

ניגוד עניינים אצל שופטים: בין דיני פסלות שופט לאתיקה לימור זר-גוטמן

1. מבוא

ניגוד עניינים אצל שופטים בעת ישיבתם בדין הוא סוגיה שנשענת על כמה אדנים – המשפט המנהלי, הדין המשמעתי, דיני הפסלות המשפטיים והאתיקה השיפוטית.¹ המאמר מבקש לעסוק ביחס שבין שני האדנים האחרונים ובעיקר להאיר את האדן הפחות מוכר של האתיקה המקצועית בסוגיית ניגוד העניינים אצל שופטים. באופן זה יש במאמר כדי להצביע על מהותה של האתיקה למול המשפט.

האדן המשפטי הקבוע בסעיף 77א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ובדיני פסלות השופט שהתפתחו בפסיקה (להלן יחד: דיני פסלות שופט) קובע שני סוגי פסלות שופט הנובעים מניגוד עניינים. הראשון, פסלות שבשיקול דעת המבוססת על המבחן הקבוע בסעיף שלפיו על השופט לפסול את עצמו אם יש חשש ממשי למשוא פנים. הפסלות השנייה, פסלות החובה, נקבעה בתיקון החוק בתשס"ד.² המאמר, הנמצא בשער האתיקה בספר זה, לא ינתח את דיני פסלות השופט בשאלת ניגוד העניינים אצל שופטים.³ מנגד, הוא יעסוק בהרחבה באדן של האתיקה המקצועית הקבוע מתי נוצר ניגוד עניינים אתי.

* אני מבקשת להודות לנטע זיו ויגאל מרזל על הערותיהם המצוינות לטיוטה קודמת של המאמר.
1 ראו יגאל מרזל דיני פסלות שופט 29-43 (תל אביב: ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, 2006).

2 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (תיקון מס' 39), ס"ח התשס"ד 320, 329; יש עילות פסלות שאינן נובעות מניגוד עניינים. לדוגמה, פסלות שופט בגלל התנהגות באולם המשפט או בשל דעה קדומה. ראו מרזל דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 173-199, 291-309.

3 נושא זה נדון בהרחבה במרזל, דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 1.

הקביעה שנוצר ניגוד עניינים אתי אין בה כדי לבסס עילת פסלות משפטית לפי דיני פסלות השופט, אך היא מטילה על השופט חובות אתיות.

הגישה המוצעת במאמר מבקשת להבחין בין ניגוד העניינים המשפטי, מכוח דיני פסלות השופט, לבין ניגוד העניינים האתי, מכוח חזקת הנאמנות האתית. האתיקה המקצועית מטילה על השופט את החובה האתית שלא להיעצר בדיני פסלות השופט. במצב שבו הכלל המשפטי מוביל למסקנה שאין לחייב פסילה, על השופט להמשיך וליישם גם את המבחן לקביעת ניגוד עניינים אתי. המבחן המוצע קובע שניגוד עניינים אתי נוצר במקום שבו יש בהמשך ישיבת השופט בדין פגיעה במראית פני הצדק מנקודת מבט כללית-קולקטיבית של כלל הציבור שאת אמונו מבקשת מערכת השפיטה.

כדי להבין את הגישה המוצעת והרציונלים לה יש להבין תחילה את מובנה של האתיקה המקצועית ככלל והאתיקה השיפוטית בפרט. הפרק הראשון יציג את ההתפתחות שעברו, ועדיין עוברים, כללי האתיקה השיפוטית בישראל. הפרק גם יגדיר את גבולה של האתיקה המקצועית ביחס לעולם המשפט, באמצעות הבחנה שמציע פרופ' אסא כשר. הפרק יראה כי ההבחנה בין ניגוד העניינים המשפטי לפי דיני הפסלות לניגוד העניינים האתי כבר קיימת למעשה – בפעולת נציבות תלונות הציבור על שופטים ובכללי האתיקה לשופטים משנת 2007.

הפרק השני יעסוק בניגוד העניינים האתי המורכב משני חלקים. הראשון, המבחן לקיומו של ניגוד העניינים האתי. המאמר ינמק מדוע המבחן של פגיעה במראית פני הצדק הוא המבחן הראוי והמתאים לשמש כלל אתי. חלקו השני של ניגוד העניינים האתי עוסק בחובות האתיות המוטלות על השופט, מקום שבו נוצר ניגוד עניינים אתי לפי המבחן המוצע.

הפרק השלישי ינתח את מובנו של מושג אמון הציבור במערכת השפיטה. הבנת מושג זה חיונית, גם היא, להבנת הגישה המוצעת במאמר. הפרק יסביר כי אמון הציבור המוסדי במערכת השפיטה מורכב משתי נקודות מבט שמשקפות בסוגיית ניגוד העניינים. הראשונה, האישית-פרטנית, זו של הצדדים לדין המבקשים שבעניינם ידון שופט ניטרלי. נקודת המבט השנייה היא הכללית-קולקטיבית של כלל הציבור המבקש לבחון אם נשמרת האובייקטיביות השיפוטית בבתי המשפט. המבחן האתי בדבר פגיעה במראית פני הצדק משקף רק את נקודת המבט הכללית-קולקטיבית, ואילו המבחן בדיני הפסלות משקף בעיקר את נקודת המבט האישית-פרטנית.

הפרק הרביעי יבחן את הגישה המוצעת על ידי בחינת מקרים אחדים שבהם הועלו טענות לפסילת שופט בגין ניגוד עניינים. שני המקרים הראשונים מקורם בשיטת המשפט שלנו. במקרה הראשון, עניין העיתונאי יואב יצחק והשופט אור, דובר בקשרי חברות של השופט עם בא כוח אחד הצדדים שהופיע לפניו. במקרה השני, עניין השופטת כהנא, דובר בהיכרות מוקדמת – קשרי משפחה וקשרי עבודה קודמים בין השופטת למומחה הרפואי שמונה על ידיה בתיקים שבהם ישבה. המקרה השלישי, החלטת שופט בית המשפט העליון האמריקני סקליה, עוסק ביחסי חברות של השופט עם אחד הצדדים לדיון. המקרה הרביעי, החלטת בית הלורדים באנגליה בפרשת פינושה II, עוסק בעניין אישי של השופט בתוצאות ההליך שבו הוא יושב. בפרק האחרון אסכם.

2. אתיקה מקצועית של שופטים והשלכתה על סוגיית ניגוד העניינים

כללי אתיקה אינם חלק ממערכת המשפט, גדר מפרידה בינם ובין המשפט. הגדר אינה אטומה, כך שיש מקרים שבהם כלל אתי יהפוך לכלל משפטי. אך כל עוד נותר הכלל בצד האתיקה של הגדר, הוא אינו מחייב מבחינת מערכת המשפט.⁴ בשונה מעולם המשפט, מטרת כללי האתיקה אינה להעניש אלא להביא לתיקון המעוות, להבטיח שההתנהגות לא תחזור. לדוגמה, כללי האתיקה של עורכי הדין קרויים בטעות כך, שכן אין מדובר בכלל אתי אלא בכללים משפטיים שבצדם סנקציה משפטית של העמדה לדין משמעת.

המקור הראשון לכללי האתיקה לשופטים נמצא בכללים שפרסמה ועדת שמגר בשנת 1993. כללים אלו הם תוצר של הוועדה לבחינת נושא האתיקה המקצועית של השופטים בראשות הנשיא בדימוס משה לנדוי,⁵ הצעות, תיקונים ודיונים שהחלו בשנת 1984.⁶ המבוא לכללים, שנכתב בידי הנשיא שמגר, מציין כי

4 דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 51 (1998).

5 ועדה לבחינת נושא האתיקה המקצועית של השופטים, עלון מערכת השיפוט 6, 1 (התשמ"ה).

6 בג"צ 1622/00 יצחק נ' נשיא בית המשפט העליון, פ"ד נד(2) 54, 63 (2000) (להלן: עניין יצחק). מרדכי בן-דרור 'כיצד קובעים כללים להתנהגות שופטים' המשפט 13, 91, 100-102 (2002).

'הכללים ישמשו חומר מנחה ומדריך לכל מי שמצטרף למערכת השיפוט ומבקש ללמוד את כלליה'.⁷ הלכה למעשה יש לכללים אלו, שנועדו להנחות את השופטים, משקל רב.⁸

שאלת תוקפם של כללי האתיקה הללו לשופטים עמדה במוקד שתי החלטות בית המשפט העליון בעניין הורוביץ ובעניין יצחק.⁹ בעניין הורוביץ ציין השופט אור כי לכללי האתיקה הללו אין מעמד מחייב וכי יש לנהוג לפי הפרקטיקה המקובלת בקרב שופטים.¹⁰ על החלטת השופט אור בעניין הורוביץ הגיש העיתונאי יואב יצחק עתירה לבג"ץ שבה התבקש בית המשפט להורות לשר המשפטים ולנשיא בית המשפט העליון להצהיר על תוקפם המחייב של כללי האתיקה לשופטים.¹¹ הבקשה נדחתה וניתן לכך הסבר זה:

כללי האתיקה לא עוגנו בחקיקה. הם היו ונתרו, ככל שיועדו ונועדו להיות, 'חומר מנחה ומדריך'. בשאלה אם ועד כמה יש להם כוח משפטי מחייב, עשויות להיות דעות שונות. אך בדבר היותם בעלי משקל מוסרי רב, דומה שאין ואף לא יכולה להיות מחלוקת.

7 כללי אתיקה שיפוטית, התשנ"ג-1993 (להלן: כללי האתיקה השיפוטית של ועדת שמגר). הקוד האתי לשופטים בקנדה שפורסם בשנת 1998 מחיל הוראה זהה שלפיה לקוד יש אופי מנחה בלבד, ואין להשתמש בהוראותיו כרשימה של התנהגויות אסורות. ראו Canadian Judicial Council, Ethical Principles for Judges, 10 NATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 261 (1999).

8 הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים דוח הוועדה 82 (התשס"א).

9 עניין יצחק, לעיל ה"ש 6; ע"פ 1182/99 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 49, פס' 3(א) (2000) (להלן: עניין הורוביץ). לדיון בפרשה ראו סעיף 5 במאמר.

10 שם, פס' 3(ג). ראו גם דברי הנשיא ברק לשופטים חדשים שלפיהם 'רוב רובם של כללי האתיקה הם טבעיים לכל שופט, והוא מתנהג על פיהם אינטואיטיבית'. אהרן ברק 'אתיקה שיפוטית' אהרן ברק מבחר כתבים כרך א 1023, 1027 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, שריגים: נבו, 2000). לדעתי, לאוסף ההלכות בעניין התנהלות שופט ראוי לקרוא 'משפט מקובל' ולא 'פרקטיקה מקובלת'. אך הבחירה באחרון מכוונת משתי סיבות. ראשית, כללי המשפט המקובל מחייבים משפטית. לעומתם, פרקטיקה הנוהגת בקרב שופטים נעדרת כל חיוב משפטי, תכונה המועדפת על השופטים. שנית, יתרון נוסף שיש לפרקטיקה המקובלת על כללי המשפט המקובל הוא היכולת להחליט באופן סובייקטיבי כפי שעושה השופט אור בעניין יצחק.

11 עניין יצחק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 60-61.

כוחם של הכללים נובע הן מן ההכרה בסמכותו המוסרית של נשיא בית המשפט העליון לקבוע הנחיות לאורחות ההתנהגות המצופים משופטים, והן מן העובדה שביחס למידות האתיות הראויות לשופטים, לא נקבעו ולא פורסמו כללים אחרים. ככל שידיעתנו מגעת, ציבור השופטים אכן מכיר בחשיבותם של כללי האתיקה, ורבים מן השופטים, המתלבטים בשאלה אתית, אכן נוטים ונוהגים לחפש בהם מענה לשאלה המטרידה אותם. אנו סבורים שגישה זו משקפת דרך ראויה ורצויה. כל עוד לא נקבעו כללים אחרים, ולא הוכרו על ביטולם של הכללים הקיימים או על שינויים, חזקה על כללי האתיקה שיוסיפו להנחות את השופטים בשאלות שבהן ייתקלו. אין משמעות הדבר, שבכל מקרה שבו ינהג שופט שלא על פי האמור בכלל מכללי האתיקה, יהיה זה נכון לייחס לו התנהגות שאיננה אתית. אלא שבגיבוש עמדתו, ביחס להכרעה שיש או עשוי להיות לה גם פן אתי, ראוי לשופט לייחס משקל גם להנחיה הבאה לידי ביטוי בכללי האתיקה.¹²

השלב הבא בפיתוח כללי האתיקה לשופטים החל בשנת 2002, עם מינויה של הוועדה 'לניסוח כללים חקוקים של אתיקה שיפוטית'.¹³ כתב המינוי, שנחתם על ידי הנשיא דאז ברק, מציין שכללי האתיקה השיפוטית הקיימים הם 'בעיקרם חלק מ"המשפט המקובל נוסח ישראל" המעוגן בפסיקתם של בתי המשפט'. ולכן, מסביר כתב המינוי 'הגענו לכלל מסקנה כי מן הראוי הוא שכללים אלה ילכשו לכוש של כללים חרוטים וחקוקים'.¹⁴ הוועדה גיבשה טיוטת כללים לאחר הערות שהתקבלו מציבור השופטים ומנציבות תלונות הציבור על שופטים. מטרת מערכת השפיטה הייתה לעגן בחקיקה את כללי האתיקה החדשים בלי לקבוע שהם מחייבים משפטית. לשם כך היה צורך לתקן את חוק בתי המשפט כך שתיתן בו הסמכה לנשיא בית המשפט העליון לקבוע בחקיקת משנה כללי

12 שם, בעמ' 63.

13 כתב המינוי של הוועדה מיום 11/8/2002.

14 שם.

אתיקה לשופטים.¹⁵ הצעת החוק בעניין נדונה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. בניגוד לעמדת מערכת השפיטה סברה הוועדה כי אין די בחקיקת כללי האתיקה לשופטים, אלא יש לקבוע בחוק שהפרתם היא משום עילה להעמדה לדין משמעותי.¹⁶ הצעת ועדת החוקה היא שהתקבלה לבסוף בכנסת. כיום קובע סעיף 16א לחוק בתי המשפט שנשיא בית המשפט העליון, בהתייעצות עם חבר שופטי בית המשפט העליון ושר המשפטים, מוסמך לקבוע בחקיקה כללי אתיקה לשופטים. תוקן גם סעיף 18 לחוק בתי המשפט הקובע את עילות העמדת שופט לדין משמעותי¹⁷ והוספה לו עילה חמישית – 'השופט הפר כלל מכללי האתיקה לשופטים שנקבעו לפי סעיף 16א.

בחודש יוני 2007, הנשיאה הביאה לידי מימוש את הסמכתה, וכללי האתיקה לשופטים פורסמו בתקנות. בעקבות תיקון סעיף 18 לחוק בתי המשפט הוסף בכללי האתיקה לשופטים סעיף 2(ב), שלא היה קיים בטיוטת הכללים, ולפיו: 'שופט ייראה כמי שהפר כלל מכללי האתיקה לשופטים באופן המאפשר הגשת קובלנה לבית הדין המשמעותי לשופטים, אם התנהגותו בניגוד לכללים עולה כדי התנהגות של שופט שלא כהלכה במילוי תפקידו או כדי התנהגות שאינה הולמת את מעמדו

15 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מספר 43) (כללי אתיקה לשופטים), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 532.

16 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 23 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (4.7.2006); פרוטוקול ישיבה מספר 30 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (11.7.2006). אציין כי בשתי הישיבות הופעתי לפני הוועדה לאחר שזומנתי על ידיה כמומחית החוקרת את התחום. בהופעותיי לפני הוועדה הצגתי את עמדתי התומכת בקביעת כללים שיהיו מחייבים משפטית כדי לחזק את אמון הציבור במערכת השפיטה.

17 ארבע העילות הכלולות בסעיף 18, הן: (1) השופט נהג שלא כהלכה במילוי תפקידו; (2) השופט התנהג באופן שאינו הולם את מעמדו של שופט בישראל; (3) השופט הורשע בעברה שבנסיבות העניין יש בה משום קלון; (4) הוועדה מצאה שהשופט השיג את מינויו שלא כדין. בית הדין המשמעותי של השופטים מורכב משופטים הממונים בידי נשיא בית המשפט העליון. בית הדין פועל כאשר שר המשפטים מגיש קובלנה משמעותית נגד שופט המבוססת על אחת מהעילות המנויות לעיל. השר מקבל את החלטתו לאחר שהפרקליטות מסיימת לחקור את העניין ומעבירה אליו את חוות דעתה. יצוין כי העמדה לדין משמעותי של שופטים היא עניין נדיר למדי. מקום המדינה ועד היום הופעל הדין המשמעותי כעשרים ואחת פעמים. אין בנדון זה כדי להעיד על חוסר האפקטיביות של הדין המשמעותי. נהפוך הוא, פעמים רבות די בעצם ההחלטה להעמיד לדין משמעותי כדי שהשופט יקדים ויתפטר מכהונתו. ראו הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים דין וחשבון 77-78 (2001).

של שופט בישראל'. בכך צומצמה במידה ניכרת העילה החמישית שהוספה לסעיף 18 לחוק בתי המשפט שהיא כעת מעין חזרה על עילות אחרות הקבועות בסעיף.¹⁸ סוגיית ניגוד העניינים אצל שופט מוסדרת בכללים 14-15 לכללי האתיקה החקוקים, שבהם אדון בהמשך. סוגיית ניגוד העניינים האתי ראויה לבוא בגדר כללי האתיקה לשופטים. אי-אפשר להסתפק בדיני הפסלות, מפורטים ככל שיהיו, ויש צורך גם בכלל אתי העוסק בניגוד עניינים. הסיבות לכך נעוצות באופייה המיוחד של האתיקה המקצועית בהשוואה למשפט. כדי להבין סיבות אלו ואת האופן שבו יש בהן כדי לעצב את הכלל האתי המוצע במאמר, אנו נדרשים לחדר את ההבחנה שכבר הוצגה לעיל בין המשפט לאתיקה המקצועית.

פרופ' כשר מסרטט את היחס שבין האתיקה המקצועית לעולם המשפט באמצעות הבחנה בין הסף לרף. לגישתו, החלק שמהסף ועד הרף, הקרוי 'מתחם הבינוני', מייצג את ההתנהגות המותרת לפי החוק. החלק בגובה הסף או מתחת לו מייצג התנהגות המפרה את החוק ומובילה לסנקציה משפטית הקבועה בחוק. ואילו החלק שמהרף ומעלה מייצג את האתיקה המקצועית שהיא אידאל ההתנהגות הראויה שיש לשאוף לה. פעולה בגובה הרף ומעלה היא במתחם הראוי של ההתנהגות לפי האתיקה המקצועית. לפי הבחנה זו, פעולה במתחם הבינוני שבין הסף לרף תהיה התנהגות נכונה לפי החוק, שהרי היא מעל הסף, אך בלתי ראויה מבחינת האתיקה, שהרי היא מתחת לרף. תגובה נאותה על פעולה במתחם הבינוני אינה הפעלת מערכת הענישה המשפטית, שכן אין כאן הפרה של החוק, אלא חינוך והדרכה שמטרתם להעלות את רמת הפעילות לגובה הרף ואף למעלה ממנו.¹⁹

יישום ההבחנה לעיל של פֶּשֶׁר על מקרים של ניגוד עניינים אצל שופטים מראה כי במתחם הבינוני שבין הסף לרף נמצאים כל המצבים שהוכרו בדיני פסלות השופט ככאלה שיש בהם חשש ממשי למשוא פנים. מצבים אלו מחייבים הפעלת הסנקציה המשפטית הקבועה בסעיף 77א – פסילת השופט מלשבת בדין. מנגד, מצבים שלא הוכרו בדיני פסלות השופט כמקיימים אחר התנאי של חשש ממשי למשוא פנים, אך עדיין נוצר בהם ניגוד עניינים אתי, שייכים לחלק שמהרף

18 כללי אתיקה לשופטים, התשס"ז-2007, ק"ת 6591 (להלן: כללי אתיקה לשופטים, 2007).
19 אסא כשר 'אתיקה, משפט ושיפוט' ספר שמגר – מאמרים כרך ב 433, 440-445 (אהרן ברק יו"ר המערכת, תל אביב: ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, 2003).

ומעלה, בהיותם משקפים את אידאל האתיקה השיפוטית. במצבים אלו אין החוק מחייב פסילת השופט, אך האתיקה המקצועית מטילה חובה על השופט להיות קשוב לאידאל המקצועי שלו ולפעול לפי חובותיו האתיות שיפורטו בהמשך. שופט הנאמן לאתיקה המקצועית שלו לא יסתפק במצב שבו הוא אינו יושב בדין לאור דיני פסלות השופט, אלא יפעל לפי חובותיו האתיות במקרה שבו נוצר ניגוד עניינים אתי.

הכלל האתי בדבר ניגוד עניינים אתי מחייב לא כיוון שכך קובע החוק, אלא כיוון שעל כל שופט לפעול לפי 'חזקת הנאמנות האתית'. כְּשֶׁר מסביר שלכללי אתיקה של מקצוע יש תוקף מחייב לא מכוח החוק, אלא בזכות 'חזקת הנאמנות האתית', שהיא תודעת החובה של אנשי המקצוע שלא תיתכן פעילות מקצועית בלעדי אתיקה.²⁰ חזקת הנאמנות האתית כמקור החיוב לביצוע הכלל האתי באה לתת מענה לעמדה שהציג בית המשפט בעניין יצחק, עמדה שצוטטה לעיל,²¹ שלפיה הפעלת כללי האתיקה נתונה להכרעתו האישית של כל שופט.. חזקת הנאמנות האתית היא שהופכת את הציות לכלל האתי למחייב את השופט, שהרי לא ייתכן שיפוט מקצועי ללא אתיקה מקצועית המופעלת הלכה למעשה.²²

לפי כשר, חשיבות חזקת הנאמנות האתית טמונה בהיותה אחד מנדבכי האמון של הציבור באנשי המקצוע. אצל אנשי מקצוע אמון הציבור מבוסס לא רק על ההנחה שהם פועלים לפי חובותיהם האתיות (חזקת התקינות האתית), אלא גם על העובדה שהם כפופים למרות גוף המפקח עליהם. למשל, הצבא כפוף למרות הממשלה, ועורכי הדין כפופים למרות לשכת עורכי הדין. אצל השופטים הכפיפות הזאת חלשה יותר הואיל והשופטים נהנים מאי-תלות אישית, ומערכת השפיטה מאי-תלות מוסדית.²³ לכן אמון הציבור בתקינות המקצועית של השופטים נשען

20 שם, בעמ' 462-463.

21 לעיל ה"ש 12 (מתוך עניין יצחק, לעיל ה"ש 6).

22 כשר, 'אתיקה, משפט ושיפוט', לעיל ה"ש 19, בעמ' 463.

23 הכוונה לאי-תלות המוסדית המתייחסת לרשות השופטת בכללותה ולא-תלות אישית המתייחסת לכל שופט כשלעצמו. לאי-תלות האישית יש שני מובנים: הראשון – שבמילוי תפקידו אין על השופט מרות זולת מרותו של החוק וצו מצפוננו; השני – שכהונת השופט מובטחת מפני התערבות (שכר, כהונה עד הפנסיה). להרחבה ראו שמעון שטרית 'ארבעים שנה למשפט החוקתי: התפתחויות בדיני חוקה – סוגיות נבחרות' משפטים יט 573, 575 (1990).

עוד יותר על חזקת התקינות האתית, על ההנחה שהשופט מקיים אחר חובותיו האתיות.²⁴

חשיבות האתיקה המקצועית בחיזוק אמון הציבור במערכת השפיטה עולה גם מהיבט נוסף של האתיקה המקצועית. תאוריות סוציולוגיות העוסקות במהותה של פרופסיה עמדו על חשיבותם של כללי אתיקה בחיזוק מעמד הפרופסיה על ידי שמירת האוטונומיה והמונופול שלה. לטענתן, כללים הצהרתיים אלה מציגים לפני הציבור את אנשי הפרופסיה כמי שמכפיפים את עצמם לנורמות מקצועיות מיוחדות, והדבר מוביל לחיזוק אמון הציבור בהם.²⁵ כללי האתיקה לשופטים משנת 2007 עומדים על קשר זה במבוא לכללים שבו נאמר כי 'תנאי מוקדם ליכולתו של שופט לשמש בכהונתו הוא זה, שהקהילה תרחוש אמון לרשות השופטת'.²⁶ במובן זה, כלל אתי המקיים את החובות האתיות של השופט במקום שבו נוצר ניגוד עניינים אתי, יכול לתרום לחיזוק אמון הציבור במערכת השפיטה. על משמעותו של מושג אמון הציבור במערכת השפיטה אעמוד בהרחבה בפרק השלישי.

ההבחנה המוצעת בין ניגוד העניינים המשפטי המבוסס על דיני הפסלות לניגוד העניינים האתי כבר מופעלת הלכה למעשה על ידי נציבות תלונות הציבור על שופטים. לפי החוק, הנציבות אינה מוסמכת לטפל בבקשות לפסלות שופט בעילה של חשש ממשי למשוא פנים.²⁷ בחוות דעת שהוציאה הנציבות שכותרתה 'ניגוד עניינים ומראית פני ניגוד עניינים' מבהירה הנציבות כי היא מוסמכת לטפל בתלונות שעניינן מצב שבו יש מראית עין של משוא פנים, בניגוד לטענות של חשש ממשי למשוא פנים המוסדרות רק במסגרת דיני הפסלות.²⁸ נציבות תלונות

24 כשר, 'אתיקה משפט ושיפוט', לעיל ה"ש 19, בעמ' 464.

25 ANDREW ABBOTT, THE SYSTEM OF PROFESSIONS: AN ESSAY ON DIVISION OF EXPERT LABOR §61 (Chicago: University of Chicago Press, 1988)

26 כללי אתיקה לשופטים, 2007, לעיל הערה 18, מבוא. גם כללי האתיקה השיפוטית של ועדת שמגר ציינו עובדה זו. ס' 4 לכללים, לעיל ה"ש 7. ראו עוד ברק, 'אתיקה שיפוטית', לעיל ה"ש 10; יעקב מלץ 'אתיקה שיפוטית' ספר לנדוי כרך ב 617 (אהרן ברק ואלניער מזוז עורכים, תל אביב: בורסי, 1995).

27 ס' 17(5) לחוק נציב תלונות הציבור על שופטים, התשס"ב-2002.

28 'ניגוד עניינים ומראית פני ניגוד עניינים' נציבות תלונות הציבור על שופטים חוות דעת מספר 3/08 (9.4.2008). מובאים שם מקרים לדוגמה שטופלו בנציבות, מנקודת מבט של מראית עין של ניגוד עניינים. חוות הדעת נמצאת באתר האינטרנט של הנציבות: www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/C0956F72-A486-4242-B18F-DACCF922D9C8/10095/308.pdf (אתרי האינטרנט במאמר זה אוחזרו לאחרונה בינואר 2009). ראו גם, 'דין וחשבון שנתי

הציבור על שופטים רואה עצמה כמי שעוסקת בדין האתי-משמעתי של שופטים.²⁹ ולכן היא אכן בודקת תלונות שמעלות טענה לניגוד עניינים אתי – זה שאינו מבסס עילת פסלות לפי דיני פסלות השופט. כך לדוגמה, הנציבות מבררת תלונות הנוגעות לחילופי דברים בין בעל דין או בא כוחו לבין בית המשפט כאשר הצד שכנגד אינו נוכח, ואינן עולות כדי חשש ממשי למשוא פנים. במקרים אלו בוחנת הנציבות אם יש מראית עין של משוא פנים.³⁰

ההבחנה המוצעת עולה גם מכללי האתיקה לשופטים שפורסמו בתקנות.³¹ כלל 15 לכללים העוסק בהימנעות מלשבת בדין מאמץ את הוראת סעיף 77א המתוקן, אך מוסיף עילות נוספות שאינן נכללות בדיני פסלות השופט. הוועדה שניסחה את טיוטת הכללים ציינה כי:

דעת הרוב היתה כי בסוגיות מסוימות ראוי להרחיב את נוסח החוק על דרך ההחמרה. כך נעשה אפוא בעניין הגדרת 'בן משפחה' – השונה מהגדרות החוק, וכך נעשה גם בהוספתם של כללים 15(ב) (4)–(7) ו-15(ו) שנועדו לסייע לשופטים ולהנחותם במקרים ספציפיים שאינם מוסדרים בחוק אך עלול להתעורר בהם חשש לניגוד עניינים.³²

הערת הוועדה מעידה כי המקרים שהוספו אינם מקיימים את המבחן של חשש ממשי למשוא פנים, שכן עלול להתעורר בהם רק 'חשש לניגוד עניינים', אך עדיין מבחינת האתיקה השיפוטית יש בכך כדי למנוע מהשופט לשבת בדין. כך לדוגמה,

לשנת 2004 נציבות תלונות הציבור על שופטים, עמ' 147, חוות דעת מס' 17, פס' 5 לחוות הדעת (18.4.2004) (להלן: חוות דעת הנציבות מיום 18.4.2004). חוות הדעת נמצאת באתר האינטרנט של הנציבות: www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/1FBD70E2-6DE6-48C5-A1E1-FB7AF620E1DC/2815/part7.pdf

29 טובה שטרסברג-כהן ומורן סבוראי 'ביקורת על שופטים במישור האתי-משמעתי' משפט וממשל ט 371 (2006).

30 'חילופי דברים בין בעל דין או ב"כ לבין בית המשפט שעה שהצד שכנגד אינו נוכח' נציבות תלונות הציבור על שופטים חוות דעת מספר 4/08 (14.5.2008) חוות הדעת נמצאת באתר האינטרנט של הנציבות: www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/1E4DC758-DBCB-4E73-80BD-A751B4204B02/10661/408.pdf

31 כללי אתיקה לשופטים, 2007, לעיל ה"ש 18.

32 טיוטת כללי אתיקה לשופטים, התשס"ד-2004, 'הערות הועדה לכלל 15'.

אחת העילות שהוספה בכללים נוגעת להימנעות מלשבת בדין כאשר 'עורך הדין המייצג בעל דין היה שותפו של השופט ולא חלפו לפחות חמש שנים מאז היותם שותפים'.³³ דיני פסלות השופט לא מחייבים מפורשות פסלות במקרה זה, ובכל מקרה יש ליישם את מבחן 'החשש הממשי למשוא פנים' על נסיבותיו.³⁴ כך שהוראת הכללים באה להוסיף עילת פסלות נוספת שאינה משפטית, אלא אתית. הדרך שבה נוקטים כללי האתיקה השיפוטית היא להוסיף עילות לפסלות, ואילו הדרך שאני מצדדת בה היא קביעת מבחן אתי שאותו יישם השופט על נסיבות כל מקרה. אמנם הדרך שונה, אך הבסיס לה משותף – הכרה בקיומו של ניגוד עניינים אתי הנוצר במקום שבו אין ניגוד עניינים משפטי לפי דיני הפסלות.

3. ניגוד עניינים אתי: מתי נוצר ומה הן החובות בעקבותיו

סוגיית ניגוד העניינים אתי מורכבת משני חלקים. הראשון, המבחן הקובע מתי נוצר ניגוד זה. החלק השני נוגע לחובות האתיות שעל השופט ליישם במקרה שבו הפעלת המבחן המוצע מביאה למסקנה שאכן ישנו ניגוד עניינים אתי. שתי השאלות שלובות זו בזו, שכן החובות האתיות של השופט קמות רק במקרה שבו קבע המבחן כי אכן יש ניגוד עניינים אתי. אתחיל בחלקה הראשון של הסוגיה. המבחן המוצע לקביעה אם נוצר ניגוד עניינים אתי הוא הפגיעה במראית פני הצדק. השיקול של פגיעה במראית פני הצדק הוא שיקול שמועלה על ידי בתי המשפט במקרים נדירים, כבואם להכריע במקרים גבוליים של פסלות שופט.³⁵ דהיינו, גם במתחם הבינוני שבין הסף לרף ייתכן שיופעל השיקול הזה. אך בשונה מהכלל האתי המוצע, אין זו אמת המידה העיקרית. לשון סעיף 77א ברורה בקבעה

33 שם, כלל 15(ב)5). ליישום הכלל ראו החלטת ועדת האתיקה לשופטים מספר א/75/08 מיום 6/5/2008, פורסמה באתר: <http://ethics.court.gov.il/EthicsPublication/decisionsList.aspx>

34 מרזל, דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 249-250.

35 מרזל, דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 34 ובעמ' 103-104; מאיר שמגר 'על פסלות שופט – בעקבות ידיד תרתי משמע' גבורות לשמעון אגרנט (אהרן ברק, רות גביוון, חיים כהן, יצחק זמיר, נפתלי ליפשיץ, משה לנדוי, שניאור זלמן פלר, מרדכי קרמניצר ויורם שחר עורכים, ירושלים: חמו"ל, 1987), 87, 91-92 (לדעת שמגר מראית פני הצדק בעיני האדם הסביר והציבור הרחב, ובוודאי בעיני בעל דין, אינה מהווה עילה לפסלות שופט. רק סכנה אמיתית של עיוות הצדק, כפי שמעריך אותה בית המשפט, תביא לפסילה).

פסילת שופט שבשיקול דעת רק במקרה ש'קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי בניהול המשפט'. אמת המידה היחידה לפי הסעיף היא אם יש חשש ממשי למשוא פנים בפועל מצד השופט ולא מראית פני הדברים או כיצד נתפסת התנהגותו של השופט.

מבחן מראית פני הצדק אינו מתאים לשמש מבחן משפטי, כיוון שהוא אינו ברור וקשה ליישום. סעיף 77 מבקש לקבוע מבחן אובייקטיבי שיוביל כל שופט בנסיבות זהות לאותה מסקנה, ואילו מבחן הפגיעה במראית פני הצדק מבוסס יותר על מבחן סובייקטיבי.³⁶ כמה וכמה שיקולים נוספים, שלא כאן המקום לפרטם, מובילים למסקנה שמבחן מראית פני הצדק אינו המבחן המצוי והראוי לפי סעיף 77א.³⁷ מנגד, מבחן זה ראוי ומתאים לשמש מבחן של כלל אתי משתי סיבות. הראשונה נוגעת למהותו של כלל אתי, ואילו הסיבה השנייה נוגעת למטרה שמבחן זה נועד להשיג.

כלל אתי מעצם מהותו מחייב ליישם עקרונות אבסטרקטיים על נסיבות קונקרטיות של כל מקרה ומקרה, אגב הפעלת שיקול דעת עצמאי, מורכב ויצירתי.³⁸ כלל אתי אינו מוליך, בהכרח, לתשובות מוחלטות וברורות.³⁹ הדרישה

36 שם, בעמ' 92.

37 לפירוט שיקולים אלו ודיון בהם ראו שם, בעמ' 105-114. המחבר מגיע למסקנה ברורה שלפיה מבחן מראית פני הצדק אינו המבחן בדין הישראלי בשאלת הפסלות לפי שיקול דעת וכי אין הוא מתאים לשמש מבחן. ראו גם יששכר (איסי) רוזן-צבי 'האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות' משפט וממשל ח 49, 84-92 (2005) (רוזן-צבי טוען כי הסיבה לאי-קבלת מבחן מראית פני הצדק בדיני הפסלות נובעת מפרויקט ההתמקצעות של השופטים שבו הם מבקשים לנכס לעצמם גוף ידע בלעדי ובכך לשמר את מעמדם הפרופסיונלי. רוזן-צבי מסביר כי באמצעות כללי הפסלות 'יוצר בית המשפט דיכוטומיה בין הידע העממי באשר ל"מהו צדק" ובין הידע המקצועי של השופטים. היכולת להבחין ב"עשיית הצדק" נתונה רק לשופטים ואילו "מראית פני הצדק" אשר לאמיתו של דבר אינו צדק כלל ועיקר, מקומה אצל הציבור הרחב (ובכלל זה גם עורכי הדין). באמצעות כללי הפסלות מכונן בית המשפט סוג ידע חדש – היכולת להבחין בין "עשיית הצדק" לעומת "מראית פני הצדק" – ובה בעת מכונן את השופט המקצועי כבעל המונופול על אותו גוף ידע'. שם, בעמ' 90.

38 פרופ' סיימון מגדיר את שיקול הדעת הנדרש באתיקה 'a judgment that applies relatively abstract norms to a broad range of the particulars of the case at hand' נורמות אבסטרקטיות יחסית על טווח רחב של פרטי המקרה האמור'; התרגום שלנו. ראו WILLIAM H. SIMON, THE PRACTICE OF JUSTICE: A THEORY OF LAWYERS' ETHICS 10 (1998)

39 ראו לימור זריגוטמן 'הוראת האתיקה המקצועית כחלק מהחינוך המשפטי בישראל' מחקרי משפט כג 89, 101 (2006). מהותה זו של האתיקה מחייבת את השופטים להפעיל 'תבונה

מהשופט לפעול לפי חובותיו האתיות במקום שיש פגיעה במראית פני הצדק מחייבת אותו להפעיל קריטריון אבסטרקטי על נסיבות המקרה. מדובר בשיקול דעת מורכב ויצירתי, שכן השופט נדרש לבחון את רגשות הציבור המתבונן על ההליך. מבחן זה אינו מסתפק בקביעה האובייקטיבית לפי סעיף 77א שאין חשש ממשי למשוא פנים, אלא דורש מהשופט להוסיף ולשקול את המשך ישיבתו בדין בעיני הציבור. אמנם הציבור בדרך כלל אינו מבין את יכולתו של השופט לעבוד ביעילות ולהכריע בסכסוך הכרעה הוגנת, אך זהו הציבור שאת אמונו מבקשים כללי האתיקה להשיג. ולכן מבחינת מהותו תואם מבחן מראית פני הצדק את אופייה של האתיקה המקצועית.

הסיבה השנייה שבשלה מבחן מראית פני הצדק תואם כלל אתי נוגעת למטרת כללי האתיקה לעומת מטרת דיני הפסלות. אחת המטרות המרכזיות של כללי האתיקה היא להביא לחיזוק אמון הציבור במערכת השפיטה. מבחן מראית פני הצדק מכוון בדיוק למטרה זו, שכן לב לבו של המבחן הוא השאלה כיצד נתפס המשך ישיבתו של השופט בדין בעיני הציבור; אם יש בכך כדי לפגוע במראית פני הצדק. לעומת זאת מטרת דיני פסלות השופט בישראל היא לשמור על האובייקטיביות השיפוטית. מטרת דיני הפסלות אינה לקדם את אמון הציבור במערכת השפיטה, שכן ממילא עם השמירה על האובייקטיביות השיפוטית יקודם גם אמון הציבור. מסיבה זו בוחר סעיף 77א במבחן המקדם, בראש ובראשונה, את האובייקטיביות השיפוטית. זהו מבחן החשש הממשי למשוא פנים ולא מבחן מראית פני הצדק.⁴⁰ כעת אעבור לחלקה השני של סוגיית ניגוד העניינים האתי: החובות האתיות המוטלות על השופט מכוח חזקת התקינות האתית במקום שבו יש ניגוד עניינים אתי. אני רואה שתי חובות אתיות הנוצרות כאן. הבחירה בין שתי החובות תיעשה בהתאם לנסיבות כל מקרה, בשים לב לשלב במשפט שבו עלו הנסיבות היוצרות את ניגוד העניינים האתי. אם הנסיבות ידועות לשופט כבר בשלב שבו נקבע התיק לדיון אצלו וטרם התקיימו ישיבות בתיק – על השופט לפנות ולהתייעץ עם גורם פנימי במערכת כדי שזה יכריע אם יש מקום להעביר את התיק לשופט אחר. גורם פנימי שכזה שאינו חלק מדיני פסלות השופט יכול להיות נשיא בית המשפט שבו

אתית'. תובנה אתית בנויה משני נדבכים. הראשון, רגישות לבעיות אתיות, היכולת לזהות דיילמה אתית מיד כשהיא מתעוררת. השני, כלים כדי להתמודד עם הדיילמה האתית. ראו שם, בעמ' 105-107.

40 מרזל, דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 109.

מכהן השופט או ועדת האתיקה של השופטים.⁴¹ שני גורמים אלו כבר ממלאים הלכה למעשה תפקיד זהה בהיותם חלק מהמנגנון האתי-פנימי העוסק בביקורת על התנהלות שופטים בישראל.⁴² הגורם הפנימי שאליו יפנה השופט להתייעצות יכריע בפנייה לא על סמך דיני פסלות השופט, אלא על סמך המבחן האתי של פגיעה במראית פני הצדק. כיוון שאנו עוסקים בחובה האתית אין מדובר בפסלות שופט לפי דיני הפסלות המובילים לאי-ישיבה בדין, אלא בהעברת התיק לשופט אחר. השוני אינו סמנטי אלא מהותי. הימנעות מלשבת בדין היא תוצר מובהק של דיני פסלות השופט, ואילו פנייה לגורם פנימי להתייעצות בדבר העברת התיק לשופט אחר היא תוצר של האתיקה השיפוטית.

בכללי האתיקה לשופטים שפורסמו בתקנות נמצא כלל שכותרתו 'הימנעות מוקדמת משבת בדין'. הכלל מורה לשופט לעיין מבעוד מועד בתיק שנקבע לדיון לפניו, ואם ימצא כי 'קיים טעם ראוי שהתיק לא ידון לפניו, יידע בכך את נשיא בית המשפט שבו הוא מכהן או שופט שהוסמך לעניין זה על ידי נשיא בית המשפט'.⁴³ לפי הכלל, אם החליט הנשיא או השופט שהוסמך לכך שאין עילה להעביר את התיק לשופט אחר, 'לא ימנע השופט עצמו משבת בדין אלא אם כן חייב הוא לעשות כן על פי דין'.⁴⁴ אפשר לראות כי הכלל בונה מנגנון הנדרש להכריע בשאלות של ניגוד עניינים אתי, השונה מהמנגנון של דיני הפסלות. אפשר גם

41 ועדת האתיקה של השופטים שכבר פועלת שנים רבות זכתה לאחרונה לעיגון במסגרת החוק. במסגרת תיקון מספר 43 לחוק בתי המשפט הוסף סעיף 16ב שלפיו, כפי שכבר היה נהוג קודם, נשיא בית המשפט העליון, בהתייעצות עם שר המשפטים, ימנה שלושה חברים לוועדה והם: שופט בית המשפט העליון ושני שופטים של בתי משפט אחרים. הסעיף מעגן את תפקידה של הוועדה לתת חוות דעת מקדימה בענייני אתיקה של שופטים לפי פנייה של שופט או רשם ולפי פניית נשיא בית המשפט העליון או שר המשפטים. החידוש בסעיף הוא הרשאה מפורשת לוועדה לפרסם את חוות הדעת שנתנה. ראו ס' 16ב לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. כללי האתיקה לשופטים, 2007, מפנים במבוא שלהם לוועדה זו, הפועלת לצד הכללים הכתובים ובמסגרתם, לעיל ה"ש 18.

42 לימור זר-גוטמן 'מישורי הביקורת על התנהלות שופטים בישראל' משפט וממשל ט 329 (2006). המאמר מחלק את מישורי הביקורת על התנהלות שופטים בישראל לשלושה מישורים: המישור המשפטי-מחייב, המישור האתי-פנימי והמישור הציבורי. במסגרת המישור האתי-פנימי מציג המאמר את תפקיד נשיא בתי המשפט בטיפול בתלונות העוסקות בשופטים (עמ' 343-344) ואת תפקיד ועדת האתיקה לשופטים, בטרם עוגנה בחוק (עמ' 350).

43 כלל 14(ב) לכללי אתיקה לשופטים, 2007, לעיל ה"ש 18.

44 שם, ס"ק (ג).

לראות כי הכלל משתמש במונח מדיני הפסלות – 'הימנעות מלשבת בדין' ולא בוחר לקרוא לכך, כפי שעושה הכלל המוצע במאמר, 'העברת התיק לשופט אחר'. הדבר מקהה, לדעתי, את אופיו של הכלל ככלל אתי המובחן מדיני הפסלות. ייתכן שההבחנה האתית שהכלל בכללי האתיקה מבקש להביע נמצאת בשימוש בביטוי 'פסלות מלשבת בדין', להבדיל מ'הימנעות מלשבת בדין'.

בשונה מהכלל המוצע על ידי הכלל בכללי האתיקה אינו מדבר על התייעצות עם הנשיא או השופט שהוסמך לכך, אלא על חובה אתית ליידע אותם. מטרת כללי האתיקה היא לחנך ולהביא את השופט לקיים את אידאל ההתנהגות המקצועית. מסיבה זו אני מעדיפה להשתמש במונח 'התייעצות', המגשימה את רוח אפה של האתיקה, ולא 'יידוע', המזכיר ניסוח של כלל משפטי. מכל מקום, מדובר בשתי חובות אתיות כמעט זהות – על השופט לבחון את התיק שנקבע לדיון לפניו כדי לראות אם יש מקום להימנע מלשבת בדין.

ההבדל העיקרי הנעוץ בין שני הכללים נוגע למבחן שהם מפעילים כדי לקבוע אם נוצר ניגוד עניינים אתי. הכלל בכללי האתיקה מחיל את המבחן של 'טעם ראוי שהתיק לא ידון בפניו', ואילו המאמר מציע את מבחן 'פגיעה במראית פני הצדק', בהיותו מבחן הקשור למטרות האתיקה ולאופייה, כמוסבר לעיל.

הבדל נוסף בין שני הכללים, שאינו מרכזי בעיניי, נוגע לשאלה מי יכריע אם יש מקום להימנע מלשבת בדין. הכלל בכללי האתיקה מוסר את ההכרעה לנשיא בית המשפט שבו מכהן השופט או שופט שהוסמך לכך. הכלל המוצע במאמר מפנה גם הוא את ההכרעה לנשיא בית המשפט שבו מכהן השופט, אך מוסיף גם את ועדת האתיקה לשופטים, בהיותה גוף שרגיל לעסוק בהכרעות אתיות. מכל מקום, בשני הכללים מדובר בגופים שאינם חלק מהמנגנון המשפטי של דיני הפסלות.

החובה האתית השנייה שאני מבקשת להציע קמה במקרה שבו התגלו העובדות היוצרות את ניגוד העניינים האתי בזמן המשפט, כאשר כבר התקיימו ישיבות והוגש חומר לאותו שופט. במצב זה, פנייה לנשיא בית המשפט או לוועדת האתיקה כדי להעביר את התיק לשופט אחר אינה מתאימה. ולכן במקרים אלו קמה החובה האתית של גילוי מידי ומלא לצדדים העומדים לפני השופט. מיד כשנודע לשופט על הנסיבות היוצרות את ניגוד העניינים האתי, חובה עליו ליידע את הצדדים על כך ובאופן ברור ומלא. על השופט להמשיך ולציין לפני הצדדים כי, למיטב הבנתו, לפי דיני פסלות השופט אין עילת פסלות לפי סעיף 77א לחוק בתי המשפט, אך כיוון שלדעתו יש בישיבתו בדין במקרה זה משום פגיעה במראית

פני עשיית הצדק, הוא מציין את הנסיבות לפני הצדדים. על השופט גם לציין לפני הצדדים כי פתוחה לפנייהם הדרך להגיש לבית המשפט בקשת פסלות. דוגמה לחובת הגילוי הובאה בחוות דעת של נציבות תלונות הציבור על שופטים. באותו מקרה דובר בניגוד עניינים שנוצר אצל שופט השומע תיקים שבהם מעורבים בנקים בעוד הוא תובע בתובענה ייצוגית נגד בנקים אחרים. אמנם אותו שופט הגיש בקשה להסתלק מהתובענה הייצוגית, אך טרם ניתן אישור בית המשפט לכך. לאחר בדיקת התלונה המליצה נציבות תלונות הציבור על שופטים לשופט כי ראוי שיודיע למתדיינים לפניו בתיקי בנקים על היותו תובע בתובענה ייצוגית ועל הגשת בקשת הסתלקות ממנה, באופן שמי מהם שיחפוץ יוכל להגיש לבית המשפט בקשת פסלות.⁴⁵ דוגמה נוספת לחובת הגילוי המוטלת על השופט כלפי הצדדים תובא בהמשך המאמר בחלק שיעסוק בפרשת השופטת כהנא.⁴⁶ נקל לראות ששתי החובות האתיות הללו מביאות גם יחד לחיזוק אמון הציבור במערכת השפיטה. הפרק הבא יעמוד על משמעות מושג אמון הציבור במערכת השפיטה ועל האופן שיש בו כדי להשליך על סוגיית ניגוד העניינים אצל שופטים.

4. אמון הציבור במערכת השפיטה והשלכתו על סוגיית ניגוד העניינים

הפרק הראשון שעסק במובנה של האתיקה המקצועית ככלל והאתיקה השיפוטית בפרט, הראה כי אחת ממטרותיה המרכזיות היא שמירה על אמון הציבור וחיזוקו. נפנה כעת להבין את משמעותו של מושג אמון הציבור במערכת השפיטה והאופן שבו הוא משתלב בהבחנה המוצעת במאמר.

מערכת השפיטה אימצה את האמרה הידועה שלמערכת השיפוטית אין 'לא חרב ולא ארנק'; כל שיש לה הוא אמון הציבור בה.⁴⁷ בית המשפט העליון מדגיש

45 חוות דעת הנציבות מיום 18.4.2004, לעיל ה"ש 28, פס' 6.

46 סעיף 4ב למאמר.

47 לקוח מדברי השופט פרנקפורטר ב-"*Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 267 (1962). אבל ראו חיים כהן 'הרהורי כפירה באמון הציבור' ספר שמגר – מאמרים כרך ב 365, 387 (אהרן ברק יו"ר המערכת, תל אביב: ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, 2003): 'ואני אומר, שאם כל אשר יש לו לשופט הוא אמון הציבור, אין לו ולא כלום. חרב אולי יש לו הלוא היא הזרוע המבצעת

כי 'אמון הציבור ברשות השופטת הוא הנכס היקר ביותר שיש לה לרשות זו'.⁴⁸ הנשיא ברק כתב שהרשות השופטת אינה יכולה להתקיים ללא אמון הציבור.⁴⁹ מערכת השפיטה מתייחסת לאמון הציבור כאל מטרה שיש לשקוד על השגתה במגוון דרכים.⁵⁰ לעמדה זו שותף כשר ההולך אף רחוק יותר ומטיל על כל רשות ממלכתית חובה מוסרית לפעול להשגת המטרה של אמון הציבור.⁵¹ לגישתו, בתנאים אידאליים די בכך שהרשות הממלכתית תמלא את תפקידיה כדי לזכותה באמון הציבור.⁵² אולם 'בתנאי המציאות, שבהם כל הזמן לא כולם נוהגים בתבונה ולא כולם נוהגים בהגינות', הרשות נדרשת לנקוט פעולות מפעולות שונות כדי לטפח את אמון הציבור.⁵³ חשוב להבין כי אמון הציבור אינו מטרה, אלא תוצאה – אם תפעל מערכת השפיטה כמתחייב לפי החוק והאתיקה, היא תזכה באמון הציבור.⁵⁴

- הכופה חייבים לקיים את פסקיו. וארנק אולי יש לו הלוא הוא התקציב המוקצב למערכת המשפט מאוצר המדינה. במשטר דמוקרטי גם זו וגם זו מובטחים לה'.
- 48 דברי השופט ברק (כתוארו אז) בבג"צ 506/89 בארי נ' ראש מדור תביעות אגף החקירות, פ"ד מד(1) 610, 604 (1990) (להלן: עניין בארי). ראו גם בג"צ 2491/02 בן ארי נ' מנהל בתי המשפט, פדאור (1) 784 (2002) (להלן: עניין בן ארי) ('יסודה של מערכת השפיטה בישראל בעצמאותה, באימון שהציבור רוחש לה ו"בתחושת הציבור כי השופט עושה צדק על פי משפט"').
- 49 אהרן ברק 'בית המשפט העליון ואמון הציבור' אהרן ברק מבחר כתבים כרך א 965 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, שריגים: נבו, 2000).
- 50 ראו למשל עניין בארי ועניין בן ארי, לעיל ה"ש 48. מישאל חשין 'אמון הציבור בבית המשפט' המשפט ט 491 (2004). כלל 2 (א) לכללי אתיקה לשופטים, התשס"ז-2007, מסביר שעל השופט לנהוג לפי הדין וכללים אלו ולשוות לנגד עיניו כל העת את הצורך לקיים את אמון הציבור ברשות השופטת.
- 51 אסא כשר 'האמון הציבורי בצבא' פלילים ט 257, 263-268 (2000). החובה לפעול לטיפוח אמון הציבור נובעת מהנזקים הקשים שהיעדר אמון עלול להסב לארגון ולחברה. כשר מונה במאמר חמישה נזקים אפשריים, שיבואו לידי ביטוי באיכות חייו של האזרח, בתמיכת האזרח בארגון, בהצטרפות האזרח לארגון, בבקרה על הארגון ובתחליפי הארגון.
- 52 זו עמדתו של השופט חשין הסובר כי העיקר טמון בדרכי הפעולה של בתי המשפט וכי אמון הציבור אינו אלא תגובה על אותה התנהלות. ראו חשין, 'אמון הציבור בבית המשפט', לעיל ה"ש 50, בעמ' 491.
- 53 כשר, 'האמון הציבורי בצבא', לעיל ה"ש 51, בעמ' 277. אחת הפעולות שמציע כשר היא מדיניות של שקיפות אחראית ומנומקת המקפידה על דיווח מלא ואמין לציבור.
- 54 זר-גוטמן, 'מישורי הביקורת על התנהלות שופטים בישראל', לעיל ה"ש 42, בעמ' 333-335. ראו גם חשין, 'אמון הציבור בבית המשפט', לעיל ה"ש 50.

הסוציולוגית לין זוקר (Zucker) מציגה שלושה סוגים של אמון.⁵⁵ הראשון, אמון המבוסס על תהליך, על התנסות קודמת. הכוונה לאמון שנוצר בעקבות קשר שהיה לי עם אותו אדם ובעקבותיו למדתי כי אפשר לבטוח בו.⁵⁶ השני, אמון המבוסס על מאפייני אישיות. כאן אני רוכש אמון כלפי מי שמאפייניו – מין, קבוצה אתנית ועוד – זהים לשלי. סוג האמון השלישי הוא אמון מוסדי, אמון כלפי מוסד. המילה 'מוסד' בהקשר זה מתייחסת לארגון, חברה ואף פרופסיות. כאן האמון אינו כלפי אדם כלשהו, אלא כלפי כל הארגון או הפרופסיה, ובכלל זה כלפי מי שמשתייך אליהם.

אמון הציבור בבית המשפט משתייך לקטגוריה השלישית, שכן מדובר באמון כלפי מוסד – כלפי כלל מערכת השפיטה. אני מאמינה בבית המשפט לא בשל התנסות קודמת שהייתה לי (הסוג הראשון של אמון) ולא בשל מאפיינים סוציולוגיים שיש לשופטים, מאפיינים החשובים בעיניי (הסוג השני של אמון), אלא משום שיש לי אמון במערכת השפיטה/מוסד השפיטה.

האמון הוא כלפי מוסד השפיטה, כך שכל שופט ושופט זוכה באמון הציבור מתוקף העובדה שהוא משתייך למערכת השפיטה ופועל במסגרתה. אך חשוב לזכור כי התנהגותו האינדיווידואלית של כל שופט יש בה כדי לחזק או לערער את האמון המוסדי במערכת השפיטה.

האמון המוסדי של הציבור במערכת השפיטה מורכב משתי נקודות מבט. הראשונה, נקודת המבט האישית-פרטנית של הצדדים שהביאו את עניינם לפני בית המשפט. השנייה, נקודת המבט הכללית-קולקטיבית של הציבור כולו. סוגיית ניגוד עניינים אצל שופטים ממחישה היטב את שתי נקודות המבט האלה. הראשונה, נקודת המבט האישית-פרטנית של הצדדים לסכסוך המבקשים כי בעניינם יכריע שופט ניטרלי. השנייה, נקודת המבט הכללית-קולקטיבית של הציבור כולו המבקש לבחון אם נשמרת האובייקטיביות השיפוטית בבתי המשפט.

המבחן האתי של פגיעה במראית פני הצדק מושתת רק על נקודת המבט הכללית-קולקטיבית, זו של הציבור שצריך להאמין כי הצדק נעשה במשפט זה. בהתאמה לכך קובע המבחן כי ניגוד עניינים אתי נוצר היכן ששיבת השופט בדיון

Lynne G. Zucker, *Production of Trust: Institutional Sources of Economic Structure 1840-1920*, 8 RESEARCH IN ORGANIZATIONAL BEHAVIOR 53 (1986)

56 הדוגמה הקלסית לסוג אמון זה היא החלפת המתנות שבה הנותן והמקבל מתבססים על התנסות קודמת שיצרה אמון זה בזה.

באותו מקרה פוגעת במראית פני הצדק. מסיבה זו, המבחן שהפעילה נציבות תלונות הציבור על שופטים לקביעת ניגוד עניינים אתי, שבנוגע לו יש לה סמכות לברר תלונה, אינו מתאים. חוות הדעת קבעה כי הנציבות תטפל בתלונות 'המעלות טענה של ניגוד עניינים המושתתת על תחושות סובייקטיביות או המבוססות על מראית פני הצדק שאינן עומדות בדרישה המחמירה לעניין פסלות'.⁵⁷ חלקו הראשון של המבחן המדובר על תחושות סובייקטיביות של הצדדים לדיון משקף את נקודת המבט האישית-פרטנית, ובכך כישלוננו מלשמש כלל אתי הנדרש לשקף רק את נקודת המבט הכללית-קולקטיבית.

המבחן הקבוע בדיני פסלות השופט משקף בעיקר את נקודת המבט האישית-פרטנית, זו של הצדדים לסכסוך שלהם זכות למשפט הוגן שבו ישפוט שופט ניטרלי ללא משוא פנים. נקודת מבט זו משתקפת בנוסחו של סעיף 77א לחוק בתי המשפט הדורש פסילת השופט במקום שבו יש חשש ממשי למשוא פנים. נקודת המבט הכללית-קולקטיבית באה לידי ביטוי משני בדיני הפסלות באשר היא אינה 'שיקול' עיקרי במסגרת דיני הפסלות אלא תכלית ספציפית במסגרת תכלית רחבה יותר והיא – השמירה על האובייקטיביות השיפוטית. אכן דיני הפסלות בישראל באים, בראש ובראשונה, לשמור על האובייקטיביות השיפוטית. זוהי תכליתם העיקרית. ממילא עם השמירה על האובייקטיביות יקודם גם אמון הציבור בשפיטה'.⁵⁸

המבחן האתי בדבר פגיעה במראית פני הצדק משקף רק את נקודת המבט הכללית-קולקטיבית ומבטא בכך את הרף של אידאל ההתנהגות האתית של השופט שאליו יש לשאוף. רף זה מכוון את השופט ליישם את שתי החובות האתיות שפורטו לעיל במקום שנוצר ניגוד עניינים אתי. מנגד, המבחן בדיני הפסלות, המשקף בעיקר את נקודת המבט האישית-פרטנית, מבטא את הסף הנדרש לפסילת שופט בגין ניגוד עניינים. סף זה מכוון את השופט שלא לשבת בדין במקרה שבו יש עילת פסלות לפי דיני הפסלות.

נפנה כעת לבחון את הגישה המוצעת במאמר על מקרים אחדים שבהם עלתה שאלת ניגוד העניינים של השופט והדרישה לפסלות.

57 חוות דעת הנציבות מיום 18.4.2004, לעיל ה"ש 28, פס' 5.

58 מרזל, דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 109.

5. יישום ההבחנה המוצעת על מקרים

בחלק זה אני מבקשת להדגים את דרך הפעולה של הגישה המוצעת באמצעות החלתה על מקרים אחדים שבהם הועלו בפועל טענות לפסילת שופט בגין ניגוד עניינים. שני המקרים הראשונים מקורם בשיטת המשפט שלנו. במקרה הראשון, עניין העיתונאי יואב יצחק והשופט אור, דובר בקשרי חברות של השופט עם בא כוח אחד הצדדים שהופיע לפניו. במקרה השני, עניין השופטת כהנא, דובר בהיכרות מוקדמת – קשרי משפחה וקשרי עבודה קודמים בין השופטת למומחה הרפואי שמונה על ידיה בתיקים שבהם ישבה. המקרה השלישי, החלטת שופט בית המשפט העליון האמריקני סקליה, עוסק ביחסי חברות של השופט עם אחד הצדדים לדיון. המקרה הרביעי, החלטת בית הלורדים באנגליה בפרשת פינושה, עוסק בעניין אישי של השופט בתוצאות ההליך שבו הוא יושב בדיון.

התת-סעיפים העוסקים בשני המקרים מארצות הברית ומאנגליה יציגו תחילה את המצב הקיים בשיטות משפט אלו בנוגע לכללי התנהגות של שופטים ועילות פסלות שופט בשל ניגוד עניינים. הכרת המצב המשפטי בשיטות משפט אלו נדרשת כדי להבין את ההכרעה שאליה הגיעו בתי המשפט במקרים המוצגים, הכרעה שבכוונתי לבחון לאור הגישה המוצעת במאמר.

א. עניין יואב יצחק נגד השופט אור

העיתונאי יואב יצחק פנה במכתבים אל השופט אור בבקשה לפסול את עצמו מלשבת בתיק הערעור של מנכ"ל חברת טבע בע"מ, אלי הורוביץ, כיוון שאחד מארבעת פרקליטיו, עורך הדין פנחס רובין שצורף רק בשלב הערעור, הוא חברו הקרוב של השופט אור. המכתבים התבססו על כללי האתיקה השיפוטית של הנשיא שמגר משנת 1993 המורים לשופט שלא לשבת 'במשפט בו קירבה משפחתית או חברתית לבעל דין, לפרקליט המופיע בתיק או לעד מרכזי, או טיפול קודם בעניין נשוא הדיון לפני מינויו כשופט, עלולים ליצור מראית של חשש למשוא פנים'.⁵⁹ כפי שנאמר בפרק הקודם, כללים אלו מעולם לא קיבלו מעמד חוקי מחייב. השופט

59 כללי האתיקה השיפוטית של ועדת שמגר, לעיל ה"ש 7. כללים אלו נדונו בפרק הראשון למאמר, הטקסט הצמוד לה"ש 5-8.

אור החליט לדון במכתבים אלו כאילו היו בקשה לפסלות שופט. השופט אור מתעלם מזהות המבקש ומעיתויה המאוחר של הבקשה, דן בבקשה לגופה ומחליט שלא לפסול את עצמו בנמקו:

הכלל הנוהג בפרקטיקה מאז ומתמיד הוא, שהכרות או יחסי חברות בין שופט לבין פרקליט, להבדיל מיחסי קירבה משפחתית ביניהם, אינם פוסלים שופט מלדון בעניין שבו מופיע אותו פרקליט. פרקטיקה זו מקובלת לא רק בתרבות המשפטית שלנו, אלא גם בתרבות המשפטית האנגלית, האמריקנית, הקנדית וכן בתרבות של שיטות משפט אחרות. פרקטיקה זו מבוססת על ההנחה ועל הניסיון שעל פיהם אין חשש ממשי שחברות כזו תפגום באי התלות ובניטרליות שבהן ינהג השופט. כך נוהגים חבריי השופטים, וכך נהגתי אני עצמי גם בעבר, כולל במקרים שבהם ייצג אותו עורך דין עצמו, עורך דין פנחס רובין, אחד מבעלי הדין. איני רואה עילה לסטות מנוהג זה בנסיבות המקרה.⁶⁰

השופט אור מדבר על 'הכלל הנוהג בפרקטיקה' של השופטים שלפיו יחסי היכרות או חברות בין השופט לפרקליט אינם משום עילת פסלות, בשונה מקרבה משפחתית שכן מחייבת פסלות. השופט אור מתבסס על הנוהג ומגיע למסקנה שהוא רשאי להמשיך לשבת בדין.

אין חולק על כך שדיני הפסלות המחייבים באותה עת לא חייבו את פסילתו של השופט אור.⁶¹ לפיכך יש להוסיף ולבחון אם מדובר בנסיבות שבהן נוצר ניגוד עניינים אתי – כאשר ישנה פגיעה במראית פני הצדק. יישום הכלל האתי על נסיבות עניין הורוביץ יצביע, לדעתי, שהמשך ישיבתו של השופט אור בדין היה בו כדי פגיעה במראית פני הצדק, בייחוד לאור התהודה הציבורית שקיבלה

60 עניין הורוביץ, לעיל ה"ש 9, פס' 3(א).

61 בעקבות התיקון לסעיף 77א לחוק בתי המשפט בשנת תשס"ד, שבמסגרתו נקבעו לראשונה במערכת המשפט האזרחית עילות פסלות חובה, נכלל, לכאורה, מקרה זה בגדר אחת מעילות פסלות החובה. הדבר עולה מהמשפט הפותח את הצעת החוק שלפיו הסיבה לתיקון הסעיף היא פסיקת בית המשפט בעניין הורוביץ. ראו הצעת חוק נושאי משרה שיפוטית (מניעה מלשבת בדין) (תיקוני חקיקה), התשס"ב-2002, ה"ח 3150.

הפרשה בתקשורת. מקרה זה נמצא בתחום של הרף ומעלה, שכן אין עילת פסלות לפי דיני הפסלות, אך מתקיים ניגוד עניינים אתי בשל הפגיעה במראית פני הצדק וההשלכות שיש לכך על אמון הציבור במערכת השפיטה.

במקרה זה הנסיבות שהביאו לניגוד העניינים האתי – חברות עם בא כוח אחד הצדדים – היו ידועות לשופט כבר בעת שקיבל את התיק לידי, עוד בטרם התקיימו ישיבות במסגרתו. מסיבה זו קמה החובה האתית בדבר ההיוועצות עם ועדת האתיקה או נשיא בית המשפט שבו מכהן השופט, בית המשפט העליון במקרה זה, בשאלה אם נדרש להעביר את התיק לשופט אחר.

על החלטת השופט אור הגיש העיתונאי יואב יצחק עתירה לבג"ץ שבה ביקש לפסול את השופט אור מלדון בתיק הערעור של הורוביץ.⁶² שני הצדדים בתיק התנגדו לעתירה והביעו את רצונם שהשופט אור ימשיך לדון בתיק. שאלת הפסלות לא נדונה לגופה בעתירה, שכן השופטים פסלו אותה מהטעם שאינה עומדת בשני תנאים מקדמיים. ראשית, לעותר אין זכות עמידה, כיוון שאינו אחד מבעלי הדין, ואין המקרה שייך לקבוצת המקרים הנדירים שרק בהם עשוי בית המשפט להכיר בזכות העמידה של מי שאינו בעל דין.⁶³ שנית, שיהוי בהגשת הבקשה, שכן לפי ההלכה, בקשה לפסלות שופט יש להגיש מיד לאחר שנודעה עילת הפסלות, מה שלא קרה כאן.⁶⁴

בשונה מהצהרתו הגורפת של השופט אור שיחסי חברות בין שופט לבין פרקליט אינם פוסלים שופט מלדון בעניין שבו מופיע אותו הפרקליט,⁶⁵ קובעת החלטת הבג"ץ שבמקרים מסוימים של קשר חברתי עם פרקליט ייטיב השופט לעשות אם ימשוך את ידיו ממשפט כזה.⁶⁶ הביטוי 'ייטיב לעשות' מקרב אותנו לעבר החובה האתית. החלטת הבג"ץ, בשונה מהחלטת השופט אור, אינה מאמצת את הנימוק של נוהג בקרב השופטים. היא משתמשת במונח מתחום האתיקה המקצועית, בשונה מהמינוח של עולם המשפט שלפיו השופט חייב או לא חייב לפסול את עצמו. האתיקה המקצועית באה לכוון ולהדריך, ולכן היא משתמשת

62 עניין יצחק, לעיל ה"ש 6.

63 שם, בעמ' 61.

64 שם, בעמ' 61-62.

65 עניין הורוביץ, לעיל ה"ש 9, פס' 3(ג).

66 עניין יצחק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 64.

במינוח של המלצה חזקה הגלומה בביטוי 'יטיב לעשות'. חזקת הנאמנות האתית היא שהופכת המלצה זו לכדי חובה אתית.

יישום הגישה המוצעת על מקרה זה מוביל למסקנה שעל השופט אור לא מוטלת חובה משפטית לפסול את עצמו, כיוון שלא מתקיימות עילות הפסלות המחייבות באותה עת. מנגד, זהו מצב שבו המשך הישיבה של השופט אור בדין פוגע מנקודת המבט הכללית-קולקטיבית במראית פני הצדק, ועל כן יש עליו חובה אתית לפנות להיוועצות עם גורם פנימי מוסמך. היוועצות כזו, אילו יישמה את המבחן האתי המוצע לעיל, הייתה מובילה, לדעתי, להעברת התיק לשופט אחר.

זו גם מסקנתו של כָּשֶׁר המתייחס לעניין יצחק. נאמן לתפיסתו שלפיה על השופט לפעול לפי חזקת הנאמנות האתית ולמלא אחר חובתו האתית שלא לשבת בדין גם מקום שיש מראית עין של חשש למשוא פנים, קובע כשר כי בעניין יצחק –

ראוי היה לשופט ש'לא יישב בדין במשפט בו קירבה משפחתית או חברתית לבעל דין [או] לפרקליט [...] עלולה ליצור מראית עין של חשש למשוא פנים'. אפילו טענה לפסלות שופט העולה בנסיבות מפוקפקות יוצרת אותה מראית עין לא רצויה. שופט הנמנע, מראש, לישוב בדין בנסיבות של 'מראית עין של חשש למשוא פנים' מונע גם מראית עין מיותרת וגם עינוי דין מיותר, נוהג כך לפי המתחייב גם מכלל האתיקה האחד וגם מכלל האתיקה האחר, כראוי, על פי מקצועו ועל פי מעמדו.⁶⁷

לסיכום, במקרה של קשרי חברות בין השופט לעורך הדין המופיע לפניו אין להסתפק בדיני הפסלות.⁶⁸ במצב שבו התוצאה המשפטית היא שהשופט אינו חייב לפסול את עצמו, על השופט להמשיך וליישם את הכלל האתי ולבחון אם יש בישיבתו בדין כדי לפגוע במראית פני הצדק בעיני כלל הציבור. זוהי בדיקה מתוך

67 כשר, 'אתיקה משפט ושיפוט', לעיל ה"ש 19, בעמ' 467. להבחנה המשפטית בין משוא פנים בפועל למראית עין של משוא פנים ראו מרזל, דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 100-104.

68 לניתוח מעמיק של מבחנים אלו והפסיקה ראו מרזל, דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 229-264.

נקודת המבט הכללית-קולקטיבית, שגם עליה מבוסס האמון המוסדי הציבורי במערכת השפיטה. בנסיבות עניין הורוביץ בדיקה שכזו הייתה מובילה למסקנה שנוצר ניגוד עניינים אתי, ועל השופט לפעול בהתאם לחובה האתית של היועצות בגורם פנימי מוסמך. היועצות שהייתה אמורה להוביל לבקשה להעברת התיק לשופט אחר כבר בשלב המקדמי.

ב. עניין השופטת כהנא

בחדש דצמבר 2000 פרסם המקומון הירושלמי 'כל העיר' כי השופטת בלהה כהנא, ראש מדור הנזיקין בבית משפט השלום בירושלים, נהגה למנות בתיקים הנדונים לפניה את קרוב משפחה כמומחה רפואי מטעם בית המשפט. אותו מומחה רפואי, ד"ר וייס, הוא גיסו של אחיה של השופטת – אחותו ואחיה של השופטת כהנא נשואים. עוד נטען שמעבר לקרבה המשפחתית הייתה לשופטת היכרות מוקדמת עם המומחה בעת ששימש יועץ רפואי למשרד עורכי הדין שבו עבדה טרם מינויה לשפיטה. לכתבה התראיינו בעילום שם עורכי דין שטענו, בין היתר, כי מדובר בעניין חמור מאוד הגובל לדעתם אפילו בשחיתות. הכתבה גם מביאה את תגובת השופטת באמצעות הנהלת בתי המשפט ואת תגובת המומחה הרפואי המקורב, לפי הכתבה, לשופטת.⁶⁹

בתגובה לכתבה פנה ועד מחוז ירושלים בלשכת עורכי הדין לשר המשפטים במכתב תלונה שבו התבקש השר 'למנות צוות בדיקה שיפעל מיידית לאיסוף החומר ולבדיקתו ולהגשת מסקנותיו אל כבודו תוך הסקת מסקנות מתבקשות'.⁷⁰ הוועד ביקש לצרף נציג של לשכת עורכי הדין לצוות הבדיקה ודרש את הוצאת השופטת לחופשה במהלך הבדיקה. לא חלפו ארבעה ימים מפניית לשכת עורכי הדין, ומנהל מערכת בתי המשפט הורה על מינוי ועדת בדיקה שכללה רק את סגנו, השופט גילון.⁷¹

69 מאיר ברדוגו ואבי חובב 'עסקי המשפחה של השופטת כהנא' כל העיר-שבועון ירושלים 29.12.2000, 31.

70 מכתב מראש ועד מחוז ירושלים לשר המשפטים (3.1.2001), מופיע כנספח מספר 2 לדוח הבדיקה בעניינה של כב' השופטת בלהה כהנא (הנהלת בתי המשפט, השופט אלון גילון) (2001).

71 בעקבות מכתב הפנייה של ועד מחוז ירושלים לשר המשפטים פרסם המקומון כתבה נוספת. ראו מאיר ברדוגו 'בעקבות תחקיר "כל העיר": לשכת עורכי הדין דורשת להשעות את השופטת

מתוך העדויות ששמע השופט הבודק עלו שלוש תלונות שבהן התמקדה הבדיקה. הראשונה, עסקה בשאלה אם בגלל הקרבה המשפחתית היה אסור לשופטת למנות את ד"ר וייס כמומחה רפואי מטעם בית המשפט. התלונה השנייה זהה לראשונה, אלא שהיא נוגעת להיכרות המוקדמת שהייתה לשופטת עם ד"ר וייס בעת ששימש יועץ רפואי למשרד עורכי הדין שבו עבדה השופטת טרם מינויה. התלונה השלישית אינה מעניינת, שכן היא נוגעת למזג השיפוטי של השופטת ולטענה שהיא חורג מהמזג השיפוטי הנדרש משופט.⁷²

המסקנה הראשונה ברוח היא שלא הוכחו נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש כלשהו למשוא פנים אצל השופטת כלפי אחד מבעלי הדין בעקבות הקרבה המשפחתית וההיכרות המוקדמת עם ד"ר וייס.⁷³ מסקנה שנייה, המובאת עוד בתחילת הפרק שעסק בעדויות, היא שאין כל טענה לפגיעה בטוהר המידות של השופטת.⁷⁴ מסקנה עיקרית ברוח היא שלא הייתה מצד השופטת העדפה פסולה לאותו מומחה רפואי, שכן מספר המינויים שניתנו לו כמומחה מטעם בית המשפט היה קטן יותר ממספר המינויים שקיבלו רופאים אחרים באותו תחום.⁷⁵ הרוח מוסיף וקובע שאף על פי שהקרבה המשפחתית היא 'בדרגה מאוד רחוקה' חובה על השופטת להודיע לצדדים על קרבה זו. מינוי מומחה רפואי הוא עניין מרכזי בתיקי נזיקין, ולפיכך הסכמת הצדדים לזהות המומחה חייבת להינתן רק אם ידועות לצדדים כל העובדות הרלוונטיות למינוי.⁷⁶

ניישם כעת את הגישה המוצעת על מסקנתו הראשונה של הרוח שלפיה השופטת לא הייתה חייבת לפסול את עצמה בתיקים שבהם מינתה את המומחה הרפואי, הואיל ואין כל חשש למשוא פנים מצדה. כזכור, אם לפי דיני הפסלות אין עילת פסלות, יש להמשיך ולבחון אם נוצר ניגוד עניינים אתי לפי הכלל המוצע – אם מנקודת מבט כללית-קולקטיבית יש פגיעה במראית פני הצדק. אמנם בנסיבות המקרה הוכח בבירור כי לא הייתה העדפה של השופטת למומחה האמור, וכי

בלהה כהנא' כל העיר – שבועון ירושלים 5.1.2001, מופיע כנספח מספר 3 לדוח הבדיקה בעניינה של כב' השופטת כהנא, לעיל ה"ש 70.

72 שם, בעמ' 19.

73 שם, בעמ' 32.

74 שם, בעמ' 9 ו-32.

75 שם, בעמ' 34. הדבר נקבע על ידי השוואה סטטיסטית המובאת בנספחים 5-6 לדוח.

76 שם, בעמ' 32.

בפועל מספר המינויים שלהם זכה נמוך מזה של מומחים אחרים שמונו בידי אותה שופטת, אך מדובר במידע שלא היה בידי הצדדים שהתדיינו לפני השופטת וודאי שלא בידי כלל הציבור. מסיבה זו המינויים של המומחה בידי השופטת באופן שבו נעשו, הביאו אכן לפגיעה במראית פני הצדק. ולראיה, המכתב של ועד מחוז ירושלים והפעולה המהירה של הנהלת בתי המשפט בתגובה.

קיומו של ניגוד העניינים האתי מטיל על השופטת את החובה האתית של גילוי מלא של העובדות לצדדים. בישיבה שבה ביקשה השופטת למנות את המומחה האמור היה עליה להקדים ולציין לפני הצדדים את טיב קשריה עם המומחה, כדי לאפשר להם להחליט אם הם מסכימים למינוי. אפשר לראות כי דוח ועדת הבדיקה מטיל על השופטת את אותה החובה – גילוי מלא לצדדים של העובדות הרלוונטיות למינוי – אך לא מהטעם של הכלל האתי (שמירה על האמון המוסדי של הציבור במערכת השפיטה), אלא מנימוק הנעוץ בעובדה שמינוי המומחה הוא עניין מרכזי בתיק נזיקין, ועל הסכמת הצדדים לזהותו להיות 'הסכמה מודעת', כאשר כל העובדות הרלוונטיות נמסרו להם בידי השופטת.

החובה האתית השנייה בדבר היועצות עם גורם פנימי בדבר האפשרות להעביר את התיק לשופט אחר אינה ישימה במקרה זה הואיל והעברה לשופט אחר אינה נדרשת כאן. במקרים אלו אפשר להסתפק בחובת גילוי לצדדים, שייתכן שתביא להחלטה שלהם לבקש למנות מומחה אחר.

דוח הבדיקה אינו מסתפק במסקנות פרטניות בעניינה של השופטת כהנא, אלא כולל גם המלצות כלליות בכל הנוגע לאתיקה שיפוטית ופסלות שופט. הדוח מאמץ את עמדת בית המשפט בעניין יצחק שלפיה כללי האתיקה השיפוטית של ועדת שמגר אינם מחייבים משפטית, וממליץ לקבוע בהם, ולא בחוק, כלל פסלות חובה שלפיו עד דרגת קרבה משפחתית כלשהי בין שופט לבעל דין או עד, יהיה חייב השופט לפסול את עצמו מלשבת בדיון.⁷⁷ נקודה זו ברוח שגויה מיסודה, שכן הכלל האתי המוצע ברוח מנוסח ופועל ככלל משפטי. ואכן, המחוקק תיקן את סעיף 77א לחוק בתי המשפט וקבע בו פסלות חובה בנסיבות דומות. מנגד, הכלל בכללי האתיקה השיפוטית צריך לקבוע שניגוד עניינים אתי נוצר במקום שיש בישיבת השופט בדין משום פגיעה במראית פני הצדק מנקודת מבט כללית-

77 שם, בעמ' 35.

קולקטיבית של כלל הציבור שאת אמונו מבקשת מערכת השפיטה. על הכלל גם לפרט את שתי החובות האתיות המוטלות על השופט במצב של ניגוד עניינים אתי.

ג. ארצות הברית – עניין השופט סקליה ושר ההגנה

בכל מדינות ארצות הברית יש קוד אתי משפטי-מחייב לשופטים. בחלק מהמדינות עבר הקוד הליך חקיקה של המחוקק, ובחלק מהמדינות הקוד מחייב מתוקף היותו הוראה (order) של בית המשפט העליון. היזמה לכתיבת הקוד לשופטים ולעדכנו במרוצת השנים היא של לשכת עורכי הדין שם (ABA), שכבר בשנת 1924 פרסמה את הקוד האתי המומלץ הראשון.⁷⁸ הקוד האתי בכל המדינות מבוסס על הקוד המומלץ שפרסמה ABA.⁷⁹ לפיכך אין השופטים יושבים וכותבים את הצעתם יש מאין, אלא מתבססים על קוד האתיקה שמפרסמת לשכת עורכי הדין האמריקנית. לפני חקיקת כללי ההתנהגות לשופטים סבל התחום בארצות הברית מחוסר בהירות ומהיעדר שיטתיות. פרט למקרים הבוטים, התנהגות שיפוטית לא נאותה זכתה, בדרך כלל, להתעלמות ולא טופלה. מצב זה השתנה לחלוטין עם הפעלת הכללים המחייבים, ולצדם צמחה פסיקה ענפה שיישמה אותם.⁸⁰

78 ABA Canons of Judicial Ethics (1924). היזמה של לשכת עורכי הדין האמריקנית באה בעקבות פרשה בתחילת שנות העשרים שבה שופט פדרלי מכהן החל לשמש במקביל לכהונתו בתפקיד פרטי של המפקח על ליגת הבייסבול. לשכת עורכי הדין יצאה נגד התנהגות זו של השופט וביקשה שיודח. הפרשה הסתיימה כאשר השופט התפטר מכהונתו בבית המשפט והמשיך בתפקיד הפרטי. רק כעבור מחצית מאה פרסמה לשכת עורכי הדין האמריקנית קוד אתי חדש: ABA Model Code of Judicial Conduct (1972). הקוד האחרון פורסם בשנת 1990. הוא שומר על אותה מתכונת אך כולל שינויים רבים, בהם לשון ניטרלית מבחינה מגדרית, ABA Model Rules of Judicial Conduct (1990). ראו MARY L. VOLCANSEK ET AL., JUDICIAL MISCONDUCT: A CROSS-NATIONAL COMPARISON 100 (Gainesville: University Press of Florida, 1996).

79 את הקוד האתי המומלץ של לשכת עורכי הדין האמריקנית משנת 1972 אימצו 47 מדינות. את הקוד האתי המומלץ האחרון מ-1990 אימצו 20 מדינות במלואו ו-17 מדינות נוספות אימצו חלקים ממנו, 10 מדינות נוספות נותרו עם הקוד משנת 1972. מכל מקום, ההשפעה של הקוד רבה ביותר. ראו STEPHEN GILLERS & ROY D. SIMON, REGULATIONS OF LAWYERS: STATUTES AND STANDARDS 601-603 (New York: Aspen Law & Business, 2002).

80 JEFFREY M. SHAMAN, STEVEN LUBET & JAMES J. ALFINI, JUDICIAL CONDUCT AND ETHICS 30 (3rd ed., Charlottesville, VA: Lexis, 2000).

בכל המדינות קבועות עילות הפסלות בקוד האתי המשפטי־מחייב לשופטים ובחוקים אחדים שהוראותיהם זהות בדרך כלל לקוד. לפי המבחן שם, עילת פסלות קמה במצבים שבהם יש חשש סביר למשוא פנים. בנוגע לחברות עם עורך דין קבעה הפסיקה שהדבר תלוי בדרגת היחסים האישיים. כך לדוגמה, במקרה שבו השופט ועורך הדין בילו חופשות משפחתיות משותפות ואף עמדו לצאת לחופשה כזו בתום המשפט, נקבע שעל השופט לפסול את עצמו, הואיל ואדם אובייקטיבי, בלתי מעורב, המודע לכל העובדות, היה חש ספק רב אם צדק ייעשה במקרה זה. באותו מקרה לא נפסל השופט בשל השיהוי הרב בהעלאת טענת הפסלות.⁸¹

בפרשה שזכתה לכותרות רבות בארצות הברית התבקשה פסילתו של השופט סקליה (scalia) בתיק שבו אחד הצדדים היה משרד ההגנה. בדומה לפרשת הורוביץ אצלנו, בקשת פסילה הוגשה על ידי צד חיצוני להליך, והצדדים עצמם התנגדו לפסילה. בקשת הפסילה התבססה על יחסי חברות בין סקליה לשר ההגנה (ריצ'רד צייני), שכן השניים בילו יחד כמה ימים בציד ברווזים, והשופט אף טס במטוסו של שר ההגנה לבית המארח. השופט סקליה, בהחלטה מפורטת, מתאר את הקשר החברתי שלו עם שר ההגנה כשטחי ביותר, הואיל והקבוצה שערכה ציד חולקה לכמה חוליות משנה, והוא לא נכלל באותו חוליה עם השר. לפיכך לא נוצר מצב שבו שהו ביחידות ויכלו לשוחח. השופט סקליה קובע עוד כי גם אם היו לו קשרי חברות עם שר ההגנה, לא די בכך כדי להביא לפסילתו, הואיל והתיק עוסק בשאלות הנוגעות לפעולתו של שר ההגנה במסגרת תפקידו ולא בעניין אישי שלו. מאחר שאין מדובר בבדיקת תפקודו האישי של שר ההגנה אלא בעניין טכני־פקידותי, אין להכרעה בהליך כל השלכה ישירה על שר ההגנה.⁸²

איני מבקשת לבחון החלטה זו ברובד של הכלל המשפטי, קרי, אם קמה עילת פסלות במקרה זה.⁸³ אלא, בהנחה שהפעלת הכלל המשפטי הייתה נכונה ולא קמה עילת פסלות, מה היה על השופט סקליה להחליט אילו יישם את הכלל האתי המוצע. כזכור, הכלל האתי נכנס לפעולה במקום שבו הכלל המשפטי מוביל למסקנה שלא

United States v. Murphy, 768 F.2d 1518, 1538 (7th Cir. 1985) 81

Cheney v. United States District Court for the District of Columbia, 541 U.S. 913 (2004) 82

83 לביקורת העוסקת בהיבט זה ראו Abimbola A. Olowofoyeku, *Subjective Objectivity and Social Intercourse in the U.S. Supreme Court*, PUBLIC LAW (2006) 15. ראו גם מרזל, דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 246-247.

מתחייבת פסילת השופט. במקרה זה, על השופט לשאול את עצמו אם יש בהמשך ישיבתו בדין כדי לפגוע במראית פני הצדק מנקודת המבט הכללית-קולקטיבית של הציבור כולו. לדעתי, בעיני הציבור יש בעוברות המקרה, כפי שהן מתוארות על ידי השופט סקליה עצמו בהחלטה, כדי לקבוע שיש כאן תשתית ליחסי חברות היוצרים ניגוד עניינים אתי, הואיל והמשך הישיבה בדין הוא משום פגיעה במראית פני הצדק. מדובר בהיכרות חברתית לא מעמיקה אך בהחלט לא מקרית ולא בלתי חשובה, שכן השניים בילו יחד בטיסה משותפת במטוסו של השר. הגם שהשניים לא שהו ביחידות, הם שהו בתוך קבוצה קטנה המקיימת פעילות משותפת. בכל אלו יש כדי ליצור, בעיני אדם מן היישוב, תשתית מספקת לקבוע שיש יחסי חברות/ היכרות מוקדמת העלולים להביא למשוא פנים. ולכן, מנקודת המבט הכללית-קולקטיבית, נוצר ניגוד עניינים אתי המחייב פעולה בהתאם לחובות האתיות. במקרה זה שתי החובות האתיות שהוצגו במאמר ישימות. הראשונה, חובת ההיוועצות עם גורם פנימי באשר לאפשרות להעביר את התיק לשופט אחר; השנייה, גילוי מלא לצדדים בנוגע לנסיבות היוצרות את ניגוד העניינים האתי, כדי שהצדדים ישקלו אם ברצונם להגיש בקשה לפסלות. באותו מקרה, בקשת הפסלות לא הוגשה על ידי הצדדים עצמם, אלא על ידי גופים ציבוריים. הצדדים עצמם ביקשו מהשופט שלא לפסול את עצמו.

ד. אנגליה – עניין פיננסי II

באנגליה אין קוד התנהגות משפטי-מחייב של השופטים, ואף אין קוד אתי כתוב כדוגמת כללי האתיקה השיפוטית של ועדת שמגר אצלנו. כללי ההתנהגות שלפיהם נוהגים השופטים, ובכללם כללי הפסלות, הם פרי המשפט המקובל, והפסיקה היא שמעצבת את הכלל. במרוצת השנים החילה הפסיקה האנגלית לסירוגין את מבחן 'החשש הממשי' ואת מבחן 'הסכנה הברורה', עד לפסק הדין בשנת 1993 שקבע את מבחן 'הסכנה הברורה' כמבחן הבלעדי.⁸⁴ כך לדוגמה, יחסי חברות של השופט עם עורך דין המופיע לפניו יכולים להיות משום עילת פסלות אם מתקיים מבחן

84 (U.K.) (appeal taken from Eng.) [1993] AC 646 (H.L.). *R. v. Gough*. בית הלורדים חזר ואישר את המבחן ב: [1999] Eng. C.A. 451 (Q.B. 2000). *Ltd v. Bayfield Properties Ltd.*, Locabail (UK)

הפסלות של 'סכנה ברורה' למשוא פנים.⁸⁵ בנוגע לפסלות חובה במקרה של ניגוד עניינים קבע בית הלורדים כבר בשנת 1852 בעניין *Dimes* שאסור לשופט לשבת במשפט אם יש לו אינטרס כלכלי או רכושי בתוצאתו. באותו עניין פסל בית הלורדים את הלורד צ'נסלור בשל אינטרס כלכלי שהיה לו בחברה שהייתה צד לדיון לפניו.⁸⁶ כלל פסלות החובה הורחב מאוד בשנת 1999 בעניין **פינושה**. בעניין **פינושה I** החליט בית הלורדים ברוב של שלושה מול שניים להסיר את חסינותו של פינושה, כדי שיוכל לעמוד לדין באנגליה בגין פשעים נגד האנושות שביצע בזמן היותו שליט מדינת צ'ילה. אחד הצדדים לדיון היה ארגון אמנסטי שפעל שנים רבות למען העמדתו לדין של פינושה. פינושה ערער על ההחלטה בין היתר בטענה למשוא פנים אסור, הואיל ואחד מחמשת שופטי ההרכב – לורד הופמן (Hoffmann) – היה חבר בארגון אמנסטי העולמי וכיהן כיו"ר הנהלת קרן הצדקה שלבעניין **פינושה II** קיבל בית הלורדים את הערעור והחליט על משפט חוזר, כיוון שמצא שבאותו מקרה, השופט בתפקידו כיו"ר ארגון הצדקה של אמנסטי העולמי זיהה את עצמו והיה מעורב בקידום מטרתו של אמנסטי. לפי ההחלטה, כלל פסלות החובה יופעל במצבים שבהם השופט מעורב, בין ישירות ובין בעקיפין, בקידום אותה מטרה במשותף עם אחד הצדדים להליך, מטרה שיכולה להיות מושפעת מההחלטה. ההחלטה קובעת שבמקרים אלו יש לחייב פסלות בלא קשר לשאלת קיומו של משוא פנים בפועל, שכן השופט כאילו יושב במשפטו שלו.⁸⁷ חשוב לשים לב כי מבחן הפסלות לא נדון בהחלטה המבוססת על הכלל המחייב את השופט לגלות לצדדים על האינטרס האישי שלו בהליך לפני תחילת ההליך. בדין האנגלי רשאים הצדדים לוותר מראש על עילת הפסלות בעקבות הגילוי. מנגד, אם לא נעשה גילוי על ידי השופט קמה עילת פסלות

85 ראו John Caldwell, *The Pinochet Saga*, New Zealand L. J. 103, 104 (1999)

86 *Dimes v. Proprietors of Grand Junction Canal*, (1852) 3 H.L. Cas. 759

87 *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet* (No.2) [2000]

1 A.C. 119 (H.L. 1999) (appeal taken from Eng.) (U.K.)

כלל הפסלות האוטומטית נמתחה ביקורת רבה. ראו למשל Abimbola A. Olowofoyeku,

The Nemo Jure Rule: The Case Against Automatic Disqualification, PUBLIC LAW 456

(2000); Timothy H. Jones, *Judicial Bias and Disqualification in the Pinochet Case*,

PUBLIC LAW 391 (1999)

החובה. במקרה זה, הלורד הופמן לא גילה לצדדים לדיון את עובדת כהונתו בקרן הצדקה של ארגון אמנסטי שהיה אחד הצדדים לדיון, ולכן מתחייבת פסלות.⁸⁸ אם נבחן את החלטת בית הלורדים בעניין פיננסי II לפי הגישה המוצעת, נראה כי זהו מקרה שבו הכלל המשפטי מחייב פסילה, ולכן לא מגיעים ליישום הכלל האתי. כזכור, הכלל האתי מיושם רק מקום שבו הכלל המשפטי מביא לתוצאה שלפיה אין פסילה של השופט.

ההשוואה למשפט האנגלי מלמדת על חשיבות חובת הגילוי המוטלת על השופט כלפי הצדדים לתיק בדבר נסיבות המביאות לניגוד העניינים. באנגליה זוהי חובה משפטית שבצדה סנקציה משפטית, כך שאם לא מילא השופט אחר חובתו, קמה עילת פסלות החובה. במשפט הישראלי אין חובה משפטית שכזו. המאמר מציע חובה אתית של גילוי במקרה שבו מתקיים המבחן של פגיעה במראית פני הצדק. הפרת החובה האתית לא תוביל, כמובן, לסנקציה משפטית של פסלות חובה. אך זוהי פעולה המנוגדת לאידאל ההתנהגות שאליו צריך כל שופט לשאוף מכוח חזקת הנאמנות האתית. כמו כן, אי-מילוי החובה האתית של גילוי לצדדים יכולה להביא לבדיקה על ידי נציבות תלונות הציבור על שופטים.

5. סיכום

סוגיית ניגוד העניינים אצל שופטים ממחישה היטב את ההבחנה בין המשפט לאתיקה. דיני פסלות שופט קובעים מתי נוצר ניגוד עניינים משפטי המחייב את פסלות השופט. מקום שבו לפי דיני הפסלות לא קמה עילת פסלות, יש להמשיך ולבדוק אם נוצר ניגוד עניינים אתי. אי-אפשר להסתפק בדיני הפסלות, מפורטים ככל שיהיו, ויש צורך גם בכלל אתי העוסק בניגוד עניינים. הסיבות לכך נעוצות באופייה המיוחד של האתיקה המקצועית בהשוואה למשפט, שעליה עמדת בהרחבה במאמר.

המבחן לקיומו של ניגוד העניינים האתי הוא פגיעה במראית פני הצדק. מבחן זה, שלא הוכר כמבחן מחייב במסגרת דיני פסלות שופט, ראוי ומתאים לשמש מבחן אתי. אם מתקיים מבחן זה ונוצר ניגוד עניינים אתי, על השופט למלא אחר חובותיו

88 מרזל, דיני פסלות שופט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 216.

האתיות. המאמר הצביע על שתי חובות במקרה זה: הראשונה, חובת ההיוועצות בגורם פנימי – נשיא בית המשפט שבו מכהן השופט או ועדת האתיקה לשופטים – באשר לאפשרות להעביר את התיק לשופט אחר. החובה השנייה, חובת גילוי מלא מצד השופט לצדדים לדיון באשר לנסיבות היווצרות ניגוד העניינים האתי. המאמר ניתח את מושג אמון הציבור במערכת השפיטה וקשר אותו להבחנה המוצעת בו. האמון המוסדי של הציבור במערכת השפיטה מורכב משתי נקודות מבט המשתקפות בסוגיית ניגוד העניינים. המבחן האתי בדבר פגיעה במראית פני הצדק מושתת רק על נקודת המבט הכללית־קולקטיבית, זו של הציבור הבוהן אם נשמרת האובייקטיביות השיפוטית בבתי המשפט. ואילו המבחן הקבוע בדיני פסלות השופט משקף בעיקר את נקודת המבט האישית־פרטנית, זו של הצדדים לסכסוך שלהם זכות למשפט הוגן שבו ישפוט שופט ניטרלי ללא משוא פנים. כדי לחזק ולבסס את אמון הציבור במערכת השפיטה, נדרשים השופטים להישמר מניגוד העניינים המשפטי וגם מניגוד העניינים האתי. ובשני המצבים לפעול לפי חובותיהם, אלה שבדיני פסלות שופט ואלה שבאתיקה המקצועית שלהם.