

28-16

כיצד קובעים כללים להתנהגות שופטים?

(בעקבות ע"פ 1182/99 הורביץ נ' מ"י¹
ובעקבות בג"צ 1622/00 יצחק נ' הנשיא ברק²)

מרדכי בן-דרור*

א. הקדמה

ידועה המימרה המיוחסת ל-St. Ambrose: "ברומא – נהג כרומאי"³. באותה רוח אנו אומרים לעורך הדין, משעה שנבחרת לכהן כשופט – נהג כשופט⁴. מה פירוש "לנהוג כשופט"? נשיא בית המשפט העליון, השופט א' ברק, בפנתו אל שופטים חדשים, אמר את הדברים הבאים: "היום התמניתם שופטים בישראל. בכך חל שינוי מהותי במעמדם. בנוסף למערכת הנורמטיבית החלה על כל אדם בישראל, הוטלה עליכם מהיום מערכת נורמטיבית נוספת. אלה הם כללים של אתיקה שיפוטית. הם קובעים את דרכי התנהגותו של השופט בבית המשפט ומחוצה לו. אכן, שפיטה אינה רק תפקיד. שפיטה היא דרך חיים. התנהגות המותרת לכל אדם, עשויה להיות אסורה על השופט. כללי האתיקה אינם מוסרים משכם השופט שעה שהשופט מסיר משכמו את גלימת השופט. בכל אשר ילך וכל אשר יעשה האדם כשופט והשופט כאדם, יחולו עליו כללים של אתיקה שיפוטית"⁵.

על חשיבותה הרבה של התנהגות נאותה של השופט עמד הנשיא ברק, בהזדמנויות רבות, בהן הסביר את ערכה וחיוניותה של תכונה זו, בין יתר הסגולות והתכונות שמן הראוי כי יליו את השופט במלאכת השיפוט⁶.

* שופט בדימוס, יושב ראש מערכת כתב העת "המשפט", חבר ועדת ההוראה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.

¹ ע"פ 1182/99 הורביץ נ' מ"י, פ"ד נד(2) 49 (להלן: פרשת הורביץ).

² בג"צ 1622/00 יצחק נ' הנשיא ברק, פ"ד נד(2) 54 (להלן: פרשת יצחק).

³ "Si fueris Romae, Romano vivito more. Si fueris alibi, vivito sicut ibi". G.Y. Titelman
Random House Dictionary of Popular Proverbs & Sayings (New-York, 1996)

⁴ אין חולקין שכללי ההתנהגות החלים על השופטים שונים – בתחומים רבים – מאלה החלים על עורכי הדין. ראו מ' בן-דרור "הכשרת שופטים לכהונת השפיטה" המשפט ב (תשנ"ה) 239, 242.

⁵ א' ברק "אתיקה שיפוטית" מבחר כתבים (ח'ה' כהן ו'י' זמיר עורכים, תש"ס, כרך א) 1023.

⁶ ראו, בין היתר, בג"צ 732/84 צבן נ' השר לעניני דתות, פ"ד מ(4) 141 (להלן: פרשת צבן); א' ברק שיקול דעת שיפוטית (תשמ"ז) 47; א' ברק "על השופט" המשפט ו (תשס"א) 265.

התנהגות נאותה, ההולמת את השופט, חובה היא על פי סעיף 18 לחוק בתי המשפט⁷, המתייחס בחומרה רבה – במקרים מסוימים – כלפי שופט המפר את כללי ההתנהגות החלים על השופטים. דא עקא, שאין הוא קובע ומפרט את כללי ההתנהגות ואינו אומר מה הם, ואף על פי כן אנו קוראים בו כי "א" שר המשפטים רשאי להגיש לבית הדין קובלנה על שופט על יסוד אחד מאלה: (1) השופט נהג שלא כהלכה במילוי תפקידו; (2) השופט התנהג באופן שאינו הולם את מעמדו של שופט בישראל".

וסעיף 19 לחוק זה בא ללמדנו מה הם "אמצעי המשמעת" השונים שבסמכות בית הדין לנקוט כלפי שופט כזה, ואלה אף כוללים "5) העברה מן הכהונה, בין כתשלום קיצבה ובין בשלילתה, כולה או מקצתה".

ניתן, אם כן, לצפות, כי השאלה הראשונה בפי כל שופט חדש (אם לא בקרב השופטים כולם) תהיה היכן ניתן למצוא וללמוד את הכללים שעל פיהם חייבים לנהוג השופטים? על אף חשיבותו הרבה של נושא זה, קשה לומר שיש בידינו תשובה נאותה לשאלה זו. ואם חשבנו כי יש בידינו תשובה בדמותם של כללי אתיקה שיפוטית, תשנ"ג-1993⁸, והם המחייבים את השופטים, באו פרשת הורביץ ופרשת יצחק והעמידונו על טעותנו.

כאמור, כללי האתיקה השיפוטית חלים ומשתרעים בצורה רחבה על מכלול התנהגותו של השופט, בבית המשפט ומחוצה לו. כדברי השופט ברק, "הצורך להבטיח את אמון הציבור ברשות השופטת, הוא צורך נמשך... צורך זה אינו מתמקד אך בפעולתו של השופט על כס המשפט. הוא משתרע על מכלול התנהגותו של השופט, בבית המשפט ומחוצה לו. השפיטה אינה תפקיד. זו צורת חיים"⁹. אכן, כללי האתיקה השיפוטית שהותקנו על ידי הנשיא מ' שמגר התייחסו, בצורה רחבה וכוללת, להתנהגות הראויה הנדרשת מן השופט בכל מעשיו ופעולותיו, בבית המשפט ומחוצה לו, וזאת "מעט השבעתו ועד תום כהונתו, אף אם נמצא הוא בחופשה, בין בתשלום בין שלא בתשלום"¹⁰.

ב. מה הייתה הסוגיה שדנו בה שופטי בית המשפט העליון בפרשת הורביץ ובפרשת יצחק?

חוק-יסוד: השפיטה, כולל, בין היתר, את "שבועת השופט". נאמר שם (בסעיף 6: "הצהרת אמונים"), כי "מי שנתמנה שופט יצהיר הצהרת אמונים לפני נשיא המדינה; ואלה דברי ההצהרה: 'אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים"¹¹. הצהרה זו מחייבת, אם כן, את השופט לשפוט ללא משוא פנים"¹². המלון החדש של א' אבן-שושן מגדיר ביטוי זה "העדפת אדם על אחרים בשל חשיבותו, קרבתו, ידידות אליו וכדומה"¹³.

צפה ועולה, אם כן, השאלה כיצד על שופט לנהוג כאשר מופיע לפניו עורך דין (המייצג את אחד הצדדים) והוא נמנה עם חבריו וידידיו הטובים? האם עלינו לומר כי אין בעובדה זו ולא כלום הואיל וחזקה על כל שופט שיידע להתעלם מיחסיו האישיים עם עורך הדין; או שמא מן הראוי לקבוע כי על השופט לפסול עצמו מלדון במקרה מסוג זה? בשאלה זו דנו בפרשת הורביץ ובפרשת יצחק ובמסגרת הדין והכרור המשפטי אף התייחסו לאחת ההוראות שבכללי האתיקה השיפוטית, זו הדנה בשאלת הופעתו של עורך דין לפני שופט כאשר בין שני אלה קיימים יחסים חברתיים מיוחדים.

השופט ת' אור, בפתח החלטתו, מסביר את העילה להגשת הבקשה כי יפסול את עצמו מלדון במקרה, במילים הבאות:

"1. התקבלו אצלי שני מכתבים של מר יואב יצחק, האחד ביום 7.2.2000 והשני ביום 13.2.2000. בשני המכתבים טוען מר יצחק, כי עליי לפסול עצמי מלדון בערעורים אלה, בשל קשרי החברתיים עם אחד מסנגוריו של מר אלי הורביץ, עורך-הדין פנחס רובין. מר יצחק מעלה חשד, שעורך-דין רובין נשכר לייצג את מר הורביץ בשל קשריו עמי. אין הוא נרתע מלהוסיף, כי כך נעשה 'בשל הסיכוי שקשר אישי זה יבוא לידי ביטוי ויטיב עם הורביץ בפסק-הדין ובהליכי הערעור אותם מוביל כבוד השופט אור במעמדו כאב בית הדין"¹⁴. ובהמשך מציין השופט אור כי "מר יצחק מסתמך במכתביו על כלל הנמנה עם

¹¹ סעיף 6 לחוק-יסוד: השפיטה ("הצהרת אמונים").

¹² הביטוי "להכיר פנים" (אשר מוגדר: "נשא פנים, נתן את היתרון למישהו על אחרים") אינו שונה לענייננו מן הביטוי "משוא פנים" על אף הנדרתם השונה. ראו א' אבן-שושן המלון החדש (תש"ס, כרך רביעי).

¹³ שם.

¹⁴ פרשת הורביץ, לעיל הערה 1, בע' 51.

⁷ חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 (להלן: "חוק בתי המשפט").

⁸ כללי אתיקה שיפוטית, תשנ"ג-1993 (להלן: "כללי האתיקה השיפוטית"). הכללים הותקנו על ידי השופט מ' שמגר, נשיא בית המשפט העליון לשעבר.

⁹ פרשת צבן, לעיל הערה 6, בע' 148 וראו בהקשר זה ברק (תשמ"ז), לעיל הערה 6, בע' 293.

¹⁰ כללי האתיקה השיפוטית, לעיל הערה 8, בע' 18.

לאחד וירע פניו לאחר; שופט לא יגלה דעה קדומה או משוא פנים ולא יתן בהתנהגותו או בדבריו יסוד לחשש מפני אלה"¹⁹.

פרופ' ברק מסביר בהרחבה מושג זה של משוא פנים על כל צדדיו. וכך הוא אומר:

"תכונת יסוד של כל הליך שיפוטי תקין היא, שהשופט המכריע בסכסוך פועל ללא משוא פנים. חיוני הוא שהצדדים להליך והציבור כולו יהיו משוכנעים שהשופט אינו מעדיף צד זה או אחר בשל תכונותיו או השתייכותו לסוג זה או אחר של בני אדם. לא אופיים של הטוענים הוא שמכריע את הדין, אלא משקלם של הטוענים. משמעותו של חוסר משוא פנים זה הוא, שהשופט מתייחס אל הצדדים שלפניו באופן שווה, תוך שהוא מעניק להם הזדמנות שווה ויחס שווה שאין לו ענין אישי בתוצאה; שהוא מגיע לפסק דינו, לא בשל נטייתו לצד זה או אחר, אלא בשל כניעתו לדין. מצב דברים זה חיוני הוא להליך השיפוטי. בלעדיו לא יתקיים אמון הציבור ברשות השופטת. בלא אמון זה אין השפיטה יכולה למלא את תפקידה. כפי שציין השופט פרנקפורטר:

"The Court's authority – possessed of neither the purse nor the sword – ultimately rests on sustained public confidence in its moral sanction"²⁰.

עד כאן מדברי פרופ' ברק לגבי הגישה הראויה כדי "שהצדדים להליך והציבור כולו יהיו משוכנעים שהשופט אינו מעדיף צד זה או אחר"²¹.

ד. ההליכים בבית המשפט העליון

כפי שעולה מן הדברים שהובאו לעיל, נדרשו שופטי בית המשפט העליון לדון בשתי שאלות: האחת – מה דינה של "קרבה חברתית" והאם על השופט לפסול עצמו כל אימת שעורך דין, חברו וידידו הקרוב, מופיע לפניו? והאחרת – כיצד יש להתייחס לכללי האתיקה השיפוטית שהותקנו על ידי הנשיא שמגר?

¹⁹ כללי האתיקה השיפוטית, לעיל הערה 8, בע' 4.

²⁰ ברק (תשמ"ז), לעיל הערה 6, בע' 261-262.

²¹ שם, בע' 261.

כללי האתיקה אשר הועברו בשעתם על-ידי נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) השופט שמגר אל כלל השופטים, ועל-פיו 'שופט לא יישב בדין במשפט בו קרבה משפחתית או חברתית לבעל דין, לפרקליט המופיע בתיק או לעד מרכזי, או טיפול קודם בעניין נשוא הדין לפני מינויו כשופט, עלולים ליצור מראית של חשש למשוא פנים"¹⁵.

גם שלושת שופטי ההרכב (השופטים א' מצא, י' קדמי וד' דורנר) בפרשת יצחק הציגו את הסוגיה במילים דומות. וכך אמרו:

"עיקר עניינה של עתירה זו הוא בבקשת העותר, כי השופט אור יפסל מלדון בערעורו של המשיב 5... בשל קשריו החברתיים עם עורך-הדין פנחס רובין, שבשלב הערעור צורף על-ידי המשיב 5 (אליהו הורביץ) לצוות הסנגורים שייצגו אותו בדין לפני הערכאה הראשונה. בנוסף מבקש העותר, כי נשיא בית המשפט העליון ושר המשפטים יחויבו להכריז על תקפותם המחייבת של 'כללי אתיקה שיפוטית, תשנ"ג-1993... שפורסמו בשעתו על-ידי נשיא בית-המשפט העליון בדימוס, מ' שמגר, ושעל האמור בהם, בין היתר, מבסס העותר את עילתו הנטענת לפסילתו של השופט אור מלדון בערעורים"¹⁶.

ג. משוא פנים – מהו?

מטבע הדברים הוא ש"הצהרת אמונים" של השופט בפני נשיא המדינה¹⁷ תפרט את היסודות החשובים ביותר למלאכת השיפוט. השופט מתחייב, כאמור על פי סעיף 6 לחוק-יסוד: השפיטה, "לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים". חוק-יסוד: השפיטה שם בראש מעייניו, בין היתר, את הדרישה שהשפיטה תהיה ללא משוא פנים. משוא פנים נחשב למעשה הרסני בדומה לשוחד. במקורותינו אנו קוראים: "ועתה יהי פחד-יהוה עליכם שמרו ועשו כ-אין עם יהוה אלהינו עולה ומשא פנים ומקח-שחד"¹⁸.

אין תמה, אפוא, שהנשיא שמגר, בגבשו את כללי האתיקה השיפוטית, קבע כי "שופט לא יכיר פנים במשפט, לא יהדר פני גדול ולא יישא פני דל; לא יסביר פניו

¹⁵ שם, שם.

¹⁶ פרשת יצחק, לעיל הערה 2, בע' 57.

¹⁷ ראו סעיף 6 לחוק-יסוד: השפיטה.

¹⁸ דברי הימים ב, יט, ז; "לא תטה-משפט לא תכיר פנים לא-תקח שחד" (דברים, טז, יט).

ברם, הנסיבות המיוחדות במשפט זה לא התאימו ולא אפשרו דיון ממוקד ובלעדי בשתי השאלות לעיל ובהן לבדן; כך, למשל, לא היה זה אחד הצדדים שביקש כי השופט אור יפסול עצמו מלדון במקרה זה; אדרבא, שני הצדדים הביעו את אמונם בשופט ואף הסכימו כי ימשיך לדון במקרה על אף קיומם של יחסי חברות בינו ובין אחד הפרקליטים²². היה זה אדם זר (למשפט ולצדדים) אשר הגיש את הבקשה והעלה את הטענה בדבר הפסלות. לפיכך התעוררה השאלה אם זכאי "זר מתערב" זה, כי ידונו בבקשתו לפסילת השופט בשעה שהצדדים למשפט אינם רוצים בכך ואינם מבקשים זאת. עוד הוברר שהבקשה הוגשה לא בתחילת הדיון כנדרש על פי החוק, אלא במועד מאוחר, מאוחר למדי.

השופט אור בפרשת הורביץ נדרש, אם כן, לדון בשאלות משפטיות שונות, כמו גם שלושת השופטים בפרשת יצחק. ברם, כל אחד משני מותבים אלה הלך בדרכו שלו. השופט אור לא דן כלל במעמדו המשפטי של מר יצחק ובזכותו להתערב במשפט לא לו. אדרבא, השופט אור מסביר כי "נוכח הפומביות הרבה שלה זכו מכתביו של מר יצחק, כמו גם פרסומים נוספים בנוגע לשאלה אם עלי לפסול את עצמי מלהמשיך לדון בערעורים אלה מפאת יחסי חברות עם עורך-דין רובין, והואיל והנחתי היא כי בעלי-הדין מעוניינים לדעת כבר עתה את עמדתי בשאלה זו – רואה אני לנכון להבהיר, ולו בקיצור על שום מה נראה לי שעליי להמשיך ולדון בערעורים אלה"²³.

לאור עמדתו זו, המשיך השופט אור ודן בשאלת הפסלות ובעקבותיה בשאלת תוקפם של כללי האתיקה השיפוטית של הנשיא שמגר. רק לאחר שדחה את הטענה כי עליו לפסול את עצמו בגלל יחסי החברות הקיימים בינו ובין עורך הדין רובין, ורק לאחר שקבע כי כללי האתיקה השיפוטית של הנשיא שמגר אינם מחייבים את השופטים, הוסיף השופט אור ועמד על עניין המועד המאוחר שבו הועלתה הטענה. וכך אמר:

"זמן רב הוקדש בהכנה למשפט ובשמיעת הערעורים, ולא רק זמן שלי ושל חברי השופטים אלא גם זמן ומשאבים של בעלי-הדין, וזאת מבלי שאף אחד מהצדדים העלה, בשום שלב של הדיון, את השאלה אם ראוי שאשתתף במותב בית-המשפט. הערעורים נשמעו בפני המותב במשך חמשה ימים, ובשלב זה הצדדים ממתינים לפסק-הדין. כאמור, לאחר שמר יצחק העלה את טענותיו, רק לאחר שהדיון נסתיים, בעלי-הדין נשאלו על-ידי בית המשפט לעמדתם, והם הביעו דעתם כי

²² המ' 296/57 קליינר נ' רודי, פ"ד יב 113, 114 (להלן: פרשת קליינר) ההתייחסות לאמור בהמרה זו.
²³ פרשת הורביץ, לעיל הערה 1, בע' 51.

מבחינתם אין עליי לפסול עצמי מהמשך ההשתתפות במותב בית-המשפט. במצב זה אני סבור כי לא יהיה נכון והוגן כלפי בעלי-הדין אם אוציא עצמי מן המותב, וצריך יהיה לפתוח את הדיון בערעורים מחדש"²⁴.

מן הדברים הללו עולה, שהשופט אור לא החליט שיש לדחות את הבקשה מן הטעם שהוגשה לאחר המועד הקבוע בחוק, אלא שסבור היה כי יש להביא בחשבון – אם תתקבל הבקשה לפסילה – כי הדבר יגרור אחריו דחיית המשפט ויתעורר הצורך לחזור ולדון בו מחדש ומתחילתו; ותוצאה זו לא נראתה ראויה ורצויה בעיניו של השופט אור לאור הנסיבות שציין בהחלטתו.

ואילו שלושת השופטים בפרשת יצחק הלכו בדרך שונה; לשיטתם יש לייחס משקל רב יותר, משקל מכריע, לשתי הנקודות "המקדמיות" לעיל, לאמור: מה מעמדו של המבקש במקרה זה ומה דינה של בקשה שהוגשה באיחור. בהתאם לגישתם זו דנו תחילה בשתי שאלות משפטיות אלה, ולאחר דיון וביורר – כמפורט בהחלטתם – הגיעו למסקנה כי יש לדחות את עתירתו של המבקש על יסוד שני עניינים אלה ואלה בלבד. וכך אמרו:

"זכות עמידה.

6. הזכות להעלות טענת פסלות מוסדרת בסעיף 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984. מן העיון בהוראת הסעיף עולה, כי הזכות נתונה למי שהוא 'בעל-דין'...

7. אנו סבורים, כי הזכות לטעון טענת פסלות נגד שופט, על-פי ההסדר החוקי הקיים, נתונה רק לבעלי-הדין בהליך השיפוטי שבגדרו מועלית הטענה"²⁵.

וכך גם לגבי מועד הגשת הבקשה לפסילה:

"שיהוי בהגשת הבקשה ועמדת בעלי הדין.

8. כלל ידוע הוא – וסעיף 146(ג), סיפא, לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] מורה על כך במפורש – כי המבקש לטעון טענת פסלות נגד שופט מצווה להעלות את טענתו מיד לאחר שעילת

²⁴ שם, בע' 52-53.

²⁵ פרשת יצחק, לעיל הערה 2, בע' 61.

הפסלות נודעה לו... וככלל, רשאי בית-המשפט לסלק על הסף טענת פסלות רק בשל כך שהועלתה באיחור"²⁶.

ומכאן התוצאה אליה הגיע בית המשפט – ובלשונו:

9. מהכרעתנו בשתי השאלות המיקדמיות מתחייבת המסקנה, שדין העתירה נגד החלטת השופט אור בטענת הפסלות להידחות על הסף. לנוכח מסקנתנו האמורה, מתייתר הצורך לדון בטענת הפסלות לגופה"²⁷.

ה. תפקיד בית המשפט העליון בקביעת כללים להתנהגות ראווה של שופטים

במבט ראשון נראה כי הדרך שבה הלכו שלושת השופטים בפרשת יצחק היא הדרך הנכונה במקרה זה. ודאי שכך הם פני הדברים אילו הצטמצם והתקיים דו-שיח משפטי בין המותב ובין המבקש בלבד. או אז אומרים לו השופטים: אין זה עניינך ומכל מקום החמצת את השעה. ברם כאן מתעוררת השאלה, אם נושא זה מוגבל הוא בדל"ת אמות של מערכת היחסים שבין המבקש לבין המותב?

השופט אור היה ער לנסיבות המיוחדות הקיימות במקרה זה, ואף ציין אותן במפורש שעה שהגיע למסקנה כי נוכח הפומביות הרבה לה זכתה פנייתו של מר יצחק, מן הראוי שיבהיר עמדתו בסוגיה²⁸. ובמילים אחרות: לדעתו של השופט אור, בירור השאלה חורג מהמסגרת הצרה של "מחלוקת" שבין המבקש לבית המשפט; הנושא הוא בעל חשיבות רבה, בראש ובראשונה – לצדדים עצמם, ומעבר להם גם לציבור.

יש לזכור כי אין לנו מסכת כללים שלמה ומחייבת, המסדירה ומבהירה את ההתנהגות הראווה של השופטים. ממילא עלינו לומר שעל כלל השופטים ללמוד ולאמץ את כללי ההתנהגות כפי שאלה נקבעים, מעת לעת, ובהזדמנויות שונות, בהחלטות ובפסקי הדין הניתנים על ידי בית המשפט העליון ובעיקר על ידי נשיאו

²⁶ שם, בע' 61-62. לא הבאתי בפרוטרוט את הנמקה בית המשפט לגבי מעמדו של המבקש וכך גם לגבי מועד הגשת הבקשה (וימון שביח המשפט עמד בהרחבה על שני אלה), מן הטעם שבמסגרת מאמר זה נושאיו, אינני רואה מקום לדון בהם.

²⁷ שם, בע' 62.

²⁸ פרשת הורבין, לעיל הערה 1, בע' 51.

(בשעה שהוא דן בבקשות לפסול שופט מלדון במקרה מסוים). ישנה, אם כן, חשיבות רבה, בכל פעם שמתעוררת שאלה של התנהגות שופט, אם ראווה היא אם לאו, כי בית המשפט העליון יאמר את דברו.

כאמור, השופטים בפרשת יצחק הגיעו למסקנה – נכונה לכל הדעות – שמקרה זה הוא מיוחד במינו על פי נסיבותיו. מטעם זה נראה היה להם שלא זה המקום ולא זו ההזדמנות הנאותה לקבוע הלכה לגופה של השאלה שהתעוררה בו. יחד עם זאת, מותב השופטים בפרשת יצחק חזר ונדרש לבעיה, מזווית ראייה כללית ועקרונית, בשעה שדן בכללי אחיקה שיפוטית של הנשיא, השופט שמגר (ואדון בכך להלן).

ו. קרבה חברתית ואמון הציבור

נשאלת, אם כן, השאלה כיצד על שופט לנהוג בשעה שמופיע לפניו עורך דין שהוא ידידו הקרוב?

על שאלה זו יש להשיב לאחר בחינה רחבה יותר של יסודות אחרים בשיטת המשפט שלנו. כך, למשל, בשאלה שלפנינו ישנה חשיבות משפטית מרובה לתפקידם ולחלקם היחסי של הפרקליטים לעומת אלה של השופטים בניהול המשפט. לאמור, שעל התשובה והפתרון לעלות בקנה אחד, בין היתר, עם תפקידיו וחובותיו של עורך הדין, מצד אחד, לעומת אלה של השופט, מצד שני.

לעורכי הדין, בשיטת המשפט שלנו, יש מעמד ותפקיד נכבד ביותר בניהול המשפט מבחינות רבות הם הם הנושאים בעול המשפט. לא רק מסגרת הדין (קרי: הטענות) נקבעת על ידם, אלא גם החומר שעל פיו יוכרע המשפט (הראיות למיניהן). הנשיא לנדוי מבהיר זאת במילים הבאות: "ישנן מגבלות הנובעות במישורן מדרכי פעולתה של מערכת בתי המשפט. בית המשפט פסיבי מטבעו ועוסק רק כמה שמואב לפניו ביוזמתו של בעל דין... אף אין לו לבית המשפט כלי חקירה כדי לרדת לעומקה של מחלוקת ציבורית, וגם בזה הוא תלוי בחומר הראיות שהפרקליטים בוחרים להביא לפניו"²⁹. כך גם פרופ' ברק, עומד על היבט זה של שיטת המשפט שלנו, במילים אלה: "גם אם כללי הראיות מאפשרים הרחבתה של המסגרת העובדתית, לא תמיד נעשה בהם שימוש מלא. התשתית העובדתית קשורה בצדדים, ביכולתם ובכשרונם. ישנן עובדות אשר הצדדים אינם מביאים בפני בית המשפט, גם אם הם רשאים לעשות כן. לעתים עשויים הצדדים להמנע מהנחת תשתית מתאימה להפעלת שיקול

²⁹ מ' לנדוי "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" משפטים י (תשמ"ז) 196, 198.

אלה עסקינן אלא באמון הציבור במערכת השפיטה וכן בחיזוקו הבלתי פוסק של אמון זה, ההולך ונמשך ממשפט למשפט. ואלה הדברים שאמר הנשיא ברק לשופטים חדשים:

“אמון הציבור, מטבע מהותו, אינו נבחן על-פי תחושתו הסובייקטיבית של השופט, כי הוא פועל בהגינות. אמון הציבור נבחן על-פי אמות מידה אובייקטיביות. אין זה מספיק, שהשופט עצמו סבור ומשוכנע, כי פעל באופן עצמאי וללא נטייה. עליו להיות משוכנע, כי אותן עצמאות, הגינות וחוסר נטייה הן גם מראית פני הדברים. הגינות צריכה לא רק להיעשות אלא גם להיראות. לעניין אמון הציבור, מה שלא נראה לא נעשה”³⁴.

התבטאויות דומות ניתן למצוא בפסקי הדין באנגליה. במשפט ההסגרה של הסנטור פינשוה, שהתקיים בוועדה המשפטית של בית הלורדים, דנו הלורדים בשנית באותו עניין, לאחר שהועלתה הטענה בדבר משוא פנים מצד אחד הלורדים (לורד הופמן) בדיון הראשון. ואלה הדברים שאמר שם Lord Hope of Craighead:

“It is no answer for the judge to say that he is in fact impartial and that he will abide by his judicial oath. The purpose of the disqualification is to preserve the administration of justice from any suspicion of impartiality”³⁵.

הנשיא ברק עמד, בהודמנויות שונות, על הכלל שאין לראות חזות הכול בתחושתו הסובייקטיבית של השופט לפסול (או שלא לפסול) את עצמו מלשכת בדין. ואלה דבריו:

“מדובר בעניינינו במקרה של פסילה עצמית. בעניין זה יש לתת משקל נכבד לתחושת השופט הסובר כי לא ראוי הוא שידון בתיק. עם זאת להתחשבות זו בעמדת השופט לפסול את עצמו יש גבולות. הם נקבעים על-פי אמת-המידה הידועה והמקובלת של חשש ממשי למשוא פנים... שופט אינו חופשי לפסול עצמו בכל מקרה

³⁴ ברק, לעיל הערה 5, בע' 1024.

³⁵ ראו התייחסות למשפט זה להלן בטקסט וכן ראו: *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)*, [1999] 1 All E.R. 577, 593 (להלן: פרשת פינשוה או *Pinochet case*).

דעת שיפוטי, שכן הם אינם מעוניינים בפתרון העשוי להתבקש כתוצאה מכך. בתהליך האדברסרי, הצדדים הם הקובעים את היקפו של הסכסוך והם המניחים את התשתית הראייתית לפתרונם. כתוצאה מכך עשוי בית המשפט לקבל תמונה חלקית בלבד, שאינה מתחשבת דייה באינטרסים של צדדים שלישיים או באינטרסים של הציבור בכללו”³⁰.

לעומת פעילותם ופעלתנותם של הפרקליטים, מן השופטים נדרשת מידה רבה של התאפקות³¹; עליהם להגביל ולצמצם, במידת האפשר, מעורבות שלא לצורך במשפט בבחינת “תלמיד חכם, צריך שיהא צנוע”. דבר זה חשוב הוא על פי שיטתנו המשפטית, מן הטעם שחובה על השופט להינזר ולהיות מנותק לחלוטין מהאינטרסים של צד זה או אחר; חובה עליו גם להתנהג בהתאם לכך וכי זו אף תהיה מראית פני הדברים לכל יאבד את אמון הציבור בו ובשפיטתו³². מכאן גם החשיבות הרבה של כללי האתיקה השיפוטית³³.

תיאור זה, לגבי מקצועם של עורכי הדין, מצד אחד, ותפקידם של השופטים, מצד שני, כללי הוא מדי. לצורך עניינינו (ובמסגרת הדיון בנושא כפי שהוגדר לעיל) די אם נציין כי קיימות הגבלות שונות על הפרקליטים, הן לגבי העלאת הטענות והן לגבי הצגת הראיות. הוא הדין לגבי תפקידם של השופטים אשר מהם נדרשת – במקרים לא מעטים – מעורבות במשפט ויד מכוונת ושלטת. לא כאן המקום לעמוד על כל אלה, אולם הערה זו דרושה על מנת להבהיר כי בנושאים של אמון הציבור במערכת המשפט כתוצאה מחשש למשוא פנים – השופט הוא בעל דבר ולא עורך הדין, וממילא יד השופט צריכה להיות על העליונה, יהיו טענותיהם של הפרקליטים אשר יהיו.

כללי האתיקה, בנושאים של אמון הציבור במערכת המשפט, אינם יכולים להתחשב באינטרסים של צד למשפט, זה או אחר. נראה לי כי אם אנו מבקשים לשמור מכל משמר על אמון הציבור ברשות השופטת, כי אז נדרשת מידה רבה של זהירות והקפדה על כללי אתיקה המסדירים הופעת עורך דין בפני ידיו השופט. כללים כאלה חייבים להתעלם גם מתחושותיו ומאמונתו הסובייקטיבית של השופט. אכן, ייתכן כי במשפט מסוים, שבו מתעורר חשש למשוא פנים, לא יראו פרקליטי שני הצדדים והשופט עמם טעם לפגם אם ימשיך לשבת בדין. אולם לא בעמדתם של כל

³⁰ ברק (תשמ"ז), לעיל הערה 6, בע' 247-248.

³¹ ראו ע"פ 371/83 גרינולד נ' מ"י, פ"ד לו(4) 303; ע"פ 199/85 אליעז נ' מ"י, פ"ד לו(2) 80.

³² ברק (תשמ"ז), לעיל הערה 6, בע' 292; ראו גם פרשת צבן, לעיל הערה 6, בע' 148.

³³ ברק (תשמ"ז), שם, בע' 293.

לפסלות השופט) שאין הם מבקשים פסילת השופט? על כך השיב בית המשפט העליון שהסכמתם תופסת וקושרת אותם, ואין הם יכולים לאחר מכן (בערכאת ערעור) לחזור בהם מהסכמה זו; כל זאת אפילו יהיה מקובל עלינו שראוי היה מלכתחילה, כי השופט יפסול עצמו – ומיזמתו – מלשבת ולדון במקרה, ולא היה מקום לפנות ולשאול מה עמדתם (ודאי שלא לשאול הסכמתם) של עורכי הדין.³⁹

בארצות-הברית (שם נתקבלו וחלים דינים מגובשים ומפורטים לגבי התנהגות השופטים, בניגוד לשיטות המקובלות באנגליה ובצרפת) הגישה היא שהצדדים יכולים להסכים כי השופט יישב בדין אפילו יש חשש למשוא פנים, כגון שלשופט יש אינטרס מסוים. כל זאת כתנאי שהסכמת הצדדים תיערך בכתב ותופיע גם כחלק מפרוטוקול בית המשפט.⁴⁰

אולם הכלל הוא שעל שופט לפסול עצמו אם לדעתו יהיה זה בלתי הולם שישב במשפט בו מופיע עורך דין בעל קשרים עמו. ההוראה הרלוונטית לענייננו הופיעה בסעיף 455 לחוק הפדרלי האמריקאי, והיא תוקנה והורחבה בשנת 1974; נאמר בסעיף קטן (a):

"Any justice, judge, or magistrate of the United States shall disqualify himself in any proceeding in which his impartiality might reasonably be questioned"⁴¹.

לענייננו, ניתן לומר לאור האמור לעיל, כי התוצאה בהחלטה בפרשת הורביץ, נכונה היא על פי הדין (שהרי הבקשה הוגשה לאחר המועד החוקי ושלא על ידי צד למשפט) ועולה היא בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה שהרי פרקליטי שני הצדדים הסכימו כי השופט אור ימשיך לדון בערעור. ברם, הנסיבות במשפט זה היו יוצאות דופן ולא אפשרו דיון ישיר וממוקד בבעיה האמיתית, וזו נשארה תלויה ועומדת, והיא מה הדין, אם בתחילת הדיון מבקש אחד הצדדים (כחוק), כי השופט יפסול

³⁹ ראו פרשת קליינר, לעיל הערה 22, בע' 114.

⁴⁰ ראו: Code of Conduct for United States Judges, available at [http://www.ustd.uscourts.gov/judges/judges_code.html] (last visited on 30.12.2001).

מופיע גם כחוספ ל- & Removal (vol. II) 913 Research Papers of the National Commission on Judicial Discipline

⁴¹ 28 U.S.C §455 (1970) (להלן: "החוק הפדרלי"); ראו מאמרו של מ' שמגר "על פסלות שופט – בעקבות ידיו חרות משמע" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 87, 92; נ' בן-תור פסלות שופטים (תשנ"ט) 35. כאמור, נעשתה – בזמנים שונים – חקיקה ענפה בארצות-הברית הדנה בנושא זה, ואין כוונתי להעמיק בה, במסגרת הנוכחית. ראו עוד, למשל: Judicial Councils Reform and Conduct and Disability Act of 1980 [28 U.S.C §332(d)(1), 372(c)]

שסובייקטיבית הוא סבור כי אין זה ראוי לו לשבת בדין. התחושה הסובייקטיבית צריכה להיות מלווה בנתונים אובייקטיביים, שיש בהם כדי להצביע על אפשרות ממשית למשוא פנים. אכן, כשם שחובה על שופט לפסול עצמו מקום שהתנאים מחייבים זאת, כן חובה עליו שלא לפסול עצמו מקום שהתנאים לפסילה אינם מתקיימים. חובת השיפוט היא חובת השופט"³⁶.

דברים דומים כתב פרופ' ברק, מן הראוי להביאם כלשונם:

"מגבלות דיוניות אלה מטילות על השופט מגבלות נוספות בהתנהגותו בבית המשפט ומחוצה לו. עליו לנהוג בהגינות באולם בית המשפט. עליו לנהוג בהגינות מחוץ לאולם בית המשפט. שפיטה אינה מקצוע. זהו אורח חיים. על כן על השופט להתרחק מהצדדים ומפרקליטיהם בעת ניהול המשפט. עליו לנהל צורת חיים העולה בקנה אחד עם משרתו השיפוטית"³⁷. ובהמשך מביא השופט ברק את דברי השופט C.J. Robinson על ההתנהגות הנאותה והראויה של השופט, להלן בתרגום חופשי מאנגלית:

'אלה המקבלים על עצמם את כהונת השפיטה שוב אינם יכולים להמשיך בשגרת חייהם באותה חופשיות כפי שעושים זאת אחרים. יש להם חובה כלפי מערכת המשפט אליה הצטרפו כחברים לשמור בקנאות על יושרם – וזאת על חשבונם, אם יתעורר הצורך בכך – של יחסים עם שכנים ומכרים, קשרים עסקיים וחברתיים. זה תפקידם ביוםם ובדורם ומי שאינו מוכן להקריב את הקרבתו אינו מתאים למשרה זו"³⁸.

ז. הימנעות מפסילה בהסכמת הפרקליטים

על פי שיטת המשפט שלנו, רשאים הפרקליטים (או מי מהם) – עם פתיחת המשפט ממש – להעלות את הטענה כי על השופט לפסול עצמו מלדון בתיק. על פי הדין (כמפורט בפרשת יצחק) אם לא העלה אחד הפרקליטים, בתחילת הדיון, טענה בדבר פסלות השופט באותו משפט – לא תישמע יותר טענה זו. עם זאת, שאלה היא מה הדין אם הסכימו פרקליטי שני הצדדים (בידיעתם את העובדות המוליכות

³⁶ ראו ע"א 2478/01 עובדיה נ' עובדיה, פ"ד נה(4) 627, 625 וכן ראו את האסמכתאות המצוטטות שם.

³⁷ ברק (תשמ"ז), לעיל הערה 6, בע' 47.

³⁸ שם, שם.

עצמו לאור יחסי הקרבה החברתית שיש לו עם עורך הדין של הצד שכנגד? האם יחול כאן הכלל האמור בכללי האתיקה השיפוטית, או שמא אין השופט קשור בו ואינו חייב לנהוג לאורו?

ח. יש חברים ויש חברים

נראה לי שיש מקום להבחנה בין שני מצבים שכל אחד מהם מוביל לתוצאה שונה. על פי המצב האחד, כפי שתואר אותו נכונה השופט אור בהחלטתו בפרשת הורביץ, "הכלל הנוהג בפרקטיקה מאז ומתמיד הוא, שהיכרות או יחסי חברות בין שופט לבין פרקליט, להבדיל מיחסי קירבה משפחתית ביניהם, אינם פוסלים שופט מלדון בעניין שבו מופיע אותו פרקליט"⁴².

דברים דומים אמר הנשיא ברק, בפנותו אל השופטים החדשים; וכך אמר:

"אין אתם צריכים לנתק את עצמכם מחבריהם ומכלל הציבור. אמת, השפיטה קובעת גבולות חדשים למותר ולאסור. אין היא דורשת ניתוק גמור מהעבר. חבר הוא חבר, בין לפני המינוי ובין אחריו. שפיטה אינה מחייבת ניתוק מהעולם הסובב. אין לבנות חומה בין השופט לבין החברה בה הוא פועל. השופט הוא חלק מעמו. שופט הוא אזרח, ושופט טוב צריך להיות אזרח טוב. עליו ליתן את חלקו בבנין חברתו. אך בכל אלה ינהג באופן ההולם את מעמדו כשופט"⁴³.

הנשיא שמגר, ניסח בכללי האתיקה השיפוטית הלכה זו כלהלן:

"כהונתו של שופט אינה מחייבת אותו לנתק קשרים חברתיים, כולל קשרים עם עורכי דין, אך שופט יפעיל שיקול דעת ראוי בחברת מי יהיה, וכיצד יראו הבריות, בנסיבות העניין, את הימצאותו בחברה מסוימת. שופט יימנע מכל התנהגות העלולה לעורר רושם של העדפת בעל דין או עורך דין שעזמו קשור השופט בקשרי ידידות, כגון נסיעה לבית המשפט או מבית המשפט במכוניתו של עורך הדין"⁴⁴.

⁴² פרשת הורביץ, לעיל הערה 1, בע' 51.

⁴³ ברק, לעיל הערה 5, בע' 1025-1026.

⁴⁴ כללי האתיקה השיפוטית, לעיל הערה 8, בע' 18-19. ראו את פסק דינו הקצר, בנושא זה, של בית המשפט העליון בבג"צ 90/49 נחמימובסקי נ' שר המשפטים, פ"ד 4. וכן בג"צ 327/63 מזרחי נ' שר העבודה, פ"ד יח(1) 434.

מקובל עלינו – כך נראה – שלא מן הראוי לקבוע כי על השופט לפסול את עצמו מלדון במשפט בו מופיע אחד מידידיו או חבריו כמתואר לעיל. אולם נשאלת השאלה אם זהו מצב הדברים היחיד שעליו עלינו לתת את הדעת במסכת היחסים המשפטיים שבין עורך הדין לשופט? ובמילים אחרות, כלום יהיה זה נכון לומר שדין אחד לכל מכרינו ומיודעינו, בבחינת "כל ישראל חברים" ואין בין האחד לשני ולא כלום? או שמא נכון יותר יהיה לומר – לגבי ידידיו – שאין זה כהרי זה וממילא גם הדין צריך להיות שונה לגבי כל אחד מהם.

סבורני שעלינו לתת את הדעת למצב דברים נוסף ואחר, שונה מזה המתואר לעיל ובזאת חשיבותו של הכלל בכללי האתיקה השיפוטית, האומר כי "שופט לא יישב בדין במשפט בו קירבה משפחתית או חברתית לבעל דין, לפרקליט המופיע בתיק... עלולים ליצור מראית של חשש למשוא פנים"⁴⁵. כלל זה אינו מתייחס למצב הדברים שתואר עד כה לעיל, אלא למערכת יחסים אחרת, הדוקה יותר, המחייבת גישה משפטית שונה ואחרת. אסביר את דברי:

המותב בפרשת יצחק הבחין, הבחנה מסוימת, בין שני מצבים אלה במילים הבאות:

"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 מפגש בין השופט לבין פרקליט שהוא חברו או ידו, באולם המשפטים... עם זאת גם אין מקום לומר, כי בכל מקרה יהיה זה ראוי ששופט יכהן במשפט בו מופיע פרקליט שהוא ידו או חברו הקרוב. ואמנם תיתכנה נסיבות בהן ייטיב השופט לעשות אם ימשוך את ידו ממשפט כזה; לא, חלילה, מטעמים של נוחות אישית, אלא מחשש שבנסיבות העניין עלולה ישיבתו באותו משפט להכביד על יכולתו למלא כראוי את תפקידו השיפוטי, או ליצור מראית עין לא נאותה"⁴⁶.

על חשיבותו של אמוץ הציבור במערכת השפיטה עמדו שופטי פרשת יצחק גם מזווית ראייה אחרת ונוספת, שעה שדנו במעמדו של העותר. כזכור, בקשתו נדחתה,

⁴⁵ כללי האתיקה השיפוטית, שם, בע' 10.

⁴⁶ פרשת יצחק, לעיל הערה 2, בע' 64.

בין היתר, משום שלא היה "בעל דין" באותו משפט. אולם שופטי בית המשפט העליון ראו לנכון להוסיף את הדברים הבאים:

"מכך אין להסיק, שלציבור אין עניין לגיטימי בתקינותם של ההליכים השיפוטיים. אלא שבעיקרון, עניינו של הציבור בתקינות ההליכים שלפני הערכאות השיפוטיות מובטח בדרכים אחרות, ובעיקר על-ידי עקרון פומביות הדין. ואולם, גם אילו הנחנו, כי עקרונית יש מקום להכרה מסוימת בזכות העמידה של אדם מן הציבור, להעלות טענת פסלות נגד שופט בהליך שהטוען אינו צד לו, רואים היינו להגביל הכרה זו לאותם מקרים חריגים ונדירים, שבהם נראה גלוי וברור שלבעלי-הדין יש עניין שלא להעלות טענת פסלות הנסמכת על עילה מוצדקת, והעניין שיש לציבור, שהטענה תועמד לבירור, גובר בבירור על עניינם של הצדדים להליך להימנע מהעמדתה לבירור".⁴⁷

באספקלריה הזאת יש לראות את החשש למשוא פנים, כפי שהוא נראה בעיני הציבור. ובמילים אחרות, עלינו להכריע בשאלה, מה ההלכה הראויה כי נאמצה, כאשר לפנינו מסכת יחסים אישיים הדוקים ביותר ("קרבה חברתית") בין עורך הדין לשופט?

הכלל האמור, בכללי האתיקה השיפוטית, דיבר בנשימה אחת על "קרבה משפחתית או חברתית" ולא בנפרד, משל היו שני אלה שונים זה מזה לחלוטין. הטעם לכך נעוץ וטמון בהדגשה שאין האיסור האמור דן ביחסי חברות, סתם בעלמא, אלא ביחסים חברתיים שניתן להשוותם, לאור קרבתם, ליחסי משפחה. שהרי ייתכנו יחסים חברתיים אמיצים והדוקים, כמו יחסי משפחה, בין בני אדם שאינם קרובי משפחה, ויחסים כאלה ייתכנו גם ייתכנו, בין פרקליט לשופט.⁴⁸ אכן, אין זה קל להבחין בין שני המצבים הללו שהרי מדובר בשאלות של דרגה ומידה. אך אם השאלה אינה מתעוררת, לאמור שישנה הסכמה שאין מדובר ביחסי חברות רגילים, או שניתן לבסס את הטענה בדרך אחרת, כי אז כלום אין עלינו לאמץ את הכלל לפיו לא יישב שופט – במשפט כזה – בין מיזמתו ובין אם נתבקש להימנע מלעשות כן, על ידי אחד הפרקליטים? ראוי לחזור ולשנן את דברי הנשיא ברק, בדבר מרכזיותו

⁴⁷ שם, בע' 61.

⁴⁸ לא כאן המקום להרחיב את הדיבור על התופעה החברתית שלפיה יכולים להיווצר יחסי קרבה בין בני אדם שונים, יחסים הדוקים ביותר אשר אינם קיימים אפילו בין קרובי משפחה או דומים לאלה. ביטוי לכך ניתן למצוא גם במשלי, כו, י: "רעך ורעה אביך אל-תעוב וכית אחיך אל-חבוא ביום אידך טוב שכן קרוב מאח רחוק".

וחשיבותו של אמון הציבור במערכת המשפט, באופן מיוחד בשאלת החשש למשוא פנים הכרוך ביחסים מיוחדים שיש לשופט עם הפרקליט: "הגינות צריכה לא רק להיעשות אלא גם להיראות. לענין אמון הציבור, מה שלא נראה לא נעשה".⁴⁹

כאמור, לאחרונה נדרשה הוועדה המשפטית של בית הלורדים באנגליה, לדון פעם נוספת בעניין הסגרתו של הסנטור פינשוה לספרד, וזאת לאחר שהוברר כי בדיון קודם היה חשש למשוא פנים מצד אחד הלורדים (לורד הופמן) שהשתתף בדיון (השופט היה חבר נשיאות ארגון צדקה הקשור לארגון אמנסטי אינטרנשיונל ארגון אשר היה אחד הצדדים להליך). מתוך חמשת הלורדים שהשתתפו בדיון המחודש, ארבעה ערכו חוות דעת מפורטות, בהן הסבירו את הנימוקים המצדיקים את ביטולו של ההליך הקודם בעקבות מראית עין של משוא פנים מצדו של לורד הופמן וחשיבות אמון הציבור במערכת כתי המשפט. אם אינני מביא מדבריהם (ואלה ראויים להישמע) הרי זה משום שהם חוזרים על דברים שכבר אמרנו לעיל וכן מתייחסים הם (שלא כבענייננו) למסכת עובדות המצביעה על נגיעה ואינטרס מסוים של הלורד הופמן בתוצאות הדין; מכל מקום, עולים הם – פחות או יותר – בקנה אחד ותואמים את ההלכות שנפסקו אצלנו. הלורד החמישי שהשתתף בדיון, Lord Nolan, הודיע כי הוא מסכים לחוות הדעת שניתנו על ידי חבריו, ואולם ביקש להוסיף רק משפט אחד, וזה ראוי גם ראוי לציטוט:

"I would only add that in any case where the impartiality of a judge is in question the appearance of the matter is just as important as the reality".⁵⁰

מערכת משפט, כל מערכת משפט, צריכה להיות רגישה ולשים בראש דאגותיה את הרחקתו של החשש שמא – מסיבה כלשהי – עלול השופט להיות נגוע במשוא פנים כלפי צד זה או אחר. אכן, הגדרתו ומידת חומרותו של חשש כזה, נתונות במחלוקת בין שיטות משפט שונות,⁵¹ ברם אין ספק שבתחומה של הגדרה כזו, יש לקבוע כללים ברורים גם לגבי הנושא שלפנינו, והוא: כיצד על שופט (וממילא על עורכי הדין) לנהוג כאשר לאחד מעורכי הדין המופיעים במשפט ישנה "קרבה חברתית"?

⁴⁹ ברק, לעיל הערה 5, בע' 1024.

⁵⁰ *Pinochet case, supra note 36, at p. 592*. על פסיקה כתי המשפט באנגליה לגבי כללי ההתנהגות הנאותים לשופטים, ראו: D. Pannick *Judges* (Oxford, 1988) 39-46.

⁵¹ ראו כ"ש 48/75 יידי נ"י מ"י, פ"ד כט(2) 375; שמגר, לעיל הערה 42. וכן ראו בפרשת פינשוה: *Pinochet case, Ibid, at p. 594-595*, דברי Lord Hope of Craighead שבהם הסבירו, בין היתר, את המבחן השונה הקיים באנגליה לעומת זה שבסקוטלנד.

כאמור, האינטרס של מערכת משפט באמון הציבור בה, משותף לשיטות משפט שונות. אולי לא יהיה זה מיותר לציין כי גם מערכת המשפט בצרפת נדרשה לאחרונה לטפל בנושא זה. כידוע, מפרסם Conseil Supérieur De La Magistrature דין וחשבון פעולות נרחב לגבי כל הנעשה במערכות המשפט בצרפת. דין וחשבון לעניין שנת 2000 התפרסם לאחרונה (Rapport D'Activite 2000)⁵². הפרק הרביעי דן בהתנהגות השופטים ובצעדי המשמעת שנקטו, במקרים המתאימים, וכן דיווח מלא בנושאים אלה. לענייננו חשוב להביא את הדברים שהתפרסמו בחלק השני של הפרק הרביעי⁵³. להלן בתרגום חופשי מצרפתית: המועצה נוכחה לדעת כי השופט היה מצוי במצב של תלות באיש עסקי... ועורר בעיני הציבור את החשש ליחס מיוחד בהפעלת החוק, ועל ידי כך יצר למערכת המשפט דימוי פגום המחליש את אמוןם של המתדיינים המצפים מן השופטים לפעול ללא משוא פנים.

פרסומים שנתיים כאלה, הנערכים בצורה מרוכזת, בכל שטחי המשפט, אף נועדו להאיר את עיניהם של השופטים לכללי התנהגות שעל פיהם חייבים הם לנהוג, וזאת בנוסף לפסקי הדין הניתנים במקומם ובמועדם⁵⁴.

יש להשלים ולומר כי גם מערכת המשפט של ארצות-הברית מדגישה את הצורך באמון הציבור בשופטים וכי זה יושג, בין היתר, על ידי ההכרה שהשופטים פועלים וממלאים את תפקידם, ללא משוא פנים. כאמור, מטרה זו מושגת, לשיטתם, על ידי שורה של כללים מפורטים, לגבי המותר והאסור. עיון בחוק הפדרלי האמריקאי מלמד כי במסגרת ההגדרה הרחבה החלה על פסילת שופט מלדון במקרה, נכלל גם הקשר של השופט לאחד הפרקליטים במשפט⁵⁵.

אם נחזור ונבדוק מה הם פני הדברים אצלנו, כי אז ניווכח לדעת ששאלת הופעת עורך דין בפני שופט שהוא חברו, לא הייתה פשוטה ונקייה מספקות. כבר בוועדת הנשיא לנרדי⁵⁶ (ה"ועדה לבחינת נושא האתיקה המקצועית של השופטים"⁵⁷) נתקבלה המלצה בעניין הופעת עורך דין חברו של השופט, וזו לשונה: "משנתמנה

⁵² ראו: Conseil Supérieur de la Magistrature, Rapport d'Activité 2000. Les éditions des Journeaux Officiels.

⁵³ Ibid, at p. 98

⁵⁴ יהיה זה, לדעתי, רעיון טוב לאמץ דרך זו של מערכת המשפט בצרפת, ולהנהיג גם במערכת המשפט שלנו, פרסום דו"ח מלא ומפורט, אחת לשנה, על פעולות בחי המשפט.

⁵⁵ החוק הפדרלי, לעיל הערה 42.

⁵⁶ ראו להלן פרק י' "ועדת הנשיא לנרדי".

⁵⁷ מ' לנרדי, ש' ולנשטיין, מ' נכט וע' סיון "ועדה לבחינת נושא האתיקה המקצועית של השופטים" עלון מערכת השיפוט 6 (תשמ"ה) 1 (להלן: "ועדת לנרדי").

השופט לכהונתו אין הוא חייב לנתק את הקשרים החברתיים שהיו לו לפני כן, כולל קשרים כאלה עם עורכי-דין. אבל עליו להמנע מכל התנהגות העלולה לעורר רושם של העדפת בעל דין או עורך דין שעמו קשור השופט בקשרי ידידות, כגון נסיעה לבית המשפט או ממנו במכוניתו של הידיד עורך הדין. אין לקבוע מסמרות בדבר מידת קשרי הידידות עם בעל-דין או פרקליט המחייבת את השופט לפסול עצמו מלשבת בדין" (ההדגשה אינה במקור)⁵⁸.

ט. הגישות השונות להסדר בעיית התנהגות השופטים

בתחילת דברינו הזכרנו את הממרה "ברומא – נהג כרומאי". עובר אורח המזדמן לרומא ישאל בוודאי כיצד יוכל לדעת מנהגיהם של הרומאים – מה הם? לשיטות משפט שונות ישנן תשובות משלהן לשאלה כיצד ילמד השופט החדש (והשופטים בכלל) את תורת ההתנהגות הנאותה והראויה לשופט. ועד שאני בא לעיין בשיטתנו אנו, מן הראוי לציין כי, באופן כללי, קיימות שתי גישות להסדרו של נושא זה.

על פי הגישה האחת, נכנה אותה "הגישה האמריקאית", התנהגות השופט מהווה חלק בלתי נפרד מהשפיטה עצמה; מה לגבי השפיטה – על השופט לדון ולפסוק לאור האמור בחוק – כך גם דין התנהגות השופט שעליה לעלות בקנה אחד עם מסכת הוראות חוק המסדירה נושא זה. בהתאם לגישה זו נתקבלו דברי חקיקה שונים, בין היתר, ה-Code of Conduct for United States Judges⁵⁹ וספרות רחבה העוסקת בדיון בהוראות השונות שבקוד זה ובהסברתן, כמו לגבי יתר הוראות החוק. מכאן שאין בעיה לשופט חדש, כמו לחברו הוותיק ממנו, לפנות ולראות – בכל עניין העולה לפניו – מה אומרים כללי האתיקה וכיצד עליו לנהוג. זאת, בדומה לכל בעיה משפטית אחרת, שלה הוא נדרש, ובגינה פונה הוא לכדוק את לשון החוק הדן באותה סוגיה.

גישה אחרת, המקובלת באנגליה ובצרפת למשל, נכנה אותה "הגישה האירופאית", דוגלת בפתרון כל בעיה כמועדה, וכי הצטברותן של ההלכות השונות הנפסקות על ידי בתי המשפט, מעת לעת, יוצרת את מסכת כללי האתיקה שעל השופטים לנהוג לפיהם. כבר במבט ראשון ניתן להצביע על הברל אחד, חשוב ביותר, לגבי שתי הגישות הללו שבשעה שעל פי "הגישה האמריקאית" נקבעים כללי התנהגות

⁵⁸ שם, בע' 10.

⁵⁹ Code of Conduct for United States Judges, *supra* note 41.

השופטים על ידי רשויות ציבוריות (או גופים מעורבים של זרועות השלטון) כשיתופם של שופטים, הרי שעל פי "הגישה האירופאית", השופטים – והם לברם – קובעים ומגבשים כללי התנהגות ההולמים את מערכת השפיטה. לכל אחת מן הגישות הללו יתרונותיה וחסרונותיה (עמדו עליהן, בצורה מפורטת, זה כנגד זה, הנשיא מ' לנדוי בדיון וחשבון ועדת לנדוי ותגובתו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט ח' ה' כהן⁶⁰). עוד אחזור ואתייחס להלן להשקפותיהם של שני שופטים נכבדים אלה בנושא זה.

מן הראוי לפתוח את הדיון במצב המשפטי בארצנו, בסוגיה זו, על ידי ציון העובדה שבמשך שנים רבות שררה אצלנו "הגישה האמריקאית". כוונתי לתקופה שעד קום המדינה (וזמן קצר לאחריה) בה עמדו בתוקפם המגילה וחוק הפרוצדורה האזרחית העותמאני, 1879. חוקים אלה כללו שורה של הוראות לגבי התנהגות השופטים ובהן כללי אתיקה שעל השופט לאמץ בשבתו על כס השיפוט. כך, למשל, "יכול התובע או הנתבע להתנגד לאחד מחברי בית המשפט, כלומר שיכול לדרוש שהחבר הזה לא יהיה נוכח במשפט, אם תימצא אחת הסיבות דלקמן"⁶¹. וכן "הזכאי בדיון, לא יתכן שיהא אחד מאבותיו או מצאצאיו של השופט, אשתו, שותפו בנכסים הנדונים, שכיר היחיד שלו, ואדם שפרנסתו עליו"⁶². קרובה יותר לענייננו היא הקביעה כי "על השופט להימנע בשעת המשפט ממעשים ומסיבות שיש בהם לעורר עליו חשד, כגון קבלת אחד מבעלי הדיון בביתו, הסברת פנים לאחד בשעת בירור הדיון, או רמיזה לאחד מן השניים בהנעת יד, בקריצת עיניים ובהנעת-ראש או לחישת דבר באוזני האחד, או לדבר אל האחד בלשון שאינה נשמעת לשני"⁶³.

חוקים אלה בוטלו לאחר קום המדינה, ומאז ביטולם – ובהיעדר חקיקה אחרת – קרבנו ובאנו אל "הגישה האירופאית", לאמור שכללי ההתנהגות של השופטים נבחנו, ממקרה למקרה, על ידי בתי המשפט וגובשו ופורטו בפסקי הדיון. מטבע הדברים שהלכות אלה לא יכלו לדון, בצורה מלאה, רחבה ושיטתית בכל כללי ההתנהגות הראויים לשופטים. הלכות אלה היו מקריות ולעתים קרובות חזרו ודנו באותה סוגיה ממש ללא כל חידוש או שינוי. זאת ועוד; פסקי הדיון של בית הדיון המשמעתי לשופטים (שהוקם על פי סעיף 19 לחוק בתי המשפט) – למעט מספר זעום (64) אינם מתפרסמים ברבים, וממילא ההלכות שנקבעו בהם נשארו בגדר

⁶⁰ מכתבו של ח'ה' כהן לנשיא בית המשפט העליון בתגובה לדו"ח ועדת לנדוי עלון מערכת השיפוט 8 (תשמ"ו) 1.

⁶¹ סעיף 62 לחוק הפרוצדורה האזרחית העתמאני, 1879.

⁶² סעיף 1808 למגילה.

⁶³ סעיף 1798 למגילה.

תורת הנסתר. הנימוק הפורמלי לכך, מקורו בתקנה 12 לחקנות השופטים, תשל"ג-1973 לפיה הדיון בבית הדין המשמעתי "יתקיים בדלתיים סגורות, אם לא יחליט בית הדין על דרך אחרת". בפסק הדין בד"מ 2/88 שר המשפטים נ' השופט ארבל⁶⁴ מסביר המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט מ' אלון, את סיבת פרסומו של פסק דין זה במילים הבאות: "עוד בתחילת הדיון עלתה לפנינו השאלה, אם במקרה דנן מן הראוי לחרוג מן הנוהג המקובל ולהתיר את פרסום פסק דיננו... עתה, לאחר שנשאנו ונתנו בדבר, באנו למסקנה, כי מקום יש לפרסם את פסק-דיננו. ושני נימוקים לדבר. הנימוק האחד, והוא העיקרי, על שום שפרשת הדברים שלפנינו נוגעת היא ללב ליבה של מלאכת השיפוט, ומן הראוי שהחלטתנו ונימוקיה יבואו לידיעת שופטי ישראל ואזרחיה"⁶⁵.

במצב דברים זה, לא נתנה "הגישה האירופאית" מענה מספיק לצורך בכללי התנהגות מלאים ומפורטים הידועים לשופטים. כמובן שאין אנו יכולים להידמות, מבחינה זו, למצב הקיים באנגליה, בצרפת, או בארצות אחרות, להן מסורת משפטית ארוכה רבת שנים, של התנהגות שופטים ופסיקה עניפה בתחום האתיקה של השופטים.

הצורך בכללי אתיקה לשופטים – ובמסגרתו השאלה מתי על השופט לפסול עצמו מלשבת בדיון – היה קיים, וחסרונו הורגש כל השנים. בשנת 1955 נוסחה והוגשה לכנסת הצעת חוק בתי המשפט, תשט"ו-1955⁶⁶. בין הסעיפים השונים שהוצעו לגבי סמכויותיה ותפקידיה של מערכת בתי המשפט ואלה של השופטים, נכלל סעיף 39 להצעה, שכותרתו "נסיבות שבהן שופט לא יישב בדיון". סעיף זה נקב – בצורה מצומצמת – בשלושה סוגי עניינים בהם נדרש השופט להימנע מלדון ומלשפוט (כגון קרבת משפחה ואינטרס בתוצאות המשפט) ואם אינני מפרטם הרי זה משום שהכנסת בחרה שלא לכלול סעיף זה עת חוקקה את חוק בתי המשפט. על כך אמר הנשיא לנדוי בפרשת שמואל:

"לא אוכל ללכת עם פרקליט המדינה לכל אורך הדרך של טענותיו אלו. באשר להשמטת הסעיף 39 של הצעת החוק, ניתן ללמוד מזה רק שהמחוקק הישראלי משך את ידו מן הנסיון להגדיר בחוק החרות את העילות לפסולתו של שופט. אך שתיקתו אינה מונעת אותנו מלהיזקק

⁶⁴ בד"מ 2/88 שר המשפטים נ' השופט ארבל, פ"ד מב(3) 63 (להלן: פרשת ארבל). וכן ראו בד"מ 3/88

שר המשפטים נ' השופט חריסאי, פ"ד מב(3) 69.

⁶⁵ פרשת ארבל, שם, בע' 67-68.

⁶⁶ הצעת חוק בתי המשפט, תשט"ו-1955, ה"ח 226.

למקורות המשפט האנגלי המקובל, המשמשים לנו למילוי החסר במערכת המשפט שלנו⁶⁷.

כבר כאן, בפסק דין זה, ניכרת נטייתו של הנשיא לנדוי, להעדיף את "הגישה האירופאית" בנושא זה, על פני התערבותה של הכנסת. דעה אחרת הביעו אנשי משפט אחרים⁶⁸ שסברו כי יש לאמץ בנושא זה את "הגישה האמריקאית".

מעניין לציין כי באותה עת דנה הכנסת בחוק נוסף, חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955. גם בהצעה לחוק זה נכללו הוראות לגבי פסילת שופטים, ואלה נתקבלו ואושרו בחוק⁶⁹.

י. ועדת הנשיא לנדוי

בשנת 1984 החליט הנשיא שמגר לעשות מעשה כדי לקדם ולפתח את כללי ההתנהגות שראוי כי השופטים ינהגו על פיהם. בהתאם לכך מינה ארבעה שופטים להיות "ועדה לבחינת נושא האתיקה המקצועית של השופטים" בראשותו של הנשיא לנדוי. הנשיא שמגר ביקש והמליץ, בין היתר, "שהועדה תבחן אם קיים צורך בעיצובם בכתובים של כללי אתיקה החלים על השופט; ואם התשובה על כך חיובית, מהם הכללים שהיא מציעה"⁷⁰.

הוועדה טרחה וברקה נושא זה לעומקו ולא חסכה כל מאמץ לאסוף מידע, לחקור ולדרוש בנעשה בשיטות משפט אחרות, כדי להגיע להצעות שתהיינה טובות וראויות לנו. לאחר עבודה של למעלה משנה הגישה ועדת לנדוי דין וחשבון מלא ומפורט ובו מסקנותיה בכל הנושאים שנתבקשה לחוות עליהם את דעתה.

מן הראוי להביא, ולו בקיצור, כמה ממסקנות והמלצות הוועדה, כלהלן:

א. בשאלת הסמכות להתקין תקנות בנושא אתיקה שיפוטית, תשובת הוועדה היא כי "לא מצינו שקיימת סמכות סטוטורית בידי מאן דהו להורות הוראה מחייבת לענין זה"⁷¹.

⁶⁷ המ' 525/63 שמואל נ' הי"מ, פ"ד יח(3) 461, 454 (להלן: פרשת שמואל).

⁶⁸ ס' וליאנו "הרהורים בשאלת פסלות שופט" הפרקליט לא (תשל"ז-תשל"ח) 11; ע' לוי "ועוד על פסלות שופט" הפרקליט לב (תשל"ח) 230.

⁶⁹ ראו סעיפים 310 ו-311 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955.

⁷⁰ ועדת לנדוי, לעיל הערה 57, בע' 1.

⁷¹ שם, בע' 3.

ב. מי, אם כן, הגוף המתאים לקבוע הוראות כאלה? על כך עונה הוועדה: "נראה לנו שנושא זה חייב להחתיך בתוך הרשות השופטת פנימה, ולא על ידי גורם שמחוזה לה. הסדרים מבחוץ עלולים לפגום בעצמאות הרשות השופטת... באמרנו זאת אנו מתכוונים לא רק לפעולת השופט בשבתו על כס המשפט, שבה אין עליו מרות זולת מרותו של הדין (סעיף 2 של חוק יסוד: השפיטה), אלא גם לקביעת אמות מידה להתנהגותו של שופט מחוץ לכתלי בית המשפט"⁷².

ג. כך גם הוסיפה הוועדה והביעה את דעתה לגבי השאלה כיצד היא רואה את דרכי הביצוע של המלצתה, וכך אמרה: "ועוד בענין הדין הרצוי בשאלה מי יהיה בעל הסמכות להורות הוראה בנושא האתיקה השיפוטית: עיקר הבעיה נוגע למה שהגדרנו לעיל בתור הדרגה הראשונה: בידי מי יש להפקיד את הסמכות להדריך את כלל השופטים בהתנהגותם בבית המשפט ומחוצה לו, באותם מקרים שבהם אין לכאורה עילה לאישום משמעתי (קל וחומר, אין עילה לאישום פלילי)? כבר רמזנו לעיל שהנושא כולו שייך לתחום האוטונומי של הרשות השופטת שבו היא צריכה 'לנצח על עצמה' ולעשות לביתה. משום כך הברירה היא לדעתנו בין הפקדת הסמכות בידי נשיא בית המשפט העליון לברו או יחד עמו בידי גוף המורכב משופטים שנקרא לו בשם 'המועצה לאתיקה השיפוטית' (להלן גם: 'המועצה'). אנו מעדיפים את החלופה השניה מבין שתיים אלה"⁷³.

ד. הוועדה אף נפנתה ודנה בשאלתו של הנשיא שמגר האם קיים צורך בעיצובם בכתובים של כללי אתיקה החלים על שופט? לגישה התשובה על כך "אינה אחת אלא היא שונה לגבי התנהגות בין כתלי בית המשפט והתנהגות מחוצה לו. ביחס למכלול הבעיות העשויות להתעורר לענין התנהגות בלתי-ראויה של שופט בשבתו על כס המשפט, איננו רואים, בדרך כלל, טעם לחקיקה מראש, בחינת קודקס של כללים שיוחק על ידי מי שמוסמך להתקין כללים כאלה, אלא מוטב להמשיך בדרך הנהוגה עד כה, של תגובה על מקרים קונקרטיים שקרו" (ההדגשות שלי – מ.ב.ד.)⁷⁴.

ועדת לנדוי הוסיפה ופירטה⁷⁵ שורה של נימוקים על שום מה נראה לה, לשיטתה, שגם אם השופטים הם שיקבעו את כללי האתיקה השיפוטית – לא מן הראוי הוא שכללים אלה יגובשו ויעוצבו בכתב. לא כן הדבר לגבי כללי התנהגות של השופטים

⁷² שם, בע' 4.

⁷³ שם, שם.

⁷⁴ שם, בע' 5.

⁷⁵ שם, שם.

מחוץ לבית המשפט. כאן ראתה הוועדה לנכון לקבוע כי כללים אלה יגובשו בכתב ואף הוסיפה והמליצה על שורה של כללים והגבלות על התנהגות השופט מחוץ לכתלי בית המשפט.⁷⁶

דו"ח ועדת לנדוי הוגש לנשיא שמגר בחודש יוני 1985 ועם פרסומו נשאלו השופטים לדעתם ועמדתם לגבינו. בין התגובות ראוייה לציון מיוחד חוות דעתו של המשנה לנשיא, השופט כהן, וזו פורסמה במלואה⁷⁷. בחוות דעתו זו חלק השופט כהן על גישת השופט לנדוי, הן לעניין סמכותו ומעורבותו של המחוקק (להבדיל ממערכת השפיטה) לקבוע הלכות אתיקה לשופטים והן לגבי הצורך להעלותן בכתב למען ילמדו אותן השופטים ויידעו. ואלה דבריו:

"דוקא משום שאין על השופט מרות בעיני שפיטה זולת מרותו של הדין, מן הצורך ומן הראוי הוא שכללי התנהגותו השיפוטית ייקבעו בדין. 'העצמאות המובטחת ל' אינה נפגמת כהוא זה על-ידי חובתו, המשתמעת מן החוק, להתנהג כהלכה במילוי תפקידו: כיצד זה תוכל להיפגע על-ידי פירוט בחיקוק בדבר מה ומה הן דרכי ההתנהגות הכשרות ומה ומה הן דרכי ההתנהגות הפסולות במילוי תפקיד שיפוטי? מטבע ברייתו של דין הקובע נורמות התנהגות, שהוא קובע סטנדרטים מינימליים: עדיין הפתח פתוח, ותמיד רחבה היריעה, להיות צדיק הרבה ולעשות לפנים משורת הדין. אבל כל עוד אין דין בנמצא הקובע אף סטנדרטים מינימליים להתנהגות שיפוטית, הרי השטח הוא הפקר, וכל שופט רשאי לקבוע לעצמו כללי התנהגות שיפוטית כטוב בעיניו וכפי יצריו 'האינדיווידואליים', הרעים והטובים. לא זו בלבד שאין אני רואה בהתקנת תקנות האתיקה השיפוטית, אם שר המשפטים יתקינן על-פי הצעת נשיא בית המשפט העליון (במועצתו) ובהסכמתו, משום חשש פגיעה באי-תלות השופטים ובעצמאותם, אלא רואה אני בה משום חיזוק וביצור שלטון החוק במדינה. דוקא לשופטים יאה ונאה הוא להכפיף לשלטון החיקוק החקוק גם את התנהגותם השיפוטית שלהם ואולי ללכת חלוצים לפני מחנה גדול של כל עובדי הציבור"⁷⁸.

⁷⁶ שם, בע' 6-11.

⁷⁷ כהן, לעיל הערה 60.

⁷⁸ שם, בע' 2.

יא. כללי האתיקה השיפוטית

המלצות הוועדה וחוות דעתו של השופט כהן מלמדות – אם לומר את המעט (וממילא באופן כללי) – כי בשעה שהנשיא לנדוי העדיף את "הגישה האירופאית", ראה המשנה לנשיא כהן לרצוי לבחור ב"גישה האמריקאית". כאמור, שני מסמכים אלה הוגשו לנשיא שמגר, ועל המשך טיפולו היצירתי של הנשיא שמגר אנו למדים מן המבוא לכללי העתיקה השיפוטית, בו נאמר:

"על יסוד החומר האמור, הוכנה טיוטה של כללים שהופצה לשופטים, ואשר שימשה נושא לדיון מפורט בשני כנסים של פורום הנשיאים וסגני הנשיאים (1991 ו-1992). נתקבלו גם הערות רבות בכתב משופטים שלא נטלו חלק בשני הכנסים. הכללים המובאים להלן הם פרי הדיונים וההערות. הם בגדר ביטוי לתפיסות שמצאו ביטוי בדיונים ובכנסים השונים. לא פחות חשוב הוא, שהם מגדירים מראש כיצד ייושמו הוראותיהם של סעיפים 11 לחוק יסוד: השפיטה, ו-18 (א)(1) ו-2 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984. אין צריך להוסיף, כי הכללים ישמשו חומר מנחה ומדריך לכל מי שמצטרף למערכת השיפוט ומבקש ללמוד כלליה"⁷⁹.

עיון בכללי האתיקה השיפוטית מראה לדעת שהנשיא שמגר הצליח, בדרך זו, ליטול מדבשה של "הגישה האירופאית" ובה בעת ניטל עוקצה של "הגישה האמריקאית". ובמילים אחרות, כללי ההתנהגות היאים לשופטים יילכו וימשיכו להתגבש ולהיקבע על ידי מערכת בתי המשפט, כפי שהדבר נעשה עד כה, וזאת בעקבות פסקי הדין והחלטות השופטים; זאת ועוד כללים אלה לא יישארו מפורזים ללא סדר, נעזבים כביכול, אלא יעוצבו ויגובשו למסכת אחת המחייבת את השופטים, בדומה לכל דין אחר; אין צורך לומר כי מסכת דיני האתיקה תתפרסם ברבים וכך תובא לידיעת הכול – שופטים, עורכי דין והציבור. מצד שני, נמנעה התערבות הרשות המחוקקת או המבצעת (וכל גורם זר אחר) בקביעה כיצד על השופטים להתנהג, בבית המשפט או מחוצה לו.

⁷⁹ ראו כללי האתיקה השיפוטית, לעיל הערה 8, בע' 2-3. הנשיא שמגר לא פירט, בדברי ההקדמה לעיל, את הרשימה הארוכה של צעדים ופעולות שנקטו על ידו עובר לגיבוש כללי האתיקה השיפוטית. מבין כל אלה ראוי להוסיף את ועדת האתיקה לשופטים שהוקמה בזמנתו בשנת 1986 (ראו להלן פרק י"ב "דברי סיכום והרהורי ביקורת" בסעיף (ה)). ועדת אתיקה זו (בראשותה של המשנה לנשיא, השופט מ' בן-פורת) דנה בפניות רבות של שופטים, בתחומים שונים, והחלטותיה והמלצותיה מצאו את ביטויין בין היתר, בכללי האתיקה השיפוטית.

כאמור, כללי האתיקה המשפטית פורסמו בשנת 1993, והובאו לתשומת לבם של השופטים. קשה לקבוע אם השופטים – כציבור מקצועי – ראו בהם אורים ותומים או – כלשון ההקדמה עצמה – חומר מנחה ומדריך". השופט אור קבע בהחלטתו בפרשת הורביץ "שכללים אלה, ובהם גם הכלל בעניין קשר של חברות בין שופט לבין פרקליט, לא קיבלו מעמד של כללים מחייבים, לא בדבר חקיקה ואף לא בהלכה הפסוקה"⁸⁰. ואילו שופטי ההרכב בפרשת יצחק, הוסיפו ואמרו, בין היתר, את הדברים הבאים: "ככל שדיענתנו 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 שינוים, חזקה על כללי האתיקה שיוסיפו להנחות את השופטים בשאלות שבהן יתקלו. אין משמעות הדבר, שבכל מקרה בו ינהג שופט שלא על-פי האמור בכלל מכללי האתיקה, יהיה זה נכון לייחס לו התנהגות שאיננה אתית"⁸¹.

שנתיים לאחר מכן, בשנת 1995, בטקס השבעת שופטים חדשים בבית נשיא המדינה, אמר השופט ברק, נשיא בית המשפט העליון, את הדברים הבאים:

"כללי אתיקה שיפוטית חקוקים אינם מצויים בישראל. אינה מצויה גם הסמכה לחקיקתם. זהו גם הדין באנגליה ובקנדה. שונה המצב בארצות הברית, בה קיימים כללים חקוקים של אתיקה שיפוטית. כשלעצמי, נראה לי כי המצב הקיים הוא בלתי רצוי. רצוי הוא שיהיו בנמצא כללי אתיקה, אשר ידריכו את השופט באשר למותר ולאסור... מן הראוי שינתן לאיזון זה ביטוי כתוב ופומבי. יפה עשה, על כן, קודמי בתפקיד, הנשיא שמגר, על שפרסם ב-1993 כללי אתיקה שיפוטית. מן הראוי הוא לתקן את החוק, באופן שתוענק סמכות להתקנתם של כללי אתיקה שיפוטית. עד לשינוי זה, נמשיך לפעול על-פי המצב הקיים. אף שאין סמכות חקוקה להתקין כללי אתיקה, כללים אלה קיימים. הסמכות לקבעם נתונה לבתי המשפט, בגדרי היצירה השיפוטית לסוגיה. באמצעותם ניתן לפרש את העברות המשמעותיות. דרכם ניתן לפתח משפט ישראלי הלכתי בדבר אתיקה שיפוטית"⁸².

⁸⁰ פרשת הורביץ, לעיל הערה 1, בע' 52.

⁸¹ פרשת יצחק, לעיל הערה 2, בע' 63.

⁸² ברק, לעיל הערה 5, בע' 1026-1027.

עוד ראוי להביא דברים מתוך דו"ח הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים⁸³ בראשותו של השופט י' זמיר. וכך נאמר שם:

"כיום קיימת מערכת של כללי אתיקה שיפוטית, שגובשו ופורסמו על ידי השופט מאיר שמגר, הנשיא לשעבר של בית המשפט העליון, בשנת 1993. כללים אלה, שנועדו להנחות את השופטים במילוי תפקידם, לא עוגנו בחקיקה, ואף כי יש להם משקל רב, הלכה למעשה, ספק אם יש להם תוקף מחייב. ראו בג"ץ 1622/00 יצחק נ' נשיא ביהמ"ש העליון, פ"ד נד(2) 54, 63... עם זאת סבורה הוועדה כי רצוי הדבר, וכי הגיעה השעה, להוציא מערכת שיטתית ומקיפה של כללי אתיקה שיפוטית, שתוכל להתבסס על מערכת הכללים שפורסמה בשעתו על ידי הנשיא (בדימוס) מאיר שמגר, ולתת לה תוקף מחייב. לפיכך ממליצה הוועדה כי נשיא בית המשפט העליון יפעל לגיבוש ופרסום מערכת של כללים כאלה"⁸⁴.

יב. דברי סיכום והרהורי ביקורת

נראה לי לאור כל האמור לעיל, כי כל המבקש לדעת מה הם הכללים המחייבים לגבי התנהגות השופטים, יתקשה למצוא את דרכו. שונות הן ההתבטאויות, מהן יכול ללמוד – כל אחד לשיטתו – מהו כלל ההתנהגות שיבחר בו השופט במקרה זה או אחר; נכון יותר לומר, אם לדייק, כי נוצר מצב מעורפל, עמום, בשאלת כללי ההתנהגות שראוי כי השופט ידבק בהם. שאלות משאלות שונות מחפשות תשובה ומענה: האם פנינו אחור וחזרנו ל"גישה האירופאית", ואין לנו אלא הלכותיו ותקדימיו של בית המשפט העליון? או שמא מצפים אנו ומחכים כי הרשות המחוקקת, או המבצעת, הן שיקבעו, עבורנו השופטים, כיצד עלינו להתנהג ולנהוג? וכיצד עלינו להבין את פרשת הורביץ ופרשת יצחק לגבי תוקפם ומעמדם של כללי האתיקה השיפוטית (שנוסחו על ידי הנשיא שמגר) – האם אין יותר למערכת המשפט כללי התנהגות המחייבים את השופטים?

⁸³ זמיר, א' רובינשטיין וי' גיא-רון דין וחשבון הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים (תשס"א) 82 (להלן: "הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים").

⁸⁴ שם, שם.

עתה, משכבר עמדתי, תיאורתי והסברתי את ההיבטים השונים של הבעיות שנדונו בפרשת הורביץ ובפרשת יצחק ואת השאלות שהותירו לנו בעקבותיהם, ברצוני להשלים את התמונה מזווית הראייה שלי. ואלה הערותי:

(א) "הגישה האירופאית", לאמור שהשופטים הם שיקבעו את הכללים ההולמים את תפקידם וכהונתם, מבוססת על התפיסה, שמבחינה מהותית, צריך ציבור זה להסדיר את התנהגות חבריו. בהתאם לתפיסה זו אנו פוגשים גופים רבים ושונים, בעלי מקצועות חופשיים ואחרים, שקבעו וגיבשו לעצמם כללי אתיקה, והם המופקדים על ניסוחם ועל יישומם של כללים אלה.

(ב) דבר זה נכון שבעתיים לגבי השופטים המעריכים את שאלת התנהגותם כחלק בלתי נפרד מן הכבוד והאמון שהציבור נותן בהם, ורואים בה לב לבה של כהונת השפיטה ובמילים אחרות: דווקא מן השופטים, יותר מאשר מבעלי מקצועות אחרים, מבקש הציבור ודורש התנהגות ללא רבב; וכבר חזרו ואמרו שופטים לא פעם, על האמירה כי מעמדם של בתי המשפט מבוסס על אמון הציבור⁸⁵.

(ג) מסירת הסמכות והעברתה לגוף חיצוני וזר, שיקבע כללי התנהגות לשופטים, כמוה כפגיעה והתערבות בעצמאותה של מערכת המשפט. הדברים אמורים במשנה תוקף לגבי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, אולם נכונים הם גם לגבי כל גוף זר אחר. הכנסת, היא עצמה, הכירה בכך שאין זה ראוי כי היא תיכנס לעובייה של קורה זו. כדברי הנשיא לנדוי, המחוקק הישראלי "משך את ידו מן הניסיון להגדיר בחוק החרות את העילות לפסלותו של שופט"⁸⁶. יפה נהגו חברי הכנסת, שלא ראו עצמם עדיפים או מתאימים, לקבוע לשופטי בית המשפט העליון, ולציבור השופטים בכלל, כיצד להתנהג ולנהוג בבית המשפט ומחוצה לו. הוא הדין בשר המשפטים, אשר מייצג בדרך כלל מפלגה פוליטית, ולעתים אף הנו חסר השכלה משפטית או הכשרה וניסיון בתחום זה. אין זה ראוי, כי דווקא הוא יהיה זה שיראה עצמו מתאים לקבוע בתקנות את הליכות השופטים, לדעתו ולטעמו.

(ד) כבר עמדתי לעיל על חסרונה של "הגישה האירופאית" שהלכותיה אינן מקובצות פרקים פרקים, עלי ספר, ואינן משתרעות ומתפרשות על פני תחומיה השונים של האתיקה השיפוטית. אף הוספתי ואמרתי כי חיסרון זה מורגש יותר

בשיטת משפט צעירה וחדשה שאין לה מסורת ארוכה, רבת שנים, בתחום פסיקת בתי המשפט. אכן, "הגישה האמריקאית" פותרת חיסרון זה על ידי ניסוח קודקס שלם ומוכן לכל דורש. ברם, היא אף מתאפיינת בכך שקביעת הכללים לא נעשית על ידי בתי המשפט, ועל ידם בלבד. החלפת גישה אחת בחברתה, אם נעשה כן למטרת רכישת קודקס, דומה בעיני להערפת הקנקן על פני תוכנו. שהרי לא במסגרת או בכלי עסקינן אלא במה שיש בהם, והשאלה שנותרה היא מי והיכן בית היוצר של כללים אלה.

(ה) כללי האתיקה השיפוטית מהווים נדבך נוסף העולה בקנה אחד עם שיטת המשפט המקובלת עלינו, והפותר את חסרונה של "הגישה האירופאית" לגבינו. הנשיא שמגר לא התיימר ולא נטל על עצמו את המשימה של יצירת כללי התנהגות חדשים לשופטים תוך הטבעת חותמו עליהם. אדרבא, העובדות מלמדות כי נטל מן המוכן, וביקש לקחת ולקבל משל אחרים, בין אם מדובר בפסקי דין או באימוץ החלטות ועדת האתיקה לשופטים, ובין אם בקבלת עמדתם ודעתם של השופטים, ובראשם מי שכיהן לפניו כנשיא בית המשפט העליון, השופט לנדוי. נראה שעלה בידו לגבש – בכללי האתיקה השיפוטית – את דעתה של המערכת כולה, בנושא חיוני ורגיש מאין כמוהו. לכן, טעות היא בידי מי שחושב כי לפנינו יצירה חדשה, כביכול יש מאין, המעוררת שאלות של סמכות וכדומה.

(ו) ביטול מעמדם ותוקפם המחייב של כללי האתיקה השיפוטית, משאיר את מערכת המשפט ללא בסיס מוצק להסדר בעיית התנהגותם של השופטים. לא המסד בלבד נשמט אלא גם הטפחות: מאז שנת 1986 פועלת על יד בית המשפט העליון ועדת שופטים לאתיקה שיפוטית. בשנותיה הראשונות עמדה בראשה השופטת בן-פורת, המשנה לנשיא, ובשנים האחרונות השופט מ' חשין. על תפקידיה ופעולותיה של ועדה זו ניתן ללמוד מדו"ח הוועדה לסדרי בחירה של שופטים, שם נאמר כי "קיימת גם ועדת שופטים לאתיקה שיפוטית, בראשותו של שופט בית המשפט העליון. שופט שנתקל בשאלה של אתיקה שיפוטית, והוא אינו מוצא לה תשובה ברורה, יכול לפנות אל ועדה זאת, ולבקש תשובה. הוועדה מקבלת ומשיבה לעשרות פניות מדי שנה. היא ממלאת תפקיד חשוב בהנחיית השופטים ממקרה למקרה ובגיבוש הדרגתי של כללי אתיקה לשופטים"⁸⁷. אם נגרוס שתוקפם המחייב של כללי האתיקה השיפוטית נתון בספק, פשיטא שניאלץ אף לומר כי החלטות ועדת האתיקה נעדרות תוקף משפטי מחייב.

⁸⁷ הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים, לעיל הערה 83, בע' 82.

⁸⁵ ברק (חשמ"ז), לעיל הערה 6, בע' 261.

⁸⁶ פרשת שמוראל, לעיל הערה 67, בע' 461.

(ז) בתחום זה, של תורת המידות, חיוני לקבוע כללים ברורים ומגובשים שעל פיהם ינהגו השופטים כולם. ובלשונו של המשנה לנשיא, השופט כהן: "כל עוד אין דין בנמצא, הקובע אף סטנדרטים מינימליים להתנהגות שיפוטית, הרי השטח הוא הפקר, וכל שופט רשאי לקבוע לעצמו כללי התנהגות שיפוטית כטוב בעיניו"⁸⁸.

(ח) ועדת הנשיא לנדוי ציינה כי הברירה בשאלה זהות בעל הסמכות לקבוע כללי אתיקה שיפוטית היא בין הפקדת הסמכות בידי נשיא בית המשפט העליון לברו או בידי גוף שופטים ('המועצה לאתיקה השיפוטית'), ובחירה בחלופה האחרונה⁸⁹. אכן, הלכה למעשה, הוקמה ועדת אתיקה לשופטים בה נעזר הנשיא. כך הם פני הדברים ומכל מקום נראה שדרך זו מן הראוי ללכת בה.

(ט) ההחלטות בפרשת הורביץ ובפרשת יצחק ניתנו במשפטים שנסכיבותיהם היו יוצאות דופן; ניתן היה, אולי, להגיע לתוצאותיהם מבלי לדון בגריעת תוקפם המחייב של כללי האתיקה השיפוטית וזאת גם אם נראה היה לשופטים שכלל זה או אחר מן הראוי לסטות ממנו. אדרבא, טוב ונכון לקבוע כי במקרה המתאים, יש בכוחו של בית המשפט העליון לסטות, לשנות ואפילו לבטל כלל מסוים מכללי האתיקה השיפוטית, ולהוסיף כלל אחר תחתיו. זו היא גם התפיסה המקובלת של "הגישה האירופאית", שלפיה נקבעים כללי התנהגות, על פי תקדימים, בדומה לתחומי משפט אחרים, על ידי החלטות ופסקי הדין של בתי המשפט.

(י) כבר אמרנו שבתי המשפט חוזרים וקובעים לעצמם – בפסקי הדין ובהחלטות – כללי התנהגות לשופטים. כללים אלה מפוזרים בתקדימים הרבה⁹⁰, ומאז קום המדינה לא כיהה איש בשופטים על שום מה נטלו לעצמם סמכות זו ומה מקורה. הא ראה – אם יש צורך באחת נוספת – שגם שופטי בית המשפט העליון, בפרשת הורביץ ובפרשת יצחק, גיבשו וקבעו כללי התנהגות במסכת היחסים שבין שופט לחברו עורך הדין. לא עלה על דעת איש לטעון, כי מן הראוי למסור סמכות זו של ניסוח כללי התנהגות לפורום אחר, מתאים יותר, כביכול. כך גם לא היה דבר שימנע מן השופטים, בפרשת יצחק, לנסח ולקבוע מסכת כללים – פרק שלם – לגבי היחסים שמן הראוי כי ישררו בין השופט לפרקליט; ומסכת זו, או אז, הייתה מחייבת לכל עניין ודבר. הוא הדין בכל

⁸⁸ כהן, לעיל הערה 60, בע' 2.

⁸⁹ ועדת לנדוי, לעיל הערה 57, בע' 4.

⁹⁰ ראו בן-תור, לעיל הערה 41.

משפט ומשפט בו מתעוררת שאלה של אתיקה – הרשות נתונה לשופטים להרחיב את הדיבור ולהסדיר בצורה רחבה את הסוגיה כולה על ידי ניסוח פרק בהלכות אתיקה.

(יא) כללי האתיקה השיפוטית מהווים, מבחינת צורתם, מעין אוגדן של החלטות השופטים; ואילו מבחינת תוכנם משקפים הם את ביטויה של מערכת המשפט לגבי ההתנהגות הראויה שכל שופט חייב לקיימה. יש בהם שמהווים חזרה על כלל שנקבע בפסיקה; אחרים אינם אלא עיצוב הכללים שנקבעו במהלך השנים הארוכות על ידי ועדת השופטים לאתיקה שיפוטית הפועלת יחד עם נשיא בית המשפט העליון. אף יש בהם כללים נוספים שהם בבחינת מושכלות ראשוניים, וכדברי הנשיא ברק: "רוב רובם של כללי האתיקה הם טבעיים לכל שופט והוא מתנהג על פיהם אינטואיטיבית"⁹¹. כאלה כן אלה טוב שנכללו ונכרכו יחדיו בכללי האתיקה השיפוטית. על שום מה נקום ונאמר היום – לאחר כל השנים מאז הותקנו כללי האתיקה השיפוטית – שחסרים ונעדרים הם תוקף מחייב?

(יב) יש לקוות כי תינתן הזדמנות נוספת ונאותה לבית המשפט העליון, לדון בנושא חשוב זה. חזקה על השופטים כי יהיו ערים ורגישים לתחושות הציבור בכלל וקהל המתדיינים בפרט. ניתן גם לסמוך על הפרקליטים שיידעו להציג את העמדות והדעות הראויות בעת הדיון בסוגיה זו; זאת ואף זאת: כללי התנהגות – במקצוע זה או אחר, וכך גם בכל דבר ועניין – מהווים חלק בלתי נפרד מהנוף התרבותי שלנו; לכן מן הראוי הוא – שעה שבית המשפט ידון בהם – כי יביא לתשומת לבו את הכללים שנתקבלו ואומצו על ידי גופים ומוסדות אחרים. הגישה הנכונה בעיני היא לראות בכללי האתיקה השיפוטית מעין "מהדורה ראשונה" של כללי התנהגות המחייבים את השופטים. ורק טובה תצמת, לשופטים, לעורכי הדין ולציבור כולו, אם יחליט הנשיא ברק – כמי שעומד בראש מערכת השפיטה – להמשיך בדרך זו.

⁹¹ ברק, לעיל הערה 5, בע' 1027.