

העוז והמשרה: השנים הפורמטיביות של בית המשפט העליון, 1955–1948

"שופטים נכבדים: [...] כאומן הנושא את היונק מוסר אני היום
ילד שעשועים זה, היקר מכל יקר, [...] שיעמוד על רגליו וישא
את עצמו ויזהיר כוהר הרקיע."¹

"לא בסבי טעמא ולא בדרדקי עצה."²

מבוא

עם קום המדינה ומסירת תיק משרד המשפטים בידי פנחס רוזן, איש המפלגה הפרוגרסיבית, נכנסו ההכנות לקראת הקמת בית המשפט העליון להילוך גבוה. ההתייעצויות נמשכו כל קיץ 1948. רשימת השופטים המיועדים להרכב לובנה בפורום הממשלה הזמנית ואושרה על-ידי הגוף המחוקק – מועצת המדינה הזמנית. בית המשפט העליון נחנך בירושלים ב-15 בספטמבר 1948, ארבעה חדשים לאחר קום מדינה. לנשיא בית המשפט מונה ד"ר משה זמורה ולצידו שרתו יצחק אולשן, מנחם דונקנבלום, הרב שמחה אסף ושניאור זלמן חשין.³ המאמר דן, בחלקו הראשון, בהיבטים המוסדיים של בית המשפט: היסטוריה

* פרופסור למשפטים, אוניברסיטת בוסטון, ארצות-הברית. מאמר זה מבוסס, בין השאר על שיחות וראיונות עם שמעון אגרנט, משה לנדוי, חיים כהן, יעקב שמשון שפירא, שמואל שילה, מרים בן-פורת ורבים אחרים. תודתי נתונה לכולם. האחריות על הכתוב כולה עלי. ברצוני להודות גם לדנה בריסקמן, יורם טורבוביץ ותמר פרנקל אשר קראו את הכתוב (ומורטון הורביץ אשר לא קרא אך הקשיב בסבלנות) והעירו הערות מועילות. נוסח דומה של המאמר פורסם גם בעיוני משפט, 14(3), 1989.

1. דברי שר המשפטים פנחס רוזן במעמד פתיחת בית המשפט העליון של מדינת ישראל, הארץ, 15.9.48.

2. שבת פ"ט. מצוטט אצל ביאליק ורבינצקי, ספר האגדה, עמ' תנ"ג.

3. תיאור מפורט ראה, אליקים רובינשטיין, שופטי ארץ, לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון בישראל, תל אביב 1980 (להלן: רובינשטיין) ויצחק אולשן, דין ודברים, תל אביב 1978 (להלן: אולשן).

של בחירת ההרכב הראשון והשלכותיה על עיצובו של המוסד, והמאבק להכרה ברשות השופטת בכלל ובבית המשפט העליון בפרט כרשות שוות מעמד וערך לשתי הרשויות האחרות במדינה – המבצעת והמחוקקת. בחלקו השני עוסק המאמר בכירור השקפת העולם המשפטית שעוצבה על-ידי בית המשפט לאחר קום המדינה: תפיסת המדינה במשפט הישראלי המתחדש; תפיסת התוכן הציוני של המשפט הישראלי המתחדש; תפיסת שלטון החוק במשמעותו הפורמלית ובמשמעותו המהותית ותפיסת זכויות האזרח. את תרומתו המהותית של בית המשפט העליון הישראלי בשנים ההן בעיצוב גישה משפטית ניתן לכוונת בשם: "משפט קונסטרוקטיבי", על משקל הציונות הקונסטרוקטיבית או הסוציאליזם הקונסטרוקטיבי אשר משרשיהם ינק.⁴

משמעותה של הציונות הקונסטרוקטיבית, אשר התפתחה בארץ בשנות העשרים, היתה פשרה בין האידיאולוגיה הסוציאליסטית לבין האידיאולוגיה של הליברליזם אשר דגל במשק פרטי. בעוד האידיאולוגיה הסוציאליסטית התבססה על קולקטיביזם, או תפיסת הפרט כחלק אורגאני של החברה, הרי התפישה שעמדה ביסודו של הליברליזם היתה אינדיבידואליסטית – ראתה את החברה כסך הכל של פרטים.⁵ הפשרה שבין השתיים שדכה שתי תפישות שונות על תפקידה של המדינה בחברה. האחת ראתה במדינה ערך חיוני, אפילו נעלה, המקפל בתוכו את טובת הכלל ורואה את גאולתו או הגשמתו של הפרט במימוש טובת הכלל. השנייה – ראתה את המדינה כגוף הכרחי לשמירה על הסדר הציבורי אך שלילי במהותו. התפישה הליברלית היא תפישתם של מונטסקייה או של חלק מאבות החוקה האמריקנית: כיוון שהמדינה היא גוף שלילי העלול להשחית מידותיו יש לרסן אותה על-ידי הפרדת רשויות, הכרה בסדרה של זכויות לפרט אשר אין למדינה כוח להפר אותן, הכרה בכלל שהחוק עומד מעל לרצונם של האוחזים ברסן השלטון.⁶ במערכת המשפטית של מדינת ישראל, במיוחד בשנים הפורמטיביות, יצר שידוך זה תיאוריה משפטית אשר מחד גיסא הרימה על נס את המדינה, ולא סתם מדינה אלא המדינה היהודית, כערך נשגב ועליון בסולם הערכים המדיני והחברתי ומאידך גיסא ראתה את בית המשפט

4. יונתן שפירא, הדמוקרטיה בישראל, תל אביב 1977 (להלן יונתן שפירא), עמ' 26.

5. ראה יעקב טלמון, אחדות ויחוד, תל אביב 1965 (להלן: טלמון), עמ' 209–275; מרטין בובר, נתיבות באוטופיה, תל אביב 1987, עמ' 159; וכן Roberto M. Unger, *Knowledge and Politics*, New York 1975.

6. על המתח בין קולקטיביזם וליברליזם בתרבות הפוליטית ראה יונתן שפירא. ראה גם דן מירון, אם לא תהיה ירושלים, הספרות העברית בהקשר תרבותי-פוליטי, תל אביב 1987 (להלן: מירון), על אותו המתח עצמו בספרות העברית (בין ספרות ככלי ביטוי של הלאום מול הספרות כביטוי למצוקתו ומאוויו של הפרט). ראה גם "Republicanism and Liberalism" in Morton J. Horowitz, *American Constitutional Thought*, 29, William and Mary Law Review 57 (1987).

העליון כגוף אשר תפקידו לרסן ולאזן את הרשויות, להקפיד על שלטון החוק ובמידת האפשר למנוע הפרה בוטה של זכויות האזרחים. בקיצור, היתה זו תורת משפט של שעטנו בין קולקטיביזם וליברליזם.

הרקע והקרקע להקמת בית המשפט העליון במדינה שזה עתה הצהירה על קיומה ועצמאותה היתה התרבות המשפטית היישובית בפלשתינה-א"י. שיטת המשטר המנדטורית לא ידעה הפרדת רשויות. הכוח הפוליטי התרכז כל כולו בידי הנציב העליון אשר היה גם מחוקק וגם מבצע.⁷ השופטים היו ממונים על ידי הנציב והוא היה בן-חורין לפטר אותם. קונצפצית אי-התלות של הרשות השופטת, המקובלת במערב, לא היתה חלק מהתרבות המשפטית. גל האלימות אשר שטף את הארץ החל מ-1936, בתקופת המרד הערבי, דרך מלחמת-העולם השנייה וכלה במאבק היישוב לעלייה ולעצמאות בשנות הארבעים – החריף את הריכוזיות והאוטוריטריאניזם של המשטר. אלה התבטאו בין השאר בחקיקת ואכיפת "התקנות לשעת חירום". זאת ועוד: השלטון המנדטורי הפגין תפישה אינסטרומנטלית של המשפט (כלומר תפישת המשפט כמכשיר ליישום רפורמה חברתית) במיוחד בחקיקה המגבילה עלייה ורכישת קרקעות על-ידי יהודים הידועה כ"ספר הלבן" של 1939. הציונות משחר התפתחותה האמינה ב"החזרת העם היהודי להיסטוריה" דהיינו בכוחם של הרצון והמעשה לשדד את מערכות המציאות החברתית וממילא לא יכלה שלא לראות במערכת המשפט תופעה הנוצרת בידי החברה ולא תופעה החיצונית לחברה. המינסד היישובי המשפטי היטיב להבין את תופעת האינסטרומנטליות במשפט ופיתח יחס דו-ערכי. מצד אחד התקומם נגדה בכל מאוודו⁸ ומצד שני פעל במסגרת הפרמטרים שלה. למשל, סטודנטים למשפטים נטו להצדיק את מקצועם מטעמים אינסטרומנטליים (המקצוע חשוב למאבק הציוני – דרושים עורכי דין להגן על חברי המחתרות, על העולים הבלתי חוקיים וכו'), וציבור עורכי הדין היהודיים ראה את השופט פרומקין – הנציג היהודי היחיד בבית המשפט המנדטורי – כמייצג ושומר האינטרסים של היישוב בשפיטה.⁹ על התפישות התועלתניות של המשפט שייצג שלטון המנדט נוספו ביישוב עצמו תפישות של כוחניות תועלתנית בהן הצדק

7. ראה סעיפים 14 ו-15 של ה-Palestine Order in Council, 1922. אמנם הנציב היה כפוף הן להוראות דבר המלך במעצתו והן להוראות ממשלת בריטניה, ופסקי הדין של בית המשפט העליון של פלשתינה-א"י היו בני ערעור בפני Privy Council בלונדון, אך סממנים אלה מעידים על מעמדה הקולוניאלי של ארץ-ישראל המנדטורית ומטרתם הסדרת היחסים בין השלטון המקומי לבין לונדון. בכל הנוגע ליחסים היומיומיים בין השלטון לאוכלוסיה המקומית היה הנציב העליון סמכות ריכוזית ועליונה.
8. ראה הצהרתם של עורכי הדין היהודיים נגד התקנות לשעת חירום 1945, הפרקליט, כרך ג', עמ' 62.
9. ראה הקדמתו של השופט שמעון אגרנט בפסקים נבחרים של גד פרומקין (עורך שלום קסאן), תל אביב 1962, עמ' 9.

והחוק היו נוכרים זה לזה; ומבטא זאת יפה המונח "עלייה בלתי לגלית" (העלייה צודקת אך בלתי חוקית) או שיטת "הזבנג וגמרנו" המלגלגת על נוהלי ביצוע תקינים או התפישה של "יצירת עובדות בשטח" – כלומר בניגוד לנורמות המקובלות, שאף היא אינה עולה בקנה אחד עם התפישה המקובלת של המשפט.¹⁰ לתפישות תועלתניות אלה, בתרבות הפוליטית של תקופת המנדט, היו השלכות ישירות על הבנת תפקידו של המשפט בחברה שבלעדיהן קשה לתפוס את עוצמת המאבק על תפקידו של המשפט בפוליטיקה הישראלית, את הקשיים החמורים – משטריים, נסיבתיים ואידיאולוגיים – שבהם היו נתונים האבות המייסדים של מערכת השיפוט הישראלית, ואת התהליך של בניית בית המשפט למוסד יוקרתי ואמין בימינו.

עם הקמת המדינה, ועוד טרם אוייש בית המשפט העליון, הוחלט שמסמכויותו תהיינה כסמכויות בית המשפט העליון המנדטורי.¹¹ האם ניתן ללמוד מכך שהכוונה היתה להמשכיות עם התרבות המשפטית המנדטורית, או שמא היתה ציפייה למהפכה גמורה בתחום הזה?

הציפיות מבית המשפט העליון: התפישה המהפכנית

אין ספק שהקמת בית המשפט העליון היתה, לפחות בעיני המקימים, מאורע מהפכני מובהק. הם ציפו שעוז יינסך במשרה, שבית המשפט יעשה שותף פעיל בהגשמת חברת המופת. הם ראו עצמם חלוצים, מניחי המסד למערכת משפט חדשה, שונה ברוחה ובמהותה מזו שהיתה מקובלת עד הלום. ההוכחה החותכת ביותר לכך היא ההתרגשות הנלהבת ששרתה על המייסדים ואשר מצאה ביטוי באוצר דימויים הלקוח מרגעים הרי גורל במורשת ישראל: מעמד מתן תורה, יום הכפורים וביאת המשיח.

אולשן, בספר זכרונותיו, מספר על הסערה שגעשה במשתתפים: "כל אחד מאתנו כאילו קלט באוזניו את קול ההיסטוריה ממרומים דובר אליו וקורא לו לנטוש את כל הקושר אותו עם סביבתו ולהתרומם לפסגות ומשם לשפוט וליישר הדורים בין אזרחי המדינה, לעמוד על משמר העיקרון של 'שלטון החוק' ולהשליט צדק לכל אדם ללא הפליה כלשהי, ולהיות מחוסן מפני השפעות כלשהן."¹²

יצחק אולשן, איש העלייה השנייה, ראה בציונות תנועה אשר תשחרר את האדם היהודי מכבלי הדת. חילוניותו היתה במידה רבה מרד והתרסה נגד הדת.

10. ראה אהוד שפרינצק, איש הישר בעיניו, אי לגלים בחברה הישראלית, תל אביב 1986. תיעוד של אותה התופעה עצמה במדינת ישראל נמצא אצל משה נגבי, מעל לחוק, תל אביב 1987.

11. פקודת סדרי שלטון ומשפט (1948).

12. אולשן, עמ' 213.

ואף-על-פי-כן (או בגלל כן) אם נמיר את תיאורו בדבר קול ההיסטוריה "הקורא ממרומים" בקולה של ההתגלות האלוהית ואת חמישיית השופטים במשה היורד מהר סיני ובידו התורה לעם ישראל נמצא שאולשן חווה את המעמד ההוא כמעמד דתי. החוויה היתה חוויית מתן תורה: המעמד המהפכני ביותר בתולדות העם היהודי.

אולשן פרסם את ספרו ב-1978. האם לא היו דבריו אלא נוסטלגיה רומנטית על מעמד שהיה ואיננו? האם שכתב את ההיסטוריה? עיון בדבריהם של משה זמורה – הנשיא הראשון של בית המשפט העליון ופנחס רוזן – שר המשפטים הראשון מעלה שאולשן דווקא השכיל לתפוס את רום הודו של הרגע ההוא. משה זמורה פתח את נאוומו בדחילו, במילים: "הנני העניי ממעש נרעש ונפחד מפחד" – התפילה הפותחת את המוסף ליום הכפורים. בכך הזרים לתוך המעמד את חשמל החרדה, התחושה של עימות עם רגע האמת האופפת את קהיליות ישראל בימים הנוראים. הוא סיים בפאתוס נבואי, כשהוא מכריז על הקמת בית המשפט כעל סמל של סיום גלות, חזרה לעצמאות פוליטית והתגשמות חזון אחרית הימים: "קרוב לאלפיים שנה התפלל עם ישראל שלש פעמים ביום 'השיבה שופטינו כבראשונה ויועצינו כבתחלה'. ברטט אנו מתקרבים היום להגשמת החזון"¹³...

שר המשפטים פנחס רוזן אמר למשתתפים: "שופטים נכבדים: כאומן הנושא את היונק מוסר אני היום לידכם ילד שעשועים זה, היקר מכל יקר, שגידלנו ופתחנו במשך חדשים כה קשים ויגעים, שיעמוד על רגליו וישא את עצמו ויזהיר כזהר הרקיע". ילד השעשועים שזוהרו כזוהר הרקיע במקורות ישראל הלא הוא אפרים, ואפרים על פי המקורות הוא שמו של "משיח צדקנו שזיוו הולך מסוף העולם ועד סופו, וישראל משתמשין לאורו [...]"¹⁴. גם שר המשפטים, ביודעין או שלא ביודעין, שמע את פעמי הגאולה בכואו לברך על פתיחת בית המשפט העליון.¹⁴

ממציאות המוטיבים הדתיים אין להסיק שהיתה איזה שהיא מגמה ליצוק מאטריה דתית לתוך הכלי שזה עתה נוצר. המוטיבים הדתיים מצביעים על העבריות, לא על דתיות המשתתפים וספק אם הם עצמם היו מודעים לכך. במציאות של 1948 היו סימנים ברורים ששופטי בית המשפט העליון והמופקד על משרד המשפטים נחושים להפריד את השיפוט ואת המשפט מן הדת. כוונה זו הסתמנה עוד קודם שמונה פנחס רוזן לתפקיד שר המשפטים. במשא ומתן

13. נאוומו של משה זמורה בטכס פתיחת בית המשפט העליון, הפרקליט, ה, עמ' 187, 189.

14. את נוסחו המלא של נאוומו של פנחס רוזן במעמד הפתיחה לא מצאתי. הפסוק שלעיל נסמך על דיווח בעתון הארץ מיום 16.9.48. הציטוט בדבר "משיח צדקנו" מופיע בספר האגדה של ביאליק ורבניצקי, עמ' שי"א. התבטאויות ברוח דומה אפשר למצוא בדבריו של שמעון אגרנט באוכרה ליצחק אולשן, וכן בדבריו של חיים כהן בתכנית "חיים שכאלה".

המפלגתי על הקמת הממשלה הזמנית תבעו המפלגות הדתיות (המזרחי והפועל המזרחי) לקבל לידיהן את תיק המשפטים, תביעתן הושבה ריקם.¹⁵ בזכרונותיו מספר יצחק אולשן שהרבנים הראשיים החרימו את טכס פתיחת בית המשפט ולא השתתפו בו: אות לאי שביעות רצונם מן האפיק החילוני שעליו עולה המערכת השיפוטית.¹⁶ השופטים גם הקפידו להתרחק מסממן דתי אחר בטכס הפתיחה: הם סירבו לחבוש כיפות לראשיהם במהלך הטכס. הגדיל עשות יצחק אולשן שסירב להשבע אמונים למדינה על ספר התנ"ך והתעקש להשבע אמונים בטכס חילוני.¹⁷ ההישג היחידי שהשיגו הדתיים היה ייצוג בהרכב בית המשפט העליון. הרב שמחה אסף, רקטור האוניברסיטה העברית ומומחה למשפט העברי, נכלל בחמישיה שחנכה את בית המשפט העליון.

מעבר להתבטאויות הנשגבות והדתיות מאוד בהתייחסותן החווייתית, ניתן למצוא אישוש להנחה שהכוונה היתה מהפכנית ולא המשכית בשני היבטים של בניית בית המשפט העליון. ראשית, איוש ההרכב מצביע על כך שניסיון שיפוטי קודם לא היה גורם בעל משקל בבחירת המועמדים. מכל שבעת המועמדים שנשקלו לתפקיד היו רק שמעון אגרנט ושנאור זלמן חשין בעלי ניסיון שיפוטי ובחמישיה שחנכה את בית המשפט היה רק חשין בעל עבר כשופט. בנוסף לכך, פרומקין שהיה השופט היהודי היחיד בבית המשפט העליון המנדטורי למן הקמתו ונחשב למגן על האינטרסים של היישוב בבית משפט זה לא נקרא לשרת בבית המשפט העליון החדש. המגמה היתה לכרות את הקשר עם השיפוט המנדטורי, לא להמשיך בו. היבט שני הוא השיכון שנמצא לבית המשפט. עם קום המדינה הועברו סמכויות בית הדין הגבוה לצדק לבית המשפט המחוזי בתל-אביב וזאת עד שיוקם בית המשפט העליון. הציפייה היתה שבית המשפט העליון יוקם בתל-אביב – מרכז המיסד הפוליטי – לא בירושלים. ההחלטה על ירושלים היתה החלטה של בליית-ברירה ורק משום שלא נמצא שיכון הולם לבית המשפט בתל-אביב.¹⁸ גם מכך ניתן ללמוד שהקמת בית המשפט העליון נתפשה בידי המייסדים כבניית יש מאין, לא כהמשך הקיים.¹⁹

הקמת בית המשפט העליון: היבטים מוסדיים

בעיני מייסדי בית המשפט העליון היה המוסד הזה חישוק בגולת הכותרת של המפעל הציוני וסמל לגאולה, אך אין להתעלם מן המימד הפוליטי הפרגמטי.

15. רובינשטיין, עמ' 51.

16. אולשן, עמ' 213.

17. אולשן, עמ' 213; על המשמר, 15.9.48, עמ' 4.

18. אולשן, עמ' 208.

19. יש דמיון מסוים בין תופעה זו לבין הקמת צה"ל, אף הוא מוסד שבן-גוריון שאף לבנות

כיצירה עצמאית ונותקת מן ה"הגנה" והפלמ"ח, ראה אניטה שפירא, מפיתורי הרמ"א

עד פירוק הפלמ"ח, תל אביב 1985, עמ' 54.

במאמרו "ילד שעשועים" היטיב פנחס רוזן לתפוס את האמביוולנטיות שבה נגשה ההנהגה לעניין בית המשפט העליון. מחד גיסא בבת עינו וגאווותו של המשטר, אות וסמל להצטרפותה של ישראל למשפחת העמים הנאורים, אלה שהחוק הוא נר לרגליהם. מאידך גיסא – דרדק שטרם הגיע לפרקו ואין דעתו שקולה כדעת מדינאים משופשים ומנוסים ועל כן אין להכניסו בסוד ההליכים המדיניים אשר יכריעו בגורלה של המדינה מבית ומחוץ. מימד פוליטי פרגמטי זה בא לביטוי בשניים: בבחירת המועמדים ואישור החמישייה החונכת ובשאלה מה מקומה של הרשות השופטת בסולם העדיפויות העמוס לעיפה של הנוהגים ברסן השלטון.

מי נכללו ברשימת המועמדים?

משה זמורה, שותפו של פנחס רוזן במשרד עורכי הדין הידוע (זמורה, רוזנבליט, קרונגולד ובר-שיריה), איש תרבות, היועץ המשפטי של הסתדרות העובדים אשר ליווה אותה למן הקמתה, מקורב למפא"י, עסקן ציבור ידוע מנוסה ומכובד; יצחק אולשן, בוגר גימנסיה הרצליה, עורך דין ידוע ומפולפל, מקורב לחוגי השלטון בכלל ולמפא"י בפרט, עסקן ציבור ופעיל במאבק הציוני; מנחם דונקנבלום, יו"ר לשכת עורכי הדין היהודיים, היועץ המשפטי של עיריית תל-אביב ושל חיים נתמן ביאליק, איש הציונים הכלליים, שמשרדו שימש מטה למשרד המשפטים בימים הראשונים שלאחר הקמת המדינה. שלישיית עורכי דין זו היא שהוותה את נקודת הכובד של בית המשפט העליון: היא שעבדה עם פנחס רוזן על התכניות להקמת בית המשפט, נהלה משא ומתן עם הגורמים הפוליטיים והניחה את המסד למוסד כפי שהוא ידוע היום. כולם היו עורכי דין בעלי שם, מנוסים ומכובדים. אין צל של ספק שהכישורים המקצועיים היוו תנאי הכרחי להכללתם ברשימה. אך לא היה זה תנאי מספיק. היה להם עוד מכנה משותף והוא עסקנותם הציבורית. כולם היו שייכים לאליטה הממסדית, ושניים מן השלושה היו מקורבים למפא"י. בניתוח זה אני רומזת על קיומו של מפתח מפלגתי או על מודעות לשיקולים קואליציוניים בבחירת המועמדים. קיומם של שיקולים כאלה מתחוור ביתר תוקף כאשר מתבוננים בשני המועמדים הנוספים. הרב אסף, גדול ובקיא בתורה אך חסר הכשרה משפטית, רקטור האוניברסיטה העברית, נכלל ברשימה כנציג הסקטור הדתי, אף-על-פי שלא היה מזוהה עם מפלגה מסוימת.

מי שחסרים בייצוג הקואליציוני עד עתה הם נציגי השמאל כמו מפ"ם ונציגי הימין והרביזיוניזם. מפ"ם מעולם לא זכתה לייצוג ואף התרעמה על כך הן בבטאונה "על המשמר" והן בדיונים על בית המשפט העליון במועצת המדינה הזמנית. אפשר להבין זאת על רקע העוינות הכללית של בן גוריון למפ"ם בעת ההיא וההכנות לפירוק הפלמ"ח בקיץ 1948. אך אי-אפשר להתעלם מן הפן האידיאולוגי: בעיניהם של חוגי השמאל לא היה המשפט מערכת נייטרלית אלא מכשיר להגנה על המעמד הבינוני ובהכרח מערכת שאין בה די רגישות לצרכי

של המעמד העובד.²⁰ ניתוח זה נדחה בשתי ידיים על-ידי האידיאולוגיה הליברלית אשר ראתה במשפט מכשיר נייטרלי שאינו כפוף לאינטרסים מעמדיים. על כן אין תימה שדבריה, ובראשם פנחס רוזן, נמנעו משיתוף נציג מפ"מי או "עממי" ברשימתם. אשר לחוגי הימין: תחילה נשקלה מועמדותו של אברהם ויינשל – עורך דין חיפני ידוע מחוגי הרביזיוניסטים. ואולם הוא דחה את ההצעה. לאחר מכן החליט פנחס רוזן, בעידודו של יעקב שמשון שפירא שהיה היועץ המשפטי הראשון, להציע את המשרה לשמעון אגרנט, שופט שלום בחיפה, איש שכבר אז היה ידוע בפסקי הדין המלומדים שלו. נטיותיו הפוליטיות של אגרנט היו שמאלה מן הציונים הכלליים, אך לא השמאלו עד כדי הזדהות עם מפא"י. לאחר שמינויו אושרר בפורום הממשלתי,²¹ איימו מספר חברי כנסת לטרפד את אישור ההרכב במועצת המדינה הזמנית אלא אם כן יוחלף אגרנט בחשין. לימים טושטשה הפרשיה ונתקבלה הגרסה, שחשין נכלל ברשימה הראשונה בגלל כישוריו המקצועיים, מיומנותו כמשפטן ושליטתו הוירטואוזית בשפה העברית. אין צורך לפקפק בכישוריו הבולטים של חשין כדי להכיר בעובדות כהוותן: תחילה אישרה הממשלה את מועמדותו של אגרנט ולאחר מכן שינתה דעתה והחליפה אותו בחשין. אין ספק כי נטיותיו היותר ימניות של חשין ואיומם של חלק מחברי מועצת המדינה כי לא יתמכו באישור ההרכב שימשו גורם חשוב ואולי מכריע בשינוי החלטתה של הממשלה הזמנית בעניין הרשימה הסופית שהוגשה לאישור מועצת המדינה.

מעבר לקיומם של שיקולים פוליטיים בבחירת המועמדים היו עוד כמה איפיונים משותפים לכל המועמדים ברשימה: כולם היו מוותיקי היישוב, כולם (פרט לחשין שהיה יליד הארץ) עלו ארצה לפני שנות השלושים והיו פעילים במשך תקופה ארוכה ביותר בזרם זה או אחר של הציונות. זאת בניגוד לשופטים שהצטרפו לבית המשפט העליון מאמצע שנות החמישים ואילך ואשר נסיבות עלייתם ארצה קשורות יותר במצוקת היהודים באירופה בשנות השלושים מאשר במחויבות למפעל הציוני. לא נכלל ביניהם ישראלי ערבי (וזאת למרות שמנחם דונקנבלום הציע לכלול ערבי בהרכב).²² לא נכללה ביניהם אשה – למרות מחויבותה של מפא"י לשוויון המינים אשר מצאה ביטוי בהכרזת העצמאות, ולא נכלל ביניהם בן לעדות המזרח – למרות העלייה ההמונית מארצות ערב. עם זאת יש לציין שהאשכנזיות היתה מגוונת: שניים היו ילידי רוסיה (אולשן וליד ליטא ואסף יליד רוסיה הלבנה) אחד יליד גרמניה, אך בעל זיקה משפחתית חזקה לאוקראינה (זמורה), אחד יליד פולין (דונקנבלום) ואחד יליד הארץ (חשין).

20. על המשמר, 18.7.48.

21. על המשמר, 14.7.48; הארץ, 11.7.48; אגרנט גם נכלל ברשימה אשר הגיש משה זמורה לשר המשפטים פנחס רוזן טרם הדיון בממשלה, בעוד חשין נעדר מרשימה זו. רובינשטיין, עמ' 62.

22. רובינשטיין, עמ' 42.

במשך שנת 1948 צורפו לבית המשפט העליון שני שופטים נוספים: שמעון אגרון, יליד ארצות-הברית שהוסיף לייצוג גוון אנגלו-סכסי ומשה זילברג, יליד ליטא שחיזק את האגף הדתי בבית המשפט. תוך ארבעה חדשים מיום הווסדו מנה בית המשפט העליון שבעה שופטים.

קיומו של מכנה משותף חברתי זה מצביע על היבט חשוב שעתידי היה להשפיע על השקפת העולם שיצאה מתחת ידי השופטים: למרות הכוונה לחולל מהפכה במשפט ובשיפוט היו כולם אנשי המימסד. המשותף שביניהם גבר על השונה: בהשקפת עולמם לא סטו הרבה ימינה או שמאלה מן המרכז.

השאלה המעניינת היא כיצד השפיעה החלוקה המפלגתית בבחירת המועמדים וההומוגניות היחסית שלהם על דרכו של בית המשפט העליון משעה שנכנסו השופטים לתפקידם: האם היה השיפוט ממופלג,²³ ואם לא – מה היה: נייטרלי, ואפוליטי כפי שסוברת הספרות הרומנטית של אליקים רובינשטיין ויצחק אולשן או אידיאולוגי במובן הרחב של המילה.

לשאלת השיפוט הממופלג

אין ספק ששאיפתם של שופטי בית המשפט העליון היתה לעשות את המוסד השיפוטי לרשות שוות מעמד וערך לרשויות המבצעת והמחוקקת על-פי הדגם הידוע של מונטסקייה. משימה זו חייבה לא רק אוטונומיה מכל מצע מפלגתי אלא גם נאמנות למושג של שלטון החוק. ואולם, כפי שציינתי לעיל, לא היו הרקע והקרקע של ישראל של סוף שנות הארבעים ערוכים לקלוט ולהפרות גידול אשר כזה. יתרה מזאת: חברי האליטה השלטת בישראל הריבונית היו אף הם אמביוולנטים כלפי הנושא: מחד גיסא התגאו על "ילד השעשועים הזה" – ההוכחה החותכת ביותר ל"מערביותה" ונאורותה של מדינת ישראל. מאידך גיסא לא חשו בנוח לראות את החלטותיהם עוברות תחת מבט הביקורת של אותם השופטים ועוד פחות היו מוכנים לבלוע קביעה שמדיניות ממשלתית זו או אחרת חורגת מן המותר והיא בטלה ומבוטלה.²⁴

מה הראיות לקביעה שהיתה מגמה של בניית רשות שופטת החסינה בפני שיקולים של טובת המפלגה? ראשית, סדרת החלטות שקבלו השופטים עם כניסתם לתפקיד. חלקן היו פוריטניות מובהקות והעידו על הרצינות שבה נגשו למלאכה של בניית חסמים בפני השפעות מפלגתיות כגון החלטה שאין די בכיטול החברות במפלגה אלא יש צורך להמנע מלקבל הזמנה מטעם מפלגה זו או אחרת לאירועים ציבוריים.²⁵ שנית סף הרגישות הגבוה לביקורת פוליטית

23. את המונח שאלתי מדן מירון (מירון, עמ' 41).

24. ספר זכרונותיו של יצחק אולשן, מלא בטרוניות על קוצר רוח וקוצר הבנה של אנשי המימשל כלפי הפעילות השיפוטית ותוצאותיה.

25. אולשן, עמ' 214.

ועיתונאית²⁶ ולסממני סטטוס כגון הנפקת דרכונים דיפלומטיים, דיווח באמצעי התקשורת על השתתפותם של שופטים במעמדים ממלכתיים והזמנת השופטים לאירועים חגיגיים שמקיימות הממשלה והכנסת.²⁷ שלישית יוריספרודנציה פורמליסטית שהשופט אולשן קרא לה "אובייקטיביות נוקשה."²⁸ יוריספרודנציה ציה זו התבטאה בעיקר בהקפדה על קריאה דווקאנית של לשון החוק.²⁹ המלאכה לא היתה קלה וההצלחה לא היתה מרובה.

נקודת משבר חריפה ביחסים בין בית המשפט לבין הממשלה והכנסת התחוללה בינואר 1952. שר המשפטים דב יוסף (אשר החליף את פנחס רוזן בעקבות משבר קואליציוני) התריע מעל בימת הכנסת על מידת הרחמים בה נוקטים שופטים בהטלת ענשים על מי שהורשעו בתקיפת שוטרים. רוצה היה לראות אגרוף ברזל מטפל באלה. אם משום שחרד לכבוד המשטרה, אם משום מזגו חסר המעצורים ואם משום שחבל סובלנותו כלפי גישה השונה משלו היה קצרצר קמעא – לא הקפיד השר על מילותיו והשמיע דברי ביקורתו בלשון פולמוסנית, לעגנית ונעדרת נימוס. "האם הם [השופטים] קדושים בעלי כנפיים שירדו מן השמיים" שאל רטורית, ובהמשך תיאר את גזרי הדין היוצאים מתחת ידיהם של אותם "קדושים" כ"עלבון לחוק". מה בדיוק התחולל בין כותלי בית המשפט העליון לאחר הדברים האלה? ראוי להזכיר את ההקשר שבו נאמרו הדברים. חוק השופטים טרם היה ואי תלות הרשות השופטת תלויה היתה ברצונם הטוב של אותם המבקרים. ההתכתשות היום-יומית על הכרה בשוויון מעמדה של הרשות השופטת היתה בעיצומה והנה בא לא אחר מאשר שר המשפטים המופקד על בתי המשפט ובפומבי מטיל דופי בעבודתם המקצועית של השופטים. הפוליטיקה והמשמעות של הפרשה הזו טרם זכו למחקר מדוקדק, אך גם בלעדיו ברור שבית המשפט העליון חווה זאת כססירת לחי מצלצלת הדורשת תגובה. משה זמורה שלח איגרת ליו"ר הכנסת, בה התריע בלשון מעודנת

26. 8-ב לפברואר 1949 (חמישה חדשים לאחר שנפתח בית המשפט העליון) פרסם העיתון "חרות" כתבה ובה ביקורת על השופטים העסוקים בענייני ציבור (השופט אסף כיהן כרקטור האוניברסיטה העברית, השופט דונקנבלום היה יו"ר ועדת הבחירות המרכזית) במקום בשפיה: "פקידי בית הדין סבורים כי אם העניינים ימשכו בקצב זה הם יזכו בסוף השנה למאות תיקים..." יש להניח כי לוא היו הדברים מתפרסמים היום לא היתה באה תגובה מצד בית המשפט. אך הנשיא זמורה הורה למוזכירו הראשי לשגר מכתב לעורך "חרות" בזה הלשון: "בררתי את העניין בקרב פקידי בית המשפט העליון וכמו כן עם סופרכם הירושלמי והובר לי מעל כל ספק שלא פקידי בית המשפט העליון הם אשר מסרו את האינפורמציה לסופרכם, שהיא דרך אגב לקויה באי דיוק. אודה אם יואיל לפרסם בגליון הקרוב ביותר של העתון 'חרות' שלפקידי בית המשפט העליון אין כל קשר עם הרשימה הנ"ל", מכתב מתאריך 11.2.49 ארכיון זמורה, גנוז המדינה.

27. אולשן, עמ' 239-244.

28. אולשן, עמ' 233.

29. ראה למשל בג"ץ 7/48 אלכרבוטלי נגד שר הבטחון, פד"י ב' עמ' 5.

ומאופקת על התרת המעצורים והסכנות האורבות לחברה שבה הזלזול בבתי המשפט מודרך מלמעלה. האיגרת לא פורסמה בדברי הכנסת והדיון בתכנה סוכל על-ידי הממשלה. הן שר המשפטים והן ראש הממשלה – דוד בן-גוריון – דחו מעל במת הכנסת ובלשון תקיפה את עצם הרעיון שבית המשפט העליון יכול למחות על פגיעה באמינותו. שניהם הסתמכו על רעיון קונסטיטוציוני ידוע ומכובד – הפרדת רשויות. לטענתם הוותה האיגרת משום פלישה של הרשות השופטת לתחומה של הרשות המחוקקת ועל כן ראוי היה לדחותה על הסף. נכון שניתן לראות בהשתלשלות המאורעות משום נצחון לרעיון של הפרדת הרשויות והניתוק המתבקש מן ההפרדה הזו. אך האם זו הפרשנות היחידה של אותו מצב העניינים? בית המשפט העליון לא יזם את ההתערבות ואף לא טען נגד הלגיטימיות של ביקורת. הוא הותקף מעל בימת בית המחוקקים ואת עלבונו ועלבונה של המערכת השיפוטית בא לבקש. יתרה מזו, ההתנגשות לא היתה בין הכנסת לבין הרשות השופטת אלא בין הרשות המבצעת לשופטת. נכון שיכול היה בית המשפט למלא פיו מים (ולמעשה לא נותרה בידו הברירה אלא לעשות כן) אך אולי ראה עצמו כאותו הנס הקטן הנותן אצבעו בחור שנבע בסכר ואיים להציף את הסביבה. על הפרק עמדה שאלת מהותה של הציביליזציה הישראלית המתחדשת: מה תהינה נורמות ההתנהגות בין אדם לחברו, בין הגורמים השלטוניים? מי יראה דוגמה ומה הדוגמה שיראה? (ובמאמר אגבי כדאי להעיר, שבאותו המעמד עצמו התקיף דב יוסף גם את מה שכינה "רמתה השפלה" של העתונות הישראלית. ההתקפה על חופש הביטוי בצד הזלזול במערכת השיפוטית היא סימפטומטית לגישה המתנכרת לתפישה המהותית של שלטון החוק). אין להתעלם מן האפשרות שההתפשות לעקרון הפרדת הרשויות לא היתה אלא אמתלא לנחישות הממשלה (לא הכנסת, שקיבלה את הדין והסירה את הפרשה מעל סדר היום) ל"העמיד את ילד השעשועים במקומו". למעשה אימתה הפרשה את קביעתו של אלכסנדר המילטון כי בית המשפט הוא תמיד "הרשות הפחות מאימת מבין השלושה" יען כי אין בידה לא כוחו של הכידון ולא כוחו של הממון. האם היה העלבון צורב? האם היו לו השלכות? היש קשר בין הפרשה והיא לבין היוריספרודנציה ההססנית שיצאה מתחת ידיהם של השופטים?³⁰

חדשים ספורים לאחר מכן, ב-24.7.52 דיווח עיתון "הארץ" כי שר המשפטים לשעבר וחבר הכנסת פנחס רוזן "הביע את חששותיו ואף חשדות מסוימים לגבי אי-הגשתו של חוק השופטים מחדש" לדיון בכנסת וציין "כי במצב הקיים הממשלה רשאית להלכה לפטר שופטים". שר המשפטים החדש, חיים כהן, הבטיח, על פי "הארץ", שחוק השופטים לא נשכח ויובא לדיון בהקדם.³¹

30. ראה הארץ, 15.2.52; 29.1.52; 28.1.52; 28.2.52; 27.3.52; 5.3.52; 11.2.52, וכן רובינשטיין, עמ' 87-91. ראה גם התייחסות לפרשה אצל השופט אגרנט, תרומתה של

הרשות השופטת למפעל החקיקה, עיוני משפט, (1984) עמ' 234.

31. הארץ, 4.7.52.

היסטוריונים אינם נוטים לחטט בשאלה "מה היה אילו". מה היה אילו היתה ממשלת ישראל יציבה ודב יוסף המשיך לכהן בה כשר המשפטים? מה היה אילולי חזר פנחס רוזן למשרד המשפטים? מכל מקום, רוזן חזר. שנה לאחר ההתנגשות בין הממשלה לבין בית המשפט העליון נכנס חוק השופטים לתוקף. החוק הווה ציון דרך מרכזי במאבק לאי־ממופלגות בשיפוט.³² אזכיר שני מרכיבים מרכזיים של החוק אשר השפיעו על מעמדו המוסדי של בית המשפט העליון: החשוב ביותר הוא ההבטחה של אי תלות. כאמור עקרון קרדינלי זה לא הווה חלק מן המערכת המנדטורית ולמן קום המדינה חל בארץ דה־פקטו בלבד. עיגונו במפורש בחוק השופטים היה מבחינה זו מהפכני באשר הוא הסיט את הפוליטאה הישראלית לכיוון המערבי הליברלי. חסינות השופטים נתנה גושפנקא לרעיון שמושג המדינה בישראל איננו זה של הלווייתן הריבוני והכל יכול אלא זה של המדינה הכפופה לחוק כאשר הפרדה בין רשויות והבטחת עצמאותן של הרשויות מיועדת לנטרל את אימתו של ריכוז הכוח בידי לווייתן. גורם שני היה המעבר לשיטת בחירה של שופטים על־ידי ועדה. השיטה של מעורבות גלויה ופעילה של הרשות המחוקקת בבחירת השופטים באמצעות אישור המועמדים בהחלטת כנסת – שיטה שנתנה גושפנקא פומבית להיבט הפוליטי של השפיטה – בוטלה. תחתיה אומצה שיטה חדשה ומקורית שביטלה את מעורבותה של הרשות המחוקקת והעבירה את הסמכות לידי ועדה. המעבר היה מהליך בחירת שופטים דמוקרטי ופתוח, להליך מינוי השואף להראות מקצועי והסגור בפני הציבור. היה בכך משום דחיית הסמבוליקה הדמוקרטית לטובת הסמבוליקה המקצועית. חשיבותו של המפנה היתה בכך שהדגיש את ההתמקצעות של הפעילות השיפוטית. ההתמקצעות הזו איששה, ובעת ובעונה אחת הפרתה, את הציפייה ואת התפישה שתכנה של הפעילות השיפוטית הוא א־פוליטי.

עוד היבט אחד אשר חיזק את הדגש על התמקצעות היה קשור בהליך מינוי נשיא בית המשפט העליון וממלא מקומו. התפישה היותר פוליטית ובו בזמן גם היותר דמוקרטית היא זו המתבססת על מעורבות של הרשויות האחרות במדינה או של הוועדה המקצועית המטפלת במינוי שופטים מן השורה. כשחלה השופט זמורה והסתבר כי יקשה עליו לתפקד כנשיא בית המשפט העליון, עלתה השאלה אם וכיצד למנות ממלא מקום וכיצד יבחר הנשיא הבא. השופטים עמדו על כך שהנשיא וממלא מקומו יבחרו מבין השופטים עצמם ועל פי הוותק.³³ בכך, יש לשער, קיוו ליטול את העוקץ מן הפוטנציאל של הנשיא כמנהיג, כראשון בין שוים, אשר כולם מכירים בכוחו להשפיע על דרכו האינטלקטואלית של בית

32. אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, תל אביב 1984 (להלן: אמנון רובינשטיין), עמ' 221.

33. ראיון עם יעקב שמשון שפירא. אולשן, עמ' 245.

המשפט העליון. מינוי הנשיא על פי הוותק – גורם שהוא חיצוני לאישיות ולכישורי השופט – אף אישש את התפישה של האובייקטיביות והמקצועיות של הפעילות השיפוטית.

השאלה המעניינת היא מה תוכנו של השיפוט המקצועי? מה תוכנו של הליך ההתמקצעות שהחל עוד ב-1948 וזכה להכרה פוליטית וחוקית ב-1953? ניתן לשאול את אותה השאלה אחרת: האם יש ממש במסקנתה של ספרות-הטפיחה על-שכם שאי הממופלגות היא הוכחה לקיומה של אוטונומיה ממערכת ערכים פוליטית? האם נכון שהמשפט הישראלי בתקופה הפורמטיבית שלו הוא מעין שמורת טבע מבודדת מן הפוליטיקה ונייטרלית לה?

האם היה המשפט הישראלי המתהווה מנותק מן הפוליטיקה במובן היותר רחב של המילה, דהיינו מן הזרמים השונים אשר התרוצצו באידיאולוגיה הציונית: סוציאליזם שמצא את ביטויו בסדרת חוקי העבודה שנחקקו בתחילת שנות החמישים? ליברליזם שמצא את ביטויו במחוייבות המופיעה בהכרזת העצמאות לשוויון הכל בפני החוק, להפרדת הדת מן המדינה ולחקיקת חוקה שתגביל את המדינה? לאומנות או פטריוטיזם או לאומיות שמצאו ביטויים בסערת הנפש שגרפה את הכל עם הקמת המדינה היהודית? האם ירח הדבש עם המושג של "מדינה" בכלל ומדינה ליהודים בפרט – פסח על השופטים?

האם ייתכן שבית המשפט הזה, שבתוך עמו הוא ישב, שהתמודד עם הבעיות היותר בוערות של החברה הישראלית בשנים ההן,³⁴ לא הגיב אינטלקטואלית לנעשה אלא הפעיל נורמות ומתודולוגיה המנותקים מן המקום והזמן, א-הסטרורים וא-פוליטיים?

תפישת המדינה היהודית והפרויקט הציוני בפסיקת בית המשפט

אם האדם הוא תבנית נוף מולדתו, מה על המשפט היוצא מתחת ידיו גישתי למשפט היא שאין המשפט מדע המנותק מן החברה אלא תופעה חברתית היונקת מן ההיסטוריה והתרבות הפוליטית של החברה בה הוא מתפתח. מבלי להיכנס לשאלה זו, שהיא פילוסופית בעקרה, בהקשר זה, אנסה להראות כיצד השתקפו הזרמים האידיאולוגיים השונים במדינה העברית המתחדשת בפסיקת בית המשפט העליון. באופן כללי התיוזה שלי היא שהמשפט הישראלי הריבוני התפתח במתכונת של הציונות הקונסטרוקטיבית, דהיינו הוא שקף סינתזה בין רעיונות קולקטיביסטיים לבין רעיונות ליברליים וכך היה הד לאידיאולוגיה הציונית של שנות השלושים והארבעים. את האלמנטים הקולקטיביסטיים אחלק

34. בין השאר טיפל בית המשפט בבעיות של בטחון, הפקעת נכסים מיהודים ומערבים, רכוש נטוש, בעיות שהתעוררו עקב משטר הצנע הקפדני, התחמקות משירות צבאי, קלקולים במערכות הבחירות, ופילוג עין-חרוד.

לשניים: תפיסת המדינה היהודית והפרוייקט הציוני כפסיקת בית המשפט מחד גיסא ותפיסת היחסים בין המדינה לאזרח מאידך. האלמנט הליברלי מצא את ביטויו במאמץ להשריש מושגים של שלטון החוק בתוך הפסיקה הישראלית ובמאבק, לעתים חסר תוחלת ולעתים מוצלח, על השרשת תפישות של זכויות הפרט בחברה שבה העלית השלטת העניקה את הבכורה לקולקטיב.

כיצד התייחסו שופטי בית המשפט העליון, כולם נאמני הציונות, למדינה החדשה? המושג "מדינה יהודית" איננו מושג בהיר. הוא מקפל בתוכו ניגודים עמוקים המתרוצצים במחשבה הציונית כמו למשל מושג המדינה היהודית כמקלט לנרדפי העם היהודי (תכלית הציונות היא למנוע שואה) במובחן מן המדינה היהודית האוטופיסטית של "ארץ חמדת אבות [שבה] תתגשמה כל התקוות" (תכלית הציונות היא לבנות חברת מופת). ניגוד שני הוא מדינת היהודים – שהיא בעקרה מדינה ליברלית על-פי הדגם ההרצליאני במובחן מן המדינה היהודית שמטרתה תקומת התרבות העברית על-פי הדגם האחד-העמי. ניגוד שלישי הוא מדינה שבה שולטות אידיאולוגיות של השמאל, סוציאליסטיות בעקרון במובחן ממדינה שבה שולטות אידיאולוגיות של הימין – קורפורטיסטיות למשל או ליברליות מבית מדרשם של הציונים הכלליים, או הניגוד שבין מדינה חילונית לבין מדינה שהיא בנשמתה תיאוקרטית. בפסיקת בית המשפט העליון התרוצצו כל הניגודים האלה ואחרים. אך על עובדה אחת קשה לחלוק: המדינה היהודית והמעשה הציוני היו נדבך חשוב ומרכזי בהשקפת העולם השיפוטית של שנות החמישים הראשונות.

מדינת ישראל: גוי ככל הגויים או עם לבדד ישכון?

מעשה בזוג יהודים אזרחי צרפת ולהם שני ילדים. השניים התגרשו בצרפת והאפוטרופסות על הילדים נמסרה לאם בפסק דין מוסמך וסופי.³⁵ בדצמבר 1949 נטל האב את הילדים, עלה ארצה ושוֹפֵן במחנה העולים בפרדס חנה. האם פנתה לבג"ץ בבקשה שיצוה על מסירת הילדים לידיה, והסתמכה על החוק הבינלאומי הפרטי בעניין זה. האב פרט על מיתרים אידיאולוגיים: עז רצונו להעניק לילדיו חינוך יהודי במדינה יהודית. בית המשפט נאלץ להתמודד עם השאלה של משמעות המדינה היהודית. האם ישראל היא מדינה ככל המדינות או שמא היא מיוחדת במינה? האם הנורמות שחלות בה הן אותן הנורמות החלות באנגליה, סקוטלנד, צרפת וכד' או שמא אופיה המיוחד מוציא אותה מן הכלל? האם ישראל הוא גוי ככל הגויים או עם לבדד ישכון? האם במדינת ישראל המתחדשת יש להחיל את ההלכה הקובעת ש"הכל מעלן לארץ-ישראל ואין הכל מוציאין" או שמא יחול המשפט החילוני?

35. אמאדו נגד מנהל מחנה העולים בפרדס חנה, בג"ץ 125/49 פד"ד עמ' 4.

השאלה היתה כל כך קשה עד שהוחלט שבית המשפט ישב בהרכב של חמישה. עוד טרם ניתן פסק הדין התברר שיש עימות חריף בין השופטים. הנשיא זמורה רצה להחיל את כללי המשפט הבינלאומי החילוניים, היינו להעלות את מדינת ישראל על תלם האוניברסליות. ההנחה המובלעת כאן היתה שמשעה שנעשתה ישראל למדינה, עליה להיות מדינה ככל המדינות ואין ההיסטוריה המיוחדת שלה פוטרת אותה מן המקובל ביחסים בין בית משפט זר לבית משפט מקומי. הוא התייחס לבעיה של משמעות המדינה היהודית בשני משפטים קצרים:

בית המשפט הזה, וכל שופט בישראל, ישמח בודאי על כל ילד יהודי אשר יעלה ארצה ויקבל את חינוכו בישראל, אבל לא זו הדרך להעלות את ילדי ישראל ארצה. חלילה לנו מעשות את ארצנו מקלט לאנשים [...] [המבריחים ילדים מחוץ לחוק ולמשפט. מדרך זו לא תצמח ברכה לא לארץ ולא לילדים].³⁶

את המשפטים המתונים הללו ניתן להבין רק בהשוואה לפאתוס חוצב הלהבות של שנאור זלמן חשין:

בית משפט ישראלי, בבואו לקבוע את גורלו של ילד יהודי המצוי בתחומי סמכותו, אינו רשאי להעלים עין ממצבם המיוחד במינו של האומה הישראלית [...] בין גויי הארצות [...] לא ככל העמים ישראל, ולא הרי ילד יוגוסלבי שאמו הסקוטית הביאתהו עמה מבלגרד לסקוטלנד, כהרי ילד יהודי שאביו [...] העלהו מארצות הגולה לישראל.³⁷

כלומר, ישראל היא מדינה מיוחדת ועל בית המשפט שלה להכיר בכך בפסיקתו. ואחרי שהוא מתאר את רדיפות היהודים בגולה ואת השואה שבה הוא רואה המשך ישיר לרדיפות הללו, ובכך מדגיש את המוטיב של המדינה היהודית כמדינת מקלט, הוא ממשיך:

כלום יכול בית משפט בישראל לשכוח את פרשת השואה [...] בבואו לדון בשאלת שילוח בנים מקינם? וכלום מצווה הוא לעצום עין מראות את תקומת ישראל בארצו ואת התוצאות הכרוכות לכל יהודי באשר הוא יהודי בהגשמתה של תקוות־דורות על שיבת בנים לגבולם? [...] כל יהודי העולה ארצה מסייע לא רק בתחיית האומה ובבנין הארץ, אלא מבטיח גם את שלומו ועתידו הוא [...] את נפשו הוא מציל מטמיעה ומכליה.³⁸

36. שם, עמ' 21. וראוי לשים לב למשפט "לא זו הדרך", המעורר אסוציאציות על מאמרו של אחד העם בדבר תכנה של הפרוגרמה הציונית.

37. שם, עמ' 23.

38. שם, עמ' 23.

"תחיית האומה ובניין הארץ" הם אלמנטים של הציונות האוטופית, לא של הציונות הקטסטרופלית הרואה בארץ בראש ובראשונה מקלט לנרדפים. חשין כרך את כל המוטיבים הללו יחדיו. זמורה בקש להבחין ביניהם, לנפות את ההתבדלותי מן המערכת הנורמטיבית ולהדגיש את האוניברסלי. נרעש מן הפרטיקולריזם הבוטה של חשין, שלח הנשיא זמורה את שמעון אגרנט שידבר על לבו להוציא את הדברים האלה מחוות דעתו. לאחר שיחה ארוכה בין השניים שאל חשין: "מה אתה רוצה שאעשה" – "תעשה מה שאתה מבין" השיב לו אגרנט. הקטעים נשארו בפסק הדין כפי שהיו במקור. שלא בפניו הדביקו השופטים בחשין את הכינוי "ירחמיאל" – סמל לשוביניזם הישראלי. חוות דעתו של חשין בפסק הדין בעניין אמאדו היתה ציונית מובהקת בשלילת הגלות שבה ובנחישותה להוציא את ישראל מן הגלות. אך היה בה אלמנט ציוני נוסף ומרכזי: הוצאת הגלות מישראל.

שלילת הגלות בתרבות ישראל המתחדשת

מוטיב שלילת הגלות בתרבות הישראלית המתחדשת ובניין היהודי החדש והמשוחרר, זכה לתמיכה מסיבית של שופטי בית המשפט העליון. הנה חשין בפסק הדין בעניין אמאדו:

התחדשותה של האומה בארצה פירושה התחדשותו של כל איש ישראל, טובת ילד ישראלי דורשת, כי דמותו תעוצב בדפוסי הלאום, על רקע המולדת, וכי יגדל ויחונך בין אחיו בני־עמו כאדם חפשי, ללא סימני היכר של הרכנת ראש ותסביך נחיתות המאפיינים כל־כך יהודי בגולה [...]³⁹ [הדגשה שלי – פ.ל.]

אם תפישתו של חשין בפסק דין אמאדו כורכת את אווירה דגלותא בתסביך נחיתות, הרי אולשן בפסק הדין בעניין דרשוביץ נגד היועץ המשפטי מזהה את הגלות עם "יחס של זלזול במשטרה".⁴⁰ מדובר היה בהרשעת חרדים על שהפרו את הסדר הציבורי בהפגנה נגד חילול שבת בשכונת גאולה בירושלים. ההפגנה כללה בין השאר סממן מוכר של התרבות הפלשתינו־ישראלית: ידוי אבנים במכוניות. אולשן השאיר את ההרשעה על כנה כשהוא מפעיל את העיקרון הליברלי, שהאזרח החילוני בן חורין הוא לעשות כחפצו (לנסוע במכונית בשבת, גם באיזור דתי) אם אין החוק אוסר זאת.⁴¹ כאשר לעונש אמר:

39. שם, עמ' 26.

40. ע"פ 100/51 פד"י ו' עמ' 278.

41. שם, עמ' 281.

יש לעקור מן השורש את יחס הבוז המתגלה, לצערנו, פה ושם כלפי שוטר בישראל. יש ואזרחים מרשים לעצמם כאן יחס של זלזול [...] שלא היה עולה על דעתם להרשות לעצמם כלפי השוטר בארצות הגולה [...] את ההרגל הגלתי הזה לראות בשוטר אויב יש לחסל ויפה שעה אחת קודם. מובן שיש להשיג דבר זה בדרכי חינוך והסברה [...] אבל גם בתי המשפט יתרמו [...] אם יתייחסו בכל חומר הדין להתנגדות בלתי חוקית לשוטר [...]⁴²

פסק הדין ניתן פה אחד. השופטים היו תמימי דעים בעניין הצורך "לחסל הרגלים גלותיים". כאן עמדה לנגד עיניהם המדינה האוטופיסטית בה המשטרה היא משטרתם של האזרחים והם שופרה, מגיניה ונושאי דברה.

האדם הישראלי הנבנה עם תקומת ישראל זכה להארה מזווית נוספת בפסק דין: "אלופי ובוירי נגד היועץ המשפטי"⁴³ הימים היו ימי העלייה ההמונית ועולים רבים ניסו להתחמק משירות צבאי על-ידי זיוף תעודות לידה. שני פקידים בכירים במשרד הפנים ראו בשוועתם של העולים הזדמנות לנקיטת יזמה עצמית וגריפת רווחים הגונים. הם עשו את משרד הפנים ל"קן של שחיתות" שבו כל המשלם זכה לשינוי מסמכיו לשביעות רצונו. השופט חשין דחה את ערעורם של הפקידים והתריע על הבגידה בתקומה העברית המתרחשת שעה שהפקידות הבכירה מעודדת נורמות של אתיקה צבורית "הנהוגות בגלות":

היו אלה [...] עולים חדשים אשר לא היו מורגלים בארצות מוצאם לזכויות [...] ולחובות אזרחיות. וזאת תורת החינוך האזרחי אשר אמרו המערערים [...] להקנות להם: זייף, רמה, השבע לשקר, תת שחד והיפטר מכל האמצעים הפסולים למלא חובת היחיד למדינה [...] מחוץ למכירת המדינה לאויב ממש, קשה להעלות על הדעת עבירה חמורה מזו, העשויה לקעקע את עצם יסודותיה של מדינה.⁴⁴

הדוגמה האחרונה שאתן להדגשת מחויבותו של בית המשפט העליון להדברת הגלות מישראל נוגעת בצפור הנפש של התחייה העברית: השפה. האם יפרש בית המשפט את החוק כניטרלי ושווה נפש לכל שפה, על פי עקרונות הפלורליזם זם והסובלנות של המסורת הליברלית? או שמא יסייע ביד המימשל ליתן עדיפות לשפה העברית?

השאלה באה לפני בית המשפט העליון בפסק הדין הידוע כ"שטיין עתון דמוקרטי נגד שר הפנים".⁴⁵ העיתון הדמוקרטי אמור היה להתפרסם בלועזית, בין השאר ביידיש. בידי הבעלים היה רשיון לפרסום עיתון עוד מתקופת המנדט.

42. שם, עמ' 283.

43. ע"פ 226/54 פד"י ט' עמ' 1345.

44. שם, עמ' 1357.

45. בג"ץ 213/52 פד"י ו' עמ' 867.

שר הפנים השתמש בסמכותו לסגור עתונים שאינם יוצאים ברציפות והורה לבטל את הרשיון. בעתירתו לבג"ץ טען המו"ל כי עובדת אי-הרציפות היא תירוץ המשמש מסווה למדיניות הממשלה לדכא את היידיש ולעודד תחתיה את העברית. בחצי פה הודה משרד הפנים בפני בית המשפט שאמנם כך הדבר ואלה דברי השר המצוטטים בפסק הדין:

מטעמי מדיניות אני נוהג [...] לפעול לפנים משורת הדין בקשר לעתונים שיוצאים לאור ב[...]עברית, אינני רואה שום סיבה לנהוג לפנים משורת הדין בנוגע לעתונות המופיעה בשפה הלועזית. ידיעת השפה העברית והופעת העתונות בשפה זו מהווה חלק ממדיניות משרד הפנים.⁴⁶

על ההקשר ההיסטורי הרחב של המאבק בין העברית ליידיש ומשמעותו בתולדות הציונות אין צורך לעמוד כאן. מן הבחינה המשפטית עמדה בפני בית המשפט הברירה לראות את המדינה כגוף נייטרלי הנטול כוח להעדיף התבטאות עתונאית פרטית בשפה אחת על פני רעותה או לאמץ את התפישה שהמדינה כמדינה ציונית מותר לה ואולי אף רצוי שתעודד את העברית ותדכא את היידיש.

יצחק אולשן שכתב את פסק הדין ודחה את העתירה, לא הרחיק לכת כדי מתן הכשר למדיניות כזו. אך גם לא טרח להוקיע את חוסר הליברליות במדיניות שבאה לשים מכשול על דרכו של פרסום לועזי. ואלה דבריו:

ואפילו נניח שקנאותו לעברית הניעה את [...]נציג משרד הפנים] על כל פנים איננו יכולים לגלות חוסר תום לב מצד [...]הנציג] בסרבו להטות חסד ולתת הקלות לעתון שאיננו בשפה העברית.⁴⁷

תחיית השפה העברית

דחיית היידיש כשפה שוות ערך לעברית היתה רק פן צדדי בהתייחסותו של בית המשפט העליון לשפה העברית. השפה העברית הוותה סממן מרכזי ובולט בהוויית התחייה הלאומית וטובתה עמדה לנגד עיני המייסדים עוד טרם נחנך בית המשפט. אחד הנימוקים המכריעים שהופיעו בדיעבד להעדפתו של חשין על פני אגרנט היה כשרונו לכתוב עברית עשירה, מסוגננת ורהוטה.⁴⁸ על חשיבותה של העברית בתרבות המשפטית עמד חשין בפסק הדין "מיטובה נגד קום המר".⁴⁹

46. שם, עמ' 871.

47. שם, עמ' 871-872.

48. "רצינו סגנון, ברק" נזכר יעקב שמשון שפירא בראיון על התקופה ההיא.

49. בג"ץ 89/51 פד"ו עמ' 4.

משהוקמה המדינה באה גאולה גם ללשון העברית. השפה האנגלית הוסרה מהיות גבירה, והשפה העברית שוחררה מכבלי התרגום [...] ונעשתה ללשון המקור של חוקים, תקנות וצווים.⁵⁰

ואמנם, הרגישות לשפה היתה רבה. כיון שהמשפט הישראלי היה עדיין בחיתוליו, עשו השופטים שימוש ניכר בפסיקה זרה: אנגלית, מנדטורית ואחרת. אך המעלעל בכרכים הראשונים של פסקי דין כמעט ולא ימצא מובאות בלועזית. השופטים הקפידו לתרגם כמעט כל ציטוט – ולא היתה זו מלאכה של מה בכך – ובלבד שתשמר העבריות בפסיקה. הם גם השתדלו להעשיר את העברית המשפטית המודרנית ולטבוע מונחים ומטבעות לשון, לעתים חדשים ומקוריים ולעתים משנאיים או תלמודיים. אחד הידועים ביותר, שהפך לנכס צאן ברזל במשפט היא אימרתו של השופט זמורה כי: "אמת ויציב – אמת עדיף", דהיינו בהתנגשות בין הצדק לבין היציבות הנורמטיבית, על בית המשפט להעדיף את הצדק (שוב רמז לתפישה האוטופית).⁵¹

מבחן הוודאות הקרובה שטבע אגרנט או מבחן הגולגולת הדקה שטבע זילברג אף הם הפכו מונחים השגורים על פיו של כל משפטן. אך היו גם חידושים שלא נקלטו. למשל, מעטו של השופט זילברג: "בקשה זו באה לידינו ביום [...] דחינה על אחר מן הנימוקים הבאים, אך מאפס פנאי לא הספקנו להעלותם על הכתב אותיות" ובהערת שוליים הוא מוסיף שפירושו של אותיות הוא "תיכף ומיד" והוא מפנה את הקורא ל"נדה י"ד ע"א"⁵²; או מעטו של השופט אסף: מדובר היה בחברי מועצת בתי-ים שהחליטו כי חברי מועצה יכולים גם לשמש כמנהלי מחלקות בשכר וכך להתפיח את הכנסתם. בית המשפט קבע כי המעשה אינו חוקי באשר "אין זו אלא דרך להיטיב תנאי עבודתם בניגוד לחוק" ו"אם אתה עושה כך אתה עושה את החוק פלסטר וכופה עליו פסכת" והוא מסביר שפסכת הוא דוד או קלחת גדולה.⁵³

בדככותם בשפה העברית הוכיחו השופטים שתפישתם את המדינה היהודית היא תפישה אחד-העמית המבקשת להחיות את התרבות העברית בהקשרה הלאומי הרחב. אך להחייאת והעשרת השפה, היו גם היבטים מנוגדים הקשורים לאנטינומיה שבין מדינה חילונית למדינת הלכה. החייאת העברית המשפטית הביאה בכנפיה את השאלה אם מדובר גם בהחייאת המשפט העברי. האם יפתחו שופטי ישראל כלל פרשני המצווה על קליטת המשפט העברי כל אימת שלשון החוק מרשה זאת או שמא ידחו פרשנות זו וידגישו את המקור החילוני של המשפט הישראלי? הוויכוח נמשך מאז ועד היום. בשנים הראשונות היה זה

50. שם, עמ' 11.

51. רוזנבאום נגד רוזנבאום, ע"א 376/46 פד"י ב' עמ' 254.

52. לוי נגד שר הבטחון, בג"ץ 94/52 פד"י ו' עמ' 939.

53. פסחוביץ נגד יו"ר וחברי מועצת בתי-ים, בג"ץ 172/52 פד"י ו' עמ' 939.

דווקא חשין, היותר לאומני שבחבורה, שהכניס את ההבחנה בין השפה ככלי לבין התוכן הנורמטיבי הצפון בה, דעה שנתקבלה על דעת רוב חבריו (בניגוד לדעתו של זילברג):

המחשבה המשפטית של המחוקק ושל מנסחי החוק, ואף של מפרשי החוק לסוגיהם, הוסיפה – והיא תוסיף עוד עת רבה – לינוק מתחומי המשפט האנגלי, אך את החוק גופו דרוש היה להליבש מחלצות עבריות מקוריות. [...] אין תימה שבהשלמה לתהליך חידוש חיינו המדיניים העתיקים נוצרה השאיפה לחדש גם את צורות הביטוי העברי המקורי [...] אך לא תמיד מתאים הדפוס לחומר אשר הוצק לתוכו.⁵⁴

כאן המקום להזכיר, שנאמני השפה, הציוניים ואפילו הלאומניים שבהם, לא הססו לקרוא לילד בשמו כאשר היה מדובר בכיבוש שטחים שהיו אמורים להכלל בתחום המדינה הפלסטינית על פי החלטת החלוקה. בשנים 1948, 1949 ו-1950 לא הססו שופטי ישראל, לרבות השופט חשין להתייחס לכיבוש ירושלים, כיבוש חיפה וכיבוש הגליל. עובדת היותה של העיר ירושלים "שטח מוחזק" מופיעה בפסק הדין הראשון שכתב בית המשפט העליון.⁵⁵ המונח "שטח משוחרר" לא היה חלק מן הטרמינולוגיה המשפטית של אותם הימים ואולי משמשת התופעה אות לענווה שאפיינה את הדור שזכה לראות מדינה והיא רחבה מגבולות החלטת החלוקה.

ישנם עוד היבטים לתפישת המדינה היהודית, אשר לא אדון בהם, כגון תפישת בית המשפט את הנוער מחד גיסא כמגש הכסף שעליו הוקמה מדינת ישראל ועל כן כראוי להוקרת הציבור ולמתן פריבילגיות, ומאידך כקבוצה הפגיעה להסתה אנטי לאומית שיש על כן לשמור עליה – גם באמצעים משפטיים – מפני רעיונות פוליטיים החורגים מן הקונצנזוס;⁵⁶ תפישת הקונפליקט היהודי-ערבי במדינת ישראל כקונפליקט בין היישוב לבין מדינות ערב, ולא בין היישוב לבין הפלסטינים תושבי הארץ;⁵⁷ תפישת תנועת ההתיישבות וגאולת אדמות המולדת כמעשה קולקטיבי-לאומי ולא אינדיבידואליסטי, תפישת שאפשרה מתן

54. מיטובה נגד קזם המר, בג"ץ 89/51 פד"ע ו' עמ' 12.

55. סילוסטר נגד היוע"מ, ע"פ 1/48 פד"י א' עמ' 5.

56. השווה בג"ץ 64/50 אבולעפיה נגד הממונה על מחוז ירושלים פד"י ד' עמ' 885 עם שושנה כץ-שמואלי נגד שר החינוך והתרבות, בג"ץ 76/55 פד"י ט' עמ' 1839.

57. דיאב נגד היוע"פ המשפטי, ע"פ 44/52 ו' פד"י 922. השופט זילברג דוחה את טענת המדינה שמלחמת השחרור היתה בין השאר מלחמת אורחים וקובע: "אנו מעולם לא הודינו בכך, כי מדינות ערב באו לעזור לערביי ארץ-ישראל, וכי מטרת מלחמתן היתה להקים מדינה פלשתינאית [...] זו היתה טענתם-תואנתם [...] אך האמת היתה ממנה והלאה [...] לא חשוב, איפוא, מה חשב בלבו מנהיג הכנופיות [...] הם [הפלסטינים – פ.ל.] שמשו מרצון או שלא מרצון כלי שרת בידי הפולשים." (הדגשה שלי – פ.ל.) עמ' 932.

לגיטימציה להחלטות הקרן הקיימת כמייצגת הקולקטיב והתעלמות מרצון המתיישבים עצמם בהקשר השיפוטי,⁵⁸ ועוד.

תפישת היחס בין המדינה לאזרח והרלבנטיות של שלטון החוק

העולה מכל אלה הוא שהמדינה לא נתפשה על-ידי בית המשפט במוחה הליברלית, כגוף נייטרלי ומשותרר מערכים (Value Free), המאובחן מן החברה, ולא כמדינה שתכלית קיומה הוא לאפשר את מירב החירות לפרטים להגשים את האינדיבידואליזם, אלא כמדינה שתכלית קיומה היא תחיית הפוליטית של העם היהודי, כגוף שנוצרו בו ערכים מיוחדים – ערכי תרבות ישראל המתחדשת. תפקידו של בית המשפט העליון נתפש לעתים כשומר החותם של הערכים האלה ולעתים כמסייע פעיל בהשרשתם בחברה.

משמעותו של ניתוח זה, היא שנוצר מתח בין תפישתו של בית המשפט את עצמו כ"צופה לבית ישראל"⁵⁹ מחד גיסא; לבין תפישתו את עצמו כ"כלב השמירה" של השלטון מאידך. המתח נוצר בעיקרו מאחר שהרעיון של שלטון החוק שבית המשפט בקש לבנות ולמסד ניוון באופן היסטורי מן הליברליזם. בראש ובראשונה היתה תכליתו של שלטון החוק להגן על האזרח מפני המדינה – היא לווייתן – ומפני שרירות לבבם של האוחזים ברסן השלטון. פיתוחו של עניין זה היה קשה על השופטים בגלל שורה של גורמים: המלחמה ושיקולי הביטחון הלאומי אשר חייבו ריכוז סמכויות עצום בידי הרשות המבצעת על גרורותיה; הזלזול שלא תמיד היה מוסתר ברשות השופטת מצד השלטונות; האקלים הפוליטי שנשזף בשמש האידיאולוגיה של התועלתנות ולפעמים של הכוחניות הטהורה ("זבנג וגמרנו") שקפלו בתוכם אדנות והקלת ראש בנורמות מקובלות. העובדה שרבות מן הנורמות אשר נתנו כוח בידי השלטונות להסדיר את חיי האזרח ולפעמים אף לרדת לחייו היו כתובות בלשון שבמפורש העניקה שיקול דעת רחב לרשות המבצעת לפעול על פי ראות עיניה.

ואף-על-פי-כן טענתי היא, שהיה גורם אידיאולוגי נוסף שמנע פיתוחה של תורת שלטון החוק במובנה המהותי (שמירה על זכויות האזרח, הגבלות על השלטון) והיא אותה התפישתה של המדינה. מייסדי בית המשפט העליון לא גמרו

58. עין חרוד נגד שר הפנים, בג"ץ 4/55 פד"י ט' עמ' 1530. אומר השופט ויתקון: "השאלה היא: מי הקובע את גורל האדמה הזאת, קרן קיימת לישראל או העובדים [...] התשובה היא [שקרן קיימת לישראל קובעת...] אין תשובה זו גורעת מזכותם של אלה הקרואים לעבד את האדמה וליתן גאולה לארץ. היא התשובה היחידה העולה לא עם המצב המשפטי בלבד, אלא גם עם קווי היסוד של ההתיישבות הלאומית כפי שהותוו עוד בימי הקונגרס החמישי. רצון המתיישבים במקומו מונח, אך אין הוא יכול לעמוד כנגד רצון המוסד הקובע בענייני ההתיישבות" עמ' 1532 (הדגשה שלי - פ.ל.).

59. מירון, עמ' 20.

אומר בנפשם האם הקולקטיב קיים למען האזרח או האם האזרח הוא חלק מן הקולקטיב, קיים למענו וחייב לקבל על עצמו כל דין שיצא תחת ידיו. יתרה מזו, ייתכן שנתחלף להם לשופטים ה"קולקטיב" ב"מדינה" ובבואם להכניס מן הקולקטיביזם של הציונות אל הווריספרודנציה הישראלית מצאו והכניסו דווקא את האטטיזם (etatism).

הדוגמא הבוטה ביותר בתקופה הפורמטיבית היא הזכות לקניין. הזכות לקניין היא אבן הפינה של המשטר הליברלי. באידיאולוגיה הליברלית תפשה מקום מרכזי, כערובה לקיומן של זכויות אחרות.⁶⁰ לתוקף קדושתה ולמען ניפוצה כגילול שקר עלו רבים על הבריקדות. בישראל של השנים 1948–1959 היה מחסור קשה בדיוור. הפקעת נכסים מיהודים עבור יהודים היתה עניין של יום ביומו. ואמנם, הכרכים הראשונים של פסקי הדין גדושים בטרוניות של אזרחים על הפקעת רכושם ומסירתו בידי אחר. חוקי ההפקעות היו מנוסחים בלשון רחבה ביותר והשופטים בחרו שלא להתערב בשיקול דעת אשר נמסר במפורש לרשות. התפישה של שלטון החוק שפיתחו באותם ימים, היא התפישה שאולשן קרא בשם: "אובייקטיביות נוקשה", ובעגה של ימינו אפשר לקרוא לה: "שיטת הראש הקטן". זו קראה להקפדה דווקאנית על לשון החוק. היום היא ידועה כתפישה הפורמלית של שלטון החוק.⁶¹ אם הוכח שפקיד ממשלתי עקף או סילף את לשון הכתוב, היה בית המשפט מוכן להתערב; אך אם נחמס האזרח בתחומי שיקול הדעת, הוא נמנע מלתת סעד. שלושה אלמנטים בולטים כאן: האחד, למרות שלא ערכתי בדיקה סטטיסטית, נראה שרוב העתירות נגד הפקעות בתקופה ההיא נדחו עלידי בית המשפט, כלומר הוא סירב לתת סעד והשאיר את ההחלטות על כנו. שנית, העדר כמעט מוחלט של רטוריקה שיפוטית בעניין חשיבותה של הזכות לקניין (וכבר ראינו לעיל שהשופטים לא היו עניים בכושר רטורי) ושלישית, שאננות מפתיעה נוכח עובדות המצביעות על קלקולים ושחיתות במנגנון המפקיע; מדי פעם מוצאים אמנם, פסק דין בו גוער בית המשפט בפקידות על המספח שגרמה, אך גם אז בלא שיושיט סעד לנפגע מכך. דוגמא בוטה היא פסק הדין בעניין "צנבר נגד הממונה על המחוז".⁶² מעשה בבעלי בית בחיפה אשר ביקשו לפנות דייר מסויים מדירה השייכת להם ואף קיבלו פסק דין סופי מבית המשפט אשר ציווה על הפינוי. הדייר השתדל אצל

60. טלמן, עמ' 256.

61. אמנון רובינשטיין, עמ' 155. עם זאת יש לזכור כי ניתוח זה של המונחים לא היה רווח ובוודאי שלא היה קיים בספרות הישראלית הדלה של שנות הארבעים והחמישים ואין לשפוט את השופטים על פי קני המידה המתוחכמים של היום. אך המתח בין הפורמליזם לבין האיפורמליזם באדרתו הפרשנית (במובחן מ"תפישה של שלטון החוק") היה קיים במשפט הישראלי כבר אז. ראה להב, "קיום להשקפת העולם המשפטית של השופט אגרנט", בבורות לשמעון אגרנט, (מ. קרמיצר ור. גביון, עורכים) ירושלים 1987.

62. בג"ץ 38/49 פד"י ב' עמ' 794.

השלטונות ללא הועיל ובעלי הבית קיבלו הודעה ממשרד ההוצאה לפועל כי הדייר יפנה את הדירה והם עצמם התכוונו להכנס לדירה שתפונה. אך לא כל "השלטונות" מעור אחד עשויים ודיירנו מצא ארון קשבת אצל הממונה על המחוז. תוך 24 שעות הוצא צו החרמה של הדירה לטובת הדייר שצריך היה להתפנות. אין חולק שמטרת הצו היתה לסכל את פסק הדין. בית המשפט החליט שאין "כל פגם ודופי" בצו החרמה והוא כשר. וכך אמר השופט זילברג:

תמימי דעים אנו עם ד"ר ורנר, נעשה כאן מעשה תרמית כלפיו וכלפי שולחיו. [...] פקיד משרד המעוטים [...] ניצל את ישרו ותום לבו של בא כח המבקשים והשיג, באמצעי מרמה וכחש, את דחיית מועד הפינוי. סבורים אנו כי הוא ראוי לגינוי נמרץ [...] אך – וזה הוא המכריע [...] – מה עניין פקיד זה אצל הרשות המחרימה, וכיצד יכולה התנהגותו של ההוא לפסול את החלטתה של זו? משרד המעוטים אכל בוסר, ושיני הממונה על המחוז תקהינה?!⁶³

הצו הוכרז כתקף על-ידי הפעלה פורמליסטית של מושג שלטון החוק: הבחנה בין סמכויות הממונה לבין מעשיו של פקיד המעוטים ושימת דגש דווקאני על רוחב סמכויותיו. קריאה מהותית של מושג שלטון החוק היתה מחייבת ירידה לעומקה של ההתנגשות בין פסק דין סופי של פינוי לבין צו החרמה שהוצא בערמה. ברור היה שבית המשפט מעדיף את האינטרס הציבורי (החרמה) על פני האינטרס של הפרט בזכות הקניין שלו. העדפה זו מצאה ביטוי קיצוני ואף קריקטורי כמעט בביטוי "הפקיד אכל בוסר ושיני הממונה תקהינה." הרטוריות של השאלה כבר מזמינה את התשובה: יש לעשות הכל כדי להמנע מהקהות את שיני הממונה, המייצג כאן את המדינה.⁶⁴

דוגמאות אחרות, ידועות יותר הן מתחום ההגבלה על החירות האישית, אף היא זכות יסוד באידיאולוגיה הליברלית. התקנות לשעת חירום התירו לרשות להגביל חירותו האישית של אדם בלא משפט. בית המשפט לא ערער על תקפותן של התקנות ואולם הוא התעקש על קיומן ככתבן וכלשונו. כך, אם קבעו התקנות שיש צורך בוועדה מיעצת בטרם יוחלט על מעצר מנהלי, או אם דרשו שיפורט בצו היכן ייעצר אדם – התעקש בית המשפט על מילוי הדרישות ככתבן וכלשונו. אך אם היה המעשה במסגרת שיקול הדעת של הרשות, נמנע בית המשפט להתערב.

63. שם, עמ' 800.

64. אעיר במאמר מוסגר, שלמרות שבמקרה זה מדובר היה ברכוש ערבי (אשר הוחרם למען ערבים) אני סבורה שהמקרה והפסיקה אופייניים גם בהחרמות רכוש מיהודים. בכלל, לא נראה שלבית המשפט היה יחס בוטה של איפה ואיפה כלפי ערביי ישראל. הבעיה במישור השיפוטי היתה יותר עמוקה: מה לגיטימציה יש לתת להכפפת האינטרס הפרטי למען האינטרס הציבורי כפי שהוא מוגדר על-ידי השלטונות.

נשאלת השאלה: אם אמנם כך הדבר, והפסיקה הישראלית בשנים הפורמטיביות העדיפה את טובת הכלל על פני טובת הפרט והיתה מוכנה להשלים עם סמכויות מרחיקות לכת ומשחררות מפקוח על הרשות המבצעת – איפה הפן הליברלי של המשפט הקונסטרוקטיבי שדברתי עליו בתחילת דברי? האלמנט הקולקטיביסטי (בגלגולו האטטיסטי) מופיע כאן בבירור, אך היכן האלמנט הליברלי?

הרעיון הקונסטרוקטיביסטי כשלעצמו דרש מודיפיקציה של הרעיון הליברלי. אך האם יש מקום לטעון שהאלמנט הליברלי בכלל היה קיים? נראה לי שכן. הליברליזם היה קיים החל מהכרזת העצמאות, בעצם ההקמה של בית המשפט והנכונות, למרות שיש ונסחטה בחירוק שיניים, לקבל את המערכת של הפרדת רשויות אשר בה הרשות השופטת היא בלתי תלויה ומעבירה את פעולות הרשות המבצעת תחת שבט בקורתה. בעצם קבלתו של הרעיון הזה ועיגונו בחוק ב־1953 היתה הכרה בקו הליברלי. אך היו עוד סימנים. בפסק הדין הראשון שניתן על ידי בית המשפט – "סילווסטר נגד היועץ המשפטי" – זוכה אדם שהמדינה האשימה אותו בריגול ואשר בית המשפט המחוזי מצא אותו אשם. והימים ימי מלחמת העצמאות.⁶⁵ עצם ההקפדה על הקריאה הדווקאנית של החוק והנכונות לצאת חוצץ נגד הממשל, אפילו בזמנים הרי גורל, על מנת שיקיים את הכתוב – יש בה גרעין ליברלי. ההקפדה הדווקאנית הזו על הכתוב בצד שחרור הרסן כאשר מדובר בשיקול דעת הקלה על אילופו של "הלווייתן". דווקאנות זו אף שימשה הוכחה לתוכן המקצועי של מלאכת השיפוט ובכך תרמה לראייתו כגוף הנמצא מעל לפוליטיקה מחד גיסא וכרשות שוות ערך לשתיה הרשויות הפוליטיות מאידך גיסא. ואולם היה זה תהליך דיאלקטי: שיטת "הראש הקטן" לא אפשרה מחשבה ב"גדול" על מהות הפוליטאיה הישראלית ומקומו של האזרח בתוך הקולקטיב. מכאן דלות הפסיקה בעניין זכויות האזרח בעשור הראשון למדינת ישראל ולא רק בו. קיימים פסקי דין – אם כי הם המיעוט שבפסיקה – אשר בהם מתחיל בית המשפט לפתח, עקב בצד אגודל, יוריספרודנציה של מהותית על מעשי הרשות ותפישתה של זכויות האזרח.⁶⁶

בלי להכנס לפרטים, נראה לי שהתבוננות בשנים הפורמטיביות של בית המשפט מ־1948 ועד 1955 מראה שחל מפנה, אם כי לא מהפכני ולא גורף, בשנת 1953. השנה היא שנת חקיקת חוק יסוד השופטים, והכרה באי־תלות של הרשות השופטת, שהעניקה תאוצה להתמקצעות השיפוט בישראל. זו גם שנה שבה קיימת תחלופה עצומה בין השופטים – לאחר פטירת השופט דונקנבלום ומחלתו של משה זמורה אשר מנעה ממנו השתתפות פעילה בשיפוט. בשנה זו משמשים

65. סילווסטר נגד היועץ המשפטי, ע"פ 1/48, פד"י א' עמ' 5.

66. שייב נגד שר הבטחון, פד"י ה' עמ' 399; כאלדי נגד שר הפנים, בג"ץ 155/51 פד"י ו' עמ' 52.

השופטים: שרשבסקי, לוי, ויתקון, זהר, זוסמן, צלטנר, והלוי כשופטים זמניים.⁶⁷ ההרכב המקורי מבקש להתרחב. תוך שנתיים יצטרפו השופטים: ויתקון, זוסמן, ברנזון ולנדוי וההרכב הזה, בנוסף לאגרנט אולשן וזילברג, בשינויים קלים יקבע את דרכו של בית המשפט עד אמצע שנות השבעים. בשנים 1952-1953 מוציא השופט אגרנט, אשר קונה לו מקום כמלומד המשפטי בהא הידיעה של בית המשפט העליון, סדרה חשובה של פסקי דין בהם הוא מנסה להכניס למשפט הארץ מודל אנליטי של זכויות,⁶⁸ תפישה ליברלית של הפוליטיאה כמועדת לשמור על זכויות האזרח ומעורבות אקטיביסטית של בית המשפט בשיקול הדעת של הרשויות.⁶⁹ ההכרה בהכרזת העצמאות כעיקרון פרשני, מעין חוקת, שנקבעה בפסק הדין בעניין "קול העם", הכניסה למשפט הארץ בדלת הראשית את הפילוסופיה של הקונסטיטוציונליזם – ובכך לא רק שימשה משקל נגד לתועלתנות שפרחה בארץ אלא הדגישה את המימד הליברלי במשפט הציוני הקונסטרקטיבי: על המשפט של המדינה היהודית להדגיש לא רק את "המדינה" כנכס יקר מפז אלא אף את תכניה התרבותיים של המדינה הזו וזכויות האזרח הם נדבך חשוב של התכנים התרבותיים הללו:

מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים הוצהרו בהכרזת העצמאות – ובפרט השתתת המדינה 'על יסודות החירות, והבטחת חפש המצפון' – פירושם כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. אמנם, ההכרזה 'אין בה משום חוק קונסטיטוציוני' [...] אך במידה שהיא 'מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו' [...] מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה [...] הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקרירה של מערכת החיים הלאומיים שלו.⁷⁰

כמובן, השופט אגרנט לא פעל ולא יכול היה לפעול בגפו. באותה הגישה עצמה, אם כי סביר להניח שלא באותה הגרסה ממש, תמכו גם הנשיא זמורה וגם השופט חשין. למרבה הצער חלה השופט זמורה זמן קצר לאחר כניסתו לתפקיד ולא הספיק לגדל את השיפוט הישראלי בצלמו. תרומתו של השופט חשין נכבדה והגיע הזמן שתזכה לעיון מעמיק. התמקדותי בשופט אגרנט איננה באה לגרוע מתרומתם של השאר. אפשר שיהיו מספר מאורות בשמים. ואף על פי כן, אני סבורה שתרומתו של השופט אגרנט היא שקרעה את הים. פסקי הדין הללו ובראשם "קול העם" היו כשושנה בין החוחים. קשה היה לנקוט גישה אחרת ועמדה שונה, קשה היה להעביר את שיקול דעתה של

67. ושוב חוזר הגלגל: כל המועמדים יהודים, גברים, אשכנזים.

68. פודמסקי נגד היועץ המשפטי, ע"פ 99/51 פד"ו ו' עמ' 341.

69. חברת "קול העם" נגד שר הפנים, בג"ץ 87/53 פד"ו ז' עמ' 884.

70. שם, שם.

הרשות תחת שבט הביקורת השיפוטית. אך היסודות הונחו והמפנה התרחש. את המשפט הישראלי החל לאפיין ליברליזם מתון והססני, עם שהוא מהול במידה גדושה של קולקטיביזם. מהפכה, אם כך, לא התחוללה. אך כפי שראינו גם המשכיות עם הגישה המנדטורית לא היתה. בית המשפט היה מודע לאידיאולוגיה הציונית ובפסיקתו ניסה לתת ביטוי להתחדשות המשפט הישראלי בתחייה הלאומית. הוא גם ניסה, וזאת באקלים זועף וקר, לבנות מושגים של שלטון החוק וזכויות האזרח לתוך המשפט הישראלי. יש רגליים לסברה שעל היסודות האלה בונים היום השופטים שמגר, ברק, כך ואחרים את בניין זכויות האזרח בארץ.

מה טיבו של הבניין שהם בונים ומה נוף המולדת המשתקף בו?