

הרהורי כפירה באמון הציבור

חיים ה' כהן*

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"¹: 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.

אמון במשפט כיצד, שהציבור סומך על הדין המיושם בבתי המשפט שהוא צודק, יעיל, סביר, על המשפט הפלילי, למשל, שהוא נשק אפקטיבי במלחמה בפשע ועשוי להביא לידי ענישה שוויונית וצודקת². להבדילו מהאמון בשופטים, האמון במשפט אינו צריך להיות מושתת על עובדות, האזרח הממוצע אינו יודע מהו החוק ומה שלטון החוק – כל עוד חוק פלוני לא הרע או לא היטיב לו עצמו: אם הרע – פג כל אמונו במשפט; אם היטיב, אמונו פורח. אמון במשפט הוא אמון בכך שהמחוקקים עשו ועושים מלאכתם נאמנה; אלא שמחוקקים – בניגוד לשופטים – אינם רגילים להכריז על צורכיהם לאמון "הציבור" – רובם ככולם היו מסתפקים באמון בוחריהם בכוח או בפועל.

עניין יסודי אשר בו משתלבים האמון במשפט והאמון בשופטים הוא אי-תלות השופטים ובתי המשפט. האמון צפוי כאן, מחד גיסא, בדין ובמבנה החוקתי של המדינה, המבטיח לשופטים אי-תלות ברשויות האחרות; ומאידך גיסא, ביישום אי-תלות זו בידי השופטים הלכה למעשה. אומרים כי האמון נדרש לא רק בכך שהרשויות האחרות יכבדו את אי-תלות השופטים, אלא גם בכך שהשופטים יעשו משפט צדק כמיטב מצפונם ללא כל תכתיב או השפעה מן החוץ. ההנחה היא ששום אמון לא יכול להיות בשפיטה במדינות אשר בהן השופטים הם עושי דברה של הממשלה ואינם מעזים לעמוד כנגדה; או, אם יכול להיות אמון בשפיטה גם שם, אין

* שופט (בדימוס) בית המשפט העליון. אני מכיר טובה רבה לידידי הצעיר אסף הימן על עזרתו היעילה.

¹ בג"צ 433/87 רכטמן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 606, 610; בג"צ 506/89 בארי נ' כוכבא-שבת, פ"ד מד(1) 608, 604 (להלן: פרשת בארי).

² למשל: בשי"פ 3717/91 מ"י נ' גולדין, פ"ד מה(4) 807; בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד (3) 505.

הבלתי תלוי (ומצער הוא לציין שייתכן שיש בין חברי הכנסת פופוליסטים נבערים מדעת המסוגלים לתמוך בחקיקה כזו). בחקיקה שכזאת היא משום הרס הדמוקרטיה האמיתית. המדינה תחדל להיות מדינת חוק ותהפוך למדינת חמס, ששום אדם הרואה עצמו בן חורין לא ירצה לשבת בה. ואין צריך לומר שמדינה כזו גם לא תהיה מדינה יהודית. המדינה היהודית חייבת ליצור ולקיים את התנאים אשר בהם יוכלו השופטים לשפוט משפט צדק, שלא להכיר פנים ולא לקחת שוחד (אף לא שוחד דברים מחניפים מבעלי אמן), והעיקר – שלא לגור מפני איש⁸⁶ – לא מפני מחרפים ומגדפים ויתר בעלי האי-אמן, ולא מפני אנשי הכוח והשררה, ולא מפני דעת הקהל. דין הוא מקדמת דנא שאחת הכשירויות של שופט בישראל היא אהבת הבריות. "ובמה יהיו אהובים לבריות בזמן שיהיו בעלי עין, טובה ונפש שפלה, וחברתן טובה. ודבורן ומשאן בנחת עם הבריות"⁸⁶, לאמור, אנשים שכאלה הם ממילא אהובי הבריות – או "הציבור" – ואם נעשה אותם שופטים, מובטח לנו ולהם אמן הציבור. מעין חזקה על שופט שכזה שיהיה, שופט טוב ונאור. כיוצא בזה ניתן אולי לומר שאהבת הבריות – או אמן הציבור – נתונים ממילא לשופט דהאידינא שאישיותו מצטיינת בתכונות שיפוטיות מובהקות: יושר, אומץ לב, נאמנות, הגינות, פתיחות, החלטיות, נדיבות, רחמנות, חריצות, מזג טוב וסבר פנים יפות, מתינות, סבלנות וסובלנות – משום שחזקה עליו שהוא יעשה מלאכת השיפוט נאמנה. אזהרה היא לרשויות הממנות את השופטים: אם יצליחו בבחירתם, הרי האהבה והאמן מובטחים לשופט; אם לא יצליחו, יצטרך השופט לתפקד ללא אהבה וללא אמן. יוכל שיאיר לו מזל, תפקודו יהיה מצוין גם בלעדיהם.

הריצה אחר אמן הציבור כמותה כרדיפה אחר הכבוד; כשאתה רץ אחריו, הוא רק בורח ממך⁸⁷. כשאתה מתעלם ממנו, הוא עשוי להפתיע אותך. לא שתוכל להגדירו ולמדוד מידותיו, אלא תמלא אותך תחושה טובה שאינך עובד בחלל ריק ושדברך מעוררים הד "בציבור"; ובלבד שלא תעשה מלאכת השיפוט במבט אל דעת הציבור ולא תתור אחר אמונו. ניטשה אמר פעם שדעת הציבור אינה אלא עצלות הפרט⁸⁸ – לאמור, ההליכה אחר דעת הציבור וההימנעות מליצור לך דעה עצמאית, היא התעצלות שכלית. אל תתעצל! הוא הצו הראשון לכל שופט. אל תוותר לעולם על עצמאותך, אי-תלותך, חירותך השיפוטית! אך תנהג ותפסוק כך שהצדק לא רק

⁸⁶ דברים, א, טז-יז; דברים, טז, יח-ג.

⁸⁷ רמב"ם, הלכות סנהדרין, ב, ז.

⁸⁸ Nicholson, *supra* note 7, at p. 45: "עצם הרדיפה אחר אמן הציבור עלולה להביא לידי אבדן אמונו בבתי המשפט".

⁸⁹ F.W. Nietzsche *Menschliches Allzumenschliches* (1878) VIII 482

נעשה אלא גם נראה לעין כול; תנהג ותפסוק כך שאילו היה לציבור כלשהו טעם ושכל טוב, היית זוכה לאהבתו ולאמונו.

כתבתי דברים אלה לכבודו של מאיר שמגר, אחי ורעי, המגלם באישיותו כל אותן התכונות השיפוטיות שמנינו, בשלמות מופלאה. עוד ינוב בשיבה דשן ורענן, ואהוב על הבריות.

למדינת-ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים, הצהרת אמת היא"⁶.

רשימה זו אינה ממצה. עיקר תכליתה להדגיש עד כמה התפקוד הנאות של השופט אמור לגרום אמון הציבור בשפיטה, ועד כמה תפקודו הלא נאות אמור לפגוע באמון זה. ואמנם, מסתבר כי הדברים האמורים לפגוע באמון הציבור שופכים אור על מהותו לא פחות, ואולי יותר, מן הדברים האמורים לחזק אמון זה.

חוץ מתפקודם הלא נאות של שופטים, גם סדרי המינהל השיפוטי עלולים לפגוע באמון הציבור. לא רק עיוותי דין אלא גם – ואולי בעיקר – עינויי הדין עלולים להביא לידי ייאוש ממערכת המשפט. ואין נפקא מינה לעניין זה אם הסיבות לעיכובים ולסחבות הן אובייקטיביות, אין הציבור יכול לרחוש אמון במערכת המאלצת בעל דין להמתין שנים ארוכות להכרעת דינו. וכן אמרו שהעלות של התדיינות, וקשיי הגישה לבית המשפט של מעוטי יכולת, יש להם חלק ניכר באבדן אמון הציבור בשפיטה⁷. והוא הדין לעניין הסרבול והתסבוכת שבסדרי הדין ומסתרי הפרוצדורה ומלאכותיותם של דיני הראיות⁸. ובמידה שאלה וכיוצא באלה אמנם פוגעים באמון הציבור, מסתבר שיש שהשופטים טובלים מאבדן האמון גם על לא עוול בכפם, ויש האומרים שחילוקי דעות בין השופטים המונעים הכרעה חתוכה פה אחד, פוגעים באמון הציבור בבית המשפט.

אחד הגורמים הנוספים לאבדן אמון הציבור, והפעם בשדה השיפוט, אמור להיות ה"פוליטיזציה". בעיקר חוגים פוליטיים זועמים על בית המשפט כשהוא נוקט עמדה משלו בעניינים השנויים במחלוקת ציבורית פוליטית. בלשונו של השופט לנדוי (כתוארו אז):

"אסור לנו בשבתנו לדין, לערב בה (כפלוגתא) את השקפותינו האישיות כאזרחי המדינה... רב החשש שבית המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל ידי חלקו

זה ממין האמון אשר הציבור במדינה דמוקרטית צריך לחוש לשפוטיו. הלורד דנינג, מגדולי שופטי אנגליה, אמר פעם שאלמלא אמון הציבור באי-תלות השופטים, איש לא היה נזקק לעולם לבית המשפט: האזרח ישקיע כל מאמצו להשיג מבוקשו מרשויות הממשלה, ואם לא ישיגו שם, אין לו אלא להתייאש; שהרי לדעתו אין בנמצא שופט אמיץ שיהיה לפסוק נגד הממשלה⁹. נראה שכאן אמון הציבור אינו רק בגדר תחושה בלב העם כי אם מתבטא הלכה למעשה בהיזקקות לבית המשפט; או, לשון אחר, שעצם ההיזקקות לבית המשפט מוכיחה את אמון הציבור בו (ברם, הניסיון הישראלי מלמד שהמחרפים ומגדפים את בתי המשפט מתדפקים על שעריהם ללא בושה או חשש).

אי-התלות של הרשות השופטת תופסת מקום בראש העניינים המשמשים נושאים לאמון הציבור בשופטים. השופט ברק (כתוארו אז), מגדולי הדוגלים באמון הציבור, מנה נושאים אלה לא פעם בפסקיו ובכתביו, ואביא מהם כלשונו:

"זהו אמון הציבור בכך, כי הרשות השופטת עושה צדק על-פי הדין. זהו אמון הציבור, כי השפיטה נעשית באופן הוגן, ניטרלי, תוך מתן יחס שווה לצדדים וללא כל אבק של ענין אישי בתוצאה. זהו אמון הציבור ברמתה המוסרית הגבוהה של השפיטה"⁴.

"אין לך דבר הפוגע יותר באמון הציבור בשפיטה מאשר התחושה כי השפיטה סגרה עצמה ונעלה הדלת מפני אפשרות לתקן הרשעה שלא כדין. אכן, כוחה של שפיטה ואיתנותה באים לידי ביטוי בפתיחות ליבה ונכונותה לבדוק עצמה ולהודות בטעותה"⁵.

"אמון הציבור משמעותו, אמון בהגינות השיפוטית ובניטרליות השיפוטית. זהו אמון הציבור ברמתו המוסרית של השופט. זהו אמון העם... [שהשופטים אינם] צד למאבק המשפטי, וכי לא על כוחנו אנו נאבקים, אלא על השלטתו של החוק אנו נאבקים. זהו אמון העם כי במקום שיש לנו שיקול-דעת אנו מפעילים אותו לשם הגשמת ערכיה של מדינת ישראל. זהו אמון הציבור, כי ההצהרה... לשמור אמונים

³ דברים אלה כבר הבאתי בספרי: ח' ה' כהן המשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ו) 144.

⁴ בג"צ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141, 148 (להלן: פרשת צבן); פרשת בארי, לעיל הערה 1.

⁵ הנשיא ברק במ"ח 6148/95 עזריה נ' מ"י, פ"ד נא(2) 334, 354 (אלה דברים כדורכנות: חוששני שאם אמנם כן, קפיצת ידי השופטים בעתירות למשפט חוזר כבר צריכה הייתה לפגוע פגיעה חמורה באמון הציבור).

⁶ א' ברק "בית-המשפט העליון ואמון הציבור" מכחר כתבים (ח' ה' כהן וי' זמיר עורכים, תש"ס, כרך א) 970, 965.

⁷ R.H. Nicholson "Capturing and Maintaining Public Confidence in Courts Universal Aspects of Judicial Independence" *Yearbook of the Centre for the Independence of Judges and Lawyers* (2000) 43, 44.

⁸ *Ibid.*, at pp. 45-46.

“אל לו [לבית המשפט] להימנע ממילוי חובתו כחוק בגלל חשש שדבריו לא יהיו לרוחו של חלק זה או אחר של הציבור, בין שהו מיעוט ובין שהוא רוב הציבור”⁸⁰.

או, בלשונו של השופט Frankfurter:

“The court should be indifferent to public temper and popular wishes... A court which yields to the popular will thereby licenses itself to practice despotism, for there can be no assurance that it will not on another occasion indulge their own will”⁸¹.

ובאמת למה יהא שופט חייב להימנע מלפסוק על פי השקפותיו האישיות שלו, אם הוא חייב לפסוק על פי השקפותיהם ודעותיהם של אחרים?

ובעצם הימים האלה כתב הנשיא ברק כי אמון הציבור אין משמעותו פופולריות ונטייה אחר רוחות הנוהגות בציבור. ואין משמעותו הכרעה לפי משאלי דעת קהל⁸².

כבר אמרנו שבין כה וכה קיומו של אמון הציבור אינו ניתן להוכחה. אוסיף ואומר כי אי-קיומו של אמון הציבור אינו מוכח בהכרח על ידי התבטאויות עוינות של יחידים או קבוצות או בכלי התקשורת. למעשה, אין אנו יודעים מאומה על קיומו או אי-קיומו או על טיבו או היקפו או מהותו – וכל אשר השופטים והסופרים כתבו עליו ועל חשיבותו וחיוניותו הוא בגדר חזון או אומדנה או ניהוש. תכליתו של אמון משוער זה – כמו תכליתו של כל פיקציה משפטית – להרבות צדק בעולם – לאמור, אזהרה היא לשופט שלמען השגת אמון הציבור או שמירתו חייב הוא לעשות משפט צדק. ומאחר שעשיית צדק תופסת מקום בראש מטרות השפיטה, הרי אמון הציבור, שהוא כביכול היוזם והמאיץ לעשייה זו, חיוני הוא לתפקודם הנאות של השופטים. אין מי שיחלוק על כך שהשופטים חייבים להשתדל לעשות צדק – כשם שאין חולקין שהשופטים חייבים ליישם כל משימותיהם לפי הדין, ולפי הנוהגים המקובלים במשטר דמוקרטי, ולפי כל כללי האתיקה השיפוטית ואמנות השפיטה; בקיצור, חייבים הם לעשות כל אותם הדברים אשר אמורים הם להביא לידי אמון הציבור. הם חייבים בכך בין שהציבור, או מאן דהו, סומך ושמח עליהם, ובין שלא.

⁸⁰ פרשת ולגר, לעיל הערה 14, בע' 816.
⁸¹ *American Federation of Labor v. American Sack & Door Co.*, 335 U.S. 538, 557 (1949).
⁸² ד"פ 5567/00 דרעי נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליון 2000 (3) 443, בפסקה 33 לפסק הדין.

הם חייבים בכך לשמם ולשם שפיטה נאמנה ולא לשם עשיית נפשות בציבור. ואולם אפילו בהנחה שאמון הציבור

מושג מוחשי הוא ולא רק רעיון מופשט, אין הוא יכול להיות מטרה בפני עצמה, אולי ניתן לצפות לה כתוצאה, ספונטנית ובלתי מתוכננת אך רצויה, מן התפקוד הנאות של השופטים. אך השגתו או אבדנו של אמון הציבור אינם מעלים ואינם מורידים לעניין עצם קיום החובה לתפקד כראוי.

אשר על כן נראה כי הקונצפציה של “אמון הציבור” מיותרת היא בשיתט 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 כליל⁸³.

חסדי 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. מערכת המשפט בנויה על המשטר הדמוקרטי, במשטר זה אין אורח המוכן – או אשר יכול להידרש – לזותר על זכותו להישפט כדין בטרם יוטל עליו עונש או כל סנקציה אחרת, או להישפט כדין בריבו עם חברו או עם השלטון. משטר דמוקרטי מחייב שלטון המשפט – והוא “אפשרי רק אם יש רשות שיפוטית חזקה, אובייקטיבית, בלתי תלויה ועצמאית”⁸⁴. השופט ברק אמר וחזר ואמר כי “אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו זה אמון הציבור בו”⁸⁵ – ואני אומר, שאם כל אשר יש לו לשופט הוא אמון הציבור, אין לו ולא כלום. חרב אולי יש לו – הלוא היא הזרוע המבצעת הכופה חייבים לקיים את פסקיו. וארנק אולי יש לו – הלוא הוא התקציב המוקצב למערכת המשפט מאוצר המדינה. במשטר דמוקרטי גם זו וגם זה מובטחים לה. אמת נכון הדבר שניתן לדמיין לחץ ציבורי – תולדה של אי-אמון שפרצה גדרות – העלול להביא לידי חקיקה המנשלת את בתי המשפט מכוח כפייתם או ממעמדם

⁸³ Handsley, *supra* note 17, at p. 199: “The very concept... needs to be dropped completely”, והמחברת קוראת לאמון הציבור “red herring” כלומר הסחת הדעת מבעיות אמיתיות של השיפוט, *Ibid* at p. 204.

⁸⁴ לשון השופט ברק בפרשת בארי, לעיל הערה 1, בע' 610. “הנהגית מאמון הציבור”.

⁸⁵ ברק, “בית המשפט העליון ואמון הציבור”, לעיל הערה 6, בע' 970. משל החרב והארנק נלקח מדברי השופט Frankfurter בפרשת: “The court's authority is possessed of neither the purse or the sword”. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 267 (1961).

האחר בדחיה גמורה ונרגשת... בית המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור".⁹

ובמקום אחר:

"תנאי חיוני לפעולתם התקינה של בתי המשפט, במדינה כמדינת ישראל – שביית המשפט יימנע מלעסוק בנושאים שבמדיניות, של בחירה בין השקפות עולם בענייני חברה, כלכלה ופוליטיקה השנויים במחלוקת הציבורית... [זה] יעשה את השופטים בני-פלוגתא במחלוקות ציבוריות, כאשר חלק מן הציבור מוחא להם כף וחלקו האחר דוחה את פסיקתם כחד-צדדית ומוטעית מיסודה. כן... יאבד לו אותו אמון של כלל הציבור, שהוא תנאי בל יעבור למעמדו הציבורי"¹⁰.

לעומת זאת גורס השופט ברק כי "משיכת ידו של בית המשפט מעניינים פוליטיים" תביא לפגיעה בשלטון החוק, ולערעור אמונו של הציבור בחוק"¹¹; ובכלל סבור השופט ברק כי "אמון הציבור ברשות השופטת נקבע, בין השאר, על ידי השימוש שזו עושה בכוחה לעשות משפט"¹². לי נראה שביית המשפט יוכל ליישב סתירה אפשרית בין שתי הגישות הללו, שסתיהן צודקות, על ידי שיקפיד לשים גבולות לשפיטות בכל עניין ועניין לגופו.

"האקטיביזם" השיפוטי עורר לאחרונה גם בישראל מחלוקת בין חכמי המשפט¹³. יש המתרעמים לא רק על ה"פוליטיזציה", כי אם גם על אשר פתח בית המשפט העליון את שערי לרווחה בפני כל דכפין, ועל אשר מרבה להפליג בפסקיו לים הגדול של מוסר ואידאולוגיה. מחלוקת המשפטנים בדבר גבולות האקטיביזם השיפוטי

⁹ בנ"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 521 (להלן: פרשת שליט). על דברים כאלה סמך הנשיא שמגר ידו בבנ"צ 620/85 מינארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מא(4) 169 (להלן: פרשת מינארי).

¹⁰ "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" ספר לנרדי (תשנ"ה) 61, 65-66; דברים דומים כבר אמר ממלא מקום הנשיא לנרדי (כתוארו אז) בבנ"צ 390/79 דיקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לט(1) 1, והנשיא שמגר סמך ידו עליהם בפרשת מינארי.

¹¹ בנ"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 493.

¹² א' ברק "ביית המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל", לעיל הערה 6, בע' 913.

¹³ ראו את ספרם של ר' גביון, מ' קרמניצר ו' דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד מקומו של בג"צ בחברה הישראלית (תש"ס). מחלוקת זו נטושה זה מכבר בארצות-הברית של אמריקה. בשנת 1997 דנה ועדת משנה של הסנט באקטיביזם השיפוטי "המסכן את שיטת הפרדת הרשויות ואת חירות העם למשול בעצמם". אחד הסנטורים כינה את האקטיביזם השיפוטי כהתנהגות שיפוטיה בלתי הולמת. ראו פרטים אצל: 74 "Judicial Intervention in a Twenty First Century Republic" K.J. Hammond *Indiana L. Rev.* (1999) 653, 681-682.

לגיטימית היא ופורייה, בחינת מחלוקת לשם שמים שעתידה להתקיים ולהימשך. החשוב לענייננו הוא שאלה ואלה דוגלים באמון הציבור. אלה משוכנעים שאמון הציבור ייפגע על ידי האקטיביזם, ואלה משוכנעים שאמון הציבור ייפגע על ידי הימנעות מלהכריע במריבה כלשהי. אלה ואלה רואים את אמון הציבור תוצאה סבירה ורצויה מן ההליכה בשיטה שלהם; או, לשון אחר, אלה ואלה מזהים את אמון הציבור כפרי המובטח של אימוץ שיטתם. ואצל אלה ואלה מתפקד אבדנו של אמון הציבור כמעין דגל שחור של איום ואזהרה. מסתבר שאמון הציבור הוא משרתם של אדונים רבים, כל אחד נופח בו רוח חיים משלו. ואף אחד מהם אינו יכול להוכיח שאותו פנטום אמנם קיים ורוקד לפי חלילו שלו.

כשבא לפני בית המשפט הסכם קואליציוני ובו הוראה שאם בית המשפט יפסוק בניגוד לסטטוס קוו הדתי, מתחייבים הצדדים לחוקק חוק המבטל פסיקה זו, אמר המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) שהסכם זה עלול לפגוע "באמון הציבור בשופטיו". הוא הוסיף ואמר וזו לשונו:

"מן המפורסמות הוא, כי ביסוד המשטר הדמוקרטי מונח אמון הציבור בשופטים. ידועה אמרתו של דה בלזק, כי חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה... ריקון בית המשפט מתפקידו כמוסד המכריע בסכסוך משפיע במישרין על מעמד השופט. מי יתייחס ברצינות לעבודה השיפוטית אם מראש ידוע כי נעשית היא לריק?... קיים חשש כי הציבור עשוי לחשוב שהכרעות שיפוטיות בעניינים הנוגעים בסטטוס קוו בענייני דת מושפעות מהחרב המתהפכת של ביטול כל החלטה שיפוטית שיש בה משום 'הפרה' של הסטטוס קוו בענייני דת... הציבור עשוי לטעון כי ההכרעה השיפוטית לא נעשתה באופן 'הגון, ניטרלי, תוך מתן יחס שווה לצדדים וללא כל אבק של עניין אישי בתוצאה' – תנאים מינימליים החיוניים לפעולה תקינה של הרשות השופטת – אלא מתוך רצון למנוע את שהיה בלתי נמנע אילו ההכרעה השיפוטית הייתה אחרת"¹⁴.

זוהי מעין תולדה של אמון הציבור באי-תלות השופטים. האמון כאן הוא בפסיקה השופטים שהיא סופית ומחייבת. ברם, השופט חשין גרס שם שאין לחשוש פן תפגע התחייבות החקיקה לביטול הפסיקה של בית המשפט באמון הציבור בו – מסתמא משום שהתערומת האפשרית תיפול על הכנסת ולא על בית המשפט. למעשה איש אינו יודע – ואינו יכול לדעת – מראש כיצד "הציבור" יגיב.

¹⁴ בנ"צ 5364/94 ולגר נ' יושב ראש מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758 (להלן: פרשת ולגר) ראו הרחבה בנוגע לפסק דין זה, ח'ה' כהן "כיצד מרקין לפני הכלה" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 321.

פוליטית ולא של שופטים), על בית המשפט לשקול שניים אלה: אם התקדים היה פסיקה נכונה, ואם יצר משפט מקובל; ואם התשובה על שניים אלה היא שלילית, חובה עליו לבטל את התקדים, תהא אשר תהא התגובה הצפויה של הציבור.⁷³

פרשת ההפלות באמריקה נבדלת מרוב הסוגיות האחרות בכך שהציבור "הרחב" מחולק לשניים: כמחציתו מתנגדת להפלות, כמחציתו תומכת בהן. השופטים, חסידי "הלגיטימיות", מסתמא, התלבטו אם לחפש "לגיטימיות" זו באמון ציבור התומכים בהפלות, או אם לחפשה באמון ציבור דורשי היציבות. הם בחרו בדורשי היציבות על אף נטייתם האישית לצד מתנגדי ההפלות, אולי משום שחשבו שדורשי היציבות הם הרוב בציבור ולא רק מחציתו. ואולם הדעת נותנת – ועל כל פנים האפשרות קיימת – שרבים למדי במחנה מתנגדי ההפלות מוכנים היו לוותר על יציבות המשפט, ובלבד שיאסרו את ההפלות. ואם אמנם ויתרו – נמצא שהשופטים בנו לגיטימיותם דווקא על דעת מיעוט או על מחצית הציבור בלבד. מסתבר שגם שם הספקולציות על אמון הציבור אינן אלא עורבא פרח.

אולי כדי ליטול עוקץ העמעום מאמון הציבור, נמנו וגמרו שיש להבדיל בין לגיטימיות משוערת (perceived) לבין לגיטימיות מציאותית (actual). לעניין הלגיטימיות המציאותית, בא במקום הציבור "הרחב" ציבור מלומדי משפט, ובמקום אמון הציבור הסכמה (קונסנזוס) של הקהילייה המשפטית⁷⁴, לאמור, הלגיטימיות של בית המשפט תלויה במידת סמיכת ידיהם של המומחים לדבר על פסיקתו. אם כי נכון הוא שקונסנזוס כזה ניתן להבחנה ביתר קלות, חוששני שמה שצריך להיות עיקר המקור לביקורת על פסיקת בית המשפט, עלול להפוך על ידי ביקורת זו לשולל לגיטימיותו; ואם תמצי לומר שביקורת עניינית אינה שוללת הכרה בלגיטימיות, כי אז לא יהיה צורך בקונסנזוס של הסכמה. יותר סביר הוא להניח שתפקידה של הקהילייה המשפטית, נוכח פני ניסיונות פוליטיים לחתור תחת לגיטימיות בית המשפט, הוא להסביר ברכים, בדרך מובנת ומשכנעת, מה הם שורשי מעמדו וסמכותו של בית המשפט במשטר דמוקרטי⁷⁵. יתר על כן, סכנת ההשפעה על פסיקת בית המשפט על ידי גורמי חוץ הרבה יותר גדולה היא כשהגורמים האלה הם מומחים המדברים בשפת בית המשפט.

ברם, ההקשבה להלכי רוח בציבור כלשהו והרדיפה אחרי אמון, סכנה רבה בצדן. כריית הארזן לדעות ולהתרחשויות שמחוץ לאולמי בית המשפט עלולה להסיח דעת

⁷³ Ibid, at p. 999

⁷⁴ Hammond, supra note 13, at p. 666

⁷⁵ Ibid, at p. 655

השופטים מן האינטרסים המיוחדים והמיידיים של בעלי הדין העומדים לפניהם או מבלעדיות הראיות והטענות שבאו לפניהם כדין. רק מקום ושעה ששיקול הדעת השיפוטי נדרש להכריע או לאזן בין ערכים שונים שאינם עניין להוכחה פורמלית, ייתכן שדעת הקהל, או דעת הרוב, או אף קונסנזוס המשפטנים כשרים לבוא בשערי בית המשפט⁷⁶. ואשר לאמון הציבור, הניסיון האוסטרלי⁷⁷ מוכיח שהשאיפה לשמור על אמון זה עלולה להביא את בית המשפט לידי פגיעה בחירות הפרט, או לפחות להתעלמות מאינטרס לגיטימי של הפרט⁷⁸. אמון של שום ציבור אינו שווה בנוק בעל דין אחד.

ויש שהתריעו מפני הסכנה של השפעה – אולי בתת-מודע – על נפש השופט. התבטאות בוטה של אי-אמון החורגת מביקורת עניינית, עלולה לערער ביטחונם העצמי ושלוות רוחם ולהביאו לידי כעס ורוגז ומכאן לעיוותי דין⁷⁹.

סכנה לא פחות חמורה טמונה בעובדה שיש מדי פעם הלכי רוח בציבור הנוגדים את תפיסת השופטים בדבר שוויון המינים, טוהר המידות, איכות השלטון, חופש הביטוי והמצפון, חירות הפרט ועוד כיוצא באלה. פשיטא, שהלכי רוח כאלה, ויהיו נפוצים כאשר יהיו, פסולים מדעיקרא מלהישקל בשיקול דעת שיפוטי – חוץ מאשר לשם דחייתן מניה וביה. פשיטא שאין נפקא מינה אם אמון הציבור בשופטים ייפגע על ידי כך, גם פה אמון זה בלתי רלוונטי הוא לגמרי. הדברים אמורים גם לעניין התגובות בציבור על דרכי ענישה ומידות עונשין. בעיני ציבור זה העונשין המוטלים בשל עברות אלו או אחרות הם קשים מדי, ובעיני ציבור אחר הם קלים מדי – ואין לדבר סוף. שופט חייב למדוד לאדם את עונשו לפי שיקול דעתו ומצפונו שלו, בכפוף לעונשין הקבועים בחוק (והוא חייב לנמק גזר דינו כדי שערכאת הערעור תוכל לתקן טעות שנפלה בשיקול דעתו). הוא ימעל בתפקידו אם יכפוף את מצפונו לדעות נפוצות בציבור כדי לזכות באמון (די והותר לכפיפת מצפונו לחוק שנקבעו בו עונשי מינימום).

השופט אור כתב פעם אל נכון שאם ייווכח הציבור לדעת שבית המשפט העליון אינו פוסק כפי שמחייבו הנסיבות והדין, רק בשל חשש תגובת הציבור, כי אז דווקא גישה זו של בית המשפט עלולה לפגוע קשות במעמדו וביוקרתו.

⁷⁶ ראו בהרחבה: ברק, לעיל הערה 19, בע' 281 ואילך. ולימדונו חכמינו זכרונם לברכה כשההלכה "רופפת בבית דין ואין אתה יודע מה טיבה, צא וראה מה הציבור נהג" ירושלמי, פאה, פרק ז, הלכה ו.

⁷⁷ ראו לעיל, הערות 15 ו-16.

⁷⁸ Handsley, supra note 17, at p. 197: חירות הפרט נפגעה על ידי מסירת מעצרי מנע לידי שוטרים.

⁷⁹ K.N. Llewellyn *The Common Law Tradition Deciding Appeals* (Boston, 1960) 196

בית המשפט העליון של אוסטרליה (שבסמכותו לבטל חוקים בלתי חוקתיים) פסק לא מכבר, פעמיים, שמעשה חקיקה או מעשה מינהל שיש בהם משום פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט, פסולים הם ודינם להתבטל. החוק שבוטל מטעם זה הסמיך את בתי המשפט לצוות על מעצרי מנע של חשודים שלא הואשמו ולא הורשעו. פסקו שהעסקת שופטים במעצרים מינהליים ללא הכרעה שיפוטית תחילה, עלולה להביא בתי המשפט לידי ביזיון עד כדי שהציבור יחדל מלרחוש להם אמון.¹⁵ ומעשה המינהל שבוטל מטעם זה היה מינוי שופטת כחוקרת ומדווחת לשר שמינה אותה, בעניין שההכרעה בו מסורה לשיקול דעתו של השר בלבד. מילוי תפקיד לא שיפוטי על ידי שופט יכיא לידי פיחות אמון הציבור בטוהר (integrity) הרשות השופטת או ביכולתו של השופט האינדיבידואלי למלא כיאות את תפקידו השיפוטי.¹⁶ על עצם הפסיקה הזאת נמתחה ביקורת חריפה ומשכנעת. אשר להטלת תפקיד חקירה על שופטת (בהסכמתה), נאמר שאין לראות הבדל של ממש בין תפקיד כזה לבין החברות או הישיבה בראש ועדת חקירה ממלכתית, שגם היא מכינה תשתית עובדתית להחלטות הממשלה, ושהשתתפות שופטים בהרכבה נהוגה ומקובלת מימים ימימה; ואשר להסמכת שופט לצוות על מעצר מנע, נאמר שעל כל פנים מוטב – דווקא מפני הרושם על דעת הציבור – שרעה חולה זו של מעצרים מינהליים תופקד בידי שופט ולא בידי שוטר או איש ביטחון.¹⁷ יהיו דברים אלה כאשר יהיו, מתברר שהלכה פסוקה היא שהטלת תפקיד לא שיפוטי על שופט פוגעת באמון הציבור במערכת המשפט; או, לשון אחר, השמירה על אמון הציבור במערכת המשפט מחייבת הימנעות השופטים מלמלא כל תפקיד לא שיפוטי, יהא התפקיד מכובד וחשוב ככל שיהא.

חסידי אמון הציבור גורסים שהוא חיוני למעמד הרשות השופטת ("תנאי חיוני בעל יעבור", כלשון השופט לנדוי). השופט ברק חזר על כך פעמים רבות, כי "תנאי חיוני לקיומה של הרשות השופטת עצמאית, ובלתי תלריה, הוא באמון הציבור"¹⁸. או במקום אחר:

"תכונת יסוד של כל הליך שיפוטי תקין היא, שהשופט המכריע בסכסוך פועל ללא משוא פנים... מצב דברים זה חיוני הוא להליך

¹⁵ *Kable v. D.P.P.* 138 CLR 527 (1996)

¹⁶ *Grollo v. Palmer* 184 CLR 348 (1995)

¹⁷ E. Handsley "Public Confidence in the Judiciary: A Red Herring for the Separation of Judicial Power" 20 *Sydney L. Rev.* (1998) 183

¹⁸ ברק, "בית המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל", לעיל הערה 6, בע' 928; פרשן צבן, לעיל הערה 4, בע' 148.

השיפוטי. בלעדיו לא יתקיים אמון הציבור ברשות השופטת. בלא אמון זה אין השפיטה יכולה למלא את תפקידה"¹⁹.

"הדבר החשוב ביותר שיש לו לשופט הוא אמון הציבור בו, כלומר, תחושת הציבור שהשופט עושה צדק על פי משפט. באין לציבור אמון בו, לא יכול השופט לשפוט... אמון הציבור אינו דבר נתון. אסור לקבל את קיומו כדבר מובן מאליו. אמון הציבור הוא עניין נזיל. יש לטפחו. קל יותר לפגוע בו מאשר לשמור עליו"²⁰.

אולי יש בהנחה זו של "חיוניות" אמון הציבור כדי להסביר את ההתעסקות היתרה בו. ואם אמנם ממלא האמון הזה תפקיד כה חיוני, הדעת נותנת שהוא צריך להיות נתון להגדרה ולהמחשה – להיות לא רק קונספציה ערטילאית ומופשטת; או, לשון משפטית, הוא צריך להיות עובדה, או לפחות טענה, הניתנת להוכחה²¹, ולא רק מושג דמיוני או פיקטיבי. או אולי ניתן לזהות את אמון הציבור על פי גילויי האי-אמון, כשם שניתן לזהות צדק על פי גילויי אי-צדק²²? אולי מחאות או הפגנות סוערות מעידות על אי-אמון הציבור? ואולי מצווים אנו להחזיר לנו את האמון על ידי שניכנע לדרישות המוחים או המפגינים?

ואמנם הניסיון הישראלי מלמדנו שאין לך פגיעה רעה באמון הציבור במערכת המשפט מזו הבאה בעקבות הסתה פוליטית. אם עד כה ההנחה הייתה שאבדן אמון הציבור, או חשש הפגיעה בו, קשורים סיבתית עם תקלות של ממש בתפקוד מערכת המשפט, הרי עתה נמצאנו למדים שיש שאבדן אמון הציבור או הפגיעה בו עלולים לבוא ללא כל קשר עם תפקוד זה. אמנם יש שהמסיתים מתיימרים למצוא פגמים גם בתפקוד המערכת לחיזוק טענותיהם, כדי שיישמעו מקצועיות ולא פוליטיות – אך לאמיתו של דבר ההסתה נגד מערכת המשפט באה לשמה ולשם מטרה פוליטית (או דתית-פוליטית). לעניין הסתה זו אין נפקא מינה מה צדק יש בה ומה גיחון והבל. היא נעשית לא פעם על ידי חירופים וגידופים נגד השופטים, אם בשל השקפת עולמם הליברלית וההומנית, אם בשל מוצאם האתני, אם בשל אורח חייהם החילוני או בשל השכלתם הכללית, או בטענות שונות ומשונות שמורידים מן השמיים (תרתי משמע) להשמיצם. באוזני המוני חסידיהם נשמעים דברי פלסתר כדברי אמת

¹⁹ א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ד) 261.

²⁰ שם, בע' 291-292.

²¹ בית המשפט העליון באוסטרליה (לעיל הערות 15 ו-16 בטקסט הצמוד להם) פסק על יסוד אמון הציבור מבלי שבאה לפניו ראיה כלשהי בדבר דעתו האמיתית של הציבור: Handsley, *supra* note 17, at p. 197.

²² E.N. Cahn *The Sense of Injustice* (New-York, 1949)

הפלות כחוקתי וכשר – והוא אך ורק משום שאחרת, הלגיטימיות של בית המשפט נתונה בסכנה, בלשונם שלהם:

“The Court’s power lies in its legitimacy – a product of substance and perception that shows itself in the people’s acceptance of the judiciary as fit to determine what the nation’s law means and to declare what it demands... To overrule under fire in the absence of the most compelling reason to reexamine a watershed decision would subvert the court’s legitimacy beyond any serious question”⁷⁰.

או, לשון אחרון ראשון. בהיעדר סיבה מכריעה ביותר לעיין מחדש בתקדים תפנית, ביטולו יהא בו כדי לחתור תחת הלגיטימיות של בית המשפט. ומה היא לגיטימיות זו? היא פרי תחושה של ממש בלב העם שבית המשפט ראוי לקבוע משמעו של החוק ולהצהיר על ציוויו. ובלשונו של בית המשפט תלויה באמון הציבור בכושרו ובכשירותו. הטענה היא שאמון זה ייפגע או יאבד אם בית המשפט יפגין חוסר יציבות על ידי התעלמות מתקדימים. ואין צריך לומר שהלגיטימיות – או אמון הציבור – היא מקור כוחו של בית המשפט.

על התאוריה הזאת נמתחה ביקורת רבה – אך שום ביקורת לא הייתה חריפה ונוקבת כזו שבחוות דעתו החולקת של השופט Scalia באותה הפרשה. הוא כתב שבין ש”הלגיטימיות” של בית המשפט נפגעת ובין שלא:

“The notion that we would decide a case differently from the way we otherwise would have, in order to show that we can stand firm against public disapproval, is frightening⁷¹... How upsetting it is that so many of our citizens (good people, not lawless ones...) think that we justices should properly take into account their views, as though we were engaged not in ascertaining an objective law but in determining some kind of social consensus”⁷².

לדעתו של השופט Scalia, הרי במקום לעשות ניסיון חסר כל סיכוי לנבא כיצד הציבור יגיב על החלטת בית המשפט (אשר לדבריו הוא תפקיד של מנהלי תעמולה

⁷⁰ *Planned Parenthood of Eastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 865, 867 (1992)

⁷¹ *Ibid*, at p. 998

⁷² *Ibid*, at pp. 999-1000

עצמם ברצון ובהכרת טובה, בין שאמון הציבור יגדל ויפרח, ובין שיפחת וייפגע, בעקבות כך. אבל היו שאמרו שהאחריות הציבורית של השופטים היא להיות consumer-oriented, לאמור שבפסיקתם תהא דעת “הציבור” – הוא “הלקוחות” – ורצונו נר לרגליהם⁶⁴. בתי המשפט חייבים להקשיב היטב להלכי רוח בציבור, להיות ערים לשינויים סוציאליים ופוליטיים בחברה, ולהיענות לצרכיה ולשאיפותיה – דברים יפים אשר אומרים מודה בעמנום⁶⁵. התאוריה היא שאם בית המשפט ינהג כך, ירחש לו הציבור אמון, ואמון הציבור חיוני לתפקודו⁶⁶. לדידי, אמון הציבור אינו רלוונטי גם לעניין “האחריות הציבורית” הזאת, בית המשפט מקבל על עצמו אחריות זו – אם על ידי החשיפה לביקורת עניינית, ואם על ידי ערנות למתרחש סביבו – ואין נפקא מינה אם יש או אם אין לכך השפעה על אמון הציבור לכאן או לכאן. “ערנות” זו כמעט מובנת מאליה. השופט בתוך עמו יושב וחי בעולם של היום. עינו פקוחות ואוזניו קשובות למתרחש סביבו במדע ובמחקר, בתעשייה ובמסחר, במדיניות חוץ ובמדיניות פנים, בטבע ובתרבות – כל אשר עשוי להיות רלוונטי בדין ודברים בין הבריות. ואשר ל”לקוחות”, הרי מעלה בית המשפט את האינטרסים הלגיטימיים של בעלי הדין, בכוח או בפועל, על ראש כל שיקוליו. ואמנם, ה”ציפיות” של לקוחות אלה למשפט הוגן וצודק הן אשר בית המשפט נדרש למלא⁶⁷.

וקרובה תאוריית האחריות הציבורית לתאוריית הלגיטימיות (legitimacy) של בית המשפט⁶⁸. מקור מחצבתה של תאוריה זו הוא בית המשפט העליון של ארצות-הברית של אמריקה שהשתית עליה פסיקה חוקתית עקרונית הלכה למעשה. השאלה שעמדה לפני בית המשפט הייתה אם לקיים או לבטל תקדים⁶⁹ שקבע כי חוק המתיר הפלות אינו בלתי חוקתי. בין השופטים שנתמנו מאז ושישבו לדין עתה, היו שלושה (לפחות) שלדעתם האישית חוקים כאלה הם בלתי חוקתיים, ושעל כל פנים מן הדין הוא לאסור הפלות. בכל זאת החליטו ללכת אחר התקדים ולהכריז על החוק המתיר

⁶⁴ M. Cappelletti “Who Watches the Watchers?” A Comparative Study on Judicial Responsibility” 31 *Am. J. comp. law* (1983) 1, 61-62

⁶⁵ Cappelletti, *Ibid*

⁶⁶ *Ibid*; Shitreet, *supra* note 63, at p. 1005; ליד הערות 18-20.

⁶⁷ על השפעתן הטבעית של “ציפיות” אלה על פסיקה השופטים, ראו: M. Weber *Rechtssozologie* (Neuwied, 1960) 283. ומייחסים למשפטן האמריקאי Llewellyn את האמרה, כי ציפיות הוגנות יזכו מדי בית המשפט למענה הוגן: decent expectations to be decently fulfilled.

⁶⁸ מטבע הלשון של הלגיטימיות הדמוקרטית של בית המשפט מצוי, אצל: R.H. Bork *The Tempting of America* (New-York, 1990) 143

⁶⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

לאמיתה (או כרעת תורה). כדי לשרת מטרתם הפוליטית, על המנהיגים לשלהב המונים של בוחרים בכוח או בפועל, והם עושים זאת – במיומנות ובהצלחה ניכרת – בכל הדרכים העומדות לרשותם: הפגנות, אספות, תפילות, פרסומים, שידורים – ולא רק בשווקים וברחובות, אלא גם בכנסת.

מסתבר שהסתה פוליטית כזו היא מחלה מידבקת. רושמה ניכר לא רק בקהל היעד, כי אם גם בציבורים נרחבים יותר. לא זו בלבד שלמקהלת המשמיצים מצטרפים גם אנשי משפט ואנשי פוליטיקה, אלא פתאום מגלים כולם שהרכב בית המשפט צריך לשקף את הרכב העם על שכבותיו ועדותיו השונות; שהשופטים יושבים על אולימפוס ואינם קשובים לרחשי עמך; שפסיקתם מושתתת על ערכים (ולו גם נשגבים) שאינם ערכי עמך. כשדעות אלו וכיוצא באלו זוכות לגושפנקה של משפטנים מוכרים, או של אנשי האקדמיה, או של שרים וחברי כנסת המוחזקים ליברלים, הן נעשות אט אט לנחלת הציבור הרחב. מטבע אנוש הוא לשוב להפלת כל פיל לבן ממרום תפארתו. הנה בית המשפט העליון, שמאז ומקדם היה פאר המדינה שכולם סגדו לו – גם הוא בין הנופלים, ואין עוד מה להתפעל ממנו. רק אם נמלא את בית המשפט שופטים ספרדים וחרדים, וכיוצא באלה שופטים "המייצגים" את כל שכבות העם ושערכיהם אינם "אליטיסטיים", קיימת תקווה שבית המשפט שוב יזכה באמון הציבור.

אודה שההפגנות הסוערות נגד שופטי ישראל הן שעוררו בי לראשונה הרהורי הכפירה באמון הציבור. ראיתי בעיני רוחי את האסון הנורא שיפקוד אותנו אם הרשות השופטת תאמץ חלילה אפילו מקצת השגותיהם של המסיתים והמפגינים ההם כדי לזכות באמונם, ושאלתי את עצמי, אולי אותם מסיתים ומפגינים אינם "הציבור" שאמונו כה חיוני, שמה הדברים אמורים בציבור אחר, או בציבורים אחרים, שאינם מן המסיתים והמפגינים; ואם כן – מה הוא זה ואיזה הוא הציבור אשר נכספים אנו לאמונו? או שמה אין כל ציבור בנמצא שאמונו תנאי בל יעבור הוא לפעולה תקינה של הרשות השופטת?

במשמעותו המקורית, ציבור אינו אלא היפוכו של יחיד²³. ניתן לקרוא "ציבור" למתי מספר של בני אדם. – והוא ציבור קטן או קטן מאוד. ויש "ציבור" החובק עולם – שם תואר לאנושות כולה, לאוכלוסייה כולה, לכלל התושבים במדינה²⁴. בתווך

מצויים ציבורים גדולים ובינוניים וקטנים ככל צבעי הקשת, ציבור ציבור וסימני ההיכר שלו; ומהם ציבורים שיש להם תפיסות, השגות ועקרונות משלהם או שהנלווים אליהם מתאפיינים במושגי מוסר והשקפות עולם משלהם. כל ניסיון למיין ולסווג ציבוריים אלה נדון לכישלון – לא רק מפני שאין עליהם נתונים סטטיסטיים, אלא גם מפני שלרבים מהם אין כל מסגרת ארגונית והם בלי שם וכלי כינוי, ולעתים קרובות זיהויים הוא עניין שבאקראי או של האמרה. יש, כמובן, שאפשר לגזור זהות "הציבור" מן ההקשר אשר בו הוא נזכר, כמו ציבור השופטים, ציבור עורכי הדין, ציבור החולים, או ציבור הפושעים, ואלה מזדהים על פי רוב גם בלעדי התואר "ציבור". אך דווקא ציבורים מזוהים אלה עשויים לשקף את רב-גוניות "הציבור". בתוך ציבור השופטים, עורכי הדין, החולים והפושעים אתה מוצא ציבורים מגוונים שסימני הכרם אחרים הם ונוספים על מקצוע משותף או גורל או נטיות משותפים. נמצא שבכוח, אם לא בפועל, כל אדם שיך לאין ספור ציבורים שונים. הפוליטיקאים – ולא רק הדמגוגים שביניהם – רגילים לדבר בשם "העם" או "הציבור" על דרך הסתם, כאילו כל הציבור כולו מונח בכיסם, וכאילו כל השומע אותם הסכים עמם מראש, ויש שמביאים לראיה לדבריהם מסקרי דעת הקהל המתיימרים להראות תגובות "הציבור" על שאלות שנשאלו כמה מאות מכרתי ופלת²⁵. יש המדברים על "הציבור" כשהם מתכוונים לרוב העם; ויש רבים שלפיהם הציבור אינו אלא מטפורה.

מוציאים אנחנו התייחסות שופטים אל "הציבור הרחב"²⁶ – ביטוי לדעת הקהל הנפוצה הבא, ככל הנראה, כאנטי-תזה לציבור "הנאור", שבו בזמן שלציבור "הרחב" אין לייחס ידיעה או הבנה בהליכי המשפט ומסותוריהם, הציבור "הנאור" הוא הציבור המסוגל לדעת ולהבין, ועל כן מוחזק כיודע ומבין. ואם תמצי לומר שהזכייה באמון הציבור הנאור כוללת, ממילא או מקל וחומר, גם זכייה באמון הציבור שאינו נאור כולי האי, אף אני אשיב איפכא מסתברא: מעשים העשויים למצוא חן ושכל טוב בעיני משכילים ואיסטניסים, עלולים להיתקל באי-הבנה, ואף בזלזול ובמורת רוח, מצד פשוטי העם. וכן להפך, מעשים פופוליסטיים העשויים להלהיב שכבות רחבות של עמלים וקשי יום, עלולים לעורר זעמם של יודעי חן. פשיטא, שבית המשפט אינו מסוגל לצאת תמיד ידי טעם כולם²⁷.

²⁵ השופט זלברג, זכרונו לברכה, היה רגיל לומר, שעל סקרי דעת הקהל הכתוב אומר, מדבר סקר תרחק. ²⁶ למשל: הנשיא שמגר בפרשת מיצארי, לעיל הערה 9; בע"א 5398/94 נקש נ' כונס הנכסים הרשמי, (לא פורסם), תקדין עליון (4)94, 134, פסקה 8 לפסק הדין, מבחין הנשיא שמגר בין "הציבור הרחב" לבין "האדם הסביר": אולי כוונתו היא כי "הרושם שנוצר בציבור הרחב" משתקף ב"תגובתו של האדם הסביר".

²⁷ ראו ח' ה' כהן "הרהורים על טהור המידות" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 403, 438.

²³ "כאן ביחיד כאן בציבור" ירושלמי, ברכות, פרק ה, הלכה א; "אחד יחיד אחד ציבור" ירושלמי, ראש השנה, פרק לה, הלכה עא; "מאי יחיד ומאי ציבור" ירושלמי, תענית, פרק יד, הלכה עב.

²⁴ מייחסים לחידא (ר' חיים יוסף דוד אזולאי, מאה ה-18) את ראשי התיבות של ציבור: צוּיָקִים, בִּינוּיִים, רִשְׁעִים.

הכוונה, כנראה, לאותה אי-תלות היוצרת את האמון בשופטים. ואולם משמעותה האמיתית של האי-תלות היא החופש – והחובה – לעשות משפט ללא מורא וללא משוא פנים, אפילו – או במיוחד – מקום ששפיטתם תעורר מורת רוח במגזרים גדולים של הציבור. תכליתה של אי-תלות השופטים היא השלטת שלטון המשפט. לתכלית זו השופטים חייבים להיות נחושים ברצונם לעמוד איתנים מול פני מגמות עוינות בדעת הקהל. שופט הנכנע לדעת הקהל ופוסק לפי הלכי רוח בציבור, משליט לא שלטון המשפט אלא שלטון כשר ודם.

השופט זמיר, לאחר שהביא את דברי השופט ברק שאמון הציבור הוא הנכס היקר ביותר של הרשות השופטת⁵⁴, מביע תמיהה על ערך גבוה זה: "לכאורה אין לו לבית המשפט אלא נכס אחד בלבד, קרי הדין. הוא חייב להפעיל את הדין לפי מצפונו בלבד, בלי להיות מושפע על ידי שום גורם חיצוני, לא שלטון ולא ציבור"⁵⁵. דברים כדרכנות, אך הוא ממשיך וכותב לאמור: "גם אם זו הלכה אין מורין כן"⁵⁶. לדבריו, "טבעי וראוי" הוא שבית המשפט יהיה מושפע על ידי הציבור. וכל כך למה? ראשית, משום שבית המשפט הוא נאמן של הציבור "וכמו כל נאמן אף הוא זקוק לאמון מצד הנהגה"; ושנית, משום שרק אמון הציבור נותן לו גיבוי מול פני הרשויות האחרות המועדות להתנכל בו. אשר לנאמנות, הרי נושא הנאמנות ותכליתה אינם אלא לשפוט את העם משפט צדק על פי דין; שופט הסר מדרכו על מנת לרכוש את אמון הציבור, מפר חובת נאמנותו. פשיטא, שאין "נהנה" יכול לבוא לנאמן ולהניעו להפר למענו חובת הנאמנות המוטלת עליו; וכסירותו של הנאמן לעשות כן מביא לידי אבדן אמונו של הנהגה, חייב הנאמן להמשיך ולמלא חובתו בלי אמונו. כאשר לשיקולים הפרגמטיים, אני אומר, חלילה לה לרשות השופטת לקנות את שיתוף פעולתן של הרשויות האחרות בכסף אמון הציבור שהושג בדרכים פסולות – על ידי סטייה מן הדרך הישרה לשפוט משפט צדק על פי דין בלבד. על כגון דא אמרו – *fiat iustitia, et pereat mundus*⁵⁷, מוטב שהרשות השופטת תקרוס ותתמוטט מחוסר תקציבים או עקב חוקים "עוקפים", ובלבד שיעשה משפט צדק על פי דין. אשר על כן, הלכתו של השופט זמיר הלכה היא, ומורין כן.

⁵⁴ פרשת צבן, לעיל הערה 4, בע' 148.
⁵⁵ זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו, כרך א) 88-89.
⁵⁶ שם, שם.
⁵⁷ "יעשה הצדק, ויחרב העולם!"; סמנתו של קיסר גרמני במאה ה-16. ראו אלקושי, לעיל הערה 42, בע' 190. גוסט קרוס יותר מיוחס לפרקליט הרומי לוקיוס קלפוריוס: "Fiat iustitia et ruat coelum".

העובדה שיש לאל ידי המחוקק לרוקן את בתי המשפט מסמכויותיהם או ממקצתן, כמותה כמו הניסיון שכבר נתנסו להתחייב מראש לבטל בחוק את שפיטתו של בית המשפט בנושאים מסוימים⁵⁸, אין להם עניין ישיר לאמון הציבור, כוחו הריבוני של המחוקק עומד לו בין שהציבור רוחש אמון ובין שלא. אמונו של שום ציבור לא יעמוד לו לבית המשפט כנגד התעללות המחוקק בין כה וכה יעלו מסבירי חקיקה שכזאת את טענת אי-אמון הציבור על ראש הסבריהם. כל עוד כוחו של בית המשפט עצמו עמו לעמוד בפרץ, אין צריך לומר שהוא חייב לעשות כן, בין ש"הציבור" רוצה ובין שאינו רוצה⁵⁹.

קרובה לטענת הנאמנות היא טענת האחריות הציבורית (accountability)⁶⁰. הטענה היא כי יסוד מיסודות הדמוקרטיה הוא שכל מי שהוענקה לו סמכות או תפקיד כלשהם, אחראי כלפי הכלל – "הציבור" – על מעשיו. סימן ההיכר של שלטון לא-דמוקרטי הוא שבעלי הסמכויות והתפקידים אחראיים רק בפני השליט, והשליט עצמו אינו נושא באחריות כל עיקר. מה היא אחריות ציבורית דמוקרטית זו? אם השופט חייב לתת דין וחשבון לציבור על מעשיו שפיטתו, לא יישאר שריד ופליט מאי-תלותו⁶¹; לכן האחריות אינה יכולה להיות אלא עקיפה וסבילה. ניתן לומר שבית המשפט יוצא ידי חובתו כלפי הציבור בדרך ההנמקה והפרסום של פסקיו ברבים. ואולם למעשה אמורה האחריות הציבורית להתמצות בכניעה ללחצים של "דעת הקהל" – אם של העיתונות, ואם של מבקרים אקדמיים ואחרים, ואם של הרשויות האחרות; ומאחר שיכול שיש בלחצים שכאלה ניסיון של השפעה פסולה, מן ההכרח למצוא דרכים "להגן על השופטים מפני לחצים מופרזים"⁶². ומה גם שהכניעה ללחצים כאלה עלולה, היא עצמה, לפגוע לא רק באי-תלות בתי המשפט, אלא גם באמון הציבור בהם⁶³. כבר אמרנו שהביקורת העניינית והנאותה על עבודת בית המשפט רצויה היא ומועילה; ואם "האחריות הציבורית" פירושה התחשבות בביקורת כזו ועיון מחדש בהלכות או בגישות קודמות, יקבלוה בתי המשפט על

⁵⁸ פרשת ולגר, לעיל הערה 14.
⁵⁹ בפרשת ולגר, החליט בית המשפט, ברוב דעות, שלא להתערב. למרבה המזל חזרו בהן המפלגות המתקשרות מן ההסכם הקואליציוני.
⁶⁰ ברק, לעיל הערה 19, בע' 266, גורס, לדעתי בצדק, שאין Accountability לשופטים: הם אינם כפופים לביקורת המדינה, ולא להצבעת אי-אמון; ומאחר שאין הם נבחרו הציבור, אין כוונתם שלהם חייבים הם דין וחשבון. בספרות האמריקאית מעריפים לרבר על Reckonability שהיא לשון פחות פורמלית.
⁶¹ S. Shitreet "Judicial Independence and Accountability in Israel" 33 *Int'l & Comp. L. Q.* 979, 1005 (1984).
⁶² S. Shetreet *Judges on Trial* (Amsterdam, 1976); וראו גם: *ibid* at p. 1006.
⁶³ S. Shetreet & J. Deschenes (ed.) *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (Dordrecht, 1985) 569.

מי הוא זה ואיזה הוא הציבור הנאור? זהו, קודם לכול – הציבור. שאליו משתייך השופט עצמו²⁸. הוא חייב להניח שאותה "נאורות" שהיא מנת חלקו שלו, גם אחרים זכו בה כמותו. השאלה מי ומי הם האחרים האלה, הופכת לבלתי רלוונטית. כל עוד "הציבור" קיים – ויהא קטן ככל שיהא – אין נפקא מינה מי נמנה עמו. נמצא שהציבור הנאור אינו אלא כבואה של השופט עצמו; ומי שגורס שהאמון למערכת המשפט צפוי או דרוש רק מן הציבור הנאור, מגביל את "אמון הציבור" ליודעי חן בלבד שהשופטים בין כה וכה מקובלים עליהם וקרובים לרוחם. או, שמא הכוונה היא לאותם משכילים (כולל משפטנים) המותחים ביקורת על בתי המשפט ומסתייגים משפיטתם, שהם הם "הציבור הנאור" שהשופטים אמורים לרדוף אחר אמנם?

חוששני שהגבלה מעין זו של "הציבור הנאור" – יש בה משום התנשאות שאינה מתקבלת על הדעת. כשהשופט לנודי מדבר על "ההשקפות המקובלות על הציבור הנאור"²⁹ הוא מתכוון לאותו הציבור שיש לו השקפות בנדרן; והוא אף זיהה פעם את הציבור הנאור עם "הרוב המכריע של היהודים בימינו"³⁰. והנשיא אגרנט זכרונו לברכה כתב שהשופט יכול לפסוק על פי חוש הצדק שלו, ובלבד "שתהיה לו התחושה כי אותו מושג [של צדק] השתרש בתודעתם של בני הציבור הנאור"³¹, כלומר, התחושה שלו ושל כמותו לא סגי. הוא צריך להשתכנע שתחושה זו היא נחלת ציבור גדול, מסתמא אותו הציבור שתחושת הצדק שלו באה לידי ביטוי כלשהו; או, לפחות, שלפי "תחושת" השופט סביר הוא להניח שמושג זה של צדק משותף לו ולציבור גדול.

הקשיים שבקביעת זהותו של "הציבור הנאור" אינם קיימים לפי שיטתו של הנשיא ברק. לדירי, "הציבור הנאור" אינו קבוצה של בני אדם, כי אם מטפורה בלבד. הוא אינו אלא "פרסוניפיקציה של שיקולים נורמטיביים... [של] 'מטרות יסוד ואמות מידה בסיסיות הממלאות את היקום הנורמטיבי'³². למה קוראים למטפורה הזאת "ציבור נאור", משום שהיא משקפת "את הקונצנזוס החברתי הקיים בחברה נתונה בזמן נתון"³³. כנראה ההנחה היא שיש בציבור, שהוא לכאורה החברה כולה, תמימות דעים בדבר "תפיסות היסוד" של ערכי המדינה, או שישנו "המצפון הציבורי

²⁸ ברק, לעיל הערה 19, בע' 283.
²⁹ ע"א 461/62 צים נ' מזיאר, פ"ד י(2) 1319, 1335.
³⁰ פרשת שליט, לעיל הערה 9, בע' 528.
³¹ שם, בע' 600.
³² א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג': פרשנות חוקתית) 232.
³³ שם, שם.

הכללי השכנוע ההערכתי של החברה באשר להתנהגות הראויה והבלתי ראויה"³⁴. אם אמנם יש קונסנזוס שכזה, כי אז הדעת נותנת שהוא יכול גם את אמון הציבור במערכת המשפט, הוא "תחושת הציבור, שהשופט עושה צדק על-פי המשפט"³⁵, ושהמטפורה של הציבור הנאור כוללת בתוכה גם את "ערך היסוד" של אמון הציבור. אבל עינינו הרואות שאין בנמצא כל קונסנזוס בדבר האמון במערכת המשפט. או שהאמון הזה אינו נמנה עם ערכי היסוד של השיטה, או שהאמון הזה אין לו ולא כלום עם "הציבור הנאור" דווקא.

ניתנת אמת להיאמר שבמטפורה של השופט ברק נעלם הציבור מפני הנאורות. אין כל משמעות לזהותו ולהיקפו של הציבור, כל עוד הערכים "הנאורים" מזהים ומגדרים. אבל הדעות יכולות להיות מחולקות בדבר טיבם ומידתם של ערכים שכאלה, ואזי גם עצם "הנאורות" שרויה במחלוקת³⁶. ובהיעדר קנה מידה אובייקטיבי ל"נאורות", הרי כל ציבור, קטן וגדול, נאור הוא בעיני עצמו. ומסתמא יהיה כל ציבור "נאור" בעיני השופט, אם הנאורות הנטענת הולמת את הסטנדרטים והנורמות של השופט עצמו. ואם לדון לפי מתכונת השופט, הרי אמון במערכת המשפט מעיד – לפחות לכאורה – על "נאורות", ואילו אי-אמון בה מעיד על חוסר "נאורות". כיוון שכך, אין רבותא, ויש מעין פלאונזם (גיבוב מילים בנות משמעות אחת במשפט), באמון הציבור "הנאור" במערכת המשפט.

לפיכך יש להניח שמה שכאילו דרוש כל כך לבתי המשפט הוא אמון של ציבור "הרחב" יותר מן הציבור "הנאור", ומסתבר שמה שהציבור "רחב" יותר, אמון אוכלוסייה שלמה של קשי יום ומרי נפש שמערכת המשפט רחוקה מדעתם, ומהם גם שהתדרדרו עד כדי ניוון מוסרי, גם אלה הם אורחי המדינה ולקוחות בתי המשפט. בהקשר אמון הציבור לעובדי הציבור, אמר השופט ברק פעם, שאין הכוונה לאותו ציבור אשר בקרבו "פושות תפיסות מעוותות" של "אדם לאדם כזאב", ושיש לשלול את הפרגמטיזם המעוגן ב"מוסר השוק". ולא זו בלבד, אלא "העובדה שכך עושים כולם" אינה אמת המידה להתנהגות ההולמת³⁷. נמצא שהציבור "הרחב" אינו

³⁴ ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 532. וביתר הרחבה, ברק, "הציבור הנאור", לעיל הערה 6, בע' 606. לביקורת על שיטתו של ברק ראו ד' אבנן "הציבור הנאור: יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי?" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 417. וראו המשנה לנשיא אלון ע"א 506/88 שפר נ' מ"י, פ"ד מח(1) 87.

³⁵ ברק, "בית המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל", לעיל הערה 6, בע' 928.

³⁶ אבנן, לעיל הערה 34, בע' 443.

³⁷ בג"צ 7074/93 סויסא נ' הי"מ, פ"ד מח(2) 749. על פסק דין זה הרחבתי את הדיבור במאמרי: כהן, לעיל הערה 27, בע' 434-436.

עובדה היא שהחברה הישראלית שסועה ומפוצלת – עד שאין סיכוי של ממש להביאה לידי הסכמה על ערך כלשהו; ואין סיכוי סביר להגיע לידי דעת קהל או לידי רוב ברור ומגובש (להבדילו מן הרוב בכנסת, שאינו זהה עם הרוב בעם). וכבר אמרו שהתפלגות העם לקבוצות רבות ויריבות מונעת כל אפשרות להיווצרותה של דעת קהל אמיתית⁴⁹. לעניין אמון הציבור במערכת המשפט מתווספות לפלגים הרבים הקיימים בלאו הכי, עוד סיעות של בעלי ניסיון הרואים עצמם, בתוקף חווייתם האישית, מומחים לדבר, אלה המתדיינים שהכירו את בתי המשפט מבפנים. מי שעמד לדין פלילי ויצא זכאי, ירחש למערכת המשפט אמון מלא; מי שהורשע ונענש, מאבד כל אמונו בבתי המשפט. אלה ואלה מדביקים את קרוביהם ומכריהם בתחושת אמונם או חוסר אמונם. אף בלי קשר לתוצאות המשפט, עלולים בעלי דין לאבד אמונם עקב עינוי הדין, או קמצנות שופט בפסיקת הוצאות, או דברי בוז ועלבון מפי שופט – ואם בעל דין כן, עד שהעיד בבית משפט ומצא עצמו מושפל ומבוז על ידי עורך דין בחקירה נגדית או על ידי הערת גנאי מפי שופט, לא כל שכן. אפילו אכזבות הלוקחות מעורכי דינם עלולות למוטט את האמון במערכת המשפט. ולעניין אכזבתו של בעל דין המפסיד במשפטו אין נפקא מינה שבית המשפט נימק פסיקתו בדברי היגיון וטעם ושאף בכנות לעשות משפט צדק, לא ההנמקה עיקר אלא אך התוצאה הסופית בלבד⁵⁰.

ההתעלמות מן ההנמקה וההתרכזות על התוצאה הן גם, בדרך כלל, מנת חלקם של כלי התקשורת. אם מפאת חוסר מקום בדפי העיתונות, ואם מפאת חוסר זמן בשידורים האלקטרוניים; אם מתוך התעצלות ושטחיות, ואם מתוך הנחה שציבור הקוראים והשומעים אינו מעוניין אלא בתוצאה בלבד – על כל פנים ניזון הציבור בידיעות מבתי המשפט הנותנות תמונה (על פי רוב נכונה) על פסיקתם האופרטיבית ואינן נותנות תמונה על השיקולים השיפוטיים העומדים מאחוריה. הקורא קורא והשומע שומע שפלוני נשלח למאסר על אשר היכה את אשתו, או שלא נשלח למאסר אף על פי שהיכה אותה, אך בדרך כלל נשאר השיקול, למה נשלח או לא נשלח למאסר, ולמה לתקופה פלונית ולא לתקופה ארוכה יותר, לוט בערפל. אזרח המכבד את אשתו, אמונו בבית המשפט ייפגע לשמע פסיקה פלונית; אזרח שאינו מכבד את אשתו כולי האי, עלול לאבד אמונו לשמע פסיקה אחרת. ואמון האזרח בבתי המשפט עלול להיפגע גם כשפסיקה זו או אחרת מוצגת לו באור משוחד. נימת קולו או חיכוכו של שדרן, או כותרת מזעיקה של עורך, דיות לתרום תרומתן לתגובת הקהל. ואין לאל ידי השופטים להתגונן, נתונים הם בידי התקשורת לשבט ולחסד. אין לי שום תרעומת על כותבי עיתונים המותחים ביקורת עניינית על פסיקת בית

⁴⁹ Bauer, *supra* note 38, at p. 672.

⁵⁰ השו דברי השופט לגודי בפרשת שליט, לעיל הערה 9.

המשפט בלשון תרבותית ומנומסת, במידה שאלה משפיעים על "אמון הציבור", הרי זו השפעה לגיטימית למדי.

פחות לגיטימית היא פגיעתה של הביקורת על פסיקה פלונית באמון הציבור בבית המשפט כמוסד או במערכת המשפט כולה. יש רבים הנחפזים להקיש ולהסיק מן הפרט אל הכלל, וצריך רק מעט מזער כדי שיאבדו אמונם – לפחות לזמן מה. אבל אין בסיכון הזה שהוא – כמו כל אמון הציבור – היפותטי גרידא, כדי לגרוע מכשרותה ומחשיבותה של ביקורת עניינית שקולה, הן על פסיקות מסוימות והן על המדיניות השיפוטית בדרך כלל.

ההנחה היא, כידוע, שהעיתונות ויתר כלי התקשורת הם היוצרים את "דעת הקהל", או לפחות משקפים ומביעים אותה באופן אותנטי – הנחה העשויה לגרוע עוד ממדינתה ומכלליותה של דעת הקהל.

מן המפורסמות הוא שכלי התקשורת הם בכת עינם של הפוליטיקאים. הם רודפים ומחזורים אחריהם, ושום עסקן פוליטי המכבד את עצמו ושואף להכרה ציבורית, אינו יכול בלעדיהם. הולכת וגוברת גם השפעתם הישירה או העקיפה על פעילות בית המחוקקים. משאת נפשם של הפוליטיקאים והמחוקקים היא אהדתם, או אמונם, של המוני הבוחרים בכוח או בפועל. אותם יש לשכנע ששליחיהם עושים למענם את אשר הם דורשים או מצפים מהם – דרישות וציפיות המשתקפות בכלי התקשורת ועל כן בדעת הקהל⁵¹. לא כן השופטים, הם אינם "נבחר הציבור", ולכאורה אינם זקוקים לציבור ואינם תלויים בו, ועל כן אין להם סיבה או עילה לחזר אחריו. וכבר תהו התוהים שאם אמון הציבור אמנם חיוני הוא גם לשופטים, על שום מה אין בוחנים אמון זה על ידי בחירות כלליות; ואם נמנו וגמרו שבחירת השופטים תיעשה אך בידי מומחים ובדרך מינויים בלבד, על שום מה זקוקים הם לאמון הציבור⁵² (כרם, לא שמענו שבאותן המדינות של ארצות-הברית שבהן השופטים עדיין נבחרים בבחירות כלליות, "אמון הציבור" בהם מפותח או מעורה יותר מאשר במקומות אחרים). אמרנו שהשופטים אינם "תלויים" בציבור. אי-תלות השופטים נובעת לא רק מהימנעות רשויות השלטון ממתן עצות או הוראות לרשות השופטת, אלא יש בה גם כדי להטיל איסור חמור על אנשי ציבור ועל "דעת קהל" לנסות ולהשפיע על השופטים במילוי תפקידם השיפוטי. אמרו שיש באמון הציבור במערכת המשפט מעין סימביוזה בין אי-תלות השופטים לבין דעת הקהל אשר ממנה האמון נובע⁵³.

⁵¹ Bauer, *supra* note 38, at pp. 674-675.

⁵² Handsley, *supra* note 17, at p. 195.

⁵³ Nicholson, *supra* note 7, at p. 43.

הציבור כולו, ואולי כמותו כמו הציבור "הנאור" – אף הוא אינו אלא מטפורה – לאמור, שלא הציבור הוא עיקר, אלא הפוטנציאל של דעות מיושבות על רמה מוסרית כלשהי. לכן מדבר השופט ברק שם על "קונסנזוס של אנשים ישרים והגונים" – ומי הם אנשים ישרים והגונים בעיני השופט – אנשים שכמותו, ובכך הוחזרו אל הציבור "הנאור".

או שמא הציבור "הרחב" הוא זה המתבטא והמשתקף במה שקוראים "דעת הקהל" או דעת הציבור (Public Opinion, Öffentliche Meinung) לאמור דעת קהל חיובית על פעילות בתי המשפט דייה להעיד על אמון הציבור הרחב. אין זאת שגם בקביעת דעת הקהל אין קשיים ומכשולים לרוב. לא פעם התברר שמה שהתיימר להיות דעת הציבור כולו, לא היה אלא דעת מיעוט שזכתה להד ציבורי³⁸. הוא הדין באמון הציבור הרחב. מה שמתיימר להיות אי-אמון של הציבור הרחב, יכול שאינו אלא צווחתו של ציבור קטן בעל קול רעש גדול ששמעותו נפוצה לציבור כולו, והיו שאמרו שדעת הציבור כולו אינה אלא אשליה בעלמא³⁹.

כשיש – או כשמדמים שיש – בציבור הרחב דעה אחידה המשותפת לכל, כי אז אוהבים לכוונה "קונסנזוס" – לאמור, הכול יודעים, הכול מבינים, הכול מסכימים. השופט ברק מייחס לקונסנזוס חשיבות רבה לעניין שיקול הדעת השיפוטי בכלל והחקיקה השיפוטית בפרט⁴⁰, אך אין הוא מתעלם מן הקשיים שבדבר: "לעתים קרובות אין כל מידע בדבר הקונסנזוס. לעתים אין כל קונסנזוס, במובן זה, שהשאלה אינה מטרידה את הציבור, לא לכאן ולא לכאן. לעתים קיימת מחלוקת כנה בדבר עצם קיומו של הקונסנזוס"⁴¹. הדברים אמורים, כמובן, ביתר שאת, כשהמדובר הוא בקונסנזוס על אמון או אי-אמון במערכת המשפט. האם אמנם קונסנזוס כזה דרוש? האם בכלל יכול שיהיה קיים?

נניח לשם ויכוח, שהוא נדרש, ויכול שיהא קיים, כי אז יאמרו כי קונסנזוס על אמון הציבור נותן לבית המשפט את כל המיחול וההכסף, ואילו קונסנזוס על אי-אמון שומט מתחתיו בסיס מעמדו וכוח עמידתו. ועוד יאמרו שכבר לימדונו קדמונים

³⁸ W. Bauer "Public Opinion" *Encyclopedia of Social Sciences* XII 669

³⁹ W. Lippman *The Phantom Public* (New-York, 1925)

⁴⁰ ברק, לעיל הערה 19, בע' 281, 290-291. במקום אחר מגביל ברק את הקונסנזוס לקהילייה המשפטית בלבד, א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ב, כרך א: תורת הפרשנות הכללית) 630-631, וראו להלן, ליד הערה 72.

⁴¹ ברק, "בית המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל", לעיל הערה 6, בע' 927.

ש"קול המון כקול שדי"⁴², או, בלשון הגויים: *populi vox dei vox*⁴³ – או לשון אחרת, אין אחרי קונסנזוס כזה ולא כלום. כיוצא בזה מציין ברת האיסלאם שההתעלמות מן ההסכמה הכללית (איג'מה) כמותה ככפירה באללה⁴⁴. אלא התיאולוגיים המוסלמים השכילו להתקין הליכים לשם קביעת קיומה של הסכמה כללית כזו; וכפועל יוצא מהליכים אלה הפך הציבור כולו לציבור נבחר ונאור מאוד⁴⁵. וכשנוכחו לדעת שגם בציבור המצומצם של חכמי האיסלאם אי-אפשר להגיע להסכמה כללית, נמנו וגמרו שרובם נחשבים ככולם⁴⁶.

והוא הדין אצלנו, רובו ככולו⁴⁷, כל הציבור אינו אלא רוב⁴⁸. פיקציה משפטית היא, שרואים את הרוב כאילו היה הכול. אילו לא פיקציה זו, לא היה גוף של שלושה או יותר מסוגל לפעול ולהחליט. כידוע ישנן דרכים שונות לקביעת הרוב, והנפוצה ביניהן היא ההצבעה, ובה סופרים את הקולות בהרמת ידיים או בהטלת פתק או בלחיצת מתג אלקטרוני. אך כיצד נגלה את הרוב בציבור מונוליתי שמרכיביו אינם יכולים להיות מזומנים להצביע? כבר רמזנו שבני האדם נוטים לראות דעת הרוב בדעתם שלהם. זאת אינה פיקציה אלא גנדרנות ושחצנות שעל פי רוב תלויה על בלימה. מי שאין לו אמון במערכת המשפט, עשוי להכריז שלרוב הציבור אין אמון בה – בין שיש לו אפשרות להיווכח בזאת ובין שלא. ואין צריך לומר שאותם הדברים אמורים במי שיש לו אמון זה; הוא משוכנע שרוב הציבור רוחש אמון כמותו. על כל פנים יש רגליים לסברה, שאמון הציבור הדרוש למערכת המשפט הוא אמון של רוב הציבור. אילו ניתן היה לערוך משאל עם שכזה ונוצר בו רוב ברור לכאן או לכאן, יכולים היינו לומר שהציבור רוחש או אינו רוחש אמון זה. כל עוד משאל עם שכזה לא התקיים, אין רוב, וממילא אין "ציבור".

⁴² א' בן-יהודה מלך הלשון העברית, מייחס אמירה זו לספרו של ר' נפתלי הרץ ויזל (1725-1805) חוכמת שלמה (תרמ"ה). אך הניב הופיע כבר בכתבים קדומים יותר, לראשונה אצל ר' יצחק אברבנאל ראו ג' אלקושי אוצר פתגמים וניבים לטיניים (מהדורה שנייה, תשמ"ב) 477.

⁴³ ניב מפורסם זה מייחס לתיאולוג מן המאה השמינית, שהשתמש בו במכתב אל הקיסר קרלוס הגדול שבו הזהירו "שלא להטות אוזן לאלה הנהגים לומר קול המון כקול שדי", אלקושי, שם, בע' 476. אותו הרעיון בנוסח שונה כבר נמצא אצל המשוררים והפילוסופים של יוון ורומי: ראו למשל: L.A. Seneca *Controversia* (1974).

⁴⁴ A.J. Wensinck & J. H. Kramers *Handwörterbuch des Islam* (Leiden, 1941) 196

⁴⁵ *Ibid* להבחנה בין הסכמת כל קהל המוסלמים לבין הסכמת חכמי האיסלאם, ראו: J. Schacht *An Introduction to Islamic Law* (Oxford, 1964) 30

⁴⁶ *Ibid*

⁴⁷ "רובו ככולו מדאורייתא" נזיר, מב, עא; ובצורה דומה בהוריות, ג, עב. ובמקומות נוספים.

⁴⁸ "אין הציבור נדון אלא אחר רובו" ירושלמי, תענית, פרק ג, הלכה ד.