

## אם יש ספק אין ספק: כללי פסילת שופטים בשל היכרות קודמת – הצעה לרפורמה

מאת

איריס קנאור\* ואברהם טננבוים\*\*

המאמר קורא לעיון מחדש בכללי פסלות שופט בגין היכרות מוקדמת עם בעלי הדין או עם באי כוחם. הכללים הנוהגים במשפט הישראלי לפסלות שופט מבוססים על שני אדנים: הראשון הוא פסילה ללא שיקול דעת כאשר ההיכרות המוקדמת מבוססת על קטגוריות המנויות בחוק; השני הוא פסילה הנתונה לשיקול דעתו של השופט היושב בדין כאשר מתעורר בליבו חשש ממשי למשוא פנים. כללי פסילה אלו מבוססים על האתוס בדבר היות השופט מקצוען ניטרלי ואובייקטיבי, אשר יש ביכולתו לדעת מתי ההיכרות המוקדמת עלולה להשפיע עליו לרעה ולהטות את החלטתו.

אלא שהמאמר מראה כי תפיסה זו של השופט אינה עולה בקנה אחד עם מחקרים מתחום הכלכלה ההתנהגותית. מחקרים אלו מעידים על כך שהשופטים מושפעים מהטיות בעת שהם נדרשים לקבל החלטות. השפעתן השלילית של ההטיות גורמת לדחיית רוב בקשות הפסילה המוגשות על בסיס היכרות מוקדמת. נוסף על כך, מחקר אמפירי ואיכותני שבוצע לצורכי המאמר שולל את הטענה שלפיה אפשרות ערעור על החלטת הפסילה יכולה לתת מענה לבעיות שהציפה הכלכלה ההתנהגותית. ממצאי המחקר מלמדים שערכאת הערעור אינה נוטה להתערב ולתקן החלטות מוטות של הערכאה הדיונית, ככל שיש כאלה. המסקנה שאליה הגיע המאמר היא כי החלטות שופטים בערכאות הדיוניות שלא לפסול את עצמם בשל היכרות מוקדמת, עלולות להיות מוטות, אף שנעשו בתום לב. החלטות אלו עלולות לסכן את אובייקטיביות ההליך.

לאור ממצאים אלו, ובהסתמך על השוואה לשיטת המשפט העברי, המאמר מציע רפורמה במשפט הישראלי, במסגרתה יומר המבחן הנוהג בדבר "חשש ממשי למשוא פנים" במבחן חדש – "מבחן ספק ההשפעה". במישור הדוקטרינרי, מבחן ספק ההשפעה מערכן את כללי הפסילה ומעמידם על ראשם. כך, מוצע שהמשפט הישראלי יעבור מנקודת מוצא שעל פיה השופט אינו צריך לפסול עצמו אלא במקרה של חשש ממשי, לנקודת מוצא שלפיה על השופט לפסול את עצמו בכל מקרה של ספק השפעה. במישור המוסדי, המאמר מפרט את השינויים שיידרשו כדי להתאים את כלל הפסילה החדש למבנה בתי המשפט בישראל.

מבוא. א. הצגה דוקטרינרית של כללי פסילת שופטים בגין היכרות מוקדמת במשפט הישראלי וההצדקות לה. 1. פסילת שופט בגין היכרות מוקדמת – סקירה דוקטרינרית; 2. התאוריה בבסיס הדוקטרינה הישראלית – השופט כמקצוען שאיננו מושפע. ב. השפעת

\* בית הספר למשפטים, המכללה למנהל, והמכללה האקדמית צפת, Senior Research Affiliate, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Germany

\*\* שופט (בדימוס), בית משפט השלום, ירושלים.  
תודה מיוחדת מסורה לפרופ' יוסי יסעור ולפרופ' דן אריאלי על הערותיהם בתחום המקצועי של קבלת החלטות. האחריות למאמר זה היא של המחברים בלבד.

תורת קבלת ההחלטות מתחום הכלכלה ההתנהגותית על אובייקטיביות השופטים.  
 1. הטיות הרלוונטיות להחלטות שופטים בשאלות פסלות הנוגעות למשוא פנים; 2. השפעת  
 ההטיות על אובייקטיביות השופטים; 3. מנדטוריות ההטיות? ג. ערכאת ערעור על החלטת  
 פסלות – פתרון אפשרי? סקירה אמפירית ואיכותנית. 1. בחינה כמותנית; 2. בחינה  
 איכותנית. ד. משפט השוואתי: פסילת דיין עקב היכרות במשפט העברי. ה. המלצות  
 לרפורמה 1. מבחן ספק ההשפעה; 2. הצעה לשינוי מנגנוני מערכת. ו. סוף דבר.

## מבוא

ב־25 בנובמבר 1998 הורה בית הלורדים על הסגרתו של גנרל אוגוסטו פינודה (Augusto Pinochet) לספרד בגין אחריותו לעינויים שנטען שאירעו במהלך שלטונו בצ'ילה.<sup>1</sup> פסק הדין שניתן ברוב של שלושה שופטים נגד שניים משך תשומת לב עולמית. פחות מחודש לאחר מכן, ב־17 בדצמבר 1998, החליט בית הלורדים בהחלטה תקדימית לבטל את פסק דינו והורה על קיום דיון חוזר. החלטה זו, לעיין מחדש בפסק הדין, הייתה הפעם הראשונה בתולדות בית הלורדים שבה הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר באנגליה ביטלה למעשה פסק דין שלה עצמה. הסיבה לכך הייתה הטענה שאחד השופטים, הלורד הופמן (Lord Hoffman), שהיה בעל הקול המכריע בהחלטת ההסגרה, לא גילה לצדדים את קשריו עם ארגון אמנסטי אינטרנשיונל (Amnesty International), ארגון אשר ניתנה לו ההזמנות, בדרך אגב, להתערב בהליך ולהביא טענותיו נגד הגנרל פינודה.<sup>2</sup> בפעם הראשונה בתולדות בית הלורדים כונן הליך אד הוק של דיון נוסף לפני הרכב מורחב של שבעה שופטים, שנועד לחזור ולדון בשאלת ההסגרה.<sup>3</sup> בסופו של דבר, ב־24 במרץ 1999 הכריע ההרכב המורחב, ברוב של שישה שופטים נגד אחד, שהגנרל פינודה אחראי לעינויים והוא בר הסגרה.<sup>4</sup> יש הטוענים שהליך פסילתו של הלורד הופמן בשל החשש למשוא פנים הוא אשר תרם את התרומה המשמעותית ביותר לקידומה של המהפכה המוסדית השיפוטית באנגליה – ביטול

- 1 R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte, [1998] 3 W.L.R 1456 (HL) (appeal taken from Eng.) (בית המשפט דחה את טענת ההגנה שהעלה פינודה בדבר חסינות ראשי מדינה).
- 2 R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, [1999] W.L.R. 272 (HL) (appeal taken from Eng.). לורד הופמן היה יו"ר אגף התרומות של אמנסטי. לאחר מכן הוא צוטט בעיתון DAILY TELEGRAPH, כאומר: "the fact is I'm not biased. I am a lawyer. I do things as a judge. The fact that my wife works as a secretary for Amnesty International is, as far as I am concerned, neither here nor there" (A Look at Lord Hoffmann, BBC News (Dec. 17, 1998) <https://bbc.in/2Kmiw2z>).
- 3 Michael Byers, *The Law and Politics of the Pinochet Case*, 10 DUKE J. COMP. & INT'L. L. 415, 432–433 (2000); Kate Malleson, *Judicial Bias and Disqualification after Pinochet* (No. 2), 63 MOD. L. REV. 119 (2000).
- 4 R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3), [1999] 2 W.L.R. 827 (HL) (appeal taken from Eng.); Andrea Bianchi, *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, 10 EUR. J. INT'L L. 237, 243 (1999).

מעמדו של בית הלורדים כעומד בראש פירמידת בתי המשפט של אנגליה, והקמתו של בית המשפט העליון תחתיו.

זוהי אך דוגמה אחת לדרמות הגדולות החבויות מאחורי דיני פסלות שופטים. נשיא בית המשפט העליון לשעבר הוא שהיטיב לתמצת את מרכזיותם של דיני פסלות שופטים בשיטת המשפט שבה הם פועלים, באומרו: "אמור לי מהם דיני פסלות השופט של שיטת משפט ואומר לך מהם מעמדה, תפקידה וערכיה של השפיטה באותה שיטת משפט".<sup>5</sup> בית המשפט העליון אף פסק כי "לפסילת שופט יש השלכות על השופט עצמו, על האינטרס הציבורי, על האמון במערכת השפיטה, וכמובן, על האינטרס של בעלי הדין בהליך",<sup>6</sup> וגם כי "דיני הפסלות עניינם באמון הציבור במערכת השפיטה ובחזוקו המתמיד של אמון זה".<sup>7</sup> לאור חשיבותה, מאמר זה מציע לדון מחדש בהלכת פסלות שופטים בשל היכרות מוקדמת שבשיטת המשפט הישראלית.

כידוע, במשפט הישראלי ניתן לראות בכללי פסילת השופטים חלק מכללי הצדק הטבעי.<sup>8</sup> מאמר זה יתמקד בכלל בדבר איסור משוא פנים, שלפיו על השופט להיות אובייקטיבי. מכוח כלל זה, כל הטיה לטובת צד זה או אחר, מכל סיבה שהיא, היא אסורה. לכן אל לו לשופט להגיע לדיון כשדעתו מקובעת בכיוון הכרעה מסוים. המאמר יעסוק במצבים שבהם מתעוררת עילת פסילה הנובעת מהיכרות מוקדמת, ואשר אינם קשורים לעילת פסילה העשויה להתעורר בדיון עצמו אם במהלכו נחשפת דעתו הקדומה של השופט בהערותיו, בהתנהגותו ובהחלטותיו.<sup>9</sup> אמנם הכול מסכימים על העיקרון בניסוחו הרחב, שלפיו חל איסור לשבת בדין במצבים שבהם ישנה היכרות מוקדמת בין השופט ובין אחד הצדדים, שיש בה כדי להשפיע על יכולתו להחליט באופן אובייקטיבי. גם באשר לחשיבותו של הכלל לצורך חיזוקו המתמיד של אמון הציבור במערכת השפיטה ישנה הסכמה נרחבת. עם זאת, מוכרת הבעייתיות האינהרנטית בסוגיית זהות הגורם המוסמך להחיל את כללי

5 הקדמה מאת אהרן ברק, לספר: יגאל מרזל דיני פסלות שופט ז (2006).

6 ע"א 5210/16 פלוני נ' הכשרה חברה לביטוח בע"מ, פס' 8 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 16.8.2016).

7 ע"א 9837/16 קצב נ' נקש, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 11.1.2017).

8 למרות אי-הבהירות באשר לתוכנם המדויק של כללים אלו, דומה כי יש בדרך כלל תמימות דעים לעניין ליבת שניים מהם. הכלל הראשון עניינו כאמור איסור משוא פנים, והכלל השני עניינו זכות הטיעון. במילים אחרות, על השופט לשמוע את שני הצדדים ולתת לכל אחד הזדמנות שווה להשמיע את עמדתו עובר לקבלת החלטתו. כל השאר שנוי במחלוקת. כך למשל, יש הטוענים כי חובת ההנמקה ככלל, וחובת השופט לנמק את פסק דינו בפרט, אף היא חלק מאותם כללים. ואולם ישנן שיטות, כגון שיטת המשפט העברי, שאינן רואות בהנמקה הכרח, וממילא אינן רואות בה חלק מכללי הצדק הטבעי. על כללי הצדק הטבעי ראו באופן כללי Frederick F. Shcauer, *English Natural Justice and American Due Process: An Analytical Comparison*, 18 WM. & MARY L. REV. 47 (1976). על כללי הצדק הטבעי במשפט המנהלי הישראלי ראו דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך א 461 (2010). על כללי הצדק הטבעי בהלכה ראו אליאב שוחטמן "כללי הצדק הטבעי ועקרונות השוויון בשמיעת טענות בעלי הדין" **פרשת דברים** 36 (התשס"א) <http://bit.ly/2Km4ZYH>.

9 נציין רק כי בקשת פסילה המבוססת על מהלך הדיון היא מוקשית בעינינו, שכן בעיצומו של ההליך המשפטי ובמהלך שמיעת הראיות חייב השופט לגבש עמדה כלשהי, ולו רק כדי להבין את המתחולל לפניו. מכל מקום, נהיר כי לא ראוי ששופט יביע את דעתו בצורה בוטה קודם לסיום ההליך.

הצדק הטבעי על פסילת שופטים.<sup>10</sup> בעייתיות זו קיימת גם במשפט הישראלי, שבו השופט היושב בדין הוא שמכריע בשאלת פסלותו שלו.

לאחר סקירה דוקטרינרית קצרה של המבחן הנוהג במשפט הישראלי בדבר "חשש ממשי למשוא פנים" והצדקותיו התיאורטיות (חלק א), יפנה המאמר לתחום המשפט האמפירי ויבחן את תרומתן של תובנות מתחום הכלכלה ההתנהגותית לאופן קבלת החלטות על ידי שופטים.<sup>11</sup> תיבחן השאלה אם הטיות אלו משפיעות על השופטים בערכאות הדיוניות בעת שהם מכריעים בשאלה אם עליהם לפסול את עצמם בשל היכרות מוקדמת. עוד תיבחן שאלת היקף השפעתן של הטיות על השופטים. המאמר יראה כי בשל השפעתן השלילית של ההטיות, נטיית השופטים הדיוניים היא להימנע מלפסול את עצמם מלשבת בדין (חלק ב). בהמשך, מחקר אמפירי ואיכותני יבחן את השאלה אם קיומו של הליך ערעור יכול לתת מענה לבעיות שעליהן מצביעה הכלכלה ההתנהגותית, כלומר תיבדק השאלה אם ערכאת הערעור נוטה להתערב ולתקן החלטות מוטות של הערכאה הדיונית, ככל שיש כאלה (חלק ג). נוסף על כך, סקירה השוואתית תבחן את כללי הפסילה שפותחו על ידי המשפט העברי. מסקירה זו עולה כי גישת המשפט העברי שונה לחלוטין – בהפעלה מתודולוגיה אינדוקטיבית – מגישת שיטת המשפט הישראלי. לכן המשפט העברי מגיע למסקנות מפתיעות ההולמות דווקא את הלקחים הנלמדים מתחום הכלכלה ההתנהגותית (חלק ד). לבסוף יוצע לערוך רפורמה במשפט הישראלי שיהיה בה כדי להלום את הממצאים האמפיריים וההשוואתיים, ולהמיר את המבחן הנוהג כיום בפסיקה הישראלית במבחן חדש, מבחן "ספק ההשפעה". לפי המבחן החדש שיוצע, יהא על השופט לפסול עצמו כל אימת שמתעורר בליבו ספק בדבר יכולתו לשפוט ללא משוא פנים (חלק ה).

## א. הצגה דוקטרינרית של כללי פסילת שופטים בגין היכרות מוקדמת במשפט הישראלי וההצדקות לה

### 1. פסילה שופט בגין היכרות מוקדמת – סקירה דוקטרינרית

סעיף 77 לחוק בתי המשפט, כפי שתוקן בשנת 2004, מסדיר את סוגיית פסילת שופטים בשל היכרות מוקדמת בשיטת המשפט הישראלית.<sup>12</sup> החוק קובע הוראה כללית בסעיף 77א(א) שלפיה לא יישב שופט בדין כאשר קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור "חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט" (להלן: פסילה בשיקול דעת).<sup>13</sup> באותו תיקון הוגדרו בסעיף

10 ראו לאחרונה, את הדיון במשפט האמריקני: Dimitry Bam, *Our Unconstitutional Recusal*, *Procedure* 84 Miss. L.J. 1135 (2015), available at <http://bit.ly/2DAmkMc>

11 זאת כחלק מהתחזקות מעמדו של המחקר המשפטי האמפירי בכלל. לדיון ראו תאודור אייזנברג "המחקר האמפירי של המשפט: מקורו, טיבו וההבטחה הגלומה בו" *עיוני משפט* לד 303 (2011); דורון טייכמן ואיל זמיר "מחקר משפטי אמפירי – הארות והערות" *משפטים* מד 671 (2015).

12 ס' 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

13 "שופט לא יישב בדין אם מצא, מיזמתו או לבקשת בעל דין, כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט" (שם, ס' 77א(א)).

77א(1) קטגוריות קבועות מראש של מצבים אשר בהתקיימם על השופט לפסול את עצמו בלא שנותר בידו שיקול דעת (להלן: פסילה קטגורית).<sup>14</sup>  
לפי סעיף 77א(1) לחוק, פסילה קטגורית מתקיימת כאשר צד להליך, בא כוחו או עד מרכזי, הוא בן משפחה של השופט. במצבים אלה חובה על השופט לפסול עצמו ללא שיקול דעת. במילים אחרות, כאשר מתקיימת קרבה משפחתית מהסוג המנוי בחוק, נוצרת מעין חזקה שאינה ניתנת לסתירה שלפיה השופט אינו יכול להיות אובייקטיבי ולכן עליו לפסול את עצמו.<sup>15</sup> הואיל ועובר לתיקון, שיקול הדעת שבידי השופטים היה מוחלט באופן שהם יכלו לכאורה גם להימנע מלפסול את עצמם במצבים אלו – היו שופטים שראו בתיקון ניסיון "התנגחות" של המחוקק בשופטים, וניסיון לצמצם בכל זאת את שיקול דעתם.<sup>16</sup> מנגד, היו

14 "בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (א), שופט לא ישב בדין בידעו 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 ממש או ענין אישי ממש בהליך או בתוצאותיו, בצד להליך, בבא כוחו או בעד מרכזי, או שלבן משפחה מדרגה ראשונה של השופט יש ענין כספי ממש או ענין אישי ממש 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 אפוטרופוס 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 אפוטרופוס או שימש משפחה אומנת שלו; 'עד מרכזי' – עד שנדרשת הערכת מהימנותו לצורך הכרעה בהליך. (2א) על אף האמור בסעיפים קטנים (א) ו-(1א) 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 (1א)(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. (ב) התקיימה עילת פסלות לפי סעיף קטן (1א)(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 להתיר את הייצוג, 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 החלפת 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."

15 מרזל דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 98. אך אפילו לכלל זה יכולות להיות נגזרות סבוכות. כך למשל, מה דינה של בקשת פסילה כללית של שופטי בית משפט של מחוז מסוים, מהטעם שבא כוח אחד הצדדים הוא בן זוגה של סגנית הנשיא בבית משפט זה? בקשה שכזו הועלתה בבית המשפט העליון במסגרת בקשה להעברת הדיון לבית משפט במחוז אחר. בית המשפט הבהיר כי אין לפסול שופטי מחוז שלם במקרים כאלה (בש"א 1518/16 גלבר נ' המועצה המקומית עומר, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 31.3.2016); ומנגד ראו עניין פלונים, לעיל ה"ש 6, פס' 12–14).

16 יששכר (איסי) רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" משפט וממשל ח 49, 112 (2005); מרזל דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 143–144. יודגש שבד-בבד עם תיקון חוק זה, ובמהלך אותו שבוע בדיוק, חוקק חוק נוסף שלא זכה לתשומת לב מרובה, אך לכאורה נראה שאף מטרתו הייתה להתנגח ברשות השופטת – שכן מטרת החוק הייתה להחליש את כוחם של שופטי בית המשפט העליון בוועדה למינוי שופטים, כדי שלא יצביעו בוועדה כקבוצה. ס' 1 לחוק נושאי

שטענו שהתיקון שהוסיף את עילות הפסילה הקטגורית לא שינה את המציאות, שכן גם עובר לתיקון נהגו שופטים לפסול את עצמם כאשר התחוויר להם שאחד מהצדדים הוא בן משפחה קרוב, או לחלופין שיש להם עניין כספי בהכרעה.<sup>17</sup> אכן, היה ניתן להוסיף לחוק מעגלים של קרבה משפחתית מובהקת פחות<sup>18</sup> – לדוגמה כאשר בעל הדין הוא בן דודו של השופט. עוד היה ניתן להוסיף על מעגלי הקרבה המשפחתית המנויים בחוק, יחסי קרבה נוספים כגון יחסי חברות ארוכי טווח, יחסי שכנות, פעילויות משותפות או אינטרסים כלכליים משותפים. המכנה המשותף לכל אלו הוא שהם מצביעים בבירור על קשר בין השופט ובין אחד מבעלי הדין, וכי ניתן לנסות להכריע מראש אם מהותו של הקשר מצדיקה את פסילתו של השופט אם לאו. ואולם המחוקק הישראלי הותיר קטגוריות נוספות אלו לשיקול דעתו של בית המשפט.

לפי סעיף 77א לחוק, במצבים שבהם נסיבות הפסילה הקטגורית אינן מתקיימות, מוקנה לשופט שיקול דעת בשאלה אם לפסול את עצמו אם לאו. פסילה בשיקול דעת נסבה על נסיבות המקרה הספציפי, והיא דנה בשאלה אם בהתחשב בנסיבות מסוימות אלה יהיה השופט מסוגל להכריע בסכסוך שבין בעלי הדין בלא משוא פנים. ההסתברות הנדרשת להתקיימותו של משוא פנים שמצדיקה פסילת השופט, ושאומצה על ידי הפסיקה הישראלית, היא של חשש ממשי לקיומו של משוא פנים, כשההערכה אם מתקיים בנסיבות המקרה חשש ממשי למשוא פנים נתונה לשיקול דעתו של השופט.

ככלל, שיקול הדעת המופעל בעת שמעריכים אם מתקיים חשש ממשי למשוא פנים יכול לבוא לידי ביטוי בכמה צורות, וניתן לסווגו בכלליות כסובייקטיבי או אובייקטיבי. מחד גיסא, שיקול הדעת יכול להיות סובייקטיבי טהור, דהיינו השופט הספציפי היושב בדין הוא אשר סבור שלא יוכל לשפוט במקרה זה, שכן מתקיים חשש ממשי שהוא ינהג במשוא פנים.<sup>19</sup> ניתן לחשוב שהשופט היושב בדין הוא האדם הראוי להיות הפוסק האחרון שיקבע באופן סובייקטיבי את שאלת יכולתו להכריע בסכסוך באופן ניטרלי ובלא משוא פנים, אך מבחן זה אינו נוהג בשיטת המשפט הישראלית. השיטה הישראלית העדיפה, כפי שנראה להלן, את המבחן האובייקטיבי. אכן, ניתן למצוא בפסיקה דוגמאות נדירות למצבים שבהם שופטים בערכאה הדיונית פסלו עצמם בשל תחושתם הסובייקטיבית כי לא ראוי שידונו בתיק, אך ערכאת הערעור חייבה אותם לדון בתיק בכל זאת כשפסקה כי "[...] המבחן לפסילת שופט, בין אם מדובר על פסילה עצמית ובין אם מדובר על סירוב לפסילה, הינו אובייקטיבי, ואין עמדתו הסובייקטיבית של השופט מכרעת. להתחשבות בעמדת השופט לפסול עצמו יש גבולות. הם נקבעים על פי אמת המידה הידועה והמקובלת של חשש ממשי

משרה שיפוטית (שיקול דעת של חברי ועדה לבחירת נושאי משרה שיפוטית) (תיקוני חקיקה), התשס"ד–2004, שהתקבל ב-15 במרץ 2004, קובע כי חבר ועדה לבחירת שופטים "יצביע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר בוועדה".

17 מרזל דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 153–154.

18 בחוקים שונים ניתן למצוא הגדרות שונות לעניין קרבה משפחתית שתצדיק פסילה בשל ניגוד עניינים, ראו למשל תק' 10(ג) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג–1993.

19 מרזל דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 114.

למשוא פנים<sup>20</sup>. עם זאת, נראה כי כאשר השופט סבור שאינו יכול לשבת בדין, ערכאת הערעור משתדלת לכבד את עמדתו. לכן ניתן למצוא בפסיקה גם החלה סובייקטיבית של מבחן החשש הממשי למשוא פנים, המתחשבת בעמדת השופט עצמו.<sup>21</sup>

מאידך גיסא, שיקול הדעת יכול להיות אובייקטיבי טהור, דהיינו ששופט סביר, המתבונן מהצד, יסבור שנסיונות המקרה מעידות על התקיימותו של חשש ממשי למשוא פנים. זה הוא כאמור המבחן השולט במשפט הישראלי, והוא מתגבש כאשר המשקל המצטבר של הנסיבות, כפי שהן נבחנות מבעד ל"משקפי" השופט הסביר, מעורר חשש ממשי שהשופט בערכאה הדיונית לא יוכל לשחרר עצמו מהשפעת ההיכרות המוקדמת.<sup>22</sup> לפי מבחן זה, השופט נדרש להכרעה בשני צמתים: ראשית, עליו להכריע בשאלה העובדתית אם ההיכרות המוקדמת אינטימית או אינטנסיבית דיה. על השופט להעריך אפוא אם הקרבה שבה מדובר אינה רק בבחינת קרבה רחוקה. כך למשל, ניתן לחשוב על מידת ההשפעה של קשרי ידידות בין השופט לבאי כוחם של הצדדים (או להפך, יחסי עימות).<sup>23</sup> האם, לדוגמה, מי שישב על ספסל הלימודים לצד השופט, ראוי שתפגע פרנסתו בשל כך ועליו לסרב לקבל תיקים שעתידיים להידון לפני אותו שופט?

20 ע"א 5197/10 שירותי בריאות כללית נ' ריקמן, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה בייניש (פורסם בנבו, 16.8.2010). בפסק דין זה נקבע כי תחושתה הסובייקטיבית של שופטת בערכאה הדיונית – שעליה לפסול עצמה משום שבן זוגה, רופא, עבד בבית חולים שבבעלותו של אחד הצדדים – היא בבחינת תחושת אי-נוחות של השופטת מהנסיבות שנוצרו, ואין בה כדי להצדיק את פסילתה.

21 אולם מדובר במקרים אחרים בלבד, וברוב המקרים אין בעמדת השופט כדי להכריע, ועל בית המשפט להשתכנע שיש באופן אובייקטיבי חשש ממשי למשוא פנים (מרזל דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 115). לדעה שלפיה המבחן הוא לעולם אובייקטיבי ואינו בוחן באופן קונקרטי סובייקטיבי את עמדת השופט עצמו ראו יגאל מרזל "פסלות שופט: האתגר של מראית פני הצדק למבחן החשש הממשי למשוא פנים" ספר שטרסברג-כהן 229, 232 (אהרן ברק, יצחק זמיר, אבנר כהן, מורן סבוראי, אלעד עפארי עורכים, 2017) (להלן: מרזל "פסלות שופט: האתגר של מראית פני הצדק"). אם כי גם מרזל סבור כי הפסיקה הישראלית קבעה שיש לתת משקל מיוחד לעמדת השופט שלפיה הוא אינו יכול להמשיך ולשבת בדין (ראו שם, בעמ' 252). לתמיכה בדעה שלפיה אין לתת משקל מכריע להכרעת השופט בערכאה הדיונית ראו רונן עדיני "פסלות שופט – הגיעה העת למבחן אחיד וברור" הפרקליט מג 182, 209 (1996).

22 ראו עניין ריקמן, לעיל ה"ש 20.

23 על מערכת היחסים בין שופטים לעורכי הדין המופיעים לפנייהם ראו באופן כללי חמי נון, בועז שנור ואייל כתבן "תיקון אולם: התנהגויות מכבידות וכבוד בית המשפט" המשפט כ 11 (2014). ההלכה הכללית במשפט הישראלי נקבעה, בין היתר, בע"א 1832/13 רוקסי בנייה והשקעות בע"מ נ' חן, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 15.4.2013) ("הלכה פסוקה היא כי תשובה על השאלה האם יש ביחסי עורך-דין-לקוח בעבר כדי לגבש עילת פסלות, תינתן לפי נסיבות העניין. יש לשקול, בין היתר, את מהות הקשר, משך הקשר ומידת עוצמתו והאם יש קשר בין העניין שבגדרו נקשרו יחסי עורך-דין לקוח לעניין הנדון לפני השופט. כמו כן, יש לקחת בחשבון גם את הזמן שחלף מאז קיומו של הקשר"). עוד קובעת הפסיקה לעניין עורכי דין המעורבים בהליכי מינוי שופטים ואשר לאחר שהתנגדו למינוי שופט מסוים, נדרשים להופיע לפניו כי: "עורך-דין אינו יכול 'ליצור' פסלות שופט על ידי התנגדות למינויו או לקידומו. חזקה על שופטים כי אף אם יש בליבם טינה על עורך-דין מסוים – ואיני קובעת כי טינה כזו קיימת [...] – ידעו להפריד בין הלקוח לבין עורך-דינו בעת שידונו בעניינו של הלקוח" (ע"א 3403/15 ירימי נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 25.6.2015)).

גם אם הייתה היכרות אינטימית או אינטנסיבית, אין הדבר פוסל את השופט מיד, שכן עליו להכריע בשאלה כיצד שופט סביר היה מתנהג בנסיבות התקיימותם של אותם יחסי קרבה, ואם היה באותם יחסי קרבה כדי לעורר חשש ממשי בדבר כשירותו של השופט לשפוט ללא משוא פנים. בלשונו של בית המשפט: "הלכה פסוקה היא, כי כדי שתתקבל בקשת פסלות יש להוכיח חשש ממשי אובייקטיבי למשוא פנים [...] בין אם מדובר בפסלות עצמית ובין אם מדובר בסירוב לפסילה – המבחן לפסילת שופט הוא אובייקטיבי. לכן, להתחשבות בעמדת השופט לפסול עצמו יש גבולות הנקבעים על פי אמת המידה המקובלת של חשש ממשי אובייקטיבי למשוא פנים".<sup>24</sup> ודוק, הפסיקה אף הבהירה שבמסגרתו של מבחן החשש הממשי למשוא פנים ניתן ליצור דירוג של הסתברויות: "[...] עוצמת החשש למשוא פנים הנדרשת מקום בו השופט מגלה השופט [כך במקור] דעתו בצורה חד משמעית כי יתקשה לשבת בדין נמוכה מעוצמת החשש למשוא פנים כשהשופט סבור שאין מקום לפסילתו".<sup>25</sup>

מובן שברוב המקרים ישנה חפיפה בין הפסילה הקטגורית לפסילה בשיקול דעת במובנה האובייקטיבי. לכן יש הרואים בפסילה הקטגורית ביטוי לאופן שבו יש ליישם את מבחן שיקול הדעת של השופט הסביר.<sup>26</sup> עוד ניתן להניח כי ברוב המקרים תהא גם חפיפה בין הפסילה הקטגורית לפסילה בשיקול דעת במובנה הסובייקטיבי. ואולם ניתן להעלות על הדעת נסיבות שבהן שני סוגי פסילות אלו לא יביאו לאותה תוצאה. כך לדוגמה, ייתכן שלפי הפסילה הקטגורית ההיכרות המוקדמת תחייב פסילה, אך השופט היושב בדין יסבור באופן סובייקטיבי כי בנסיבות המקרה יחסי הקרבה לא ישפיעו על יכולתו להכריע בסכסוך בלא משוא פנים (למשל, כאשר מדובר בקרבה משפחתית רחוקה יחסית ובפועל לא היה מעולם כל קשר בין השופט ובין קרוב המשפחה). כאמור, במצבים אלו יהא על השופט בכל זאת לפסול את עצמו. ייתכנו כמובן גם מקרים הפוכים שבהם ההיכרות המוקדמת לא תתאים אף לא אחת מהקטגוריות המחייבות פסילה (למשל, כאשר מדובר בהיכרות מוקדמת המבוססת על קרבה משפחתית רחוקה), אולם השופט היושב בדין יחוש באופן סובייקטיבי כי בכל זאת מתעורר בליבו החשש שהוא עלול להיות מוטה (הואיל וההיכרות השאירה עליו את חותמה), ולכן עליו לפסול את עצמו. במצבים אלו השופט יוכל לפסול את עצמו רק אם החשש הממשי לקיומו של משוא פנים היה מתעורר גם בליבו של השופט הסביר. לכן ברוב המקרים כאשר אין מתקיימות נסיבות הפסילה הקטגוריות, וגם אין מתקיים מבחן הפסילה בשיקול דעת במובנו האובייקטיבי, ייתכן שאף אם בלב השופט מתעורר ספק סובייקטיבי בדבר יכולתו לפסוק באופן ניטרלי – מצופה ממנו בכל זאת לשבת בדין.

24 ע"א 4675/17 פלוני נ' אס. ג"י. אס חברה לבניין, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 6.7.2017). לניתוח מבחן חלופי, הוא מבחן האפשרות הממשית למשוא פנים, ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 8, בעמ' 537.

25 עניין אס. ג"י. אס חברה לבניין, לעיל ה"ש 24, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה נאור; ע"פ 1988/94 בראון נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(3) 608, 634 (1994). לדעה אחרת ראו מאיר שמגר "על פסלות שופט – בעקבות ידיד תרתי משמע" 87, 105 גבורות לשמעון אגרנט (אהרן ברק ואח' עורכים, 1987).

26 מרזל דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 151.



הפסיקה הישראלית דנה באפשרות לאמץ מבחן חלופי למבחן החשש הממשי למשוא פנים במסגרת הפסילה שבשיקול דעת, והוא מבחן "מראית פני הצדק". מבחן זה רלוונטי למצבים שבהם גם סובייקטיבית וגם אובייקטיבית אין על השופט לפסול את עצמו, דהיינו אין השופט חש שעליו לפסול את עצמו וגם שופט סביר לא היה משתכנע שמתעורר חשש ממשי למשוא פנים, ואולם למרות זאת השופט סבור ש"לפנים משורת הדין", לצורך שמירה על "מראית פני הצדק", וכדי למנוע התקיימות צילו של ספק באשר להוגנות המערכת השיפוטית, ראוי שהוא בכל זאת יפסול עצמו.<sup>27</sup> מבחן זה מיועד למנוע מהציבור (או ממי מהצדדים) את הרושם המוטעה כאילו בית המשפט עוסק במקרים שמן הראוי שלא יעסוק בהם. שלא כמבחן החשש הממשי למשוא פנים, מבחן מראית פני הצדק הוצג בפסיקה הישראלית כמבחן סובייקטיבי. עם זאת, ההערכה הסובייקטיבית אינה מתחקה אחר הלך הרוח של השופט היושב בדין, אלא אחר הלך הרוח "הסובייקטיבי" של הציבור או של בעלי הדין שהם צד לדיון.<sup>28</sup> כפי שנקבע על ידי בית המשפט, "מראית פני הצדק האמורה היא ההשתקפות הסובייקטיבית של ההליך בלב בעל הדין ובלבות הציבור כולו [...] מהווה שיקול חשוב מבחינת האמון שהציבור רוחש למערכת המשפט, אמון שהוא תנאי ראשון במעלה לעצם קיומה".<sup>29</sup>

ברי כי יש יתרונות באימוצו של מבחן מראית פני הצדק, שכן יש בו כדי להעיד על חוסנה של המערכת ועל הדגש שהיא מעניקה לאמון הציבור. תיאורטית, ניתן לטעון שעדיף שהחלטות שיפוטיות לא תיתפסנה כבלתי הוגנות ומוטות. ניתן אף לטעון כי רצוי לתת עדיפות למבחן מראית פני הצדק, המגלם את רצונה של מערכת המשפט לחתור למעמד שבו אין כלפיה ולו שמץ חשד, רופס וחלש ככל שיהיה.<sup>30</sup> לפחות לכאורה, ברורה עדיפותו של מצב זה על פני מצב שבו התעורר ספק, והוא נפתר. מאידך גיסא, יש המדגישים את חסרונות המבחן: פסילה נרחבת עלולה לעורר את התחושה כי המבחן משמש דרך קלה לשופטים

27 הבדל נוסף בין המבחנים נוגע להסתברות קיומו של משוא הפנים – "מבחן החשש הממשי למשוא פנים" מבקש להימנע משפיטה כשקיים בפועל משוא פנים, ואילו "מבחן מראית פני הצדק" מבקש להימנע משפיטה כשיש ספק בדבר קיומו של משוא פנים (שם, בעמ' 101).

28 תיאורטית, ניתן להחיל את "מבחן מראית פני הצדק" באופן אובייקטיבי, דהיינו ניתן לבחון אם בנסיבות המקרה תישמר מראית פני הצדק אם השופט ימשיך לשבת בדין, בעיני האדם הסביר או בעל הדין הסביר או עורך הדין הסביר או הציבור הרחב. אכן, היה מי שניסה למצוא מבחן נוסף לפסלות שופטים. כך, יאיר חמודות ניסה לנסח מבחן חדש שאותו הוא מכנה "מבחן ההדיוט המתבונן מהצד". לדעתו, מבחן זה סביר יותר מ"מבחן מראית פני הצדק", ויש להשתמש בו במקרים שבהם יש חשש שאדם סביר, שאינו מעורב, השומע על המקרה, יחשוב שאכן השופט מוטה (ראו יאיר חמודות "פסלות שופט: מבחן ההדיוט המתבונן מהצד" משפט מפתח 2, 46, 47-48 (2014). חמודות אף מנסה לטעון כי מבחן זה הוא מבחן של "איוונים", לעומת מבחן של "משוא פנים" שהוא דיכוטומי בלבד. לנו נראה שלמרות הניסיון המעניין, אין הבדל מהותי בין מבחן זה ובין "מבחן מראית פני הצדק" במובנו האובייקטיבי.

29 ע"א 899/95 ברזל נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד מט(1) 854, פס' 13 לפסק דינו של השופט טל (1975).

30 גם במצבים שבהם ההחלטה בנושא פסילה נעשית מתוך הפעלת שיקול דעת זהיר של השופט, בכל זאת ייתכן שתיפגע מראית פני הצדק, שכן הציבור לא תמיד מודע למסכת העובדתית המלאה המצויה בדיעת השופט, והמידע שבידי הציבור הוא לא פעם חלקי. נוסף על כך, הציבור מגבש לא פעם את דעתו לאחר חשיפה למידע אשר מקורותיו לא תמיד אובייקטיביים, כגון הרשתות החברתיות ואמצעי התקשורת הווירטואליים. ולכן, גם אם נהיר לשופט כי אין כל חשש למשוא פנים במקרה שלפניו, ייתכן שאדם מן היישוב יסבור אחרת.

להיפטר מ"עול" השפיטה. נוסף על כך, מבחן זה עלול לשמש חרב בידי בעל דין שאינו שבע רצון מהכיוון שאליו מתקדם ההליך המשפטי, והמבקש אפוא להפסיקו באמצעות הגשת בקשת פסלות שופט.<sup>31</sup> בין כה וכה, מבחן מראית פני הצדק נדחה על ידי הפסיקה כמבחן המוביל בשיטת המשפט הישראלית,<sup>32</sup> וקיבל מעמד כלשהו כחריג בלבד. לדברי בית המשפט: "כבר נפסק בעבר לא אחת – כי ככלל – אם אין חשש אובייקטיבי למשוא פנים, אין גם מקום לפסול שופט בשל מראית פני הצדק [...] עם זאת אין כלל בלי חריג; בבית משפט זה נדונו מקרים חריגים במיוחד בהם הנסיבות שתוארו עוררו אי נוחות שהצדיקה, 'ולו בשם מראית פני הצדק', החלפת השופט בשופט אחר".<sup>33</sup> עם זאת, היקף תחולתו של החריג לא שורטט במדויק. כפי שנאמר על ידי בית המשפט, "אין לטעת מסמרות בשאלה מתי יהיה ראוי לפסול שופט על ידי מתן ביטוי למראית פני הצדק אף ללא חשש ממשי אובייקטיבי למשוא פנים; כל מקרה ייבחן על פי נסיבותיו".<sup>34</sup>

להשלמת הסקירה הדוקטרינרית יודגש כי ישנו מובן הברדל בין מצב שבו השופט מתבקש לפסול את עצמו על ידי אחד הצדדים ובין מצב שבו השופט שוקל פסילה עצמית מיוזמתו. כאשר השופט מתבקש לפסול את עצמו על ידי אחד הצדדים, יש מקום לשקול מתן תפקיד נרחב יותר למבחן מראית פני הצדק בהשוואה למצבים שבהם השופט נדרש לשאלת הפסילה מיוזמתו.<sup>35</sup> בהקשר זה יצוין כי ישנה חשיבות יתרה לכך שהשופט יגלה לצדדים נסיבות שיכולות לחייב את פסילתו. מטבע הדברים, פעמים רבות אין בידי

31 לטיעונים נוספים בעד ונגד מבחן מראית פני הצדק ראו מרזל דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 105-108; מרזל "פסלות שופט: האתגר של מראית פני הצדק", לעיל ה"ש 21, בעמ' 233. לטיעונים שלפיהם "מבחן מראית פני הצדק" אינו מרחיק לכת דיו ראו Bam, לעיל ה"ש 10.

32 ע"פ 28/98 אסרף נ' בן דורי, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 2.3.1998). ("אין מקום להרחיב את השימוש בטענת "מראית פני הצדק", ככל שיש לה מקום, לכל מקרה בו מועלית טענת פסלות שאין לה ביסוס אובייקטיבי ממשי, שאם לא כן נמצאנו מרוקנים מתוכן את הלכות הפסלות שפותחו בבית משפט זה"); עניין בראון, לעיל ה"ש 25, פס' 19 לפסק דינו של השופט זמיר ("אין להעדיף את מראית הצדק על עשיית הצדק").

33 רע"א 5539/15 לנדה נ' ורקשטל, פס' לו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 19.11.2015). עוד נפסק, בע"א 6014/15 רמי שבירו הנדסה בניה והשקעות בע"מ נ' איצקין, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 16.12.2015) כי: "אין לטעת מסמרות בשאלה מתי יהיה ראוי לפסול שופט על ידי מתן ביטוי לעיקרון של מראית פני הצדק אף ללא חשש ממשי אובייקטיבי למשוא פנים [...] כל מקרה ייבחן על פי נסיבותיו".

34 עניין לנדה, לעיל ה"ש 33, פס' מא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. הנסיבות הקונקריות של פסק הדין שבו נקבעה הלכה זו, משקפות את מורכבות קו הגבול בין "מבחן החשש הממשי למשוא פנים" ובין "מבחן מראית פני הצדק". במקרה זה, השופטת בערכאה הדיונית לא התבקשה להידרש לשאלת פסילה, אלא שבערעור לבית המשפט המחוזי טען המערער שנודע לו יומיים לפני מתן פסק הדין – לרעתו, ולטובת הצד שכנגד בנק דיסקונט – שבעת מתן פסק הדין היה אביה של השופטת בערכאה הדיונית נתון לחסדי בנק דיסקונט. בית המשפט המחוזי ביקש את תגובת השופטת והיא השיבה שלא הייתה מודעת כלל להליכים של אביה מול הבנק. למרות זאת, פסק בית המשפט המחוזי כי אכן יש לפסול את פסק הדין של הערכאה הדיונית, ואולם ציין כי סיבת הפסילה תהיה מראית פני הצדק ולא חשש ממשי למשוא פנים. בית המשפט העליון הפך שוב את החלטה, והשאיר את החלטת השופטת הדיונית על כנה – תוך חזרה על כך שהמבחן השולט במשפט הישראלי הוא "מבחן החשש הממשי למשוא פנים". השוו גם עניין איצקין, לעיל ה"ש 33.

35 עניין אס. ג.י. אס חברה לבניין, לעיל ה"ש 24, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

המעורבים ידע אישי על השופט. במצבים אלה ראוי כי השופט הוא אשר יודיע לצדדים בהזדמנות הראשונה על כל קשר משפחתי או עסקי או חברי עם הצד האחר. ואולם אם לאחר הודעה זו של השופט לא ביקש מי מהצדדים את פסילתו – ובוודאי אם הצדדים הביעו את הסכמתם להמשך כהונתו כשופט בתיק – ראוי כי לא יהיה ניתן לבקש את פסילתו במועד מאוחר יותר, שכן הצדדים "קיבלו את יומם" בבית המשפט.<sup>36</sup> עוד יודגש כי חובה להעלות טענת פסלות בהזדמנות הראשונה לאחר שנודעה עילת הפסלות לצדדים. יש אפוא להעלותה ככל הניתן בתחילת ההליך.<sup>37</sup> ככל שיתקדם ההליך כך יקשה יותר על השופט לפסול את עצמו. גם עצם הבקשה המאוחרת עשויה לרמוז כי ייתכן שהשופט ידע על סיבת הפסילה ומצא לנכון להתעלם ממנה. נוסף על כך, בשלב מאוחר כבר הושקעו בהליך מאמצים וזמן שעלולים לרדת לטמיון. כמו כן, לעולם יש חשש כי הצד המבקש את הפסילה עושה זאת מטעמים שאינם קשורים במישרין לחשש ממשוא פנים של השופט, אלא למשל מכיוון שנוכח כי הדיון אינו מתקדם בכיוון הרצוי לו והוא חושש מהפסד בתיק.

## 2. התיאוריה בבסיס הדוקטרינה הישראלית – השופט כמקצוען שאיננו מושפע

כאמור, המבחן הנוהג במשפט הישראלי בדבר החשש הממשי למשוא פנים הוא מבחן אובייקטיבי המבוסס על ניתוח עובדתי וניתוח הסתברותי מנקודת מבטו של השופט הסביר. אופן יישומו של מבחן החשש הממשי למשוא פנים מניח כי ישנם הבדלים בין האופן שבו יכריע בו אדם מן היישוב<sup>38</sup> ובין האופן שבו יתבונן השופט הסביר בסוגיה.<sup>39</sup> ואכן, בדין הישראלי מעמדו של השופט כמקצוען וכאדם ישר ונטול פניות מושרש היטב, כפי שניתן ללמוד, למשל, מהחזקה בדבר מקצועיות השופט,<sup>40</sup> החזקה בדבר איתנותו של השופט<sup>41</sup> והחזקה בדבר יושרו של השופט.<sup>42</sup> ברי שבבסיס ההלכה הנוהגת במשפט הישראלי בעניין פסילת שופטים מונחת התפיסה שהערכת החשש הממשי למשוא פנים ראוי שתיעשה מבעד לפריזמת עיני השופט.

התיאוריה המרומזת שבבסיס הלכות הפסילה נדרשת לדמות "השופט הסביר" (או ליתר דיוק "השופט האידיאלי")<sup>43</sup> הנתפס כ"מקצוען בלתי מושפע".<sup>44</sup> דמות זו מופיעה בעיקר

36 החקיקה וכללי ההתנהגות העוסקים בעניין, בכל הנוגע לבתי המשפט הפדרליים בארצות הברית מפורטים מאוד. לדין ראו CHARLES G. GEYH, JUDICIAL DISQUALIFICATION: AN ANALYSIS OF FEDERAL LAW 72 (2nd ed. 2010); Charles G. Geyh, *The Dimensions of Judicial Impartiality*, 65 FLA. L. REV. 493, 514 (2013).

37 ע"א 1866/00 לוי נ' נופי עחיד בע"מ, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנוב, 1.5.2000).

38 חמודות, לעיל ה"ש 28.

39 מרזל דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 123–126.

40 שם, בעמ' 92–93.

41 שם, בעמ' 91–92.

42 שם, בעמ' 94.

43 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 96.

44 לדיון כללי במקצוענותו של השופט, אם כי בהקשר אחר, ראו דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה, ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83, 102 (1996).

בספרות שנכתבה על ידי שופטים.<sup>45</sup> על פי אפיון זה, מדובר בשופט מקצועי, בעל ניסיון שיפוטי רב ויכולת מוכחת לבור תבן מן הבר, להבחין בין אומרי אמת לדוברי שקר, בין רגשות לעובדות. יכולת זו מבוססת בין היתר על הניסיון שרוכש השופט היושב על כס השיפוט זמן ממושך, שבמהלכו הוא הופך למקצוען. במסגרת עבודתו, השופט שומע טענות רבות ומגוונות, נחשף למכלול עדים שונים ומשונים, נתקל בנאשמים ובעלי דין רבים מספור, לומד להתמודד עם עורכי דין ועוד.

אפיון זה בא לידי ביטוי, למשל, באחד המקרים שזכו לפרסום במשפט הישראלי בעניין פסילת שופטים. במקרה זה, בשלב הערעור לבית המשפט העליון, הצטרף לצוות ההגנה פרקליט מפורסם שהיה ידידו האישי של שופט בית המשפט העליון תיאודור אור, שישב בהרכב שדן בתיק. השופט אור דחה את הבקשה לפסילתו, שנועדה למנוע את ישיבתו בערכאת הערעור, וזאת בטענה להיעדר חשש ממשי למשוא פנים.<sup>46</sup> החלטה זו בדבר הימנעות מפסילה אושרה בבג"ץ. בית המשפט העליון קבע במפורש כי יחסי ידידות בין שופט ובין בא כוח של אחד הצדדים אינם מהווים כשלעצמם עילה לפסילת שופט, שכן השופט יכול, הודות לניסיונו, להפריד בין הצד המקצועי לצד האישי. לדברי בית המשפט:

אכן יחסי ידידות וחברות, בין שופטים לבין פרקליטים, שלרוב נובעים מרקע אישי משותף או ממעורבות בפעילות מקצועית משותפת בעבר, הם נפוצים ומקובלים בקהיליית המשפטנים. ככלל, אין בקיומם של יחסים כאלה כדי לשלול אפשרות של מיפגש, בין השופט לבין פרקליט שהוא חברו או ידידו, באולם המשפטים [...] השופטים מוחזקים כיודעים ואמונים להבחין בין עשייתם על כס המשפט לבין חייהם הפרטיים [...] השאלה אם לישב במשפט כזה, או להימנע מכך, נתונה בראש ובראשונה להכרעתו האישית של השופט, שאם לא יוכח אחרת, תוכל לרוב להתקבל כהכרעה מקצועית ומצפונית שאין עילה להתערב בה.<sup>47</sup>

באופן זה ניתן גם להסביר את הסירוב לתת מעמד מרכזי למבחן מראית פני הצדק במשפט הישראלי. מבחן זה מבוסס כאמור על ההנחה שישנו הבדל בין השופט ובין הציבור, והאחרון נתפס כגוף שאיננו מבין מספיק את ההליך השיפוטי ועלול לחשוף לשווא בשופטים. משום ששיטת המשפט הישראלית מכירה במעמד הרם ונטול הפניות של

45 ראו לדוגמה אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (1987); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004); מרזל דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 5.

46 בג"ץ 1622/00 יצחק נ' נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק, פ"ד נד(2) 54, 64 (2000). השופט אור היה כמובן ער לקיומם של כללי אתיקה לשופטים, אך באותה תקופה לא היה להם תוקף מחייב, ולכן לפי פרשנותו כללים אלה לא גברו על הדין המחייב. למעמדם של כללי האתיקה היום ראו מרזל "פסלות שופט: האתגר של מראית פני הצדק", לעיל ה"ש 21, בעמ' 244. נראה גם שפסק דין זה היה אחד מהזרזים לשינוי החקיקה בתחום. ראו חוק נושאי משרה שיפוטית (מניעה מלישב בדין) (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004.

47 פסק דין זה זכה לפרסום אך גם עורר ביקורת. ראו למשל משה גולדבלט "הקירבה והפסילה" News1 – אתיקה ומשפט <http://bit.ly/2PDdbJQ> (1.8.2015).

השופטים, הדין החל במסגרתה מבוסס על התוכנה כי השופטים רכשו לעצמם, מתוקף מקצועם וניסיונם, יכולת וידע שאין לציבור הרחב.

ואולם מחקרים מתחום הכלכלה ההתנהגותית בדבר קבלת החלטות, שאליהם יפנה מאמר זה להלן, מפקפקים בנכונות הטענה כי ישנו הבדל בין "השופט הסביר" ל"אדם הסביר". הם מראים כי השופט, ככל אדם, מושפע מהטיות שונות, ואין בידי כלים לנטרל את השפעתן של הטיות אלו ולשמור על אובייקטיביות בהסתמך על ניסיונו והכשרתו. מצב עניינים זה מעלה חשש לאיכות ההחלטה המתקבלת על ידי השופט בערכאה הדיונית, כאשר הוא נדרש להכריע בשאלת הפסילה שלו עצמו על יסוד מבחן החשש הממשי למשוא פנים.

## ב. השפעת תורת קבלת החלטות מתחום הכלכלה ההתנהגותית על אובייקטיביות השופטים

### 1. הטיות הרלוונטיות להחלטות שופטים בשאלות פסלות הנוגעות למשוא פנים

תורת קבלת ההחלטות היא ענף חדש יחסית שמקורו בפסיכולוגיה, אם כי חלק משימושיה העיקריים והמפורסמים נעשו בתחום הכלכלה ומכאן שמו של התחום "כלכלה התנהגותית".<sup>48</sup> לפי תורה זו, הדרך הרציונלית לקבלת החלטות כוללת ברגיל ארבעה שלבים מומלצים: על המחליט לאסוף אינפורמציה רלוונטית, לגבש לעצמו על בסיסה כמה חלופות אפשריות לפעולה, לדרג את החלופות לפי קריטריון מוסכם כלשהו ולבסוף לבחור את החלופה העדיפה והנכונה בהתאם לדירוג. ואולם דרך מדעית זו היא תיאורטית. למעשה אי-אפשר לנקוט הליך מורכב זה, וזאת בעיקר בשל מספרן הרב של ההחלטות שעל כל אדם להחליט מדי יום. אדם מן היישוב איננו יכול לבזבז זמן כה רב ולהשקיע מאמץ כה ניכר בכל החלטה. לצורך כך פותח מכלול של "כללי אצבע" המכונים "יוריסטיקות" ולפיהן מתקבלות החלטות באופן אינטואיטיבי ומהיר.<sup>49</sup> חלק מכללים אלה נלמד עוד בזמן הנעורים, וחלק מהם נרכש בעמל רב, אך אלה וגם אלה מנחים את רוב מעשיו של האדם.

בדרך כלל כללי אצבע אלו הם יעילים, בכך שהם מביאים את המחליט לפתרון הטוב ביותר ברוב הנסיבות. ואולם החוקרים גילו תופעות מסוימות אשר בגינן יוריסטיקות אלו אינן מובילות את מקבל החלטה לתוצאה המיטבית, אלא לתוצאה יעילה פחות. נוהגים לקרוא לתופעות אלו "הטיות" (biases). המיוחד בהטיות אלו הוא שהן אינן מקריות, אלא מדובר בהטיות שיטתיות המשותפות למרבית האנשים ואשר לכן מאפשרות לחזות כיצד ינהגו רוב בני האדם בסיטואציות דומות (אם כי לא כולם ולא תמיד). למרות זאת, וחרף ההסכמה שקשה "לנטרל" את השפעתן השלילית של ההטיות, טרם נבחנה בצורה רצינית

48 על השפעת הכלכלה התנהגותית על הכרעות שיפוטיות ראו Doron Teichman & Eyal Zamir, *Judicial Decision-Making: A Behavioral Perspective*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMIC AND THE LAW 664 (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014); איל זמיר ודורון טייכמן "ניתוח התנהגותי של החלטות שיפוטיות: הישגים ואתגרים" משפט ועסקים יט 57 (2015).

49 Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 SCIENCE 1124 (1974).

דיה השאלה מה מידת השפעתן של ההטיות הללו על אנשים המודעים לקיומן (לרבות על אותם המלומדים עצמם).<sup>50</sup> להלן תתוארנה בקצרה כמה הטיות רלוונטיות לאופן קבלת החלטות על ידי שופטים הדנים בבקשות לפסילתם.<sup>51</sup>

הטיה ראשונה, אולי המפורסמת ביותר, מכונה הטיית "שנאת ההפסד" (Loss Aversion).<sup>52</sup> אנשים שונאים להפסיד את מה שכבר יש להם יותר משהם נהנים להרוויח את מה שעדיין אין להם. כך לדוגמה, אדם יסבול מהפסד של אלף ש"ח המצויים ברשותו יותר משהיה נהנה מרווח של אלף ש"ח – הטיה שיש לה השפעה ניכרת על בחירותיו ופעולותיו. נניח, למשל, כי נציע למישהו עסקה שבה הוא יוכל להרוויח מאה אלף ש"ח בהסתברות של שבעים אחוזים, או להפסיד מאה אלף ש"ח בהסתברות של שלושים אחוזים. מבחינה רציונלית, ברור למדי כי העסקה משתלמת, ובכל זאת רבים האנשים שלא ייעתרו לה משום שהסבל מההפסד לטעמם גדול מהתועלת שברוח.

הטיה שנייה, שיש הטוענים שהיא נובעת משנאת ההפסד, היא הטיית "הסטטוס קוו":<sup>53</sup> אנשים יעדיפו להישאר במצב הקיים שאיננו מצריך כל פעולה מצידם, בייחוד אם מעבר למצב האחר מלווה בחששות ובסיכונים, או אם מתעוררת אי־ודאות כלשהי באשר לתוצאות האפשריות של המעבר למצב האחר. אחת הדוגמאות המפורסמות ביותר להטיה זו היא מחקר שבחן את נטייתם של אנשים לבחור בתרומת איברים בעקבות ברירות מחדל (סטטוס קוו) שונות.<sup>54</sup> מחקרים מראים שהשוואה בין מדינות בנושא תרומת איברים מגלה שוני בהיקף הנטייה לתרום איברים בשל הבדלים בברירת המחדל. כך, בחלק מהמדינות שנבחנו ברירת המחדל היא כי האזרח מסכים מראש לתרום את איבריו לאחר שייקבע מותו הקליני, אלא אם כן בעודו בחייו ובבריאותו הוא חותם על טופס שבו הוא כותב כי איננו מוכן שאיבריו ייתרמו אחרי מותו הקליני. מנגד, בחלק אחר מהמדינות, ברירת המחדל היא

- Melinda A. Marbes, *Refocusing Recusals: How the Bias Blind Spot Affects Disqualification* 50  
*Disputes and Should Reshape Recusal Reform*, 32 ST. LOUIS U. PUB. L. REV. 235, 303 (2013)  
 לכן ייתכן שרצוי כי שופטים יהיו מודעים לקיומן של הטיות, אף שאין בנמצא מחקרים המראים שעצם הגברת המודעות לקיומן של הטיות מסייעת להתגברות על השפעתן השלילית. לדין ראו Emily Pronin & Matthew B. Kugler, *Valuing Thoughts, Ignoring Behavior: The Introspection Illusion as a Source of the Bias Blind Spot*, 43 J. EXPERIMENTAL SOC. PSYCHOL 565, 566 (2007); Cynthia Frantz, *I Am Being Fair: The Bias Blind Spot as a Stumbling Block to Seeing Both Sides*, 28 BASIC & APPLIED SOC. PSYCHOL. 157 (2006). ראו גם דן אריאלי האמת על באמת – איך אנחנו מעגלים פניות ומרמים את כולם (במיוחד את עצמנו) 91 (להלן: אריאלי האמת על באמת).  
 נדגיש כי לא נדון בכלל ההטיות, אלא בחמש ההטיות הרלוונטיות ביותר לענייננו. לבחינת הטיות אחרות, שאינן מוזכרות במאמר זה, ואשר השופטים עשויים להיות מושפעים מהן, ראו חמי בן נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות: אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" *שערי משפט* ה 177, 195 (2009) (להלן: בן-נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות").  
 להעמקה בעניין שנאת הפסד והשלכות הטיה זו על מערכת המשפט ראו EYAL ZAMIR, LAW, PSYCHOLOGY, AND MORALITY: THE ROLE OF LOSS AVERSION (2015).  
 CASS R. SUNSTEIN, *BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS* (2000) 53  
 הטיה זו מכונה גם "הטיית המצב הקיים". ראו דניאל כהנמן, ג'ק ל' קנטש וריצ'רד ה' תילסר "אפקט הבעלות, שנאת הפסד, והטיית המצב הקיים" *רציונליות, הוגנות, אושר – מבחר מאמרים* 90, 94 (מיה ברהלל עורכת, 2005); Eric J. Johnson & Daniel Goldstein, *Do Defaults Save Lives?*, 302 SCIENCE 1338 (2003).

הפוכה: איברי המת הקליני לא ייתרמו, אלא אם כן הוא חתם בעודו בחייו ובבריאותו כי הוא מוכן שאיבריו ייתרמו לאחר מותו הקליני. מתוצאות המחקר מתברר שבכל אחת מהמדינות, רוב האנשים מעדיפים שלא לעשות דבר שישנה את מצבם, וכך הם נשארים למעשה בסטטוס קוו. לכן במדינות הראשונות הנטייה לתרום איברים גבוהה יותר מאשר באחרונות. כפי שעולה מהמחקר, ההבדלים בהיקף תרומת האברים בין המדינות הם ניכרים ומושפעים מברירת המחול. מחקרים נוספים הראו שהטיית הסטטוס קוו ניכרת לא רק במצבים שבהם שימור המצב הקיים נעשה באמצעות הימנעות מהכרעה, אלא גם במצבים שבהם אנשים נדרשים לבחור באופן אקטיבי מתוך כמה חלופות. גם במצבים אלו ייתו אנשים לבחור את החלופה המשמרת את המצב הקיים.<sup>55</sup>

הטיה שלישית מכונה הטיית "הבעלות" ומשמעותה היא כי אנשים נוטים להעריך הערכת יתר דברים השייכים להם. מכוח הטיה זו, אנשים מעריכים את החפצים שבבעלותם כבעלי שווי גבוה הרבה יותר משווים של אותם חפצים כשאלו אינם בבעלותם, וזאת בייחוד במצבים שבהם נדרשו להשקיע מאמץ ומשאבים כדי להשיגם.<sup>56</sup>

הטיה רביעית הרלוונטית לענייננו מכונה הטיית "ביטחון היתר",<sup>57</sup> ומכוחה אנשים מעריכים את עצמם ואת פועלם יותר מההגיוני. כך למשל, סטודנטים משוכנעים שהציון שיקבלו יהיה מעל הממוצע, זוגות העומדים להינשא משוכנעים כי לא יתגרשו, מנהלים משוכנעים כי הם טובים יותר מהמנהל שקדם להם וכי תוכניותיהם טובות יותר משל קודמיהם, משקיעים בעסקים חדשים משוכנעים כי הם יצליחו בעסקם, והרוב המוחלט של הנהגים משוכנע כי הם נהגים טובים מהממוצע. כל אלה מתעלמים מהסטטיסטיקה בנימוק הבלתי סביר כי זו לא תחול על המקרה הפרטי שלהם.<sup>58</sup>

הטיה חמישית היא הטיית "הכרת הטובה" המלמדת על השפעתם הבלתי מודעת של ניגודי עניינים ושל טובות הנאה.<sup>59</sup> בניסוי שנערך בנושא, נדרשו המשתתפים להעריך את ערכן האמנותי של יצירות אמנות אשר הגיעו משתי גלריות ששמותיהן הופיעו על כל אחת מהיצירות. למשתתפים נאמר, בדרך אגב ולכאורה באקראי, כי אחת מהגלריות תרמה את הסכום הדרוש לניסוי. יצוין כי לא היה שום קשר בין תוכן הערכתם של המשתתפים ובין התגמול שקיבלו בעד הניסוי, ולא היה כמובן קשר בין הבחירה שעשו ובין הגלריה שתרמה

William Samuelson & Richard Zeckhauser, *Status Quo Bias in Decision Making*, 1 J. RISK & UNCERTAINTY 7 (1988)

לדוגמה, אנשים היו מוכנים למכור כרטיסים למשחק כדורסל שברשותם רק בהתקבל תשלום של אלפיים ארבע מאות דולר בממוצע, אך הקונים היו מוכנים לשלם רק מחיר של כמאה שבעים וחמישה דולר (בערך פי ארבע עשרה) (ראו דן אריאלי לא רציונלי ולא במקרה 119–117 (2008) Richard H. Thaler, ; *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*, 1 J. ECON. BEHAV. & ORG. 39 (1980)

Asher Koriat, Sarah Lichtenstein & Baruch Fischhoff, *Reasons for confidence*, 6 J. EXPERIMENTAL PSYCHOL. HUM. LEARNING & MEMORY 107 (1980)

Emily Pronin, Thomas Gilovich & Lee Ross, *Objectivity in the Eye of the Beholder: Divergent Perceptions of Bias in Self Versus Others*, 111 PSYCHOL. L. REV. 781 (2004)

אריאלי האמת על באמת, לעיל ה"ש 50, בעמ' 73. לסקירת ספרות מעמיקה ומעודכנת בנושא הטיית שנגרמות עקב ניגודי עניינים ראו Yuval Feldman, *Behavioral Ethics Meets Behavioral Law and Economics*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMIC & LAW 213 (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014)

לניסוי. למרות זאת עלה מהניסוי שהמשתתפים דירגו את תמונותיה של הגלריה שמימנה את הניסוי כבעלות עדיפות אמנותית.<sup>60</sup> ניסוי זה מעיד, לדעת עורך הניסוי, על כך שכאשר מאן דהוא עושה טובה כלשהי לאחר, גם אם אינו מבקש דבר בתמורה ומעשי האחר אינם קשורים כלל לאותה טובה – האחרון כבר מוטה לטובתו. לא פחות מטרידה התובנה שעולה מניסויים אלו, ולפיה אנשים אינם מודעים כלל להטיה והם משוכנעים שלמעשה אינם מוטים והחלטותיהם אובייקטיביות לגמרי.<sup>61</sup>

בניסוי אחר נותחו השפעותיו השליליות של "גילוי נאות". בניסוי היה על המשתתפים להעריך את כמות מטבעות הכסף שנמצאו בצנצנות: ככל שהערכה הייתה קרובה יותר למציאות (בין גבוהה ובין נמוכה), עלתה התמורה שקיבלו. המשתתפים חולקו לשתי קבוצות – של "יועצים" ושל "מעריכים". ליועצים היה ידע על מספר המטבעות יותר משהיה למעריכים (היה להם יותר זמן לבחון את הצנצנות, הם קיבלו מידע על ממוצע מספר המטבעות בכל הצנצנות ועוד). נוסף על כך, היועצים קיבלו תמורה לפי תוצאות המעריכים, ולכן לא היה ניגוד עניינים בין שתי הקבוצות. ואולם, בשלב מסוים שונו כללי המשחק, וקבוצת היועצים החלה לקבל את שכרה ביחס הפוך להערכת קבוצת המעריכים, כך שנוצר ניגוד עניינים מובנה בין הקבוצות. הניסוי מראה כי בשלב זה החלו היועצים לתת למעריכים הערכות גבוהות יותר.<sup>62</sup> הנקודה המטרידה בנוגע לגילוי הנאות קשורה לתוצאות חלק הניסוי שבו היועצים הצהירו מראש על ניגוד העניינים שלהם בפני המעריכים. מהניסוי עולה כי משהודיעו היועצים על ניגוד העניינים שלהם למעריכים, היועצים חשו שהם פטרו עצמם, ולו חלקית, מחובת הדאגה למעריכים. למעשה, הם הרגישו חופשיים יותר להתעלם מניגוד העניינים. דווקא אחרי אותו גילוי נאות, היועצים נתנו למעריכים הערכות גבוהות עוד יותר מאשר במקרים שבהם לא היה גילוי נאות. דווקא אחרי אותו גילוי נאות, היועצים נתנו למעריכים הערכות גבוהות עוד יותר מאשר במקרים שבהם לא היה גילוי נאות. באופן כללי ניתן לומר כי היועצים ראו בגילוי ניגוד העניינים מעין "תרופה", ולכן נזהרו פחות בפעולותיהם (שכן ניגוד העניינים לכאורה כבר לא השפיע עליהם). ייתכן אפוא שהתנהגותם הביאה לתוצאה גרועה יותר מזו שהיתה מושגת טרם הגילוי.<sup>63</sup> בנוסף אמנם הגילוי הנאות גרם לכך שהמעריכים גילו יתר זהירות כלפי עצות היועצים; ואולם, וזה העיקר, המעריכים לא גילו זהירות מספקת ברמה שהיה בה כדי להתמודד עם ניגוד העניינים. יודגש כי מחקרים אלו הם ראשוניים, ועורך המחקר עצמו איננו סבור כי צריך לוותר על הגילוי הנאות, אלא שנראה בבירור שאין בגילוי הנאות כדי לנטרל את הבעייתיות שבניגוד העניינים המובנה וכי

Ann H. Harvey et. al., *Monetary Favors and Their Influence on Neural Responses and Revealed Preference*, 30 J. NEUROSCIENCE 9597 (2010) 60

אריאלי האמת על באמת, לעיל ה"ש 50, בעמ' 82. 61

סטיית ה"יועצים" הייתה מתונה כדי שה"מעריכים" בכל זאת יתחשבו בעצותיהם, וגם מפני שהמחקר מראה שאנשים נוטים "לעגל פינות" אך נמנעים מקיצוניות. מהמחקרים עולה כי הנטייה הטבעית היא "לעגל פינות", עד לנקודה שבה כבר לא ירגישו נוח עם עצמם. במילים אחרות, אנשים מוכנים לשקר ולרמות אך לא יותר מדי, אלא עד לנקודה שבה עדיין יוכלו לתרץ לעצמם את מעשיהם ולהרגיש בנוח. 62

Daylian M. Cain, George Lowenstein & Don A. Moore, *When Sunlight Fails to Disinfect: Understanding the Perverse Effects of Disclosing Conflicts of Interest*, 37 J. CONSUMER RES. 836, 842 (2011) 63



יש להיזהר מלראות בו פתרון אידיאלי. בסיום המחקר צוין כי הפתרון ההגייוני (והתיאורטי) הוא כמובן להימנע מניגוד עניינים כליל, אולם בפועל החיים מורכבים מאינטרסים משולבים ולא תמיד ניתן להימנע מכך. לכן אין אלא להיות מודע לקיומן של ההטיות הבלתי נמנעות במקרים מעין אלו, ואולי לנסות להימנע ממצבים אלו ככל שניתן.<sup>64</sup>

## 2. השפעת ההטיות על אובייקטיביות השופטים

בבואנו להחיל את התיאוריה על סוגיית פסלות השופט, דומה כי ההטיה הבעייתית והמטרידה ביותר שעל השופט בערכאה הדיונית להתמודד עימה היא תחושת "הכרת הטובה" המשפיעה על היושב בדיון. לפי הטיה זו, צפוי מאוד שמי שמקיים קשרי רעות עם השופט או הרעיף עליו טובה, יזכה ליחס מועדף. הטיית הכרת הטובה מתרחשת כאמור בלא מודעות ובאופן בלתי רצוני, ולרוב אפילו מתוך הכחשה עצמית. על כך יש להוסיף את תחושת "ביטחון היתר" המשתלבת בהכחשה העצמית של השפעת ההטיה בדבר הכרת הטובה. השופט אינו יודע שהוא מושפע, ולא זו בלבד אלא שהוא אף משוכנע שהיכרות המוקדמת אינה מטה את חשיבתו. בכך משתלבת גם הטיית "הגילוי הנאות", שכן לעתים השופט ייטה להזהיר את הצדדים שיש לו היכרות מוקדמת או שהמצב עלול להביא לניגוד העניינים, אך משהזהיר את הצדדים או גילה להם את דעתו, עשוי הוא לחוש שהוא פטור מהצורך להיזהר מלהכריע מתוך משוא פנים, שכן כבר הודיע לצדדים על הסכנה הכרוכה בישיבתו בדיון. כך, הפתרון המוצע על ידי שיטת המשפט הישראלית (ועל ידי שיטות משפט נוספות) בדבר גילוי נאות, שנועד להתגבר על ההטיה, עלול למעשה לפעול כבומרנג. זאת משום שהשופט המעורב מאמין כי משעמד בחובת הגילוי הנאות, הוא מילא את חובתו בדבר הצורך להיות ניטרלי – אמונה שעלולה לגרום נזק ולא דווקא להביא תועלת.<sup>65</sup>

הטיית הבעלות גם היא ממלאת תפקיד, שכן משהוקצה התיק לשופט, מתקיים יחס של מעין בעלות בין השופט לתיק, וכך הפסקת הטיפול תהיה בבחינת פגיעה ב"בעלותו" של השופט על התיק.<sup>66</sup> ככל שחולף הזמן מתחילת הדיון, והוא הולך ומתקדם, גדל התפקיד שממלאת הטיית הבעלות בהחלטותיו של השופט, שכן גדלה החשיבות שהוא מייחס לתיק. זאת ועוד, הטיית ה"סטטוס קוו" תביא לידי כך שבחירתו הטבעית של השופט תהא שלא לשנות את המצב הקיים, וממילא שלא לפסול עצמו מלהמשיך לשבת בדיון. גם הטיה זו

64 אריאלי האמת על באמת, לעיל ה"ש 50, בעמ' 97-99.

65 הניסוי שהוזכר לעיל, מצביע על תופעה כללית של תפיסת הגילוי הנאות כ"תרופה" המחסנת מפני הצורך להיזהר מהשפעתו השלילית של ניגוד העניינים ולכן הוא רלוונטי גם להחלטות השופטים. עם זאת, יש לציין כי ייתכן ש"הטיית הגילוי הנאות" תשפיע על בעלי ניגוד עניינים אשר בידיהם גם הסמכות להכריע סופית בשאלות המהותיות (כמו השופטים), באופן אחר מזה שבו תשפיע על בעלי ניגוד עניינים שאינם מכריעים בסוגיה המהותית (כמו היועצים בניסוי) בשל הפער במידת האחיות שכל אחת מקבוצות האנשים הללו חשה בנוגע להכרעה הסופית.

66 CASS R. SUNSTEIN, BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS 5-6 (2000); Jeffrey W. Stempel, *In Praise of Procedurally Centered Judicial Disqualification – and a Stronger Conception of the Appearance Standard: Better Acknowledging and Adjusting to Cognitive Bias, Spoliation and Perceptual Realities*, 30 REV. LITIG. 733, 747-748 (2011).

גוברת ככל שהדיון בתיק מתקדם, שכן אז נטייתו של השופט שלא לשנות את המצב הקיים מתחזקת. בשלב מתקדם של הדיון השופט מודע לכך שכבר הושקעו מאמצים וזמן בהליך ואלה עלולים לרדת לטמיון. לכן ככל שטענת הפסילה מועלית בשלב מתקדם יותר של הדיון, תחושתו של השופט כי חשוב לשמר את הסטטוס קוו – כלומר להמשיך לטפל בתיק – גוברת, ולכן הוא יתקשה לפסול את עצמו.

ההטיה האחרונה, אם כי החשובה לא פחות, שמשפיעה על השופטים בבואם להכריע בשאלת הפסלות, קשורה ל"שנאת ההפסד", שכן כל בקשת פסילה ביוזמת בעלי הדין משמעותה מעין הצהרת אי-אמון בשופט היושב בדין.<sup>67</sup> לעתים הצהרת אי-אמון זו יכולה להתחזק אם אחד מהצדדים מעלה טענת פסלות בשלב מתקדם של הדיון, שכן אז יש בה מעין רמיזה שהשופט היה מודע לסיבת הפסילה, החליט בכל זאת להתעלם ממנה ונמנע מלפסול את עצמו מיוזמתו. בשלב זה יתקשה השופט להודות בטעותו, בייחוד לאור תפיסת השופט כמקצוען אמין, בלתי נרתע ובלתי מושפע. לכן היענות שופט לבקשת פסילה לאחר שההליך כבר החל, או בשלב מתקדם של הדיון, היא בגדר "הפסד".<sup>68</sup> ודוק, הואיל והטיית שנאת ההפסד אינה קשורה רק להפסד ולרווח של תמורות כלכליות וממוניות, אלא גם להפסדים בלתי חומריים ולפגיעה במוניטין, הרי גם בהקשר זה ההפסד קשה לנשיאה הרבה יותר מהרווח.<sup>69</sup>

דומה כי ההטיות המוצגות לעיל "מכוונות" את השופט להחלטות שתוכנן דחייה של בקשות הפסילה והימנעות מפסילה עצמית, החלטות המתקבלות מתוך שכנוע פנימי כי אין הוא מוטה וכי הוא כשר לדון בתיק בלא משוא פנים.

67 "הטיית שנאת ההפסד" אינה רלוונטית למצבים של פסילה עצמית, אלא למצבים שבהם אחד הצדדים לסכסוך מבקש את פסילתו של השופט.

68 טענת היכרות מוקדמת, המועלית על ידי אחד הצדדים בשלב מתקדם של הדיון, מעידה על טעות בשיקול הדעת של השופט, שחזקה עליו שידע על קיומה של ההיכרות המוקדמת. בהנחה שמדובר בהיכרות מוקדמת שהייתה ידועה לשופט לפני שהועלתה הטענה על ידי הצדדים, כרי כי החלטת השופט בשלב מתקדם של הדיון לפסול את עצמו תיתפס על ידי הציבור דווקא כהודאה בטעות שלא ניתן להצדיקה, ולכן שמדובר בהפסד מבחינתו של השופט במצבים הנדירים יחסית שבהם טענת הפסלות הועלתה בשלב מתקדם של הדיון. כאשר מדובר בהיכרות מוקדמת שלא הייתה ידועה לשופט בטרם הועלתה על ידי הצדדים, "הטיית שנאת ההפסד" עשויה להשפיע באופן הפוך – זאת משום שהחלטת השופט לפסול את עצמו עשויה להיתפס בעיניו ובעיני הציבור כהחלטה שדווקא מבססת את היושרה והמקצועיות שלו. אכן, ניתן לטעון כי מדובר בהחלטה "הבטוחה" מנקודת ראותו של השופט, שכן ה"הפסד" החמור ביותר מבחינתו הוא שהחלטת אי-הפסילה תתברר בדיעבד כבלתי מוצדקת. מכל מקום, הסיכוי להתעוררותם של מצבים אלו נמוך יחסית, שכן לרוב השופט מודע להיכרות המוקדמת. נוסף על כך, ככל שדבר ההיכרות המוקדמת נודע לשופט בשלב מתקדם של הדיון, השפעתן הנוגדת של הטיות אחרות, כגון "הטיית הבעלות", גדלה.

69 ראו Eyal Zamir & Ilana Ritov, *Loss Aversion, Omission Bias and the Burden of Proof in Civil Litigation*, 41 J. LEGAL STUD. 165, 172 (2012); דינה גורדון "אמנות ההפסד על פי הנובליסט דניאל כהנמן" *Epoch-Times* (7.5.2015) <http://bit.ly/2S5nwey>, לעיל ה"ש 66, בעמ' 749.

**3. מנדטוריות ההטיות?**

נותרת השאלה אם ההטיות רלוונטיות אף לסוג ההכרעות ששופטים מתמודדים עימן, הכרוכה בתורה בשאלה אם שופטים הם כאחד האדם בסוגיית ההטיות.<sup>70</sup> במילים אחרות, האם לא ייתכן שהכשרתם וניסיונם הרב של שופטים מגינים עליהם מפני השפעת ההטיות?<sup>71</sup>

אכן, ישנם ספקנים הטוענים כי ההטיות לא בהכרח רלוונטיות להכרעות שיפוטיות. לשיטתם, היוריסטיקות פותחו למצבים של קבלת החלטות בתנאים לא אידיאליים, דהיינו למצבים שבהם החלטות מתקבלות באופן אינטואיטיבי ומהיר בשל מחסור בזמן, ואילו ההחלטות השיפוטיות ניתנות בדרך כלל מתוך יישוב הדעת ולאחר שיקול דעת ממושך.<sup>72</sup> אולם טענה זו אינה משכנעת. אמנם המחקרים שחשפו את ההטיות התייחסו למצבים של קבלת החלטות רבות, מהירות ואינטואיטיביות, אך קיימים מחקרים אחרים המעידים על כך שההטיות משפיעות גם על החלטות המתקבלות לאחר שיקול דעת ממושך ובהיעדר מחסור בזמן.<sup>73</sup> זאת ועוד, החלטות הנוגעות לפסילת שופטים מתקבלות לרוב בפרקי זמן קצרים, שכן ישנה חובה להעלות טענת פסלות מיד לאחר שעילת הפסלות נודעת לצדדים או לשופט. למותר לציין שעל השופט להכריע בטענת הפסלות לאלתר, עובר להמשך הדיון ולפני שייתן כל החלטה אחרת בתיק.<sup>74</sup> יתר על כן, בשל תנאי הלחץ והעומס שהשופטים

70 לעניין השפעתן של הטיות על שופטים באופן כללי ראו Jeffrey J. Rachlinski, Sheri L. Johnson, Andrew J. Wistrich & Chris Guthrie, *Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?*, 84 NOTRE DAME L. REV. 1195 (2008–2009); Mark W. Bennett, *Unraveling the Gordian Knot of Implicit Bias in Jury Selection: The Problem of Judge-Dominated Voir Dire, the Failed Promise of Batson, and Proposed Solutions* 4, HARV. L. & POL'Y REV. 149 (2010); Briggs Depew, Ozkan Eren, Naci Mocan, *Judges, Juveniles and In-group Bias* (NBER Working Paper No. 22003, 2016), available at <http://bit.ly/2TtvWhf>; זמיר וטייכמן "ניתוח התנהגותי של החלטות שיפוטיות", לעיל ה"ש 48; בן-נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות", לעיל ה"ש 51.

71 לטענה כי השופט המנוסה יכול לנטרל ולו חלק מן ההטיות ראו Jeffrey J. Rachlinski, Chris Guthrie & Andrew J. Wistrich, *Probable Cause, Probability and Hindsight*, 8 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 72, 75 (2011).

72 יש הטוענים כי האופן שבו כללי הכלכלה ההתנהגותית מוחלים על קבוצת השופטים הוא לעולם מסויג ולוקה ב"אגנוסטיקה תיאורטית", שכן השופטים מקבלים החלטות מגוונות מאוד בנסיבות משתנות ובקצבי זמן נבדלים, ומונעים משיקולים אישיים, מערכתיים ומוסריים מורכבים. לדיון ראו Chad M. Oldfather, *Judges as Humans: Interdisciplinary Research and the Problems of Institutional Design*, 36 HOFSTRA L. REV. 125, 142 (2007).

73 לטענה שהקצאת פרק זמן ארוך יותר לחשיבה עלולה דווקא לקבע הטיות (בנוגע לשופטים) ראו Dan Kahan, *Laws of Cognition and the Cognition of Law*, 135 COGNITION PAGES 56 (2015). מאידך גיסא, לטענה שחשיבה ממושכת עובר לקבלת החלטה יכולה לעזור להתגבר על הטיות ראו DANIEL KAHNEMAN, THINKING, FAST AND SLOW 417 (2011). ואולם, חשוב לציין כי כהנמן עמד על הטיות חשיבה גם בתהליכי חשיבה מודעים. ראו דניאל כהנמן ואח' רציונליות, הוגנות, אושר: מבחר מאמרים 45–63 (מיה בר-הלל עורכת, התשס"ה).

74 ס' 77א(ב) לחוק בתי המשפט.

נתונים בהם, החלטות שיפוטיות לא בהכרח מתקבלות אחרי עיון מספק.<sup>75</sup> לבסוף, יש הטוענים כי ההטיות רלוונטיות לשופטים אף יותר משהן רלוונטיות לבעלי מקצועות אחרים, וזאת משום ששופטים נדרשים להחליט בשאלות אלו לבדם, בלא יכולת להתייעץ עם אחרים ולאגור את עמדתם, בשל מעמדם הרם והמבודד.<sup>76</sup>

נוסף על כך, ישנם ספקנים הטוענים כי המודעות לקיומן של הטיות מאפשרת לאנשים כגון השופטים להתגונן מפני השפעתן של ההטיות עליהם. הסתייגות זו חשובה משום שאחת ההנחות המובלעות באתוס השיפוטי היא כי כישוריו של השופט מאפשרים לו להתעלם מהשפעתן השלילית של ההטיות, או למצער להתגבר עליהן. הטענה היא כי מקצוע השפיטה מאפשר לשופט המקצוען לצבור ניסיון ולרכוש לעצמו תובנות ויכולות ייחודיות הקשורות לעבודתו כשופט. עוד נטען כי מקצועם של השופטים וניסיונם הרב בו, ואולי אף כישוריהם ורמתם האישית והאתית הגבוהה המובטחת לאור הליך בחירתם,<sup>77</sup> מלמדים אותם להתעלם עם הזמן מאותן השפעות שליליות ושגיאות שאנשים מן היישוב אינם שמים ליבם אליהן. כמו כן נטען כי ניסיונם של השופטים ויכולתם להשוות את המקרה שלפניהם למקרי עבר מסייעים להם להתגבר על חלק מן ההטיות.<sup>78</sup> בלשונו של הנשיא שמגר, שדן בשאלה כיצד יוכל בית משפט של ערעור לדון בטענת הפסילה:

ההנחה היא כי מי שאמון על מלאכת השיפוט, הבא לדון בטענת פסלות, מצוייד בנסיון 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 בכואה למה שמתהווה במחשבתו של השופט שדן בעניין. סימני ההיכר המתגלים לעיני השופט המקצועי בכואו לבחון התנהגות עמיתו הם לכאורה רבים יותר מאלו העומדים לרשותם של בעלי הדין. מבין השיטין של אמת-המידה המשפטית המתקבלת כגון דא, עולה כי רק השופט הנושא בליבו את ההכשרה המקצועית ואת הניסיון המצטבר מן ההתייחסות לבעלי דין, לטענותיהם, לאישומים לסוגיהם ולהתנהגות לסוגיה, ויודע איך לארגן ולהפנים את המכלול, תוך שמירה על האיזון והניטרליות שהם אות ההיכר הטבוע של מלאכת השפיטה, והוא בלבד, הוא בעל היכולת להכריע כדי להגיע לכלל מסקנה כי שופט פלוני הוא פסול במידה כזאת עד שיש סכנה כי לא יוכל לקיים משפט צדק.<sup>79</sup>

- Shai Danziger, Jonathan Levav & Liora Avnaim-Pesso, *Extraneous Factors in Judicial* 75  
*Decisions*, 108 PNAS 6889 (2011), available at <http://bit.ly/2PFUCF9>
- Stempel 76, לעיל ה"ש 66, בעמ' 741.
- ס' 11א לכללי השפיטה (סדרי העבודה של הועדה לבחירת שופטים), התשמ"ד-1984. 77
- ראו Rachlinski, Guthrie & Wsitrich, לעיל ה"ש 71. 78
- ע"פ 1534/92 גלבוש נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 637, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1992). 79

ואולם לדעת מרבית החוקרים והפסיכולוגים, טענה זו איננה משקפת את המציאות.<sup>80</sup> לטענתם, לא ברור כלל אם לשופטים יש יכולת, בזכות ניסיונם, להתעלם מהטיות.<sup>81</sup> ההטיות משפיעות על תת-המודע של בני האדם בכלל – והשופטים בתוכם – ואי-אפשר להתמודד עמן באופן רציונלי.<sup>82</sup> הספרות העשירה בתחום מעידה על כך שהשופטים הם ברוב המקרים כאחד האדם, ושהמציאות הפסיכולוגית אינה תואמת את האידיאל השיפוטי.<sup>83</sup> לכן התיאוריה הרווחת בחלק משיטות המשפט, אשר לפיה שופט מקצועי יכול שלא להיות מושפע מהטיות קוגניטיביות המשפיעות על אנשים שאינם שופטים, אינה מבוססת מבחינה מדעית, והיא בבחינת משאלת לב שראוי להימנע מלהביאה בחשבון. לאור זאת, היו שהציעו לקבוע את המבחן להערכת משוא הפנים של השופט תוך הרחקת פריזמת ההתבוננות, והמרתה מנקודת המבט של "השופט הסביר" לנקודת המבט של "האדם הסביר המיועד" בדבר נסיבות המקרה.<sup>84</sup>

בהנחה שהשופטים נתונים אף הם להשפעתן השלילית של ההטיות, שאלה נפרדת היא אם ניתן לנקוט צעדים פרוצדורליים כדי להתחמק מהשפעה שלילית זו,<sup>85</sup> או במילים אחרות

80 אכן, גם הכתיבה האקדמית שאוהדת את הניסיונות למצוא פתרונות להטיות השופטים, מגיעה לבסוף למסקנה כי אי-אפשר להתמודד לחלוטין עם הטיות אלו, שכן בסופו של דבר גם השופטים הם בני אדם, ראו למשל Andrew J. Wistrich & Jeffrey J. Rachlinski, *Implicit Bias in Judicial Decision Making – How it Affects Judgment and What Judges Can Do About it* (Cornell Legal Studies Research Paper No. 17-16, 2017), available at <http://bit.ly/2PGn2i1>; Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges*, 13 ANN. REV. L. SOC. SCI. 203 (2017), available at <http://bit.ly/2QcJmz5>.

81 Debra L. Bassett, *Recusal and the Supreme Court*, 56 HASTINGS L.J. 657, 668 (2005).  
82 D.C. Piperides et al., *Group Report: What is the Role of Heuristics in Litigation?*, in HEURISTICS AND THE LAW 371 (Christoph Engel & Gerd Gigerenzer eds., 2006); Anthony G. Greenwald & Mahzarin R. Banaji, *Implicit Social Cognition: Attitudes, Self-Esteem, and Stereotypes*, 102 PSYCHOL. REV. 4 (1995).

83 ראו לרונמה Gary Blasi, *Advocacy Against the Stereotype: Lessons from Cognitive Social Psychology*, 49 UCLA L. REV. 1241, 1276–1281 (2002).

84 דיון בשאלה מי יהא האדם הסביר המיועד, מהן תכונותיו, מה רמת הידיעה שלו על אודות השופט, על השפיטה, על התיק הנדון ועוד, בממד השוואתי ראו מרזל "פסלות שופט: האתגר של מראית פני הצדק", לעיל ה"ש 21, בעמ' 276. לדעה שלפיה האדם הסביר, המתואר בפסיקה, דומה במהותו בעצם לשופט הסביר ולא להדיוט ראו Ray McKoski, *Giving Up Appearances: Judicial Disqualification and the Apprehension of Bias*, 4 BR. J. AM. LEGAL STUD. 35, 58–59 (2015), available at <http://bit.ly/2OSayyN>. מעניין לציין שכפי שהראה מרזל, מדינות רבות ממשפחת המשפט המקובל נוקטות אמת מידה של "האדם הסביר" – כך הוא המצב בארצות הברית, באנגליה, באוסטרליה, בניו זילנד ובקנדה (מרזל "פסלות שופט: האתגר של מראית פני הצדק", לעיל ה"ש 21, בעמ' 264–265, והאסמכתאות המוזכרות שם). יודגש שמרזל עצמו סבור שטרם בשלו התנאים, הנסיבות והצורך בשיטת המשפט הישראלית להמרת אמת המידה של השופט הסביר, באמת המידה של האדם הסביר המיועד (שם, בעמ' 270).

85 ראו בעקיפין אריאלי **אמת על באמת**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 91 (שממנו משתמע כי ייתכן שמודעות להטיות אינה מאפשרת בהכרח להימנע מהשפעתן). ראו גם בן-נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות", לעיל ה"ש 51; חמי בן נון "הטיות קלאסיות של שופטים ודרכים להתמודד אתן" עלון השופטים ע"ש השופט ברוך ז"ל 126 (2013). אבל ראו Kahan, לעיל ה"ש 73 (המעלה ספקות בנוגע

אם ניתן ליצור ולקיים מנגנוני פיקוח ובקרה פרוצדורליים שיכלמו את השפעת ההטיות בשאלת פסילת שופטים. בעניין זה ניתן להעלות הצעות אחדות. כך למשל, נטען כי הדרישה לחייב את השופט לנמק את החלטתו בעניין פסילתו יש בה כדי לסייע לו להתגבר על השפעת ההטיות.<sup>86</sup> אולם אם השופט אינו מודע לכך שהוא עלול להיות מוטה, יקל עליו לכתוב הנמקה המצדיקה את החלטתו ואשר יש בה כדי למתן או אף לשלול לחלוטין את השפעת עילת הפסילה.<sup>87</sup>

הצעה אפשרית אחרת היא לקיים הליך נפרד שבו שופטים יימנעו מלהכריע מיד בשאלת משוא הפנים שלהם, אלא ישקלו את החלטתם ויכריעו בה רק לאחר הליך חשיבה מעמיק. אולם כאמור נדחו השערות ששקילה מעמיקה עובר להכרעה משמשת אמצעי יעיל להתגברות על הטיות, ולכל הפחות נדרש מחקר מקיף יותר כדי להגיע למסקנה מבוססת בעניין זה.<sup>88</sup>

לפי הצעה אחרת, עצם קיומה של ביקורת שיפוטית מצד ערכאת הערעור על החלטת השופט היושב בדיון יש בה כדי לתת מענה לקושי הנובע מקיומן של הטיות בקרב שופטי הערכאה הדיונית. הצעה זו מניחה כי עצם קיומו של הליך ערעור משפיע על מערך התמריצים של השופט הדין בשאלת פסילתו באופן שעשוי להביא לביטחון עצמי מופחת בהחלטה שלא לפסול את עצמו. ואולם להנחה זו אין סימוכין. כאמור לעיל, ההטיות משפיעות על התת-מודע. לכן ידיעה רציונלית של השופטים בערכאה הדיונית שהכרעתם עשויה לעמוד למבחן של ערכאת הערעור, אין בה בהכרח כדי לצמצם את ביטחונם של השופטים בהחלטותיהם או את השפעתן של ההטיות האחרות. אף ייתכן שידעתם של שופטי הערכאה הדיונית שהחלטתם תהא נתונה לביקורת שיפוטית, כלומר שהיא עשויה לעמוד למבחנה של ערכאת ערעור, עשויה כשלעצמה להפעיל הטיות התנהגותיות. כך, ייתכן ששופטים אלה עשויים באופן בלתי מודע לפסול את עצמם בשל הטיית שנאת הסיכון, כלומר מתוך פחד מהבעת אי-אמון של ערכאת הערעור בהחלטתם, שעלולה לפגוע במוניטין שלהם. ואולם סביר ששופטים בערכאה הדיונית מודעים לכך ששנאת ערכאת הערעור, כפי שנבקש להראות להלן, היא בדרך כלל שלא להתערב בהחלטות הערכאה הדיונית, ובפרט – ששנתייה זו לחוסר התערבות מתעצמת בנוגע להחלטות הערכאה הדיונית אשר עלולה להשתמע מהן הטלת דופי ברשות השופטת.<sup>89</sup>

לכמה אמצעים פרוצדורליים המשמשים בהליכי שפיטה ויכולתם לצמצם את השפעת ההטיות על החלטת השופטים).

86 ס' 77א(ג) לחוק בתי המשפט.

87 לתמיכה בכך שהדרישה מן השופט לנמק את החלטתו יכולה לסייע לו להתגבר על הטיות ראו Roger J. Traynor, *Some Open Questions on the Work of State Appellate Courts*, 24 U. CHI. L. REV. 211, 218 (1957); Robert A. Leflar, *Some Observations Concerning Judicial Opinions* 61 COLUM. L. REV. 810 (1961).

88 ראו Craig E. Jones, *The Troubling New Science of Legal Persuasion: Heuristics and Biases in Judicial Decision-Making*, 41 ADVOC. Q. 49, 118 (2013); Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, 91 CORNELL L. REV. 1, 43 (2007).

89 ראו את דבריו של הרשם (כתוארו אז) מרזל: "המעין בפסיקתו של בית משפט זה יראה כי מספר הערעורים שנתקבל – נער יספורם, ולא בכדי. רוב רובם של הערעורים נדחים בהיעדר כל יסוד או עילת

מהאמור לעיל עולה כי טרם נודע על אמצעים פרוצדורליים שיהא בכוחם לשלול לחלוטין את השפעתן השלילית של ההטיות. מכל מקום, גם אם ניתן להפחית את השפעתן השלילית של ההטיות באמצעים פרוצדורליים מסוימים, הטענה בדבר קיום משוא פנים היא טענה חמורה הנוגעת לבסיס תפיסת הצדק במשפט, וממילא ראוי לבחון אם ישנם אמצעים נוספים ששיטת משפט יכולה לאמץ כדי לצמצם ככל שניתן את השפעתן השלילית של ההטיות.

### ג. ערכאת ערעור על החלטת פסלות – פתרון אפשרי? סקירה אמפירית ואיכותנית

לכאורה, המסקנה המתבקשת מהשפעתן השלילית של ההטיות שהוזכרו לעיל היא כי רוב בקשות הפסילה המוגשות על בסיס היכרות מוקדמת נדחות על ידי השופט בערכאה הדיונית. ואכן, בספרות ניתן למצוא את המסקנה שלפיה "לעיתים נדירות מחליט שופט לפסול עצמו".<sup>90</sup> היה ניתן לסבור שהואיל וההטיות משפיעות על השופטים היושבים בערכאה הדיונית בבואם להפעיל את שיקול דעתם כדי להכריע בשאלת פסילתם העצמית, יהא בהעברת החלטותיהם לבחינתה של ערכאת ערעור כדי לפתור את הבעיה. זאת, בהנחה שערכאת הערעור ניחנת ברמת מקצועיות, ניסיון וראיית-על רוחבית טובה יותר מזו של השופט היושב בדין,<sup>91</sup> ועל כן יהא בכוחה "לתקן" את הכרעות השופט היושב בערכאה הדיונית. אולם על הנטייה המזערית של ערכאת הערעור להתערב בשיקול הדעת של השופט בערכאה הדיונית ניתן ללמוד מפסק הדין בעניין ברזל. בפרשה זו נאמר, הגם שבנוגע לסוגיית משוא הפנים בגין דעה מוקדמת (להבדיל מזה הנובע מהיכרות מוקדמת), כי: "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".<sup>92</sup>

פסילה, לא כל שכן עילת ערעור על פסילה "ע"א 8743/04 בר-נר נ' רוט, פס' 16 להחלטתו של הרשם מרזל (פורסם בנבו, 20.12.2004). כן ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 16. על חשיבותן של סוגיות מוסדיות בעיני שופטים, ראו באופן כללי אצל יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון: הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טו 161 (2000).

90 מרזל דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 401. ודוק, אין מדובר בפסילות עצמיות, שמתרחשות דווקא בשכיחות רבה יחסית. שיעור הפסילות בישראל הוא הגבוה בעולם, אך פסילות אלו אינן נכנסות לסטטיסטיקות של מקרי הפסילה, שכן הן סמויות מעיני המתדיינים (ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 70, ה"ש 56).

91 James Sample, David Pozen & Michael Young, *Fair Courts: Setting Recusal Standards* (Brennan Center for Justice at N.Y.U School of Law Recusal Paper, 2008) available at <http://bit.ly/2RZCHG2>.

92 עניין ברזל, לעיל ה"ש 29, בעמ' 858. לדעה אחרת, שלפיה אין לתת משקל מכריע להחלטת השופט בערכאה הדיונית ראו עדיני, לעיל ה"ש 21, בעמ' 209. לדעה כי גם שופטי ערכאת הערעור אינם חסינים מהחשש שהם עצמם נתונים למשוא פנים בשל היכרות מוקדמת ראו Howard J. Bashman, *Recusal on Appeal: An Appellate Advocate's Perspective*, 7 J. APP. PRAC. & PROCESS 59 (2005).

להלן נבקש לברר במבחן אמפירי אם הליך ערעור יש בו כדי לצמצם את בעיית השפעת ההטיות על השופט בערכאה הדיונית בעת שהוא פוסק בשאלת קיומו של משוא פנים בגין היכרות מוקדמת.<sup>93</sup> בדיון תיבחן השאלה עד כמה, ובגין איזו הנמקה, נדחות בקשות ערעור על החלטות פסלות תוך שבית המשפט העליון מגבה את החלטת השופט היושב בערכאה הדיונית.<sup>94</sup> לצורך כך ייבחן תחילה היקף ההתערבות של ערכאת הערעור בהחלטת השופט בערכאה הדיונית מההיבט הכמותי, ויוצגו נתונים על מידת המעורבות של ערכאת הערעור בהחלטות פסילה בשנים האחרונות. נתונים אלה יחשפו את המספר הקטן של ערעורי פסלות שבהם ערכאת הערעור מגלה נטייה להתערב בשיקול הדעת של השופט בערכאה הדיונית בכלל, ואת המספר הקטן עוד יותר של ערעורים המתקבלים כאשר השופט בערכאה הדיונית מחליט להימנע מלפסול את עצמו בפרט. ממצאים אלה יעידו על כך שזכות ערעור על החלטת פסלות אינה מסייעת לפתרון בעיית השפעתן השלילית של ההטיות על השופטים בערכאה הדיונית.<sup>95</sup>

נוסף על כך ינותחו מהותית שני סוגי החלטות שבהם התערב בית המשפט בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית בבקשה לפסילת שופט בשל היכרות מוקדמת. אשר לסוג הראשון, יאותרו כל פסקי הדין (בתקופה הנבדקת) שבהם השופט בערכאה הדיונית בחר שלא לפסול את עצמו (לטענתנו בשל השפעת ההטיות) אף שנטען שישנה היכרות מוקדמת, ובית המשפט העליון בחר להתערב בהחלטה ולשנותה. בדיון ינותחו המקרים שבהם בחר השופט בערכאה הדיונית שלא לפסול את עצמו בהנמקה של היעדר חשש ממשי למשוא פנים (לטענתנו בשל השפעת ההטיות) וערכאת הערעור תיקנה את השגיאה ופסלה אותו מלשבת בדין בקובעה שאובייקטיבית התמלאו תנאי מבחן החשש הממשי למשוא פנים. אשר לסוג השני, יאותרו פסקי דין שבהם השופט בערכאה הדיונית פסק שאמנם אין חשש ממשי למשוא פנים (לטענתנו בשל השפעת ההטיות) ולכן הוא אינו אמור לפסול את עצמו – אך הוא בכל זאת נעתר לבקשת הפסילה בשל התקיימות מבחן מראית פני הצדק – ואילו

93 בדרך אגב, יהיה בכך גם מתן תשובה לטענה כי דרך אפשרית להתגבר על ההטיות היא הפקעת ההחלטה בעניין הפסילה מהשופט היושב בדין והעברתה לשופט אובייקטיבי אחר.

94 ע"א 172/14 עמוס ניסים בע"מ נ' אל-רום יועצים בע"מ, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 16.2.2014) ("מקובל לתת במסגרת ערעור פסלות משקל נכבד לעמדתו של שופט הסבור כי עליו לפסול עצמו"); עניין אס. ג.י. אס חברה לבניין, לעיל ה"ש 24, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה נאור ("על כן, לא בנקל יתערב בית משפט זה בהחלטת שופט לפסול את עצמו מלדון בהליך מסוים").

95 יודגש כי בנייתו הכמותי, ובשל קשיים טכניים, לא נעשתה הבחנה בין ערעורי פסלות המבוססים על טענת היכרות מוקדמת ובין ערעורים העוסקים בבקשות פסילה עקב אופן ניהול הדיון, הגם שמאמר זה עוסק רק בבקשות פסילה מהסוג הראשון. עם זאת, כפי שייטען להלן, מספר הערעורים המצומצם שבהם התערב בית המשפט בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית הוא כה מובהק שאין בשילוב עילות הערעור כדי להשפיע על היכולת להסיק מסקנות לעניין (היעדר) נחיצותו של הליך הערעור. עוד יצוין כי לא נבדקו החלטות שבהן לא התערבה ערכאת הערעור בהחלטה הדיונית. במצבים אלו אכן ייתכן שבאופן אובייקטיבי לא היה חשש ממשי למשוא פנים, או ייתכן שהשופט בערכאה הדיונית הצליח להתגבר על ההטיות בעצמו ומצא שאכן מתקיים חשש ממשי למשוא פנים. מכל מקום מצבים אלו אינם מעידים על נחיצותו של הליך ערעור לצורך פתרון בעיית השפעתן השלילית של ההטיות על השופט בערכאה הדיונית.



ערכאת הערעור התערכה בהחלטה והורתה לשופט לשבת בדין על כורחו.<sup>96</sup> מניתוח זה יעלה כי גם במקרים אלה ערכאת הערעור קבעה למעשה כי השופט שגה ביישומו של מבחן החשש הממשי למשוא פנים.

הן הבחינה הכמותית הן הבחינה האיכותנית תומכות במסקנה כי שופטי ערכאת הערעור ממעטים לתקן החלטות של שופטים בערכאה הדיונית שלא לפסול את עצמם בעת שהאחרונים מגיעים למסקנה שלא התמלאו תנאי מבחן החשש הממשי למשוא פנים. לכן, בהנחה שישנה בעיה הנובעת מהשפעות שליליות של הטיות על החלטות השופטים בערכאה הדיונית, אין בקיומו של הליך ערעור כדי להביא מזוור לבעיה זו.<sup>97</sup>

### 1. בחינה כמותית

ממחקר שבדק את כל ערעורי הפסלות לבית המשפט העליון בשנים 2000–2005 עולה שבשנים אלו הוגשו 479 ערעורי פסלות בהליכים פליליים, ושיעור קבלתם עמד על 10%. עוד נמצא שבשנים אלו הוגשו 426 ערעורי פסלות בהליכים אזרחיים, ושיעור קבלתם היה 6.5%.<sup>98</sup> על כך הוספנו ובדקנו את כל הערעורים בנושא פסילת שופט, שהחלטות בהם ניתנו על ידי שלושת הנשיאים בתקופה שלאחר המחקר: ביניש, גרוניס ונאור. גם לפי הבדיקה שאנו ערכנו, המתייחסת למספר ערעורי הפסלות שהוגשו לבית המשפט העליון כמו גם לסיכויי קבלת ערעורי פסלות, עולה כי רוב הערעורים נדחים וכי שיעור קבלתם של ערעורי הפסלות אף ירד במרוצת השנים ועומד על אחוזים נמוכים עוד יותר.

96 לא נבדקו מצבים שבהם השופט הדיוני לא מצא שיש חשש ממשי למשוא פנים (לטענתנו, בשל השפעה שלילית של ההטיות) אך בכל זאת פסל את עצמו בשל מראית פני הצדק, וערכאת הערעור השאירה את ההחלטה על כנה אבל תיקנה את ההנמקה וביססה אותה על פסילה בשל חשש ממשי למשוא פנים. אף שמצבים אלו רלוונטיים לניתוח מקיף של הפסיקה, הם אינם רלוונטיים לבחינת השאלה הקונקרטית בדבר נחיצותו של הליך ערעור לתיקון השפעתן השלילית של הטיות על הערכאה הדיונית, שכן גם כאן לא נוצל הליך הערעור כדי להתערב בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית שעלול להיות מושפע לרעה מהטיות.

97 מאמר זה נוקט משנה זהירות בעניין המסקנה הסופית שניתן להסיק מהמחקר האיכותני, וזאת משום שלא נבחן בו טיב ההחלטות המהותיות בערכאות הדיוניות. לכן אין באפשרותנו לקבוע בוודאות אם החלטת השופט בערכאה הדיונית היא תוצאה של החלה מוטעית של מבחן החשש הממשי למשוא פנים בשל השפעתן השלילית של ההטיות, או שמא היא ההחלטה הנכונה אשר נפסלה בערכאת הערעור בשל יישום לא מדויק של מבחן החשש הממשי למשוא פנים דווקא על ידי ערכאת הערעור.

98 המחקר נערך על ידי מרזל, אשר בחן למעשה את כל הערעורים שהוגשו בשנים הללו ומצא כי הוגשו 904 ערעורים, מהם 426 (47%) ערעורים אזרחיים ו-479 (53%) ערעורים פליליים. שיעור קבלתם של ערעורי הפסלות עמד בשנים אלו בממוצע על כ-8.5% מהערעורים (6.5% מהערעורים אזרחיים, ו-10% מהערעורים פליליים) (ראו מרזל דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 402).

## טבלה: ריכוז הנתונים

מקור הנתונים	מהות הנתונים	מספר הערעורים	מספר הערעורים שהתקבלו	אחוז הערעורים שהתקבלו
מרזל דיני פסלות שופט (בשנים 2005–2000)	הערעורים הפליליים הערעורים האזרחיים	479 426	99 -	10% 6.5%
מאגר נבו – הנשיאה ביניש (בשנים 2006–2012) <sup>100</sup>	הערעורים הפליליים הערעורים האזרחיים	101263 102253	1037 10415	2.66% 5.93%
מאגר נבו – הנשיא גרוניס (בשנים 2012–2015)	הערעורים הפליליים הערעורים האזרחיים	10565 10641	1071 1084	1.53% 9.76%

- 99 מרזל אינו נדרש למספר הערעורים שהתקבלו, אלא רק מציין את שיעור הערעורים שהתקבלו (ראו שם).  
 100 מספרים דומים, בלא לציין את טכניקת הבדיקה דווחו גם בעיתונות. ראו יובל יועז "נשיאת העליון ביניש קיבלה פחות מ-5% מהבקשות לפסול שופט" גלובס (29.6.2011) <http://bit.ly/2DSSPpY>.  
 101 טכניקת הבדיקה – סוג הליך: ערעור פלילי (ע"פ); מילות חיפוש: "כבוד הנשיאה ד' ביניש", וגם "פסלות שופט" או "פסילת שופט" (להלן: מילות חיפוש – "כבוד הנשיאה ד' ביניש" ועוד (ע"פ)).  
 102 טכניקת הבדיקה – סוג הליך: ערעור אזרחי (ע"א); מילות חיפוש: "כבוד הנשיאה ד' ביניש", וגם "פסלות שופט" או "פסילת שופט" (להלן: מילות חיפוש – "כבוד הנשיאה ד' ביניש" ועוד (ע"א)).  
 103 טכניקת הבדיקה הייתה: מילות חיפוש – "כבוד הנשיאה ד' ביניש" ועוד (ע"פ), לעיל ה"ש 101, לרבות "דין הערעור להתקבל" או "הערעור מתקבל" (כל המקרים שבהם התקבל הערעור נקראו על ידי המחברים וסוננו מקרים אשר מילות החיפוש הובילו אליהם, אולם התברר שהערעור לבסוף נדחה): ע"פ 5102/10 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.8.2010); ע"פ 10698/06 אליאב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2017); ע"פ 4402/10 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.8.2010); ע"פ 7759/09 קבהה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.11.2009); ע"פ 619/11 אפלינסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.2.2014); ע"פ 5796/07 יום טוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.8.2007); ע"פ 5358/11 זליקובסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2011).  
 104 טכניקת הבדיקה הייתה מילות חיפוש – "כבוד הנשיאה ד' ביניש" ועוד (ע"א), לעיל ה"ש 102, לרבות "דין הערעור להתקבל" או "הערעור מתקבל": ע"א 9524/11 חברת תבליני מימון בע"מ נ' סולתם רדד (2001) בע"מ (פורסם בנבו, 15.02.2012); ע"א 7550/11 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 8.12.2011); ע"א 6575/11 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 9.10.2011); ע"א 1395/11 The Little Tikes Company נ' לידר טויס בע"מ (פורסם בנבו, 9.5.2011); ע"א 9021/10 נעימי נ' אלאב אופנה בע"מ (פורסם בנבו, 8.3.2011); עניין ריקמן, לעיל ה"ש 20; ע"א 4332/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 24.7.2008) (להלן: עניין פלוני 4332/08); ע"א 2852/08 מצנע נ' ויסולי אביעד, עו"ד (פורסם בנבו, 19.5.2008); ע"א 9509/07 כהן נ' גולן (פורסם בנבו, 17.4.2008); ע"א 189/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 16.3.2008) (להלן: עניין פלוני 189/08); ע"א 10484/07 מאגנוס הנרסה ואחזקה בע"מ נ' אינגביר הנרסה בע"מ (פורסם בנבו, 10.3.2008); בש"א 9714/07 שמשית אגודה שיתופית להתיישבות חקלאית בע"מ נ' שפרינגר (פורסם בנבו, 23.12.2007); ע"א 2687/07 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 8.3.2011) (להלן: עניין פלונית 2687/07); ע"א 4227/07 ליבוביץ נ' מיכאל (פורסם בנבו, 31.10.2007); ע"א 4752/07 נציגות הבית המשותף של מגדל א' בניין לב ה' נ' לביא (פורסם בנבו, 31.7.2007).  
 105 סוג הליך: ערעור פלילי (ע"פ); מילות חיפוש: "כבוד הנשיא א' גרוניס" וגם "פסלות שופט" או "פסילת שופט" (להלן: מילות חיפוש – "כבוד הנשיא א' גרוניס" ועוד (ע"פ)).  
 106 סוג הליך: ערעור אזרחי (ע"א); מילות חיפוש: "כבוד הנשיא א' גרוניס" וגם "פסלות שופט" או "פסילת שופט" (להלן: מילות חיפוש – "כבוד הנשיא א' גרוניס" ועוד (ע"א)).  
 107 טכניקת הבדיקה הייתה: מילות חיפוש – "כבוד הנשיא א' גרוניס" ועוד (ע"פ), לעיל ה"ש 105, לרבות "דין הערעור להתקבל" או "הערעור מתקבל": ע"פ 654/14 דיאמימון 2000 (1987) בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה נתניה (פורסם בנבו, 11.5.2014).

מקור הנתונים	מהות הנתונים	מספר הערעורים	מספר הערעורים שהתקבלו	אחוז הערעורים שהתקבלו
מאגר נבו – הנשיאה נאור (בשנים 2014–2017)	הערעורים הפליימים הערעורים האזרחיים	109 <sup>60</sup> 110 <sup>75</sup>	111 <sup>6</sup> 112 <sup>2</sup>	10% 2.66%
סך הכול נשיאים	מאגר נבו	757	35	4.62%

דומה כי נתונים אלו עשויים לתמוך במסקנה שאין בקיומו של הליך ערעור על בקשת פסילה כדי לאפשר ביקורת אפקטיבית על הפעלת שיקול הדעת של השופט בערכאה הדיונית – בהנחה ששיקול דעת זה הוא מוטא. אכן, קשה להסתמך על נתונים אלו לבדם, שכן הערעורים שנדחו לא פולחו, ולא נבדק בכמה מהם פסלו השופטים הדיוניים את עצמם (ולכן הצליחו בכל זאת להשתחרר מהשפעתן השלילית של ההטיות) ובכמה מהם נמנעו השופטים הדיוניים מפסילה. יתרה מזו, המבחן האמפירי בחן את קבוצת פסקי הדין שבהם התערבה ערכאת הערעור בשיקול הדעת של הערכאה הדיונית בגין טענת פסלות כלשהי (לרבות טענות פסלות בגין אופן ניהול הדיון על ידי השופט), ולא בודד רק את פסקי הדין שבהם עילת הפסילה נבעה מהיכרות מוקדמת – שהיא העילה הנבחנת במאמר זה.<sup>113</sup>

108 טכניקת הבדיקה הייתה: מילות חיפוש – "כבוד הנשיא א' גרוניס" ועוד (ע"א), לעיל ה"ש 106, לרבות "דין הערעור להתקבל" או "הערעור מתקבל": ע"א 4110/14 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.10.2014) (להלן: עניין פלונית 4110/14); ע"א 9202/12 דוק השקעות (1988) בע"מ נ' צבי תום צבעוני (פורסם בנבו, 3.2.2013); עניין רוקסי בנייה והשקעות, לעיל ה"ש 23; ע"א 1194/13 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.4.2013).

109 סוג הליך: ערעור פלילי (ע"פ); מילות חיפוש: "כבוד הנשיאה מ' נאור" וגם "פסלות שופט" או "פסילת שופט" (להלן: מילות חיפוש – "כבוד הנשיאה מ' נאור" ועוד (ע"פ)).

110 סוג הליך: ערעור אזרחי (ע"א); מילות חיפוש: "כבוד הנשיאה מ' נאור" וגם "פסלות שופט" או "פסילת שופט" (להלן: מילות חיפוש – "כבוד הנשיאה מ' נאור" ועוד (ע"א)).

111 טכניקת הבדיקה הייתה: מילות חיפוש – "כבוד הנשיאה מ' נאור" ועוד (ע"פ), לעיל ה"ש 109, לרבות "דין הערעור להתקבל" או "הערעור מתקבל": ע"פ 4775/17 מנשיריאן נ' כבוד השופט א' ביתן, בית המשפט המחוזי בבאר שבע (פורסם בנבו, 3.7.2013); ע"פ 3012/15 אבולעפיה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.5.2015); ע"פ 5292/16 לוי תמר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.7.2016); ע"פ 1061/16 רובינוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2016); ע"פ 8945/15 אוריל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.12.2015); ע"פ 9602/16 שאער נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.12.2016).

112 טכניקת הבדיקה הייתה: מילות חיפוש – "כבוד הנשיאה מ' נאור" ועוד (ע"א), לעיל ה"ש 110, לרבות "דין הערעור להתקבל" או "הערעור מתקבל": ע"א 5544/14 נדב נ' פינק (פורסם בנבו, 4.6.2015) (להלן: עניין נדב נ' פינק); ע"א 5225/15 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 9.9.2015). במקרה נוסף, (עניין איצקין, לעיל ה"ש 33), הייתה קרבה משפחתית רחוקה בין השופט ובין עורך הדין המייצג – עורך הדין נשוי לבת דודתה מדרגה שנייה של אם השופט. ואמנם לשופט אין קשר לבת הדודה, והורי השופט נפגשים עם הדודה באירועים משפחתיים נדירים. השופט לא פסל את עצמו, אבל פסל את עורך הדין מלהופיע לפניו. השופט נאור לא התערבה בהחלטה ולא פסלה את השופט, שכן השופט צדק ומבחן מראית פני הצדק לא התקיים. עם זאת, נאור קבעה שאין מניעה שעורך הדין ימשיך ויפיע לפניו. פסק דין זה לא נספר על ידינו אף שהערעור התקבל טכנית, שכן לעניין פסילת השופט נדחה הערעור.

113 חשוב לציין כי הנתונים לקוחים ממאגר משפטי אחד – שלא בהכרח מצליח להציג את התמונה במלואה. כמו כן, נבחנו על ידינו רק הערעורים שבהם החליטו הנשיאים, אולם לפי החוק כיום, הנשיאים יכולים להעביר את הסמכות להחליט בנושא לכל שופט של בית המשפט העליון.

אולם, הגם שלהסתייגויות אלו מקום מרכזי בבואנו לבחון את נטייתה של ערכאת הערעור להתערב בשיקול הדעת של השופטים היושבים בדין ואת יכולתה לתקן את השפעתן השלילית של ההטיות עליהם – ואף שאי־אפשר אפוא להסיק מסקנות מוחלטות מהבדיקה הכמותית – בכל זאת יש בנתונים כדי ללמד על מגמה. ראשית, בדרך כלל ערעורי פסילה נדחים כעניין שבשגרה אלא במקרים מיוחדים מאוד. בעוד השיעור הכולל של קבלת ערעורים בבית המשפט העליון עומד על ממוצע של כ־14,30%<sup>114</sup> שיעור קבלת הערעורים בסוגיית פסלות השופט הוא כ־5% בממוצע בלבד. פער זה עשוי להעיד על כך שבית המשפט העליון נמנע ברגיל מלהתערב בשיקול הדעת של שופטי הערכאה הדיונית בבואם להכריע בשאלת פסלות שופטים, אלא במקרים נדירים. שיעור המקרים המועט שבו התערבה ערכאת הערעור בהכרעות דיוניות אלו, יש בו כדי ללמד שהליך ערעור כאמצעי להתגבר על בעיית ההטיות איננו פתרון מספק.

זאת ועוד, יש להביא בחשבון שערעורי פסלות אינם נוחים לעורכי הדין המייצגים. כאמור, יש בערעור מעין הבעת אי־אמון בשופט הדין בתיק. ניתן להניח שאם עורכי הדין המופיעים בתיקים אלה הם "שחקנים חוזרים", כלומר שבים ומופיעים בפני אותן ערכאות ובפני אותם שופטים – הם לא ייטו "לשבור את הכלים" ולערער בנקל על בקשת פסלות שנדחתה על ידי השופט בערכאה הדיונית. במצב זה יש להניח שעורכי הדין ישקלו היטב ויבחרו בקפידה את המקרים שבהם יגישו ערעור על סירובו של שופט לבקשתם לפסול את עצמו בשל היכרות מוקדמת, ויתמקדו רק בערעורים שלדעתם נוגעים למקרים מובהקים. אם בכל זאת שיעור הערעורים המתקבלים הוא שישית מהאחוז המקובל (5% במקום 30%), ניכר שמדובר בהבדל מובהק.

## 2. בחינה איכותנית

במהלך שנים עשרה שנות כהונה התערבו שלושת הנשיאים רק ב־35 החלטות של השופטים הדיוניים שעניינן היה פסלות שופט – מכל סיבה שהיא (היכרות מוקדמת או אופן ניהול הדיון). כ־60% מהמקרים (21 החלטות) נקבע שהשופט בערכאה הדיונית היה צריך לפסול את עצמו אף שלא עשה כן. כ־40% מהמקרים (14 החלטות) נקבע כי השופט בערכאה הדיונית פסל עצמו לשווא, והוא הוחזר לשבת בדין.

לעניין עילות הפסלות, מתוך 35 תיקים, 24 תיקים עסקו בפסילת שופטים בשל אופן ניהול הדיון על ידי השופטים או בשל ניהול הליכים קודמים שחשפו את הצדדים לשופט, ורק 11 תיקים עסקו בעילת פסלות שנבעה מהיכרות מוקדמת. עילות הפסלות בשל היכרות מוקדמת מתרכזות לרוב בהיכרות הנובעת מקרבה משפחתית של אחד מבעלי הדין אל

114 יורם שחר ומירון גרוס "קבלתן ודחייתן של פניות לבית המשפט העליון, ניתוחים כמותיים" מחקרי משפט יג 329, 332 (1996); Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issi Rosen-Zvi, *Israel's Supreme Court Appellate Jurisdiction: An Empirical Study*, 96 CORNELL L. REV. 693, 713 (2011). מחקר מאוחר יותר מראה כי שיעור קבלת ערעורים גבוה עוד יותר. ראו מירון גרוס "פלורליזם וליברליזם בקבלת החלטות בבית המשפט העליון בישראל – האם השתנה דבר? ניתוח כמותי והשוואתי של החלטותיו של בית המשפט העליון בשנים 1995–2004 ביחס לעבר" הפרקליט נא 589, 614 (2013).

השופט, מהיכרות חברית בין השופט ובין בעלי הדין, או מהיכרות בין השופט ובין בא כוחו של אחד הצדדים.<sup>115</sup> מקרים אלו ינותחו להלן.

הנשיאה ביניש התערבה בשמונה מקרים של בקשות פסילה המבוססות על היכרות מוקדמת. מתוכן, רק במקרה אחד השופטת בערכאה הדיונית נמנעה מלפסול את עצמה, שכן לא מצאה שבנסיבות, שבהן באת כוח אחד הצדדים הייתה שכירה במשרד שבו היא עבדה עובר למינויה לשופטת, התקיים חשש ממשי למשוא פנים. השופטת בערכאה הדיונית נימקה את החלטתה בכך שהדבר קרה שנים רבות קודם לכן, וההעסקה הייתה קצרה. הנשיאה ביניש, אף שחזרה על כך שמקצועיות השופטת אינה מוטלת בספק, קיבלה את הערעור והורתה לשופטת לפסול את עצמה בשל מילוי תנאי מבחן החשש הממשי למשוא פנים.<sup>116</sup> אולם זה המקרה היחיד שבו ערכאת הערעור תיקנה החלטה דיונית שאולי ניתן להסבירה בקיומה של השפעה שלילית של הטיות על שיקול הדעת של השופטת בערכאה הדיונית. בשבעת המקרים האחרים, אמנם השופטים בערכאה הדיונית פסלו את עצמם, אך נמנעו מלעשות זאת בשל חשש ממשי למשוא פנים, כי לטענתם לא מולאו תנאי המבחן (שוב, ייתכן שהדבר נובע מהשפעתן השלילית של ההטיות). סיבת הפסילה, לשיטתם, הייתה מילוי תנאי מבחן מראית פני הצדק.<sup>117</sup> בכל שבעת המקרים הללו פסקה הנשיאה ביניש כי שופטי הערכאה הדיונית טעו בכך שפסלו את עצמם בשל תחושות סובייקטיביות של הצדדים או בשל מראית פני הצדק, וכי אם הם עצמם שוכנעו שיוכלו לפסוק באופן אובייקטיבי – לא התקיים חשש סביר למשוא פנים. על כן היא הורתה להם לחזור ולדון בתיק.<sup>118</sup> כך, בכל שבעת המקרים הללו אימצה ערכאת הערעור למעשה את הערכתם של השופטים הדיוניים לעניין מבחן החשש הממשי, וסירבה לקבוע כי התקיימו תנאי מבחן מראית פני הצדק.

לעומתה, הנשיא גרוניס התערב בשלושה מקרים של בקשות פסילה המבוססות על היכרות מוקדמת, ובשלושתם השופטים בערכאה הדיונית נמנעו מלפסול את עצמם משום שלא השתכנעו שקיים חשש ממשי למשוא פנים (שוב, ייתכן שהדבר נבע מהשפעתן השלילית של ההטיות). אולם הנשיא גרוניס דווקא התערב בהחלטתם ופסל אותם מלשבת בדין. הוא עשה זאת מבלי לומר אם יש חשש ממשי למשוא פנים – אלא נימק החלטתו בכך

115 מעניין לציין כי בכל 11 המקרים, דהיינו בכל המקרים שבהם שלושת הנשיאים האחרונים של בית המשפט העליון בחרו להתערב בהחלטת השופט בערכאה הדיונית בבקשת פסילה בשל היכרות מוקדמת, השופטים בערכאה הדיונית סברו שלא התמלאו תנאי מבחן החשש הממשי למשוא פנים אשר מצדיק פסילה עצמית (לטענתנו, בשל השפעתן השלילית של ההטיות).

116 עניין פלוני 4332/08, לעיל ה"ש 104.

117 קריאה מהותית של פסקי הדין שבהם נטתה ערכאת הערעור להתערב, מצביעה על כך ששופטי הערכאה הדיונית ממעטים לפסוק כי ישיבתם בתיק מקימה חשש ממשי למשוא פנים. השופטים הדיוניים סוברים כי הם יכולים לדון בתיק באופן אובייקטיבי (לטענתנו, בשל השפעתן השלילית של ההטיות) ומעדיפים לפסול את עצמם, אם בכלל, על סמך המבחן של מראית פני הצדק.

118 עניין סולתם רדד, לעיל ה"ש 104; עניין פלוני 4332/08, לעיל ה"ש 104; עניין פלוני 189/08, לעיל ה"ש 104; עניין מאגנוס, לעיל ה"ש 104; עניין שפרינגר, לעיל ה"ש 104; עניין פלוני 2687/07, לעיל ה"ש 104; עניין ליבוויץ, לעיל ה"ש 104.

שמדובר במקרה גבולי,<sup>119</sup> בשל קיומן של עובדות היוצרות אי-נוחות<sup>120</sup> או בשל מבחן מראית פני הצדק.<sup>121</sup> גם במקרים אלה, המצביעים לכאורה על חשיבות הליך הערעור לנוכח התערבות ערכאת הערעור באופן הפעלת שיקול הדעת של הערכאה הדיונית, חשיבות זו מצטמצמת אפוא לנוכח ההנמקה של בית המשפט העליון. נראה כי ערכאת הערעור נמנעת, ככל הנראה מתוך זהירות בכבודם של השופטים היושבים בערכאה הדיונית, מלבקר במישרין את אופן יישומו של מבחן החשש הממשי למשוא פנים על ידיהם. לבסוף, לעומת ביניש וגרוניס, הנשיאה נאור לא התערבה אפילו פעם אחת בשיקול דעתם של שופטי הערכאה הדיונית בהכריעם בבקשות פסילה שהיו מבוססות על טענת היכרות מוקדמת.

דומה כי קריאה זו תומכת במסקנה כי אין בקיומו של הליך ערעור על החלטה בבקשת פסילה כדי לאפשר ביקורת אפקטיבית על הפעלת שיקול הדעת של השופט בערכאה הדיונית במקרים שבהם הוא מוטה. אכן, קשה להסתמך על נתונים אלו לבדם מסיבות דומות לאלו המוזכרות לעיל לעניין הבדיקה הכמותית,<sup>122</sup> אולם יש בבחינה האיכותנית כדי לתמוך במסקנה שערכאת הערעור כמעט אינה מתערבת בהחלטת השופטים בערכאה הדיונית בסוגיית אופן הפעלת מבחן החשש הממשי. למעשה, לאורך כהונתם של שלושה נשיאים, רק במקרה אחד מתוך אלו שנבדקו, ערכאת הערעור (הנשיאה ביניש) התערבה בהחלטת הערכאה הדיונית בסוגיית אופן יישומו של מבחן החשש הממשי למשוא פנים. בכל יתר המקרים, ההתערבות נסבה על שאלת היקפו של מבחן מראית פני הצדק או מבחן דומה לו.<sup>123</sup> כלומר, ייתכן שרק במקרה אחד ערכאת הערעור תיקנה את השפעתן האפשרית של

119 עניין פלונית 4110/14, לעיל ה"ש 108, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא גרוניס. מעניין להפנות גם לפסק הדין בעניין פלונים (לעיל ה"ש 6, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה נאור) שבו השופט בערכאה הדיונית פסל את עצמו בשל מראית פני הצדק, שכן בא כוח אחד הצדדים היה בן זוגה של שופטת ששימשה אב בית הדין בהרכב ערעורים (אחר) שבו ישב. השופטת נאור סברה כמו השופט בערכאה הדיונית כי לא קם חשש ממשי למשוא פנים, וכי אין מקום להרחיב את השימוש בטענת מראית פני הצדק, ולמרות זאת הגדירה את המקרה כמקרה גבולי. אולם לבסוף החליטה שלא להתערב בהחלטת השופט לפסול את עצמו בשל מראית פני הצדק. יודגש כי פסק דין זה אינו מסוג פסקי הדין שנבחנו במאמר זה, שכן נדחה הערעור על החלטת השופט לפסול עצמו.

120 עניין רוקסי בנייה והשקעות, לעיל ה"ש 23, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

121 עניין דיאמימון 2000, לעיל ה"ש 107, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

122 יתרה מזו, דרך איתור פסקי הדין לא אפשרה למצוא פסקי דין שבהם השופט בערכאה הדיונית פסל עצמו לא משום שסבר שיש חשש ממשי למשוא פנים, אלא בשל מראית פני הצדק, וערכאת הערעור סברה שהשופט טעה וכי יש מקום לפסולו בשל מבחן החשש הממשי. אלו הם פסקי דין שבהם ערכאת הערעור לא התערבה בתוצאה הסופית של החלטת הערכאה הדיונית (ולכן הערעור נחשב לערעור שנדחה, אף ששונתה ההנמקה). לכן פסקי דין אלו לא נבחנו על ידינו, אף שיש בהם כדי לשפוך אור על נחיצותו של הליך ערעור.

123 יצוין כי המקרים שנבחנו מלמדים כי הנשיאה ביניש דבקה אך ורק במבחן החשש הממשי למשוא פנים כעילה לפסילת השופטים הדיוניים, ואילו הנשיאים גרוניס ונאור היו פתוחים יותר להחלת המבחן של מראית פני הצדק. עוד יצוין, כי קריאה מהותית של פסקי הדין מלמדת גם כי יישומם של הקריטריונים לפסילה יכול להשתנות לפי "כף רגלו" של הנשיא היושב בדין. כך, בגין מקרים דומים של היכרות מוקדמת על בסיס עבודתו של השופט, שנים רבות לפני מינויו, במשרד עורכי דין המעורב במקרה, הנשיאים מגיעים בערכאת הערעור למסקנות נבדלות. השופטת ביניש סבורה שיש חשש ממשי למשוא

ההטיות על הערכאה הדיונית.<sup>124</sup> זאת ועוד, קריאת הנמקת ערכאת הערעור מעידה על הישענותה על אתוס השופט הדיוני המקצועי, האובייקטיבי והבלתי מוטה, ועל כך שלאור זאת, היא אינה נוטה להתערב בשיקול דעתו.<sup>125</sup> על כן קשה לסמוך על ערכאת הערעור שתתקן החלטות מוטות, אם יש כאלה.

#### ד. משפט השוואתי: פסילת דיין עקב היכרות במשפט העברי

עובר לניתוח ביקורתי של גישת המשפט הישראלי, והצעה לשינוי נורמטיבי, מוצע להשתמש במתודולוגיה של משפט השוואתי ולבחון את גישת המשפט העברי לסוגיית פסילת דיינים. ככלל, הגישה בהלכה מחמירה וקוראת לפסילה גורפת יחסית של שופטים בשל היכרות מוקדמת. הבחירה להתבונן במשפט העברי נעשתה בעיקר בשל המתודולוגיה הייחודית שבה בחנו חז"ל את הסוגיה, אשר גישתם הייתה אינטואיטיבית ומקורית, ולא בהכרח בשל המסקנות ששיטת משפט זו מגיעה אליהן. הדרך שנקטו הייתה לבחון את עצמם במצבים של היכרות וניגוד עניינים, ולשאול את עצמם אם הם מרגישים מוטים אם לאו. מסקנתם הייתה כי אם הם מרגישים מוטים – הם אכן מוטים, ולכן היה עליהם לפסול את עצמם. ישנן דוגמאות רבות לכך בספרות ההלכתית, ועצם הריבוי יש בו כדי להעיד על חוזקה של ההלכה.

כך, ניתן למשל למצוא בספרות ההלכתית את הדוגמה הזאת: לר' ישמעאל בר' יוסי היה אריס שהיה מגיע אחת לשבוע ומביא לו סל פירות מגנו בערב שבת. יום אחד הגיע האריס ביום חמישי. שאל אותו ר' ישמעאל: "למה הגעת ביום אחר?" ענה לו האריס: "יש לי היום דין אצלך, אז בהזדמנות זאת הבאתי גם את הפירות". אמר לו ר' ישמעאל: "אני פסול לך לדין, לך לדיינים אחרים". הלך ר' ישמעאל לשמוע את המשפט, ושמע את אריסו. אמר ר' ישמעאל בליבו: "הלוואי ויטען כך וכך, ואז יצליח בדינו". במהלך מחשבה זו לטובת אריסו

פנים ויש מקום לפסול את השופטת מלשבת בדין, ואילו השופטת נאור סבורה שאין חשש ועם זאת קובעת כי הנסיבות "מעוררות אי נוחות" ופוסלת את השופטת בשל מבחן מראית פני הצדק (השוו עניין פלוני 4332/08, לעיל ה"ש 104, פס' 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, עם עניין נדב נ' פינק, לעיל ה"ש 112, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

124 קביעה זו מנוסחת בהסתייגות, שכן כאמור לא נערכה בדיקה איכותנית לפסקי הדין שבהם לא התערה ערכאת הערעור בהחלטות של השופטים הדיוניים הנוגעות לטענת קיומו של משוא פנים בשל היכרות מוקדמת (ראו לעיל ה"ש 122).

125 עניין ברנר, לעיל ה"ש 89, פס' 16 לפסק דינו של הרשם מרזל: "קיימת חזקה עובדתית לפיה השופט הוא בלתי תלוי [...] הנחה עובדתית זו מתורגמת לחזקה משפטית לפיה יש להחזיק את השופט כבלתי תלוי (חסר משוא פנים) אלא אם הוכח אחרת [...] השופט מוחזק גם כמקצועי, וממילא בעל יכולת להפריד בין טפל ועיקר, בין שיקולים שמן העניין ושיקולים שאינם מן העניין [...] השופט מוחזק אף כישר והוגן ובעל יכולת להכריע ולקבוע ממצאים אובייקטיביים גם באשר לשאלת פסלותו שלו [...] חזקות אלו אינן אלא ביטוי למעמד הרם ונטול הפניות של השופט וממילא לאמון הציבור בו. חזקות אלו, בשילוב עם אמת המידה האובייקטיבית בדבר החובה בדין לבסס 'חשש ממשי למשוא פנים' כתנאי לפסילת שופט, מביאות לכך כי לעיתים נדירות יהיה מקום לפסול שופט. לעיתים נדירות עוד יותר תהא הצדקה לקבוע – במסגרת ערעור – כי שופט צריך היה לפסול עצמו מלישב בדין [...]". עוד ראו, לדוגמה, עניין אפלינסקי, לעיל ה"ש 103, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

תפס ר' ישמעאל את עצמו ואמר: "מדוע אני בכלל מקווה שהוא יזכה, ולא שיזכה הצודק מביניהם?", ואמר: "תיפח רוחם של מקבלי שוחד, ומה אני שלא נטלתי ממנו כלום, ואם נטלתי – שלי נטלתי, כך מקבלי שוחד על אחת כמה וכמה". במילים אחרות, רבי ישמעאל הגיע למסקנה שעצם ההיכרות גורמת להטיה לטובת הצד המוכר.<sup>126</sup>

באותו אופן הגמרא מסבירה מדוע אסור לדיין ליטול שוחד אפילו כדי לתת דין אמת צודק על פי דעתו. היא שואלת: "מדוע אסור ליטול שוחד כדי לזכות את הזכאי ולהיב את החייב?" ומשיבה: "משקיבל הדיין שוחד ממישהו, מיד הוא נוטה אליו בדעתו, והופך קרוב אליו וכאילו כמותו, ואדם נוטה להצדיק את עצמו".<sup>127</sup> עצם קבלת השוחד גורם להטיה הפוגעת ביכולת הדיין לדון, ועליו לפסול את עצמו. הגמרא אף ממשיכה ומשתמשת בפעולות לשוני כדי להסביר דעה זו בפְּרָשָׁה את המילה 'שוחד'. ובלשונה: "מאי שוחד? שהוא חד". שוחד הופך את נותנו ומקבלו לאחד, וממילא הנותן אינו יכול לפעול כנגד עצמו ולכן פעולתו תהיה מוטית.

שאלה נוספת היא מה יעלה, לפי ההלכה, כדי שוחד. ההלכה היא ששוחד איננו רק בכסף או בטובות הנאה. הגמרא מדברת על "שוחד דברים" שיכול להיות גם מתן כבוד או עזרה בעניינים קלים. בלשון הברייתא: "תנו רבנן: 'נאמר בתורה (שמות כג): 'ושוחד לא תקח', אינו צריך לומר לשוחד ממון אלא אפילו שוחד דברים נמי אסור, מדלא כתיב בצע לא תקח".<sup>128</sup> הפסוק מחייב אפוא שלא לקחת שוחד ואין הוא מדבר על כסף דווקא. כך, שוחד יכול להיות גם במעשים או בדיבורים. הגמרא שואלת: "מהו שוחד דברים?" ומשיבה: "כגון המקרה של שמואל שעבר בגשר. היה שם איש שעזר לו וסמכו. שאל אותו שמואל: מה מעשיך בימים אלו? (מטעמי נימוס). אמר לו אותו האיש: יש לי דין לפניך. אמר לו שמואל: אני פסול לדון אותך".<sup>129</sup> דהיינו, אפילו מקרה קיצוני שבו כל שעשה אחד מבעלי

126 בבלי, כתובות, קה ע"ב (הסיפור כתוב בארמית והתרגום לעברית הוא תרגום חופשי של המחברים). עוד מסופר, על דיין אחר שהיה גם כהן (גם שמו ר' ישמעאל – ישמעאל בן אלישע), שהופיע לפניו אדם וביקש לתת לו את ראשית הגז (שלפי ההלכה נותנים לכהן). שאל אותו ר' ישמעאל: "מהיכן אתה ולמה באת אליי דווקא, וכי לא היה לך כהן במקומך לתת לו את ראשית הגז?" ענה לו האדם שיש לו דין בבית הדין. מובן שר' ישמעאל הודיעו כי אינו יכול לדונו, סירב לקבל את ראשית הגז, והעבירו לדיין אחר. אף הוא הלך לשמוע את הדין ומצא עצמו מקווה שאותו אדם יזכה, אף שבפועל לא קיבל ממנו דבר, ואף לו היה מקבל, היה זה בזכות ולא בחסד (ראו שם).

127 שם. באותה רוח אמר רב פפא: "אדם איננו יכול לדון את מי שהוא אוהב ואת מי שהוא שונא, ולא בגלל החשש שידון בכוונה דין מעוות. אלא משום שכשהוא מחבב מישהו, קשה לו לחשוב על נימוקים לחיבו, וכשהוא מתעב צד, קשה לו לחשוב על נימוקים לטובתו". ההלכה התייחסה גם לעניין ניגוד העניינים וגם כאן לא נשאה פנים לאיש. כך למשל ישנה הלכה כי כהן גדול לא ישב בסנהדרין המחליטה אם לעבר את השנה אם לאו. ומדוע? מסבירה הגמרא: "משום צינה", ורש"י מסביר: "אינו רוצה שתעבר שנה מפני הצינה שצריך לטבול ולקדש ביום הכפורים חמש טבילות ועשרה קידושין, ואם תעבר שנה הרי תשרי במרחשון וצינת מרחשון תהיה בתשרי" (ראו בבלי, סנהדרין, יח ע"ב). דהיינו, הכהן הגדול יודע שאם יעבר את השנה, ייתכן שעבודתו ביום כיפור תהיה קשה, שכן אם תעבר השנה, יום כיפור הבא יחול בזמן מאוחר יותר של העונה וקך יותר. לכאורה היה ניתן לסבור שהכהן הגדול ידע להתעלם מהאינטרס האישי שלו, אך הגמרא גורסת שלא היא.

128 בבלי, כתובות, ק"ה ע"ב. ברייתא היא מאמר של תנאים, שלא הוכנס למשנה שנערכה בשנת 200 לספירה. מכאן שהלכה זו של שוחד דברים היא קדומה וידועה מימים ימימה.

129 שם.



הדין הוא לעזור מעט לדיין, די היה בו לגרום לדיין להרגיש שאיננו יכול לדון במקרהו בצורה אובייקטיבית, והצדיק פסילה. השולחן ערוך פוסק בעניין זה וקובע בעניין שוחד דברים כי "וכשם שהלוקחו עובר בלא תעשה כך הנותנו עובר בלפני עור לא תתן מכשול ולא שוחד ממון בלבד אלא אפי' שוחד דברים"<sup>130</sup>. "מאירת עיניים" מפרש כי בביטוי "שוחד דברים" הכוונה לעניינים ולמעשים, אך גם למילים אסורות, ולדוגמה "וגם שוחד דברים ממש אסור כגון להקדים לו שלום אם אינו רגיל בכך". לשיטתו, בעל דין שלא היה רגיל לומר שלום לדיין ברחוב, אסור לו להקדים ולומר לו שלום אחרי שזה התחיל לדון בעניינו. נעיר שמקרים אלו של "שוחד דברים", שנראים קיצוניים, שנויים במחלוקת אצל הראשונים.<sup>131</sup>

שאלה נוספת נוגעת למהות הקרבה האסורה. בעניין זה ההלכות המקוריות עסקו בדרך כלל ביחס שבין הדיינים לבעלי הדין, ולא ליחס שבין הדיינים ובין באי כוחם של בעלי הדין, וזאת משום שבעבר בעלי הדין ייצגו את עצמם והשימוש בטוענים מקצועיים ("מורשים" בשפה ההלכתית, וכיום "עורכי דין") היה מוגבל. בעת שהחלה תופעת הייצוג של בעלי דין, וכאשר שימוש במורשים עדיין לא היה נפוץ, ההלכה המקובלת הייתה כי דיין איננו צריך לפסול עצמו עקב היכרותו עם המורשה, אלא אם כן שכרו של המורשה היה תלוי בתוצאות המשפט – שאז שכרו של המורשה תלוי במישרין בהחלטת הדיין. אולם במרוצת השנים, ועם התפתחות מעמדם של עורכי דין ("מורשים מקצועיים" שזו פרנסתם), השתנתה ההלכה. כיום מקובל כי דינם של אלו כדין בעלי דין, וראוי שהדיין יפסול את עצמו.<sup>132</sup> עוד יצוין שלמרות הדעה הראשונית התומכת בפסילת הדיין במקרים רבים, פסילה זו צריכה להיעשות תוך שקילת האינטרסים של כל הצדדים ובהירות, כדי למנוע מבעלי הדין המעוניינים בהתמשכות הדין, לבקש פסילות רבות רק כדי להאריכו. היו אף שהזהירו מפני פסילת יתר של דיינים בנימוק שאם זו תתאפשר, לא יוכלו העשוקים להגיע לבית דין, היות שהעשוקים יבקשו תמיד את פסילת הדיינים.<sup>133</sup>

130 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ט סעיף א (מהדורת פרידמן לה).

131 סיכום הדעות מופיע אצל הב"ח ("בית חדש" – הרב יואל סירקיס, פולניה, המאה השש עשרה) בפרשנותו על הטור (חושן משפט הלכות דיינים סימן ט (מהדורת מפעל הטור השלם, עא)), וכן אצל החיד"א בספר ברכי יוסף חלק חושן משפט סעיף ז (מהדורת צילום שעל יד, הוצאת ת. וגשל, עמ' כה) (הרב חיים יוסף דוד אזולאי, המאה השמונה עשרה, ישראל). ישנם ראשונים הסבורים כי חכמים החמירו עם עצמם ממידת חסידות, ובפועל יכלו לדון במקרים אלו. לעומת זאת אחרים, כרמב"ם למשל, סבורים שההלכה היא שגם שוחד דברים פוסל דיין. בלשון הרמב"ם: "כל דיין שיושב ומגדל מעלתו כדי להרבות שכר לחזניו ולסופריו הרי הוא בכלל הנוטים אחרי הבצע וכן עשו בני שמואל ולכך נאמר להם ויטו אחרי הבצע ויקחו שחד ולא שחד ממון בלבד אלא אפילו שחד דברים" (משנה תורה, ספר שופטים, הלכות סנהדרין, פרק כג הלכה ג (מהדורת שבתי פרנקל עו)).

132 על ההתפתחות בעניין זה ראו אבי וינרוט "פסול דיין עקב קרבה בינו לבין בא כח אחד הצדדים" תחומין לו 359 (התשע"ו).

133 שו"ת המהריק, שורש כא', 33–34 (ר' יוסף קולון, איטליה, המאה החמש עשרה): "מאחר שהוכחנו שכשרים לדון [...] אין לומר שמפני החומרא שיש לו [לדיין פלוני] [...] להסתלק מן הדין אלא אדרבא, יש לו להשתדל בדין, שלא לרדות הרמאים [...] ומידת חסידות הוא שהיו מחמירים על עצמן [...] אבל במקום שהחומרא באה לידי הפסד לאחרים, פשיטא ופשיטא שאין מקום לחומרא זו דאדרבא מחויב כל אדם להציל חברו מהפסד ונזק ועשוק מידי עושקו. וכן משמע נמי לשון מחמירים על עצמם דדוקא היכא

מטרתה של סקירה קצרה זו, שאינה מתיימרת לבחון את מגוון השאלות הקשורות לפסילת דיינים בהלכה, היא להדגיש שתי נקודות: ראשית, את הבעייתיות שאותה מזהה המשפט העברי בהיכרות מוקדמת בין הדיינים ובין בעלי הדין והמורשים מטעמם, עד כדי קשירת סוגיית הפסילה להלכות המחמירות בעניין שוחד דברים; שנית, את האופן שבו חז"ל נדרשו למגבלות הדיין.<sup>134</sup> כך, כל הדעות של חז"ל סבורות שרצוי להימנע מכל מצב של ניגודי עניינים, ולדברי הרמב"ם: "צריך שיהיו שני בעלי דינים שוין בעיני הדיינים ובלבם, ואם לא היה מכיר את אחד מהם ולא מעשיו אין לך דיין צדק כמוהו."<sup>135</sup> וכפי שניתן לראות, תפיסת חז"ל שונה לחלוטין מהתפיסה של שיטת המשפט הישראלית הרואה בשופט מקצוען, וזאת מתוך תפיסה אינטואיטיבית כי הדיינים עלולים להיות מוטעים אף שמלכתחילה לא חשבו שכך יהיו, ומתוך הבנה כי ממילא רבים לא יאמינו לתדמית האידיאלית של השופט כמקצוען ולא יקבלו אותה.<sup>136</sup>

## ה. המלצות לרפורמה

סוגיית פסילת שופטים בגין היכרות מוקדמת היא מן הסוגיות שקל להצביע בהן על הפגמים הרווחים בדין הנוהג, אך קשה להציע דרכים לפתרונן באופן משביע רצון. אולם דומה כי בכל זאת ניתן להמליץ על ראשית רפורמה במשפט הישראלי, שתבוסס על שני אדנים. האדן הראשון עניינו הצורך בשינוי פרדיגמטי, דהיינו מעבר מהמבחן הנוהג כיום במשפט הישראלי – חשש ממשי למשוא פנים, למבחן חדש המוצע במאמר זה – מבחן ספק ההשפעה. מבחן זה טומן בחובו שינוי ראייתי אשר משמעותו הורדת רף ההשפעה של ההיכרות המוקדמת על תפיסת אי-תלותו של השופט. תוצאת הורדת הרף, מנקודת מבטו של השופט היושב בדין, היא המרת נקודת המוצא של אי-פסילה הנוהגת כיום לפי מבחן החשש הממשי למשוא פנים, בנקודת מוצא של פסילה שתונהג לפי המבחן החדש.<sup>137</sup> מבחן חדש

שאינן הדבר נוגע לאחרים". במקרה שלפני המהרי"ק, התנגדו הנתבעים לדין לפני הדיין וטענו כי הוא פסול לדונם עקב נגיעה. גם בתי הדין הממלכתיים בישראל וזהירים בפסילת עצמם בשל חשש זה ממש (ראו, למשל, פסק הדין של בית הדין הרבני האזורי בירושלים, תיק (אזורי י-ם) 1392/ל"ד, פד"ר יאב 309 (התשל"ח)); החלטת בית הדין האזורי ת"א-יפו, בתיק (אזורי ת"א) 9196-21-1 (לא פורסם, 31.3.2009); החלטתו של בית הדין הרבני הגדול, ערעור (גדול) 1071670/1 (פורסם בנבו, 13.4.2016) (כב' הרב הישריק).

134 רבים עסקו בשאלות אלו. ראו לדוגמה רחל שלו-גרטל "על טוהר השיפוט ועל פסלות שופט" לא תטה משפט לא תכיר פנים ולא תקח שוחד" גיליונות פרשת השבוע משרד המשפטים – פרשת שופטים 40 (התשס"א); יעקב בוק משפט עברי: סוגיות נבחרות במשפט העברי לדורותיו בהשוואה למשפט ימינו 193 (2014).

135 רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק כג הלכה ו (מהדורת שבתי פרנקל עז). ראו גם סיני לוי "עד האלוהים" – פסלות שופט ודיין על פי דין תורה" חמדת ימים (התשע"ב) <http://bit.ly/2BrFxxh> (להלן: לוי "חמדת משפט"), המביא דוגמאות נוספות.

136 סיני לוי "פסילת שופט במשפט הישראלי ופסילת דיין" מקור ראשון 728 (התשע"ב); לוי "חמדת משפט", לעיל ה"ש 135.

137 לעמדה דומה ראו Stempel, לעיל ה"ש 66, בעמ' 767.

זה יהיה יעיל והוגן יותר, וישתלב במושכלות היסוד של שיטת המשפט. לצידו, האדן השני עניינו הצורך בשינוי מערכתי טכני.<sup>138</sup>

## 1. מבחן ספק ההשפעה

מבחן ספק ההשפעה קובע חזקה ניתנת לסתירה, שלפיה כאשר מתגלית זיקה כלשהי (ולו קלושה) בין השופט היושב בדין ובין אחד הצדדים או בא כוחו, ובלב השופט מתעורר ספק כלשהו בדבר הטיה אפשרית, על השופט לפסול את עצמו. זאת, לעומת מבחן החשש הממשי למשוא פנים הנוהג כיום במשפט הישראלי, שלפיו השופט צריך להימנע למעשה מלפסול את עצמו, אלא במצבים של אין ברירה ובכמה מקרים שבהם מתחייבת פסילה קטגורית. מבחן ספק ההשפעה מגביל אפוא את שיקול דעתו של השופט היושב בדין לעניין הערכתו אם הוא יהיה נטול פניות וניטרלי כנדרש. מדובר ברף מחמיר, שעל פיו קשר עקיף בין השופט ובין אחד הצדדים או בא כוחו – שיש בו כדי לעורר ספק בלב השופט היושב בדין בעניין יכולתו לפסוק ללא משוא פנים – מספיק כדי להצדיק פסילה של השופט. בהשוואה למבחן האובייקטיבי הנוהג כיום, מבחן חדש זה הוא סובייקטיבי ורחב יותר. כלולה בו ההנחה שבכל מקום שבו שופט סביר היה סבור שמתקיים חשש ממשי למשוא פנים, ממילא יהא על השופט לפסול את עצמו, אולם מבחן זה מאפשר לשופט לפסול את עצמו גם בכל אותם מצבים שבהם מתעורר בליבו ספק בעניין יכולתו לפסוק באופן ניטרלי ונטול פניות.<sup>139</sup> מבחן זה מקבל את השראתו מהמשפט העברי: אם יש ספק, אין ספק.

מבחן ספק ההשפעה ייטיב להתמודד עם חלק מההטיות אשר פורטו לעיל, ובייחוד עם הטיית טובת הנאה, הטיית שנאת ההפסד, הטיית הסטטוס קוו והטיית ביטחון היתר. אשר להטיית טובת הנאה, מבחן ספק ההשפעה, המאמץ מעין חזקת פסילה, יביא לפסילה רבה יותר של שופטים בשל היכרות מוקדמת, ולכן הסכנה הנובעת מקיומה של הטיה זו תפחת לאין שיעור. אשר להטיית שנאת ההפסד, הואיל ומבחן ספק ההשפעה מאמץ סטנדרט מקל יותר לפסילת השופט, שופט הערכאה הדיונית לא יראה בכל בקשת פסילה מעין הצהרת אי-אמון בו. כל עוד הדיון טרם החל, השופט בערכאה הדיונית, אשר מטבע הדברים יפנים את ההלכה החדשה, לא יראה בבקשת הפסילה פגיעה במוניטין או הפסד. נהפוך הוא, שופט אשר יפעל לפי המבחן המוצע יתפס דווקא כשקול וענייני. הוא הדין בהטיית הסטטוס קוו. לכל הפחות בתחילת הדיון יוכל השופט לצפות את האפשרות שתתעורר טענת ספק השפעה בשל היכרות מוקדמת וכי הוא יצטרך לפסול את עצמו מלשבת בדין. לכן בשלב הקצאת התיקים הוא עדיין לא יוכל להניח שהוא אכן ידון בתיק.<sup>140</sup> מבחן ספק ההשפעה מסייע לשופט להתגבר גם על הטיית ביטחון היתר, שכן הוא עוקף למעשה הטיה זו בכך שהוא

138 לדוגמאות לשינויים מערכתיים נוספים (בנוגע לשיטת המשפט האמריקנית), ראו שם, בעמ' 788.  
139 לעמדה ברוח הגישה המוצעת במאמר זה, בדבר התחשבות בעמדה הסובייקטיבית של השופט, אם כי בשפה מרוככת במידה ניכרת מהמבחן המוצע במאמר זה בדבר ספק השפעה, ראו מרזל דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 117.

140 "הטיית הסטטוס קוו" אינה בינרית באופייה, ולכן ככל שסיכויי פסילת השופט גבוהים יותר (בעקבות החלת מבחן ספק ההשפעה), כך השפעת ההטיה על השופט נחלשת. על ההדרגתיות בהפעלתה של "הטיית הסטטוס קוו" ראו Samuelson & Zcekhauser, לעיל ה"ש 55, בעמ' 41.

אינו מעורר את תחושת ההכחשה העצמית אשר עלולה להתעורר במבחן החשש הממשי למשוא פנים. לפי המבחן הנהוג כיום במשפט הישראלי, השופט נדרש לקבוע קביעה שיש בה ממצא בדבר קיומו של חשש למשוא פנים, ולכן היא בעייתית, ואילו במבחן ספק ההשפעה השופט אינו צריך להצהיר על עצמו שהוא מושפע או מוטה, הצהרה ששופטים מעדיפים להימנע ממנה, אלא די בכך שיצהיר על ספק שמתעורר בליבו. למבחן ספק ההשפעה יש אפוא יתרון פסיכולוגי ברור.

מבחן ספק ההשפעה שונה מהותית גם ממבחן מראית פני הצדק, שכן מבחן ספק ההשפעה אינו עוסק רק בנראות של הניטרליות, דהיינו בשאלה אם מנקודת מבט חיצונית מתעורר ספק באשר ליכולתו להכריע באופן ניטרלי. מבחן ספק ההשפעה, כמו מבחן החשש הממשי למשוא פנים, עוסק בשאלת יכולתו של השופט לשבת בדין מתוך פתיחות וניטרליות. הוא מתמקד אפוא בנקודת המבט של השופט. ניתן להניח שבדרך כלל מבחן ספק ההשפעה יהיה מחמיר יותר ממבחן מראית פני הצדק. כך הוא הדבר, למשל, בנסיבות שבהן מועלית טענה בדבר קשר משפחתי מרוחק מאוד בין השופט ובין אחד מבעלי הדין. במצבים אלו נראה שלא יתמלאו תנאי מבחן מראית פני הצדק, שכן הקרבה המשפחתית רחוקה, אך בהחלט ייתכן שהשופט היושב בדין יהיה מודע לנסיבות מיוחדות שיצרו בכל זאת קרבה חורגת מן המקובל בינו ובין בעל הדין. לכן לפי מבחן ספק ההשפעה יהא על השופט לפסול את עצמו. מנגד, לעיתים ההיפך יהא הנכון, ומבחן ספק ההשפעה יהיה מחמיר פחות ממבחן מראית פני הצדק. כך הוא הדבר, למשל, במקרה שבו נטען כנגד השופט היושב בדין שהוא עבד בעבר במשרד המייצג את אחד הצדדים. לפי מבחן מראית פני הצדק יהיה על השופט לפסול את עצמו, אולם ייתכן שבנסיבות המיוחדות של המקרה לא יתקיים מבחן ספק השפעה, אם לדוגמה מדובר במשרד המעסיק מאות עורכי דין, וההעסקה הייתה לפני שנים רבות, והשופט היושב בתיק לא ידע כלל באותה עת על הייצוג, והדבר נודע לו רק בעת בקשת הפסילה. במצב זה השופט לא ירגיש שמתעורר בליבו אפילו ספק בנוגע ליכולתו להכריע בדין בלא להיות מוטה, ולכן לא יהא עליו לפסול את עצמו.

ביקורת אפשרית על מבחן ספק ההשפעה היא הטענה שאמנם יש בשינוי בנקודת המוצא כדי להתגבר, ולו חלקית, על השפעתן השלילית של ההטיות, אולם המבחן אינו חלופה אידיאלית משום שהוא מותיר את ההכרעה בשאלת משוא הפנים בידי השופט בערכאה הדיונית, שהוא הגורם החשוף להטיות קוגניטיביות בבואו לדון בהחלטת הפסילה שלו עצמו. לכן יש המציעים כחלופה את האפשרות שהחלטה בדבר בקשת הפסילה תעבור במלואה להכרעת שופט חיצוני.<sup>141</sup> פתרון זה אומץ בכמה שיטות משפט אחרות, ובהן

Melinda A. Marbes, *Refocusing Recusals: How the Bias Blind Spot Affects Disqualification* 141 *Disputes and Should Reshape Recusal Reform*, 32 ST. LOUIS U. PUB. L. REV. 235, 300 (2013); Melinda A. Marbes, *Reforming Recusal Rules: Reassessing the Presumption of Judicial Impartiality in Light of the Realities of Judging and Changing the Substance of Disqualification Standards to Eliminate Cognitive Errors*, 7 ST. MARY'S J. LEGAL MALPRACTICE & ETHICS 238, 300 (2017); Debra L. Bassett, *Three Reasons Why the Challenged Judge Should Not Rule on a Judicial Recusal Motion*, 18 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. 848 (2015). לעיל ה"ש 66, בעמ' 848.

שיטת המשפט הגרמנית<sup>142</sup> ושיטת המשפט הצרפתית<sup>143</sup> אולם פתרון זה בעייתי מכמה סיבות. ראשית, בכל החלטת פסלות מעורבים מטבע הדברים גם רכיבים סובייקטיביים הידועים רק לשופט היושב בדיון. כל גורם שאיננו השופט עצמו, יתקשה להעריך את מידת השפעתם של רכיבים אלו על השופט הדן בתיק. כמו כן, הכרה ממסדית בכך שהשופט היושב בדיון הוא בשר ודם עם חולשותיו ופגמיו של אדם מן היישוב, וקיומו של מבחן השואף להתמודד כמיטב היכולת עם הבעייתיות של הטיות המשפיעות על השופטים הדיוניים, עדיפים מפתרון המסתיר חולשות אלו ומתיימר לעצב תדמית מקצועית "על-אנושית" של שופט חיצוני המכריע בסוגיה. ראוי בהקשר זה לשוב אל תובנת המשפט העברי שהוצגה לעיל, שלפיה שופטים אשר בחנו את עצמם, הגיעו לא פעם למסקנה כי הם אינם מאמינים ביכולתם להישאר ניטרליים, אך בחינה זו מעולם לא הפחיתה מערכם ולא פגעה בתפיסת החברה אותם כשופטים הוגנים. נוסף על כך, כפי שהודגם לעיל בנוגע לערכאת הערעור, העברת ההחלטה לגורם חיצוני אין בכוחה להבטיח הערכה אפקטיבית בדבר קיומו של משוא פנים או היעדרו. עוד בהקשר זה, העברת ההכרעה בסוגיית משוא הפנים לשופט חיצוני בעייתית במערכת שיפוט קטנה שבה יש מיעוט יחסי של שופטים, כמו זו של מדינת ישראל. בשיטה כזאת, השופט החיצוני אשר יידרש להכריע בשאלת הפסלות הוא מטבע הדברים קולגה של השופט שאת פסילתו הוא יבחן, וייתכן שהוא אף עובד לצידו. לבסוף, פתרון זה פוגע באוטונומיה השיפוטית ואינו עולה בקנה אחד עם האופן שבו ההליך השיפוטי נתפס בשיטת המשפט הישראלית. לכן מבחן המותיר את ההחלטה אצל השופט שכלפיו נטענת טענת משוא הפנים, אך אשר מצליח להתמודד בצורה טובה יותר עם בעיית ההטיות, הוא המבחן המומלץ לאימוץ על ידי שיטת המשפט הישראלית.

ביקורת אפשרית וחשובה נוספת על מבחן ספק ההשפעה קשורה לחשש לניצולו לרעה, בין היתר בשל פתיחת פתח לתחבולות מצד עורכי הדין המייצגים צדדים לדיון, ולאפשרות של "judge shopping"<sup>144</sup> כדי להתמודד עם בעיה זו, יש המציעים לאמץ פתרון אחר והוא הרחבת רשימת המקרים הקטגוריים המוזכרים בחקיקה והמחייבים פסילה, והפיכתה לרשימה סגורה. דרך זו, שיש בה כדי להתמודד בהצלחה עם חלק מההטיות המוזכרות לעיל, מעוררת בעיות אחרות ולכן אינה מומלצת. כך, לרוב יתקשה המחוקק להגדיר מראש את כל קשת המקרים האפשריים אשר עשויים לפגוע ביכולתו של שופט לנהל משפט ללא

142 בגרמניה דן בבקשה הרכב שופטים מאותה ערכאה. ראו Hans G. Rupp, *Judicial Conflicts of Interest in the Federal Republic of Germany*, 18 AM. J. COMP. L. 716, 717 (1970)

143 זו הפרוצדורה לפסילת שופטים הנוהגת בצרפת. ראו Jean-Pierre Plantard, *Judicial Conflict of Interest in France*, 18 AM. J. COMP. L. 710 (1970)

144 לטענה שבקשות לפסילת שופטים עלולות לפגוע בהליכי המשפט, בשל הארכת ההליכים, לגרום עיניו דין לנאשמים הממתנינים למשפט ולבזבו כספי ציבור ככל שהפסילה נעשית בשלב מתקדם יותר של המשפט, ראו שמגר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 107. לדחיית טענה זו ראו עדיני, לעיל ה"ש 21, בעמ' 184. לאחרונה, נערך מחקר אמפירי הממליץ להימנע מלנקוט סנקציות נגד התופעה. ראו Joep Sonnemans, Frans van Dijk, Bart Donders & Eddy Bauw, *An Economic Approach on Countering the Misuse of the Right to Challenge Judges: An Experiment*, 45 EUR. J. L. & ECON. 29 (2018), available at <http://bit.ly/2Kq3nwY>

משוא פנים.<sup>145</sup> זאת ועוד, אף שניתן לטעון כי מבחן ספק ההשפעה מעודד צדדים שאינם מרוצים מהשופט שהוקצה לדיון, או מאופן התפתחות המשפט, להעלות טענות סרק של פסלות בשל היכרות מוקדמת, למעשה סביר לטעון כי תוצאת הקבלה של מבחן ספק ההשפעה, ויצירת ברירת מחדל של פסילה במקרה של היכרות מוקדמת, תהיה שלרוב לא יצטרכו הצדדים לבקש פסילה, משום שהשופטים יפסלו את עצמם מיוזמתם אם יהיו מודעים להיכרות המוקדמת. אם בכל זאת תוגשנה בקשות סרק, אכן מבחן ספק ההשפעה אינו נותן מענה ישיר לבעיה זו, אולם יעילות הדיון, למרות חשיבותה, היא לעולם עיקרון יחסי שיש לאזנו אל מול תכליות כלליות אחרות של שיטת המשפט ואינטרסים חשובים אחרים כגון אובייקטיביות ההליך והגברת אמון הציבור במערכת המשפט. חזקה על שופטים מימנים שיִדעו להבדיל בין מקרים שבהם בקשת הפסילה מטרתה ניסיון "לבחור" את השופט ובין מקרים שבהם בקשת הפסילה ראויה. לבסוף, ניתן לשקול החדרת יסוד של דינמיות למבחן, שלפיו ככל שעילת ההיכרות המוקדמת תועלה בשלב מתקדם יותר של הדיון – יעלה רף הפסילה. במצב כזה, יהיה קל יותר להפריך את הצורך בפסילה, והדרישה תהיה לרמה גבוהה יותר של שכנוע שאכן ההיכרות המוקדמת תשפיע על אופן ההכרעה של השופט בהליך הקונקרטי הנדון לפניו.

## 2. הצעה לשינוי מנגנוני מערכת

לצד יצירת חזקה בדבר משוא פנים, יש לקבוע גם מנגנון טכני מסודר.<sup>146</sup> לפיכך מוצע לנצל את האמצעים הטכנולוגיים של העידן שלנו ולהסדיר העברת תיקים אוטומטית בין השופטים, תוך שמירת האיזון בחלוקת העומס ביניהם. כך, אם ייגרע תיק משופט מסוים (ויועבר אוטומטית לשופט אחר), יתווסף לשופט שפסל עצמו מלשבת בתיק מסוים, באופן אוטומטי, תיק אחר במקומו – וכך הטיפול בשני התיקים לא ייפגע ולא יתעכב. מנגנון ברור שכזה יקל על השופטים ויקבע מראש איך וכיצד ינותבו התיקים במצבים שבהם שופטים הודיעו על מניעות מלשבת בתיק מסוים. למיטב ידיעתנו, כיום אין בנמצא הליך כזה. ברוב בתי המשפט, כאשר השופט פוסל עצמו מלדון בתיק מסוים, התיק עובר לסגן הנשיא או לנשיא, המעבירו לשופט אחר. במצב כזה, הסרבול ההליכי עשוי כשלעצמו למנוע לעיתים משופט לפסול את עצמו. ההסדר המערכתי הנוהג מעביר לשופטים מסר שלפיו מוטב שיימנעו מלפסול את עצמם, שכן פסילה כזו עלולה לגרום לקשיים מנהלתיים. זאת ועוד, ראוי לקבוע פרוצדורה שתחייב את השופט, עוד טרם הדיון, לעיין בתיק הנמסר לטיפולו, לצורך בחינת שאלת יכולתו לשבת בדיון. מוטב שהפסילה תיעשה עוד לפני

145 מאידך גיסא, אם יבחר המחוקק להרחיב את עילות הפסילה הקטגוריות באמצעות יצירתה של רשימה פתוחה, ייוותר שיקול דעת לצדדים להפעיל מבחן זה באופן מניפולטיבי שלא יהיה בו כדי להתגבר על בעיית ה־Judge Shopping. עוד יצוין כי דווקא מבחן המבוסס על קטגוריות יכול לפגוע בהליך, שכן הצד המעוניין בפסילת השופט עלול להתמהמה ולדחות את העלאת טענת הפסלות הקטגורית למועד מתקדם של הדיון.

146 רבים מהפתרונות המוצעים בספרות מתרכזים ב־פן הפרוצדורלי. ראו למשל, Mudalige Gajanayaka, *Judicial Recusal in New Zealand: Looking to Procedure as the Principled Way Forward*, 46 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 415 (2015), available at <http://bit.ly/2AFYh1N>

שהצדדים ידעו מי השופט שנבחר לדון בעניינם, הן כדי למנוע מהצדדים להתערב בהליך הן כדי למנוע לזות שפתיים על עצם הפסילה.<sup>147</sup>

ואולם בשיטת המשפטית הישראלית עלולה להתעורר בעיה טכנית מיוחדת הנובעת ממספרם המצומצם יחסית של השופטים. הואיל ומספר השופטים מוגבל, ייתכן שהחלפתם באחרים באופן אוטומטי תהא בלתי אפשרית. אמנם בערים גדולות שבהן מכהנים בבתי המשפט שופטים רבים יותר, יקל יחסית למצוא שופט שאיננו מכיר את הצדדים, אולם בערים קטנות שבהן יש לפעמים שופט אחד או שניים הדנים בכל התחומים, ייתכן שיתעוררו קשיים בניסיון להחליפם.<sup>148</sup> אדרבה, תופעה זו אינה מוגבלת לערים קטנות בלבד, בהתחשב בכך שהיכרות של שופטים עם עורכי דין היא תופעה נפוצה בקהילה המשפטית בישראל.<sup>149</sup> עם זאת, לגישתנו ראוי שטעמי נוחות מנהלית לא ישפיעו על חוקיות הכהונה במשפט. בימינו, העברתו של תיק משפטי היא קלה יחסית. המדינה קטנה וניתן להפנות מבית משפט אחד למשנהו.<sup>150</sup> כמו כן ניתן להציע פתרונות מעשיים לקשיים מנהליים אלו, כגון מינוי שופטים כלליים למחוז מסוים במקרה של פסילה.

## ו. סוף דבר

מאמר זה מבקש לבחון את אחד הכללים החיוניים ביותר לתפיסת הצדק במשפט הישראלי, והוא הכלל העוסק בפסילת שופטים בשל היכרות מוקדמת. הטעון המוצג במאמר זה הוא שכללי הפסילה הרווחים בשיטת המשפט הישראלית אינם מיטביים, שכן ביסודם מונחת התפיסה כי השופט הוא מקצוען בלתי מושפע ומעין "מומחה לאובייקטיביות". אולם תפיסה זו אינה תואמת את ממצאי המחקרים בדבר הטיות קוגניטיביות המשפיעות על קבלת החלטות. כללי פסילת השופטים במשפט הישראלי גם אינם תואמים את המבחנים הנוהגים בשיטות משפט אחרות. בין היתר, הם אינם הולמים את הלך הרוח העולה מסקירת עמדת המשפט העברי, המפקפק בנכונות תפיסה זו ולכן מתבסס על כללי פסילה אחרים לחלוטין.

147 בעייתיות נוספת קשורה לאופי הקולגיאלי של השפיטה, ולרתיעת שופטים מלהטיל עומס על עמיתיהם. כך ייתכן ששופטים יימנעו מלפסול את עצמם מלדון בתיקים בעייתיים ומורכבים מחשש שמא יצטיירו בעיני עמיתיהם כמתחמקים מלדון במקרים קשים. אולם דומה כי אם כל המערכת תקבל את הכיוון המוצע במאמר זה, ותחדירו לשיטת המשפט כתיקון מערכתי, יתמעטו חששות מעין אלה.

148 "דברים אלה נכונים במיוחד במדינה קטנה כמו ישראל בה יתכנו היכרויות רבות בין אישיות ובין עסקיות, ועל אחת כמה וכמה כאשר מעורבים משרדי עורכי דין גדולים המונים מאות עורכי דין וחברות עסקיות גדולות בעלות היקף פעילות רחב" (רע"א 7088/11 אלרוב נדל"ן מלונאות בע"מ נ' Hilton International Co, פס' יא לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 13.12.2011)).

149 מרזל דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 237.

150 בהקשר זה, ניתן להזכיר את גישתם המקלה של בתי המשפט לעניין דרישת הסמכות המקומית, הנובעת מהתפיסה שקל להגיע ממקום למקום במדינה קטנה כישראל, ולכן אין הצדקה להפסיק הליך אם טענת חוסר הסמכות לא הועלתה בהודמנות הראשונה. ראו ע"א 487/64 רוט נ' פישר, פ"ד יט(2) 148 (1965); ר"ע 501/84 "הסנה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' רוטבן, פ"ד לט(1) 26 (1985); רע"א 6920/94 לוי נ' פולג, פ"ד מט(2) 731 (1995); רע"א 530/12 יעקובוביץ' נ' זיאס (פורסם בנבו, 28.3.2012).

בשל הקשיים האינהרנטיים שבתפיסה זו, מאמר זה ביקש להמליץ כי שיטת המשפט הישראלית תחליף את מבחן החשש הממשי למשוא פנים, הנוהג בה כיום, במבחן חדש לכללי פסילת שופטים על בסיס היכרות מוקדמת. המבחן החדש שפותח במאמר זה הוא מבחן ספק ההשפעה. המהלך שהוצע במאמר זה הוא כפול. ראשית, הוצע לעדכן את כללי הפסילה ולהעמידם על ראשם באופן שבכל פעם שיתחוויר לשופט כי יש לו היכרות מוקדמת עם אחד מבעלי הדין או עם בא כוחו, ויתעורר בליבו ספק בדבר יכולתו לפסוק באופן ניטרלי, נקודת המוצא תהא שהשופט יפסול את עצמו. במילים אחרות, מוצע לעבור ממבחן שלפיו נקודת המוצא היא שהשופט אינו צריך לפסול עצמו, למבחן שלפיו נקודת המוצא היא שהשופט יפסול את עצמו בכל מקרה של ספק בדבר יכולתו להכריע בדין באופן ניטרלי. שנית, מוצע שינוי מבני שיהיה בו כדי להתאים את כלל הפסילה החדש למבנה בתי המשפט בישראל. לטענתנו, ניתן להיעזר בטכנולוגיה הקיימת ליצירת מנגנון הקצאת תיקים ואיזון עומסי העבודה בין שופטים שיסייע באימוץ וביישום של המבחן המוצע.