

פסלות שופט

מבחן ההדיוט המתבונן מהצד

יאיר חמודות¹

שנקבע בפסיקה בוחן אפוא אם בנסיבות הרלוונטיות יש חשש שדעתו של שופט מקצועי סביר עשויה להיות נעולה. הפסיקה הדגישה את ייחודו של השופט המקצועי כבעל כושר מיוחד להכריע את הדין על בסיס ראיות קבילות וטעמים עניינים בלבד. כמובן, שופטים הם בני אדם וליכולתו המקצועית המוגברת של השופט יש גבולות. אלא שנכח תפקידו, הכשרתו, ניסיונו ואישיותו של השופט, גבולות אלה גבוהים משל האדם מן היישוב. ההנחה בהקשר זה היא ששופטים נדרשים להפגין יכולות מסוג זה בעבודתם היום-יומית (כדרך המצופה למשל מפרקליטים הנדרשים להתעלם מחומר מודיעיני בהחלטה על הגשת כתב אישום) וכי מדובר בחלק מהכשרתם המקצועית. על בסיס כישורים ייחודיים אלה של השופט נקבע בפסיקה כי

אין חשש ממשי למשוא פנים במקרה שבו שופט נחשף להרשעותיו הקודמות של הנאשם, אף שחשיפתו של אדם מהשורה לאותו החומר (אילו ישב לדוגמה בחבר מושבעים) הייתה יוצרת חשש ממשי למשוא פנים ועיוות דין. הבעיה בשימוש במבחן אובייקטיבי זה - שהוא ייחודי לשופטים בפרט ולמשפטנים ככלל - היא בכך שבתי

המשפט משרתים את הציבור הרחב, ותפקידה של המערכת השיפוטית היא ליישב סכסוכים ולברר אישומים בהליכים שהציבור בכללותו, ולא רק המשפטנים, צד להם. לפיכך יש חשיבות קריטית לכך שגם הציבור ירגיש שההליך צודק והגון, וזאת על סמך מבחני צדק טבעיים של האדם מן היישוב. להדיוט שאינו משפטן, קשה להבין, שלא לומר לקבל, ששיקול דעתם של שופטים והכרעותיהם הוא זר ולעתים אף מנוגד לאופני החשיבה הרגילים, שלו ו/או של האנשים האחרים בסביבתו. לפיכך, כחברה, אנו משלמים מחיר באי פסילת שופט מקצועי במצבים שבהם היה ראוי לפסול הדיוט לו ישב בדין. המחיר בעניין זה כפול: ראשית, ההחלטה השיפוטית הספציפית הניתנת בתנאים אלה עלולה להתקבל בחשדנות ובפקפוק - במקרה הטוב, ובזלזול, בכעס ובמיאוס - במקרה הרע. שנית, עלול להיגרם נזק לאמון הכללי שהציבור רוכש למערכת המשפט ולמוסדות השלטון.

עם זאת ברור כי לא ניתן לאפשר שהרגשותיהם הסובייקטיביות המיוחדות

סעיף 77(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, קובע את המבחן הכללי לפסלות שופט: "נסיבות שיש בהן בכדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים"². הפסיקה קבעה כי מדובר במבחן אובייקטיבי, הבוחן את השאלה האם יש חשש ממשי שדעתו של השופט "ננעלה" ואינה פתוחה לשכנוע³ (להלן: "המבחן האובייקטיבי"). מבחן זה, בדרך כלל, מוצג בהנגדה למבחן הסובייקטיבי⁴, שעל פיו פסילת מותב מוצדקת כשהנסיבות מביאות או עשויות להביא צד להליך לידי הרגשה שהשופט אינו נייטרלי עוד. המבחן האובייקטיבי של "החשש הממשי" מוצג גם בהנגדה למבחן "מראית פני הצדק", המוכר בפסיקה רק במידה שולית ובאופן שאינו מוגדר דיו.⁵ המבחן האובייקטיבי משמש כמבחן אחיד, החולש על כל שלבי ההליך המשפטי.

ברשימה שלהלן אטען כי רצוי לקבוע שני מבחנים נפרדים ומובחנים לפסילת שופט, ויישומו של כל אחד מהם ייקבע לפי השלב שבו מצוי ההליך השיפוטי. המבחן הראשון הוא המבחן האובייקטיבי - מבחן החשש הממשי שנקבע בפסיקה; המבחן השני, שאני מציע להוסיף, הוא מבחן ההדיוט המתבונן מן הצד (להלן: "מבחן ההדיוט").

ההדיוט ("מבחן ההדיוט, כפי שאציגו בהמשך, יוצק תוכן והגדרה מסוימת למבחן מראית פני הצדק. מבחן ההדיוט מקבל את השראתו במידה מסוימת ממבחן "הטרדן המתערב" The Officious Bystander, המוכר מתחום דיני החוזים.⁶

תכליתם העיקרית של דיני הפסלות בדין הישראלי היא להבטיח שההליך המשפטי מתנהל בפני שופט הפתוח לשכנוע, שהכרעותיו מבוססות על ניתוח נייטרלי של הראיות הקבילות המובאות בפניו. בכך משייכים את עצמם דיני הפסלות לעקרונות ההליך ההגון. מבחן הפסילה האובייקטיבי

1 המחבר מכהן כממונה במחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה ומשמש, במסגרת זו, כרפרנט לדיני פסלות שופטים.
2 סעיף 77(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. בג"ץ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3) 573 (1994).
3 ב"ש 48/75 ידיד נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 375 (1975).
4 ע"פ 5/82 ח"כ אבו-חצירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 247 (1982).
5 יגאל מרזל דיני פסלות שופט 99-100 (2006).
6 Shirlaw v. Southern Foundries, [1939] 2 KB 206.

המתוודעים לעניין, חשים כי אין מדובר במשפט הוגן, גובה מחיר חברתי כבד, גם כשיודעי ח"ן מבינים כי אין חשש ממשי למשוא פנים. במצב זה, במקום שהסובבים ישפיעו על בעל הדין להשלים עם תוצאות המשפט, בעל הדין מצליח לשכנע את הציבור כי נעשה עמו עוול, או כי המערכת המשפטית חסרת הגינות, כדברי קהלת: "ועוד ראיתי תחת השמש, מקום המשפט שמה הַשֶּׁעֶ וּמקום הצדק שמה הַרְשָׁע"⁸. לדעת, צריכה להיות סיבה טובה להצדיק תשלום מחירים אלה.

לפני שנבחן את התנאים המצדיקים זאת, היינו את אי פסילת השופט, ראוי להעיר הערה נוספת על המבחן האמור: אף שמוצע שמהות מבחן הפסילה יהא אומד את דעתם של הדיוטות אובייקטיביים, מובן מאליו שהאחראי להפעיל את המבחן הוא שופט, בין שמדובר בשופט בערכאה הדיונית ובין שמדובר בנשיא בית המשפט העליון בערעור. אף אין כוונה שהשאלה "מה יחשוב ההדיוט המתבונן מהצד?" תוכרע על סמך סקרי דעת קהל או חוות דעת של סוציולוגים. ההכרעה בשאלה זו מסורה לשופט שיכריע בה לפי אומד דעתו, כמקובל במבחני הסבירות הרווחים בשיטת

המשפט הישראלית. העניין אינו בזהות הגורם המכריע, אלא במהות המבחן. אף שלהדיוט קשה להפנים את נקודת מבטו המיוחדת של השופט, איני רואה קושי מיוחד בכך שהשופט יעשה שימוש בנקודת מבטו של ההדיוט.

יש לשים לב לכך שמבחינה מושגית, מבחן ההדיוט המביט מן הצד והמבחן האובייקטיבי שונים במהותם. בעוד ניתן וראוי לדעתי לערוך מאזן של כדאיות מול נזק חברתי ביחס למבחן המוצע, אין זה נכון ביחס למבחן האובייקטיבי. במצב שבאים לידי מסקנה כי יש חשש אמיתי למשוא פנים, ובשל כך ממילא גם חשש להטיית הדין, הרי "אין תבונה ואין עצה"⁹ - וחובה לפסול את השופט.

ניתן להסביר את ההבדל בין שני המבחנים במונחי של המלומד רונלד דוורקין. המבחן של הפסיקה הוא בגדר **כלל משפטי (Rule)**, שלגביו התשובות האפשריות הן "כן" או "לא". הזכות הבסיסית למשפט הוגן

של המתדיינים יכתיבו את פעילות בתי המשפט ואת זהות השופט היושב בדיון. שהרי האינסטינקט האנושי הוא להשליך את האחריות למצבנו על אחרים: הנגר הכושל מאשים את כליו; אוהדי הקבוצה המפסידה מאשימים את השופט; כמוהם, הנאשם במשפט פלילי נוטה לראות בכל התבטאות והחלטה של שופט סימן לכך שהמשחק מכור ושהדין נחרץ מראש. החלפת השופט לא תשנה נטייה בסיסית זו המונחת ביסוד הרגשת הנאשם, ובדרך כלל גם לא תשנה את חוסר שביעות רצונו של הנאשם שהורשע בדיון וחירותו נשללה. מובן מאליו שמבחן סובייקטיבי של הנאשם גם פותח פתח נרחב לניסיונות של מתדיינים לבחור להם שופט כלבבם ("פורום שופינג"). לפיכך דחתה הפסיקה, בצדק, את מבחן הרגשתו הסובייקטיבית של המתדיין כמבחן לפסולת שופט.

אלא שבהעמדת הרגשתו הסובייקטיבית המיוחדת של המתדיין כחלופה היחידה למבחן האובייקטיבי של המשפטן, נראה שיש משום "דילוג" על מבחן "אמצעי": מבחן "ההדיוט המתבונן מהצד". מבחן זה צריך לבחון את עמדתו של האדם הרגיל, שאינו בעל דין ואינו משפטן - ההדיוט המתבונן מהצד, או אולי

"ההדיוט הסביר" - שאינו מונע מדחפים של בעל עניין, אך גם אינו שותף ואף מתקשה להפנים את סגולותיו המקצועיות הייחודיות של השופט. ראו לדוגמה את המקרה שנדון בפרשת **איוורקן**⁷. נגד המערער הוגש כתב אישום המייחס לו עבירת רצח. הנאשם כפר באשמה. המשפט התנהל והסתיים שלב הבאת הראיות. סיכומי התביעה הוגשו. ביום שנועד להגשת סיכומי ההגנה החליט בית המשפט להורות על עריכת תסקיר מבחן שיוגש ביום שנקבע למתן הכרעת הדין, אגב הדגשה שאין להחלטה כל קשר להכרעת הדין. נראה כי במצב זה לא רק הנאשם, עם רגישותו המיוחדת, אלא גם כלל ההדיוטות שצפו במשפט סברו כי דעתו של בית המשפט הוכרעה בטרם שמע את סיכומי ההגנה. אך בהתבסס על מבחן החשש האובייקטיבי נדחה ערעורו של הנאשם על החלטת בית המשפט שלא לפסול את עצמו.

ניהול משפט בנסיבות שבהן לא רק הנאשם, אלא רוב האנשים הרגילים

8 קהלת ג' 16.
9 משלי כא 30.

7 ע"פ 6316/01 איוורקן נ' מדינת ישראל, תק-על 2001 (3) 356 (2001).

”ניתן להסביר את ההבדל בין שני המבחנים במונחי של המלומד רונלד דוורקין. המבחן של הפסיקה הוא בגדר כלל משפטי (Rule), שלגביו התשובות האפשריות הן ”כן” או ”לא”. הזכות הבסיסית למשפט הוגן היא אף בגדר ”קלף מנצח” (Trump), הגובר על אינטרסים חברתיים אחרים. לעומת זאת, מבחן ההדיוט המתבונן מהצד הוא בגדר ”עיקרון משפטי” (Principle), והוא נמדד בכלים של עוצמה ואיזונים”

היא אף בגדר ”קלף מנצח” (Trump), הגובר על אינטרסים חברתיים אחרים. לעומת זאת, מבחן ההדיוט המתבונן מהצד הוא בגדר ”עיקרון משפטי” (Principle), והוא נמדד בכלים של עוצמה ואיזונים.¹⁰ לפיכך ברור גם שאף אם ניתן לדמיון מצבים שבהם ההדיוט אינו מרגיש כל בעייתיות בהותרת השופט על כיסאו, אך בחינה מקצועית מוצאת כי קיים חשש ממשי למשוא פנים, הרי שחובה לפסול את השופט. לעומת זאת, במקרה ההפוך, בו אין חשש ממשי למשוא פנים, אלא למראית פני הצדק בלבד, יש צורך לערוך איזון אינטרסים.

יש שתי נקודות מוצא נגדיות לאיזונים הנדרשים, בהתאם למבחן המוצע. בקצה האחד, ברור שיש מצבים שראוי ונכון שלא לפסול את השופט, חרף העובדה שבעיני ההדיוט המתבונן מהצד קיים חשש למשוא פנים. נראה לי פשוט שאין לפסול שופט מטעמים של מראית פני הצדק במקרה שנגרם נזק קשה להליך, או לאדם המעורב בו, כגון בנסיבות שהפסילה תחייב להעיד מחדש קורבן עבירת אונס. דוגמה מסוג זה ניתן למצוא בפרשת פלוני:¹¹ שופט הערכאה הדיונית פסל את עצמו מטעמים של מראית פני הצדק, לאחר שאפשר לנאשם לחזור בו מהודאתו בפניו. ערעור המדינה על הפסילה התקבל בבית המשפט העליון, שביטל את הפסילה מכיוון שעדי התביעה המרכזיים התגוררו בחו”ל והיה חשש שלא ישובו ארצה להעיד פעם נוספת. נראה לי שגם פגיעה באינטרסים נוספים, אף בדרגת משקל פחותה מהדוגמאות שהובאו לעיל, יכולה להצדיק אי פסילת שופט כאשר העילה היא מראית פני הצדק, כגון אובדן זמן שיפוטי יקר ובזבוז משאבים ניכר של הצדדים. אם התקיימו בהליך דיוני הוכחות

¹⁰ Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously 22-28 (1978) 10
¹¹ ע”פ 5102/10 פלוני נ’ מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.8.2010).

מספיקים, נראה שאין מקום לתת עדיפות אפרוירית לאינטרס החברתי במראית פני הצדק, על פני אינטרסים חברתיים חשובים אחרים, כגון היסכון בזמן שיפוטי וכדומה.

בקצה השני מצויים מצבים שבהם נראה כי נגד השיקול של מראית פני הצדק בעיני ההדיוט המתבונן מהצד, לא עומדים אינטרסים ממשיים אחרים. כך למשל בשעה שבקשת הפסילה מוגשת בשלבים שההליך עדיין בחיתוליו, או כשמדובר בהליך משפטי קצר ולא טראומטי, כגון תיק תעבורה פשוט. במצבים אלה קשה לדעתי להצדיק את ניהול ההליך דווקא בפני שופט שפסילתו התבקשה, חלף העברתו לשופט אחר. אם ניתן לחזק את אמון הציבור במערכת המשפטית ”במחיר נמוך” יחסית, ולהגדיל את סיכוייה של ההכרעה המשפטית הספציפית להתקבל על דעתם של אזרחים מן השורה, מדוע עלינו למנוע זאת?!

בהתאם לכיוון זה, הצעתי היא לנקוט את מבחן ההדיוט המתבונן מן הצד בשלביו הראשוניים של ההליך, תוך היזקקות גוברת והולכת למבחן האובייקטיבי הנוהג כיום בשלבים המתקדמים.

יש להניח כי אימוץ הצעה זו יגדיל במידה מסוימת את מספר המקרים שבהם ייפסלו שופטים. בהקשר זה יש הטוענים כי עצם ריבוי מקרי הפסילה עלול לפגוע במעמד הציבורי של השופטים ובמאמץ להטמיע בציבור את סגולותיו המיוחדות של השופט. לי נראה כי גישה חינוכית זו סובלת משטחיות מסוימת, מנסה ליצור תדמית לא מציאותית של השופט, ויש בה אף פוטנציאל הצלחה מסופק ומצומצם. לעומת זאת, הפעלת

**”אם ניתן לחזק את אמון הציבור במערכת המשפטית
 ”במחיר נמוך” יחסית, ולהגדיל את סיכוייה של
 ההכרעה המשפטית הספציפית להתקבל על דעתם
 של אזרחים מן השורה, מדוע עלינו למנוע זאת?”**

אמות מידה מקובלות ומובנות של הגינות, כשהדבר אפשרי, עשויה להגדיל את ”האשראי” שהציבור יעניק למערכת במקרים הבעייתיים. החשש לניסיונות מרובים יותר של ”פורום שופינג” אמנם מתגבר על פי הצעתי, אך יש לזכור כי שינוי המותב לפי המבחן המוצע מוגבל רק לנסיבות שבהן אנשים מהשורה היו מסכימים עם הנאשם כי הוא אינו זוכה ליומו בבית המשפט.

המוצע גם במצבים אלה, בשינויים המחויבים. גם בתיקים אזרחיים יש חשיבות רבה למראית פני הצדק בעיני הציבור והמתדיינים בהליך, שהיעדרה עשויו אף הוא לגרום לנזק מערכתי במישור של "אמון הציבור". על כן נראה לי שגם בתיקים אזרחיים יש לפעיל את מבחן ההדיוט המתבונן מן הצד, ולערוך איזון בין האינטרס של "מראית פני הצדק" ובין ההכבדה הכרוכה בפסילה לצדדים בבזבז הזמן השיפוטי. נראה כי גם כאן יש לצמצם את תחולת המבחן המוצע לשלביו הראשוניים של ההליך השיפוטי.

בנסיבות שהמדינה היא הצד שהעלה את טענת הפסלות, או בית המשפט מיוזמתו מעורר את השאלה, והנאשם מתנגד לפסילה, נראה כי ככלל יש להעניק למראית פני הצדק משקל נמוך יותר ביחס לנסיבות שבהן הנאשם הוא שמבקש זאת. שכן במצב שמבחן ההדיוט המתבונן מן הצד מצדיק את חששותיו של הנאשם שהשופט נגוע במשוא פנים, יש פגיעה מוגברת ונוספת לנאשם, מלבד הפגיעה באמון הציבור: במקרה זה גם נאשם - שמצליח להתבונן על הדברים מנקודת מבט רחבה יותר מנקודת מבטו המיוחדת כנאשם, עדיין יסיק שלא נהגו עמו בהגינות, או לא זכה למשפט צדק.

הרגשה קשה זו, שבצדה פגיעה נוספת על הפגיעה באמון הציבור במובן הרחב, היא שיקול נוסף בעד פסילת השופט שאינה קיימת בנסיבות שהמדינה מבקשת את הפסילה. לפיכך במקרה האחרון ייטה האיזון פחות לטובת פסילת השופט. עם זאת יש לזכור כי הפגיעה במתדיין עצמו אינה עיקרו של המבחן המוצע, אלא הפגיעה הציבורית במובן הרחב. בצד האמור לעיל יש לזכור עוד שהציבור בוחן את מערכת המשפט לא רק על פי הרשעותיה, אלא גם על פי זיכוייה בדין. זיכוי נאשם, או הקלה בעונשו, על ידי הרכב שופטים שבעיני הדיוטות סבירים נתפס כנגוע במשוא פנים, פוגעים אף הם במראית פני הצדק ובאמון במערכת המשפט. יש אף לשקלל את ההכרה המתגברת במעמדו של נפגע העבירה בדין הפלילי - בתיקים שבהם קיים נפגע עבירה קונקרטי. נראה לי אפוא שיש מקום להפעיל את מבחן ההדיוט המתבונן מן הצד גם בנסיבות שהנאשם מתנגד לפסילת השופט, אך לזכור שהאיזונים משתנים (יש לציין בהקשר זה כי א-סימטריות זו בין בקשת פסלות מצד

הפסיקה אף היא הכירה במצבים שיש לערוך איזון אינטרסים, ושאלת הפסלות תלויה ב"מחיר" הנדרש. ככלל, שופט שישב בתיק המעצר לא אמור לשבת בתיק העיקרי. אך ב"ערי השדה" שבהן אין די שופטים, נקבע כי אין בכך כדי להצדיק את פסילת השופט.¹² כלומר השיקול הפרקטי והעלות של העברת הדיון לבית משפט אחר, מכריעים את הכף נגד פסילת השופט. ברי כי הכרעה זו אפשרית רק כשאין חשש ממשי מקצועי למשוא פנים, ומדובר במראית פני הצדק בלבד. ואמנם כך גם נפסק באופן כללי, כי אין בחשיפת השופט לחומר בלתי קביל, או בשיבתו בתיק קודם של הנאשם, כדי לפסול אותו. אולם אם אכן כך הדבר, על בסיס איזה מבחן נפסל שופט המעצרים אם מדובר בעיר הגדולה? נראה שהתשובה לכך מבוססת על עיקרון של מראית פני הצדק, בנסיבות שלא עומד נגדו כל אינטרס ממשי אחר (בעיר הגדולה), ומדובר בהפעלה אינטואיטיבית של מבחן ההדיוט המתבונן מהצד בשלב

של תחילת ההליך. כעת, משהבהרנו את ליבת המבחן המוצע, אני מבקש לדון בכמה נקודות נוספות.

ראשית אעיר, כי לדעתי ניתן לעשות שימוש משני במבחן ההדיוט המתבונן מהצד גם במצבים גבוליים המתעוררים בשלבים מתקדמים של המשפט,

בנסיבות שקשה להכריע אם קיים חשש ממשי למשוא פנים (המבחן האובייקטיבי). שיקולי מראית פני הצדק יכולים להטות את הכף במצבים אלה לפסילת השופט, כפי שהציע המלומד מרזל¹³ (אם כי איני מסכים עם ההנמקה שלו).¹⁴

שנית, בדבריי עד כה התייחסתי למעשה למצב השכיח שבו נאשם במשפט פלילי טוען לפסלות שופט. במצב זה ייתכן שיש מקום להפעלת מבחן מרחיב מתוך שיקולים של "לפנים משורת הדין". אך האם יש להחיל עקרונות אלה גם בתיקים אזרחיים? ומה ביחס למצבים (הנדירים) שבהם המדינה היא שטוענת לפסלות השופט? נראה לי כי יש להשתמש במבחן

12 ע"פ 950/85 רובין נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 82 (1986).

13 מרזל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 112-114.

14 שם. מרזל מנמק את גישתו בטיעון ראיתי. לדבריו "מקום בו נראה כי קיימת פגיעה ממשית במראית פני הצדק, יש על פניו אפשרות בלתי מבוטלת כי קיים גם חשש ממשי למשוא פנים". עמדת, לעומת זאת, מבוססת על טיעון מהותי של איזון אינטרסים.

”הפסיקה לא ראתה במבחן שקבע המחוקק הסדר שלילי הדוחה מבחנים אחרים. גם כיום הפסיקה מכירה במבחן מראית פני הצדק כעילת פסלות, אם כי כאמור לעיל בצורה מוגבלת מאוד וללא הגדרה ברורה של תוכני מבחן זה”

הנאשם לבקשת פסלות מצד המדינה עולה בקנה אחד עם ההנחיות של היועץ המשפטי לממשלה בנושא פסלות שופט.¹⁵ לבסוף ניתן לשאול אם וכיצד המבחן המוצע מתיישב עם החוק המצוי ועם העובדה שנראה שהמחוקק הסדיר את תחום הפסלות על פי מבחן יחידאי (חשש ממשי למושוא פנים). על שאלה זו יש להשיב כי הפסיקה לא ראתה במבחן שקבע המחוקק הסדר שלילי הדוחה מבחנים אחרים. גם כיום הפסיקה מכירה במבחן מראית פני הצדק כעילת פסלות, אם כי כאמור לעיל בצורה מוגבלת מאוד וללא הגדרה ברורה של תוכני מבחן זה (ניתן למצוא בפסיקה מבחני פסילה נוספים, למשל כשמדובר בפגישות במעמד צד אחד). על כן אין לדעתי בהסדר החרות כדי למנוע אימוץ של המבחן שהצעתי. יתר על כן, הפסיקה אף הכירה, אם כי לא באופן מובנה, בתלות הקיימת בין השלב שבו ההליך מצוי ובין אמת המידה שיש להפעיל ביחס לפסילת השופט.¹⁶ אוסיף אף מניסיוני האישי כי נשיא

15 “בקשות מטעם המדינה בעניין פסלות שופט וטיפול בבקשות פסילה של צדדים אחרים” הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 9.1100 (התשס”ג).
 16 ע”פ 1968/11 אלחואסה נ’ מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.3.2011). הנשיאה ביניש הציגה את הנימוק העיקרי לדרישה להעלות את טענות הפסלות בהזדמנות הראשונה שבה ניתן לעשות זאת באופן הזה: “ככל שההליך מצוי בשלב מתקדם יותר, כך גדל הקושי בפסילת השופט - לצדדים, למערכת המשפט ולשלטון החוק עצמו. ההליך השיפוטי צורך זמן ומשאבים רבים, והחלפת השופט בשלבים מתקדמים טורפת את ההליך ומורידה משאבים אלו לטמיון”.

בית המשפט העליון לשעבר אהרון ברק החליט לא פעם “להעביר את התיק לשופט אחר”, גם בנסיבות שלא הייתה עילת פסלות על פי מבחני הפסיקה, במיוחד בשלב שבתחילת ההליך. לסיכום, הצעתי היא לקבוע מבחן פסלות נוסף, רחב יותר, לשלביו הראשוניים של ההליך השיפוטי - מבחן ההדיוט המתבונן מן הצד. מבחן זה מבוסס על נקודת מבט “אובייקטיבית” של ציבור ההדיוטות ככלל, ולא על תחושתו הסובייקטיבית של המתדיין. מבחן זה שונה מהמבחן שפיתחה הפסיקה - המבחן האובייקטיבי, הבוחן את שאלת מושוא הפנים במשקפיו של שופט מקצועי, בעל שיקול דעת אובייקטיבי ייחודי, מבחן שאותו, לדעתי, הציבור מתקשה לאמץ. אני סבור שיישום ההצעה יגביר את תחושת ההגינות ביחס להליכי המשפט שבהם מתעוררת טענה למושוא פנים ויתרום לביצור אמון הציבור בבתי המשפט בכלל.

”לסיכום, הצעתי היא לקבוע מבחן פסלות נוסף, רחב יותר, לשלביו הראשוניים של ההליך השיפוטי - מבחן ההדיוט המתבונן מן הצד. מבחן זה מבוסס על נקודת מבט “אובייקטיבית” של ציבור ההדיוטות ככלל, ולא על תחושתו הסובייקטיבית של המתדיין”