

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 344/99

בפני: כבוד הנשיא א' ברק

המערער: זאב בשן

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור פסלות שופט על החלטתו של בית המשפט המחוזי בת"א-יפו מיום 5.1.99 בת.פ. 360/96 שניתן על ידי כבוד השופטת ס' רוטלוי

תאריך הישיבה: ט"ז בשבט התשנ"ט (2.2.99)

בשם המערער: עו"ד רם שמגר; עו"ד יעל ויסמן

בשם המשיבה: עו"ד נאוה בן-אור; עו"ד גל לברטוב

פסק-דין

עובדות

1. לבית המשפט המחוזי בתל-אביב הוגש ביום 17.12.96 כתב אישום כנגד המערער המייחס לו ביצוע עבירות של קבלת דבר במרמה (עבירה לפי סעיף 415 לחוק העונשין, התשל"ז-1977-) ועבירה של שיבוש הליכי משפט (עבירה לפי סעיף 244 לחוק). ראיות התביעה, אשר כללו חיקורי דין בארצות-הברית, נשמעו בחודשים יולי עד דצמבר 1997. פרשת ההגנה החלה בפברואר 1998 והסתיימה בחודש אוקטובר של אותה שנה. כן נקבעו מועדים להגשת סיכומים בכתב. פרוטוקול הדיונים משתרע על כששת אלפים עמודים.

2. ביום 21.6.98 הגיש המערער בקשה לבית המשפט (כבוד השופטת ס' רטלוי), כי יפסול עצמו מלשבת בדיון. בקשה זו נשענה על החלטת השופטת מאותו יום, בה הורתה על מחיקת קטעים מחוות הדעת של אחת ממומחיות ההגנה. נטען, כי במעשה זה גילה בית המשפט דעה קדומה כנגד המערער. בקשת הפסילה נדחתה. ערעורו של המערער (ע"פ 4090/98) נדחה אף הוא. ביום 26.7.98, קבעתי כי:

"בנסיבות העניין שלפנינו לא הוכחה עילה לפסילתו של בית המשפט. יתכן והחלטת בית המשפט בעניין מחיקת חלקים מחוות הדעת היא נכונה ויתכן והיא שגויה. בכך לא אביע דעה. אין בה - לא כשלעצמה ולא על רקע אופן ניהול המשפט - כדי להצביע על חשש ממשי למשוא פנים".

3. ביום 17.12.98 שב המערער והגיש לבית המשפט בקשה כי יפסול עצמו. בקשה זו נסמכה, במידה רבה, על מכתבו של מר שמאי ליבוביץ אשר שימש כקדם מתמחה של השופטת. מכתב זה נשלח אלי ביום 1.11.98. העתק ממנו נשלח, במועד מאוחר יותר, ליועץ המשפטי לממשלה, לבא כוח התביעה ולבא כוח ההגנה.

4. במכתבו טוען ליבוביץ כי השופטת היתה נגועה לאורך ההליך כולו במשוא פנים וכי היא גיבשה דעה קדומה נגד המערער. המכתב מתאר שורה של אירועים והתבטאויות של השופטת בלשכתה, באולם בית המשפט ובאירועים שונים, המעידים, כך נטען, על משוא הפנים של השופטת. כך, טוען ליבוביץ כי השופטת סיפרה לו כי פנתה למכר שלה, ד"ר לכלכלה, והציגה בפניו את גרסת ההגנה. לטענתו של ליבוביץ, חוות דעתו של אותו מומחה לכלכלה, הביאה את השופטת לגבש עמדה נחרצת כנגד עמדת ההגנה. ליבוביץ מוסיף וטוען, כי השופטת גילתה, לאורך ההליך כולו, יחס עויין כלפי המערער וכלפי באי כוחו. לטענתו של ליבוביץ, באו היחס העויין ומשוא הפנים לביטוי, בין השאר, בחוסר פתיחות מצד השופטת לשמוע את עדי ההגנה, בקבלת שורה של החלטיות דיוניות המעניקות יתרון בולט לתביעה ובהפרה של זכויות המערער. במכתבו מייחס ליבוביץ לשופטת שורה של התבטאויות כלפי המערער, באי כוחו ועדי ההגנה אשר גם בהן יש, לטענתו, כדי להעיד על הדעה הקדומה שגיבשה השופטת כבר מתחילת ההליכים. עוד טוען ליבוביץ במכתבו, כי השופטת סיפרה לו על שיחה פרטית שקיימה עם פרקליטת המחוז בה נאמר לה על ידי פרקליטת המחוז כי ההליכים בתיק זה ימשכו חודשיים בלבד.

5. לטענת המערער ובאי כוחו, היווה מכתבו של ליבוביץ אישור ואישוש לתחושותיהם לאורך ההליך כולו. בנוסף, נטען כי האמור במכתב מלמד על מעשים והתבטאויות של השופטת אשר יש בהם, כשלעצמם, עילות פסילה נוספות ועצמאיות. יצוין, כי ליבוביץ חזר על האמור במכתבו בתצהיר אשר הוגש לבית המשפט המחוזי.

בנוסף, נבדק ליבוביץ במכונת אמת ונמצא, לטענת המערער, דובר אמת. ליבוביץ ומומחה הפוליגרף לא נחקרו בבית המשפט על תצהיריהם.

החלטת בית המשפט המחוזי

6. בהחלטתו מיום 5.1.99, דחה בית המשפט את בקשת הפסילה. בהחלטתה מתייחסת השופטת למכתבו של ליבוביץ, העומד בבסיס בקשת הפסילה. היא מציינת כי מכתב זה נובע מנקמותו של ליבוביץ על הפסקת עבודתו בלשכתה, וקובעת כי תצהירו "כולל שקרים, סילופים ופרשנויות, ולא היה מקום לבסס עליו את בקשת הפסלות".

7. השופטת דוחה לגופן את הטענות אשר העלה המערער בבקשת הפסילה. היא דוחה את הטענה בדבר קשר בין בית המשפט לבין התביעה, ודוחה את הטענה כי קשר זה נועד להרשיע את המערער בכל המחיר. בהחלטתה מציינת השופטת, כי טענות המערער ביחס להחלטות שונות המשקפות, לכאורה, את עיונות בית המשפט כלפיו, שימשו בסיס לבקשת הפסילה הראשונה ונדחו הן על ידה והן בערעור. עם זאת, היא מדגישה כי אינה נזקקת לטענת השיהוי שהעלתה המשיבה, שכן אין לחסום בעל דין הטוען לעוול כה חמור, רק בשל נימוק פורמלי של שיהוי.

8. השופטת דוחה את טענת המערער, לפיה החלטות הנוגעות לניהול המשפט היו מונעות מכוחה של דעה קדומה שגובשה כבר מתחילת המשפט ונועדו לרצות את התביעה. היא קובעת כי טענה זו, הנשענת על "שקרים, בדותות, הוצאת דברים מהקשרם ופרשנויות של מר לייבוביץ" היא "מופרכת ונעדרת כל יסוד". כך, למשל, ביחס לטענה בדבר מחיקת קטעים מחוות הדעת של מומחי ההגנה, מציינת השופטת, כי מחיקת הקטעים נעשתה לפי הוראות החוק, לאחר דיון או התייחסות בכתב של הצדדים. הודגש, כי החלטה מסוג זה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט והיא עומדת לביקורתה של ערכאת הערעור. טענה זו, אשר שימשה בסיס לבקשת הפסילה הראשונה, נדחתה, ודחייתה אושרה על ידי בית המשפט העליון.

9. השופטת מוסיפה ודוחה את הטענות לפיהן מעידות התבטאויותיה בלשכתה על דעה קדומה כנגד המערער. היא מדגישה בהחלטתה, כי הבעת דעה על ידי השופט בלשכתו, במהלך שמיעת המשפט, אינה מעידה על דעה קדומה, אלא אם הביע השופט חוסר אמון מלכתחילה ומראש לעדויות מסוימות או לכלל העדויות. הבעת דעה על ידי השופט בלשכתו נעשית על פי סעיף 54 לכללי האתיקה השיפוטית, תשנ"ג-1993.

לגופם של דברים, מכחישה השופטת כי אמרה על עדי ההגנה כי "הם יכולים להגיד מה שהם רוצים", וכי אין טעם בהבאתם בשל היות התוצאה ידועה מראש.

10. השופטת דוחה את טענות המערער גם בכל הנוגע להתנהגותה בלשכתה ומחוצה לה. כך, היא דוחה את טענות המערער בדבר פגישה שקיימה ביחידות עם פרקליטות מחוז תל-אביב. כך, היא דוחה גם את טענת המערער בדבר קיום התייעצות פרטית עם מכר מומחה לכלכלה. היא מדגישה, שאין בידה כל חוות דעת שהיה בה כדי לגבש את עמדתה עוד בטרם הסתיימה פרשת ההגנה. השופטת מציינת בהחלטתה, כי אותה שיחה שעשתה עם מכר הבקיא בכלכלה נסבה סביב מושגים כלליים בבנקאות אמריקאית. היא מציינת, כי אותו מכר כלל אינו בקיא בחוק הקליפורני וקובעת כי פרטי השיחה סולפו על ידי ליבוביץ, נופחו והוצאו מהקשרם. השופטת מכחישה כי אמרה שאחד מסניגוריו של המערער לא יצחק בסוף המשפט ומכחישה כי אמרה לגבי כל עדי ההגנה כי "הם לא יגידו לי אם היתה פה מרמה או לא". עם זאת, מדגישה השופטת כי במהלך המשפט הביעה מספר פעמים את עמדתה לפיה שאלת המרמה היא שאלה משפטית הנתונה להכרעתו של בית המשפט. השופטת אינה מכחישה כי ייתכן והתבטאה בלשכתה בדבר הצורך לסיים את המשפט ביעילות. אך היא קובעת, כי דברים אלה אינם מלמדים על משוא פנים מצידה. השופטת מוסיפה ודוחה את טענות המערער לפיהן ניהלה במהלך המשפט "מאבק" בסנגוריה תוך נקיטת עמדה עקבית לטובת המשיבה. היא מציינת כי טענות אלה אינן עולות בקנה אחד עם פרוטוקול הדיון, המלמד על אורך הרוח שגילתה ועל הליכתה לקראת ההגנה בשורה של עניינים.

11. השופטת מדגישה בהחלטתה, כי בבקשת הפסילה לא הובאה כל ראייה אובייקטיבית למשוא פנים בניהול המשפט. הטענות כולן, כך נקבע, קשורות לתחושותיו ולפרשנותו הסובייקטיבית של ליבוביץ, והן משוללות כל יסוד בהיבט האובייקטיבי. בשולי החלטתה מציינת השופטת כי יכולה להישמע הטענה, אשר הושמעה על ידי המערער ובאי כוחו, לפיה לאור הסערה הגדולה שעוררה בקשת הפסילה, יש מקום להעביר את הדיון לשופט אחר גם אם ידחו טענותיו של המערער. העברה זו דרושה, כך נטען, על מנת לקיים את מראית פני הצדק. השופטת דוחה טיעון זה וקובעת:

"אני רואה בטיעון כזה סכנה גדולה למערכת המשפט כולה, שבה ניתן לטעון טענות מכפישות, לעורר רעש ציבורי גדול, ולאחר מכן לטעון כי הנזק כבר ממילא נעשה והאמת למעשה איננה חשובה אלא תחושת הנאשם והסניגור.

תשובתי היא, כי לא תחושותו הסובייקטיבית של הנאשם ושל הסניגור היא שקובעת וכי אם יהא זה הקריטריון לפסילת שופט, נקל לשער כיצד ינותבו משפטים משופט לשופט תוך מניפולציות לפי נוחות הנאשמים"

טענות המערער

12. טענתו העיקרית של המערער הינה כי בית המשפט גיבש, עוד בתחילת ההליך, דעה קדומה כנגדו וכי מסיבה זו נגוע בית המשפט במשוא פנים. הטענה היא, כי נסיבותיו של מקרה זה מעידות על הצטברות של עילות פסילה, שדי בכל אחת ואחת מהן להביא לפסילתו של בית המשפט. מכתבו של ליבוביץ, העומד בבסיס בקשת הפסילה, ממלא, לטענת המערער, תפקיד כפול:

"מכתבו של מר ליבוביץ, כולל שורה של התבטאויות של כב' השופטת הנכבדה, המקימות עילת פסילה, ובנוסף הוא מוכיח, כי טענות הנאשם, בדבר משוא פנים, לא היו אך תחושות סובייקטיביות, החלטות דיוניות גרידא או 'תכסיס' של הסנגוריה, אלא משוא פנים מובהק. מכתבו של מר ליבוביץ, בנוסף להצגת עילות פסילה חדשות, הנשענות על התבטאויות ומעשים של השופטת הנכבדה, מחוץ להליך שמיעת הראיות שהתקיים בפני הצדדים, מהווה גם השלמת הרכיב, אשר לדעת בי"ש נכבד זה היה חסר בבקשת הפסילה הראשונה, שהתייחסה להחלטה מיום 21.6.98, דהיינו הוכחה חד-משמעית לקיומו של משוא פנים"

13. כאמור, טענתו הראשונה של המערער הינה כי מכתבו של ליבוביץ מעניק אישור לתחושתו כי ההליך בפני בית המשפט היה נגוע מתחילתו במשוא פנים ונוהל למראית עין בלבד. נטען, כי בית המשפט היה שבו ביעד של הרשעת המערער כאשר כל רצונו הוא לסיים את ההליך במהירות האפשרית תוך יצירת מראית עין של יעילות שיפוטית. בהתאם, נטען כי מכתבו של ליבוביץ מספק את הרקע להבנת התנהגותו של בית המשפט במהלך הדיונים. במסגרת זו מנע בית המשפט מעדי ההגנה להעיד על דברים מהותיים שהעדות בעניינם הותרה לתביעה. עדותם של מומחי ההגנה קוצצה וקטעים ממנה נמחקו. נטען, כי ההפליה בין התביעה לסנגוריה באה לביטוי גם באימוץ הליכים לא מקובלים של הודעה ואישור מראש של עדי ההגנה על ידי בית המשפט, בסירוב לאפשר לסנגוריה לזמן לעדות עד הגנה מרכזי, ובניהול חקירה אקטיבית של עדי ההגנה על ידי בית המשפט באופן החורג מניהול המשפט. משוא הפנים נלמד, לטענת המערער, גם מאיומה של השופטת להטיל עליו הוצאות ומהחלטות נוספות שקיבלה השופטת במהלך ניהול המשפט.

14. טענתו השנייה של המערער היא, כי ממכתבו של ליבוביץ עולה שורה של עילות פסילה חדשות ועצמאיות, אשר די בכל אחת מהן כדי להביא לפסילתה של השופטת. עילות אלה נלמדות ממעשים ומהתבטאויות של השופטת להם נחשף ליבוביץ כמי שעבד במחיצתה במהלך ניהול המשפט. ניתן לסכם את עילות הפסילה הנטענות כך: ראשית, השופטת קיימה התייעצות פרטית עם מכר שלה, ד"ר לכלכלה, ביחס לעניינים הנידונים בתיק זה. על יסוד עמדתו של אותו מכר גיבשה השופטת את עמדתה, לפיה אין כל ממש בגרסת ההגנה, עוד בטרם נשמעה פרשת ההגנה. נטען, כי השופטת עצמה אינה מכחישה את הארוע, וכי

אפילו אם התרחשו הדברים כפי שמתארת אותם השופטת, קמה עילת פסילה. **שנית**, השופטת יצרה קשר עם פרקליטת מחוז תל-אביב ועם התביעה בלי ידיעת הסנגוריה ובלי שיתופה. **שלישית**, השופטת גילתה עיונות כלפי המערער, אותו היא כינתה "עבריין נמלט", וכלפי באי כוחו. **רביעית**, השופטת התייחסה אל הסנגוריה כמי שמנסה למשוך זמן שלא לצורך ו"לדחות את הקץ". בנוסף, התייחסה השופטת אל מרבית המומחים מטעם ההגנה כאל "נוגעים בדבר" שעדותם פסולה.

15. במסגרת טענתו השניה טוען המערער כי כאשר נמנעה המשיבה, או בית המשפט, מלחקור את ליבוביץ על תצהירו, הפך התצהיר לראיה חלוטה אשר לא ניתן להעלות טענות כנגד מהימנותה. המערער מוסיף וטוען, כי בהליך הפסילה קיים קושי מובנה הנובע מכך שלא ניתן לערוך חקירה נגדית לשופט שאת פסילתו מבקשים. בניסיונות אלה יש חשיבות מיוחדת לכך, שמי שמבקש לחלוק על הגרסה העובדתית שהוצגה בתצהיר יחקור את המצהיר על תצהירו. לבסוף טוען המערער כי:

"לא יתכן, כי כפירה בעלמא של שופטת, נכבדה ככל שתהיה, בעובדות שהוכחו בתצהיר כדבעי, תהווה תשתית לשלילת הגרסה העובדתית שהוכחה. העובדה שהשופטת הנכבדה הינה בתפקידה ובמעמדה, אינה יכולה להוות בסיס, להעדפת גרסתה על פני דברי מר ליבוביץ, שעמדו בבדיקת פוליגרף והוכחו בתצהיר עליו לא נחקר, אך כיוון שהאחרון הינו קדם-מתמחה עול ימים".

המערער טוען עוד, כי יש לתת לדבריו של ליבוביץ משנה תוקף נוכח העובדה כי ליבוביץ נבדק בפוליגרף ונמצא דובר אמת. נטען, כי בדיקת הפוליגרף מהווה ראיה קבילה בהליכי ביניים במשפט פלילי, וביניהם פסילת שופט. לחילופין, טוען המערער, כי די באותן טענות, שהועלו בתצהירו של ליבוביץ, ואשר לא הוכחו על ידי השופטת בהחלטתה, כדי להקים עילת פסילה.

16. טענתו השלישית של המערער הינה, שהליכי איסור הפרסום בתיק זה מקימים עילת פסילה עצמאית. לטענתו של המערער בקשת איסור הפרסום הוגשה על ידי הפרקליטות במטרה להגן על שמה הטוב של השופטת, כאשר בא כוח התביעה הופיע בהליך זה כמי שפועל להגנת השופטת. בדרך זו, כך נטען, נוצרה מחויבות של השופטת כלפי בא כוח המשיבה, המצדיקה, אף היא, העברת הדיון לשופט אחר.

17. בהודעת הערעור וכן בדיון בפני דחה בא כוחו של המערער את הטענה, לפיה יש לראות את בקשת הפסילה כחלק ממסכת האלימות המופעלת נגד מערכת המשפט. לטענתו הוגשה בקשת הפסילה בזירות הראויה לאחר שליבוביץ נבדק בפוליגרף ונמצא דובר אמת, ולאחר שהמשיבה סירבה להצעה להעביר,

בהסכמה, את הדיון לשופט אחר. המערער טוען עוד, כי אין לראות את מעשהו של ליבוביץ, כהפרה של חובת הסודיות בה הוא חב כלפי השופטת. נטען, כי חובה זו אינה חלה כאשר לנגד עיניו של מתמחה מתנהלים מעשים לא תקינים המנוגדים לערכיה הבסיסיים של המערכת לה הוא חב חובת נאמנות. כן טוען המערער כי מתמחה אינו חב בחובת נאמנות אישית כלפי השופט עימו הוא עובד, אלא בחובה כלפי מערכת המשפט. לבסוף נטען, כי גם אם הפר ליבוביץ את חובת הסודיות, אין הדבר פוגע בטענותיו היות ועיקרון "פירות העץ המורעל" אינו חל.

טענות המשיבה

18. בבסיס טענותיו של המערער עומדת, לטענת המשיבה, התפיסה לפיה עשו בית המשפט והתביעה יד אחת על מנת להעמידו לדין ולהרשיעו בכל מחיר. תפיסה זו של המערער, כך נטען, אין בה כל ממש. מעשיו של המערער בהליך זה הינם חלק מהניסיונות להלך אימים על מערכת אכיפת החוק ועל בתי המשפט.

19. בכל הנוגע לשאלת התשתית העובדתית העומדת בבסיס בקשת הפסילה, טוענת המשיבה כי כאשר שופט קובע בהחלטתו, בה הוא דוחה בקשת פסילה, כי דברים מסויימים לא היו ולא נבראו, הרי שדברים אלה לא היו ולא נבראו. אימוץ גישת המערער משמעה, כך נטען, כי בכל עת כאשר ירצה בעל דין למנוע שופט מלדון בעניינו, או להפסיק הליך, כל שיהא עליו לעשות הוא להגיש תצהיר. התוצאה תהיה הפיכת הליך הפסלות למשפט בין השופט לבין הצד שכנגד. תוצאה זו יש לדחות. לטענת המשיבה, הליך הפסלות דינו כדין כל הליך שיפוטי אחר בו מתבקשת הכרעה שיפוטית של השופט היושב בדיון. אין לסטות, כך נטען, מהשיטה הנוהגת בה ניתן אמון מלא בשופט.

20. לגוף העניין, טוענת המשיבה, כי יש להבחין בין ארבעה חלקים שונים של בקשת הפסילה: לטענתה, כל אחד מחלקים אלה, בנפרד או יחדיו, אינו מקים עילה לפסילת השופטת מלישב בדיון. נטען, כי אין בהם כל חשש ממשי למשוא פנים. טענתה הראשונה של המשיבה מתייחסת לטענות המערער אשר נטענו בעת הדיון בבקשת הפסילה הראשונה ונדחו לגופן. במסגרת טענות אלה נכללות טענות המערער ביחס לסטנדרט הכפול שנקט בית המשפט בניהול המשפט תוך העדפת התביעה, והערמת מכשולים על ההגנה. לטענת המשיבה טענות אלה הועלו בבקשת הפסילה הראשונה ונדחו לגופן, ולכן מנוע המערער מלהעלותן שוב. בנוסף, טוענת המשיבה כי לא ניתן לומר שבית המשפט הפלה לרעה את המערער וסניגוריו, אלא להפך. בפועל, הלך בית המשפט לקראתם בשורה של החלטות, אפילו כאשר משמעותן היתה דחייה של סיום פרשת ההגנה. מאידך גיסא, סרב בית המשפט, מתוך שמירה על זכויות המערער, לאפשר לתביעה להביא עדים מסויימים. באופן

דומה טוענת המשיבה, כי יש לדחות את הטענות בדבר מחיקת קטעים מחוות הדעת של מומחי ההגנה. נטען, כי גם טענות אלה עמדו ביסוד בקשת הפסילה הקודמת ונדחו לגופן. טענתה השניה של המשיבה הינה שחלק מטענותיו של המערער נטענו תוך שיהוי. נטען, כי חלק מטענותיו של המערער מתייחסות להחלטות דיוניות שניתנו לפני זמן רב. ביחס לטענות אלה אין במכתבו של ליבוביץ שום חידוש, ולכן מנוע המערער מלהעלותן. כך, למשל, טענת המערער ביחס לאיום בהוצאות, מתייחסת לדברים שנאמרו לפני זמן רב. המערער נמנע מלהעלותם בבקשת הפסילה הראשונה, והוא מנוע מלהעלותם כעת. חלקה השלישי של תשובת המשיבה מתייחס לטענות המערער ביחס לעילות הפסילה הנשענות על דברים שנאמרו בלשכתה של השופטת בינה לבין ליבוביץ. המשיבה מדגישה, כי אין לה מידע ביחס לאירועים אלה, אך היא מוסיפה וטוענת, כי אפילו היו הדברים נכונים, אין בהם כדי ליצור עילת פסילה. קל וחומר, שאין בהם עילת פסילה נוכח דבריה של השופטת בהחלטתה והסברים שנתנה לאירועים אלה.

21. המשיבה מוסיפה ומדגישה בתשובתה, כי הדברים אותם הביא המערער תוך הסתמכות על שיחות פרטיות שקיימה השופטת עם ליבוביץ אשר עבד כקדם מתמחה בלשכתה, מהווים הפרה של חובת הסודיות בה חב ליבוביץ. המשיבה נסמכת על כללי האתיקה השיפוטית, תשנ"ג1993-, הקובעים כי שופט רשאי להיוועץ בעניין שבפניו בעמיתיו לשפיטה ולקיים דיון בעניינים שבפניו עם עוזרים ומתמחים. במסגרת התייעצות זו, החיובית לעבודת השופט כלולה גם החלפת דעות בין השופט לעוזריו בעניינים הנוגעים למהימנות העדים, לחומר הראיות, ולניהול המשפט. לטענת המשיבה, התלבטויות והרהורים של השופט לאורך ההליך הינם לגיטימיים ואינם מעידים על משוא פנים או על גיבוש דעה קדומה. נטען, כי בנסיבות המקרה אין ממש בטענה כי השופטת גיבשה כבר את עמדתה. השופטת עצמה העידה על כך בשתי הזדמנויות שונות וציינה לפרוטוקול כי טרם גיבשה את דעתה.

22. טענתה הרביעית והאחרונה של המשיבה היא, כי אין בדבריו של ליבוביץ ביחס לראיות בתיק זה וביחס לניהול הדיון, כל ממש. נטען, כי טענות דיוניות אלה עומדות בסתירה לחומר הראיות ולפרוטוקול הדיון בפני בית המשפט קמא.

המסגרת הנורמטיבית

23. הכללים לפסילתו של שופט מלשבת בדין פותחו במשך השנים על ידי בתי המשפט. הם מהווים משפט מקובל באשר לאופן התנהגות השופט בבית המשפט ומחוצה לו. חלקם זכה להסדר סטטוטורי. כך נקבע

כי:

"בעל דין רשאי לבקש ששופט פלוני יפסול עצמו מלישב בדין אם קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט" (סעיף 77א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984).

הוראה מרכזית זו זוכה לפרשנות שיפוטית. ההלכה והחקיקה שלובות, איפוא, זו בזו, בקביעת הכללים לפסילתם של שופטים מלשבת בדין (ראה בג"ץ 2148/94 גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3) 573).

24. הכללים לפסילתם של שופטים הם בעלי חשיבות רבה. במהותם, אין הם אלא ביטוי לדרכי ההתנהגויות הראויות של השופט. הפאתולוגיה של הפסילה אינה אלא תמונת ראי של הפסיולוגיה של ההתנהגות הראויה. אכן, כללי הפסילה מגדירות את מהותו של התפקיד השיפוטי בחברה. ביסוד כללים אלה מונחת התפישה כי השופט - הוא, ולא בעלי הדין - מנהלים את המשפט. השופט הוא זה שמנווט את אופן ניהול המשפט. השיטה האדברסרית הנוהגת אצלנו אין משמעותה כי המפתח לניהול המשפט מצוי בידי הצדדים. הצדדים אחראים להבאת הראיות, אך השופט אחראי לניהול המשפט. כותב הנשיא שמגר:

"העובדה, שבית המשפט נכון לנהוג בסבלנות מירבית, אינה צריכה להתפרש כאילו מחובתו לנקוט עמדה סבילה כלפי הדיונים. האחריות לניהולו של המשפט מוטלת על בית המשפט, והוא שקובע, איזה שאלות מותרות ואיזה אסורות, ומהי ראייה קבילה ואיזו ראייה אינה קבילה. לעניין זה אין בשיטה האדברסרית בצורתה המודרנית, בה היא נוהגת כיום בעולם המשפט האנגלו-אמריקני, כדי לגרוע מן החובה האמורה... גם בשיטה האדברסרית בית המשפט הוא שחולש על מהלכי הדיון ומנווט, ולא יכול להיות כמובן ספק ספיקא בכך, שבית המשפט הוא הקובע והמכריע בשאלות של כשרות ראיות וקבילותן" (ע"פ 192/87 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 141, 151-150).

המשפט חייב להתנהל ביעילות. טבעי הוא שהשופט מבקש לקיים דיון יעיל. מחובתו למנוע התארכות שלא לצורך של ההליך השיפוטי. אל לו לשופט לעמוד מהצד ובכך לאפשר קיומם של הליכי סרק המארכים את הדיון שלא לצורך. על השופט להיות מעורב בדיון באופן רצוף ודינמי, בשים לב להתרחשויות שבפניו (ע"א 3145/97 חמודה נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם)). אכן, ניהול המשפט אינה רק זכות. זו גם חובה. בניהול המשפט יגלה השופט אובייקטיביות, יושרה, הגינות וכושר מקצועי ואישי. בכל תפקידיו השיפוטיים, יפעל השופט מתוך עצמאות ואי תלות. ליבו יהא פתוח. עמדה סופית באשר לעניינים שבפניו יגבש רק בסוף המשפט. דעה קודמת אסור לה שתהפך לדעה קדומה. בניהול המשפט יפעל השופט מתוך גישה של שיוויון לצדדים שבפניו. הוא לא יכיר פנים במשפט, לא יהדר פני גדול ולא יישא פני דל. כל שופט היושב לדין צריך להיות מודע לכך שאותה עת

הוא עצמו וכל מערכת המשפט עומדת לדין. בהכרעו בסכסוך מגשים השופט את שלטון החוק (ראה שמגר, "על פסלות שופט - בעקבות ידיד תרתי משמע", גבורות לשמעון אגרנט 87 (התשמ"ז)).

25. לרבים מהשופטים יש מתמחים. הם כלי עזר לשופט. הוא נותן בהם אמון. הם מקיימים את האמון שניתן בהם. מותר לו, לשופט, לשוחח על המשפט שבפניו עם המתמחה (כמו גם עם חבריו השופטים), ולגלות לו את עמדותיו הלכאוריות. לעתים המתמחה משמש כאוזן קשבת, וכמעין תיבת תהודה (sounding board) לרעיונותיו של השופט. לא פעם נחשף המתמחה לרעיונות "אפויים למחצה" ולתוצרים הגלמיים של ההליך השיפוטי. על המתמחה לסייע לשופט. על המתמחה לשמור את שנודע לו בלשכת השופט טמון בליבו פנימה. אסור לו להוציא מידע זה מחוץ לכתלי הלשכה. אלה הם יחסי האמון בין שופט למתמחה. בלעדיהם, לא תתכן עבודת מתמחה בצד השופט. בלעדיהם, ירוקן תפקידו של המתמחה מכל תוכן. שופט שאינו יכול להסתמך על מתמחהו כבן שיח שומר סוד וכאיש אמון, לא יוכל להעזר בו. אכן, מתמחה המוציא דברים שנאמרו בסוד הלשכה, והופכם לנחלת הכלל, מפר את האמון שנתן בו מאמנו, ומערער את מירקם היחסים העדין בינו לבין מאמנו. בכך נכרת הענף עליו נשען מוסד המתמחים כולו (ראה Note, "The Law Clerk's Duty of Confidentiality", 129 U. Pe. L. Rev. 1230 (1981)).

26. המבחן העיקרי לפסילתו של שופט הינו קיומן של נסיבות "שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט" (סעיף 77א' לחוק בתי המשפט [נוסח משולב]). החשש הממשי לא נבחן מזוית הראיה הסובייקטיבית (של השופט או של הצד). החשש הממשי נבחן על פי זוית ראייה אובייקטיבית (ע"פ 5/82 אב-חצירה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 247, 250). אכן, דיני הפסילה אינם סובבים סביב תחושתו הסובייקטיבית של השופט או של הצד. דיני הפסילה מבוססים על אפשרות ממשית לדעה קדומה, כפי שהחברה הישראלית מבינה זאת בראיה אובייקטיבית כוללת (ע"פ 1478/97 מדינת ישראל נ' חן דוד (טרם פורסם)). זאת ועוד: החלטה שיפוטית תוך מהלך המשפט גם אם היא מוטעית אינה עולה לפסילת השופט. השופט, ככל בשר ודם, עשוי לטעות. אין בכך כדי להצביע על משוא פנים. תרופתה של הטעות הוא בערעור, לא בפסילה. לבסוף, לא פעם מביע השופט דעה באשר לסיכויי המשפט. אם דעה זו היא "לכאורית" בלבד, תוך שהשופט פתוח לאימוצה של דעה שונה, אין בעצם הבעת הדעה כדי לפסול השופט מלשבת בדין. אין שופט ללא דעה. האיסור אינו על דעה קודמת. האיסור הוא על דעה קדומה (פרשת גלברט, עמ' 605).

27. הצדדים למשפט הם בעלי הדין היריבים. השופט הוא המכריע בסכסוך שביניהם. כאשר אחד הצדדים מעלה טענה בדבר פסלות שופט, לא משתנה המבנה הבסיסי של מהלך המשפט. השופט אינו הופך לצד. הוא ממשיך להיות המכריע האובייקטיבי של הסכסוך בין הצדדים. "האידיך גיסא" לטענת הפסלות הוא

הצד האחר במשפט. כחלק מתפקידו השיפוטי בניהול המשפט, על השופט להכריע בטענת הפסלות המועלית נגדו. בעשותו כן לא משתנה חלוקת התפקידים במשפט, תוך שהצדדים לטענת הפסלות הם הצדדים הרגילים למשפט. משנתן השופט את החלטתו בטענת הפסלות, זו נתונה לערעור, בדומה להחלטות שיפוטיות אחרות. כמובן, נוצר כאן מצב שאינו פשוט, שבו השופט צריך להחליט בעניין הנוגע לו אישית. בשיטת המשפט שלנו אין מנוס ממצב דברים זה. עדיף מצב דברים שבו שופט צריך להחליט בטענת פסילה הנוגעת לו, תוך שמירה על מעמדו במשפט, מהפיכתו של השופט לצד במשפט בו הוא שופט. "תיקונו" של ה"פגם" - הנובע מתוך כך שהשופט צריך להחליט בטענה המועלית נגדו - נעשה בכך שהחלטתו אינה סופית. ניתן לערער עליה בפני בית המשפט העליון (ראה סעיף 77א(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). במשפט המשווה מוכרות שיטות נוספות. כך, למשל, בארצות-הברית (במסגרת הפדרלית) נתונה לכל צד האפשרות לדרוש פעם אחת - ופעם אחת בלבד - את פסילת השופט. משמתבקש השופט לפסול עצמו, הוא חייב לעשות כן (סעיף 144 ל-USCA). בקנדה נשמעת טענת הפסילה על ידי שופט אחר. על החלטתו יש ערעור. כאמור, זה אינו הדין בישראל. אצלנו ניתן להעלות את טענת הפסלות לפי הצורך, תוך שאין הגבלה על מספר הפעמים בהם ניתן להעלות הטענה. ההחלטה בטענה - כבכל טענה אחרת - נעשית על ידי השופט עצמו, תוך פתיחת זכות הערעור במישרין לבית המשפט העליון.

28. התבנית הדיונית של טענות הפסילה קובעת את הדרכים לגיבוש התשתית העובדתית. הצדדים למשפט מציגים את טיעוניהם. השופט (שפסילתו נתבקשה) קובע את התשתית העובדתית. לשם כך אין הוא חותם על תצהיר, ואין הוא מעיד, שהרי הוא אינו צד. קביעת התשתית העובדתית היא חלק מההליך השיפוטי המכריע בטענת הפסלות. כמובן, ניתן לומר כי אין זה ראוי לבסס את התשתית העובדתית על הכרעתו של השופט בעניינו שלו. מבין אני לכוחו של טיעון זה, אך עלי לדחותו. התבנית הדיונית ממשיכה לראות - גם לעניין בקשת הפסילה - את השופט כקובע את עיקרה של התשתית העובדתית וכמפעיל את הדין עליה - הכל כפוף לערעור אפשרי. ההנחה הינה כמובן כי השופט פועל כדין. הנטל מוטל על הצד הטוען לפסלות. נטל זה כבד הוא. משקבע בית המשפט את הנתונים העובדתיים, הם המשמשים בדרך כלל בסיס להכרעתו שלו; הם נתונים, כמובן, לערעור בפני בית המשפט העליון (השווה המרצה 525/63 שמואל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 465, 452; ע"פ 76/87 חליווה נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 412, 420).

מן הכלל אל הפרט

29. הערעור שלפני מבוסס על שני ראשים. האחד, מתמקד במכתבו של ליבוביץ ובתצהיר התומך בו; השני, מתמקד בהחלטות שיפוטיות. חלקן הן החלטות הקודמות לערעור הפסלות הקודם. לטענת המערער, יש

לראות עתה החלטות אלה באור חדש נוכח מכתבו של ליבוביץ. חלקן הן החלטות שיפוטיות חדשות, שנתקבלו מאז ערעור הפסלות הקודם. בשולי הטיעון הוסף, כי העובדה שהפרקליטות ביקשה צו איסור פרסום באשר לבקשת הפסלות, יוצרת תחושה של מחויבות השופטת כלפי תובע הנחלץ לעזרתה. אפנה תחילה למכתבו של ליבוביץ.

30. לטענת ליבוביץ, קיימה השופטת "התייעצות פרטית" עם ידיד. הלה הוא מומחה לכלכלה. בעקבות היוועצות זו גיבשה השופטת דעה מוגמרת באשר לגירסת ההגנה. בהחלטתה קבעה השופטת, כי "התייעצות פרטית" זו לא היתה אלא שיחת אקראי, בנסיבות חברתיות, בנוכחות אנשים נוספים. וכל זאת, עם מכר שאינו בקי בדין ובעובדות. פרטי השיחה נשתכחו ממנה, ולא גרמו לה לגבש דעה כלשהי, לא כל שכן דעה מוגמרת בנושא ההליך. לאור תשתית עובדתית זו איני סבור כי ניתן להעלות טענה של ממש, כי היה בכוחה של שיחת אגב זו להביא ל"נעילת" דעתה של השופטת בפני הטיעונים שהעלו בפניה הצדדים (ראה בג"ץ 2148/94 גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3) 573, 605). דין הטענה, איפוא, להידחות.

31. ליבוביץ טוען, כי השופטת סיפרה לו על שיחה פרטית שקיימה עם פרקליטת המחוז בעניין משך המשפט. פרקליטת המחוז הכחישה דבר קיום שיחה זו. השופטת קבעה כי שיחה כזו לא התקיימה. משכך פני הדברים, לא מצאתי טעם להידרש לשיחה שלא נתקיימה.

32. ליבוביץ מעלה מקבץ של טענות באשר להתבטאויות של השופטת בלשכתה אודות המערער, סניגוריו ועדיו. לטענת המערער מעידות התבטאויות אלה על יחס עויין של השופטת כלפי המערער, ועל כך שגמרה בדעתה להרשיעו. השופטת קבעה כי התבטאויותיה בלשכתה אינן מעידות על דעה קדומה כנגד המערער. עיינתי בתיאור ההתרחשויות בלשכת השופטת, על פי קביעותיה שלה. נחה דעתי, כי אין בהן, כל אחת בנפרד ובהצטברותן, כדי לשמש עילה לפסילתה של השופטת. מטבע הדברים, מחייב ההליך השיפוטי, כי השופטת לא תדיר עצמה מהתייחסות למתרחש בהליך עד למתן פסק הדין. אך טבעי הוא, כי עם התפתחות המשפט מתפתחת במקביל אצל השופטת עמדה פנימית באשר ליחסה לדברי העדים ולעמדות הצדדים. השופטת שומעת ורואה ומגבשת לעצמה דעה באשר למתרחש בפניה. השופטת אינה צריכה להדחיק דעה זו באשר למתרחש בפניה, ואינה צריכה להמתין עד לסיום המשפט. ההליך השיפוטי הוא הליך רציף ומתפתח. ההתפתחויות באולם המשפט משתקפות במחשבות השופטת, תוך שהיא נוקטת עמדה פנימית כלפי האירועים. רק כך תוכל השופטת בהגיע סיום המשפט לנקוט עמדה בשאלות (המשפטיות והעובדתיות) הניצבות בפניה. ברוב המקרים, יוצרת השופטת לעצמה את התרשמותה הפנימית. אך לעתים היא נותנת לה ביטוי חיצוני. אין בכך כדי לפסול אותה. כל שנדרש הוא, שההתרשמויות והעמדות שהתגבשו אצל השופטת. יהיו בעלות אופי

לכאורי בלבד; שדעתה של השופטת תמשיך להיות פתוחה לאפשרות של בחינה מחדשת ושינויים; שהדעה המעוצבת על ידה לא תהא סופית; כי ליבה יהיה פתוח לקלוט רשמים, עובדות ונתונים חדשים; וכי רק בסוף ההליך תבוא ההכרעה הסופית.

33. כך הדבר אם השופטת מתבטאת באולם בית המשפט. על אחת כמה וכמה כך הדבר אם השופטת מתבטאת בלשכתה, בפני המתמחה. השופטת מביעה בפני המתמחה את השקפותיה הראשוניות והלכאוריות. דבר זה מותר הוא. אכן, ההליך השיפוטי מחייב התמודדות אינטלקטואלית מתמדת. החלפת דעות עם מתמחה (או חבר שופט) מעשירה התמודדות זו. היא מעלה היבטים שלא עלו במחשבה ראשונית. היא מחדדת הבחנות. היא מפילה רעיונות נפל. חשיפתו של מתמחה להליך אינטלקטואלי זה של עיצוב ההכרעה השיפוטית מותרת היא. אין היא משחררת את השופטת מאחריותה האישית לשיפוט. זו מוטלת תמיד עליה, ואין היא יכולה להשתחרר ממנה. עם זאת, היא מסייעת בידה בהגשמת תפקידה.

34. נטען בפני כי מכתבו של ליבוביץ מאיר באור חדש החלטות שיפוטיות שנתנה השופטת. חלקן ניתנו לפני החלטתי בבקשת הפסילה הקודמת וחלקן ניתנו לאחריה. דינה של טענה זו להידחות. לא מצאתי בתשתית העובדתית שהונחה בפני, בעקבות מכתבו של ליבוביץ, בסיס לטענה כי ההחלטות השיפוטיות שנתנה השופטת הן פרי דעה קדומה כנגד המערער. מכתבו של ליבוביץ אינו יכול להפיח רוח חיים בטענות דיוניות שהועלו בעבר ונידחו. אין בהן כדי לרפא פגם של שיהוי בכל הנוגע לטענות המתייחסות לאירועים שהתרחשו חודשים לפני הגשת בקשת הפסלות הנוכחית. כל שנותר, איפוא, לדיון הוא טענותיו של המערער המתייחסות להחלטת השופטת מיום 24.11.98. לא מצאתי בהחלטה זו משום עילה לפסילת השופטת. מן ההחלטה עולה, אמנם, כי בין המערער לבית המשפט נתגלעו חילוקי דעות באשר לזימון עדים ולסיום פרשת ההגנה. חילוקי דעות אלה אינם מצביעים על קיומה של עילת פסילה. הדרך לתקיפת ההחלטה היא בבקשת רשות ערעור, ולא בבקשה לפסילת השופטת.

35. בעת שהוגשה בקשת הפסילה על ידי התביעה שהתה השופטת מחוץ לישראל. צו איסור הפירסום נתבקש וניתן שלא על דעתה. משהוסר הצו, קיימה השופטת דיון בבקשת הפסילה לגופה ודחתה אותה. החלטתה מקיפה ומנומקת יפה. אין די בטענה בעלמא של המערער, כאילו ניתן להניח שבקשת איסור הפרסום הסבה נחת או תועלת לשופטת והפכה אותה לבעלת חוב של התביעה. טענה זו זרה היא לתפקיד השיפוטי. עצמאותו ומקצועיותו של השופט מחסנים אותו בפני טענות מסוג זה. המסורת השיפוטית, החינוך השיפוטי, הערכים השיפוטיים - כל אלה מעצבים את התנהגות השופט, וטענה כי מכיוון שהפרקליטות פעלה, כפי

שחשבה לנכון לפעול בנסיבות המקרה על פי חובתה שלה, השופט ירגיש צורך להיטיב עם התביעה, אין לה על מה שתסמוך. לא כך פועלים, ולא כך חושבים, שופטי ישראל.

מטעמים אלה, דין הערעור להידחות.

ניתן היום, כ"ב בניסן התשנ"ט (8.4.99).

ה נ ש י א

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
/דד/A03.99003440