

הפרקליט

מוצא על ידי לשכת עורכי הדין בישראל

תדפיס

פסלות שופט – הגיעה העת למבחן אחיד וברור

מאת: רונן עדיני

תוכן העניינים

- א. הקדמה
- ב. עיקרי ההסדר המוצע
- ג. מבחני הפסיקה לעניין פסלות שופט
 - (1) מבחן "האפשרות הממשית" למשוא פנים
 - (2) מבחן "החשש הסביר" (או "החשש הממשי")
 - (3) ההבחנה בין מבחן "האפשרות הממשית" למבחן "החשש הסביר"
 - (4) מראית פני הצדק
- ד. העילות העשויות להצדיק פסלות שופט
 - (1) הבעת דעה על-ידי השופט: א. בנוגע לבעל דין
ב. בנוגע לנשוא הדיון
 - (2) פגמים בניהול הדיון והתערבות יתר בהליכי המשפט
 - (3) שמיעת הליכים קודמים ועיון בחומר הראיות במסגרת ההליך הפלילי
 - (4) אינטרס כספי או חפצי, או "עניין אישי" בנשוא הדיון
 - (5) היכרות קודמת של השופט עם בעל-דין או עם בא-כוחו
- ה. המשקל שיש ליתן לחוות-הדעת של השופט עצמו

א. הקדמה

"...ענין לנו בטענות הקשורות להתנהגותו של שופט. בעניינים אלה עלינו להיות רגישים במיוחד. אל לנו ליצור רושם כי מטאטאים אנו אי-חוקיות מתחת לשטיח הפורמליזם. מעמדינו כשופטים אובייקטיבים מותנה באמון הציבור בנו... כאשר אנו יושבים לדין, אנו עומדים לדין"¹.

המבחנים אשר גובשו בפסיקת בתי-המשפט בישראל בעניין פסלות שופט הינם בלתי-אחידים ומעורפלים במידה רבה, עד כדי כך שאין בהם לשמש הנחיה ראויה לכל העוסקים בדבר, באשר לנסיבות שבהן מן הדין כי יפסל שופט מלדון בעניין כלשהו.

מטרת מאמר זה הינה, בראש ובראשונה, להציע מבחן ברור ומגובש לפסלות שופט, אשר יאומץ על-ידי החקיקה הישראלית. אגב גיבוש המבחן המוצע, ייבחנו במאמר זה המבחנים השונים אשר גובשו בפסיקת בתי-המשפט בישראל, ויאופיינו הנסיבות השונות, אשר מקימות – לאור הפסיקה – עילה לפסלות שופט.

1. המשנה לנשיא ברק (כתוארו דאז), בבג"צ 2148/94 גלברט נ' כב' נשיא ביהמ"ש העליון (טרם פורסם), בע' 43 (להלן: עניין זועבי). כן ראה בג"צ 732/84 ח"כ צבן נ' השר לענייני תרות, פ"ד מ(4) 141, 147-148.

ניתוח זה יאפשר לאתר את מגרעות המבחנים הנהוגים בנושא פסלות שופט, ויצביע על העירפול והיעדר האחידות הקיימים בנושא זה. נושא פסלות שופט הינו, ללא צל של ספק, אחד הנושאים היותר רגישים ועדינים של מערכת המשפט והשפיטה.

העלאתה של טענת פסלות אינה נעשית בקלות ראש, לא רק בשל ההשלכות אשר יכולות להיות לכך בכל הנוגע להמשך ניהול אותו המשפט בפני השופט (אם הוא לא ייפסל), אלא גם משום שמערכת המשפט בישראל נחשבת בציבור, ולא בכדי, לאחד המעוזים של מוסד ציבורי המתאפיין באמינות, ביושר, ובהיעדר-פניות.

דווקא על שום רגישותו המובנת של הנושא, ראוי היה כי המחוקק הישראלי יטרח ויאמץ הגדרות ברורות ואחידות, עד כמה שניתן, בנושא זה. אי-האחידות השוררת בפסיקת בתי-המשפט בנושא פסלות שופט מכרסמת באמינות מערכת השפיטה בעיני הציבור ופוגעת במעמדה המיוחד של מערכת זו.

כללית, נדמה כי עת עסקינן בפסלות שופט, ראוי כי תאומץ על-ידי בתי-המשפט גישה המחמירה דווקא עם השופט, קרי - כזו הצובעת בצבעים זוהרים את אותם "קווים אדומים", אשר כל שופט אשר קרב אליהם, דינו להיפסל על אתר. אכן, הגישה המוצעת במאמר זה עשויה להקל במידה מסוימת, לפחות לכאורה, על פסילת שופט, וכתוצאה ממנה אף יונמך, במידת מה, הרף לפסלות שופט, רף המוצב כיום בגובה רב מאוד.

עם זאת, ההקלה המוצעת ברשימה זו אין פירושה הסרת כל המחסומים, פריצת כל השערים, כלל וכלל לא. כל שמוצע כאן הוא לקבוע כללים אחידים ובהירים-לכל לפסלות שופט בישראל. עיקר חידושה של ההצעה האמורה כאן היא בקביעת אותם מקרים שבהם יישלל שיקול הדעת של מערכת השפיטה ביחס לעצמה. קרי, הדין המוצע יקבע נסיבות בהן מתחייבת פסלות אוטומטית, ובנוסף, יוגדרו (עד כמה שניתן) נסיבות המקימות חזקה-לכאורה בדבר קיומה של עילת פסלות, חזקה הניתנת לסתירה.

נימוק מרכזי המביא אותי לצדד במבחנים ברורים לפסלות שופט, הינו הרצון לשמור על מעמדה המיוחד של מערכת השפיטה בישראל. נדמה כי אין מערכת ציבורית הנהנית מיוקרה כה גבוהה ואמינות כה רבה כמערכת השפיטה. אמינות ללא-רוב היא מקור עוצמתו של מוסד השפיטה, וכפי שהתבטא כבר הנשיא ברק, מעמדם של השופטים מותנה באמון הציבור בהם.²

לא בכדי שמור מקום מיוחד במבחני הפסלות השונים, כפי שיובהר להלן, לשיקול של "מראית פני הצדק". על אף נטייתם של בתי-המשפט להדגיש כי אין המדובר בעקרון החשוב ביותר, או הבלעדי, בנושא זה, ברור כי זהו גורם חשוב, שאין-בלתו.

אין ספק, כי נטיה זו של בתי-המשפט, להמעיט בחשיבות הנושא של "מראית פני הצדק" הינה נטיה מכוונת, שנועדה להבהיר לכלל הציבור בישראל, כי אין בכוונתה של מערכת השפיטה לשמש "בת ערובה" של דימויה הציבורי. במילים אחרות, מתקיים בעניין זה מעין "שקר מוסכם": אנו השופטים נסרב, מחד גיסא,

2. עניין זועבי, שם.

להילכד במלכודת אמינותנו ויוקרתנו הציבורית, ומאידיך גיסא - לא נשכח לרגע כי כל החלטה בנושא רגיש זה עלולה לחבל באותה אמינות יקרת-ערך.

"מראית פני הצדק" הינו, לעניות דעתי, גורם מרכזי ביותר בנושא פסלות שופט ואולי מוטב לוותר על הנסיון להסוות או להמעיט-כביכול בחשיבותו. ככלות הכול, משמעותו של עקרון זה הינה כי בקשת פסלות תיבחן גם, אך לא רק, באספקלריה של "האיש הקטן שברחוב": האם לפי הגיונו והבנתו של זה, מן הראוי כי ייפסל שופט מלדון בתיק כלשהו, וזאת גם כאשר מהבחינה העניינית אין "אפשרות ממשית" למשוא פנים? השיקול של "מראית פני הצדק" מקל, לכאורה, עם המבקש לפסול שופט, שכן מכניס הוא לגדר השיקולים הלגיטימיים בנושא זה גם שיקולים שניתן לכנותם "שיקולים מערכתיים": דימוי ציבורי, מראית פני הדברים, וכדומה. ואולם, איזה נזק עלול להיגרם בשל כך? ממילא אין המדובר בהתחשבות בנקודת מבטו הסובייקטיבית של מבקש הפסלות, אלא המדובר בהתחשבות בשאלה כיצד תתקבל הכרעת בית-המשפט באותו עניין בעיני כלל הציבור: האם עלול להימצא בהחלטה טעם לפגם; האם עלול להימצא בה שמץ תחושה לא נעימה כי "המערכת הגנה על עצמה"; האם תיוותר תחושה כי בית-המשפט (לרבות ערכאת הערעור) התחמקו מהתמודדות לא נעימה עם "טענות קשות" בדבר חשש מנגיעה אישית של השופט לתיק שבפניו, וכדומה. שיקולים אלו אינם נראים לי בלתי-לגיטימיים או בלתי-רלוונטיים, על אף שאין הם מצויים במסגרת הנורמטיבית של פסלות שופט.

אני סבור כי גם אם נימצא מקלים במידת מה עם מבקשי הפסילה (ואף דבר זה מוטל בספק) גם אז לא נימצא פוגעים במערכת השפיטה כהוא זה. ככלות הכול, איזה נזק יכול להיגרם מנכונות (גדולה יותר מזו הקיימת כיום) לפסול שופטים? הנזק האחד והיחיד שניתן לצפותו הוא החשש כי צדדים לדיון ינסו, באמצעות הגשת בקשות פסילה, להבטיח לעצמם שופטים הידועים כמקלים יותר, או נוחים יותר, וכיוצא באלה.

סכנה זו, שהינה סכנה אמיתית ללא ספק, לא תתעצם לדעתי בשל אימוץ מבחנים ברורים ואחידים בחקיקה. היא אף לא תתעצם בשל התחשבות רבה יותר בגורם של "מראית פני הצדק", כאמור לעיל. המבחן המוצע ברשימה זו, אין משמעותו כי ניתן יהיה להביא לפסלות שופטים בישראל במחיידי. כל שמבקש לעשות המבחן המוצע הוא להסדיר נושא רגיש זה באופן משופר, באופן שיקל דווקא על בתי-המשפט להכריע בסוגיית הפסלות.

בהירות ואחידות בלשונו של החוק יאפשרו מלכתחילה לצדדים לדיון לבחון אם אמנם מתקיימות באותו המקרה העילות והנסיבות המצדיקות פסלות שופט.

הליכה בכיוון זה לא רק שלא תאפשר פסילה קלה של שופטים, אלא היא תסנן, מלכתחילה, חלק מבקשות הפסילה.

יתרה מזאת, אני סבור כי אף אם נימצא מקלים מדי עם בקשות פסילה, מוטב יהיה אם תהיה פסילה אחת יותר מדי, מאשר אי-פסילה אחת, במקום בו ראוי היה הדבר, ולא נעשה. ככלות הכול, החשש כי צדדים יוכלו "לשלוט" בקביעת השופט הן בעניינם בשל יכולתם להגיש בקשת פסילה, חשש בדים הוא. לעומת זאת, גדול בהרבה הנזק הנגרם למערכת השפיטה בשל מקרה אחד בו נותר ספק של ממש שמא היה מקום לפסול שופט, ולא נעשה הדבר.

בחינה של בקשות הפסילה הרבות המוגשות לבתי-המשפט מגלה כי הללו מתחלקות, באיפיון כוללני משהו, לשתי קבוצות עיקריות:

הקבוצה האחת נועצת יתדותיה בעילות הנוגעות לדרך ניהול המשפט או להיכרות אפשרית של השופט עם אחד הצדדים בשל דיון בהליכים קודמים באותו תיק (כגון - דיון בבקשת מעצר), או בתיקים קודמים של מי מהצדדים. בסיכומו של דבר, החשש המובע הינו מיצירתה של "דעה קדומה" בקרבם של אותו שופט.

הקבוצה השנייה - מבקשת להביא לפסלות בשל מה שניתן לכנות כ"טענות קשות". לקטיגוריה זו ניתן לשייך טענות בדבר היכרות או קירבה משפחתית או אחרת של השופט עם אחד הצדדים וכן טענות בדבר נגיעה אישית (או "הפצית") של אותו השופט לנשוא הדיון.

הקבוצה הראשונה הינה קבוצת המקרים הקלים והפשוטים יותר להכרעה, שכן העובדות ברורות, ובדרך כלל אף גלויות.

הקבוצה השנייה, להבדיל, הינה קבוצת המקרים היותר מורכבת ומעוררת בעיות בנושא הפסלות. הקושי הנלווה למקרים אלו נובע מעצם העלאת טענות אשר מעלות לעיתים סימני שאלה בכל הנוגע ליושרו האישי של השופט, או לרמתו המוסרית-ערכית. קושי נוסף הנלווה לסוג זה של טענות נובע מכך שלעיתים מבוססות הטענות על רסיסי-מידע או שמועות בלבד, שכן המידע המלא אינו מצוי ברשות הצדדים. לעיתים מצוי מלוא המידע הרלוונטי ברשות השופט עצמו בלבד.

במאמר זה אתרכו דווקא בסוג השני והבעייתי יותר של בקשות הפסילה. זהו, ככלות הכל, סוג בקשות הפסלות הבעייתי, המחייב - מעצם טיבו - הסדרה תחקיקתית ברורה יותר ונאותה מזו המצויה בספרי החוקים של משפטנו.

ב. עיקרי ההסדר המוצע

לנוחות הדיון, אציג תחילה את המלצות עבודתי זו, ובהמשך תוצגנה ההנמקות לכך, והאסמכתאות הקיימות, באופן סדור.

פסיקת בתי-המשפט בישראל, כמבואר להלן, אינה אחידה כלל בכל הנוגע לשימוש במבחנים לפסלות שופט. תדירות נעשה שימוש בפסקי-הדין בנושא זה במונחים שונים, לעיתים דומים זה לזה אך לא זהים, והערפול היותר בשל כך הינו מיותר.

לאור זאת, מן הראוי שלשון החוקים המסדירים את נושא פסלות שופט, והכוונה היא הן לחוק בתי-המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, והן לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982, יכללו את הרכיבים המנויים להלן:

ראשית, על החוק לכלול הגדרה ברורה ככל האפשר של המבחן לפסלות שופט. לאור האמור בפסיקה, מן הראוי כי ייקבע באופן מפורש בחוק שהמבחן הינו מבחן "האפשרות הממשית", המבוסס על קנה המידה האובייקטיבי.

קביעה שכזו תסיר ותסלק לאלתר את העירפול המושגי הקיים בנושא זה לאור היעדר האחידות במינוחים שבהם עושים בתי-המשפט שימוש מעת לעת, החל מ"חשש ממשי", עבור ב"חשד ממשי", וכלה ב"חשש סביר" או "חשש של ממש".

שנית, יש מקום כי לשון החוק תקבע שבכל מקרה של נגיעה כספית או הפצית

תחול חוקה (הניתנת לסתירה), לפיה קיימת "אפשרות ממשית" למשוא פנים, ואשר משמעותה - פסול אוטומטי. והכל - אלא אם יוכח אחרת.

שלישית, מן הראוי כי תימצא בלשון החוק התייחסות ברורה לשאלת הקירבה המשפחתית או ההיכרות הקודמת עם בעל-דין או עם בא-כוחו, אשר מחייבות את פסלות השופט.

רביעית, יש לכלול בלשונו המפורשת של הדין התייחסות לחובתו של כל שופט למסור לצדדים בתיק שלפניו, ביוזמתו, ואף לפני שנתבקשה פסילתו, כל מידע ונתונים בקשר להיכרות קודמת, קירבה משפחתית או כל נגיעה אישית אחרת שיש לו, אף למראית-עין, בנושא הדיון.

חמישית, על החוק לקבוע כי חובתו של כל שופט, אשר פסילתו נתבקשה, להגיב באופן מפורט ככל האפשר לכל טענת פסלות, על מנת שבפני ערכאת הערעור תימצא גירסתו העובדתית המלאה של השופט.

במילים אחרות - על לשון החוק להורות כי אין די בדחייה של בקשת הפסילה על-ידי השופט שפסילתו מבוקשת, אלא נדרש מאותו השופט למסור את גירסתו לטענה העובדתית הנטענת כנגדו. אם נטענת, למשל, היכרות קודמת בין השופט ובין אחד הצדדים, מן הדין כי יבהיר השופט מה טיבה של היכרות זו (אם היא קיימת כלל), ויגלה את כל העובדות הרלוונטיות בכגון דא. נוהג שכזה יהיה בעל ערך כפול: ראשית, הדבר יחזק את אמינות מערכת השפיטה בעיני כלל הציבור, ושנית, הוא יאפשר לערכאת הערעור לשקול את שאלת הפסלות כאשר מצויות בפניה כל העובדות הרלוונטיות.

ג. מבחני הפסיקה לעניין פסלות שופט

סעיף 77 א) (לחוק בתי-המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984, קובע כדלקמן: "בעל דין ראוי לבקש ששופט פלוני יפסול עצמו מלישב בדין אם קימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט."

על אף שלשון החוק נוקטת בביטוי "חשש ממשי" לעניין פסלות שופט, הרי שפסיקת בתי-המשפט בישראל אינה עקבית בשימוש במונח זה דווקא לשם בחינת התקיימותן של נסיבות המצדיקות פסלות שופט.

בתי-המשפט בישראל אימצו, לעניין המבחנים לפסלות שופט, את שני המבחנים המרכזיים אשר היו מקובלים בפסיקה באנגליה - מבחן "האפשרות הממשית" (A Real Likelihood) ומבחן "החשש הסביר".

(1) מבחן "האפשרות הממשית" למשוא פנים

זהו, ללא ספק, המבחן העיקרי והבולט לפסלות שופט במשפטנו: משמעותו, כפי שהוגדר בפסק-הדין המנחה לעניין פסלות שופט, פסק-הדין בעניין ידיד (להלן: ידיד),³ הוא - אם לאור הנסיבות קיימת אפשרות ממשית למשוא פנים או לדעה משוחדת.⁴

3. ב"ש 48/75 ידיד נ' מ"י, פ"ד כט(2) 375.

4. שם, בע' 380; כן ראה בג"צ 174/54 שימל נ' הרשות המוסמכת לעניין תפיסת מקרקעין, פ"ד ט 459.

המדובר במבחן אובייקטיבי אשר במסגרתו יכריע בית המשפט על-פי ההסתברות ועל-פי קנה המידה של "האדם הסביר"⁵ "אמנם יש חשיבות לכך, שהצדק לא רק ייעשה, אלא כי גם ייראה שנעשה, אך אמת המידה בשאלת פסלות איננה צומחת מן השאיפה למראית פני הצדק"⁶.

בעניין זועבי⁷ קבע המשנה לנשיא ברק כי מבחן האפשרות הממשית משמעותו, שהשופט גיבש לעצמו עמדה סופית בעניין נשוא הדיון השיפוטי, באופן שאין עוד טעם בהמשך רגיל של המשפט ("המשחק מכור", כלשונו של השופט ברק). השופט ברק קבע עוד, כי לא די בכך שיש לשופט דעה בעניין נשוא המשפט, אלא צריך להראות גם כי אין כל סיכוי שדעתו זו תשתנה במהלך המשפט.⁸

אין ספק כי אלמנט האובייקטיביות, האמור לעיל, הוא המהווה את לב-ליבו של מבחן הפסלות, כדברי השופט ח' כהן בעניין אבי-יצחק:⁹ "...ובטענה בעלמא שהנאשם הוא החושש כך לא סגיי".

(2) מבחן "החשש הסביר" (או "החשש הממשי")

מבחן זה בוחן אם, לאור הנסיבות, קיים חשש סביר¹⁰ (ובמקומות נוספים - "חשש של ממש"),¹¹ כי השופט ינהג באופן לא אובייקטיבי בעניין שלפניו.¹² כמצויין לעיל, מעניין להעיר כי לשון החוק (סעיף 77א לחוק בתי-המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984) דווקא קובעת כי המבחן לפסלות שופט הינו קיומן של נסיבות - "שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט" (ההדגשה אינה במקור - ר' ע').

בעניין שירותי ארגל בע"מ¹³ נקבע על-ידי השופט ד' לויין כי ההלכה היא

5. מ' שמגר "על פסלות שופט - בעקבות ידיד תרתי משמע" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 87, 91; כן ראה עניין ידיד לעיל הערה 3, בע' 381, ועניין שימל, שם, בע' 462.
6. ע"פ 732/86 חליוה נ' מ"י, פ"ד מא(1) 412, 416.
7. לעיל הערה 1.
8. המשנה לנשיא (כתוארו אז), השופט ברק, בעניין זועבי, שם, בע' 46.
9. ע"פ 6/75 אבי יצחק נ' מ"י, פ"ד כט(1) 807, 809; ראה גם עניין ידיד, לעיל הערה 3, בע' 380, וכן ע"א 278/88 מנוף סיגנל בע"מ נ' סליימה, פ"ד מד(3) 758, 760; בג"צ 115/69 פרו נ' שייך סלמן טריף, פ"ד כג(1) 817, 818-819.
10. ע"פ 10/84 לוסקי נ' מ"י, פ"ד לח(1) 190, 193.
11. בעניין אבי-יצחק, לעיל הערה 9, נאמר על-ידי השופט ח' כהן כי בית-המשפט הדין בבקשת פסילה צריך להיווכח כי אמנם קיים "חשש של ממש". ראה בע' 809 לפסק-הדין. באופן דומה, ראה ע"פ 5/82 אבו חצירא נ' מ"י, פ"ד לו(1) 247, 250; וכן ע"פ 199/85 אליעז נ' מ"י, פ"ד לט(2) 80, 84.
12. בעניין חליוה, לעיל הערה 6, התבטא הנשיא שמגר בכיטוי "חשש ממשי", בע' 420 לפסק-הדין. באופן דומה ראה ע"פ 1534/92 גלבוט נ' מ"י, פ"ד מו(2) 637, 641; ע"פ 184/85 שרעבי נ' מ"י, פ"ד לט(1) 446, 448.
13. עניין ידיד, לעיל הערה 3, בע' 379.
13. ע"א 1570/94 שרותי ארגל בע"מ נ' אוצר מפעלי-ים בע"מ (טרם פורסם) תקדין כרך 94 (2), 158, בע' 161.

ש"חשש ממש" צריך להתקיים לדעת בית-המשפט, ולא דעתו של מבקש הפסילה היא הקובעת.¹⁴

מהתבטאות זו עולה כי אף המבחן של "חשש ממש" (או "חשש סביר"), בדומה למבחן של "אפשרות ממשית", מכווון למבחן האובייקטיבי בלבד, ולא תחושתו הסובייקטיבית של המבקש היא הקובעת.

(3) ההבחנה בין מבחן "האפשרות הממשית" למבחן "החשש הסביר" כפי שניתן להבחין על נקלה, ההבדל בין שני מבחנים אלה אינו חד וברור כלל, ואין ספק כי ניתן לעיתים להגיע למסקנות זהות לחלוטין על-פי שניהם כאחד. בעניין ידיד¹⁵ סבר הנשיא אגרנט כי אף שההבדל בין שני המבחנים אינו גדול, הרי שמבחן "האפשרות הממשית" הינו מבחן צר יותר מהשני.

מבחן "האפשרות הממשית", כך סבר הנשיא אגרנט שם, משמעותו היא כי - "...מנ הנסיבות החיצוניות הכרחי להתרשם שקיימת אפשרות מאוד מסתברת, שאכן נבצר מהשופט לשפוט את דינם של בעלי הדין באובייקטיביות הדרושה".¹⁶

עם זאת ציין הנשיא שמגר,¹⁷ כי בעוד שהמבחן הראשון (אפשרות ממשית) עוסק בהערכה של ההסתברות, הנעשית על-ידי בית-המשפט, הרי שהמבחן השני (חשש סביר) עוסק יותר בהיבט של מראית פני הצדק.¹⁸

הנשיא שמגר רואה בשני מבחנים אלה כמייצגים את המבחן האובייקטיבי מחד גיסא (אפשרות ממשית) והמבחן הסובייקטיבי (חשש סביר) מאידך גיסא. הראשון מדגיש את הסכנה של עיוות דין, בעוד שהשני מדגיש את מראית פני הצדק.¹⁹ באופן דומה, גם הנשיא לנדוי ראה את מבחן "האפשרות הממשית" כמבחן המבוסס על קנה מידה אובייקטיבי ולא סובייקטיבי.²⁰

נדמה כי, בכל הכבוד, אבחנה זו מלאכותית במקצת. ההבחנה בין הביטוי "אפשרות" ובין הביטוי "חשש" או "חשד" אינה הבחנה חדה או קלה כל ועיקר, ממש כשם שההבחנה בין "ממש" ובין "סביר" אינה ברורה כלל.

על-פי שני המבחנים כאחד, אמור בית-המשפט לשקול את מכלול הנסיבות הרלוונטיות: קרי - בית-המשפט נדרש לבדוק אם קיימת תשתית ראייתית נאותה על מנת שניתן יהיה לחשוש מקיומם של משוא פנים או דעה קדומה וכיוצא באלה, ובתוך כך אמור בית-המשפט - הן כאשר הוא פועל על-פי מבחן "האפשרות הממשית" והן על-פי מבחן "החשש הסביר" - לשקול גם שיקולים של אמינות מערכת השפיטה ומראית פני הצדק.

14. באופן דומה: ראה ע"פ 7389/95 אייבי נתן נ' מ"י (טרם פורסם). כן ראה: ע"א 8010/95

גוזלן נ' הוכמן (טרם פורסם), תקציר פסקי-דין, כרך מז' (21) בע' 328-329.

15. לעיל הערה 3, בע' 380.

16. שם, בע' 381.

17. שמגר, לעיל הערה 5.

18. שם, בע' 91.

19. שם, בע' 91-92.

20. עניין אבו-חצירא, לעיל הערה 11, בע' 250. כן ראה M. Kremnitzer "Grounds for

Disqualifying A Judge" 18 Isr. L. Rev. (1983) 449, 453.

משום כך נדמה, כי הדגש המושם, כביכול, על המרכיב האובייקטיבי במבחן הראשון, ועל המרכיב הסובייקטיבי בשני, הינו דגש שאינו מעוגן בהלכה הפסוקה. שכן, על-פי ההלכה הפסוקה המבחן הינו אובייקטיבי בלבד, הן כאשר משתמש בית-המשפט במינוח של "אפשרות ממשית" והן כאשר הוא משתמש במינוח "חשש סביר".

חיוזק לאמור לעיל ניתן למצוא בעניין שרעבי²¹, בו קבע הנשיא שמגר, כי המבחן לפסלות שופט הינו מבחן "החשש הממשי" וציין, כי המונח "ממשי" מכוון למסקנה אובייקטיבית ולא סובייקטיבית.

באופן דומה קבע השופט י' זמיר, בפסק-דין אשר זכה לכיסוי עיתונאי נרחב בשל נסיבותיו המיוחדות של המקרה (השופט אדר מבית-המשפט המחוזי בת"א שלח למעצר את סניגורו של הנאשם) כי המבחן לפסלות שופט הינו מבחן "החשש הממשי" למשוא פנים.²² מעניין עם זאת לציין כי בהמשכו של אותו פסק-דין אימץ השופט זמיר דווקא את מבחן "האפשרות הממשית" כמבחן לעניין משוא פנים.²³

אין ספק, כי אף מפסק-דין זה ניתן ללמוד, ראשית - על חוסר האחידות בשימוש שעושים בתי-המשפט (ולעיתים אותו שופט באותו פסק-דין!) בשני המבחנים של פסלות השופט, ושנית - כי ככל הנראה אין ההבדל בין שני המבחנים אלו ברור כלל ועיקר.

אכן, מהשימוש הנרחב בפסיקה במבחן "החשש הממשי" או "החשש הסביר" או "חשש של ממש", ולא דווקא במבחן "האפשרות הממשית" (וכאשר ברור כי לגבי כל אחד ממבחנים אלה קנה המידה הינו זהה, קרי - קנה המידה הינו אובייקטיבי ובוודאי לא סובייקטיבי), ניתן ללמוד כי ההבחנה בין המבחן הראשון ("אפשרות ממשית") והמבחן השני ("חשש סביר" או "חשש ממשי") הינה הבחנה סמנטית בלבד. מן הבחנה מהותית, שני המבחנים כאחד מכוונים לקנה המידה האובייקטיבי בלבד.

ניתן לסכם ולומר כי גם אם במקורו, אין המבחן השני ("חשש סביר") מבחן אובייקטיבי "טהור", הרי שהשמעות אשר ניתנה לו בפסיקת בתי-המשפט היתה של מבחן אובייקטיבי גרידא, ללא כל רכיב סובייקטיבי. במילים אחרות, אין ספק שבכל פסקי-הדין בנושא זה עובר כחוט השני המבחן האובייקטיבי כמבחן לפסלות שופט, יהא שמו וכינויו של מבחן זה אשר יהא.

יצוין כי בתחרות שבין שני המבחנים האמורים העדיפו, הן הנשיא אגרנט בעניין ידיד²⁴ והן הנשיא שמגר במאמרו הנזכר²⁵ את מבחן "האפשרות הממשית". בעניין מנוף סינגל²⁶ אף קבע המשנה לנשיא אלון, כי לעניין פסילת שופט

21. לעיל הערה 11, בע' 448.

22. ע"פ 1988/94 בראון נ' מ"י, תקדין עליון, כרך 94 (2) 488, 484.

23. שם, בע' 497, 500 לפסק-הדין.

24. לעיל הערה 3, בע' 381.

25. לעיל הערה 5, בע' 118.

26. לעיל הערה 9, בע' 760. כן ראה רע"א 160/89 קוטו שירותי מזון בע"מ נ' משכנות ים בהרצליה בע"מ, פ"ד מג(1) 579, 583, בו הועדף המבחן של "אפשרות ממשית" על-פני מבחן "החשש הסביר".

אין די בקימו של "חשש סביר" אלא נדרשת קיומה של "אפשרות ממשית" על כך שנוצרו נסיבות שאינן מאפשרות לשופט לשפוט במידת האובייקטיביות הדרושה. גם בעניין זועבי²⁷ נקבע על-ידי השופט זמיר כי אין די ב"חשד סביר", אלא נדרשת "אפשרות ממשית" של משוא פנים או דעה קדומה.

(4) מראית פני הצדק

העקרון לפיו "הצדק צריך לא רק להיעשות אלא גם להיראות", אינו קריטריון עצמאי לפסלות שופט, ועם זאת הוא מהווה שיקול מרכזי בסוגיה זו, אשר משפיע באופן עקבי על הפסיקה בנושא. הסיבה לכך, לדברי בית-המשפט, היא כי העקרון מקפל בתוכו גם את שאלת אמינותו של בית-המשפט בעיני הציבור.²⁸ משמעותו המעשית של העקרון האמור היא כי, לעיתים, גם במקרים בהם סבור בית-המשפט העליון, שאין מתמלאים התנאים לפסלות השופט, עשוי בכל זאת בית-המשפט העליון להחליט או להמליץ על פסילת השופט, או על העברת התיק לשיפוטו של שופט אחר.²⁹

עם זאת חשוב לציין, כי בפסיקה יש מגמה של צמצום והגבלת חשיבות עקרון מראית הצדק, בשתי דרכים:

א. הדרך האחת - קביעת בית-המשפט כי אין לראות בעקרון זה את חזות הכל, קרי - לא ראוי כי עקרון זה הוא אשר יכתיב את ההכרעה בענין פסלות השופט.

בעניין ידיד קבע הנשיא אגרנט כי על אף חשיבותו הברורה של עקרון מראית פני הצדק, הרי שאין להגזים בהזדקקות אליו במקרים שבהם חשיבותו, הלכה למעשה, מבוטלת. כדברי הנשיא - "לפעמים נוצר הרושם שחשוב יותר שהצדק "ייראה" מאשר שהוא נעשה בפועל; ולא היא".³⁰ באופן דומה קבע הנשיא שמגר במאמרו:

"אמנם יש חשיבות שהצדק לא רק יעשה אלא כי גם ייראה שנעשה, אך אמת-המידה לצורך הנושא שבפנינו איננה צומחת מן השאיפה למראית פני הצדק".³¹

ב. הדרך השניה - קביעת בית-המשפט כי מראית פני הצדק היא בעיני האדם הסביר (ולמעשה - בעיני בית-המשפט) ולא דווקא בעיני בעל הדין הנוגע בדבר או בעיני הציבור הרחב.³²

שתי הגבלות אלה אמורות, לפחות לכאורה, לצמצם במידה ניכרת את תחולתו של עקרון מראית פני הצדק ולהגביל את מידת השפעתו על ההכרעה בשאלת הפסלות.

27. עניין זועבי, לעיל הערה 1, בע' 23 לפסק-הדין.

28. עניין ידיד, לעיל הערה 3, בע' 384.

29. במספר פסקי-דין בחר בית-המשפט העליון להמליץ לשופט לפסול עצמו מלישב בדין, וזאת על אף שהערעור על החלטת הפסילה נדחה. ראה, למשל, עניין אבו-חצירא, לעיל הערה 11, בע' 250. ראה גם ע"א 891/95 ע"ד ברזל נ' הכונס הרשמי (טרם פורסם).

30. עניין ידיד, לעיל הערה 3, בע' 381, וכן עניין חליווה, לעיל הערה 6, בע' 416.

31. שמגר, לעיל הערה 5, בע' 105.

32. עניין אבו-חצירא, לעיל הערה 11, בע' 250; שמגר, שם, בע' 106.

כפי שיובהר להלן, הרי שלמעשה אין הדברים כך, ולשיקול של מראית פני הצדק שמורה חשיבות רבה במיוחד בהכרעה בבקשה לפסלות שופט. הסיבה לכך היא כי, כאמור, שיקול זה מקפל בתוכו את שאלת אמינותה של מערכת המשפט בעיני הציבור הרחב, אמינות שהינה נכס היסוד של מערכת המשפט. ללא אמינות הציבור, ללא שכנוע מלא של "האדם הקטן" כי בבית המשפט ייעשה לו צדק וכי עניינו יידון ללא כל משוא פנים וללא כל דעה משוחדת או קדומה, אין למערכת המשפט הלגיטימציה ואת התמיכה המוסרית והציבורית לה היא זקוקה על מנת לתפקד באופן מלא ותקין.

מאחר ובקשות הפסילה, והערעורים על בקשות אלו, נשמעים כולם בפני שופטים, המודעים ממילא לכל השיקולים האמורים לעיל, ולרבות – לשיקול של מראית פני הצדק – הרי שברור כי יש לגורם זה חשיבות רבה ביותר, אף אם סמויה מן העין.

מנגד, ככל הנראה דווקא על מנת שלא לעודד יתר על המידה את הגשת בקשות הפסילה במשפטנו (דבר אשר הפך כבר לנוהג מקובל למדי, כפי שהתבטא הנשיא שמגר במאמרו הנזכר),³³ ודווקא על מנת שלא לחשוף רגישות יתר של המערכת השיפוטית לתחושות הציבור, דבר אשר יכול לפגום בדימויו של בית המשפט ובאיטיותו, הרי שבפסיקת בתי המשפט בישראל ניתן למצוא, זו לצד זו, שתי מגמות סותרות לחלוטין:

מחד גיסא, ניתן למצוא התבטאויות רבות אודות כך שמראית פני הצדק אינו שיקול יחיד או אף עיקרי בהכרעה בדבר פסלות שופט.³⁴ מאידך גיסא, בדיקה מעמיקה יותר של פסקי־דין בהם הורה בית המשפט העליון על פסלות שופט מגלה כי שיקול דומיננטי ביותר בקבלת הערעור היה השיקול של מראית פני הצדק:

"חזקה על השופט, שיידע להתעלם מן החומר הבלתי קביל שהובא לידיעתו, אך בכך לא די במקרה כגון זה שלפנינו, כי חשובה לנו במידה לא פחותה גם מראית פני הצדק: נאשם כגון זה שלפנינו לא יכול להשתחרר מן התחושה, כי לשופט סופק מידע, שיש בו כדי להציגו באור שלילי, ושיכולה להיות השלכה על גיבוש דעתו של השופט...".³⁵

באופן דומה קבע בית המשפט העליון בעניין כהן,³⁶ כי על אף שאין לו ספק שהשופט יוכל להשתחרר ללא קושי מהשפעת דיון קודם (בו התבטא השופט באופן שלילי ביחס למערער), הרי שנפסק כי – "...יש לנהוג בדרך הבאה להסיר כל לזות שפתיים או תחושה לא נוחה והמבטיחה את התרומה המירבית להשגת מראית פני הצדק, נוסף על הצדק עצמו".

ועוד נאמר באותו פסק־דין כי –

"...אין זה רצוי, שתיוותר תחושה של אי־נוחות אצל המערער...".³⁷

33. שמגר, שם, בע' 108.

34. עניין יריד, לעיל הערה 3, בע' 381.

35. ע"פ 593/83 ורקשטל נ' מ"י, פ"ד לו(4) 614, 616. כן ראה עניין ברזל, לעיל הערה 29.

36. ע"פ 292/82 כהן נ' מ"י, פ"ד לו(4) 729, 733.

37. שם, שם. כן ראה ע"פ 2530/90 אבו עמארה נ' מ"י, פ"ד מד(3) 250, 254.

בעניין שרעבי³⁸ הלך בית-המשפט העליון (הנשיא שמגר) בדרך שהינה נפוצה למדי במקרים בעייתיים ו"גבוליים" של פסלות שופט, ועל-אף שנדחה הערעור על החלטת הפסילה, המליץ הנשיא שמגר לשופט קמא ולנשיא בית-המשפט הרלוונטי להעביר את התיק לטיפולו של שופט אחר.³⁹

באופן דומה, קבע הנשיא כהן בפסק-דין מדר⁴⁰ כי על-אף שדין הערעור על החלטת הפסילה להידחות, הוא ממליץ להעביר את התיק (אשר בירוורו טרם החל כלל) לשופט אחר בבית-המשפט, ולא להשאירו בידי השופט שפסלותו נתבקשה, וזאת, שוב, על אף שמן הבחינה העניינית נדחה הערעור.

פסיקה מעניינת בנושא זה ניתנה על-ידי הנשיא ווסמן בעניין אלאל,⁴¹ בו ציין הנשיא כי על אף שאין לו צל של ספק שהשופט (אשר הורה על מעצרו של הנאשם) לא יושפע כלל מהראיות שהובאו בפניו בבקשת המעצר, הרי ש –

"...ואולם כשאתה מתבונן בענין באספקלריה של הנאשם, קביעתו הבלתי מסוייגת של השופט כי הגנתו איננה מתקבלת על הדעת, עלולה לגרום בלבו של זה חששות"⁴² (ההדגשה שלי - ר' ע').

מקביעה זו, מתוך מה שנשיא בית-המשפט כינה "האספקלריה של הנאשם", עולה כי הוא מצא לנכון להורות על הפסילה דווקא בשל קנה המידה של מראית פני הצדק. לחילופין, ניתן לומר כי בית-המשפט העליון ייחס חשיבות רבה לראיתו הסובייקטיבית של הנאשם, מבקש הפסילה, והעדיף אספקלריה סובייקטיבית זו על פני קנה המידה האובייקטיבי גרידא.

בעניין בראון,⁴³ על-אף שנדחה הערעור על החלטת הפסילה, המליץ בית-המשפט העליון (השופט זמיר) לשופט בית-המשפט המחוזי (השופט אדר) שלא לדון בעניינו של הנאשם, וזאת משום שכדבריו, יש מקרים נדירים בהם דברים שיתרחשו באולם המשפט, אף כי אין בהם עילה לפסול את השופט בשל משוא פנים, העכירו את האווירה עד כדי כך, שקשה מאוד יהיה להמשיך ולנהל את המשפט כראוי.

התחשבות זו בנימוק של "העכרת האווירה" בבית-המשפט אף היא מעידה על "דילול" קנה המידה האובייקטיבי ברכיבים נוספים דוגמת תחושות בעלי-הדין, מראית פני הצדק ואולי אף שיקולים פרקטיים של ניהול הדיון באווירה נעימה, שיקולים שאינם משתייכים באופן טבעי להגדרות הברורות של "אדם סביר" וקנה המידה האובייקטיבי.

עם זאת נקבע כבר בפסיקה, כי ככל שמנסיבות המקרה גובר החשש ל"משוא פנים ממשי", הרי גם גובר ממילא החשש שתיפגע גם מראית פני הצדק, אך גם להיפך: כאשר הנסיבות אינן מובילות לקיומו של חשש ממשי למשוא פנים,

38. לעיל הערה 11, בע' 448.

39. שם, שם. ראה באופן דומה "המלצה" גם בע"פ 717/84 אליעז נ' מ"י, פ"ד לח(3) 530,

532, וכן עניין אברו-חצירא, לעיל הערה 11, בע' 250.

40. ע"פ 57/83 מדר נ' מ"י, פ"ד לו(1) 415, 416.

41. ע"פ 170/79 אלאל נ' מ"י, פ"ד לג(1) 726, 728.

42. שם, בע' 728.

43. לעיל הערה 22, בע' 34 לפסק-הדין.

והחשד הינו סובייקטיבי בלבד, הרי שגם העקרון של מראית פני הצדק לא יוכל להכריע את הכף, ולא יהא בעקרון זה, כשלעצמו, כדי להביא לפסלות השופט.⁴⁴

ד. העילות העשויות להצדיק פסילת שופט

(1) הבעת דעה על-ידי השופט

"אכן, שופט ללא דעה קודמת לא רק שאינו מצוי, אלא אף אינו רצוי. רוצים אנו בשופטים חושבים, המגבשים לעצמם דעות ומחשבות... פסילת שופט בשל דעה קודמת מוצדקת רק כאשר אותה דעה קודמת הופכת לדעה קדומה, כלומר כאשר קיים חשש ממשי... כי בשל אותן דעות קדומות תהא דעתו של השופט 'נעולה' באופן שאין כל 'טעם' בניהול המשפט לפניו, שכן המשפט הוא 'אבוד מראש'".⁴⁵

אחד הטיעונים המרכזיים בבקשה לפסלות שופט הוא הטיעון שהשופט כבר גיבש לעצמו דעה מוקדמת כנגד בעל-הדין, וכי על דעה מוקדמת זו ניתן ללמוד מהתבטאויותיו של השופט במהלך הדיון.

בנושא זה נקבע כבר כי מן הראוי להבחין בין דעה קודמת לבין דעה קדומה: רק הדעה הקדומה, כך נפסק, היא זו המקיימת "אפשרות ממשית" למשוא פנים. כך, למשל, אין שופט דתי פסול מלדון בנושא בעל משמעות דתית רק בשל היותו אדם דתי.⁴⁶

את הטיעונים בעניין זה של הבעת דעה על-ידי שופט, ניתן לחלק לשתי קבוצות עיקריות: האחת – הבעת דעה על-ידי השופט בנוגע לבעל-דין, והשנייה – הבעת דעה בנוגע לנשוא הדיון.

(א) הבעת דעה בנוגע לבעל-דין

בעניין אבו הצירא⁴⁷ התבטאה שופטת בית-המשפט המחוזי (אוסטרובסקי-כהן) במהלך דיון סגור בלשכתה, ביחס לנאשם, בביטוי "הטיפוס הזה". בקשת הפסילה בעניין זה נדחתה ואף הערעור על החלטה זו נדחה. בדחיית הערעור קבע הנשיא לנדוי, כי הוא מקבל את דברי השופטת המחוזית (בהחלטתה לדחות את בקשת הפסילה) כי לא גיבשה כל דעה קדומה כנגד הנאשם. אף על-פי כן, המליץ הנשיא להעביר את הדיון לשופט אחר, מנימוקי מראית פני הצדק.⁴⁸ בעניין חליווה היתה התבטאות, דומה בחריפותה, מצד שופטת בית-המשפט המחוזי, אשר כינתה את הנאשם – "הפסיכופאט הזה". ואולם, בדחותו את הערעור על החלטת השופטת שלא לפסול עצמה, קבע בית-המשפט העליון (הנשיא שמגר) כדלקמן:

44. ע"פ 42/89 חב' לב תעשיות בע"מ נ' מ"י, פ"ד מג(1) 295, 300.

45. כב' המשנה-לנשיא, ברק (כתוארו דאז), בעניין זועבי, לעיל הערה 1, בע' 47 לפסק-הדין. ראה גם עניין בראון, לעיל הערה 22, בע' 17 לפסק-הדין.

46. עניין בראון, שם, בע' 17. ראה גם המ' 525/63 שמואל נ' י"מ, פ"ד יח(3) 452, 466.

47. לעיל הערה 11.

48. שם, בע' 250.

"גם הדגשנו פעמים רבות כי אין לערבב בין התחומים, ולא כל דבר, אשר אינו במקומו מבחינת האמירה או ההשמעה, הוא גם בגדר עילה לפסילתו של שופט".⁴⁹

בעניין סוויסה,⁵⁰ הביע השופט, אשר דן בשתי הארכות מעצרו של החשוד, דעה בעניין חוסר המהימנות של גירסת הנאשם. לאור זאת ביקש החשוד מהשופט לפסול עצמו מלדון בתיק העיקרי, בקשה אשר התקבלה בערכאת הערעור בנימוק שכאשר שאלת מהימנותו של בעל דין עתידה להיות שאלה מרכזית במשפט, והשופט הביע, בהודגמויות שונות, את דעתו השלילית ביחס למהימנות אותו בעל-דין, יש בכך כדי ליצור "אפשרות ממשית למשוא פנים".

בעניין זועבי⁵¹ נתבקשה פסלות השופט זועבי מחברותו בוועדת החקירה בקשר לארועי הטבח בחברון וזאת בשל ראיון עיתונאי בו יחסו לו מספר אמירות, אשר העיקרית בהן היתה: "ידעתי שהצד האכזרי בשטחים זה המתנחלים".

בית-המשפט העליון בהרכב של שלושה שופטים דחה את בקשת הפסילה (אשר הוגשה בדרך של עתירה לבג"צ), וזאת הן מנימוקים פרוצדורליים (כגון ספק בדבר זכות עמידת העותרים, היעדר תצהיר מפורט וראוי), והן מנימוקים מהותיים, כגון אי-הוכחת תשתית ראייתית נאותה אשר יכולה להעיד על "אפשרות ממשית" למשוא פנים.

במקרה אחר מהעת האחרונה קבע בית-המשפט העליון, כי יש מקום לפסול שופט אשר התבטא, בעת הדיון הראשון של הקראת כתב האישום, באופן המעיד שאין לשופט אמון בגירסת הנאשם. יצויין, כי קביעת בית-המשפט העליון התבססה גם על העובדה שפרוטוקול הדיון העלה כי גם בשלבים מתקדמים יותר של הדיון עדיין לא נשתכחה מליבו של השופט התייחסותו הביקורתית כלפי הנאשם בשלב ההקראה.⁵²

בעניין בראון⁵³ נתבקשה פסלות השופט, בין היתר, בשל התבטאותו כי הוא מתרשם שהנאשמים וסניגוריהם עושים כל מאמץ על מנת להאריך ככל הניתן את ניהול המשפט, וזאת על מנת שהמשפט יתארך אל מעבר לשנה מיום הגשת כתב האישום, דבר אשר יחייב, על-פי הדין, את שיחרורם ממעצר.

בערעור על החלטת הפסילה דחה בית-המשפט העליון (השופט זמיר) את הטענה כאילו התבטאות זו יוצרת חשש מדעה קדומה ומשוא פנים, מה עוד שהאמירה כוונה כלפי כל הנאשמים, ולא רק כנגד אותו נאשם אשר ביקש את הפסילה.⁵⁴

בעניין זה היפנה השופט זמיר לדברי הנשיא שמגר בפסק-דין אחר⁵⁵ שבו נקבע

49. עניין חליווה, לעיל הערה 6, בע' 415. כן ראה ע"פ 699/86 אברהם נ' מ"י, פ"ד מא(1) 126, 128-127.
50. ע"פ 454/84 סוויסה נ' מ"י, פ"ד מג(4) 86, 88.
51. לעיל הערה 1.
52. ע"פ 1320/94 לוי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה - הדריים (טרם פורסם), בע' 4 לפסק-הדין.
53. לעיל הערה 22.
54. שם, בע' 12-13 לפסק-הדין.
55. ע"פ 77/93 עובדיה נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין כרך 93 (1) 169.

כי הערה ביקורתית של השופט צריכה לגרום דווקא לבעלי-הדין, ולא לשופט, לבדוק את עצמם. אמנם לעיתים ראוי ששופט יימנע מהערות לא הכרחיות, אך לעיתים, כך קבע הנשיא שמגר, הערות כאלו הן נחוצות ונדרשות לשם ניהול תקין של הדיון. בעניין בראון אף נקבע כי רק התבטאויות קיצוניות ביותר של שופט יש בהן כדי להצדיק את פסלות השופט:

"צריך שהתבטאות תלמד כי השופט גיבש כבר עמדה נחרצת כלפי הנאשם או אשמתו, השוללת אפשרות סבירה של ניהול המשפט באופן אובייקטיבי והכרעה במשפט על יסוד הראיות והטענות שהובאו בפני השופט".⁵⁶

בדומה להיבטים נוספים של בקשת פסלות, גם לעניין הבעת דעתו של השופט על צד, על נושא הדיון או על עניין אחר הכרוך בכך, כבר נפסק ונקבע לא אחת, כי יש לתת משקל לעובדה שבשיטתנו השופט (הן זה אשר פסילתו מתבקשת והן זה אשר דן בערעור על החלטת הפסילה) הינו שופט מקצועי ולא הדיוט, ועל-כן הוא שוקל את ההתבטאות המיוחסת לשופט באור שונה מזה של הציבור הרחב.⁵⁷

"יש להעריך את יכולתו של השופט בהתאם למעמדו המקצועי ובהתאם לעוצמתם ולמשקלם האמיתי של הארועים אשר עליהם מתבססת טענת הפסלות, ולא לאור ההערכה הסובייקטיבית של הנוגעים בדבר".⁵⁸

(ב) הבעת דעה בנוגע לנשוא הדיון

בפסיקה נעשתה הבחנה בין התבטאויות של שופט במהלך ניהול משפט ובין החלטות שניתנו על-ידו במהלך ניהול המשפט: בעוד שהחלטות דיוניות לא ילמדו על כל משוא פנים, אלא בנסיבות קיצוניות ביותר, הרי שההלכה היא, כי התבטאויות השופט אכן יכולות ללמד על דעה קדומה כלפי צד, ביחס לתיק עצמו, ולעיתים אף יש בהתבטאות השופט כדי ללמד על זלזול או עוינות לצד כלשהו.⁵⁹

עם זאת יודגש, כי בבחינת ההתבטאויות של שופט במהלך דיון שלפניו, נוהג בית-המשפט העליון לבחון את הדברים בעיניים ביקורתיות, תוך שימת דגש על קיומה של "אפשרות ממשית" למשוא פנים, על-פי קנה המידה האובייקטיבי, ולא יסתפק בהתרשמותם הסובייקטיבית האפשרית של בעלי-הדין. על-כן נפסק לא אחת, כי גם אם מתבטא לעיתים שופט באופן חריף מדי או בלתי שגרתי או אף בלתי ראוי, אין בכך כדי לחייב, אוטומטית, את פסלותו.

במקרה מסוים נטען, למשל, כי שופטת בית-המשפט המחוזי כבר הביעה את דעתה ביחס לגירסאות הצדדים וכי נראה היה כי כבר גיבשה לעצמה דעה באותו תיק. בית-המשפט העליון דחה את הערעור על החלטת הפסילה בנימוק כי מדובר בדעה שהיא רק בבחינת "השערה לכאורה", אשר הובאה על-ידי השופטת בנסיגה להביא להסדר של פשרה בין הצדדים, וכי הדברים נאמרו רק מתוך הנחה שהראיות שהביא התובע אכן נכונות.⁶⁰

56. לעיל הערה 22, בע' 20 לפסק-הדין.

57. ראה שמגר, לעיל הערה 5, בע' 106. כן ראה ע"פ 192/87 דמיאניוק נ' מ"י, פ"ד מא(2) 141, 150.

58. עניין חליווה, לעיל הערה 6, בע' 416.

59. עניין בראון, לעיל הערה 22, בע' 23 לפסק-הדין.

60. עניין מנוף סינגל, לעיל הערה 9, בע' 761.

בית־המשפט העליון הוסיף והדגיש, כי יש חשיבות לנסיבות בהן נאמרו דברי השופט, ובמקרה דנן יש חשיבות ומשקל לעובדה שהדברים נאמרו אגב נסיון השופט להשיג הסדר פשרה בין הצדדים ועל סמך "ההנחה לכאורה" בדבר ראיות הצדדים.

לאור זאת נקבע, כי אין לראות בהבעת דעה זו בגדר גיבוש עמדה מוקדמת.⁶¹ לתוצאה שונה בתכלית הגיע בית־המשפט העליון במקרה בו הביע שופט, במהלך דיון בבקשת צו מניעה זמני, את דעתו כי סיכויי טענת ההגנה הינם, כהגדרתו, "קלושים ביותר".

בקשת הפסילה התקבלה במקרה זה, בנימוק שהשופט קמא כבר קבע בצורה נחרצת את דעתו על הגנת הנתבעים, ולכן לא רצוי שהוא ימשיך לדון בעניין,⁶² וזאת על אף שהשופט עצמו דחה את בקשת הפסילה והבהיר כי הינו משוכנע כי הוא חסר פניות.⁶³ בית־המשפט העליון הוסיף וקבע, כי בקשה לסעד זמני מוכרעת על־פי ראיות וטענות לכאורה, וכי השופט הדן בבקשה חייב להימנע, הן במחשבתו והן בהתנהגותו, מקביעות מוחלטות המתימרות להכריע את גורל המשפט.⁶⁴

במקרה אחר הביע שופט את כעסו על־כך שהנאשם השיג במו ידיו פרוטוקול של דיון אשר התנהל בבית־הדין המשמעתי של המשטרה, ואף אמר כי הוא רואה בכך עבירה פלילית.

הנשיא שמגר דחה את בקשת הפסילה (שהוגשה גם בשל נימוקים נוספים), ולבושא זה העיר כי הערתו של שופט אינה צריכה להוביל בהכרח לפסילה, גם אם האדם, אשר אליו כוונו הדברים, רואה את עצמו נפגע.⁶⁵ ובהמשך קבע הנשיא שמגר כי -

"אין השופט נתפס על כל מלה ועל כל הערה, אף אם הן מיותרות ובלתי מוצדקות, ורק אם בחינה אוביקטיבית של הנתונים מעלה חשש ממשי למשוא פנים, יש גם מקום להתערבותה של ערכאת הערעור."⁶⁶ באופן דומה נפסק כבר כי הערת ביקורת איננה סימן למשוא פנים בהכרעה לגוף העניין שנמסר לידי שופט מקצועי. הזכות לביקורת על התנהגות בעל־דין או פרקליטו בבית־המשפט, כך פסק בית־המשפט העליון, מהווה חלק מהותי מן היכולת לנהל את המשפט ולנווטו.⁶⁷

גישה שונה בתכלית עולה מפסק־הדין בעניין אייבי נתן,⁶⁸ אשר ניתן לאחרונה על־ידי הנשיא ברק. במקרה דנן התבטא שופט בית־משפט השלום באשדוד, כי "אם יורשע הנאשם ויסתבר שניהול המשפט היה ממושך ושלא לצורך, הקנסות המקסימליים שקבועים בחוק, יהיה מקום לפסוק אותם". בקשת הפסילה נדחתה,

61. שם, שם.

62. עניין קוטו שירותי מזון, לעיל הערה 26, בע' 582-583.

63. שם, שם.

64. שם, בע' 582. כן ראה פרשת שירותי ארגל, לעיל הערה 13, בע' 162.

65. פרשת אליעז, לעיל הערה 11, בע' 84.

66. שם, שם.

67. פרשת גלבווע, לעיל הערה 11, בע' 641.

68. לעיל הערה 14.

אך הנשיא ברק קיבל את הערעור על החלטת הפסילה בנימוק כי הערת בית המשפט מעלה "חשש ממשי" כי במידה ותוכח אשמת המערער, יחמיר השופט בקביעת העונש, ואף ישית עליו את העונש המקסימלי הקבוע בחוק. הנשיא קבע עוד, כי בקשת פסילה יכולה להתבסס לא רק על "דעה קדומה" בקשר לאשמת הנאשם, אלא גם על דברים מהם עולה כי מנוי וגמור עם השופט להשית על הנאשם עונש מסוים במידה ותוכח אשמתו. פסק-דין נוסף הממשיך מגמה זו, ניתן אף הוא לאחרונה על-ידי הנשיא ברק.⁶⁹ בנסיבות אותו מקרה הועמדו לדין פלילי מספר נאשמים באשמת הברחה והשתמטות ממיסי יבוא. חלק מהנאשמים הודו באשמה והם הורשעו לאחר שנעשתה עימם עיסקת טיעון. בגזר דינם של אותם נאשמים קבעה שופטת בית-משפט השלום, כי המדובר ב"הברחות מאורגנות ומתוכננות... ובכמות גדולה". בנוסף הביעה השופטת את דעתה, כי מדיניות הענישה על עבירות מסוג זה ראוי כי תהיה חמורה. עת הובאו יתר הנאשמים (שלא נערכה עימם עיסקת טיעון) לדין בפני אותה שופטת, התבקשה פסילתה, אך לשווא. הבקשה נדחתה.

בית-המשפט קמא נימק את הסירוב בכך שפסקי-הדין הקודמים ניתנו על סמך עיסקת טיעון, ולא בעקבות שמיעת עדים או עיון בראיות, ולפיכך יתכן בהחלט שדעת בית-המשפט תשתנה.

בית-המשפט העליון (מפי הנשיא ברק) דווקא קיבל את הערעור ופסק כי על-אף שמדובר, אכן, בהרשעה רק על סמך עיסקת טיעון, הרי שהביעה כבר השופטת קמא את דעתה בדבר חומרת העבירות אשר יוחסו לכלל הנאשמים. היא אף קבעה כי הנאשמים אשר הודו במסגרת עיסקת הטיעון היו עובדיו של אחד מיתר הנאשמים (שביקשו את הפסילה) ועל-כן חלקם של הראשונים קטן יחסית, מאחר והם נשמעו למעבידם.

קביעות אלו, כך קבע הנשיא, יוצרות רושם-לכאורה, כי הנאשמים שטרם הורשעו, אחראים לעבירה שנעברה. יתרה מזאת, בית-המשפט העליון אף פסק כי קביעות השופטת קמא יצרו רף תחתון לענישה לה צפויים הנאשמים שטרם נדונו. פסיקה שונה ובעייתית, בכל הכבוד, ניתנה בפסקי-הדין בעניין אשכנזי.⁷⁰ במקרה זה הורשע נאשם בגין אותה פרשיה עובדתית על-ידי השופט שדן בעניינו של הנאשם האחר (מבקש הפסילה). בקשת הפסילה נדחתה, הן בשל נימוק פרוצדורלי (איחור בהעלאת טענת הפסלות) והן בשל הנימוק המהותי והענייני. דווקא ההנמקה העניינית בעייתית במידה מסוימת.

בית-המשפט העליון (השופט ד' לויז) דחה את הערעור על החלטת הפסילה בנימוק כי על-אף שהנאשם הראשון הורשע במתן שוחד, ואילו הנאשם מבקש הפסילה נאשם על קבלת אותו שוחד, אזי - "אין משמעותה (של ההרשעה - ר' ע') שמקבל הטובין הינו 'מקבל שוחד' במובן הפלילי. יתכן שנסיבות הענין יצביעו דווקא על חפותו של מי שקיבל את טובת ההנאה הנדונה".⁷¹

69. ע"פ 6357/95, 6338 עטניר 1992 בע"מ נ' מ"י (טרם פורסם), תקציר פסקי-דין, מו 22, בע' 341.

70. ע"פ 1179/94 אשכנזי נ' מ"י, פ"ד מח(5) 320, 327.

71. כן ראה, באופן דומה: ע"פ 25/86 אלדג'ים נ' מ"י, פ"ד מ(1) 163, 164.

הנמקה זו, בכל הכבוד הראוי, אינה יכולה לעמוד. מעת בו הורשע הנאשם הראשון במתן השוחד לנאשם השני, "האפשרות הממשית" לגיבוש דעתו של השופט ביחס לאשמתו של הנאשם השני הינה גבוהה ביותר וספק רב אם ניתן, אכן, לסבור כי דעתו של השופט, מקצועי ואובייקטיבי ככל שיהא, תהא משוחררת מכל שמץ דעה קדומה או מכל רושם ראשוני, על כל המשתמע ממנו.

(2) פגמים בניהול הדיון והתערבות יתר בהליכי המשפט

הנימוקים השכיחים ביותר לבקשות פסילה הינם נימוקים הנעוצים בדרך ניהול המשפט על-ידי השופט.

ההלכה בעניין זה הינה כי למעט במקרים חריגים במיוחד, דרך ניהול המשפט אינה מהווה עילה של ממש לפסלות שופט ואף אין לראות בהתערבות רבה של השופט בניהול הליכי המשפט או בהחלטות שונות אשר ניתנו על-ידו, ושהינן בעלות אופי דיוני גרידא, כמקימות "אפשרות ממשית" או "חשש ממשי" למשוא פנים. בקשות פסילה המבוססות על נימוקים שכאלה נדחות במרבית המקרים בנימוק שהבקשה מבוססת על תחושה סובייקטיבית של המבקש, שאין לה הצדקה או ביסוס אובייקטיביים,⁷² ולחילופין – כי כל הטענות המועלות בבקשת הפסילה, מקומן יכירן בערעור על פסק-הדין (או ההחלטה), ולא בבקשה לפסלות שופט. "סברה נתפתחה – והיא מוטעית – כי כל אימת שמספר החלטות דיוניות של שופט אינן נושאות חן מלפני בעל דין, הזכות נתונה בידי לבקש פסילתו של השופט, ולא היא....."

בעל דין המעלה עשר טענות שגויות או בלתי מבוססות ואלו נדחות אחת לאחת, אינו יכול להעלות טענה כי משנפסק נגדו עשר פעמים, עולה מכך ההנחה כי קיים משוא פנים. הטעם לדחייה הוא הקובע, ונושא זה ייתן כאמור בעת הדיון בערעור לגופו, והוא אינו מוליד עילה לפסילה.⁷³ בהקשר של טענת פסלות המבוססת על התערבות בית-המשפט בחקירת עד, ההלכה היא כי הכל הוא שאלה של מידה והיקף: אף-על-פי שבית-המשפט אינו צריך ליטול לידי את ניהול החקירה, הרי שאין הוא צופה מהצד אלא מנווט את הדיון.⁷⁴ גם בשיטה האדברסרית הנהוגה במשפטנו, בית-המשפט הוא אשר חולש על מהלך הדיון והוא אשר מכריע בשאלת קבילות הראיות.⁷⁵ מאידך, כבר פסק בית-המשפט העליון כי אקטיביות שיפוטית יתרה בחקירת עדים עלולה לעיתים ליצור רושם של נקיטת עמדה על-ידי בית-המשפט, ואין היא עולה בקנה אחד עם השיטה האדברסרית הנהוגה במשפטנו.⁷⁶ בהמשך לכך נקבע כי מעורבות שיפוטית יתרה, ולו גם אם נובעת היא מתוך רצון להגיע לחקר האמת, טומנת בחובה סכנה שבית-המשפט יגלוש לנעליו של אחד הצדדים ובכך עלולה להיפגם האובייקטיביות השיפוטית הנדרשת.⁷⁷

72. עניין אליעזר, לעיל הערה 11, בע' 83.

73. עניין עובדיה, לעיל הערה 55, בע' 169. כן ראה ע"פ 392/87 לטיף דורי נ' מ"י, פ"ד מא(2) 755, 752.

74. ע"פ 99/88 דקלו נ' מ"י, פ"ד מב(1) 409, 413.

75. עניין דמיאניוק, לעיל הערה 57, בע' 150 – 151.

76. ע"פ 1996/91 הורוביץ נ' מ"י, פ"ד מה(3) 837, 842.

77. שם, שם.

מקרה בעייתי אחר עלה בעניין אנג'ל,⁷⁸ שבו חלק ממסמכי התביעה לא הועבר לידו ההגנה. בכך היתה סטייה חמורה מסדרי הדין במהלך הדיון, ועקב כך ביקש הנאשם לפסול את השופט מלהמשיך ולדון בתיק.

בקשת הפסילה נדחתה ומ"מ הנשיא שמגר (כתוארו דאז) קבע כי אם נפל ליקוי בסדרי הדין יכול להיות בכך טעם לערעור, אך לא לשם פסילת שופט.⁷⁹ בעניין כדורי⁸⁰ נתבקשה פסילת שופט בשל התערבות יתרה מצידו בחקירת העדים על-ידי בא כח הנאשם (מבקש הפסילה) וכן בשל מה שנטען כיחם מעליב שלו לנאשם ולעורך-דינו.

הנשיא כהן דחה את הערעור על החלטת הפסילה וקבע, כי על-אף שאכן היו התנגשויות חריפות בין הסניגור ובין השופט, הרי שהתנגשויות אלו נגרמו דווקא בשל התנהגות הסניגור, שענה בהריפות רבה לשופט, אשר הירבה לפסול את שאלותיו במהלך חקירת עדי התביעה.

החלטה מוטעית של בית-המשפט, כך נקבע בעניין כדורי, איננה מצביעה, כשלעצמה, על אפשרות ממשית של משוא פנים בניהול המשפט.⁸¹ יתר על-כן, אף אם שופט יוצא מגידרו, אין בכך כדי להראות, שיש לו עמדה עוינת כלפי המערער אלא זו תוצאה של דרך חקירת העדים על-ידי הסניגור, חקירה המעלה את המתח וגורמת להתנגשויות מיותרות.⁸²

באופן דומה נפסק כי לא ניתן לדרוש פסילת שופט כל אימת שהוא מעיר הערה ביקורתית כלפי בעל דין או כלפי פרקליטו.⁸³

בעניין אחר תמך הנשיא שמגר בהלכה המסרבת לפסול שופט בשל אופן ניהול הדיון על-ידו, תוך שקבע כי אין מבקשים פסילתו של שופט בשל כך שהתיר או אסר שאלה, תוך הפעלת כללי סדר הדין בתום-לב ובסבירות.⁸⁴

באופן דומה, נתבקשה בעניין בוטבקה⁸⁵ פסילת שופט בשל מספר טענות, שהעיקרית בהן היתה סירוב השופט לנהל פרוטוקול מילולי ומלא של הדיון וכן הפסקת עדויות של עדים ביוזמת השופט עוד לפני שהפרקליטים סיימו את חקירתם. במקרה זה נדחה הערעור על החלטת הפסילה בנימוק כי מדובר בעילות לערעור על פסק-הדין ולא בעילות פסלות.⁸⁶

מן הראוי לציין כי בנסיבות המיוחדות של אותו מקרה השתכנע הנשיא לנדוי כי האשמה בגין הפגמים בניהול הדיון רובצת דווקא על פרקליטי הנאשם (מבקש הפסלות) אשר התנהגו באופן קנטרני ובאופן שיצר מתח מיותר באולם בית-המשפט. השופט אמנם סירב לרשום בפרוטוקול הדיון דברים מסוימים שנאמרו

78. ע"פ 633/83 אנג'ל נ' מ"י, פ"ד לז(4) 593.

79. שם, בע' 598.

80. ע"פ 619/82 כדורי נ' מ"י, פ"ד לז(1) 52.

81. שם, בע' 55.

82. שם, בע' 56.

83. ע"פ 1/88 כוכבי נ' מ"י, פ"ד מב(1) 133, 134. כן ראה ע"פ 4651/90 אשור נ' מ"י, מד(4) 788, 787.

84. עניין חליוה, לעיל הערה 6, בע' 419.

85. ע"פ 862/81 בוטבקה נ' מ"י, פ"ד לו(1) 586.

86. שם, בע' 587.

על-ידי הסניגורים, ואשר נראו לשופט קנטרניים. ואולם סירוב זה, כך פסק בית- המשפט העליון, אינו מהווה עילה לפסלות שופט.

גם הפסקת חקירת העדים ביוזמת השופט, לא מצדיק בהכרח, לדעת בית- המשפט העליון, את פסלות השופט, במיוחד לא כאשר השופט מזהיר את הסניגורים בטרם עת כי עליהם לסיים את החקירה בהקדם.⁸⁷

התרת או איסור שאלה במהלך חקירת עד בבית-המשפט, על יסוד הכרעת השופט בדבר רלוונטיות השאלות המוצגות לעד, אינה מבין הנושאים המצדיקים פסלות שופט, שכן זהו "נושא דיוני מובהק", אשר ניתן להלין עליו במסגרת הערעור על פסק הדין או ההחלטה.⁸⁸

מן העבר השני, אקטיביות שיפוטית מוגזמת הינה, כאמור, בלתי ראויה ויש בה כדי לפגום במעמדו האובייקטיבי והבלתי מעורב של בית-המשפט. כך למשל, קבע הנשיא שמגר בעניין לוסקי,⁸⁹ תוך שקיבל ערעור על החלטת פסילה, כי אין זה ראוי שבית-המשפט ינסה במודע להוסיף, באמצעות שאלות שהוא שואל ביוזמתו את העדים, על הראיות שהובאו על-ידי התביעה. יש שוני, כך נקבע, בין העלאת שאלות שנועדו להבהיר, לבין שאלות שמנסות לאתר ראיות חדשות ונוספות על אלו שהובאו על-ידי התביעה.

עם זאת הובהר בפסק-הדין, כי לא כל מקרה בו נשאלה על-ידי בית-המשפט שאלה לא נכונה או שלא במקומה יהיה מקום לפסלות השופט, אלא רק כאשר - כפי שארע באותו מקרה - נגרר בית-המשפט להעלאת תיזה רחבה וחדשה שכלל לא נכללה בכתב האישום. במקרה שכזה אכן נוצרה, כדברי בית-המשפט העליון, "מעורבות" של בית-המשפט שאיננה במקומה, דבר היוצר חשש סביר למשוא פנים.⁹⁰

עוד נפסק כי מן הראוי ששופט יצמצם את התבטאויותיו במהלך הדיון לשלושה סוגי התבטאויות:

- א. דברים הדרושים להכוונת הדיון וניהולו.
 - ב. הצגת שאלות הבהרה.
 - ג. הכרעה בקשר לכתב אישום או בקשר לעונש (במקרה של הרשעה).⁹¹
- לסיכום ניתן לומר כי נטיית הפסיקה הינה, באופן ברור, שלא לפסול שופט בשל דרך ניהול המשפט על-ידו, אלא במקרים קיצוניים ביותר. שני הטעמים להלכה זו הינם כדלהלן:
- הטעם האחד - החלטות השופט בקשר לניהול המשפט אין בהן, בדרך כלל, כדי ללמד על כל דעה קדומה, משוא פנים או עניין אישי אחר בתוצאות המשפט. הטעם השני - החשש כי אם תותר פסלות שופט כנוהג של קבע בשל החלטות דיוניות גרידא, הרי יתערער מעמדו של השופט בניהול המשפט לא רק בעיני

87. שם, בע' 588. כן ראה ע"פ 83/83 דיאב נ' מ"י, פ"ד לז(4) 833, 835.

88. עניין אליעזר. לעיל הערה 11, בע' 81, 88. כן ראה עניין דקלו, לעיל הערה 71, בע' 414.

89. לעיל הערה 10, בע' 192.

90. כן ראה ע"פ 332/86 גינדיל נ' מ"י, פ"ד מא(1) 543, 548.

91. ע"פ 327/85 גואטה נ' מ"י, פ"ד לט(2) 613, 614.

בעלי-הדין אלא בעיני כלל הציבור, ויותר מכך - אף בעיני השופט עצמו. מצב זה עלול לגרום לניהול לקוי של משפטים בשל "החרב המהפכת של הפסילה"⁹² אם תתאפשר פסלות של שופטים כדבר שבשגרה, עלול הדבר, כך חושש השופט זמיר בעניין בראון,⁹³ לשרת אינטרסים שונים של בעלי-הדין; בעל-דין ינסה, למשל, לפסול שופט הידוע כמחמיר, או שינסה לפסלו על מנת להעביר את התיק לניהולו של שופט אחר, אשר לפניו יתנהל כל המשפט מתחילתו, מצב אשר יאפשר לבעל-הדין לנהל חקירות מחדש וכדומה.

באופן דומה נפסק על-ידי בית-המשפט העליון, כי -

"הנטיה להלך אימים על השופט ולמנוע ממנו את ניווטו של המשפט כסמכותו וכחובתו מוצאת לעצמה כלי עזר נוח בשימוש הבלתי נכון בטענת הפסלות; ההנחה היא, ככל הנראה, שחשש של השופט שמא יוקע כסדר מזג שיפוטי וכבלתי אובייקטיבי בגישתו, ירתיע אותו מקבלת החלטות שאינן נוחות לבעל הדין".⁹⁴

(3) שמיעת הליכים קודמים ועיון בחומר הראיות במסגרת ההליך הפלילי

חלק ניכר מבקשות הפסילה במשפטנו נוגע להליכים פליליים, והסיבה לכך היא, בין היתר, העובדה כי ההליך הפלילי כולל מטבעו מספר שלבים מקדמיים, כגון בקשה למעצר או להארכת מעצר, וזאת עוד בטרם החל בירור האישום עצמו. בהליכים מקדמיים אלו מוגש לשופט, הדין בבקשות אלו, חומר ראיתי רב. במסגרת בקשות אלה אף נדרש השופט, לעיתים, להכרעות ולקביעות עובדתיות, או כאלה הנוגעות למידת האמון שהוא רוחש לגירסת הנאשם. הכרעות וקביעות אלו מעלות, לעיתים, חשש אמיתי בקרב הנאשם מגיבוש דעה קדומה אצל השופט, וחשש כי אם שופט זה גם ישב בדינו במסגרת בירור האישום כנגדו, לא יזכה הנאשם ל"משפט צדק".

טענה דומה אף מועלת על-ידי נאשמים ביחס לעיונו של שופט בחומר בדבר הרשעות קודמות של הנאשם, או חומר ראיות שהינו, לטענת הנאשם, בלתי קביל או נתקבל ממנו שלא כדין וכדומה.

הפסיקה, כפי שיובהר להלן, אינה נוטה חסד לבקשות פסילה הנוגעות בנימוקים הללו, אלא כאשר אכן לאור הנסיבות נוצרת "אפשרות ממשית" לגיבוש דעה קדומה או משוא פנים אצל השופט. יצויין, כי אין בחוק סדר הדין הפלילי, או בכל הוראת דין אחרת, הוראה האוסרת על השופט אשר דן בהליכים המקדמיים בתיק מסוים, מלישב בדין בתיק העיקרי.

אכן, בפסיקת בתי-המשפט בישראל נקבע כבר, כי אין כלל לפיו שופט אינו יכול לדון במשפטו של אדם, אם ישב קודם לכן בבקשה לצו מעצר או בבקשה לשחרור בערובה ביחס לאותו אדם.⁹⁵

92. עניין בראון, לעיל הערה 22, בע' 23-25.

93. שם, בע' 25.

94. עניין עובדיה, לעיל הערה 55, בע' 169.

95. עניין כהן, לעיל הערה 36, בע' 732.

אכן, נפסק כבר כי אין מקום להחיל איסור שכזה במקרה בו דן שופט בתיק העיקרי ולאחר מכן הוחזר התיק אל אותו שופט לשם דיון חוזר. לא רק שאין השופט פסול מלדון בתיק שהוחזר אליו אלא נהפוך הוא – אף רצוי, בהיעדר נסיבות יוצאות דופן, כי אותו שופט ידון בתיק זה, שכן הוא מכיר כבר את כל פרטי המקרה.⁹⁶

מן העבר השני, כאשר פורטו בבקשת פסילה נסיבות אשר היה בהן כדי ליצור חשש לדעה קדומה בשל ישיבת השופט בדיונים המקדמיים (למשל בשל התבטאויות אותו שופט ביחס לנאשם), לא היסס בית המשפט העליון מלהורות על פסילת השופט. כך למשל, נתבקשה במקרה מסוים פסילת השופט בשל העובדה כי השופט המיועד לתיק העיקרי דן כבר בשתי בקשות מקדמיות להארכת מעצרו של הנאשם, ובמסגרתן עיין השופט בראיות שונות, ביניהן ראיות אשר ביחס אליהן נטען כי אין הן קבילות (דוגמת הודאת הנאשם, אשר נטען כי הוצאה ממנו בכפייה, וכן תוצאות חקירתו בפוליגרף).

זאת ועוד, בדיונים להארכת מעצרו של הנאשם כבר התבטא השופט ביחס לחוסר מהימנות גירסת הנאשם, לפיה הוצאה ממנו ההודאה בכפייה, ואף התבטא השופט כי בעקבות תוצאות בדיקת הפוליגרף נחלשת עוד יותר טענת הנאשם לחפותו.

בנסיבות אלו הורה בית המשפט העליון על פסלות השופט בשל קיומה של אפשרות ממשית למשוא פנים, עקב התבטאויות השופט ביחס לחוסר מהימנות הנאשם.⁹⁷

מגמת בתי המשפט בישראל שלא לקבל טענת פסלות בשל דיון בהליך קודם באותו תיק באה לידי ביטוי גם בהליכים אורחיים. כך, למשל, נפסק זה לא מכבר, כי סירובו של בית המשפט להתיר לנתבעים לתקן את כתב הגנתם אינה מצדיקה את פסילת אותו השופט, שכן אין לקבוע הלכה גורפת ולפיה כל החלטה בהליך ביניים יש בה כדי להשפיע על השופט כאשר ידון בתיק העיקרי.⁹⁸

בית המשפט העליון קיבל בעבר ערעור על החלטת פסילה במקרה בו הובאו בפני השופט, במהלך ניהול התביעה עצמה, ראיות אשר לא היו קשורות במישרין לאשמה באותו תיק, אך היה בהן כדי להשפיע לרעה על מידת מהימנות גירסת הנאשם (בדבר חפותו), וכן הבהירו לשופט כי קיים כנגדו עונש מאסר על תנאי. הנשיא שמגר קבע כי לאור מסירת המידע הבלתי רלוונטי לשופט, אשר עלול להשפיע עליו, הרי שמן הראוי שלא ישב אותו שופט בתיק הנ"ל.⁹⁹

מאידך נקבע במקרה אחר כי העובדה שלידיעת שופט הגיע מידע ביחס לתוכנו של כתב אישום אחר כנגד אותו נאשם, אישום שהינו קשור לתיק הנדון, אינה פוסלת את השופט מלדון בתיק זה. אין אפשרות, כך נקבע, ליצור סודיות ומידור בתוך כותלי אותו בית משפט, באופן ששופט לא יידע אלא מה שמתברר לפניו:

96. שם, שם.

97. עניין סוויסה, לעיל הערה 50, בע' 87-88. ראה מקרה דומה בעניין אלאל, לעיל הערה 41, בע' 728.

98. ע"א 8010/95 גוזלן נ' הוכמן (טרם פורסם), תקציר פסקי-דין, מו 21, בע' 328-329.

99. עניין ורקשטל, לעיל הערה 35, בע' 616.

"אם נבטל אישומים בשל כל ידיעה מקרית... לא ייתמו פסילות בשל חששות אקדמיים שאין בהן ממשות".¹⁰⁰

בעניין סאלם¹⁰¹ נתבקשה פסילת שופט אשר דן וגזר דינו של אחד משני נאשמים, עוד בטרם נדון האישום כנגד השני (מצב אשר נוצר בשל עיסקת טיעון עימו). הנשיא אגרנט, בדחותו את הערעור על הפסלות, קבע כי בהרשעת הנאשם אשר הודה במעשה, אין כדי לפסול את אותו הרכב מלדון באישום כנגד הנאשם השני, שכן, בפסק-הדין המתייחס לנאשם הראשון אין כל הכרעה לעניין אשמתו של הנאשם האחר והוא מבוסס רק על חומר הראיות שנגזע לאותו נאשם בלבד.¹⁰² בעניין אבו סולב¹⁰³ נקבע, כי העובדה ששופט ישב בדינו של נאשם אחד ושמע עדים במסגרת בירור האשמה כנגדו, אינה פוסלת את השופט (או את המותב) מלשבת בדינו של נאשם שני, שהואשם באותה אשמה עם הנאשם הראשון. נפסק, כי עצם שמיעת עדים (במשפטו של הנאשם הראשון), אשר יעידו גם במשפטו של הנאשם השני, אינה פוסלת את השופט, אלא אם נקבעו על-ידי השופט ממצאים עובדתיים שהינם בעלי חשיבות למשפטו של הנאשם השני. על-כן, בכל מקרה בו לא נקבעו ממצאים בשאלה, אין חשש ממשי למשוא פנים ולדעה קדומה.¹⁰⁴

למסקנות שונות הגיע בית-המשפט העליון במקרה בו ישבה שופטת מחוות בדינו של עד תביעה מרכזי, אשר הודאתו במשטרה הפלילה את הנאשמים. טענת הפסילה, מפי הנאשמים, היתה כי לאור הכרעת הדין בעניינו של אותו עד תביעה נקבעו כבר על-ידי בית-המשפט ממצאים עובדתיים מפלילים כנגדם. טענה זו התקבלה על-ידי בית-המשפט העליון, אשר הורה על פסלות השופטת.¹⁰⁵ בפסיקה הודגש לא אחת, כי העובדה שהשופטים בשיטתנו הינם שופטים מקצועיים, ולא חבר מושבעים המורכב מהדיוטות, הינה גורם בעל משקל להערכת ולשקילת האפשרות ליצירת דעה קדומה אצל השופט בשל אימרה שאמר, התבטאות שהתבטא, או חומר ראיות שקיבל לעיונו.¹⁰⁶ חזקה על השופטים, כך נקבע, כי בהיותם שופטים מקצועיים ידעו להתעלם מההודאה של הנאשם הראשון ויזדקקו רק לאותן ראיות שיובאו בפניהם. מדובר, ככלות הכל, בשופטים מקצועיים ולא בחבר מושבעים אשר עלולים להיות מושפעים מראיות פסולות.¹⁰⁷

100. ע"פ 793/83 אדרי נ' מ"י, פ"ד לח(1) 363, 364. ראה גם ע"פ 350/91 ממן נ' מ"י, פ"ד מה(2) 345, 348, 351-352. כן ראה ע"פ 3287/90 פחימה נ' מ"י, פ"ד מד(3) 712, 716-717.

101. ע"פ 301/75 סאלם נ' מ"י, פ"ד כט(2) 431.

102. שם, בע' 432.

103. ע"פ 1296/90 אבו-סולב נ' מ"י, פ"ד מו(5) 859.

104. שם, בע' 864.

105. עניין אבו עמארה, לעיל הערה 37, בע' 253.

106. ראה למשל עניין זועבי, לעיל הערה 1, בע' 17, וכן ראה עניין כוכבי, לעיל הערה 83, בע' 134.

107. עניין סאלם, לעיל הערה 101, בע' 432-433; ראה גם עניין חב' לבית-עשיות בע"מ, לעיל הערה 44, בע' 298, וכן עניין מדר, לעיל הערה 40, בע' 416, וכן ע"פ 531/74 ברוך נ' מ"י, פ"ד כט(1) 498, 499.

בערי השדה, בהן מספר השופטים מוגבל מלכתחילה, מחריפה שבעתיים הבעיה של ישיבת שופטים, אשר דנים באישום העיקרי של נאשמים לאחר שהם דנו כבר בבקשות קודמות להארכת מעצרו של אותם נאשמים. סיטואציה זו מגבירה את הסיכון כי השופטים קיבלו לידיהם ועיינו בחומר חקירה ובראיות אחרות אשר הינן רלוונטיות למשפט עצמו (ולא רק לבקשות המקדמיות), ואשר ביחס לחלקן יכולות להיטען טענות שונות של אי-קבילות, של קבלתן בדרך בלתי חוקית וכדומה.

במאמרו מבקר הנשיא שמגר את המצב בערי השדה, שם מכתיבים שיקולי הנוחות והיעילות המנהלית את נוהלי הדיון, ומשפיעים בכך על שיקולי צדק ושיקולי חוקיות ההליך השיפוטי. מצב זה מפלה בין נאשמים העומדים לדין בערי השדה הקטנות, בהן מספר השופטים מצומצם, ובין הנאשמים העומדים לדין בערים הגדולות, בהן ניתן להימנע מהבעיה האמורה לעיל בשל מספרם הגדול-יחסית של השופטים.¹⁰⁸

באופן דומה נקבע בעניין סוויסה,¹⁰⁹ כי על אף שהעברת הדיון עלולה לגרום לקשיים מנהליים ולהכביד על ניהול המשפט, הרי ש"הודמנות נאותה לנאשם להציג את גרסתו, חופשי מהחשש לדעה קדומה, עולה בחשיבותה על שיקולי היעילות".

עוד נזכיר את עניין אלאל, שבו נקבע כי רצוי שבמקום בו מכהנים מספר שופטים, לא ידון השופט, שנתן את צו המעצר, באישום עצמו.¹¹⁰

(4) אינטרס כספי או הפצי, או "עניין אישי" בנשוא הדיון

קיומו של אינטרס כספי או הפצי, או "עניין אישי" של השופט בנשוא הדיון הינו בלא ספק הנימוק כבד-המשקל ביותר לפסלות שופט, ועם זאת הנדיר ביותר לשימוש.

בעניין שימל צוטטה בהסכמה ההלכה האנגלית בנדון, ולפיה:

"כל 'נגיעה' כספית או הפצית בנשוא הדיונים, קטנה או גדולה, משמשת

פסול אוטומטי, לפי שבמסיבות אלה מניח החוק משוא פנים.¹¹¹

חשוב להדגיש שמדברי הנשיא אגרנט בפרשת ידיד עולה כי לעניין נגיעה כספית או הפצית אין צורך להוכיח "אפשרות ממשית" של משוא פנים, וכי במקרה כזה קיימת חזקה של משוא פנים בשל הנגיעה האישית ועל-כן הפסילה היא אוטומטית.¹¹²

חיזוק לדברים אלה ניתן למצוא בעמדת הנשיא שמגר במאמרו הנזכר לעיל. הוא מבחין שם בין שני סוגים של פסלות: הסוג האחד, פסלות אוטומטית. הסוג השני, פסלות המחייבת בדיקה אם נוצרה "אפשרות ממשית" של משוא פנים.

108. שמגר, לעיל הערה 5, בע' 115.

109. עניין סוויסה, לעיל הערה 50, בע' 88.

110. עניין אלאל, לעיל הערה 41, בע' 728; כן ראה ע"פ 405/77 פלוס נ' מ"י, פ"ד לא(3) 619, 620.

111. עניין שימל, לעיל הערה 4, בע' 462, וכן עניין ידיד, לעיל הערה 3, בע' 380.

112. שמגר, לעיל הערה 5, בע' 104.

המקרים מהסוג הראשון הם אלה שבהם יש לשופט "ענין אישי-כספי, קנייני או דומה אחר - בתוצאת המשפט".¹¹³
לקטיגוריה השניה של נימוקי פסילה משתייכות כל יתר עילות הפסלות. יש לציין, כי דברים ברוח שונה במקצת נאמרו בפרשת פרו¹¹⁴ (שקדמה לעניין ידיד), על-ידי השופט ברנזון:

"...זכותו הבלתי מעורערת של כל צד היא, שהיושב לשפוט בענינו יהא לגמרי בלתי-תלוי וחסר פניות או אינטרס עצמי ונקי מכל רבב של דעה קדומה או משוא-פנים. סתם חשש שהוא נגוע במשהו מכל אלה אינו מספיק. אפשרות כזאת כשהיא נטענת, צריכה להיות ממשית, כך שכל אדם סביר... היה רואה אותם בעין כזאת."¹¹⁴

כלומר, בניגוד לנאמר בפרשת ידיד ובפרשת שימל, משתמע כאן כי גם באשר לאינטרס עצמי (קרי - נגיעה כספית וכדומה) יש צורך בחשש ממשי ומבוסס וכי אין במקרה שכזה חזקה בדבר משוא פנים. ואולם זו התבטאות בודדת בפסיקה, וההלכה היא כאמור בפסקי-הדין בעניין ידיד ובעניין שימל.

לאחרונה, ציין השופט זמיר בהערת-אגב,¹¹⁵ כי הוא אינו שלם עם ההלכה האמורה לעיל: יתכן, לדעתו, מצב בו לשופט יש אכן אינטרס כספי, אך זהו אינטרס כה קטן ושולי עד שאין בו כל סכנה. למשל בתביעה כנגד בנק, כאשר באותו בנק יש לשופט חשבון עו"ש רגיל וצנוע. במקרה כזה, הנגיעה הכספית כה קטנה עד שאין, לדעת השופט זמיר, כל חשש של ממש למשוא פנים.

אך יתירה מזאת, גם מן הפן העקרוני לא מוצא השופט זמיר הצדקה לראות בנגיעה כספית או חפצית כנגיעה "חמורה" או "קשה" יותר מנגיעה אחרת, דוגמת קירבה משפחתית. על-כן, הוא סובר, כי אף במקרה של נגיעה כספית או חפצית אין לדבר על פסול אוטומטי אלא ראוי להחיל את המבחן הכללי של "אפשרות ממשית". הדגש בנגיעה כספית/חפצית צריך להיות לא על ההיבט הכספי דווקא אלא על העניין האישי הנובע ממנה.¹¹⁶

במקרים כאלה הוא סבור, כי "הנגיעה יוצרת חזקה של משוא פנים".¹¹⁷ לעניין מידת ההוכחה של "האפשרות הממשית" הרי שבעוד ב"עניין אישי" קיימת חזקה שיש משוא פנים, הרי שבנושא של דעה קדומה קיימת חזקה הפוכה בדיוק, קרי - שאין משוא פנים.¹¹⁸

(5) היכרות קודמת של השופט עם בעל-דין או עם בא-כוחו

נושא זה, של היכרות שופט עם אחד מבעלי-הדין, ובמקרים מיוחדים - אף עם באי-כוחם, לא זכה להתייחסות נרחבת בפסיקה בתי-המשפט בישראל, שכן זו סיטואציה נדירה למדי: במרבית המקרים בהם מכיר שופט את מי מהצדדים לתיק הוא פוסל עצמו מלדון בו ביוזמתו שלו, אף מבלי שנתבקש לכך על-ידי מי מהצדדים, ולעיתים - אף מבלי שהיה ידוע לצד השני דבר היכרות זו.

113. עניין פרו, לעיל הערה 9, בע' 818-819, וכן עניין אבייזחק, לעיל הערה 9, בע' 809.

114. לעיל הערה 9, בע' 818-819.

115. עניין בראון, לעיל הערה 22, בע' 15.

116. שם, בע' 16.

117. שם, שם. ראה גם ע"א 682/96 עמאר נ' אינפרק רוברט (טרם פורסם).

118. שם, בע' 17.

מן הפן הענייני ניתן לשייך עילת פסלות זו, של היכרות השופט עם אחד הצדדים, לעילה של "עניין אישי" בנשוא הדיון. שכן, מהות הטענה במקרה כזה הינה כי בשל היכרות זו יש לשופט "עניין" (או רצון או העדפה) שאותו בעל-דין (או בא-כוחו) יזכה בהליך שלפניו. ואולם ניתן גם לסווג נימוק זה לסוג הנימוקים אשר אינם משתייכים ל"עניין אישי", אלא לסוג הנימוקים הנוגע ל"דעה קדומה" דווקא; שכן, ניתן לומר כי בשל ההיכרות הקודמת האמורה מאמין השופט יותר לאותו צד המוכר לו ולגירסתו העובדתית (כאשר מדובר בבעל-דין), או שהוא נוטה לקבל ולהשתכנע יותר מהצגת הדברים על-ידי באי-כח בעל-הדין (כאשר ההיכרות של השופט הינה עם בא-כוחו של אותו צד).

בנושא זה נקבע על-ידי בית-המשפט העליון (מפי השופט ויתקון), כי - "מעולם לא שמענו כי הכרות בלבד עם בעל-דין תפסול את השופט מלשבת במשפטו של זה. שאם תאמר כן, מה יעשה שופט היושב בעיר קטנה ומכיר את כל התושבים שבה?"¹¹⁹

יציין, עם זאת, כי באותו מקרה לא נטענה היכרות של ממש, אלא רק נטען כי הגוף השיפוטי שפסילתו נתבקשה - הממונה הראשי על יחסי העבודה - התייחס בלבביות רבה לצד השני. מפסקי-הדין האמורים עולה, כי כלל לא הוכחה היכרות של ממש, אלא היו אלו טענות בעלמא בלבד.

ייתכן בהחלט, כי אילו היה מדובר בהיכרות של ממש, ובמיוחד היכרות קרובה, כגון בין חברים וכדומה, היתה התוצאה בערעור שונה בתכלית.

כאשר מדובר רק בהיכרות אקראית ושטחית בלבד, להבדיל, לא יהא בהיכרות זו כדי להביא לפסלות שופט, שכן אין בוו כדי להשפיע על שיקול דעתו של השופט או כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים.¹²⁰

סיטואציה הקרובה במהותה לזו של היכרות אישית היא הסיטואציה בה מופר הריחוק הנדרש בין שופט ובין אחד הצדדים למשפט, או באי-כוחם, באופן אשר עלול ליצור חשדות ולזות-שפתיים. סיטואציה שכזו, נדירה כשלעצמה, עלתה בשני פסקי-דין בהם נטענה טענת פסלות בשל העובדה כי השופט נסע ברכב אחד עם אחד הצדדים לדיון. "אינטימיות" זו יצרה, על-פי הטענה, חשש למשוא פנים: בעניין אליעזר¹²¹ נטען כי השופט נסע, על-פי בקשת הנאשם, למקום הארוע הרלוונטי, וזאת ברכב משטרתי, ולאחר מכן אף ניהל השופט שיחה בנוכחות הנאשם, עם אנשי המשטרה, שחלקם הינם עדים במשפטו של הנאשם. משנסתיים החלק הרשמי של הביקור נשאר השופט במקום הארוע, וזאת לאחר שעזב הנאשם את המקום. לאור שיחת השופט עם השוטרים, העלה הנאשם את החשש כי השופט המשיך בשיחתו עם השוטרים בקשר למשפטו, שלא בנוכחות הנאשם.

טענות אלו נדחו על-ידי הנשיא שמגר אשר קבע כי לא ניתן להכפיף את מהלכיו של בית-המשפט לכל "חשדנות מופרזת", כהגדרתו. עם זאת קבע הנשיא כי רצוי - למען הסר כל ספק - שהשופט ירחיק עצמו ממצבים בהם הוא נוסע ברכב משטרתי, אף אם הנאשם או פרקליטו נוכחים במקום.¹²²

119. בג"צ 327/63 מזרחי נ' שר העבודה, פ"ד יח (1) 434, 436.

120. ע"א 8010/95 גוזלן נ' הוכמן (טרם פורסם), תקציר פסקי-דין, מו 21, בע' 328-329.

121. לעיל הערה 39.

122. שם, בע' 531-532.

המקרה השני, המזכיר בנסיבותיו את המקרה האמור לעיל, ארע כאשר שופט שלום בקצרין הציע לתובע לנסוע במכוניתו (של השופט) לאחר תום יום העבודה.¹²³ השופט נימק מעשה זה כ"מחווה אנושית" לאור העובדה כי מדובר באזור בו התחבורה הציבורית דלילה. שופט השלום אף ציין כי הוא נהג להציע הסעות דומות לפקידי בית-המשפט, לשוטרים וכדומה. במקרה דנן דווקא מצא הנשיא שמגר מקום לקבל את הערעור על הפסילה בנימוק כי כדי להבטיח את מראית פני הצדק ולמנוע חשדנות שלא במקומה, ראוי כי ימנע השופט מלנסוע בצוותא עם התובע.¹²⁴

מקרה חריג, בכל קנה מידה, עלה עת ניסה נאשם להביא לפסלות שופטת בדרכי תחבולה ועורמה. הנאשם טען כי מכונית הנהוגה על-ידי עובדת מטעמו התנגשה בחניון בית-המשפט בתל-אביב במכוניתה החונה של אותה שופטת אשר דנה בעניינו. ארוע זה היווה עילה לנסיונו של אותו נאשם להביא לפסלות השופטת, וזאת בטענה כי בשל העובדה שהוא חושש מגורלו (בתיק בו הוא אמור ליתן את הדין בפני אותה השופטת), הוא, הנאשם, ניאות, כביכול, לשלם לבעלה של השופטת עלות תיקון הרכב שהינה גבוהה יותר מזו של העלות האמיתית של אותו תיקון.

ראוי לציין, כי בסיכומו של דבר השיג הנאשם את מבוקשו, במובן זה שהשופטת החליטה (בעצה אחת עם נשיא בית-המשפט השלום בת"א), לפסול עצמה מהמשך הטיפול באותו תיק. נימוקיה של השופטת מעניינים, במיוחד לאור העובדה כי ברור היה לכל כי הנאשם אכן חפץ בפסילת השופטת, וכי פעל לשם-כך בדרכי עורמה ותרמית. השופטת "התירה" לנאשם לקבל את מבוקשו, תוך שציינה כי כל שופט, מקצועי ככל שיהא, אינו אלא בשר ודם. בכנות נדירה הודתה השופטת, כי מעשיו של הנאשם גרמו למעורבות אישית שלה באותו תיק "באורח הפוגע בכושרי להינתק מהשפעות הפסולות שנולדו במערכת נסיבות זו..."¹²⁵.

בד בבד עם פסילתה, הורתה השופטת על פתיחת חקירה משטרתית לבדיקת נסיבות הארוע.

ה. המשקל שיש ליתן לחוות-הדעת של השופט עצמו

שאלת-מפתח בהכרעה בערעור על החלטת פסילה היא מהו המשקל שיש לייחס להחלטת השופט הדוחה בקשת פסילה ולחוות דעתו של אותו שופט ביחס לכשירותו לדון באותו תיק.

בפסיקת בתי-המשפט בישראל ניתן למצוא קביעות סותרות בדבר החשיבות שיש לייחס לחוות דעתו של השופט.

מחד גיסא, ניתן למצוא בפסקי-דין רבים קביעות לפיהן אין לייחס לחוות דעתו של השופט משקל מכריע או חשוב בהכרעת בקשת הפסילה.

123. ע"פ 599/87 חוברה נ' מ"י, פ"ד מא(4) 614.

124. שם, בע' 616.

125. ת"פ (ת"א) 1063/93 מ"י נ' יצחקי (טרם פורסם) (החלטת השופטת בקנטטיין מיום 24.4.95).

מאידך, מצויות בפסיקה דוגמאות רבות לכך שערכאת הערעור התחשבה במידה רבה בחוות דעתו של השופט והשתכנעה כי, כפי שסבור השופט נשוא הבקשה, אין כל מניעה שהוא ימשיך לשבת בדין אותו תיק.

בפסק-הדין המנחה בנושא הפסלות, עניין ירד, קבע הנשיא אגרנט כי - "לא נעלם ממני שבדרך כלל יש לתת משקל רב לחוות דעתו של שופט שאינו רואה את עצמו מלשבת בדין במקרה הנדון".¹²⁶ ובהמשך קבע הנשיא אגרנט כי -

"אולם העיקר כאן הוא, כי העובדה בלבד, שהשופט בעצמו מאמין בכנות שבכוונו להשתחרר מן הדעה הקדומה הנדונה, אינה מכריעה בשאלת פסלותו מלשבת בדין בענין החדש, ולו רק מהטעם שאותה דעה עלולה להשפיע עליו אפילו מתחת לסף הכרתו".¹²⁷

באופן דומה קבע שמגר במאמרו כי יתכן לעיתים ששופט כלל אינו מודע לקיומה של דעה קדומה, ועל כן העובדה כי הוא סובר שאין לו דעה קדומה, אינה מהווה סוף פסוק בעניין זה.¹²⁸

בפרשת חברת לב תעשיות בע"מ, נקבע על-ידי השופט ד' לוי: "תחושתו של השופט הדין במשפט, כי יוכל גם יוכל להכריע בענין בצורה אובייקטיבית ועל פי הראיות הספציפיות המובאות לפניו, אין די בה כדי לשכנע בדרגת הערעור שעילת פסילה לא קיימת".¹²⁹

ואולם, בהמשך אותו פסק-דין הוסיף השופט לוי קביעה הפוכה לגמרי: "במצב דברים זה יש חשיבות מסויימת לתחושתו של השופט ולהכרה, שהצהיר עליה, שיוכל להתמודד עם מצב המצוקה שיימצא בו, שהוא לא נדיר במערכת המשפט כפי שהיא בנויה".¹³⁰

דוגמא לאימוץ חוות דעתו של השופט ביחס לאי-פסלותו, ניתן למצוא בפרשת אבו חצירא, שבו מצא לנכון הנשיא לנדוי לאמץ דווקא את דעת השופטת אוסטרובסקי-כהן, אשר כינתה את הנאשם במילים: "הטיפוס הזה". על-אף התבטאות קשה ויוצאת דופן זו, דחתה השופטת את בקשת הפסלות וטענה כי הדברים נאמרו על דרך ההתלוצצות, כי אין בליבה דבר על הנאשם, וכי הוא יזכה אצלה למשפט צדק. הנשיא לנדוי קיבל את גישת השופטת וקבע כי הוא נותן לחוות דעתה "את מלוא המשקל הראוי".¹³¹

השאלה, אשר נשארה תלויה ועומדת, ואשר לא ניתנה עליה תשובה ראויה בעניין אבר-חצירא, היא - מהו אכן המשקל הראוי לחוות הדעת של אותו שופט אשר פסילתו מתבקשת. מגישת הנשיא לנדוי בפרשה זו עולה כי יש לדעת השופט (שפסילתו מתבקשת) משקל מכריע בהכרעה בבקשת הפסלות. שאם תאמר אחרת, כיצד ייתכן שאחרי אמירה כה בוטה ובלתי מקובלת תידחה בקשת הפסלות?

126. עניין ירד, לעיל הערה 3, בע' 383.

127. שם, שם. ראה גם רע"א 4413/91 בנייני מ.י. גינדי בע"מ נ' מוטווסל, פ"ד מה(5) 778, 780.

128. שמגר, לעיל הערה 5, בע' 107. ראה גם עניין שירתי ארגל בע"מ, לעיל הערה 13.

129. עניין חב' לב תעשיות, לעיל הערה 44, בע' 298.

130. שם, בע' 301. ראה גם בג"צ עניין צבן, לעיל הערה 1, בע' 149, וכן עניין שמואל, לעיל

הערה 46, בע' 465.

131. עניין אבר-חצירא, לעיל הערה 11, בע' 250.

במילים אחרות, משתמע מפסק־הדין בעניין אבו חצירא כי מאחר והשופטת הבהירה שאין לה כל דעה קדומה כנגד הנאשם, הרי שדעתה גוברת על המשמעות הלכאורית של התבטאותה החריפה.

ואולם, ניתן לסבור, בכל הכבוד, אחרת.

ניתן לומר כי חוות דעתו של השופט, שפסילתו מתבקשת, לא רק שאינה צריכה להיות בעלת משקל עדיף או מכריע, אלא יותר מכך – אין היא צריכה להוות גורם בעל חשיבות רבה לשם ההכרעה בבקשת הפסלות.

ככלות הכול, בקשת פסילה מטילה דופי בשופט, בין בשל טענה של ניהול לקוי של הדיון במידה המעידה על דעה קדומה, עוינות וכדומה; או השופט גיבש כבר דעה קדומה כנגד המבקש, או התבטא כלפי המבקש (או בא־כוחו) באופן המלמד על עוינות או דעה קדומה. יש בבקשה שכזו כדי לפגוע במעמדו, בדימויו הציבורי ולעיתים אף בכבודו המקצועי של השופט נשוא בקשת הפסילה.

במצב דברים שכזה, קבלת בקשת הפסילה על־ידי השופט נשוא הבקשה הינה, לעיתים, מטלה קשה מן הבחינה האישית. שכן, אם יקבל השופט את הבקשה לפסילתו עלול הדבר להתפרש כהודאה והכרה מטעמו כי הוא אכן נהג או התבטא שלא כהלכה, או חמור מכך – כי הוא אכן גיבש לעצמו, שלא כדין, דעה קדומה או יחס של עוינות, גלויה או סמויה, כלפי המבקש.

זאת ועוד, לעיתים עצם העלאת בקשת הפסילה מכעיסה או מקוממת את השופט, ובמצב זה הרי אף אם יש ממש בטענת העוינות או הדעה הקדומה, ספק רב אם יקבל אותו שופט טענות אלו, וזאת בשל המחיר הגבוה מבחינתו של החלטה שכזו, הן מן הבחינה המקצועית והן מן הבחינה האישית, כאמור.

יתר על־כן, כבר נקבע כי ההכרעה בבקשת פסלות תהיה על־פי קנה המידה האובייקטיבי, ולא הסובייקטיבי. אם אמנם כך, הרי חוות דעתו של השופט נשוא בקשת הפסילה אינה כלל חוות דעת אובייקטיבית, שכן אף אם אין לו שמץ של דעה קדומה ואף לא שבב של עוינות ביחס למבקש, הרי אין מחלוקת כי לעניין ההכרעה בבקשת פסלותו שלו, אין דעתו של השופט יכולה להיחשב לדעה אובייקטיבית כל ועיקר. השופט, ככלות הכול, הינו בשר ודם והחלטה בעניין זה של פסלותו נוגעת לו אישית, ודעתו בענין זה אינה יכולה להוות דעה "אובייקטיבית".

לאור כל האמור לעיל, מן הדין שדעה זו של אותו שופט תקבל, כדברי הנשיא לנדוי בפרשת אבו חצירא – את "המשקל הראוי לה", אך בשונה מדרכו של הנשיא לנדוי, יהיה זה משקל קל ביותר.

לסיכום, ספק רב אם ניתן לראות בחוות דעתו (הסובייקטיבית) של השופט משקל מכריע, או אף מרכזי, בהכרעה בבקשת הפסלות.

למסקנה שונה בתכלית ניתן להגיע כאשר חוות דעתו של השופט מתייחסת לעובדות הנוגעות לנסיבות שבהן נאמרה התבטאות השופט, או לנסיבות שבהן ניתנה החלטה כלשהי על־ידו. במקרה כזה, יש לתיאור מכלול הנסיבות וההקשר הנכון של הדברים, כפי שהיא מובאת על־ידי השופט, חשיבות רבה בהערכת אמירה, התבטאות או החלטה של השופט.

בעניין חליווה,¹³² למשל, נטען על־ידי הנאשם כי השופטת המחוזית

132. לעיל הערה 6.

(ולנשטיין) התבטאה ביחס אליו במילים "הפסיכופאט הזה", וזאת במהלך דיון בלשכתה. בקשת הפסילה נדחתה על-ידי השופטת ולנשטיין, וגם הערעור בעניין זה נדחה על-ידי הנשיא שמגר, אשר אימץ את הסברי השופטת ולנשטיין ולפיהם יש לראות את ההתבטאות הזו בהקשר הנכון של הדברים: לדבריה, הנאשם התנהג במהלך המשפט באופן מוזר, ונוצר הרושם שהוא סובל מהפרעות כלשהן. הנאשם, לדוגמא, גם סירב לגלות (אף לבאי-כוחו), אילו עדויות הוא מבקש להביא במהלך המשפט. בנסיבות המיוחדות של המקרה סבר הנשיא שמגר, כי אין באימרה החריפה האמורה של השופטת כדי ליצור "אפשרות ממשית" למשוא פנים.¹³³ יודגש, עם זאת, כי הרקע לפסיקה השונה בשני פסקי-הדין האמורים לעיל (אבו-חצירא וחליווה), מעוגן בנסיבות שונות בתכלית:

אימוץ חוות דעתה של השופטת בעניין חליווה מבוסס על הנסיבות העובדתיות אשר פורטו בחוות דעת השופטת, בעוד שבעניין אבו-חצירא אימוץ חוות דעתה של השופטת לא נגעה לפירוט עובדתי או הנסיבתי, אלא להערכת השופטת עצמה את היעדרו של גיבוש דעה קדומה בקירבה כנגד הנאשם. נדמה כי בעוד שההלכה בעניין חליווה היא אכן ראויה ומוצדקת, אין ההלכה העולה מפרשת אבו-חצירא יכולה לשמש הנחיה ראויה בנושא זה. אימוץ חוות דעתו של שופט שאינה כוללת כל גילוי עובדתי רלוונטי או חדש, אלא אך ורק מבטאת את שכנועו הפנימי בדבר יכולתו לדון בתיק ללא משוא פנים, אינו ראוי.

133. שם, בע' 414-415.

HAPRAKLIT

PUBLISHED BY THE ISRAEL BAR

REPRINT