוב החשבון או האקאונטביליות של מנהל חברה, בדומה לזה של נאמן.⁷² אף על פי כן, נראה כי הדברים קשורים זה לזה. מכיוון שחברות עסקיות באנגליה של ראשית המאה התשע-עשרה היו עדיין תופעה לא שכיחה, טיבם של היחסים בין המנהלים לבין החברה ובעלי מניותיה טרם הוחזרו אז במלואו. כך היה הדסון יכול לטעון שמדובר במערכת יחסים מסחרית רגילה – חוזית במשמע – שבה הוא רשאי להפיק באין מפריע את טובות ההנאה שהפיק, כל עוד לא הוסכם אחרת. לורד רומילי הבהיר כי זוהי מערכת יחסים שחלים בה חיובים כשל נאמן – כיום נאמר חיובי אמונות – אולם החידוש שבדבר איבד מחשיבותו עם שקיעתן על החברות מכוח

Avaricious and Flagitious Jobbing'? George Hudson and the Evolution of Early Notions of Directorial Responsibility, 11 ACCT., BUS. & FIN. HIST. 117 (2001).

69 שם, בעמ' 138.

70 L.S. Sealy, *The Director as Trustee*, 25 CAMBRIDGE L.J. 83, 84–85 (1967); Lord ראו Wedderburn, *Trust, Corporation and the Worker*, 23 OSGOODE HALL L.J. 203, 212 (1985); Robert Flannigan, *Access or Expectation: The Test for Fiduciary Accountability*, 89 CAN. B. REV. 1, 6 (2010). לסקירת ההתפתחות בתפיסת נושאי משרה בחברה כאמונאים ראו נפתלי בן ציון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 197–200.

71 עניין *Hudson*, לעיל ה"ש 57, בעמ' 872.

72 למען הסר ספק, "אוכלי-פרי-הנאמנות" הנזכרים במובאה מעניין *Hudson*, שם, הם הנהנים, ה-*cestuis que trust*.

חקיקה ספציפית ועלייתן של חברות מכוח התאגדות פרטית, שגם לגביהן נקבע כך.⁷³ אלא שדווקא חידוש זה, שננקט לנוכח מצב משפטי היולי, היה עשוי להיראות רלוונטי במיוחד לשופט חשין בבואו לקבוע לראשונה בדין שלנו, במצבו ההיולי דאז, קביעה כללית בדבר חובת האמון של מנהלים, ושל אמונאים נוספים במשמע, ובדבר האיסור החמור להתנות עליה בחוזה, כפי שעשו פוקשנר ואגיון. על בסיס זה היה קל לשופט חשין לקבוע בתקיפות כי "שום אינטרס אחר, אישי, צדדי, אסור לו כי ישפיע עליהם" וגו'. זאת, הגם שהם אינם נאמנים לאשורם (שכן נכסי האמונאות אינם בבעלותם), אלא בעלי תפקיד הפועלים לטובת אחר (החברה, שהיא בעלת הנכסים) וכפופים לחיובים זהים לאלה של נאמנים.

ושבו, הקביעה כי "שום אינטרס אחר, אישי, צדדי, אסור לו כי ישפיע עליהם" וכולי, ואחריה הקביעה כי "חובתו הראשונית של מנהל היא, כאמור, לשוות לנגד עיניו את טובתה של החברה... אסור לו לנקוט עמדה מוקדמת... מחמת שיקולים זרים, חיצוניים, אישיים או אחרים",⁷⁴ הן בבחינת מעט המחזיק את המרובה. הן מקפלות בתוכן את שני המופעים העיקריים של חובת האמון: ראשית, החובה לפעול בתום לב כיסוד נפשי לטובת הנהנה; ושנית, האיסור להיחשף להשפעה של עניין זר. את שני המופעים האלה השופט חשין מפתח עוד באותו טקסט: דרישת תום הלב כיסוד נפשי מנביעה את האיסור לשיקול שיקולים זרים; וחשוב לא פחות, איסור ניגוד העניינים משתרע על כל עניין מכל סוג שהוא – בין אישי, בין צדדי, בין אחר – כשם שכך אסורים שיקולים זרים, חיצוניים או אחרים. כך נתפסים במצודה הן ניגוד בין החובה לנהנה לבין עניין אישי (ניגוד המכונה לעיתים duty-interest conflict – "ניגוד חובה-עניין") הן ניגוד בין חובות אמונאות מקבילות לשני נהנים או יותר שיש ביניהם מתח או יריבות (duty-duty conflict – "ניגוד חובה-חובה"; זה המכונה במשפט הציבורי "ניגוד עניינים מוסדי"). וכדי להשלים את המערך, אותו עניין אחר הוא פסול משום שהוא עלול להסיר "את לבם" של המנהלים] מאחרי החברה וטובתה".⁷⁵ כך מובהר הקשר בין איסור העניין הזר לבין החובה לפעול בתום לב כיסוד נפשי. אכן, מלאכת מחשבת.

נחתום חלק זה בתהייה שהעלינו לעיל, דהיינו, כיצד שני הצדדים, פוקשנר ואגיון, מעדו באופן קשה כל כך בהפרת חובת האמון המוטלת עליהם כמנהלים (וגם כמעין-שותפים, הגם שנקודה זו לא נדונה בהחלטה).⁷⁶ ניתן לשער, שוב באופן ספקולטיבי, כי הרקע של השניים תרם לכך. פוקשנר היה אדם משכיל ובעל הכשרה משפטית פורמלית ומעשית. זו הייתה מבוססת על הדין שנהג בקיסרות האוסטרו-הונגרית, אשר הושפע

73 ראו, למשל, את הסקירה אצל Sealy, לעיל ה"ש 70. ראו גם JJ Harrison (Properties) Ltd v. Harrison [2001] EWCA (Civ) 1467.

74 עניין אגיון, לעיל ה"ש 14, בעמ' 889.

75 מבוסס על עניין אגיון, שם.

76 ראו ע"א 283/62 **הסס נ' לסלו**, פ"ד יז 758, 764 (1963), שבו נקבע כי בחברה פרטית בעלי המניות עשויים להיחשב מעין-שותפים שמתקיימים ביניהם "יחסי נאמנות המחייבים כנות שלמה והתגלות מוחלטת".

מיסודות של המשפט הרומי וחלק מאפיינים עם המשפט הגרמני.⁷⁷ כאשר בוקובינה נעשתה חלק מרומניה, השתנה גם מקור ההשפעה המשפטית לצרפתי, אולם הפרקטיקה המשפחתית של פוקשנר עמדה בשינוי.⁷⁸ כאשר התגלע הסכסוך מושא פסק הדין, הוא שהה בפריז.⁷⁹ אדוארד אגיון רכש השכלה בצרפת, וכיהודי מצרי הושפע מן הסתם מן התרבות הצרפתית, שהייתה שלטת בקהילה. יש אפוא יסוד לסברה שהם לא הכירו – או לכל הפחות לא הפנימו באופן אינטואיטיבי כנורמה חברתית – את עקרונות היסוד של מוסד האמונות: בראש ובראשונה מוסד האקאונטביליות, ועימו חובת האמון של כל אמונאי, על האיסורים התקיפים שהיא מחילה. אלה יסודות מובהקים וייחודיים למשפט המקובל האנגלי, ובמיוחד לענף של דיני היושר, אשר משתקפים גם בנורמות חברתיות ואף באוצר המילים בשפה האנגלית.⁸⁰ הגם שהשיטות הקונטיננטליות מכירות כמובן קטגוריות כגון שלוח, שותף ומנהל חברה, אין בהן משטר משפטי מקביל לדיני האמונות המוכרים במשפט המקובל, ובמיוחד לא חובת חשבון מקיפה כפי שיש בו.⁸¹ הדעת נותנת שהשופט חשין היה מודע לפער החברתי-התרבותי הזה ולכשל שפער זה אולי יצר בקרב הצדדים.⁸² אם נפליג בהשערות, ניתן להוסיף ולשער שפוקשנר ואגיון אולי הופתעו – ואולי אף נפגעו – מחריפות הרטוריקה שבפסק הדין על אודות התנהגותם. אף על פי כן, וחרף רגישות המיוחדת למגוון המורשות התרבותיות בקרב

77 הקוד האזרחי האוסטרי משנת 1811 הקדים את הקוד האזרחי הגרמני משנת 1895, אך בשניהם יש השפעות רומיות.

78 ראו *Fokschaner Papers*, לעיל ה"ש 25.

79 רבינוביץ, לעיל ה"ש 51, בעמ' 166.

80 ראו, באופן כללי, Amir N. Licht, *Lord Eldon Redux: Information Asymmetry, Accountability, and Fiduciary Loyalty*, 37 OXFORD J. LEGAL STUD. 770, 780–789, 796 (2017).

81 ראו Martin Gelter & Geneviève Helleringer, *Fiduciary Principles in European Civil Law Systems*, in THE OXFORD HANDBOOK OF FIDUCIARY LAW 583 (Evan J. Criddle, Paul B. Miller & Robert H. Sitkoff eds., 2019); Michele Graziadei, *Virtue and Utility: Fiduciary Law in Civil Law and Common Law Jurisdictions*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF FIDUCIARY LAW 287 (Andrew S. Gold & Paul B. Miller eds., 2014). יש להבחין נקודה זו מסוגיה אחרת, והיא השאלה אם בשיטות הקונטיננטליות יש מוסד משפטי של נאמנות (trust), כפי שהיא מוכרת במשפט המקובל – שאלה שהתשובה לה שלילית אף היא (לפחות באופן מסורתי, להבדיל מתיקונים חרותים). ראו, למשל, Stefan Grundmann, *The Evolution of Trust and Treuhand in the 20th Century*, in ITINERA FIDUCIAE: TRUST AND TREUHAND IN HISTORICAL PERSPECTIVE 469 (Richard Helmholz & Reinhard Zimmermann eds., 1998).

82 אפשר כמדומה לבטל בבטחה טענה אפשרית כי נודעה השפעה כלשהי להטיות פוליטיות, אולי לנוכח זיהוי הפוליטי של אדוארד אגיון עם החוגים הלאומיים, כמפורט לעיל (הגם שבנו הבל שירת בפלמ"ח). ידועה הפרשה שבגדרה נאלץ השופט חשין "לטהר" את שמו מה"אשמה" שטפלו בו חורשי רעתו כי הוא נמנה עם חוגים רוויזיוניסטיים, רחמנא ליצלן. בין היתר הוא הראה כי התגייס לארגון "ההגנה", וכי את מקומו בסגל השופטים שחנך את בית המשפט העליון הוא תפס בתמיכתה של מפלגת הציונים הכלליים, מחוגי הימין.

היישוב היהודי ההולך ומתקבץ בארץ,⁸³ העדיף השופט חשין את היושר תרתי משמע, וכך הניח יסודות איתנים לדיני אמונאות ישראלים במתכונת המשפט המקובל.

פרק ד: מאז ועד היום

הפרופוזיציה ההדוקה של השופט חשין כי "שום אינטרס אחר, אישי, צדדי, אסור לו כי ישפיע" נעשתה, כאמור, נכס צאן ברזל של הדין הישראלי. שנים ספורות לאחר שנפסקה חזר עליה – בפרשת **איון**,⁸⁴ בהקשר של הפקת טובת הנאה אסורה – השופט לנדוי, שגם לו נודעה תרומה סגולית מכרעת לדיני האמונאות שלנו כמו גם בתחומי משפט נוספים.⁸⁵

בשנת 1980 נשא אהרן ברק הרצאה בטקס באוניברסיטה העברית בירושלים, ובה הציג גישה כללית ביחס לאיסור ניגוד העניינים:

"אדם המנהל את ענייניו שלו רשאי לנהלם ככל העולה על רוחו ולעשות בהם כטוב בעיניו ובלבד שלא ייפגע ולא יינזק זולתו. שונה הדבר כאשר אדם מנהל את ענייניו של הזולת ולא את ענייניו הוא. במסגרת זו, אין אני רשאי לעשות ככל העולה על רוחי. לא רק שאסור לי לפגוע ולהזיק לזה שאת ענייניו אני מנהל, אלא שהחברה המאורגנת מטילה עלי את החובה לפעול מתוך **אמון ונאמנות**. עלי להחניק ולדכא את האינטרס האישי שלי, ועלי לפעול כשנגד עיני האינטרס של זה שלמענו אני פועל. אסור לי להעדיף את האינטרס העצמי שלי או של מקורב לי, ועלי לראות תמיד את האינטרס של זה שלמענו אני פועל כאינטרס המכריע. אך למעלה מזאת: **אסור לי להימצא במצב שבו עלול להיות ניגוד אינטרסים בין האינטרס של זה שלמענו אני פועל ובין אינטרס אחר כלשהו**."⁸⁶

מפאת אופיו של טקסט זה, הוא היה חף מסימוכין. אולם בתוך שנים ספורות, בשבתו לדין בעניין **קוסוי**, נקרתה לפני ברק ההזדמנות לעגן את העמדה הזו בדין הפוזיטיבי

83 ראו לעיל ה"ש 52–53 והטקסט שלידן.

84 ע"א 211/53 "שמשון" בתי-חרושת א"י למלט פורטלנד בע"מ נ' **איון**, פ"ד י 1767, 1777 (1956).

85 בתחום המשפט החוקתי, למשל, יצוין, מני כמה וכמה, פסק הדין של השופט לנדוי בבג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969), שבו נפסל לראשונה חוק של הכנסת. בתחום דיני האמונאות יצוין במיוחד פסק דינו המכונן בע"א 267/55 **טוקטלי נ' "שמשון" בתי-חרושת א"י למלט פורטלנד בע"מ**, פ"ד יא 1569, 1575 (1957).

86 אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" **משפטים** י 11, 11 (התש"ם) (ההדגשות במקור). מאוחר יותר הרחיב ברק את החיבור, עדכן אותו וגם הוסיף לו סימוכין. ראו אהרן ברק "האיסור על ניגוד עניינים" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה** 29 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009).

משפט ועסקים כו, תשפ"ג בניין אב: השופט ש"ז חשין – מכונן דיני האמונות בישראל

ולהחילה באופן כללי על אמונאים באשר הם, ולשם כך הוא הסתמך על הפרופוזיציה מהלכת **אגיון**:

"חובת האמון היא חובה כללית, המוטלת על בעל הכוח. משמעותה של חובה זו היא, כי בעל הכוח חייב לפעול בתום-לב, בהגינות ולמען טובת הגשמת תפקידו. זהו עיקרון כללי הטמון בשיטתנו, והפעלתו הלכה למעשה מחייבת קונקרטיזציה..."

עקרונות יסוד אלה מקובלים גם על שיטתנו המשפטית. אמת, הם לא קיבלו ביטוי פורמאלי בפקודת החברות [נוסח חדש], שכן המחוקק השאיר סוגיה זו לפיתוחה של הפסיקה. הפקודה היא לעתים אך שלד, הקורם עור וגידים בהלכתו השיפוטית של בית המשפט. אכן, בית המשפט קלט את עקרון היסוד בשחר הפסיקה, ומאז הריחו מפתח אותו על-פי צרכינו שלנו, כחלק מהמשפט המקובל נוסח ישראל. כבר לפני למעלה משלושים שנה קבע השופט חשין, כי: "...⁸⁷

משעתרו המשיבים בעניין **קוסי** – לאמור, נושאי המשרה ובעלת מניות שליטה שסרחו – לדין נוסף, דחה הנשיא שמגר את הבקשה, בקובעו:

"...אינה מקובלת עליי הסברה, כי הגדרת חובותיו וחבויותיו של מנהל בחברה ושל בעל מניות שליטה בה, ששימשה יסוד למסקנותיו של בית המשפט שלערעור, הייתה בגדר חידוש, שנעדר שורשים בהלכה הקיימת או בציפיות הסבירות של בעלי הדבר... בהקשר זה ניתן גם להזכיר את דבריו של השופט Romilly בפרשת York and North-Midland Rly. Co. v. Hudson ... שאומצו אצלנו עוד בהמ' 100/52 [עניין **אגיון], בעמ' 889.⁸⁸**

בעשור שלאחר מכן חזר בית המשפט העליון והסתמך על הלכת **אגיון** עוד כמה פעמים, תוך ציטוט הפרופוזיציה הנזכרת והתייחסות אליה כבסיס לעקרון יסוד בדין

87 ע"א **קוסי**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 278 ו-280 (ההדגשות הוספו). הציטוט מדברי השופט חשין שהוסר הוא הפרופוזיציה מעניין **אגיון**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 889, המובאת לעיל בטקסט שליד ה"ש 20.

88 ד"נ 29/84 **קוסי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ**, פ"ד לח(4) 505, 512 (1984). האמת ניתנת להיאמר שהנשיא שמגר, עם כל הכבוד, לא דייק כאשר כך בכריכה אחת מנהל בחברה ובעל מניות שליטה. בעוד שהראשון הוכר כאמונאי מובהק כבר במאה התשע-עשרה, והוכר ככזה בדין הישראלי בהלכת **אגיון**, הטלת חובת אמון על האחרון בע"א **קוסי**, תוך הישענות על אסמכתאות אמריקניות, הייתה חידוש גדול. לימים בוטל חידוש זה, כאשר בית המשפט העליון פירש את חובת ההגינות של בעל שליטה לפי ס' 193 לחוק החברות כחובה שונה מבחינה מושגית ותוכנית מחובת האמון. ראו ע"א 7657/17 **הנאמן על הסדר הנושים של פויכטונגר תעשיות בע"מ נ' פויכטונגר** (פורסם באר"ש, 18.6.2020). לדין קצר ראו עמיר ליכט "כמה דינים כבר אפשר להמציא בכלל – דמותן החדשה של חובות ההגינות של בעל שליטה" **נקודה בסוף משפט** 21.6.2020. <https://did.li/OzmgT>

הישראלי בדבר חובת האמון. כך, בעניין גולני עשה זאת השופט דב לין, כאשר קבע כי על חבר מועצת עירייה חלים חובת אמון ומשטר אחריות תואם במתכונת החובה החלה על מנהל.⁸⁹ בפרשת הספקה היה זה השופט מישאל חשין שהסתמך על פסיקתו של אביו כאסמכתה ל"עקרון יסודי... [ש]אין עליו חולקים".⁹⁰ פסק הדין אוזכר גם בספרות המשפטית דאז כאסמכתה יחידה לכלל המשפטי התשתיתי הזה.⁹¹ אולם בתוך זמן קצר תפסה הלכת קוסוי עמדה שלטת כאסמכתה המרכזית בנושא חובת האמון, והלכת אגיון נדחקה במידה רבה הצידה עד לשנים האחרונות, לפחות מבחינה מספרית.⁹² עם זאת, מבחינה מהותית פסק דין קוסוי הוא ממשיכו הישיר של פסק דין אגיון; בפרפרזה על מימרתו של אייזיק ניוטון – "אם הרחיק ראות, היה זה משום שעמד על כתפי ענקים". כשני עשורים נוספים חלפו, ובגישתו של בית המשפט העליון חל מפנה, ולא לטובה, עם כל הכבוד. בעניין ורדניקוב נדונה סדרה של פעולות בחברה ציבורית שלבעל השליטה היה עניין בהן, בשעה שהדירקטורים היו מצויים בניגוד עניינים בכוח, וליתר דיוק – בחשש לפעולה משיקולים זרים.⁹³ השופט עמית חזר על הפרופוזיציה הקנונית מהלכת אגיון כאסמכתה לכך ש"על חובתו של מנהל בחברה לשקול אך ורק את טובתה,

89 "העיקרון של חובת האמון המוטלת על מנהל בחברה נזכר בפסיקה הישראלית עוד בראשית ימיה, וכה אמר בהקשר זה השופט חשין: "... (בג"ץ 1065/89 גולני נ' הממונה על מחוז המרכז במשרד הפנים, פ"ד מה(1) 441, 451 (1991)). באותו עניין הוחלה על חבר המועצה חבות בגין כספי עירייה שהוציא לא כדין לפי ס' 221 לפקודת העיריות [נוסח חדש], במתכונת קלסית (ומעט ארכאית בהקשר זה) של עריכת חשבון.

90 "עקרון יסודי הוא – ידוע ומקובל – ואין עליו חולקים: מנהלי חברה הינם נאמני החברה ושלוחיה; בתורת שכאלה חייבים הם לשוות לנגדם תמיד את טובת החברה – ואת טובת החברה בלבד – ועל דרך זה יכונו מעשיהם בענייניה. ראה, למשל: המ' 100/52 [עניין אגיון]... [ו]ע"א 817/79 [ע"א קוסוי]..." (עניין הספקה, לעיל ה"ש 18, פס' 18). בעניין הספקה נקבע כי מנהל חברה לא הפר חובת אמון, שכן הוא פעל בתום לב לטובתה כאשר הוציא סכומים גבוהים מכספיה להשגת "שלוש בית".

91 ראו, למשל, ג' פרוקצ'יה "חוק השליחות, תשכ"ה-1965 ומנהלי החברה" עיוני משפט א 234, 258 (1971); אהרן יורן (יורקביץ) "אחריות מנהלים: אכיפתה וביטוח נגדה" משפטים ט 453, 454 (התשל"ט); יוסף גרוס הדירקטור בחברה הממשלתית 170 (1977).

92 לפי מפקד שנערך באמצעות מערכת "נבו" באמצע שנת 2024, מספר האזכורים של עניין קוסוי בפסיקה גדול בערך פי עשרה ממספר האזכורים של עניין אגיון: 272 לעומת 23 (מתוכן 15 אחרי פסק דין קוסוי), בהתאמה. על זאת אין לתמוה. בהשוואה לפסק דין אגיון, פסק דין קוסוי, בחלקו הקונונציונלי העוסק בחובת אמון של מנהל ואמונאים אחרים (להבדיל מהחלק העוסק בבעל שליטה בחברה), מפורט הרבה יותר מבחינת הכללים הדוקטריניים שהוא סוקר, וגם נוקט גישה מושגית עקרונית בשאלת תחולתה של חובת האמון – מהלך שהיה חדשני ואף פורץ דרך בשעתו גם בהשוואה עולמית. הלכת קוסוי הייתה אפוא גם כלי שימושי יותר עבור בתי משפט שנדרשו לשאלות אלו. זאת, לצד הדומיננטיות של אהרן ברק כשופט וכמחבר במשך שנים לאחר שנפסקה, בעוד שהשופט חשין, לא בצדק, נותר דמות נשכחת למדי בהיסטוריה של המשפט הישראלי, אולי מחמת פטירתו בטרם עת. על זאת יש להוסיף פרקטיקות אופנתיות של אזכור בעידן הנוכחי, הנוטות לגישה של "ישן מפני חדש תוציאו", ואולי אף חוסר מודעות לחשיבותן של ההלכות המכוננות.

93 ראו ע"א 7735/14 ורדניקוב נ' אלוכין (פורסם באר"ש, 28.12.2016).

עמדה הפסיקה מימים ימימה, לאחר שציין כי "שורש החובה נעוץ בחובתו של נושא המשרה לפעול לטובת החברה, ולטובתה בלבד, וברוח חובתו של נאמן כלפי הנהנה מכוח סעיף 1 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979".⁹⁴ דא עקא, לגופו של עניין הכשיר פסק דינו את ההפרה באמצעות יישום "תקן ביקורת" של "בחינה מוגברת", תוך נטילת השראה מדוקטרינה בשם דומה בדין הדלוורי. בכך תקע השופט עמית טריז בין הצהרה על חובת האמון כתקן התנהגות קפדני לבין עמידה על קיומה בפועל באמצעות משטר החשבון, כפי שקבע השופט חשין. זאת, תוך שהוא מתכחש לעקרונות היסוד שקבעו הלכות אגיון, טוקטלי וקוסוי במהלך רגרסיבי מובהק, לעניות דעתי.⁹⁵ פסיקה מאוחרת יותר הוסיפה והעמיקה את הבקע שניבע בעניין ורדניקוב, עד שכיום אין מנוס מהסברה שנוצר נתק בין משטר האמונות הירוד החל על נושאי משרה בחברה לבין זה המלא החל על שאר האמונאים מכוח דיני האמונות הכלליים בדין הישראלי.⁹⁶ לא למותר לציין כי יש בכך אירוניה לא מועטה, שכן הייחור ששתל השופט חשין, ואשר ממנו צמח האילן שטיפחו שופטי דור התקומה, נלקח דווקא מדיני החברות.⁹⁷

כדבר נחמה נפטיר פרק זה באזכור פסיקה של הערכאות הדיוניות מן העת האחרונה שבה חזרו בתי המשפט על הנוסח הקנוני של הלכת אגיון ולצד זאת הפגינו נכונות להקנות סעדים תקיפים על הפרת חובת אמון בתאגיד, במיטב גישתו של היושר וברוחו של השופט חשין.⁹⁸

94 שם, פס' 50. למען הדיוק, חובת האמון של נאמן מעוגנת בהוראת ס' 10 לחוק הנאמנות, ואילו ההתייחסות לחיוב לפעול לטובת הנהנה בס' 1 לחוק היא הגדרתית-מזהה, ואינה קובעת נורמה משפטית.

95 לדיון מפורט ראו עמיר ליכט "בגנות ההגיונות: מקומה הנעדר של הגיונות בחובת האמון בדין הישראלי" משפטים 675 מז (2018). בתמצית שבתמצית: דיני האמונות רואים חשש ממשי להפרה כהפרה מלאה המזכה בחשבון ובסעדים. בניגוד מוחלט לתפיסה עקרונית זו, המנגנון של תקני הביקורת – בין "בחינה מוגברת" ובין "הגיונות מלאה" – מקנה לאמונאי המפר אפשרות להפקיע את אחריותו להפרה בתנאים מסחריים סבירים, וכך לקעקע את חובתו מן היסוד.

96 יצוינו בהקשר זה בעיקר פסק הדין של השופט (בדימ') דנציגר בע"א 4857/16 מנשה נ' יוז'ין אייר בע"מ (פורסם באר"ש, 24.4.2018); ע"א 3417/16 פינרוס החזקות בע"מ נ' גולדשטיין, פס' 67–78 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר, פס' 13–19 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם באר"ש, 12.7.2021). לדיון ראו עמיר ליכט "חייב אדם לברך – חובת התקינות של נושא משרה בחברה, הגיונות מלאה, ומה נותר מחובת האמון שלו?" נקודה בסוף משפט 3.8.2021. <https://did.li/58Iaa>.

97 רשימה זו אינה מסגרת נאותה לבירור השאלה מדוע חלה התמורה הרגרסיבית הנזכרת בדיני החברות שלנו, מה גם שיש מי שיחלקו על האפיון הזה ויטענו כי תמורה זו מביאה בכנפיה קדמה רצויה, בבחינת "כדלוור היינו". לדיון בנושא זה ראו ליכט "שלמוני אמונאי ישראל", לעיל ה"ש 11, בעמ' 336–333.

98 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 65217-06-15 אינטגריטי תוכנה 2011 בע"מ נ' גונן, פס' 9 (פורסם באר"ש, 8.2.2018); ת"א (כלכלית ת"א) 29021-08-20 צור נ' אמפיריקל הייר בע"מ, פס' 80 (פורסם באר"ש, 6.8.2023).

סיכום

ברשימה זו ביקשנו להעלות על נס מקצת ממפעלו של השופט שניאור זלמן חשין – אביו של השופט מישאל חשין – לכינון המשפט הישראלי, ובפרט לכינונם של דיני האמונות הישראליים. דיני האמונות הם דיניהם של חסרי הישע, בהקימם תריס איתן מפני שימוש לרעה בכוח כלפיהם, והם גם דיניו המובהקים של טוהר המידות, בתובעם שקיפות מלאה ומתן דין וחשבון – אקאונטביליות – ממי שנטלו על עצמם לפעול לטובתו של אחר, בין במשפט הפרטי בין במשפט הציבורי. עקרונות אלו והכללים המשפטיים המוציאים אותם מן הכוח אל הפועל היו נר לרגלי הבן כשם שהיו לרגלי האב.

ניזכר בפעם האחרונה בדברי השופט ש"ז חשין בעניין **אגיון** על אודות תוכנה של חובת האמון: "חובתו הראשונית של מנהל היא, כאמור, **לשוות נגד עיניו את טובתה של החברה**, ולפעול בכל דבר הבא לפניו מבחינת טובתה של החברה. אסור לו לנקוט עמדה מוקדמת, עוינת לחברה, בשאלות אשר טרם באו לפניו, מחמת שיקולים זרים, חיצוניים, אישיים או אחרים.⁹⁹ והינה, אפילו מבלי לאזכר את פסק דינו של אביו (שאותו אזכר בעבר), ידע השופט מישאל חשין להביע בדרכו את תוכנה המהותי של החובה, תוך שימוש באותה תכנית מחשבתית ובאותה פרפרזה על הפסוק הידוע:¹⁰⁰

"נאמנות של שלוח לשולח – כך מצייר אני נאמנות – יש בה יותר ממילוי חובה גרידא. נאמנות כורכת איכויות שמניין לא יבוא בחוק: מסירות, מאמץ יתר, דבקות, השתתפות, תום-לב בדרגה עילאה. לא בכל עניין ועניין תתקיימה איכויות אלו כולן; לא בכל עניין ועניין תהא מידת עוצמתן של אותן איכויות שווה; ואולם בכל שליחות נחפש ונמצא איכויות אלו, כולן או חלקן. שלוח כמו אמור הוא להטמיע עצמו בשולחו, וחובתו היא **לשוות נגד עיניו כל העת בכל יום תמיד את טובתו של השולח**."¹⁰¹

אכן, מעשי אבות סימן לבנים.

99 עניין **אגיון**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 889 (ההדגשה הוספה). ראו לעיל ליד ה"ש 58.

100 ראו תהילים טז 8: "שְׁוִיתִי יְהוָה לְנֶגְדִי תָמִיד..."

101 דנ"א 1522/94 **נייגר נ' מיטלברג**, פ"ד מט(5) 314, 343 (1996) (בדעת מיעוט אך לא בנקודה זו) (ההדגשה הוספה).