

# מאמרים

## מבט חדש על הקמת מערכת המשפט הישראלית

ניר קידר

סלומון (שלמה) בז'רנו התפרנס במשך שנים ארוכות בתקופת המנדט כ'מאכער' במשרדי התנועה (היום משרד הרישוי) שבמחוז תל-אביב. הוא הגיש בקשות וטפסים בשם 'לקוחותיו', הביא מכוניות לבדיקת רישוי ('טסט') וכדומה. לאחר הקמת המדינה אסרו קציני התנועה של משטרת מחוז תל-אביב על ה'מאכערים' לייצג 'לקוחות' במשרדי התנועה, בטענה שבעבודתם נקשרו שחיתות וחוסר יעילות. פניותיהם בז'רנו וחבריו לשר המשטרה ולממונה על התנועה במחוז תל-אביב לשנות את ההחלטה הושבו ריקם ולפיכך הם עתרו לבית המשפט הגבוה לצדק (בג"צ), וזה הורה בפסק דין תקדימי וחשוב לאפשר להם לשוב לעבודתם.<sup>1</sup>

מעטים מבין אלפי תלמידי המשפטים שלומדים את התקדים החשוב יודעים כי העתירה הוגשה במקור לבית המשפט המחוזי בתל-אביב בשבתו כבג"צ, משום שכאשר התעמתו בז'רנו וחבריו עם המשטרה בקיץ 1948 טרם הוקם בית המשפט העליון. מכיוון שבתקופת המנדט שימש בית המשפט העליון גם כבג"צ, ומכיוון שבית המשפט העליון הישראלי שאמור היה לרשת אותו טרם הוקם, הגיוני היה לצפות כי מוסד הבג"צ 'יוקפא' לזמן מה. המלחמה הקשה שהתנהלה אז בארץ רק מחזקת הנחה זו. אף על פי

---

1 | תיאור מלא של השתלשלות הפרשה ראו את תיק בית המשפט, גנזך המדינה (להלן: ג"מ), בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80.

כן, לא נשארנו בז'רנו ושותפיו ללא סעד משפטי. על מנת שיהיה מוסד שיפטי שיפקח על רשויות השלטון והמינהל הציבורי כבר מקום המדינה, ועוד בטרם הקמתו של בית המשפט העליון, המליצה המועצה המשפטית שליד ועד המצב (הגוף שתכנן את הקמת מערכת המשפט במדינה שבדרך),<sup>2</sup> שבית המשפט המחוזי בתל-אביב ישמש גם כבית משפט גבוה לצדק, ולאחר קום המדינה הדבר אף נקבע בחוק. העתירה של בז'רנו הייתה העתירה ה-11 במספר שהוגשה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב בשבתו כבג"צ.<sup>3</sup> רק לאחר שהוקם בית המשפט העליון הועבר אליו התיק להמשך הדיון.

ההקפדה על קיומו של מוסד הבג"צ בחודשים הראשונים להקמת המדינה היא נקודת המוצא של מאמר זה. בכוונתי להראות שהרשויות הפוליטיות והעילית הפוליטית והמשפטית הישראלית הקפידו כבר מימיה הראשונים של המדינה על קיומם של מערכת משפט עצמאית ומתפקדת ושל כללים משפטיים כתובים ומפורסמים מראש. התקופה שהמאמר דן בה היא חמש השנים הראשונות להקמת המדינה. הייתה זו תקופה פורמטיבית, שבה מוסדות המשפט ומערכת היחסים שבין המערכות הפוליטיות למערכת המשפט טרם עוצבו סופית. כך למשל, בשנים אלה מונו השופטים בידי שר המשפטים, הממשלה והכנסת, ומבחינה פורמלית הממשלה הייתה רשאית לפטרם. שלב הילדות של מערכת המשפט נמשך עוד שנים מספר, אך אחרי חמש שנים המערכת כבר פעלה בצורה 'חלקה' ויציבה לפי דפוסי העבודה המוכרים לנו עד היום.

מרבית המחקרים שבחנו את ההיסטוריה של המשפט הישראלי התרכזו במוסד כזה או אחר או בפן מסוים של השדה המשפטי. קיימים מחקרים חשובים על ראשיתם של בית המשפט העליון, של מוסד היועץ המשפטי לממשלה, של לשכת עורכי הדין ושל השירות המשפטי בצבא, ובצד מספר קטן של ביוגרפיות, אוטוביוגרפיות ומחקרים אחרים על דמויות חשובות בשדה המשפט.<sup>4</sup> אולם טרם נכתב מחקר אינטגרטיבי על הקמת מערכת המשפט בכללותה. מאמר זה מבקש לספק הסבר כולל לכינונה של מערכת המשפט לאור עיקרון פוליטי יסודי של המודרנה – רעיון שלטון החוק. פירוט

2 על ההיערכות להקמת מערכת משפט במדינה שבדרך ועל המועצה המשפטית ראו, יהודית קרפ, 'המועצה המשפטית – ראשית עליית חקיקה' בתוך: אהרן ברק וטנה שפניץ (עורכים), ספר אורי ידין: האיש ופועלו, ירושלים 1990 (להלן: קרפ, המועצה), כרך ב, עמ' 209.

3 להמלצות המועצה המשפטית ראו, 'סיכום עבודת המועצה המשפטית והמלצות שהוגשו לברנרד ג'וזף ב-30 באפריל 1948', ג"מ, ג 111/3. כן ראו סעיף 2 לפקודת בתי-משפט (הוראות מעבר), תש"ח-1948, ע"ר 7, תוס' א 17 (כ"ג בסיון תש"ח, 30.6.1948).

4 לסקירה של ההיסטוריה המשפטית הישראלית ראו, Ron Harris, Alexandre Kedar, Pnina Lahav, 'Israeli Legal History: Past and Present', in: Ron Harris, Alexandre Kedar, Pnina Lahav and Assaf Likhovski (eds.), *The History of Law in a Multicultural Society: Israel 1917-1967*, Dartmouth UK 2002, pp. 1-34

תהליכי ההקמה והעיצוב של מוסד משפטי זה או אחר (דוגמת בית המשפט העליון או מוסד היועץ המשפטי לממשלה) נדונים רק ככל שהדבר נוגע לתזה הכללית של המאמר. הטענה כי מערכת המשפט הוקמה מתוך הקפדה על שלטון החוק אינה ברורה מאליה, משום שחוקרים לא מעטים מדגישים דווקא את העדרן של מסורת ותרבות אזרחית-לגליסטית בישראל, המעלות על נס את רעיונות הדמוקרטיה, זכויות האדם ושלטון החוק, ומהוות את המצע להתפתחותה של מערכת משפט עצמאית ומתפקדת. לדעתם, בקרב החברה הילידית בארץ (הן הערבית והן היהודית) לא שררה תרבות פוליטית-אזרחית כזו וגם המהגרים היהודים לא הביאו אתם תרבות אזרחית מפותחת, שכן רובם באו ממזרח אירופה ומן הארצות המוסלמיות – אזורים שלא התפתחו בהם חברה אזרחית, דמוקרטיה ומדינות חוק. כמו כן, המחקר הקיים מדגיש שהמלחמה והטלטלות הדמוגרפיות שבתוכן הוקמה מדינת ישראל הם תנאים שברגיל אינם מעודדים את צמיחתם של דמוקרטיה ושלטון חוק, אלא דווקא את התפתחותו של שלטון אוטוריטרי המשעה את הדמוקרטיה ואת הסדר המשפטי ומקדש את הביטחון ואת 'האינטרסים הלאומיים' על חשבון הפרט.<sup>5</sup>

הטענה כי החברה הישראלית הייתה לא-לגליסטית היא לדעתי טענה גורפת מדי. היא מתעלמת מן המורכבות של התרבות הפוליטית והאזרחית שהתפתחה בתנועה הציונית ובחברה הישראלית. כאן איני עוסק בתרבות הפוליטית והאזרחית בישראל הצעירה, וברי על כן שאיני מתיימר לקעקע את התזה הרחבה בדבר אי-הלגליזם של החברה הישראלית. אף על פי כן טענתי כי במדינת ישראל הוקמה מערכת משפט עצמאית ומתפקדת המקפידה על עקרונות שלטון החוק, מאירה באור חדש את תזת האי-לגליזם ומלמדת כי המציאות הייתה מורכבת יותר. ראשית, משפט פוזיטיבי ומערכת משפט עצמאית, יעילה ומתפקדת, משפיעים על הנעשה בחברה הלכה למעשה ותורמים להתפתחותן של תודעה ושל תרבות אזרחית-לגליסטית. לחוק ולמערכת המשפט הישראלית היה לא רק קיום פורמלי אלא גם ממשי – הם השפיעו על החברה, התוו נורמות התנהגות, פיקחו על פעולות המשטר ותרמו לעיצובן של תודעה אזרחית ושל חברה ממלכתית ולגליסטית. ושנית, ההקפדה על יצירת משפט ומערכת משפט ההולמים את דרישות שלטון החוק מעידה על קיומה של תרבות אזרחית-לגליסטית מפותחת למדי, שכן ללא תרבות כזו המשפט ומערכת המשפט בישראל היו אולי

5 לתפיסה מקובלת זו ראו, למשל, אהוד שפרינצק, איש הישר בעיניו יעשה: אי-לגליזם בחברה הישראלית, תל-אביב 1986; פנינה להב, ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית, תל-אביב 1992 (להלן: להב, ישראל במשפט), עמ' 128-132; מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, תל-אביב 1993, עמ' 122-123; עוז אלמוג, 'מ'זכותנו על ארץ-ישראל' ל'זכויות אזרח' ומ'מדינה יהודית' ל'מדינת-חוק': מהפכת המשפט בישראל ומשמעותיה התרבותיות, אלפיים, קובץ 18 (1999), עמ' 77. לטענה מקבילה על העדר תרבות דמוקרטית בישראל ראו, יונתן שפירא, הדמוקרטיה בישראל, רמת-גן 1977.

מתפקדים ביעילות, אך קשה היה להצביע על מערכת עצמאית המחילה את המשפט באופן אחיד ואימפרסונלי על כלל האזרחים, ואף אוכפת אותו על הצבא והשלטונות במדינה.

במאמר זה אני עוסק ביחסם של הציבור הרחב או של האליטות הישראליות לרעיון שלטון החוק,<sup>6</sup> או בתפיסותיהן המשפטיות והאזרחית של דמויות פוליטיות חשובות, דוגמת רעיון הממלכתיות של בן-גוריון. כל שאני טוען הוא שמערכת המשפט הישראלית הוקמה ופעלה כבר מימיה הראשונים לאור דרישות שלטון החוק. שלטון החוק הוא רעיון מודרני המבקש לאפשר למשפט 'לשלוט' – כלומר לפקח ביעילות ובצדק על החברה. במאתיים השנים האחרונות התפתחו במערב לפחות שלושה דגמים של שלטון חוק: הדגם האירופי של מדינת החוק, הדגם הבריטי של שלטון החוק הפרלמנטרי, והדגם האמריקני של שלטון החוק המבוסס על בית המשפט.<sup>7</sup> מעבר להבדלים המוסדיים והתפיסתיים, ומעבר לשאלה איזה מן הדגמים נקלט בישראל,<sup>8</sup> כל הדגמים של רעיון שלטון החוק מציבים דרישות בפני מערכת המשפט שנועדו להבטיח את 'שלטון המשפט'. על המשפט להיות פומבי ופוזיטיבי, כלומר להיות מורכב מכללים משפטיים המנוסחים בצורה מדויקת וברורה ומפורסמים מראש, באופן המבטיח שזכויותיו של האזרח וחובותיו יהיו ידועות ומובטחות בבירור. בנוסף, על מערכת המשפט להיות עצמאית, כלומר בלתי תלויה בהייררכיות וביחסי הכוח החברתיים והפוליטיים או במוסכמות מסורתיות. ולבסוף, ובכך לא ארחיב במאמר זה, על החוקים לפנות בצורה אחידה, אימפרסונלית ושוויונית לכלל

6 ליחסו של הציבור הרחב לרעיון שלטון החוק ראו, אורית רוזין, מגוף ראשון רבים לגוף ראשון יחיד: תהליכי אינדיבידואליזציה בחברה הישראלית בראשית העשור הראשון למדינה, חיבור לשם קבלת התואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת תל-אביב 2002 (להלן: רוזין, מגוף ראשון), במיוחד עמ' 67-132, 384-389. לדיון בהקמת מערכת המשפט כחלק מן המעבר 'מיישוב למדינה' ראו, דן הורוביץ ומשה ליסק, מיישוב למדינה, תל-אביב 1977, עמ' 272-309 ובמיוחד עמ' 289-293. על היחס שבין רעיון הממלכתיות הבן-גוריוני לבין שלטון החוק ראו ניר קידר, 'בן-גוריון והמאבק למינוי שופט ספרדי לבית המשפט העליון', מחקרי משפט, כרך יט (תשס"ג) (להלן: קידר, בן-גוריון), עמ' 515; Nir Kedar, 'Ben-Gurion's Mamlakhtiyut as Jewish Republicanism', *The Journal of Israeli History* (2007), forthcoming

7 על דגמים אלה ראו, Franz Neumann, *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in* Nir Kedar, *Modern Society* (1936), Dover, NH 1986, pp. 179-186 (להלן: נוימן, שלטון החוק); Nir Kedar, *Zion Should be Redeemed with Justice: Zionism, Mamlakhtiyut and the Rule of Law*, SJD Michel Rosenfeld, 'The Rule of Law; קידר, ציון'; (להלן: קידר, ציון); Nir Kedar, *Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, *South California Law Review*, Vol. 74 (2001), p. 1307

8 לשאלה זו ראו, קידר, ציון, עמ' 214-229.

האוכלוסייה.<sup>9</sup> כמובן אין די בקיומן של הדרישות המבניות-פרוצדורליות הללו של שלטון החוק כדי להבטיח הגנה נאותה על זכויות האדם והדמוקרטיה. ברי שיש לטפח בקרב החברה גם תרבות אזרחית-לגליסטית מפותחת המכירה בחשיבות השמירה על החוק, על המרחב הציבורי, על זכויות האדם ועל הדמוקרטיה. עם זאת, קיומן של הדרישות הפרוצדורליות שמניתי למעלה מהווה תנאי חשוב והכרחי לקיומו של שלטון החוק בכל חברה.

למאמר שני חלקים. החלק הראשון יעסוק במאמץ לכונן בישראל מערכת משפט מתפקדת ומשפט פומבי ופוזיטיבי, והחלק השני יעסוק בהקפדה על עצמאותה של מערכת המשפט.

## א. ההקפדה על קיומם של מערכת משפט מתפקדת ושל חוק כתוב

ההכרה בצורך למנוע וקום משפטי ואנרכיה

קיומם של מערכת משפט עצמאית ומתפקדת ושל משפט מוסדר מיד עם הקמתה של המדינה אינו דבר של מה בכך. ההיסטוריה מלמדת שבסערת מלחמה או מהפכה מדינת נוסות להשעות את הסדר המשפטי הקיים, כלומר להשעות את החוקים הקיימים ולפרק את המוסדות המשפטיים. בזמן של מלחמה או מהפכה יש בדרך כלל תקופה לא קצרה של 'וקום משפטי' ואנרכיה, כלומר תקופה שאין בה מערכת משפט מרכזית מתפקדת ואין משפט מוסדר המורכב מחוקים ברורים וידועים מראש. במקום כל אלה החברה מתנהלת במקרה הטוב על פי צווים לשעת חירום של השלטון המהפכני או של הכוחות המהפכניים בשטח, ומשפטי שדה מאולתרים מחליפים את ההליך השיפוטי המסודר. מצב כזה הוא בעייתי כמובן מבחינה חברתית ואזרחית ומבחינת זכויות האדם. הווקום המשפטי מטיל את החברה למצב של חוסר ודאות אזרחי וכלכלי ואף של תוהו ובוהו, שבו לא ברור מי יגן על חיי אדם ומי ימנע ביזת רכוש, וכמובן לא ברור כיצד יתנהלו המערכות החברתיות או חיי המסחר. מצב זה מסוכן לזכויות האדם מפני שלא זו בלבד שאין מסמך משפטי פוזיטיבי שמעגן אותן, אלא שחוסר היציבות והאנרכיה המתלווים למצב של מלחמה קשה או של מהפכה הופכים על פי רוב גם את זכויות האדם (ולפעמים אפילו את חיי האדם) להפקר. ההיסטוריה המודרנית מספקת דוגמאות למכביר למהפכנים שהשעו את הסדר המשפטי הקיים וגררו את החברה שלהם לשנים

9 הוגים שונים מנו רשימות שונות של דרישות, המיוסדות כולן – על אף ההבדלים שביניהן – על אותם עקרונות. ראו, למשל, Roberto M. Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of* Lon Fuller, *The Morality of Law*, ; אונגר, חוק; (להלן: *Social Science*, London 1976, pp. 42-58 New Haven 1964, pp. 33-38; Joseph Raz, 'The Rule of Law and its Virtues', in: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, pp. 212-218; John Rawls, *Theory of Justice*, Cambridge, Mass. 1971, pp. 235-243; Richard Fallon, "'The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse', *Columbia Law Review*, Vol. 97 (1997), pp. 7-9

של אנרכיה וטרור. אף על פי שהקמת המדינה נתפסה בעיני ישראלים רבים כמהפכה בהיסטוריה היהודית ולמרות שמדינת ישראל הוקמה בסערת מלחמה ומהפכה דמוגרפית, שמשמעותה בריחתם וגירושם של מאות אלפי ערבים ומנגד הכפלתה של האוכלוסייה היהודית תוך שלוש שנים מהקמת המדינה, הישראלים לא ביטלו את כל הסדר המשפטי והאזרחי הקודם אלא שימרו אותו, בהקפידם בדרך כלל לקיים את שלטון החוק. אין להקל בכך ראש. בניגוד לישראל, רוב המדינות הפוסט-קולוניאליות שהוקמו במאה העשרים לא הצליחו בדרך כלל לשמור ולו על הדרישות הפרוצדורליות של הדמוקרטיה ושלטון החוק. במובן זה ההצלחה הישראלית ראויה לציון.

המאמצים להשתית את החברה הישראלית על אדנים אזרחיים-לגליים על אף המצב הקשה ניכרים הן במישור המשפט הבינלאומי – המאמץ להיצמד לתוכן החלטת החלוקה של האו"ם (וזאת גם כדי לזכות בהכרה בינלאומית) – והן במישור הישראלי הפנימי. ותיקי משרד המשפטים יודעים לספר כי מטרתם העיקרית בשנותיה הראשונות של המדינה הייתה שמירה על 'ביטחון משפטי' – 'Rechtssicherheit' בשפה הגרמנית שהייתה שגורה בפייהם של רבים מראשי מערכת המשפט הישראלית הצעירה – כלומר מצב של יציבות וודאות משפטיים ולא של אנרכיה.<sup>10</sup> ההחלטה האסטרטגית החשובה ביותר שנבעה מן הרצון לביטחון משפטי הייתה לאמץ את המשפט המנדטורי על קרבו וכרעיו, למעט השינויים המעטים המתחייבים מהחלפת הריבון. החלטה זו מצאה את ביטויה כבר במעמד הכרזת המדינה. החוק הראשון של מדינת ישראל, מנשר מועצת המדינה הזמנית מספר 1, תש"ח-1948, שבן-גוריון קרא בסמיכות להכרזת העצמאות, קבע בסעיף 3 כי 'כל עוד לא ניתנו חוקים על ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה, יעמוד בתקפו במדינת ישראל המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948), עד כמה שהדבר עולה בד בבד עם האמור במנשר זה, עם החוקים העתידיים ועם השינויים הנובעים מהקמתה של המדינה ורשויותיה'. כשבועיים לאחר הקמת המדינה חזרה מועצת המדינה הזמנית בסעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, על הוראה זו בדבר השארת המשפט הקיים על כנו, ואף הרחיבה את ההוראה והחילה אותה גם על צווים, על הוראות ועל כל מסמך משפטי, זכות או חובה שנוצרו בתקופת המנדט, ועל הוראות של המוסדות הלאומיים שהתקבלו מאז החלטת האו"ם בכ"ט בנובמבר.

אפשר לטעון לכאורה שאין כאן החלטה אסטרטגית. לא זו בלבד שאין לנו עדות על החלטה רשמית כזו של ההנהגה הישראלית, ההחלטה להשאיר על כנו את המשפט המנדטורי הקיים עשויה גם לשקף דרך פעולה רגילה של שלטון חדש הנובעת מטעמים פרקטיים. שלטון חדש תמיד משאיר על כנו את המשפט שהיה קיים קודם להגעתו לשלטון כדי למנוע מן החברה מלהתדרדר לתוהו ובוהו; הוא משנה את המשפט, אם

בכלל, רק מאוחר יותר, ואף זאת בתהליך הדרגתי ואטי. כך נהגו אימפריות למן הזמן הקדום ועד למאה העשרים, כשהעניקו אוטונומיה משפטית רחבה לחברות שהן כבשו, וכך נהגו גם כל המדינות שקמו במסגרת תהליך הדה-קולוניזציה, כשאימצו בתחילה את המשפט שהמעצמה הקולוניזטורית חוקקה בשטחן קודם לעצמאותן.<sup>11</sup> הסיבה לכך ברורה: המשפט הוא מערכת נורמטיבית, כלומר מערכת המכוונת התנהגות, ועל כן הוא חייב להיות יציב. שינויים תכופים או מהפכות במשפט עלולים להוביל לאנרכיה או למצער לחוסר יציבות חברתי, כלכלי ופוליטי. לכן שינויים פוליטיים ואפילו החלפת ריבון אינם מובילים בדרך כלל לשינויים מידיים במשפט.<sup>12</sup> המהלך שמדינת ישראל הצעירה נקטה אינו מבטא רגישות לחשיבותו של רעיון שלטון החוק, אלא נראה מהלך מתבקש, שכמוהו ביצעו שליטים חדשים לאורך כל ההיסטוריה.

טענה זו נכונה, כמובן, אך עדיין יש לזכור כי למרות השיקולים הפרקטיים הללו הייתה כאן גם הכרעה תרבותית אסטרטגית מודעת שמשמעותה העדפת המשפט הקיים על פני פיתוחו של משפט ישראלי 'מקורי'. 'עלינו לכבד את חוקי המדינה, בין אם אלה חוקים שבאו אלינו מזמן המנדט ובין אם הם חוקים שחקקנו בעצמנו, אחרת ישורר במדינה תהוה ובוהו', קבע שר המשפטים פנחס רוזן מעל בימת הכנסת.<sup>13</sup> הכרעה זו באה כנגד דרישה עקבית וכולטת לעצב משפט 'מקורי'. משפט עצמאי 'מקורי' מסמל באופן טבעי את העצמאות הפוליטית והתרבותית של 'עם' ועל כן היה פן חשוב גם במהפכה הציונית, שביקשה כידוע לא רק לייסד מדינה יהודית אלא גם לשנות את המבנה החברתי, הכלכלי והאזרחי של הציבור היהודי. לאור מקומה המרכזי של ההלכה המשפטית בתרבות היהודית ומכיוון שטקסטים משפטיים הם פן חשוב בכל תרבות לאומית מודרנית, הקריאה ליצור משפט יהודי/עברי/ישראלי 'מקורי' נשמעה ברמה כבר מראשית המאה העשרים.<sup>14</sup> החלטת האו"ם על סיום המנדט ועל הקמת שתי מדינות

11 ראו Konrad Zweigart and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law* (3<sup>rd</sup> ed.), Oxford 1998, pp. 219-237

12 ליישום טענה זו על ההיסטוריה של המשפט הישראלי, אסף לחובסקי, 'בין מנדט למדינה: לשאלת תיקופה של ההיסטוריה של המשפט הישראלי', *משפטים*, כרך כט (1998), עמ' 689.

13 מצוטט אצל רות בונדי, פליקס: פנחס רוזן וזמנו, תל-אביב 1990 (להלן: בונדי, פליקס), עמ' 453. חיים כהן זכר כי שר המשפטים רוזן נהג להדגיש את הצורך ב-*Rechtssicherheit* בכל הזדמנות.

14 ראו, למשל, עמיחי רדזינר, 'המשפט העברי בין לאומי לדתי: הדילמה של התנועה הדתית לאומית', בתוך: יצחק ברנד (עורך), דת ודין (בהכנה); עמיחי רדזינר ושוקי פרידמן, 'המחוקק הישראלי והמשפט העברי: חיים כהן בין מחר לאתמול', *עיוני משפט*, כרך כט (2005), עמ' 167, 174-181; אסף לחובסקי, 'משפט עברי ואידיאולוגיה ציונית בארץ-ישראל המנדטורית', בתוך: מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר (עורכים), רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאוריאל רוזן-צבי, תל-אביב תשנ"ח, (להלן: מאוטנר, שגיא ושמיר [עורכים], רב תרבותיות), עמ' 633 Ronen Shamir, *The Colonies Of Law: Colonialism, Zionism, And Law In Early Mandate Palestine*, Cambridge 2000, pp. 30-48 (להלן: שמיר, קולוניות).

חיזקה עוד יותר את הדרישה לכונן משפט 'מקורי'. זו מצאה ביטוי הן בדיון הציבורי והן בהיערכות לקראת הקמתה של המדינה שבדרך.<sup>15</sup> יתר על כן, הקריאה במאמריהם של משפטני התקופה מלמדת על כך שרבים מהם ראו בהקמת המדינה מהלך מהפכני ואף אתחלתא דגאולה, וגרסו כי עצמאות משמעותה הגשמת התפילה 'השיבה שופטנו כבראשונה' במובן של החייאת המשפט העברי-ישראלי 'המקורי', שיבוא במקומם של חוקים זרים (מנדטוריים ובריטיים).<sup>16</sup> ואולם הנסיבות הקשות שבתוכן קמה המדינה – מלחמה, מהפכים דמוגרפיים, בעיות לגיטימציה במישור הבינלאומי ומשבר כלכלי – הביאו את צמרת המשפטנים הישראלים וכן את הממשלה ומועצת המדינה הזמנית לדחות את הדרישה הבוטה למשפט 'מקורי' ולדאוג קודם כול ליציבות ולביטחון המשפטיים.<sup>17</sup> מסיבה זו הממשלה הזמנית ומועצת המדינה הזמנית בחרו במודע לשמור על המצב המשפטי שהיה קיים, ודחו את חיקוקם של טקסטים משפטיים מרכזיים כגון חוקה וקודקס של המשפט האזרחי. אף על פי שיצירתם של טקסטים אלה מסמלת בדרך כלל בתרבות המערב את הקמתה של מדינת לאום חדשה והיא אופיינית לכן למדינות חדשות, החליטו – לא בלי ויכוחים – הכנסת (בעניין החוקה) ומשרד המשפטים (בעניין הקודקס) שלא לחוקק חוקה וקודקס אזרחי עם הקמת המדינה אלא לחבר אותם פרקים פרקים, שיצטרפו ביום מן הימים – כאשר תוקלנה כמקווה בעיות הקיום והזהות – לכדי דבר חקיקה שלם.<sup>18</sup> אם כן, החלטתה של מדינת ישראל לשמר את המשפט המנדטורי, במיוחד לאור האקלים התרבותי והפוליטי ואווירת המהפכה ששררו בעת הקמת המדינה, הייתה הכרעה פוליטית ותרבותית

- 
- 15 על ההיערכות להקמת מערכת משפט במדינה שבדרך ועל המועצה המשפטית ראו, קרפ, המועצה.  
 16 על התביעה של חוגים דתיים למשפט 'מקורי' ראו, עמיחי רדזינר, "תלמיד חכם שלא נספד כהלכה": יעקב שמואל צורי ומחקריו במשפט העברי על רקע תולדות מחקר תחום זה, שנתון המשפט העברי, כרך כג (תשס"ה), עמ' 253, 315. לסקירה של כל הצעות החוק שלהם ראו, שם, הערת שולים 196. כמו כן ראו המקורות בהערה 14.
- 17 על השינוי המחשבתי של המועצה המשפטית וזניחת הרעיון של משפט מקורי ראו גם פרטי-כל של ישיבת ועדות המשנה על החוק האזרחי ועל החוק המסחרי שהתקימה בבית ד"ר זמורה בירושלים ביום 28 לינואר, 1948, ג"מ, ג 110/38; ראיון של חיים כהן עם יגאל דוניץ, 3.8.1978, ארכיון בן-גוריון (להלן: אב"ג), חטיבה אור-קולית, ראיונות בעל פה; מיכאל ששר, חיים כהן, שופט עליון: שיחות עם מיכאל ששר, ירושלים 1990 (להלן: ששר, חיים כהן), עמ' 67-75; גבריאל שטרסמן, עוטי הגלימה: תולדות עריכת הדין בארץ-ישראל, תל-אביב 1984 (להלן: שטרסמן, עוטי הגלימה), עמ' 222-229.
- 18 לוויכוח בעניין החוקה ראו הדיון במליאת הכנסת על הדין וחשבון של ועדת החוקה, חוק ומשפט בדבר חוקת המדינה. דברי הכנסת, כרך 4, 20.2.1950, עמ' 808-828. לדין על יחסם של הציבור ושל התנועות הפוליטיות לחוקה ועל תגובותיהם להחלטה שלא לקבל חוקה ראו, רוזין, מגוף ראשון, עמ' 18-66. לשאלת חקיקתו של קודקס אזרחי עם הקמת המדינה ראו, ניר קידר, 'למה לנו קודקס אזרחי: על השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל', משפט ועסקים, כרך ז (2007). בדפוס.



משמעותית. יעיד על כך הצורך של שר המשפטים להסביר מעל לבימת הכנסת מדוע מדינת ישראל פועלת על סמך חוקים שמקורם בריטי.

אפשר אולי לטעון כי ההקפדה של מערכת המשפט הישראלית על שלטון החוק נעוצה בשורשיה הבריטיים. בטענה זו יש כמובן מן האמת, אך היא אינה ממצה. הצלחתו של שלטון החוק בישראל הצעירה היא פרי של מאמץ ישראלי ולא רק של ירושה בריטית. אף כי הבריטים ניהלו בארץ ישראל מערכת משפט שהקפידה על עקרונות שלטון החוק (אף כי לא על דמוקרטיה), יש לזכור כי העברת השלטון והמוסדות המשפטיים והמינהליים מן המנדט למדינה לא הייתה מסודרת וחלקה, ולכן קשה לדבר על המשכיות בין שתי המערכות. המלחמה שהתחוללה מאז החלטת החלוקה של האו"ם בנובמבר 1947 הובילה בסופו של דבר לעזיבתם החפוזה של הבריטים את הארץ בדרך שלא תאמה את ההליך המסודר של החלפת השלטון שקבעה החלטת האו"ם 181 מכ"ט בנובמבר 1947. אכן, לאחר כארבעה חודשי לחימה החליטה בריטניה בצורה חד-צדדית ומהירה – ובניגוד להחלטת האו"ם – להוציא את כוחותיה לאלתר מארץ ישראל: בחודש אפריל 1948 קבע הפרלמנט האנגלי כי הנציב העליון הבריטי יעזוב את חופי פלשתינה-ארץ ישראל עד ל-15 במאי של אותה שנה בחצות ובכך יבוא הקץ על השלטון הבריטי באזור זה. הבריטים עזבו את ארץ ישראל מבלי שהעבירו בצורה מסודרת את מוסדות השלטון והמשפט לידי היהודים.

ההצלחה להקים מערכת משפט מתפקדת מרשימה עוד יותר אם נזכור כי בניגוד לתחומים אחרים, מוסדות היישוב לא ניהלו מערכת משפט כללית מסודרת. אמת, לכל הגופים של התנועה הציונית, היישוב היהודי ותנועת העבודה היו מוסדות משפטיים ושיפוטיים משלהם, אך אלה היו מוסדות מוגבלים (לרוב בעלי אופי משמעתי) שלא התגבשו לכלל מערכת משפט כללית שהסדירה את כל תחומי החיים של היישוב היהודי. תחת זאת הסתמכו אנשי היישוב על המערכת המנדטורית, שבה לא שימשו יהודים רבים בתפקידי מפתח כשופטים או כפקידים בכירים.<sup>19</sup> על כן במדינה החדשה היה צורך להקים מערכת משפט מן המסד, ואף זאת בתנאים של מלחמה, משבר כלכלי ומהפך דמוגרפי, וללא כל עזרה מן הריבון הקודם.

הטענה כי השורשים הבריטיים של מערכת המשפט הישראלית הם הגורם העיקרי לקיומה היציב של המערכת, אינה עומדת גם במבחן השוואתי. אמנם כל המדינות החדשות שקמו בתהליך הדה-קולוניזציה במאה העשרים אימצו את מערכת המשפט ואת המשפט מן התקופה הקולוניאלית, כפי שעשתה גם ישראל. עם זאת, רוב המדינות

19 על מקומו המרכזי של משפט המנדט לעומת מערכות המשפט המקומיות של היישוב ראו, למשל, שמיר, קולוניות; הנ"ל, 'לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי', בתוך: מאוטנר, שגיא ושמיר (עורכים), רב תרבותיות, עמ' 594; אביטל מרגלית, "'היערות שבהם נרדה את הדבש": חוק, ארגון ומבנה תאגידי בחברת העובדים', עיוני משפט, כרך כו (תשס"ג), עמ' 451.

הללו התדרדרו בתוך פחות מעשור לשלטון לא-דמוקרטי ואפילו טוטליטרי. עולה אפוא שהתבססותה של מדינה חדשה על המוסדות השלטוניים, המינהליים והמשפטיים של המדינה הקולוניזטורית אינה מבטיחה את קיומם של מערכת משפט ושל משפט מוסדר, ולא כל שכן את קיומו האיתן של שלטון החוק. שלושים שנות מגדט בריטי אינן יכולות אפוא להסביר לבדן את הצלחתה של החברה הישראלית לקיים מדינת חוק דמוקרטית. נפנה אם כן לתאר את ההצלחה – שאינה ברורה מאליה – שבהקמת מערכת משפט מתפקדת ועצמאית, הפועלת על פי חוקים פוזיטיביים וכלליים.

#### ההקפדה על קיומה של מערכת משפט מתפקדת

השאת המשפט המנדטורי על כנו תרמה ליציבות ולביטחון המשפטיים, אך היה ברור שהמשפט ממשיך להתפתח ושיש צורך להסדיר את פעולתם של המוסדות המשפטיים. בראש ובראשונה היה צורך להסדיר את עבודת המוסד המחוקק ואת תהליכי החקיקה. לפיכך, כבר בעת הכרזת המדינה נקבע כי מועצת המדינה הזמנית היא הגוף המחוקק ואילו הממשלה הזמנית היא מוסד הביצוע שלה. מנשר מספר 1 קבע גם הסדר של האצלת סמכויות ממועצת המדינה הזמנית לממשלה הזמנית לצורך חקיקה דחופה. פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, הסדירה בצורה מקיפה יותר את ניהול המדינה, את מוסדות השלטון הכלליים והמקומיים, ואת החקיקה והמשפט. למעשה היא יצרה את 'פירמידת הנורמות' הישראלית, וקבעה בסעיף 8 הלכה למעשה את עקרון חוקיות המינהל (שהוא עיקרון יסודי בתורת המדינה המודרנית), שלפיו לממשלה ולרשויות המינהל מותר לפעול אך ורק על פי הסמכה מפורשת בפקודות מועצת המדינה הזמנית (מאוחר יותר, חוקי הכנסת) ואך ורק בתוך המסגרת שהתווה לה החוק המסמיך. הסדרה מהירה של פעולת המחוקק הייתה בעלת חשיבות רבה משום שעקרון שלטון החוק דורש כזכור כי המדינה תתנהל על פי חוקים כתובים המופנים לכלל האוכלוסייה בצורה אחידה, אימפרסונלית ושוויונית.

בנוסף להסדרת פעולתו של בית המחוקקים, נעשה כל מאמץ לדאוג לכך שמערכת המשפט המנדטורית תמשיך לעבוד בצורה יעילה וטובה תחת הניהול הישראלי לאחר הקמת המדינה. ואכן, כבר בשבוע הראשון להקמת המדינה, ובמקומות מסוימים אף ביום ראשון בבוקר – כארבעים שעות לאחר הכרזת העצמאות – נפתחו רוב בתי משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים. אפילו בירושלים, שרשמית לא הייתה בשטח ישראל, נפתח בית משפט מחוזי 'ישראלי' כבר ביום ראשון, ה-16 במאי 1948 ושופט בית המשפט, בנימין הלוי, הדגיש כי 'על אף המצב הקשה בו אנו נתונים כעת, לא עבר יום של לית דין ולית דין, ושהתווה ובוהו שאויבינו זממו עלינו לא יורשה להשתלט אצלנו כשבתי המשפט עומדים על משמרתם ברציפות וללא הפסקה'. כדי להדגיש את רציפות המשפט קרא השופט הלוי פסק דין בערעור אזרחי שהתברר בפניו כמה שבועות קודם

לכן.<sup>20</sup> הפעלת בתי המשפט לא הייתה דבר פשוט. הקשו עליה מאוד המלחמה, המחסור בשופטים ובכוח אדם מיומן, והצורך להקים מחדש את בתי המשפט בערים שבתו המשפט המנדטוריים פעלו בהן בעיקר באמצעות שופטים בריטים וערבים שעזבו עקב סיום המנדט והמלחמה. אף על פי כן הופעלו בתי המשפט כבר בימים הראשונים שלאחר קום המדינה. על הנחישות להפעיל מחדש את בתי המשפט ללא דיחוי מלמד סיפורם של השופטים שמעון אגרנט ומשה לנדוי, שהגיעו לבית המשפט המחוזי בחיפה ימים מספר לאחר הקמת המדינה, מצאו אותו נעול ונאלצו לבעוט בדלת הכניסה כדי להיכנס ולפתוח אותו לציבור.<sup>21</sup>

בית המשפט היחיד שלא נפתח בימים שלאחר הקמת המדינה היה בית המשפט העליון. הטעם לכך היה תערובת של סיבות פרוזאיות וערכיות. ראשית, רוב שופטי בית המשפט העליון המנדטורי היו לא-יהודים (היו בהם ארבעה בריטים ושני ערבים), והשופט היהודי היחיד בבית המשפט, גד פרומקין, היה מבוגר ובכל מקרה לא מקובל על שר המשפטים.<sup>22</sup> היה ברור אפוא שיהיה צורך למנות הרכב חדש של שופטים לבית המשפט, אך מכיוון שהכול הבינו כי בית המשפט העליון אינו רק מוסד שיפוטי אלא גם מוסד שלטוני בעל חשיבות חברתית ופוליטית רבה, ביקשו הממשלה ומועצת המדינה ליצור הליך מיוחד לבחירתם של שופטי בית המשפט העליון ולדון בדרכי פעולתו.<sup>23</sup> בנוסף לכך הייתה בעיה בעניין מקומו של המוסד. בית המשפט העליון המנדטורי שכן בירושלים, אך לפי החלטת החלוקה של האו"ם העיר הייתה אמורה להיות שטח שיפוט בינלאומי מפורז בשליטת כוחות האו"ם. אף כי בעת הקמת המדינה היה ברור כי לא ניתן יהיה ליישם את החלטת האו"ם כלשונה, ישראל דבקה בעניין זה בהחלטת האו"ם ולא החילה לעת עתה את שלטונה על ירושלים באופן רשמי, כדי לא להיראות כמי שמפירה את החלטת האו"ם ומאיימת על המקומות הקדושים. על כן לא היה ברור אם בית המשפט העליון ישב בירושלים או בתל-אביב.<sup>24</sup> בן-גוריון אף השתעשע במחשבה לפזר את המוסדות השלטוניים בכמה מרכזים עירוניים בארץ. הוא חשב שחיפה תוכל

20 דווח על פתיחת בית המשפט המחוזי בירושלים, 16.5.1948, שטרסמן, עוטי הגלימה, עמ' 226.

21 להב, ישראל במשפט, עמ' 119.

22 על שאלת אי מינויו של גד פרומקין לבית המשפט העליון הישראלי ראו, נתן ברון, 'הכבוד האבוד של השופט העליון: פרשת אי-מינויו של השופט גד פרומקין לבית המשפט העליון בישראל', חלק א, קתדרה, חוב' 101 (2001), עמ' 151-190, חלק ב, קתדרה, חוב' 102 (2001), עמ' 159-186.

23 פרוטוקול מועצת המדינה הזמנית, כרך א, ישיבה ג (3.6.1948), עמ' 32. חברי ועדת הוועדות (המקבילה לוועדת הכנסת של היום) שדנו בפקודת בתי המשפט ובהסדרת המינויים לבית המשפט העליון היו מאיר גרבוסקי, יוסף סרלין, נחום ניר-רפאלקס, מרדכי שטנר, דוד צבי פנקס והרצל ורדי.

24 על עמדתו של בן-גוריון ראו, יצחק אולשן, דין ודברים: זכרונות, תל-אביב 1978 (להלן: אולשן, דין ודברים), עמ' 208-209.

לשמש משכן נאות לערכאה הגבוהה.<sup>25</sup> לבסוף נחנך בית המשפט העליון בירושלים ארבעה חודשים לאחר הקמת המדינה, ב-14 בספטמבר 1948 – פרק זמן קצר מאוד בהתחשב בתנאי המלחמה ובעובדה כי היה צריך לעצב את המוסד ולאיישו מן היסוד. אחת הבעיות שהתעוררו עקב פתיחתו המאוחרת של בית המשפט העליון נגעה, כפי שראינו בפתח המאמר, בבית המשפט הגבוה לצדק. בית המשפט העליון המנדטורי שימש גם בית משפט לעניינים מינהליים וחוקתיים שהוסמך לשפוט בעניינים אלה גם לפי עקרונות לא כתובים של צדק. הייתה זו ערכאה ייחודית ללא מקבילה במקומות אחרים באימפריה הבריטית (בקפריסין היו מוסד דומה, אך עם סמכויות פחותות מן הבג"ץ הארצישראלי),<sup>26</sup> והמועצה המשפטית שליד ועד המצב ביקשה לשמרה במדינת ישראל. כפי שראינו, על פי המלצת המועצה המשפטית קבעה מועצת המדינה הזמנית כי בית המשפט בתל-אביב ישמש גם כבג"צ עד להקמת בית המשפט העליון.

רוב המוסדות המשפטיים האחרים המשיכו לפעול לאחר קום המדינה תחת ניהול ישראלי. חריג בולט היו לשכות מס ההכנסה שנסגרו זמנית, לפי דבריו של אורי ידין, לימים מנהל מחלקת החקיקה במשרד המשפטים, 'לשם טהור'.<sup>27</sup> ידין רומז ככל הנראה להליך הבדיקה הממלכתי של מנגנון המדינה הצעיר ו'טיהורו' מעובדים לא-ישרים.<sup>28</sup> בימים הראשונים שלאחר קום המדינה כבר נרשמו תאגידים במרשמי התאגידים השונים ובתל-אביב נרשמו אפילו פטנטים במרשם הפטנטים וסמני המסחר. גם פעולתן של הלשכות לרישום מקרקעין שהושעתה לזמן מה בשל חוסר הוודאות בעניין חלוקת הארץ, בשל המלחמה ובשל בריחת הערבים וגירושם, חודשה בהדרגה ככל שהתירו זאת התנאים. על אף הקשיים הגדולים הכרוכים בניהול לשכות לרישום מקרקעין בתנאים קיצוניים של חוסר ודאות, נפתחו משרדי ה'טאבו' בתל-אביב כבר ביום 27 במאי, פחות משבועיים לאחר הקמת המדינה.<sup>29</sup>

25 ראו, ששר, חיים כהן, עמ' 114.

26 על תולדותיו של בית המשפט הגבוה לצדק ועל הנסיבות שהביאו להקמתו בתקופת המנדט הבריטי ראו, יאיר שגיא, 'למען הצדק? על הקמתו של בית המשפט הגבוה לצדק', עיוני משפט, כרך כח (תשס"ד), עמ' 225.

27 אורי ידין, 'יומן אישי', בתוך: ברק ושפניץ (עורכים), ספר אורי ידין, כרך א, עמ' 17, 27 (להלן: יומן אורי ידין).

28 על הקמת מנגנון המדינה ומאמצי 'טיהור המנגנון' ראו, יעקב ראובני, המינהל הציבורי בישראל, גבעתיים-רמת-גן 1974, עמ' 11-33, 172-175; נתן ברון, 'המרירות שלא פגה: פרשת 'ועדות הטיהור' לעובדי ממשלת המנדט במעבר למדינת ישראל, תש"ח-תש"ט', בתוך מרדכי בר-און ומאיר חזן (עורכים), עם במלחמה: קובץ מחקרים על החברה האזרחית במלחמת העצמאות, ירושלים 2006, עמ' 45-94.

29 ראו, יומן אורי ידין, עמ' 20, 27, 40. על פתיחת משרדי ה'טאבו בתל-אביב ראו, יוסף שבו, 'המועצה המשפטית', הפרקליט, כרך לב (1978), עמ' 127, 134. מדובר בפרקים מיומנו של עו"ד שבו מן החודשים שקדמו להקמת המדינה ומן הימים הראשונים שלאחריה.

המאמץ להקים מערכת משפט מתפקדת הפועלת על סמך חוק פוזיטיבי ופומבי לא פסח גם על הצבא.<sup>30</sup> בשל הקמת המדינה תוך כדי מלחמה ומהפך חברתי ודמוגרפי, ובעיקר בשל מצב הלחימה הייתה סכנה של תוהו ובוהו חברתי, כלומר של פריקת כל עול אזרחי, משפטי ולעתים אף מוסרי. במיוחד הייתה סכנה שהכוחות המזוינים יפרקו בלהט המלחמה את עול המשמעת הצבאית וייהפכו כדברי בן-גוריון ל'אספסוף מסוכן'.<sup>31</sup> הוצאתם להורג הטרגית של סרן מאיר טוביאנסקי ושל סוכן ה'הגנה' עלי קאסם ללא הליך משפטי ראוי, עבירות המשמעת ומעשי הביזה, האונס והרצח שבוצעו למרבה הזוועה בידי חיילים משורות צה"ל והפלמ"ח, הבהירו את הצורך הדחוף במשמעת ברזל ובענישה מחמירה של העבריינים מקרב הלוחמים. העדר המשמעת בקרב חיילי צה"ל, ובמיוחד המעשים הנפשעים שביצעו כמה מהלוחמים, החרידו את חברי הממשלה ומועצת המדינה הזמנית ואת צמרת המשפטנים במדינה.<sup>32</sup> בן-גוריון קשר את חוסר המשמעת בצה"ל עם העדר חקיקה משמעתית ואכיפה ראויות, תבע ממפקדי הצבא ומן הפרקליטות הצבאית להעניש בחומרה את העבריינים,<sup>33</sup> ודרש להקים במהרה מערכת משפט צבאית יעילה ולחוקק חוק שיפוט צבאי מתקדם.<sup>34</sup> הבעיה הייתה שבניגוד למשפט המנדטורי האזרחי שהושאר על כנו כדי למנוע מצב של תוהו ובוהו, לרשות הצבא לא עמד חוק שיפוט צבאי מנדטורי מקביל שניתן היה להשתמש בו עד לחקיקת חוק שיפוט צבאי ישראלי מקורי. זאת משום שלא זו בלבד שהחוק הצבאי הבריטי חל רק על חיילי הצבא המלכותי הבריטי, ולכן מבחינה פורמלית אי אפשר היה להחילו על חיילי צה"ל בצורה מיידית, כפי שנעשה עם החוקים האזרחיים המנדטוריים, אלא שהוא גם לא התאים כלל ועיקר מבחינת אופיו לצה"ל.

30 על התפתחות מערכת המשפט הצבאית וחוק השיפוט הצבאי ראו, צבי ענבר, מאוניים וחרב: יסודות המשפט הצבאי בישראל, תל-אביב 2005; הנ"ל, 'הצעת חוק השיפוט הצבאי, תש"ט-1949', משפט וצבא, כרך 8 (תשמ"ח), עמ' 128; הנ"ל, 'חייל מגיד אמת', שם, כרך 10 (תשמ"ט), עמ' 131; הנ"ל, 'התפתחות חוק השיפוט הצבאי', שם, כרך 14 (תש"ס) (להלן: ענבר, התפתחות), עמ' 55. ראו גם שטרסמן, עוטי הגלימה, עמ' 237-242.

31 דוד בן-גוריון, 'מה'הגנה' במחתרת לצבא סדיר' (דברים במועצת מפא"י בתל-אביב, 19.6.1948), יחוד ויעוד: דברים על בטחון ישראל, ירושלים 1971 (להלן: בן-גוריון, יחוד ויעוד), עמ' 36.

32 ראו, למשל, יומן אורי ידן, 9.9.1948, עמ' 45. וכן המקורות שבהערה הבאה.

33 ראו, למשל, מכתבים של בן-גוריון למפקדים בצבא, 4.2.1948, 10.2.1948, 27.2.1948, מארס 1948 (אין יום מדויק), 17.7.1948, 19.10.1948, אב"ג, חטיבת התכנון. ראו גם יומן בן-גוריון, 22.8.1948, 2.4.1950, שם. ב-15 ביולי 1948, לאחר שתואר בימונו דיווחים על מעשי שוד ואונס בלוד ורמלה, סיכם בן-גוריון: 'דרוש חוק צבאי', שם. ראו גם דבריו בכנסת בנוגע לתיקון חוקת השיפוט תש"ח, דברי הכנסת, כרך 13, 4.3.1953, עמ' 873-876 (קטעים מן הנאום מובאים גם בתוך בן-גוריון, יחוד ויעוד, עמ' 185-187). וכן דבריו בטקס הסיום של קורס מפקדי מחלקות, 4.11.1948, 'למפקדים הצעירים', שם, עמ' 41-42.

34 Nir Kedar, 'A Civilian Commander in Chief: Ben-Gurion, the Army and the Law', *Israel Affairs*. to be published

כדי שלא ישרור בצבא מצב של תוהו ובוהו הוחלט אפוא שעד לכניסתו של חוק שיפוט צבאי ישראלי לתוקף תונהג בצה"ל חוקת השיפוט תש"ח, שהייתה למעשה גרסה מעובדת של חוקת השיפוט של ארגון ה'הגנה', ואושרה על ידי המפקדה הארצית של הארגון בראשית מאי 1948. במקביל הוקמה מערכת של בתי דין צבאיים, שכללה בתי דין פיקודיים ובית דין צבאי עליון שבראשו עמד אלוף. במהלך קיץ 1948 תוקנה חוקת השיפוט של ה'הגנה', כך שהיא תהלום יותר צבא ממלכתי מודרני, ופורסמה מחדש כתקנות לשעת חירום על ידי שר הביטחון בראשית ספטמבר 1948. אלה אושרו על ידי מועצת המדינה הזמנית. במקביל עמלו בשירות המשפטי של הצבא ובמשרד המשפטים על הכנת חוק שיפוט חדש ומקיף, וזה נכנס לתוקף ב-1 בינואר 1956 ונוהג בשינויים שונים עד היום.<sup>35</sup>

#### ההקפדה על משפט פוזיטיבי ופומבי

המאמץ להכפיף את הצבא לחוק מלמד על הדגש המיוחד שהושם על כך שבישראל תתקיימנה הדרישות למשפט פומבי ופוזיטיבי, כלומר משפט המבוסס על כללים ברורים וכתובים המפורסמים מראש, המאפשרים לאזרח לדעת בבירור מהן זכויותיו וחובותיו. העיקרון שזכויותיו של הפרט וחובותיו נגזרים רק מחוק כתוב המפורסם מראש ('עקרון החוקיות') הוא עקרון יסוד במשפט המערבי המודרני ומופיע בחוקים של כל המדינות המודרניות.<sup>36</sup> פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, הסדירה את הליכי החקיקה במועצת המדינה הזמנית וקבעה בסעיף 10 את חובת פרסומן של כל הפקודות (פקודות הן החוקים שיצרה מועצת המדינה הזמנית, להבדיל מחוקי הכנסת) ברשומות. מועצת המדינה נהגה כאן בהתאם לעקרון שלטון החוק הקובע שהפרסום הוא שמעניק תוקף לנורמה המשפטית. אכן, כבר בשבוע הראשון שלאחר הקמת המדינה פורסמו ב'עיתון הרשמי' (תרגום עברי של ה-'Official Gazette' המנדטורי) כל הפקודות, התקנות, הצווים וההחלטות החשובות שנתנו שלטונות המדינה, וה'עיתון הרשמי' (אחר כך רשומות) המשיך לצאת אחת לשבוע על אף המלחמה והמצב הקשה. אורי ידין מספר ביומנו בצבעוניות רבה על קשייו כממונה על החקיקה להוציא את העיתון הרשמי של המדינה. הוא מתאר כיצד נאלץ להתרוצץ בעצמו אל 'המורה ברוך' מ'גימנסיה הרצליה' כדי שיצייר את הדגלים הרשמיים של המדינה, אל משה זילברג (לימים שופט בית המשפט העליון) כדי שיעזור לו לנסח סעיפי חוק שמועצת המדינה הזמנית הורתה לו לסיים לנסח, ואל המגיהה וסדר הדפוס.<sup>37</sup> ההקפדה על עקרון

35 ראו, ענבר, התפתחות.

36 לפיתוחה של דרישה זו ראו המקורות בהערה 9.

37 על המאמץ להוציא עיתון רשמי כבר בשבוע הראשון להקמת המדינה ראו, יומן אורי ידין, עמ' 20, 29, 39, 65.

פומביות המשפט גם הביאה את מועצת המדינה הזמנית להוסיף לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, את סעיף 11א שביטל את תוקפם של 'חוקים נסתרים', כלומר של חוקים מתקופת המנדט שנחקקו כדין מיום 29 בנובמבר 1947 ועד ליום הקמת המדינה, אך מעולם לא פורסמו בעיתון הרשמי של ממשלת המנדט. על מנת להסיר ספק לגבי תקפותם קבע כאמור בית המחוקקים הישראלי, בהתאם לעקרונות שלטון החוק, כי לחוקים שלא פורסמו כדין אין ומעולם לא היה כל תוקף.

חריג להקפדה על משפט פוזיטיבי מצוי בהכרעתה של הנהגת המדינה, ובמיוחד של בן-גוריון, שלא לחוקק חוקה פוזיטיבית כתובה עם קום המדינה. אין זה המקום לדרון בפרוטרוט בשאלה מדוע לא נחקקה אז חוקה.<sup>38</sup> בנאום מפורסם בכנסת טען בן-גוריון בין השאר כי אין צורך במסמך של חוקה דווקא כי אם בהקפדה על שלטון החוק ושלטון הדמוקרטיה, שכן בחברה לא דמוקרטית או בחברה שבה אין תודעה אזרחית של כיבוד החוק והמרחב הציבורי, חוקה פורמלית כתובה לא תועיל.<sup>39</sup> בן-גוריון צדק, כמובן: חוקה כשלעצמה אינה מבטיחה את שלטון החוק, את הדמוקרטיה, את קיומה של חברה אזרחית פעילה או את השמירה על זכויות הפרט וכבודו. ללא מצע דמוקרטי-רפובליקני אזרחי נאות המכיר בריבונותו של הפרט, חוקה רק תשמש כסות פורמלית למשטר לא-דמוקרטי ולעתים אף למשטר עריץ. עובדה היא שלרוב מדינות העולם ישנה חוקה פורמלית, אך רק במיעוטן שוררים שלטון חוק ודמוקרטיה ורק במיעוטן נהנה הפרט מהגנה אמיתית על ריבונותו. אולם חוקה היא גם מסמך שיכול לקדם בעצם קיומו את שלטון החוק והדמוקרטיה. מעבר לעובדה שהחוקה מקבעת במסמך פוזיטיבי את זכויות האדם, וקובעת הסדרים דמוקרטיים ולגליים ומשריינת אותם, עצם המעשה של כינון החוקה, במיוחד אם הוא נעשה בתקופה של התרוממות רוח והרגשה של מהפכה בהתהוות, תורם לכינונה של 'תרבות חוקתית' ולמעשה לחיזוקו של הרגש האזרחי הממלכתי. גם אם בראשית שנות החמישים היה היגיון בדחיית חקיקתה של חוקה, וגם אם טענותיו של בן-גוריון בכנסת נכונות וצודקות, יש להצטער מעט – מנקודת מבטו של רעיון שלטון החוק – שבמדינת ישראל לא עוגנו בצורה פוזיטיבית זכויות האדם והעקרונות הדמוקרטיים והלגליים של המשטר, ושנמנעה הזדמנות חשובה לחנך את הציבור הישראלי המתהווה לממלכתיות. עם זאת, וכפי שטען גם

38 על כך ראו בין היתר, נתן ינאי, 'המעבר למדינת ישראל ללא חוקה', בתוך: ורדה פילובסקי (עורכת), המעבר מיישוב למדינה 1947-1949: רציפות ותמורות, [חמ"ד] 1990, עמ' 24-25; שלמה אהרונוסון, 'חוקה לישראל: הדגם הבריטי של דוד בן-גוריון', פוליטיקה, חוב' 2 (דצמבר 1998), עמ' 9-30; גיורא גולדברג, "כשנוטעים עצים אין צורך בחוקה": על בניין מדינה וכינון חוקה, מדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים, חוב' 38 (אביב-קיץ תשנ"ג), עמ' 29-48; בנימין נויברגר, סוגיית החוקה בישראל, תל-אביב 1997.

39 דברי בן-גוריון במליאת הכנסת, 20.2.1950, דברי הכנסת, כרך 4, עמ' 812-820, ובמיוחד עמ' 816-818.

בן-גוריון בנאומו הנזכר בכנסת, העובדה שלא נחקקה חוקה אינה מעידה על כך שלא נעשה מאמץ כן לכונן את ישראל כמדינת חוק.

ההקפדה על כך שלא יהיו בישראל וקום משפטי ואנרכיה, והמאמצים להקים מערכת משפט מתפקדת ולהקפיד על משפט פוזיטיבי ופומבי ועל יציבות וביטחון משפטי, תרמו לביסוסם של שלטון החוק ושל תודעה אזרחית-ממלכתית. עם זאת, קיומם של מערכת משפט מתפקדת ושל משפט פוזיטיבי ופומבי הם תנאי הכרחי לקיומו של שלטון החוק, אך לא תנאי מספיק. ההקפדה על עצמאות מערכת המשפט ועל משפט כללי-אוניברסלי היא שביססה את שלטון החוק והממלכתיות בישראל.

### **ב. ההקפדה על עצמאותה של מערכת המשפט**

עצמאות המשפט היא יסוד חיוני של שלטון החוק משום שהיא מסמלת את נפרדותו היחסית של המשפט מן ההיררכיות, המסורות ויחסי הכוח הפוליטיים והחברתיים, מעניקה למשפט פרספקטיבה ניטרלית ואובייקטיבית יחסית של החיים החברתיים ובכך מאפשרת לו לפקח – או לשלוט – על החברה. רק מערכת משפט המנותקת באופן יחסי מן ההיררכיות ויחסי הכוח החברתיים מאפשרת למשפט לפקח על החברה ולוודא כי המשפט באמת נוצר, מפורש, מוצא לפועל ונאכף בדרך אחידה, אימפרסונלית, אוניברסלית-כללית ושוויונית. בנוסף לעגה (הז'רגון) המשפטית המיוחדת ולתוכן ולצורה הייחודיים של הנורמות המשפטיות, עצמאותו של המשפט מתבטאת קודם כול באוטונומיה מוסדית של מערכת המשפט, כלומר בקיומם של מוסדות מיוחדים היוצרים, מפרשים ואוכפים משפט, ואינם תלויים במוקדי הכוח הפוליטיים והכלכליים בחברה.

הבוחן את ימיה הראשונים של מערכת המשפט הישראלית מגלה כי ההתערבות של הרשויות הפוליטיות ושל הממסדים התנועתיים בהליכי ההקמה של מערכת המשפט הייתה מזערית. זאת ועוד, בפעמים הבודדות שבהן התערבו הרשויות הפוליטיות או הגופים המפלגתיים בשאלות הנוגעות במבנה מערכת המשפט, במינויים למערכת המשפט או בהתנהלותה של המערכת, הם תמכו על פי רוב בעמדה שחיוקה את אי תלותה. כך היה בעניין עצמאותם של השופטים, היועץ המשפטי לממשלה והפקידות המשפטית. גם במקרים המעטים שבהם התנגשו המשפטנים עם הממשלה והכנסת, עם הצבא או עם הממסדים התנועתיים בעניין עצמאותם, הייתה בסופו של דבר ידם של המשפטנים על העליונה – כך היה בשאלת מינוי השופטים וכך גם בשאלת תנאי השכר של השופטים והמשפטנים בשירות המדינה והצבא. אמנם המשפטנים הראשונים קבלו על חוסר הכרה במעמדם הממלכתי החשוב ועל הצורך להיאבק בענייני מעמדם, שחרם



ותנאי עבודתם.<sup>40</sup> עם זאת, מבט בוחן יותר מגלה כי מהקמת המדינה נהנו המשפטנים הישראלים מעצמאות וכן מתנאי שכר ושירות ייחודיים ומיוקרה רבה. לא זו בלבד שמערכות המשפט והשיפוט 'סבלו' פחות מן הפוליטיזציה שהייתה מנת חלקם של שאר מוסדות המדינה הצעירה, פוליטיזציה שמקורה במערכת המפלגתית של היישוב בתקופת המנדט. העדויות ההיסטוריות מלמדות גם שהממשלה, מועצת המדינה (ואחר כך הכנסת), והעילית הפוליטית הישראלית אפשרו למערכת המשפט והשיפוט להיות עצמאיות. אעמוד עתה על האוטונומיה של הפקידות המשפטית, של היועץ המשפטי לממשלה ושל השופטים בישראל הצעירה.

### עצמאותה של הפקידות המשפטית

משמעותה של עצמאות מערכת המשפט היא בין היתר קיומה של אדמיניסטרציה נפרדת המסדירה את ענייני המשפט. נפרדותה של האדמיניסטרציה המשפטית מחלקים אחרים של המינהל הציבורי אינה רק פרי של חלוקה ועיצוב יעילים של המינהל הציבורי לפי תחומי התמחות, אלא גם של התיאוריה הפוליטית המודרנית הרואה חשיבות גדולה בעצמאות המשפט, ובין היתר ברעיון שהפקידים העוסקים בשאלות משפטיות יהיו מופרדים במידה רבה מן ההייררכיות ויחסי הכוח הקיימים במוסדות הפוליטיים ובמינהל הציבורי בכללותו. בהתאם להמלצת המועצה המשפטית שליד ועד המצב הוקם עם כינון המדינה 'מיניסטריון משפטי' (כיום משרד המשפטים) שניהל והסדיר את כל ענייני המשפט בארץ.<sup>41</sup> אף על פי שקיימים גופים משפטיים שאינם מצויים תחת מרותו המינהלית של משרד המשפטים – למשל התביעה המשטרית ולשכות הייעוץ והחקיקה במשרדי הממשלה השונים וברשויות המקומית – רוב רשויות המשפט בארץ כפופות לו מינהלית, ובכך הן נפרדות משאר המינהל הציבורי ונהנות מעצמאות מוסדית ופוליטית. אפילו רשויות המשפט שאינן שייכות למשרד המשפטים כפופות לו מן הבחינה המקצועית. עצמאותם היחסית של העובדים המשפטיים במשרדי הממשלה וברשויות המקומיות (וזהו של חיילי השירות המשפטי בצה"ל) באה לידי ביטוי גם בסולם מיוחד של דרגות שכר שהונהג כבר בסמוך להקמת המדינה, ונועד לשמור על עצמאותם הכלכלית ולמנוע מהם להתפתות להצעות שוחד שיטו את שיקול דעתם. עצמאותם נשמרת גם בכך שהם אינם כפופים ישירות למרותה של נציבות עובדי

40 לתיאור כמה מן המאבקים ראו, אולשן, דין ודברים, עמ' 222-223, 240-244; להב, ישראל במשפט, עמ' 127-129; אליקים רובינשטיין, שופטי ארץ: לראשיתו ודמותו של בית המשפט העליון בישראל, ירושלים 1980 (להלן: רובינשטיין, שופטי ארץ), עמ' 87-102; שטרסמן, עוטי הגלימה, עמ' 242.

41 ראו, 'סיכום עבודת המועצה המשפטית והמלצות שהוגשו לברנרד ג'וזף ב-30 באפריל 1948', ג"מ, ג 111/3.

המדינה, אלא מאוגדים כבר מזמן הקמת המדינה ב'שירות המשפטי', היוצר חץ בינם ובין הנציבות, ומעניק להם בתוך כך כוח מיקוח משמעותי בעניין תנאי עבודתם.<sup>42</sup> סיפור מעניין המדגים את עצמאות המנגנון המשפטי קשור בפקידים המשפטנים של משרדי הממשלה השונים. למשרדי הממשלה ולרשויות המקומיות מחלקות ייעוץ וחקיקה שבראשן עומד היועץ המשפטי של המשרד או הרשות. מכיוון שעובדי מחלקות אלה נחשבים לעובדים של המשרד – הם מתמנים על ידי השר הממונה על המשרד (בהמלצת היועץ המשפטי לממשלה)<sup>43</sup> – סברו שרים אחדים כי היועץ המשפטי במשרד ופקידיו כפופים להם לגמרי כמו כל עובד אחר במשרד. אולם היועץ המשפטי לממשלה הצליח כבר בחודשים הראשונים לאחר קום המדינה להטמיע את העיקרון כי הפקידים המשפטיים במשרדים השונים כפופים מינהלית לשר הממונה, אך כפופים מקצועית אך ורק ליועץ המשפטי לממשלה, כלומר חייבים לפעול על פי הנחיותיו. עוד באמצע יולי 1948 כינס יעקב שמשון שפירא, היועץ המשפטי לממשלה הראשון, את היועצים המשפטיים של כל משרדי הממשלה והודיע להם כי על אף שאינם עובדים של משרד המשפטים, אלא פקידים מומחים של המשרד שהם יושבים בו, הם נתונים לפיקוחו של היועץ המשפטי. בעקבות פגישה זו פנה סגן היועץ המשפטי לממשלה, צבי עלי בקר, במכתב ליועצים השונים ודרש מהם למסור ליועץ המשפטי לממשלה העתק מכל חוות דעת בעניין עקרוני או בעניין הנוגע גם למשרד אחר. היועצים המשפטיים לממשלה חזרו על דרישה זו בשנים הבאות עוד פעמים מספר, ואף התרו ביועצים משפטיים שלא עמדו בדרישות אלה.<sup>44</sup> הפיקוח של משרד המשפטים כלל גם פגישות עבודה תכופות של היועצים המשפטיים עם היועץ המשפטי לממשלה (ובהזדמנויות אחדות גם עם שר המשפטים). שני היועצים המשפטיים לממשלה הראשונים, יעקב שמשון שפירא וחיים כהן, היו דמויות ריכוזיות שניהלו את משרד המשפטים ביד רמה והקיפו לפקח על מחלקות הייעוץ והחקיקה במשרדי הממשלה האחרים. הפיקוח הריכוזי של היועץ המשפטי לממשלה על היועצים המשפטיים של המשרדים האחרים היה כה הדוק, עד שהוא עורר את זעמם של חלק מן היועצים המשפטיים במשרדים, שחשו כי אין בוטחים בהם וסירבו להיות 'משרתיים' של שני אדונים – השר הממונה והיועץ המשפטי לממשלה. המחלוקת אף הגיעה לידי משבר זוטא כאשר שבתאי רוזן, שהיה יועצו המשפטי המוערך מאוד של משרד החוץ, מתח

42 על מאבקי הראשונים של השירות המשפטי ראו, יומן אורי ידן, עמ' 60-62. על מאבקי השכר של המשפטנים בשירות המדינה בשנים הראשונות לקום המדינה ראו, שטרסמן, עושי הגלימה, עמ' 92-93.

43 כך למשל, היועץ המשפטי לממשלה חיים כהן היה השושבין הראשי בתהליך קבלתה של עורכת הדין רות סטנר למשרת היועץ המשפטי של משרד החינוך והתרבות. ראו מכתב מרות סטנר למנכ"ל משרד החינוך והתרבות, 12.1.1950, ג"מ, ג-5665/16.

44 ראו, ג"מ, ג-5666/1, ג-5665/15, ג-5665/16, ג-5666/3.

ביקורת נוקבת על היועץ המשפטי לממשלה. לאחר שגם שרי החוץ והמשפטים שעורבו בסכסוך דבקו כל אחד בהגנה על הפקיד הכפוף לו, התערב בעניין ראש הממשלה וקבע נחרצות כי 'הוראותיו המשפטיות של היועץ המשפטי לממשלה מחייבות כל העובדים המשפטיים בכל המשרדים, למעט משרד הביטחון'.<sup>45</sup> ייתכן שבן-גוריון סבר כי עצמאות היועץ המשפטי במשרד הביטחון נעצרת כאשר הדבר נוגע בביטחון המדינה, וייתכן שהוראה זו נבעה מכך שממילא עבדו ראש הממשלה והיועץ המשפטי לממשלה בצמידות, כך שהם יכולים היו לפתור ביניהם מחלוקות אפשריות בעניינים משפטיים שנגעו במשרד הביטחון. כך או כך, כיום ברור כי גם היועץ המשפטי של משרד הביטחון כפוף להנחיות היועץ המשפטי לממשלה.

#### עצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה

עצמאותה של מערכת המשפט הישראלית על מעלותיה ומגרעותיה מגולמת בתפקידו של היועץ המשפטי לממשלה. לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל אין אח ורע בעולם המערבי, במובן זה שמדובר בפקיד מדינה (Civil servant) בכיר. הוא אינו נבחר ואינו חייב באחריות כלפי הכנסת אך הוא בעל סמכויות נרחבות. הוא אחראי ליועץ המשפטי לממשלה ולרשויותיה ולמחלקת החקיקה במשרד המשפטים, בנוסף לכך הוא גם ראש התביעה הכללית ועל כן יש לו שיקול דעת בלעדי בפתיחת הליכים פליליים, ובעיכובם או בסגירתם של הליכים קיימים. ברוב מדינות העולם מסורות סמכויות אלה למשפטן בכיר שהוא גם פוליטיקאי נבחר, החב באחריות לציבור הבוחרים ולפרלמנט.<sup>46</sup> אמנם במקור הכוונה הייתה שגם בארץ שר המשפטים יהיה היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, אולם חוסר הוודאות באשר למבנה הרצוי של המשרד ואופיים של השר והיועץ הראשונים הובילו לכך שהפקיד, ולא השר, קיבל את מרב הסמכויות. שר המשפטים הראשון, פנחס רוזן, היה אמנם דוקטור למשפטים ושותף באחד ממשרדי עורכי הדין הגדולים בתקופת המנדט, אולם הוא ראה עצמו כבר בתקופת היישוב כמנהיג פוליטי השואף לתפקידים מרכזיים יותר מתפקיד שר המשפטים ולא אווה להשקיע את כל כולו בעבודה משפטית. לעומת רוזן, שביכר את העשייה הפוליטית על פני עיסוק בשאלות מקצועיות, היה יעקב שמשון שפירא אדם חזק ושאפתן שראה בתפקידו במשרד המשפטים כר נרחב לפעילות. התוצאה הייתה ששר המשפטים רוזן בחר להתמקד בניהול המשרד ובתפקידיו הפוליטיים כשר וכחבר

45 ראו, ג"מ, ג-5666/1. העניין מוזכר אצל בונדי, פליקס, עמ' 439.

46 לדיון באופי התפקיד של היועץ המשפטי לממשלה ראו, רות גביוון, 'היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות', פלילים, כרך ה (2) (1996), עמ' 27-120; עלי זלצברג, 'דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל', שם, עמ' 149-172.

כנסת, והשאיר ליועץ המשפטי את האחריות המקצועית.<sup>47</sup> העובדה שאדם המרכז בידי סמכויות רבות ומשמעותיות כל כך אינו נבחר בבחירות דמוקרטיות ואינו חייב באחריות לבוחר או לפרלמנט מעוררת לעתים תכופות – ובצדק רב – ביקורת. הטענה היא שעצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה וחוסר תלותו ברשויות הפוליטיות הנבחרות אינם דמוקרטיים ולכן עלולים להזיק בסופו של דבר לשלטון החוק. אף על פי כן הרשויות הפוליטיות החליטו בשנים הראשונות לכונן בדרך זו את מעמדו הבלתי תלוי של היועץ המשפטי ואף לחזקו, מתוך מחשבה שהקפדה על עצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה משמעה חיזוק שלטון החוק.

היועץ המשפטי הראשון יעקב שמשון שפירא ושר המשפטים הראשון פנחס רוזן אכן עשו רבות לביצור מעמדו העצמאי והחזק של היועץ המשפטי לממשלה. לא זו בלבד שרוזן הקפיד שלא להתערב בשיקוליו של שפירא ושל היועצים המשפטיים שבאו אחריו, הוא אף תמך לגמרי במאבקיו האחרים של שפירא לחיזוק מעמדו. מאבקיו אלה של שפירא נוהלו בשני מישורים: במישור הראשון הוא נאבק על תנאי השכר והעבודה שלו ושל עובדיו ועל הטמעת ההכרה הפוליטית והציבורית בתפקידו כתפקיד בעל חשיבות ממלכתית מן המעלה הראשונה; ובמישור השני הוא נאבק על אי-תלותו ברשויות הפוליטיות, המנהליות והצבאיות, על ההכרה בסמכות הפיקוח המשפטי שלו על כל רשויות המינהל הציבורי והמשטרה, ובמיוחד על ההכרה בשיקול הדעת הסופי והבלעדי שיש לו בפתיחת הליכים פליליים, העמדה לדין, ועיכוב הליכים או סגירתם. יחיאל גוטמן כבר הראה ששפירא ביקש לשוות לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה אופי ממלכתי א-פוליטי. הוא אמנם נשאר חבר מפא"י גם לאחר מינויו ולא הסתיר את קשריו הכלכליים הענפים ואת שאיפותיו הפוליטיות, אך נמנע במתכוון מהשתתפות בפעילות פוליטית-מפלגתית וסירב למשל לנאום באסיפת בחירות מטעם מפא"י.<sup>48</sup> במקביל הוא נאבק על כך שמשכורתו, מיקומו ברשימת הטקס ומעמדו הפורמלי בכלל יהיו כשל שר. למעט במאבקיו לנאום בכנסת ולהשתתף באופן קבוע בישיבות הממשלה, הצליח שפירא בכל המאבקים הללו – בסיועם המובהק של בן-גוריון ורוזן.<sup>49</sup> כך למשל היו השניים הכוח העיקרי שדחף להשוואת את תנאי השכר של היועץ המשפטי לממשלה לזה של שר. בדיון בממשלה שנסב על משכורתו של היועץ המשפטי לממשלה, אמנם קבל בן-גוריון על משכורתיהם הגבוהות של המשפטנים ועורכי הדין, אך תמך נמרצות בהשוואת משכורתו של היועץ לזו של שר ושל שופט בית המשפט העליון, וטען כלפי השרים המתנגדים כי אינם מבינים מהי מדינה (לעומת ארגון חברים וולונטרי), מהי חשיבותה של ההגנה על שלטון החוק במדינה ומה חשיבותו לכן של היועץ המשפטי

47 ראו, יחיאל גוטמן, היועץ המשפטי נגד הממשלה, ירושלים 1981 (להלן: גוטמן, היועץ), עמ' 46-54.

48 שם, עמ' 59-60.

49 שם, עמ' 56-59.

למדינה: 'האסון הוא, שכולנו רגילים לא למדינה, אלא להסתדרות הציונית ובהתאם לכך בוטאה כאן גישתו של מר קפלן [שר האוצר שהתנגד למשכורת הגבוהה – נ"ק]'.<sup>50</sup> בן-גוריון לא רק הקפיד בכבודו של היועץ המשפטי לממשלה אלא גם נהג להיוועץ בו בכל דבר ועניין. מסכת יחסיו הקרובים עם חיים כהן, היועץ המשפטי השני שכהן בתפקיד בין השנים 1950 ו-1960, הייתה לשם דבר.

אולם יותר מתנאי עבודתו של היועץ המשפטי לממשלה חשוב העיקרון שלפיו יש ליועץ שיקול דעת סופי ובלעדי בכל השאלות של פתיחת הליכים פלייליים, התלייתם או סגירתם, ובכלל זה גם בכל הקשור להגשת כתבי אישום. אמנם בתחילה ניסו שרים בממשלה להתערב בשיקול דעתו של היועץ המשפטי בענייני העמדה לדין, אולם כאשר עמד זה על העיקרון כי שיקול דעתו בלעדי ומוחלט כיבדה זאת הממשלה. שני המקרים שקיבעו את מעמדו העצמאי של היועץ המשפטי לממשלה הם פרשות הריגול מזמן מלחמת העצמאות בעניין סילווסטר ובעניין טוביאנסקי. במקרה הראשון דובר בשני אזרחים בריטים שעבדו כפקידים בחברת החשמל הירושלמית ונעצרו כחשודים בריגול לטובת הלגיון הערבי. משרד החוץ הבריטי הפעיל לחץ כבד על ישראל שזה עתה קמה שלא להעמידם לדין ושר החוץ זימן אליו את היועץ המשפטי לממשלה וביקשו לשחרר את השניים ולמנוע את חרפת היחסים, הבעייתיים ממילא, עם בריטניה. שפירא סירב נחרצות ושוב לא הופעלו עליו לחצים פוליטיים בעניין. שני הנאשמים הועמדו לדין, האחד שוחרר בבית המשפט המחוזי והאחר בעקבות ערעור לעליון.<sup>51</sup>

הפרשה השנייה, זו שקיבעה יותר מכול בעיני השלטון והציבור את מעמדו העצמאי של היועץ המשפטי לממשלה, הייתה הפרשה הטרגית הידועה בעניין טוביאנסקי.<sup>52</sup> סרן מאיר טוביאנסקי, מפקד מחנה שנלר ושדה התעופה בירושלים, נחשד כי ריגל לטובת הבריטים, והוצא להורג לאחר שנדון למוות במשפט שדה באשמת בגידה במדינה. משנתגלתה הפרשה הורה בן-גוריון לפרקליט הצבאי הראשי אהרן חוטר-ישי לחקור בעניין, וזה קבע שטוביאנסקי חף מפשע, שכן אין אדם נחשב אשם כל עוד לא התברר עניינו בהליך משפטי הוגן. שר הביטחון הורה להשיב למנוח את דרגתו הצבאית, להעביר את גופתו לבית עלמין צבאי ולשלם למשפחתו תגמולים ופיצויים. הכנסת פרסמה הודעת רשמית המביעה צער וזעזוע על המקרה ומברכת את משרד הביטחון על החקירה האמיצה בעניין. בנוסף לכל אלה ביקש היועץ המשפטי לממשלה להעמיד לדין באשמת הריגה בכוונה תחילה את האחראים למשפט השדה ולהריגת טוביאנסקי.

50 פרוטוקול ישיבת הממשלה הזמנית, 12.12.1948, ג"מ, עמ' 45.

51 ע"פ 1/48, סילווסטר ג' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד א 5. על הפרשה כולה ראו, גוטמן, היועץ, עמ' 55-56.

52 על פרשת טוביאנסקי ראו, שבתי טבת, כתת יורים בבית ג'וז: על מה הוצא טוביאנסקי להורג?, תל-אביב 1992; גוטמן, היועץ, עמ' 61-68.

החלטתו של שפירא עוררה התנגדות מרה הן בצה"ל והן בחוגים פוליטיים. הם ראו בה רדיפה של היועץ המשפטי, שהיה איש מפא"י, אחר מפקד בצבא המקורב למפ"ם (הכוונה לאיסר בארי, אז ראש מחלקת המודיעין בצה"ל, שהיה אחראי למשפט השדה ולהוצאתו להורג של טוביאנסקי). ההתנגדות הובילה גם למסכת לחצים של כמה משרי הממשלה על היועץ המשפטי לממשלה. אולם שפירא עמד על דעתו כי יש להעמיד את כל המעורבים לדין וכי שיקול הדעת הסופי בעניין הוא שלו בלבד. 'תאר לעצמך', אמר שפירא לבן-גוריון, 'שמישהו משריך מביא לי הוכחות שהוא גנב כסף מקופת-המדינה, שהוא מעל באמון, ואני רוצה לברר את הדבר ולהביא בפני בית המשפט אם נראה לי שההוכחות הן (כאלה) שיש בהן ממש ואתה תגיד לי שלא לעשות זאת? לא ייתכן דבר כזה שהממשלה תגיד לי לסגור את התיק'.<sup>53</sup>

טיעונו של שפירא ואיזומו להתפטר על אתר אם הממשלה תבקש להכריע בשאלת ההעמדה לדין במקומו שכנעו את בן-גוריון. הוא נמנע מלהביא את העניין להכרעת ממשלה ואף סירב מאוחר יותר להתערב בתיק, גם כאשר הוצגו ראיות חדשות השופכות לכאורה אור חדש על מעשיו של טוביאנסקי. 'לי אין מה לומר בעניין זה', אמר בן-גוריון נחרצות כאשר הובא העניין בפניו. 'יש לנו פרוקורור-גנרל (תובע כללי) והוא יעשה את המוטל עליו'.<sup>54</sup> לבסוף, בארי והאחראים האחרים למשפט השדה ולהוצאה להורג הועמדו לדין ונענשו. בצדק כתב יחיאל גוטמן שהעימות בפרשת טוביאנסקי-בארי נחשבת לקן פרשת מים ביחסים שבין היועץ המשפטי לממשלה והרשויות הפוליטיות וצה"ל. עקשנותו של שפירא והגיבוי שנתנו לו בסופו של דבר ראש הממשלה ושר המשפטים קיבעו את עצמאותו המוחלטת של היועץ המשפטי לממשלה בכל הקשור להעמדה לדין ולקביעת גורלם של הליכים פליליים, וקבעו מסמרות לעתיד, בכל הנוגע לעצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה.

בשנים הראשונות לקום המדינה עדיין ניסו בעלי תפקידים בכירים להשפיע על שיקול דעתו של היועץ המשפטי בכל הקשור לניהול הליכים פליליים, אך זה זכה להגנתם הקשוחה של שר המשפטים וראש הממשלה. כאשר נודע למשל לבן-גוריון בחודש מארס 1953 שנשיא המדינה יצחק בן-צבי ביקש מן היועץ המשפטי לממשלה לעכב את ההליכים הפליליים בעניינו של ראש עיריית חדרה, הוא מיהר לשלוח לנשיא מכתב מחאה 'אישי ופרטי' בעניין. בן-גוריון כתב:

נדהמתי מדבר זה, שגגה חמורה שיצאה מפי השליט. נשיא המדינה אסור לו שיעשה דבר כזה. יש לנשיא זכות החנינה, אבל אין לאיש הזכות להתערב במהלך החוק והמשפט [...] אין להפעיל שום השפעה אישית

53 ראיון מוקלט שנתן שפירא ליחיאל גוטמן, דצמבר 1977. ראו, גוטמן, היועץ, עמ' 64.

54 יעקב סלומון, בדרכי שלי, ירושלים 1980, עמ' 207, מובא אצל גוטמן, היועץ, עמ' 65.

או רשמית – למנוע מהלך החקירה והמשפט; וודאי שלא – ההשפעה העליונה של המדינה – השפעת הנשיא.<sup>55</sup>

### עצמאות השופטים

התרבות הפוליטית המודרנית במערב מעניקה חשיבות יתרה לקיומם של בתי משפט עצמאיים.<sup>56</sup> זאת משום שמוסדות אלה, המפרשים את המשפט ומפקחים על הוצאתו לפועל ועל אכיפתו, קובעים בסופו של דבר את גבולותיו ואחראים במידה רבה לקיומו הלכה למעשה של שלטון החוק. עצמאות השופטים עוגנה פורמלית בחוק השופטים משנת 1953, שהכריז בסעיף 13 כי 'אין על השופט מרות בענייני שפיטה זולת מרותו של החוק'. לפי חוק זה, שהוראותיו כלולות היום בחוק יסוד: השפיטה ובחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984, השופטים ממונים ומקודמים על סמך החלטה של הוועדה למינוי שופטים שמורכבת מתשעה חברים וחסנה במידה רבה מהשפעות פוליטיות-מפלגתיות, מפני שיש בה רוב מובנה למשפטנים. עוד קבע חוק השופטים כי כהונתו של שופט תסתיים רק במותו, בהתפטרותו, בפרישתו לגמלאות בגיל שבעים או אם בית דין משמעתי מיוחד, המורכב משלושה שופטים לפחות, ימליץ בפני נשיא המדינה להעבירו מתפקידו.<sup>57</sup> החוק גם ניתק את בתי המשפט מניהולו הישיר של משרד המשפטים והכפיפם למחלקה אוטונומית – הנהלת בתי המשפט – ששופט בכיר עומד בראשה. בשנת 1953 החליטה ועדת הכנסת כי 'התערבות במהלך של משפט, המתנהל בבית-משפט [...] כל עוד לא ניתן פסק-דין סופי, אינה עומדת בהתאמה למעמדו של חבר כנסת ויש להמנע מכך'.<sup>58</sup>

כפי שהראיתי בהרחבה במקום אחר, גם בטרם נחקק 'חוק השופטים' – ולמעשה כבר מיום הקמת המדינה – נהנו השופטים הישראלים הלכה למעשה מעצמאות מלאה ומחופש פעולה רב בכל הקשור למינוי שופטים ולקביעת סדרי העבודה של בתי המשפט, ומכבוד והערכה רבה מצד העילית הישראלית והמוסדות הפוליטיים הנבחרים.<sup>59</sup> אין עדות לניסיון פוליטי-מפלגתי או אחר להשפיע על שופטים להטות

55 מכתב בן-גוריון ליצחק בן-צבי, 5.3.1953, אב"ג, חטיבת התכתובות.

56 ראו, נוימן, שלטון החוק, עמ' 224-265; אונגר, חוק.

57 חוקים מיוחדים מבטיחים גם את עצמאותם של הדיינים בבתי הדין הדתיים השונים, וחוק השיפוט הצבאי משנת 1955 מבטיח את אי-תלותם של השופטים הצבאיים. ראו, למשל, חוק הדיינים, תשט"ו-1955; חוק הקאדים, תשכ"א-1961; חוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, תשכ"ג-1962; חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955.

58 החלטת ועדת הכנסת, 10.3.1953, מובא אצל אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה שלישית, ירושלים ותל-אביב 1980, עמ' 226.

59 ניר קידר, 'עצמאות השופטים בישראל: מבט על ימים ראשונים', טרם פורסם (להלן: קידר, עצמאות השופטים).

משפט, ואין עדויות לניסיון לפגוע בעצמאותם בדרך אחרת. הממשלה מעולם לא הפעילה את סמכותה (מכוח היותה הגורם הממנה) לפטר שופט מכהן. לפי החוק שהיה קיים בטרם נחקק 'חוק השופטים', מונו השופטים בערכאות הנמוכות על ידי שר המשפטים ואילו שופטי בית המשפט העליון על ידי הממשלה והכנסת. אף על פי כן, ולמרות שכפי שנראה הרכבו הראשון של בית המשפט העליון היה הרכב 'מאוזן' מבחינה פוליטית-תנועתית, ההשפעה הפוליטית-מפלגתית על מינויי השופטים בתקופה שבין הקמת המדינה לבין חקיקת 'חוק השופטים' לא הייתה מכרעת (הגם שכלל לא ברור שהשפעה פוליטית על מינויי שופטים היא בהכרח פסולה או שהיא גורעת ממידת המחויבות של החברה והמערכת הפוליטית לשלטון החוק).

מן העדויות ההיסטוריות עולה כי מעבר להנחה שהייתה מקובלת אז על העילית הישראלית – הן על העילית הפוליטית והן על זו המשפטית – כי על הרכב השופטים הראשון של בית המשפט העליון להיות מאוזן מבחינה פוליטית, כלומר לשקף את כוחן של התנועות הפוליטיות המרכזיות של הציבור היהודי בישראל, אין עדויות להשפעה פוליטית-תנועתית על המינויים לבתי המשפט בתקופה שקדמה לחקיקת 'חוק השופטים'. לשון אחר, אין עדויות על כך שהשתייכות תנועתית הייתה גורם מכריע במינויו של אדם כלשהו לתפקיד שיפוטי. על אף שברור שרשימת המועמדים להרכבו הראשון של בית המשפט הורכבה בהתאם למפתח תנועותי, מלמדות העדויות ההיסטוריות כי את רשימת השופטים הראשונים לבית המשפט העליון עיצבו במהלך אביב וקיץ 1948 שר המשפטים הראשון רוזן ונשיא בית המשפט העליון המיועד משה זמורה, שהיה ידו הקרוב של רוזן ושותפו למשרד עורכי הדין, ולמעשה המרכבה תרם לא מעט גם ראש הסתדרות עורכי הדין העבריים, מנחם דונקלבלום.<sup>60</sup> הרשויות הפוליטיות 'רק' העניקו לבסוף לרשימה את ההכשר, משהשתכנעו כי הכלולים בה ראויים לכהן בערכאה העליונה ומשנוכחו גם שהיא אכן 'מאוזנת' ומייצגת במידה נאותה את המרכז הפוליטי הרחב של החברה הישראלית. רשימת המועמדים הורכבה קודם כול על פי פרמטרים 'פנים משפטיים' שנגעו במקצועיותם של המועמדים ובפוליטיקה הפנימית של השדה המשפטי. עם זאת, בהכירם היטב את הפוליטיקה היישובית ביקשו רוזן, זמורה ודונקלבלום להציג בפני הרשויות הפוליטיות רשימה שאמנם תורכב מן האנשים שהם רוצים בהם, אך שגם תהיה מאוזנת מבחינה פוליטית ולא תעורר התנגדות בקרב הפוליטיקאים.<sup>61</sup> משימה זו לא הייתה קשה משום שממילא

60 במכתב מ-9.6.1948, כתב זמורה לרוזן: 'ביקשת ממני הצעה בדבר שופטי בית הדין העליון, ואלו הם המועמדים אחרי ששקלתי את הדבר שיקול רב גם עם חברי דונקלבלום: דונקלבלום, אגרנט, גויטיץ, אולשן, ויינשל'. הארכיון הצינוני המרכזי, A/215/71/14 (תיקי זמורה).

61 בחלק מרשימותיו של זמורה מאותה תקופה הוא ציין את שמות המועמדים לבית המשפט העליון כשבצדם שיוכם התנועותי. שם.



רוח המשפטנים המובילים ביישוב נמנו עם המרכז הפוליטי הרחב שבין 'חרות ומק"י'. הרשימה שעיצבו המשפטנים אכן נדונה בהרחבה בוועדת הוועדות של מועצת המדינה הזמנית (המקבילה לוועדת הכנסת היום), בממשלה ובמליאת מועצת המדינה ואושרה.<sup>62</sup> גם בשנים שיבואו איננו מוצאים עדויות על השפעה פוליטית-תנועתית פסולה על הרכב בית המשפט העליון. אדרבה, ידוע שבן-גוריון והנהגת מפא"י לא התייחסו לתביעתם של עורכי הדין חברי המפלגה ישראל בר-שירה, ארי אנקוריון ואהרן פולונסקי לפעול להגדלת מספרם של חברי מפא"י בין השופטים והמשפטנים בשירות במדינה. בן-גוריון אמנם ציין ביומנו את המספר המצומצם של שופטים ומשפטנים חברי המפלגה, אך לא פעל להגדילו.<sup>63</sup> העדות היחידה להתערבות פוליטית בהליכי המינוי לבית המשפט העליון נוגעת ב'בירור' שערך ראש הממשלה שרת בדצמבר 1953 (כלומר, כשחוק השופטים כבר היה בתוקף) בדבר העיכוב במינויו של צבי ברנזון לבית המשפט העליון.<sup>64</sup> גם העדויות ההיסטוריות המעטות על מינויים לבתי המשפט הנמוכים מעידות כי להשתייכות פוליטית-תנועתית לא היה משקל מכריע במינוי שופטים. אם כן, בכל הקשור למינוי שופטים או להעברתם מתפקידם הפגינו הרשויות הפוליטיות גישה ממלכתית וביטאו בכך את יחסן המיוחד לרעיונות עצמאות השופטים, שלטון החוק והממלכתיות. לעומת הנוהג המקובל בארצות הברית למשל, לפיו הרשויות הפוליטיות (הנשיא, המושל או בית הנבחרים) ממנות את השופטים תוך התחשבות בהשתייכותם הפוליטית ובעמדותיהם, המועמדים לשפיטה בישראל נקבעו הלכה למעשה בתוך השדה המשפטי ורק אושרו על ידי הממשלה והכנסת; כאמור, בשנת 1953 'נישלו' החוק את הממשלה והכנסת מהליך מינוי השופטים.

החומר ההיסטורי גם אינו מלמד על יחס מזלזל כלפי השופטים או חמור מכך על התערבות בעבודתם. השופטים, כבר אמרנו, התקוממו לעתים על קשייהם בעניין תנאי

62 לדיון בוועדת הוועדות ראו פרוטוקול הישיבה, 14.7.1948, פ-3074/12: "ועדת הוועדות" בראשות דוד צבי פנקס 2.1949-7.1948, ג"מ; לדיון בממשלה ראו פרוטוקול ישיבת הממשלה, 7.7.1948, 14.7.1948, שם; לדיון במועצת המדינה הזמנית ראו, פרוטוקול מועצת המדינה הזמנית, 22.7.1948, ישיבה יא, עמ' 10-15.

63 ראו שיחה בין בן-גוריון ובין עורכי הדין ישראל בר-שירה וארי אנקוריון, שקבלו על כך שאנשי תנועות הפועלים אינם ממונים לתפקידים שיפוטניים או לתפקידים משפטיים אחרים. יומן בן-גוריון, 25.7.1952, אב"ג. עדות לקובלנה זו, שלא נענתה על ידי בן-גוריון, מצויה כבר במכתבם הרחב של בר-שירה, אנקוריון ואהרון פולונסקי למוזכר מפא"י, 29.3.1950, שם, חטיבת התכתבויות.

64 על ה'בירור' שערך שרת עם אולשן בעניין ברנזון ראו, משה שרת, יומן אישי, כרך א, תל-אביב 1978, עמ' 216-217 (רישום מ-8.12.1953). מצוין אצל רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 93, הערה 34. הקשר שבין דעותיו הפוליטיות של ברנזון לבית המשפט העליון נדון בממשלה כבר בשנת 1952. ראו, פרוטוקול ישיבת הממשלה, 10.8.1952, 18.3.1953 (ראו במיוחד דבריהם של ראש הממשלה ושל השרים סרלין ורוזן), 31.5.1953, ג"מ. העניין הגיע גם לעיתונות. ראו, הארץ, 25.11.1952, 26.8.1952.

עבודתם ומעמדם הפורמלי: הזמן הרב יחסית שעבר עד שנחקק 'חוק השופטים', המאבקים עם משרד האוצר על שכרם, הוויכוחים בעניין מקומם של השופטים הבכירים ברשימת הטקס, דרגותיהם של השופטים הצבאיים, סירובו של משרד החוץ להעניק להם דרכונים דיפלומטיים גם כשהוזמנו לחוץ לארץ בנסיבות רשמיות וההתבטאויות הפוגעות של שרים וחברי כנסת בעניינם. אולם אם בוחנים את מכלול העדויות מן התקופה (ולא רק את טרוניותיהם של השופטים) מגלים שגם כאשר היו ויכוחים שנגעו לדרכי עבודתם של השופטים ומערכת בתי המשפט, הם לא נבעו מחוסר הבנה של חשיבות רעיונות שלטון החוק ועצמאות השופטים, אלא דווקא ממודעות לרעיונות הפוליטיים הבסיסיים של המודרנה ולצורך כי עקרון עצמאות השופטים יתיישב עם רעיונות הדמוקרטיה והממלכתיות. זהו הרקע לכעסה של הממשלה על המחאה הפומבית שהשמיעו השופטים בנוגע לשכרם, ולרוגזה על התקוממותם על הביקורת הציבורית שהוטחה בהם עקב העונשים הקלים שהם פוסקים. שרי הממשלה חשבו כי לשופטים – כמו לשוטרים, חיילים או שרים וחברי כנסת – אסור למחות בפומבי על תנאי שכרם משום שהם דמויות ממלכתיות המייצגות את המדינה. באופן דומה חשבו הממשלה והכנסת כי התקוממותם על הביקורת הציבורית הנוקבת בעניין גזרי הדין הקלים שהם נותנים אינה במקומה, משום שעצמאותם אין משמעה חסינות מפני ביקורת ציבורית לגיטימית.<sup>65</sup> הצורך ליישב את רעיון עצמאות המשפט עם רעיונות הדמוקרטיה והממלכתיות מסביר גם את לחצם של ראש הממשלה ושל פוליטיקאים אחרים למנות לבית המשפט העליון שופט ממוצא ספרדי, ומאוחר יותר – בשנות השבעים, תקופה החורגת ממאמר זה – למנות שופטת אישה. ראוי לציין כי דרישות אלה נבעו (לפחות ככל שהדבר נגע בדוד בן-גוריון) מסיבות ממלכתיות – הרצון לשתף חלקים גדולים באוכלוסייה במוסדות השלטון. במובן זה סוגיית מינוי השופטים מלמדת על מעבר ממינוי משיקולים תנועתיים למינוי משיקולים ממלכתיים.<sup>66</sup> העדויות ההיסטוריות מלמדות אם כן שבדומה ליועץ המשפטי לממשלה ולמשפטנים בשירות הציבורי נהנו גם השופטים הראשונים לא רק מעצמאות רבה אלא גם מהערכה ומכבוד מזמן הקמת המדינה.

65 לדין מעמיק בוויכוחים אלה ראו, קידר, עצמאות השופטים.

66 ראו, קידר, בן-גוריון; הנ"ל, עצמאות השופטים; הנ"ל, "צריכה להיות הרגשה של עם": שויון ושותפות בתפיסתו של בן-גוריון בשנות החמישים והשישים, בתוך: אבי בראלי, דניאל גוטוויין וטוביה פרילינג (עורכים), חברה וכלכלה בישראל: מבט היסטורי ועכשווי, ירושלים וקריית שדה-בוקר 2005, עמ' 747, 754-761.

### ג. סיכום

במאמר זה ביקשתי לתאר את ימיה הראשונים של מערכת המשפט בארץ, ולהראות כי הרשויות הפוליטיות והעילית הישראלית בכלל הקפידו לקיים את עקרון שלטון החוק, שמחייב מערכת משפט עצמאית ומתפקדת המתבססת על משפט פוזיטיבי ופומבי. ראינו כי למן היום הראשון לקיומה פעלה במדינת ישראל מערכת משפט עצמאית וכי מוסדות המדינה נהגו על פי חוקים כתובים ומפורסמים המנוסחים באופן כללי ואימפרסונלי.

טענתי במאמר וממצאי אינם עולים בקנה אחד עם גישה בולטת בהיסטוריוגרפיה המשפטית והכללית בארץ הטוענת כי החברה הישראלית היא חברה 'לא-לגליסטית', כלומר חברה שמעולם לא הטמיעה באמת את החשיבות החברתית והאזרחית של הציות לחוק ושל ההתנהגות לפי הנורמות המשפטיות.<sup>67</sup> אמת, טענתי במאמר זה לבדה אינה יכולה לקעקע את תזת האי-לגליזם, שכן לכך נדרש גם מחקר מעמיק העוסק בתרבות הפוליטית והאזרחית של החברה הישראלית והאליטות שלה. יתר על כן, לכאורה נראה שממצאי אפילו עולים בקנה אחד עם תזת האי-לגליזם. המאשימים את החברה הישראלית באי-לגליזם טוענים כי אין די בקיומה של מערכת משפט מסודרת ופורמלית המקיימת (לפחות מבחינה מבנית-צורנית) את עקרונות שלטון החוק שעמדתי עליהם במאמר, שכן בצדה של מערכת המשפט המסודרת משגשגת בישראל תרבות לא-לגליסטית המעודדת זלזול בחוק ובמערכת המשפט, בזכויות האדם ובנורמות אזרחיות ודמוקרטיות נאותות. ההיסטוריונית של המשפט פנינה להב המשילה את היחס לשלטון החוק ששרר בשנים הראשונות בישראל לפירמידה רבת רבדים. בראש הפירמידה התנוססו אמנם הסמלים הפורמליים של שלטון החוק, ובראשם חקיקה כתובה ומוסדרת ('פוזיטיבית') ומערכת בתי משפט; אולם ככל שמנמיכים את המבט לכיוון בסיס הפירמידה – הרחב כמובן מראשה – מגלים את היחס האמיתי של החברה הישראלית למשפט: ראיית המשפט כמכשיר חברתי ולא כערך, האמונה כי הדקדנות המשפטית מפריעה להגשמת הערכים הציוניים (ולא מקדמת אותם). לבסוף – בבסיס הפירמידה – התפיסה הכללית היא כי המשפט אינו חיוני לחברה ומשני לעשייה עצמה, וכי הוא אוסף ערטילאי של עקרונות וכללים, 'לוקסוס לעשירים', שאין להשחית עליו משאבים.<sup>68</sup>

כמובן אין די בקיומן של הדרישות המבניות-פרוצדורליות של שלטון החוק כדי להגן באופן נאות על הדמוקרטיה וזכויות האדם ולהבטיח את קיומה של תרבות אזרחית. אדרבה, כפי שמעיד מצבם של אזרחיה הערביים של מדינת ישראל, לעתים ההקפדה הדווקנית והאטומה על קיום החוק הפוזיטיבי 'היבש' וההליכים המשפטיים הפורמליים, האחידים והאימפרסונליים מסתירים אפליה ופגיעה קשה בזכויות האדם. אולם קשה לפטור כלאחר יד את העובדה שהעילית הפוליטית והמשפטית בישראל

67 לתפיסה זו ראו הערה 5.

68 להב, משפט בישראל, עמ' 131-132.

הקפידה על קיומם של משפט פוזיטיבי ושל מערכת משפט עצמאית ומתפקדת כבר למן היום הראשון להקמת המדינה, וזאת על אף מצב המלחמה והתווה ובוהו ששרר אז בארץ. ההיסטוריה לימדה אותנו כי אין זו משימה קלה: ברבות מן המדינות האחרות שהוקמו בתהליך הדה-קולוניזציה נוצרו משטרים עריצים שרמסו ברגל גסה את הדמוקרטיה, את שלטון החוק ואת זכויות האדם. מנקודת מבט זו נדמה כי אילו התפסה הרווחת בישראל הייתה שהמשפט משני לעשייה או אף עומד למכשול לחברה בדרכה להגשמת יעדי הציונות, היו ראשי המדינה והצבא נמנעים מכינונה של מערכת משפט עצמאית ומתפקדת ומהקפדה על דרישות שלטון החוק. ודאי וודאי כך במצב של מלחמה קשה וחוסר יציבות חברתי וכלכלי.

אולם מעבר לכך, שני טעמים מבהירים מדוע איננו צריכים להקל ראש בהקפדה על מערכת משפט מתפקדת ועצמאית ועל משפט פוזיטיבי ופומבי: ראשית, משפט פוזיטיבי ומערכת משפט יעילה ומתפקדת תורמים כשלעצמם להתפתחותה של תרבות אזרחית-לגליסטית; ושנית, ההקפדה על יצירת משפט ומערכת משפט ההולמים את דרישות שלטון החוק מעידה על תרבות אזרחית-לגליסטית מפותחת למדי, שכן ללא תרבות כזו המשפט ומערכת המשפט היו אולי מתפקדים ביעילות ואולי אף ממלאים חלק מדרישות שלטון החוק, אך קשה היה להצביע על מערכת משפט עצמאית המפעילה את המשפט באופן אחיד ואימפרסונלי על כלל האזרחים ואף אוכפת אותו על הצבא ועל שלטונות המדינה. ארחיב מעט בעניין זה.

ראשית, משפט פורמלי ומערכת משפט יעילה ומתפקדת תורמים כשלעצמם להתפתחותה של תרבות אזרחית-לגליסטית. לחוק ולמערכת המשפט הישראלית לא היה רק קיום פורמלי, אלא גם קיום ממשי – הם השפיעו על החברה, התוו נורמות התנהגות ופיקחו על פעולות המשטר. זו נקודה חשובה שנעלמת הרבה פעמים מעיניהם של המבקרים: לקיומם של הליכים ומוסדות פוליטיים, מינהליים ומשפטיים פורמליים יש ערך מחנך חשוב התורם לעיצובן של תודעה אזרחית ושל חברה ממלכתית ולגליסטית. מעבר לכך שהמוסדות המשפטיים מכוונים התנהגות ואוכפים נורמות התנהגות, עצם קיומם הפעיל משפיע על התודעה החברתית ומחזק את ההכרה בחשיבותם של המשפט, של השוויון ושל הצדק הפורמליים וכן את ההכרה במרכזיותם של הערכים ההומניים והפוליטיים של המודרנה. ראשוני השופטים והמשפטנים הבינו זאת היטב ועל כן הדגישו בכל הזדמנות את חשיבותם של המאפיינים הצורניים והפרוצדורליים של המשפט ושלטון החוק.<sup>69</sup> ההיסטוריה הראתה כי מערכות החוק והסדר הפורמליות באמת השפיעו על החברה הישראלית. ראינו למשל שהסדר, הביטחון והיציבות המשפטיים והחברתיים נשמרו על אף המלחמה והמצב הכלכלי

69 ראו, ניר קידר, 'על הפורמליזם המחנך של בית המשפט העליון המוקדם: עיון מחודש בפרשת ב'ורנו ושייב', מחקרי משפט, כרך כב (תשס"ו), עמ' 1-42.

והחברתי הקשה, שפושעים רמי דרג לא הצליחו להתחמק מדין צדק, ושבת המשפט הגבוה לצדק פיתח מגילת זכויות אדם שיפוטית מפותחת, הנשמרת הלכה למעשה עד היום גם ללא קיומה של חוקה פוזיטיבית כתובה. אין אלה עובדות של מה בכך. זאת ועוד, ההקפדה על יצירת משפט פוזיטיבי ועל מערכת משפט עצמאית מעידה על תפיסה לגליסטית ועל תרבות אזרחית מפותחת למדי, שכן ללא תרבות אזרחית ולגליסטית, המשפט ומערכת המשפט היו אולי פועלים בצורה יעילה אך לא היו ממלאים אחר כל הדרישות של שלטון החוק. קשה להניח שבמדינה צעירה שנולדה בתהליך לא מסודר של העברת שלטון ובסערת מלחמה ומהפך דמוגרפי אפשר היה לעצב מערכת משפט עצמאית ומתפקדת, לאכוף על כלל הציבור ועל האליטות ציות לנורמות המשפטיות ולהנחיל הכרה כללית בחשיבותה של מערכת המשפט, וזאת מבלי שהייתה קיימת תרבות אזרחית-לגליסטית מפותחת יחסית. קשה להניח למשל שהצלחתו של שלטון החוק להכות כאן שורש יסודה בעיקר באופיים הריכוזי ובנחישותם של דמויות 'חזקות' כגון היועצים המשפטיים שפירא וכהן או נשיאי בית המשפט העליון זמורה ואולשן. אין ספק שנחישותם של אלה ומחויבותם העמוקה לשלטון החוק תרמו להשתרשותו של העיקרון בארץ, אך הטמעתו של שלטון החוק לא הייתה יכולה להתרחש אילולא הייתה הקרקע החברתית והתרבותית נכונה לקלוט את הרעיון. לו הייתה אכן החברה הישראלית כל כך לא-לגליסטית ולו אכן בזו האליטות הפוליטיות והאחרות שלה למשפט ולנורמות האזרחיות התקינות, מדוע הקפידו כל כך על קיומם של משפט פוזיטיבי ושל מערכת משפט עצמאית, ומדוע הקימו מערכת משפט שתעמוד בדרישות הקשות של שלטון החוק? כמובן, חלק מן התשובה מצוי בכך שיציבות משפטית מקילה על הכוונת הכלכלה בחברה מתועשת, על ניהול חברת ההמון ועל שמירה על הביטחון והסדר הציבורי. אולם זו אינה יכולה להיות התשובה כולה. השאיפה לקיום כלכלה מפותחת, לניהול יעיל של החברה או לשמירה על הסדר הציבורי אינה יכולה להסביר למשל את ההקפדה על קיומו של בג"צ כבר מן הימים הראשונים להקמת המדינה ועוד קודם להקמתו של בית המשפט העליון. טעמים כלכליים או ניהוליים-חברתיים גם אינם יכולים להסביר את ההקפדה על קיומם של בחירות דמוקרטיות חופשיות ועל עצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה, את ההתעקשות להכפיף את הצבא למרות החוק והשלטון הדמוקרטי, או את העובדה שבכל תולדות המדינה נערך רק משפט שדה אחד, שגם מארגניו נשפטו ונענשו. כל אלה מעידים מניה וביה על תרבות אזרחית-לגליסטית מפותחת יחסית, שרק בה הייתה יכולה להתפתח מערכת משפט הבנויה לאור עקרונות שלטון החוק. כל אלה מעידים כי על אף שאין די בדרישות המבניות והפרוצדורליות של שלטון החוק ועל אף הביקורת המוצדקת לעתים על מערכת המשפט והתרבות האזרחית הישראלית, רעיונות שלטון החוק והדמוקרטיה הצליחו להכות שורש בישראל.