

בבית הדין הארצי לעבודה בירושלים
בפני כבוד נשיא בית הדין לעבודה השופט י. פליטמן

בעניין שבין:

המערערת: **שרה נתניהו**

ע"י ב"כ דר' יוסי כהן

מרח' קלישר 17, תל-אביב 6525717

טל': 03-5168484, פקס: 03-5166066

מייל: office@yossi-cohen.co.il (להלן: "**המבקשת**" / "**המערערת**")

נגד

המשיבים:

1. גיא אליהו, ת.ז. 300189271

ע"י ב"כ עוה"ד נעמי לנדאו ואח'

רחוב שד' רוטשילד 11, תל אביב 66881

טל': 03-5190519; פקס: 03-5190500

(להלן: "**המשיב 1**")

2. מדינת ישראל – משרד ראש הממשלה (להלן: "**המשיב 2**")

3. מר עזרא סיידוף, סמנכ"ל נכסים ומבצעים – משרד ראש הממשלה

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

רחוב מח"ל 7, מעלות דפנה, ירושלים

טל': 02-5419555; פקס: 02-5419581

(להלן: "**המשיב 3**")

4. קלינור אחזקה בע"מ מקבוצת מיקוד ח.פ. 513343947

ע"י ב"כ עוה"ד שלמה בכור ואח'

רחוב המרד 29, בית התעשיינים, תל אביב 68125

טל': 03-5103906; פקס: 03-5103905

(להלן: "**המשיב 4**")

(להלן ביחד: "**המשיבים 2-4**")

הודעת ערעור

מכוח סעיפים 39 א' לחוק בית הדין לעבודה התשנ"ט – 1696 (להלן: "**חוק בית הדין לעבודה**") ו- 77 א' לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד – 1984 (להלן: "**חוק בתי המשפט**"), מוגש בזאת ערעור על החלטת בית הדין האזורי לעבודה (השופטת דיתה פרוז'יינין) מיום 3.4.16 (להלן: "**ההחלטה**" ו"**בית הדין קמא**") שלא לפסול את עצמו ממתן פסק דין בתובענת אליהו (כהגדרתה להלן). מכוח סמכותו בסיפה של סעיף 39 א' הנ"ל, ונוכח השלכות הנורמטיביות הרבות שיש למושא ההחלטה, כמפורט בבקשה נפרדת המוגשת לבית הדין במקביל להודעת הערעור, מתבקש

הנשיא הנכבד לקבוע כי הודעת הערעור תתברר בפני מותב שייקבע על ידו, ולזמן את הצדדים לדיון בפני המותב.

א. מבוא

1. בפני בית הדין קמא הנכבד נדונו שני הליכים: האחד, סע"ש 38335-03-14 מני נפתלי ("נפתלי") נ' מדינת ישראל ואח' (להלן: "תיק נפתלי" או "תובענת נפתלי") והשני, סע"ש 16783-04-14 גיא אליהו ("אליהו") נ' מדינת ישראל ואח' (להלן: "תיק אליהו" או "תובענת אליהו"). בשני התיקים נטענו והתבררו, בהקשר למערערת, טענות זהות לחלוטין, ולפיהן שני התובעים, הן אליהו והן נפתלי, הועסקו במעון ראש הממשלה על ידי המערערת, באופן העולה כדי העסקה פוגענית. שאר הטענות והעילות שבשני התיקים מופנות לשאר המשיבים ואינן רלבנטיות למערערת או לבקשה זו, אם כי הן חופפות בחלקן הגדול.

2. ביום 10.2.16 הוציא מלפניו בית הדין קמא פסק דין בעניין נפתלי (להלן: "פסק הדין"). אמנם המערערת לא היתה בעלת דין פורמאלית בתיק זה, אך חרף זאת התייחס אליה בית הדין בכל הקשור לטענת ההעסקה הפוגענית כבעלת דין לכל דבר ועניין, בין היתר משהורה לה ליתן תצהיר עדות ראשית בכתב, חרף בקשתה להעיד בע"פ ומשביסס את קביעותיו בעניין זה על כך שהיא לא זימנה עדים לביסוס גרסאותיה (סעיף 34 לפסק הדין) ועל כך שגרסתה בתצהירה לא הייתה מנומקת. והעיקר: בכך שקבע קביעות קשות בעניינה של המערערת והכריע בזכויותיה ובמעמדה, מבלי שניתנה לה כלל אפשרות להתגונן, והפך אותה "לנתבעת למעשה" כהגדרתו של מונח זה בפסיקה.

פסק הדין, רצ"ב להודעת הערעור ומסומן "1".

"1"

3. נוכח האמור, ובהתאם להלכות המנחות בעניין זה, הגישה המערערת ביום 25.2.16 ערעור על פסק הדין לבית הדין הארצי לעבודה (ע"ע 56261-02-16). ביום 1.3.16 קבע רשם בית הדין הארצי הנכבד כי על המשיבים ליתן את תגובתם באשר לזכותה של המערערת להגיש ערעור עד ליום 17.3.16 וכי על המערערת ליתן את תשובתה לתגובת המשיבים עד ליום 24.3.16. מועדים אלה הוארכו בהסכמה, עד ליום 17.4.16.

החלטת הרשם מיום 1.3.16, רצ"ב להודעת הערעור ומסומן "2".

"2"

4. להשלמת התמונה, יצויין כי המשיבות 2 ו-3 והמשיב 1 הגישו אף הם ערעורים נפרדים על פסק הדין לבית הדין הארצי לעבודה. בתיק אליהו, הוגשו סיכומים על ידי הצדדים וטרם ניתן פסק דין.

5. ביום 20.3.16 הגישה המערערת בקשה לפסילת המותב קמא בתיק אליהו, וזאת נוכח הטעמים שפורטו בבקשה. ביום 3.4.16 החליט בית הדין קמא לדחות את הבקשה לפסילתו.

עותק בקשת הפסילה, רצ"ב להודעת הערעור ומסומן "3".

"3"

עותק החלטת בית הדין קמא, רצ"ב להודעת הערעור ומסומן "4".

"4"

6. השאלה שמעלה ערעור זה הינה: האם רשאי בית הדין קמא, לאחר שקבע בפסק הדין קביעות עובדתיות קשיחות, ברורות ומפורשות, ולפיהן המערערת העסיקה את כל עובדי המעון – הן

את אליהו והן את נפתלי – באופן העולה כדי העסקה פוגענית – ליתן פסק דין בתובענת אליהו – בכל הקשור לשאלת ההעסקה הפוגענית.

7. ויובהר כבר כאן ועתה. לא מדובר בקביעות משפטיות בלבד ו/או בקביעות אגב אורחא ו/או בקביעות שוליות, אלא בקביעות רחבות, מפורשות, עובדתיות, נחרצות וחד משמעיות, הנועלות את דעתו של בית הדין קמא – באופן כה בלתי הדיר וכה מפורש – עד שנעלה מכל ספק כי אין בית הדין קמא (ולמצער ראשת ההרכב) – יכול לקבוע בתיק זה קביעות המנוגדות לקביעותיו בפסק הדין. ויובהר עוד: לא מדובר במקרה בו הביע בית הדין את דעתו בהליך מקדמי, אף לא בהליך ביניים, אלא במקרה בו הוכרעה מחלוקת, שלא לצורך, בתיק אחד, "לטובת" תיק אחר.

8. ואף ויותר מכך: בית הדין קמא הסתמך, בכל הקשור לטענת ההעסקה הפוגענית (כלפי נפתלי!), בעיקר על עדותו של אליהו, הוא התובע בתיק אליהו, אותה "קיבל כתורה מסיני", ודחה את גרסת ההגנה בשגגה רבתי ותוך יישום בלתי שוויוני ושגוי של דיני הראיות על הצדדים, כמפורט בהרחבה בערעור שהגישה המערערת כנגד פסק הדין.

9. נעלה מכל ספק, כי בית הדין קמא אינו יכול לפסוק באופן שונה בתיק זה, שכן הקביעות העובדתיות הברורות שקבע – חלקן שלא לצורך וכפי שנראה להלן תוך חריגה מהסעדים שלהם עתר נפתלי – אינן מאפשרות קביעה אחרת. בית הדין קמא היה כל כך נחרץ בקביעותיו לטובת נפתלי – ונגד המערערת – ולמרבית התמיהה אף לטובת אליהו – עד שברור כי אף לולינות משפטית אינה מאפשרת קביעות אחרות בתיק זה. והדברים כה ברורים, עד שיש לתמוה מדוע לא פסל עצמו בית הדין קמא מיוזמתו, כמתחייב מהחקיקה המפורשת ומהפסיקה בסוגיה זו, שעוד תפורט להלן.

10. זאת ועוד. נימוקי בית הדין קמא שלא לפסול עצמו, ושוב בכל הזהירות והכבוד המתבקשים, למצער אינם רלבנטיים ועומדים הן בניגוד לעובדות והן בניגוד לפסיקה העניפה בדיני הפסלות, אשר לפיה, בנסיבות בהן נפגעה רמת האובייקטיביות השיפוטית באופן פחות בהרבה מאשר בענייננו, פסל בית המשפט עצמו מיוזמתו. למעשה, גם קורא בלתי מיומן המעיין בהחלטה, יתקשה למצוא בה אמירה ברורה של בית הדין, היכולה להסיר את החשש מהטיית ליבו. בית הדין, כמתגונן, מנמק את החלטתו בכך שקיימים הבדלים בין התביעות (שלהם אין דבר וחצי דבר עם המערערת); כי הנתבעת (בתיק נפתלי) לא הסכימה שהראיות בתיק נפתלי ישמשו בתיק אליהו, וכי ההרכב בשני תיקים אלה שונה בשל זהותם השונה של נציגי הציבור. אולם, ראשת המותב לא אמרה כי דעתה אינה נעולה באף לא אחת מפסקאותיה של ההחלטה. עניינו הקוראות, הכרעה בדבר ההתנהלות הפוגענית כלפי אליהו (ולא רק כלפי נפתלי, כמתחייב מגדר המחלוקת) נמצאת כבר וכתובה עלי פסק הדין.

מנ הכלל אל הפרט:

11. לא למותר להביא כבר בשלב זה את העיקרון שנקבע בפסק הדין המנחה בסוגיה זו, בג"ץ 4057/00 ישקר בע"מ נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח', נה (3) 734:

"...כאשר מדובר בפסק-דין מנומק, הנתמך בבדיקה מקיפה של הראיות

ובהתרשמות מהעדים, אזי נראה לרוב כי השופט שנתן את פסק-הדין בגלגול

הקודם לא יוכל להתנתק מהתרשמויותיו וממסקנותיו במסגרת דיון מחדש

בתיק בגלגול נוסף (שם בעמ' 747).

לנוחיות בית הדין, העתק פסק הדין רצ"ב להודעת הערעור **ומסומן "א4"**.

"א4"

ב. קביעות בית הדין קמא בפסק הדין ביחס למערערת – מחייבות את פסילתו

והימנעות מהכרעה בתיק אליהו, שכן הוא הכריע למעשה גם בתובענת אליהו

12. קביעותיו של בית הדין בפסק הדין בכל הקשור להעסקה הפוגענית, מחייבות, בכל הכבוד, את פסילתו של בית הדין מהמשך הדיון ו/או ממתן פסק דין בתיק אליהו, מחמת הטעמים הבאים:

11. בפסק הדין, קבע בית הדין קביעות כלפי כולי עלמא – ולפיהן מעון ראש הממשלה מנוהל

באופן המהווה העסקה פוגענית כלפי כל עובדיו – לרבות אליהו – בניגוד למבוקש בשתי התובענות ובאופן המעיד כי דעתו "נעולה"

13. בתובענת נפתלי עתר האחרון, בכל הקשור להעסקה הפוגענית הנטענת, כי בית הדין יצהיר שהנתבעת 1 ("מדינת ישראל") פעלה כלפיו שלא כדין במהלך העסקתו כאב הבית במעון ראש הממשלה (סעיף 1 לתובענה), וכן ביקש מבית הדין להצהיר ולקבוע:

(1) כי "הנתבע 1 ("עזרא סיידוף") היה מודע להעסקתו הפוגענית והבלתי חוקית של התובע

במעון ראש הממשלה במשך 20 חודשים והוא נושא באחריות על כך" (סעיף 3 לתובענה);

(2) כי "הנתבע 3, כמשתמש סופי בעבודת התובע וכממונה ישיר ועליון על התובע, אחראי

על העסקתו הפוגענית במעון ראש הממשלה" (סעיף 4 לתובענה);

(3) כי שלושת הנתבעים, חייבים, בין היתר ביחד ולחוד, בתשלום פיצויים בגין ההעסקה הפוגענית הנטענת כלפי התובע, הוא נפתלי.

14. הנה כי כן, הסעדים שנתבקשו בתיק נפתלי בכל הקשור להעסקה הפוגענית ברורים ומפורשים: הצהרה של בית הדין כי הנתבעים 1-3 אחראים להעסקתו הפוגענית של נפתלי במעון ראש הממשלה וחיובם של המשיבים בפיצויים כמפורט בתובענה.

15. עיון בתיק אליהו בהשוואה לתיק נפתלי, מעלה כי פרט לעובדה שהנתבע 3 (המשיב 4 בהודעת הערעור) אינו זהה בשתי התובענות, הסעד המבוקש בו בהקשר להעסקה הפוגענית זהה לחלוטין לסעד המבוקש בתיק נפתלי. ובלשון אליהו: בית הדין מתבקש להצהיר ולקבוע כי "הנתבעים היו מודעים לתנאי העסקתו הפוגענית של התובע במעון ראש הממשלה ולא פעלו על מנת למנוע את קיומם, ועל כן נושאים באחריות לנזקים שנגרמו לתובע ביחד ולחוד".

16. נמצאנו למדים, כי בפני בית הדין קמא נדונו והתבררו שתי תובענות, אשר בהקשר לטענת ההעסקה הפוגענית במעון ראש הממשלה הסעדים שנתבקשו בהן זהים: מתן סעד המורה כי כל אחד מהנתבעים לחוד, הועסק בהעסקה פוגענית וחיוב הנתבעים באחריות הנובעת מכך. כאמור, התובענה הראשונה, הלא היא תובענת נפתלי, הוכרעה בפסק הדין, התובענה השנייה, הלא היא תובענת אליהו, טרם הוכרעה ובית הדין קמא אמור להכריע בה, על סמך אותן חקירות, טענות ופולגותאות, המוצאות את ביטויין בפרוטוקולים, לאחר קבלת סיכומי התשובה מטעם אליהו.

ג. קביעותיו של בית הדין קמא בפסק הדין בהקשר לטענת ההעסקה הפוגענית, חרגו מגדרי הסעדים שנתבקשו בתובענת נפתלי, בהיותן קביעות כלליות ו"רוחביות" – כלפי כולי עלמא, "הנועלות" למעשה את דעתו ומחייבות אותו לקביעות זהות בעניין אליהו, בכל הקשור לטענת ההעסקה הפוגענית. סוף מעשה זה, לא ניתן היה לצפותו ולא ניתן להפנות כלפי המערערת אצבע מאשימה בבחינת: "ראי נא, סוף מעשה במחשבה תחילה", שכן כאמור, בית הדין קמא חרג מסמכותו וקבע קביעות בנוגע לתובענת אליהו אף על פי שלא התבקש לעשות כן, בעוד תובענה זו תלויה ועומדת

17. כאמור, חרף העובדה שבית הדין קמא התבקש הן בתובענת אליהו והן בתובענת נפתלי, להעניק סעד ספציפי כלפי תובע ספציפי, הוא קבע בפסק הדין קביעות "רוחב" כלליות, החלות במפורש על אליהו, כמפורט להלן.

18. כך, קבע בית הדין קמא הנכבד (ונדגיש שוב, אך ורק בכל הקשור לטענת ההעסקה הפוגענית) (בעמ' 16 לפסק הדין פסקה 22):

" בחינת חומר הראיות שהוצג לפנינו, לאור קווי המתאר שפורטו לעיל, מעלה תמונה עגומה ביותר לגבי המתרחש במעון ראש הממשלה בכל הנוגע לאופן העסקת העובדים, סביבת העבודה שהם חשופים אליה, היחס אליהם והשמירה על כבודם ועל זכויותיהם.

הן בתצהירו של התובע והן בזה של מר אליהו מתוארים מעשים שהינם בגדר העסקה פוגענית, ובהם דרישות מוגזמות ובכלל זה החלפת בגדים בתדירות גבוהה כדי לשמור על היגיינה (סעיף 38 לתצהיר התובע), טענות לעובדים כי אינם סטריליים (אליהו ע' 24 ש' 19-23), נזיפות חוזרות ונשנות בשל עניינים שוליים (החלפת פרחים באגרטל וכד'), השתלחויות בעובדים והעלבנות (סעיפים 38-45 לתצהיר התובע, סעיפים 12-21 לתצהיר מר אליהו).

מר גיא אליהו, שעבד במשרד ראש הממשלה לפני שעבר לעבוד במעון ציין בעדותו כי במשרד ראש הממשלה הזהירו אותו כי העבודה במעון קשה, וכי הרבה עוזבים שם אך הוא היה מוכן לעבוד קשה כמה שצריך כדי לקבל תקן (אליהו, ע' 16 ש' 21-22). לדבריו גב' נתניהו נזפה בו לא אחת כי אינו יודע להגיש ואינו אלגנטי מספיק (סעיף 15 לתצהירו). גם מר סלע העיד כי גב' נתניהו אסרה עליו להגיש לה מים והוא נפגע מאד (ע' 46 ש' 29-32, ע' 47 ש' 1-3). מעדותו של גיא אליהו מתברר עוד כי העובדים חששו להגיש אוכל לגב' נתניהו כי זה היה מפחיד וקשה, כי פחד מתגובותיה וכי העבודה במעון היתה בלתי נסבלת (ע' 54 ש' 1-2, 9, 31). מר אליהו הוסיף כי כאשר גב' נתניהו הרימה עליו את קולה, והוא לא היה מסוגל לענות לה, והתובע נחלץ לעזרתו (ע' 38 ש' 18-14 ע' 49 ש' 6-8), וכי התפטר משום ש'לא יכולתי לסבול להיות בבית יותר' (ע' 52 ש' 30). למרות כל אלה ציין מר אליהו כי אם היה מקבל תקן היה נשאר כדי ש'תהיה לי עבודה מסודרת לעתיד' (ע' 53 ש' 15-16).

מר סלע, שעבד במעון תקופה קצרה בלבד, הצהיר בתצהירו על שעות עבודה ארוכות החורגות לא אחת מ-12 שעות בשל מחסור כרוני בעובדים, ועל יחסי אנוש בלתי ראויים (סעיפים 14-18), והוסיף כי לאחר שהפסיק לעבוד במעון התבקש לכתוב מכתב שאין לו טענות נגד גב' נתניהו אך סרב (סעיף 30). לדבריו כתב מכתב שבו תיאר את המצב הקשה בבית, ונתן אותו למר סיידוף. העד דחה מכל וכל את טענת מר סיידוף כי לא קיבל את המכתב (ע' 45 ש' 5-24)."

"תמונה קשה במיוחד לגבי המתרחש במעון תיארה בעדותה גב' אתי חיים. לדבריה תנאי העבודה במעון קשים, הדרישות מוגזמות ויחסה של גב' נתניהו לעובדים קשה ביותר (אליהו, ע' 33-35). גב' חיים תיארה בהרחבה מקרה שארע בשבת בצהריים כאשר היא ומר גיא אליהו הכינו ארוחת צהריים והניחו את הסלטים על השולחן בפטיו. בשל פתיחת או סגירת הסכך ביקשה גב' נתניהו להוציא את כל הסלטים, לפנות את השולחן ולערוך מחדש. לאחר שהבן אבנר העיד כי אין בכך צורך משכה גב' נתניהו את המפה, זרקה את כל הכלים והורתה לגב' חיים ומר אליהו לאסוף הכל תוך 5 דקות, ולערוך מחדש, וכך עשו (אליהו ע' 33 ש' 14-33)."

"די באירועים אלה, אשר תוארו באופן משכנע ואמין על ידי גב' חיים, כדי להגיע למסקנה כי קיימת העסקה פוגענית במעון, ואולם הוצגו לפנינו עובדות רבות נוספות המצביעות על כך (ע' 41 ש' 27-32) (ההדגשות הוספו - י.כ.).

19. ויוער, מדובר בדוגמאות בלבד: כעולה בעליל מפסק הדין, שאלת ההעסקה הפוגענית – בתיק נפתלי(!) – הוכרעה בעיקרה על ידי פרוטוקולים מתיק אליהו וטענותיו בתצהירו ובחקירתו הנגדית.

20. בית הדין הנכבד מופנה למשל לסעיפים 23 סיפה לפסק הדין, ו-24, בעמ' 18 רישה ו-19 סיפה, שם קבע בית הדין קמא, ללא כל נימוק, כי תיאוריו של גיא אליהו בתצהירו ועדותו "היו משכנעים ואמינים". האין זה ברור כי בהכרעה מפורשת זו באשר לעדות אליהו, נעל בית הדין קמא את דעתו ולא הותיר לעצמו כל שיקול דעת בתובענה זו?

21. כן קבע בית הדין קמא בסעיף 24 רישה לפסק הדין, כי בנוסף לדרישות המוגזמות, להעלבות וליחס הקשה לעובדים – שעות העבודה במעון, לרבות שעות העבודה של אליהו, היו רבות ובלתי סבירות, תוך שהוא דוחה את טענת ההגנה ולפיה היקף שעות העבודה נקבע על ידי נפתלי ואת כל ראיות ההגנה בעניין זה, וקובע בסעיף 27 לפסק הדין כי "דרישה מן העובד לעבוד שעות עבודה רבות, ובכלל זה העדר דפוס עבודה קבוע ומסודר המאפשר לעובד לתכנן את סדר יומו... אף הוא (כך במקור) בגדר העסקה פוגענית".

22. בהמשך פסק הדין, דחה בית הדין קמא, ושוב ובכל הכבוד בשגגה קשה ביותר (דחיית עדותו של עד שלא חזר על עדותו הראשית בחקירתו הנגדית!), עדויות שהובאו על ידי ההגנה בשאלת תחלופת העובדים ואופיו האלים והמזלזל של נפתלי וקיבל במלואה וכלשונה את עדותו של אליהו.

23. הנה כי כן, בית הדין הנכבד קבע למעשה באופן נחרץ, נוקב וברור את שלא התבקש בתביעת נפתלי, בקובעו כי ההעסקה היתה פוגענית גם כלפי אליהו: **ההעסקה במעון ראש הממשלה – כלפי כל עובדי המעון, לרבות אליהו, היתה פוגענית**. האם יכולה היום ראשת ההרכב לקבוע אחרת? דומה שלא נגזים אם נטען כי במצב דברים זה, ההכרעה האפשרית היחידה בתיק אליהו כתובה באותיות קידוש לבנה על הקיר. בכל הכבוד, נעלה מכל ספק כי נוכח הקביעות הנחרצות בפסק הדין, אשר חלקן צוטט לעיל, דעתו של בית הדין קמא, בכל הקשור לשאלת ההעסקה הפוגענית, נעולה וסגורה. בית הדין קמא בכל הכבוד, אינו יכול למעשה להכריע בתיק אליהו, באופן שונה מהאופן שבו הכריע בתיק נפתלי, אלא אם יקבע כי פסק הדין ניתן בשגגה וכי הוא אינו מקבל את הקביעות העובדתיות שהוא עצמו קבע בתיק נפתלי, קביעות המבוססות כאמור על אותן ראיות וטענות בשני התיקים. בית הדין קמא, בכך ששגה וקבע בתיק נפתלי כי גם אליהו הועסק באופן העולה כדי העסקה פוגענית, מילכד למעשה את עצמו – ונעל את דעתו, באופן המונע ממנו כל אפשרות לקבוע בתיק אליהו קביעות המנוגדות לקביעותיו בפסק הדין.

ד. החלטת בית הדין קמא שלא לפסול עצמו שגויה, נימוקיה אינם רלבנטיים והיא

מתעלמת מהעיקר

1ד. כללי

24. בכל הכבוד, החלטת בית הדין קמא שלא לפסול את עצמו, לוקה בשגגות רבות, ועומדת בסתירה הן לחוק החרות והן להלכה הפסוקה, שעוד תפורט להלן.

25. ההחלטה מנומקת למעשה בשני נימוקים – האחד שיהוי, והשני: **"הבדלים משמעותיים ביותר בין שתי התביעות אשר מאיינות (כך במקור) את החשש כי מותב בית הדין לא יוכל להשתחרר מקביעותיו הקודמות וידון בעניינו של מר גיא אליהו באובייקטיביות המתבקשת בלא משוא פנים ומבלי שדעתו תהא משוחדת"**.

26. נדון תחילה דווקא בנימוק השני, שכן כפי שקבע בית הדין קמא, נימוק השיהוי כשלעצמו לא היווה עילה לדחיית בקשת הפסילה.

2ד. הנימוק כי קיימים הבדלים משמעותיים ביותר בין שתי התביעות, אשר מאיינים את החשש כי מותב בית הדין לא יוכל להשתחרר מקביעותיו הקודמות וידון בעניינו של מר גיא אליהו באובייקטיביות המתבקשת, בלא משוא פנים ומבלי שדעתו תהא משוחדת

27. ראשית נעיר, כי המערערת מעולם לא טענה לחשש למשוא פנים ו/או כי דעתו של בית הדין תהא משוחדת. בכל הכבוד, טענתה של המערערת שונה לחלוטין, ועל מנת שהדברים יהיו ברורים נחזור עליהם שוב.

28. לאחר שבית הדין קמא הנכבד קבע כאמור בפסק הדין כי מעון ראש הממשלה נוהל באופן העולה כדי העסקה פוגענית גם כלפי אליהו, כל שנותר לו הוא להכריע בתיק אליהו באופן זהה; דעתו בהקשר לשאלת ההעסקה הפוגענית כבר הובעה מפורשות, עמדתו ידועה, נהירה וברורה, קביעותיו הנחרצות והחד משמעיות בפסק הדין מחייבות את המסקנה הבלתי נמנעת כי בתיק אליהו חייב הוא למעשה לקבוע קביעות זהות בכל הקשור לטענת ההעסקה הפוגענית ודעתו

"ננעלה". למעשה, ובכל הכבוד הראוי, תפקידו של בית הדין בתיק אליהו הינו טכני בלבד. בית הדין אינו פתוח לשכנוע ואינו יכול להכריע בתיק אליהו באופן שונה מהאופן שבו הכריע בתיק נפתלי, כיוון שבשני ההליכים מדובר, בכל הקשור לטענת ההעסקה הפוגענית, **בסעדים זהים, בעילות תביעה זהות ובטענות ובשאלות עובדה ומשפט זהות**, אשר הוכרעו לגופו של עניין על בסיס אותן ראיות בתיק נפתלי ו בתיק אליהו. והחשוב ביותר וכאמור לעיל: בכל הקשור לטענת ההעסקה הפוגענית, פסק הדין מבוסס בעיקרו על עדותו של אליהו. בית הדין דחה אחת לאחת את כל טענות ההגנה בעניין זה, ומכאן שפסיקה אחרת בתיק אליהו, חייבת לעמוד בסתירה לפסק הדין. האם השופטת קמא הנכבדה מרמזת בהחלטתה כי בתיק אליהו היא תקבע קביעות עובדתיות הנוגדות לקביעותיה המפורשות בתיק נפתלי? דומה שלא נגזים אם נטען כי הדברים אינם מתיישבים עם מושכלות יסוד ועם הגיונם של הדברים.

37. האסמכתאות שעליהן מבוססת החלטת בית הדין קמא

29. האסמכתאות שעליהן נסמך בית הדין קמא (בסעיף 7 להחלטה), שלושה פסקי דין מהשנים 1995-1996 דווקא, בכל הכבוד, אינן רלבנטיות לענייננו. בשלושת המקרים האלה מדובר בהליכי ביניים שבהם נקבעו קביעות לכאוריות בלבד. בית המשפט עדיין נותר פתוח לשכנוע, ולכן נקבע כי אין חשש למשוא פנים או דעה משוחדת של השופט (כלשונו של בית הדין קמא שם).

30. כאמור, הסוגיה בענייננו שונה בתכלית השוני. קביעותיו של בית הדין קמא בסוגיית ההעסקה הפוגענית אינן לכאוריות אלא (בכפוף לערעור) חלוטות ומפורשות.

31. דא עקא, שבית הדין קמא שגה בכל הכבוד אף בקביעה זו, שכן ההלכה הנוהגת – אף בהקשר לקביעות בהחלטות ביניים – היא מאוד ברורה: **אם קבע השופט ממצאים ברורים במסגרת החלטות הביניים, עד שנראה כי הכריע למעשה בתיק העיקרי, או שלמצער יש חשש כי דעתו ננעלה, ייפסל השופט הגם שמדובר בהליך ביניים בלבד!** בית המשפט הנכבד מופנה לעניין זה למשל לרע"א 160/89 קוטו שירותי מזון בע"מ נ' משכנות ים בהרצליה בע"מ, פ"ד מג (1) 579,581, שם נפסל שופט, רק מכיוון שקבע בבקשה לסעד זמני כי הפרשנות שהציע אחד מהצדדים "אין הדעת סובלתה". (קביעה שהיא לכל הדעות "פעוטת ערך" ביותר, ביחס לקביעותיו הקשות והנחרצות של בית הדין קמא שפורטו לעיל). וכן השוו לע"א 3744/01 דוד לובינסקי נ' בן חיון, 2001 (2) 92, שם נפסלה שופטת, הואיל והכריעה למעשה בטענה משפטית עובדתית העומדת בלב הסכסוך.

לנוחיות בית הדין הנכבד העתקי פסקי הדין, רצ"ב להודעת הערעור ומסומנים "5".

"5"

47. הפרשנות שנתן בית הדין קמא לפסק הדין בע"א 461/14 (להלן "עניין רוזן"), אף היא שגויה

ומוטעית

32. בסעיף 8 להחלטה בית הדין קמא, תוך הסתמכות כביכול על עניין רוזן, שוב שגה בית הדין קמא בכל הכבוד, הן בפרשנות שנתן לעניין רוזן והן בדרך יישומם של עקרונות היסוד שנקבעו בו.

33. נזכיר ראשית, שבעניין רוזן נקבע במפורש כי שופט שדן בבקשה מקדמית לאישור הגשת תביעה נזורת, אינו רשאי להשתתף בבקשה לדין חוזר על החלטתו. והדברים יפים מקל וחומר לענייננו, בו בית הדין קמא לא קבע את דעתו בהחלטה מקדמית לכאורית, אלא בפסק דין.

34. שנית, בית הדין קמא הסתמך על פסקת מבוא של סעיף אחד מפסק הדין בעניין רוזן, ולפיה "התשובה לשאלה זו אינה חד משמעית. דוגמאות מן הפסיקה מלמדות כי לא מתקיימת בהכרח עילת פסלות בכל מקרה בו בית המשפט הביע עמדה מוקדמת ביחס לעניין המונח לפניו".

35. דא עקא, שבית הדין קמא הנכבד התעלם מהסיפה של אותה פסקה, בה נקבע:

"אם נסיבות המקרה מלמדות כי דעתו של השופט "ננעלה" לא יהיה מנוס מפסילתו. אולם אם הנסיבות מצביעות על כך שהשופט פתוח לשכנוע, לא יהיה מוצדק להורות על פסילתו אף בשל כך שכבר הביע עמדה לגבי העניין הטעון הכרעה".

36. האמנם סבור בית הדין קמא הנכבד, ולמצער ראשת ההרכב, כי הקביעות הקשות והנחרצות שקבע בפסק הדין בהקשר להעסקה הפוגענית, כמו גם העובדה כי קיבל כלשונן את עדויותיו של אליהו ודחה את טענות וראיות ההגנה, הן בגדר אותה "הבעת עמדה מוקדמת" שעליה נסובה פסקת המבוא בעניין רוזן הנ"ל? האם במונח "הבעת עמדה מוקדמת", התכוון הנשיא א. גרוניס (כתוארו דאז) לעשרות עמודים בפסק דין שבהם שפך בית הדין קמא קיתונות רותחים על המערערת ודחה אחת לאחת את כל טענות ההגנה? ברי שאין הדבר כך, וכי דווקא הפסקה בסיפה של סעיף 10 הנ"ל, ולפיה דעתו של בית הדין "ננעלה", היא הישימה בענייננו. מכאן, אין ולא יכולה להיות מחלוקת כי דעתו של בית הדין קמא ננעלה ואין מנוס מפסילתו.

5ד. ההבדלים המשמעותיים שקיימים לכאורה בין שתי התביעות

37. בעניין רוזן, קבע בית המשפט העליון כי הבדל "בר משמעות" בין השאלות שהוכרעו, ביחד עם חזקת המקצועיות של השופט ואי תלותו, יאינו את החשש כי הוא לא יוכל להשתחרר מקביעותיו הקודמות. האמנם כך הדבר כאן?

38. כאמור, החלטת בית הדין נסמכת על קיומם של הבדלים משמעותיים לכאורה בין שתי התביעות, המאיינים את החשש כי בית הדין לא יוכל להשתחרר מקביעותיו הקודמות, כמפורט להלן.

א. מותב בית הדין – נציגי הציבור במותב שנתן את פסק הדין שונים מאלו שבמותב שבתיק זה;

ב. אין זהות בין הצדדים בשני התיקים;

ג. גם התשתית הראייתית בשני התיקים אינה זהה, שכן בקשתו של אליהו לצרף לתיק זה את כל המוצגים והנספחים שהוגשו בתובענת נפתלי, נדחתה;

ד. בתובענת אליהו נתבעו ארבעה סעדים נוספים, פרט לסעד בשאלת ההעסקה הפוגענית.

39. שגה בית הדין קמא בקובעו כי קיימים הבדלים משמעותיים בין התביעות, אשר מאיינים את החשש כי דעתו ננעלה.

40. בכל הכבוד, ההבדלים עליהם השתית בית הדין קמא את החלטתו זו, כלל אינם ממין העניין, ודי לקרוא את הדוגמאות שבלב המובאה בעניין רוזן, שעליה סמך בית הדין קמא כאמור את דעתו, כדי להצביע על השגגה שדבקה בהחלטה, כמפורט להלן.

41. **הבדל בר משמעות:** בשורה חמש לציטוט (המובא בחלקו בסעיף 8 להחלטה), במקום בו ניקוד מקווקו, מביא המלומד ברזל בספרו את הדוגמאות הבאות להבדלים ברי משמעות כאמור:

”... מכאן, למשל, ששופט יוכל לדון בשאלת האחריות בנוזיקין ולאחר מכן בשאלת.... הנזק, או לדון בתובענה לסילוק יד ולאחר מכן בפסיקת דמי שימוש ראויים ואפילו בהכרעת דינו של נאשם ולאחר מכן בגזר דינו. אלו הם הליכים שאך טבעי הוא כי אותו שופט יישב בהם בדין מתחילתם ועד סופם.”

42. מכאן שהשוני בין ההליכים, אותו הבדל בר משמעות המצדיק אבחון בין מקרה בו על שופט לפסול את עצמו ובין מקרה שהבדל כאמור מאיין את הצורך בכך, אינו מסוג ההבדלים שעליהם סמך בית הדין קמא את החלטתו. כעולה מעניין רוזן, ההבדלים הרלבנטיים הם שונים לחלוטין, כמפורט להלן.

(1) ההבדל צריך להיות בין השאלות שנשאלו בהליך דומה או זהה – והעובדה שבעניינו של אליהו נתעוררו לכאורה שאלות נוספות (שהן אגב כמעט זהות לטענות נפתלי), כלל אינה מעלה או מורידה, שכן שאלת ההעסקה הפוגענית שנדונה והוכרעה בפסק הדין זהה לחלוטין בשתי התביעות, ודי בכך לכל הדעות כדי להביא לפסילת המותב.

(2) העובדה שבתיק אליהו נתבע אחד שונה (קלינור במקום ראש הממשלה), אף היא כלל אינה הבדל הרלבנטי לעניינו. נזכיר שוב ושוב: בפסק הדין נקבעו בסוגית ההעסקה הפוגענית קביעות כלפי כולי עלמא וכלל לא רלבנטי מי היה צד לו. למעשה, ולמרבה הצער, הקביעה בפסק הדין היא כה רחבה, עד שעולה ממנה כי כל מי שהיה עובד במעון רוח"מ בתקופה הנדונה בפסק הדין, הועסק באופן פוגעני על ידי המערערת.

(3) **הרכב המותב:** מותב בית הדין, ככל מותב אחר, הינו בעל דפוס פעולה מחייב ולפיו יש לשנתן את כל חבריו בקבלת החלטה. לתהליך קבלת החלטות בפני מותב, מופנה בית הדין הנכבד, לעניין ישקר (נספח 4א) בו נקבעו, בין השאר, הדברים הבאים:

”15. כאשר עסקינן בתיק הנדון בפני מותב, קיים ממד נוסף אשר יש לו משקל

וראוי להזכירו. ממד זה קשור לאופי תהליך קבלת החלטות במותב. תהליך זה

תואר בתמצית בדב"ע נא/8-2 אגסי נ' מדינת ישראל [13], בעמ' 288:

”בתהליך של גיבוש ההחלטה מעריך מותב בית-הדין את

הראיות שהוגשו, קובע את משקלן ומהימנות העדים ומפעיל

את שיקול דעתו לגבי תוצאות ההליך. פעולה זו, שאב-בית-

הדין מופקד על קיומה, מחייבת דיון פנימי של חברי המותב,

החלפת דעות, שכנוע והשתכנועות של חברי המותב.”

תהליך קבלת החלטות במותב הוא, על-פי טיבו, תהליך של קבלת החלטות

בקבוצה. במהלכו נחשפים חברי המותב למכלול דעותיהם והתרשמויותיהם של

חבריהם בנוגע למכלול הראיות שבפניהם, מהימנותן, משקלן וכיוצא באלה.

במסגרתו מתנהל אף הליך שכנוע הדדי אשר בסופו מתגבשת החלטה סופית המקבלת לבוש של פסק-דין. L.A. Kornhauser ו-L.G. Sager עומדים על חשיבות הליך השכנוע ההדדי המתנהל במסגרת החלטה במושב במאמרם *“Unpacking the Court”* [17], בעמ' 101:

“In the course of deliberation, judges can be expected to advance arguments in support of particular result in the case before the court. Arguments serve two functions in legal analysis: they are both the reason that a judge reaches (or abandons) a particular result, and the announced rationale for having done so, carrying implications for the outcome of future cases. The process of testing any such argument includes canvassing the alternative arguments, elaborating the consequences of these arguments, and discussing the criteria of validity. Unless one presupposes that judges enter this process either fully aware of all points and counterpoints, or obdurately fixed on both result and rationale without reference to the full range of possible argumentation, it must be the case that some judges emerge from the deliberative process with judgments about the appropriate result or rationale different from their initial ones” (ההדגשה שלי – ת' א')

במקום אחר מתאר שופט מבית-המשפט הפדראלי לערעורים בארצות-הברית את דינמיקת ההתייעצות בין שופטי ההרכב באופן הזה:

“The collegiality of which I speak, however, goes far beyond listening and considering. It requires judges to leave their hard-learned styles of advocacy at the door of the conference room. Collegial judges in conference are not advocates of a position but students of an issue-comparing, contrasting, and weighing each other’s viewpoints and rationales. Often these deliberations do not change a judge’s vote or a case’s outcome, but the rationale behind the vote is more fully informed and intellectually sound because of the collegial interaction. ...Collegiality is lively, tolerant, thoughtful debate; it is the open and frank exchange of opinions; it is comfortable controversy; it is mutual respect earned through vigorous exchange” (D.R. Tacha *“Judges on Judging: The ‘C’ Word: On Collegiality”* [18], at p. 587).

16. מהדברים האמורים עולה כי תהליך קבלת החלטות במושב הוא תהליך דינמי, האמור להעשיר את חברי המושב, הדינית, במידע, בהתרשמויות ובזוויות ראייה שונות של העניין הנדון בפניהם. תנאי מוקדם להתרחשות דינמיקה זו בין חברי המושב הוא פתיחות מחשבתית מצדם והיותם נכונים להשתכנע מדברי האחר. הוזה אומר, על-מנת שהליך השכנוע ההדדי יהיה אפקטיבי, חברי המושב אמורים להיכנס אליו כאשר הם פתוחים להשתכנעות ולשינוי. (ההדגשה אינה במקור)

כאשר שופט כבר גיבש את החלטתו במסגרת פסק-דין מקיף ומנומק בתיק שהובא לפניו, הכולל התייחסות לעובדות ולמהימנות עדים, מתעורר ספק ניכר ביכולתו להיכנס, בגלגול נוסף של אותו תיק עצמו, להליך הליבון וההתייעצות ההדדית באותה פתיחות מחשבתית הנדרשת לצורך העניין. כיצד יהיה הוא פתוח לשכנוע ולשינוי כאשר הוא כבר החליט בעניין באופן סופי? במקרה כזה מתהפכים יוצרותיו של התהליך השיפוטי, שכן קבלת החלטה סופית (בגלגול הקודם) קדמה להליך ההתייעצות המשותף אשר רק לאחריו אמורה להתגבש החלטה סופית. בכך מתרוקן למעשה תהליך קבלת החלטות במושב ממשמעותו האמיתית."

43. יתירה מכך, המושב הינו למעשה גוף אחד ואם נפל פגם באחד מחבריו, שאלה היא האם ניתן להחליף חבר זה בכל שלב או שמא דבק הפגם גם בשאר חברי המושב. שאלה זו תוכרע להבנתנו מהשאלה האם כבר נעשה אותו "סיעור מוחות" ואותו "שיתוף דעות" המתחייב מעבודת המושב והאם חברי המושב כבר שוכנעו מעמדתו של החבר הנמצא פגום. ולבסוף, בפסק הדין ישקר נקבע:

"כאשר נדרשים בית-הדין הארצי או השופט הראשי של בית-הדין האזורי להחליט בדבר הרכב מושב אשר ידון מחדש בתיק שפסק-דין קודם שניתן בו בוטל, עליהם לשים לנגד עיניהם את הכלל בדבר היעדר משוא פנים. את אמות-המידה ליישום כלל זה בנוגע להרכב מושב הדין מחדש בתיק שניתן בו פסק-דין אשר בוטל יש להקיש, בין היתר, מהכללים שגובשו בנוגע לעילות פסלות שופט. כאשר מתעורר חשש ממשי למשוא פנים על-פי אמות-המידה הנ"ל, אין להשיב את הדיון למושב הכולל את חברי המושב המקורי." (שם בעמ' 747).

44. זאת ועוד. המערערת סבורה, בכל הכבוד, כי אם נציגי הציבור קראו את פסק הדין ואת הסיכומים בתיק זה, וראשת ההרכב סבורה כי ייתכן ועמדתם תהא שונה מדעתה, היה עליה למצער להתפטר מיוזמתה, כנדרש בסעיף 77א' לחוק בתי המשפט. ברור כי אם היתה עושה כן, על כל המושב להתפטר, שכן ראשת ההרכב, היא למעשה השופט המקצועי היחיד בתיק ולא ייתכן כי ראש הרכב אחר יכריע בו ביחד עם נציגי הציבור, על סמך ראיות שנפרסו בפניהם. מכאן שברור כי נימוק זה של בית הדין קמא אינו מעשי וכי על ההרכב כולו לפסול את עצמו.

6ד. התשתית הראייתית שונה לכאורה

45. אמנם נכון שבקשתו של אליהו כי תיק המוצגים בתובענת נפתלי ישמש אף בעניינו נדחתה. דא עקא, שכאמור בהחלטה בסעיף 2 סיפה, הצדדים הסכימו כי הפרוטוקולים בתובענת נפתלי יצורפו לתיק אליהו.
46. **עיון בפסק הדין, מעלה כי בית הדין קמא הסתמך בתיק נפתלי על מוצגים רבים בתובענת נפתלי, שהביטוי להם מופיע בפרוטוקולים.** למעשה, ומטבע הדברים, פרוטוקול בית המשפט אינו אלא ביטוי לחקירות הנגדיות שנערכו בשני התיקים על בסיס מוצגים. מהי אם כן הרלבנטיות לעובדה שתיק המוצגים בתובענת נפתלי לא צורף לתובענת אליהו, כאשר בית הדין קמא מנתח בפסק דינו, בהרחבה, עשרות רבות של פרוטוקולי חקירות נגדיות מתיק אליהו, שבהן העדים מתייחסים אף למוצגים? מהי בכלל הרלבנטיות של המוצגים, לאחר שהקביעות לגביהם נקבעו בפרוטוקול, עליו מותר לבית הדין להסתמך בתובענת אליהו, נוכח הסכמות הצדדים? (אגב לו הייתה המערערת בעלת דין ולא עדה, ברור שהיתה מתנגדת להסכמה הדיונית לצירוף הפרוטוקולים).
47. מעבר לצורך, מופנה בית הדין הנכבד לסעיף 5 להחלטה, שם, ובכל הכבוד, סותר בית הדין קמא את עצמו, בקובעו שחלק **מחומר הראיות** הנוגע לאופן ההעסקה במעון ראש הממשלה **זהה בשתי התביעות.**
48. עולה מכל האמור במקובץ, האבחון שערך בין הדין קמא בהחלטתו, אינו האבחון שלו כיוון בית המשפט בעניין רוזן. למעשה, ניתן להסיק מהחלטת ראשת המותב כי דעתה נעולה, אך מכיוון שנציגי הציבור בתיק זה לא כיהנו בתיק נפתלי, ייתכן ופסק הדין בתיק אליהו יהיה שונה אם עמדתם תהא שונה. נוכח האמור, ברי כי נימוק זה שגוי על פניו.

ה. הפסיקה הרלבנטית בעניינו

49. השאלה מתי יפסול בית המשפט עצמו בנסיבות הדומות לעניינו, נדונה לאחרונה בפסק דינו הממצה והמנומק של נשיא בית המשפט העליון א. גרוניס (כתוארו דאז) בע"א 461/14 **ברק רוזן נ' ביטון** (להלן: "**עניין רוזן**"), שעליו נסמך בית הדין קמא לכאורה בהחלטה לדחות את בקשת הפסילה.
50. במקרה זה קבע בית המשפט העליון, כי שופט שהכריע בבקשה לאשר הגשת תביעה נגזרת או תובענה ייצוגית, אינו יכול להיכלל בהרכב הדין בדיון חוזר על אותה הכרעה וכי קמה בנסיבות אלה עילת פסלות. כל זאת, חרף לשונו המפורשת של סעיף 41 (ה)2 לחוק בתי המשפט, המתווה ומבסס את האפשרות לדיון חוזר כאמור, ואינו אוסר על שופט להשתתף בדיון שכזה, אף לאחר שהכריע בבקשה כאמור.
51. פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין רוזן והאסמכתאות ששימשו לביסוסו, מעידים מקל וחומר כי בית הדין קמא חייב היה לפסול עצמו מיוזמתו מהכרעה בתיק אליהו, שבו כאמור עליו להכריע באותן שאלות ופלוגתאות, על סמך אותן עדויות ואותם ממצאי עובדה שנקבעו בפסק הדין.

52. כבוד הנשיא (כתוארו דאז א. גרוניס), אישר בעניין רוזן במפורש את עקרונות היסוד בסוגיה זו והכריע בה, כאמור, בקובעו:

“על מנת להכריע בטענת הפסלות יש לבדוק על בסיס מכלול הנתונים הרלוונטיים, אם נתקיים מבחינה מהותית חשש ממשי למשוא פנים. על הטוען לפסילת בית המשפט להראות כי בהליך הנוכחי אין השופט פתוח לשכנוע (ראו, מרזל, בעמ' 265). אם נסיבות המקרה מלמדות כי דעתו של השופט 'ננעלה' לא יהיה מנוס מפסילתו. אולם, אם הנסיבות מצביעות על כך שהשופט פתוח לשכנוע, לא יהיה זה מוצדק להורות על פסילתו אך בשל כך שכבר הביע עמדה לגבי העניין הטעון הכרעה”.

בהמשך פסק דינו, אימץ בית המשפט העליון בהסכמה את דבריו של המלומד מרזל, שאין יפים מהם לענייננו:

“... ברוב המקרים לא יהיה בעצם הדיון הקודם בהליך דומה כדי להקים חשש ממשי למשוא פנים, שכן כמעט תמיד יימצא הבדל בר משמעות בין ההליכים; יחד עם חזקת המקצועיות של השופט ואי תלותו הוא יאין את החשש כי השופט לא יוכל להשתחרר מקביעותיו הקודמות... אולם, אם מדובר באותה שאלה בדיוק בהליך דומה או זהה, כאשר נקבעו ממצאים שבעובדה לגופו של עניין, על בסיס אותן טענות, סביר להניח כי השופט יפסל מלשבת בדין” [ההדגשות שלי – א' ג'].

לנוחיות בית הדין, פסק הדין רצ"ב להודעת הערעור ומסומן "6".

”6”

53. ולענייננו, אין ולא יכולה להיות מחלוקת כי בפסק הדין נתעוררה והוכרעה אותה שאלה בדיוק שבה על בית הדין קמא להכריע בתיק אליהו; אין מחלוקת כי מדובר בהליך דומה אם לא זהה; אין מחלוקת כי בית הדין קמא קבע ממצאים שבעובדה לגוף העניין בשאלת ההעסקה הפוגענית, על בסיס אותן טענות, ומכאן שלא יכולה להיות מחלוקת כי החלטת בית הדין קמא שלא לפסול את עצמו היא שגויה.

1. השיהוי

1.1. נימוקי בית הדין קמא בעניין השיהוי

54. אף בעניין השיהוי, שגה בית הדין קמא בכל הכבוד, הן בכך שהסיק מסקנות בלתי נכונות עקב פרק הזמן שחלף ממועד מתן פסק הדין ועד למועד הגשת בקשת הפסלות, הן בכך שביסס את עמדתו בסוגיה זו, על פסק דין אחד, שוב די נושן אשר אינו משקף את ההלכה העקרונית בסוגיה זו, והן בכך שקבע שהעובדה שחלק מחומר הראיות הנוגע לאופן ההעסקה במעון ראש הממשלה, זהה בשתי התביעות והיה ידוע למערערת עוד זמן רב קודם לכן, אך אף על פי כן לא הוגשה בקשה לפסילתו, מצביעה על שיהוי.

נתחיל דווקא בנימוק האחרון של בית הדין קמא:

2ה. אי הגשת בקשת הפסילה קודם למתן פסק הדין

55. דווקא נימוק זה, מעיד בכל הכבוד עד כמה שגה בית הדין קמא בהחלטתו לדחות את בקשת הפסילה, שהרי ממה נפשך? עילת הפסילה שעליה נסמכה הבקשה קמה רק נוכח הקביעות בפסק הדין – או ליתר דיוק חלק מהקביעות העובדתיות בפסק הדין – המעידות על נעילת דעתו של בית הדין קמא.

3ה. חומר הראיות זהה בשתי התביעות והיה ידוע כביכול למערערת טרם מתן פסק הדין

56. הנימוק ולפיו העובדה שחלק מחומר הראיות הנוגע לאופן ההעסקה במעון ראש הממשלה הוא זהה בשתי התביעות, היה ידוע למערערת עוד זמן רב לפני כן, אך חרף כך לא הוגשה בקשת הפסילה אלא לאחר מתן פסק הדין, אף הוא שגוי על פניו.

57. ראשית, תמוה בענייננו כיצד ומניין הוסקה המסקנה העובדתית ולפיה חומר הראיות בשתי התביעות היה ידוע למערערת עוד זמן רב לפני מתן פסק הדין. בידי הח"מ שייצג בשתי התביעות את המערערת ללא כל מעמד פורמאלי, לא היו מוצגים או חומרי ראיות, והוא קיבלם מההגנה, רק לאחר מתן פסק הדין.

58. שנית ואחרון, נזכיר שוב ושוב, כי זכותה של המערערת להגיש את בקשת הפסילה, כמו גם זכותה להגיש ערעור על פסק הדין, התגבשו אך ורק לאחר שבית הדין קמא קבע כנגדה קביעות קשות בפסק הדין ונהג בה "כנתבעת למעשה". לעניין זה לא תרחיב המערערת והיא תפנה לעמודים 16-7 לערעור שהגישה.

עותק הודעת הערעור על פסק הדין ללא נספחיה, רצ"ב להודעת ערעור זו ומסומן "7".

4ה. פרק הזמן שחלף ממועד מתן פסק הדין ועד להגשת הבקשה

59. הלכה פסוקה היא, כי טענת שיהוי אינה סיסמא שדי לזורקה בחלל האוויר כדי לחסום בקשה מוצדקת, וכי בהקשר לענייננו יש צורך להוכיח שנפגעה זכות כלשהי, כגון ניהול דיון פגום עקב חשש למשוא פנים או כבישה של טענת פסלות ידועה, עד לאחר מתן פסק הדין.

60. ברור כי לא זה מצב הדברים בענייננו. ראשית, נבהיר כי המערערת, כמתבקש מנסיבות העניין, נקטה בזהירות יתרה, כפולה ומכופלת, טרם שהחליטה להגיש את בקשת הפסלות, בפרט נוכח הרגישויות הנובעות ממעמדה.

61. שנית, החל ממועד מתן פסק הדין, לא נוהל בפני בית הדין קמא כל דיון, כך שהחשש שינוהל דיון פגום, עקב משוא פנים, כלל אינו מתקיים בענייננו.

62. שלישית, על פי הפסיקה העניפה בסוגיה זו, שיהוי כשלעצמו, אינו יכול למנוע העלאת טענת פסלות מוצדקת. קיים קושי בשימוש בטענת שיהוי כעילה לדחיית טענת פסלות מוצדקת, שכן מהי בכלל חשיבות הזמן שחלף, אם למשל מתברר כי השופט עומד לפסוק בעניין הקשור לו באופן אישי? כך, למשל, קבע בית המשפט בע"א 6269/04 קובטי נ' חבובה 2004 (4), כי שיהוי כשלעצמו אינו מונע העלאת טענת פסלות אלא משפיע על משקלה.

63. ולענייננו, עילת הפסלות שעומדת בבסיס הבקשה היא כל כך מובהקת ונימוקיה כל כך מוצדקים, עד שברור כי אין זה ראוי לדחותה מהטעם שהוגשה כמספר שבועות לאחר מתן פסק הדין, בפרט נוכח הנימוקים שפורטו לעיל.

64. נזכיר גם, כי המבחן העיקרי לפסלות שופט הוא מבחן האובייקטיביות השיפוטית ומבחן המשנה שלצידו הוא מבחן מראית פני הצדק. (ב"ש 48/75 ידיד נ' מדינת ישראל, פ"ד כט (2) 375. זאת ועוד, סעיף 77א (א1) לחוק בתי המשפט, כפי שתוקן בתיקון מס' 38 בשנת 2004, קובע כי "שופט לא יישב בדין" אם קיימת עילת פסלות כנגדו, מכאן שעל שופט לפסול עצמו מיוזמתו, אם קיימות נסיבות המהוות עילת פסלות. ולענייננו, נוכח הנימוקים שפורטו לעיל בהרחבה, אין ולא יכול להיות ספק כי בית הדין קמא אינו פתוח לשכנוע, וכי למעשה "המשחך מכור", ולפיכך אין כל רלבנטיות לפרק הזמן שחלף ממועד מתן פסק הדין ועד להגשת בקשת הפסלות.

ו. טיעוני המשיבים

65. המשיבים 2-3, אמנם טענו, בתמצית, כי אין חשש למשוא פנים של בית הדין קמא ולפיכך אין עילה לפסילתו. מדובר בכל הכבוד, בטיעון שאינו מן העניין. הח"מ לא טען כי קיים חשש למשוא פנים אלא כי דעתו של בית הדין קמא נעולה. נימוקי המשיב 1 בתגובתו לבקשת הפסילה, כלל אינם מן העניין ולפיכך אף אינם ראויים לתגובה. תגובת המשיבים, רצ"ב להודעת ערעור זו ומסומן "8".

"8"

ז. סיכום כללי

66. הנה כי כן, ברי כי בנסיבות העניין, משבית הדין הנכבד הכריע למעשה בפסק הדין באותן שאלות ופלוגתאות שנתעוררו הן בתיק נפתלי והן בתיק אליהו וקבע ממצאי עובדה לגוף העניין על בסיס אותן טענות – וכאמור אף על בסיס אותן עדויות וראיות – ברי כי הוא אינו פתוח לשכנוע בתיק אליהו וכי דעתו "ננעלה".

67. לפיכך ונוכח כל האמור, מתבקש בית הדין הארצי הנכבד לקבל את הערעור ולקבוע כי בית הדין קמא מנוע מלהמשיך ולדון בתיק אליהו או לחילופין כי ראשת ההרכב מנועה מליתן בו פסק דין כאמור.

68. בית הדין הנכבד מתבקש כמו כן, לקבוע כי ההכרעה בערעור זה תנתן על ידי מותב על פי שיקול דעתו, או לחילופין, אם יחליט אחרת, לזמן את הצדדים לדיון בפניו טרם מתן ההכרעה בערעור.