

האם שופטים הם כבני אדם? *
כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות
יששכר (איסי) רוזן-צבי**

Is it not absurd to keep alive the artificial, orthodox tradition of the "ideal judge"?
*The rational alternative is to recognize that judges are fallible human beings.*¹

*To decide when a judge may not sit is to define what a judge is.*²

מקצועיות השופט היא אחת ממושכלות היסוד של השיח המשפטי. השופט המקצועי, הניטרלי והאובייקטיבי, העומד מעל המחלוקות והמוכשר לחלץ את האמת בכל סיטואציה, הנו חלק מן האתוס (או אולי המיתוס) שיוצר ומפיץ בית

* כותרת המאמר שאולה ממאמרו המפורסם של ג'רום פרנק: Jerome Frank, "Are Judges Human?", 80 *U. Pa. L. Rev.* (1931)17.

** מרצה, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה. אני מבקש להודות למוסא אבו רמדאן, אורן גזל, חיים גנו, חנוך דגן, ענת הורוביץ, רונית הרמתי-אלפרן, יונתן יובל, מני מאוטנר, יהודית מיזלס, יואב ספיר, אריאל פורת ומשתתפי הסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, אשר קראו טיוטות של המאמר והאירו את עיני בהערותיהם. תודה מיוחדת מסורה לעוזרת המחקר שלי, אדוה אבנון, אשר קראה וקטלגה לצורך המאמר מאות פסקי דין בעניין פסלות שופט ואף סייעה מאוד בעבודת העריכה. כל אתרי האינטרנט המאוזכרים להלן נצפו לאחרונה בינואר 2005 אלא אם כן נכתב אחרת.

1. Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (Brentano's, 1931), 145.

2. John Leubsdorf, "Theories of Judging and Judge Disqualification", 62 *N. Y. U. L. Rev.* 237, p. 237 (1987).

המשפט כדי לבסס את הלגיטימיות של הכרעותיו ולרכוש את אמון הציבור. המאמר שם לו למטרה להתחקות אחר האופן שבו נבנית דמותו של השופט המקצועי, לנתח את מאפייניה ולבחון עד כמה מצליח בית המשפט להפוך אותה לנחלת הכלל. המאמר עושה זאת באמצעות קריאה ביקורתית של אחד האתרים המרכזיים בשיח המשפטי שבהם מתרחשים תהליכי ייצור המומחיות של בית המשפט – כללי פסלות השופט – ומנסה לפענח את המנגנונים השונים המופעלים בו. עניינו של המאמר הוא באופן שבו הרחיב בית המשפט מאז שנות השבעים את סמכותו באמצעות כינונו של השופט המקצועי כסובייקט בעל המאפיינים הנדרשים להתמודד עם המשימות הכבדות המוטלות על בית המשפט.

המאמר קורא את כללי הפסלות כצוהר שדרכו ניתן להציץ אל כור ההיתוך שבו מכונן הסובייקט השיפוטי, ובודק כיצד מבנה בית המשפט העליון את דמותו של השופט המקצועי, דמות החודרת לאתרים רבים בתוך השיח המשפטי ומחוצה לו. באופן פרטני דן המאמר בשלוש סוגיות מרכזיות העולות מתוך פסקי הדין העוסקים בפסלות שופט. סוגיה אחת היא שיקול הדעת השיפוטי. המאמר טוען כי פסקי הדין מאפשרים לבית המשפט להציג את אופן קבלת ההחלטות של השופט המקצועי כפי שהוא מעוניין שיראו אותו, ומצביע על הדרך שבה מכוננים פסקי הדין את השופט כבעל תכונות ויכולות על-אנושיות. הסוגיה השנייה היא ההבחנה שעושה בית המשפט בין עשיית צדק למראית פני הצדק. בפסקי הדין בעניין פסלות שופט חוזרת ונשנית ההבחנה בין יכולת השופט לעשות צדק ובין מראית פני הצדק של החלטותיו בעיני בעלי הדין והציבור והרחב. טענת המאמר היא כי הבחנה זו משרתת את בית המשפט בתהליך ההתמקצעות שלו. כוחם של המומחים נגזר מיכולתם לנכס גוף ידע מקצועי ולשכנע את הציבור כי רק להם יש יכולת להבין ולהפעיל את אותו גוף ידע. באמצעות כללי הפסלות מכונן בית המשפט סוג ידע חדש – היכולת להבחין ב"עשיית צדק" לעומת "מראית פני הצדק" שהיא נחלת הציבור – ומכונן את השופט המקצועי כבעל מונופול על אותו גוף ידע. הסוגיה השלישית היא השימוש שעושה בית המשפט במושגים "אובייקטיבי" ו"סובייקטיבי" ככלי לצבירת לגיטימציה וחזוק דמותו של השופט המקצועי. ניתן לזהות בפרקטיקה זו שני היבטים עיקריים: הראשון, ביסוס מושג ה"אובייקטיביות" כבעל קיום ממשי בעולם; והשני, ניכוס והצגתו כנתון לשליטתו הבלעדית של השופט. מכאן נגזרת הלגיטימציה שמסוד השפיטה זוכה בה כבעלים האולטימטיבי של האובייקטיביות, המדרגת גבוה בסולם ההיררכיות הנורמטיבי בחברות המערביות.

חלקו הבא של המאמר עוסק באופוזיציות שקמו לפרויקט ההתמקצעות של בית המשפט והשופט המקצועי המעוצב במסגרתו. טענת המאמר היא כי שנות התשעים הביאו עמן רוחות רעות בכל הקשור למעמדו של בית המשפט בחברה הישראלית. בשל נסיבות פוליטיות, כלכליות, חברתיות ותרבותיות, אשר לחלקן אחראי בית המשפט ולחלקן אינו אחראי, ירד מעמדו הציבורי של בית המשפט בצורה ניכרת. המאמר יבחן באמצעות כללי הפסלות את תגובתו של בית המשפט

כלפי אופוזיציות אלה ויטען כי האסטרטגיה שנקט בית המשפט היא לנסות ולחזק את הדמות הפיקטיבית של השופט המקצועי כדי להגביר את אמון הציבור בבית המשפט.

החלק החמישי והאחרון של המאמר בוחן את מידת ההצלחה שלה זוכה בית המשפט בהפצת דמות השופט המקצועי. המאמר מבקש לערער במידת-מה על הסברה כי הפרויקט של בית המשפט נוחל הצלחה, וטוען כי ניסיונו של בית המשפט לעצב את דמות השופט כדמותו של השופט הרקולס אינו עולה יפה. המאמר עושה זאת באמצעות ניתוח שני אירועים המלמדים על כישלון מסוים בהפצת דמות השופט המקצועי בקרב הציבור, והמצביעים על שבריריות הפרויקט שאותו מנסה בית המשפט לקדם. אירוע אחד נושא הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישת עברייני מין והאירוע השני עניינו חקיקתו של חוק נושאי משרה שיפוטי (מניעה לשבת בדין).

א. מבוא. ב. סוד השופט הנעלב. ג. קווים לדמותו של השופט המקצועי. ד. פסלות שופט לישב בדין: 1. שיקול דעת שיפוטי; 2. עשיית צדק ומראית פני הצדק; 3. מיתוס השופט המקצועי – בין אובייקטיבי לסובייקטיבי. ה. מאבק באופוזיציות. ו. הפצת דמות השופט המקצועי בקרב הציבור – ניתוח אירועים: 1. שיקול דעת שיפוטי בענישה; 2. כללי פסלות מחייבים. ז. הרהורים לקראת סיום.

א. מבוא

בבית המשפט המחוזי בתל אביב, בפני השופט חיים אדר, התנהל משפטם הפלילי של הנאשם מר דני בראון ושישה נאשמים נוספים. המשפט היה מורכב וטעון ולמן השלבים המוקדמים התרחשו בו עימותים מילוליים בין השופט ובין סנגורו של הנאשם, עו"ד ירום הלוי. המתח בין השופט מזה ובין הנאשם ועורך דינו מזה הלך וגאה במהלך המשפט והגיע לשיא בשיבת בית המשפט מיום 24 במרץ 1994. באותה ישיבה התנהלו חילופי דברים קשים בין הסנגור, אשר ביקש לחקור עד מסוים, ובין השופט, שאסר עליו לעשות כן, ובסופם שלח השופט את הסנגור למעצר ולחקירה בגין ביזיון בית המשפט. מיד לאחר שהוצא הסנגור מן האולם, קם הנאשם על רגליו וביקש לצאת אף הוא מן האולם שכן לטענתו הוא אינו רוצה שידונו בעניינו בלי נוכחות עורך דינו. השופט סירב להיענות לבקשה ודרש ממנו לשבת במקומו. הנאשם עמד על דעתו שהוא מבקש לצאת מן האולם, והשופט בשלו מסרב, אומר לנאשם לשבת, מורה להושיב אותו בכוח, ומצווה להביא שוטרים לאולם. חילופי הדברים בין הנאשם לשופט ברוח זו חזרו שוב ושוב כשהנאשם אינו מאפשר להמשיך בחקירת העד באורח תקין. בסופו של דבר הורה השופט לשוטרים להחזיק

את הנאשם באולם כבוח ולסתום לו את הפה במטפחת כדי למנוע ממנו לדבר. בישיבה הבאה של בית המשפט ביקש הסנגור מן השופט שיפסול עצמו שכן האירועים שהתרחשו מעוררים חשש ממשי שהוא אינו מסוגל לדון בעניינו של הנאשם באובייקטיביות הדרושה. השופט דחה את בקשת הפסילה. בית המשפט העליון, אשר אליו הגיע העניין בערעור, פסק כי אין עילה לפסילת השופט. עובדות המקרה, קבע השופט זמיר, אינן מבססות את הטענה שקיימת אפשרות מסתברת כי נבצר מן השופט לדון את הנאשם באובייקטיביות הדרושה. מדובר בפסול הצומח מתוך ניהול המשפט אשר שופט מקצועי מסוגל להתגבר עליו ולדון בעניינו של הנאשם בלא משוא פנים.³

מקצועיות השופט⁴ היא אחת ממושכלות היסוד של השיח המשפטי. השופט המקצועי, הניטרלי והאובייקטיבי, העומד מעל המחלוקות והמוכשר לחלץ את האמת בכל סיטואציה, הוא חלק מן האתוס שיוצר ומפיץ בית המשפט כדי לבסס את הלגיטימיות של הכרעותיו ולרכוש את אמון הציבור. מאמר זה שם לו למטרה להתחקות אחר האופן שבו נבנית דמותו של השופט המקצועי, לנתח את מאפייניה ולבחון עד כמה מצליח בית המשפט להפוך אותה לנחלת הכלל. המאמר קורא באופן ביקורתי את אחד האתרים בשיח המשפטי שבהם מתרחשים תהליכי ייצור המומחיות של בית המשפט – כללי פסלות השופט – ומנסה לפענח את המנגנונים הדיסקורסיביים השונים המופעלים בו. עניינו של המאמר הוא באופן שבו הרחיב בית המשפט מאז שנות השבעים את סמכותו באמצעות כינונו של השופט המקצועי כסובייקט בעל המאפיינים הנדרשים להתמודד עם המשימות הכבדות המוטלות על בית המשפט.

חלקו הראשון של המאמר מבהיר את חשיבותם וייחודיותם של כללי הפסלות על רקע הנוף המשפטי המנסה להעלים בשיטתיות את השופט מן השיח. טענתו היא כי השיח המשפטי מפעיל פרקטיקות רבות ומגוונות שמטרתן להקנות למשפט חזות אובייקטיבית ולהציגו כמעוקר מתרומתו האישית והייחודית של השופט. על רקע זה בולטים כללי הפסלות המחייבים את בית המשפט להעמיד את השופט במרכז הדיון ולהתייחס במפורש לכל מה שהשיח המשפטי משתיק, מטשטש ומסתיר בדרך כלל. משום כך זהו אתר בעל פוטנציאל חתרני ומסוכן, שכן הוא עלול להרוס את שנבנה בעמל רב ולהביא לידי האנשתו של השופט. עם זאת, המאמר יראה כי אם עושים בהם שימוש מתוחכם יש ביכולתם של כללי

3. ע"פ 1988/94 בראון נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(3) 608 (להלן: ע"פ בראון). יצוין כי על אף שהשופט זמיר קבע כי אין עילה לפסילת השופט הוא המליץ לפני השופט חיים אדר להעביר את התיק לשופט אחר. כפי שאטען להלן (טקסט הנלווה לה"ש 120) פרקטיקה זו של דחיית ערעורי פסלות בצירוף המלצה לשופט כי לא ידון בתיק ויעבירו לשופט אחר מאפשרת לבית המשפט לאחוז בחבל בשתי קצותיו – לשמר את האתוס של השופט המקצועי מחד גיסא ולעשות צדק במקרה הקונקרטי מאידך גיסא.

4. בכל המאמר אני מתייחס אל ה"שופט" בלשון זכר, וזאת אף שרבים מן השופטים הם, כידוע, שופטות. הסיבה לכך נעוצה בטעמי נוחיות בלבד; כל ניסיונותי (והיו לא מעטים כאלה) לחשוב על פתרון אשר לא יטרבל את הקריאה יתר על המידה עלו בתוהו. עם הקוראות הסליחה.

הפסלות להחזיר מסרים גלויים וסמויים אשר יבצרו את מעמדו ההגמוני של השופט. החלק השני של המאמר בוחן מיהו השופט המקצועי שמעצב בית המשפט ומהם מאפייניו. לצורך כך פונה המאמר לכתביו ולנאומיו של נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק, המלמדים כי לשופט מוענקת חזות של מומחה אובייקטיבי וניטרלי העומד מעל ומעבר למחלוקות ואשר לעולם אינו נאבק על כוחו שלו אלא על שלטונו של החוק בלבד.

החלק השלישי הוא לבו של המאמר. במסגרתו אני קורא את כללי הפסלות כצוהר שדרכו ניתן להציץ אל כור ההיתוך שבו מכונן הסובייקט השיפוטי, ובודק כיצד מבנה בית המשפט העליון את דמותו של השופט המקצועי, דמות החודרת לאתרים רבים בתוך השיח המשפטי ומחוצה לו. באופן פרטני דן המאמר בשלוש סוגיות מרכזיות העולות מתוך פסקי הדין העוסקים בפסלות שופט. סוגיה אחת היא שיקול הדעת השיפוטי. המאמר טוען כי פסקי הדין מאפשרים לבית המשפט להציג את אופן קבלת ההחלטות על ידי השופט המקצועי כפי שהוא מעוניין שיראו אותו, ומצביע על הדרך שבה מכוננים פסקי הדין את השופט כבעל תכונות ויכולות על-אנושיות. הסוגיה השנייה היא ההבחנה שעורך בית המשפט בין עשיית צדק למראית פני הצדק. בפסקי הדין חוזרת ונשנית ההבחנה בין יכולת השופט לעשות צדק ובין מראית פני הצדק של החלטותיו בעיני בעלי הדין והציבור והרחב. טענתי היא כי הבחנה זו משרתת את בית המשפט בתהליך ההתמקצעות שלו. כוחם של המומחים נגזר מיכולתם לנכס גוף ידע מקצועי ולשכנע את הציבור כי רק להם יש יכולת להבין ולהפעיל את אותו גוף ידע. באמצעות כללי הפסלות מכונן בית המשפט סוג ידע חדש – היכולת להבחין ב"עשיית צדק" לעומת "מראית פני הצדק" שהיא נחלת הציבור – ומכונן את השופט המקצועי כבעל המונופול על אותו גוף ידע. הסוגיה השלישית היא השימוש שעושה בית המשפט במושגים "אובייקטיבי" ו"סובייקטיבי" ככלי לצבירת לגיטימציה וחזוק דמותו של השופט המקצועי. ניתן לזהות בפרקטיקה זו שני היבטים עיקריים: הראשון, ביסוס מושג ה"אובייקטיביות" כבעל קיום ממשי בעולם; והשני ניכוס והצגתו כנתון לשליטתו הבלעדית של השופט. מכאן נגזרת הלגיטימציה שמוסד השפיטה זוכה בה כבעלים האולטימטיבי של האובייקטיביות, המדורגת גבוה בסולם ההיררכיות הנורמטיבי בחברות המערביות.

החלק הרביעי של המאמר עניינו האופוזיציות שקמו לפרויקט ההתמקצעות של בית המשפט והשופט המקצועי המעוצב במסגרתו. טענתי היא כי שנות התשעים הביאו עמן רוחות רעות בכל הקשור למעמדו של בית המשפט בחברה הישראלית. בשל נסיבות פוליטיות, לכליות חברתיות ותרבותיות, אשר לחלקן אחראי בית המשפט ולחלקן לא, ירד מעמדו הציבורי של בית המשפט בצורה ניכרת. המאמר יבחן באמצעות כללי הפסלות את תגובתו של בית המשפט לאופוזיציות אלה ויטען כי האסטרטגיה שנקט בית המשפט היא לנסות ולחזק את הדמות הפיקטיבית של השופט המקצועי כדי להגביר את אמון הציבור בבית המשפט.

החלק החמישי והאחרון של המאמר בוחן את מידת ההצלחה לה זוכה בית המשפט בהפצת דמות השופט המקצועי. המאמר מבקש לערער, במידת מה, על הסברה כי הפרויקט של בית המשפט נוהל הצלחה, וטוען כי ניסיונו של בית המשפט לעצב את דמות השופט כדמותו

של השופט הרקולס⁵ אינו עולה יפה. המאמר עושה זאת באמצעות ניתוח שני אירועים המלמדים על כישלון מסוים בהפצת דמות השופט המקצועי בקרב הציבור, והמצביעים על שבריריות הפרויקט שאותו מנסה בית המשפט לקדם. אירוע אחד נושא הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישת עברייני מין והאירוע השני עניינו חקיקתו של חוק נושאי משרה שיפוטית (מניעה מלשבת בדין) מן השנה האחרונה.

על אף הטון הביקורתי העולה מן המאמר, חשוב שלא לקרוא אותו כמתקפה על הפרויקט שמקדם בית המשפט באמצעות הבניית השופט המקצועי. השאיפה לקיים מערכת שיפוט מקצועי שאינה נתונה ללחצים חיצוניים ואשר אין עליה אלא מוראו של החוק היא חשובה מעין כמוה. שמירה על אמון הציבור בשופטים ובמערכת המשפט גם היא בעלת ערך רב ואסור לוותר עליה גם אם המחיר הוא רמה מסוימת של טשטוש גבולות בין המצוי לרצוי. עם זאת, טענת המאמר היא כי השופטים הרחיקו לכת בהבניית מיתוס השופט המקצועי והעלימו לחלוטין את הגבול בין המצוי לרצוי. גישה שכזו מביסה את עצמה אפילו לשיטתו של בית המשפט, כיוון שהיא גוררת אחריה ירידה באמון הציבור. על בית המשפט לזנוח את השופט האידאלי שיצר ולשוב ולעגן את השופט במציאות שבה שופטים הם בני אדם הנתונים להשפעות חיצוניות. בית המשפט צריך להוריד את השופט מן האולימפוס, שם הוא שוכן כיום, להרי ירושלים, גם אם לפסגת ההר ולא למרגלותיו.

ב. סדר השופט הנעלב

שיטת המשפט הישראלית עושה מאמץ ניכר להסתיר את השופט "מאחורי הלשון והקונספציות של המשפט"⁶. כדי להקנות למשפט חזות של אובייקטיביות ולהציגו כמעוקר מתרומתו האישית והייחודית של השופט, מנסה השיח המשפטי למחוק את השופט מן הטקסט. התפיסה שמפיץ בית המשפט היא כי השופט הוא משרתו ושופרו של החוק, נשא גוף הידע המשפטי, וככזה אין כל רלוונטיות למיהותו.⁷ על פי כללי הדקדוק הפנימי של

5. השופט "הרקולס" לקוח מתורת המשפט של רונלד דבורקין (Dworkin) המכנה בשם הרקולס את השופט האידאלי בעל תכונות על-אנושיות המסוגל למצוא את התשובה המשפטית הנכונה למקרים הקשים בכל סיטואציה. ראו: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1977), 105.

6. מנחם מאונטר, "הסבירות של הפוליטיקה", *תיאוריה וביקורת* 5 (1994) 25, בעמ' 48.

7. עד שנות השמונים והמעבר של בית המשפט מפורמליזם לערכים, נחל בית המשפט הצלחה בלתי מבוטלת. מעיד על כך אביגדור פלדמן במאמר משלהי תקופה זו: "עד כמה סילוק השופטים הוא פרקטיקה "מדעית", אתה למד מעיון בכתבים האקדמיים המשפטיים. סקירה שיטתית בכתבי העת המשפטיים, הפרקליט של לשכת עורכי הדין, עיוני משפט של אוניברסיטת תל אביב ומשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, מגלה "קנוניה" אינטלקטואלית להעלים את השופטים מן ההליך המשפטי, מעין חטיפת גופות מאורגנת. הכול עושים יד אחת לביטול ישותם החומרית, ההיסטורית והפסיכולוגית של השופטים. לא מצאתי מאמר אחד המוקדש לאיזה ממד של השופט כסובייקט, כקונסטרוקט חברתי,

השדה, טענות האמת שיוצר ומפיץ השיח המשפטי מובנות בלא כל קשר למחבר (author). במילים אחרות, השיח המשפטי מבקש לשכנענו כי השופטים יוצרים דבר מה חיצוני להם, בעל קיום עצמאי ומובחן.⁸ הביוגרפיה, המין, הדת, הלאום והשקפת העולם של השופט נחשבים לבלתי רלוונטיים להבנת פסקי הדין ועל כן הם נעדרים מן השיח וכל ניסיון להעלותם במסגרת הדיון המשפטי עלול לגרור אחריו סנקציות חריפות כלפי הדובר.⁹ כפי שטוען אביגדור פלדמן "בעוד שבכל תחום אינטלקטואלי מקביל אנו לוקחים בחשבון את היוצר כאופציה פרשנית לגיטימית, בתחום המשפט זהו חילול הקודש".¹⁰

כל עוד שלטה בעולם המשפט הישראלי תפיסה פורמליסטית ומכניסטית, הייתה מלאכת ההסתרה פשוטה יחסית. מאז שנות השמונים הפכה העלמת השופט מן השיח לפרויקט מורכב הרבה יותר, הדורש תחזוק מתמיד, לנוכח המעבר של שיטת המשפט לתפיסת עולם בלתי מכניסטית הבנויה על ערכים במקום על כללי דקדוק פורמליסטים.¹¹ מאז

כפרסונה, כיחידת משמעות. המשפט הגיע באופן זה למצב חסד של "היעלמות המחבר".
ראו אביגדור פלדמן, "שירת הסירנות: שיח וחלל בבית המשפט", **תיאוריה וביקורת** 1 (1991) 143, בעמ' 147. בשנות התשעים השתנתה מעט האווירה וכיום ניתן למצוא מאמרים אקדמיים, ביוגרפיות וכתבות עיתונאיות העוסקים בשופט. לדיון בשינויים שחלו במעמד בית המשפט במהלך שנות התשעים ובתגובת בית המשפט על שינויים אלה ראו להלן, הטקסט הנלווה להערות 161-171.

8. ראו רונן שמיר, "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי", **תיאוריה וביקורת** 5 (1994) 7, בעמ' 9.

9. על פי מישל פוקו (Foucault) בכל חברה ייצור של שיח כגון השיח המשפטי נשלט, מאורגן ומופץ באמצעות פרוצדורות שונות. בחברה שלנו מוכרות היטב פרוצדורות ההדרה (exclusion) אשר המוכרת שבהן היא האיסור (prohibition): "אנו יודעים טוב מאוד שאין לנו הזכות לומר כל דבר, שאיננו יכולים לדבר על הכול בכל הנסיבות, ושלא כל אחד יכול לדבר על כל דבר בכל זמן" (התרגום שלי - י"ר). ישנם דברים שהם טאבו ואסור לדבר עליהם כלל. ישנן נסיבות שדורשות ריטואלים ספציפיים כדי לאפשר את הדיבור, וישנם אתרי שיח שבהם יש פריבילגיה או בלעדיות לסוכנים מסוימים על הדיבור. ראו: Michel Foucault, "The Order of Discourse", *Untying the Text: A Post-Structuralist Reader* (Robert Young - ed., Routledge & K. Paul, 1981) 48, p. 52.

בהמשך הדברים יוזכרו פרוצדורות הדרה אחדות המתפקדות בשיח המשפטי הישראלי.
10. פלדמן (לעיל, הערה 7), בעמ' 147. פלדמן מתכוון, כמובן, לשיח המשפטי הפנימי ולא לשיח חיצוני על אודות המשפט בעיתונות או בכתבים אקדמיים. השיח המשפטי הפנימי אינו מאפשר לעורך דין לטעון, למשל, כי את פסק דינו של שופט פלמוני יש להבין על רקע מינו, דתו או אישיותו. טענה שכזו, אם תועלה, תידחה מיד תוך הטלת סנקציות על הטוען. ההתייחסות חייבת להיות אך ורק אל התוצר השיפוטי - פסק הדין - תוך התעלמות מוחלטת מן היצרן-השופט.

11. מאוטר (לעיל, הערה 6), בעמ' 48-49. לדיון מאיר עיניים במעבר של שיטת המשפט מתפיסת עולם פורמליסטית לתפיסה המדגישה את הממד הערכי של המשפט ובסיבות ההיסטוריות

ומעולם הרבו השופטים להסתמך על תקדימים ולצטט מתוכם באופן המצניע את תרומתם האישית כמחברי פסק הדין. הם גם נוטים לא אחת לכתוב את פסקי הדין שלהם בלשון רבים ולהתייחס אל עצמם בצורה ממסדית כאל "בית המשפט".¹² השופטים אינם בוחרים את בגדיהם אלא הם מחויבים ללבוש גלימות שחורות וארוכות המסתירות את כל גופם. "הבגדים שאנו לובשים", כותב מנחם מאוטנר, "מאפשרים לנו למסור לבני-אדם אחרים שעמם אנו באים במגע מערכת עשירה של סימנים ביחס לאישיותנו. לפיכך, ארגונים המבקשים להצניע את ממד האישיות של עובדיהם והמבקשים, תחת זאת, להדגיש כי אלו פועלים כממלאי תפקידים (צבאות, משטרות, תיאטראות), גורמים להם לעטות מדים".¹³ אך ישנן גם פרקטיקות חודרניות וחריפות יותר שהשימוש בהן גבר ככל שקשתה על בית המשפט מלאכת ההסתרה. אחת מהן היא העברה של זילות בית המשפט, אשר משמעותה הלכה למעשה היא שכל ניסיון להבין פסק דין לאור אישיותו של השופט שנתן אותו עלול להסתיים בכתב אישום. סעיף 255 לחוק העונשין שעניינו זילות בית המשפט קובע כך:

האומר או כותב דבר על שופט או דיין לענין כהונתו ככוונה לפגוע במעמדו, או מפרסם דברי גידוף נגד שופט או דיין כדי להחשיד או לבזות את דרכי השפיטה, דינו - מאסר שלוש שנים, אולם ביקורת כנה ואדיבה לטיב החלטתו של שופט או דיין בדבר שיש בו ענין לציבור לא תהא עבירה לפי סעיף זה.¹⁴

מטרתו המוצהרת של הסעיף היא למנוע פגיעה באמון הציבור ברשות השופטת,¹⁵ אך התוצאה הנגזרת מהחלתו היא ביסוס שקיפותו של השופט והעלמתו מן ההליך המשפטי. על

והחברתיות שהביאו לידי כך ראו מנחם מאוטנר, *ידידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (מעגלי דעת הוצאה לאור, תשנ"ג).

12. מנחם מאוטנר, "המשפט הסמוי מן העין", *אלפיים* 16 (תשנ"ח) 45, בעמ' 55.

13. שם, שם.

14. סעיף 255 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226.

15. פסקי הדין שעניינם סעיף 255 לחוק העונשין חוזרים ומדגישים נקודה זו. כך למשל בבג"ץ 433/87 *רבטמן נ' לשכת עורכי הדין בישראל, מחוז תל-אביב-יפו*, פ"ד מא(4) 606, בעמ' 610 מסביר הנשיא שמגר את הצורך בעברה של זילות בית המשפט:

החלטה שיפוטית אינה מחוסנת מפני ביקורת. אולם חינוך לכיבוד החוק גם כולל בחובו את הכוונה ליבו של בעל דין לכך, שאת הכרעותיו של בית משפט יש לקבל ולכבד, בין אם ההחלטה היא לזכותו של בעל הדין ובין אם היא לחובתו. שלטון החוק כרוך בשמירה מתמדת על האמון במוסדות המשפט, ומי שמבקש לשקוד על השרשתו, חייב גם להקפיד בכך, שהביקורת על הפסיקה תהיה מכובדת, מרוסנת ועניינית ותתייחס לתוכנם של דברים ולא תפגע ללא הצדקה וללא צורך בתדמיתם של השופטים. סיכומו של דבר, אין רבותא בכיבודו של שלטון החוק ובקבלת מרותו, כאשר זוכים בהתדיינות

פי הפסיקה, הסעיף אינו דורש כתנאי להחלתו שהביקורת על השופט תהיה שקרית במזיד, בידועין או אפילו ברשלנות. כל שנדרש להוכיח מבחינת המחשבה הפלילית הוא "הרצון לפגוע במעמדו של השופט או הרצון להחשידו או לבזות את דרכי השפיטה",¹⁶ לכאורה בלא שום קשר לשאלה אם הפגיעה במעמדו של השופט הנה ראויה.¹⁷ אמרות שבכל מקרה

ובית המשפט מקבל עמדתך; המבחן לקבלת מרותו של הדין, לגילוי התנהגות סובלנית ולטיפוח יחסי כבוד לערכי המשפט, הוא בעת שדעתו של המבקר איננה מתקבלת (ההדגשה במקור - י"ר).

ובבג"ץ 506/89 בארי נ' ראש מדור תביעות אגף החקירות, המטת הארצי של משטרת ישראל, פ"ד מד(1) 604 (להלן: בג"ץ בארי), בעמ' 610 הוסיף השופט ברק:

אמון הציבור ברשות השופטת הוא הנכס היקר ביותר שיש לה לרשות זו. זהו גם אחד מנכסיה היקרים ביותר של האומה. ידועה אמרתו של דה-בלוק, כי חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה... הצורך באמון הציבור אין פירושו הצורך בפופולאריות. הצורך להבטיח אמון פירושו הצורך לקיים את תחושות הציבור, כי ההכרעה השיפוטית נעשית באופן הוגן, אובייקטיבי, ניטראלי, ללא נטייה. לא זהותם של הטוענים אלא משקלם של הטענות הוא שמכריע את הדין. משמעותה ההכרה, כי השופט אינו צד למאבק המשפטי, וכי לא על כוחו שלו הוא נאבק, אלא על שלטונו של החוק... [בג"ץ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מד(4) 141 (להלן: בג"ץ צבן), בעמ' 148 - י"ר] צורך זה באמון הציבור מטיל, בראש ובראשונה, מעמסה כבדה על השופט עצמו, אם בבית המשפט ואם מחוצה לו... אך צורך זה באמון הציבור מטיל אחריות כבדה גם על הציבור בכלל, ועל אנשי הפוליטיקה והעיתונות בפרט. עליהם להבין, מה רגיש הוא התפקיד השיפוטי. תמיד מצוי צד שהפסיד בדינו ושאינו מרוצה מההחלטה. קלה הדרך להטחת האשמה בשופט עצמו. בעיקר כך במשפטים בעלי משמעות פוליטית, אשר בהם 'החלטתו' תתקבל על ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל ידי חלקן האחר בדחיה גמורה ונרגשת'.

על שורשיה של הטענה הפרדוקסלית כי האחריות לשמירה על אמון הציבור מוטלת על הציבור עצמו נעמוד בהמשך.

16. בג"ץ בארי (לעיל, הערה 15), בעמ' 608. בעניין בארי השאיר השופט ברק את השאלה אם המחשבה הפלילית הנדרשת לצורך עברת זילות בית המשפט היא אכן "הרצון לפגוע במעמדו של השופט או הרצון להחשידו או לבזות את דרכי השפיטה" בצריך עיון, אך מאוחר יותר אימצו בתי המשפט את המבחן שהציע ברק והחילו אותו כדבר שבשגרה. ראו, לדוגמה, ת"פ (חי') 3510/01 מדינת ישראל נ' שיבלי (טרם פורסם) (להלן: ת"פ (חי') שיבלי); ע"פ (חי') 2564/02 שיבלי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) (להלן: ע"פ (חי') שיבלי).

17. השאלה אם השופט שהואשם בשחיתות הוא אכן מושחת או השופט שהואשם באמירת דברי שקר הוא אכן שקרן אינה רלוונטית. ואכן בית המשפט איננו בודק, כחלק מן התנאים להרשעה בעברה של זילות בית משפט, את אמיתות הטענות המוטחות בבית המשפט אלא אך ורק אם הדברים אכן נאמרו (המעשה הפלילי) ואם הייתה כוונה לפגוע במעמדו של השופט (המחשבה הפלילית).

אחר היו מוגנות על יסוד עקרון חופש הביטוי,¹⁸ אינן מוגנות כאשר הן מכוונות כלפי שופט, וביטויים שבאופן רגיל יכול האינדיבידואל הנפגע לתבוע בגינם אך ורק מכוח חוק איסור לשון הרע (על ההגנות השונות המצויות בו), מקבלים הגנה ממסדית בחוק העונשין.¹⁹

18. הביטוי האמנותי, הפוליטי והמסחרי קיבל הגנה נרחבת ביותר בפסיקת בית המשפט. בגדר ההגנה על חופש הביטוי נפסק, למשל, כי יש להתיר הדבקת מודעות המגנות בלשון חריפה ובוסה במיוחד את מדיניות הממשלה, בג"ץ 206/61 המפלגה הקומוניסטית הישראלית נ' ראש העיר ירושלים, פ"ד טו 1723; כי ניתן להקרין סרט העלול לפגוע ברגשות מאמינים נוצרים עקב פגיעה בדמותו של ישו, בג"ץ Universal City Studios Inc 806/88 המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22; כי יש להתיר שידורו בטלוויזיה של סרט תיעודי שנטען כי הוא מגמתי בתיאור אירועים שקדמו לרצח ראש הממשלה יצחק רבין, בג"ץ 2888/97 נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נא(5) 193; כי יש להתיר תלייתן של מודעות ברחבי העיר ירושלים המגנות בלשון גסה ומעליבה את יושב ראש האופוזיציה דאז, חבר הכנסת יוסי שריד, בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 157. רף גבוה במיוחד בהגנה על ביטוי, על אף פגיעתו הקשה ברגשות, הוצב בבג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (להלן: בג"ץ לאור), בעניין המחזה "אפרים חוזר לצבא" שבו הושווה הממשל הצבאי בשטחים לשלטון הנאצי. ולאחרונה גם בבג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 בעניין הסרט "ג'נין, ג'נין", שממנו עולה כי צה"ל ביצע בשיטתיות ובמכוון טבח במחנה הפליטים ג'נין. בכל אותם מקרים קבע בית המשפט כי חרף הפגיעה הברורה והחמורה ברגשות הציבור, חופש הביטוי מחייב כי הביטויים הפוגעים לא יאסרו.

19. ראו רע"פ 3817/97 סובול נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 247 (להלן: רע"פ סובול). במקרה זה הורשע הנאשם, דב סובול, בבית המשפט לתעבורה בעברה של עצירת רכב במקום אסור ובכתב הערעור על ההרשעה הוא כתב: "אני רואה בהתנהגות של השופט דורון מעשה אנטישמי-גזעני, כי הנני חובש כיפה ועתור זקן עבות" (שם, בעמ' 249). עקב כך הואשם סובול והורשע בעברה של זילות בית המשפט. ערעוריו לבית המשפט המחוזי ולבית המשפט העליון נדחו.

כדי להצדיק את הפגיעה בחופש הביטוי מבחין בית המשפט בין הפגיעה בשופט כ"אדם" שאינה מצדיקה את החלתו של סעיף 255 ובין הפגיעה בשופט כ"מוסד". על הבחנה זו עמד השופט ברק בבג"ץ בארי (לעיל, הערה 15), בעמ' 609:

הצורך לקיים את אמון הציבור בשפיטה אינו הצורך להגן על השופט כאדם. לשם כך קיימים דיני איסור לשון הרע, אשר השופט היחיד יכול להיזקק להם. הצורך לקיים את אמון הציבור בשפיטה הוא הצורך של כלל המתדיינים ברשות שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה והצורך של המשטר הדמוקרטי כולו ברשות שופטת חזקה, אובייקטיבית, השומרת על שלטון החוק, הפורמאלי והמהותי גם יחד.

וברע"פ סובול כתב השופט קדמי כי: "סעיף 255 אינו מדבר בזכותו של השופט - בפרט - לשמו הטוב, אלא בזכותו של ה"מוסד השופט" להגנה מפני פגיעה במעמדו. כאשר מדובר

הרצון למנוע פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט עמד גם בבסיס החלטות מספר מן השנים האחרונות אשר תוצאתן היא ביסוס שקיפותו של השופט. על שתיים מהן נעמוד להלן. בבג"ץ בן ארי ביקש העותר, מר מרדכי בן ארי, תלמיד מחקר במכון לקרימינולוגיה בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, לבצע מחקר אקדמי שתכליתו "לאפיין את מערכת השפיטה הפלילית בישראל, מדיניותה ותפיסתה את השופט ותפקידו".²⁰ לצורך עבודה זו ביקש העותר להתיר לו לראיין שופטים, או לחילופין, להפיץ ביניהם שאלונים בכתב שעליהם יתבקשו להשיב בעילום שם, בנוגע לנושאים האלה: עמדות דתיות ומוסריות של השופט, תפיסותיו בדבר מטרות ענישה, עמדתו כלפי עונשים קיימים ויעילותם, עמדותיו באשר לתפקיד השיפוטי (חוק מול צדק, מוג שיפוטי, זכויות נאשם) קשרי מערכת המשפט עם המערכת המחוקקת, תפיסות באשר לרפורמות נדרשות במערכת המשפט ובאשר לממלאי תפקידים אחרים במערכת אכיפת החוק, וכן דעות בסוגיות השנויות במחלוקת כגון הפרדת דת מהמדינה, עונשי מינימום, חופש הביטוי, תהליך השלום ועוד. הסברו לצורך במחקר מעין זה היה נעוץ בכך שמערכת המשפט הנה מרכזית ביותר בחיי הציבור בישראל, אולם למרות הטיעון המקובל כי שופט מביע את דעתו באמצעות פסקי הדין, רק מעט מבני הציבור שאינם משפטנים קוראים את פסקי הדין ועל כן ישנו חוסר הבנה מצד הציבור של מערכת המשפט והחלטותיה. המחקר ביקש אפוא לבחון את המערכת מנקודת מבט סוציולוגית כדי להבינה הבנה מעמיקה יותר.

פנייתו הראשונה של העותר להתיר לו לראיין שופטים נענתה בשלילה במכתב מאת מנהל בתי המשפט, אשר נימק את החלטתו בכך שראיון שופטים, ולו לצרכי מחקר, הוא עניין רגיש ביותר: "אין המדובר בשקיפות או פתיחות, אלא בחשש מפגיעה במראית פני הצדק, היינו במסקנות על נטיות כלליות כאלה או אחרות של השופטים, כאשר השופטים אמורים לדון לגופו של ענין בכל תיק ותיק בפני עצמו". פנייה נוספת של העותר להתיר לו להציג לשופטים שאלונים בעילום שם נדחתה אף היא על דעת נשיא בית המשפט העליון. בעקבות הדחיות החוזרות ונשנות הגיש בן ארי עתירה לבית המשפט העליון שבשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק וביקש כי יורה למנהל בתי המשפט להתיר לו לערוך את הסקר. בית המשפט העליון, מפי השופטת איילה פרוקצ'יה, דחה את העתירה. את נימוקי הדחייה מן הראוי לצטט בהרחבה:

בהגנה על תפקידו של "מוסד השופט" בתור שכזה, יש ענין לציבור בהגבלת הזכות לחופש הביטוי ל"ביקורת כנה ואדיבה" בלבד" (ההדגשות במקור - י"ר). ראו רע"פ סובול, בעמ' 252.

הבחנה זו בין השופט כפרט ובין השופט כמוסד אינה ברורה כלל ועיקר ואיני רואה כל דרך ליישמה בפרקטיקה, בייחוד לנוכח העובדה שבתי המשפט לומדים על הכוונה לבזות את מוסד השפיטה מתוך הדברים שנאמרו נגד השופט. ראו ת"פ (חי') שיבלי (לעיל, הערה 16) וע"פ (חי') שיבלי (לעיל, הערה 16); ראו גם יעקב קדמי, על הדין בפלילים: הדין בראי הפסיקה (חלק שני, דיונון, תשנ"ה), 892.

20. בג"ץ 2491/02 בן ארי נ' מנהל בתי המשפט (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ בן ארי), פסקה 2.

יסודה של מערכת השפיטה בישראל בעצמאותה, באימון שהציבור רוחש לה ו"בתחושת הציבור כי השופט עושה צדק על פי משפט" (ברק, שיקול דעת שיפוטי, 1987, עמ' 292). ביצורו של אימון הציבור במעשה השפיטה מותנה בקיום אובייקטיביות שיפוטית בלא סייג. ערך זה מחייב כי בהחלתו את הדין, יתנתק השופט מתפיסותיו הפרטיות-הסובייקטיביות, ויחתור להחלת הערכים המשותפים לחברה, המאחדים אותה, והמגבשים את תפיסות היסוד שלה. תפיסה זו של התפקיד השיפוטי מבטיחה קיומם של הגינות, ניטרליות, והעדר נטייה ודעה קדומה בהליך השיפוטי. היא עומדת ביסוד עשיית המשפט, ובלעדיה לא תיכון מערכת שיפוט עצמאית. היא תנאי לקיומו של שלטון החוק, ולהגנה על אימון הציבור במשפט ובבתי המשפט. כבר נאמר:

"הצורך להבטיח את אימון הציבור פירושו הצורך לקיים את תחושת הציבור כי ההכרעה השיפוטית נעשית באופן הוגן, אובייקטיבי, ניטרלי וללא נטייה... משמעותה - ההכרה כי השופט אינו צד למאבק משפטי וכי לא על כוחו שלו הוא נאבק אלא על שלטונו של החוק." דברי השופט ברק בג"ץ 732/84 צבן נ' שר הדתות פד"י (4) 141.

כשם שאין מקום להחלת תפיסות אישיות של השופט בהליך השפיטה, כך אין מקום להצגת השקפות ונמיות-לב של שופטים בפני הציבור לצרכים כאלה ואחרים, בין תוך זיהוי השופט, ובין בעילום שמו. הצגת תפיסות אישיות כאמור אינה עולה בקנה אחד עם אופי התפקיד השיפוטי, המושתת על החלת אמות מידה אובייקטיביות כלליות, והיא עלולה לפגוע פגיעה מהותית במערכת המשפט. בכך עלול להיפגע אינטרס ציבורי מן המעלה הראשונה. מהטעמים האמורים, סבורים אנו כי צדק המשיב בסרבנו להתיר ראינות או הפצת שאלונים בקרב שופטים לצרכי מחקר. אין צריך לומר, כי פסקי הדין הניתנים על ידי שופטי כל הערכאות בתחומי משפט שונים פתוחים לעיונו של הציבור ועומדים לבחינה לצרכי מחקר ככל הנדרש. באמצעות פסק הדין אומר השופט את דברו, ודרכו משתקף המעשה השיפוטי הנעשה על ידו. מעשה זה הוא העומד לביקורת הציבור ולבחינת המחקר.²¹

הצורך להבטיח את אמון הציבור במערכת השפיטה עמד גם בבסיס החלטת בית המשפט ברע"א יוסף²² שעניינה זימונו של שופט לתת עדות בבית המשפט. שלושת המשיבים

21. שם, פסקאות 5-6.

22. רע"א 3202/03 מדינת ישראל נ' יוסף, פ"ד נח(3) 541 (להלן: רע"א יוסף).

ברע"א יוסף הועמדו לדין באשמת רצח וזוכו מכל אשמה עקב הרשעתו של אדם אחר בפרשה. בעקבות הזיכוי הגישו השלושה לבית המשפט המחוזי תביעת נזיקין נגד המדינה בטענה כי זו התרשלה כלפיהם בכך שהביאה לידי מעצרים והעמדתם לדין. במהלך הדיון ביקש בא כוחם של המשיבים לזמן לעדות את השופטת יהודית אמסטרדם, אשר שימשה בתקופה הרלוונטית פרקליטה בפרקליטות מחוז המרכז וניהלה את ההליכים הפליליים נגד המשיבים. בית המשפט המחוזי נעתר לבקשה משום שסבר כי "מידת ההגנות מחייבת כי היא תוזמן להעיד", ודחה את בקשת המדינה כי עדותה תינתן בדרך של תשובות בכתב.

בית המשפט העליון, אליו הגיע העניין בערעור, התחבט בסוגיה. הסכנה הטמונה בהעדת שופט וחקירתו כעד על דוכן העדים, הסביר השופט טירקל, היא בכך שעלולה להיות לה השלכה על אמינותו של השופט ולהביא לידי ביוזי בית המשפט, פגיעה במעמדו ומילא פגיעה באמון הציבור בו.²³ הוא עמד על כך שהשאלה אם מעידים שופט על דבר שאינו קשור בתפקידו השיפוטי (בין שאירע לפני תחילת כהונתו ובין שאירע במהלכה) לא הועמדה מעולם להכרעה שיפוטית. "האם משום שלא היו מקרים כגון אלה שבהם היה צורך בעדותו של שופט?", תהה טירקל, "ואולי משום שהצורך בא על סיפוק בדרך אחרת – על ידי תצהיר או מכתב... ושמה משום שהיה ברור ומובן לצד המעוניין שדבר זה הוא בגדר מעשים 'אשר לא ייעשו' ('shouldn't be done')".²⁴ בסופו של דבר קבע בית המשפט כי ההגנה על מעמדם של השופטים והבטחת אמון הציבור במערכת השיפוטית מחייבות צמצום של זכות החקירה שכנגד ושימוש בפרקטיקה של הצגת שאלות בכתב לשופט במקום חקירה בעל פה באופן שימנע את השיפת השופט לחקירה נגדית.²⁵

בכל המקרים שהובאו לעיל הוצדקה התוצאה (העמדה לדין בעברה של זילות בית המשפט, סירוב לאשר ראינות עם שופטים וצמצום הזכות לזמן שופט למתן עדות) בצורך למנוע פגיעה באמון הציבור במערכת השפיטה, כאשר השפעת הלוואי הבלתי נמנעת הייתה מחיקת השופט כסובייקט מן השיח המשפטי. הרציונל של שמירה על אמון הציבור שימש, למעשה, כאמצעי לטטשוש העובדה כי לאישיות השופט השפעה משמעותית על ההכרעה השיפוטית,²⁶ ולכן גם למניעת האפשרות למתוח ביקורת על בתי המשפט.²⁷

23. שם, בעמ' 546.

24. שם, בעמ' 553.

25. שם, בעמ' 556.

26. העובדה שלאישיות השופט ולמרכיבי הזהות שלו השפעה מכרעת על התוצאה השיפוטית, הידועה היטב לציבור עורכי הדין ואינה נעלמת אף מן הציבור הרחב [ראו משה גורלי, "הדתיות משפיעה על הפסיקה, העדה והמין הרבה פחות", *הארץ* (23.5.04), 3], נחשפה על ידי הריאליסטים המשפטיים (legal realists) כבר בשנות ה-30 של המאה העשרים. כך, למשל, כותב השופט ג'רום פרנק (Frank) בספרו רב ההשפעה *Law and the Modern Mind*: "The peculiar traits, disposition, biases and habits of the particular judge will, then, often determine what he decides to be the law. In this respect judges do not defer from other mortals." ראו: Frank (לעיל, הערה 1), בעמ' 111.

27. השימוש ב"אמון הציבור" כמחסום בפני ביקורת הופך על ראשה את ההצדקה לצורך בשמירה

פרקטיקה נוספת המבססת את שקיפותו של השופט היא זו הקושרת את השיח המשפטי עם המרחב שבו הוא מופעל. במאמרו "שירת הסירנות: שיח וחלל בבית המשפט"²⁸ מראה אביגדור פלדמן כיצד היעלמותו של השופט מן השיח המשפטי באה לידי ביטוי בחלל בית המשפט. "החלל והשיח", טוען פלדמן, "משלימים זה את זה ויוצרים במאוחד אסטרטגיה

על אמון הציבור, ומטשטש את הגבולות בין המצוי (is) לרצוי (ought). האם ראוי שאמון הציבור במערכת השפיטה יישמר במחיר העלמת השופט כאדם בעל תכונות אנושיות מן הדיון הציבורי, כאשר ברור לכול כי מדובר במיתוס שאינו בר הגנה? אם, למשל, היו הראיונות של תלמיד המחקר, מרדכי בן ארי, מגלים כי הכרעותיהם השיפוטיות של השופטים מושפעות מעמדותיהם הדתיות, המוסריות או הפוליטיות – האם יש למנוע אינפורמציה זו מן הציבור מכיוון ש"ביצורו של אימון הציבור במעשה השפיטה מותנה בקיום אובייקטיביות שיפוטית בלא סייג", בג"ץ בן ארי (לעיל, הערה 20), פסקה 5, אף שזו אינה קיימת ואינה יכולה להתקיים? בדומה לכך, אם חקירתו שכנגד של השופט כעד בבית המשפט תחשוף אותו כשקרן ורמאי, האם מן הראוי לאסור את עדותו ולהעלים עובדה זו מן הציבור כדי למנוע "ביזוי של בית המשפט" ופגיעה באמון הציבור במערכת השפיטה? התשובה על שאלות אלה אינה פשוטה כלל ועיקר.

אופן השימוש של בית המשפט בטיעון השמירה על אמון הציבור הופך סיבה ומסובב. בעוד באופן הגיוני "עיקר הוא בדרכי פעילותם של בתי המשפט, ואילו אמון הציבור אינו אלא תגובה על אותה התנהלות", מישאל חשין, "אמון הציבור בבית המשפט", המשפט ט (תשס"ד) 491, בעמ' 495 (ההדגשה במקור – י"ר), הנפק הצורך בשמירה על אמון הציבור באופן סיבובי לבסיס ההצדקה של עצמו. במקום שהרעה שממנה נחשוש תהיה עצם התנהגותו של השופט וכדי למנוע התנהגות שלילית נדאג כי השופט ינהג כך ולא אחרת, אנו חוששים מאובדן אמון הציבור ולכן מסתירים את השופט מעין הציבור בשם העיקרון כי "חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה", בג"ץ צבן (לעיל, הערה 15), בעמ' 148. פרקטיקה זו של הסתרת האמת מן הציבור לצורך שמירה על אמונו אינה חדשה, והיא אף הומלצה כדרך פעולה ראויה על ידי המשפטן האנגלי בן המאה ה-19 וויליאם בלקסטון (Blackstone). לטענתו "המשפט אסור לו להניח אפשרות של משוא פנים על ידי שופט, אשר כבר הושבע לעשות צדק בלא משוא פנים, ואשר סמכותו מותנית במידה רבה בהנחה זו" (התרגום שלי – י"ר). ראו: William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (Book III, Willism S. Hein & co., 1992), 361.

פרקטיקה כזו אינה יכולה לעמוד בפני הביקורת. מערכת הצדק אכן מבוססת על ניטרליות ואובייקטיביות של השופט, אך דווקא משום כך חשוב לחשוף את ההשפעות האפשריות על השופטים ולאפשר ביקורת על התנהגות בלתי נאותה של הרשות השופטת ולא להעלימה מאחורי ערפל כבד של סודיות בשם הצורך למנוע פגיעה באמון הציבור. לדיון במושג "אמון הציבור" כאסטרטגיה לגיוס תמיכה ציבורית נרחבת ראו גם רועי עמית, "העמדות של (ה)קאנון – הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 81, בעמ' 125-130.

28. פלדמן (לעיל, הערה 7), בעמ' 143.

של הפרדה ובידוד של ידע השופטים מידע הנאשמים ... מקום המשפט הוא מערכת מגוונת של פתחים, מסדרונות, חדרים, חתכים אופקיים ואנכיים המתעלים את השיח המשפטי ומפיקים את עיצוריו ותנועותיו. החלל המשפטי הוא תיבת הנגינה של השיח המשפטי". הארכיטקטורה הפנימית של בית המשפט בנויה כך שלעולם לא ניתן לראות את כל גופו של השופט. באולם הדיונים חשוף לעין רק ראשו של השופט (משכן התבונה) ופלג גופו העליון אשר אף הוא מכוסה כולו בגלימה שחורה. "הקיטוע של השופט בבניין בית-המשפט", מסכם פלדמן, "הוא הביטוי בחלל להיעלמותו של השופט מן ההליך השיפוטי כישות בעלת ביוגראפיה".²⁹

על רקע הדברים האמורים ניתן להבין את חשיבותם וייחודם של פסקי הדין העוסקים בפסלות שופט. פסקי דין אלה הם אחד המקומות הבודדים בשיח המשפטי שבהם נחשפת לעין כל דמותו של השופט. כללי הפסלות מחייבים את בית המשפט להעמיד את השופט במרכז הדיון ולהתייחס במפורש לחולשותיו ולמגבלות כוחו, דברים שהשיח המשפטי משתיק ומסתיר בדרך כלל. על כן זהו אתר בעל פוטנציאל מסוכן מנקודת ראותה של המערכת השיפוטית, שכן הוא עלול לפעול נגד המגמות שעליהן הצבעתי ולהביא לידי האנשתו (personification) של השופט. עם זאת, אם עושים בהם שימוש מושכל, יש ביכולתם של כללי הפסלות להחדיר מסרים גלויים וסמויים אשר יבצרו את מעמדו הרם של השופט ויחזקו את הרציונל העומד ביסוד "חטיפת הגופות המאורגנת".³⁰ המאמר רואה את כללי הפסלות כצוהר שדרכו ניתן להציץ אל כור ההיתוך שבו מכונן הסובייקט השיפוטי ובודק כיצד מבנה בית המשפט העליון את דמותו של השופט המקצועי, דמות החודרת לאתרים רבים בתוך השיח המשפטי ומחוצה לו.³¹ אך בטרם ניכנס בעובי הקורה באשר לאופן שבו מסייעים כללי הפסלות לכינון דמות השופט המקצועי, חשוב להבין מיהו אותו שופט מקצועי ומהם מאפייניו.

ג. קווים לדמותו של השופט המקצועי

כדי להבין מיהו השופט המקצועי המכונן על ידי בית המשפט נפנה לספריו, מאמריו ופסקי הדין של נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק, דוברו המרכזי של בית המשפט בשני העשורים האחרונים.³² מכלול עבודתו של ברק מהווה בסיס טוב להבנה של עמדת הסובייקט השיפוטי המיוצרת ומופצת על ידי בית המשפט.

29. שם, בעמ' 147.

30. שם, שם.

31. על חשיבות כללי הפסלות והשלכתם על דמות השופט עמד גם הנשיא ברק: "הכללים לפסילתם של שופטים הם בעלי חשיבות רבה. במהותם, אין הם אלא ביטוי לדרכי ההתנהגויות הראויות של השופט. הפתולוגיה של הפסילה אינה אלא תמונת ראי של הפיזיולוגיה של ההתנהגות הראויה. אכן, כללי הפסילה מגדירים את מהותו של התפקיד השיפוטי בחברה", ע"פ 344/99 בשן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג2) 599 (להלן: ע"פ בשן, בעמ' 610.

32. הסיבה לעיון בכתביו של הנשיא ברק דווקא כדי להבין מיהו השופט המקצועי המעוצב על

האמרה "בעיני, מלוא כל הארץ משפט",³³ שהיוותה את קריאת הקרב במהפכה ששינתה במידה רבה את פניו של המשפט הישראלי, חייבה שינוי מושגי לא רק באשר לאופי השאלות שיכולות לעלות במסגרת הדיון המשפטי, אלא גם באשר לאופיו של השופט המסוגל להתמודד עם שאלות מן הסוג הזה. טענתו של ברק כי אין פעולה המתרחשת מחוץ לעולם המשפט, מלווה תמיד בטענה כי "ניסיון החיים השיפוטי וחוש המומחיות" של השופט ידריכו אותו באשר למקרים שאינם ראויים להתערבות שיפוטית.³⁴ ואת החוששים כי העמדה ש"המשפט הוא בכול" תגרום לפוליטיזציה של השפיטה, מרגיע ברק באומרו כי "כשופטים, איננו פועלים על-פי השקפותינו הפוליטיות. כוכב הצפון המדריך אותנו הוא המשפט. נאמנותנו למשפט היא התשובה לכל טיעון של פוליטיזציה".³⁵ דפוס רטורי זה מבקש לשכנענו כי לשופט יכולות מיוחדות (חוש מומחיות וניסיון חיים שיפוטי), שאינן נחלת הכלל, וכלים מובחנים להמשגתה של המציאות החברתית,³⁶ ומכאן גם שלא ניתן לשפוט אותו באותם כלים שבהם אנו שופטים אדם מן היישוב. השופט מסוגל לניטרליות ולאובייקטיביות יוצאי דופן בלא שיהיו לגורמים כגון עמדה פוליטית, מיקום חברתי וכלכלי ומרכיבי הזהות (מגדר, דת, לאום ודומיהם) השפעות כלשהן עליו, שכן הוא ממוקם בה בעת בתוך החברה ומחוצה לה, בתוך תקופתו ומעבר לה.

בישבו בדין, טוען ברק, השופט אינו נותן ביטוי להשקפתו הסובייקטיבית אלא מבטא את "מערכת החיים הלאומיים של העם".³⁷ השופט הוא חסר פניות ואינטרסים; הוא לעולם איננו צד במאבקי הכוח במדינה ואין הוא נאבק על כוחו הוא אלא על שלטונו של החוק בלבד.³⁸ בעוד כולנו עשויים להיסחף אחר רוחות השעה, לשופט פרספקטיבה על-היסטורית ועל-חברתית המונעת ממנו ללכת שבי אחרי אופנות מתחלפות והופכת אותו למועמד הטוב ביותר לבטא את האמונות ארוכות הטווח של החברה:

הערכים המכוונים את השופט הם ערכי-יסוד. אין אלה תוצאות של משאלי דעת-קהל. אין זה פופוליזם העשוי לסחוף את ההמונים. אין אלה אופנות משתנות חליפות. אין אלה כותרות רעשניות של עיתונים... לא הם אמות המידה המכוונות את השופט. אכן, כאשר חברה אינה נאמנה לעצמה, אין השופט חייב ליתן ביטוי לרוחות

ידי בית המשפט איננה שרירותית. עמדותיו והשקפותיו של הנשיא ברק בעניין זה, כמו גם בעניינים רבים אחרים, השפיעו באופן חסר תקדים על המשפט ועל התפיסה העצמית של השופטים.

33. אהרן ברק, "על השקפת-עולם בדבר משפט, שיפוט ואקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475, בעמ' 477.

34. בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, בעמ' 496.

35. בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, בעמ' 854.

36. ראו שמיר (לעיל, הערה 8), בעמ' 9.

37. בג"ץ לאור (לעיל, הערה 18), בעמ' 435.

38. אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז), 293 (להלן: "שיקול דעת שיפוטי").

שעה חולפות. עליו לעמוד כנגד רוחות אלה, תוך מתן ביטוי להסכמה חברתית, המשקפת את העקרונות הבסיסיים ואת ה"אני מאמין" של החברה... העצמאות של השופט ואי-תלותו מאפשרות לו לעמוד כנגד גלי היומיום. עליו ליתן ביטוי למגמות היסוד ארוכות-הטווח של החברה, ולא לצרכים החולפים קצרי הטווח. אין כמו השופט... הראוי לשקף נאמנה את ערכי היסוד של העם.³⁹

קריאה זוהירה של דברי ברק מעוררת תהיות מספר: מה משמעות המושג "חברה שאינה נאמנה לעצמה"? האם יכולה חברה להפנות עורף ל"ערכי היסוד" שלה ולהישאר אותה חברה? ולבסוף, מהי אותה הסכמה חברתית המשקפת את ה"אני מאמין" של החברה, בחברה שסועה כמו זו הישראלית אשר אינה יכולה להסכים אפילו על עיקרון בסיסי אחד? מרטוריקה זו שואב בית המשפט את כוחו. כדי להסיק מהם ערכי היסוד של החברה על השופט להתבונן פנימה בערכיו שלו ולהסיק מהם את ערכיה של החברה, שכן השופט הוא המשקף את העקרונות הבסיסיים של השיטה המשפטית וערכיו הם ערכיה "האמיתיים" של החברה.⁴⁰ למרות ההזדהות החזונית ונשנות של ברק כי על השופט להימנע מלהטיל על החברה את אמונותיו הפרטיות,⁴¹ הוא למעשה מניע אותנו בהגדרה מעגלית אשר מסתיימת

39. אהרן ברק, "תפקידו של בית-המשפט העליון בחברה דמוקרטית", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 13, בעמ' 15-16. דברים דומים כתב הנשיא ברק לאחרונה: "כאשר הוא [השופט - י"ר] נתקל בערכי החברה השונים, עליו ליתן ביטוי לאותם ערכי יסוד המשקפים את האני מאמין' הדמוקרטי של המשטר. המבחנים האובייקטיביים מחייבים את השופט לתת ביטוי לערכי היסוד של החברה ולא לערכיו הסובייקטיביים שלו, עד כמה שהם שונים. היסוד האובייקטיבי אינו מחייב את השופט ליתן ביטוי לארצי ולחולף. עליו ליתן ביטוי למרכזי ולבסיסי. אכן, כאשר החברה אינה נאמנה לעצמה, אין המבחן האובייקטיבי מחייב את השופט ליתן ביטוי לרוחות השעה. עליו לעמוד כנגד רוחות אלה, תוך מתן ביטוי לערכים הבסיסיים של החברה שבה הוא חי ול"אני מאמין" שלה". ראו אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית** (הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, כתר הוצאה לאור בע"מ, נבו הוצאה לאור בע"מ, 2004), 44.

40. כך לדוגמה מסביר ברק את מבחן "הקהיליה המשפטית" המסייע לשופט לבחון את חוקיותה של אפשרות משפטית כלשהי: "מבחן זה של 'הקהיליה המשפטית' נועד להעמיד את השופט בפני הצורך להבחין בין תפיסותיו הסובייקטיביות לבין תפיסותיה המשפטיות של החברה בה הוא חי ופועל. עם זאת, לשם איתור תפיסתה של 'הקהיליה המשפטית' אין השופט צריך לערוך משאל-דעת קהל. ההכרעה בדבר תפיסתה של 'הקהיליה המשפטית' היא הכרעה, שכל שופט ושופט צריך לעשותה לעצמו. עם זאת, בעשותו כן, השופט אינו צריך ליתן ביטוי למיוחד ולחריג שבו. עליו ליתן ביטוי, למה שנראה לו כתפיסות היסוד של החברה (הקהיליה) בה הוא חי ופועל. עליו להשקף על עצמו מבחן". ברק (לעיל, הערה 38), בעמ' 34.

41. ראו ברק, "תפקידו של בית-המשפט העליון בחברה דמוקרטית" (לעיל, הערה 39), בעמ' 19 ("על השופט לשקף את האמונות ארוכות-הטווח של החברה. עליו להימנע מלהטיל על החברה את אמונותיו הפרטיות. דרישה זו לאובייקטיביות מטילה על השופט נטל כבד. עליו

בו עצמו ועושה רדוקציה של ערכי החברה לערכיו של השופט (ואף יותר מכך לערכיו של בית המשפט העליון).⁴²

המפתח להתמודדות השופט עם מגוון התפקידים המוטלים עליו טמון בהגדרתו של השופט כ"מומחה" או כ"מקצוען". המקצוענות היא המקנה לשופט את הכלים הדרושים לו כדי להתמודד עם המשימות הכבדות המוטלות עליו. "אכן", ברק קובע, "רק שופט מקצועי, הסופג במשך שנים רבות את הצורך להבטיח אובייקטיביות שיפוטית והנהנה מאי תלות גמורה, יכול להגשים משימה כבידה זו".⁴³ השופט המקצועי, ממשיך ברק, מסוגל לעמוד במשימה מכיוון שחינוכו, ניסיונו והתרבות השיפוטית שבה הוא חי, המזווכים מכל נטייה סובייקטיבית,⁴⁴ "הפנימו בו את ערכי העצמאות, אי התלות והיכולת להבחין בין ההשקפה האישית לבין דרישות התפקיד".⁴⁵ הוא מסוגל לאובייקטיביות מוחלטת אשר שמה חיץ ברור בין השקפותיו כפרט ובין תפיסותיו כשופט. "שופט מקצועי יוכל לעמוד במשימה קשה זו בתקופות רגיעה וברגעי סערה. הוא יוכל למשימה זו, שכן השפיטה היא לגביו, לא רק מקצוע, אלא גם דרך חיים; הוא יצליח בתפקיד זה, שכן, ערכי היסוד הם המצפן המכוון את דרכו".⁴⁶

להלן אבקש להתחקות אחר אחד האתרים המרכזיים בשיח המשפטי המאפשרים את כינונו ותחזוקו של השופט המקצועי, אשר מאפיינו תוארו לעיל, ולברר מהם המנגנונים הטקסטואליים והפרקטיקות שבאמצעותם מקנה השיח המשפטי לשופט את חזות המומחה האובייקטיבי והניטרלי העומד מעל ומעבר למחלוקות ואשר לעולם אינו נאבק על כוחו שלו אלא על שלטונו של החוק בלבד.

להיות מסוגל להבחין בין הרצוי האישי לבין המצוי החברתי. עליו ליצור מחיצה ברורה בין השקפותיו כפרט לבין תפיסותיו כשופט. עליו להיות מסוגל להכיר בכך כי ייתכן שדעותיו האישיות אינן נחלתו של הציבור הרחב. עליו להבדיל הדין היטב בין האיני מאמין⁴⁷ האישי שלו לבין ה"אני מאמין" של האומה.⁴⁸

42. תרגיל הלוליינות הרטורי שמבצע ברק, המזהה את השופט עם מכלול הערכים האוניברסליים ועם ה"אני מאמין" של האומה מתחוויר כאשר משווים אותו למהלך דומה שעושה ברק בנוגע ל"ציבור הנאור", המאלץ אותנו למרות הכחשות חוזרות ונשנות מצד ברק לזהות את הציבור הנאור עם הפרופיל החברתי והאידיאולוגי של השופט. ראו שמיר (לעיל, הערה 8), בעמ' 13; רובן שמיר, "חברה, יהדות ופנדמנטליזם דמוקרטי: על מקורותיה החברתיים של הפרשנות השיפוטית", *מדינה יהודית ודמוקרטיה – קרבן מאמרים* (דפנה ברק-ארו – עורכת, רמות, תשנ"ו) 241, בעמ' 259. לביקורת על "הציבור הנאור" ראו גם דן אבנון, "הציבור הנאור – יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי?", *משפט וממשל ג* (תשנ"ו) 417.

43. ע"א 6821/93 *בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מוגדל כפר שיתופי*, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 426.

44. ראו ברק (לעיל, הערה 38), בעמ' 195.

45. בג"ץ 693/91 *אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים*, פ"ד מז(1) 749, בעמ' 782.

46. ברק, "תפקידו של בית-המשפט העליון בחברה דמוקרטית" (לעיל, הערה 39), בעמ' 19.

ד. פסלות שופט לישב בדין

הבסיס המשפטי לכללי הפסלות מצוי בסעיף 77 לחוק בתי המשפט,⁴⁷ אשר עד לאחרונה הייתה לשונו: "בעל דין רשאי לבקש ששופט פלוני יפסול עצמו מלישב בדין אם קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט".⁴⁸ הסעיף קובע גם כי על החלטת השופט בבקשת הפסלות ניתן לערער ישירות לנשיא בית המשפט העליון אשר דן (הוא עצמו או שופט אחר מטעמו) ומכריע בבקשה.⁴⁹

47. חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198. הפרוצדורה שעל פיה צריך לפעול בעל דין המבקש לטעון טענת פסלות לישב בדין מצויה בתקנות 471-א471 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת 2220 ובסעיפים 146-148 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43. החקיקה והפסיקה אינן עושות כל הבחנה בין עילות הפסלות שניתן להעלות בהליך האזרחי ובהליך הפלילי. ראו מאיר שמגר, "על פסלות שופט - בעקבות ידיד תרתי משמע", גבורות לשמעון אגרנט (אהרון ברק, רות גביוון, חיים כהן, יצחק זמיר, נפתלי ליפשיץ, משה לנדוי, שניאור זלמן פלר, מרדכי קרמניצר, יורם שחר - עורכים, גרפ־פרס, תשמ"ו) 87, בעמ' 97.

48. סעיף 77א(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב]. בחודש מרץ 2004 אושר בקריאה שלישית בכנסת חוק נושאי משרה שיפוטית (מניעה מלשבת בדין) (תיקוני חקיקה), תשס"ד-2004, ס"ח 320, המתקן את סעיף 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב]. במסגרת התיקון שונה הסעיף כך שנוספו למבחן הפסלות הכללי - מבחן החשש הממשי למשוא פנים - כמה עילות ספציפיות שבהתקיימותן חייב השופט לפסול את עצמו ובהן אינטרס כספי ממשי בנושא הדיון או בתוצאותיו וכן קרבת משפחה או קרבה ממשית אחרת לצד להליך, בא כוחו או עד מרכזי. מכיוון שהמאמר בוחן ומנתח פסקי דין שניתנו בטרם נכנס התיקון לתוקף, יתייחס חלקו הראשון של המאמר ללשונו של סעיף 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] כפי שהייתה עובר לתיקון. לניתוח תיקון הסעיף כפרקטיקה של התנגדות לכינון דמותו של השופט המקצועי ראו דיון להלן בטקסט הנלווה להערה 185. יש להניח כי לחקיקה החדשה לא תהיה השפעה משמעותית על הפסיקה, שכן התיקון לחוק עוסק אך ורק בעילות הפסלות ה"בסיסיות", כגון אינטרס כספי או חפצי של השופט בנושא הדיון או מתוך קרבה משפחתית או חברתית בין השופט ובעל דין או בא כוחו, שבהתקיימן רוב השופטים פסלו עצמם גם טרם קבלתו של התיקון לחוק, ואילו הרוב המכריע של הפסיקה עוסק דווקא בעילות פסלות העולות מתוך ניהול המשפט או מתוך אמירות שאמר השופט במהלך המשפט המצביעות על משוא פנים, אשר בהן התיקון לחוק אינו עוסק כלל ועל כן אמת המידה לחלותן הייתה ונשארה מבחן החשש הממשי למשוא פנים.

49. סעיף 77א(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב]. סעיף 77 הוסף לחוק בתי המשפט בחוק בתי המשפט (תיקון מס' 15), תשנ"ב-1992, ס"ח 68. עד כניסת התיקון לתוקף הותוו הלכות הפסילה על ידי בית המשפט העליון. בשנת 1954 קבע בית המשפט העליון בבג"ץ 174/54 שימל נ' רשות מוסמכת (י. שרייבוב), וועדת הערעור לצורך החוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת-חירום, תשי"א-1949, פ"ד ט 459 (להלן: בג"ץ שימל) לראשונה כי כל אינטרס

מטרתם של כללי הפסלות הנה להבטיח שפיטה חסרת פניות בלא השפעות זרות שמקורן בתחושותיו הפנימיות של השופט או בהשפעות חיצוניות עליו. הנשיא מאיר שמגר כתב במאמרו "על פסלות שופט – בעקבות ידיד תרתי משמע",⁵⁰ אשר הפך מיד עם פרסומו לתנ"ך הבלתי רשמי של דיני הפסלות,⁵¹ כי "מנשמת אפו של ההליך השיפוטי הוא כי הוא יתבצע על ידי אדם שאינו מעורב בהתדיינות באופן אישי, אשר אין לו דעה קדומה כלפי בעל דין ואשר גישתו לסוגיה הנפרשת בפניו היא לעולם בלתי תלויה ואובייקטיבית... העדר משוא הפנים והעדר הדעה הקדומה כמו גם קיום ההגינות בשפיטה הם בגדר יסוד המסד העיוני של כללי הצדק הטבעי. כללי הפסלות הם התולדה המעשית העיקרית של האיסור על משוא הפנים ושל השאיפה למשפט הוגן. כללי החלטה (decision rules) אלה באים למנוע שפיטה על ידי מי שנגוע בדעה קדומה".⁵² כללי הפסלות מחייבים את השופטים לתת דין וחשבון פומבי באשר להשפעות הזרות (הפנימיות והחיצוניות) המונעות מהם לדון ולהכריע בעניין שלפניהם בלא דעה קדומה ובלא משוא פנים.⁵³ להכרעה זו יש, כאמור, תוצאות מרחיקות לכת על עיצוב דמותו של הסובייקט השיפוטי ותכונותיו.

אישי, כספי או חפצי של השופט בנושא הדיון, קטן כגדול, גורר אחריו פסלות אוטומטית. מאוחר יותר בשנת 1975 קבע בית המשפט העליון בפסק הדין התקדימי ב"ש 48/75 ידיד נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 375 (להלן: ב"ש ידיד), את זכותו של בעל דין לבקש כי שופט הדין בעניינו יפסל מלישב בדין בנסיבות שבהן קיימת "אפשרות ממשית למשוא פנים". סעיף 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] (כנוסחו לאחר תיקון תשנ"ב-1992), אשר עיגן בחקיקה את עילות הפסלות, לא הגדיר נסיבות ספציפיות שבהן חייב השופט לפסול עצמו אלא קבע כי שופט יפסל בנסיבות שבהן קיים "חשש ממשי למשוא פנים". בית המשפט פירש את מבחן "החשש הממשי" כזהה למבחן "האפשרות הממשית" וקבע כי סעיף 77 לא שינה את המצב המשפטי שקדם לו וכי ההלכות שנקבעו על ידי בית המשפט לעניין פסלות שופט עובר לתיקון תשנ"ב-1992 מוסיפות לעמוד בעינן. ראו ע"פ 1534/92 גלבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 637 (להלן: ע"פ גלבוט), בעמ' 641; ע"פ 1050/94 יצחק נ' דוברת (לא פורסם) (להלן: ע"פ דוברת).

50. שמגר (לעיל, הערה 47).

51. אני עושה שימוש רב במאמרו של שמגר. הסיבה לכך היא כפולה: ראשית, מאמרו של שמגר מסכם את הפסיקה שקדמה לו ומפרש אותה מחדש. אך חשוב מכך, מאמר זה נהפך מאז כתיבתו וממשיך להוות גם היום מקור סמכות מרכזי לייחוס ולציטוט עבור השופטים שדנים בכללי הפסלות.

52. שמגר (לעיל, הערה 47), בעמ' 88 (ההדגשה במקור – י"ר).

53. התכליות העומדות בבסיס כללי הפסלות פורטו בע"א 8743/04 בר-נר נ' רוט (טרם פורסם) שניתן באחרונה:

ביסוד היכולת להביא בנסיבות מסוימות לפסילת השופט היושב בדין מונחים מספר אינטרסים ותכליות המכוונים לכך שהשיפוט יהיה הוגן ובלתי תלוי – שיהא זה שיפוט שאין לגביו חשש ממשי למשוא פנים (סעיף 77א) (לא חוק בתי המשפט); ראשית, הצדק. משפט צדק הוא משפט בו השופט הוא בלתי תלוי

על פי עדותו של הנשיא אהרן ברק מוגשים לבית המשפט העליון מדי שנה כ-170

במי מן הצדדים או באינטרס אחר שאינו ממן העניין הנדון בפניו (ראו והשוו):
 Locabail Ltd v Bayfield Properties, [2000] 1 All ER 65, 69. שנית, משוא
 פנים בדין לא רק שאינו צודק אלא שהוא משבש את היתרון שבהפקדת פתרון
 סכסוכים בידי צד שלישי שאינו מעורב בסכסוך. במובן זה, אובייקטיביות
 ואי תלות שיפוטית הן תנאי להכרעה מדוייקת ככל שאפשר בסכסוך; תנאי
 ליעילות ההכרעה בסכסוך (ראו: Martin H. Redish & Lawrence C. Marshall,
 "Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process",
 95 *Yale L.J.* (1986) 455, 476-477; Keith Mason, "Unconscious Judicial
 Prejudice", 75 *The Australian Law Journal* (2001) 676, 677. שלישית,
 חובת השופט לשפוט ללא משוא פנים נובעת גם מזכותו של הפרט – ואולי אף
 זכותו החוקתית של הפרט – להליך הוגן (השוו: Ward v. City of Monroeville,
 409 U.S. 57, 61-62 (1972). רביעית, השופט – ככל רשות שלטונית – חייב
 לנהוג בשוויון. גם בביצוע תפקידו העיקרי – השפיטה – הוא חייב לנהוג
 בשוויון בין הצדדים להליך (ראו ע"פ 344/99 זאב בשן נ' מדינת ישראל, פ"ד
 נג2) 599, 611). חוסר אובייקטיביות ומשוא פנים משמעו הפרה של זכותו של
 הפרט ליחס שוויוני מצד השופט (ראו: Jeffrey M. Shaman, "The Impartial
 Judge: Detachment or Passion", 45 *DePaul L.Rev.* (1996) 605, 624-625;
 Martin H. Redish & Lawrence C. Marshall הנ"ל, בעמ' 484-485). חמישית,
 דיני פסלות השופט באים גם להגן על העצמאות האישית של השופט. אכן,
 האובייקטיביות השיפוטית אינה רק זכותו של בעל דין אלא חובתו של השופט,
 שהרי אין עליו אלא מרותו של הדין (סעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה). עצמאות
 השופט ואי תלותו באות לידי ביטוי, על כן, לא רק בחובתו לפסוק על פי הדין
 אלא בעצמאות שיקול הדעת שלו גם מן הצדדים להליך (ראו: Owen Fiss,
 "The Limits of Judicial Independence", 25 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 57,
 p.58). לבסוף, דיני פסלות השופט מבוססים על אמון בעלי הדין, עורכי הדין
 והציבור, בשופט היושב לדין ובמערכת השפיטה כולה. ההכרה באובייקטיביות
 השיפוטית נדרשת על כן לא רק כזכות של בעלי הדין או חובת השופט לשפוט
 על פי הדין אלא גם כחלק מהשמירה על אמון בעלי הדין, עורכי הדין והציבור,
 במערכת השפיטה. ללא אמון זה, אין קיום למערכת שפיטה תקינה. נכונות
 הציבור לקבל את פסקי הדין של הרשות השופטת וכיבודם אינם פועל יוצא
 של כוח או כפייה אלא של אמון בשופטים ובשפיטה (ראו: Murry Gleeson,
 "Public Confidence in the Judiciary", 76 *The Australian Law Journal*
 558, p. 558 (2002)). "כל שופט היושב לדין צריך להיות מודע לכך שאותה
 עת הוא עצמו וכל מערכת המשפט עומדת לדין" (ראו פרשת בשן הנ"ל, שם).
 הנה כי כן, האובייקטיביות השיפוטית ואמון הציבור בה הן מיסודות השפיטה.
 הן, כפי שהגדיר זאת הלורד דבלין (Devlin), המידות הטובות העילאיות

ערעורים על החלטות שופטים בעניין פסלותם ("ערעורי פסלות").⁵⁴ מדגם מקיף שערכתי מלמד, מה שידוע מניסוינו כל עורך דין, כי מספר ערעורי הפסלות המתקבלים על ידי בית המשפט הוא מצומצם ביותר. מתוך כ-755 ערעורי פסלות שהוגשו לבית המשפט העליון מאז שנת 1996,⁵⁵ קיבל בית המשפט רק 32 ערעורים, שהם מעט יותר מארבעה אחוזים מכלל הערעורים, ואישר 20 החלטות של שופטים שפסלו עצמם (ראו נספח א).⁵⁶ לא למותר לציין כי בקשות הפסילה, היינו בקשות של אחד מבעלי דין מן השופט כי יפסול עצמו, הנן מעט מאלו שהיו בעלי הדין רוצים להגיש. הפחד מפני עיונות השופט בעקבות הגשת בקשת הפסילה ומספרם המועט של ערעורי הפסלות המתקבלים על ידי בית המשפט העליון, מהווים גורם המרתיע עורכי דין רבים מלהגיש בקשות פסילה, אף אם הם סבורים כי מן הראוי היה שהשופט יפסול את עצמו.⁵⁷ המספר המצומצם של ערעורי הפסלות המתקבלים

Devlin, "Judges and Lawmakers", של השיפוט (ראו: supreme virtues)
 4, 1 (1976) 39 Modern L.Rev. כן מהוות הן "תנאי בלעדיו אין" למערכת
 השפיטה כולה (ראו: Marie-Anne Frison-Roche, "L'impartialite du Juge",
 53, p.53 (1999) Recueil Dalloz Sirey, שם, פסקה 9.

54. תפקוד שופטים: בקרה והערכה – דברי יום עיון (מאי 2001), 30.
55. ניתוח הנתונים התבסס על פסקי דין של בית המשפט העליון שניתנו בתקופתו של הנשיא ברק (ינואר 1996 עד אוקטובר 2004) ואשר פורסמו באתר הרשמי של בית המשפט העליון [URL: court.gov.il] ובמאגר המשפטי המקוון "תקדין". הפער בין מספר ערעורי הפסלות המוגשים לבית המשפט העליון בפועל (כ-170 ערעורים בשנה) ובין מספר ערעורי הפסלות שנבדקו במסגרת מאמר זה (כ-40 ערעורים בשנת 1996 ובין 70 ל-110 ערעורים בשנה משנת 1997 ואילך) נעוץ, ככל הנראה, בעובדה שחלק מן התיקים אינו מגיע לבשלות בשל טעמים פרוצדורליים כגון אי-תשלום אגרה, אי-הפקדת עירבון או מחיקה וכן מן הטעם שחלק מן ההחלטות של בית המשפט בערעורי פסלות אינו מתפרסם במאגרים המשפטיים.
56. אין בידי נתונים סטטיסטיים מדויקים באשר לבקשות פסילה שנתקבלו או נדחו על ידי שופטים בערכאות הנמוכות ואשר לא הגיעו לבית המשפט העליון בהליך של ערעור. על פי הנתונים שנמסרו על ידי מנהל בתי המשפט, השופט דן ארבל, לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, מספר המקרים שבהם שופטים פוסלים עצמם מלדון בעניין כלשהו הוא בין 800 ל-1,000 מקרים מדי שנה, מספר המהווה לטענתו את אחוז הפסילות הגבוה בעולם. ראו פרוצדוריקל ועדת החוקה, חוק ומשפט (פברואר 2002), 7. יש להדגיש עם זאת כי נתונים אלה כוללים ככל הנראה מקרים שבהם מחזיר השופט למוכירות בית המשפט תיק שקיבל לטיפולו בלי שהחל הדיון בו והמוכירות מעבירה את התיק לשופט אחר. פסילות עצמיות אלה הנן סמויות מעיני המתדיינים ולכן אינן יכולות להשפיע על עמדת ציבור עורכי הדין והציבור הרחב כלפי השופטים.
57. ראו דברי חבר הכנסת מרדכי אלבז מיום 13.2.2002, שם, בעמ' 13 ("עורכי-דין מפחדים לפסול שופטים, כי שופט נשאר באותו מקום 70 שנה, הוא לא מתחלף. הם מפחדים, כי פותחים אתם חשבונות. עשיתי בדיקה עם 60 עורכי-דין בתל-אביב, והם מפחדים לבקש פסילה. הם אומרים: הלוואי ושופט מסוים יהיה חולה או בחופשה, שהם ייכנסו לשופט

על ידי בית המשפט מרמז, כשהוא לעצמו, על כיוון החקירה. אף בלא להעיק מבט בתוכנם של פסקי הדין, ניתן להניח כי דמות השופט המעוצבת בהם חסינה מפני מרבית ההשפעות הזרות. חיוזק לכך ניתן למצוא בפרוצדורה הייחודית שנקבעה לעניין פסלות שופט: השופט הוא המכריע הראשוני בשאלת כשירותו לשבת בדין ולהכרעתו נודעת חשיבות לא מבוטלת גם בשלב הערעור.⁵⁸ זהו חריג לכלל כי אדם קרוב אצל עצמו ועל כן אין אדם יכול לדון בעניין הנוגע לו, כלל אשר מקובל לשייכו לעיקרי הצדק הטבעי.⁵⁹ פרוצדורה זו חותרת

אחר". לעניין בקשות פסלות מטעם המדינה ראו "בקשות מטעם המדינה בעניין פסלות שופט וטיפול בבקשות פסילה של צדדים אחרים", הנהיית היועץ המשפטי לממשלה 9.1100 (24/10/02). (ההנחיה לפרקליטים היא כי "בקשה לפסילת שופט מטעם בא כוח המדינה היא צעד בלתי שגרתי, שיש להשתדל ככל הניתן להימנע ממנו. בקשה כזו תוגש במקרים חריגים ובאין מנוס"). ישנם, כמובן, גם מקרים שבהם עורכי הדין מגישים בקשות פסילה כדי להטיל אימה על השופט, אולם בגלל הסכנות הטמונות בפרקטיקה כזו עורך דין ינקוט אותה רק כמוצא אחרון אם הוא סבור כי כלו כל הקיצין וכי אין סיכוי שהשופט יפסוק לטובת לקוחו. יש לזכור שלעומת הלקוחות, עורכי הדין הם שחקנים חוזרים (repeat players) ומשום כך יש סיכוי סביר שהם יופיעו פעם נוספת לפני אותו שופט ואין להם רצון לעורר עליהם את חמתו.

58. בעבר הייתה חשיבות מכרעת לתחושת השופט שהתבקש לפסול עצמו, ורק במקרים נדירים התערב בית המשפט העליון והפך החלטה של השופט הנוגע בדבר כי ביכולתו לדון בעניין שלפניו בלא משוא פנים. ביטוי לעמדה זו ניתן למצוא בהמ' 525/63 **שמואל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יח(3) 452 (להלן: **המ' שמואל**), בעמ' 465, שם קבע השופט לנדוי "שבית המשפט בוודאי יתן משקל רב לעמדת השופט הנוגע בדבר, ויתערב רק במקרה קיצוני בחוות דעתו שהוא יכול לשבת בדין... כי חזקה על השופט שבחן את עצמו כראוי, בזכרו את הצהרת האמונים שהצהיר 'לשפוט את העם משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים'. אך לשם שמירת האמון של הציבור בשופטיו לכל דרגותיהם אין לוותר לחלוטין על אפשרות כלשהי להעביר את החלטת השופט תחת שבט הביקורת". עם השנים פחתה החשיבות שמקנה בית המשפט העליון לתחושת השופט הנוגע בדבר, וכיום תחושתו הסובייקטיבית של השופט כי הוא מסוגל לדון בעניין שלפניו בלא משוא פנים אין די בה כדי לשכנע את ערכאת הערעור שלא קיימת עילת פסילה. עם זאת לעמדתו של השופט עדיין נודעת חשיבות לא מבוטלת. ראו, למשל, ע"פ 42/89 **הברת לב תעשיות בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מג(1) 295 (להלן: ע"פ **הברת לב**), בעמ' 301, "יש חשיבות מסוימת לתחושתו של השופט ולהכרה, שהצהיר עליה, שיוכל להתמודד עם מצב המצוקה שיימצא בו, שהוא אינו נדיר במערכת המשפט כפי שהיא בנויה". ראו גם ע"פ **דוברת** (לעיל, הערה 49).

59. ראו בג"ץ 531/79 **סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה**, פ"ד לד(2) 566 (להלן: בג"ץ **סיעת "הליכוד"**), בעמ' 569, "כלל יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד ענינים (conflict of interest). כלל זה מקורות מספר, אשר החשובים שבהם הם כללי הצדק הטבעי מזה וכללי האמון מזה... תחום פעולתו העיקרי של כלל זה הוא לענין עובד ציבור המבצע תפקיד שיפוט

לכאורה תחת העיקרון הבסיסי של כללי הפסלות עצמם המבקשים להבטיח כי "התפקיד השיפוטי... יתבצע על ידי אדם שאינו מעורב בהתדיינות באופן אישי",⁶⁰ ובקיומה יש כדי ללמד על הצלחה, חלקית לכל הפחות, בהפצת דמות השופט המקצועי שיוצר בית המשפט.⁶¹ ניתן להעלות על הדעת כללי פרוצדורה אלטרנטיביים, אשר לפיהם אין השופט הנוגע בדבר מחליט בעניין פסלותו, אלא שופט אחר של אותה ערכאה אשר לפניו מובאות כל העובדות הרלוונטיות.⁶² העובדה שפרוצדורה שכזו לא נבחרה יש בה כדי ללמד משהו על תפיסת השופט המקצועי.⁶³ אך בכך יש משום הקדמת המאוחר. כדי להבין את הטכניקה שבה נעשים הדברים ולמצוא את המפתח לפענוח הפרויקט כולו נעבור לבחינה טקסטואלית של פסקי הדין העוסקים בפסלות שופט.

או כעין שיפוטי. אך אין הכלל מוגבל למצבים אלה בלבד. כל גוף ציבורי, יהא תפקידו אשר יהיה, חייב לבצע את תפקידו ללא דעה קדומה ומשוחתת, ללא פניות וללא משוא פנים... הכוונה היא שמשוא-הפנים הוא, מטבע הדברים, מחוייב המציאות או קרוב לוודאי, אפילו שלא במזיד ובלא יודעין, שהרי קרוב אדם אצל עצמו".

שמגר (לעיל, הערה 47), בעמ' 88.

60. בית המשפט מסביר את הפרוצדורה הנוהגת כנובעת מתוך הכרח: "העיקרון, שאין בעל-דין נעשה דיין, הוא מעקרונות הצדק הטבעי, ומטרתו למנוע משוא פנים. ואולם עיקרון זה אינו חל, כשאין אפשרות לדון אדם, מבלי שאותו הדיין - שנגדו מועלית טענת הפסלות בגלל אפשרות של משוא פנים - יישב לדין באותו עניין". ע"פ 313/75 ניר נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 353 (להלן: ע"פ ניר), בעמ' 355. ראו גם ע"פ בשן (לעיל, הערה 31), בעמ' 612 "כחלק מתפקידו השיפוטי בניהול המשפט, על השופט להכריע בטענת הפסלות המועלית נגדו... כמובן, נוצר כאן מצב שאינו פשוט, שבו השופט צריך להחליט בעניין הנוגע לו אישית. בשיטת המשפט שלנו אין מנוס ממצב דברים זה. עדיף מצב דברים שבו שופט צריך להחליט בטענת פסילה הנוגעת לו, תוך שמירה על מעמדו במשפט, מהפרכתו של השופט לצד במשפט שבו הוא שופט". לאמתו של דבר, ברוב המכריע של המקרים, אין המדובר בהכרח, וע"פ ניר, שבו ניסה המערער לפסול את כל השופטים, הוא החריג.

62. זוהי הפרוצדורה לפסילת שופטים הנוהגת בצרפת: Jean-Pierre Plantard, "Judicial Conflict of Interest in France", 18 *Am. J. Comp. L.* (1970) 710, pp. 713-714; Hans G. Rupp, "Judicial Conflicts of Interest in the Federal Republic of Germany", 18 *Am. J. Comp. L.* (1970) 716, p. 717; Chuichi Suzuki, "Problems of Disqualification of Judges in Japan", 18 *Am. J. Comp. L.* (1970) 727, p. 735. כמובן, גם פרוצדורה זו אינה נקייה מפגמים שכן השופט המכריע בעניין פסלות חברו ייטה להכריע לטובתו הן משום שמדובר בחברו לכס השיפוט והן משום שלמחרת עשוי חברו להכריע בעניין פסלותו.

63. אף שהפרוצדורה לפסילת שופט מעוגנת בחקיקה ולכאורה המחוקק, ולא בית המשפט, הוא שהתווה את האופן שבו יוכרעו בקשות פסילה, למעשה נקבעו הן עילות הפסלות והן הפרוצדורה לבקשות הפסילה על ידי הפסיקה ואומצו על ידי המחוקק רק בשנת 1992. ראו לעיל, הערה 49 וכן להלן, הטקסט הנלווה להערות 184-189.

1. שיקול דעת שיפוטי

פסקי הדין העוסקים בכללי הפסלות מספקים לנו חרך הצצה נדיר לאופן שבו מציג בית המשפט את דרך קבלת ההחלטות של השופט המקצועי. האופן שבו שופטים מקבלים החלטות, או כפי שנהוג לכנותו "שיקול הדעת השיפוטי", על אף חשיבותו, הוא תחום אפוף מסתורין שרב הנסתר בו על הנגלה.⁶⁴ יש לכך, על פי הנשיא ברק, סיבות מספר: אחת הסיבות היא כי "מירב השופטים אינם מסבירים את האופן שבו הם מפעילים את שיקול דעתם, ואלה שאינם שופטים חסרים לעתים מידע על אופן הפעלתו של שיקול הדעת השיפוטי".⁶⁵ סיבה שנייה שמציע ברק היא כי התורות הפילוסופיות העוסקות במשפט מזניחות את שיקול הדעת השיפוטי ואינן מייחסות לו חשיבות מספקת. וסיבה שלישית היא, שתורות פילוסופיות המכירות במרכזיותו של ההליך השיפוטי מתייחסות אליו באופן שאינו מאפשר גישה נורמטיבית ומונע את גיבושה של תורת שיקול דעת שיפוטי.⁶⁶

ברצוני להציע סיבה נוספת, ולפיה משרתים העמימות והמסתורין בכל הקשור לשיקול הדעת השיפוטי את בית המשפט בפרויקט ההתמקצעות שלו.⁶⁷ ההתמקצעות היא תהליך חברתי באמצעותו מבקשים נותני שירותים להשיג "סגירות" (closure) והיבדלות (distinction) על בסיס טענה למומחיות בשדה ידע כלשהו" (התרגום שלי – י"ר).⁶⁸ פרויקט ההתמקצעות של השופטים הוא למעשה פרויקט ההתמקצעות השני שבו הם משתתפים. בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה מצאו עצמם השופטים ועורכי הדין בשולי החברה הישראלית אשר העלתה על נס את דמות החלוץ ודחתה מכול וכול את המקצוע המשפטי כעיסוק עירוני-בורגני שנקשר בתודעה הקולקטיבית עם היהודי הגלותי.⁶⁹ עובדה זו

64. ראו ברק (לעיל, הערה 38), בעמ' 24.

65. שם, שם.

66. ראו שם, שם. כדוגמה לתורות משפט מסוג זה מביא ברק את הגישה הדקלרטיבית ואת הריאליזם המשפטי. על פי התורה הדקלרטיבית מצהיר השופט על הדין הקיים אך אינו יוצר אותו. גישה זו, טוען ברק, שהייתה מקובלת במשפט המקובל האנגלי, אינה מתמקדת בשיקול הדעת השיפוטי, שכן אין היא מכירה כלל ביצירה שיפוטית. הריאליסטים והניאו-ריאליסטים, לעומת זאת, מכירים "במרכזיותו של ההליך השיפוטי במשפט ובמרכזיותו של שיקול הדעת השיפוטי בהליך השיפוטי, אך על פי גישתם שיקול דעת זה הוא בעיקרו סובייקטיבי. תפיסת עולם זו מקשה על גישה מדעית לתורת שיקול הדעת", שם, בעמ' 24-25.

67. לדיון מעמיק בפרויקט ההתמקצעות של בית המשפט, בסיבות ההיסטוריות והחברתיות שהובילו להיווצרותו ולתגובות הקשות שהוא עורר בקרב עורכי הדין ראו: Issachar Rosen-Zvi, "Constructing Professionalism: The Professional Project of the Israeli Judiciary", 31 *Seton Hall L. Rev.* (2000-2001), 760.

68. Ronen Shamir, *The Colonies of Law: Colonialism, Zionism and Law in Early Mandate Palestine* (Cambridge University Press, 2000), 116.

69. האידאולוגיה הליברלית-האינדיבידואליסטית שירשו המשפטנים היהודים מן התרבות המשפטית הבריטית ואשר אפיינה את הפרופסיה המשפטית הישראלית מאז הקמת המדינה, לא התיישבה כלל עם האידאולוגיה הציונית הקולקטיביסטית ששלטה בכיפה באותם ימים

הובילה לשיתוף פעולה הדוק בין שופטים לעורכי דין בניסיון להשיג סטטוס של מקצוענים (professionals). הניסיונות עלו יפה, ועד שנות השבעים היו השופטים חלק מפרופסיה משפטית רחבה (legal profession) עם קשרים איתנים, הן אישיים והן מבניים, בין עורכי דין לשופטים. עקב שינויים פוליטיים, כלכליים וחברתיים שעברו על החברה הישראלית במהלך שנות השבעים, ואשר השפיעו בצורה ניכרת על השדה המשפטי,⁷⁰ החלו השופטים לפתח זהות פרופסיונלית עצמאית ונפרדת מזו של עורכי הדין.⁷¹ נטייה זו התגברה במהלך

ואשר הכתיבה כי האינדיבידואל אינו אלא מכשיר לסיפוק הצרכים הלאומיים. בנוסף, החברה הישראלית שהעלתה על נס את דמות החלוץ דחתה מכול וכול את המקצוע המשפטי כעיסוק עירוני-בורגני שנקשר בתודעה הקולקטיבית עם היהודי הגלותי. עמד על כך השופט אלפרד ויתקון שכתהן כשופט בית המשפט העליון משנת 1954: "הרצון להקים מדינה ולשוות לחיינו החברתיים מתכונת ממלכתית היה חזק, עמוק וכן. אך הכוחות הנפשיים שעמדו מאחורי השאיפה הזאת, לא היו מסוג הכוחות שפניהם מועדות לתחום המשפט והשלטון הממלכתי. כוחות אלה שורשם בתחום הרומנטי. מקורם נעוץ ביהדותיות שלהם, ובחלקם גם בדתיות, באידיאליזם הסוציאליסטי, ובכלל ברוח החלוציות. היא שכיוונה אותם, בראש ובראשונה, להתיישבות החקלאית ולגאולת הקרקע, בה ראו תנאי ראשוני לתחיית העם. ואילו המקצוע המשפטי, כיתר מיני התעסקויות בהן הצטיינו יהודים במרכזי הגולה, היה להם לזר". ראו אלפרד ויתקון, "המשפט בארץ מתפתחת", *משפט ושיפוט* (אהרון ברק, משה לנדוי ויעקב נאמן - עורכים, שוקן, תשמ"ח) 39, בעמ' 43-44.

70. ראו מאוטנר (לעיל, הערה 11), בעמ' 122-154.

71. בשנות השבעים החלה האווירה הפוליטית, הכלכלית והתרבותית להשתנות. שנות השבעים המוקדמות בישרו את קצה של האידאולוגיה הציונית-הקולקטיביסטית, שהתחלפה, בין היתר בהשפעת התרבות האמריקנית, באידאולוגיה אינדיבידואליסטית ובערכים ליברליים. התנאים הכלכליים החלו גם הם להשתנות משוק סגור, המבוסס על שליטה חזקה של המדינה, לשוק חופשי ותנאי המחיה השתפרו. מלחמת 1973 גרמה לשבר פוליטי עמוק ולמשבר אמן של האזרחים במוסדות הפוליטיים והותירה ואקום שלטוני עמוק. מעמד הביניים הצליח להשתחרר מלפיתת החנק של המדינה והחל לפתח אידאולוגיה שהסוציולוג רונן שמיר מכנה אידאולוגיה ניהולית, היינו 'אידיאולוגיה הדוברת בשמה של ענייניות המנותקת משיקולים 'פוליטיים' ואידיאולוגיים' - מעין מענה פונקציונאלי למה שנתפס ומוצג בהבלטה כמשבר המדינה ומשבר הסמכות הפוליטית". ראו שמיר (לעיל, הערה 42), בעמ' 254. בתנאים אלה עלה מאוד גם קרנה של המומחיות המשפטית והמשפטנים לא היוו עוד "זר תרבותי" בחברה הישראלית. ראו מאוטנר (לעיל, הערה 11), בעמ' 122-127. שלוחותיה של הפרופסיה המשפטית הגיבו על השינויים הפוליטיים, הכלכליים והתרבותיים הללו באופן שונה: בעוד עורכי הדין מנצלים את התנאים החדשים כדי לבצר את המונופול שהשיגו בשוק השירותים המשפטיים, נעזר בית המשפט בשינויים אלה כדי להניע תהליך של מוביליזציה חברתית בסולם המעמדי של החברה הישראלית ולהמיר את סמכותו המקצועית בסמכות חברתית-מוסרית. משום כך החלו להתרופף האינטרסים המשותפים והקשרים המקצועיים בין עורכי הדין לשופטים והתחדדו ההבדלים ביניהם. במהלך שנות השמונים החלו השופטים, שהצליחו

שנות השמונים והתבטאה במספר רב של פרקטיקות שנועדו להשיג סגירות מקצועית,⁷² ומאמצע שנות השמונים ואילך ניתן לדבר על גיבושה של "פרופסיה שיפוטית" (judicial profession) המבחינה עצמה מן הפרופסיה המשפטית שבה חברים עורכי הדין (legal profession).⁷³ כוחם של המומחים נגזר בין היתר מיכולתם לשכנע את הציבור כי ברשותם גוף ידע בלעדי (exclusive knowledge) שהנו חיוני לרווחת החברה וקשור לצרכיה וערכיה הבסיסיים, וכי בהיעדרו של ידע זה אין העבודה המקצועית יכולה להתבצע.⁷⁴ על

עד אז לרכוש מעמד חברתי-מוסרי גבוה, לפתח זהות פרופסיונלית עצמאית ונבדלת מזו של עורכי הדין ולעשות שימוש בפרקטיקות שונות שעניינן היבדלותו החברתי/ת של השופט המומחה לעומת הפוליטיקאים מצד אחד ולעומת עורכי הדין מצד אחר. ראו: Rosen-Zvi (לעיל, הערה 67), בעמ' 765-784. לדיון מעמיק בפרוייקט ההתמקצעות של עורכי הדין ראו: Neta Ziv, "Combining Professionalism, Nation Building and Public Service: The Professional Project of the Israeli Bar 1928-2002", 71 *Ford. L. Rev.* (2003) 1621.

72. סגירות מקצועית מורכבת מכמה אלמנטים: פרקטיקות מדירות (exclusionary practices) המיועדות להדיר כל מי שאינו מקצוען ולשמור על שטח השיפוט של הפרופסיה; שליטה של הפרופסיה על ייצור היצרנים (production of producers); שליטה של הפרופסיה על תהליכי הסוציאליזציה של מקצוענים חדשים; וניכוס בלעדי של גוף ידע מקצועי השייך לפרופסיה. במהלך שנות השמונים ניתן לזהות פרקטיקות שונות שהפעילו השופטים כדי להשיג סגירות חברתית, וביניהן ניתן למנות את הפרקטיקות האלה: (א) פרסומם של כללי האתיקה השיפוטית והוצאתו לאור של עלון מערכת השיפוט שנועדו שניהם לחזק את הקשרים בין השופטים ולהשיג סגירות מקצועית; (ב) הקמת המכון להשתלמות שופטים בשנת 1984 אשר מטרתו המוצהרת הן להעמיק את הידע המקצועי בתחום השפיטה, ליצור מסגרת חברתית ומקצועית שבה ייפגשו שופטים זה עם זה, לחזק את הקשרים המקצועיים עם שופטים מארצות אחרות, לקיים תכנית השתלמות מיוחדת המיועדת לעורכי דין המעוניינים להיבחר כשופטים, ולהכשיר מועמדים לכהונת שפיטה [ראו מרדכי בן-דרור, "הכשרת שופטים לכהונת שפיטה", **המשפט** ב (תשנ"ה) 239, בעמ' 256] ואשר נועד להעביר את השליטה על ייצור היצרנים – השופטים המומחים – לידי המערכת השיפוטית; (ג) שינוי משמעותי במבנה הקריירה השיפוטית וגיוס שופטים צעירים יותר כדי שיתחנכו בתוך המערכת ויעשו את דרכם במעלה הפירמידה, שינוי אשר נועד להשיג שליטה טובה יותר בתהליכי הסוציאליזציה של השופטים; (ד) ניכוס של גוף ידע בלעדי שישרת את השופטים ואשר בו ידובר בהרחבה במאמר זה. ראו: Rosen-Zvi (לעיל, הערה 67), בעמ' 788-806.

73. למאמר המבטא בצורה ברורה ביותר את תפיסת השופטים כי השפיטה היא מקצוע עצמאי הנפרד ממקצוע עריכת הדין ראו בן-דרור (לעיל, הערה 72). ראו לציין כי פרוייקט ההתמקצעות של השופטים הוא שאפתני במיוחד שכן, כפי שנראה להלן, הוא מנסה לעשות את הבלתי אפשרי ולנכס את הערכים והצדק כגוף ידע מקצועי הנשלט באופן בלעדי על ידי השופטים.

74. ראו: Magali Sarfatti Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis* (University of California Press, 1979); Stanley Fish, "Anti-Professionalism", 7 *Cardozo*

כן בתהליכי התמקצעות מושם דגש רב על פרקטיקות של היבדלות, הכוללות ניסיונות של הפרופסיה לנכס לעצמה גוף ידע מקצועי ולהיבדל באמצעותו ממשלחי-יד (occupations), ממקצועות (professions) אחרים ומן הציבור הרחב.⁷⁵ המיסטיפיקציה של גוף הידע המקצועי חשובה אף היא מכיוון שהיא מסייעת לפרופסיה לשמור על הפרטיביליות שמעניק לה הסטטוס של פרופסיה בלא קשר לאופן שבו היא מפעילה את גוף הידע. ככל שרב המסתורין, כך קשה יותר לגורמים הייצוגיים להטיל ספק בגוף הידע ולבחון בביקורתיות את אופן הפעלתו על ידי המומחים. ומכאן גם שככל שגוף הידע של הפרופסיה נשען על אדנים רעועים יותר, כך מתגבר הצורך לעטוף את גוף הידע בעמימות ומסתורין רבים יותר.⁷⁶

שיקול הדעת השיפוטי הוא אחד האמצעים שבהם משתמשים השופטים כדי להיבדל מן הציבור הרחב, ואף יותר מכך מציבור עורכי הדין. בספרו *שיקול דעת שיפוטי מצביע ברק על כך ששיקול הדעת השיפוטי (judicial discretion)*⁷⁷ שונה תכלית השינוי מתורת המשפט (jurisprudence): "תחום התמחות", כותב ברק, "אינו תורת המשפט. אני שופט. תחומי הוא תורת השיפוט. תורת המשפט ותורת השיפוט שני דברים שונים הם."⁷⁸ כללי

L. Rev. (1986) 645, p. 646. רבים מן החוקרים בתחום הפרופסיות סבורים כי ניכוסו של גוף ידע בלעדי הוא הגורם המשמעותי ביותר בתהליך ההתמקצעות, שכן ידע בלעדי הוא זה המבחין את הפרופסיה ממשלחי-יד (occupations), ממקצועות אחרים ומן הציבור הרחב, הבחנה המצדיקה את הסגירות החברתית (social closure) של הפרופסיה ומאפשרת לה לפתח זהות פרופסיונלית. ראו: Shamir (לעיל, הערה 68), בעמ' 177 Andrew Abbott, *The System*; *of Professions: As Essay on the Division of Expert Labor* (The University of Chicago Press, 1988), 53-54; Eliot Freidson, *Professionalism Reborn: Theory, Prophecy and Policy* (University of Chicago Press, 1994), 7.

75. המטרה של פרויקט ההתמקצעות של בית המשפט הייתה להבחין את עצמו לא רק מן הציבור הרחב, אלא גם ובעיקר מעורכי הדין ומהפרופסיה המשפטית. הניסיון של השופטים לנכס לעצמם גוף ידע מקצועי מעורר בעיות בגלל העובדה שאין הכשרה מקצועית אוניברסיטאית נבדלת לשופטים ולעורכי דין. משום כך על השופטים למצוא דרכים יצירתיות לנכס לעצמם גוף ידע מקצועי שעל שתיים מהן – שיקול הדעת השיפוטי וההבחנה בין עשיית צדק למראית פני הצדק – נדבר להלן. לדיון מעמיק יותר בבעיות המיוחדות שפרויקט ההתמקצעות של השופטים מעורר, בייחוד ככל שמדובר בניכוס גוף ידע מקצועי ראו: Rosen-Zvi (לעיל, הערה 67), בעמ' 799-801.

76. ראו: Richard A. Posner, "Professionalisms", 40 *Ariz. L. Rev.* (1998) 1, p. 3.

77. ספרו של ברק אינו עוסק בשיקול הדעת באשר לעובדות אלא אך ורק בשיקול הדעת במישור הנורמטיבי (ברק מניח, הנחה שניתן לחלוק עליה, כי ניתן להפריד בין ההכרעה בעובדות ובין ההכרעה בשאלת הנורמה המשפטית שתוחל על אותן עובדות). אך ברק מודה בכך שההכרעה בעובדות היא אולי החשובה שבהכרעות השיפוטיות. ראו ברק (לעיל, הערה 38), בעמ' 35-36.

78. שם, בעמ' 18.

הפסלות מסייעים לבית המשפט להציג את שיקול הדעת השיפוטי או במילים אחרות את תהליך קבלת ההחלטות של השופט המקצועי - כפי שבית המשפט היה רוצה שהציבור יראה אותו, ולאפוף אותו במידה מספקת של ערפל וחוסר בהירות, כך שיהיה קשה למתוח עליו ביקורת. כמו כן תורמים כללי הפסלות להפצתה ברבים של אותה מומחיות מיוחדת הבאה לידי ביטוי בהפעלתו של שיקול הדעת השיפוטי.

אמת המידה לפסילתו של שופט, שנקבעה על ידי הנשיא אגרנט בב"ש ידיד, ואשר עוגנה מאוחר יותר בחוק בתי המשפט, היא "האפשרות הממשית למשוא פנים",⁷⁹ שמשמעותה כי "מן הנסיבות החיצוניות הכרחי להתרשם שקיימת אפשרות מאוד מסתברת, שאכן נבצר מהשופט לשפוט את דינם של בעלי הדין באובייקטיביות הדרושה".⁸⁰ הנשיא שמגר במאמרו "על פסלות שופט - בעקבות ידיד תרתי משמע" מלמדנו כי ההתרשמות שעליה מדבר אגרנט אינה ההתרשמות הסובייקטיבית של בעל הדין או של הציבור הרחב אלא הערכה אובייקטיבית של בית המשפט בדבר יכולתו של השופט המקצועי לדון בעניין שלפניו בלא משוא פנים.⁸¹ כאשר בודק בית המשפט את העובדות הקשורות להכרעה השיפוטית ואת התבטאויות השופט במהלך הדיון, הוא צריך לתת את דעתו לכך "שמדובר בדיין מומחה ולא בהדיוט וכי יש להעריך את יכולתו של השופט בהתאם לרקעו המקצועי ובהתאם לעצמתם ומשקלם האמיתי של האירועים אשר עליהם מתבססת טענת הפסול".⁸² לאור האמור משרטט שמגר בקווים כלליים את המבחן לפסילת שופט בשל היחשפות לראיות פסולות או למידע אחר שעשוי להשליך על תוצאות המשפט:

כדי לפסול שופט צריכה להתגבש המסקנה כי המשקל המצטבר של הנסיבות הוא כזה ששופט סביר לא יוכל, לדעת הערכאה השיפוטית, לשחרר עצמו מהשפעתו עליו של המידע שהגיע אליו וכי אין להניח שהשופט יוכל לגבור על ההתרשמות האמורה אותה ספג. נקודת המוצא של בית המשפט היתה בדרך כלל כי המקצועיות של השופט בתור שכזו, הערכים אשר הם חלק מהכשרתו ומכשירותו, התפיסות של השופט בתחום המשפט, ובכלל זה השאיפה המתמדת להנתקות מהשפעות פסולות שהסביבה מולידה, כל אלה מונעים קיומה של אפשרות ממשית של משוא פנים או דעה קדומה.⁸³ (ההדגשה במקור - י"ר).

79. סעיף 77 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב).

80. ב"ש ידיד (לעיל, הערה 49), בעמ' 381.

81. ראו שמגר (לעיל, הערה 47), בעמ' 105-106.

82. שם, בעמ' 106.

83. שם, בעמ' 118.

במילים אחרות, הנשיא שמגר מלמדנו כי ישנה מעין חוקה שהשופט המקצועי, בהפעילו את שיקול הדעת השיפוטי, מסוגל להשתחרר מהשפעתו של מידע שלא היה אמור להגיע לידיעתו ושיש בו כדי להשפיע על תוצאות הדיון, גם כאשר אדם מן היישוב אינו מסוגל לכך.⁸⁴ הנשיא שמגר ועמו יתר שופטי בית המשפט העליון אימצו חוקה זו בפסיקתם. כך, למשל, נקבע מפי שמגר כי לא קיים חשש ממשי למשוא פנים כאשר השופטת ישבה בתיק מעצרים של נאשם העומד לדין לפניו, עת נעצר בפרשה אחרת, שכן "שופט מקצועי יודע להבחין היטב בין הראיות שבתיק אחד לבין הראיות שבתיק אחר ויודע, וכי אין להשליך מן האחד על האחר".⁸⁵ הלכה דומה נקבעה באשר לשופט שהתיק הוחזר אליו להשלמה ולמתן פסק דין,⁸⁶ וכן במקרה שבו כחודש וחצי לפני הדיון הופיע המערער לפני אותו שופט כעד במשפט אחר והשופט אמר לו באולם שהוא אינו מאמין לו ואף כינה אותו שקרן. "חוקה על דיין מומחה", קובע השופט מלין, "שבבואו לדון בענינו של אדם הוא מסוגל להשתחרר ממה שנודע לו ממשפטים קודמים והעובדה שהמשפט הראשון הסתיים בהרשעה ושהובע בו חוסר אמון בגרסת המערער אינם עילה לפסול שופט".⁸⁷ הנשיא ברק המשיך בדרך שהתווה קודמו וקבע כי "מקובל עלינו, כי לא הרי הדיוט כהרי שופט מקצועי. השופט, אשר השפיטה היא מקצועו וייעודו, מחנך עצמו ומפנים בתוכו את היכולת להבחין בין מידע קביל לבין מידע שאינו קביל. הוא מסוגל לבנות חומה בין ראייה לא קבילה הבאה לידיעתו לבין השימוש בה במשפט. על כן נעשה משפט על ידי שופט מקצועי ונראה כי ייעשה צדק על-ידינו גם אם הוא מקבל מידע שאין לקבלו, שכן הקהילייה הישראלית מודעת למקצועיותו זו של השופט".⁸⁸

84. כך סבור היה גם מרדכי קרמיניצר: "The reason for the adoption of this [the real likelihood - P'R] test lies in the fact that the judges in Israeli system are professional judges. This professional character creates a strong presumption that they are capable of ignoring all immaterial considerations and would not allow any such propensity to influence the judicial process in their hands, in as much as they are considered by the law to be able to Mordechai: disregard inadmissible evidence that has been produced before them"

Kremnitzer, "Grounds for Disqualifying a Judge", 18 *Isr. L. Rev.* (1983) 449, p. 455

85. ע"פ 2113/91 מדינת ישראל נ' יהודה, פ"ד מה(3) 790 (להלן: ע"פ יהודה), בעמ' 792. ראו גם ע"פ 3066/92 א.צ. ברנוביץ ובניו קבלנות בניין בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם). הלכה זו מהווה שינוי מגמה של פסקי דין שקדמו לה בסוף שנות השבעים ותחילת שנות השמונים. ראו ע"פ 170/79 אלאל נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 726 (להלן: ע"פ אלאל). לדיון בשינוי המגמה ראו להלן, הערה 108 והטקסט שלידה.

86. רע"א 25/88 מור נ' קובליו (לא פורסם).

87. ע"פ 983/90 זעירא נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

88. ע"פ 6752/97 פרידן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 329 (להלן: ע"פ פרידן), בעמ' 334. ראו גם ע"א 8966/96 נבו נ' ישקול סחר בע"מ (לא פורסם); ע"פ 1478/97 מדינת ישראל נ' חן, פ"ד נא(4) 673 (להלן: ע"פ חן). מכוח הלכה זו נפסק כי היחשפות השופט לעברו הפלילי של הנאשם אין בה כדי להביא לידי פסילתו: ע"פ 5959/99 פרושינובסקי נ' מדינת ישראל (לא

לעניין טענות פסלות העולות מאופן ניהול המשפט ומהתבטאויות של השופט במהלך המשפט שמהם עולה לכאורה כי הוא גיבש דעה באשר לתוצאות המשפט, קבע הנשיא שמגר הלכה דומה:

בית המשפט בודק את העובדות שקשורות להכרעה השיפוטית ואת ההתבטאויות של השופט במשפט ומשמעותן ועובדות כיוצא באלה וזאת לאור זיקתם לנושאים הנתונים להכרעה. הוא נותן דעתו לכך שמדובר בדיין מומחה ולא בהדיוט וכי יש להעריך את יכולתו של השופט בהתאם לרקעו המקצועי ובהתאם לעוצמתם ומשקלם האמיתי של האירועים אשר עליהם מתבססת טענת הפסול... כך שוקל בית המשפט, למשל, את משמעותה של התבטאות של שופט או של ההשפעה האפשרית של מידע שהגיע אליו, ועושה זאת על יסוד ההבנה וההערכה והנסיון המצטבר שלו כגורם שיפוטי. יכול, על כן, לקרות כי התבטאות פלונית תהיה בעלת משקל שונה בעיני שופט מנוסה מאשר בעיני איש מן הציבור.⁸⁹

בהסתמך על הלכה זו סירב הנשיא שמגר לפסול שופטת שכנתה את הנאשם "הפסיכופט הזה"⁹⁰ וכן נמנע מלפסול שופטת שסירבה לקבוע מועד מוקדם לדיון במשפטו של נאשם ברצח ונימקה את סירובה בכך ש"יש עוד כמה רוצחים שצריך לשומעם".⁹¹ הלכה המקשה עוד יותר על בעל דין המבקש לפסול שופט נקבעה על ידי המשנה לנשיא (כתוארו אז) אהרן ברק בבג"ץ גלברט.⁹² באותו עניין נתבקשה פסילתו של חבר

פורסם); ע"פ 3963/00 **בן גביר נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם). הלכה זו חלה גם אם מקורה של ההיחשפות הוא בשפיטה קודמת של הנאשם על ידי אותו שופט: ע"פ 3914/97 **לוסקי נ' מדינת ישראל** (לא פורסם). כן נפסק כי לרוב אין בחזרה מהודאה כדי לפסול את השופט שלפניו ניתנה ההודאה: ע"פ 1650/97 **בגלמן נ' מדינת ישראל** (לא פורסם). עם זאת, יש גבול על פי הפסיקה למידת ההישענות על מקצועיותו של השופט ולעתים המידע שמקבל השופט הוא כה מקיף ויסודי והמסה של הראיות הבלתי קבילות שאליו הוא נחשף היא כה רבה עד שקיים חשש כי גם שופט מקצועי לא יוכל להדחיקם. כך היה, למשל, בע"פ **פרידן שבו נקבע** כי "המסה של העדות הלא קבילה, בפניה ייחשף השופט, היא בעלת עוצמה כה רבה, עד כי קיים החשש כי גם מקצועיותו של השופט לא תוכל לה", ראו ע"פ **פרידן, בעמ' 335**.

89. שמגר (לעיל, הערה 47), בעמ' 106.

90. ע"פ 732/86 **חליווה נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(1) 412 (להלן: ע"פ חליווה), בעמ' 414.

91. ע"פ 2099/91 **קנדי (נחום) נ' מדינת ישראל** (לא פורסם).

92. בג"ץ 2148/94 **גלברט נ' יו"ר ועדת החקירה לבידוקת אירוע הטבח בהברון**, פ"ד מח(3) 573 (להלן: בג"ץ **גלברט**).

ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בתברון, השופט עבד אלרחמן זועבי, בשל ראיון עמו שפורסם במוסף "סופשבוע" של העיתון מעריב אשר כלל התבטאויות שמהן עולה לכאורה כי הוא גיבש דעה מוקדמת באשר לתוצאות החקירה.⁹³ לצורך ההכרעה בעתירה הניח השופט ברק כי דיני הפסילה, החלים על חבר ועדת חקירה שהוא שופט, הם כללי הפסילה החלים על שופט בהליך השיפוטי הרגיל. ברק היה נכון אף להניח כי השופט זועבי אכן אמר את הדברים המיוחסים לו בכתבה העיתונאית.⁹⁴ גם על יסוד הנחות אלה היה ברק סבור כי אין מקום לפסול את השופט זועבי, וזאת מן הטעם שהתבטאויותיו אינן עולות כדי אפשרות ממשית למשוא פנים:

מבחן האפשרות הממשית משמעותו שהשופט גיבש לעצמו עמדה (סופית) בעניין נושא הדיון השיפוטי, באופן שאין עוד טעם בהמשך רגיל של המשפט ("המשפט מכור"). משמעות הדבר הינה כי אין מקום לצפות לכך שהשופט יהא חסר פניות (impartial). גיבוש העמדה יכול שינבע מדעות קדומות שיש לו לשופט כלפי מי מהצדדים, או כלפי נושא המשפט, בלי שקיים סיכוי ממשי כי שכנוע (ראצינאלי) יביא לשינוי העמדה. ושוב: לא די בכך שיש לו לשופט דעה בעניין נושא המשפט. לשם פסילת שופט צריך שתהא לו דעה קדומה, וצריך להראות כי אין כל סיכוי שדעתו זו תשתנה במהלך המשפט. אכן, פסילתו של שופט בשל דעות (קדומות) אפשרית אפוא רק מקום שדעתו של השופט "נעולה" ואין הוא "פתוח" לשכנוע ולשינוי... 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".⁹⁵

מבחן "המשחק המכור" הוא השולט בכיפה מאז ועד היום.⁹⁶ רק באחרונה סירב הנשיא ברק לפסול שופטת אשר העירה במהלך המשפט כי "מה שהמערערים מנסים לעשות זאת

93. הדברים שציטטה הכתבת אורנה קדוש מפי השופט זועבי ועוררו את חמתם של העותרים היו הדברים האלה: "אולי הבעיה היא בשמגר ולא בי?... כשבאתי לוועדה, ידעתי שהצד האכזרי בשטחים זה המתנחלים, אבל לא היו לי שום נתונים. אין לי תחקירים שיעבדו בשבילי... שאלתי את כל שאלותיי על סמך תחושות וניחושים, לא מידע. קיוויתי שמישהו יכשל בלשונו, וזה באמת קרה". ראו אורנה קדוש, "זועבי מכבס לבד", מעריב – מוסף סופשבוע (8.4.94).

94. ראו בג"ץ גלברט (לעיל, הערה 92), בעמ' 604.

95. שם, בעמ' 605-606.

96. ראו, לדוגמה, ע"א 2974/97 צלאח נ' שם טוב (לא פורסם) (בפתח הדיון אמרה השופטת

'סחטנות' מן המשיבה" וכי "היא [השופטת] נתנה את החלטתה הקודמת על בסיס מדיניות משפטית שהיא מאמינה בה וכי היא לא רואה כיצד תשנה את עמדתה בעניין זה", באומרו כי "עיון בהתבטאויות ובהחלטות אלה אינו מראה כי ליושב בדין עמדה סופית, באופן המגבש את הרושם לפיו 'המשחק מכור'".⁹⁷

למערער כי סיכויי תביעתו קלושים, שכן משמעות טענתו כלפי יפוי הכוח הנה כטענה בעל-פה נגד מסמך בכתב. כאשר העיר המערער בתגובה כי טענתו אינה בעל-פה, שכן היא נסמכת על ראשית ההודאה בכתב של המשיב, ענתה השופטת כי: "אנו נראה כבר מה שווה הודאתו של שם טוב [המשיב - י"ר]". כן טען המערער, כי השופטת הבהירה לו כי היא נוהגת לפסוק הוצאות בשיעור גבוה - העולה אף על סכום התובענה. בהחלטתו קבע הנשיא ברק קבע כי "אין בהתבטאותה של כבוד השופטת בהליך זה משום הריצת דין מוקדמת וקביעת תוצאות ההליך - חוקת 'משחק מכור'"; ע"א 2998/97 עירית חולון נ' אברהם רובינשטיין ושות'; חברה קבלנית (לא פורסם). על פי ההלכה הקיימת שופט מקצועי אינו נפסל בשל הבעת דעה, אפילו אם הגיעה עמדה זו לכלל פסק דין שבוטל או שונה לאחר מכן. ראו ע"א 2296/97 פזילוב נ' א' פזילוב (לא פורסם); ע"א 1860/97 מרבק בית מטבחים בע"מ נ' מזרחי (לא פורסם); ע"א 4199/99 חברת נרגו בע"מ נ' ד.ב. שירותי תיירות בע"מ (לא פורסם); ע"א 2478/01 ע' עובדיה נ' עובדיה, פ"ד נה(4) 625. כך גם לעניין הבעת דעה בהליכי ביניים ובבקשות לסעדים זמניים. ראו ע"א 6447/96 אחים שרבט חברה לבניין בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון (לא פורסם).

97. ע"א 2861/04 טוויל נ' סולל בונה בע"מ (טרם פורסם), פסקה 6. המקרים שבהם מצא הנשיא ברק כי התבטאויותיו של השופט מצביעות על כך ש"המשחק מכור" ומצדיקות את פסילת השופט הם מועטים וקיצוניים. דוגמה למקרה שכזה הוא ע"א 3432/97 בי.ג.י. אסיסנטס לימיטר נ' וייס (לא פורסם) (להלן: ע"א בי. ג.י. אסיסנטס לימיטר). העילות שבגינן נפסל השופט היו אלה: בית המשפט הציע למערער להסכים לדחיית התביעה ללא צו להוצאות; משסירבה באת כוח המערער להצעה, הודיע לה בית המשפט, כי המערערת ובאי כוחה "יצטרכו לעבוד קשה מאד באולמו" כדי להוכיח לבית המשפט את זכאותם לקבלת שכר טרחה במקרה שבו הנתבע אינו מקבל רנטה; בית המשפט הוסיף, כי התביעות המוגשות על ידי המערערת הן שימוש לרעה בהליכי משפט והוא אינו בטוח אם אין הן מגיעות "לכדי רמייה של ממש"; בית המשפט הצהיר, כי בכוונתו לדחות את תביעת המערערת, תוך חיובה בהוצאות כבדות, כך שכל רווחיה של המערערת ישולמו כהוצאות; בית המשפט הודיע כי יעמוד על זימונו של עורך דין מגרמניה, כדי שהנ"ל יראה מה העבודה המשפטית שנעשתה בעניינה של המשיבה, תוך שהוא מוסיף: "על מה אתם רוצים כסף? על זה שעוה"ד הגרמני ישב עם מיישור בגרמניה על כוס בירה?" (שם, פסקה 1); בית המשפט הודיע, כי אינו מתכוון לפסוק לזכות המבקשת במקרה שבו התביעה היא לשכר טרחה והנתבע אינו מקבל רנטה, וכי לא מעניין אותו מה כתוב בהסכם שכר הטרחה; בית המשפט אף התבטא במפורש כי "ישמה מאד אם תוגש בקשה לפסילתו" (שם, פסקה 1). מקרה נוסף שבו פסל בית המשפט את השופטת בשל התבטאותה הוא ע"א 10638/03 טיבי נ' שמבה (טרם פורסם) (להלן: ע"א טיבי) שבו כינתה השופטת את המערערים במהלך המשפט "גנבים" והוסיפה שמעשיהם הם

בבסיס מבחני הפסלות שמציעים הנשיאים שמגר וברק עומדת ההנחה כי דרך קבלת ההחלטות של השופט המקצועי שונה באופן מהותי מזו של אדם מן היישוב, ודברים יש בהם כדי להשפיע על החלטתו של כל בן אנוש אין בהם כדי להשפיע על החלטת השופט. הנחה זו מוטלת בספק.⁹⁸ הספרות הפסיכולוגית העכשווית העוסקת בהכרעות שופטים

גנבה אשר אולי אף מגיעה כדי עברה פלילית (שם, פסקה 2). השופט ברק פסל את השופטת וקבע כי בנסיבות המקרה מקימה ההתבטאות חשש ממשי למשוא פנים שכן הוא יורד לשורשי המחלוקת בין הצדדים וכי השופטת דבקה בקביעתה זו גם בשעה שדחתה את בקשת הפסלות (שם, פסקה 3). עם זאת, יש לציין כי ישנם מקרים רבים שבהם סירב הנשיא ברק לפסול שופטים בשל התבטאויות קיצוניות לא פחות, ואולי אף יותר, מאלו שב"ע"א בי. גי אפיסטרנס לימויטד ובע"א טיבי.

98. בבסיס מבחן "המשחק המכור" מצויה ההנחה כי השופט מגבש את עמדתו אך ורק בהגיע ההליך המשפטי לסיומו: "כידוע", כותב השופט בן-דרור, "ההנחה המשפטית היא שרק בתום המשפט, עת ישב השופט לכתוב את פסק דינו, כשכל החומר לפניו, רק אז יגבש את עמדתו ודעתו ויחליט במי מן העדים לתת אמון ואיוז עדות (או אילו עדויות) תשמענה לו לצורך הכרעה בהליך". מרדכי בן-דרור, "על שום מה התערבה הכנסת בקביעת כללים להתנהגות השופטים?", *המשפט – כתב עת לענייני משפט* 18 (תשס"ד) 86, בעמ' 92. וראו גם דברי הנשיא שמגר: "השופט מגבש את דעתו עם תום ההליכים ולא לפניהם, וחלילה לו מלפתוח פתח להיווצרותו של הרושם המוטעה, שמא כבר כלה ונחרצה עמו להגיע למסקנה פלונית". ראו ע"פ 199/85 *אליעז נ' מדינת ישראל*, פ"ד לט(2) 80 (להלן: ע"פ *אליעז*), בעמ' 84. הנשיא ברק מרכיב מעט עמדה זו, אך הוא עדיין סבור שהכרעה סופית מתגבשת אך ורק בתום ההליך כולו: "ההליך השיפוטי הוא הליך רציף ומתפתח. ההתפתחויות באולם המשפט משתקפות במחשבות השופטת, תוך שהיא נוקטת עמדה פנימית כלפי האירועים. רק כך תוכל השופטת, בהגיע סיום המשפט, לנקוט עמדה בשאלות (המשפטיות והעובדתיות) הניצבות בפניה. ברוב המקרים, יוצרת השופטת לעצמה את התרשמותה הפנימית. אך לעתים היא נותנת לה ביטוי חיצוני. אין בכך כדי לפסול אותה. כל שנדרש הוא, שההתרשמויות והעמדות שהתגבשו אצל השופטת, יהיו בעלות אופי לכאורי בלבד; שדעתה של השופטת תמשיך להיות פתוחה לאפשרות של בחינה מחודשת ושינויים; שהדעה המעוצבת על-ידיה לא תהא סופית; כי לבה יהיה פתוח לקלוט רשמים, עובדות ונתונים חדשים וכי רק בסוף ההליך תבוא ההכרעה הסופית". ראו ע"פ *בשן (לעיל, הערה 31)*, בעמ' 614. עמדה זו, על גרסאותיה השונות, אינה יכולה לעמוד בפני הביקורת. כך, למשל, כתב השופט Frank (לעיל, הערה 1), בעמ' 100-101: "The process of judging, so the psychologists tell us, seldom begins with a premise from which a conclusion is subsequently worked out. Judging begins rather the other way round — with a conclusion more or less vaguely formed; a man ordinarily starts with such a conclusion and afterwards tries to find premises which will substantiate it ... Now since the judge is a human being and since no human being in his normal thinking processes arrives at decisions ... by a route of any such syllogistic reasoning, it is fair to assume that the judge, merely by putting on the judicial ermine, will not acquire

עומדת על כך שהתהליכים הקוגניטיביים העוברים על השופט אינם שונים במהותם מאלה שעובר כל אדם הנדרש לקבל החלטות.⁹⁹ אך עמדה זו אינה חדשה או חדשנית. השופט ג'רום פרנק (Frank), מראשי הריאליזם המשפטי, טען כבר בשנות ה-30 של המאה הקודמת כי "משום ששופטים אינם בני גזע שונה ומשום שתהליכי השיפוט שלהם חייבים להיות דומים במהותם לאלו של אנשים אחרים, מחקר העוסק באופן שבו שופטים מקבלים החלטות יוכל להיעזר בתשובה על השאלה מהם הגורמים החבויים בהסקת מסקנות (inferences) ובדעות (opinions) של אנשים מן היישוב" (התרגום שלי - י"ר).¹⁰⁰ ג'ון דואי (Dewey) הטעים כי תהליכי החשיבה של השופט אינם שונים מאלו של המהנדס, הבנקאי, האיכר או הסוחר,¹⁰¹ והעידו על כך גם שופטי עבר והווה כגון קרדוזה (Cardozo), הולמס (Holmes),

so artificial a method of reasoning. Judicial judgments, like other judgments, doubtless, in most cases, are worked out backward from conclusions tentatively formulated" ראו גם מנחם מאוטנר, "גדמר והמשפט", עיוני משפט כג (תש"ס) 367, בעמ' 407-409. מאוטנר טוען, בעקבות גדמר, כי מהות האנושיות היא לפרש ולהפיק משמעות בכל רגע ורגע. מכאן, ממשיך מאוטנר, "ששופטים אינם יכולים שלא לייצר משמעויות לגבי המקרים שהם דנים בהם החל במפגש הראשון שלהם עם, דהיינו, ממש החל ברגע הראשון בו הם קוראים את התיק שהם אמורים לעסוק בו, או אפילו החל ברגע המוקדם עוד יותר, בו השופטים נתקלים בשמותיהם של הצדדים שהם עומדים לדון בעניינם, ובוודאי החל ברגע הראשון בו הם רואים באולמס את הצדדים להליך או את העדים הנוטלים חלק בהליך" (שם, בעמ' 407). לתובנה זו, טוען מאוטנר, צריכות להיות השלכות על כללי סדר הדין הקובעים את האופן שבו תוכני הדיון מועברים לתודעת שופט במהלך הדיון השיפוטי (ראו שם, בעמ' 409).

99. ראו: Dan Simon, "A Psychological Model of Judicial Decision Making", 30 *Rutgers L. J.* Edward S. Howe and Thomas C. Loftus, "Integration of Intention and Outcome Information by Students and Circuit Court Judges: Design of Intention and Outcome Information by Students and Circuit Court Judges: Design Economy and Individual Differences", 22 *J. App. Soc. Psychol.* (1992) 102 בין שתי טענות הנראות במבט ראשון דומות אך למעשה הן שונות תכלית השינוי. טענה אחת (שאני מבקש לבסס) היא כי ההליך הקוגניטיבי של קבלת החלטות שעובר השופט אינו שונה במהותו מזה שעובר כל בן אנוש. הטענה האחרת (שאני טוען) היא כי אין יתרון לשופט על כל אדם אחר בקבלת החלטות שיפוטיות. בעוד יש בסיס טוב להנחה כי קבלת החלטות שיפוטיות איננה עניין סובייקטיבי גרידא וכי מקצוענות השופטים מאפשרת להם לקבל החלטות שיפוטיות טובות יותר מאדם שאיננו שופט מקצועי, אין סיבה להניח כי האופן שבו שופטים מקבלים החלטות שונה מאופן קבלת ההחלטות על ידי כל אדם. כפי שטוען Simon, בעמ' 33-34: "While judges clearly benefit from some advantages borne by their discipline-specific expertise, it is very doubtful whether the cognitive processes underlying the making of their decisions are any different"

100. Frank (לעיל, הערה 1), בעמ' 105-106.

101. John Dewey, "Logical Method and Law", 10 *Cornell L. Q.* (1924) 17, p.18.

שפר (Shafer), לפלר (Leflar), לאוולין (Llewellyn) ופוזנר (Posner).¹⁰² עמדה זו מקבלת משנה תוקף לנוכח העובדה שבית המשפט אינו מבחין בין שופטים ותיקים ומנוסים ובין שופטים חדשים. השופט נהפך ל"שופט מקצועי" מרגע מינויו למשרה השיפוטית. גם מקרב שופטי בית המשפט העליון הישראלי קמו מתנגדים למבחני פסילה המעלים את השופט לדרגה על-אנושית. כך, למשל, בע"א ברזל יוצא השופט צבי טל נגד מבחן "המשחק המכור" באומרו: "כשאני לעצמי, קשה לי לאמץ את המבחן המחמיר יותר. לפי מבחן זה, איני יכול לצייר בנפשי מקרה שבו ייפסל שופט מחמת דעה מוקדמת בנושא שהוא דן בו – תהא הדעה שהביע נחרצת ככל שתהיה. מי הוא שיבוא עד חקר לבו וכליותיו של השופט ויגיד לנו שאין כל סיכוי שדעתו תשתנה במהלך המשפט, כי 'המשחק מכור' וכי דעתו של השופט 'נעולה' ואין פותח... כל שכן כאשר השופט מעיד על עצמו שדעתו ולבו פתוחים" (ההדגשות במקור – י"ר).¹⁰³

כיצד מצליחים השופטים לטעון ליכולות על-אנושיות בלי לעורר תרעומת ציבורית של ממש? סבורני שהפרק הבא יכול לספק הסבר, חלקי לפחות, לתופעה.

2. עשיית צדק ומראית פני הצדק

מהלך מעורר פליאה, שניתן למצוא ברבים מפסקי הדין העוסקים בפסלות שופט מאמצע שנות השמונים ואילך, הוא הפרדה ברורה בין ה"צדק" שבהחלטת בית המשפט בדבר יכולתו של השופט לדון בעניין שלפניו בהגינות ובלא משוא פנים ובין "מראית פני הצדק" אצל המתדיינים ובקרב הציבור הרחב. הפרדה זו אינה מתיישבת עם עקרונות בסיסיים של המשפט המנהלי המבקשים לקיים זיקה הדוקה בין ההחלטה המנהלית לתדמיתה הציבורית, זיקה המוסברת בצורך לשמור על אמון הציבור. מן המפורסמות הוא שנושאי משרה ציבורית חייבים למלא את תפקידם הציבורי בהגינות ובלא משוא פנים. אך אין זה מספיק שהם עצמם משוכנעים כי פעלו בהגינות ובלא נטייה, אלא אותם הגינות וחוסר נטייה צריך שיהיו גם במראית פני הדברים, שכן, כפי שחוזר ואומר בית המשפט לעניין אמון הציבור, מה שלא נראה גם לא נעשה.¹⁰⁴ כלל זה חל באופן עקרוני גם על שופטים, כפי שמסביר אהרן ברק בספרו שיקול דעת שיפוטי, כאשר הוא דן במגבלות הדיוניות המוטלות על

102. לדיון מפורט בעמדתם של שופטים אלה תוך הבאת ציטוטים מתאימים ראו Simon (לעיל), הערה 99, בעמ' 33-34, 102-121.

103. ע"א 899/95 ברזל נ' בונם הנכסים הרשמי, פ"ד מט(1) 854, בעמ' 856.

104. ראו, לדוגמה, בג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה, פ"ד לד(2) 566 ("אולם אדם קרוב לעצמו, למשרדו, למחלקתו ולענייניהם, והוא עלול על נקלה להזדהות שלא ככוונה עמהם מבלי שיחוש כלל שהוא נוקט עמדה לא בלתי משוחדת כלפי הגוף שבראשו הוא עומד ולעניינו הוא דואג. כידוע, במקרים כאלה יש למנוע לא רק את הסכנה של אי עשיית צדק, אלא גם את האפשרות שלא ייראה שהצדק נעשה"). ראו גם בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117.

השופט: "יתר חופש עשוי לפגוע בהגינותו של ההליך השיפוטי. אין די בכך שנעשה צדק, צריך גם שייראה שנעשה צדק".¹⁰⁵

המצב שונה לחלוטין כאשר מדובר בפסלות שופט. כאן לא רק שאין ניסיון ליצור זיקה בין יכולתו בפועל של השופט לדון בהגינות ובלא משוא פנים ובין מראית פני הדברים בעיני הציבור, אלא המגמה השלטת היא דווקא לנתק ביניהן ניתוק מוחלט. בעניין זה חל במהלך השנים שינוי משמעותי בפסיקת בית המשפט.¹⁰⁶ עד שנות השמונים המוקדמות ניתן היה למצוא פסקי דין לא מעטים שבהם התקבלו ערעורי פסלות אך ורק משום שנפגמה מראית פני הצדק בעיני בעל הדין הנוגע בדבר. כך, למשל, בפרשת אלאל פסל הנשיא זוסמן שופט משום שזה נחשף לראיות בלתי קבילות בזמן הדיון בבקשת המעצר. את החלטתו הצדיק זוסמן בכך שאף שאין לו צל של ספק שהשופט לא יושפע מן הראיות שהובאו לפניו בבקשת המעצר, "כשאתה מתבונן בענין באספקלריה של הנאשם, קביעתו הבלתי מסויגת של השופט כי הגנתו איננה מתקבלת על הדעת, עלולה להעלות בלבו של זה חששות".¹⁰⁷ בפרשת בהן פסק המשנה לנשיא (כתוארו אז) מאיר שמגר בעניין שופט אשר התבטא באופן שלילי באשר למערער בדיון קודם, כי אף שאין לו ספק שהשופט יוכל להשתחרר בלא קושי מהשפעת אותו דיון "יש לנהוג בדרך הבאה להסיר כל לזות שפתיים או תחושה לא נוחה והמבטיחה את התרומה המרבית להשגת מראית פני הצדק, נוסף על הצדק עצמו".¹⁰⁸ ובפרשת ורקשטל פסל שמגר שופט שנחשף לראיות בלתי קבילות, והוסיף כי "חזקה על השופט, שיידיע 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

105. אהרון ברק, (לעיל, הערה 38), בעמ' 47.

106. רונן עדיני סבור כי ישנם חוסר אחידות ואי בהירות בפסיקת בתי המשפט בענין פסלות שופט: "המבחנים אשר גובשו בפסיקת בתי המשפט בישראל בענין פסלות שופט הינם בלתי אחידים ומעורפלים במידה רבה, עד כדי כך שאין בהם לשמש הנחיה ראויה לכל העוסקים בדבר" (עמ' 182). ראייה לכך מוצא עדיני בהתייחסות הפסיקה למראית פני הצדק כעילת פסלות. מחד גיסא, אומר עדיני, "ניתן למצוא התבטאויות רבות אודות כך שמראית פני הצדק אינו שיקול יחיד או אף עיקרי בהכרעה בדבר פסלות שופט. מאידך גיסא, בדיקה מעמיקה יותר של פסקי הדין בהם הורה בית המשפט העליון על פסלות שופט מגלה כי שיקול דומיננטי ביותר בקבלת הערעור היה השיקול של מראית פני הצדק" (עמ' 191). רונן עדיני, "פסלות שופט – הגיעה העת למבחן אחיד וברור", הפרקליט מג (1996), בעמ' 182. מאמר זה יראה כי מבחני הפסלות הם דווקא אחידים וברורים (ככל שמבחן משפטי מסוג אמת מידה (standard) יכול להיות ברור), ובכלל זה גם ההתייחסות למראית פני הצדק כעילה לפסילתו של שופט. טעותו של עדיני היא בקריאה א־היסטורית של פסקי הדין – הוא קורא כמקשה אחת פסקי דין מתקופות שונות. כפי שנראה להלן, מבחני הפסלות, וביניהם גם ההכרה במראית פני הצדק כעילת פסלות, עברו שינויים משמעותיים במהלך השנים ובעיקר בשנות השמונים.

107. ע"פ אלאל (לעיל, הערה 85) בעמ' 728.

108. ע"פ 292/82 בהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 729, בעמ' 733.

שלפנינו לא יכול להשתחרר מן התחושה כי לשופט סופק מידע שיש בו כדי להציגו באור שלילי, ושיכולה להיות לכך השלכה על גיבוש דעתו של השופט".¹⁰⁹ מגמה זו החלה להשתנות בתחילת שנות השמונים.¹¹⁰ בתחילה בצורה מהוססת ובלתי עקיבה. כך, למשל, בע"פ אבוהצירא סירב הנשיא לנדוי לפסול שופטת אשר במהלך דיון סגור בלשכתה כינתה את הנאשם, ח"כ אהרן אבוהצירא, בכינוי "הטיפוס הזה" וקיבל את גרסתה כי היא לא גיבשה כל דעה קדומה על הנאשם. לנדוי פסק כי לא רגישותו הסובייקטיבית המיוחדת של הנאשם היא הקובעת בעניין זה, אלא השאלה היא אם הוכחה אפשרות ממשית, מבחינה אובייקטיבית, של משוא פנים בניהול המשפט והוסיף כי "לענין זה אין לחזור על הפזמון הנדוש, שצדק לא רק צריך להיעשות אלא הוא גם צריך להיראות. השאלה היא עדיין: בעיני מי צריך להיראות הצדק, והתשובה היא: לאו דווקא בעיני הנוגע בדבר אלא בעיני המשקיף הסביר מן הצד, שבית המשפט מייצגו, הרואה את הדברים ללא מעורבות אישית בהם".¹¹¹ במילים אחרות, אם עד כה בחן בית המשפט את שאלת מראית פני הצדק מנקודת מבטו של בעל הדין הנוגע בדבר, קובע בית המשפט כי מעתה יש לבחון את השאלה מן הפרספקטיבה של האדם הסביר שאינו מעורב בסכסוך שבדיון.¹¹² הלכה זו לא החזיקה מעמד זמן רב, ושנים מעטות לאחר מכן קבע הנשיא שמגר כי כאשר בוחן בית המשפט אם יכול שופט שהתבקש לפסול עצמו להוסיף ולדון בעניין מסוים, השאלה שעליו לשאול את עצמו "איננה מה הרושם שיווצר בציבור הרחב או מה תגובתו של האדם הסביר".¹¹³ מראית פני הצדק בעיני האדם הסביר והציבור הרחב, ובוודאי בעיני

109. ע"פ 593/83 ורקשטל נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 614 (להלן, ע"פ ורקשטל), בעמ' 616.

110. ראוי לציין שהרהורי כפירה מהוססים בחשיבות מראית פני הצדק התעוררו כבר קודם לכן בפסק הדין התקדימי ב"ש ידיד (לעיל, הערה 49), בעמ' 31, שם קבע הנשיא אגרנט: "לא התכוונתי להמעיט את ערכו של העקרון שקובע שנחון שגם ייראה לציבור שהצדק נעשה, ולא רק שהוא נעשה הלכה למעשה. אולם, עקרון זה אינו טומן בחובו, כשלעצמו, את המבחן שלפיו ניתן לפסול שופט מלדון בענין הבא לפניו. חשיבותו של העקרון היא רק בכך, שהוא בא להצביע על הצורך להקפיד, במידת האפשר, שלא תיפגע אמינותם של בעלי הדין ובני הציבור בתקינותו של ההליך השיפוטי שהתקיים בענין זה או אחר, לאו דווקא בשל החשד שהשופט היה פסול מלקיימו... עם כל זאת, רצוני להזהיר שגם אם חשיבותו הכללית של העקרון בו עסקינן אינה מוטלת בספק, אין להגזים בהודקקות אליו במקרים שבהם חשיבותו, הלכה למעשה, היא מבוטלת, דבר שבעלי הדין ועורכי דינם עושים לאחרונה חדשים לבקרים עד שלפעמים נוצר הרושם שחשוב יותר שהצדק 'יראה' מאשר שהוא נעשה בפועל". עם זאת, קריאה דקדקנית של דברי אגרנט מלמדת כי קשה מאוד לקרוא לתוך פסק הדין את מה שקרא לתוכו הנשיא שמגר במאמרו [שמגר (לעיל, הערה 47)], כי אין מקום להתחשב כלל במראית פני הצדק בעיני בעלי הדין והציבור הרחב. ראו להלן, הטקסט הנלווה להערות 113-118.

111. ע"פ 5/82 אבוהצירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 247 (להלן: ע"פ אבוהצירא), בעמ' 250.

112. ראו גם ע"פ 862/81 בוטבקה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 586, בעמ' 588.

113. שמגר (לעיל, הערה 47), בעמ' 107.

בעל דין הנוגע בדבר, אינה מהווה, לדעת שמגר, צילה לפסילתו של שופט. רק סכנה "אמיתית" של עיוות הצדק, כפי שמעריך אותה בית המשפט, תביא לידי פסילתו. במילים אחרות, השאלה אם קיימת אפשרות ממשית למשוא פנים, צריכה להיות מוכרעת "על פי ההסתברות אותה מסיק בית המשפט מן הנסיבות ולא על יסוד הרושם שנוצר למעשה באופן סביר במוחו של בעל־הדין המליץ או בעיני הציבור הרחב."¹¹⁴ חשוב להדגיש כי על פי שמגר, הרושם כי השופט פועל בחוסר הגינות ובמשוא פנים צריך להיווצר אצל בעל הדין והציבור הרחב **באופן סביר**. אין המדובר בחשש מופרך, אלא כזה שאדם מן היישוב (להבדיל מן השופט המקצועי) היה מסיק מן הנסיבות.

זניחתו של מבחן "החשד הסביר" למשוא פנים, שאפיין את הפסיקה בתחילת דרכה בעקבות המשפט המקובל האנגלי, ואימוצו של מבחן "האפשרות הממשית" המאפיין אותה היום, מוסבר על ידי שמגר בכך ש"מבחן החשד הסביר - פניו באנגליה בעיקר **למראית פני הדברים** בו בזמן שמבחן האפשרות הממשית מתמקד בהערכה של **ההסתברות**, הנעשית על ידי בית המשפט" (ההדגשות במקור - י"ר).¹¹⁵ מבחן האפשרות הממשית הוא, על פי שמגר, מבחן אובייקטיבי להבדיל ממבחן החשד הסביר שהוא מבחן סובייקטיבי: "ההבדל העיקרי בין המבחן האובייקטיבי לבין המבחן הסובייקטיבי מתמצה בהבדל בהדגשה: המבחן האובייקטיבי שם את הדגש על הסכנה של עוות הצדק, המבחן הסובייקטיבי שם את הדגש על מראית פני הצדק"¹¹⁶ בהחלטותיהם בדבר פסלות שופטים החיל הנשיא שמגר, ובעקבותיו גם הנשיא ברק, את ההלכה כי מבחן האפשרות הממשית אינו נשען על מראית פני הצדק בעיני בעל דין, האדם הסביר או הציבור הרחב אלא על הערכה מקצועית אובייקטיבית של בית המשפט בדבר יכולתו של השופט לדון בעניין שלפניו בלא משוא פנים.¹¹⁷ זוהי ההלכה

114. שם, בעמ' 91.

115. שם, שם.

116. שם, בעמ' 92.

117. ראו שמגר (לעיל, הערה 47), עמ' 106, 116. הדיכטומיה בין מראית פני הצדק לעשיית צדק חוזרת ונשנית ברבים מפסקי הדין. ראו, לדוגמה, בג"ץ **גלברט** (לעיל, הערה 92), בעמ' 591 ("אין די בשכנוע של אדם הנוגע בדבר ואפילו לא במראית העין של הציבור הרחב, אלא נדרשת הכרעה לפי שיקול־דעת מקצועי של בית המשפט"); ע"פ **בראון** (לעיל, הערה 3), בעמ' 627 ("גם אם החלטות כאלה [החלטות שקיבל השופט בקשר לניהול המשפט - י"ר] פוגמות במראית הצדק, מנקודת הראות של בעל הדין, אין להעדיף את מראית הצדק על עשיית הצדק. וכבר התריע הנשיא אגרנט על כך ש'בעלי־הדין ועורכי־הדין עושים לאחרונה חדשים לבקרים (שימוש בעיקרון שהצדק צריך להיראות - י.ז.) עד שלפעמים נוצר הרושם שחשוב יותר שהצדק 'ייראה' מאשר שהוא נעשה בפועל"); ע"פ **חברת לב** (לעיל, הערה 58), בעמ' 300; ע"פ **יהודה** (לעיל, הערה 85), בעמ' 791; ע"פ 4223/02 **עליאן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 655, בעמ' 661 ("הלכה היא כי אין להרחיב את השימוש בטענת מראית פני הצדק כעילת פסלות, שכן או נימצא מרוקנים מתוכן את הילכות הפסלות שפותחו בבית־משפט זה... אכן, ישנה חשיבות כי הצדק לא רק ייעשה אלא גם ייראה, אך אמת־המידה לפסלות שופט אינה צומחת מהשאיפה למראית פני הצדק. 'השאלה איננה מה הרושם שייווצר בציבור הרחב או מה תגובתו של האדם הסביר'").

מאז ועד היום, ואין פוסלים עוד שופט אך ורק בשל כך שנפגמה מראית פני הצדק.¹¹⁸ כיום אם סבור בית המשפט כי הפגיעה במראית פני הצדק היא קשה במיוחד, הוא ידחה את ערעור הפסלות אך ימליץ לשופט (המלצה שקשה לסרב לה) שלא לדון בתיק ולהעבירו לשופט אחר. כך יכול בית המשפט לאתחו בחבל בשני קצותיו: מצד אחד נחסכת הפגיעה במראית פני הצדק שכן השופט אינו יושב בדין, אך מצד אחר אין הכרה בכך שפגיעה במראית פני הצדק היא עילה לפסילת שופט.¹¹⁹ יתרה מזו, בתחילת שנות התשעים נולדה בבית היוצר של בית המשפט העליון פרקטיקה חדשה וייחודית, המבטאת בצורה ברורה את הניתוק בין עשיית הצדק למראית פני הצדק, ולפיה מבטל בית המשפט העליון החלטות של שופטים שפסלו עצמם כדי לשמור על מראית פני הצדק, ומחייב אותם לדון בתיק בניגוד לרצונם.¹²⁰

118. יצוין כי בכמה מקרים בודדים חרגו שופטי בית המשפט העליון מן הקו הנוקשה שהתוו הנשיאים שמגר וברק ופסלו שופטים מחמת הפגיעה במראית פני הצדק. כך, למשל, ברע"א 4413/91 בנייני מ. י. גינדי הנדסה ופיתוח בע"מ נ' מוטווסל, פ"ד מה(5) 778 (להלן: רע"א בנייני מ. י. גינדי) פסל השופט שלמה לויין את שופט בית המשפט המחוזי, חיים אדר, שהתערב באופן אקטיבי בדין ונתן עצה משפטית לאחד הצדדים תוך שהוא מיישם את המבחן שנקבע ברע"פ אלאל (לעיל, הערה 85) וברע"פ ורקשטל (לעיל, הערה 109) (היינו מראית פני הצדק בעיני בעל הדין הנוגע בדבר). השופט שלמה לויין קבע בהחלטתו כי הוא מוכן להניח כי מבחינתו שלו "ראה עצמו השופט המלומד מסוגל, למרות הדברים שנאמרו, לשקול את הראיות שתובאנה בפניו בראש פתוח ובנפש חפצה ולפסוק על יסודן באורח אובייקטיבי; עם זאת, אין ספק בלבי, שדברי השופט המלומד, בהקשר שבו נאמרו, היו מעלים בלב כל מתידיין חשש ממשי, שמא השופט כבר חרץ את דינו; ... בנסיבות אלה, מחייבים שיקולים כלליים של תקינות ההליך לגבור על האמונה הבלתי מעוררת באובייקטיביות בפועל של השופט המלומד". ראו רע"א בנייני מ. י. גינדי, בעמ' 780. ראו גם ע"פ 3971/90 אסיס נ' השופטת אוסטרובסקי, פ"ד מה(1) 661 (להלן: ע"פ אסיס), בו פסל השופט דב לויין את שופטת בית המשפט המחוזי, ויקטוריה אוסטרובסקי-כהן, לאחר שזו סירבה לאשר עסקת טיעון וביקשה מן התביעה להביא לפניו עדויות נוספות באשר למעשיה של הנאשמת. בהחלטתו הסתמך השופט דב לויין על המבחן שנקבע ברע"פ אבוהצירא (לעיל, הערה 111) (היינו מראית פני הצדק בעיני המשקיף הסביר מן הצד) וקבע כי אף שמדובר במערכת המושתתת על שיפוט מקצועי וחזקה על השופט שידע להשתחרר מכל רושם בלתי רלוונטי ולהשתית את פסק דינו על אדנים שיפוטיים מקצועיים בלבד, "בנסיבות העניין עלולות התבטאויות מעין אלה לעורר חשש בלב המשקיף הסביר מן הצד", כי נתגבשה לבית המשפט דעה מוקדמת לגבי עניינה של המערערת, וראוי למנוע תחושה זו". ראו ע"פ אסיס, בעמ' 669.

119. ראו, לדוגמה, ע"פ אליעז (לעיל, הערה 98); ע"פ 184/85 שרעבי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 446; ע"פ בראון (לעיל, הערה 3); ע"פ 1172/03 גאון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); ע"פ 1293/03 גליקרוב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); ע"פ 4589/03 קבלאן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).

120. פסק הדין הראשון שחייב שופט שפסל עצמו לחזור ולדון בתיק הוא ע"פ 1816/90 גרשוני נ'

מהלכים אלה ניתנים להבנה אם רואים אותם בהקשרם הרחב כחלק מפרויקט ההתמקצעות של בית המשפט שהחל לצבור תאוצה בשנות השמונים המוקדמות.¹²¹ אחת האסטרטגיות המרכזיות של הפרופסיות היא הפרדה בין "תגמולים" (incomes) ל"ביצועים" (performances) כך שהתגמולים ימשיכו לזרום גם אם הביצועים יהיו כושלים. אסטרטגיה אחרת היא הסתרתם של כישלונות אלה מעין הציבור.¹²² תגמולים אינם חייבים להיות (ובמקרה של בית המשפט הם אכן אינם) כלכליים דווקא, אלא הם יכולים להיות תגמולים סימבוליים כגון יוקרה ומעמד חברתי. הטקטיקה הבולטת ביותר להסתרת כישלונות מן הציבור היא ניכוס היכולת לשפוט את הביצועים שלה על ידי הפרופסיה עצמה.¹²³ אם

מדינת ישראל, פ"ד (מדי) 781 (להלן: ע"פ גרשוני). לדיון בסוגיה זו ראו להלן, הערה 150 והטקסט הנלווה לה.

121. הסבר אלטרנטיבי לשינוי בעמדת בית המשפט העליון מספק שמגר במאמרו: "אם בית המשפט יטה להרחיב את הפתח ולאמץ אמת מידה של מראית פני הדברים כדי להפיש דעתו או חששותיו של הנוגע בדבר, יביא בכך תוך זמן קצר, לפגיעה למעשה בהליכים: אם יתרבו הפסילות בשל כל חשש, ירבו גם השופטים הדנים בתיקים מראש בהיענות על אתר לבקשות פסילה כדי לא להפסל לאחר מכן על פי פסיקתה של ערכאת ערעור, שתסתפק לצורך הכרעתה בחשש או במראית פני הדברים ולא תעניק אשראי ליכולתו של השופט להרים עצמו מעל להשפעותיה או השלכותיה של כל הערה וגערה או כל ידיעה על הנאשם ועברו". שמגר (לעיל, הערה 47), בעמ' 107. ראו גם ע"פ בראון (לעיל, הערה 3). ואולם הסבר זה כוחו יפה אך ורק לשינוי הראשון בעמדת בית המשפט, דהיינו המעבר מאמת המידה של מראית פני הצדק בעיני בעל הדין למבחן מראית פני הצדק בעיני האדם הסביר. כך אנו למדים גם מדברי שמגר עצמו האומר: "אם בית המשפט יטה להרחיב את הפתח ולאמץ אמת מידה של מראית פני הדברים כדי להפיש את חששותיו של הנוגע בדבר, יביא בכך תוך זמן קצר, לפגיעה למעשה בהליכים" (ההדגשה שלי - י"ר). אין ביכולתו לספק הסבר לשינוי השני בעמדת בית המשפט - המעבר ממבחן האדם הסביר לחוסר התחשבות מוחלט במראית פני הצדק כעילה לפסלות שופט.

122. Alvin W. Gouldner, *The Future of Intellectuals and the Rise of the New Class* (Seabury, 1979). 22. גולדנר (Gouldner) ראה במקצוענות (professionalism) את האידיאולוגיה של ה"מעמד החדש". על פי Gouldner, בשנות השישים החלה להתפתח ברית בין האינטליגנציה הטכנית (technical intelligentsia) לאינטלקטואלים ההומניסטים (humanistic intellectuals), או במילים אחרות בין התבונה הטכנוקרטית לחשיבה הביקורתית, ברית אשר הובילה ליצירתו של "מעמד חדש" שכוחו אינו מבוסס על הון כלכלי - שליטה באמצעי הייצור - כמו זה של הבורגנות, אלא על הון תרבותי - מונופול על ידע תאורטי, ומכיוון שכך טענתו לאוניברסליות חוקה לעין ערוך מזו של המעמדות שקדמו לו. המקצוענות, טען Gouldner, טומנת בחובה טענה משתמעת לעליונות טכנית ומוסרית של המעמד החדש על המעמד הישן שממנו הוא צמח. היא מציבה את המעמד החדש בעמדה של בעל הסמכות הלגיטימית והכישורים הטכניים הנדרשים הפועל לטובת החברה כולה.

123. שם, שם.

ישתכנע הציבור כי אך ורק שופט יכול לדעת מתי נגרם עיוות צדק אמיתי ומתי קיימת רק מראית עין של חוסר צדק, לא יוכל בית המשפט לטעות לעולם והתגמולים ימשיכו לזרום בלא הפרעה.

בד בבד משרתת ההבחנה את השופטים במאמציהם לנכס לעצמם גוף ידע מקצועי. כוחם של המומחים נגזר, כפי שראינו, מיכולתם לנכס גוף ידע מקצועי ולשכנע את הציבור (והמחוקק) כי רק להם יש יכולת להבין ולהפעיל את אותו גוף ידע. כללי הפסלות מאפשרים לבית המשפט לנכס גוף ידע מקצועי שכוה. באמצעותם יוצר בית המשפט דיכוטומיה בין הידע העממי באשר ל"מהו צדק" ובין הידע המקצועי של השופטים. היכולת להבחין ב"עשיית הצדק" נתונה אך ורק לשופטים ואילו "מראית פני הצדק", אשר לאמתו של דבר אינה צדק כלל ועיקר, מקומה אצל הציבור הרחב (ובכלל זה גם עורכי הדין). באמצעות כללי הפסלות מכונן בית המשפט סוג ידע חדש – היכולת להבחין ב"עשיית צדק" לעומת "מראית פני הצדק" – ובה בעת מכונן את השופט המקצועי כבעל המונופול על אותו גוף הידע. בית המשפט אף דואג למיסטיפיקציה של סוג הידע החדש שיצר. הוא אינו מסביר לנו כיצד הוא נרכש או כיצד הוא מופעל.¹²⁴ משביסס בית המשפט את קיומו של גוף הידע החדש, נוצר מצב חדש ולפיו רק שופט יכול להבין שופט אחר, ולכן רק ערכאה שיפוטית יכולה להתרשם שקיימת אפשרות מסתברת שנבצר מן השופט לשפוט את דינם של בעלי הדין באובייקטיביות הדרושה. וזאת אכן הטענה של הנשיא שמגר:

ההנחה היא כי מי שאמון על מלאכת השיפוט, הבא לדון בטענת פסלות, מצוייד בנסייון רב יותר ובאבחנות דקות יותר מכל אדם מחוץ למערכת השיפוטית שאינו מכיר דרכי המחשבה והדיון השיפוטיים ואשר מבקש להסיק מסקנות מסימנים חיצוניים אלו או אחרים שהם, לפי הטענה, כביכול, מעין בבואה למה שמתהווה במחשבתו של השופט שדן בענין. סימני ההיכר המתגלים לעיני השופט המקצועי בבואו לבחון התנהגות עמיתו הם לכאורה רבים יותר מאלו העומדים לרשותם של בעלי הדין. מבין השיטין של אמת-המידה המשפטית המתקבלת בכגון דא עולה כי רק השופט הנושא בלבו את ההכשרה המקצועית ואת הניסיון המצטבר מן ההתייחסות לבעלי הדין, לטענותיהם, לאישומים לסוגיהם ולהתנהגות לסוגיה, ויודע איך לארגן ולהפנים את המכלול, תוך שמירה על איזון והנייטרליות שהם אות ההיכר הטבוע של מלאכת השיפוט, הוא בלבד, הוא בעל היכולת להכריע כדי להגיע לכלל

124. כפי שכבר ראינו, לדברי ריצ'רד פוזנר (Posner) המיסטיפיקציה של גוף הידע מסייעת לפרופסיה לשמור על הפריבילגיות שמעניק לה הסטטוס של פרופסיה. ככל שגוף הידע של הפרופסיה נשען על אדנים בטוחים פחות, כך יש יותר צורך ביותר מיסטיפיקציה. ראו: Posner (לעיל, הערה 76), בעמ' 3.

מסקנה כי שופט פלוני הוא פסול במידה כזאת עד שיש סכנה כי לא יוכל לקיים משפט צדק.¹²⁵

ובהמשך מסכם שמגר ואומר: "ההנחה היא שטביעת העין השיפוטית – להבדיל מן הנטייה האימפרסיוניסטית של הנוגע בדבר או של ההדיוט המסתכל מן הצד – תוליך אל התשובה המבוקשת וזו טמונה במענה לשאלה אם אכן יש סכנה ממשית ולא רק הנחות, השערות וחששות גרידא".¹²⁶

בפסיקה דוגמאות רבות לעניינים אשר לטענת בית המשפט יש בהם כדי להשפיע על שיקול דעתו של אדם מן היישוב, אך השופט המקצועי מסוגל להתגבר עליהם ולעשות צדק, כך, למשל, קבעה הפסיקה כי השופט מחוסן מפני השפעתה הפסולה של היכרות קודמת עם אחד מבעלי הדין או בא כוחו.¹²⁷ וכפי שכבר ראינו בהרחבה השופט המקצועי מסוגל להתגבר על השפעתן של ראיות פסולות ומידע שלילי על אודות בעל דין שהגיעו לידיעתו,¹²⁸ ואפילו התבטאויות של שופט המצביעות לכאורה על דעה קדומה ומשוא פנים צריכות להיבחן על פי רקעו המקצועי.¹²⁹

לאחר שיצר בית המשפט את הדיכוטומיה בין הצדק למראית פני הצדק וניכס לעצמו את היכולת הבלעדית להסיק כי הצדק אכן נעשה, תוך כינון השופט המקצועי כבעל "טביעת העין השיפוטית" להבחין בכך, ניטלת מן הציבור (ובכלל זה ציבור עורכי הדין) האפשרות לבקר את החלטותיו של בית המשפט. על הציבור לפקפק ביכולתו לדעת אם נעשה צדק אם לאו, ולהאמין לבית המשפט כי הוא פועל בניטרליות, באובייקטיביות ובלא משוא פנים, גם אם לא כך נחזים פני הדברים. על כן אין להתפלא גם על האופן שבו מפרש בית המשפט את מושג "אמון הציבור".¹³⁰ לא עוד אמון הנובע מאופן התנהלותו של בית המשפט או מן התוצאות של ההחלטות השיפוטיות, אלא אמון אבסולוטי הקודם לידיעה; אמון מלשון

125. שמגר (לעיל, הערה 47), בעמ' 106. בית המשפט מצטט בהסכמה את דברי שמגר פעמים רבות, ראו, לדוגמה, ע"פ 192/87 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 141, בעמ' 149; ע"פ גלבוץ (לעיל, הערה 49), בעמ' 642; ע"פ 1534/92 אשכנזי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 320, בעמ' 326.

126. שמגר (לעיל, הערה 47), בעמ' 107.

127. פסק הדין המנחה בסוגיה זו הוא ע"פ 11182/99 הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 49 (להלן, ע"פ הורביץ). ראו גם שמגר (לעיל, הערה 47), בעמ' 109-110 ("היכרות, ותהיה זו היכרות שבהווה, אינה הופכת את השופט לפסול... זהו תחום מובהק אשר בו בא לידי ביטוי היישוב של אמת המידה של השופט המקצועי היודע להשתחרר מהשפעתה של היכרות שגרתית עקב כוחו והרגלו של בעל משרה שיפוטית היודע להתעלות מעל השפעתה של היכרות שגרתית... ניתן לסכם כי שופט מקצועי, להבדיל ממי שנמנה למשל על חבר מושבעים, מחוסן בדרך כלל מפני השפעתה הפסולה של ההיכרות").

128. ראו לעיל, הטקסט הנלווה להערות 83-88.

129. ראו לעיל, הטקסט הנלווה להערות 89-97.

130. לדיון באמון הציבור ראו לעיל, הערה 27 והטקסט הנלווה לה.

אמונה המחליפה את הידיעה. במילים אחרות, בית המשפט מבקש מן הציבור לבטוח באופן מוחלט בהגיונות ובאובייקטיביות של השופטים ונוטל ממנו את הכלי היחיד – מראית פני הצדק – שבאמצעותו יכול הציבור לבחון אם השופטים אכן ראויים לאמונו.¹³¹

3. מיתוס השופט המקצועי – בין האובייקטיבי לסובייקטיבי

לצורך חיזוק עמדתו, מגייס בית המשפט את ההבחנה בין אובייקטיבי לסובייקטיבי החוזרת ונשנית ברבים מפסקי הדין בעניין פסלות שופט. השימוש בתיוג ה"אובייקטיביות" ככלי לצבירת לגיטימציה נחשפה בצורה משכנעת על ידי רועי עמית.¹³² לדברי עמית ניתן לזהות בפרקטיקה זו שני היבטים עיקריים: הראשון, ביסוס מושג ה"אובייקטיביות" כבעל קיום ממשי בעולם; והשני ניכוס והצגתו כנתון לשליטתו הבלעדית של השופט.¹³³ מכאן, ממשיך עמית, "נגזרת הלגיטימציה שמוסד השפיטה זוכה בה כבעלים האולטימטיבי של האובייקטיביות, המדורגת גבוה בסולם ההיררכיות הנורמטיבי בחברות המערביות".¹³⁴

למרות החזות היציבה של ההבחנה בין המושגים "אובייקטיבי" ו"סובייקטיבי", הבחנה זו היא לאמתו של דבר רעועה וזמנית. בית המשפט מנצל את האופי השרירותי של הקשר בין מסמן למסומן והיכולת ליצור מושגים חדשים תוך אי־מחיקת המשמעויות הישנות. הוא פורק את המונחים "אובייקטיבי" ו"סובייקטיבי" מן המטען שנודע להם וטוען אותם מחדש במשמעויות מסדר שני בלי לפגוע במעמד הנורמטיבי שיש להם בחברה. מן הסימן נשאר רק המסמן יציב וקבוע ואילו את המסומן ממלא בית המשפט בתוכן על פי צרכיו, תוך הותרת המשמעות הישנה ברקע כדי שתיתן משנה־תוקף למשמעות החדשה. הכוח הטמון בפרקטיקה כזו, מזהיר אותנו עמית, הוא גדול: "המשגת הטרמינולוגיה של כל השדה מחדש תוך שימוש בערכיות קודמת קיימת, פעולה המכוננת את הממשיג בעמדת עליונות תוך שאיפה לשליטה במשמעות הנטענת, בעוד המשמעויות המרוקנות מהבהבות ברקעה של ההבנה וגוררות איתן את מטענן הערכי".¹³⁵

המושגים "אובייקטיבי" ו"סובייקטיבי" ספוגים מלכתחילה במשמעות הרווחת אודותם בתרבות הכללית: האובייקטיבי נתפס כדבר מה שיש לו אישוש חיצוני שאינו תלוי בסובייקט, ואילו הסובייקטיבי הוא פנימי ומקומי לסובייקט.¹³⁶ כך, למשל, מסביר הנשיא ברק את הפעילות השיפוטית: "בחברה דמוקרטית תפקידו של בית המשפט הוא לפרש את החוקה והחוקים וליצור משפט מקובל באופן המאזן כראוי בין דרישות הכלל והפרט; בין שלום הציבור ובטחונו לבין הזכות של הפרט וחירותו; בין ערכיה של המדינה כמדינה יהודית

131. ואולם, כפי שטוען רוזן שמיר, וכפי שנראה להלן "בעיית האמון הינה אקוטית יותר ככל שמסתבר, בחברה בת־זמננו, אופיו הבעייתי, הזמני והיחסי של הידע שמומחים דוברים

בשמו". שמיר (לעיל, הערה 42), בעמ' 260.

132. עמית (לעיל, הערה 27).

133. שם, בעמ' 104-105.

134. שם, בעמ' 105.

135. שם, בעמ' 94.

136. חיים גנו, "שיקול־דעת שיפוטי לאהרון ברק", משפטים יח (תשמ"ט) 509, בעמ' 518.

לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. בית-המשפט עושה כן לא על פי ערכיו הסובייקטיביים של השופט, אלא על-פי ערכיה האובייקטיביים של החברה" (ההדגשות שלי - י"ר).¹³⁷ בענפי משפט שונים עושה בית המשפט שימוש תדיר במושגים "סובייקטיבי" ו"אובייקטיבי" תוך החלת המשמעות הרגילה הנודעת להם. בתחום המשפט הפלילי פירש בית המשפט את העדר הקנטור כמרכיב בהגדרת העברה הכולל שני יסודות במצטבר: יסוד סובייקטיבי הבוחן את התנהגות הנאשם הספציפי ויסוד אובייקטיבי המעמיד למבחן את השאלה כיצד היה פועל האדם הסביר הנסיבות העניין.¹³⁸ בתחום המשפט המנהלי גייס בית המשפט את ההבחנה בין האובייקטיבי לסובייקטיבי, כאשר הוא דן בהתנהגות נושאי משרה, והשתמש בה במשמעות הנודעת לה בקרב הציבור. כך, למשל, בבג"ץ צבן, עלתה בבית המשפט הסוגיה אם להתיר לרב עובדיה יוסף, שכיהן כדיין בית הדין הרבני הגדול, לעסוק בעניינים פוליטיים בהיותו הסמכות הרוחנית העליונה של מפלגת ש"ס. בית המשפט השיב על שאלה זו בשלילה והסביר את עמדתו בצורך באמון הציבור: "אמון הציבור, מטבע מהותו, אינו נבחן על פי תחושתו הסובייקטיבית של השופט, כי הוא פועל בהגינות. אמון הציבור נבחן על-ידי השופט על-פי אמות מידה אובייקטיביות. אין זה מספיק, שהשופט עצמו סבור ומשוכנע, כי פעל באופן עצמאי וללא נטייה. עליו להיות משוכנע, כי אותן עצמאות, הגינות וחוסר נטייה הן גם מראית פני הדברים" (ההדגשות שלי - י"ר).¹³⁹ על פי המשגה זו של המונחים "אובייקטיבי" ו"סובייקטיבי", אין כל מניעה שגם בעל הדין הנוגע בדבר יעלה טענה שיש לה מעמד "אובייקטיבי", דהיינו שיש לה אישוס חיצוני שאינו תלוי בסובייקט, כגון הטענה כי מראית פני הדברים היא שהשופט פעל בחוסר הגינות.

137. ראו ברק, "תפקידו של בית-המשפט העליון בחברה דמוקרטית" (לעיל, הערה 39), בעמ' 19.

138. ראו ע"פ 6167/99 בן שלוש נ' מדינת ישראל, פ"ד (6) 577, בעמ' 595 ("היסוד הסובייקטיבי בוחן את התנהגות הנאשם הספציפי - האם קדמה למעשה ההמתה התגרות ואם הקנטור השפיע עליו בפועל וגרם לו לאובדן שליטה עצמית כך שלא יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו; היסוד האובייקטיבי מעמיד למבחן את השאלה אם אדם מן היישוב היה עשוי, בהיותו נתון במצבו של הנאשם, לאבד שליטה עצמית ולנהוג בדרך שבה נהג"). ראו גם ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל, פ"ד כד (1) 561, בעמ' 579; ע"פ 402/87 מדינת ישראל נ' גנדי, פ"ד מב (3) 383, בעמ' 390; ע"פ 357/95 וייצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (4) 577, בעמ' 587.

139. בג"ץ צבן (לעיל, הערה 15), בעמ' 149. וממשיך בית המשפט: "שופט, המעדיף זרם פוליטי או פעילות פוליטית זה על פני זה, פוגע בציפיותיו של הציבור הישראלי, כי ההכרעה השיפוטית תהא ללא נטיות וניטראליות. בעל דין, שדעותיו הפוליטיות נוגדות את אלה שהובעו על-ידי השופט, לא ירגיש עצמו שווה בין שווים. לעניין זה אינה מכרעה תחושתו הסובייקטיבית של השופט כי בעיניו הכול שווים, וכי הוא פועל ללא נטייה. בעניין זה יש להתחשב, כפי שראינו, במראית פני הדברים ובהשפעתם על אמון הציבור במערכת השפיטה" [ההדגשה במקור - י"ר]. שם, בעמ' 151.

והנה במהלך הדיון בכללי הפסלות, הופך בית המשפט את התיוג על ראשו, וטוען את המונחים "אובייקטיבי" ו"סובייקטיבי" במשמעות חדשה ושונה מזו שראינו עד כה. אם עד כה היו המושגים "סובייקטיבי" ו"אובייקטיבי" קשורים בטיב הטענה, הרי שבמסגרת כללי הפסלות ניתק לגמרי הקשר לטענה והם הופכים להיות תלויים בדובר – שיקול דעתו של השופט מועלה באופן קבוע לדרגה של "אובייקטיבי" ואילו בעל הדין והציבור הרחב נאלצים להסתפק תמיד בעמדה ה"סובייקטיבית", בלא קשר למהות או טיב הטענות שהם טוענים: "הכלל בדבר האפשרות הממשית של משוא פנים ... אינו מושתת על מראית פני הדברים בעיני בעלי הדין או הציבור, אלא על הערכה אובייקטיבית של בית המשפט... יש להעריך את יכולתו של השופט בהתאם למעמדו המקצועי ובהתאם לעוצמתם ולמשקלם האמיתי של האירועים, אשר עליהם מתבססת טענת הפסלות, ולא לאור ההערכה הסובייקטיבית של הנוגעים בדבר" (ההדגשות שלי – י"ר).¹⁴⁰ ובמאמרו מוסיף שמגר: "האפשרות הממשית פניה ככל האפשר להסקת מסקנה על יסוד מערכת הנסיבות כהווייתה, להבדיל מהתרשמותו של המסתכל מן הצד. לצורך גיבושו של המבחן מאמצים את קנה המידה האובייקטיבי של בית המשפט" (ההדגשה שלי – י"ר).¹⁴¹ אך זהו רק חלקה הראשון של המשואה. בחלקה השני מחבר בית המשפט את "עשיית הצדק" למסמן האובייקטיבי ואת "מראית פני הצדק" למסמן הסובייקטיבי: "ההבדל העיקרי בין המבחן האובייקטיבי לבין המבחן הסובייקטיבי", קובע שמגר, "מתמצה בהבדל בהדגשה: המבחן האובייקטיבי שם את הדגש על הסכנה של עוות הצדק, המבחן הסובייקטיבי שם את הדגש על מראית פני הצדק".¹⁴² כך יוצר בית המשפט משואה מתוחכמת שבה לכל אחד מן המסמנים "אובייקטיבי" ו"סובייקטיבי" ישנם שני מסומנים:

אובייקטיבי = עשיית צדק = השופט

סובייקטיבי = מראית צדק = הציבור

לטענת רולאן בארת (Barthes) היכולת ליצור מושגים חדשים תוך השהיית המשמעויות הישנות היא המכוננת את המיתוס.¹⁴³ המיתוס, על פי ההמשגה של Barthes, איננו אובייקט, מושג או רעיון אלא דיבור, אופן מתן המשמעות. המייחד את המיתוס לעומת אופנים אחרים של מתן משמעות הוא שהמיתוס הנו מערכת סמילוגית מדרג שני. מה שמהווה סימן (כלומר מכלול המקשר מושג ודימוי) במערכת הראשונית הופך למסמן פשוט במערכת המשנית. מרגע שנתפסים החומרים של הדיבור המיתי על ידי המיתוס, הם הופכים לפונקציה מסמנת גרידא. המסמן במיתוס מציג עצמו באופן דו-משמעי: הוא האיבר הסופי במערכת הלשונית (המכונה על ידי Barthes "מובן") אך הוא גם האיבר הראשוני במערכת המיתית (המכונה על ידי Barthes "צורה"), ועל כן הוא מלא מצד אחד וריק מן הצד האחר. "בתוך המובן כבר נבנה סימון שיכול היה בהחלט להספיק לעצמו אלמלא נאחו בו המיתוס

140. ע"פ חליווה (לעיל, הערה 90), בעמ' 416.

141. שמגר (לעיל, הערה 47), בעמ' 107. תיוגים אלה של "אובייקטיבי" ו"סובייקטיבי" חוזרים ונשנים כמעט בכל פסקי הדין בעניין פסלות שופט מאז שנות השמונים המאוחרות.

142. שם, בעמ' 92.

143. רולאן בארת, "המיתוס היום", מיתולוגיות (רולאן בארת – עורך, בבל, תשנ"ח) 233.

והפך אותו בבת אחת לצורה ריקה, טפילית. המובן הוא כבר שלם, הוא מניח מראש ידע, עבר, זיכרון, סדר השוואתי של עובדות, של רעיונות ושל הכרעות. בהופכו לצורה, המובן מסלק את האקראיות שבו; הוא מתרוקן, הוא מתדלדל, ההיסטוריה מתאדה ממנו, ולא נותר אלא פשט".¹⁴⁴ אך הצורה אינה מבטלת את המובן. היא מדלדלת אותו, מרחיקה אותו, משהה אותו אבל ממשיכה להחזיק בו ולהשתמש בו לצרכיה. המובן מאבד את ערכו אך שומר על חייו. הוא מהווה עבור הצורה כמין עתודה זמינה של היסטוריה, כעין הון משועבר, המזין את המיתוס.¹⁴⁵

הדגם הסמיוטי שמציע Barthes יכול לספק מודל תאורטי להבנת הפרקטיקה של בית המשפט. המערכת המיתית שמשווה את האובייקטיביות עם השופט אינה מבטלת את ה"מובן", היינו את המשמעות הפשוטה הרווחת בתרבות על אודות מושג האובייקטיביות ("דבר מה שיש לו אישוש חיצוני שאינו תלוי בסובייקט"), אלא רק משהה אותו וניזונה מן המטען הערכי הגבוה שהוא נושא עמו. משמעות זו מוכפפת, נעשית כאילו שקופה, היא נסוגה מעט ומשתעבדת לצורה המיתית המסמנת דבר אחר: השופט המקצועי. וכך מתקבל הסימן המיתי שאינו אלא התאמה בין המסמן למסומן, שכן האובייקטיביות והשופט המקצועי אינם נמסרים לנו בנפרד.

ה. מאבק באופוזיציות

שנות התשעים היו שנים לא קלות עבור בית המשפט. בעקבות שינויים פוליטיים, חברתיים ותרבותיים מהירים שעברה החברה הישראלית ותזווה של קבוצות חברתיות מן השוליים אל המרכז, מצאה עצמה המערכת השיפוטית, ובראשה בית המשפט העליון, נתונה למתקפה חריפה.¹⁴⁶ המעבר של בית המשפט מתפיסת עולם פורמליסטית לעמדה אנטי-פורמליסטית המדגישה את הממד הערכי של המשפט ואת התפקיד שהוא ממלא במדינה ובחברה, החל אף הוא לתת את אותותיו וגרם לניכור של בית המשפט מקבוצות חברתיות שאינן מזדהות עם עולם הערכים הליברלי של בית המשפט ולאבדן לגיטימציה בקרב שדרות רחבות של

144. שם, בעמ' 244-245.

145. שם, בעמ' 245.

146. דוגמה לכך ניתן למצוא בהפגנת הענק של החרדים נגד בית המשפט העליון בפברואר 1999. ראו שחר אילן, מזל מועלם וראלי סער, "פרוש: אם בג"ץ לא ישתכנע בטוב, תהיה מלחמה", **הארץ** (15.2.99) [URL: <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/arch/ArchSearchArt.jhtml?navColor=1>]. דוגמה נוספת היא ההתקפה של מנהיג תנועת ש"ס, אריה דרעי, שהאשים את בית המשפט בניסיון להתערב בבחירות כדי לפגוע בכוחה של תנועת ש"ס. ראו שחר אילן, "דרעי מאשים את המערכת המשפטית בהתערבות בבחירות כדי לעצור את ש"ס", **הארץ** (16.4.99), 5א, וההאשמות של אנשי ימין כי בית המשפט נוקט באופן שיטתי עמדות שמאלניות. ראו גדעון אלון, "ח"כ המר: ביהמ"ש העליון נוקט בעמדות השמאל ולא מייצג את החברה הישראלית", **הארץ** (9.4.96) [URL: <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/arch/ArchSearchArt.jhtml?navColor=1>].

החברה הישראלית,¹⁴⁷ ופרויקט ההתמקצעות של השופטים גרר אחריו נתק מציבור עורכי הדין אשר הצטרף למחאה הגוברת על בית המשפט.¹⁴⁸ תגובת בית המשפט על המתקפה עליו הייתה ליכוד השורות וחזיון של מיתוס השופט המקצועי עד כדי טשטוש מוחלט של הגבולות בין השופט המצוי ובין השופט האידיאלי, תוך הסתרה של כל מה שנוגד דמות זו, וזאת כדי לנסות להגביר את אמון הציבור בבית

147. ראו מאוטנר (לעיל, הערה 11), בעמ' 130. אבדן הלגיטימציה בא לידי ביטוי בירידה באמון הציבור במערכת בתי המשפט בכלל ובבית המשפט העליון בפרט. סקר דעת קהל שנערך בשנת 1991 מצא כי מעמדו של בית המשפט גבוה מאוד. ראו גד ברזילי, אפרים יערי-יוכטמן וזאב סגל, **בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית** (פפירוס, תשנ"ד), 55. בשנים האחרונות ישנה מגמה ברורה של כרסום באמון הציבור בבתי המשפט. הביקורת הציבורית על מערכת בתי המשפט, אשר החלה לפעפע במהלך שנות התשעים בקרב ציבור חוגים חרדיים ודתיים, עברה בתחילת המאה העשרים ואחת גם לשכבות אחרות של האוכלוסייה. בעוד בשנת 1996 זכה בית המשפט באמונו של 85% מן הציבור, ראו אפרים יער, תמר הרמן ואריה נדלר, **פרויקט "מדרד השלום"** (אוניברסיטת תל-אביב, מרכז תמי שטינמן למחקרי שלום, 1996), בשנת 2001 זכה בית המשפט לאמון של 70% בלבד מן האוכלוסייה, ראו אפרים יער ותמר הרמן, **פרויקט "מדרד השלום"** (דצמבר 2001). סקר נוסף שנערך בשנת 2001 גילה כי רק 70.9% מן הציבור היהודי הביעו אמון בבית המשפט העליון ומידת האמון שלה זכתה מערכת בתי המשפט בכללותה הייתה של 54.4% בלבד. ראו אריה רטנר ודנה יגיל, **תרבות החוק בישראל – היבטים אמפיריים** (המרכז לחקר פשיעה משפט וחברה, אוניברסיטת חיפה, 2001), 9-13. סקר דיאלוג "הארץ" שנערך בשנת 2004 גילה כי 7.2% בלבד מן האוכלוסייה סבורים כי מערכת המשפט מתפקדת בצורה הטובה ביותר מבין כל מערכות הממשל ואילו 11.2% סבורים כי היא מתפקדת בצורה הגרועה ביותר. ראו דניאל בן-סימון, "שנת אובדן האופטימיות", **הארץ** (15.9.04), 3ב.

148. בנובמבר 1996 תקף יושב ראש לשכת עורכי הדין, דרור חוטר-ישי, בהתקפה חזיתית את מערכת בתי המשפט. הוא טען כי מצבה של מערכת הצדק הוא שערווייתי ובלתי נסבל. שופטים זונחים את חובותיהם השיפוטיות ועוסקים ב"ניהול המדינה" בעוד המערכת כורעת מעומס התיקים. עוד טען חוטר-ישי כי בית המשפט העליון מתפקד כמחוקק-על במקום לעסוק בענייניו הוא, וקרא לפרק את בית המשפט הגבוה לצדק שכן לא נעשה שם לא משפט ולא צדק. ראו שחר אילן ובן-ציון ציטרין, "יו"ר לשכת עורכי הדין: מה שקורה בבית המשפט הגבוה לצדק הוא שערווייה; אין שם לא צדק ולא משפט", **הארץ** (27.11.96), א1; שחר אילן, "חוטר-ישי קורא לבטל את בית המשפט הגבוה לצדק ולהחליף את בן-יאיר", **הארץ** (27.11.96), א8; שחר אילן וגדעון אלון, "חוטר-ישי: ברק עיכב החלטות וגרם לאנשים להתאבד", **הארץ** (28.11.96), א1. לדיון מעמיק בהתקפת עורכי הדין על השופטים כפרקטיקת התנגדות לפרויקט ההתמקצעות של בית המשפט ראו: Rosen-Zvi (לעיל, הערה 67), בעמ' 807-817.

המשפט. מגמה זו באה לידי ביטוי בדרכים רבות,¹⁴⁹ ובין היתר גם בפסקי הדין העוסקים בפסלות שופט. הצורך להיאבק באופוזיציות מספק הסבר לשינוי המהותי שחל בעמדת בית המשפט באשר למשקל שיש לייחס להחלטת השופט לפסול את עצמו מלישב בדין, ובעקבות זאת לפרקטיקה של ביטול החלטות של שופטים לפסול עצמם וחיובם לישב בדין. אם בעבר הייתה עמדת בית המשפט העליון כי אין להרהר אחר החלטתו של שופט לפסול עצמו, גישה זו איננה שלטת עוד. פסילה עצמית "בלתי מוצדקת", מנקודת ראותו של בית המשפט, בתקופה שבה מצוי בית המשפט במגננה עלולה לפגום בדמות השופט שיוצר בית המשפט ולתת נשק ביד אויביו. הסטטיסטיקה מלמדת כי בעוד נשיאי בית המשפט העליון עד תקופת כהונתו של הנשיא שמגר (כולל תחילת דרכו כנשיא) נתנו משקל מכריע לחוות דעתם של השופטים כי הם אינם יכולים לשבת בדין ולא חייבו שופטים שפסלו עצמם לחזור ולדון בתיק,¹⁵⁰ בשלהי כהונתו של הנשיא שמגר ובמהלך כהונתו של הנשיא ברק בוטלו לא מעט החלטות של שופטים לפסול את עצמם.¹⁵¹ המקרה הפרדיגמטי של פסילה עצמית בלתי מוצדקת הוא פסילה הנשענת על מראית פני הצדק, שכן בלא הדיכטומיה בין עשיית צדק למראית פני הצדק מתמוטט המבנה שבנה בית המשפט כמגדל קלפים. ואכן, ברבים מן המקרים שבהם חויבו שופטים לשוב ולישב בדין, התבססה החלטתם לפסול עצמם על הצורך לשמור על מראית פני הצדק.¹⁵²

-
149. פסקי דין כמו בג"ץ בן ארי (לעיל, הערה 20) ורע"א יופף (לעיל, הערה 22), שבהם התייחס בית המשפט אל השופט המצוי כאילו היה השופט האידיאלי בשם הצורך לשמור על אמון הציבור, ודחה בשם הצורך לשמור על אמון הציבור כל אפשרות לבחון ולחקור את השופט על ידי הציבור, הם תוצרים מובהקים של תקופה זו. ראו דיון בפסקי הדין בטקסט הנלווה להערות 20-27.
150. כאמור, בית המשפט העליון ביטל בפעם הראשונה החלטה של שופט לפסול עצמו וחייבו לשבת בדין רק בשנת 1990. ראו ע"פ גרישוני (לעיל, הערה 120).
151. המחקר הסטטיסטי שערכתי מגלה כי בתקופת המחקר (1996-2004), המשתרעת על פני רובה המכריע של תקופת כהונתו של אהרן ברק כנשיא, המקרים שבהם ביטל בית המשפט העליון החלטה של שופט לפסול עצמו (33 ביטולי פסילה) רבים יותר מהמקרים שבהם הוא פסל שופט שסירב לפסול עצמו (32 פסילות).
152. ראו, לדוגמה, ע"פ 2/95 מדינת ישראל נ' זינאתי, פ"ד מט(1) 39; ע"פ 5756/95 עתאמנה נ' מדינת ישראל (לא פורסם); ע"א 4160/96 שחר נ' מושנרוב (לא פורסם); ע"א 8419/96 נציגות הבית המשותף נ' גב"רם הברה קבלנית לפיתוח ובניין בע"מ (לא פורסם); ע"פ חן (לעיל, הערה 88); ע"פ 28/98 אסרף נ' בן דורי (לא פורסם); ע"פ 75/98 עציון נ' מדינת ישראל (לא פורסם); ע"א 2730/98 תנופה שירותי כח אדם בע"מ נ' גיאורגיזאנו, פ"ד נב(2) 427; ע"א 7265/98 חליחל נ' ברסקי, פ"ד נב(5) 477; ע"א 5939/01 ממן נ' ב' ממן (טרם פורסם); ע"פ 5223/03 מדינת ישראל נ' ניסימוב (טרם פורסם); ע"א 6275/03 שגיא נ' פלע (טרם פורסם).

דוגמה טובה לפרקטיקה החדשה ולצורה שבה היא מופעלת ניתן למצוא בע"פ חן.¹⁵³ נגד מר חן דוד הוגש לבית המשפט השלום בצפת כתב אישום המייחס לו עברות של גנבה או זיוף מסמכים וכן קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. בפתח הישיבה הראשונה טען הנאשם כי על השופט אלופי לפסול את עצמו מלדון בעניינו, שכן השופט דחה את גרסתו בשני תיקים אזרחיים שבהם הופיע לפניו בעבר ועל כן עלולה הייתה להיווצר דעה קדומה נגדו בלב בית המשפט. בעקבות הבקשה פסל עצמו השופט אלופי וקבע בהחלטתו, בין השאר, את הדברים האלה:

אמנם נקבעו הלכות בנושא פסילתו של שופט לישיב בדין וקטונתי מלחלוק עליהן. אולם, סבורני עם כל הכבוד כי ההלכות אשר נפסקו בעניין זה אינן תואמות במלואן למציאות הקיימת באזור בימ"ש צפת בו האוכלוסיה קטנה ושופטים המכהנים זמן ממושך הצליחו להכיר את אוכלוסיית המתדיינים הכר היטב. נראה לי, כי לאור מציאות זו יש לתחושתו הסובייקטיבית של נאשם זה על מה שתסמוך. אני כשלעצמי סבור כי קיומה של תחושה לבעל דין זה או אחר כי נעשה עמו דין צדק הינה גורם חשוב למהלך עשיית הדין אף אם תחושה זו סובייקטיבית, מה עוד, שלתחושה זו מתלווה עוגן במציאות.¹⁵⁴

החלטתו של השופט אלופי אינה מסתפקת בקביעה כי במקרה הנדון קיים עוגן אובייקטיבי לתחושותיו הסובייקטיביות של הנאשם (היינו שאכן קיימת דעה קדומה בלבו של השופט), אלא מטילה ספק בפרויקט כולו. עם החלטה ספציפית של השופט אלופי כי הוא אינו מסוגל לשפוט באובייקטיביות הראויה היה אולי הנשיא ברק יכול להשלים, אך לא עם הקביעות הכלליות. ואכן הנשיא ברק, אשר אליו הגיע העניין בערעור, מיהר להגיב: "קיומה של היכרות קודמת אינה צריכה ליצור אצל השופט הממוצע והסביר כל נטייה לחומרה או לקולה, ואין בה כדי להצביע על אפשרות ממשית למשוא פנים" וממשיך: "שופט אינו חופשי לפסול עצמו בכל מקרה שסובייקטיבית הוא סבור כי אין זה ראוי לו לשבת בדין. התחושה הסובייקטיבית צריכה להיות מלווה בנתונים אובייקטיביים, שיש בהם כדי להצביע על אפשרות ממשית למשוא פנים. אכן, כשם שחובה על שופט לפסול עצמו מקום שהתנאים מחייבים זאת, כן חובה עליו שלא לפסול עצמו מקום שהתנאים לפסילה אינם מתקיימים. חובת השיפוט היא חובת השופט".¹⁵⁵ לאור האמור קבע ברק כי לא היה מקום לפסילה העצמית והחזיר את התיק לשופט אלופי כדי שימשיך וידון בו.

הלכה זו היא מהפכנית יותר מהנגלה לעין במבט ראשון. השופט אלופי ביסס את החלטתו לא רק על מראית פני הצדק אלא גם על כך שלתחושתו הסובייקטיבית של

153. ע"פ חן (לעיל, הערה 88).

154. שם, בעמ' 675.

155. שם, בעמ' 677.

הנאשם יש על מה להיסמך, שכן מתלווה לה עוגן במציאות. במילים אחרות, השופט אלופי קובע כי קיימת בלבו דעה קדומה ולכן אין ביכולתו לשפוט את הנאשם בלא משוא פנים. על כך משיב לו ברק כי שופט אינו רשאי לפסול עצמו אך ורק משום שהוא סבור באופן "סובייקטיבי" כי אין זה ראוי לו לשבת בדין. לתחושתו הסובייקטיבית צריך שיהיה עיגון במציאות ה"אובייקטיבית", שמשמעותה למעשה עיגון בתקדימים שנפסקו על ידי בית המשפט העליון. על פי הלכה זו נעלמים הגבולות בין המצוי (is) והרצוי (ought): משום שעל פי פסיקת בית המשפט "קיומה של היכרות מוקדמת אינה צריכה ליצור אצל השופט הממוצע והסביר נטייה לחומרה או לקולה" (ההדגשה שלי - י"ר),¹⁵⁶ גם במקרה הספציפי של השופט אלופי "לא התקיימה אותה התשתית העובדתית הנדרשת כדי להעלות חשש ממשי למשוא פנים" (ההדגשה שלי - י"ר),¹⁵⁷ וזאת אף שהלה הודה במפורש שקיימת אפשרות ממשית למשוא פנים.

גם כאן מסייעת לבית המשפט השרירותיות שבקשר בין המסמן למסומן בכל הקשור לתיוג האובייקטיביות והסובייקטיביות. אם עד כה ראינו כי טביעת העין השיפוטית האובייקטיבית, להבדיל מן הנטייה האימפרסיוניסטית של הנוגע בדבר או של ההדיוט המסתכל מן הצד, היא שתוליך אותנו אל התשובה על השאלה אם אכן קיימת סכנה ממשית למשוא פנים,¹⁵⁸ הרי שכאשר מבטל בית המשפט העליון החלטה של שופט לפסול עצמו (כמו גם כאשר מחליט בית המשפט לפסול שופט שסירב לפסול את עצמו), מועברים שופטי הערכאות הנמוכות לצדו הסובייקטיבי של המגרש לצד בעלי הדין והציבור, ואילו על כס האובייקטיביות הטהורה מתיישבים שופטי בית המשפט העליון והם בלבד: "דיני הפסילה אינם סובבים סביב תחושתו הסובייקטיבית של השופט", קובע הנשיא ברק, "כפי שאינם מועגנים בתחושתו הסובייקטיבית של הצד המבקש לפסול אותו. דיני הפסילה - המבוססים על אפשרות ממשית לדעה קדומה - מבוססים על תפיסה אובייקטיבית של עשיית משפט ומראית פני הצדק."¹⁵⁹

ו. הפצת דמות השופט המקצועי בקרב הציבור – ניתוח אירועים

שאלה חשובה, אשר נדון בה במאמר זה דיון חלקי בלבד, היא מהי מידת ההצלחה שלה וזכה בית המשפט בהפצת דמות השופט המקצועי שהוא יוצר. את התשובה על שאלה זו מן ראוי לחלק לשניים: הפצה בתוך השדה המשפטי בקרב מוקדי הכוח השונים בשדה (עורכי הדין והאקדמיה המשפטית), והפצה מחוץ לשדה המשפטי בקרב הציבור הרחב. שאלת הצלחת הפרויקט בתוך השיח המשפטי היא שאלה מורכבת אשר לא יינתן לה מענה כלל במאמר זה.¹⁶⁰ תשובה הולמת בשאלת הצלחת בית המשפט להפיץ את דמות השופט המקצועי

156. שם, שם.

157. שם, בעמ' 678.

158. שמגר (לעיל, הערה 47), בעמ' 107.

159. ע"פ פרידן (לעיל, הערה 88), בעמ' 334.

160. היחסים בין עורכי דין לשופטים הם מורכבים ביותר. עורכי הדין והשופטים הם במידה רבה

בקרב הציבור יכולה להינתן, אף היא, רק לאחר עיון מעמיק בטקסטים תרבותיים מגוונים (עיתונות, קולנוע, ספרות) לרבדיה השונים של התרבות, וכן בטקסטים פוליטיים (דברי הכנסת, הצעות חוק, פרוטוקולים של ועדות) בהנחה שאלה מבטאים, בדרך כלל, את רחשי לבו של הציבור או לכל הפחות של חלקים ממנו. מאמר זה יתפקד בהרבה פחות מכך וינסה לתת מושג בסיסי באשר לכיוון שאליו נושבת הרוח.

כאמור, האמון הציבורי הבלתי מסויג שלו זכה בית המשפט בשנות השמונים החל להתערער בשלהי המאה העשרים ומגמת ההיחלשות נמשכת גם היום,¹⁶¹ עובדה המאפשרת לכנסת לכרסם יותר ויותר במעמדה ובעצמאותה של הרשות השופטת. בית המשפט, המעוניין ככל גוף פרופסיונלי למנוע התערבות חיצונית בעבודתו המקצועית, נאלץ להסכיך לפני כשנתיים עם חקיקתו של חוק נציב תלונות הציבור על השופטים¹⁶² אשר על פיו הוקם גוף עצמאי האמון על בירורן של תלונות הציבור על שופטים.¹⁶³ אופן מינוי השופטים מעורר תרעומת הולכת וגוברת בקרב קבוצות אוכלוסייה החשות שהן אינן

שופטים למקצוע. שופטים אינם עוברים מסלול הכשרה נבדל מעורכי הדין ואינם מכשירים עצמם מלכתחילה לכהונת שפיטה. מרבית השופטים, במיוחד שופטי בית משפט השלום, מתמנים לתפקידם לאחר שעבדו כעורכי דין בשוק הפרטי או בפרקליטות ומשום כך חייבים השופטים לנקוט בפרקטיקות היבדלות אשר ינתקו אותם מעורכי הדין, המצויים בדרגה נמוכה יותר, ויעלו אותם בסולם הסטטוס החברתי. עורכי הדין לעומת זאת אממצים חלק מן המאגר הרטורי, שבו משתמש בית המשפט, כחלק מניסיונם לטשטש את ההבדלים וליהנות מן ההילה (aura) האופפת את בית המשפט. משום כך יש לעורכי הדין אינטרס לשמר את מעמדו המיוחד של השופט בקרב הציבור. לדיון ראו Rosen-Zvi: (לעיל, הערה 67), בעמ' 784-786.

161. ראו לעיל, הערה 147.

162. חוק נציב תלונות הציבור על שופטים, תשס"ב-2002, ס"ח 590.

163. הנציבות מוסמכת לטפל הן בתלונות על שופטים ממערכת המשפט הכללית והן בתלונות על שופטים ממערכת בתי הדין הדתיים והצבאיים. בחוק נקבעו כמה מנגנונים כדי להבטיח כי הנציבות תוכל למלא את תפקידיה באופן עצמאי ובלא תלות, כמו בחירת הנציב בידי הוועדה לבחירת שופטים, הכפפתם של הנציב ושל עובדי הנציבות למרותו של הדין בלבד ועוד. בעת תהליך החקיקה הובעו דעות מנוגדות באשר לצורך בהקמת הנציבות. מצד אחד, בקרב המערכת השיפוטית הועלה החשש כי הקמת הנציבות עלולה להביא לידי פגיעה בעצמאותם ובאייתלותם של השופטים, ואף עשויה להוביל לפגיעה באמון הציבור במערכת השיפוטית. מצד אחר, עמדת מצדדי החוק הייתה כי קיומו של מוסד עצמאי ונטול פניות, האמון על בירור תלונות על התנהגות שופטים, יחזק את התחושה כי גם שופטים אינם חסינים מביקורת ולכן יהיה בו כדי להגביר את האמון הציבורי במערכת המשפט. כמו כן התרשמה הוועדה כי כמות התלונות המוגשות מדי שנה על שופטים מצביעה על צורך בהקמתו של גוף בעל סמכות ייחודית לבירור תלונות אלה, אשר יטפל בהן בצורה מרוכזת, במקום שהגשתן תתפזר בין כמה גופים, שחלקם אף אין סמכות לטפל בתלונות. ראו: [URL:http://www.justice.gov.il/ MOJHeb/Subjects/Shoftim.htm]

מיוצגות כראוי במערכת השיפוטית,¹⁶⁴ ובעקבות זאת הוועדה למינוי שופטים אשר שימשה במשך שנים רבות חותמת גומי ואישרה כדבר שבשגרה את המועמדים שהומלצו על ידי בית המשפט העליון,¹⁶⁵ החלה לגלות סימני עצמאות והמלצות השופטים אינן מתקבלות עוד בלא הרהור.¹⁶⁶ הצעות החוק שהונחו על שלחן הכנסת המבקשות לכונן בית משפט לחוקה

164. לתיאור אופן מינוי השופטים וביקורת חריפה עליו ראו מרדכי הלר, "מינוי השופטים: הפתרון למשבר העליון", **תבלת** 8 (תש"ס) 54 (הלר טוען כי לעומת דמוקרטיות מערביות אחרות, בישראל השופטים נבחרים על ידי עצמם והתוצאה היא ששולטת בבית המשפט קבוצה של אנשים שהשקפותיהם ודעותיהם דומות מאוד זו לזו. בעוד החברה הישראלית היא מן המגוונות בעולם עם קשת רחבה של מסורות פוליטיות ותרבותיות, הליך בחירת השופטים יצר במהלך השנים בית משפט עליון חיוור, תפל ואחיד מבחינה אינטלקטואלית, שבו זוכות דעותיהם ודאגותיהם של רוב נכבד מהציבור הישראלי לייצוג מזערי, אם בכלל). לדיון בביקורת מצד קבוצות מיעוט באוכלוסייה על אופן מינוי השופטים ראו מנחם מאוטנר, "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב תרבותית", **מחקרי משפט** יט (תשס"ג) 423. ראו גם דניאל פרידמן, "מינויי שופטים ושאלת מינויים של חרדים לבתי המשפט הממלכתיים", **המשפט** ד (תשנ"ט) 405.

165. Martin Edelman, *Courts, Politics and Culture in Israel* (University Press of Virginia, 1994), 34. ראו גם גדעון ספיר, "התהליך החוקתי כהליך פוליטי", **מחקרי משפט** יט (תשס"ג) 461, בעמ' 486 ("על רקע המגוון של שיטות הבחירה הקיים בעולם המערבי, העומד ברוב המקרים בדרישת הגיוון והיציגות, ניצבת ישראל, למרבה הצער, כדוגמת מופת למערכת המסייעת בידי בית המשפט, אם ירצה בכך, לשמור על אופיו המונוליתי. המחוקק הישראלי מעניק לשופטי בית המשפט העליון ייצוג נכבד במנגנון של בחירת השופטים בישראל, ובתוספת הפרקטיקה שהתפתחה עם השנים, ניתן לומר, בלא להפריז, כי בכוחם של שופטי בית המשפט העליון לקבוע, במידה רבה, מי יהיו חבריהם. מציאות זו יכולה להסביר מדוע בית המשפט העליון נחשב בעיני רבים למייצגם של מגזרים מסוימים בלבד בחברה הישראלית").

166. ראו שרה ליבוביץ דר, "כבוד השופטת, כבוד הנשיא, כנסת נכבדה", **הארץ** (16.4.04). [URL: http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/arch/ArchSearchArt.jhtml?navColor=1] (כתבה זו עסקה במינויה של השופטת נגה אוהד לבית המשפט המחוזי, בניגוד לדעתם של הנשיא אהרן ברק והשופטת דורית ביניש: "זה מצב חדש בשבילנו", אומר אחד המרואיינים, "שמגייעה שופטת שנשיא בית המשפט העליון לא רצה בה ... מי שתמכו בה עשו זאת מכמה טעמים. חלקם רצו להפגין עוצמה ולהוכיח לברק שהם לא 'חותמת גומי' שלו". במסגרת הכתבה מצוטטים חברי הוועדה למינוי שופטים, חברי הכנסת דליה איציק ושאלו יהלום. דליה איציק מצוטטת כאומרת: "לא תמיד אני צריכה לעשות בדיוק מה שאומר לי אהרון ברק. ככל זאת יש לנו שיקול דעת. אין שום סיבה שנהיה חותמת גומי." ושאלו יהלום מוסיף: "ראוי שנסמוך על דעתו (של הנשיא ברק - י"ר), אבל יש מקרים בהם אנחנו מגיעים למסקנה אחרת". ראו גם ברוך קרא ויובל יועז, "פנים חדשות לעליון: שופט ערבי, שלישי מההרכב נשים", **הארץ** [URL: http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/arch/ArchSearchArt.jhtml?navColor=1] (7.5.04)

שיפסוק בכל סוגיה שבה מתעוררת שאלה חוקתית,¹⁶⁷ ואשר השופטים המכהנים בו יהיו ברובם שופטים בלתי מקצועיים,¹⁶⁸ מכניסות את המערכת השיפוטית לחרדה.¹⁶⁹ מגמות אלה לא פסחו גם על השופטים, אשר הוצאו בעל כורחם מן הארון והועמדו לביקורת ציבורית. בעשור האחרון ניתן למצוא לא מעט מאמרים אקדמיים, כתבות עיתונאיות וספרים ביוגרפים העוסקים בשופטים.¹⁷⁰ גם המשוב שערכה לשכת עורכי

[1=] ("יהלום, שהתנגד בתחילה למינויה של עדנה ארבל, הסכים בסופו של דבר להצביע בעדה, לאחר שנוכח כי צפוי רוב למועמדותה. זאת, תמורת הבטחה של נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, כי ברלינר הדתיה תמונה במינוי זמני, והבטחה של שר המשפטים יוסף לפיד, כי אם בסופו של דבר יחליטו השופטים לתמוך במועמדותה למינוי של קבע, יתמוך גם הוא בכך. 'המטרה העיקרית שלי היא להשפיע על הרכב בית המשפט העליון', אמר יהלום לאחר הישיבה, 'בשום דרך לא יכולתי למנוע את בחירתה של ארבל... במצב זה העדפתי להגיע להסכם פשרה עם קבוצת הרוב בדבר מינויה של ברלינר, ולא להישאר כאופוזיציונר עקרי'").

167. על שלהן הכנסת ה-15 הונחו שתי הצעות לחוק יסוד המכונן בית משפט לחוקה. האחת היא הצעתו של חבר כנסת יגאל ביבי שהוגשה ב-2 באוגוסט 2000. ראו הצעת חוק יסוד: בתי המשפט לחוקה, פ/2186. השנייה היא הצעתם של חברי הכנסת אליעזר כהן, אביגדור ליברמן, מיכאל נודלמן ויורי שטרן שהוגשה ב-12 ליוני 2000. ראו הצעת חוק יסוד: בית המשפט לחוקה, פ/1875 (להלן: הצעת החוק של חבר כנסת אליעזר כהן). שתי ההצעות נדחו בקריאה טרומית בכנסת אך זכו לתמיכה בלתי מבוטלת: הצעת החוק של חבר כנסת ביבי נדחתה ברוב של 37:59 ושלושה נמנעים והצעת החוק של חבר הכנסת אליעזר כהן נדחתה ברוב של 39:56 וארבעה נמנעים. לדיון אוהד ברעיון של בית דין לחוקה ראו קלווד קליין, "בית דין לחוקה: שלא כצעתה!", מחקרי משפט יט (תשס"ג) 497.

168. הצעת החוק של חבר הכנסת יגאל ביבי קובעת שלבית המשפט לחוקה ימונו תשעה שופטים ובהם שלושה שיומלצו על ידי בית המשפט העליון, שני דיינים, שופט בית הדין השרעי ושלושה שופטים שיומלצו על ידי הכנסת. ההצעה של חבר כנסת אליעזר כהן קובעת שלבית הדין לחוקה ימונו אחד עשר שופטים, ובכללם שלושה שופטי בית המשפט העליון, שני דיינים, קאדי, ארבעה פרופסורים מהחוגים היסטוריה, סוציולוגיה, פילוסופיה ומדעי המדינה, ואורח ישראלי שהוא "עולה חדש" ששהה בישראל במשך חמש שנים לפחות. ראו שם, בעמ' 499.

169. ראו דברי הנשיא ברק על ההצעה להקים בית משפט לחוקה שנשא לפני חברי ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת: "ישמור אתכם אלוהים מניסיון להכניס פוליטיזציה למבנה ולאיוש של הערכאה השיפוטית העליונה. אלוהים שבשמיים, כך לא עושים משפט חוקתי. זה יהיה אסון למדינה, אם המינויים לבית המשפט לחוקה יהיו פוליטיים". ראו גדעון אלון וצבי זרחיה, "אהרן ברק: פוליטיזציה של ביהמ"ש העליון תהיה אסון", הארץ (23.10.96) א.6. אין לקרוא את דבריי אלה כתמיכה ברעיון של הקמת בית משפט לחוקה (שלו אני מתנגד בכל תוקף) אלא אך ורק כעדות לירידה בכוחו של בית המשפט העליון.

170. ראו, לדוגמה, פניה עוז'זלצברגר ועלי זלצברגר, "המסורת הגרמנית ובית המשפט העליון

הדין על אפם ועל חמתם של השופטים זכה לתהודה ציבורית רחבה.¹⁷¹ אף שקשה לחלוק על הטענה כי דמות השופט עדיין מקושרת בתודעה הקולקטיבית עם ערכים כמו טוהר מידות, ניטרליות ואובייקטיביות, בדברים שלהלן אבקש לערער במידת מה על הצלחת הפרויקט ולטעון כי ניסיונו של בית המשפט לתפוס את המרובה אינו עולה יפה. זאת אעשה באמצעות ניתוח שני אירועים המלמדים על כישלון בהפצת דמות השופט המקצועי בקרב הציבור. אירוע אחד נושא חקיקת חוק המחייב עונשי מינימום לעברייני מין והאירוע השני עניינו חקיקתו של חוק נושאי משרה שיפוטית (מניעה מלשבת בדין) מן השנה האחרונה, המתקן את חוק בתי המשפט וקובע כללי פסלות מחייבים. אירועים אלה, על אף השוני הברור ביניהם, עוסקים שניהם בהגבלת שיקול הדעת של השופטים על ידי המחוקק ועל כן הם מצביעים על חוסר אמון במקצועיותם. חוקים אלה לא היו יכולים לצאת מן הכוח אל הפועל לו הייתה דמות השופט המקצועי, שאותה מנסה בית המשפט להפיץ, נקלטת בקרב הציבור.

4. שיקול דעת שיפוטי בענישה

בחדש ינואר 1996 מתח שר המשפטים דאז, דוד ליבאי, ביקורת נוקבת על קולת העונשים אשר מטילים בתי המשפט על עבריינים שהורשעו בעברות מין. ליבאי אף ציין כי ברצונו להביא לידי שינוי בחקיקה באמצעות קביעת עונשי מינימום. "כיוון ששוב ושוב מפעילים שופטים שיקול דעת עקום בגזירת הדין על אנסים", צוטט ליבאי בעיתונות, "אין מנוס אלא ליישר את שיקול הדעת שלהם בהוראת מחוקק, שיכתיב להם את נורמת הענישה המינימאלית ההולמת".¹⁷²

בישראל, "עיוני משפט כא (תשנ"ח) 259; ניר קידר, "בן-גוריון והמאבק למינוי שופט ממוצא ספרדי לבית-המשפט העליון", מחקרי משפט יט (תשס"ג) 515. באחרונה יצאו גם ביוגרפיות אחדות של שופטי בית המשפט העליון. ראו פנינה להב, ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית (עם עובד, תשנ"ט); נעמי לויצקי, כבודו: אהרן ברק – ביוגרפיה (כתר הוצאה לאור, 2001). גם העיתונות לא טמנה ידה בצלחת וניתן למצוא כיום כתבות פרופיל גם על שופטים מכהנים. ראו, לדוגמה, יובל יעזו, "כבוד הסופר חשין", הארץ – מוסף (29.9.04) 16 (כתבת פרופיל על השופט מישאל חשין); אביבה לורי "אשת הברזל של הסיטי", הארץ – מוסף (30.7.04) 32 (כתבת פרופיל על השופטת ורדה אלשיך).

171. ראו אבי כהן, "משוב השופטים: הציון הנמוך בעליון לדורנר, הגבוה – לאור", ידיעות אחרונות (6.7.04) [URL: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2943061,00.html>]; עדי שלם, "פורסמו נתוני משוב השופטים", מעריב (6.7.04) [URL: <http://www.nrg.co.il/online/1/ART/751/310.html>]; יובל יעזו, "ברק: משוב השופטים לא ישפיע על החלטותי והמלצותי", הארץ (6.7.04) [URL: <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/arch/ArchSearch?navColor=1>].

172. גדעון אלון, יוסי הטוני וראלי סער, "ליבאי הנחה את משרדו להכין חקיקה שתקבע עונשי מינימום על עבירות אונס", הארץ (3.1.96) 1א.

תגובת בית המשפט לא איתרה לבוא. כבר למחרת היום שלח הנשיא אהרן ברק מכתב גלוי לשר ליבאי ובו הוא תוקף אותו בחריפות על דבריו בטענה כי הדברים היוו פגיעה בבית המשפט ובעצמאות השיפוטית:

ביקורת, ולו ביקורת נוקבת על פסק דין של בתי המשפט, היא דבר אחד; לשון עולבת הפוגעת במערכת השיפוט בכללה, באמון הציבור בשופטיו, ובעצמאותם השיפוטית של השופטים, היא דבר אחר. אשר לדברים לגופם: בעניינים הבאים לפנינו מפעילים בתי המשפט שיקול דעת הולם, רציני וראוי. נכון הדבר שבתי המשפט עלולים לטעות בשיקול דעתם. מותר לא להסכים עם פסקי דין של בתי המשפט; במקרים הראויים ניתן לבקר פסקי דין של בתי המשפט; ובמקרה המתאים ניתן להגיש ערעור על פסקי דין לבית המשפט העליון. בהקשר זה אזכיר, כי בשנים האחרונות – ועל בסיס החקיקה החדשה וערכיה הבסיסיים של המדינה – קבע בית המשפט העליון מדיניות ברורה של החמרה בעונשיהם של עברייני מין... השיח החברתי בישראל הוא לעתים חסר רסן. יש בו לעתים התערבות בחוסר התלות של השופטים, ובאובייקטיביות הנדרשת לכל הכרעה שיפוטית בעניין תלוי ועומד לפני בית המשפט. יש בו לעתים ביקורת הפסק בלא לעיין בו כלל, בלא מודעות לעובדות ובלא הבנה למורכבות הנושא. יש בו לעתים ביטוי לרוחות שעה הנוגדות תפיסות יסוד; באשר לכל אלה ציפינו בעבר, ואנו עדיין מצפים כי אתה, כשר משפטים, תעמוד בפרץ.¹⁷³

ברק אף עקץ את השר ליבאי בדיון של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת שבו השתתף באומרו כי "בית המשפט עושה היסטוריה ולכן לא ייתן את ליבו לאלו שעושים היסטריה".

הפרקטיקה שנקט ברק דומה לזו שראינו פעמים רבות לעיל. ברק מגייס פעם נוספת את ההבחנה בין השופט לתוצר השיפוטי וטוען כי ביקורת על שיקול הדעת של השופטים, לעומת ביקורת על פסקי דין, פוגעת באמון הציבור בשופטיו ובעצמאותם השיפוטית. שוב מנסה ברק לרתום למאבקו את "האובייקטיביות וחוסר התלות" הנדרשים לצורך שמירה על אמון הציבור במערכת השיפוטית. ברק מתייג את הציבור (ובתוכו גם את שר המשפטים ופוליטיקאים אחרים כעושי דברו של הציבור) בצדן של "רוחות השעה" ושל ה"היסטריה" וזאת בניגוד ל"היסטוריה" ול"תפיסות היסוד" אשר מקומן עם השופטים. יש לשים לב גם

173. *מכתב פתוח מן הנשיא אהרן ברק לשר המשפטים דוד ליבאי* (3.1.96). ראו גדעון אלון, "אהרן ברק תוקף את ליבאי בשל דבריו על 'שיקול דעת עקום של שופטים' במשפט אונס", *הארץ* (4.1.96) [URL: <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/arch/ArchSearchArt.jhtml?na>

להבחנה החדה והברורה שעושה ברק בין בתי המשפט לבית המשפט העליון. בתי משפט, אומר ברק, עלולים לטעות. ניתן גם לבקר פסקי דין של בתי משפט. ובמקרים המתאימים ניתן להגיש ערעור על פסקי דין של בתי המשפט לבית המשפט העליון. טכניקה לשונית זו מותחת קו הפרדה בין בתי המשפט העלולים לטעות ובין בית המשפט העליון המתקן אותם במקרה הצורך. זה האחרון אינו שוגה לעולם. וכדי לחזק ולהבליט עמדה זו מוסיף ברק מיד כי בית המשפט העליון קבע בשנים האחרונות מדיניות ברורה של החמרה בעונשיהם של עברייני מין.

אסטרטגיה זו, שפעלה היטב בשיח המשפטי הפנימי, נכשלה לחלוטין כאשר ניסה ברק להפעיל אותה בשיח הפוליטי-הציבורי. ניסיון ההמרה של סוגיה משפטית בסוגיה ציבורית לא עלה יפה.¹⁷⁴ בתחילה הייתה התגובה מהוססת. במאמר מערכת של עיתון "הארץ" שכותרתו "פשעים ושיקול דעת" הביעו הכותבים תמיכה בשר המשפטים בכל הנוגע לעמדתו באשר לעברייני מין, אך עם זאת שללו מכול וכול את יזמתו להגביל את שיקול הדעת של השופטים בענישה, תוך הדגשת מומחיותו של השופט. "עם כל הצורך בביקורת – ודאי בביקורתו של שר המשפטים – שלילת שיקול דעתו של בית המשפט על ידי קביעת עונשי מינימום אינה ראויה. שופט אינו טכנאי, והוא מונה לתפקידו בגלל יכולתו לשקול את מלוא העובדות המונחות בפניו ולקבוע מה מידת העונש הסבירה והראויה. מעורבות המחוקק בקביעת מינימום לעונש עלולה לעתים להפריע בעשיית הצדק."¹⁷⁵ זוהי עמדה המקבלת את התפיסה שמנסה בית המשפט להנחיל ולפיה השופט המקצועי עושה צדק וכל ניסיון להגביל את שיקול דעתו סופו שיגרום לעיוות הצדק.

אך תוך ימים ספורים התהפך הגלגל והנשיא ברק ועמו יתר שופטי בית המשפט הפכו יעד לביקורת נוקבת מצד כותבים שונים מכל קצווי הקשת החברתית והפוליטית, אפילו מצד אלה הנמנים עם הזרם החילוני-הליברלי המהווה בדרך כלל מקור לא אכזב של תמיכה בבית המשפט העליון. "אהרן ברק", התרעמה העיתונאית אבירמה גולן, "חרד לעצמאותם של השופטים, אבל מסתבר שיותר משהם עצמאיים הם משקפים נורמות חברתיות פסולות ווקוקים להנחיה. כיוון שכך צודק ליבאי באומרו שאין מנוס מקביעת עונש מינימום."¹⁷⁶ במאמר בוטה שכותרתו "כנסיית המשפט" השווה אמנון דנקנר את בית המשפט העליון לכנסייה ואת העומד בראשו לאפיפיור. "מערכת המשפט", כתב דנקנר, "הולכת ולובשת אופי דתי במובן שהיא טוענת לבלעדיות ולסופיות של האמת שהיא מנפיקה בפסיקותיה, מתקוממת נגד כל התערבות חיצונית וגם עומדת על זכותה לקבוע את הכללים המגבילים מאוד של הביקורת הנמתחת עליה בפומבי. זו ביקורת אשר, לדעת כוהני המשפט, עלולה לגלוש לכדי 'חילול קודש' שיהיה בו כדי לערער את האמונה התמימה של המאמינים בטוהר

174. הסוציולוג פייר בורדייה (Bourdieu) מלמדנו כי ניסיונות להמיר הון שנצבר בשיח ספציפי בהון מסוג אחר, שלא על פי הכללים הנוקשים של השדה, עלול להיותקל בתגובה חריפה

ועיונית. ראו: Pierre Bourdieu, *The Logic of Practice* (Polity Press, 1990).

175. מערכת הארץ, "פשעים ושיקול דעת", הארץ (5.1.96). כ.ב.

176. אבירמה גולן, "לא היסטוריה ולא היסטריה", הארץ (8.1.96). כ.ב.

מערכת המשפט, בצדקתה המוחלטת ובקביעתה הסופית בדבר הראוי והלא ראוי. "הנשיא ברק", ממשיך דנקנר, "הוא שטבע את האמירה כי מערכת המשפט צריכה להיות מודרכת בין השאר על ידי 'הציבור הנאור'... אבל לפעמים גם הציבור הנאור לוקה בהיסטריה משלו ואז מערכת המשפט נגדרת אחריו בקלות".¹⁷⁷

"בית המשפט העליון לא היסס לכוון חיצונית ביקורת ארסיים למדי לעברה של מבקרת המדינה", כתבה העיתונאית אביבה איזנברג, "אף על פי שהיה מודע לרגישות הרבה בעניין... בכל זאת, סבר (ובצדק) בית המשפט העליון שחשיבותו של הצדק עולה לעין שיעור על חשיבות כבודה של מבקרת המדינה. מדוע אין הוא מסוגל לגזור גזירה שווה בנוגע לממסד המשפטי? כבודו של בית המשפט וכבודם של שופטיו נשענים במידה רבה על הצדק הנראה לעין והנשמע לאוזן. אם כבוד בית המשפט מבוסס רק על פחד הציבור מפני ביקורת כלפיו, יש לממסד המשפטי בעיה וכדאי שיתחיל לבדוק את עצמו".¹⁷⁸

עניינו הרואות כי כותבים אלה אינם מקבלים את ההבחנה בין עשיית צדק למראית פני הצדק ואת עמדתו של בית המשפט שרק שופט יכול להבחין בעשיית צדק, והם דורשים מבית המשפט כי יפעל על פי "הצדק הנראה לעין".

את כדור השלג שהחל להתגלגל לא ניתן היה עוד לעצור. בנובמבר 1996 מינה שר המשפטים דאז, צחי הנגבי, את הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין. בדו"ח הוועדה, שהוגש באוקטובר 1997, נקבע כי במצב שבו סמכות הענישה של השופט היא רחבה מאוד ושיקול דעתו רב יש צורך בקביעת מסגרות משפטיות לשיקול דעתו של השופט בענישה. עם זאת, החליטה הוועדה בדעת רוב, אין מקום לקבוע עונשי מינימום לעברות אלא "עונשי מוצא" בלבד. משמעות הדבר היא כי אין מדובר בקביעה מחייבת אלא בהנחיה בלבד אשר השופט רשאי לסטות ממנה. דעת המיעוט, לעומת זאת, סברה כי יש לקבוע עונשי מינימום מחייבים.¹⁷⁹

בעקבות ההחלטה זימן הנשיא ברק בחודש מרץ 1998 את חברי הוועדה לקידום מעמד האישה לפגישה והודה כי אכן היו מקרים שבהם שופטים שגו בפסיקתם בענייני עברות מין ואלומות במשפחה, אך הוסיף כי בכל בחינה של תפקוד בית המשפט יש להביא בחשבון את מרכיב הטעות. "אני בא להגן על זכותם של שופטים לשגות", קבע ברק. אך בכל הקשור לקביעה חוקית של עונשי מינימום סירב ברק להתקפל: "אני חושש שקביעת עונש מינימום נוקשה תעורר בעיה חוקתית לא פשוטה, כי זה יהיה מעבר למידה הדרושה", אמר ברק, ברמזו על אפשרות כי חקיקה שכזו תיפסל על ידי בית המשפט בהיותה נוגדת את חוקי היסוד.¹⁸⁰

177. אמנון דנקנר, "כנסיית המשפט", הארץ (7.1.96) ב.1.

178. אביבה איזנברג, "פעמון ציבורי", הארץ (14.1.96) ב.2.

179. הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין – דין וחשבון (אוקטובר 1997).

180. גדעון אלון, "ברק: היו שופטים ששגו בפסיקתם בעבירות מין ואלומות במשפחה", הארץ [URL: <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/arch/ArchSearchArt.jhtml?navCol> (17.3.98)

.or=1]

מאבקו של הנשיא ברק, בשם המערכת שבראשה הוא עומד, לא צלח ובתאריך 14 ביולי 1998 אושר בכנסת תיקון 51 לחוק העונשין שהוסיף לספר החוקים את סעיף 355, המחייב את בתי המשפט לפסוק עונשי מינימום בעברות מין (רבע מן העונש המקסימלי הקבוע בחוק).¹⁸¹ חקיקה זו, שהייתה הראשונה מסוגה בישראל, היוותה פריצה של מחסום קוגניטיבי שהיה עד אז בלתי עביר. הגבלת שיקול הדעת של בית המשפט בענישה מהווה הבעת אי־אמון במקצועיות השופט לכל הפחות במה שנוגע לענישה הראויה.¹⁸² "הצורך בחקיקת עונשי מינימום", כתבה חברת הכנסת יעל דיין, מיוזמות החוק, "אינו אות של כבוד למערכת השפיטה, ולוואי ולא היה צורך בו, אבל הוא מחזיר קצת כבוד לקורבנות האלימות המינית, והוא מרתיע והכרחי".¹⁸³

181. חוק העונשין (תיקון מס' 51), תשנ"ח-1998, ס"ח 270. הסעיף תוקן פעם נוספת ביום 12 ביוני 2001: חוק העונשין (תיקון מס' 61), תשס"א-2001, ס"ח 408.

182. אירוע דומה להפליא התרחש כמה עשורים קודם לכן. בינואר 1952 דנה הכנסת בחוק לתיקון דיני עונשין (תקיפת שוטרים). שר המשפטים דאז, דב יוסף, גינה בהריפות בנאום שנשא מעל בימת הכנסת את העונשים הקלים שגזורים בתי המשפט על עבריינים מסוג זה וכינה פסקי דין אלה "עלבון למשטרה ולחוק". בנוסף, טען השר דב יוסף כי גם השופטים הם בני אדם ועל כן הם טועים כמו כל אדם אחר. בתגובה שיגר נשיא בית המשפט העליון דאז, משה זמורה, מכתב מחאה חריף ובו ציין כי מותר לבקר את בית המשפט אך בצורה מכובדת ואילו בדברי השר היה משום זילותא דבי־דינא כיוון שהם "עלולים להתור תחת אמון הציבור ברשות השופטת ותחת יחס הכבוד כלפיה". גם במקרה ההוא תקפו חברי כנסת וחברי ממשלה רבים את מכתבו של זמורה (אם כי היו גם כאלו שצידדו בו, בעיקר מצד חברי האופוזיציה ומטעמים פוליטיים). הגדיל לעשות ראש הממשלה דוד בן־גוריון, אשר הביע צער על המכתב ששלח נשיא בית המשפט העליון ואמר שמדובר במעשה שלא ייעשה על ידי שופט, ופחות מכל על ידי ראש השופטים. ראו אליקים רובינשטיין, **שופטי־ארי: לראשיתו ולדמותו של בית־המשפט העליון בישראל** (שוקן, תשמ"א) 97-101. בספרו מסביר רובינשטיין מדוע שגה הנשיא זמורה במשלוח המכתב: "בית המשפט", כותב רובינשטיין, "יכול לבטא דעותיו אך ורק בפסקי הדין שלו" (שם, בעמ' 211). עמדה זו יכולה לספק הסבר חלקי לתרעומת הציבורית על מכתבו של הנשיא ברק. התפיסה שמקדם בית המשפט כי השופטים מדברים אך ורק באמצעות פסקי הדין שלהם [ראו דברי השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ בן ארי (לעיל), הערה 20] והטקסט הנלווה להערה [20] הוטמעה בקרב הציבור, אשר תופס את פסק הדין כמדיום העיקרי, שלא לומר היחיד, שבאמצעותו יכול השופט להעביר מסרים. תפיסה זו, המשרתת בדרך כלל את שופטי בית המשפט, הייתה במקרה זה בעוכריו של הנשיא ברק.

183. יעל דיין, "לא מספיק להודיע", **תל אביב** (10.7.98) [\[URL:http://www.tam.co.il/10_7_98/\]](http://www.tam.co.il/10_7_98/) (news1.html#itemno3)

5. כללי פסלות מחייבים

ב-2 במרץ 2004 אושר בכנסת בקריאה שלישית חוק נושאי משרה שיפוטית (מניעה מלשבת בדין) (תיקוני חקיקה),¹⁸⁴ המעגן בחוק כמה עילות ספציפיות אשר בהתקיימן מנוע שופט מלשבת בדין.¹⁸⁵ עילות אלה, הכוללות אינטרס כספי בהליך או בתוצאותיו וכן קרבת

184. חוק נושאי משרה שיפוטית (מניעה מלשבת בדין) (תיקוני חקיקה).

185. לשונו של סעיף 777 המתוקן לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] היא זו:

(א) שופט לא ישב בדין אם מצא, מיזמתו או לבקשת בעל דין, כי קיימות

נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט.

(א1) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (א), שופט לא ישב בדין בודעו שמתקיים

אחד מאלה:

(1) צד להליך, בא כוחו או עד מרכזי, הוא בן משפחה של השופט או שקיימת

ביניהם קרבה ממשית אחרת;

(2) יש לשופט ענין כספי ממשי או ענין אישי ממשי בהליך או בתוצאותיו,

בצד להליך, בבא כוחו או בעד מרכזי, או שלבן משפחה מדרגה ראשונה של

השופט יש ענין כספי ממשי או ענין אישי ממשי בהליך או בתוצאותיו, בצד

להליך או בבא כוחו;

(3) בטרם התמנה לשופט היה השופט מעורב באותו ענין הנדון בהליך שלפניו

כבא כוח, כבורר, כמגשר, כעד, כיועץ מקצועי, כמומחה, או בדרך דומה

אחרת.

לענין סעיף קטן זה -

"בן משפחה" - בן זוג, הורה, הורה של בן זוג, ילד, אח, סב, נכד וכן ילד או

בן זוג של כל אחד מאלה ולרבות מי שהיה אפוטרופוס או מי ששימש משפחה

אומנת של השופט או שהשופט היה אפוטרופוסו או שימש משפחה אומנת שלו;

"בן משפחה מדרגה ראשונה" - בן זוג, הורה, ילד, אח וכן ילד או בן זוג של

כל אחד מאלה ולרבות מי שהיה אפוטרופוס או מי ששימש משפחה אומנת של

השופט או שהשופט היה אפוטרופוסו או שימש משפחה אומנת שלו;

"עד מרכזי" - עד שנדרשת הערכת מהימנותו לצורך הכרעה בהליך.

(2א) על אף האמור בסעיפים קטנים (א) ו-(א1) שופט רשאי לשבת בדין אם

מפאת דחיפות הענין לא ניתן לקיים את ההליך לפני שופט אחר ועלול להיגרם

נזק חמור או עיוות דין אם לא ידון בענין.

(3א) על אף האמור בסעיף קטן (א1)(2), שופט רשאי לשבת בדין אם העברת

הענין לכל שופט אחר לא תשנה את עילת הפסלות.

(ב) נטענה טענת פסלות נגד שופט, יחליט בה אותו שופט לאלתר ולפני שיתן

כל החלטה אחרת.

(1ב) התקיימה עילת פסלות לפי סעיף קטן (א1)(1) או (2), הנוגעת לעורך דין

או לבא כוח אחר, שהתקיימו בו נסיבות המחייבות קבלת היתר לייצוג כאמור

בסעיף 53 לחוק לשכת עורכי הדין, רשאי בית המשפט להיתר את הייצוג,

משפחה או קרבה ממשית אחרת לבעל דין, פרקליט או עד במשפט – אינן מבטלות את מבחן הפסלות הכללי, אלא מוסיפות עליו מקרים מספר שבהם ניטל שיקול הדעת מן השופט והוא חייב לפסול עצמו. לחקיקה זו קדם מאבק איתנים בין הכנסת ובין בית המשפט בנוגע לשאלה אם ראוי כי הכנסת תכתיב לשופטים כללי התנהגות מחייבים ואם אין מדובר בפגיעה חמורה בעצמאות מערכת השפיטה ובעקרון הפרדת הרשויות. אך המאבק לא נפתח באחרונה. הוא החל שנים ספורות לאחר קום המדינה עם חקיקתו של חוק בתי המשפט. בעת הגשתה של הצעת החוק בפברואר 1955 נעשה ניסיון לכלול במסגרתה הוראה ברורה לעניין הנסיבות שבהן יהיה שופט פסול מלשבת בדין.¹⁸⁶ הוראה זו הושמטה בשלב כלשהו של תהליך החקיקה ובחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957 לא הוזכרה כל הוראה בנדון.¹⁸⁷ את ההשמטה הבינו השופטים כמסקנה אליה הגיעה הכנסת "כי לא מן הראוי הוא כי תחוקק הוראות וכללי פסילת שופטים וכי מוטב שנושא זה ימשיך להיות מוסדר – כפי שהיה כל הימים – על ידי השופטים עצמם".¹⁸⁸ בהיעדר הסדר בחקיקה, הותוו עילות הפסלות על ידי בית המשפט ממקרה למקרה בדרך המשפט המקובל.

לבקשת עורך הדין או בא הכוח, אם מצא כי הנזק שייגרם לצד להליך אם לא יתיר את הייצוג עולה על הנזק שייגרם לצד להליך או לאינטרס הציבורי בשל הפסקת הדיון או החלטת שופט; התיר בית המשפט את הייצוג כאמור, לא ישב בדין השופט שלגביו התקיימה עילת הפסלות.

(ג) החלטת שופט או בית משפט לפי סעיף זה תהיה מנומקת, ורשאי בעל דין לערער עליה לפני בית המשפט העליון; בערעור ידון נשיא בית המשפט העליון, או מותב של שופטי בית המשפט העליון, או שופט אחד, הכל כפי שיקבע הנשיא.

186. בסעיף 39 להצעת חוק בתי המשפט, תשט"ו-1955, ה"ח 64, שכותרתו הייתה "נסיבות שבהן שופט לא יישב בדין" נאמר:

שופט לא יישב בדין בנסיבות אלה:

- (1) תוצאותיו של הדיון שלפניו עלולות להשפיע, מפאת העובדות הנדונות, על זכויותיו או על חובותיו;
- (2) היה לו מגע בעניין שלפניו בתורת בא כוח של אחד מבעלי הדין או בתורה עד, מומחה או בורר;
- (3) אחד מבעלי הדין קרוב אליו קרבת דם או אימוץ או קרבת נישואין או חיתון, אף אם פקעו הנישואין שיצרו את הקרבה.

187. על פי דברי השופטים בהמ' שמואל (לעיל, הערה 58) לא ברור מי ומה גרם להשמטתו של סעיף 39 להצעת חוק בתי המשפט המקורית. מדברי הכנסת אנו למדים שביום 15 בנובמבר 1955 הונח על שולחן הכנסת נוסח מתוקן של הצעת חוק בתי המשפט שלא נכללה בו כל הוראה בדבר פסלות שופט, ד"כ 19 (תשט"ז) 316. ראו המ' שמואל (לעיל, הערה 58), בעמ' 460.

188. בן-דרור (לעיל, הערה 98), בעמ' 89. ראו גם המ' שמואל (לעיל, הערה 58), בעמ' 461 ("באשר להשמטת הסעיף 39 של הצעת החוק, ניתן ללמוד מזה רק שהמחוקק הישראלי משך את ידו מן הנסיון להגדיר בחוק החרות את העילות לפסלותו של שופט").

ביני לבני בשנת 1984 מינה הנשיא שמגר ועדה בראשות הנשיא לנדוי כדי שתבחן אם קיים צורך בעיצובם בכתובים של כללי אתיקה שיחולו על השופטים, ותציע כללים אם תראה צורך בכך.¹⁸⁹ ביוני 1985 הגישה הוועדה את המלצותיה לנשיא שמגר.¹⁹⁰ לעניין הסמכות להתקין תקנות בסוגיית האתיקה השיפוטית קבעה הוועדה כי "לא מצינו שקיימת סמכות סטטוטורית בידי מאן דהו להורות הוראה מחייבת לענין זה".¹⁹¹ עם זאת הוועדה סברה כי העניין "חייב להיחתך בתוך הרשות השופטת פנימה, ולא על ידי גורם שמחוצה לה", שכן לדעת הוועדה "הסדרים מבחוץ עלולים לפגום בעצמאות הרשות השופטת".¹⁹² בכל הנוגע לכללי אתיקה מחייבים, הוועדה לא מצאה צורך בכללים שיסדירו את מכלול הבעיות העשויות להתעורר לעניין התנהגות בלתי ראויה של שופט בשבתו על כס המשפט, וסברה כי מוטב להמשיך בדרך הנהוגה עד כה, של תגובה על מקרים קונקרטיים.¹⁹³ השופט חיים כהן חלק על גישת הוועדה הן לעניין סמכותו של המחוקק לקבוע כללי אתיקה עבור השופטים והן לעניין הצורך בכללי אתיקה מחייבים: "דווקא משום שאין על השופט מרות בענייני שפיטה זולת מרותו של הדין", טען כהן, "מן הצורך ומן הראוי הוא שכללי התנהגותו השיפוטית ייקבעו בדין. 'העצמאות המובטחת לו' אינה נפגמת כהוא זה על ידי חובתו, המשתמעת מן החוק, להתנהג כהלכה במילוי תפקידו".¹⁹⁴ על יסוד החומר האמור, הוכנה על ידי הנשיא שמגר טיוטה של כללים שהופצה בקרב שופטים. מאוחר יותר נערכו כנסים, נתקבלו הערות רבות ובסופו של דבר גובשה מסכת אחידה של כללי אתיקה שיפוטית אשר פורסמה ברבים בשנת 1993.¹⁹⁵ בין היתר הגדירו כללי האתיקה השיפוטית מקרים מספר שבהם מנוע השופט מלשבת בדין.¹⁹⁶

שאלת תוקפם המחייב של כללי האתיקה השיפוטית עלתה בראשונה בע"פ הורביץ.¹⁹⁷ בפרשה זו התבקש השופט תיאודור אור על ידי העיתונאי יואב יצחק לפסול עצמו מלישב בדין בערעור על הרשעתו של מנכ"ל טבע, מר אלי הורביץ, בשל חברות קרובה בין השופט אור ובין פרקליטו של הורביץ, עורך הדין פנחס רובין. בבקשה הסתמך יואב יצחק על הכלל הקבוע בכללי האתיקה השיפוטית האוסר על שופט לישב בדין כאשר עורך דין

189. מינוי הוועדה נעשה בד בבד עם תחילתו של פרויקט ההתמקצעות (professional project) של בית המשפט. לדיון נרחב בפרויקט ההתמקצעות בכלל, ובמקום המרכזי שתופסים כללי האתיקה המקצועית במסגרת הפרויקט בפרט ראו Rosen-Zvi, (לעיל, הערה 67), בעמ' 793-789.

190. ועדה לבחינת נושא האתיקה המקצועית של השופטים, **עלון מערכת השיפוט 6** (תשמ"ה) 1.
 191. שם, בעמ' 3.
 192. שם, בעמ' 4.
 193. שם, בעמ' 5.
 194. מכתבו של ח"ה כהן לנשיא בית המשפט העליון בתגובה על דו"ח ועדת לנדוי, **עלון מערכת השיפוט 8** (תשמ"ו) 1, בעמ' 2.
 195. כללי אתיקה שיפוטית, תשנ"ג-1993.
 196. ראו, בין היתר, פרק 1 העוסק במניעת ניגוד עניינים.
 197. ע"פ הורביץ (לעיל, הערה 127).

המייצג את אחד הצדדים נמנה עם חוג חבריו.¹⁹⁸ בדחותו את הבקשה קובע השופט אור כי "הכלל הנוהג בפרקטיקה מאז ומתמיד הוא, שהיכרות או יחסי חברות בין שופט לבין פרקליט, להבדיל מיחסי קירבה משפחתית ביניהם, אינם פוסלים שופט מלדון בעניין שבו מופיע אותו פרקליט".¹⁹⁹ לעניין תוקפם המחייב של כללי האתיקה השיפוטית הוא קובע: "כללים אלה, ובהם גם הכלל בעניין קשר של חברות בין שופט לבין פרקליט, לא קיבלו מעמד של כללים מחייבים, לא בדבר חקיקה ואף לא בהלכה הפסוקה. אפשר שראוי לקבוע כלל מחייב בעניין זה, יהיה הכלל כזה או אחר, כפי שייקבע לאחר דיון על-ידי הגוף המוסמך לכך. אולם, כל זמן שאין כלל מחייב בעניין זה, מן הראוי לנהוג על פי הדין הקיים, כפי שהוא בא לידי ביטוי בפרקטיקה המקובלת על שופטים".²⁰⁰

בית המשפט הגבוה לצדק, אשר נדרש לעניין בעקבות עתירה שהגיש יואב יצחק על ההחלטה,²⁰¹ סמך את ידיו על החלטתו של השופט אור וקבע כי כל עוד לא עוגנו כללי האתיקה השיפוטית בחקיקה הם מהווים "חומר מנחה ומדריך" וכוחם רב להם אך ורק בשל היותם בעלי משקל מוסרי רב. אשר לכלל המורה כי שופט לא יישב בדין כאשר קיימת קרבה חברית בינו ובין פרקליט המופיע לפניו, קבע בית המשפט כי אין לפרשו "כהנחיה לפסילה עצמית 'אוטומטית' של השופט, אלא כהנחיה לשופט כי עליו לשקול אם בנסיבות הענין הנתון המובא לפניו, הופעת פרקליט שהוא ידידו, או חברו הקרוב, אינה עלולה להכביד על יכולתו לדון דין אמת, או להתפרש שלא כהלכה בעיני הציבור".²⁰² בית המשפט מוסיף ואומר כי הלכה זו עולה בקנה אחד עם הגישה המקובלת עליו ולפיה ראוי להחיל את מבחן הפסלות הרגיל – הוא מבחן האפשרות הממשית למשוא פנים – גם על זיקות אישיות של השופט שנתפסו בעבר כמקימות עילת פסילה אוטומטית. כראיה לדבריו מצטט בית המשפט את הרהורי הכפירה של השופט זמיר בע"פ בראון²⁰³ בהלכה שנקבעה בבג"ץ שימל,²⁰⁴ ולפיה כל אינטרס כספי או חפצי של השופט בעניין שבדיון, קטן כגדול, גורר אחריו פסלות אוטומטית. השופט זמיר היה סבור כי אין מקום לפסילה אוטומטית וכי גם במקרה של אינטרס כספי או חפצי יש להחיל את מבחן הפסלות הכללי ולבדוק אם במקרה הספציפי יצרה הנגיעה הכספית או החפצית אצל השופט אפשרות ממשית של משוא פנים.²⁰⁵

198. כלל 1(ב) לפרק השפיטה בכללי האתיקה השיפוטית קובע: "שופט לא יישב בדין במשפט בו קירבה משפחתית או חברתית לבעל דין, לפרקליט המופיע בתיק או לעד מרכזי, או טיפול קודם בעניין נושא הדיון לפני מינויו כשופט, עלולים ליצור מראית של חשש למשוא פנים".

199. ע"פ הורביין (לעיל, הערה 127), בעמ' 51.

200. שם, בעמ' 52.

201. בג"ץ 1622/00 יצחק נ' נשיא בית-המשפט העליון, פ"ד נד(2) 54.

202. שם, בעמ' 63.

203. ע"פ בראון (לעיל, הערה 3).

204. בג"ץ שימל (לעיל, הערה 49).

205. ע"פ בראון (לעיל, הערה 3), בעמ' 623.

חקיקתו של חוק נושאי משרה שיפוטית הוא תולדה ישירה של שתי החלטות אלה, כפי שנאמר בדברי ההסבר להצעת החוק המנמקים את הצורך בחקיקה בהחלטת בית המשפט הגבוה לצדק כי כללי האתיקה השיפוטית הם חסרי תוקף מחייב.²⁰⁶ החוק החל את דרכו כהצעת חוק פרטית של כמה חברי כנסת, אשר הצליחו לשכנע את הממשלה לתמוך בחוק ולהגישו מחדש כהצעת חוק מטעם הממשלה. בוועדת חוקה, חוק ומשפט הביעו חברי כנסת מסיעות שונות אי-אמון בשופטים²⁰⁷ והצדיקו את הגבלת שיקול הדעת של השופטים בצורך

206. הצעת חוק נושאי משרה שיפוטית (מניעה מלשבת בדין) (תיקוני חקיקה), תשס"ב-2002, ה"ח 747: "לאחרונה הובעה על ידי שופטים בבית המשפט העליון עמדה ולפיה אין לכללי האתיקה מעמד מחייב ועד שלא ייקבע להם מעמד שכזה על ידי הגוף המוסמך לכך ניתן לנהוג על פי פרקטיקה מקובלת אף אם יש בה משום סטיה מכללי האתיקה (ר' ע"פ 1182/99 הורביץ נ' מ"י, פ"ד נד(2)49) [כך במקור], וכן, מאותו טעם של העדר תוקף חוקי, הובעה העמדה שלא כל סטיה מכללי האתיקה משמעה התנהגות שאינה איתת (ר' בג"ץ 1622/00 יצחק נ' הנשיא ברק ואח', פ"ד נד(2)54) [כך במקור]. על עמדה זו הובעה ביקורת (ר' מאמרו הנ"ל של מרדכי בן-דורו). כן הומלץ כי נשיא בית המשפט העליון יפעל לגיבוש ולפרסום של כללי אתיקה שיפוטית (ר' דוח הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים בראשותו של השופט יצחק זמיר, התשס"א, עמ' 82). מוצע לקבוע בחוק עילות שבהתקיימן יהיה השופט, ככלל, מנוע מלישב בדין. העילות המוצעות, רובן ככולן, ענינן בנגיעה אישית של השופט ולא בנושאים הקשורים בניהול המשפט. מאחר שכך, רוב השופטים פוסלים עצמם, גם היום, מלישב בדין בהתקיימן. כמו כן, רוב העילות נדונו ופותרו בהלכה הפסוקה וקיימת מסורת מוכרת לגביהן. עם זאת, כפי שצוין לעיל, אין כיום תמימות דעים באשר לכל אחת מהעילות המוצעות, ולפיכך מוצע למנותן במפורש בחוק".

207. ראו, לדוגמה, פרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט (לעיל, הערה 56):

אריה גמליאל: יש לי ידיד קבלן. יש לו עורך-דין קבוע שהוא עובד אנו - היועץ המשפטי של החברה. במקרה אמא שלו היא שופטת. הבן לא הולך בפני השופטת, הולך תמיד השותף במשרד. וראה זה פלא, הוא זוכה תמיד במשפטים.

היו"ר אופיר פינס-פז: איך אתה יודע?

אריה גמליאל: עקבתי. אני לא רוצה להגיד שמות, אני אגיד לך באוזן. אני מדבר על ידיד קרוב שלי, כך שאני מכיר את העניינים מקרוב. הוא זוכה בכל המשפטים. כשזה עובר לשופט אחר, פתאום הוא נופל.

נסים זאב: היית בדיון אתמול בלשכת עורכי-הדין.

היו"ר אופיר פינס-פז: זה בלתי נשכח.

נסים זאב: שמעת את התחושות הקשות כלפי השופטים, כלפי מערכת המשפט.

היו"ר אופיר פינס-פז: גם על התביעה.

נסים זאב: התחושות האלה אנחנו חשים, לא בהיותנו עורכי-דין, בהיותנו מעורים בציבור, ואנחנו חשים את התחושה של הציבור. זה לא נאמר רק

לשמור על אמון הציבור במערכת השפיטה.²⁰⁸ נציגי השופטים שזומנו לוועדה התנגדו להצעת החוק בטענה שהמצב הקיים מספק ואין כל צורך בחקיקה, ומחו על הפגיעה החמורה בעצמאותה של הרשות השופטת.²⁰⁹ היועצת המשפטית של הוועדה סיכמה את המחלוקת

על-ידי עורכי-דין גדולים, אבל הקיים של המשפט מסתיים בהתאמה להרכב השופטים.

היוז"ר אופיר פינס-פז: אני אוסיף דבר אחד שהיה מדהים בנתונים שקיבלנו אתמול, שהטענה של הסניגורים - עסקנו שם במשפט הפלילי - שהסטטיסטיקה אומרת שרק 3% מהתיקים שמגישים, או מכתבי האישום שמגיעים לבית-המשפט בנושאים הפליליים, מסתיימים בזיכוי, ויתר 97% מסתיימים בהרשעה, אם כי הרשעה יכולה להשתנות מבחינת כתב האישום, יכול להיות שחלק מהסעיפים כן מזוכים. אני מדבר על זיכוי מוחלט.

...

אריה גמליאל: לא אכפת לי לקחת את כללי האתיקה ולהציג אותם בחוק. אם יש בעיות ניסוחיות בהצעת החוק שלי, אין לי בעיה לתקן. הבעיה החמורה היא שיש דברים חמורים במערכת המשפט.

208. ראו דברי חבר הכנסת מרדכי אלבו, שם, בעמ' 13:

נתקלתי בתופעות לא רק של משוא פנים וניגוד עניינים. אנחנו רוצים לשמור על מערכת המשפט.

ראו גם דברי פרץ סגל בפרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט (אפריל 2002), 5:

פרץ סגל: עמדת הממשלה הייתה לתמוך בהצעת החוק, משום שהחקיקה הזאת מגבירה את האמון במערכת. ברגע שהמערכת שקופה, זה לא תלוי בשופט שהחליט או לא החליט, אלא יש כללים שמחייבים. נראה לנו שזה לא יפגע באמון במערכת, אלא זה יוסיף אמון במערכת.

ראו גם דברי ח"כ זבולון אורלב בדיון בקריאה ראשונה של הצעת חוק נושאי משרה שיפוטית (מניעה מלשבת בדין) (תיקוני חקיקה), בד"כ (תשס"ב) 8302:

במקום שיתהלכו כל מיני שמועות וכל מיני ידיעות, ובמקום שיהיה נדמה לציבור שקשה מאוד לשופט לפסול את עצמו בגלל ניגודי עניינים, בא חבר כנסת הרב אריה גמליאל ומציע מהלך שהוא שקוף, שבעצם מחייב מסלול של פסילה עצמית - דבר שיגביר את אמון הציבור במערכת.

209. ראו דברי מנהל בתי המשפט, דן ארבל, השופט עזרא קמא ועו"ד יגאל מרזל, עוזרו המשפטי (דאז) של נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק בפרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט (לעיל,

הערה 56). ראו גם פרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט (לעיל, הערה 208), בעמ' 2-4:

דן ארבל: חשבנו מלכתחילה שלא היה צורך בהצעת החוק הזאת, מפני שהמצב הקיים משיבץ רצון, וצריך לסמוך על שיקול הדעת של השופטים ולא להתערב בו. חשבנו שהצעת החוק, במקום להביא לפסילות במקרים המתאימים, היא במקרים מסוימים, אפילו תגרום נזק. אבל משהונחה הצעת החוק הזאת, כפי שהיא, אנחנו גם לא רוצים להיראות כמי שמתנגדים לה.

...

באמרה: "למעשה, עיקר המחלוקת הנסתרת כאן היא במידת האמון בשיקול הדעת [של השופטים]"²¹⁰.

היינו מעדיפים לחיות ללא הצעת החוק הזאת, כי אנחנו חושבים שאנחנו יכולים לקיים בעצמנו את העקרונות שכתובים כאן, אבל אנחנו לא מתנגדים מהותית למה שכתוב כאן.

...

עזרא קמא: יש מחויבות לדרך ארבל לומר את הדברים, משום שהוא שותף לוועדה שכבר ניסחה. אני אומר את הדברים בצורה יותר מודגשת. אנחנו סבורים שהסדר הקיים הוא הסדר לא רע, הוא קיים זה שנים, הוא מתקיים שנים בצורה טובה, וצריך לתת לפסיקה ולהלכות בבתי המשפט להסדיר עניין זה. ההלכות הסדירו אותו במשך שנים רבות. יכול להיות מקרה אחד או שניים שיעוררו אולי תרעומת או זעם, אבל שוב, ההסדר הזה, שבו השופט פוסל את עצמו, על-פי שיקול דעתו, בעניינים כלליים, בעניינים שהחוק בסעיף 77(א) הכניס לתוכו – זה מעין סעיף סל שניתן להכניס בו כל מיני דברים – הוא הסדר מצוין, כאשר יש הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון על החלטתו של השופט.

...

בהסדר המוצע אני וחברי רואים מעין אי-אמון במערכת השפיטה, משום שלא סומכים על מערכת השפיטה שתפעיל שיקול דעת בצורה הנכונה והנבונה ביותר, ולכן מכתיבים לה מקרים מסוימים. המקרים האלה לא ממצים, המקרים האלה מעוררים בעיות... אנחנו שומרים מכל משמר על אמון הציבור בנו, האמון הזה הוא שנותן למערכת השפיטה את האיתנות שלה, והנה, באים ואומרים: אנחנו לא סומכים על השופטים.

זו איננה מלחמה, המחוקק יכול לומר את דברו. עד היום המחוקק לא התערב. הרי בשנת 1983-1984, כשהגענו לחוק בתי המשפט התעורר אותו עניין, שחבר הכנסת גמליאל מעורר אותו, אמרו: נקבע קביעות מסוימות לעניין פסלות שופט. באו, דנו, דשו בעניין, והגיעו למסקנה של מה שאני קורא לו למעשה "עיקרון האפס", להחליט שלא להחליט כלום, להשאיר את המצב על כנו, משום שהמצב הקיים הוא לא רע, הוא טוב, יש ביקורת. למה לנו לפגוע בעצמאות השפיטה בדרך הזאת של הכתבה בעניינים מסוימים? אני חושב שמותר להכתוב לשופט בכל הנוגע לפרוצדורה, אבל לא בעניינים שהם מהותו של המשפט – ניהול המשפט, מי ידון, מי יידון בפני אותו שופט, איזה שופט ידון בעניין פלוני. מדוע לא תקבעו לנו מחר ששופט שלום לא ידון בעניין א' ובעניין ב', לא בעניין הסמכויות הכלליות, אלא בעניינים אחרים.

210. ראו דברי עו"ד סיגל קוגוט בתוך פרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט (לעיל, הערה 56), בעמ' 15.

תגובת בית המשפט לא איתרה לבוא. בחודש אוגוסט 2002, כחודש לאחר פרסומה של הצעת חוק נושאי משרה שיפוטית (מניעה מלשבת בדין) (תיקוני חקיקה), הודיע הנשיא ברק על הקמתה של "ועדה להכנת כללים של אתיקה שיפוטית". במכתב לחברי הוועדה נאמר: "על דעת שופטי בית המשפט העליון ולאחר התייעצות עם שר המשפטים, הנני ממנה אתכם כוועדה לניסוח כללים חקוקים של אתיקה שיפוטית. כידוע, כללי אתיקה שיפוטית מחייבים קיימים מאז קיימת שפיטה בישראל. עם זאת, כללים אלה הם בעיקרם חלק מ'המשפט המקובל' נוסח 'ישראל' המעוגן בפסיקתם של בתי המשפט. הגענו לכלל מסקנה כי מן הראוי הוא שכללים אלה ילבשו לבוש של כללים חרוטים וחקוקים".²¹¹ בשל הצורך לענות על שתפס כמתקפה של הכנסת על השופטים, הוועדה שהרכיב הנשיא ברק שונה מזו שהרכיב קודמו, הנשיא שמגר, כשני עשורים קודם לכן. ראשית, הנשיא ברק בחר להקים ועדה רחבה המורכבת לא רק משופטים אלא גם מנציגים מטעם האקדמיה ולשכת עורכי הדין. שנית, המהלך תואם עם משרד המשפטים. ושלישית, וחשוב מכול, בדברי ברק יש רמז לכך שבכוונתו להגיש את ההמלצות שיגובשו לשר המשפטים לצורך חקיקה.²¹² השופטים ניסו להשתמש בעבודת הוועדה להכנת כללים של אתיקה שיפוטית כעילה לעכב את דיוני הכנסת בהצעת חוק נושאי משרה שיפוטית (מניעה מלשבת בדין) (תיקוני חקיקה).²¹³ אך הניסיון לא עלה יפה ועורר את המתם של חברי הכנסת, שסברו כי הוועדה היא זו שצריכה להשעות את דיוניה עד קבלת החוק בכנסת.²¹⁴

211. מכתבו של ברק, המצוטט בתוך בן-דרור (לעיל, הערה 98), בעמ' 86.
212. אופייה של הוועדה שהקים ברק, והאפשרות כי המלצות הוועדה יחוקקו על ידי הכנסת, עוררו את חמתו של השופט (בדימוס) מרדכי בן-דרור: "לדעתי אין זה הולם את שיטת המשפט בארץ ואת עצמאות מערכת השפיטה, כי המלצות אלה, או אחרות בדומה להן, יקבלו גושפנקא של מערכות שלטון אחרות, בין שיהיה זה שר המשפטים ובין שיהיה זה כל גוף אחר. כללי התנהגות השופטים צריכים להתגבש על ידי בתי המשפט בדרך של פסיקה ואימוץ עקרונות על ידי השופטים עצמם". שם, בעמ' 88.
213. ראו דברי השופט אלון גילון בתוך פרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט (נובמבר 2003), 6: כבר כמה חודשים יושבת ועדה מכובדת לניסוח כללי אתיקה של שופטים. בראש הוועדה הזאת עומד השופט חשין. חברים בה: השופטת בייניש, השופט לינדנשטראוס, השופט סובל, פרופ' אנקר, השופט קלינג. רמי רובין מרכז את הוועדה הזאת נכון להיום. הוועדה הוקמה על-ידי נשיא בית-המשפט העליון ושר המשפטים. היא יושבת על כללי אתיקה שיפוטית שיחליפו את הכללים שכתב בזמנו הנשיא שמגר. בין היתר היא מתעסקת בנושא של פסלות שופטים. היא עומדת לסיים את העבודה שלה בסוף השנה, כלומר אנחנו מדברים על עוד כחודש. הוועדה לא תקבע איך יאכפו את הכללים אבל אולי צריך לשקול לעכב את הדיון פה. יכול להיות שזה ישפוך אור ויעזור לכולנו.
214. ראו דברי יושב ראש הוועדה, חבר הכנסת מיכאל איתן (שם, בעמ' 8): אני שואל אותך למה הוועדה הזאת לא אומרת לי: חבר הכנסת מיכאל איתן, יושב-ראש ועדת החוקה חוק ומשפט, שמחנו מאוד שלאחר שנים רבות הכנסת

לבסוף התקבל חוק נושאי משרה שיפוטית על אף התנגדותם הנהרצת של השופטים,²¹⁵ עובדה שיש בה ללמד על חוסר אמון בשיקול דעתם ולכן על כישלון בהפצת דמות השופט המקצועי בקרב הציבור.

ז. הרהורים לקראת סיום

מאמר זה עקב מבעד לפריזמה של כללי הפסלות אחר המנגנונים והטכניקות שבאמצעותם מעצב בית המשפט את דמותו של השופט המקצועי, ניתח את מאפייניו ובחן את הצלחת המערכת בהפצתו בקרב הציבור הרחב. לסיום דברי אני רוצה להדגיש שתי נקודות חשובות: ראשית, אין בכונתי לטעון לקונספירציה מצד השופטים לעצב את דמותם כדמותו של השופט הרקולס. האתוס שמפיץ השיח המשפטי בדבר חוסר הרלוונטיות של מרכיבי הזהות של השופט במילוי תפקידו מחלחל לתפיסה שתופסים השופטים את עצמם. כך, למשל, שופטת בית המשפט העליון לשעבר טובה שטרסברג-כהן ציינה בראיון לעיתון הארץ כי להיותה אישה אין כל השפעה על עבודתה השיפוטית. כאשר היא עוסקת בפרשנות החוק אין כל משמעות להיותה אישה, אלא היא פועלת אך ורק בהתאם לחוק.²¹⁶ והשופט זועבי מצוטט בכתבה במוסף סופשבוע של העיתון מעריב כאומר: "לפני שבוע בבית המלון הייתי אוכל, וניגשו חבורה של נוער דתי. חמש בנות וחמישה בנים. ביקשו לשאול שאלה. הסכמתי. הם רצו לדעת האם אני לא אובייקטיבי, בגלל שאני ערבי. אמרתי להם שזה לא נכון. שכאשר אני יושב בוועדה, אני שוכח שאני ערבי, ורק מנסה לברר את האמת. שלא כל מה שאני שואל זה העמדה שלי. שעוד לא קבעתי בכלל עמדה. היה להם קשה להבין את זה."²¹⁷ אין כל סיבה לחשוד כי דבריהם של השופטים אינם כנים.

יתרה מזו, האתוס של השופט המקצועי, כשהוא לעצמו, איננו שלילי כלל ועיקר. הוא משקף שאיפה נאצלה וניסיון כן, אפילו הרואי, של השופטים להגיע לניטרליות ואובייקטיביות בתפקודם השיפוטי ולחנך עצמם לפעול בלא משוא פנים. יש לברך על שאיפה זו ובה בעת יש לוודא שהאתוס לא יהפוך למיתוס. על השופטים להכיר בכך שבסופו של יום ניסיונותיהם הכנים להיות נתונים פחות ככל האפשר להשפעות חיצוניות אינם ניתנים להגשמה מלאה, והדרך להתמודד עם הכשלים והקשיים איננה באמצעות הסרתם מן הציבור. אף על פי כן ניתן לקבוע כי שופט לא ייפסל, בנסיבות מסוימות, מטעמים נורמטיביים אף שאנו יודעים בוודאות שיש בהם כדי להשפיע על השופט. כך, למשל, אין מקום לפסול שופט דתי מלדון

נזקקת לשאלת מניעות מישיבה בדיון. יש לנו ועדה חשובה שמגבשת את כללי האתיקה למשפט ואנחנו ממתנינים ומבקשים שתזרוז את החקיקה על-מנת שהוועדה שלנו תוכל לקבוע את כללי האתיקה בהתאם לחקיקה.

215. לביקורת החקיקה של חוק נושאי משרה שיפוטית (מניעה מלשבת בדיון) (תיקוני חקיקה) ראו בן-דרור (לעיל, הערה 98).

216. ראו גדעון אלון, "כמעט חצי שופטות", הארץ (12.4.98) <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/arch/ArchSearchArt.jhtml?navColor=1> URL:

217. קדוש (לעיל, הערה 93), בעמ' 10.

בנושאי דת ומדינה בשל השקפת עולמו הדתית; אין לפסול אישה מלישב בדין בעברות של אינוס והטרדה מינית או בעתירות שעניינן הפליית נשים; ואין לפסול שופט ערבי מלישב בדין כאשר על הפרק עומד אופיייה היהודי של המדינה. הסיבה לכך אינה שמרכיבי אישיות אלה אינם משפיעים על השקפת עולמו של השופט²¹⁸ (כפי שטוען בית המשפט), אלא מכיוון ששופטים אלה נבחרו בין היתר בגלל, ולא למרות, מרכיבי האישיות הללו ואנו סבורים כי ראוי שיבואו לידי ביטוי בפסיקתם. סיבה נוספת לכך שאין לפסול שופטים בשל השקפת עולמם היא שלכל שופט ישנה השקפת עולם כלשהי ולכן אין בנמצא שופט שהוא חסר "דעה קדומה".²¹⁹ אך גם במקרים אלה יש לדרוש שקיפות מלאה באשר לסיבות שהביאו את המחוקק או את בית המשפט לכלל החלטה כי שופט לא ייפסל בנסיבות אלה.

במשך תקופה ארוכה ניסה בית המשפט לשמור על אמון הציבור על ידי כך שהסתיר ממנו את השפעתם על התוצר השיפוטי של מאפיינים כגון אישיות השופט, תכונותיו והרקע החברתי שממנו הוא בא. לפרקטיקה כזו אין מקום בעולם פוסט-ריאליסטי. יש לאפשר דיון ציבורי פתוח ומושכל בהשפעות הזרות על השופטים ולאפשר לכנסת, בשיתוף נציגי השופטים, לחוקק חוקי פסלות שעולים בקנה אחד עם יכולתם של השופטים לשפוט בניטרליות ובאובייקטיביות מרבית מחד גיסא ועם ההשקפות הנורמטיביות של החברה באשר לשאלה מתי ראוי ומתי אין זה ראוי לפסול שופט מאידך גיסא. פתיחות שכזו עשויה דווקא להגביר את אמון הציבור במערכת השפיטה ולא לפגוע בה. כללי פסלות רחבים יותר יחזקו את השופטים כיוון שהציבור יחוש ששופטים הנגועים בדעה קדומה ובמשוא פנים נפסלים ועל כן שופט שאינו נפסל יימצא מעל ומעבר לכל חשד.²²⁰

לעניין זה יפים הדברים שמצטט Frank מפי השופט Holmes:

מרכיב האישיות בהחלטות השיפוטיות הוא בלתי נמנע. בהיותו בלתי נמנע יש להכיר בו ככזה ולא להתייחס אליו כאל גורם זניח וחסר חשיבות. כאן, כמו גם בכל עניין אנושי (human affair) אחר בעל חשיבות, ההתעלמות מדברים שלא ניתן למנוע אותם והעמדת הפנים כאילו הם אינם קיימים, הם מעשה ילדותי, טיפשי ומסוכן. משום שמרכיב האישיות קיים, הדרך הנבונה היא להתמודד עמו ובמידת האפשר לשפר אותו (to perfect it). אכן, כמו בעניינים בלתי נמנעים אחרים, אם נעמוד מולו בצורה אמיצה ותכמה ניתן יהיה להפיק ממנו יתרונות (התרגום שלי - י"ר).²²¹

218. גורלי (לעיל, הערה 26), בעמ' 33 ("השופטים הדתיים הם היחידים שאפשר לצפות כיצד יפסקו, במיוחד בשאלות הנוגעות ליחסי דת-מדינה - כשרות, שבת, גיור וכדומה").

219. גם לשופט חילוני, לא רק לדתי, השקפת עולם באשר ליחסי דת ומדינה וגם לשופט יהודי, ולא רק לערבי, השקפת עולם באשר לאופייה היהודי של מדינת ישראל. השו"ן Leubsdorf (לעיל, הערה 2), בעמ' 271-272.

220. שם, בעמ' 245.

221. Jerome Frank, "Are Judges Human?", 80 *U. Pa. L. Rev.* (1931) 17, p. 25.

הגיע הזמן להיפרד לשלום מן השופט האידאלי ואחת התחנות הראשונות היא חשיבה מחדש על כללי הפסלות.

נספח

שנה	דחייה	פסילה	אישור פסילה עצמית	ביטול פסילה עצמית	סה"כ
1996	34	1	1	1	37
1997	62	7	1	2	72
1998	^א 70	3	2	7	82
1999	^ב 85	2	2	7	96
2000	^ג 104	3	2	3	112
2001	^ד 89	7	5	6	107
2002	^ה 98	5	3	1	107
2003	^ו 80	-	2	3	85
^ז 2004	48	4	2	3	57
סה"כ	670	32	20	33	755

- א. בשני מקרים הומלץ לשופט להעביר את התיק לשופט אחר.
- ב. בשלושה מקרים הומלץ לשופט להעביר את התיק לשופט אחר.
- ג. בשלושה מקרים הומלץ לשופט להעביר את התיק לשופט אחר.
- ד. בשני מקרים הומלץ לשופט להעביר את התיק לשופט אחר.
- ה. במקרה אחד הומלץ לשופט להעביר את התיק לשופט אחר.
- ו. בשישה מקרים הומלץ לשופט להעביר את התיק לשופט אחר.
- ז. חודשים ינואר עד ספטמבר בלבד.