

הסמכות והרשות: על הקמת בית המשפט העליון במדינת ישראל

מאת

יאיר שגיא*

מאמר זה חושף לראשונה, בהתבססו על שורה של מקורות ארכיוניים, את סיפור הקמתו מחדש של בית המשפט העליון לאחר תום המנדט הבריטי. המאמר יראה כי במסגרת המהלכים שהובילו להקמתו מחדש של בית המשפט העליון נעשה ניסיון לשנות שינוי יסודי את דמותו, הן בהעברת קבע של בג"ץ מבית המשפט העליון לבית המשפט המחוזי והן בקביעת זכות הערעור אל בית המשפט העליון (גם) היישר מבית משפט השלום. המאמר יחשוף עוד כי משגילו זאת שופטי בית המשפט העליון של ראשית שנות החמישים, הם אזרו עוז בנפשם והתגייסו כאיש אחד במאבקם לעצור, החלטית, את שתי היזמות. כפי שילמד המאמר, בבסיס התנגדות שופטי בית המשפט העליון היה רצונם לקבוע בעצמם אילו עניינים ראויים להגיע עדיהם באופן סדיר – קל וחומר, אילו עניינים ראויים לסמכותם המקורית – ואילו אינם ראויים לכך. חלק נכבד מהדיון במאמר יוקדש להצגת הכרוניקה של מעורבות השופטים במהלכי החקיקה שנגעה לבית המשפט העליון בימי הדמדומים של השלטון המנדטורי ובתקופה שמיד לאחר מכן. כרוניקה זו תלמד שהגישה שלפיה חלה המשכיות בין בית המשפט העליון המנדטורי לבין בית המשפט העליון הישראלי חוטאת בשניים: ראשית, היא מתעלמת מההבדלים המשמעותיים שבין שני בתי המשפט, ולו רק מנקודת המבט של סמכויותיהם; שנית, וחשוב מכך, גישה זו מעלימה עין מתהליכים מורכבים וחשובים שיצרו וקיבעו את הדמיון בקווי המתאר של שני המוסדות, ומהתפקיד המכריע שמילאו השופטים המייסדים של בית המשפט העליון של מדינת ישראל – בתוך אולמות בית המשפט ומחוץ להם – בהבניית בית המשפט העליון "שלהם". לבסוף יציע המאמר כי הפרשה המתוארת בו הייתה הרת גורל. ראשית, בה נקבעה במידה רבה דמותו של בית המשפט העליון עד לימינו שלנו. שנית, במסגרתה קיבלו עליהם, באופן תקדימי, שר המשפטים, חברי הכנסת, ציבור עורכי הדין, מלומדי המשפט וכלל השופטים את העובדה הזאת כעובדת חיים במדינת ישראל: שופטי בית המשפט העליון הם שיקבעו במידה מכרעת מה יעשה בסמכות העניינית שבידם, ובמיוחד מתי תהיה נכונה השעה לשתף אחרים בסמכות השיפוט "שלהם".

* מרצה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. אני מבקש להודות מקרב לב לנתן ברון, סנדי קדר ויורם שחר על הערות שהעירו ועצות טובות שנתנו לאורך הדרך. תודה גם לאלכס וולף, חן זייפן, נתי פרל וגלי רכבי על עזרתם החשובה במחקר. כן ברצוני להודות מאוד לחברי מערכת משפטים על הערות חשובות ומועילות שהעירו במהלך עבודתנו המשותפת.

מבוא. א. סמכויות בית המשפט העליון בתקופת המנדט. ב. המועצה המשפטית. 1. לקראת עצמאות; 2. הקבוצה האורתודוקסית מול הקבוצה הרפורמית; 3. סיכום עבודתה של המועצה; 4. הצעות נוספות: בניחוח קונטיננטלי; ג. לאחר הקמת המדינה. 1. עם עצמאות: החקיקה הישראלית בנוגע לבית המשפט העליון; 2. עכשיו זה רשמי: רוזן מציע להעביר את בג"ץ; 3. בצל קורתו של זמורה: פרוטוקול השופטים; 4. לקראת חוק בתי המשפט, התשי"ז-1957; ד. שאלות שלאחר מעשה: האם זהו סיפור הצלחה? 1. מה ביקשו להשיג השופטים?; 2. עד כמה הצליחו השופטים?; 3. כיצד הובטחה הצלחתם (היחסית) של השופטים?; ה. בימים ההם, עוד קודם לכן, ובזמן הזה. 1. מבוא: משנת 1957 עד לשנות האלפיים; 2. בימים ההם ובזמן הזה?; 3. ועוד קודם לכן; ו. סיכום: מהפכה שנתאחרה.

מבוא

מאמר זה חושף פרק בלתי מוכר בהיסטוריה של בית המשפט העליון של מדינת ישראל, ובהיסטוריה של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק – הלוא הוא בג"ץ – בתוך כך. מדובר בסיפור הקמתו מחדש של בית המשפט העליון לאחר תום המנדט הבריטי. חוקרים קודמים התייחסו לימי בראשית אלה של בית המשפט העליון בישראל, אך טרם נחשפו פרטיהם של דיונים נרחבים שנערכו בתקופה ההיא אשר עניינם היה בהיקף הסמכויות שראוי להטיל על בית משפט זה במדינה החדשה. למעשה, כך יטען המאמר, עניינם היה קביעת מהותו של בית המשפט העליון של מדינת ישראל ומעמדו המוסדי בין יתר רשויות השלטון.

המאמר יחשוף שורה של מקורות ראשוניים, שטרם ראו אור, ומכאן שעדיין לא נדונו בספרות, אשר עסקו בעניינים אלה. במיוחד ילמדו המקורות כי כבר ערב הקמת המדינה הציעו משפטנים (יהודים)¹ בכירים שתי הצעות מרחיקות לכת: ראשית, להעביר לתמיד את משכנו של בג"ץ מבית המשפט העליון לבתי המשפט המחוזיים; שנית, לקבוע שבית

1 יש להדגיש כי במאמר אתייחס אך ורק למשפטנים יהודים שפעלו בארץ בתקופת המנדט ולאחר הקמת מדינת ישראל. בכך אתעלם מקיומם של משפטנים ערבים מובילים אשר פעלו אף הם בארץ בתקופה הנדונה, שכן באופן כללי לא היה להם חלק בהקמת מערכת בתי המשפט במדינת ישראל הצעירה (בדומה לזה, ומאותה סיבה, לא תוזכרנה להלן משפטניות בנות התקופה). על אודות משפטנים ערבים מובילים מתקופת המנדט, ראו גבריאל שטרסמן עוטי הגלימה – תולדות עריכת הדין בארץ-ישראל 31–33 (1985); גר פרומקין דרך שופט בירושלים 240–243 (1954). על אודות משפטניות בנות התקופה ראו אייל כתבן ורות הלפרין-קדרי "The Feminist Proposal is 'Really Ridiculous': המאבק על זכותן של נשים לשמש עורכות דין בארץ ישראל" מחקרי משפט כה 237 (2009); אייל כתבן, רות הלפרין-קדרי ותמר טרארז'יטניצקי עורכות הדין הראשונות בארץ ישראל 1930–1948 (2009).

המשפט העליון ישמע ערעורים, בזכות ובמישרין, לא רק מבית המשפט המחוזי אלא גם מבית משפט השלום.

כפי שיגלה המאמר, הרעיון לערוך את שני השינויים המפליגים הללו בסמכויות בית המשפט העליון לא נזנח לאחר שהוכרזה עצמאות המדינה. נהפוך הוא: עם הקמת משרד המשפטים הישראלי המשיכו הצעות ממך זה להידון במסדרונותיו. לשיאם הדרמטי הגיעו הדברים בתחילת שנת 1950, עת העביר שר המשפטים פנחס רוזן לעיון שופטי בית המשפט העליון טיוטת הצעת חוק ממשלתית-רשמית שבמסגרתה נכללו שתי ההצעות הללו. המאמר יגלה שרק בדרך זו גילו שופטי בית המשפט העליון שמאחורי גבם נרקמו במשרד המשפטים ההצעות ליטול מידם את בג"ץ ולחייבם לרון בערעורים (גם) מבית משפט השלום. משגילו זאת, הם פתחו במתקפת נגד. אחד מממצאיו המרכזיים של המאמר הוא ששופטי בית המשפט העליון של ראשית שנות החמישים אזרו עוז בנפשם והתגייסו כאיש אחד לעמוד מאחורי הנשיא זמורה והשופט אולשן במאבקם לעצור את שתי היזמות.

כפי שיוסבר בהמשך, שני השינויים שהוצעו בסמכות בית המשפט העליון היו קזוס פְּלִי מבחינת השופטים, שכן הם נגעו בשורש הגדרת מעמדו הציבורי והארגוני של בית המשפט העליון. בניסוח אחר, נראה בהחלט כי לו היו מתקבלים השינויים, היה בית המשפט העליון של מדינת ישראל ממלא תפקיד אחר במערכת בתי המשפט בארץ, ומעמדו – כלפי פנים וכלפי חוץ – היה שונה, אולי אפילו שינוי יסודי, מכפי שהתפתחו הדברים בהמשך ימי המדינה. הגם שהשופטים בוודאי לא יכלו לדעת מהו המסלול המדויק שבו תנוע ההיסטוריה המוסדית של בית המשפט העליון, הם הבינו היטב מהו הפוטנציאל הטמון בהצעת החוק שהובאה לידיעתם. לכן, הם סברו, הייתה ההצעה ראויה למלחמה שאסרו נגדה.

מאבקם של השופטים צלח, כך בוודאי לפי מבחן התוצאה. אני אף מוכן להסתכן ולומר זאת: ייתכן בהחלט שאלמלא מעורבותם של השופטים היו צולחים הניסיונות לשנות שינוי יסודי את דמותו של בית המשפט העליון לאחר קום המדינה, וזאת כאמור הן בהעברת קבע של בג"ץ מבית המשפט העליון לבית המשפט המחוזי והן בקביעת זכות הערעור אליו היישר מבית משפט השלום. מסיבה זו יש לומר ששופטי-בראשית אלה, הם עצמם, קבעו בעוצם ידם את דמותו של בית המשפט "שלהם" למשך כל ימי המדינה, ולמעשה עד היום, שהרי לכול ידוע שבמובנים רבים וחשובים סמכות בג"ץ לא נשתנתה מאז ועד ימינו שלנו. בדומה לזה, עד היום לא הוקם מסלול ערעור ישיר מבית משפט השלום לבית המשפט העליון.

אם כך, המאמר מתאר בפירוט פרק אחד חשוב במיוחד בהיסטוריה המוסדית של בית המשפט העליון: ימי הבראשית של המוסד במדינה הריבונית. בתוך כך המאמר יזהה את אותם אישים בני-דור-המייסדים שידיהם הייתה רב להם בכינונו מחדש לאחר תום המנדט. מבין קבוצת מייסדים זו המאמר יתמקד במיוחד בשופטי בית המשפט העליון הראשונים. התמקדות זו נעשית מתוך כוונה להראות שתהיה זו טעות להעריך את

השפעת השופטים הללו על אופיו של המוסד לדורות רק על סמך פסקי הדין ההיסטוריים שלהם.² תחת זאת המאמר ילמד שלשם כך יש להביא בחשבון אף את מעורבותם, שמחוץ לפסקי הדין, בהתוויית גבולות הסמכות של בית המשפט העליון ובשמירה עיקשת עליהם.

די באמור עד כה כדי להציג, בתמצית, את שתי טענותיו המרכזיות של המאמר: הטענה הראשונה נוגעת לאופן שבו התעצב בית המשפט העליון של מדינת ישראל. מהותה היא הקביעה שתצורתם המוסדית של בית המשפט העליון, של בג"ץ ושל הרשות השופטת כולה מעולם לא הייתה כתובה בכוכבים. כלומר, הסמכויות שהוקנו לבתי המשפט אינן, ומעולם לא היו, תוצאה של תהליכים "טבעיים" שנעשו ללא מגע יד אדם.³ כמו כן הן בוודאי אינן, ומעולם לא היו, נגזרת לוגית של ההחלטה ההיסטורית שהתקבלה ערב קום המדינה להחיל את הדין המנדטורי במדינת ישראל.⁴ נהפוך הוא: בתי המשפט השונים (ובהם בית המשפט העליון ובג"ץ) נראים כפי שהם נראים ועושים מה שהם עושים בשל מעורבות יד אדם. עיקרו של המאמר הוא בהצגת כרוניקה של מעורבות זו בימי הדמדומים של השלטון המנדטורי ובתקופה שמיד לאחר מכן. כרוניקה זו מלמדת שהגישה שלפיה חלה המשכיות בין בית המשפט העליון המנדטורי לבין בית המשפט העליון הישראלי חוטאת בשניים: ראשית, היא מתעלמת מההבדלים הניכרים שבין שני בתי המשפט, ולו רק מנקודת המבט של סמכויותיהם של שני המוסדות; שנית, וחשוב מכך, גישה זו מעלימה עין מתהליכים מורכבים וחשובים שיצרו וקיבעו את הדמיון בקווי המתאר של שני המוסדות.

בהמשך לכך, טענתו המרכזית השנייה של המאמר עולה בדיוק מתוך בחינת אותם תהליכים שהובילו לדמיון המורפולוגי שחל בין בית המשפט העליון של טרם עצמאות וזה שלאחר עצמאות. הטענה מתרכזת בקבוצה אחת של ישראלים שקמו ועשו מעשה כדי לקבע צורה מסוימת של בית המשפט העליון, לאמור היא מתמקדת בחלקם של שופטי בית המשפט העליון בעיצובו של בית המשפט העליון של מדינת ישראל. היא מעלה את התפקיד המכריע שהם מילאו – בתוך אולמות בית המשפט ומחוץ להם – בהבנייתו של בית המשפט העליון.

2 ראו יאיר שגיא "למנצח שיר מזמור? לקראת ניתוח אירגוני של מערכת בתי המשפט בישראל" (טרם פורסם) (להלן: שגיא "למנצח שיר מזמור"); השו" גיא קלס "אוניברסיטה בגלות: ההיסטוריה של החינוך המשפטי בעשור הראשון למדינה" משפטים מא 605, 647, 658 (2011).

3 השו" למשל, ליהודה פרנקל "פקוח בתי המשפט על מעשי השלטונות" הפרקליט ט 27, 29 (1952): "[...] בו בזמן שהרשות המחוקקת בישראל נולדה רק עם הקמת המדינה, והרשות המנהלת הוקמה מחדש עם הקמת המדינה, הרי הרשות השופטת היא הרשות היחידה שנשארה מימי המנדט [...]". כן ראו האמור להלן בה"ש 11 ובטקסט ליד ה"ש 388.

4 כפי שנקבע, כידוע, בס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר תוס' א 1.

מאמר זה מהווה שלב נוסף בהיסטוריוגרפיה המוסדית, אשר הולכת ונבנית, של בית המשפט העליון של מדינת ישראל.⁵ פרטי התצרף המציג היסטוריה זו מתחילים להיאסף.⁶ לפיכך בשולי הדיון וכנגזרת של טענותיו המרכזיות המאמר מציע גם כיצד מתיישב פרק הזמן שבו הוא מתרכז – העשור שהשתרע משנת 1948 ועד לשנת 1957, שאז התקבל חוק בתי המשפט, התשי"ז–1957⁷ – עם תקופות מוקדמות ומאוחרות יותר בהיסטוריה של בית המשפט העליון. בראייה לעבר: המאמר מצביע על ההמשכיות הרעיונית שהתקיימה בין הצעדים שנקט מקימו הבריטי של בג"ץ, זקן השופטים סר תומס הייקרפט (Haycraft),⁸ לבין הצעדים שנקטו הנשיאים זמורה ואולשן, יורשיו הישראלים הראשונים, כדי לתת דמות מסוימת לבית המשפט "שלהם". במבט לעתיד: המאמר מציע כי עובדות הפרשה שתתואר כאן ביססו תקדים. אילו עובדות במיוחד? העובדה ששופטי בית המשפט העליון הישראלים הראשונים נקטו צעדים אקטיביים בקביעת היקף העניינים שבהם יעסוק במישרין בית המשפט העליון, והעובדה שהלכה למעשה שאר ממלאי התפקידים שהיה להם חלק בהליך חקיקת חוק בתי המשפט, 1957 קיבלו עליהם את אשר דרשו השופטים. ומה היה תוכנו של התקדים שנקבע אגב כך? שופטי בית המשפט העליון הם שיקבעו במידה רבה את סמכויות השיפוט "שלהם", ומכל מקום הם שיחליטו מתי תהיה נכונה השעה לשתף אחרים בסמכויות השיפוט הללו. זהו מבנה המאמר: שני פרקיו הבאים של המאמר (הפרק הראשון והפרק השני) יתארו את הרקע להקמת בית המשפט העליון לאחר קום המדינה. הפרק הראשון יסרטט את סמכויותיו הרבות והשונות של בית המשפט העליון בערוב תקופת המנדט. הפרק השני יתאר את פועלה של "המועצה המשפטית", שהייתה חלק מ"ועדת המצב" אשר הוקמה על ידי הנהגת היישוב לקראת הקמת המדינה. עיקרו של פרק זה יהיה בהצגת שתי הגישות המרכזיות שעלו בדיוני המועצה המשפטית באשר לשתי ההצעות האמורות שנגעו לדמותו העתידית של בית המשפט העליון – הגישה האחת דגלה בהשארת הקיים על כנו, והשנייה קידמה את ההצעות הללו. פרקו הבא של המאמר, הפרק השלישי, יתמקד בהצעת החוק שהעביר השר רוזן לשופטים בראשית 1950 ובתגובתם המפורטת לה. כן יתוארו שאר הליכי חקיקת חוק בתי המשפט, 1957 ומעורבותם הנמשכת של

- 5 ראו, למשל, נתן ברון "פרשת 'מסמך השופטים החסוי': מבט נוסף על הקמת מערכת השיפוט הישראלית בשנת תש"ח (1948)" קתדרה 115, 195 (התשס"ה) (להלן: ברון "פרשת 'המסמך החסוי'"); ניר קידר "מבט חדש על הקמת מערכת המשפט הישראלית" ישראל 1, 11 (2007) (להלן: קידר "מבט חדש"); יאיר שגיא "למען הצדק? על הקמתו של בית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כח 225 (2004) (להלן: שגיא "למען הצדק"); יאיר שגיא "בדידות מזהרת: בג"ץ במבט בין-דורי" (טרם פורסם) (להלן: שגיא "בדידות מזהרת").
- 6 השוו לרון חריס, אסף לחובסקי ואלכסנדר (סנדי) קדר "בין משפט להיסטוריה: על ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי" עיוני משפט כו 372, 351 (2002).
- 7 להלן: חוק בתי המשפט, 1957. לסמכות בית המשפט העליון לפי חוק זה, ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 129–130.
- 8 שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 5, בעמ' 263–287.

השופטים בהם. שני הפרקים הבאים (הפרקים הרביעי והחמישי) ידונו במשמעויותיה של הפרשה שבה עוסק המאמר, הן בראייה סינכרונית והן בראייה דיאכרונית. הפרק הרביעי יזהה בתוך שלל המקורות שייפרסו בפרקיו הקודמים של המאמר את היעדים שביקשו להבטיח השופטים בהליכי החקיקה האמורים. במסגרת זו יטען כי מעל לכול, שופטיו-מייסדיו של בית המשפט העליון של מדינת ישראל ביקשו לקבוע אילו עניינים ראויים להגיע עדיהם באופן סדיר – קל וחומר אילו עניינים ראויים לסמכותם המקורית – ואילו אינם ראויים לכך. בהמשך לכך יראה הפרק כי בסופו של דבר היו לשופטים די והותר סיבות להיות שבעי רצון עם חתימת הליכי החקיקה, שכן במהלכם אכן הובטחו יעדים עיקריים ששמו השופטים לנגד עיניהם. לבסוף יצביע הפרק על שורה של גורמים פרסונליים ומוסדיים שתרמו להצלחתם היחסית של השופטים. הפרק החמישי יבחן את הפרשה בראייה בין-דורית. הוא יעלה את האפשרות כי פרשה זו אינה יוצאת דופן בהיסטוריה של בית המשפט העליון, בהתחשב בתפקיד המכריע שמילאו שופטים שונים בתקופות אחרות בקביעת גבולות הסמכות של בית המשפט. פרקו האחרון של המאמר, הפרק השישי, יסכם את הדיון.

א. סמכויות בית המשפט העליון בתקופת המנדט

דבר המלך במועצתו, 1922,⁹ אשר פורסם ב-10.8.1922, הוא שחלש על מערכת בתי המשפט בארץ רוב תקופת המנדט הבריטי.¹⁰ הפרק החמישי בדבר מלך זה (סימנים 38–67) נוקב בשמן¹¹ של ערכאות השיפוט ה"אזרחיות" הרגילות¹² (Civil Courts) האלה: "בית משפט של מגייסטרטים" (כלומר בית משפט השלום); בית משפט מחוזי, שהוסמך לדון הן כערכאה ראשונה והן כערכאת ערעור על פסקי דין של בית המשפט שמתחתיו; בית משפט לפשעים חמורים (Court of Criminal Assize), בעל סמכות דיון

9 להלן: דבר המלך, 1922. לנוסחו של דבר מלך זה ראו 3 LAWS OF PALESTINE 2569–2590 (Robert H. Drayton ed., revised ed. 1934) (להלן: Drayton); בהמשך, הפניה זו תיוחד לנוסחו האנגלי של הקובץ; ההפניה המופיעה בה"ש 13 להלן היא לנוסחו העברי של הקובץ.

10 על מערכת בתי המשפט בארץ בימים שקדמו לדבר המלך מ-1922 ראו נתן ברון שופטים ומשפטנים בארץ ישראל – בין קושטא לירושלים, 1900–1930 (2008) (להלן: ברון שופטים ומשפטנים בארץ ישראל), בעיקר חלק ראשון. כן ראו שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 5.

11 בחרתי במינוח זה ("נוקב בשמן") בעקבות דיונו המפורט של ברון, שלפיו אין לדבר על "הקמה" של מערכת שיפוט חדשה עם כינון המשטר הבריטי בארץ. מסקנות הדיון מובאות בספרו שופטים ומשפטנים בארץ ישראל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 194–196, 294–295.

12 כידוע, במשך תקופות ארוכות פעלו בארץ טריבונלים צבאיים, והם שעסקו רבות למשל בסוגיה שלא-הייתה-מסעירה-ממנה של ההעפלה "הבלתי לגאלית" לארץ. ראו אליעזר מלחי תולדות המשפט בארץ-ישראל 93, 171–172 (מהדורה שנייה, 1953).

בעיקר בעבירות שעונשן מיתה;¹³ בית משפט לקרקעות (Land Court);¹⁴ בית משפט עליון (Supreme Court);¹⁵ בית משפט שבטי (Tribal Court), אשר בבאר-שבע ושהיה רשאי להירש למנהג שבטי בפסיקותיו;¹⁶ בתי דין דתיים;¹⁷ "בית דין מיוחד" (Special Tribunal) שתפקידו היה להכריע במקרים של מחלוקת בדבר סמכות הדיון של בתי דין הדתיים.¹⁸

- 13 יש להוסיף בהקשר זה כי לפי ס' 5 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה עפ"י כתב האשמה), 1924 (ראו בקובץ חוקי פלשתינה (א"י) 470–446 (מהדורה מתוקנת, רוברט ה' דרייטון עורך, 1934) (להלן: קובץ דרייטון)), כל "המאמין על יסוד נימוקים המתקבלים על הדעת וקרובים לודאי שאדם עבר עבירה" שבסמכות בית המשפט המחוזי או בית המשפט לפשעים חמורים "רשאי להגיש קובלנה [...] על כך לשופט שלום [...]". ס' 6(5) לפקודה קובע שבמקרה ששופט השלום הזה מסרב לחקור את העניין, רשאי אותו אדם לפנות לבג"ץ בנידון. ס' 7(ד) לפקודת בתי המשפט, 1940, מצדו, מסמיך את בג"ץ לדון בעתירה זו. ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 27.
- 14 ראו פקודת בתי משפט לקרקעות, 1921, בקובץ דרייטון, לעיל ה"ש 13, כרך ב, בעמ' 805–808. ראו גם ברון שופטים ומשפטים בארץ ישראל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 206–207. במקביל לבתי משפט אלה הקנתה פקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין), 1928 (קובץ דרייטון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 829–854) סמכויות שיפוטיות נכבדות ביותר ל"פקידים לסידור עניני קרקעות" (Land Settlement Officers). ראו למשל ס' 10(1) לפקודת הקרקעות הנ"ל ("לפקיד המסדר תהא סמכות לדרון ולפסוק כל סכסוך בנידון הבעלות או החזקה על קרקע באזור סדור [...]"). יש לציין שעל פי ס' 63 לפקודה זו שמשנת 1928, היה ניתן להגיש ערעור על החלטות הפקיד המסדר לבית המשפט לקרקעות (רק לאחר קבלת רשות ערעור מהפקיד המסדר או מנשיא בית המשפט לקרקעות), אך בשנת 1930 תוקנה פקודה זו ונקבע בס' 64(2) שערעורים אלה יישמעו על ידי בית המשפט העליון, אך זאת רק בשאלות של משפט. ראו קובץ דרייטון, שם, בעמ' 850. ראו גם ה"מ 81/52 חוג' אינוף נ' אהרונוף, פ"ד (2) 749 (1952).
- 15 כפי שנראה, התנהל בהמשך ויכוח על תרגומו הראוי של כינוי זה. ראו להלן ה"ש 178.
- 16 ראו למשל ס' 3 לפקודה לייסוד בתי המשפט, 1924, וס' 5 לצו ייסוד בתי המשפט, 1939 (העוסק בהרכבו של בית דין זה). ראו גם אורן יפתחאל, סנדי קדר ואחמד אמארה "עיון מחדש בהלכת 'הנגב המת': זכויות קניין במרחב הבדווי" משפט וממשל יד 7, 44–46 (2012).
- 17 ראו סימנים 51–54 לדבר המלך, 1922.
- 18 ראו סימן 55 לדבר המלך, 1922. רשימה זו לא מיצתה את מכלול הערכאות שפעלו בארץ בתקופת המנדט. אפשר לציין עוד למשל את בתי המשפט לעבריינים צעירים (ראו פקודת העבריינים הצעירים, 1937, ע"ר תוס' 1, 121); את בתי המשפט העירוניים שהוקמו כבר ב-1928 ואשר הוסמכו לדון בתקנות ובחוקי עזר עירוניים (ראו פקודת בתי משפט עירוניים, 1928, בקובץ דרייטון, לעיל ה"ש 13, כרך ב, בעמ' 995–997. ערעורים על בתי משפט אלה הוגשו לבתי המשפט המחוזיים); את מקביליהם הכפריים – בתי המשפט הכפריים (ראו פקודת הנהלת כפרים, 1944, ע"ר תוס' 1, 33), כמו גם את בתי המשפט התעשייתיים, שעל הקמתם הוכרו בשנת 1947 ושהוסמכו למעשה להיות בתי דין לעבודה (לפי האמור בס' 1 לפקודת בתי המשפט התעשייתיים, 1947, ע"ר תוס' 1, 122, מטרתם של בתי המשפט הללו הייתה ליישב "סכסוכי-עבודה", כלומר "סכסוכים) או מחלוקת]ת כל-שהם בין מעבידים ועובדים, או בין עובדים ועובדים, בזיקה אל העבודתו או אי-העבודתו, או דבר-העבודתו או תנאי עבודתו, של אדם כל-שהוא"). ניתן לציין עוד את בתי הדין הקונסולריים שפעלו בארץ – אם כי בהיקף מצומצם מזה שנהג בתקופה העותמאנית (ראו בנידון את החיבור החשוב: דוד בן-גוריון ויצחק בן-צבי ארץ ישראל בעבר ובהווה 85–86 (מרדכי אליאב ויהושע בן-אריה עורכים, דוד ניב

סימן 43 לדבר המלך כולל שתי פסקאות נפרדות, וכל אחת מהן מסמיכה את בית המשפט העליון לחבוש כובע אחר. הפסקה הראשונה מטילה עליו לכהן כערכאה האחרונה לערעורים בארץ.¹⁹ במסגרת זו הוסמך בית המשפט העליון לדון בפסקי דין (Judgments) של בית המשפט המחוזי, בית המשפט לפשעים חמורים ובית המשפט לקרקעות. יוער כי הלכה למעשה בכובעו זה שמע בית המשפט העליון גם ערעורים על פסקי דין שניתנו על ידי בית משפט השלום ביושבו כבית משפט לקרקעות.²⁰ פסקתו השנייה של סימן 43 היא שהקימה את בג"ץ וקבעה לשנות דור את מושבו בבית המשפט העליון, במתכונתו המוכרת לנו עד היום.²¹ פסקה זו קבעה ב"לשון סתומה²² כי ביושבו כבג"ץ "יהא [בית המשפט העליון] השיפוט לדון ולהחליט באותם העניינים שאינם תביעות או משפטים אלא בקשות שאינן בגבולות שיפוטו של כל בית משפט אחר ואשר יש צורך לפסוק בהן למען הצדק". כעבור שנתיים התקבלה פקודת בתי המשפט, 1924, שבה (בסעיף 6) נמנו סמכויות בג"ץ ביתר פירוט.²³ דבר החקיקה

- תרגם, מהדורה מחודשת, (1979); ומכל מקום, עיקר עיסוקם היה בענייני המעמד האישי. ראו מלחי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 39–41 וסימן 67 לדבר המלך, 1922, שמכוחו התקבל Personal Status Regulation, 1922 (Consular Powers) (נמצא אצל Drayton, לעיל ה"ש 9, בעמ' 2604–2606).
- 19 יש לזכור כי לפי סימן 44 לדבר המלך, 1922, היה אפשר לערער למועצת המלך (Privy Council) על פסקי דין מסוימים (רק בעניינים מהמשפט הפרטי שערכם עלה על 500 ליש"ט) של בית המשפט העליון. ב-9.10.1924 התקבל דבר מלך מיוחד שקבע את סדרי הדין לערעור שכזה. ראו The Palestine (Appeal to Privy Council) Order in Council, 1924, אצל Drayton, לעיל ה"ש 9, בעמ' 2608–2614.
- 20 על פי ס' 13(1) לפקודת שיפוט בתי-משפט השלום, 1947, ע"ר תוס' 1, 224, "בתביעות משפטיות הנוגעות בנכסי דלא-ניידי, שהוגשו בהתאם לקביעותיה של פקודת בתי-המשפט לקרקעות, היה ערעור על פסק-דינו של בית-משפט שלום בפני בית המשפט העליון, היושב לדין כבית-משפט לערעורים אזרחיים, בהתאם לקביעותיה של הפקודה היא" (ההדגשות הוספו – י"ש). יובהר כי, לדוגמה, לפי הוראות ס' 4 לצו ייסוד בתי המשפט, הנזכר לעיל בה"ש 16, "בתי המשפט המחוזיים ובתי משפט השלום יהוו בתי משפט לקרקעות לאזורים שאותם בתי משפט משמשים להם [...]."
- 21 ראו שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 5.
- 22 משפט מינהלי – בית המשפט הגבוה לצדק 16 (רשימות לפי הרצאותיו של ד"ר יצחק זמיר, 1959) (להלן: זמיר משפט מינהלי – בג"ץ). ראו גם יצחק זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 212, 217–218 (1970) (להלן: זמיר "על הצדק בבג"ץ"); Daniel Friedmann, *Infusion of the Common Law Into the Legal System of Israel*, 10 ISR. L. REV. 324, 351 (1975); יצחק זמיר "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל 225 (גד טדסקי עורך, 1964) (להלן: זמיר "סמכותו של בג"ץ").
- 23 ראו קובץ דרייטון, לעיל ה"ש 13, כרך א, בעמ' 372–380. פקודה זו נדרשה אף לסוגיית הרכב בית המשפט העליון ביושבו כבית משפט לערעורים. במסגרת זו נקבעה (בס' 3) עדיפות לשופטים הבריטים. ראו להלן גם ה"ש 25.

המנדטורי המפורט ביותר בעניין סמכות בג"ץ היה גם דבר החקיקה האחרון בשרשרת זו – פקודת בתי המשפט, 1940. 24 סעיף 7 לפקודה זו²⁵ קבע כי

- לבית המשפט הגבוה יהא השיפוט היחיד בענינים דלקמן:
- (א). בקשות (מסוג משפטי 'הביאס קורפוס') למתן צווים לשחרר אנשים העצורים במשמר שלא כחוק;
- (ב). צווים הערוכים לפקידים צבוריים או למוסדות צבוריים בנוגע למלוי חובותיהם הצבוריות והדורשים מאתם לעשות מעשים ידועים או להימנע מלעשותם;
- (ג). שאלות בדבר שנוי מקום המשפט במשפטים אזרחיים הנידונים ע"י בתי משפט מחוזיים ובתי משפט לקרקעות;²⁶
- (ד). בקשות למתן צווים הערוכים לשופט-שלום בנידון הנהלת כל חקירה מוקדמת הנערכת עפ"י הוראת פקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה עפ"י כתב אשמה).²⁷

אך סמכויותיו של בית המשפט העליון, ושל שופטיו, לא התמצו בכל אלה. לאורך תקופת המנדט הוטלו עליהם – אם בשבתם כבית משפט לערעורים, אם בשבתם כבג"ץ ואם אחרת – סמכויות שיפוט מגוונות נוספות. ניתן למנות עמן למשל את ענייני הימאות, הואיל ובשנת 1937 נקבע שבית המשפט העליון ישמש גם בית משפט לספנות (Court of Admiralty).²⁸ סעיף 4 לפקודת בזיון בית המשפט, 1929 מספק דוגמה נוספת: לפי

- 24 עוד קודם לכן, בשנת 1935, תוקן ס' 6 לפקודת בתי המשפט, 1924 בפקודת בתי המשפט (תיקון), 1935, ע"ר 178.
- 25 ס' 7 לפקודת בתי המשפט, 1940, ע"ר 1940, 549. יצוין כי הפקודה הזאת הכילה גם הוראות מפורטות (בס' 5) בדבר הרכבו של בג"ץ. כך נקבע בו שבעל דין יכול לבקש שהמותב שיידון בעניינו יורכב רובו או כולו משופטים בריטים, ושבג"ץ יכול לדון במותב של שניים (ובמקרה שהשניים חלוקים, ימנה הנשיא שופט שלישי "והענין יעמוד לבירור מחדש").
- 26 יוער כי ס' 6 לפקודת בתי המשפט, 1924 הסמיך בס"ק (ג) את בג"ץ לדון גם בשינוי מקום המשפט של בתי המשפט לפשעים חמורים, נוסף על בית המשפט המחוזי ועל בית המשפט לקרקעות, אך פקודת בתי המשפט (תיקון), 1935, לעיל ה"ש 24, בס' 3 לתיקון, גרעה את בתי המשפט לפשעים חמורים מרשימה זו ובכך קבעה את נוסחם זה של ס"ק (ג) ו-(ד).
- 27 זו הפקודה הנוכחת לעיל בה"ש 13. זה המקום להדגיש שכל הציטוטים מדברי חקיקה וממקורות ראשוניים שיובאו במאמר הועתקו כפי שהם נכתבו במקור. השמירה על הכתיב המקורי אינה תמיד נעימה לעין (למשל, היום נהוג לכתוב "בג"ץ", ואילו בתקופה הרלבנטית נכתב בדרך כלל "בג"צ", וכן כיום אנו כותבים "עניין" בעבר היה נהוג לכתוב "ענין"), אך היא כמובן חיונית.
- 28 בסמכותו זו פעל בית המשפט העליון על פי ההוראות, Palestine Admiralty Jurisdiction Order, 1937, המובאות ונדונות ב-1 A.M. APELBOM, ANNOTATED LAWS OF PALESTINE (1944). לפי ס' 2(1) לדבר מלך זה, כבית משפט לספנות בית המשפט העליון: "Shall exercise Admiralty jurisdiction in all matters arising upon the high seas or elsewhere or upon any lake, river, or other navigable inland waters or otherwise relating to ships or shipping".

הוראותיו בג"ץ הוא שהוסמך לדון בפרסום "שיש בו כדי להטות משפט צדק או משום בזיון בית המשפט".²⁹ יש לציין כי במסגרת זו בג"ץ הוסמך לדון בהליך שבמסגרתו עמדו משני צדי המתרס פעמים רבות שני אזרחים – ולא אזרח נגד רשות.³⁰

התמונה העולה מסקירה קצרה זו היא של מערכת שיפוט מרובת-ערכאות וסבוכה עד למאוד, שבראשה עמד בית משפט שהיה עמוס עד לעייפה בסמכויות שיפוט שונות ואולי אף משונות. למורכבות יתר זו הייתה אחראית גם בוודאי מערכת השיפוט העותמאנית,

בהמשך לכך, פקודת הפיצויים (הגנה), 1940, ע"ר תוס' 1, 93, שדנה בפיצוי נפגעי "השימוש בסמכויות לשעת חירום", הורתה בס' 9 ו-10 (זה האחרון תוקן בפקודת הפיצויים (הגנה) (תיקון), 1946, ע"ר תוס' 1, 168)) בין השאר על הקמת "בית דין לעניני אניות (או 'בית דין של ספנות)", אשר עסק בכלי שיט בלבד. מינוי שלושת חבריו של זה האחרון הופקד בידי נשיא בית המשפט העליון – לפי ס' 10(2) לפקודה, שניים מהם היו צריכים להיות שופטי בית המשפט העליון, כך ש"אחד מהם, שיהא שופט בריטי, ישמש כנשיא [...]". בחוק לתיקון פקודת הפיצויים (הגנה), התש"ו-1950, ס"ח 255, תוקן הסעיף הזה ונקבע כי שני השופטים שיכהנו בבית הדין לעניני אניות יהיו שופטים של בית המשפט המחוזי. תיקון זה הוסיף גם את ס' 11 שקבע שערעור על שני בתי הדין יוגש לבית המשפט העליון. לפיקוח בג"ץ על בית דין זה (טרם התיקון מ-1950), ראו בג"ץ 88/50 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' בית הדין לספנות, פ"ד ד(1) 301 (1950) (להלן: עניין בית הדין לספנות).

29 ראו קובץ דרייטון, לעיל ה"ש 13, כרך א, בעמ' 333. באמצע שנת 1951 החליט בג"ץ, ברוב דעות, שהוראות ס' 4 הנ"ל אינן יכולות לעמוד, שכן הן חורגות מהמסגרת שנקבעה בסמך 43 לדבר המלך, 1922. ראו בג"ץ 14/51 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' העורך האחראי של העתון היומי "דבר" תל-אביב, פ"ד ה 1017 (1951) (להלן: עניין עורך "דבר").

30 מצב דומה התעורר בהליכי הביאס קורפוס במקרי "חטיפת ילדים", שבמסגרתם בדרך כלל הוגשה העתירה על ידי אחד ההורים נגד ההורה השני. ראו למשל ד"נ 23/72 גולדשטיין נ' גולדשטיין, פ"ד כ(2) 197, 209 (1973); ע"א 5532/93 גונזבורג נ' גרינוולד, פ"ד מט(3) 282, 297 (1995). יש לציין עוד כי בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט לערעורים, שימש גם ערכת פיקוח על שורה של פקידי מינהל. לדוגמה, על המפקח על המכרות, בפועלו לפי הוראות ס' 79 ו-102 לפקודת המכרות, 1925. ראו קובץ דרייטון, לעיל ה"ש 13, כרך ב, בעמ' 910 ואילך. למען הסר ספק, יש דוגמאות נוספות לסמכות בית המשפט העליון. למשל, גם פקודת הפטנטים וסימני אמצאה, 1924, מקנה סמכויות שיפוט מסוימות בידי בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים. ראו ס' 2 ו-19 לפקודת הפטנטים וסימני אמצאה, 1924, קובץ דרייטון, לעיל ה"ש 13, כרך ב, בעמ' 1053, 1062 בהתאמה. עוד יוזכר שוב חלקם של שופטי בית המשפט העליון באיוש "בית הדין המיוחד", שהוקדש לריב סמכויות בעניני מעמד אישי (ראו לעיל ה"ש והטקסט ליד ה"ש 16; להידרשות מפורשת של החקיקה לסימן 55 הנ"ל, ראו ס' 4 לפקודת בתי הדין האזרחיים והדתיים (שפט), 1925, קובץ דרייטון, שם, כרך א, בעמ' 134-135). בדומה לזה, לפי הוראות פקודת בתי המשפט, 1924, בראש הרכב בית המשפט לפשעים חמורים ישב זקן השופטים (כלומר, נשיא בית המשפט העליון, שתמיד היה בריטי) או שופט אחר של בית המשפט העליון (ראו ס' 9 לפקודה בקובץ דרייטון, שם, כרך א, בעמ' 373). לבסוף יש לציין שבמקביל לכך הוסמך בית המשפט המחוזי בירושלים לדון במגוון לא-קהרנטי של סוגיות, כמעין בית משפט של סמכות "שיווית". ראו ס' 15(1) לפקודת מס הבולים, 1927 (ערעור על "הערכות מס" של הממונים על המס); ס' 26(3) לפקודת הירושה, 1923 (דין בירושתו של נפטר שלא התגורר בארץ ושלא הותיר אחריו נכסים בה). ראו קובץ דרייטון, שם, כרך ב, בעמ' 1307 ו-1364 בהתאמה. עוד ראו ס' 150 לפקודת החברות, 1929 (פירוק חברות), שם, כרך ב, בעמ' 259.

שאותה ירשו הבריטים עם כיבוש הארץ במלחמת העולם הראשונה.³¹ זו האחרונה אופיינה אף היא במורכבות פתלתלה.³² מכל מקום, תהא הסיבה כאשר תהא, קשה לטעון כי שלטון הבריטים בארץ הוביל לפישוט ניכר של מבנה מערכת בתי המשפט בארץ. אין תמה אפוא כי – כפי שיראה מיד פרקו הבא של המאמר, המוקדש להכנות שערך היישוב לקראת הקמת המדינה – משפטנים מובילים ביקשו לנצל את שעת החסד של הקמת המדינה העברית הריבונית לשם ארגון-מחדש של בית המשפט העליון ומערכת בתי המשפט כולה. עם זאת כפי שעוד נראה, הגם שמספר משפטנים לא מבוטל היה שותף לדעה שהשעה הייתה יפה לעריכת שינויים במבנה המערכת, ברור שאישים שונים נתנו לכך ביטוי שונה.

עתה נעבור כאמור למערכה הבאה בסיפור המעשה, המוקדשת לתיאור המהלכים שנקטו מנהיגי היישוב היהודי בארץ ערב הקמת המדינה לשם הכשרת הדרך לכינונו של ממשל ישראלי עצמאי.

ב. המועצה המשפטית

1. לקראת עצמאות

באמצע שנת 1947 התרבו הסימנים שבעתיד הנראה לעין יעזבו הבריטים את ארץ ישראל.³³ עובדה זו חייבה את מנהיגי היישוב בארץ להחיש את הכנותיהם לקראת הקמת מדינה עצמאית, כשברקע הדברים עמדה ההערכה הברורה הזאת: "המערך היישובי הקיים אינו ערוך לטפל במעבר מן הממשל המנדטורי לממשל ישראלי".³⁴ מכשלה זו הובילה את הנהלות הסוכנות היהודית וכנסת ישראל³⁵ להקים יחדיו את "ועדת המצב"

31 המדיניות הבריטית המוצהרת לאחר כיבוש הארץ הייתה של שמירת הדין (העותמאני) על כנו, ככל האפשר ובמגבלות ידועות. כידוע, כך קבע סימן 46 לדבר המלך, 1922. עוד קודם לכך נקבע במנשר (Proclamation) שפורסם כבר ב-24.6.1918. ראו I LEGISLATION OF PALESTINE (Compiled by Norman Bentwich, 1926), 605–610 (1918–1925); ר' נוחימובסקי, "חצי יובל של בתי המשפט בארץ-ישראל" הפרקליט א 94 (1943). ראו גם שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 5, בעמ' 238–241.

32 ראו ברון שופטים ומשפטנים בארץ ישראל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 13–40; שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 5, בעמ' 234–238 וההפניות המופיעות שם.

33 ראו יונתן פיין כך נולדה: הקמת מערכת הממשל הישראלית 1947–1951, 32–41 (2009). כן ראו יצחק הנס קלינגהופר "הקמת מדינת ישראל: סקירה היסטורית-חוקתית" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 53, 58–72 (יצחק זמיר עורך, 1993).

34 פיין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 41.

35 הזרוע המבצעת של כנסת ישראל נקראה "הנהלת הוועד הלאומי". על כנסת ישראל והוועד הלאומי מזה ועל הסוכנות היהודית לארץ ישראל מזה, ראו בין השאר בפין, שם, בעמ' 41–43; דן הורוביץ

"כדי שתשמש מוסד מעבר בין האירגונים הוולונטריים של טרום המדינה לבין גופי המדינה שבדרך וכדי לפקח על ההכנות להקמת המדינה".³⁶
ועדת המצב, שהוקמה בחודש אוקטובר 1947, התחלקה לשמונה ועדות משנה.³⁷ במהלך חודש דצמבר 1947 הוסכם בוועדת המצב להקים את ועדת משנה ה', ועליה הוטל לדון בהיבטים המשפטיים הכרוכים בהקמת המדינה.³⁸ ועדת משנה זו זכתה להיקרא בשם "המועצה המשפטית".³⁹ חמשת מזכירי המועצה, שכפי שנראה בהמשך מילאו תפקיד מכריע בעבודתה,⁴⁰ היו עוה"ד חיים כהן,⁴¹ אורי היינסהיימר-דיין,⁴² אשר

- ומשה ליסק מישוב למדינה – יהודי ארץ-ישראל בתקופת המנדט הבריטי כקהילה פוליטית 52, 62–60 (1977); קלינגהופר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 64–65.
- 36 יהודית קרפ "המועצה המשפטית – ראשית עלילות חקיקה" ספר אורי דיין כרך ב 209, 215 (אהרן ברק וטנה שפניץ עורכים, 1990). על ועדת המצב ראו גם קלינגהופר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 64–69; Paul Alsberg, *The "Emergency Committee" (Va'adat Hamatzav), October 1947-May 1948: Preparing for Statehood*, 10 STUDIES IN ZIONISM 49 (1989).
- 37 Alsberg, שם, בעמ' 50–56; פיין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 57–58.
- 38 שם, בעמ' 59–60. נראה שוועדת משנה זו הוקמה בלחצם של עורכי דין (יהודים) מובילים מבני היישוב. ראו "ראשי פרקים לדו"ח של הוועד המרכזי לתקופה מ-5.1.47 ועד 30.5.49" הפרקליט ו 65, 66–67 (1949); אליקים רובינשטיין שופטי-ארץ – לראשיתו ולדמותו של בית-המשפט העליון בישראל 38–40 (1980).
- 39 להלן: המועצה. על עבודת המועצה ראו קרפ, לעיל ה"ש 36. כן ראו למשל רון חריס "הזדמנויות היסטוריות והחמצות בהיסח דעת: על שילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי בעת הקמת המדינה" שני עברי הגשר – דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל 21, 45–50 (מרדכי בראון וצבי צמרת עורכים, 2002) (להלן: חריס "הזדמנויות היסטוריות והחמצות בהיסח דעת"); נתן ברון "פרשת 'המסמך החסוי'", לעיל ה"ש 5, בעמ' 195–216; "לשאלות השעה: המועצה המשפטית בעבודתה" הפרקליט ה 1, 1 (1948); "לשאלות השעה: המועצה המשפטית" הפרקליט ד 325 (1947). יוער כי אין לבלבל בין המועצה הזאת לבין המועצה המשפטית, קודמתה של לשכת עורכי הדין, שפעלה בארץ מימי ראשית המנדט. ראו שטרסמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 185–190.
- 40 לדבריו של זאב שרף, מזכיר ועדת המצב, ועדות המשנה של המועצה "קיימו ישיבות מעטות", ובהמשך הדברים הוא מעיר כי "עבודתה החשובה של המועצה נעשתה בעיקר על-ידי מזכירות [...] המועצה, יחד עם היושב-ראש ד. יוסף [...]". זאב שרף שלושה ימים 180 (1959). ראו בדומה רות בונדי פליקס: פנחס רוזן וזמנו 411–412 (1990); חריס "הזדמנויות היסטוריות והחמצות בהיסח דעת", לעיל ה"ש 39, בעמ' 42, 45.
- 41 דומה שאין צורך להציג את חיים (הרמן) כהן. ראו למשל חיים כהן מבוא אישי – אוטוביוגרפיה (יצחק זמיר ומיכל זמורה-כהן עורכים, 2005) (להלן: כהן מבוא אישי). למעורבותו של כהן בעבודת המועצה המשפטית, ראו שם, בעמ' 192–194; וכן חריס "הזדמנויות היסטוריות והחמצות בהיסח דעת", לעיל ה"ש 39, בעמ' 42.
- 42 אורי דיין (הינסהיימר) היה מפקידיו הראשונים של משרד המשפטים במדינת ישראל (ראו יצחק שבו "המועצה המשפטית" הפרקליט לב 127, 133 (1978)). לימים יהיה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה וראש מחלקת החקיקה במשרד המשפטים. ראו באופן כללי קרפ, לעיל ה"ש 36. ראו גם יורם שחר "יומנו של אורי דיין" עיוני משפט טז 537 (1991).

ויטא,⁴³ יהודה גולן⁴⁴ ושבתאי רוזן.⁴⁵ עם חברי המועצה נמנו מי שהוחזקו ככבירי המשפטים⁴⁶ שחיו בארץ בדור ההוא – רבים מהם יצברו מוניטין גם בדורות שלאחר הקמת המדינה: אישים כמשה זמורה, יצחק אולשן, דוד גויטין ופליקס רוזנבליט (הוא פנחס רוזן)⁴⁷ ועוד ועוד.⁴⁸ בראש המועצה עמדו עורכי הדין הנודעים מרדכי עליאש וד"ר ברנרד ג'וזף (הוא דב יוסף).⁴⁹ למועצה, שהחלה לפעול בראשית ינואר 1948,⁵⁰ היו 18 ועדות משנה.⁵¹ למשל, ועדת משנה לחוק האזרחי (בראשות ש. הורוביץ),⁵² ועדת משנה לחוק המסחרי (בראשות זמורה). לענייננו רלוונטי במיוחד הוא פועלה של ועדת המשנה שתפקידה היה לדון ב"מבנה מיניסטריון המשפטים ובתי הדין". בראשה עמד

43 ד"ר אשר ויטא יכהן בעתיד כיועץ המשפטי של ועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית. ראו ברון "פרשת 'המסמך החסוי'", לעיל ה"ש 5, בעמ' 198. הוא אף יחבר הצעה לחוקת המדינה. ראו להלן פרק ב.4. למאמר.

44 ראו אודותיו את המקורות הנזכרים להלן בה"ש 58.

45 שבתאי רוזן היה משפטן שהתמחה בתחום המשפט הבין-לאומי. הוא יכהן בהמשך כיועץ המשפטי של משרד החוץ ואף ישרת כשגריר בשירות החוץ. ראו נתן ברון "הכבוד האבוד של השופט העליון: פרשת אימינויו של השופט גד פרומקין לבית המשפט העליון בישראל – חלק א" קתדרה 101, 167 (התשס"ב) (להלן: ברון "הכבוד האבוד של השופט העליון").

46 ראו לעיל ה"ש 1.

47 כידוע, שני הראשונים יהיו שני נשיאיו הראשונים של בית המשפט העליון במדינת ישראל; השלישי (גויטין) אף הוא יהיה שופט בבית המשפט העליון; רוזנבליט יהיה שר המשפטים הראשון של המדינה. למידע תמציתי על אודות אישים אלה, ראו שטרסמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 277–278, 281–282, 293–294, 309–310. כן ראו באופן כללי יצחק אולשן דין ודברים: זכרונות (1978) (להלן: אולשן דין ודברים); בונדי, לעיל ה"ש 40; ישראל בר-שירה "משה זמורה ז"ל" הפרקליט יח 96 א (1962); עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית-המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא 259 (1998).

48 לרשימת החברים המלאה, ראו למשל הודעה מיום 6.1.1948, שנשלחה מוועדת המצב להסתדרות עורכי הדין היהודים בדבר הרכב המועצה בארכיון המדינה (להלן: אמ"י), תיק ג-110/40.

49 למעשה, עליאש שהה בחו"ל, בשליחות היישוב, בזמן עבודת המועצה, ולכן לא היה שותף לדינוניה. ראו קרפ, לעיל ה"ש 36, בעמ' 220. עליאש, שהיה יועצו המשפטי של הוועד הלאומי, יכהן כשגרירה הראשון של המדינה בבריטניה. ג'וזף, שהיה (בין השאר) יועצה המשפטי של הסוכנות היהודית, יישא בהמשך כמה תפקידי שר בממשלת ישראל, ובהם תפקיד שר המשפטים. למידע ביוגרפי ראשוני על אודות השניים, ראו שטרסמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 297–298, 303–304; ברון "פרשת 'המסמך החסוי'", לעיל ה"ש 5, בעמ' 197. כן ראו "אבל עליאש ז"ל" הפרקליט ז 429–435 (1950).

50 ראו את סיכום הישיבה הראשונה שהועבר לכל חברי המועצה על ידי דב יוסף באמ"י, תיק ג-111/2.

51 לרשימת ועדות המשנה, ראו "המועצה המשפטית" הפרקליט ה 30, 31–30 (1948); קרפ, לעיל ה"ש 36, בעמ' 222–223.

52 שלום הורוביץ נולד בשנת 1880 באנגליה. הוא למד בקיימברידג' והיה בריסטר אנגלי. הורוביץ עלה לארץ בשנת 1923. הוא עשה חיל בעבודתו בארץ: הוא ייצג חברות כלכליות מובילות, כדוגמת חברת החשמל, וייסד את פירמת עורכי הדין הנודעת ש. הורוביץ ושות'. הורוביץ נפטר בשנת 1956. ראו "שלום (סולומון) הורוביץ" אנציקלופדיה לחלוצי הישוב ובניו כרך 8, 3109–3110 (דוד תדהר עורך, 1947) (להלן: אנציקלופדיה לחלוצי הישוב).

ד"ר מנחם דונקלבלום,⁵³ ושאר החברים היו אלה: ד"ר יהודה בעהם,⁵⁴ צבי ברנזון,⁵⁵ הורביץ⁵⁶ וצבי שוורץ.⁵⁷ מזכיר הוועדה היה יהודה גולן.⁵⁸ בטרם נצלול לתוצרי עבודתם של ועדת המצב, אישיה וועדות המשנה שלה, יש לציין כבר בפתח הדברים כי הדעה הרווחת בספרות היא שבסיכומם של דברים אי אפשר לומר כי המועצה המשפטית השפיעה השפעה רצינית על משפטה של מדינת ישראל.⁵⁹ מדוע אפוא אני סבור שיש מקום להקדיש למועצה מקום של כבוד בסיפור המעשה? כיוון שהדיון בפרקיו השונים של מאמר זה מלמד שגישה טכנית (או "נומינלית") מדי להערכת השפעתה של המועצה המשפטית עשויה להסתיר המשכיות אינטלקטואלית שחלה בין רעיונות אשר עלו בה לבין רעיונות שיעסיקו בהמשך את גופי החקיקה ואת השופטים במדינת ישראל.⁶⁰ מכאן הצורך הקיים, לדעתי, לעיון ממוקד בתוצרי עבודת המועצה ובזרעים הרעיוניים שניטעו בהם. לכך אעבור עתה.

2. הקבוצה האורתודוקסית מול הקבוצה הרפורמית

יתרת פרק זה של המאמר תיוחד לסינתזה של הצעות שונות אשר נגעו למבנה הרשות השופטת וההפקן על ידי חברי המועצה המשפטית. כללית ולשם נוחות הדיון, ניתן לחלק את ההצעות הללו, בכל הקשור לנושאים המעניינים אותנו כאן, לשתי קבוצות: קבוצה אחת (הבה נכנה אותה "הקבוצה האורתודוקסית") כללה את אלה שסברו שיש להותיר את חלוקת הסמכויות בין הערכאות השונות כפי שהייתה בתום תקופת המנדט. משמעות הדבר הייתה הותרת בג"ץ בבית המשפט העליון ואפשרות הערעור

53 ד"ר מנחם דונקלבלום היה באותה עת יו"ר אגודת עורכי הדין היהודים בארץ ישראל ויועצה המשפטי של עיריית תל-אביב; הוא יהיה אחד מחמשת השופטים הראשונים בבית המשפט העליון במדינת ישראל. ראו "מנחם דונקלבלום ז"ל" הפרקליט ח א, א-יב (1951); רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 72; שטרסמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 283-284.

54 עו"ד יהודה בעהם נולד ב-1886. עד שעלה לארץ ב-1925, חי ופעל בחארקוב אוקראינה ובברלין. בארץ עסק רבות בענייני קאופרציה; היה שופט עירוני בתל-אביב ושופט בבית משפט השלום העברי. "יהודה בעהם" אנציקלופדיה לחלוצי הישוב, לעיל ה"ש 52, כרך 2, בעמ' 642-643.

55 ספר ברנזון כרך ראשון- דן יחיד (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 1997).
56 ראו לעיל ה"ש 52.

57 עו"ד שוורץ היה שותפו במשרד עורכי הדין של דב יוסף והיה פעיל במפא"י. ראו שטרסמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 23-25.

58 באותה עת היה עו"ד יהודה גולן עובד המחלקה המדינית של הסוכנות היהודית, ולימים יהיה שופט מחוזי. ראו ברון "פרשת 'המסמך החסוי'", לעיל ה"ש 5, בעמ' 198; רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 37.

59 ראו למשל פיין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 86; כהן מבוא אישי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 194; חריס "הזדמנויות היסטוריות והחמצות בהיסח דעת", לעיל ה"ש 39, בעמ' 44-55, אך ראו גם קרפ, לעיל ה"ש 36, בעמ' 229; קידר "מבט חדש" לעיל ה"ש 5, בעמ' 11-12.

60 פרק ג של המאמר יעסוק בכך.

בזכות לבית משפט זה רק מבית המשפט המחוזי.⁶¹ הקבוצה השנייה ("הקבוצה הרפורמית") הציעה לזנוח את שני אלה, דהיינו חבריה סברו שיש "להוריד" את בג"ץ לבית המשפט המחוזי ולהתיר ערעור בזכות לבית המשפט העליון גם מבית משפט השלום. ידין ודונקלבלום נמנו עם חברי הקבוצה הראשונה, ואילו חיים כהן, זמורה והורוביץ נמנו עם חברי הקבוצה השנייה. להלן אתאר בקצרה את האופן שבו הציגו החברים הללו את עמדותיהם בפני יתר חברי המועצה. אפתח בקבוצה האורתודוקסית.

(א) הקבוצה האורתודוקסית

כאמור, אורי ידין דבק בכיורור בעמדה האורתודוקסית.⁶² כפי שנראה כעת, אין להבין מכך שהוא נמנע מלהציע שינויים חשובים במבנה הרשות השופטת בארץ. לדוגמה, ב-1948.2.3 הפיץ ידין טיוטה ארוכה של "צו בתי המשפט מס' [...] משנת 1948", שלה צורפו דפי הסבר מפורטים (סך הכול המסמך כולל 12 עמודים).⁶³ כפי שמסביר ידין, בצו המוצע הוא ביקש להכניס שלושה שינויים עיקריים במערכת בתי המשפט בארץ: ראשית, "דמוקרטיזציה" בחבר השופטים: כוונתו היא להעלמת העדיפות שניתנה בחקיקה המנדטורית לנשיאי בתי המשפט השונים, שהיו לרוב בריטים.⁶⁴ מעתה, הוא אומר, יהיה מעמד הנשיאים כראשונים בין שווים. שנית, הוא ביקש להפחית את ה"תסבוכות" שבין

61 עם זאת, כפי שאציין מיד, חברי קבוצה זו לא נמנעו מלהציע עריכתם של שינויים מרחיקי לכת יותר במבנה מערכת בתי המשפט. ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 66 ו-67.

62 ידין יחשוף את הגישה הבסיסית (או בלשונו "המתודולוגיה"), שהנחתה אותו בבואו לבחון את פרטיה של שיטת המשפט של המדינה הצעירה באחת משיבות ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת שתיערך בשנת 1956 (ושתעסוק בהצעת חוק בתי המשפט, 1957). כך יאמר שם ידין: "יש היום בארץ שיטה מסויימת, והיא פועלת במשך הרבה שנים. אנשים נתנסו בה כאן, בתנאים המקומיים שלנו, עם העדים שלנו, עם השופטים שלנו. והשאלה צריכה להיות לא איזו שיטה באופן אבסטרקטי יכולה [...] להיות יותר אידיאלית ולקרב אותנו למשפט צודק. השאלה צריכה להיות לגמרי אחרת: מה הן המגרעות של השיטה הקיימת היום והאם יש הצדקה לשנותה שינוי עקרוני. אם השיטה נמצאת לקויה ליקוי רציני ויש הצדקה לשפר אותה, אדרבה, אני בעד שיפור, אפילו יסודי. אבל לא בצורה אבסטרקטית". אמ"י, תיק כ-103/11, פרוטוקול ישיבה מס' 28/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3, 5 (8.3.1956). למעשה, ידין משווה כאן בין שתי שיטות הכרעה המוכרות היטב במדעי המדינה: "שיטת הענף" ו"שיטת הגזע". ראו את המאמר הקלסי: Charles E. Lindblom, *The Science of 'Muddling Through'*, 19 PUB. ADMIN. REV. 79 (1959) Colin S. Diver, *Policymaking Paradigms in Administrative Law*, 95 HARV. L. REV. 393 (1981).

63 הארכיון הצינוני המרכזי (להלן: "אצ"מ), ארכיון זמורה, תיק A215/54. 64 לעדיפות נושאי המשרה הבריטים במערכת השיפוט המנדטורית ראו שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 5, בעמ' 254-255, 259-260 והאסמכתות שם; פקודת בתי המשפט 1924, והטקסט שבה"ש 24 ו-25 לעיל.

בתי המשפט האזרחיים לבין בתי הדין הדתיים.⁶⁵ ושלישית, ידין ביקש להקטין בהרבה את מספר הערכאות שפעלו בארץ, וכך הצו המוצע על ידי ידין בא לבטל את בית המשפט לימאות (ידין מציע שבתקופת המעבר בית המשפט העליון ידון בעניינים אלה), בית המשפט לפשעים חמורים (שסמכותו עוברת לבית המשפט המחוזי) ובית המשפט לקרקעות (שסמכותו עוברת לבית משפט השלום או המחוזי, לפי שווי התובענה). בנוסף ידין מציע לבטל כליל את המוסדות האלה: בית המשפט השבטי, בתי המשפט הכפריים והערעור למועצת המלך.⁶⁶

הפרק הראשון של הצו נקרא "בתי משפט ממשלתיים". הפרק נפתח בקביעת הקמתו של בית המשפט העליון וקביעת מקום מושבו ב"המדינה היהודית": בעיר תל-אביב,⁶⁷ ומוצע בו שבית המשפט העליון ימשיך לשאת את שני תפקידיו המסורתיים מימי המנדט: כבית משפט לערעורים וכבג"ץ.⁶⁸ במסגרת זו אין נזכרת כאן האפשרות שבית המשפט העליון ידון במישורין בערעורים על החלטות בית משפט השלום. למעשה, כפי שמסביר ידין במסמך ההסבר הנלווה להצעתו ("הערות והסברות"), אחד מהסעיפים בהצעתו (סעיף 27(א)) כולל את ביטול אפשרות הערעור מבית משפט השלום לבית המשפט העליון בענייני מקרקעין.⁶⁹

בד בבד עם הצו המפורט שהפיק ידין כתב גם דונקלבלום תזכיר,⁷⁰ שאין זה ברור מתי נכתב והופץ ולמי בדיוק הוא מוען. בתזכיר זה הציע דונקלבלום שבית המשפט העליון (המכונה בתזכיר "בית הדין העליון") ישב בתל-אביב או בחיפה. כן מוצע שסמכות "ביה"ד העליון כבי"מ לערעורים או כבית דין צדק [תשאר] כמו שהיא עכשיו". עם זאת דונקלבלום מציע שחברי הערכאה יהיו זקן השופטים ושלושה חברים – שני

65 ידין סבר שעלה בידו להציע נוסחה אשר תפתור חלק נכבד מהתסבוכות הדינויות שאפיינו בתקופת המנדט את השיפוט בענייני המעמד האישי, שבו עסקו בתי הדין הדתיים, בתי המשפט האזרחיים ה"רגילים" ונושאי משרה קונסולריים. לפיכך הוא מציע גם את ביטולם של בית הדין המיוחד ושל "הסמכות הקונסולרית". ראו דבר המלך, 1922, והטקסט שבה"ש 17 ו-18 לעיל.

66 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 16, 18 ו-19.

67 כידוע, בית המשפט העליון פועל מיום הקמתו ועד לימינו בירושלים. לסיפור קביעת מושבו של בית המשפט העליון בירושלים, ראו להלן ה"ש 318.

68 הצו מסתפק בקביעה הקצרה שלפיה בית המשפט העליון "מוסמך לדון [...] בכל ענין הנמצא לפי החוק הארצישראלי בסמכותו של בית המשפט העליון ביושבו כבית דין גבוה לצדק [...]". בדברי ההסבר מוסיף ידין כי לא ראה צורך לציין את מכלול סמכויות בג"ץ בצו דנן, שכן סמכויות אלה מוגדרות בחקיקה המנדטורית שתישאר בתוקף. עם זאת מעניין לציין שידין סבר שהצעתו באה להקים בית משפט עליון חדש, ככל הנראה בשל ביטולן של הערכאות השונות שנכרכו בו בתקופה המנדטורית (למשל, בית המשפט לימאות). ס' 4 להצעה מכריזו כך: "מוקם בזה בית משפט עליון [...]". וידין מסביר כי "זהו בית משפט חדש ואיננו המשך של בית המשפט העליון הקיים כעת [...]". לא כן בתי משפט המחוזיים ובתי משפט השלום הממשיכים את קיומם הנוכחי גם אחרי סיום המנדט על פי צו כללי של המשכת כל הסמכויות [...]."

69 ראו בעניינים את האמור לעיל בה"ש 20.

70 אצ"מ, ארכיון זמורה, תיק A215/54.

יהודים וערבי – וכן נשיאי בתי המשפט המחוזיים ש"יהיו בתוקף משרתם חברים של ביי"ד זה, באופן שתהיה אפשרות לצרפם לעת הצורך". הרכב מצומצם זה הוא מחויב המציאות, סבור המחבר, בשל שיקולי תקציב.

(ב) הקבוצה הרפורמית

דומה שקולם של חברי הקבוצה הרפורמית היה דומיננטי יותר בקרב חברי המועצה. מכל מקום, אפשר לומר – עם כל הזהירות המתבקשת – שהם היו פעילים יותר בקידום עמדתם. כך לפחות נראה כשבוחנים את מספר התזכירים ששוגרו על ידיהם ליתר חברי המועצה. אציג שתי דוגמאות מובילות לאופנים שבהם הוצגה העמדה הרפורמית בתזכירים שונים: תחילה אדון בתזכיר משותף שאותו כתבו זמורה והורוביץ. לאחר מכן אציג סיכום של עמדתו של חיים כהן, כפי שהיא מתגלה בכמה מקורות.

(ג) זמורה והורוביץ

ב-31.3.1948 חיברו עורכי הדין הורוביץ וזמורה תזכיר משותף על מערכת בתי המשפט.⁷¹ בדונם במסגרת זו "בבית-הדין העליון" הורוביץ וזמורה מביעים התנגדות נחרצת לעמדה שהביע דונקלבלום (שלפיה יש לצמצם מאוד את מספר השופטים המכהנים בבית משפט זה). הם אומרים בהקשר זה כך: "אין אנו מהססים לומר שמדינה שאינה מוכנה להעמיד בתי-דין טובים ויעילים, אין לה זכות קיום". מכאן עוברים השניים לסמכותו של בית הדין הזה. עמדתם, בתמצית, היא שעל בית המשפט העליון לשמש כערכאת ערעור, בעניינים אזרחיים ופליליים, "הן על פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים [ו]הן על פסקי-דין [של] שופטי-השלום".⁷² סיבת הדבר, לדידם, היא זו: "יש בזה משום מעמסה על בית-הדין העליון, אבל ריכוז זה של כל הערעורים בבית-הדין העליון יהיה משום ערובה ליצירת יודיקטורה אחידה".⁷³ בנוסף, הסידור המוצע יאפשר לבית המשפט המחוזי למלא את ייעודו העיקרי, על פי הצעתם, קרי לשמש בית משפט של ערכאה ראשונה. בהמשך לדברים אלה נאמר עוד בתזכיר, כי שני המחברים הם "בדעה שמשפטי הביאס קורפוס ומנדמוס יהיו להבא בסמכותם של בתי המשפט המחוזיים בהרכב של שלושה שופטים, כמובן עם זכות ערעור לבית הדין העליון".⁷⁴

71 ש.ם.

72 לתקדים מנדטורי חשוב לעניין זה בערעור על ענייני מקרקעין ראו לעיל ה"ש 20.

73 לעתידו של טיעון זה ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 95 ו-182.

74 מעניין לציין עוד כי השניים לא הסתפקו בהצעותיהם מרחיקות הלכת הללו, אלא אף העירו בעמודו האחרון (עמ' 4) של המסמך: "בתי דין אדמיניסטרטיביים – הועדה [נראה שהשניים מתכוונים כאן למועצה המשפטית או לאחת מוועדות המשנה שלה] תצטרך לדון באופן מיוחד בבעיה זו. כל זמן שאין בתי-דין מיוחדים כאלה, בתי-המשפט המחוזיים צריכים למלא את התפקיד המוטל בדרך כלל על בתי-דין אדמיניסטרטיביים".

יש להדגיש שוב שעל פי הכתוב בתזכיר, שני המחברים היו תמימי דעים בכל הנקודות שצוינו עד כה, והורדת בג"ץ לבית המשפט המחוזי בתוך כך. במקומות אחרים במסמך מצוינת דעתו הנפרדת של הורוביץ (למשל, בהקשרה של השאלה בדבר הרכבו של בית המשפט העליון),⁷⁵ והמחברים אף אומרים במפורש בראש התזכיר: "במקום שדעתנו מחולקת אמרנו כך".

(ד) חיים כהן

דוגמה אחת⁷⁶ לאופן שבו הציג חיים כהן את הצעותיו הרפורמיות מצויה במכתב שהוא חיבר ב-22.2.1948, אשר מוען לחלק מחברי המועצה; נושא המכתב הוא "הצעת צו הקמת בתי המשפט".⁷⁷ בטרם אעבור להסבריו של כהן את ההוראות השונות הכלולות בצו, אציין את עיקרן.

הצו הוא בן 14 סעיפים בסך הכול. הוא מקים את שלוש דרגות בתי המשפט ברחבי הארץ: אחד-עשר בתי משפט השלום (שיכוננו, לפי ההצעה, פשוט בשם "בתי משפט"),⁷⁸ שלושה בתי משפט מחוזיים (בתל-אביב, נתניה וחיפה) ובית משפט עליון. הצו מבטל את בתי המשפט לקרקעות ובתי המשפט לפשעים חמורים, שפעלו בארץ בתקופת המנדט,⁷⁹ ומחלק את סמכויותיהם בין בתי המשפט השלום והמחוזיים. עם זאת אין הצו גורע מסמכות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לימאות.⁸⁰ מלבד זאת ההסדר המוצע בצו בדבר בית המשפט העליון הוא חדשני ביותר בשני מובנים: ראשית, הצו מורה על העברת סמכות בג"ץ לבתי המשפט המחוזיים; שנית, לפי ההצעה (סעיף 5(ד)) "לבית המשפט העליון לא יהיה מושב קבוע; הוא יושב לדין בתל-אביב או בחיפה או בנתניה [...]".⁸¹ לבסוף ראוייה לציון ההוראה שלפיה בדרך כלל בתי המשפט

75 בהקשר זה נאמר במסמך כי "ש. הורוביץ סבור שכל מחלקה של בית-הדין העליון [המחלקה האזרחית והמחלקת הפלילית] צריכה לדון בהרכב של חמישה שופטים, פרט בערעורים [צ"ל: לערעורים] על פס"ד של שופטי-השלום שבהם ישבו שלושה שופטים".

76 דוגמה נוספת לגישתו של חיים כהן מצויה במסמך פרי עטו (מחודש פברואר 1948), הנושא את הכותרת: "טיוטה לחוקה זמנית הבאה להסדיר את כל עניני האדמיניסטרציה הממשלתית לזמן הראשון של תקופת המעבר". ראו באמ"י, תיק ג-110/40.

77 אמ"י, תיק ג-110/39 (למען הסר ספק, אין מדובר בצו שחיבר ידין, הנזכר לעיל בטקסט ליד ה"ש 63, או בכל צו אחר הנזכר למעלה). לפי הכתוב בו, המכתב מוען לדב יוסף, ליהודה גולן ולחברי שלוש ועדות המשנה האלה: למבנה מיניסטריון המשפטים ובתי הדין, לחוקי הפרוצדורה האזרחית והוועדה לחוק הפלילי והפרוצדורה הפלילית.

78 שם, לפי ס' 3(א) להצעה, יוקמו "בתי משפט [השלום]" בתל-אביב, חיפה, נתניה, רחובות, פתח-תקווה, הרצליה, טבריה, צפת, זכרון יעקב, עפולה ובית שאן.

79 ראו לעיל בטקסט ליד ה"ש 13.

80 ראו לעיל ה"ש 28. כמו כן אין הצו פוגע בסמכויות בית הדין המיוחד הנזכר בסימן 55 לדבר המלך, 1922.

81 צו זה – כמו רבים מהמסמכים הנזכרים כאן – כולל עוד פרטים רבים ומרתקים על אודות דמותה העתידית הרצויה, לדעת כותבו, של מערכת השיפוט במדינת ישראל שתקום עוד מעט. למשל,

המחוזיים ידונו בדין יחיד, אולם בהפעלים סמכות בג"ץ יהיה עליהם לדון בשניים. כך גם בשבתם כבית משפט לפשעים חמורים ובדונם בערעור. "ואם דעותיהם של שני השופטים המחוזיים מחולקות, אזי התביעה, הבקשה, או הערעור ידחו, או הנאשם יזוכה וישוחרר".⁸²

בפתח דברי ההסבר המופיעים במכתב הלוואי, שהקדים את הצו כאמור, מציין כהן במפורש את "ההנחות היסודיות" אשר עמדו לנגד עיניו בעת שניסח את הצו:

- (1) שהחוק המטריאלי השורר כיום ישאר בתוקפו.
- (2) שיש ליצור מנגנון משפטי אשר בהבטיחו דיון משפטי מהיר ויעיל אינו מצריך תקציב גדול מדי.
- (3) שמועצת הממשלה הזמנית, בהכינה את הישוב לקראת עצמאות דמוקרטית, לא תדרוש לעצמה פריבילגיות משפטיות הנועלות את הדלת בפני תובעי זכויות נגדה או נגד פקידיה (כדרך שעשתה זאת הממשלה המנדטורית).⁸³

בהמשך הדברים מסביר כהן כמה מהוראות הצו.⁸⁴ בתוך כך הוא מייחד מקום נכבד להסדרים המהפכניים המוצעים בעניין בית המשפט העליון, האמור לבצע "כמעט רק תפקידים של בית משפט לערעורים [...]". לדבריו, בעיקר סיבה תקציבית היא שהניעה אותו להציע שלא יהיה לבית המשפט העליון מושב קבע: "באדמיניסטרציה צעירה ועניה כמו שלנו, ובהתחשב עם הצרכים האמיתיים של מנגנון משפטי יעיל ומפותח, אפשר ואפשר לחסוך את ההוצאות הכבירות התלויות בהקמת בנין ומשרד לבית משפט עליון

82 ההוראה שלפיה את נשיאי בית המשפט המחוזיים ימנה "מיניסטר המשפטים", ואילו את נשיא בית המשפט העליון ("זקן השופטים") שופטי בית המשפט העליון הם שעתידים לבחור, "מתוך עצמם". השוו לאמור לעיל בה"ש 25.

83 אמ"י, תיק ג-100/39. לקראת סופו של מכתב הלוואי כהן אומר בהמשך לנקודה השלישית הזאת: "פקודת תביעות הכתר מתבטלת לפי הצעתי [כמופיע בתוספת – י"ש], וזה בהתחשב עם מה שנאמר בנקודה 3 דלעיל. כמו כן מתבטלת הזכות של התובע הכללי להפסיק את הדיונים הפיליפיים נגד פקידי הממשלה אם ירצה בכך ודין משפטים אלה יהיה כדין כל משפט אחר". "פקודת תביעות הכתר" היא פקודת המשפטים הממשלתיים, 1926 (Crown Actions Ordinance, 1926), שבמסגרתה נקבעו בין השאר המקרים שבהם היה אפשר לפנות לנציב בבקשה לקבל אישור הנציב העליון לשם הבאת "משפט" (Action) נגד ממשלת המנדט או כל מחלקה ממחלקותיה (כפי שדורש סימן 50 לדבר המלך, 1922). בדברו על "זכותו של התובע הכללי", כהן מתכוון לס' 8 לפקודת בתי משפט השלום (שיפוט), 1924, קובץ דרייטון, לעיל ה"ש 13, כרך ב, בעמ' 874, שלפיו "הובאה אשמה נגד פקיד ממשלה על כל מעשה הנוגע לתפקידיו, הרי בטרם ינקוט שופט השלום שהובאה לפניו הקובלנה בצעדים משפטיים בקשר עם כך [...] עליו להעביר את הקובלנה ליועץ המשפטי ולא יוסיף לדון בענין אלא עפ"י הוראותיו".

84 למשל, כהן מסביר את הביטול המוצע של פרוצדורה של רשות ערעור, בכך ש"הנסיון המעשי הראה שאין בכל הדבר הזה תועלת ממשית". לפיכך, לדבריו, הביטול עתיד להקל "באופן ניכר" על עבודת ערכאות הערעור.

סדיר⁸⁵. תחת זאת כהן מציע בית משפט עליון שיהיה "נע ונד". אין ספק שבהציעו זאת היה לכהן על מה שיסמוך, שהרי ידועה המסורת הארוכה של בתי דין ניידים (The Circuit or Eyre System) במשפט המקובל.⁸⁶ מכל מקום, כהן מזכיר במפורש, כתימוכין לעמדתו, את הפרקטיקה המנדטורית של בית המשפט לפשעים חמורים (Assize), שפעל בארץ על פי מודל נייד שכזה.⁸⁷ לפי הדגם המוצע, בית המשפט העליון ינוע וינוד בין בתי המשפט המחוזיים בארץ, וכך בכל בית משפט ישרת אותו "פקיד אחד ואולי עוד רשם אחד [...]". היתרונות הגלומים, לפי כהן, בהצעה זו אינם רק חיסכון במשאבי הציבור אלא אף במשאבי המתדיינים ובאי כוחם, שלא יאלצו לטלטל עצמם לבית המשפט העליון כדי לערער על פסקיהם של בתי המשפט הנמוכים.

הסידור המובא על ידי כהן מחייב, לדעתו, את השלת סמכות בג"ץ מבית המשפט העליון. מדוע בעצם? כהן מסביר: "בכדי לאפשר לבית משפט עליון נע ונד כזה את מילוי כל תפקידיו ללא דיחויים, יהיה מהצורך לצמצם; [...] חושבני שאת סמכויות בית הדין הגבוה לצדק יש להעביר לבתי המשפט המחוזיים". העברה זו תוביל, בין השאר, לכך שעתירת האזרח נגד "אחד מפקידי מועצת הממשלה במקומו תוכל להתברר בבית המשפט המחוזי במקום [...] ללא כל השהיות".⁸⁸ זאת ועוד, המבנה המוסדי המוצע פותח בידי הצדדים את האפשרות לערער (לבית המשפט העליון) על החלטות בתי המשפט המחוזיים בשבתם כבג"ץ. כהן סבור ש"יש בכך משום ערובה שתלוונות מוצדקות נגד מועצת הממשלה או פקידיה לא תקבלנה רק דיון שרירותי, ושק"ן בית הדין הגבוה לצדק אשר ירדה כל כך בעיני הישוב, שוב תורם". עוד מוסיף כהן, כי בעוד שבתי המשפט המחוזיים יכולים להמשיך את עבודתם גם לאחר הכרזת עצמאות המדינה, הרי שיש לכוון בית משפט עליון חדש ולבחור את שופטיו, ואלה "אינם ענין ליום או יומים [...]".⁸⁹ לפיכך העברת בג"ץ לבית המשפט המחוזי חיונית, שכן "אין להשאיר את הציבור בלי אפשרות של השגת סעד משפטי נגד האדמיניסטרציה אפילו יום אחד".⁹⁰

85 בנימה דומה אומר כהן לקראת סופו של מכתב הלוואי, כי הגם שהציע שיכהנו שבעה שופטים בבית המשפט העליון, "יתכן שבזמן הראשון יספיק גם הרכב של חמישה שופטים".

86 ראו למשל JOHN H. BAKER, AN INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY 18-19 (3d ed. William H. Rehnquist, *The Changing Role of the Supreme Court*, 14 FLA. ST. U.L. ; 1990) REV. 1, 2-4 (1986).

87 בעמ' 2 למכתב המצוטט בטקסט, המצוי באמ"י, תיק ג-100/39. בהתאם לכך, מדי פעם היו מתפרסמות מודעות רשמיות בדבר מקום ישיבתו הקרוב של בית המשפט הזה. ראו למשל בע"ר מ 485, מיום 10.1.1935, בעמ' 4.

88 טיעון זה יישמע בהמשך גם מפי אחרים. ראו להלן ה"ש 217 ו-221.

89 במכתב שני שחיבר כהן באותו יום (22.2.1948), הממוען ליוסף ולגולן בלבד, דן הכותב בשופטים שראוי לדעתו למנות לבתי משפט השלום והמחוזיים בארץ. אגב כך הוא מציין כי "מינויים של שופטי בית המשפט העליון הריהו ענין למועצת הממשלה הזמנית ומוטב שהיא תמלך היטב בדבר כל אחד ואחד מהמועמדים אפילו אם יהיה כרוך בכך דיחוי רב". ראו אמ"י, תיק ג-110/39. על דעתו כי יש קושי למצוא שופטים בעלי רמה מספקת לכהן כשופטים בבית המשפט העליון, יחזור כהן עוד

דבריו של כהן בצו דנן ובמכתב שנלווה לו מלמדים עד כמה היה כהן ביקורתי כלפי בג"ץ. הגם שחלק מדברי הביקורת שלו מופנים כלפי בג"ץ בתקופת המנדט, עיקרם של דברים מוקדש לציון מגרעות המוסד כערכאת פיקוח על המינהל. מצויות פה טענות בדבר ריחוקו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ מהישג ידו של האזרח (פיזית וכלכלית), ההשתהות שבהליכיו והיותו ערכאה ראשונה ואחרונה שאין ערעור על החלטותיה. לאור כל זאת ובשל הערתו האחרונה של כהן ראוי להדגיש כי נראה שהמוטיבציה העיקרית שהניעה אותו להציע כאן את העברת בג"ץ לבית המשפט המחוזי הייתה הדאגה לתקינות ההליך המינהלי במדינה הצעירה.

3. סיכום עבודתה של המועצה

לקראת תום ימי המועצה, ששבקה חיים לכל חי בסוף חודש אפריל 1948,⁹¹ הופקו במסגרתה כמה הצעות חקיקה מסכמות. למשל, בסוף חודש מרס 1948 הופצה הצעת החוק המפורטת, שכותרתה הייתה: "חוק בתי המשפט 1948".⁹² הצעת חוק זו מקימה זכות ערעור על פסקי דין אזרחיים ופליליים של בתי המשפט השלום והמחוזי לבית המשפט העליון (סעיף 13 להצעה). בגוף ההצעה מופיע ההסבר הזה לשינוי זה: נכתב בו שכוונת המציעים היא שבית המשפט העליון "יהיה בית המשפט לערעורים הכללי, בדומה לבית המשפט לערעורים באנגליה". לפיכך ישמש בית המשפט המחוזי בית משפט לערעורים רק לפי חקיקה ספציפית (למשל, במקרה של ערעור על בתי דין עירוניים).⁹³ דברי ההסבר מביאים שני נימוקים מהותיים לשינוי זה במבנה מערכת

בהמשך. ראו למשל אמ"י, תיק כ-103/11, פרוטוקול ישיבה מס' 26/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3, 5 (5.3.1956).

90 ראוי לציין כאן כי בתיקי הארכיון אפשר למצוא טיוטות חקיקה נוספות על אלה שהוזכרו עד כה ושתוזכרנה להלן, המבקשות להקים את בתי המשפט בארץ לאחר סיום המנדט. למשל, מצוי "צו הקמת בתי המשפט, 1948", שאין זה ברור אם גם אותו חיבר חיים כהן ומתי (ראו אמ"י, תיק ג-110/39) (מדובר בתיקי המשרד הראשי של ועדת המצב – תיקי ועדות המשנה של המועצה המשפטית). גם צו זה "מוריד" את בג"ץ לבית המשפט המחוזי, המצווה לדון במותב של שלושה בעניינים אלה. עם זאת הצו אינו מקנה זכות ערעור מבית משפט השלום במישור לבית המשפט העליון. מיד בסמוך לצו זה מצויות באותו תיק ארכיון שתי טיוטות באנגלית שכותרתן היא: "Establishment of Courts Order, 1948". הטיוטות שונות זו מזו. לענייננו חשובה העובדה שרק אחת הטיוטות ("Draft A") מעבירה את בג"ץ למחוזי (טיוטה זו, בדומה לצו, אינה מאפשרת ערעור ישיר מבית משפט השלום לבית המשפט העליון).

91 קרפ, לעיל ה"ש 36, בעמ' 227–228; חריס "הודמנויות היסטוריות והחמצות בהיסח דעת", לעיל ה"ש 39, בעמ' 45.

92 אצ"מ, ארכיון זמורה, תיק A215/54. ההצעה נמצאת גם באמ"י, תיק ג-110/39. נקבע בהצעה שתיכנס לתוקפה ב-16.5.1948.

93 בתי דין אלו נזכרים לעיל בה"ש 18. גם "ועדת המשנה לענייני השלטון המקומי" דנה בשאלת הפיקוח של בתי המשפט המחוזיים על רשויות מקומיות, עת דנה בפקודת העיריות, 1934. דיונה לא נגע

הערעורים בארץ – ראשית, הדבר יהיה בגדר תיקון של חוסר צדק מבני הקיים בשיטה המנדטורית: "יש משום אי צדק בכך שנגד פסקי דין של בתי משפט השלום אפשר לערער פעמיים, בו בזמן שנגד פסקי דין של בתי משפט מחוזיים אפשר לערער רק פעם אחת".⁹⁴ שנית, הדבר יבטיח אחידות וודאות בפסיקה:⁹⁵ "מתן סמכות הערעורים הכללית לבית המשפט העליון בלבד יוסיף בלי ספק לבטחון, לברור ולאחוד של השיטה".⁹⁶ לפיכך ובדומה להצעתו של ידין, משילה ההצעה מבית המשפט העליון שלל מסמכויותיו כערכאה ראשונה בכך שהיא מבטלת שורה של ערכאות שהעסיקו את בית המשפט העליון ושופטיו וקובעת מי יישא בסמכויותיהן להבא: בית משפט לקרקעות (לשלום ולמחוזי לפי השאלה אם שווי התובענה עולה על 250 לא"י), בית משפט לפשעים חמורים ובית משפט לימאות (בשני המקרים – למחוזי). כך גם במקרה של בג"ץ. לפיכך נקבע בהצעה דנן (בסעיף 10), מבלי שניתן כל הסבר נוסף לדבר, כי "הסמכות הנתנת לפי המשפט הא"י לבית המשפט העליון בתור בית משפט גבוה לצדק, תנתן לבתי-המשפט המחוזיים", ושהדיון לפי סמכות זו ייעשה לפי התקנות המנדטוריות משנת 1937, שהסדירו את הפרוצדורה בבג"ץ,⁹⁷ וכמה תקנות מתקנות הפרוצדורה האזרחית, 1938.⁹⁸

חשוב להבהיר כי העמדות המוצגות בהצעת חוק זו לא נזרקו לחלל האוויר כחלק מניסוי מחשבה תאורטי. על האמור בה יחזרו חמשת מזכירי המועצה המשפטית ממש ערב הקמת המדינה בתזכיר מסכם שאותו הם שלחו לדב יוסף. תזכיר מסכם זה מדגים היטב את הדומיננטיות של הקבוצה הרפורמית בדיוני המועצה. לתזכיר צורפו כמה

בשאלת סמכות הדיון של בית המשפט (אך הוחלט בו שהסמכות לקבוע את תקנות הדיון תעבור מזקן השופטים לשר המשפטים). ראו למשל פרוטוקול ישיבת ועדת המשנה מיום 24.2.1948, אמ"י, תיק ג-110/38.

94 בנוסף מפנים מחברי הצעה זו לתקדים מנדטורי לפרקטיקה זו, שהוזכר זה מכבר, הנוגע לבית המשפט לקרקעות. ראו לעיל ה"ש 14 ו-20.

95 ראינו שגם זמורה והורוביץ הזכירו נימוק זה, ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 73. השוו להלן לטקסט ליד ה"ש 182 ו-219.

96 עוד מוסבר בהצעה שכיוון שהחוק יקבע זכות ערעור לבית המשפט העליון, לא יהיה עוד צורך בבקשות רשות ערעור אשר גרמו להטלת הוצאות "מיותרות" על בעלי הדין ושהיו עד כה "משא כבד על רשימות המשפטים התלויים ועומדים [...]". על פי ההצעה, לא יהיה ערעור על החלטות ביניים. ראו בדומה לעיל ה"ש 84.

97 תקנות בית המשפט הגבוה, 1937. נוסח התקנות בעברית מופיע (כנספח) אצל אפרים סלנט בית המשפט הגבוה לצדק 107–112 (1955).

98 תקנות 4, 5, 278–285, ו-313–325. לבסוף אעיר כי החוק המוצע אף קובע את דרכי המינוי לשלוש הערכאות. נקבע בו (בס' 3 (ב) 41 (ב)) ששופטים לבתי המשפט המחוזי והשלום ימונו על ידי שר המשפטים ("המיניסטר") לאחר התייעצות עם "מועצה" בת שני חברים: "בא-כח השופטים", שימונה על ידי נשיא בית המשפט העליון (הנקרא בהצעה זו "השופט העליון הראשי"), ו"בא-כח עורכי הדין שימונה ע"י נשיא אגודת עורכי הדין". לפי ס' 5 (ג) להצעה, מינוי שופטים לבית המשפט העליון ייעשה על ידי "מועצת הממשלה הזמנית" לפי ההצעות שתובאנה בפניה על ידי השר.

מסמכים, ובהם "חוק מס' ב' לשנת תש"ח על בתי המשפט (הצעה סופית מיום 23.4.48)⁹⁹ כן צורף לתזכיר המסכם מכתב לוואי אשר מספק פרטים נוספים על תהליך הרכבתן של הפקודות המצורפות אליו. כך, לדוגמה, נאמר בו כי "כל החוקים [...] נוסחו ע"י חברי המזכירות [כלומר, מזכירות המועצה המשפטית – י"ש] מתוך התיעוציות הדדיות, וחלק מהן כבר הובאו לדיון בפני ועדות המשנה של המועצה המשפטית אשר מצדם [צ"ל: מצדן] הביאו בהם כמה שינויים". עם זאת נאמר במכתב שלא תמיד שררה תמימות דעים במהלך ההתייעצויות שקדמו לניסוח החוקים. נהפוך הוא: כותבי המכתב מציינים במפורש כי "לא היה אפילו דבר אחד אשר עליו דעות חברי הועדות לא נחלקו". לפיכך צוינו בחוקים המוצעים מחלוקות וחלופות, אך זאת "רק כשהמחלוקת בין חברי המזכירות נסובה על ענין עקרוני או תלויה בהכרעה פוליטית [...] כל הדברים אשר לא הובאו בהם הערה או הצעה אלטרנטיבית [...] נתקבלו בסוף על דעת כל חברי המזכירות". ניכר במכתב הלוואי שמחבריו ביקשו לדחוק ביוסף – ודרכו כפי הנראה בשאר חברי ההנהגה – לנקוט, "בעוד מועד, ז.א. עד ליום 15 במאי" את הצעדים הנדרשים כדי ששר המשפטים יוכל להקים את בתי המשפט השלום והמחוזיים כבר "ביום הראשון להקמת המדינה [...]".¹⁰⁰ עוד יש לציין שסמוך לחלק ניכר מסעיפי ההצעה מצוינות (בסוגריים) הערות כותבי המסמך, שהן כמין דברי הסבר, ושמהן ניתן להבין לעתים מה הוביל לנוסח המוצע, מי הציע אותו ומי התנגד לו (מיד נראה דוגמה לכך).

ומה באשר לבית המשפט שיעמוד בראש הזרוע השופטת? בכך עוסקים בעיקר סעיפים 4, 7, 9–14 להצעה. כיוון שהדברים טרם פורסמו, אבקש להרחיב מעט בציטוט מדויק של הדברים בדיון שלהלן. זוהי אפוא לשון סעיף 4 –

מוקם בזה בית משפט גבוה.

(הערה: הצעת המזכירות להקים בית משפט "עליון" לא נתקבלה על דעת חברי ועדות המשנה.)

(ב) בית המשפט הגבוה יורכב משבעה שופטים.

99 אצ"מ, ארכיון זמורה, תיק א215/54. נוסף על החוק הזה "על בתי המשפט" נדונו במכתב (וצורפו אליו), לדוגמה, גם "חוק מס. א' לשנת תש"ח על התאמת המשפט והסמכויות" ו"חוק מס. ג' [...] על ביטול חוקי הספר הלבן". ראו גם באופן כללי חריס "הזדמנויות היסטוריות והחמצות בהיסח דעת", לעיל ה"ש 39, בעמ' 45.

100 בדומה לזה, הכותבים מציינים כבר בפתח המכתב כי שבעת החוקים "צריכים לפי דעתנו כולם להעשות ביום הראשון להקמת המדינה היהודית [...]".

הערה: זוהי הצעת המזכירות שנתקבלה על דעת רוב חברי ועדות המשנה. הורוביץ, זמ[נ]רה והרטגלס¹⁰¹ מציעים מספר גדול יותר של שופטים.)

(ג) שופטי בית המשפט הגבוה ייבחרו וימונו ע"י מועצת הממשלה הזמנית מתוך מועמדים שיוצעו לה ע"י המיניסטר.

הערה: זהו הנוסח שהוצע ע"י אולשן ונתקבל על דעת כל חברי ועדות המשנה והמזכירות.)

(ד) מועצת הממשלה הזמנית תמנה אחד משופטי בית המשפט הגבוה להיות זקן השופטים.

הערה: [...]

(ה) מקום בית המשפט הגבוה ייקבע ע"י מועצת הממשלה הזמנית; אלא הרשות בידי זקן השופטים לצוות שמושב מיוחד של בית המשפט הגבוה יתקיים במקום אחר.

הערה: נוסח זה הוצע ע"י זמ[נ]רה ונתקבל על דעת חברי ועדות המשנה. המזכירות הציעה נוסח זה: בית המשפט הגבוה ישב במקום או במקומות אשר זקן השופטים יקבע מעת לעת.)

סעיפים 7 ו-13 קובעים את זכות הערעור ל"בית המשפט הגבוה" – הוא בית המשפט העליון לערעורים אזרחיים ופליליים – מבתי המשפט השלום והמחוזיים. בצמוד לסעיף 13 ("ערעורים בכלל"), המקנה זכות ערעור משני בתי המשפט הנמוכים ל"בית המשפט הגבוה", מופיעה ההערה הזאת:

"בהצעה זו של המזכירות תמכו הורוביץ, זמ[נ]רה, פריימן,¹⁰² דוכן¹⁰³ והרטגלס.¹⁰⁴ התנגדו לה גויטין, אולשן, לויצקי,¹⁰⁵ שוורץ,¹⁰⁶

101 עו"ד מכסימיליאן א' הרטגלס, שהיה ממנהיגי יהדות פולין והשתקע בארץ בשנת 1940. הרטגלס היה המנכ"ל הראשון של משרד הפנים הישראלי ובהמשך יועצו המשפטי של המשרד. ראו "מכסימיליאן אפולינארי הרטגלס" אנציקלופדיה לחלוצי הישוב, לעיל ה"ש 52, כרך 3, בעמ' 1129–1130; מרדכי עובדיה "מ. א. הרטגלס" דבר 1953.4.13, 3.

102 פרופסור אברהם חיים פריימן, אשר לימד משפט עברי באוניברסיטה העברית בירושלים, נהרג בחודש אפריל 1948 בשיירה להר הצופים. ראו למשל קלס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 620. הוא עמד בראש ועדת המשנה של המועצה המשפטית שבחנה את "מקום החוק היהודי בחוק הארץ". כן ראו קרפ, לעיל ה"ש 36, בעמ' 222; פ' דיקשטיין "לזכר אברהם חיים פריימן ז"ל" הפרקליט ה 67 (1948).

103 משה דוכן היה מומחה נודע לדיני מקרקעין. ראו למשל מיכל שקד משה לנדוי – שופט 94–95, 116 (2012).

104 ראו אודותיו לעיל בה"ש 101.

ויטקובסקי¹⁰⁷ והרב אסף¹⁰⁸ אשר חששו להעמסת עבודה רבה מדי על בית המשפט הגבוה והנמכת רמתו; לפי דעת המתנגדים להצעה יש למחוק את הסעיף הזה כולו מן החוק הנוכחי ולהכניס אי-אלה שנויים בתקנות הפרוצדורה שיקלו על קבלת הרשיון לערער מבית המשפט מחוזי בתור בית משפט לערעורים אל בית המשפט הגבוה במקרים חשובים ביותר. בניגוד להצעת המזכירות החליטו חברי ועדות המשנה להשאיר בעינו הסדור אשר לפיו אפשר לערער לא רק נגד פסקי-דין סופיים אלא גם נגד החלטות ביניים¹⁰⁹.

בד בבד כמה סעיפים בחוק המוצע מבקשים להשיל מ"בית המשפט הגבוה" ומשופטיו כמה מסמכויות הדיון שהיו נתונות בידיהם על פי החקיקה המנדטורית: החוק מורה על העברת סמכויותיהם של בית המשפט לפשעים חמורים ושל בית הדין לימאות והסמכות שהייתה נתונה לשופט בית המשפט העליון לדון בערעורי מיסים מסוימים לבתי המשפט המחוזיים¹¹⁰. בדומה לזה קובע כך סעיף 9(א) להצעה –

(א) הסמכות הניתנת במשפט הא"י לבית המשפט העליון בתור בית דין גבוה לצדק תנתן לבתי המשפט המחוזיים.

(הערה: בועדות המשנה נשמעו דעות נגד העברת סמכות זו מבית המשפט הגבוה והטוב ביותר שבמדינה; הובע גם החשש מפני שהיה הדין לרגלי ריבוי ערעורים וכו'; אך גם החולקים לא הצביעו נגד הצעת המזכירות הנ"ל אלא נמנעו מלהשתתף בהצבעה).¹¹¹

הגם שאין זה ברור לחלוטין במי הדברים אמורים ב"הערה" האחרונה הנן, יש להניח שנמנים עמם לכל הפחות האישים הנזכרים בשמם בהצעה כולה. כפי שראינו, נכללים

- 105 עו"ד אשר לויצקי היה עו"ד מוביל ושותפו של עו"ד מכס זליגמן. ראו אנציקלופדיה לחלוצי הישוב, לעיל ה"ש 52, כרך 9, בעמ' 3267.
- 106 ראו אודותיו לעיל בה"ש 57.
- 107 הכוונה היא לאלפרד ויתקון, מי שיהיה בעתיד שופט בית המשפט העליון. ראו אנציקלופדיה לחלוצי הישוב, לעיל ה"ש 52, כרך 14, בעמ' 4523; קלוד קליין "עם פרישתו של ד"ר אלפרד ויתקון מבית המשפט העליון" משפטים י 194 (התש"ס).
- 108 שמונה כידוע להרכבו הראשון של בית המשפט העליון של מדינת ישראל. ראו למשל רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 63, 65–66.
- 109 למקרא הדברים אין זה ברור מדוע זהו הנוסח שהוצע כאן, שהרי מספר התומכים בנוסח זה (חמישה) קטן ממספר המתנגדים לו (שישה).
- 110 ס' 10–12 להצעה.
- 111 ס' 9(ב) להצעה מחיל על הדין בבג"ץ במחוזי את תקנות הדין בבג"ץ המנדטורי (תקנות בית המשפט הגבוה, 1937 הנזכרות לעיל בטקסט ליד ה"ש 97) ותקנות 4, 5, 278–285, ו-313–352 לתקנות הפרוצדורה האזרחית, 1938.

בגדרם מי שיכהנו בקרוב כשופטים באותו "בית משפט גבוה" (זמורה, אולשן, אסף וגויטיץ) ולצדם יודעי-משפט יהודים בכירים רבים נוספים, כפרופסור פריימן ועורכי הדין הורוביץ, דוכן והרטגלס.¹¹² לאמור, לפי הכתוב כאן וכפי הכתוב במכתב הלוואי האמור, גם אלו מהם שחלקו על ההצעה נמנעו מלהצביע נגדה. נראה שבשבילם לא היה הדבר בגדר ייהרג ובל יעבור (כך לפחות הניח מי שערך את המסמך). ובאשר לתוכן של ההסתייגויות המובאות ב"הערה", אנו נפגוש את הטיעונים הנזכרים בה בגנות העברת הסמכות לבית המשפט המחוזי בהמשך.¹¹³

לאור כל זאת ניתן לסכם חלק זה של הדיון באמירה הזאת: יש רגליים לסברה שלפיה אילו דברה של המועצה המשפטית היה נעשה,¹¹⁴ הייתה נערכת הצרחה בקרב סמכויותיו של בית המשפט העליון באופן שהסמכות לשמוע עתירות לבג"ץ (כערכאה ראשונה) הייתה מוחלפת בסמכות לשמוע ערעורים מבית משפט השלום (כערכאת ערעורים ראשונה).

4. הצעות נוספות: בניחוח קונטיננטלי

עוד בטרם נעבור הלאה אני מבקש להשלים בקצרה את התמונה על אודות ההצעות שנגעו למבנה מערכת בתי המשפט במדינת ישראל אשר משפטני דור תש"ח טרחו עליהן. שכן זאת יש לדעת: הצעות כאמור חוברו גם מחוץ למועצה המשפטית, והדבר לא מנע את העלאתן לדיון לאחר קום המדינה. כן בעלת חשיבות היא העובדה שמקצתן ביקשו לנקוט צעדים רדיקליים ממש בנוגע למבנה מערכת בתי המשפט (ותפקידו של בית המשפט הבכיר במסגרתה) ובנוגע לפיקוח שיפוטי על רשויות המינהל במדינת ישראל. אסתפק להלן בציון דוגמה אחת.¹¹⁵

הדוגמה נוגעת ל"הצעת חוקת-יסוד למדינת ישראל" שפרסם אשר ויטא בחג הפורים בשנת תש"ט.¹¹⁶ בעת פרסום הצעתו כיהן ויטא, שהיה לפני כן כזכור אחד ממזכירי המועצה המשפטית, במשרת היועץ המדעי של ועדת החוקה.¹¹⁷ ויטא כולל במסגרת

112 ראו לעיל ה"ש 109.

113 כך גם את הטיעונים בגנות הענקת זכות ערעור מבית משפט השלום לבית המשפט העליון, הנזכרים לעיל בטקסט ליד ה"ש 104–111. ראו במיוחד להלן הטקסט ליד ה"ש 167.

114 אך ראו לעיל את ההבהרה שבטקסט ליד ה"ש 61.

115 בשל מגבלת המקום אינני יכול לדון למשל בהצעה שנכללה במקור להלן: יהודה פנחס כהן חוקה לישראל – הצעה ודברי הסבר (1949) ואף לא בהצעות אחרות המצויות בתיקי הארכיון של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת (ראו למשל אמ"י, "קונסטיטוציה (ועדת חוקה) I", תיק ג-5425/24; אמ"י, תיק ג-5425/25). עוד ראו, למשל, מ' מקליס "הצעה לקונסטיטוציה למדינה העברית" הפרקליטי ה 117 (1948).

116 אשר ויטא ארגון המדינה – תזכירים והצעות (1949). יש לציין כי חלק עיקרי של חיבור זה היה למעשה קומנטאר מפורט על הצעת החוקה של י"פ כהן הנזכרת לעיל בה"ש 115.

117 ראו לעיל ה"ש 43.

הדיון שלו הצעות מרחיקות לכת להחלת מודלים קונטיננטליים¹¹⁸ של פיקוח (בעיקר) על הרשות המבצעת. יש להדגיש כי ויטא לא היה הראשון לעשות כן. גם זמורה ו"ש. הורוביץ העלו רעיונות שכאלה¹¹⁹ – ואף הם לא היו היחידים שהציעו זאת.¹²⁰ הצעותיו של ויטא ודומיהן לא נשאו פרי ולא ניתן להן הד בהצעות החקיקה שנגעו לסמכות בתי המשפט במדינת ישראל. לעומת זאת כפי שנראה בפרקו הבא של המאמר, גורלן של ההצעות המפורטות בדבר סמכות בית המשפט העליון שהפיקו מזכירי המועצה המשפטית היה שונה.¹²¹

ג. לאחר הקמת המדינה

1. עם עצמאות: החקיקה הישראלית בנוגע לבית המשפט העליון

עמדנו לעיל, בפתח המאמר, על מורשתו של השלטון המנדטורי מבחינת החקיקה שדנה בסמכות בית המשפט העליון, עת הוקמה מדינת ישראל במאי 1948.¹²² כחודש לאחר הקמת המדינה קיבלה מועצת המדינה הזמנית את פקודת בתי המשפט (הוראות מעבר), התש"ח–1948,¹²³ ולפיה –

1. (א) בית המשפט העליון יתחיל לפעול ביום שייקבע לכך על-ידי שר המשפטים.

118 ויטא, לעיל ה"ש 116, בעמ' 24–27. כן יש לציין כי ויטא מציע עוד (בעמ' 28–29, בפרק ו של החוקה המוצעת ("בתי משפט אזרחיים")) מבנה משולש של בתי המשפט ה"אזרחיים", שיכלול את בתי המשפט השלום והמחוזיים ו"בית-משפט, אחרון לערעורים, שייקרא בית משפט העליון". לצד כל אלה נכלל בהצעה פרק נפרד נוסף (פרק ח'), שעניינו "בית-משפט קונסטיטוציוני", שסמכותו כוללת בין השאר פיקוח שיפוטי על חקיקה ראשית.

119 ראו לעיל ה"ש 74.

120 אכן, הצעות אלה ראויות לדיון נרחב משל עצמן, ואין זה המקום לערכו. אני מקווה לעסוק בכך בקרוב. ראו לעניין הניסיונות להחיל במדינת ישראל מודלים קונטיננטליים, לדוגמה אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" משפטים כט 689, 716–719 (1998) (להלן: לחובסקי "בין מנדט למדינה"). כן ראו נתן פיינברג "המדינה היהודית כמדינת-חוק" הארץ, 27.2.1948; יצחק וינס "לשאלת השיפוט האדמיניסטרטיבי" הפרקליט ה 19 (1948), והשוו לאמור להלן בטקסט ליד ה"ש 228–229. בדומה לכך ידוע בהקשר זה הוויכוח הער שהתנהל באותם הימים ממש, ואף לפני כן, בשאלת מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל. ראו למשל חריס "הזדמנויות היסטוריות והחמצות בהיסח דעת", לעיל ה"ש 39; פ' דיקשטיין "הכרזה על המשפט העברי" הפרקליט ה 3 (1948).

121 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 99 ואילך.

122 ראו לעיל חלקו השני של המאמר.

123 פקודת בתי המשפט (הוראות מעבר), התש"ח–1948, ע"ר תוס' א' 27 (להלן: "פקודת המעבר").

(ב) מקום מושבו של בית המשפט העליון ייקבע על ידי הממשלה הזמנית.

(ג) שופטי בית המשפט העליון יתמנו על פי הצעת שר המשפטים על ידי הממשלה הזמנית באשור מועצת המדינה הזמנית.

2. (א) עד היום בו יתחיל בית המשפט העליון לפעול, יהא בית המשפט המחוזי בתל-אביב מוסמך לדון בענינים שהם, על פי החוק, בסמכות בית המשפט העליון כבית דין גבוה לצדק.

(ב) בית המשפט המחוזי בתל-אביב, בדונו בענינים אלה, ישב בהרכב שלושה שופטים.

(ג) בית המשפט המחוזי בתל-אביב ידון בענינים אלה לפי סדרי הדין הנוהגים בבית המשפט לצדק.

נוסף על כל זאת, סעיפים 7 ו-8 לפקודה דנן ביטלו את בתי המשפט לפשעים חמורים ולקרקעות (והעבירו את סמכות שניהם לבתי המשפט המחוזיים). ואף סעיף 9 לפקודה בא לבשר על חידוש חשוב בקבעו כי בניגוד לאמור בחקיקה המנדטורית, מעתה "כל הוראה בחוק המצריכה קבלת היתר ממשלתי להגשת תביעות נגד הממשלה או אחת ממחלקותיה, וכל הוראה הקשורה בהשגת היתר כזה – בטלה".¹²⁴

ומה באשר לסמכויותיו של בית המשפט העליון ביושבו כבית משפט לערעורים? פקודת המעבר לא דנה בכך. נראה כי הדעה הרווחת הייתה שעניין זה, בניגוד לבג"ץ, יכול להמתין עד שייפתח בית המשפט העליון.¹²⁵ ייתכן שאין הדבר מפתיע לאור הדברים שאמר חיים כהן ערב הקמת המדינה בדבר הצורך הדוחק להקים בג"ץ (לדיון, באורח קבע בבית המשפט המחוזי) מיד לאחר שתוכרוז עצמאות ישראל.¹²⁶ על פי הוראות המעבר שקבעה מועצת המדינה הזמנית, בג"ץ אכן דר בבית המשפט המחוזי עד לפתיחתו של בית המשפט העליון בירושלים באמצע חודש ספטמבר

124 הוראה זו באה לבטל למשל את סימן 50 לדבר המלך, 1922, הנזכר לעיל בה"ש 83. ברור שלא היה די באמור בס' 9 לפקודה הישראלית הנ"ל כדי להשוות את מעמדה של המדינה כבעלת דין למעמדו של אזרח פרטי. יצוין למשל כי לפי ס' 5 לחוק תיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958, ס"ח 118, נאסר על כל בית משפט – לבד מבג"ץ (לפי הוראת ס' 10 לחוק זה) – להוציא צו מניעה או צו ביצוע בעין נגד המדינה. ס' 5 האמור בוטל רק בשנת 1998. ראו ס' 1 לחוק תיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין) (תיקון), התשנ"ט-1998, ס"ח 34.

125 כך נלמד מהעובדה שבעוד שבג"ץ כונן מחדש מיד למחרת ההכרזה על עצמאות ישראל, עבר זמן-מה עד שבית המשפט העליון החל לפעול באופן סדיר ולמלא את כפל תפקידיו. ראו קידר "מבט חדש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 2, 11-12.

126 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 89-90.

127.1948 בתחילה פעל בית המשפט העליון על פי החקיקה המנדטורית הרלוונטית.¹²⁸ כך, כזכור, עד לחוק בתי המשפט, 1957.

2. עכשיו זה רשמי: רזון מציע להעביר את בג"ץ

מתברר שהקולות שנשמעו בקרב חברי המועצה המשפטית ערב הקמת המדינה שבו להדהד במסדרונות משרד המשפטים שבמדינת ישראל הריבונית. כך התחוור לשופטי בית המשפט העליון באמצע חודש פברואר 1950. אז שלח אליהם שר המשפטים מכתב שבו נאמר כך:

הנני ממציא לך במצורף הצעת חוק בתי המשפט שמטרותיו העיקריות הן להסדיר את מינוים ומעמדם של השופטים ואת הרכבם של בתי המשפט האזרחיים. ההצעה היא 'לא לפרסום'. החוק המוצע יבוא במקומם של פקודת בתי המשפט, 1940, פקודת בתי המשפט (הוראות מעבר), תש"ח-1948, ושל סעיפים אחדים של דבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) [...] אבקשך להעיר את הערותיך [...] עד ליום [...] (15 למרץ).¹²⁹

בטרם אעבור לניתוח ההצעה הרצופה למכתב הזה יש לציין שעולה ממנו הכוונה להכיל בחוק אחד, מהבחינה המהותית, את שיכילו בעתיד (בנפרד) חוק השופטים, התשי"ג-1953 (העוסק בין היתר במעמד השופטים: מינוים, כשירותם, פיקוח משמעת עליהם)¹³⁰ וחוק בתי המשפט, 1957 (שעיקרו סמכות בתי המשפט השונים).

ובכן, מה כללה ההצעה שהועברה לעיון השופטים בכל הקשור בסמכות השיפוט של בתי המשפט השונים? סעיפה הראשון של ההצעה, בפרק הראשון (פרק "המבוא") של החוק, מונה שלושה בתי משפט "כלליים": עליון, מחוזי ושלוש. הפרק השלישי של ההצעה מוקדש לבית המשפט העליון. הפרק כולל ארבעה סעיפים בלבד (סעיפים 21-24): הראשון מציין את מקום מושבו של בית המשפט העליון (בירושלים); השני מורה כי בבית המשפט העליון יכהנו לכל היותר תשעה שופטים, אך מציין שהכנסת רשאית להגדיל את מספרם "בדרך החלטה"; השלישי דן בסמכות בית המשפט – על כך מיד; הרביעי דן בהרכב בית המשפט בהידרשו לסמכויותיו השונות.

127 ראו למשל קידר "מבט חדש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 12. ראו, כללית, רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 46-58, 81; פנינה להב "העוז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד 479 (1989) (להלן: להב "העוז והמשרה"); רון חריס "המשפט הישראלי" העשור הראשון: תש"ח-תש"ט 243 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 1997).

128 ראו לעיל חלקו השני של המאמר.

129 מכתב השר נמצא ב"אמ"י, תיק גל 3294/26; ההצעה נמצאת ב"אמ"י, תיק גל-3294/23 (להלן: הצעת השר). עליו לציין שעל גבי ההצעה דנן מופיעה ההערה "הצעה תשיעית", אך אין להבין אילו הצעות נכללות בספירה זו. ראו להלן ה"ש 209.

130 להלן חוק השופטים, 1953.

באשר לסמכות בית המשפט העליון מורה סעיף 23 זאת ורק זאת: "בית המשפט העליון מ[נ]סמך לדון בערעור על פסקי-דין של בית משפט מחוזי או של בית משפט שלום". כך, כנהוג לומר במקומותינו, במקור. משמעות הדברים ברורה, אך יש לומר אותם במפורש בכל זאת: לפי המתכונת המוצעת כאן – הפעם, בניגוד לעבר, במסגרת טיוטת הצעת חוק רשמית – ערעורים על פסקי דין של בית משפט השלום עתידיים היו להישמע בבית המשפט העליון מבלי שעברו בבית המשפט המחוזי. לפיכך בית המשפט העליון היה אמור לקבל לידי, במישורין, ערעורים לא רק על בית המשפט המחוזי אלא אף על בית משפט השלום.¹³¹

סעיף 23 זה משמיע לנו – במובלע – דבר-מה נוסף: לפי האמור בו, בית המשפט העליון לא יהיה מוסמך עוד לדון בעניינים בג"ציים (אלא במסגרת של ערעור). כלומר, הצעת החוק גורעת מבית המשפט העליון את אותן סמכויות דיון מקוריות שהוטלו עליו החל ביום קבלת סימן 43 לדבר המלך במועצתו, 1922 ועד לתום ימי המנדט. הצעת החוק עושה שירות חשוב לקורא הנבון המנסה להבין אילו סמכויות דיון בדיוק נשללו מבית המשפט העליון – וכן למשפטן המנסה להעלות בזיכרונו את תוכנו של סעיף 7 לפקודת בתי המשפט, 1940¹³² – בכך שהוא מביא את חלק הארי של הסעיף בפרק הבא של החוק, הוא הפרק הרביעי (סעיפים 25–29), המוקדש לבתי המשפט המחוזיים. סעיף 27 לחוק, הדין בסמכותו העניינית של בית המשפט המחוזי, כולל את ההוראות האלה:¹³³

27. בית המשפט המחוזי מוסמך לדון:

[...]

(ג) בבקשות שאינן בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר ושיש צורך לפסוק בהן למען הצדק, וביניהן –

(1) בקשות לשחרר אנשים אסורים או עצורים שלא כחוק;

(2) בקשות לצוות על רשויות ממשלתיות ומקומיות או על פקידיהם וכן על גופים ואנשים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי חוק – לעשות מעשה מסויים בקשר למילוי תפקידיהם הציבוריים או להימנע מעשותו;

131 כמו כן קובע ס' 34(א) להצעה כי "כל פסקי-דין של בית משפט השלום באחד העניינים המנויים בס' 32 [הדין בסמכותו העניינית של בית משפט השלום] ניתן לערער לפני בית המשפט העליון".

132 ראו לעיל ה"ש 25 והטקסט לידה.

133 הצעת השר, לעיל ה"ש 129.

(3) בקשות לצוות על בתי דין, חוץ מבתי משפט כללים, או על גופים ואנשים אחרים בעלי סמכויות משפטיות על פי חוק, לדרון בענין שבסמכותם או להימנע מלדרון בענין שאינו בסמכותם.

הנה כי כן, כאן מועברת מבית המשפט העליון לבית המשפט המחוזי הסמכות לדרון בענייני הביאס קורפוס ולהוציא צווי מנדמוס. כמו כן מוטלת על בית המשפט המחוזי הסמכות הראשונית לפקח על גופים שיפוטיים שאינם בתי משפט כלליים, ובהם בתי הדין הדתיים. ההצעה אינה מסתפקת בכך, אלא קובעת עוד (בסעיף 27(ד)(1)), כי בית המשפט המחוזי יוסמך בנוסף לדרון "בכל ענין אחר [...] ש[נ]מסר לפי חוק קיים לסמכותו של בית המשפט העליון כבית משפט גבוה לצדק; [...]"¹³⁴ ואם נותר שמץ ספק באשר לכוונת הדברים, הרי בא סעיף 49 להצעה ואומר ברחל בתך הקטנה: "בית המשפט העליון לא יוסיף לשבת כבית דין גבוה לצדק או כבית משפט לימאות".

ההצעה דגן מבקשת לבסס את סמכותו של בית המשפט המחוזי כבית משפט של ערכאה ראשונה, לצדו של בית משפט השלום,¹³⁵ כך שבית המשפט העליון יהיה בית המשפט של ערעורים. יש לציין בהקשר זה שלפי לשונה נראה שההצעה ביקשה לקבוע הסדר אחיד לכל ענפי המשפט שהיו אמורים לבוא בפני בתי המשפט השלום והמחוזי (פלילי, אזרחי וציבורי): ערעור לבית המשפט העליון היה אמור להיות מוגש רק על פסק דין של בתי משפט קמא.¹³⁶ עוד יש לציין, להשלמת התמונה, כי סעיפים 29(ב) ו-34(ב) להצעה פותחים פתח "לערעור נוסף" לפני "מליאת בית המשפט העליון"¹³⁷ אם פסק דינו של בית המשפט העליון בערעור על בית משפט השלום/המחוזי לא ניתן פה אחד, או על פי הוראת הנשיא – לפי בקשת אחד מבעלי הדין – "בשל חשיבותן של השאלות שנתעוררו בענין".

לבסוף, סעיף 50 להצעה בא לבטל, בין השאר, את סימנים 38 עד 44 לדבר המלך, 1922 (הדנים בסמכות בתי המשפט השלום, המחוזי והעליון; בסמכות בית המשפט

134 נראה שכוונת הדברים היא למשל לסמכות בג"ץ לדרון בטענות של ביוזין בית המשפט ובהחלטות סירוב של רשם סימני המסחר. ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 29 וה"ש 30.

135 ס' 27(א) ו-32 להצעה דנים בחלוקת הסמכויות בין שני בתי המשפט הנמוכים. ההסדר המוצע הוא זה: לבית משפט השלום מוקנית סמכות "ייחודית" לדרון בתביעות אזרחיות שסכומן אינו עולה על 300 ל"י ובעבירות פליליות שהעונש הקבוע להן אינו עולה על שנת מאסר אחת או קנס של 300 ל"י. בית המשפט המחוזי מוסמך לדרון בכל עניין אזרחי או פלילי שאינו מצוי בסמכותו הייחודית של בית משפט השלום.

136 לפי ס' 29(א) להצעה, "כל פסק דין של בית משפט מחוזי באחד העניינים המנויים בס' 27 [הקובע את סמכותו העניינית של בית המשפט במחוזין ניתן לערער לפני בית המשפט העליון". ראו בדומה ס' 34(א) להצעה, לעיל ה"ש 131, והשוו לאמור לעיל בטקסט ליד ה"ש 109, ובה"ש 96.

137 לפי ס' 24(א)(4) להצעה "ערעור לפני המליאה [...] יהיה נדרון שבבעה שופטים, ומותר שיהיו ביניהם שופטים שישבו בערעור על פסק-הדין המקורי". ראו עוד להלן ה"ש 155 והטקסט ליד ה"ש 232–234.

לפשעים חמורים ובית המשפט לקרקעות; באפשרות הערעור למועצת המלך) ואת פקודת בתי המשפט, 1940 כולה. משמעות הדברים הייתה שההצעה לא נגעה בסמכות בתי הדין הדתיים, בית הדין המיוחד ובית הדין השבטי,¹³⁸ אך היא ביקשה לבטל את בית המשפט לפשעים חמורים, בית המשפט לקרקעות – שבוטלו כבר בפקודת בתי המשפט (הוראות מעבר), התש"ח-1948¹³⁹ – ואת בית המשפט לימאות.¹⁴⁰

ראויה להדגשה מיוחדת היא הכוונה לבטל כליל את סימן 43 לדבר המלך, 1922. סימן זה היה המסד שעליו הוקם בג"ץ, והוא שהיה המקור הבסיסי לכל סמכויותיו. קביעות אלה לא היו בגדר מטפורה, אלא הייתה להן משמעות נורמטיבית ברורה, שעליה עמד בין היתר השופט ש"ז חשין באחד הבג"צים שנדונו לפניו בשנת 1951: "אין חולק על כך", אמר השופט חשין באותה פרשה בעניין סמכות בג"ץ, "כי הסמכות אשר ניתנה לבית משפט זה על פי הסימן 43 לדבר המלך במועצה, 1922, רחבה הרבה יותר מהסמכות האמורה בסעיף 7 לפקודת בתי המשפט, 1940".¹⁴¹ במילים אחרות, לפי הלכה מושרשת זו, ארבעת הסעיפים הקטנים של סעיף 7 לפקודה מ-1940¹⁴² היו דוגמאות למקרים שבהם הוסמך בג"ץ לדון, אך הם לא סרטטו במלואו את היקף השתרעות סמכותו של בג"ץ. רק סימן 43 כלל את מלוא ההיקף – כך כמובן עד ביטולו בשנת 1957.¹⁴³

הפיקוח על גופים המפעילים סמכות שיפוטית הוא דוגמה מובהקת לסוג עניינים שלא נזכר במפורש בסעיף 7 הנ"ל אך הוכר כמצוי בתחום הסמכות של בג"ץ, זאת כבר בימי המנדט ואף לאחר מכן.¹⁴⁴ במסגרת זו נכללו בוודאי בתי דין ובתי משפט "נמוכים", כלומר טריבונלים שסמכותם מוגבלת.¹⁴⁵ כנגד אלה הוסמך בג"ץ להוציא, בין היתר, את

138 ראו לעיל ה"ש 18 והטקסט לידה.

139 ראו ס' 7 ו-8 ל"פקודת המעבר", לעיל ה"ש 123.

140 ראו ה"ש 28 והטקסט לידה. בנוסף, ההצעה ביקשה לבטל כמה סעיפי חוק שהעניקו עדיפות לממשלה ולפקידי ממשל בהליכים משפטיים, ראו לעיל ה"ש 83. כן נתבקש ביטולם של סימן 49 לדבר המלך, 1922, ו"פקודת המעבר".

141 בג"ץ 54/51 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' מגורי כהן, פ"ד ה 1125, 1140 (1951) (ההדגשה הוספה – י"ש). ראו בדומה לזה למשל בג"ץ 10/59 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי תל אביב-יפו, פ"ד יג 1182, 1193, 1199 (1959), ובאופן כללי, זמיר משפט מינהלי – בג"ץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 16–19, 120, 147; זמיר "סמכותו של בג"ץ", לעיל ה"ש 22, בעמ' 227.

142 ראו לעיל ה"ש 25 והטקסט לידה.

143 ראו ס' 48(8) לחוק בתי המשפט, 1957.

144 לדוגמה נוספת ראו להלן ה"ש 213.

145 לפיקוח בג"ץ על גופים מינהליים המפעילים סמכות שיפוטית/מעין-שיפוטית, ראו למשל בג"ץ 91/49 פריש נ' רושם האגודות השיתופיות, פ"ד ה 285 (1951); עניין בית הדין לספנות, לעיל ה"ש 28; בג"ץ 113/51 פלס נ' כהנא, פ"ד ו 1050 (1952); בג"ץ 203/57 רובינסקי נ' הפקיד המוסמך לפי חוק בתים משותפים תשי"ג-1952, פ"ד יב 1668 (1958). לפיקוח בג"ץ על בתי משפט "רגילים" ראו לדוגמה בג"ץ 307/51 לאלו נ' זוסמן, שופט ביה"מ המחוזי ת"א, פ"ד ו 1062 (1952); בג"ץ 658/84 הולנד נ' שופט בית משפט השלום לתעבורה בתל-אביב-יפו, פ"ד לט(2)

הצווים הפררוגטיביים "צו איסור" ו"צו בירור" (Prohibition and Certiorari).¹⁴⁶ והנה, לפי ההצעה שהעביר רוזן לעיון השופטים בראשית 1950 – ובמיוחד לשונו המוצעת של סעיף 27(ג)(3) – (גם) התפקיד המורכב של פיקוח שיפוטי על מגוון רחב של טריבונלים שיפוטיים שונים, ובהם בתי דין דתיים וצבאיים, הוטל על כתפי בתי המשפט המחוזיים.

3. בצל קורתו של זמורה: פרוטוקול השופטים

(א) הפגישה ורישומה

הוראות אלה הן שעמדו לנגד עיני שבעת שופטי בית המשפט העליון שהתכנסו בביתו של הנשיא זמורה ביום שני, 27.2.1950, בשעה 16:30 אחרי הצהריים. את הפגישה הקדים "חוזר", חתום על ידי חיים שטיינברג, מי שהיה מזכיר בית המשפט העליון באותה עת,¹⁴⁷ שבו הודע לשופטים שנשיאם מזמנם לפגישה זו, ושסדר יומה יכלול פריט אחד בלבד: "דיון על הצעת חוק בתי-המשפט". השופטים התבקשו לחתום על החוזר, וכך עשו כולם: השופטים דונקלבלום, אסף, אולשן, חשין, אגרנט וזילברג.¹⁴⁸ למרבה המזל, מצויה בידנו עדות מצוינת לאשר נאמר באותו אחר הצהריים בבית משפחת זמורה. מישהו – ככל הנראה הנשיא עצמו¹⁴⁹ – כתב לעצמו ולאחרים את עיקרי הדברים.¹⁵⁰ כפי הנראה, מאוחר יותר הוקלד הסיכום, וכך הגיע לידנו מסמך ארוך, בן 33 עמודים, שייקרא להלן "פרוטוקול השופטים", שבו נכתבו דברים שהיה לשופטים לומר על הצעת חוק בתי המשפט שהעביר לעיונם שר המשפטים.¹⁵¹ יש לציין, לפני שניגש לאשר אמרו השופטים, כי קשה לחשוך שהשופטים לא סחו לפי תומם בהתייעצות זו,

524 (1985); בג"ץ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מא(4) 683 (1987); בג"ץ 4318/95 מדינת ישראל נ' השופט פזום – שופט בית המשפט המחוזי חיפה, פ"ד מט(3) 702 (1995).

146 ראו סלנט, לעיל ה"ש 97, בעמ' 83–85, 94. ראו גם למשל זמיר משפט מינהלי – בג"ץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 119–141; Louis L. Jaffe & Edith G. Henderson, *Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins*, 72 L.Q. REV. 345 (1956). מבין פסקי הדין העוסקים בנושא, ראו למשל עניין לאלו, לעיל ה"ש 145, בעמ' 1076–1078.

147 חיים שטיינברג "זכרונות מיום פתיחת בית המשפט העליון" הרשות השופטת 26, 28 (1998).

148 החוזר, מיום 22.2.1950, נמצא באמ"י, תיק גל 3294/24.

149 ראו נתן ברון "הסיפור מאחורי הקלעים: כך נבחר משה לנדוי לביית-המשפט העליון" האומה 188, 88, 95 (2012) (להלן: ברון "הסיפור מאחורי הקלעים"), שם נטען כי זה היה הרגלו הקבוע של זמורה.

150 בין דפי התיק הרלוונטי בארכיון המדינה מצויים דפים שעליהם כתוב תוכן הפגישה (ככל הנראה) בכתב ידו של זמורה. ראו באמ"י, תיק גל 3294/24.

151 שם. עם זאת חשוב לציין כי באותו תיק ארכיוני מצויה תרשומת של ישיבת המשך של השופטים מיום 15.3.1950, שאף בה נדונה ההצעה דנן ששלח רוזן. ראו להלן ה"ש 155.

אשר נערכה בניחותא, בשעת בין ערביים, לאחר שעת העבודה, בביתו – "המררוח", כהגדרת אחת מבנות הבית¹⁵² – של הנשיא זמורה.

(ב) עיקרי הדברים

הנשיא פתח את הדיון. הוא העמיד מיד במוקד את שאלת סמכות בית המשפט העליון, ובייחוד את שתי ההוראות האלה: ההוראה שבסעיף 23 להצעה, שקבעה זכות ערעור מבית משפט השלום לבית המשפט העליון, וההוראה שבסעיף 49, אשר ביקשה לבטל את סמכותו של בית המשפט העליון לשבת כבג"ץ. יושם אל לב כי אלו הן ההוראות בהן בחר הנשיא זמורה, ובעקבותיו שאר השופטים, לדון בכל הנוגע להיקף סמכותו של בית המשפט העליון – למעשה, בכל הנוגע לכלל סמכויותיהם של כלל בתי המשפט הנוכחים בהצעה.¹⁵³ למעשה, כפי שנראה מיד, השופטים אף לא דנו במכלול ההוראות הנזכרות בסעיפים הללו (הם לא הזכירו כלל את העובדה שסעיף 49 ביקש לבטל את סמכותם לשבת כבית משפט לימאות)¹⁵⁴ אלא רק בשתי הסוגיות העומדות במרכזו של המאמר: העברת סמכות בג"ץ לבית המשפט המחוזי וקביעת זכות ערעור מבית משפט השלום לבית המשפט העליון. הנה לנו אכן סיבה טובה להתמקדות המאמר בשתי הסוגיות הללו.¹⁵⁵

זמורה מיהר להצהיר מהי עמדתו שלו בעניין שתי ההוראות הללו, וייתכן כי בכך קבע את הטון הביקורתי ששרר בישיבה.¹⁵⁶ את העיקרון שהנחה אותו בנדון תמצת זמורה –

152 מיכל זמורה-כהן רפרטואר אישי 315 (1997).

153 השו"ל לאמור בפרק ג.2. לאמור, בעיקר הטקסט ליד ה"ש 135–136.

154 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 140.

155 אך ראו שוב האמור לעיל בה"ש 151, שבה נזכרת "ישיבת שופטים" נוספת שעסקה בהצעה ששלח רון. בישיבה שנייה זו נדונה בעיקר ההוראה (שבס' 29 (ב) ר"ס' 34 (ב) להצעה) בדבר "ערעור נוסף" (או כפי שהשופטים מכנים את ההליך, "ערעור פנימי", המוכר כיום כ"דיון נוסף" – ראו לעיל ה"ש 137 והטקסט לידה). במהלך דיונם בהליך זה עולות בין השאר השאלות האלה: מהו מספר השופטים שצריך שישבו במושב הדיון הנוסף? האם כדאי לכלול בהם גם את שופטי ההרכב הראשון? האם יש לאפשר להגיש בקשה לדיון נוסף גם במקרה שההרכב המקורי הכריע פה אחד? האם יש לחייב את בעלי הדין לבקש דיון נוסף במעמד הקראת פסק הדין? אין זה ברור לחלוטין מהו הסיכום הפרמלי של הדיון בכל הנקודות. תשובה למקצתן ניתנת באחד מניסיונותיו של זמורה לסכם חלק אחד של הדיון באופן הזה: דיון נוסף "יהיה נדון בהרכב שיקבע ע"י נשיא בית המשפט העליון, ולא יהיו פחות מחמישה שופטים, ומוטב שיהיו ביניהם שופטים שישבו בערעור על פסק הדין המקורי". להמשך העיסוק בכך, ראו להלן ה"ש 232–234 והטקסט לידן. אעיר עוד כי היה זה במהלכה של "ישיבת שופטים" זו שהשופטים אימצו החלטה שלפיה, בהנחה שההצעה ליטול אותם מידם אכן תתקבל, ההליך הנדון צריך לחול גם על בג"צים (שאז אי אפשר יהיה לדבר על "ערעור נוסף" בפני בית המשפט העליון). לבסוף יצוין שגם במהלך דיון זה חוזר השופט דונקלבלום ומצהיר על התנגדות השופטים לשתי ההוראות שהעסיקו אותם בישיבתם הקודמת (שבה עוסק פרק זה של המאמר).

156 יש להניח שתוצאת הדיון הושפעה במידת-מה מהדינמיקה שהתפתחה בה (סדר הדוברים, מידת הקרבה בין השופטים השונים, סדר הצגת העמדות השונות וכדומה). ראו למשל, Cass R. Sunstein, *Deliberative Trouble? Why Groups Go to Extremes*, 110 YALE L.J. 71 (2000).

אותו זמורה שכתב את המזכר עם הורוביץ בסוף חודש מרס 1948, שבו הוצעו שני הצדדים שעל הפרק¹⁵⁷ – במימרה "בל תוסיפו ולא תגרעו"¹⁵⁸ כך בדיוק יכתוב זמורה לרוזן במכתב (מיום 2.5.1950) שבו ידווח לו על ישיבת השופטים (ויבטיח לשלוח במהרה את פרוטוקול הדיון!).¹⁵⁹ מקורה של המימרה בספר דברים (יג 1). שם נאמר: "אֵת כָּל-הַדְּבָר, אֲשֶׁר אָנֹכִי מְצַנֵּה אֶתְכֶם אֹתוֹ תִשְׁמְרוּ לַעֲשׂוֹת, לֹא-תֹסֵף עָלָיו, וְלֹא תִגְרַע מִמֶּנּוּ."¹⁶⁰ מקובל להצדיק עיקרון זה בתפיסה שלפיה יש לראות במכלול המצוות שציווה האל שלם מושלם, ולכן כל ניסיון להוסיף עליהן נחזה כבא להטיל ספק בשלמות יצירתו של האל ועל כן הוא פסול.¹⁶¹ הסתמכותו של זמורה על עיקרון מקראי זה מוקשה. לכאורה, נובע ממנה שלגישתו המשפט המנדטורי/מכלול סמכותו של בית המשפט העליון/סמכויות בתי המשפט השונים יוצרים שלם שכל גריעה ממנו עתידה להפר איזשהו סדר בראשיתי מקודש.¹⁶² ואמנם, זמורה אומר בהמשך הדברים במפורש שלדעתו קבלת שני חלקי ההצעה – גריעת בג"ץ מסמכות בית המשפט העליון אך הוספת

157 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 71–74. אכן, זמורה אינו דק פורטא, או שמא אינו זוכר את הדברים לאשורם, באמרו לחבריו השופטים כך: "אינני יודע על סמך מה באו לידי הצעה זו. הנימוק היחיד ששמעתי (ויש כאן כבר פרה-היסטוריה) לפני הקמת המדינה, כאשר היתה קיימת ועדה על יד הסוכנות, שגם אני הייתי נמנה בין חבריה, היה הורוביץ אחד מאלה שהמליץ על כך". כאמור, הורוביץ הציע את הצעותיו אלה בתזכיר שכתב יחדיו עם זמורה. ייתכן שמתגלה כאן פן מסוים באישיותו של זמורה, שעל פי עדותה של בתו, מיכל, התקשה מאוד בקבלת החלטות, "מעודו לא היה לוחם חריף" והיה אף "מוגל-לב". ראו, בהתאמה, זמורה-כהן, לעיל ה"ש 152, בעמ' 30, 313, 317. ראו עוד שם, בעמ' 311, שם אומרת מיכל שאביה לא חונן בביטחון עצמי רב. לחלופין ניתן להציע הסבר אחר לשינוי שחל בעמדתו של זמורה, ולפיו השינוי היה תולדה של האכזבות המרות שחש הנשיא זמורה מיחסן של הרשויות האחרות לבית המשפט העליון, בהקשר של הסיוע המינהלי ובהקשרים רחבים יותר. ראו להלן ה"ש 286 והטקסט לידה; רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 61–65. עדות מובהקת לתסכולו של הנשיא זמורה, בעיקר בהקשר המינהלי, מצויה במכתב מכמיר-הלב שאותו הוא כתב לשר רוזן, המובא להלן בה"ש 307.

158 גם השופט אסף אומר בסיכום דבריו: "אני גם כן נגד התוספת ונגד המגרעת".

159 ראו אמ"י, תיק גל 3294/24. במכתב תשובה, המופיע אף הוא באמ"י, תיק גל 3294/24, ששלח רוזן לזמורה כעבור יומיים, ביום 4.5.1950, הוא מאשר "את קבלת מכתבך מיום [...] (2.5.50) ומוסיף: "החלטתי כבר לפעול לפי עצתך שמסרת לי לפני זמן מה בעל-פה". אף על פי שיתכן שרוזן מדבר על מכתב אחר, אין הדבר סביר, כי אז היה מצויין לאיזה מהמכתבים מיום 20.5.1950 הוא מכוון.

160 ראו, בדומה, דברים ד 2: "לא תספו על-הדבר אשר אנכי מצננה אתכם ולא תגרעו ממנו, לשמר, את מצוות יהוה אלהיכם, אשר אנכי מצננה אתכם".

161 ראו מצוות תנ"ד ("שלא להוסיף על מצוות התורה") ותנ"ה ("שלא לגרוע ממצוות התורה") בספרו של הרב דוד פיפאנו ספר החינוך עם ביאור מעיל האפד כרך שני, קסד–קסו (התשנ"ח).

162 השוו לדיון הנערך אצל מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב 253, 300–302 (1995). כן ראו אסף לחובסקי "בין שני עולמות – מורשת המשפט המנדטורי במדינת ישראל בראשיתה" ירושלים בתקופת המנדט – העשייה והמורשת 253, 278–281, 286 (יהושע בן-אריה עורך, 2003) (להלן: לחובסקי "המשפט המנדטורי ומורשתו").

שמיעת ערעורים מבתי משפט השלום למטלות הערכאה העליונה – "תסלף" את "תפקידו של בית המשפט העליון".¹⁶³ למעשה, זמורה מאפיין את ההצעה כמהפכנית.¹⁶⁴ עם זאת זמורה מעלה שני טעמים נוספים להתנגדותו להצעה: הוא מציין את החשש ששמיעת ערעורים מבית משפט השלום תציף את בית המשפט העליון. ואשר לסמכות בג"ץ הוא טוען כי רק בבית המשפט העליון מתקיים אמון הציבור הנדרש לדיון בסוגיות בג"ציות ("הציבור מאמין בכך, שבבית משפט זה אפשר למצוא את אי התלות הדרושה כדי לדון בדברים אלה"). למעשה, זמורה כורך כאן את סמכות הפיקוח של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ עם היותו ערכאה ראשונה וטוען שאמון הציבור ייפגע אם שני אלה לא ידורו יחדיו ("האנשים אמרו כי צריך לקיים בית משפט גבוה לצדק בתוך בית המשפט העליון כאינסטנס ראשון").

השופט אולשן הוא הדובר הבא. בניגוד לקודמו, הוא מתחיל את דבריו בשתי הסוגיות שעל הפרק בהצגת צד הזכות שלהן, זאת בטרם הוא מצטרף לעמדת הנשיא. אשר לשמיעת ערעורים על בית משפט השלום אולשן מציין ש"יש איזה שהוא צל של הגיון בדבר הזה" והוא שההצעה תחסל את אי-השוויון הנגרם מכך שרק ערעורם של "אנשים אמידים" (שעניינם נשמע בראשונה בבית המשפט המחוזי) זוכה להידון בבית המשפט העליון, אך "אלה ממעמד עני", אפילו בעייתם דומה, אינם זוכים לכך, אלא חייבים להסתפק בבית המשפט המחוזי כערכאת ערעור.¹⁶⁵ כיוון שבבסיס התנגדותו עומד החשש מהצפת בית המשפט העליון, אולשן פוטר את הקושי באמירה: "אבל יש הרבה דברים שאנחנו היינו רוצים לראות מתגשמים בחיים [...] ולא כל דבר שהוא אידאלי אפשר להגשים".¹⁶⁶ בהמשך לכך השופט חשין מדגים בדאגה בפני חבריו את העניינים האזרחיים שבהם ייאלצו לעסוק – "יומם ולילה", הוא מזהירם – אם תתקבל ההצעה להתיר ערעור מבית משפט השלום לעליון: ענייני פינוי דירה,¹⁶⁷ ופיצוי עובדים.

163 בלשונו: "לי נדמה, שסילפו את תפקידו של בית המשפט העליון, כאשר יעשו כן".
164 לדבריו, "מי שרוצה להנהיג את הדבר הזה, יבוא ויתן טעם מדוע ינהיגו את החידוש המהפכני הזה, שאין אני יודע אם משהו יכול לומר שזה יועיל לעבודתנו, ושיש בזה משום שפור". מעניינת בהקשר זה הערתו האגבית הבאה של השופט אולשן: "אגב, אחד הפגמים שאני רואה עכשיו בהתפתחות המנגנון הממשלתי, זה הרדיפה אחרי האולטרה מורניזם. לנו אין אמצעים לכך. ולא כל דבר שהוא אידאלי אפשר להגשים". ראו בדומה אולשן דין ודברים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 304; והשוו לדברי ידן, המובאים לעיל בה"ש 62.

165 השוו לדברים שנאמרו במליאת הכנסת אגב הדיון בנוסחו של ס' 33 לחוק בתי המשפט, 1957, שעניינו "הלכה פסוקה". ראו ד"כ 22, 2494 (התשי"ז).

166 שאלת מספר הערעורים הפתוחים ברגיל בפני בעלי דין תעלה עוד בהמשך הליך החקיקה, אם כי לעתים מפרספקטיבה שונה מזה שהוצגה בדברי אולשן. יהיו שיצביעו למשל על הקושי ליישב בין העובדה שמצד אחד בתי המשפט המחוזיים הוסמכו לדון במקרים כבדי משקל יותר מאשר בתי משפט השלום, לבין העובדה שמצד שני אין לערער אלא פעם אחת על הכרעותיהם. ראו ד"כ 19, 332 (התשט"ז).

167 ראו שקד, לעיל ה"ש 103, בעמ' 135, 145.

לכן, הוא קובע, אם תתקבל ההצעה יהפוך בית המשפט העליון "לא רק לבית משפט מחוזי, אלא נמוך מזה", והשופט זילברג מזהיר באותה נימה, שבשל ריבוי הערעורים הצפוי "ננמיך את הרמה של עבודתנו" בשל היעדר פנאי מספיק לדון בהם. בבואו לדון בשאלת בג"ץ מציין אולשן ש"ברור שההצעה הזאת באה כחיקוי לאנגליה". בכך הוא מכוון למבנה מערכת השיפוט בבריטניה מאז סוף המאה התשע-עשרה, שבמסגרתו פעל ה־High Court of Justice כערכאה ראשונה שעל החלטותיה היה ניתן לערער לבית המשפט לערעורים (ומשם לבית הלורדים).¹⁶⁸ אך אולשן ממחר להדגיש את "ההבדלים שישנם בין אנגליה לביננו". ההבדל האחד שאותו מציין אולשן הוא חשוב. עניינו הצורך בהטמעת ערכים בקרב הפקידות שזה נכנסה לתפקידה במדינת ישראל הצעירה.¹⁶⁹ השופט אגרנט מאמץ טיעון זה בקבעו כי "פקידי הממשלה [...] לא ירצו לקבל את המרות של בתי המשפט המחוזיים".¹⁷⁰ השופט חשין מחיל טענה זו על כלל הציבור בישראל, באמרו כי "המדינה היא מדינה צעירה לימים [...] יש בינינו עוד אנשים שהם אינם יודעים את היסודות אשר עליהם מושתתת מדינה דמוקרטית".¹⁷¹

ובחזרה לשופט אולשן, הטוען בהמשך דבריו כי השם "בית המשפט הגבוה לצדק" יאבד את כל משמעותו אם תתקבל ההצעה, שכן "השם הזה במובן הפסיכולוגי משפיע. לא האישים [קרי, השופטים – י"ש] הם שמשפיעים, השם בית הדין הגבוה לצדק הוא המכריע".¹⁷² כך, רק צו היוצא מלפני בית המשפט העליון מעורר "חרדה" בקרב

168 זה המצב המשפטי באנגליה מאז 1875, לפי הוראות ה־The Judicature Act, 1873, שהקים את ה־High Court of Justice, וקבע בו אגף ספציפי (שנקרא The King's/Queen's Bench Division) שהוסמך לדון בעניינים "בג"ציים", קרי להוציא מתחת ידיו צווים פרוגטיביים. ראו באופן כללי WILLIAM S. HOLDSWORTH, A HISTORY OF ENGLISH LAW ch. 3 (7th ed. 1956); PETER ARCHER, THE QUEEN'S COURTS ch. 6 (2nd ed. 1963); S.H. BAILEY, J.P.L. CHING & N.W. TAYLOR, SMITH, BAILEY AND GUNN ON THE MODERN ENGLISH LEGAL SYSTEM 106–110, 1170–1180 (5th ed. 2007).

169 לדברי אולשן, "אנגליה היא מדינה שקיימת מאות בשנים, עם מנגנון פקידותי בעל וותק, וישראל היא מדינה שקיימת שנה וחצי, עם מנגנון צעיר". ראו בדומה לזה אולשן דין ודברים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 215. במקום אחר בפרוטוקול מגיב אולשן בחריפות רבה יותר, בהשיבו רטורית לנשיאו לאחר שזה האחרון מציין את המצב בגרמניה בדבר אחת הנקודות שעל הפרק: "אם האנגלים לא משפיעים עלי, אתה רוצה שאלמד מהגרמנים?".

170 השוו למנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 138 (2008) (להלן מאוטנר משפט ותרבות בישראל), ולעידו באום "התשובה למבול העתירות לבג"ץ: שופטי שלום מינהליים ליד הבית" הארץ – The Marker 8.8.2012 www.themarker.com/law/1.1796495

171 לטיעון זה ראו עוד למשל אלפרד ויתקון "המשפט בארץ מתפתחת" ספר היובל לפנחס רוזן 66 (חיים כהן עורך, 1962). כן ראו פנינה להב ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית 128 (1999) (להלן: להב ישראל במשפט); שקד, לעיל ה"ש 103, בעמ' 129–130. אך ראו גם קידר "מבט חדש", לעיל ה"ש 5.

172 טענה זו תישנה בעתיד. ראו להלן ה"ש 178.

הפקידות ו"עושה רושם על הקהל".¹⁷³ אף השופט חשין אוחז בגישה זו. הוא אומר בהקשר זה, בין השאר, כי "כאשר יש למישהו סכסוך עם הממשלה, או עם ההוצל"פ, יוקמת ועלית אל המקום",¹⁷⁴ יש לזה ערך גדול [...] זה צריך לעלות לירושלים. יש צורך בזה להכשרה נפשית מיוחדת [...] זה לא יעשה רושם כל כך, אם בית המשפט המחוזי ידון [בדבר ...]."¹⁷⁵ לפי אולשן, מסקנת הטיעון היא חד-משמעית: "ערך יהיה לבית דין גבוה לצדק רק [...] כאשר יהיה בבית המשפט העליון". השופט דונקלבלום מחרה מחזיק אחר קביעה זו, באומרו שאם תתקבלנה שתי ההצעות "בית המשפט העליון יהפוך לבית משפט מחוזי". עם זאת דונקלבלום חש שהוא "מוכרח לתת לנו כמה קומפלימנטים, שלא רק הפירמה היא הקובעת, את הפירמה אפשר גם לתת למקומות אחרים. עובדה היא שאנחנו רכשנו את האמון של הציבור".¹⁷⁶

בהמשך הדיון השופט אולשן מציין "עובדה פסיכולוגית" העשויה להסביר את קביעתו האחרונה של דונקלבלום. לפי אולשן, הציבור הרחב, שאינו בקי ברוי המשפט, עתיד להניח שאת פסיקת בתי המשפט מנחה רצון השופטים להתקדם במעלה ההייררכייה השיפוטית. וכך, כאשר יידון צו על תנאי בפני בית המשפט המחוזי, הרי "בית המשפט המחוזי שואף לעלות, לכן יחשבו, שאין הוא רוצה להסתכסך עם הממשלה". במילים אחרות, כאן מעלה אולשן את הטענה שרק בית המשפט העליון נהנה מאי-תלות מספקת כנדרש כדי לדון בעתירות בג"ציות.¹⁷⁷

173 כך סבור גם השופט דונקלבלום, הקובע כך: "הרבה חושבים שעצם קיום בית המשפט העליון כבית משפט גבוה לצדק, זהו אחד הדברים שנותן להם את הבטחון, ותריס מפני שרירות לב".

174 דברים יז 8: "כי יפלא ממך דבר למשפט בין דם לדם בין דין לדין ובין נגע לנגע דברי ריבת בפעריך וקמת ועלית אל המקום אשר יבחר יהוה אלהיך בו".

175 ראוי להביא כאן גם את שורת הסיכום של דעתו של השופט ש"ז חשין בפרוטוקול השופטים: "עד עכשיו היתה נסוחה [צ"ל: נסוכה] עליהם רוח של שבת, חגיגות. עכשיו זה נכנס לדבר של חולין, זה עובר לבית המשפט המחוזי". מעניין לציין את גישתו הדומה של בנו, השופט מישאל חשין, כפי שהיא באה לידי ביטוי בבג"ץ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון ויושב ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון, פ"ד מח(3) 573, 600 (1994) ("נתחלפו העתים, נשתנו המנהגות, וימים שהיו חלפו ואינם עוד עמנו. על דרך ההפלגה נאמר, שכיום נוטל אדם לידו את עיתון הבוקר או עיתון הצהריים, ומבטו מרקד בין הידיעות השונות עד שעינו צדה ידיעה פלונית. ומשמצא מה שמצא קרא הוא אל חבריו: קומו ונעלה ציון – אל בית המשפט העליון. אומר ועושה. עתירה לבית-משפט כמו נכתבת היא במהלך הנסיעה, ובעומדו לפני בית המשפט ועתירה פגומה בידו, מבקש אותו מתדיין כי תינתן ארכה בידו לתקן את אשר עוול. מנהג חדש הוא שבא למדינה, ואני לא אסכים לחיות בו").

176 טענה זו תעלה עוד בהמשך, כמובן, בין היתר במהלך הליכי חקיקת חוק בתי המשפט, 1957. ראו למשל אמ"י, פרוטוקול ישיבה מס' 2/7 א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3, 6-7 (7.3.1956) (עדותו של השופט אייזנברג, מנהל בתי המשפט), תיק כ-103/11.

177 גם השופט אגרנט טוען כך. הוא מסתמך על דברים שאמרו לו, לדבריו, "מספר שופטים מחוזיים [...] הם אומרים: אסור לקחת את הדבר הזה מבית המשפט העליון. כי זהו בית המשפט שאי התלות של השופטים הוא [צ"ל: היא] למעלה מכל ספק". כפי שנראה בהמשך, לא כל השופטים המחוזיים

בהמשך לכך השופט חשין מדגיש בדבריו לא רק את המילה "עליון" בכינויו המוכר של בג"ץ¹⁷⁸ (לאמור: בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק) אלא גם את המילה "צדק"¹⁷⁹. דומה שכוונת ההדגשה מתגלית במהלך הדברים, כשחשין אומר בגילוי לב כי "אין חוק שאומר ל[בג"ץ] כך עשה ולא אחרת. זוהי במידה רבה שאלה של [...] שיקול דעת"¹⁸⁰. אילו טעמים של מדיניות מבקש לגזור חשין מנקודה זו? במוצהר, את הצורך באחידות הפסיקה בשאלות הכרוכות בשיקול דעת ניכר.¹⁸¹ מטרה זו לא תושג לדבריו אם סמכות בג"ץ תפוזר על פני בתי משפט ברחבי הארץ. בדומה לזה, השופט זילברג, למרות התנגדותו הנחרצת להצעה להרשות ערעור מבית משפט השלום לעליון, מציג אחרת את מה ש"יכול להיות הנימוק היחיד" בעד ההצעה: יצירת אחידות בין החלטות בתי המשפט הנמוכים בארץ.

לדעתו, מובלע בטיעונו האחרון של השופט חשין טעם נוסף, שיעלה אף בהמשך, ולפיו ענפי המשפט שבהם עסק בג"ץ לא היו מגובשים דיים בעת ההיא, במובן זה שהם הותירו מקום רב לשיקול דעת בידי הרשות ובידי בית המשפט המפקח על אותה רשות. לכן, כך על פי הטענה, השעה לא הייתה כשרה להעברת סמכות הדיון בענפי משפט אלה

החזיקו בעמדה זו. למעשה, נציגיהם, שיופיעו בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בהמשך הליכי חקיקת חוק בתי המשפט, 1957, יאמרו לחברי הכנסת כי יש להעביר את בג"ץ לבתי המשפט המחוזיים. ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 222.

טיעון דומה השמיע ח"כ ברוך אזניה בעת הדיון בחוק בתי המשפט, 1957 במענה לטענה שלפיה יש למסור את ענייני הביאס קורפוס לבתי המשפט המחוזיים (ראו להלן ה"ש 216 והטקסט לידה). לדבריו, "כאשר צריך להגיד לשלטון שהוא התפשט יותר מדי לגבי פגיעה באזרח ובחירותו, בענין זה יש לי אמון מלא רק בשופט שעניו אינן נתונות לשום מחשבה מה הוא יכול להשיג עוד; הוא כבר השיג את שלו בחיים". פרוטוקול ישיבה מס' 2/28 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 62, בעמ' 2.

178 חיים שטיינברג טוען לזכות יוצרים על הקיצור "בג"ץ". ראו שטיינברג, לעיל ה"ש 147, בעמ' 29. אכן, כנרמז למעלה, שאלת כינויים (בעברית) של בית המשפט העליון ושל אגפיו השונים העסיקה את משפטני התקופה. ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 100. הנושא אף עלה בכנסת בדיונים שקדמו לחקיקת חוק בתי המשפט, 1957. ראו למשל ד"כ 17, 719 (התשט"ו). באחד הדיונים הללו אמר היועץ המשפטי לממשלה, חיים כהן, כי הוא "מסכים עם חברי הכנסת [מנחם] בגין ו[ברוך] אזניה שהשם 'בית המשפט הגבוה לצדק' הוא שיבוש. אנחנו באמת בהצעה הראשונה של משרד המשפטים מחקנו זאת. אך נשיא בית המשפט העליון בא ואמר כי השם הזה, אם כי מבחינה בלשנית יש בו פגם, רכש לעצמו 'שם טוב', מוניטין, ונכנענו לדעתו". אמ"י, תיק כ-103/11, פרוטוקול ישיבה מס' 29/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3, 2-7 (12.3.1956). באמ"י, תיק גל-3294/23, יש מכתב מיום 10.12.1954 ששלח הנשיא אולשן לשר המשפטים שבסעיפו הראשון אכן קובע אולשן כי "השם הזה [בג"ץ] נתקבל כבר בציבור כבעל משמעות מיוחדת ומבחינה פסיכולוגית כדאי לשמור עליו".

179 ראו גם אצל חיים כהן המשפט 403 (מהדורה שנייה, 1996). אך ראו זמיר "על הצדק בבג"ץ", לעיל ה"ש 22, בעמ' 216 ואילך.

180 השוו לדיון אצל אלון, לעיל ה"ש 162, בעמ' 302-306.

181 לדבריו, "[...] אין אנו רוצים ליטול גדולה לעצמנו, [אך] יש צורך באוניפורמציה מיוחדת, באחידות". ראינו כי דגש זה עלה כבר לפני כן. ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 95.

לבתי משפט אחרים, שהם הן "נמוכים" (ועל כן חסרים את הידע והמעמד הנדרשים כדי להנחות את הפקידות שבידה מופקד שיקול הדעת) והן מרובים ופזורים (ולכן עלולים להוציא מתחת ידם פסקי דין סותרים שיצרו מבוכה ובלבול).¹⁸²

בהמשך לטענה האחרונה מעלה השופט חשין על נס את העובדה שבג"צים "נגמרים אצלנו במהירות [...]". חששו הוא שאם יוסמך בית המשפט המחוזי לעסוק בבג"צים, הרי שבשל אפשרות הערעור לבית המשפט העליון יעוכב מאוד גמר הטיפול השיפוטי בעתירות – כך במיוחד, מדגיש השופט אולשן, אם יחויב בית המשפט העליון לשמוע ערעורים על בתי משפט השלום, דבר שיטיל עליו מעמסה נכבדה.¹⁸³ גישה דומה משתקפת בדברים שיאמר באחד מפסקי הדין ממלא מקום הנשיא, השופט זילברג, בשנת 1966, בבואו לבאר מדוע הוקם מלכתחילה בג"ץ והושם בבית המשפט העליון. כפי שנראה מיד, בדבריו נתן השופט זילברג ביטוי מובהק לנימוק זה בדבר זריזות ההליכים בבג"ץ כמו גם לדגשים נוספים שעלו בפרוטוקול השופטים. לפי מ"מ הנשיא זילברג, "רצה המחוקק הישראלי, וכן רצה קודמו המנדטורי, כי עניינים מסוג זה, שהם על-פי רוב עניינים העומדים ברומו של עולם, יידונו בפני בית משפט מיוחד, בעל קווליפיקציה משפטית גבוהה וסמכות מוכרת, שידון בהם בערכאה ראשונה ואחרונה, על יסוד תצהירים ותצהירי שכנגד, תוך קיצור מקסימלי, ללא אפשרות של עינוי דין על ידי בקשות ביניים מטרידות וערעורי סרק".¹⁸⁴

לקראת סופה של הפגישה בביתו של זמורה מתגלה שלמרות דברי ההתנגדות החריפים אשר הושמעו במהלכה, לפחות חלק מהשופטים תומכים למעשה בהעברת חלק מסמכויות בג"ץ לבתי המשפט המחוזיים. במה דברים אמורים? בענייני הוצאה לפועל. "זה למעשה ענין אזרחי פשוט",¹⁸⁵ קובע השופט דונקלבלום, ולכן הוא מציע שבכל הקשור בעניינים אלה "אנחנו נסכים שיעברו לבית המשפט המחוזי". הנשיא זמורה – אותו זמורה שהעלה על נס בפתח הדיון את המוטו "בל תוסיפו ולא תגרעו"¹⁸⁶ – מצטרף

182 ראו בדומה לזה למשל Daniel Friedmann, *Independent Development of Israeli Law*, 10 ISR. L. REV. 515, 526 (1975) ("[...] a court of the highest instance is obviously better equipped than the lower courts to develop the law").

183 על טענה זו יחזור אולשן גם בעתיד. ראו יצחק אולשן "על בית המשפט העליון" משפטים א 287, 291 (1968): "בשעתו הושמעה הדעה שרצוי היה להעביר את סמכויותיו של בית המשפט העליון בשבתו כ[בג"ץ] לידי בית המשפט המחוזי, כפוף לזכות הערעור לבית המשפט העליון. אני חולק על כך. העניינים המובאים בפני [בג"ץ] הם מיוחדים במינם: לעתים קרובות יש להם חשיבות חברתית רבה ביותר; הם ביטוי למאבק בין כוחות חזקים לבין האזרח ורצוי שיידונו בפני ערכאה הנראית בעיני הציבור והממשל כסמכות השיפוטית העליונה. אולם הנימוק החשוב ביותר הוא שרוב העניינים המובאים לפני בג"ץ הם עניינים מינהליים דחופים הדורשים מתן סעד מהיר" (ההדגשה הוספה – י"ש).

184 ע"א 55/66 ראש המועצה המקומית אשדוד נ' אורן, פ"ד כ(4) 841, 847 (1966).

185 עוד אחזור להערה זו להלן. ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 251.

186 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 160.

לדברים, בקבעו ש"כל מה שנאמר על תגובת הציבור, כמובן איננו חל על עניני הוצאה-לפועל". השופטים חשין וזילברג מסתייגים. שניהם מתרכזים בסוגיות מתחום ההוצאה לפועל הנוגעים לסכסוכים שמקורם בבתי הדין הדתיים.¹⁸⁷ לדעת השופט זילברג, "יש סעיפים בקשר להוצאה לפועל של פסקי דין של הרבנות [בהם] מתעוררות שאלות חשובות לעין [צ"ל: לאין] ערוך". לכן "ברור" שבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ "צריך לדון בשאלות האלה".¹⁸⁸

מהי החלופה שמציעים השופטים? לא הרבה, מלבד ההכרה באפשרות שינוי המצב בתחום הפיקוח על לשכות ההוצאה לפועל.¹⁸⁹ ובכל זאת למרות דבריו של חשין כי השופטים נקראו רק "לחות דעת", השופט אולשן סבר כנראה שיש בידי השופטים להוביל לשינוי מבנה החקיקה המוצעת. הוא חזר פעמים מספר במהלך הדיון על עמדתו העיקשת, שלפיה "לאחר שאיני רואה שום נימוק בשביל שינוי המצב, דעתי היא שהחוק הזה צריך להיות מוגבל אך ורק לנושא אחד; והוא מינוי שופטים, תנאי השופטים, פטורי שופטים, ומשמעת". נראה שהנשיא זמורה מאמץ את ההמלצה, ובעיקר את נושא מינוי השופטים לבית המשפט העליון, שהוא אליבא דאולשן הדחוף ביותר כדי "שהשופטים לא יהיו תלויים בממשלה אקסקוטיבית [...]"¹⁹⁰.

יוזכר בהקשר זה כי חוק השופטים, 1953 נחקק רק כשלוש שנים לאחר דיון זה. החוק הזה הוא שיקבע ערובות חוקיות ליציבות כהונתם ושכרם של שופטים, כמו גם כמובן את העובדה שלהבא הם ימונו על ידי הוועדה לבחירת שופטים.¹⁹¹ ניכר שאולשן ציפה בכיליון עיניים לחקיקתו של חוק מעין זה שיבטיח עמידה ראויה בעקרון אי-התלות

187 מקור סמכות בג"ץ לפקח על בתי הדין הדתיים בסימן 56 לדבר המלך, 1922. ראו ה"מ 10/55 חברת הכשרת הישוב בישראל בע"מ נ' שדמון, פ"ד ט 646 (1955).

188 דומה שנושא המנשק בין רשויות ההוצאה לפועל לבין מערכת בתי הדין הדתיים אכן הטרידה את הציבור הדתי באותה עת. ראו למשל את דברי חה"כ מטעם אגודת ישראל ופועלי אגודת ישראל, שלמה לורנץ, בדיון בחוק בתי המשפט, 1957 בכנסת: ד"כ 19, 328 (התשט"ז) ("אנו יודעים שהביצוע נתון בידי המבצע כחומר ביד היוצר [...]").

189 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 186–188 ולהלן הטקסט ליד ה"ש 221.

190 בעבר כבר טענו היסטוריונים של התקופה דגן כי לחסר החוקתי שצף ועלה בדברי אולשן הייתה נוכחות ניכרת באקלים המשפטי של התקופה (ראו במיוחד להב ישראל במשפט, לעיל ה"ש 171, בעמ' 150). עם זאת אין חולק שעובדה זו לא מנעה את שופטי בית המשפט העליון מלהנפיק שורה של פסקי דין עקרוניים (ראו להלן ה"ש 327), עוד טרם שנחקק חוק השופטים. אך אין לדעת כמובן אם ובאיזו מידה הייתה להיעדרן של הוראות מהסוג שייכללו בחוק שופטים, 1953 השפעה מצננת על פסיקת בית המשפט העליון. לסקירה כללית על פסיקת בית המשפט העליון בתקופה הרלוונטית, ראו למשל בית המשפט: חמישים שנות שפיטה בישראל 16–58 (דוד חשין יו"ר המערכת, 1999); משפטים ראשונים: שיחות בעקבות פסקי-דין של בית המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו (דפנה ברק-ארז עורכת, 1999); כן ראו את המקורות הנזכרים להלן בה"ש 327–328.

191 ראו בעיקר ס' 6 לחוק הנ"ל. כן ראו ס' 6 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984 (להלן: חוק בתי המשפט, 1984) וס' 4 לחוק-יסוד: השפיטה.

השיפוטית.¹⁹² זאת בעיקר כיוון שבשעת הדיון אצל זמורה עמד בתוקפו סעיף 1(ג) לפקודת בתי המשפט (הוראות מעבר), התש"ח-1948, אשר כפי שראינו קבע כי "שופטי בית המשפט העליון יתמנו על פי הצעת שר המשפטים על ידי הממשלה הזמנית באשור מועצת המדינה הזמנית".¹⁹³

עניין אחרון הראוי לציון שעלה בדיון נגע בשאלה אם רצוי לפצל את החוק המוצע, שהיה מקיף כקודמו המנדטורי,¹⁹⁴ לשני חוקים נפרדים. בעקבות אולשן השופטים עונים בחיוב על שאלה זו. הנשיא זמורה מנסח את הצעתו של אולשן בנידון כך: "שכל התורה הזאת תנתן בשתי מגילות". כלומר, ההצעה היא שתחת החוק האחד שהוצג בפני השופטים יתקבלו שני חוקים באופן שהאחד ידון בשאלות שמנה אולשן (מינוי שופטים וכדומה),¹⁹⁵ והשני בשאלות של סדרי דין. כידוע לנו, זהו הנתב שבנו תלך החקיקה בהמשך,¹⁹⁶ כפי הנראה בהשפעת השופטים.¹⁹⁷

כאן תם הדיון בשאלת סמכות השיפוט של בית המשפט העליון ובשאלות הכרוכות בכך. בחלקה האחרון של הישיבה השופטים דנים בנושאים המצויים מחוץ לתחום עיסוקנו.¹⁹⁸ לכן בטרם נעבור הלאה אני מבקש להעיר כאן כמה הערות ביניים כלליות.

192 לעקרון אי-התלות השיפוטית, ראו למשל מאיר שמגר "עצמאות מערכת השיפוט כיסוד הסדר הדמוקרטי" הפרקליט מב 245 (1995); 31; Mauro Cappelletti, *Who Watches the Watchman?*, AM. J. COMP. L. 1 (1983); Charles G. Geyh, *Symposium: Judicial Independence and Judicial Accountability: Searching for the Right Balance: Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric*, 56 CASE W. RES. L. REV. 911 (2006)

193 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 123. שופטי הערכאות האחרות מונו על ידי שר המשפטים, שנועץ לשם כך בשתי ועדות מקצועיות, אחת לכל בית משפט. ראו "סקירה על פעילות הועד המרכזי בחדשי יוני 1949 – פברואר 1950" הפרקליט ז 291, 293 (1950). על מינוי השופטים בימי ראשית המדינה, ראו עוד למשל רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 55-57; ניר קידר "בן-גוריון והמאבק למינוי שופט ממוצא ספרדי לבית המשפט העליון" מחקרי משפט יט 515, 517-518 (2003) (להלן: קידר "בן-גוריון והמאבק למינוי שופט ממוצא ספרדי").

194 בישיבת שופטים שהתקיימה ב-15.3.1950 מעיר הנשיא זמורה בעניין הצעת החוק הזאת, כי הוא מניח שהחוק המוצע בא להחליף את ה-Court Ordinance, 1940, ולכן "החוק הזה צריך להיות מקיף". ראו אמ"י, תיק גל 3294/24. אכן, הפקודה המנדטורית הנוכרת דנה הן בשאלות של כשירות השופטים ומינוים והן בסמכות בתי משפט בארץ.

195 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 190.

196 כזכור, בשנת 1953 יוחק חוק השופטים (שיעסוק בכשירות השופטים, מינויים, פיטוריהם וכדומה, כפי שהוצע על ידי אולשן) ולאחר ארבע שנים, חוק בתי המשפט, 1957 (שיעסוק בסמכות השפיטה של בתי המשפט השונים).

197 עדות לכך ניתן למצוא למשל במכתב מיום 13.7.1950, שבו העביר הנשיא זמורה ליריעת השר רוזן את הערות השופטים על הצעת חוק השופטים מאותה עת, ובו גם הזכיר זמורה כי בעבר הציע לפצל את הצעת חוק בתי המשפט משנת 1950 לשני חוקים (המלצה זו מצויה במכתב הנזכר לעיל בה"ש 159). "לסיפוקי", כותב כעת זמורה, "ראיתי [...] שקבלת את הצעתי". ראו אמ"י, תיק גל 3294/26.

198 במיוחד מעסיקה את השופטים שאלת הרכבה המוצע של הוועדה לבחירת שופטים. הנושא מעורר דיון ער בקרב השופטים, שאין זה המקום לדון בו (דיון זה משתרע על עמודים 26-33 ל"פרוטוקול

ככלל, יש לציין שהשופטים מגלים גישה ביקורתית ביותר כלפי מה שנתפס בעיניהם כניסיונם של מציעי ההצעה להעתיק לארץ מודל שמקורו זר (אם כי אין קונצנזוס בקרבם באשר לארץ המוצא של המודל). השופט חשין, לדוגמה, קובע נחרצות: "לדעתי אין לקחת כל תקדים ולחקות אחרים, אצלנו מציאות אחרת".¹⁹⁹

באופן כללי דומה שתחושת אכזבה, ואולי אף עלבון, הכו בשופטים כולם למקרא ההצעה שהונחה בפניהם. בהמשך להערתו של דונקלבלום, שלפיה "עובדה היא שאנחנו רכשנו את האמון של הציבור", אפשר אולי לומר שהשופטים אף חשו תחושה של כפיות טובה מצד מציעי ההצעה – הנה הם מבצעים את תפקידם כהלכה, ומשרד המשפטים גומל להם בהצעה מעליבה שכזו. אכן, נראה שאת חצי הביקורת המושחזים שלהם מכוונים השופטים כלפי משרד המשפטים. דונקלבלום חוזר ומדגיש בפני חבריו כי אינו מבין מאין צצה לפתע ההצעה, מבלי "[ש]הסבירו לנו את סיבת התיקונים [המוצעים] (על מה שבודאי התוכחו אצלם) [...]".²⁰⁰

השופטים, לעיל ה"ש 150. ראו גם המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 193). אסתפק בהערות האלה: לפי ס' 7 להצעת החוק (מכתב השר, לעיל ה"ש 129) הייתה אמורה להיות מוקמת "ועדת מינויים" בת שבעה חברים: שר המשפטים (יו"ר); נשיא בית המשפט העליון "והשופט הצעיר לימים שבבית המשפט העליון"; שני חברי כנסת (שאינם עורכי דין) שיתמנו על ידי ועדת הכנסת; חבר המועצה המשפטית – היא קודמתה של לשכת עורכי הדין – שייבחר על ידיה. לשופטים שונים היו הערות שונות על הרכב הוועדה: למשל, אם היועץ המשפטי צריך להיות חבר בה (הוסכם: לא), ומי ראוי לעמוד בראשה (לדעת השופטים: נשיא בית המשפט העליון ולא שר המשפטים, אך רוזן התנגד נחרצות לכך (ראו התכתובת בין זמורה לבין רוזן בנידון באמ"י, תיק גל 3294/26)). מאלפת היא העובדה ששלושה שופטים (דונקלבלום, אסף ואגרנט) היו בדעה שהכנסת היא שצריכה לבחור את שופטי בית המשפט העליון (לפי אגרנט, "ביחוד אם אנחנו משאירים את סמכות [הבג"ץ] בידי בית המשפט העליון"). עם זאת הנשיא והשופטים אולשן וחשין התנגדו להצעה זו (לא ידוע מה הייתה עמדתו של השופט זילברג בשאלה זו). לקראת סוף הדיון בסוגיה נכתב בפרוטוקול כי הנשיא אמר כך: "האם יש דעה אחת בנוגע ליועץ המשפטי? מסכימים לדעתו [השליטת] של אולשן בענין זה. זאת אומרת שאנחנו בדעה אחת שהועדה צריכה להיות מורכבת מחמשה [כך במקור] אנשים, נשיא בית המשפט העליון, שר המשפטים, שופט בית המשפט העליון שייבחר ע"י חבר שופטין בית המשפט העליון, יו"ר הכנסת וחבר אחד של המועצה המשפטית, שיתמנה על ידיה".

"סיכום" הדיון ראוי לשתי הערות: ראשית, "הסיכום" מאמץ במלואה את דעתו של אולשן, כפי שהביעה בפני חבריו בישיבה זו; שנית, לא ברור עד כמה דברים אלה "מסכמים" את הדיון, שכן שופטים אחרים תמכו בגישות אחרות (כאמור למשל בשאלת מעורבותה של הכנסת בבחירת שופטים בבית המשפט העליון), ואין עדות בפרוטוקול להצבעה מסכמת בין החברים. עם זאת קיים מסמך נוסף, מיום 30.5.1950, שכותרתו "ישיבת השופטים", אשר מנוסח תמציתית יותר, ובו מצוין בפשטות ובמישרין אותו הרכב בן חמישה חברים (אך נאמר בו שחבר המועצה המשפטית לא יהיה בשירות המדינה; כך נאמר גם במכתב ששלח זמורה לרוזן ב-13.7.1950 (נמצא באמ"י, תיק גל 3294/26)). עוד לעניין הרכב הוועדה לבחירת שופטים, ראו למשל בפרוטוקול ישיבה מס' 44/ב של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-2, 5-7 (1.7.1953). נמצא באמ"י, תיק כ 72/7.

199 ראו בדומה לזה את דבריו של השופט אולשן, לעיל ה"ש 169 והטקסט לידה.

200 ראו בדומה לזה דברי הנשיא זמורה, לעיל ה"ש 164. גם השופט אגרנט תומך בדברי דונקלבלום בנקודה זו.

דומה שאכזבתם של השופטים הייתה צורבת במיוחד לא רק בשל השמטת דברי הסבר מההצעה אלא בשל היעדרה של התייעצות מוקדמת עמם טרם גיבושה. בשלב אחר של הדיון מזכיר השופט חשין לחבריו: "הפולמוס שאנחנו נאחזנו בו, נותן את הרושם כאילו הדבר תלוי בנו לכאן או לכאן. [אך] יש פה רק לחוות דעת [...]". לאמור, לראייתו, השופטים נקראו רק לחוות דעה על מה שנראה כהצעה מוגמרת.²⁰¹ השופטים החשיבו עצמם בוודאי כמי שמצויים במיוחד בפרטי ההליך השיפוטי, הן מצדו העיוני והן, ועוד יותר מכך – מצדו המעשי. "סוף סוף", מעיר דונקלבלום, "אנו חיים כבר 30 שנה לפי הפרוצדורה הזאת [...] כך מביאים סתם הצעות מתוך תיאוריה שאין לה קשר עם המציאות. יושבים פילוסופים, ואומרים איך נעשה משפט טוב יותר".

נראה שבמיוחד נתפסה כמעליבה הקביעה בסעיף 49 להצעה (שליפיה כזכור "בית המשפט העליון לא יוסיף לשבת כבית דין גבוה לצדק"). הטיב להביע את הדברים השופט חשין, האומר כך לקראת סיכום דבריו בנוגע לסמכות בג"ץ: "אפילו אם הדברים האלה יתקבלו, סעיף 49 עשה עלי רושם קשה מאוד. הניסוח הוא איום ונורא [...] סעיף 49 עשה עלי רושם של מערכה אחרונה בטרגרדיה [...] אם לא נוכל חלילה להעביר את רוע הגזירה, הייתי מציע לנסח את זאת אחרת [...] אבל אל תהיה לנו הנימה הנוגה הזאת, שאנחנו לא נוסיף לשבת כבית משפט גבוה לצדק". ראוי לציון חוזר בהקשרו של הסעיף האמור, שהשופטים לא הזכירו כלל את הסיפה לסעיף 49, משמע את העובדה שלא רק בג"ץ נשמט מסמכותם לפי הוראות הסעיף אלא גם סמכותם כבית משפט לימאות.

(ג) ערבו של יום

וכך מגיעה הפגישה לסופה, והנשיא נפרד מחבריו במילים אלה: "אחרי זמן רב, התכנסנו שוב כל שופטי בית המשפט העליון, ואני רוצה לברככם על כך, כי על כן באתם בצל קורת. ברצוני להכריז כאן, שאנחנו צריכים לקיים את המנהג הזה לעתים קרובות". פרוטוקול השופטים בא לסופו.

דברי הפרידה של הנשיא זמורה נאמרים בנימה עגמומית. נחבאת בהם הפניה מפורשת לפרשה הקשה שבמסגרתה ניסה לוט לגונן על שני המלאכים שבאו לבקרו מפני אנשי סדום הרבים – "מַנְעֵר וְעֵדֵי־זָקֵן: פְּלִהֵעִים" – אשר צבאו על ביתו. לוט מתחנן בפני אנשי סדום שלא יפגעו באורחיו "פִּי־עַל־פִּן בָּאוּ, בְּצֵל קַרְתִּי".²⁰² קרוב לוודאי שזמורה ידע היטב מהיכן לקוח הביטוי ששובץ בדברי פרדתו מאורחיו.²⁰³ ייתכן אפוא שהם

201 בדומה לכך, חשין מעיר בישיבה עוקבת שקיימו השופטים, הנזכרת לעיל בה"ש 151: "אנחנו מתווכחים. איננו צריכים לתת דעה. אנחנו מציעים [...] את דעתנו". הערה זו נאמרה על אחד מתנאי הכשירות של שופטי בית המשפט העליון אשר נזכרה בהצעה ששלח רוזן.

202 בראשית יט 8.

203 ראו חיים כהן שופט עליון – שיחות עם מיכאל ששר 112 (1990) (להלן: כהן שופט עליון) ("אני חושב שאין סופר עברי שנזמורה] לא קרא מאל"ף עד ת"ו ובוודאי שאין מקור מן המקורות שלנו שאותו לא למד וקרא").

מסגירים את המצוקה שבה הוא חש את עצמו באותו ערב; ייתכן שהוא אף ראה עצמו כאותו לוט, שלמרות צדיקותו הנה באים נגדו "כָּל-הָעָם [...] וַיִּגְשׁוּ לְשֹׁבֵר הַדָּלֶת".²⁰⁴ כך או כך, כפי שיראו פרקיו הבאים של המאמר, ניתן לשער שהשופטים שעשו את דרכם לביתם לאחר פגישתם היו מופתעים לו היו יודעים עד כמה יהלום האופן שבו יתפתחו הדברים בהמשך את שהביעו באותה פגישה, עד כדי כך שיהיה יסוד לדעה שעלה בידם להסיט את מסלולה של החקיקה שנגעה לבית המשפט העליון. שהרי, כזכור, סמכות בג"ץ אשר תיקבע בחוק בתי המשפט, 1957²⁰⁵ לא נשתנתה מאז ועד ימינו שלנו; למותר לומר שחוק זה, ואלה שיבואו אחריו, לא הזיזו את בג"ץ מבית המשפט העליון. בדומה לזה, עד היום לא הוקם מסלול ערעור ישיר מבית משפט השלום לבית המשפט העליון. חלקיו הבאים של פרק זה של המאמר ישלימו את פרטי המהלך שבמסגרתו תקבע כנסת ישראל את סמכות השיפוט של בית המשפט העליון.

4. לקראת חוק בתי המשפט, התשי"ז-1957

כאמור למעלה, הנשיא זמורה העלה על הכתב את עיקרי הדברים שעלו בפרוטוקול השופטים ושלחם, כפי הנראה, לרוזן.²⁰⁶ הפרק הבא בסיפור המעשה המסופר כאן התרחש בעיקרו בכנסת.²⁰⁷ ייאמר מיד: הצעות החקיקה הבאות של מה שיהיה לימים חוק בתי המשפט, 1957 (להלן בחלק זה: החוק או חוק בתי המשפט) לא ישובו להציע את "הזזת" בג"ץ לבתי המשפט המחוזיים ואף לא את ההצעה להקים ערוץ ערעור ישיר מבית משפט השלום לבית המשפט העליון. זו הייתה תמונת הדברים בטיוטות פנימיות שערכו אנשי החקיקה של משרד המשפטים.²⁰⁸ ומכאן, וחשוב מזה, כך היה בהצעת חוק בתי המשפט שהניחה הממשלה על שולחן הכנסת בראשית שנת 1955.²⁰⁹

204 בראשית יט 4, 9.

205 לסמכות בג"ץ לפי חוק זה, ראו לעיל ה"ש 131 והטקסט לידה.

206 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 159.

207 אכן, לא עלה בידי למצוא תגובה מפורשת אשר ייתכן שנערכה במשרד המשפטים עם קבלת פרוטוקול השופטים. עם זאת הצעות החקיקה אשר הופקו במשרד בשנים שלאחר מכן (שיידונו להלן בפרק זה של המאמר) בוודאי פותחות צוהר להלך המחשבה של בכירי המשרד בנוגע לעמדות שהובעו בפרוטוקול, או למצער בנוגע לדעה הפומבית שעל המשרד להשמיע, להבנתם, בדבר העמדות שהובעו בפרוטוקול.

208 לטיוטות החוק השונות שהופקו במסדרונות משרד המשפטים ראו אמ"י, תיק ג-5391/32; אמ"י, תיק גל-3294/23.

209 הצעת חוק בתי המשפט, התשט"ו-1955, ה"ח 64. הכנסת החלה לדון בהצעת חוק זו ב-1955.1.2 (ראו ד"כ 17, 715-709 (התשט"ו)). למעשה, שני נוסחים של הצעת החוק הזאת עברו קריאה ראשונה בפני הכנסת: לראשונה, בסוף ימיה של הכנסת השנייה (ראו ד"כ 17, 864-869 (התשט"ו)); שנית, ב-22.11.1955 (ראו ד"כ 19, 354-359 (התשט"ו)). להבדלים המרכזיים בין שני הנוסחים, ראו סקירת שר המשפטים בד"כ 19, 320 (התשט"ו). כמקובל, הצעת החוק עברה לטיפול של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת לאחר הקריאה הראשונה. הוועדה קיימה מספר רב של ישיבות

עם זאת אין להסיק מהאמור שעניינו של בית המשפט העליון לא נידון בתהליך החקיקה הממושך של החוק. כן אין נובע מכך שהצעות להזות בג"ץ או להקים ערוץ ערעור ישיר מבית משפט השלום לבית המשפט העליון לא הוצעו עוד בהמשך. הדיון להלן, אשר ידגים את שתי הנקודות, יפנה בהרחבה לטיוטות הפנימיות שהופקו במשרד המשפטים, לדיוני מליאת הכנסת ולישיבות ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת שבהם נדונה הצעת חוק בתי המשפט. באותה עת, יש לומר, לא הרבו חברי הכנסת לעסוק בסמכות השיפוט של בית המשפט העליון לאורך המסכת הארוכה שהובילה לחקיקתו של חוק בתי המשפט, 1957. עם זאת במידה (המועטה יחסית) שבה עלה עניינו של בית המשפט העליון לדיון בכנסת, הרי שבג"ץ תפס במסגרת זו מקום נרחב מאפשרות הערעור מבית משפט השלום.²¹⁰ מסיבה זו תתמקד הסקירה שלהלן בעיקר בסמכות בג"ץ.

(א) סמכות בג"ץ והפיקוח על המינהל הציבורי

באילו הקשרים אפוא עלה במישרין עניינו של בג"ץ במרוצת הדרך? מעקב אחר סדרת טיוטות החוק שהופקו בתהליך החקיקה שעבר החוק מגלה כמה שינויים הנוגעים לסמכות בג"ץ. השינויים המרכזיים שחלו במסגרת זו כללו את שני העניינים האלה: ראשית, היחס שבין סעיפים קטנים 7(א) ו-7(ב)²¹¹ – בשלב מתקדם יחסית של התהליך הורחב למעשה תחום הסמכות של בג"ץ עם הוספת הרישה לסעיף 7(ב) (שלפיה "מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (א), מוסמך [בג"ץ ...]").²¹² שנית, פיקוח בג"ץ על בתי הדין הדתיים – גם שינוי זה חל רק בשלהי תהליך החקיקה, ואף כאן משמעותו

בעניינה של הצעת החוק. לדיוני הוועדה, ראו למשל ה"ש 213–228 והטקסט לידן; ד"כ 22, 2099–2106 (התשי"ז) (סקירת יו"ר הוועדה את הצעת החוק, כפי שעובדה בוועדה). לדיונים נוספים במליאת הכנסת על חוק בתי המשפט, 1957, ראו למשל גם ד"כ 19, 326–335 (התש"ט"ז). הקריאה השנייה והשלישית של החוק, שהפך בינתיים ל"חוק בתי המשפט, התשי"ז–1957" (ראו בד"כ 22, 2144–2149 (התשי"ז)), התקיימו בחודש יולי 1957. הליך החקיקה בא אל סיומו עם תום הקריאה השלישית שהייתה ב-23.7.1957. ראו ד"כ 22, 2411–2427, 2436–2445, 2488–2498, 2499–2508 (התשי"ז).

210 לעניין זה ראו למשל בדיוני הכנסת לקראת קבלת חוק בתי המשפט, 1957. ראו למשל ד"כ 19, 355–357 (התש"ט"ז).

211 היום ס' 15(ג) ו-15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה.

212 לפרשנות הפסוק הזה, ראו למשל בג"ץ 160/72 אחים שרבט, חברה לבנין בע"מ נ' האגודה למען הזקן באזורי העמקים בישראל, פ"ד כז(1) 620, 628–631 (1973); בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 239–240 (1993). למעשה, הצעת החוק הממשלתית, הנזכרת לעיל בה"ש 209, הסתפקה בקביעה כי "בית המשפט העליון מוסמך לדון בבקשות שאינן בסמכותו של בית משפט אחר או של בית דין אחר ושיש לפסוק בהן למען הצדק, ובהן – [ענייני הביאס קורפוס; מנדמוס וצווי מניעה לרשויות מינהליות; פיקוח על] בתי דין ועל גופים ואנשים אחרים בעלי סמכויות שיפוטיות על פי דין – למעט בתי משפט שחוק זה דן בהם [...]".

הייתה הרחבת היקף סמכותו של בג"ץ בעקבות הוספת סמכות הפיקוח על בתי דין דתיים.²¹³

כאמור, מתברר שהקריאות להעביר את בג"ץ לא פסקו אף לאחר שהונחה הצעת החוק הממשלתית האמורה על שולחן הכנסת. עדויות לכך פוזרות לאורך דפי הפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שהפכה לזירה מרכזית שבה נדונה הצעת החוק דנן.²¹⁴

שלוש עמדות הובעו בפני מליאת הוועדה בנוגע למיקומו הראוי של בג"ץ:²¹⁵ ראשית, נציגי ציבור עורכי הדין הציעו לפצל את סמכות בג"ץ כפי שהייתה קיימת עד אותה עת, בין בית המשפט העליון לבין בתי המשפט המחוזיים. לפי דבריהם שלהם,

213 כפי שנקבע בס' 7(ב)(4) לחוק בתי המשפט, 1957; כיום: ס' 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה. נראה שקודם לכן הניחו נסחי הצעת החוק שהסעיף הכללי הדין בגופים מינהליים "בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין שיפוטיות", ס' 7(ב)(3) (כיום: ס' 15(ד)(3) לחוק יסוד: השפיטה), מכסה גם את בתי הדין הדתיים. לדין בעניין זה ראו למשל פרוטוקול ישיבה מס' 27/2 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3, 9-11 (14.1.1957); ד"כ 22, 2101, 2419-2422 (התשי"ז). כפי שמדגימים מקורות אלה וה"ש 188 לעיל, באופן כללי עסקו חברי הכנסת רבות בשאלת יחסי הגומלין בין בג"ץ לבין בתי הדין הדתיים. שינוי נוסף שנערך במהלך החקיקה נגע לסמכות הפיקוח של בג"ץ על רשויות מינהל (לא-שיפוטיות). במסגרתו של שינוי זה הסיפה לסעיף-קטן 7(ב)(2) לחוק בתי המשפט (היום: ס' 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה) נוספה, שוב רק לקראת תום מהלך החקיקה, באופן שנקבע שייאמר בה: "[...] ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול". תוספת זו כיוונה במודע לצו הפרורגטיבי *Quo Warranto* ("מי שמך?"), שבמסגרתו מתבקש נושא משרה ציבורי להצביע על מקור הסמכה חוקי למעשיו. ראו למשל BAKER, לעיל ה"ש 86, בעמ' 166-167. כפי שהסביר חיים כהן לחברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, גם טרם הוספת התוספת הוציא בג"ץ את הצו הזה, אך הוא עשה כן בהתבסס על סימן 43 לדבר המלך, 1922. "אנחנו", אמר כהן, "מצאנו לטוב לומר זאת במפורש". פרוטוקול ישיבה מס' 26/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 89, בעמ' 6. עוד לענייניו של הס"ק הנדון, ראו את הדיון שנערך, למשל, בד"כ 22, 2101, 2417-2418 (התשי"ז) אשר נסב על שאלת היקף הפיקוח של בג"ץ על רשויות המינהל.

214 ראו לעיל ה"ש 209.

215 מרתקת בהקשר זה הערה שהשמיע חה"כ נחום ניר-רפאלקס, אשר התייצב בפני הכנסת מתוקף תפקידו כיו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט כדי להציג את סיכום עבודת הוועדה על הצעת חוק בתי המשפט, התשי"ז-1957. הערה זו נגעה לדעות המגוונות שהציגו הנציגים השונים אשר באו להשיג את השגותיהם על הצעת החוק בפני הוועדה. בדבריו כיוון חה"כ ניר-רפאלקס במיוחד לעורכי הדין ולשופטי הערכאות השונות שהופיעו בפני ועדתו. וכה אמר היו"ר: "דעותיהם של השופטים ושל הסתדרות עורכי הדין עשו עלי רושם כאילו השופטים ועורכי הדין – שכל אחד מהם קרוב לחוק זה – כאילו כל אחת מן הקבוצות האלו משקיפה על החוק מנקודת-המבט של אותו מוסד או אותו מקצוע שהקבוצה משתייכת אליו. גם עורכי הדין וגם השופטים מתבוננים בחוק כמו בפרופיל, מצד אחד, מזוויתם הם. ואילו אנחנו, חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט, מתבוננים בחוק *en face*, רואים אותו מכל הצדדים. לפנינו רק מטרה אחת: לתת לכל אורח את האפשרות להשיג צדק מאכסימאלי, במידה שהדבר ניתן במשטר הקיים"; ראו ד"כ 22, 2100 (התשי"ז). באגרו יחדיו את כל השופטים השונים מהערכאות השונות שהופיעו בפני הוועדה מתעלם הדובר מחילוקי הדעות שנתגלעו ביניהם. ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 222-226. כן ראו לעיל ה"ש 209.

עורכי הדין ביקשו "להבדיל בין בג"צים 'קטנים' ו'גדולים'". על פי חלוקה זו, בג"צים "קטנים", שיידונו בבית המשפט המחוזי לפי הפרוצדורה הרגילה בבג"ץ, יכללו את ענייני הביאס קורפוס ("הצריכים להיות מובאים בפני בית-משפט של המקום, מטעמים של מהירות בהגשת העזרה")²¹⁶ ועניינים הנוגעים לרשויות המקומיות;²¹⁷ בג"צים "גדולים" ייוחדו לעניינים הנוגעים לשלטון המרכזי במדינה. עורכי הדין הסבירו כי הדבר יפנה את זמנו של בית המשפט העליון "ויאפשר לו להקדיש את זמנו לערעורים", שלדעתם לא היו מטופלים במהירות מספקת בעת ההיא.²¹⁸ עוד הטעו עורכי הדין כי "בתי-המשפט המחוזיים מטפלים כבר היום בעניינים רבים הנוגעים לשלטון המקומי, בענייני בחירות, בעניינים של צווי מניעה", ולכן לא הייתה סיבה לצפות ל"כל תקלה שהם יטפלו בבג"צים קטנים".²¹⁹ עורכי הדין ציינו במהלך הדיון עוד שני טעמים בתמיכה להצעתם: ראשית, כי את האחידות בפסיקה ניתן להבטיח באמצעות הערעור לבית המשפט העליון; שנית, כי הצעתם תוביל לחלוקה "יותר רציונלית" של סמכויות בתי המשפט.²²⁰ יוער כי כשהשר רוזן סיפר לשופט אולשן, בתקופה שבה זה האחרון כבר מונה לנשיא, על הצעתם זו של עורכי הדין, חזר הנשיא אולשן על העמדה שעלתה

216 טיעון זה נשמע גם היום. ראו שגיא "ברידות מזהרת", לעיל ה"ש 5; הצעת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים (תיקון מס' 75) (בתי משפט שלום לעניינים מינהליים), התשע"ב-2012, ה"ח 1243 (להלן: הצעת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים (תיקון מס' 75)). יצוין עוד כי בשעתו אף חבר הכנסת מנחם בגין סבר שענייני הביאס קורפוס צריכים לעבור לבתי המשפט המחוזיים, "לטובת האזרח העלול להיעצר, כדי שהוא יוכל לפנות לבית-המשפט במקום" אם כי לדעתו של בגין, שאר סמכויות בג"ץ היו חייבות להישאר בידי בית המשפט העליון ("אני מסכים שבקשר עם מנדמוס אין אוטוריטה לשום בית-משפט אלא לבית המשפט העליון [...]"). ראו פרוטוקול ישיבה מס' א/28 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 62, בעמ' 4. ראו עוד פרוטוקול ישיבה מס' א/29 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 178, בעמ' 9-10.

217 העמדה המצדדת בהעברת הסמכות לפקח על רשויות מקומיות לבתי המשפט המחוזיים תעלה עוד בעת הקריאה השנייה והשלישית של הכנסת. ראו להלן ה"ש 220.

218 ראו פרוטוקול ישיבה מס' א/14 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3, 3 (18.1.56). מעניין לציין כי אחד מהנציגים, עו"ד אנקוריון, אף סבר כי "באופן עקרוני, ולו השולחן היה חלק לגמרי, אין כל סיבה מדוע כל העניינים המובאים בפני [בג"ץ] לא יובאו בפני בית-משפט מחוזי". עם זאת, הוא הוסיף, "אבל אנחנו נמצאים במציאות מסוימת" וציין שתי עובדות התומכות בהותרת המצב על כנו: בג"ץ "קנה לו הערכה כללית במדינה" ופסיקתו שומרת על "אחידות השיפוט ואחידות הגישה ואחידות בהערכה". שם, בעמ' 7.

219 שם, בעמ' 3. ראו בדומה שם, בעמ' 7.

220 ראו פרוטוקול ישיבה מס' א/14 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 218, בעמ' 7. חבר הכנסת דוד בר-רב-האי שהציג עמדה דומה במליאת הכנסת, בעת הקריאה השנייה והשלישית של חוק בתי המשפט, 1957, הציג נימוקים מוכרים בעדה: היתרון בדיון בבית משפט הקרוב גאוגרפית למקום הסכסוך, החיסכון שייגרם בשל כך למתדיינים והיעדר הערעור על בג"ץ. ראו ד"כ 22, 2418 (התשי"ז).

בפרוטוקול השופטים שלפיה "פרט לעניני הוצאה לפועל – עוד לא הגיע הזמן להוציא בג"צים מאיזה סוג שהוא מסמכותו של בית המשפט העליון".²²¹ עמדה שנייה הוצגה בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת על ידי נציגות השופטים המחוזיים. לפיה, הגיעה העת להעביר את בג"ץ "כולו" לבית המשפט המחוזי.²²² יש להבהיר כי נציגות השופטים המחוזיים הופיעה בפני הוועדה בנפרד מנציג שופטי בית המשפט העליון (הנשיא אולשן)²²³ ומנציגות שופטי בית משפט השלום, שאף הם העלו את טענותיהם, ובאריכות, בפני הוועדה.²²⁴ שלישיית הייתה העמדה האורתודוקסית, ולפיה יש להותיר את בג"ץ בבית המשפט העליון, כקבוע בהצעת החוק שעמדה לנגד עיני הוועדה. לא היה ספק מי עמד מאחורי עמדה זו ואם היה ספק, הרי שהוא הוסר לאחר שהשר רוזן הדגיש בפני חברי הכנסת את התנגדותם של שופטי בית המשפט העליון להזזת בג"ץ. היה זה בעת שהועלתה הצעתם האמורה של עורכי הדין (כזכור, לחלק בין "בג"צים קטנים" לבין "בג"צים גדולים"). לנוכח הצעה זו שאל השר את נציגי עורכי הדין: "אתם יודעים כי משרד המשפטים כבר מזמן רצה לחולל את השינוי הזה [בסמכות בג"ץ]. אתם גם יודעים ששופטי בית המשפט העליון התנגדו ומתנגדים לכך [...] האם אינכם מחשיבים את הנימוקים האלה?"²²⁵

221 ראו מכתבו של אולשן לשר מיום 3.6.1957, באמ"י, תיק גל-3294/23. ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 188–183.

222 השופט לם, אחד משלושת השופטים המחוזיים שהופיעו בפני הוועדה, אמר כך: "[...] סבור אני כי הגיע הזמן להעביר את סמכות השיפוט בבג"צים לבית המשפט המחוזי, כדי שתהיה קיימת אינסטנציה של ערעור גם על בג"צים. אין טעם לחלוקת בג"צים לקטנים ולגדולים"; ראו אמ"י, פרוטוקול ישיבה מס' 18/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3, 8 (1.2.1956), תיק כ-103/10. השופטים המחוזיים הביעו התנגדותם להצעת לשכת עורכי הדין, שכן הם חששו שהיא עלולה לגרום "לתסבוכת גדולה" והם סברו כי "בג"צ נגד רשות מקומית עשוי לפעמים לקבוע הלכה הרבה יותר חשובה מאשר בג"צ נגד הרשות המבצעת [...]". ראו שם, בעמ' 5–6. חלק מהשופטים המחוזיים שהופיעו בפני הוועדה הביעו דעה נחרצת פחות בנידון. ראו אמ"י, פרוטוקול ישיבה מס' 16/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3, 10–11 (25.1.1956), תיק כ-103/10. לבסוף אעיר כי מעניין לבחון בהקשר זה את העמדה שישימועו שופטי בתי המשפט המחוזיים בנידון כשלושים שנה לאחר מכן, לנוכח הצעת רפורמה שהוביל הנשיא שמגר. לרפורמה, ראו הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון) והצעת חוק השפיטה (הוראות מעבר), התשמ"ח-1988, ה"ח 206; לתגובות השופטים לה, ראו יהושע גרוס "חלוקת הסמכויות והקטנת העומס בבתי המשפט" מחקרי משפט ח 97 (1990).

223 כפי שראינו (לעיל ה"ש 221) ועוד נראה (להלן ה"ש 224), אולשן היה מעורב רבות בהליכי החקיקה של הכנסת שנגעו לבתי המשפט. ראו גם רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 113–114.

224 לעדותו של הנשיא אולשן בפני הוועדה ראו אמ"י, פרוטוקול ישיבה מס' 15/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3 (23.1.1956), תיק כ-103/10; אמ"י, פרוטוקול ישיבה מס' 17/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3 (30.1.1956), תיק כ-103/10. הנציגות של שופטי בתי משפט השלום הופיעה בפני הוועדה אך לא התייחסה לעניינים שעל הפרק. ראו אמ"י, פרוטוקול ישיבה מס' 20/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3 (8.2.1956), תיק כ-103/10.

225 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 14/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 218, בעמ' 7.

בתשובתו של אחד מנציגי עורכי הדין (עו"ד אנקוריון) לשר הוא אמר: "אנחנו מתיחסים בכל הרצינות להיסוסים של בית-המשפט העליון בענין זה. אבל יש שני צדדים למטבע".²²⁶ נראה שחברי הכנסת, מכל מקום, החשיבו יותר את היסוסיהם של שופטי בית המשפט העליון, כנלמד מהעובדה שוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת לא שעתה לעצתם של עורכי הדין ואף לא לזו של שופטי בית המשפט המחוזי, אלא קיבלה עליה את עמדת שופטי בית המשפט העליון.

יוסף, לקראת סיום חלק זה של הדיון, שלא רק שאלת מקום מושבו של בג"ץ עלתה בהקשרה של ערכאה זו בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת שיוחדו לחוק בתי המשפט. ראוי לציין, למשל, כי הנשיא אולשן טען בפני חברי הוועדה שההוראה המוכרת, שלפיה בג"ץ מוסמך לדון בעניינים "אשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר", עלולה ליצור בלבול בשל הדמיון בניסוחה של ההוראה לניסוחה של סמכות בית המשפט המחוזי.²²⁷ לשיטתו, מוטב היה להעתיק את נוסחו של סימן 43 לדבר המלך, 1922 לתוך החוק החדש.

כן מעניין הוא ניסיונם של כמה חברי כנסת לנצל את הליכי חקיקת החוק לשם יציקת יסודות למערכת שלמה ונפרדת של "שיפוט אדמיניסטרטיבי". מסיבה זו הציע אחד ממובילי המהלך, חה"כ זרח ורהפטיג, לפצל "לשני חלקים נפרדים לגמרי" את בית המשפט העליון: כבית משפט לערעורים וכבג"ץ. לדברי מציעו, פיצול זה ישיג שתי מטרות: הדבר יאפשר לבית המשפט העליון, "[ש]עיקר תפקידו הוא כבית-משפט לערעורים" להתמקד בביצוע תפקיד זה, ובכך "נשיג התחלה של שיפוט אדמיניסטרטיבי".²²⁸ את תגובתם של שופטי בית המשפט העליון להצעה זו השמיע

226 שם. מיד בסמוך לכך פונה עו"ד אנקוריון להצגת הנימוקים הנוכחים לעיל בטקסט ליד ה"ש 217–218.

227 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 15/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 224, בעמ' 10; פרוטוקול ישיבה מס' 17/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 224, בעמ' 1. אולשן לא היה היחיד שהעלה נקודה זו במהלך הדיון. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 14/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 218, בעמ' 8. כידוע, בג"ץ אכן יעסוק בשאלה זו לא מעט בהמשך. השוו לעניין זה למשל בין ע"א 436/62 ראש העיר, חברי המועצה ותושבי העיר רמת-גן נ' תיק, פ"ד יז 1262, 1266 (1963) לבין עניין אורן, לעיל ה"ש 184, בעמ' 846 וע"א 256/70 פרידמן נ' עיריית חיפה, פ"ד כד (2) 577, 586 (1970). כן ראו את העמדות השונות המובאות בבג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבנייה, למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים, פ"ד מח(4) 237, למשל בעמ' 245–246 ו-258 (1994).

אמנם הכנסת לא שינתה את נוסח הצעת החוק לאור הערה זו של אולשן, אולם ייתכן שההחלטה לקבוע שני ס"ק שידונו בסמכות בג"ץ לפקח על גופים בעלי סמכות שיפוטית (ס"ק 7(ב)–(3)–(4) לחוק בתי המשפט; כיום ס"ק 15(ד)–(3)–(4) לחוק-יסוד: השפיטה), ולא רק ס"ק אחד (כפי שהוצע בתחילה – ראו לעיל, למשל, הטקסט ליד ה"ש 133 ו-213) נבעה מההערה בנדרון שהשמיע אולשן בפני חברי הוועדה.

228 אמ"י, פרוטוקול ישיבה מס' 25/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3, 16 (1.3.56), תיק כ-103/10. יש להדגיש שעמדות דומות השמיעו גם חברי כנסת אחרים. ראו למשל ד"כ 19, 332–333 (התשט"ז). כן ראו לעיל פרק ב.4. של המאמר.

לחברי הכנסת היועץ המשפטי לממשלה חיים כהן, שאמר לחברי הכנסת שהשופטים "אינם כל כך להוטים אחרי ספציאליזציה"²²⁹. באותה הזדמנות הוסיף כהן ואמר שהגם שהוא כשלעצמו "חסיד הספציאליזציה בבתי-המשפט", השופטים "אינם רוצים שאחד או שלושה יטפלו רק בערעורים, ואחד או שלושה יטפלו רק בעניינים אדמיניסטרטיביים. הם רוצים כי כל אחד מהם, יבוא תורו פעם לעניינים אדמיניסטרטיביים ופעם לערעורים"²³⁰. כידוע, גם הצעתו של ורהפטיג נגנזה.

(ב) דיון נוסף, משפט חוזר והעמדת שאלה בידי שר המשפטים עד כה דנו בסעיפי החוק שבעניינם נחלו השופטים הצלחה. עתה אציין שלושה סעיפי חוק שיתקבלו בסופו של הליך נוכח ועל אף התנגדות השופטים לעיקריהם. סעיפי חוק אלה נגעו להליכים המוכרים כיום כדיון נוסף, משפט חוזר והעמדת שאלה בידי שר המשפטים.²³¹ ארון בהם בקצרה. כפי שנראה מיד, הדיון בשלושת הסעיפים מגלה את חששם של השופטים מפני פתיחת פתחים להתערבות הרשות המבצעת בעיסוקם, ובמיוחד את חששם ממצבי דברים שבהם יעלה בידה להכתיב להם באילו עניינים עליהם לעסוק.

נושא סמכותו של בית המשפט העליון לקיים דיון נוסף נדון בהרחבה על ידי השופטים עוד בחודש מרס 1950. באותו עת הם לא הביעו התנגדות עקרונית, בוודאי לא התנגדות נחרצת, להוספתו לחוק בתי המשפט הישראלי.²³² עם זאת בהמשך יביע הנשיא אולשן, בפני חברי הכנסת ושר המשפטים, בשם כל השופטים, התנגדות להוספתו של הליך הדיון הנוסף.²³³ כאמור, דבר זה לא מנע את קביעת ההליך, בגמר הדיון בכנסת,²³⁴ בסעיף 8 לחוק בתי המשפט, 1957.

229 פרוטוקול ישיבה מס' א/26 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 89, בעמ' 5. 230 שם.

231 כיום עוסקים בהם סעיפים 30–32 לחוק בתי המשפט, 1984 וסעיפים 18–19 לחוק-יסוד: השפיטה.

232 ראו האמור לעיל בה"ש 155 לעמדת השופטים בנוגע לדיון הנוסף.

233 את התנגדותו יביע אולשן בפני שר המשפטים. ראו למשל את מכתביו אל השר מיום 10.12.1954 ומיום 3.6.1957, הנמצאים באמ"י, תיק גל-3294/23; ראו שם גם את מכתבו אל השר מיום 4.6.1957, קרי כחודש לפני שיתקבל חוק בתי המשפט, 1957, שבו כותב הנשיא כי בישיבת שופטים שהתקיימה ביום הקודם "אושרה מחדש עמדת כל השופטים נגד ההצעה בדבר הדיון הנוסף והעיון מחדש [כלומר, ההליך שייקרא 'משפט חוזר' – ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 235–238]. וכן יביעה אולשן בפני חברי הכנסת, בכתב (באמ"י, תיק גל-3294/23 יש כמה מכתבים שכתב הנשיא לחברי כנסת בנידון) ובעל פה (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 56/ב של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3, 5–3 (24.6.1957)).

234 עיקר הדיון בכנסת נסב על התנאים לקיומו. באחד הדיונים בכנסת הגדיר שר המשפטים את הדיון הנוסף כ"חידוש הראדיקאלי ביותר" הגלום בחוק בתי המשפט, שיתקבל ב-1957. ראו ד"כ 19, 357, בעמ' 316–317 (התשט"ז); פרוטוקול ישיבה מס' 57/ב של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3, 13–5 (26.6.1957).

יתרה מכך, במהלך הדרך (לכל המאוחר במשך שנת 1956) הוספו להצעת החוק הוראות סעיפים 9 ו-10²³⁵, שיהיו לימים סעיפים 31 ו-32 לחוק בתי המשפט, 1984: הראשון דן ב"משפט חוזר" (הסעיף הוכתר בתחילה בהצעות החוק בכותרת "עיון מחדש"), והשני ב"העמדת שאלה בידי שר המשפטים" (או במקור "עיון מחדש לפי הפנית שר המשפטים").²³⁶ הנשיא אולשן הביע התנגדות גם לכמה הוראות שנכללו בסעיפים אלה.²³⁷ אשר לסעיף הראשון הוא התנגד לאפשרות לבקש "עיון מחדש" ("משפט חוזר") על סמך הצגתן של עובדות או ראיות חדשות.²³⁸ עוד יותר מכך, התנגד הנשיא, על דעת "כל השופטים", לנוסחו דאז של הסעיף השני, שיהיה לימים סעיף 32 הנ"ל.²³⁹ להבנת מקור דאגתם של השופטים יש לציין שנוסחו של הסעיף היה אז זה: "הוגשה בקשה לנשיא המדינה למתן חנינה או להפחתת עונש, והתעוררה שאלה אשר לדעת שר המשפטים ראוייה לדיון בבית המשפט העליון, רשאי שר המשפטים להפנות את הענין לבית המשפט העליון, ובית המשפט העליון ידון בו כאילו הורה נשיאו על עיון מחדש לפי סעיף 9 [היום סעיף 31: "משפט חוזר"]".²⁴⁰ עיקר חששו של אולשן, לנוכח נוסח זה, נבע מכך שהיה בו כדי לאפשר לשר המשפטים "לכפות על בית המשפט העליון משפט נוסף מעל לראשו של נשיא בית המשפט העליון".²⁴¹ כאמור, בסופו של הליך החקיקה יתקבלו שני הסעיפים, תוך שינויי נוסח, בידי הכנסת.

(ג) ענייני מינהל וסוגיות נוספות

לבסוף אציין שוב, כי למרות הרושם שעלול להתקבל למקרא הפסקאות הקודמות, נראה שבשנות החמישים מרב האנרגייה של נסחי משרד המשפטים לא הוקדשה לבג"ץ (או לבית המשפט העליון) אלא להוראות אחרות של הצעת החוק. טיוטות חוק בתי המשפט אשר גובשו במשרד המשפטים בשנות החמישים כוללות הצעות חשובות רבות בנוגע

235 לדיון מליאת הכנסת בהם, ראו למשל ד"כ 22, 2101–2103 (התשי"ז).
 236 ראו את טיוטת חוק בתי המשפט, התשי"ז–1956 באמ"י, תיק גל-3294/23.
 237 ראו שם מכתב שכתב בנידון הנשיא אולשן לשר המשפטים, ליועץ המשפטי לממשלה וליו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, באמצע חודש ינואר 1957; עוד ראו מכתבים חריפים עוד יותר שכתב הנשיא לשר בתאריך 26.5.1957 ובתאריך 3.6.1957, וכן את הדברים שאמר בפרוטוקול ישיבה מס' 56/ב של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 233, בעמ' 5–8.
 238 כקבוע כיום בס' 31(א)(2) לחוק בתי המשפט, 1984.
 239 ראו לעיל בה"ש 233 את מכתבו של אולשן שנשלח לשר בחודש יוני 1957, שבו הוא מביע את עמדת "כל השופטים" נגד מוסד "העיון מחדש" אם כי אין לדעת בוודאות איזה נוסח בדיוק עמד לנגד עיני השופטים בעת שנכתבו הדברים. כן ראו לעיל המקורות שבה"ש 237.
 240 ההדגשות הוספו – י"ש.
 241 המתעניין בשאלה זו לגופה מוזמן לעיין בתשובתו המפורטת של היועץ המשפטי לממשלה, חיים כהן, לטענות השופטים, המופיעה בתזכיר שהגיש לשר המשפטים בתאריך 26.6.1957, באמ"י, תיק גל-3294/23.

למבנה ולמינהל של בתי המשפט בארץ.²⁴² חלק מההצעות שעלו במהלך הדרך ראיות לדיון של ממש, שאין זה המקום לערוך. אסתפק באזכור שלוש דוגמאות בלבד:

(1) מינהל בתי המשפט – ההיסטוריה של מינהל בתי המשפט בארץ והאחריות לו בוודאי ראויים לדיון נרחב משל עצמם.²⁴³ במסגרת הנוכחית אציין תובנות ביניים מרכזיות העולות למקרא המקורות שנסקרו במאמר זה. נראה שמתחילת הדרך קיבלו עליהם שופטי בית המשפט העליון הישראלים הראשונים כי שר המשפטים ימלא תפקיד מרכזי בתחום זה.²⁴⁴ אין להבין מכך שלא התגלעו מחלוקות בין השופטים לבין השר בנידון, כבר בימיו של השר רוזן, או שהשופטים תמיד נלהבו ממצב דברים זה.²⁴⁵ אך דומה שלפחות בתקופת הזמן הנדונה כאן הם בחרו למקד את מאמציהם בקידום עניין מרכזי אחד: כפי שאמר השופט אולשן לחברי הכנסת (במהלך הליכי חקיקת חוק השופטים), שופטי בית המשפט העליון ביקשו להבטיח "כי ההנהלה המעשית של בתי המשפט צריכה להיות בידי שופט [...]".²⁴⁶ נראה כי לשונו של סעיף 14 לחוק השופטים, שיוקדש לכך, תיתן מענה מניח את הדעת לכך.²⁴⁷

242 ראו למשל באמ"י, תיק ג-5391/32.

243 לראשית עיון בכך ראו שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 5. לסקירה עכשווית מקיפה, ראו גיא לוריא ממונים על הצדק: רפורמות ברשות השופטת וברשויות התביעה (2011).

244 כך קבע כבר ס' 10 ל"פקודת המעבר", לעיל ה"ש 123, אשר העביר את כל סמכויותיו של זקן השופטים "לגבי התקנת תקנות בית דין או אחרות [...] וכן לגבי ההנהלה האדמיניסטרטיבית של בתי המשפט" לשר המשפטים.

245 ראו להלן ה"ש 307. כן ראו למשל אולשן דין ודברים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 250–252. ראו עוד את האמור להלן בה"ש 246.

246 ראו פרוטוקול ועדת המשנה לחוקי היסוד של הכנסת מיום 10.2.1953, הנמצא באמ"י, תיק גל-3294/26 (עמ' 4 לפרוטוקול). השופט אולשן אומר שם, עוד "כי אם יש מקום ששר המשפטים יחלוש על הסדרים והמינהל של בתי-המשפט, הרי צריך דבר זה להיעשות על-ידי מנהל בתי-המשפט שהוא שופט ולא פקיד. בידי צריכים להתרכז כל עניני המינהל, תחת מרותו של שר המשפטים". יש לציין כי אולשן שינה את גישתו בסוגיה זו עם השנים, כפי שעולה מדברים שיכתוב בספר זיכרונותיו. ראו אולשן דין ודברים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 353, 364, 369.

247 זו לשון סעיף חוק השופטים: "שר המשפטים יקבע את סדרי המינהל של בתי המשפט וימנה על ביצועם אחד השופטים שיהיה אחראי בפניו". לדיון בסעיף זה במליאת הכנסת, ראו בין היתר ד"כ 9, 423–433, 441 (התשי"ג). מעניין לציין כי השופט אולשן טוען לזכויות יוצרים על הוראות סעיף זה, אם כי אין ספק שלא כל הצעותיו בנוגע למנהל ולמינהל בתי המשפט התקבלו. ראו אולשן דין ודברים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 225. עוד יש לציין שנוסחו המקורי של ס' 82 לחוק בתי המשפט, 1984, חזר במדויק על הוראות ס' 14 הנ"ל לחוק השופטים. אך בשנת 1992 שונה הסעיף באופן שמחד הוספה הדרישה להסכמת נשיא בית המשפט העליון למינויו של מנהל בתי המשפט, אך מאידך נקבע שהמנהל אינו חייב להיות שופט; נוסף על שני אלה הוסף לסעיף ס"ק (ב), הקובע מפורשות כי המנהל אחראי "בפני השר על ביצועם של סדרי המינהל". ראו חוק בתי המשפט (תיקון מס' 15), התשנ"ב–1992, ס"ח 68, 70. לבסוף יש להדגיש היטב שוב כי מובן שאין בהערה קצרה זו כדי להתחיל למצות את הסיפור הסבוך הכרוך במאבקי השליטה שניטשו לאורך השנים בגזרת מינהל בתי המשפט (לעניין זה ראו למשל, הוועדה לבחינת כינונה של רשות שיפוטית עצמאית דו"ח הוועדה

(2) במעבר חזרה לתחום סמכות השיפוט של בית המשפט העליון, ראוי לציין את ההצעה (שנוצחה) להקים "בית משפט לערעורים פליליים", שנבנה בדמותו של בית המשפט לפשעים חמורים.²⁴⁸ הצעה זו, בדומה לאחרות, נפלה ככל הנראה בשל התנגדותם של שופטי בית המשפט העליון, שלפי עדותו של היועץ המשפט לממשלה חיים כהן, "רצו לשמור לעצמם גם את סמכות השפיטה בערעורים פליליים".²⁴⁹

(3) ערעורים בענייני הוצאה לפועל – עד לשלב מתקדם נכלל פרק מיוחד שהוקדש לעניינים אלה בטיטת החוק, אשר בהם נדונה גם שאלת הערעור על החלטות הוצאה לפועל, אך לבסוף הושאר פרק זה מחוץ לחוק.²⁵⁰ עם זאת יוער, שכל הטיטות העבירו את הפיקוח על הליכי ההוצאה לפועל מבג"ץ לשופטי בתי המשפט "הרגילים".²⁵¹

(1996). כוונתה הייתה אך להזכיר הקשר נוסף הרלוונטי למיצובו המוסדי של בית המשפט העליון (ושל נשיאו) בצמרת מערכת המשפט הישראלית. להמשך דיון בכך ראו שגיא "בדידות מזהרת", לעיל ה"ש 5; שגיא "למנצח שיר מזמור", לעיל ה"ש 2.

248 מקבילו המנדטורי (ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 13) אף בית המשפט המוצע היה אמור להיות מורכב משופט בית משפט עליון "ושני נשיאים או נשיאים תורנים של בתי משפט מחוזיים". בית משפט זה היה עתיד לטעון ערעור על פסקי דין פליליים של בתי משפט מחוזיים, בתי משפט השלום ובתי משפט עירוניים. על פסקי דינו היה אפשר לערער ברשות לבית המשפט העליון. בסופו של דבר, ההצעה להקימו נזנחה. ראו להלן ה"ש 249.

249 זהו האופן שבו ניסח כהן את דבריו בהופיעו בפני חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בעת הדיון בחוק בתי המשפט, 1957: כהן אמר כי הוא עצמו תמך בהצעה זו "אבל השופטים דחו את ההצעה הזאת. אם אינני טועה היו אלה ביחוד שופטי בית המשפט העליון, אשר התנגדו לכך בתוקף. הם רצו לשמור לעצמם גם את סמכות השפיטה בערעורים פליליים". פרוטוקול ישיבה מס' 5/ב של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3, 11 (22.10.1956).

250 ראו הפרק השישי להצעת חוק בתי המשפט, התשט"ו-1955, לעיל ה"ש 209. לדיוני הכנסת ראו למשל ד"כ 17, 864 (התשט"ו) (שם מגדיר השר רוזן את ההצעה לקבוע זכות ערעור לבית המשפט המחוזי על החלטות המוציא לפועל כ"חידוש מרחיק-לכת"); ד"כ 19, 317 (התשט"ז); ד"כ 22, 2104 (התשי"ז).

251 השוו לאמור להלן בה"ש 258 וראו את חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967. כאמור, עניינים נוספים בעלי חשיבות רבה למערכת בתי המשפט עברו ניסוחים וניסוחים מחדש במהלך הדרך. אסתפק בהצגת דוגמה לנושא אחד שנדון בהרחבה: כוחן המחייב של הלכות בתי המשפט – הגם שהוסכם על הרוב שבית משפט נמוך "קשור להלכה" של בית משפט גבוה הימנו, התעוררו ספקות בדבר מידת מחויבותו של בית המשפט העליון לתקדימיו שלו. וכך, בתחילת הדרך הוצע לחייב אף את בית המשפט העליון לעמוד בתקדימיו שלו, אך הותר לו לסטות מהלכה שנפסקה על ידיו בהרכב של שבעה שופטים (הצעה מאוחרת יותר הקטינה את מספר השופטים לחמישה). לבסוף נקבע, כידוע, כי הלכת בית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, אך לא אותו עצמו. ראו למשל פרוטוקול ישיבה מס' 12/ב מס' 27/א של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 176, בעמ' 2-4; פרוטוקול ישיבה מס' 12/ב של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-3, 2-10 (21.11.1956); ד"כ 22, 2104, 2492-2498 (התשי"ז). כן ראו ס' 33(ב) לחוק בתי המשפט, 1957 ונוסחו הנוכחי (הזהה) של ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה. על השפעתו הארגונית של מוסד התקדים המחייב, ראו יורם שחר "משכן כמשפטו" מחקרי משפט יט 397, 400, 411 (2003); יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט

בסופו של תהליך חקיקה ארוך ומפרך נתקבל ביום 23.7.57 חוק בתי המשפט, התשי"ז-1957 בקריאה שלישית במליאת הכנסת.²⁵² משהושלם הליך החקיקה של חוק זה (ועוד קודם לכך, של חקיקת חוק השופטים, 1953) הגיעה העת לעבור לניתוח משמעויותיו, בעיקר מבחינת השופטים, שכפי שראינו השקיעו מאמץ רב בניסיון להשפיע על כיוונו ועל תכניו. בכך יעסוק פרקו הבא של המאמר.

ד. שאלות שלאחר מעשה: האם זהו סיפור הצלחה?

פרק זה של המאמר יעסוק בתחקיר של עלילת חקיקתם של חוק בתי המשפט, 1957 ושל חוק השופטים, 1953, שנפרסה בעמודים הקודמים. הדיון יתחלק לשלושה חלקים: ראשית אשאל: בראייה לאחור ובהתחשב במכלול השלם של המקורות שנסקרו בפרקים הקודמים, מהם היעדים אשר מסתבר שהשופטים ניסו להשיג במהלך החקיקה? מהן המטרות שנחשבו בעיניהם ראויות למאבק? כאן אנסה להתחקות על המניעים המהותיים שהניעו את השופטים לקדם סוגיות מסוימות במהלך החקיקה. כפי שאדגיש, למעשה מניעים אלה נגעו לדמות בית המשפט העליון שביקשו לצייר שופטיו הישראליים הראשונים. בחלקו השני של הדיון ייערך מעין דוח רווח והפסד אשר יבחן את המידה שבה עלתה בקנה אחד החקיקה שהתקבלה בסופו של דבר עם חזונו של השופטים (שיזוהה כאמור בחלקו הראשון של הפרק). חלקו השלישי של הדיון יצביע על שורה של גורמים, חלקם פרסונליים וחלקם מוסדיים, שלהערכתו תרמו להצלחה (היחסית) שגרפו השופטים בסופו של הליך החקיקה. כפי שנראה, חשיבותם של החלקים השני והשלישי של הדיון נובעת בין השאר מיכולתם לתרום לדיון הנמשך בדבר מעמדו הציבורי של בית המשפט העליון בעשורים הראשונים לקום המדינה.

1. מה ביקשו להשיג השופטים?

ניתוח מקיף של סיפור המעשה החבוי בין המקורות הראשוניים והמשניים שנסקרו בפרקיו הקודמים של המאמר מגלה לדעתי כי שופטיו-מייסדיו של בית המשפט העליון של מדינת ישראל הציגו לאורך תהליך חקיקתם של חוק השופטים, 1953 וחוק בתי המשפט, 1957 חזון מגובש למדי באשר למעמדו הציבורי הראוי (במיוחד ביחס ליתר רשויות השלטון) ולתפקידו הארגוני הרצוי (בעיקר ביחס לבתי המשפט השונים) של בית המשפט "שלהם" במדינה החדשה. אנליטית אפשר להצביע על שלושה יסודות הכרוכים זה בזה בחזון זה שהביעו שופטי בית המשפט העליון של שנות החמישים:

העליון – הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161 (2000); שגיא "למנצח שיר מזמור", לעיל ה"ש 2.

252 ראו לעיל ה"ש 209.

ראשית, יסוד ההולמות, ולפיו רק עניינים "העומדים ברומו של עולם" ראויים לבית המשפט העליון והולמים את טיפולם של שופטיו. שנית, יסוד השליטה, הקובע כי על שופטי בית המשפט העליון להיות בעמדת שליטה, או למצער בעמדת הכרעה, באשר לקביעה מהם אותם עניינים ההולמים את טיפולו של בית המשפט "שלהם".

שלישית, וכחלק בלתי נפרד (אם כי לוגית, בלתי הכרחי) של היסוד השני, היסוד הנסתר, כלומר מצב הדברים שבמסגרתו שופטי בית המשפט העליון אינם מספקים קרטריונים ברורים שבאמצעותם הם עצמם – קל וחומר, גורמים אחרים שילכו בעקבותם – עשויים לתת מענה לא רק לשאלה אילו עניינים עומדים בסטנדרט ההולמות (בניסוח אחר: אילו עניינים "עומדים ברומו של עולם") אלא אף לשאלה מתי ובאילו תנאים ניתן יהיה לשתף בתי משפט נמוכים בסמכות השיפוט של בית המשפט העליון (בעיקר נגעה השאלה לסמכות השיפוט של בג"ץ).

להלן ארחיב מעט על כל אחד מהיסודות הללו.

ראשית, ליסוד ההולמות. כפי שניסיתי להראות במהלך הדיון, שופטי שנות החמישים דחו בשתי ידיים את השינויים שהוצעו בסמכויות השיפוט של בית המשפט העליון, כיוון שלדידם, על בית המשפט העליון לעסוק בשאלות משפט כבדות משקל. ניכר בבירור ששופטי בית המשפט העליון לא סברו שעליהם לעסוק בעניינים "פשוטים" ²⁵³. תחת זאת הם ביכרו לעסוק בשאלות "העומדות ברומו של עולם", ובוודאי בשאלות, שלהגדרתם עומדות ברומו של עולם המשפט. כפי שגילה פרוטוקול השופטים, נראה היה שלשופטים אשר באו תחת קורתו של זמורה הייתה תפיסה ברורה למדי בדבר תפקידו הראוי של בית המשפט העליון ²⁵⁴ ובדבר סוג העניינים הראויים להם כשופטי בית המשפט העליון. ²⁵⁵

יש להבהיר היטב כי הטענה דכאן חורגת מתחומו של בג"ץ, שהרי כאמור, לא רק את אגפו הבג"צי של בית המשפט העליון ביקשו שופטי בית המשפט העליון של ראשית שנות החמישים לעצב לפי רצונם, אלא אף את אגפו השני של בית המשפט, זה המוקדש

253 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 185.

254 השוו לדיון שהתפתח בפסיקה החל מסוף שנות השבעים למשל בפסקי הדין האלה: בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 430-433, 441-443 (1981); בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, בעיקר בעמ' 457-469 (1988); בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 764-773, 843-844, 854-858 (1991). כן ראו, בין היתר, יואב דותן "האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה?" משפט וממשל ה' 117, 141-151 (1999); עלי מ' זלצברגר "יובל לבית המשפט העליון: בית המשפט בין שועל לקיפוד" מחקרי משפט טז 141 (2000); מאונטר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 170, בעמ' 166-168.

255 כזכור, הנשיא זמורה אמר בעניין שתי הצעות הרפורמה שנכללו בהצעת החוק ששלח רוזן: "לי נדמה, שסילפו את תפקידו של בית המשפט העליון, כאשר יעשו כן" (לעיל ה"ש 163). גם אמירה זו מגלה שהייתה לשופטים תפיסה ברורה למדי של תפקידו הראוי של בית המשפט העליון ושל בג"ץ במדינת ישראל.

לערעורים. כפי שראינו, השופטים התנגדו נחרצות לקבלת ערעורים מבית משפט השלום, שכן הדבר היה מחייב אותם לדון "בדברים פעוטי ערך", כדברי השופט זילברג. למשל, כפי שהדגים כזכור השופט ש"ז חשין, הם היו נאלצים לעסוק "יומם ולילה [...] בענייני פינוי [דירה]"²⁵⁶. גישה זו עולה בקנה אחד עם גישתם של השופטים לשאלת סמכות בג"ץ. כאמור, עולה משתייהן רצונם של השופטים לקבוע שבית המשפט העליון, על שני אגפיו, יתרכז בעניינים כבדי משקל בלבד.²⁵⁷ במבחן התוצאה, את רצונם זה הצליחו להשליט שופטי בית המשפט העליון של ימי הבראשית. בכך הם קבעו את דמות שני אגפיו של בית המשפט העליון, מאז ועד היום.

ענייני ההוצאה לפועל מספקים דוגמה מצוינת נוספת לנקודה זו. יש להבהיר, ראשית, כי כפי הנראה, בתקופת המנדט עסק בג"ץ רבות בענייני הוצאה לפועל. למעשה, להערכת השופט אולשן, כפי שהשמיעה בשנת 1954, "בתקופת המנדט הרוב הגדול של הבג"צים היה בקשר עם הוצאה לפועל של פסקי-דין".²⁵⁸ עם זאת השופט אולשן הוסיף כי לאחר הקמת המדינה חלה ירידה דרסטית בחלקן היחסי של עתירות אלה מכלל הנושאים שבאו בפני בג"ץ.²⁵⁹ שנית, וחשוב מכך, אפשר להציע שהדיון על מיקומם הראוי של הליכי ההוצאה לפועל נסב למעשה בדיוק על השאלה הנכבדה – בוודאי מנקודת מבטם של השופטים – שבה אנו עוסקים כעת, והיא שעמדה כל העת ברקע ישיבת השופטים אצל

256 פרוטוקול השופטים, לעיל פרקו השלישי של המאמר.

257 אין ביכולתי לערוך כאן דיון משווה על סמכויות הדיון השונות המוטלות על ערכאות עליונות במדינות אחרות. ניתן להפנות כאן, לשם המחשה, לדיון הער שהתפתח בארצות הברית על דמותו הרצויה של בית המשפט העליון הפדרלי במחצית השנייה של המאה העשרים. ראו למשל Felix Frankfurter, *The Supreme Court in the Mirror of Justice*, 105 U. PA. L. REV. 781 (1957); Ruth Paul A. Freund, *Why We Need a National Court of Appeals*, 59 A.B.A. J. 247 (1973); Bader Ginsburg & Peter W. Huber, *The Intercircuit Committee*, 100 HARV. L. REV. 1417 (1987).

258 הדברים נאמרו בפרוטוקול ישיבה מס' 18/ג של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-2, 8 (10.2.1954). פרוטוקול הישיבה נמצא באמ"י, תיק כ-72/9. מחקר שביצע אייל כתבן אכן מגלה ששיעור ניכר מהעתירות לבג"ץ בשנים 1935 ו-1945 עסקו בענייני הוצאה לפועל. למעשה, בשנת 1935 הוגשו כמחצית העתירות לבג"ץ נגד יושב ראש ההוצאה לפועל (!). ראו אייל כתבן "פסיקה כש(י)רה לפרסום: על פרסום פסיקת בתי-המשפט בתקופת המנדט" (טרם פורסם). יש להסביר, לאור נתון זה, שהחקיקה העותמאנית שעסקה בהוצאה לפועל, אשר נהגה בארץ עד לשנת 1967, לא קבעה מסלול ערעור על החלטות יושב ראש ההוצאה לפועל. כך נפתח הפתח להפיכת העתירה לבג"ץ למסלול היחיד לערעור על החלטות אלה. ראו דוד בר-אופיר "שיקול דעת בערעורי הוצאה לפועל" המשפט ב 321, 322 (1994). כן ראו, רון חריס "עלייתו ונפילתו של מאסר החייבים" עיוני משפט כ 439, 459-462 (1996).

259 להערכתו, בעת ההיא עסקו אך בין 5% ל-10% מסך העתירות לבג"ץ בענייני הוצאה לפועל, ורובן יוחדו לשאלת סמכותם של בתי הדין הדתיים. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 18/ג של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 258, בעמ' 8. השופט אולשן קבע כי הירידה החדה נבעה מכך שבעוד שבתקופת המנדט "היתה שחיתות רבה במשרדי ההוצאה לפועל" בעת ההיא שרר "מצב תקין בשטח זה". ראו גם כתבן, לעיל ה"ש 258.

זמורה. השאלה הייתה זו: האם ענייני הוצאה לפועל נפלו בגדר העניינים הראויים לעיון "מקורי" בבית המשפט העליון (בשבתו כבג"ץ) כיוון שלהערכת השופטים דאז, באותה עת הם היו "עניינים [שעמדו] ברומו של עולם" ²⁶⁰ במילים אחרות, האם לטעמם של השופטים אולשן ורעיו, עניינים אלה היו בעלי "חשיבות חברתית רבה ביותר" שנתנו "ביטוי למאבק בין כוחות חזקים לבין האזרח" ²⁶¹ על פי הפרשנות המוצעת כאן, על כך למעשה התווכחו בינם השופטים בסלוננו של זמורה, ועל כך נחלקו הדעות בקרבם. עם זאת יש להדגיש היטב כי על פי פרשנות זו חילוקי הדעות בנקודה זו התבססו על הסכמה מקיר לקיר בקרבם, ולפיה תשובה חיובית לשאלה דנן חייבה את השארת חטיבת הדין הרלוונטית (כאן: הפיקוח על ענייני הוצאה לפועל) בתחומו הבלעדי של בג"ץ שבבית המשפט העליון. על כך הסכימו כל השופטים, ובשם כך הם ביקשו להסיט את מסלול החוק שהובא בפניהם ממסלולו.

כאמור, לטענתי, יסוד שני שהונח בבסיס ההתבטאויות השונות שהתבטאו השופטים, על גבי הפסיקה ומחוצה לה, לאורך הליכי החקיקה שבהם דנו, קבע כי שופטי בית המשפט העליון של מדינת ישראל חייבים להיות בעמדת שליטה על סמכות השיפוט "שלהם". יסוד זה התגלה בצורה הברורה ביותר בהערות שהעירו השופטים על ההצעה לאפשר לשר המשפטים להעמיד שאלה לעיונם. כפי שראינו, מקור התנגדות השופטים לנוסחו המקורי של הסעיף הרלוונטי היה חששם מכך ששר המשפטים הוא שיקבע באמצעות סעיף זה את סדר יומם. ²⁶² עוד ראינו כי האופן שבו נוסח הסעיף לבסוף הבהיר שלא כך יהיה, שכן נקבע בו כי "בית המשפט העליון יחליט אם לדרון בשאלה שהועמדה לפניו [בידי השר ...]" ²⁶³ רוצה לומר, בית המשפט העליון, הוא עצמו, ולא שר המשפטים ולא כל גורם אחר, הוא שיחליט אם לדרון בעניין.

במהלך הדרך ניתנו ביטויים שונים לעמדה העקיבה שלפיה שופטי בית המשפט העליון צריכים להיות בעמדת הכרעה בכל הכרוך בסמכות השיפוט של בית המשפט העליון. אופן ביטוי חשוב אחד לעמדה זו הוצג במענה שהציעו השופטים לשתי השאלות המרכזיות האלה: ראשית, מהן השאלות "העומדות ברומו של עולם", אילו סוגיות עומדות בסטנדרט גבוה זה, ושנית, מתי יהיה רצוי ואפשרי לחלוק את סמכות בג"ץ עם בתי המשפט הרגילים. וכך, דרך נוספת שבה ניתן להציג את עמדת השופטים כלפי סמכות השיפוט של בית המשפט העליון היא זו: שופטי בית המשפט העליון סברו כי למעשה השאלות הללו מופנות בראש ובראשונה אליהם, וכי עליהם להשיב עליהן תשובה מוסמכת ובלעדית.

עם זאת, וכאן אני עובר ליסוד השלישי, המקורות הראשוניים שנסקרו במאמר הראו שהשופטים שמרו את ההכרעה בשתי השאלות החשובות שהוזכרו זה עתה קרוב לחזם.

260 כהגדרתו של מ"מ הנשיא זילברג, לעיל הטקסט ליד ה"ש 184.

261 כלשונו של הנשיא אולשן, לעיל הטקסט ליד ה"ש 183.

262 ראו לעיל ה"ש 243 והטקסט לידה.

263 כזכור, כך נקבע כבר בס' 10 לחוק בתי המשפט, 1957, הוא קודמו של ס' 32 לחוק בתי המשפט,

1984 החל כיום (ההדגשות הוספו – י"ש).

מעניינים בהקשר זה דבריו של המשנה לנשיא זילברג²⁶⁴ – שלפיהם רק בג"ץ הוא הראוי לדון בעניינים מינהליים, "שהם על-פי רוב עניינים העומדים ברומו של עולם", ועל כן יש לדון בהם "בפני בית משפט מיוחד, בעל קווליפיקציה משפטית גבוהה וסמכות מוכרת"²⁶⁵ – נאמרו בפרשה שעסקה בסירוב למתן רישיון לאולם חתונות(!)²⁶⁶ בעת שנאמרו הדברים, ²⁶⁷ לא ראו השופטים כל אבסורד בעמדה זו, אשר התבססה על ההנחה שבהגדרה, מה שיאה לבג"ץ עומד ברומו של עולם, אף אם מדובר ברישיון אחד לאולם חתונות.²⁶⁸ באותה עת גילו השופטים את דעתם, פומבית, שקיימים עניינים (למשל, ענייני הוצאה לפועל) שבג"ץ דן בהם למעשה בטעות, הגם שהם עלולים לחייב בית משפט "אזרחי" להעביר ביקורת על בית דין דתי.²⁶⁹ הקושי ליישב לוגית בין שתי העמדות, או לחלץ מהן רציונל מנחה, מלמד על מידת שיקול הדעת ששמרו לעצמם שופטי בית המשפט העליון הראשונים בנוגע לעניינים אשר נראו ראויים בעיניהם לטיפולם.²⁷⁰

2. עד כמה הצליחו השופטים?

משווהו היעדים שאותם חשקו שופטי הבראשית של בית המשפט העליון של מדינת ישראל להבטיח, ניתן לערוך דוח רווח-הפסד של הליך החקיקה שתואר כאן. עד כמה נתנה חקיקה זו לשופטים את שביקשו להשיג?

נראה בעליל, לדעתי, כי היו לשופטי בית המשפט העליון סיבות רבות להיות מרוצים מנוסח חוק בתי המשפט, 1957 שיצא מתחת ידי הכנסת עם חתימת שלוש הקריאות. אחרי הכול, הם קצרו שורה ארוכה של הישגים: לא רק שנקבע בחוק האמור שבג"ץ לא יילקח מחזקתם, ושהם לא ייאלצו לשמוע ערעורים על בית משפט השלום, אלא שגם נחסם הניסיון להקים בית משפט לערעורים פלייליים.²⁷¹ בדומה לזה נמנעה חלוקת בית המשפט העליון "לשני חלקים נפרדים לגמרי".²⁷² ניתן להזכיר עוד את הפיצול שנערך

264 ראו גם דברי הנשיא אולשן, לעיל ה"ש 183.

265 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 184.

266 לטיעון דומה ראו אמנון רובינשטיין "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט א 261, 285 (1971). לאפיון סוג העניינים שבהם עסק בג"ץ בשנות החמישים, ראו למשל דותן, לעיל ה"ש 254; שקד, לעיל ה"ש 103, בעמ' 145–146, המספרת שעתיירות אשר הוגשו לבג"ץ (הישראל) בראשית ימיו "סבבו על עניינים פרואיים: עבודה, פרנסה, אדמה, מגורים, תעודת זהות [...]".

267 השוו לאמור להלן בטקסט ליד ה"ש 354.

268 מעניין שעמדת השופטים עמדה בסתירה לדעה מקובלת באקדמיה הישראלית דאו שלפיה המשפט הציבורי היה נחות, אנליטית, מהמשפט הפרטי: ראו מנחם מאוטנר על החינוך המשפטי 55 (2002).

269 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 188.

270 ראו גם את הדיון בפרוטוקול ישיבה מס' 56/ב של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 233, בעמ' 13–15. כן ראו להלן את הדיון בפרק ה.2. למאמר.

271 ראו לעיל ה"ש 249 והטקסט לידה.

272 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 228–230.

בין חוק השופטים, 1953 לבין חוק בתי המשפט, 1957, אשר נעשה כפי הנראה עקב הצעת השופטים,²⁷³ ושלכן ודאי שימח אותם. לבסוף אזכיר כי אפילו את כינויה של הערכאה המוכרת לנו (בעברית) כ"בג"ץ" קיבעו למעשה השופטים-המייסדים הישראליים.²⁷⁴

עם זאת ראינו שהשופטים לא השיגו את כל מבוקשם. כאמור, לא עלה בידם למנוע את כינון מוסדות הדיון הנוסף והמשפט החוזר בארץ, כמו גם את הסמכתו של שר המשפטים להעמיד שאלה להכרעתם (אם כי נוסח הסעיפים הרלוונטיים שונה לאחר שהושמעו הסתייגויות השופטים).²⁷⁵ עדיין, לטענתי, בסיכום סופי הם יצאו מהליך החקיקה האמור וידם על העליונה: כך מבחינת מעמדם בקרב הציבור ובקרב שאר רשויות השלטון – בעיקר עם הותרת בג"ץ בידם – וכך מבחינת שגרת עבודתם וסוג העניינים שבהם נקבע שידון בית המשפט העליון – במיוחד עם דחיית ההצעה להבקיע ערוץ ישיר מערכאה ראשונה לערכאה אחרונה.

במה עלתה הצלחתם של השופטים על כישלונם? ראשית, בהיקף: אין ספק שקבלת ההצעה להעמיד זכות ערעור מבית משפט השלום להרכב תלתא של בית המשפט העליון הייתה בעלת משמעות רבה, מהבחינה הכמותית, מהאפשרות לעתור בבקשה לדיון נוסף שתועבר לעיונו של שופט אחד של בית המשפט העליון.²⁷⁶ או מהנטל שהיה צפוי מפניות למשפט חוזר ומשאלות שיופנו על ידי שר המשפטים. שנית, וחשוב מכך לראיית השופטים עצמם: ניכר היה שהם נחרדו ממש, שמא ערעור ישיר מבית משפט השלום יחייבם לעסוק "יומם ולילה" בעניינים פחותי ערך כפינוי דירות; ניכר שהם סברו שבשל כך מעמדו של בית המשפט העליון יהיה "נמוך מזה" של בית משפט מחוזי.²⁷⁷ שלישית, יש לשים לב שההוספות שנוספו לסמכות בית המשפט העליון, למרות התנגדות השופטים (כזכור, ד"נ; משפט חוזר; העמדת שאלה בידי שר המשפטים), עוסקות בעניינים המקיימים את שני אלה: (1) בתום הליך החקיקה הובהר ששופטי בית המשפט העליון הם שישלטו בהם²⁷⁸ – ודבר זה נכון אף ביחס להליך "העמדת שאלה בידי שר המשפטים";²⁷⁹ (2) הליכים אלה עוסקים במובהק בעניינים ה"ראויים" לבית המשפט

273 ראו לעיל ה"ש 198 והטקסט לידה. כן ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 229–230.

274 כך עולה מהאמור לעיל בה"ש 178.

275 ראו לעיל ה"ש 242 והטקסט לידה. כן יש להזכיר שוב את ענייני מינהל בתי המשפט, הנזכרים לעיל בה"ש 246 והטקסט לידה, שקשה לומר באופן ברור מי "ניצח" בהקשרם.

276 כידוע, לפי ס' 30(ב) לחוק בתי המשפט, 1984, רק אם אותו שופט ("נשיא בית המשפט העליון, או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך [...]") מקבל את העתירה מועבר העניין לדיון בהרכב מורחב.

277 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 167.

278 לניתוח (כלכלי) התומך בתוצאה זו ראו למשל משה בר ניב "בתי משפט" הגישה הכלכלית למשפט 1133, 1150–1152 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

279 ראו לעיל ה"ש 241 והטקסט לידה.

העליון.²⁸⁰ נקל להדגים את שתי הנקודות ביחס לדיון נוסף: אחרי הכול, אפשר להיכנס בשעריו רק במקרה שבו שופטי בית המשפט העליון שישבו בדיון, הם עצמם, מחליטים שהעניין שבו הם פסקו ראוי להעסיק חמישה שופטים או יותר מקרב חבריהם, או אם שופט בית המשפט העליון משתכנע שהעניין מעלה קושי, או כרוך בחידוש מיוחד.²⁸¹ כך גם באשר לסעיף העוסק ב"משפט חוזר", וכאמור זהו מצב הדברים גם בהליך הכרוך "בהעמדת שאלה בידי שר המשפטים".²⁸²

3. כיצד הובטחה הצלחתם (היחסית) של השופטים?

לכאורה, המסקנה שלפיה, בחשבון סופי, שופטי בית המשפט העליון של ראשית המדינה יצאו ועמדתם על העליונה – מפתיעה. רבים מהכותבים על בית המשפט של התקופה קובעים במפורש, או לפחות מניחים בכתיבתם, שמעמדו של המוסד היה שברירי ביחס לשתי הרשויות הפוליטיות של השלטון.²⁸³ לטענתם, במבט לאחור, אדני הלגיטימציה²⁸⁴ שעליהם נשען אז בית המשפט העליון נראים רעועים – הן בהשוואה לתקופות מאוחרות יותר בהיסטוריה של המוסד²⁸⁵ והן בהשוואה למוסדות ממשל אחרים בני אותה תקופה.²⁸⁶

280 אכן, שני הרכיבים הללו חופפים את היסודות השני והראשון שנסקרו לעיל בחלקו הקודם של פרק זה למאמר.

281 ראו למשל דנ"א 4011/04 עיריית ירושלים נ' עיזבון אטינגר, פ"ד נט(4) 8 (2005).

282 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 263.

283 ראו למשל שקד, לעיל ה"ש 103, בעמ' 132; זלצברגר ועוז-זלצברגר, לעיל ה"ש 47, בעמ' 260, 293–294; והמקורות הנזכרים להלן בה"ש 286. כן ראו את דבריו של קידר, להלן בטקסט ליד ה"ש 288.

284 מבין הספרות הגדולה העוסקת בשאלת הלגיטימציה של בתי המשפט, ראו את הדיון המפורסם והמשפיע, ואין זה מוקדם או מוגזם לומר גם הקלטי, הזה: MARTIN SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS 1–65 (1981). עוד ראו למשל John C. Yoo, *In Defense of the Court's Legitimacy*, 68 U. CHI. L. REV. 775 (2001); Jack M. Balkin, *Legitimacy and the 2000 Election*, in BUSH V. GORE: THE QUESTION OF LEGITIMACY 214 (Bruce Ackerman ed., 2002). כן ראו, בהקשר הישראלי, את המקורות הנזכרים להלן בה"ש 285 ו-332.

285 ראו גד ברזילי, אפרים יערי-יוכטמן וזאב סגל בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית (1994), אך ראו גם יששכר (איסי) רוזן-צבי "האם השופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" משפט וממשל ח 49, 95–96, 100–103 (2005); מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 170, בעמ' 142–143, 219–225.

286 ראו למשל להב "העוז והמשרה", לעיל ה"ש 127, בעמ' 484–488, 497 ("הזולזול, שלא תמיד היה מוסתר, ברשות השופטת מצד השלטונות [...]"), 501; להב ישראל במשפט, לעיל ה"ש 171, בעמ' 127–128. כן ראו אברהם שפירא "הריסון העצמי של בית-המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח" עיוני משפט ג 640, 641–640 (1973); דפנה ברק-ארז "הגדת לבנך: היסטוריה וזיכרון בבית-המשפט" עיוני משפט כו 773, 800–802 (2002) (להלן: ברק-ארז "הגדת לבנך"); דפנה

כנגד זאת, לטענתי, יש בעלילה אשר נפרסה כאן כדי ללמד שלפחות מנקודת מבטם של בכירי השופטים בני התקופה היו סיבות טובות להניח שעמדתם אכן תזכה לתשומת הלב שהיא ראויה לה (לשיטתם) בקרב מקבלי ההחלטות בממשלה ובכנסת. מכל מקום, בראייתי, ניתן בהחלט לזקוף את הישגם של השופטים למעורבותם הפעילה בהליך החקיקה.

כפי שניסיתי להראות בדיון דלעיל, יש בידנו די אינדיקציות לכך שלעמדת השופטים היתה השפעה של ממש על עמדת הממשלה והכנסת ביחס לשני השינויים בסמכות של בית המשפט העליון שבהם אנו מתרכזים במאמר. למעשה, ייתכן שהדבר אינו צריך להפתיע אותנו.²⁸⁷ כך לפי גישתו של ניר קידר, הטוען, כללית, כי "הבוחר את ימיה הראשונים של מערכת המשפט הישראלית מגלה כי ההתערבות של הרשויות הפוליטיות ושל הממסדים התנועתיים בהליכי ההקמה של מערכת המשפט הייתה מזערית [...] 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 [...]".²⁸⁸

מכל מקום, אף מבלי להתחייב במסקנתו הרחבה של קידר ניתן לראות כי בענייננו הצליחו שופטי בית המשפט העליון לקבל את מבוקשם. הדבר נלמד בבירור מהעובדה כי (עד כמה שדעתי מגעת) ביום שלאחר פרוטוקול השופטים ועד ליום קבלת חוק בתי המשפט, 1957 לא עלו כלל על שולחן הכנסת הצעות חוק ממשלתיות שמטרתן הייתה להוריד את בג"ץ ולפתוח מסלול ערעור ישיר מבית משפט השלום לבית המשפט העליון. כפי שראינו לאורך הדיון, יש בידנו די והותר ממצאים שמהם עולה שעמדת השופטים היא היא שמנעה את שתי הרפורמות הנדונות.

עדויות ניצחות לכך ניתנו בדברים שנאמרו באולמה של ועדת חוקה, חוק ומשפט בעת הדיונים בהצעת חוק בתי המשפט, הן על ידי השר²⁸⁹ והן על ידי היועץ המשפטי

ברק-ארוז משפטי מפתח: ציוני דרך בבית המשפט העליון 122–129 (2003); מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 170, בעמ' 158. כידוע, מסיבה זו, טענה שקד, נסמכו שופטי בית המשפט העליון על המשפט האנגלי. ראו שקד, לעיל ה"ש 103, בעמ' 132. בדומה לזה טוען מאוטנר כי "לנוכח מעמדו הבעייתי כ'זר תרבותי' בחברה שבה פעל" נוקק בית המשפט העליון לפורמליזם משפטי שבגדרו הוצגו הכרעותיו כמתחייבות מעצמן וכחפות ממדים פוליטיים-ערכיים שנויים במחלוקת. ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 123 (1993). וכפי שמראה קידר "בן-גוריון והמאבק למינוי שופט ממוצא ספרדי", לעיל ה"ש 193, בעמ' 527, ניתן הד לשאיפתם של שופטי בית המשפט העליון להציג את התנהלותם כניטרלית גם בהקשר החשוב של מינוי שופטים לערכאה העליונה. לראיה אחרת של הדברים, ראו למשל קידר "מבט חדש", לעיל ה"ש 5, ואורית רוזין "קול העם" – דיוקנו של מאבק שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 71 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

287 השוו לאמור לעיל בה"ש 286 והטקסט לידה.

288 קידר "מבט חדש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 16.

289 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 226–227.

למשלה.²⁹⁰ גם דברים שאמרו חברי כנסת שהיו קרובים אצל הליך החקיקה בעת הדיון במליאה לימדו על כך. ראו לדוגמה את הדברים שאמר יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, חה"כ נחום ניר-רפאלקס, במהלך ישיבתה האחרונה של הכנסת בקריאה השנייה והשלישית של חוק בתי המשפט, 1957, בתגובה להצעת חה"כ משה סנה כי "השופטים הם נגד [החוק]...". לכך השיב יו"ר הוועדה, כי "[...] השופטים כבר מרוצים. הם נלחמו נגד הסעיפים 11 ו-21, 291 וסעיפים אלה בוטלו. כן נלחמו במקצת נגד סעיף 10, 292 אשר תוקן גם הוא ונשיא בית המשפט העליון קיבל אותו. את הוויכוח עם השופטים כבר סיימנו איפוא".²⁹³

עם זאת אין להניח, והדבר לא נטען, שמסיבה זו או אחרת היה הכרח שהשופטים ימצאו מרוצים בסוף הליך החקיקה. מה הוביל אפוא לתוצאה זו? כפי שאסביר כעת, נראה שבמידה רבה תוצאה זו הייתה נגזרת של שני אלה: מעמדו הציבורי של בית המשפט העליון הצעיר – מעמד שנרכש בעיקר דרך פסיקתם של שופטי בית המשפט העליון מיום שקמה המדינה – והירתמותם של אישים חשובים מסוימים לקידום היעדים שאליהם חתר בית המשפט העליון. להלן אדון בשני אלה. בהמשך אפנה לטיעונים הנוגעים למעמדו של בית המשפט העליון במדינת ישראל הצעירה,²⁹⁴ אך תחילה אציין היבטים פרסונליים חשובים של הסיפור, שגם בהם היה – כך אטען כעת – כדי לתרום להצלחת השופטים ואולי אף להבטיחה. במי דברים אמורים? קודם כול, בשר רוזן, הראוי למקום מרכזי במיוחד במסגרת ניתוח זה, הואיל ונראה בבירור שהיה לו תפקיד חשוב בקידום האג'נדה שניסחו השופטים בפרוטוקול השופטים.

פנחס רוזן, שר המשפטים הראשון של מדינת ישראל, היה מליץ יושר מובהק של השופטים בכלל ושל שופטי בית המשפט העליון בפרט בפני הממשלה והכנסת לכל אורך תקופת כהונתו הממושכת, שהשתרעה על פני כ-13 שנים.²⁹⁵ זה הרושם העולה בבירור

290 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 230. כן ראו לעיל ה"ש 250 והטקסט לידה.

291 ככתוב בשוליהם, סעיפים אלה עסקו ב"מקום מושב ואזור שיפוט" בתי המשפט השלום והמחוזי. השופטים "נלחמו" (בלשוננו של חה"כ ניר-רפאלקס) בהצעה להוסיף לסעיפים הללו את ההוראה שתסמין את שר המשפטים לחלק את בתי המשפט השלום והמחוזי לאגפים שונים. ראו הדיון בכך, למשל בד"כ 22, 2102, 2412 (התשי"ז), ואת התכתובת בין שר המשפטים לבין נשיא בית המשפט העליון בנידון, המצויה באמ"י, תיק גל-3294/23.

292 הדן כאמור ב"העמדת שאלה על ידי שר המשפטים". ראו לעיל ה"ש 241.

293 ד"כ 22, 2503 (התשי"ז). להערותיהם של שופטי בית המשפט העליון על הסעיפים הללו (ועל סעיפים נוספים בהצעת החוק), כפי שנזכרו בדיון במליאת הכנסת, ראו בעיקר ד"כ 22, 2100–2103, 2411–2413 (התשי"ז). ראו עוד לעיל ה"ש 216.

294 ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 327 ואילך.

295 רוזן כיהן כשר משפטים בכל עשר הממשלות הראשונות של מדינת ישראל (משמע, החל בממשלה הזמנית שהוקמה בחודש מאי 1948 ועד לממשלה התשיעית של מדינת ישראל), להוציא את תקופת כהונתה של הממשלה השלישית (שכיהנה מסוף שנת 1951 ועד לסוף שנת 1952, אשר במסגרתה כיהנו דב יוסף וחיים כהן כשרי משפטים – על מועדי חילופי המשרה בינם ועילתם, ראו להב ישראל

למקרא מקורות המתארים את אופן התנהלותו כשר המשפטים, אם באופן כללי ואם באופן ספציפי, בכל הנוגע למעמדם המוסדי של שופטי ישראל. למשל: הנשיא אולשן כותב בהערכה גלויה לאחר פרישתו מכס המשפט כי "מלכתחילה קשר אתנו שר המשפטים, פנחס רוזן, יחסי ידידות. הוא, יותר מכל השרים האחרים, ידע להעריך את חשיבותו של בית המשפט העליון במדינה, ומצידו הושיט את כל העזרה הדרושה ועשה הרבה מאמצים כדי לשמור על המעמד המכובד של השופטים".²⁹⁶ בדומה לזה גם המקורות הראשוניים שהוצגו במסגרת מחקר זה (למשל, פרוטוקולים של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת)²⁹⁷ לימדו עד כמה קיבל עליו רוזן את עמדת שופטי בית המשפט העליון ועד כמה עמל להגן עליה. וזוהי אף מסקנתם של חוקרי התקופה, המציגים באופן זה את פועלו של רוזן, ויש בהם המדגישים במיוחד את פועלו לביסוס אי-תלותה של הרשות השופטת.²⁹⁸

במשפט, לעיל ה"ש 171, בעמ' 371). תקופה זו חפפה לימי כהונתן של מועצת המדינה הזמנית והכנסות הראשונה עד הרביעית, שביהנו יחדיו החל מיום הקמת המדינה עד לחודש נובמבר 1961. במילים אחרות, בחישוב גס כיהן רוזן כשר משפטים מיום קום המדינה ועד לסוף שנת 1961 למעט שנת 1952, כלומר כ-13 שנה. ראו באתר הכנסת: www.knesset.gov.il/govt/heb/GovtBy_Ministry.asp?ministry=7; ברון "הסיפור מאחורי הקלעים", לעיל ה"ש 149, בעמ' 93, 95; ובאופן כללי, בונדי, לעיל ה"ש 40.

296 אולשן דין ודברים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 222–224, 242. ראו למשל מכתב שכתב הנשיא אולשן (ביום 16.6.1957) לחה"כ יוסף שופמן, שבו הוא פרס כמה מהסתיוגיוותיו לנוסחה דאז של הצעת חוק בתי המשפט, 1957 (המכתב מצוי באמ"י, תיק גל-3294/23). בין השאר הנשיא מסביר מדוע הוא וחבריו מתנגדים לסעיף שדן "בהעמדת שאלה על ידי שר המשפטים" (ראו לעניין זה לעיל ה"ש 241 והטקסט לידה). הנשיא כותב אגב כך דברים אלה: "תמים דעים אני אתך באמרוך כי החוק אינו יכול להיות מבוסס על אישיותו של השר הנוכחי [...] המסקנה שאני מוציא מדבר זה היא שיש להימנע מהענקת כוח לאיזה שר שהוא להוציא צווים לבית המשפט. אילו היה בטחון כי כל השרים העתידים יהיו דומים בכל לשר הנוכחי אולי לא היה מקום לחששות [...] דברים דומים ובהקשר דומה יאמר הנשיא לחברי ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת כשבוע לאחר מכן. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 56/ב של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 233, בעמ' 3.

כן השוו את דברי אולשן על השר יוסף, שסגנונו האישי היה שונה מאוד מזה של רוזן; אולשן דין ודברים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 243–244. כן ראו למשל להב ישראל במשפט, לעיל ה"ש 171, בעמ' 230–231; להב "העוזה והמשרה", לעיל ה"ש 127, בעמ' 487–488; רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 97–100; שקד, לעיל ה"ש 103, בעמ' 102; נפתלי הורנשטיין "בימי שפוט השופטים" הפרקליט יג 15, 22–23 (1957).

עם זאת יש להדגיש כי אף על פי ש"כל עוד שימש פנחס רוזן שר המשפטים הוא היה אדיב, נבון וידיד" התגלעו מחלוקות בינו לבין שופטי בית המשפט העליון, בין השאר בעניינים הנוגעים למינהל בתי המשפט. ראו למשל את מכתבו של הנשיא אולשן לשר המשפטים, מיום 3.6.1957, באמ"י, תיק גל-3294/23. כן ראו להלן ה"ש 307.

297 ראו למשל, לעיל הטקסט ליד ה"ש 226.

298 ראו למשל הורוביץ וליסק, לעיל ה"ש 35, בעמ' 290 [...] פינחס רוזן, שהצטיין בקנאותו לעצמאות הרשות השופטת"; רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 43, 59, 91, 101, 111; להב ישראל במשפט, לעיל ה"ש 171, למשל, בעמ' 150, 230; בונדי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 421–423; רוזין, לעיל ה"ש

ניתן להניח שלעמדתו של רוזן לצדם של שופטי בית המשפט העליון ופועלו למען ביסוס מעמדה של הרשות השופטת היו שורשים עמוקים. ייתכן מאוד שהיא נתמכה בהערכה שהעריך רוזן את כושרם המקצועי של השופטים;²⁹⁹ היא בוודאי נסמכה על היכרותו רבת-השנים של השר עם השופטים – היכרות שכפי הנראה גרמה לו לתת בהם אמון, שכן "כשנתן [רוזן] אמון באדם [...] מעולם לא כפה את מצפוניו או את דעותיו עליי".³⁰⁰ ומכל מקום, לפי כל העדויות, שני אלה – ההערכה והאמון – וככל הנראה עוד דברים רבים וטובים מלבד אלה, התקיימו ביחסיו של רוזן עם חברו הקרוב משכבר הימים, נשיאו הראשון של בית המשפט העליון, משה זמורה.

למרבה הפליאה עד כה לא נחקרו לעומקם יחסיהם של רוזן וזמורה. עם זאת ידוע היטב כי הם היו חברים קרובים ביותר משך עשרות שנים,³⁰¹ למרות אופיים השונה של השניים.³⁰² ומן המפורסמות היא שחברות זו הובילה את זמורה לפעול (בהצלחה) לצירופו של רוזן, חרף היעדר ניסיונו של זה האחרון במשפט הארץ-ישראלי, "כשותף בכיר" במשרד עורכי הדין שבו היו שותפים זמורה, חיים קרונגולד וישראל בר-שירה.³⁰³

- 286, בעמ' 103. ראו גם קידר "בן-גוריון והמאבק למינוי שופט ממוצא ספרדי", לעיל ה"ש 193, בעמ' 530–531, שם מצוין שרוזן ייצג בעיקשות את עמדת השופטים בעניין מינוי שופטים לבית המשפט העליון ועמד על דעתו גם לנוכח מתקפה קשה מצדו של בן-גוריון. עם זאת ברור שהתקיימו חריגים לעמידתו הפומבית של רוזן לצד השופטים; ראו למשל להב, שם, בעמ' 128.
- 299 ראו כהן מבוא אישי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 198, שם כהן חולק לרוזן שבחים רבים, בציינו לטובה במיוחד את המעלה הזאת: "גדולתו היתה, שמעולם לא עמד על דעתו בעניינים מקצועיים: תמיד היה מוכן להודות כי בעניינים אלה יש מומחים מוסמכים ממנו" (עם זאת כהן מוסיף כי רוזן "עמד על שלו, ולא הכיר לא פשרה ולא מחילה, בעניינים שבמוסר וביושר"). גם רות בונדי מעירה, אגב תיאורה את ימי הקמת משרד המשפטים וחלוקת התפקידים בתוכו על ידי רוזן, כי "נרוזן ידע את מגבלותיו כמשפטן [...]"; ראו בונדי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 413. אף ניר קידר מעיר כי רוזן "היה אמנם דוקטור למשפטים ושותף באחד ממשרדי עורכי הדין הגדולים בתקופת המנדט, אולם הוא ראה את עצמו כבר בתקופת היישוב כמנהיג פוליטי השואף לתפקידים מרכזיים יותר מתפקיד שר המשפטים ולא אווה להשקיע את כל כולו בעבודה משפטית [...] רוזן ביכר את העשייה הפוליטית על פני עיסוק בשאלות מקצועיות [...]"; ראו קידר "מבט חדש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 19.
- 300 כהן שופט עליון, לעיל ה"ש 203, בעמ' 98. ראו בדומה בונדי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 420; להב ישראל במשפט, לעיל ה"ש 171, בעמ' 230. כנלמד ממקורות אלה, גישה זו חלה גם ביחסיו של רוזן עם היועץ המשפטי לממשלה.
- 301 ראו למשל זמורה-כהן, לעיל ה"ש 152, בעמ' 20, 319. לפי חיים כהן, שהכיר היטב את השניים, זמורה היה "ידידו הקרוב ביותר של פנחס רוזן, עוד מגרמניה". ראו כהן שופט עליון, לעיל ה"ש 203, בעמ' 96, 112; ברון "הכבוד האבוד של השופט העליון", לעיל ה"ש 45, בעמ' 171–176.
- 302 חיים כהן ובונדי מתארים תיאור זהה את שוני האופי בין השניים: כך, לפי כהן, "רוזן היה אדם שלא היה קל להתקרב אליו [...] זמורה תמיד בא לקראתך בזרועות מחבקות ומנשקות את העולם כולו"; כהן שופט עליון, לעיל ה"ש 203, בעמ' 97. ראו בדומה לזה בונדי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 421.
- 303 שם, בעמ' 237, 240.

בהמשך על אף החשש שהדבר יעורר לזות שפתיים,³⁰⁴ החליט השר רוזן על מינויו של הנשיא זמורה, זאת כנראה מתוך אמונה שמינוי זה ייתפס כמובן מאליו.³⁰⁵ קרבה זו השפיעה אף היא, כפי הנראה, על יחסו של רוזן לבית המשפט העליון לאורך שנות כהונתו (הקצרות)³⁰⁶ של חברו כנשיא, שאף במהלכן שמרו השניים על קשר אישי ישיר.³⁰⁷ וכאמור, לפי כל העדויות, אף בשנים שלאחר מכן שררו יחסים מצוינים בין השר לבין השופטים.

בעברנו לשנים העוקבות מעת פרישתו בפועל של זמורה מכס השיפוט³⁰⁸ ועד לזמן קבלת חוק בתי המשפט, 1957, ראוי לעמוד על כך כי היו אלה שנים חשובות בהיסטוריה

304 ראו ברון "הכבוד האבוד של השופט העליון", לעיל ה"ש 45, בעמ' 173–174; רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 60. בשל חברותם המוקדמת התבקש הנשיא זמורה לפסול עצמו מלדון בבג"ץ שהוגש נגד שר המשפטים. בית המשפט דחה את הטענה. ראו בג"ץ 90/49 נוחימובסקי נ' שר המשפטים, פ"ד ג 4, 6 (1949).

305 ראו כהן שופט עליון, לעיל ה"ש 203, בעמ' 113–114 ("כשהתחילו לדבר על בית-המשפט העליון רוזן אפילו לא היה צריך להציע אותו [זמורה] [...] זה היה מובן מאליו"). ראו גם בונדי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 421. ירושלים, כי כהן מצייין שגם עליאש, הנזכר לעיל בה"ש 49 והטקסט לידה, זכה למעמד דומה בקרב ציבור המשפטנים בארץ, אך מסיבות שונות זמורה הועדף למשרת נשיא בית המשפט העליון; ראו כהן שופט עליון, לעיל ה"ש 203, בעמ' 113. כן ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 61; ברון "הכבוד האבוד של השופט העליון", לעיל ה"ש 45, בעמ' 174, ובייחוד ה"ש 89.

306 זמורה "לא היה איש בריא כאשר התמנה לנשיא בית-המשפט העליון בקיץ 1948" (ראו ברון "הסיפור מאחורי הקלעים", לעיל ה"ש 149, בעמ' 96). הוא לקה בשבץ כבר בשנת 1951, אירוע שהקשה את תפקודו (שם, בעמ' 96–97). על רקע זה מונה אולשן לממלא מקום קבוע לנשיא בית המשפט העליון. באמצע שנת 1954 התפטר רשמית לבסוף זמורה – "לרווחת כולם" לדברי בונדי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 425. ראו גם זמורה-כהן, לעיל ה"ש 152, בעמ' 316.

307 כפי שהדבר מתבטא במכתביהם מאותה תקופה. דוגמה מאלפת למכתב שכזה מצויה באמ"י, תיק גל-3292/42; המכתב מיום 28.8.1950 נשלח מהנשיא זמורה לשר רוזן. בפתח המכתב פונה זמורה לנמענו "פליכס היקר", והוא כותב שם: "זהו מכתב לא מאת נשיא בית המשפט העליון לשר המשפטים, כי אם מאת משה זמורה אל פליכס רוזן. אולי אצליח במכתב כזה יותר מאשר בשיחות הרשמיות והחצי רשמיות שהיו בינינו". המכתב מוקדש בעיקרו לתיאור תנאי העבודה הקשים של השופטים ודברים ממין זה. ראו עוד לעניין זה להלן ה"ש 334. כן ראו לעיל ה"ש 159.

עם זאת כפי הנראה, כדרכן של חברויות ממושכות, תהיה זו טעות לדמות את יחסי השניים בצורה פשטנית כאילו התקיימה ביניהם חלוקת תפקידים יציבה וברורה לכל אורך השנים. השוו לבונדי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 424. שם נטען כי אף על פי שזמורה הוא שדאג להכניס את רוזן כשותף למשרד עורכי הדין שבו היה זמורה שותף, "ההיררכיה בין פליקס [הוא פנחס רוזן] ומשה [זמורה] נקבעה עוד בנעוריהם: זמורה העריך את רוזן ולא היה מעלה על הדעת ששר המשפטים יבוא אליו כאל בעל המשרה הרמה יותר, כדי לדווח לו על הנעשה במשרדו". כאמור, ניתן לתהות אם איפיון הייררכי זה של יחסי השניים היה כה יציב לאורך כל שנות היכרותם. במיוחד ניתן להניח שהמשרות הרמות שבהן נשאו השניים במדינת ישראל הריבונית ויחסי העבודה שנגזרו מהן השפיעו את השפעתם, בצורה זו או אחרת, על יחסי הקרבה שבין רוזן לבין זמורה.

308 על נסיבות פרישתו של השופט זמורה מכס השיפוט ראו לעיל ה"ש 306.

של בית המשפט העליון, זאת מכמה סיבות, שעל חלקן אעמוד בקצרה עתה:³⁰⁹ ראשית, במשך השנים הללו השלים בית המשפט העליון של מדינת ישראל את העשור הראשון לקיומו, תוך ששופטיו קובעים לעצמם נוהלי עבודה שינחו אותם לשנים ארוכות;³¹⁰ שנית, במסגרת זמן זה נקבע גרעין יציב של שמונה שופטים שיכהנו יחדיו משך זמן רב יחסית.³¹¹ ניתן להניח ששני אלו הקנו למוסד יציבות. כמו כן, וכאן אני עובר לנקודה הבאה, הם אירעו בהנהגתו של השופט אולשן,³¹² אשר מילא תפקיד מרכזי בעלילת הדברים שבה עוסק המאמר.

אפשר להתחיל את הדיון הקצר על אודות אולשן בפנייה חוזרת לפרוטוקול השופטים. יש לזכור כי פרוטוקול השופטים שופך אור על הבנתם האישית-פנימית של השופטים בני התקופה את מעמדם שלהם ואת מעמדו של בית המשפט שבו כיהנו בעמדם למול שתי רשויות השלטון האחרות (במיוחד למול הרשות המבצעת). כבר עמדתי על כך שהנסיבות שאפפו את אותה פגישה גורלית בביתו של זמורה מלמדות, ככל הנראה, שהדברים שנאמרו במהלכה נאמרו בכנות ועל כן הם משקפים שיקוף אותנטי את הלך מחשבתם ואת תפיסתם העצמית של השופטים. מעניין אפוא כי למקרא הפרוטוקול מתקבל הרושם שהתרוצצו בקרב השופטים שתי עמדות שונות שהוצגו בעיקר על ידי שני אישים שונים: את העמדה הראשונה ייצג בבירור השופט אולשן, שהעריך שיש בכוחם של שופטי בית המשפט העליון לחסום את הצעות החקיקה שלא נשאו חן בעיניהם. דומה כי השופט חשין, מנגד, היה סקפטי יותר. ניתן לראות בחלק מדבריו כמייצגים עמדה שנייה, אשר העריכה פחות את כוחם של השופטים לעמוד בפרץ.³¹³ ניתן להניח שרקעם האישי של שני השופטים, ובעיקר השונות במידת קרבתם לראשי מפא"י,

309 ראו עוד להלן הטקסט ליד ה"ש 326.

310 ראו אולשן דין ודברים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 213–215; כהן שופט עליון, לעיל ה"ש 203, בעמ' 116–117.

311 כזכור, חמשת שופטיו הראשונים של בית המשפט העליון היו הנשיא זמורה (שפסק לשבת בדין זמן קצר לאחר מינויו – ראו לעיל ה"ש 306) והשופטים אולשן (שפרש בשנת 1965), אסף (שנפטר בעת כהונתו, בשנת 1953), חשין (שנפטר בעת שכייהן כממלא מקומו של הנשיא אולשן, בשנת 1959) ודונקלבלום (שנפטר בעת כהונתו, בשנת 1951). הראשונים להתמנות אחריהם היו השופטים אגרנט וזילברג, שמונו מינוי קבע בחדש דצמבר 1949 ובחודש מאי 1950, בהתאמה; ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 81–84. לאחר שהתקבל חוק השופטים, במהלך השנים 1953–1954, מונו השופטים גויטין, זוסמן, ברנזון וויתקין. השופט הבא שמונה היה חיים כהן, שמונה לשיפוט רק בשנת 1960. ראו רובינשטיין, שם, בעמ' 139. כפי שניתן לראות, בחלקן המרכזי של שנות החמישים כיהנו שמונה שופטים (אולשן, חשין, אגרנט, זילברג, גויטין, זוסמן, ברנזון וויתקין), משך זמן רב יחסית, יחדיו. ראו גם יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כז 119, 193, טבלה 15 (1996).

312 הגם שאולשן מונה רשמית לנשיא בית המשפט העליון רק בשנת 1954, הוא עמד בראש בית המשפט העליון מתחילת העשור. ראו לעיל ה"ש 306.

313 ראו למשל דבריו לעיל הטקסט ליד ה"ש 199. ייתכן שזמורה הסכים עם נקודת המבט של חשין. ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 204.

השפיעה על הערכתם השונה את כוחם שלהם. אולשן, בניגוד לחשין, היה מקורב למפא"י.³¹⁴ הנה לנו סימן ראשון להשפעתו של אולשן על מהלך הדברים בעת חקיקת חוק בתי המשפט, 1957 ועל מידת השפעתו על ההיסטוריה של בית המשפט העליון. הגם שאין זה המקום לבחון בחינה מקיפה את פועלו של השופט והנשיא אולשן,³¹⁵ יש לומר זאת על אודותיו בהקשרנו: אין ספק כי אולשן היה אחד מהאבות המייסדים של בית המשפט העליון. בניגוד לשופטים אחרים שיכנהו בהרכבה הראשון של הערכאה, לא היו עוררין שאולשן – כמו גם זמורה וככל הנראה אף דונקלבלום – היו ראויים להיכלל בסבב המינויים הראשון לבית המשפט העליון.³¹⁶ אין זה מפתיע אפוא שפנינה להב כותבת, בהתייחסה לשלושה, כי הם היו "הטרויקה המובילה בין חמשת השופטים הראשונים [...]".³¹⁷ מעמד בכורה זה בא לידי ביטוי בכך שחברי ה"טרויקה" הם שניהלו את המגעים, מצדם של בית המשפט העליון הישראלי (שבדרך) והרשות השופטת הישראלית, עם נציגי הרשות המבצעת הישראלית (שהייתה אף היא בחיתוליה), למשל בנוגע לשאלת מקום מושבו של בית המשפט העליון,³¹⁸ וכפי הנראה אף בנוגע לעניינים שנגעו למינוי שופטים לערכאות השונות – ובתוכן אף לבית המשפט העליון עצמו.³¹⁹ נראה שמבין השלושה היה אולשן הדומיננטי ביותר; ייתכן מאוד שכך עוד בימים שבהם

314 ראו המקורות הנוכחים לעיל בה"ש 47. למעשה, חשין זוהה – שלא בטובתו ולמרות הכחשותיו – עם המחנה הפוליטי הנגדי. ראו להב ישראל במשפט, לעיל ה"ש 171, בעמ' 122; נתן ברון "שופט במצוקה: פרשת מינויו של שניאור זלמן חשין לבית-המשפט העליון בשנת תש"ח" זמנים 93, 82 (2006) (להלן: ברון "שופט במצוקה"). השו' לנתן ברון "הגלוי והסמוי בדמותו של נשיא העליון משה לנדוי" האומה 187, 72, 81 (2012) (להלן: ברון "הגלוי והסמוי בדמותו של הנשיא לנדוי"), שם מצוין שהשופט לנדוי היה חבר אצל בצעירותו – דבר שלא מנע את מינויו לבית המשפט העליון.

315 הכתיבה על כך היא דלה. לעיון ראשוני ראו "דברים שהושמעו עם פרישתו של נשיא ביהמ"ש העליון ביום 18 בפברואר 1965" הפרקליט כא 381 (1965) (להלן: "עם פרישתו של נשיא ביהמ"ש העליון"); רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 90–91.

316 ראו למשל שם, בעמ' 62; ברון "שופט במצוקה", לעיל ה"ש 314, בעמ' 84. כן ראו כהן שופט עליון, לעיל ה"ש 203, בעמ' 116. עם זאת דומה שכשופט לא זכה אולשן להערכה רבה מבחינת כושרו האינטלקטואלי. ראו למשל כהן שופט עליון, לעיל ה"ש 203, בעמ' 117 וכן דברים שאמר היועץ המשפט לממשלה, בן-זאב, "עם פרישתו של נשיא ביהמ"ש העליון", לעיל ה"ש 315, בעמ' 384.

317 להב ישראל במשפט, לעיל ה"ש 171, בעמ' 125.

318 מוכרות לפחות שתי גירסאות לעניין זה: לפי האחת, זמורה הוא שאחראי לקביעת מושבו של בית המשפט העליון בירושלים (ראו כהן שופט עליון, לעיל ה"ש 203, בעמ' 114), ולפי השנייה, אולשן מספר שהקרדיט מגיע לו על כך (ראו אולשן דין ודברים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 208–209). כך שלפי שתי הגירסאות, מעורבותם של אנשי ה"טרויקה" היא שקבעה את מקום מושבו של בית המשפט העליון. ראו גם להב ישראל במשפט, לעיל ה"ש 171, בעמ' 363, וכן לעיל ה"ש 70, למעורבותו של דונקלבלום בנידון.

319 ראו כהן שופט עליון, לעיל ה"ש 203, למשל, בעמ' 115; נתן ברון "פרשת 'המסמך החסוי'", לעיל ה"ש 5, בעמ' 197, 201; קידר "מבט חדש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 24.

היה זמורה נשיא בית המשפט העליון.³²⁰ מכל מקום, כזכור, זמורה ודונקבלום ישבו על כס השיפוט זמן קצר יחסית,³²¹ וכך אולשן, אשר פרש מכס הנשיאות רק בשנת 1965, עמד בראש בית המשפט העליון משך שנים ארוכות. אין ספק שהוא היה שופט תקיף – היו שחשבו שהוא ממש הטיל מורא על סביבתו³²² – אשר הנהיג את בית המשפט העליון ביד רמה.³²³ קשה שלא היה לחוש למקרא המקורות שעליהם מבוסס מאמר זה במעמד הרם שהוא קנה לו הן בקרב חבריו השופטים (בבית המשפט העליון ובערכאות אחרות) והן בקרב חברי הכנסת ואנשי משרד המשפטים.³²⁴ בהתבסס על כל זאת, סביר להניח שעמדתו הנחרצת³²⁵ אף היא הובילה לכך שההצעות לבצע רפורמה בהיקף סמכויותיו של בית המשפט העליון נקברו במסדרונות משרד המשפטים.

עד כאן לעניין היבטיו הפרסונליים של הסיפור. כעת ניתן לעבור לציין הסבר משלים נוסף לעובדה ששופטי בית המשפט העליון הצליחו לעמוד בפרץ. הסבר זה נסב על מעמדו הציבורי של בית המשפט העליון בעת ההיא.³²⁶

טיעון אחד בהקשר זה ידגיש את העקרונות החוקתיים שבית המשפט, הוא עצמו ופסיקותיו, סימלו. כידוע, בעשור הראשון לקיומו של בית המשפט העליון התקבלו שורה של פסקי דין שקשה להפריז בחשיבותם להתפתחות המשפט הישראלי ובמקומם בהיסטוריה המוסדית של בית המשפט העליון, ודי אם יימנו כאן הערעור הפלילי הראשון ששמע בית המשפט העליון בישראל (בעניינו של סילווסטר) והבג"צים בפרשות אל-כרבוטלי, סופר, בז'רנו, וקול העם.³²⁷ ייתכן שפסקי דין אלה ודומים להם, שבהם ביטל בית משפט עליון עול ימים החלטות של רשות מבצעת רבת-סמכויות, היו חריגים

320 ראו כהן שופט עליון, לעיל ה"ש 203, בעמ' 117; אולשן דין ודברים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 210–217.

321 לעניין משך כהונת שופטי הרכבו הראשון של בית המשפט העליון ראו לעיל ה"ש 311.

322 ראו ברון "הגלוי והסמוי בדמותו של הנשיא לנדוי", לעיל ה"ש 314, בעמ' 75.

323 כהן שופט עליון, לעיל ה"ש 203, בעמ' 117.

324 ראו לעיל ה"ש 223 והטקסט לידה.

325 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 191.

326 הדיון יהיה קצר בתכלית, שכן במאמר זה ביקשתי להיצמד לסיפור המעשה ולתיאור מדוקדק של המקורות הראשונים, תוך הסתפקות בהצבעה על כיווני מחקר תאורטיים העשויים לנבוע מסיפור זה. לפיתוח כיוונים אלה, ראו בהרחבה: שגיא "למנצח שיר מזמור", לעיל ה"ש 2 (העוסק בניתוח אירגוני של בג"ץ) ושגיא "בדידות מזהרת", לעיל ה"ש 5 (המעלה סוגיות היסטוריוגרפיות הקשורות בהיסטוריה "הכוללת" של בית המשפט העליון בכלל ובג"ץ בפרט).

327 ראו ע"פ 1/48 סילווסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד א 5 (1948); בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב 5 (1949); בג"ץ 21/48 סופר נ' שר המשטרה, פ"ד ב 365 (1949); בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953). לרקעם של פסקי דין אלה, ראו למשל רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 88–89, 199; ניר קידר "על הפורמליזם המחנך של בית המשפט העליון המוקדם – עיון מחודש בפסקי הדין בפרשות בז'רנו ושייב" מחקרי משפט כב 385 (2006); רוזין, לעיל ה"ש 286.

שיצאו להעיד על הכלל.³²⁸ עם זאת יש להניח שלמצער היה בהם כדי להפיץ ברכים רסיסים של תחושה ששופטי בית המשפט העליון ביקשו, בלשונו של השופט אגרנט, "להגן על הפרט, האיש הקטן".³²⁹ ייתכן שהיה בהם אפילו – כפי שניסח זאת אחד המשפטנים כבר בשנת 1952 – לתמוך ב"עובדה [...] כי כל אזרח הנפגע ע"י מעשה השלטונות תולה את תקותו האחרונה 'בצו על תנאי' ורואה בו מעין קמיעה נגד כל הצרות".³³⁰ תחושה זו, בתורה, גייסה תמיכה ציבורית (אף אם רק מסוימת וראשונית) בבית המשפט העליון,³³¹ ותמיכה ציבורית זו, המצע שעליו נבנה אותו אמון הציבור שהרשות השופטת מבקשת אותו,³³² הקשתה על פגיעה בבית המשפט העליון. ואפשר להציג את הדברים אחרת, כלומר מנקודת המבט של ההגמוניה השלטונית דאז: לפי גישה זו, היה בפסקי הדין המובילים של ראשית ימיו של בית המשפט העליון הישראלי כדי להבהיר שעשוי להיות מחיר לפגיעה קשה במעמדו של המוסד. שכן אם בהקמתו (מחדש) של בית המשפט העליון במדינת ישראל ביקשה הממשלה לספק "הוכחה חותכת להצטרפותה של המדינה למשפחת העמים הנאורים",³³³ הרי שפגיעה-לעיני-כול בו עלולה הייתה לפגום ביומרת הנאורות שנקשרה בבית המשפט העליון – ועוד יותר מכך, ובזה העיקר כעת, לאחר שבית המשפט האמור החל לפסוק פסיקה "נאורה". יוצא שכך או אחרת, מרגע שנפסקו אלכרכובטלי ודומיו עלה מחירה של הפגיעה הפומבית³³⁴ בבית המשפט העליון.³³⁵

- 328 מובן שלא אנסה במסגרת זו לאפיין את פסיקתו של בית המשפט העליון של שנות החמישים. ראו לעניין זה, בין היתר, עמוס שפירא "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר?" עיוני משפט ג 625 (1974); שפירא, לעיל ה"ש 286; מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 170, פרק 6. ראו עוד למשל המקורות הנזכרים להלן בה"ש 331. 329 רובינשטיין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 201 (הציטוט הוא מדברי השופט אגרנט, כפי שהשיעם באוזני המחבר בשנת 1978).
- 330 פרנקל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 29. בדומה ראו יצחק זמיר "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?" משפטים יט 563, 564–565 (1989). כן ראו רוזין, לעיל ה"ש 286, בעמ' 89 ("[...] בשנת 1954 היווה בג"צ שוט על צווארה של הביורוקרטיה הציבורית").
- 331 ראו למשל שם, בעמ' 73, 78–79; קידר "מבט חדש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 27–29.
- 332 לעניין זה, בהקשר הישראלי, ראו למשל ברזילי, יער-יוכטמן וסגל, לעיל ה"ש 285; אהרן ברק "בית המשפט העליון ואמון הציבור" אהרן ברק – מבחר כתבים כרך א 965 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט" המשפט ט 491 (2004). אך ראו גם חיים כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" ספר שמגר חלק ב 365 (2003). לדיון כללי בסוגיה זו, שעניינה מידת הלגיטימיות של בית המשפט, ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 284.
- 333 להב ישראל במשפט, לעיל ה"ש 171, בעמ' 125.
- 334 אכן, לפי הגיונה של הטענה, יש בעייתיות פחותה (במה שנתפס על ידי השופטים כ)פגיעה בלתי פומבית בבית המשפט העליון ובשופטיו. מכאן שאין סתירה בין הטענה דכאן לבין העובדה ששופטי בית המשפט העליון זכו לעתים למה-שנתפס-בעיניהם כיחס בלתי ראוי מצדה של הרשות המבצעת בעיקר בכל הנוגע לתנאי העסקתם (בפרט שכר) ולהטבות שהיו עשויות להלוות לכך (למשל דרכון דיפלומטי). ראו לעיל ה"ש 307. עוד ראו, למשל, אולשן דין ודברים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 240–243.

וכך, בין שגורמי השלטון בחרו שלא להשיב את פני השופטים ריקם "לשמה" (קרי מתוך רצון להגן על בית המשפט העליון ועל הערכים שהוא ייצג בפסיקותיו) ובין "מתוך שלא לשמה" (כלומר, השופטים קיבלו את מבוקשם כיוון שהדבר "השתלם" להגמוניה המפלגתית) יצאו שופטי בית המשפט העליון נשכרים במקרה זה.³³⁶ כך בוודאי לאור אופן התנהלותם ואישיותם של הפרוטגוניסטים השונים, ובראשם רוזן, זמורה ואולשן.

ה. בימים ההם, עוד קודם לכן, ובזמן הזה

פרק זה משלים את הניתוח שנערך בפרקיו הקודמים של המאמר. עיקרו של הפרק יוקדש לבחינה ראשונית של סיפור המעשה שבו עוסק המאמר מפרספקטיבה בין-דורית המקיפה תקופות אחרות בהיסטוריה של בית המשפט העליון (ובו בג"ץ). במסגרת זו יוצע כי ניתן להבחין בהמשכיות חשובה – אשר תחילתה בימיו של זקן השופטים הייקרפט והמשכה ביורשיו הישראלים הראשונים ובבית המשפט העליון דהאידינא – של העיקרון לפיו לבית המשפט העליון נשמרה לכל אורך הדרך הזכות להשפיע השפעה מכרעת על קווי המתאר של סמכות השיפוט "שלו". בטרם אעבור לגופם של דברים, אשלים בקיצור נמרץ ולשם שלמות התמונה את סיפורה של החקיקה הישראלית המרכזית שנגעה לבית המשפט העליון, אשר התקבלה משנת 1957 ועד להיום.

1. מבוא: משנת 1957 עד לשנות האלפיים

בשורות הבאות אציין תיקוני חקיקה מרכזיים שנגעו לסמכויות בתי המשפט שקיבלה הכנסת לאחר חוק בתי המשפט, התשי"ז–1957. הדיון יכול להיות קצר ביותר, שכן ככל שהדברים היו אמורים בחוק עלי-ספר-החוקים, סמכות בית המשפט העליון לא נשתנתה בכל הנוגע לשתי הסוגיות המעניינות אותנו: בג"ץ עדיין עומד על תלו כאגף של בית

כן ראו להב ישראל במשפט, לעיל ה"ש 171, בעמ' 127–128; קידר "מבט חדש", לעיל ה"ש 5, בעמ' 25–26.

335 שימו לב שהטענה עומדת (בשינויי הנוסח המתחייבים) גם אם מקבלים את הגישה שלפיה בית המשפט העליון והעקרונות שהוא זוהה עמם בהמשך (בעיקר עקרון שלטון החוק) הוקם, ומעמדו נשמר בשל מחויבות "אמתית" לעקרונות אלה ומתוך הכרה בחשיבותם לקיומה הראוי של מדינת ישראל. ראו שם.

336 טיעון זה מקבל משנה תוקף אם מצרפים אליו את גישתה של אורית רוזין, שלפיה כבר בראשית שנות החמישים הצטייר "דיוקן חדש ושונה של הרשות המבצעת – לא עוד אורגן כלי-יכול הכופה את מדיניותו על הכפופים לו ביד רמה, אלא גוף המתקשה למשול, גם לנוכח נצחונות משפטיים". רוזין, לעיל ה"ש 286, בעמ' 72. ראו עוד Orit Rozin, *Forming a Collective Identity: The Debate Over the Proposed Constitution, 1948–1950*, 26 J. Isr. His. 251 (2007).

המשפט העליון בירושלים והיקף סמכותו לא השתנה;³³⁷ טרם נסלל מסלול ערעור ישיר מבית משפט השלום לבית המשפט העליון. שנת 1984 הייתה עתירת פעילות בכל הקשור להסדרתה החקיקתית של עבודת בתי המשפט. במסגרתה זכו לטיפול כל שלביו של המדרג הנורמטיבי המוכר במשפט הארץ. לפי מדרג זה, יש לציין, ראשית, את חוק-יסוד: השפיטה (שהתקבל בחודש פברואר 1984). לכאורה, חוק היסוד לא שינה הרבה, שכן סעיף 15 בו חוזר על הוראותיהם של סעיפים 6 ו-7 לחוק בתי המשפט, 1957.³³⁸ אלא שהמהפכה החוקתית הקנתה חשיבות ברורה לקביעתן של סמכויות בית המשפט העליון בחוק יסוד דווקא (בהמשך אציין מדוע נקודה זו רלוונטית במיוחד לענייננו).³³⁹ שנית, בהמשכה של אותה שנה קבעה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת את חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.³⁴⁰ מדובר כמובן בחוק מקיף, שבא להחליף בין השאר את חוק השופטים, 1953 וחוק בתי המשפט, 1957.³⁴¹ שלישית, עוד באותה שנה קבע שר המשפטים את תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984.³⁴² מובן ששלושת דברי החקיקה הללו עברו תיקונים לאורך השנים, אך – כאמור – גם תיקונים אלה לא נגעו לסמכותו של בית המשפט העליון.³⁴³

- 337 ראו זמיר "סמכותו של בג"ץ", לעיל ה"ש 22, בעמ' 225-228; עניין לוי, לעיל ה"ש 141, בעמ' 1193, 1199; בג"ץ 29/62 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז 1023, 1029-1030 (1962). כן ראו המקורות הנזכרים להלן בה"ש 350.
- 338 ראו לעיל ה"ש 129 והטקסט לידה.
- 339 ראו למשל בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 953, 950 (2002). כן ראו בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(1) 750, 755-756 (2003); בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נו(2) 102 (2003). כן ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 363.
- 340 ראו לעיל ה"ש 191.
- 341 הליך החקיקה המיוחד של חוק זה (כ"נוסח משולב") נעשה על פי ס' 16 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר תוס' א' 1.
- 342 ק"ת 2321 (תקנות אלה ביטלו את התקנות הקודמות משנת 1963). לניתוח התקנות, ראו יצחק זמיר "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א' 295 (1993); רענן הר-זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק (1991); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי כרך 5 – סדרי הדין והראיות בבג"צ (2010).
- 343 יש להזכיר כי בדומה לקודמו המנדטורי (ראו לעיל פרקו השני של המאמר), לאורך השנים אף המחוקק הישראלי עמס על כתפי שופטי בית המשפט העליון שורה של סמכויות שונות. ראו למשל ס' 71 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; ס' 31(ג) ו-144 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1967. חלק מסמכויות אלה הועברו בהמשך לבית המשפט לעניינים מינהליים. כך נעשה למשל בשתי הדוגמאות הללו. ראו פריטים 21(5) ו-21(10) בתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי משפט לעניינים מינהליים); חוק לשכת עורכי הדין (תיקון מס' 32), התשס"ח-2008, ס"ח 595, 600; חוק בתי משפט לעניינים מינהליים (תיקון מס' 15), התשס"ה-2005, ס"ח 738, 740.

דבר החקיקה המקיף המשמעותי הבא שאותו קיבלה הכנסת, באמצע שנת 2000, היה חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000.³⁴⁴ אין בכוונתי לערוך כאן סקירה של הוראות החוק.³⁴⁵ די אם אציין כעת שני אלה: ראשית, יש להזכיר את קשת העניינים המינהליים שבהם הוסמכו לדון בתי המשפט המחוזיים השונים ברחבי הארץ בשבתם כבתי משפט לעניינים מינהליים³⁴⁶ – הכול כמפורט בשלוש התוספות שבחוק. תוספות אלה, המעודכנות מעת לעת,³⁴⁷ כוללות כיום חלק נכבד מחטיבות דין עצומות כדיני רשויות מקומיות, תכנון ובנייה³⁴⁸ ומכרזים.³⁴⁹ שנית, די אם אדגיש, לסיום, שגם דבר חקיקה זה לא ביטל את בג"ץ, שמשכנו עדיין בבית המשפט העליון, ולא גרע מאומה מסמכויותיו.³⁵⁰

344 החוק נכנס לתוקפו בסוף אותה שנה. על הליכי החקיקה הממושכים של החוק, ראו מני מזוז "רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל – חוק בתי-משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000" משפט וממשל ו 233 (2001). ראו להלן גם ה"ש 348.

345 ראו למשל מזוז, לעיל ה"ש 344; שולמית וסרקרוג "סמכותם העניינית של בתי-המשפט לדון בעניינים מינהליים לפי חוק בתי-משפט לעניינים מינהליים" משפט וממשל ז 381 (2004). ראו באופן כללי אורי גורן בתי משפט מינהליים (2008); אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי כרך 6 – סדרי הדין והראיות בבתי המשפט לעניינים מינהליים (2011).

346 פעמים רבות הוסמכו בתי המשפט המחוזיים בסייגים מסוימים (שאינן לנו צורך לדון בהם במסגרת הנוכחית), הנוכחים בחוק בתי משפט לעניינים מינהליים עצמו. כבר הפריט הראשון בתוספת הראשונה מספק דוגמה לכך, בקבעו שבתי המשפט לעניינים מינהליים מוסמכים לדון ב"ענייני ארנונה לפי כל דין, למעט החלטות שר הפנים, שר האוצר או שניהם יחד". ברומה לזה, לפי הפריט העשירי בתוספת זו, מוסמך בית המשפט לדון ב"ענייני תכנון ובנייה לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965" אך זאת בכפוף לכמה חריגים, שאחד מהם נוגע ל"החלטות שר הפנים". למקורו ולפרשנותו של החריג האחרון, ראו בג"ץ 4381/97 מייזליק נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, פתח-תקוה, פ"ד נא(5) 385 (1997); ולהלן ה"ש 348.

347 על פי הוראות ס' 7 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים. ראו לעניין זה גם מזוז, לעיל ה"ש 344, בעמ' 255-256.

348 לחקיקתו של חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים קדם תיקון 43 הנודע לחוק התכנון והבניה, שנכנס לתוקפו בראשית שנת 1996. תיקון זה הוסיף את פרק 1 לחוק, שכותרתו היא "עתירות בענייני תכנון ובניה". בכך כונן לראשונה בית המשפט לעניינים מינהליים במתכונת דומה לאופן שבו נעשה הדבר כעבור כארבע שנים בחוק בתי משפט לעניינים מינהליים. ראו חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 43), התשנ"ה-1995, ס"ח 485. לפי מני מזוז, תיקון 43 "היה מעין 'פיילוט' לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים". מזוז, לעיל ה"ש 344, בעמ' 238. ראו עוד אורי גורן ומיכאל דן בירנהק "בית-המשפט לעניינים מינהליים – אגב פרק 1 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 ותקנות התכנון והבניה (סדרי דין בעתירות לבית-המשפט לעניינים מינהליים), התשנ"ו-1996" משפט וממשל ד 243 (1998). חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, הכולל את השיפוט בעניינים שנכללו במקור בפרק 1, ביטל את הפרק הנ"ל. ראו ס' 20(6) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים.

349 ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 355-358.

350 ראו למשל עניין סלאמה, לעיל ה"ש 339; ע"א 9379/03 צ'רני נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 822 (2006) (להלן: פרשת צ'רני); בג"ץ 11213/05 פלונית נ' ועד מחוז תל-אביב והמרכז של לשכת

2. בימים ההם ובזמן הזה?

בראייה לאחור נראה שמאמר זה מתאר למעשה את הנסיבות שבהן נוצר תקדים רב-משמעות שבמסגרתו קיבלו עליהם שופטי בית המשפט העליון בישראל³⁵¹ את ההכרעה בשאלה מתי תהיה השעה כשרה לחלוק את סמכות בג"ץ עם בתי המשפט האחרים (או אולי אף להעבירה אליהם כליל).³⁵² כידוע לנו, בהמשך נעשה שימוש רב-משמעות בתקדים זה: היה זה בראשית שנות התשעים, עת החליטו שופטי בית המשפט העליון שהגיעה העת ליוזום "מעין תזזות-יבשות בנושא סמכות [בג"ץ]".³⁵³ פרשת פסטרנק בישרה ברורות את הדבר.³⁵⁴ נפסק בה, בתמצית, שענייני מכרזים ציבוריים מצויים בתחום הסמכות המקבילה שלה שותפים בג"ץ ובתי המשפט האזרחיים, ושהם יידונו מעתה בדרך כלל בבתי המשפט הרגילים – ולא בבג"ץ. כפי שציין יצחק זמיר בזמנו, החלטת בג"ץ בפרשת פסטרנק התקבלה "כאילו במפתיע".³⁵⁵ "במפתיע" כיצד? כיוון שעד לאותה עת³⁵⁶ נראו השניים – בג"ץ והמכרזים הציבוריים – "כמו זוג שחי יחד, בשלום ובאהבה [...]".³⁵⁷ נוסף על כך, לא ניתן סימן מקדים לפירוד הצפוי בין השניים בדבר חקיקה שהתקבל סמוך לפסק הדין. במקום זאת חל היפוך בסדר הדברים, שכן כפי שראינו זה עתה, המחוקק הסמיך את בתי המשפט לעניינים מינהליים לדון בסוגיות מכרזיות רק כעשור לאחר שבג"ץ אמר את דברו בפרשת פסטרנק.³⁵⁸ עוד יש לציין שפסק דין זה אינו מתבסס דוקטרינרית על פרשנות חדשה לדבר חקיקה ותיק.³⁵⁹ לבסוף יוזכר, שפרשת פסטרנק פרצה דרך חדשה בפסיקת בג"ץ, כפי שהבהירו פרשת

עורכי הדין בישראל (פורסם בנבו, 17.7.2006). כן ראו ס' 6 לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, לעיל ה"ש 343.

351 כפי שארחיב מיד, אפשר לטעון שתקדים ישראלי זה נשען, גם אם מבלי משים (ראו להלן ה"ש 381), על התקדים המנדטורי שקבע מייסדו של בג"ץ, זקן השופטים הייקרפט. ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 8 ופרק ה.3. למאמר.

352 וראויים לציון בהקשר זה הם הדברים שאמר הנשיא שמגר, המובאים להלן בטקסט ליד ה"ש 383.

353 בלשונו של השופט חשין בפרשת סוקר, לעיל ה"ש 227, בעמ' 250.

354 בג"ץ 991/91 פסטרנק נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50 (1991).

355 יצחק זמיר "מכרזים ציבוריים בבית-משפט אזרחי" משפט וממשל א' 197, 197 (1992) (להלן: זמיר "מכרזים בבית-משפט אזרחי").

356 ודאי שמאז בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טו 20 (1962), שבו קבע בג"ץ בבירור שנתונה בידו הסמכות לדון במכרזים ציבוריים. ראו גם יצחק זמיר "דיני מכרזים ציבוריים" הפרקליט כ 226, 230–232 (1964).

357 זמיר "מכרזים בבית-משפט אזרחי", לעיל ה"ש 355, בעמ' 197.

358 ראו ס' 7 בתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים.

359 השוו לרע"א 1287/92 ראש המועצה הדתית טבריה נ' צמח, פ"ד מו(5) 159 (1992).

חלפון ובנותיה שלה (בראשן פרשת סוקר),³⁶⁰ אשר העבירו לבתי המשפט האזרחיים ה"רגילים" את חלק הארי של עניני התכנון והבנייה.³⁶¹ הפסיקה דנן הובילה אפוא לרפורמה חקיקתית בסמכות השיפוט בעניינים מינהליים, ששיאה היה ביסודה של ערכאה חדשה (בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים) הדנה בשורה ארוכה של סוגיות מינהליות.³⁶² עם זאת יש לשוב ולהדגיש כי חרף התרחשות הרפורמה וגם לאחריה, עדיין נתון בידי שופטי בית המשפט העליון כוח רב בקביעת גבולותיה, ומכאן בקביעת גבול סמכות השיפוט שלהם עצמם. זאת לפחות בשני האמצעים הפורמליים האלה: ראשית, בהענקת זכות וטו לנשיא בית המשפט העליון בקביעת רשימת העניינים שבהם יוסמכו לדון בתי המשפט המחוזיים בשבתם כאמור – זאת כיוון שחוק בתי משפט לעניינים מינהליים קובע (בסעיף 7) כי נשיא בית המשפט העליון, לצד שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הם שיקבעו את הרשימה. שנית, בית המשפט העליון חזר והכריז כי החוק הזה אינו גורע במאומה מסמכות השיפוט של בג"ץ.³⁶³ בהמשך לכך קבע בג"ץ שגם לאחר קבלת החוק:

סמכות סיווגו של ענין מינהלי, הנתון בסמכות בג"צ, כמצוי בסמכות מקבילה של בית המשפט המחוזי הדין בענין אזרחי, נתונה באופן טבעי לבית המשפט הגבוה לצדק. על פי ההלכה הפסוקה, מבחני הסיווג הם מורכבים: הם נשענים לא רק על מהותו העניינית של הנושא, כטעון יסודות מינהליים ואזרחיים, אלא מתלווים אליו גם מבחנים נוספים, פונקציונאליים בעיקרם, השאובים מצרכים של מדיניות שיפוטית, ומעוגנים בשיקולי יעילות מערכתית ואיזון בין ערכאות השיפוט. מבחנים אלה, שעניינם משיק לשאלות שבמינהל שיפוטי, מקומם מעצם טיבם להישקל בערכאה העליונה שבפניה מצוי מערך הנתונים הרלבנטי במלואו אשר אינו מצוי דרך כלל בפני הערכאות הדיוניות. יתר על כן, שיקול הדעת הנתון לבג"צ להעביר ענין מינהלי להכרעה בבית משפט אזרחי עם סיווגו כענין הנתון לסמכות מקבילה נשאב מאופייה המיוחד של סמכות בג"צ והצווים הפרוגטיביים שבסמכותו ליתן [...] ³⁶⁴.

360 ראו לעיל ה"ש 353.

361 כידוע, נכללת בפרשת סוקר ביקורת תקיפה של השופט חשין על גישתם של חבריו, ובראשם הנשיא ברק, בסוגיות דנן. ראו פרשת סוקר, לעיל ה"ש 227. נראה שפרשת צ'רני, לעיל ה"ש 350, מסמלת את דחייתה של גישתו של השופט חשין.

362 ראו לעיל ה"ש 344–350 והטקסט לידן. להמשכה של רפורמה זו, ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 386–388.

363 ראו פסקי הדין הנזכרים לעיל בה"ש 350.

364 פרשת צ'רני, לעיל ה"ש 350, בפס' 22 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

לא אאריך עוד במהפכה (הפסוקה והחקוקה) שחוללה פרשת פסטרנק.³⁶⁵ כוונתי הייתה להראות כי סיפור המעשה העומד במרכזו של מאמר זה נותן סימנים לעתיד; מדוע יש בו כדי לבשר הן את פרשות פסטרנק, סוקר וצ'רני ואף את חלוקת העבודה הנוכחית (לאחר שהתקבל חוק בתי משפט לעניינים מינהליים) בין הערכאות.

והערה אחרונה בהקשרה של הפסיקה דנן: אין עוררין על חשיבותם של פסקי הדין בפרשות פסטרנק, סוקר וצ'רני. עם זאת יש להדגיש שוב שאין להסתפק בהם. מאמר זה מבהיר היטב מדוע שומה עלינו לבחון את האופנים השונים שבהם פעלו שופטי בית המשפט העליון לעצב את סמכות השיפוט שבידם לא רק על סמך פסקי הדין שלהם אלא אף כפי שהם באו לידי ביטוי באתרים נוספים. חשיפת פרוטוקול השופטים היא צעד אחד בכיוון זה. עוד ניתן להזכיר בהקשר זה למשל את מעורבותו הנמשכת והמכרעת של השופט זמיר בקביעת תוכנה וקצבה של רפורמת השיפוט בעניינים מינהליים שבישר חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים.³⁶⁶ כן ניתן לציין ששופטי בית המשפט העליון הם שעמדו בראש ועדות ציבוריות שבחנו את סמכויותיהם של כלל בתי המשפט השונים – ובהם כמובן בית המשפט העליון, על שני אגפיו.³⁶⁷

נראה אפוא שהיה בסיפור המעשה שבמאמר כדי לבשר בצורה כללית ששופטי בית המשפט העליון יהיו בעלי השפעה מכרעת בקביעת סוגי העניינים הראויים להיכלל בתחום סמכותם. פרשת פסטרנק ונגזרותיה תומכות בבירור בטענה זו, ככל שהיא מתייחסת לסמכות בג"ץ. אך גם חסימת זכות הערעור מבית משפט השלום לבית המשפט העליון תומכת בכך, אף על פי שדומה שאין עוסקים בה עוד.

למעשה, ניתן לטעון, לכאורה באופן פרדוקסלי, כי דווקא העובדה שאין מציעים עוד את קביעת הזכות לערער לבית המשפט העליון במישרין מבית משפט השלום³⁶⁸ מלמדת לא פחות, ואולי אף יותר, על ניצחון קרב הבלימה שהובילו זמורה ואולשן.³⁶⁹ שכן כפי שראינו, הגם שהצעה לקבוע זכות ערעור זו לא הייתה בגדר קונצנזוס בקרב אנשי המשפט של דור תש"ח, אי אפשר היה להתעלם מהעובדה שטעמים כבדי משקל ומשפטנים בעלי משקל עמדו מאחוריה. לדוגמה, כפי שראינו,³⁷⁰ שלום הורוביץ, עורך הדין הנודע שהקים את פירמת עורכי הדין הידועה הנושאת עד היום את שמו,³⁷¹ ומי שהיה מקובל על רבים כמועמד מוביל לכהן כנשיאו הראשון של בית המשפט העליון

365 אך ראו עוד להלן ה"ש 386–388 והטקסט לידן.

366 ראו שם; וכן מזוז, לעיל ה"ש 344.

367 ראו הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט דו"ח הועדה (1980); הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל דו"ח הועדה (1997) (להלן: ועדת השופט אור).

368 לחריג לכך, ראו דיונה של ועדת השופט אור, שם, בעמ' 88–89 תחת "ערעור מדלג".

369 השוו לדין שנערך אצל STEVEN LUKES, POWER: A RADICAL VIEW 108–151 (2nd ed. 2005).

370 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 71.

371 ראו לעיל ה"ש 52.

במדינת ישראל, משה זמורה,³⁷² הציגו בתזכיר שכתבו יחדיו ערב הקמת המדינה את קביעת הזכות לערעור ישיר מערכאה ראשונה לאחרונה. והנה לאחר פרוטוקול השופטים הגיעה הצעה זו לקץ דרכה (לפחות נכון למועד שורות אלה). לכן ניתן לטעון שהסרתה מסדר היום המשפטי במדינת ישראל – זאת לעומת המשך הדיון בסוגיות הכרוכות בסמכות בג"ץ – ראויה להיחשב לניצחון מזהיר במיוחד שנחלו השופטים בהזדמנות זו. לאמור, גם בגזרה זו נקבע תקדים בפרוטוקול השופטים.

3. ועוד קודם לכן

כפי שרמזתי במבואו של המאמר הנוכחי,³⁷³ היה תקדים משמעותי למעורבות זו שנקטו שופטי בית המשפט העליון של מדינת ישראל בשנות החמישים, אשר תוארה בפרקיו הקודמים של המאמר. בכך כיוונתי לצעדים הנחרצים שנקט זקן השופטים האנגלי סר הייקרפט בראשית שנות העשרים למען הקמתו של בג"ץ; צעדים שבגינם יש לראות בו, בוודאי יותר מבכל אדם אחר, את אביו מולידו של בג"ץ. במאמר קודם אשר עסק בסיפור לידתו של בג"ץ בראשית ימי המנדט הבריטי נפרסו מקורות ראשוניים שעסקו בהקמת מערכת המשפט המנדטורית לאחר שארץ ישראל נכבשה על ידי הבריטים בשלביה האחרונים של מלחמת העולם הראשונה.³⁷⁴ מקורות אלה הראו שהייקרפט הוא שהציע לכוון בארץ ישראל את בג"ץ.³⁷⁵ כן חשפו המקורות, שבהציעו זאת עיקר דאגתו של הייקרפט לא הייתה נתונה לשמירה על זכויות הפרט בארץ ישראל.³⁷⁶ מטרה זו, במידה שהושגה בעצם ימי המנדט,³⁷⁷ לא הייתה אלא כעין תוצר לוואי למטרות העיקריות שהנחו את הייקרפט. מה היו אותן מטרות? חיזוק מעמדו של בית המשפט העליון והגנה על מצודתה של הרשות השופטת, שבראשם הוא עמד, כמו גם הבטחת יכולתם של בכירי השופטים (והייקרפט, בוודאי, בתוכם) לשלוט במהלכי בתי המשפט שמתחתיו. בעקבות זאת האופן שבו הובנה בג"ץ הפקיד בידי הייקרפט ויורשיו את אשפת הצווים הפררוגטיביים לשם קידומן של מטרות אלה.³⁷⁸ כל זאת עלה בידו של הייקרפט לעשות לנוכח מציאות לא פשוטה. די אם אזכיר כי הארץ הייתה ארץ-מריבה, מפולגת ושסועה. כמו כן היא הייתה נתונה במשטר מקומי ריכוזי ביותר, שבמרכזו עמד הנציב העליון,

372 ראו לעיל ה"ש 306.

373 לעיל הטקסט ליד ה"ש 8.

374 ראו שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 5.

375 ראו שם, בעיקר בעמ' 268, 274–279.

376 השוו לדברי השופט אגרנט בעניין עורך "דבר", לעיל ה"ש 29, בעמ' 1047.

377 לשאלה זו ראו למשל לחובסקי "בין מנדט למדינה", לעיל ה"ש 120, בעמ' 704–712.

378 ראו שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 5. כן ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 364, לדוגמה לשימוש שעושה כיום בית המשפט העליון בנתון זה.

אשר להלכה ולמעשה היה ראש הרשות המבצעת, שלט במהלכי החקיקה המקומית ואף חלש על מינויים של השופטים.³⁷⁹

נקודת מבט זו מציעה כי התקיימה המשכיות מאירת עיניים בין ימי תחילת השלטון המנדטורי בארץ לבין ימיה של מדינת ישראל הצעירה. המאמר הנוכחי מלמד כי באופן דומה לכך, גם לאחר עזיבת הבריטים את הארץ השכילו שופטי בית המשפט העליון לנווט את הליך החקיקה שנגע לסמכות השיפוט של בית המשפט שבו שירתו בכיוון שנראה רצוי בעיניהם. נראה שכפי שהיה בכוחו של הייקרפט להקים את בג"ץ בארץ בשנות העשרים – אף על פי שהדבר לא היה הכרחי כלל בעת שנעשו הדברים – כך מסתבר היה ככל הנראה בכוחם של שופטי בית המשפט העליון של ראשית שנות החמישים למנוע את נטילתו מידם – הגם שהוצגו טעמים טובים לעשות כן. בשני המקרים עמדו שופטים מבית המשפט העליון בפני כוחות חזקים, ובשניהם, בוודאי במבחן התוצאה, הם יכלו להם.

אכן, ברמה מסוימת של הפשטה יש קווי דמיון ברורים בין הנסיבות המשטריות פוליטיות שאפפו את הקמתם של בית המשפט העליון ושל בג"ץ בתחילת המנדט לבין הקמתם מחדש סמוך לאחר ההכרזה על כינונה של מדינת ישראל. ידוע לכול היטב כי גם מדינת ישראל הוקמה בנסיבות קשות, שהרי ההחלטה על עצמאותה לא נבעה משוך היריבות שפילגה את הארץ לכל אורך תקופת המנדט, ואף לא בישרה אותה. נהפוך הוא: המדינה הוקמה לתוך מלחמה נוראה שנוהלה, מצדה של מדינת ישראל, על ידי רשות מבצעת רבת כוחות. יתרה מכך, בדומה להייקרפט, גם יורשיו הישראלים ביקשו להבטיח את מעמדם שלהם במדינתם הצעירה. אף הם קמו ועשו מעשה לבל יהפוך בית המשפט העליון "לא רק לבית משפט מחוזי, אלא נמוך מזה";³⁸⁰ גם הם, כמו הייקרפט לפניו, ראו בהחזקת בג"ץ ברשותם הכרחית לשם כך.³⁸¹ ניתן לטעון שמפרספקטיבה זו אין זה מפתיע שכעבור כמה עשורים יאמר נשיא אחר של בית המשפט העליון, הנשיא

379 ראו שם, בעמ' 234, 247–251. עוד אזכיר כי באופן כללי גילו רבים בבירת האימפריה הבריטית ובבירות אחרות בעולם עניין בנעשה בארץ ישראל שלאחר "שחרורה" מתורכיה. גם בגינו של נתן זה, ניתן להעריך, לא היה זה מובן מאליו כלל שיעלה בידי הייקרפט להצליח במשימה שנטל על עצמו. ראו בהרחבה, שם, בעמ' 244–247.

380 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 169.

381 למרות קווי דמיון אלה קשה להניח שיוורשו הישראלים של הייקרפט, הנשיאים זמורה ואולשן, היו מודעים לצעדיו אלה של קודמם הבריטי. ואף זאת: ספק אם הם היו נבנים מצעדו האמור של זקן השופטים הבריטי בנסותם לשמר את דמותו המנדטורית של בית המשפט העליון לנוכח האיבה שרווחה בעת ההיא בקרב הציבור היהודי כלפי המשטר הבריטי ששלט זה מכבר בארץ (ראו למשל להב "העוז והמשרה", לעיל ה"ש 127, בעמ' 483; ברק-ארוז "והגדת לבנוך", לעיל ה"ש 286, בעמ' 790–792; ואף לאחרונה ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פס' 59 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 14.5.2012)). ובכל מקרה, אין כל עדות להסתמכותם עליו במערכה שנקטו נגד ההצעה ליטול את בג"ץ מחזקתם.

שמגר,³⁸² כי שופטי בית המשפט העליון מאמינים "שאיננו צריכים לפרוק מעלינו את הטיפול בבג"צים. אנחנו רואים בכך נושא מרכזי ראוי לערכאה העליונה, כי זהו התחליף העיקרי שקיים אצלנו לחוקה כתובה".³⁸³ בדומה לכך, אין זה מתמיה ששופטי בית המשפט העליון טורחים כיום, כאמור, להדגיש שגם רפורמת השיפוט בעניינים מינהליים, שנזכרה לפני כמה פסקאות, לא גרעה כלל מהיקף הסמכות שבידם. והערת הבהרה חשובה לסיכום חלק זה של הדיון: כפי שניסיתי להדגיש במאמר כולו, תהיה זו טעות גסה לדעתי להסיק מהטענה דגן בדבר המשכיות רעיונית בין נשיאותו של הייקרפט לבין נשיאותם של זמורה ואולשן כאילו התקיימה המשכיות טבעית, הכרחית או מקרית, בין בית המשפט שלפני הקמת המדינה לזו שלאחריה.³⁸⁴ כוונתם של הדיונים שערכתי בנוסח הקמתו של בג"ץ בימי הבריטים ובמהלכי כינונם מחדש של בג"ץ ושל בית המשפט העליון עם הקמת מדינת ישראל הייתה (בין השאר) ללמד על הטרחה הרבה שטרחו – כמו גם על המאבקים שנאבקו (גם נגד משפטנים מובילים אחרים) – בכירי השופטים בארץ כדי שבית המשפט שבו הם יכהנו ילבש דמות מסוימת שנראתה רצויה בעיניהם. מכאן שלא היה שום דבר טבעי, הכרחי או אקראי בתצורתו המוסדית של בית המשפט העליון שנוצקה בסופו של הליך החקיקה הישראלי, אשר קבע את סמכות בית המשפט, ושבו היה לאותם שופטים תפקיד פעיל ואף מוביל.³⁸⁵

ו. סיכום: מהפכה שנתאחרה

לאחרונה פורסמה הצעת החוק הממשלתית, המבקשת להסמיך את בתי משפט השלום לדון בעניינים מינהליים.³⁸⁶ הצעת החוק, לפי הכתוב בפתחה, "היא שלב נוסף בתהליך הבניית מערכת השיפוט בעניינים מינהליים, כך שתהיה מורכבת משלוש ערכאות, תהליך

382 ניתן לראות בדבריו שלהלן מתן הסבר מסוים לדברים שאמר בפרוטוקול השופטים קודמו בתפקיד זמורה, לעיל בה"ש 164.

383 ריאיון עם הנשיא שמגר דין ואומר – ביטאון לשכת עורכי הדין חיפה והצפון 2 (יוני 1991). אינני בוחן במסגרת זו את השאלה אם טענה זו עומדת בפני הביקורת. לדיון בכך ראו שגיא "בדידות מזהרת", לעיל ה"ש 5.

384 השוו למשל לאמור לעיל בה"ש 3–4 ובטקסט לידן, וראו את הדיון המקיף שנערך אצל לחובסקי "המשפט המנדטורי ומורשתו", לעיל ה"ש 162.

385 לדיון היסטוריוגרפי רחב, הנוגע למקום שבו עוסק המאמר ולזמנו, ראו שגיא "בדידות מזהרת", לעיל ה"ש 5.

386 הצעת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים (תיקון מס' 75).

אשר החל בחקיקת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 [...]”³⁸⁷ כן נאמר בדברי ההסבר המצורפים להצעת החוק, שקבלתו תשלים את “ההתפתחות של מודל חדש לביקורת שיפוטית על מעשי השלטון, המחליף את המודל המנדטורי שנהג עד שנת 2000 ולפיו רוכזה הביקורת בעניינים מינהליים בעיקר בפני בג”צ”³⁸⁸. הנה כי כן, כך מוצבים להם, זה למול זה, מודל מול מודל: “המודל המנדטורי”, שהלך ונמשך, ללא הפרעה, מימי המנדט דרך ימיה של מדינת ישראל הריבונית ועד לשנת 2000, למול “[ה]מודל [ה]חדש” שבא להחליפו.

עם זאת האופן שבו מנוסחים הדברים מרמז על אכזבה מצדם של מציעי החוק משום שהמודל החדש לא הפציע מוקדם יותר. שהרי כמסופר בדברי ההסבר, כבר לפני יותר משלושים שנה הציע הפרופסור יצחק זמיר את החלפתו של המודל המנדטורי במודל החדש.³⁸⁹ ועוד מסופר שם שגם ועדות בראשות הנשיא לנדוי והשופט אור הציעו (בשנים 1980 ו-1997, בהתאמה) נקיטתם של צעדים בכיוון זה.³⁹⁰ והנה, לדידם של מציעי החוק, למרות עצתם הטובה של כל אלה, רק בסוף שנות התשעים נעשו צעדים שהובילו לחקיקתו של חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים (כזכור, בשנת 2000).³⁹¹ למקרא כל זאת עולה התהייה: מדוע נתאחרה כל כך עלייתו של המודל החדש לשפיטה בעניינים מינהליים?

מאמר זה מערער כמה הנחות יסוד הנובעות מדברי ההסבר. הוא הראה שתהא זו טעות להניח ש”המודל החדש” הוצע רק לפני כשלושים שנה. למעשה, המאמר הראה שעיקרו של המודל הוצגו, נדונו ונדחו כבר לפני יותר משישים שנה, סמוך מאוד לימי הקמת המדינה. במילים אחרות, המאמר הראה שרפורמת השיפוט בעניינים מינהליים נתאחרה עוד יותר מכפי שהיה נדמה עד עתה. עוד הראה המאמר ששופטי בית המשפט העליון שיחקו, כפי הנראה, תפקיד מרכזי בדבר.

קביעה זו התבססה על בחינת המהלכים שליוו את הקמתו מחדש של בית המשפט העליון לאחר קום מדינת ישראל. המאמר סיפר על הניסיונות, שעלו אגב כך, לשנות שינוי יסודי את דמותו של בית משפט זה, הן בהעברת קבע של בג”ץ מבית המשפט העליון לבית המשפט המחוזי והן בקביעת זכות הערעור אליו היישר מבית משפט

387 שם, בעמ' 1240. כאמור, חוק בתי משפט לעניינים מינהליים הסמיך את בתי המשפט המחוזיים, בשבתם כבתי משפט לעניינים מינהליים, לדון בשורה ארוכה של עניינים מינהליים. ראו לעיל ה”ש 344-350 והטקסט לידן.

388 הצעת חוק בתי משפט לעניינים מינהליים (תיקון מס' 75), בעמ' 1240.

389 בנקודה זו מפנים דברי ההסבר, משום מה, להדפסה השנייה של ספרו הנודע של יצחק זמיר, שפורסמה בשנת 1981, השפיטה בעניינים מינהליים (הדפסה שנייה, 1981). זאת, אף על פי שהספר הזה פורסם לראשונה כבר בשנת 1975. ראו יצחק זמיר השפיטה בעניינים מינהליים (1975).

390 ראו לעיל ה”ש 367.

391 ואף זאת, כאמור, בליווייה של ועדה בראשות הפרופסור זמיר, שמונה בינתיים לבית המשפט העליון. ראו לעיל הטקסט ליד ה”ש 366.

השלום. המאמר הראה כי שופטי בית המשפט העליון של ראשית שנות החמישים קיבלו עליהם תפקיד פעיל במאמץ לעצור, בצורה החלטית, את שני הניסיונות. צעד זה של השופטים היה בעל משמעות נכבדה. יש בידנו יסוד מספיק להניח שהיה בו כדי לתרום תרומה רבה למניעת התרחשותה של מהפכה של ממש – ולא רק רפורמה (שנאלצה, מכל מקום, להמתין עד לשנות האלפיים) – בתחום השיפוט בעניינים מינהליים, וזאת כבר בשנים הראשונות שלאחר קום המדינה. באותו אופן דומה שאיש אינו דן עוד כיום ברצינות באפשרות שבית המשפט העליון ידון באופן ישיר וסדיר בערעורים על בית משפט השלום.³⁹² מסיבה זו טענתי במאמר כי יש לומר שהשופטים המייסדים של בית המשפט העליון של מדינת ישראל, הם עצמם, קבעו את דמותו של בית המשפט למשך כל ימי המדינה. ועוד הוספתי והצעתי כי אגב כך קובע התקדים שלפיו שופטי בית המשפט העליון הם שיקבעו במידה רבה מתי תהיה השעה נכונה לשתף אחרים בסמכויות השיפוט שבידם. וכך, אם בפרשת סוקר שואל השופט מישאל חשין את חבריו מניין להם הסמכות להעביר חטיבות דין לסמכותו (המקבילה) של בית המשפט האזרחי ("סמכותו של [בג"ץ] מנין זו באה לו?" הוא שואל),³⁹³ ניתן לומר שהתשובה מצויה, בין השאר, בפרשה שסופרה כאן. הואיל ובה כאמור קיבלו עליהם – תקדימית – שר המשפטים, חברי הכנסת, ציבור עורכי הדין, מלומדי המשפט וכלל השופטים את העובדה הבאה כעובדת חיים במדינת ישראל: שופטי בית המשפט העליון הם שיקבעו במידה מכרעת מה ייעשה בסמכות השיפוט של בית המשפט "שלהם".

392 אך ראו האמור לעיל בה"ש 368.

393 פרשת סוקר, לעיל ה"ש 227, בעמ' 255.