

אמון הציבור בבית המשפט —  
תגובה למאמרו של השופט חיים כהן: ז"ל ולהרהורי  
הכפירה שלו במושג אמון הציבור \*

מישאל חשין \*\*

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: בקרן־אור מאור הגנוז. ואור זה ששכן בו קרן 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"ץ 72/62 רופאיין נ' שר הפנים<sup>2</sup> — בנושא "מיהו יהודי", ובסוגיית כשירותו של אדם — וביתר דיוק, אי־כשירותו של אדם — להציג מועמדותו לבחירות לכנסת באין חוק מפורש על כך. כוונתנו

\* הרצאה זו ניתנה בערב השקת גיליון 14 של כתב עת המשפט שנערך ביום 14 בנובמבר 2002, ויחד לזכרו של השופט חיים כהן.

\*\* שופט בית המשפט העליון.

1 חיה' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" ספר שמגר (א' ברק ואח' עורכים, תשס"ג, כרך ב) 365.

2 בג"ץ 72/62 רופאיין נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428 (להלן: פרשת רופאיין).

היא, כמובן, לע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית<sup>3</sup>. בפרשת רופאיזון 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 – כמובנים מאליהם. לעתים אף לא יכולת להימנע מהתרשמות 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.



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 יד על השקפה שקנתה שביתה בהלכה ובדברי חכמים על אודות אמון הציבור כמרכיב חיוני לקיומה של הרשות השופטת. הנה כי כן, כך הוא אומר 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:

3 ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (להלן: פרשת ירדור).

4 ראו למשל בג"ץ 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 גונשיורוביץ נ' מפעל הפיס, פ"ד יט(3) 286.

5 כהן, לעיל הערה 1.

6 מתוך דברי הנשיא שמגר בבג"ץ 433/87 רכטמן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 606, 610 (להלן: פרשת רכטמן) וכן בבג"ץ 506/89 בארי נ' כוכבא-שבתאי, פ"ד מד(1) 604, 608.

7 כהן, לעיל הערה 1, בע' 365.

“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, שנטישת 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 וזה — 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?



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 ביושר 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 כחלף־דיבור לאמון הציבור. וכלשונו של השופט ברק בבג”ץ 732/84 צבן נ’ השר לענייני דתות<sup>10</sup>:

8 שם, בע’ 387.

9 ס’ 6 לחוק־יסוד: השפיטה.

10 בג”ץ 732/84 צבן נ’ השר לענייני דתות, פ”ד מ(4) 141, 148.

"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 דיון 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 כבעיה 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 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 שפיטה 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 בניטרליות שהיא כה הכרחית לפעילותה של הרשות השופטת, יפגע באיסור להעמיד עצמו

11 שם, בע' 150-151.

12 שם, בע' 153.

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 אם אלה פני הדברים – מה שייך אמון הציבור לכל אלה? ברור ומובן שהציבור לא יתן 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 מסוכב; 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. אם כן, אמון הציבור, אינו גורם לעצמו בהקשר של היסודות 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. עינוי 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 ייפגע אמון הציבור ברשות השופטת כיוון שהרשות השופטת אינה נוהגת כהלכה. האמון או היעדר האמון אינם אלא תוצאה של התנהגות בלתי נאותה של הרשות השופטת. הוא הדין, למשל, בשינוי תכוף 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 תכוף בהלכות גורם לאי-נחת, להיעדר ביטחון, לאבדן אמון. אלא שגם כאן אמון הציבור אינו אלא מניפסטציה לפגיעה בעיקרון חשוב לעצמו 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 יסוד יוצר לקיומה של הרשות השופטת.



13 בהקשר זה נזכיר את הוראת ס' 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, שלפיה "בעל דין רשאי לבקש ששופט פלוני יפסול עצמו מלישב בדין אם קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט".

14 ע"א 376/46 רזנבאום נ' רזנבאום, פ"ד ב 235, 254.

"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 שאברך 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: באמרנו ציבור — בוודאי באמרנו 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 מכוון של הרשות השופטת. בוודאי כך בהקשר של המושג 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, לכתיבת 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 it's 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 מיוחד

15 דאו דברי השופט לנדוי בבג"ץ 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"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 481 (להלן: עניין רסלר); א' ברק 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*, 82 S. Ct. 691 (1962).

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 בנושא לרוש בו עלה על סדר יומנו הלאומי בעיקר בשנים האחרונות. לא שמענו עליו בשנותיה הראשונות של המדינה; ואם שמענו — לא שמענו אלא לעתים רחוקות בלבד. כך היה בשנות החמישים, כך היה בשנות השישים, כך בשנות השבעים ואפילו בשנות השמונים. מה אירע אפוא שכמר-לפתע 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 בדין הנוזיקין, לא בהלכות הקניין הרוחני ולא בפירושו של דין העונשין. נושאים אלה נושאים קלאסיים 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 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>. ביחוד

18 עניין רסלר, לעיל הערה 15, בע' 469.

רבתה וגברה הביקורת לאחר ביטולו למעשה של הצורך להוכיח זכות-מעמד<sup>19</sup> ועם הרחבת תחום השפיטות. 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 – כוונת 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 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

19 שם, בע' 497–498; בג"ץ 2148/94 גלברט נ' יושבראש ועדת החקירה לכדיקת אירוע הטבח בחברון, פ"ד מח(3) 573, 595.

20 על פי ס' 355 לחוק העונשין, תשל"ז–1977, אם הורשע אדם בעברות המין המנויות בו, לא יפחת עונשו מרבע העונש המרבי שנקבע לאותה עברה, "אלא אם כן החליט בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להקל בעונשו".

21 ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481; רכרי ההסבר להצעת חוק שירות ביטחון (דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנות) (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.



הציבור — לבין הכרעותיה של הרשות השופטת. יש סימביוזה בין לבין, ודומה שלא יהא זה לא נכון ולא ראוי כי נתעלם מאותה זרימה הודית 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 כמוכנו 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 קשית, 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 נכון אם נאמר לו להתעלם מהם כמו לא היו. יתר על כן: גם אם ירצה, לא יוכל בית המשפט להתעלם מאותם הלכי רוח. כך הוא כאשר 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 שכית המשפט שוקל כדעתו כל שיש צורך לשיקול; 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 והשירות. 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:

"שְׁלַחָה הַנְּצֵר אֶתִּי וְנִקְמָה וְנִלְכָּה וְנִחַיָּה וְלֹא נָמִית גַּם אֲנָחְנוּ גַם אִתָּה גַם

טַפְּנוּ: אַנְכִי אֶעְרְבְּנוּ מִיָּדֵי תְּבַקְשָׁנוּ אִם לֹא תִּבְיָאתִיו אֲלֵיךָ וְהִצַּגְתִּיו לְפָנֶיךָ  
וְחָטְאתִי לָךְ כָּל הַיָּמִים”<sup>22</sup>.

כן היא הרשות השופטת: היא-היא האחראית והערבה 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 ולשֹׁמֵר את אמון הציבור. ואולם גם זו אמת: בית משפט בתוך עמו הוא יושב, וכפועלו 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.