

# אמון הציבור בבית המשפט

מאת: מישאל חשין\*\*

תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל<sup>1</sup> ולהרהורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור\*

\*

כל אלה מוליכים אותנו אל מאמרו האחרון של חיים כהן ושמו "הרהורי כפירה באמון הציבור"<sup>5</sup>. במאמר זה – ובמלוא כוחו הרטורי – קורא חיים כהן תיגר ומניף הוא יד על השקפה שקנתה שבייתה בהלכה ובדברי חכמים על אודות אמון הציבור כמרכיב חיוני לקיומה של הרשות השופטת. הנה כי כן, כך אומר הוא בראשית דבריו: "אם יש דעה אחת שעליה מסכימים כנראה כל שופטי בית המשפט העליון, הרי היא בדבר הצורך של הרשות השופטת באמון הציבור. הנשיא שמגר אמר וחזר ואמר כי 'שלטון החוק כרוך בשמירה מתמדת על האמון במוסדות המשפט'<sup>6</sup>: הווה אומר, שכדי להבטיח שלטון החוק או, ליתר דיוק, שלטון המשפט בעם, צריך העם (הדמוקרטי) לקבל על עצמו את עול השלטון הזה; וכדי שיקבלו מרצונו, צריך שירחש אמון במשפט ובשופטים"<sup>7</sup>.

ולאחר שמנתח הוא את מושג אמון הציבור מכל צדדיו, ימין ושמאל, מעלה מטה, מגיע חיים כהן למסקנתו זו:

"נראה כי הקונצפציה של 'אמון הציבור' מיותרת היא בשיטת השפיטה, ואף עלולה להזיק על ידי הסחת הדעת מגופם של עניינים. ואין אני הראשון הטוען שתורת 'אמון הציבור' תורת שווא היא ונטע זר בתורת המשפט ומן הראוי לנטשה כליל.

חסידי אמון הציבור טוענים, כזכור, שנישית אמון זה מן הסכימה השיפוטית פירושה הסרת הבסיס (ולא רק הבסיס המשוער) מתחת השפיטה כשירות ציבורי. לדידי, מערכת המשפט אינה זקוקה למין בסיס שכזה שיחזיק אותה מליפול"<sup>8</sup>.

והשואל יעמוד וישאל: כיצד נוצרה סתירה מעין זו, ש"כל שופטי בית המשפט העליון" בדעה אחת הם על אודות הצורך של הרשות השופטת באמון הציבור, ואילו חיים כהן סובר כי "אמון הציבור" אינו אלא קונצפציה מיותרת, ולא עוד אלא קונצפציה העלולה להזיק? כיצד זה שאלה כולם במזרח והוא יחידי במערב? כיצד חלוקים הם – אלה זה – עד כדי כך? אולי אין הם מדברים על אותו דבר? אולי אמון של אלה אינו אמון של זה? ואולי ציבור של זה אינו ציבור של אלה? וניתן דעתנו לדבר: חילוקי הדעות אין הם נסבים על שאלה של כריתת חוזה, על מעשה נזיקין או על רישיון כפייה בפטנטים. חילוקי הדעות נטושים על המערך הגנטי של הרשות השופטת, על עצם מהותה של הרשות השופטת, על התשתית עצמה. כיצד זה שיש פער כה עמוק בין דעות בהבנת מניינה ובניינה של הרשות השופטת?

\*

חיים כהן היה אחד. אחד, יחיד ומיוחד. חיים כהן היה איש רוח, גם אם את מרב עתותיו בילה במעשה. עיסוקו העיקרי היה במשפט, ואולם לו ביקש לו עיסוק אחר, היה חיים כהן מכונן עצמו גם בו כאחד ויחיד. כי חיים כהן זכה באוצר שאך יחידי סגולה זוכים בו: בקָרָךְ אור מאור הגנוז. ואור זה ששכן בו קָרָן ממנו כל העת. מעיינות אור וחום וחוכמה שהיו בגופו זרמו וכיסו על כל סביבותיו, וכל מי שהיה בחברתו או קרא בכתביו, זכה גם הוא, ולו לרגע. האמת הפנימית שבקעה מדבריו, הלשון השוטפת והמתגלגלת מעצמה, ההומור הדק־מכל־דק שדבריו בכתב ועל־פה טבלו בו, המקוריות והיחידאות שהיו בדבריו. על כל אלה ועל עוד סופר ויסופר.

\*

אפיינו את חיים כהן פסקי המיעוט שכתב. ופסקי מיעוט אלה היו מה שהיו בשל אותה אמת פנימית שזרמה בו, אמת שחיים כהן לא היה מוכן להתפשר עליה. בולטות חוות הדעת המקוריות שכתב בבג"צ 72/62 רופאיין נ' שר הפנים<sup>2</sup> – בנושא "מיהו יהודי", ובסוגיית כשירותו של אדם – ביתר דיוק: אי־כשירותו של אדם – להציג מועמדותו לבחירות לכנסת באין חוק מפורש על כך. כוונתו היא, כמובן, לע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית<sup>3</sup>. בפרשת רופאיין חלק השופט חיים כהן על ארבעה שופטים, ובפרשת ירדור, נזכור, חלק על שניים מן הגדולים בשופטים שהיו לנו: הנשיא אגרנט והנשיא לימים זוסמן. בזכות שני פסקי דין אלה – ורבים אחרים עמהם<sup>4</sup> – קנה לו חיים כהן שם של שופט מיעוט – כמעט אמרתי שופט מיעוט מקצועי, שופט שנהנה להיות במיעוט – מעין שופט מיעוט לתיאבון, *enfant terrible* של המשפט. והיה זה קו אופי בולט וקשיח באישיותו: שלא לקבל שום דבר, שום מוסכמה, שום אמיתה שנתקבלה – אבל שום דבר, שום מוסכמה, שום אמיתה שנתקבלה – כמובנים מאליהם. לעתים אף לא יכולת להימנע מהתרשם כי חיים כהן אומר דברים שהוא אומר כדי לגרות, כדי להרגיז, כדי לקרוא תיגר. חיים כהן ראה כל דבר צלול וברור, בלא כל דעה קדומה. כאילו ברא כל פעם עולם חדש מאבני היסוד הראשוניות. בן תשעים ואחת היה חיים כהן בלכתו מעמנו. בן תשעים ואחת בגוף ובחכמה. נער צעיר בנפש וברוח.

\* הרצאה זו ניתנה בערב השקת גליון 14 של כתב עת המשפט שנוערך ביום 14 בנובמבר 2002, ויחזר לזכרו של השופט חיים ה' כהן.

\*\* שופט בית המשפט העליון.

ליתן (בגלוי או בסתר) עצות בעלות אופי פוליטי לאנשים או גופים פוליטיים הפונים אליו. התנהגות כזו פוגעת באמון הציבור ברשות השופטת, אשר הדיינים נמנים עימה, והיא אינה תואמת את מעמדו של דיין בישראל<sup>12</sup>.

\*

דומה שלא יהא מי מאתנו אשר לא יסכים להכרעת דין זו. ברור לכול, כי שופטים אשר ישלחו ידם בפוליטיקה יפגעו פגיעה אנושה, אולי אף יביאו להרס הרשות השופטת במתכונתה המוכרת לנו כיום. ואכן, לא שמענו עד כה על שופט המערב עצמו בפוליטיקה של היומיום. ומדוע כך? מה טעם ששפיטה ופוליטיקה היו כשמן וכמים שהאחד לא יבוא בגבולו של האחר? טעם הדבר הוא, ששופט אשר ישלח ידו בפוליטיקה יפגע בעקרונות יסוד הנדרשים לפעילות השיפוט: יפגע



השופט מישראל חשין. צילום: פלאש 90

בניטרליות שהיא כה הכרחית לפעילותה של הרשות השופטת, יפגע באיסור להעמיד עצמו במצב שבו חלילה יכיר פנים<sup>13</sup> ויפגע בשאר עיקרי היסוד המאפיינים את הרשות השופטת באשר היא. על עיקר זה של ניטרליות ושל אי-מעורבות בחיי היומיום נסכים כולנו. ואולם

תחילת הדברים בתשתית התשתיות; וכפי שמצביע חיים כהן במאמרו – באי-תלותו של השופט, אי-תלותו האישית והעניינית – אין מפטרים שופט לרצונו של אדון, ואין שופט מקבל הוראות כי ישפוט כך או אחרת. שופט פועל על פי דין ועל פי מצפונו בלבד. אי-תלותו של השופט כרוכה ביותר לבב, בניקיון כפיים וברמה מוסרית מן הנעלות. שופט אינו נושא פנים לצד מן הצדדים המתדיינים לפניו. שופט הוא ניטרלי בריב המתגולל לפניו. הניטרליות של השופט היא מוחלטת. ניטרליות היא המעוררת אמון בשיקולי השופט. כל הדברים האלה ועוד עשויים להתמצות בשבועתו של שופט, ולפיה: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים"<sup>9</sup>. תכונות יסוד אלו עמד עליהן בית המשפט לא אחת, תוך שהוא מפרש אי-

תלות וניטרליות אלו כחלק דיבור לאמון הציבור. וכלשונו של השופט ברק בבג"צ 732/84 **צבן נ' השר לענייני דתות**<sup>10</sup>:

"תנאי חיוני לקיומה של רשות שופטת עצמאית, בלתי תלויה, הוא באמון הציבור. זהו אמון הציבור בכך, כי הרשות השופטת עושה צדק על-פי הדין. זהו אמון הציבור, כי השפיטה נעשית באופן הוגן, נייטרלי, תוך מתן יחס שווה לצדדים וללא כל אבק של עניין אישי בתוצאה. זהו אמון הציבור ברמתה המוסרית הגבוהה של השפיטה. בלא אמון הציבור לא תוכל הרשות השופטת לפעול".  
באותה פרשה (שאני הקטן ייצגתי בה את העותר) החל דיין בית הדין הרבני הגדול שולח ידו בפוליטיקה, בעסקי יומיום של המדינה, ובית המשפט הצהיר כי לא כך ייעשה במקומנו:

"דעתי היא, כי שופט, הנותן עצה בבעיה פוליטית המוצגת לו על-ידי אנשים או גופים פוליטיים, פוגע עמוקות באמון הציבור במערכת השיפוט. אמת, לשופט עשויות להיות דעות פוליטיות משלו. הוא יתן להן ביטוי בקלפי ביום הבחירות. אסור לו ליתן להן ביטוי מחוץ לתא סגור זה. הציבור בישראל מצפה לכך, כי השופט יהא מחוץ למסגרת הפוליטית, וכי הוא יימנע מכל הבעה שיש בה גוון פוליטי. הציבור בישראל מצפה לכך, כי השופט לא ייתן כל ביטוי חיצוני (פומבי או פרטי, גלוי או נסתר) להערכותיו הפוליטיות. רק כך ניתן להבטיח את אמון הציבור בהכרעה השיפוטית"<sup>11</sup>.

ועל דרך זו נתן בית המשפט פסק דין הצהרתי. ובלשון בית המשפט:

"דיין כמו שופט אינו רשאי לעסוק בפעילות פוליטית ואינו רשאי

1 ח'ה' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" **המשפט** 14 (תשס"ב) 9.  
2 בג"צ 72/62 **רופאיין נ' שר הפנים**, פ"ד טז 2428 (להלן: פרשת **רופאיין**).  
3 ע"ב 1/65 **ידור נ' ירד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט (3) 365 (להלן: פרשת **ידור**).  
4 ראו, למשל: בג"צ 320/80 **קוואסמה נ' שר הביטחון**, פ"ד לה (3) 113; ע"א 494/74 **חברת בית החשמונאים נ' אהרוני**, פ"ד ל (2) 141; ע"א 251/64 **גונשירוביץ נ' מפעל הפיס**, פ"ד יט (3) 286.  
5 כהן, **לעיל** הערה 1.  
6 מתוך דברי הנשיא שמגר בבג"צ 433/87 **רכטמן נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד מא (4) 606, 610 (להלן: פרשת **רכטמן**) וכן בבג"צ 506/89 **בארי נ' כוכבא-שבתאי**, פ"ד מד (1) 604, 608.  
7 כהן, **לעיל** הערה 1, בע' 9.  
8 שם, בע' 20.  
9 ס' 6 לחוק יסוד: השפיטה.  
10 בג"צ 732/84 **צבן נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מ (4) 141, 148.  
11 שם, בע' 150-151.  
12 שם, בע' 153.  
13 בהקשר זה נזכיר את הוראת ס' 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ולפיה "בעל דין רשאי לבקש ששופט פלוני יפסול עצמו מלישב בדין אם קיימת נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט".

אם אלה פני הדברים – מה שייך אמון הציבור לכל אלה? ברור ומובן שהציבור לא ייתן אמונו בשופט אשר ישלח ידו בפוליטיקה. שהרי בעצם עיסוקו בפוליטיקה יפגע השופט בליבת קיומה של הרשות השופטת, וזו היא הרעה שמפניה נחשוש. הרעה היא בעצם התנהגותו של השופט, והפגיעה באמון הציבור אינה אלא תוצאה מהתנהגותו; הגריעה מאמון הציבור היא בבחינת מסובב; אין היא הסיבה. יש עיקרי יסוד המחייבים שופט לנהג עצמו כך ולא אחרת. בהתמלא עיקרי יסוד אלה יאמין הציבור בשופט, ופגיעה כי יפגע שופט בעיקר מאותם עיקרי יסוד, יאבד אמון הציבור בשופט. אולם העיקר והתחילה לא יהיו בפגיעה באמון הציבור אלא בפגיעה בעיקרי היסוד. אבדן האמון לא יהא אלא תוצאה של הפגיעה בעיקרי היסוד. מכאן, ניתן לומר שאמון הציבור בשופט אינו אלא מניפסטציה לעיקר. העיקר ימצא באותם יסודות ראשוניים היוצרים את הרשות השופטת ומבחינים אותה מרשויות אחרות. אמון הציבור, אם כן, אינו גורם לעצמו בהקשר ליסודות העושים את הרשות השופטת. הוא הדין בפעילותם של בתי המשפט בחיי היומיום. עיקר הוא בדרכי התנהלותם של בתי המשפט, ואילו אמון הציבור אינו אלא תגובה על אותה התנהלות. למשל: עיכובים קשים בשמיעתם של משפטים או במתן פסקי דין. עינויי דין פוגעים באמון הציבור במערכת השפיטה. אם בעל דין חייב להמתין שנים עד תחילת המשפט ושנים נוספות עד למתן פסק הדין, יאבד אמונו ברשות השופטת. שהרי מה טובה מצמיחה היא הרשות השופטת, כך יאמר אדם לעצמו, אם הצדק אינו מופיע מיד אלא לאחר זמן? ואולם גם כאן, אמון הציבור ברשות השופטת יפגע כיוון שהרשות השופטת אינה נוהגת כהלכה. האמון או היעדר האמון אינם אלא תוצאה של התנהגות בלתי נאותה של הרשות השופטת. הוא הדין, למשל, בשינוי תכופ בהלכות. מקובל לומר, בעקבות הנשיא זמורה, כי "אמת ויציב – אמת עדיף"<sup>14</sup>. ואולם, אמיתות המשתנות תדיר מערב לבוקר עלולות לפגוע באמון ברשות השופטת. שינוי תכופ בהלכות גורם לאינחת, להיעדר ביטחון, לאבדן אמון. אלא שגם כאן אמון הציבור אינו אלא מניפסטציה לפגיעה בעיקרון חשוב בעצמו בהתנהלותה של הרשות השופטת, ואין הוא בבחינת חי הנושא את עצמו. אמון הציבור אינו אלא השתקפותה של פגיעה באחד מן העיקרים המכוננים את הרשות השופטת. אין הוא יוצר לקיומה של הרשות השופטת.

\*

"אמון הציבור" מורכב משני אלה: אחד, "אמון", ושניים, "ציבור". דיברנו עד כה ב"אמון", והשאלה הנוספת הנשאלת היא: מהו אותו "ציבור" שאנו מבקשים את אמונו? ביתר דיוק: מהו אותו ציבור שאבדן אמונו בבית המשפט יביא לפגיעה, אפשר אף פגיעה אנושה, ברשות השופטת? שהרי איננו פועלים לפי משאלי דעת קהל, וידענו גם זאת שהציבור אינו עשוי מעשה מקשה. כי הציבור עשוי בעצם ציבורים-ציבורים. ובהיות הציבור מה שהוא, אין אפשרות לרצות

את הכול כל הזמן. מכאן: באומרנו ציבור – בוודאי באומרנו ציבור נאור<sup>15</sup> – מכוונים אנו, בעיקר, לדעת בית המשפט באשר לראוי ולרצוי בנסיבותיו של כל עניין ועניין. וגם כאן, שוב, אין אמון הציבור משמש יסוד מכונן של הרשות השופטת. בוודאי כך בהקשר למושג של הציבור הנאור, מושג שלא נתפלש בו יתר על המידה בערב זה.

בקדרה זו של ה"ציבור" נועד מקום מיוחד לכלי התקשורת המלווים את בתי המשפט, וכוונתי היא, בעיקר, לכתבת הביקורת על בתי המשפט. לצערי, נתקלים אנו יתר על המידה לא בביקורת של אמת אלא ברכילות המסווה עצמה כביקורת. ביקורת-רכילות הסבה את השופט ולא את השפיטה. ולעתים גם לא נתקשה לגלות כי מבעד לכתבה או לשידור ניבט אלינו עורך הדין אשר הפסיד במשפט שהופיע בו. מקובל לומר, וכך אומר גם אני, כי נקבל ביקורת – באהבה או שלא באהבה – ובלבד שתהא ביקורת הוגנת ולגוף העניין. לגוף השפיטה ולא לגוף השופט. לגוף העניין ולא לגוף האדם. ועוד נצפה כי הביקורת תהא בלשון ראויה ולא בלשון משתלחת, כמקובל, לעתים, במקומותינו<sup>16</sup>.

חזרת ונשנית אמרתו הידועה של השופט Frankfurter בפרשת *Baker v. Carr*<sup>17</sup>, שלפיה אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק אלא אמון הציבור הוא לבדו. ובלשון המקור:

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

אלא שגם רשויות אחרות, אין להן חרב. יש להן אולי ארנק – לעתים מזומנות: ארנק ריק – ואולם תלויות הן בעיקרן באמון הציבור. כך היא הממשלה וכך היא הכנסת. מכל מקום, את אמון הציבור אין קונים לא בחרב ולא בארנק. נדע מכאן, אף אליבא דחסידי דוקטרינת אמון הציבור, כי נושא האמון אינו מייחד את הרשות השופטת. נהפוך הוא: ניתן לטעון כי נושא האמון מייחד דווקא את הרשויות האחרות העומדות לבחירה מעת לעת. דווקא הרשויות האחרות הן הן הנדרשות והזקוקות לאמון כל העת. ואולם כל זאת אמרנו אך בדרך אגב.

\*

ראינו עד כאן כי אמון הציבור בבית המשפט ובשופטים אינו, להלכה ולמעשה, יסוד יוצר של הרשות השופטת; כך הוא ביסוד ה"אמון" וכך הוא ביסוד ה"ציבור" שב"אמון הציבור". נסכים אפוא עם השופט חיים כהן כי אמון הציבור – או היעדר אמון הציבור – אינם אלא נגזרות מהתנהלותם הראויה או הבלתי ראויה של בתי המשפט. אין הם יסודות מכוננים של הרשות השופטת. אלא שכל הדברים שאמרנו עד כה אינם אלא מקצת העלילה. עובדה היא ואין להכחישה, כי נושא אמון הציבור ברשות השופטת כנושא לדוש בו עלה על סדר יומנו הלאומי בעיקר בשנים האחרונות. לא שמענו עליו בשנותיה הראשונות של המדינה; ואם שמענו –

בורות ואי-הבנה ביחסים שבין שלוש רשויות השלטון במדינה. אך לא בכך ענייננו עתה. ענייננו עתה הוא בהתרכזותה של הביקורת – ובעיסוק בנושא אמון הציבור בבתי המשפט – בשני נושאים אלה שהזכרנו: בנושא הענישה ובשאלות החוקה.

מדוע כך אירע, ומהו המאפיין שתי חטיבות דין אלו שמושכות הן אליהן אש ביקורת בנושא אמון הציבור? התשובה לשאלה היא, שבשתי חטיבות דין אלו רב לו ידו של בית המשפט בקביעת מדיניות: בנושאי ענישה – בחומרת הענישה, ובנושאי חוקה – בשאלת עומק התערבותם של בתי המשפט במעשי השלטון. בימינו נוהגים לכנות זאת אקטיביזם או היעדר אקטיביזם בפעולתה של הרשות השופטת. בשני נושאים אלה, בעיקר בהם, נערך מעין משחק פינג-פונג – שאינו לא משחק ולא פינג-פונג – בין הרשות השופטת לבין הרשויות האחרות. כך, למשל, התערבה הרשות המחוקקת בנושא הענישה והחליטה על החובה להטיל עונשי מינימום בעברות מין<sup>20</sup>. אשר לנושאי חוקה, גם

לא שמענו אלא לעתים רחוקות בלבד. כך היה בשנות החמישים, כך היה בשנות השישים, כך בשנות השבעים ואפילו בשנות השמונים. מה אירע אפוא שכמורלפתע נתחוללה תפנית בשיח הציבורי ונושא אמון הציבור עלה על סדר יומנו בשנים האחרונות? אכן, החברה

בישראל נעשתה חברה פתוחה יותר, נושא השקיפות עלה במעלות החשיבות והאווירה הציבורית נעשתה ביקורתית יותר ויותר. כך בחיי הציבור בכלל, והרשות השופטת לא יצאה נקייה. ואולם דומה כי אין זה הטעם העיקרי לעיסוק היתר בנושא אמון הציבור ברשות השופטת.

עיון בדברים מקרוב ילמדנו כי שאלת אמון הציבור ברשות השופטת לא עלתה – מכל מקום, עד הנה לא עלתה – לא במשפט החוזים ולא בדיון הנזיקין, לא בהלכות הקניין הרוחני ולא בפירושו של דין העונשין. נושאים אלה נושאים קלסיים הם בעיסוקה של הרשות השופטת, ובתי המשפט לא מילטו עצמם גם בעבר מביקורת שנמתחה על הכרעות דין במקרים אלה ואחרים. ואולם שאלת אמון הציבור ברשות השופטת, כשאלה לעצמה, לא עלתה בהם כלל. היכן עלתה



איור: אורי ליפשיץ

השאלה? השאלה עלתה בשני נושאים עיקריים אלה: בנושא הענישה בפלילים ובמשפט הציבורי, בעיקר בנושאי חוקה.

אשר לענישה בפלילים, נתעוררה ביקורת ונפגם האמון על כך שבתי המשפט אינם גוזרים עונשים ראויים בעברות מסוימות, בעיקר בעברות מין למיניהן. ולעניין המשפט החוקתי, ביקרו המבקרים את בתי המשפט – לענייננו, את הבג"ץ – על שהוא מתערב בנושאים לא-לו, דהיינו, על כך שהוא מחליט בנושאים שניתנו לדעת המבקרים להכרעתן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת<sup>18</sup>.

בייחוד רבתה וגברה הביקורת לאחר ביטולו למעשה של הצורך להוכיח זכות מעמד<sup>19</sup> ועם הרחבת תחום השפיות. מעניין לציין, כי בצד הביקורת על התערבות יתר של בג"ץ – בעניינים לא-לו, לדעת המבקרים – עדים אנו לתופעה הפוכה, והיא: ביקורת על כך שבג"ץ אינו מתערב במקום שראוי היה לו כי יתערב. אלה טוענים על שבג"ץ שולח ידו בעניינים לא-לו, ואלה טוענים על שבג"ץ נמנע מהתערב בעניינים שראוי היה לו כי יתערב בהם. בסוגריים אעיר, כי ביקורת זו בשאלות החוקה מוכיחה לעתים – לא תמיד –

14 ע"א 376/46 רזנבאום נ' רחנבאום, פ"ד ב 235, 254.  
 15 ראו דברי השופט לנדוי בבג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 520, ודברי הנשיא אגרנט, שם, בע' 600; דברי השופט ברק בע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עילית, פ"ד מז(5) 189, 205, 207; בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 481 (להלן: עניין רסלר); א' בדק פרשנות במשפט (תשנ"ג), כרך ב: פרשנות החקיקה) 424-425.  
 16 פרשת רכטמן, לעיל הערה 6, בע' 610; רב שיח "גבולות הביקורת הלגיטימית על בית המשפט ורשויות האכיפה" המשפט ו (תשס"א) 271.  
 17 Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 267 (1962).  
 18 עניין רסלר, לעיל הערה 15, בע' 469.  
 19 שם, בע' 497-498; בג"צ 2148/94 גלברט נ' יושב-ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון, פ"ד מח(3) 573, 595.  
 20 על פי ס' 355 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, אם הורשע אדם בעבדות המין המנויות בו, לא יפחת עונשו מרבע העונש המרבי שנקבע לאותה עברה, "אלא אם כן החליט בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להקל בעונשו".

כאן התערבה הרשות המחוקקת וחוקקה חוקים בתגובה לפסיקת בתי המשפט. כך, למשל, בנושא גיוס בני ישיבות לצה"ל<sup>21</sup>.

\*

נחזור לענייננו, לנושא אמון הציבור, ונשאל: האם אמון הציבור בתחומים אלה של ענישה ושל חוקה, האם יסוד מיותר או אף יסוד מזיק הוא כמשנתו של חיים כהן? נתבונן בדברים מקרוב, ודומה כי לא נוכל לחלוק על קיומה של זרימה הדדית בין מה שניתן לכנות כהלכי רוח הציבור – והוא חלף דיבור לאמון הציבור – לבין הכרעותיה של הרשות השופטת. יש סימביוזה בין לבין, ודומה שלא יהא זה לא נכון ולא ראוי כי נתעלם מאותה זרימה הדדית כמו לא הייתה. אכן, אל להם לבתי המשפט לרדוף אחרי אמון הציבור, ואסורים הם על דרך זו להכריע הכרעות המנוגדות להשקפתם כשופטים ולפירושו הראוי של החוק. ואולם בתי המשפט בתוך עמם הם יושבים. הם בעם והעם בהם. עיניהם רואות ואוזניהם שומעות. אכן, אין הם שליחי העם במובנו הרגיל של מושג השליחות. שלא כחברי הכנסת, אין הם נציגי העם. בה בעת, אין הם חייזרים שבאו מן החלל ודרכיהם אינן דרכי המחשב האוטומטי. שפתם היא שפת העם; חיים הם בתוככי העם; הם העם; והצדק שהם עושים מזין עצמו בצורכי העם, בצורך לעשות צדק לעם מסוים ובמקום מסוים. תוצר הם של העם, של התקופה ושל המקום. וכשם שאין אדם יכול – אפשר אף אין הוא רוצה – לצאת מגופו, כן אין השופטים יכולים ואין הם רוצים לצאת מן העם.

אכן כן: יש בהם בשופטים חומר קשיח, ואולם בה בעת, ובאותם תחומים שבהם ניתן לבתי המשפט שיקול דעת "ציבורי" – הזכרנו את נושא הענישה ואת הנושא החוקתי – אסור להם לבתי המשפט לאטום אוזניהם משמוע ולטוח עיניהם מראות את אשר סביבם. אמון הציבור בהקשר זה אין פירושו רדיפת אמון הציבור באשר אמון הציבור הוא, משל היו בתי המשפט משרתים המבקשים לרצות את אדונם. ואולם בית המשפט לא יוכל שלא ליתן דעתו לדעות הנשמעות בציבור ולו כדי להזין ולהפרות את מחשבתו בדרכים לפתרון ובהכרעות אפשריות לסוגיה הציבורית העומדת לפניו להכרעה בה. בית המשפט אינו בור המתמלא מחוליותו. נדרש הוא להזנה תמידית, אטית, טיפין-טיפין, ממקורות חוצה-לו.

בית המשפט אסור הוא לעשות מעשה כדי לרצות את הציבור או חלקים בו. בה בעת לא יתעלם בית המשפט מהלכי רוח שבציבור. בית המשפט לא יכריע בדין – אסור הוא להכריע בדין – על פי הלכי רוח אלה, ואולם לא יהא זה לא אנושי ולא נבון אם נאמר לו להתעלם מהם כמו לא היו. יתר על כן: גם אם ירצה, לא יוכל בית המשפט להתעלם מאותם הלכי רוח. כך הוא באשר לרמת הענישה ולסוגיות של חוקה. אמון הציבור נדרש הוא לבית המשפט, ובלבד שנדע ונזהיר עצמנו היטב-היטב כי מדברים אנו לא בהסכמה של הציבור להכרעות בית המשפט אלא באמון הציבור בכך שבית המשפט שוקל בדעתו כל שיש צורך לשקול; כי בוחן הוא כל פתרונות

אפשריים הראויים לבחינה; והכול, כמובן, באותם תחומים הניתנים לשיקול דעתו של בית המשפט ולמדיניותה הכללית של הרשות השופטת במלאכת עשיית הצדק הראוי ובהשלטת המשפט על פני הרשע והשרירות.

המשנה לפרעה, יוסף, דרש מאחיו כי יביאו עמהם את בנימין למצרים. יעקב סירב להיפרד מבנימין, והבנים ניסו לשכנעו לחזור בו מסירובו. אמר לו יהודה לאביו:

"שִׁלְחָה הַנְּעָר אֵתִי וְנִקְוָה וְנִלְכָּה וְנִחַיָּה וְלֹא נָמוּת גַּם אֲנַחְנוּ גַם אַתָּה גַם טַפְנוּ: אָנֹכִי אֶעְרְבֶנּוּ מִיַּד תִּבְקָשְׁנוּ אִם לֹא הִבִּיאתִיו אֵלֶיךָ וְהִצַּגְתִּיו לְפָנֶיךָ וְחָטַאתִי לָךְ כָּל הַיָּמִים"<sup>22</sup>.

כן היא הרשות השופטת: היא-היא האחראית והערה להכרעות דין היוצאות מלפניה, וממנה יבקשו דין. בסוף-כל-הסופות, לא הצורך באמון הציבור ולא כל שיקול חיצוני אחר יעמדו לו לשופט ביום פקודה, ושופט לא יישמע בטענה – ולו במובלע – כי עשה מה שעשה בשל הצורך לשמור ולשַׁמֵּר את אמון הציבור. ואולם גם זו אמת: בית משפט בתוך עמו הוא יושב, ובפועלו ממילא נותן הוא ביטוי, ולו שלא במודע, גם לאשר סביבו. על כך דומה נסכים כולנו, שאסור הוא בית המשפט להביא במניין שיקוליו את אמון הציבור בו כשיקול לעצמו לעת הכרעת הדין ♦

21 ראו בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481; דברי ההסבר להצעת חוק שירות ביטחון (דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם) (הוראות השעה), תש"ס-2000, ה"ח 2889; חוק דחיית שירות ביטחון לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם (הוראות השעה), תשס"א-2001; חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, תשס"ב-2002.

22 בראשית, מג, ט.