

בין "מנדט" ל"מדינה": על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות

מאת

אסף לחובסקי*

סכמות של תיקוף ההיסטוריה משקפות הנחות מוצא אידיאולוגיות. ההיסטוריה של מדינת ישראל ושל המשפט הישראלי לא היתה חופשית מהנחות מוצא כאלה, ובייחוד מהנטייה לראות את העבר מזווית המבט של האידיאולוגיה הציונית. אחת ההשפעות העיקריות של הציונות על קונבנציות התיקוף המקובלות בהיסטוריה של ארץ-ישראל במאה העשרים היתה לחלק היסטוריה זו לשתי תקופות: תקופת המנדט ותקופת המדינה. בשל חלוקה זו יחסו אירועים מרכזיים במשפט הישראלי של שנות החמישים — כמו החקיקה המקיפה בתחום דיני העבודה או הופעתו של שיח זכויות חוקתיות בפסיקה בית-המשפט העליון הישראלי — לגורמים פני-ישראליים, כמו המחויבות הסוציאליסטית של תנועת העבודה או הרצון ליצור בארץ-ישראל מדינה יהודית שתהיה "אור לגויים".

אם נזנח את קונבנציות התיקוף המקובלות של ההיסטוריה של המשפט הישראלי, נגלה כי לא ניתן להבחין בבירור בין התקופה שמיד לפני קום המדינה לבין התקופה שמיד לאחריה. ראשית, משום שהתהליכים המשפטיים בתחום דיני העבודה והמשפט החוקתי — שמקובל לראותם כאילו החלו רק בשנות החמישים — החלו עוד קודם לכן, במהלך מלחמת העולם השנייה. שנית, משום שהתהליכים מסוימים, שניתן היה לצפות כי יתרחשו לאחר הכרזת העצמאות — כמו ניתוקה של שיטת המשפט הישראלית משורשיה האנגליים ויצירת שיטת משפט חדשה, אשר תתבסס על המשפט העברי או על מקורות קונטיננטליים — לא אירעו.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת הל-אביב. ברצוני להודות לדפנה ברק-ארוז, לאייל גרוס, לרון חריס, לפנינה להב, לסנדי קדר, ליוזם שחר, לרון שמיר למשתתפים בסמינר המחלקתי של המכללה למנהל ולחברי מערכת משפטים על הערותיהם לטיוטות קודמות של המאמר. כמו כן ברצוני להודות למתן אוריין, לרות בן-ישראל ולמכון צגלה למשפט משווה ולמשפט בינלאומי פרטי על סיועם בשלב המחקר.

- א. מבוא. ב. "מהפכות" מנרטוריות. 1. חקיקת עבודה בארץ-ישראל בשנות הארבעים;
 2. שיח זכויות חוקתיות בשנות הארבעים; ג. "מהפכות" ישראליות שלא אירעו.
 1. משפט עברי; 2. משפט קונטיננטלי. ד. סיכום.

א. מבוא

שאלות של תיקוף (פריודיזציה) הן חלק בלתי נפרד מעבודתו של כל היסטוריון. היסטוריונים עוסקים בהבדלים בין מאות או בין עשורים שונים, וכאבחנה בין "דורות" ובין "שלבים" שונים. לפיכך, חלק נכבד מהכתיבה ההיסטורית מתמקד בהגדרת הגבולות והמהות של תקופות – למשל, בחיחום ובאפיון של "ימי הביניים", "הרנסאנס" או "ההשכלה"¹.

הדיון בגבולותיהן של תקופות היסטוריות איננו רק דיון טכני. אופני תיקוף וקטגוריות תיקוף אינם צומחים יש מאין. אין הם קיימים באופן "טבעי" בהיסטוריה. הם נוצרים ומשרתים מערכים אידיאולוגיים גלויים וסמויים. הקטגוריות שבעורתן אנו מחלקים את ההיסטוריה לתקופות (כמו קטגוריות בכל תחום) קובעות את העובדות שבהן אנו מתמקדים ואת העובדות שמהן אנו מתעלמים. תיקופה של ההיסטוריה יוצר את המסגרת למחקר ואת מבנה הנרטיב ההיסטורי. סכמות תיקוף קובעות את דרכי פעולתם של מוסדות ואת היקפם של משרות אקדמיות וחוגים אוניברסיטאיים. בסופו של דבר, האופן בו אנו מחלקים את ההיסטוריה לתקופות מלמד (וקובע) גם כיצד אנו רואים את עצמנו. סכמות תיקוף יוצרות "נקודות התחלה" של סיפורים היסטוריים ומבחינות בין הקרוב לרחוק, בין ה"אני" ל"אחר", ובכך הן מגדירות זהויות עצמיות. דיון בקטגוריות ובסכמות תיקוף הוא לפיכך תנאי מוקדם להבנה טובה יותר של ההיסטוריה ושל עצמנו².

העניין בבעיות תיקוף החל להופיע לאחרונה גם בכתיבה העוסקת בהיסטוריה של ארץ-ישראל במאה העשרים. אחת מנקודות הציון המרכזיות בסכמת התיקוף המקובלת של ההיסטוריה של ארץ-ישראל במאה העשרים היא שנת 1948. שנה זו נתפסת, אצל

1 ראו, למשל, M. Bloch *The Historian's Craft* (Manchester, trans. by Peter Putnam, 1992) 146; D.H. Fischer *Historians' Fallacies: Toward a Logic of Historical Thought* (New York, 1970) 144-146; "שביט" חיקוף ריחוק החקופה' ב'מקצב הזמן הקצר' כאתגר היסטוריוגרפי" המזרח החדש לו (תשנ"ד) 3, 4-5.

2 ראו, למשל, Raphaël Valéry & Olivier Dumoulin "Avant propos" in: *Périodes: La construction du temps historique* (Paris, ed. by Olivier Dumoulin & Raphaël Valéry, 1991) 9; J.G.A. Pocock "The Limits and Divisions of British History: In Search of the Unknown Subject" 87 *American Historical Review* (1982) 311, 313.

היסטוריונים "ישנים" ו"חדשים" כאחד, כשנה מהפכנית, בה נהפך העולם והשתנו סדרי בראשית: שהרי לפני שנת 1948 היתה ארץ-ישראל טריטוריה אחת נתונה תחת שלטון בריטי ובה רוב ערבי ומיעוט יהודי, ואילו לאחר שנת 1948 חולקה ארץ-ישראל למדינה יהודית ריבונית ולשטחים בשליטה ירדנית ומצרית, חלק נכבד מהאוכלוסיה הערבית בשטחים שהפכו לשטחי מדינת ישראל עזב או גורש, והיישוב היהודי החל תהליך של שינוי דמוגרפי וחברתי מסיבי, עקב קליטת גלי הגירה המונית מאירופה ומאזנות ערב. דומה, לכן, כי הן בקרב ה"ממסד" ההיסטוריוגרפי והן בקרב החולקים על ממסד זה מוסכם, כי שנת 1948 היא נקודת מפנה, שבעקבותיה השתנו פניה של ארץ-ישראל ללא הכר³.

מרכזיותה של שנת 1948 קשורה, בין השאר, לאופיה המיוחד של ההיסטוריוגרפיה הישראלית, הן ה"ישנה" והן ה"חדשה". היסטוריוגרפיה זו שמה דגש רב יחסית על היסטוריה פוליטית ודיפלומטית (בהן הגיבורה הראשית היא "המדינה"), ומתייחסת פחות לסוגי היסטוריה אחרים (כגון היסטוריה אינטלקטואלית או תרבותית), שגבולותיהם ותקופותיהם אינם חופפים בהכרח את גבולותיה ותקופותיה של

3 לסכמת הפריודיזציה המקובלת של ההיסטוריה של ארץ-ישראל, בה תופסת 1948 מקום מרכזי, ניתן ביטוי במקומות רבים — החל ב"סדרות דגל" של היסטוריה ישראלית, כמו הסדרה של יד יצחק בן-צבי והוצאת כתר "ההיסטוריה של ארץ ישראל", שערך יעקב שביט בראשיה שנות השמונים (בה הוקדש כרך נפרד ל"מאנדט והכית הלאומי (1917-1947)" וכרך נוסף לתקופת "מלחמת העצמאות"), וכלה באופן חלוקת הקטלוגים הממוחשבים של הספריות הישראליות (למשל, הקטלוג של אוניברסיטת תל-אביב, המבחין בין "Israel-History – 1882-1947" ו"Israel-History – 1917-1947" מאידך "Israel-History – 1947-1956" לבין "Israel-History – 1947-1967" מאידך גיסא. כמו כן ראו שביט (לעיל, הערה 1), בעמ' 10-11. כמובן זה דומה מצבה של ההיסטוריוגרפיה של ארץ-ישראל במאה העשרים למצבה של ההיסטוריוגרפיה הלאומית של אומות אחרות, שאף הן אימצו נקודות התחלה פוליטיות-חוקתיות (כגון מלחמת העצמאות האמריקאית והמהפכה הצרפתית), שהפכו לאחר מכן לנקודות ציון כלליות לכל סוג של כתיבה היסטורית (בין השאר, משום שנקודות אלה הכתיבו את אופן הסידור של הספריות והארכיונים בהם נעזרים החוקרים). לעניין זה ראו, למשל, C. Amalvi "La périodisation du passé national dans le catalogue de l'Histoire de France du département de imprimés de la bibliothèque nationale" *Périodes (supra, note 2)*, p. 15; F. Hildesheimer "Périodisation et archives" (*ibid*), p. 39. גם בכתיבה הביקורתית מוצגת לעתים שנת 1948 כשנה מפנה מבחינה חברתית ומעמדית. ראו, למשל, ש' כרמי וה' רוזנפלד "הכלכלה המדינית של הלאומיות המיליטריסטית בישראל" החברה הישראלית: היכטים ביקורתיים (א' רם עורך, תשנ"ד) 275. אפילו במקרים שבהם נדונה המשכיות בין תקופת המנדט לתקופת המדינה מודגשת דווקא המשכיות בין מוסדותיה של מדינת ישראל ודרכי פעולתה לאלו של היישוב היהודי (ולא של ממשלת המנדט). ראו, למשל, א' שביד "השנה הראשונה: הכרעות ואתגרים" שנה ראשונה לעצמאות, 1948-1949: מקורות, סיכומים, פרשיות נבחרות וחומרי עזר (א' נאור עורך, תשמ"ח) 3-4.

ההיסטוריה הפוליטית⁴. מקומה המרכזי של שנת 1948 הוא גם תוצר של האידיאולוגיה הציונית. ההיסטוריוגרפיה הישראלית של ארץ-ישראל במאה העשרים היא עדיין היסטוריוגרפיה לאומית-יהודית בעיקרה, וככזו היא ממוקדת במידה רבה ביישוב היהודי בארץ-ישראל: עיקר עניינה הוא לספר את תהליך "התפתחותו" של יישוב זה "מיישוב למדינה"⁵. לפיכך, סיפורה של מדינת ישראל מסופר לעתים מנקודת מבט שמגמדת את תרומתן והשפעתן של המסורות והאוכלוסיות הלא-יהודיות בארץ-ישראל על עיצובה של מדינת ישראל. בהקשר זה, תקופת המנדט נתפסת בסכמת התיקוף הציונית המקובלת לכל היותר כתקופת מעבר⁶.

עם זאת, לאחרונה החלו להופיע בקרב העוסקים בהיסטוריה הישראלית קולות הקוראים לבחינה מחדש של המוסכמות ההיסטוריוגרפיות הלאומיות המקובלות, ביניהן השימוש בשנת 1948 כנקודת ציון היסטוריוגרפית מרכזית⁷. עוד קודם לכן הופיעו בכתיבה שעסקה בהיסטוריה החברתית של ראשית המדינה תיאורים שציירו את החברה הישראלית ה"בראשיתית" לא כחברה חדשה לגמרי, אלא ככזו אשר שילבה מהפכנות והמשכיות, שינוי ושגרה⁸.

גם הכתיבה העוסקת בתולדות המשפט הישראלי עושה שימוש בסכמות תיקוף מסוגים שונים? כתיבה "מקצועית" העוסקת בהיסטוריה של המשפט הישראלי היא

- 4 למאפיין זה של ההיסטוריוגרפיה הישראלית ראו D. J. Penslar "Innovation and Revisionism in Israeli Historiography" *7 History and Memory* (1995) 125, 128, 139.
- 5 לעניין זה ראו Z. Lockman *Comrades and Enemies: Arab and Jewish Workers in Palestine, 1906-1948* (Berkeley, 1996) 3-15.
- 6 על סכמת התיקוף הציונית ראו, באופן כללי, Y. Zerubavel *Recovered Roots: Collective Memory and the Making of Israeli National Tradition* (Chicago, 1995) 15-36.
- 7 ראו B. Kimmerling "Academic History Caught in the Cross Fire: The Case of Israeli Jewish Historiography" *7 History and Memory* (1995) 41, 50 ff. לביקורת על אופן התיקוף המקובל של תקופת המנדט (לפי עליית), ולטענה כי אופן תיקוף זה אינו הולם את ההיסטוריה הכלכלית של הארץ, ראו נ' גרוס "הערה לעניין חלוקתן לתקופות של תולדות היישוב בתקופת המנדט" קתדרה 18 (תשמ"א) 174. ראו גם מ' ליסק "סוציולוגים 'ביקורתיים' וסוציולוגים 'ממסדיים' בקהילה האקדמית הישראלית: מאבקים אידאולוגיים או שיח אקדמי ענייני" בתוך ציונות: פולמוס בן זמננו (פ' גינוסר וא' בראלי עורכים, תשנ"ו) 60, 71-72. דומה, כי הבחינה המחודשת של קונבנציות היסטוריוגרפיות מקובלות קשורה באופן הדוק לערעור מעמדה של מדינת הלאום (ובהקשר הישראלי — לעלייתן של גישות הקרורות לרוב "פוסט-ציוניות"). ההיסטוריוגרפיה המודרנית היתה קשורה בראשיתה, כמאה התשע-עשרה, בצמיחת האידיאולוגיות הלאומיות, ולפיכך אין פלא שכיום, עם התערערוחן של אידיאולוגיות אלה, זוכות מוסכמות היסטוריוגרפיות שונות לבחינה מחדש.
- 8 ת' שגב 1949: הישראלים הראשונים (1984).
- 9 לדיון כללי בסכמות תיקוף בהיסטוריה של המשפט ראו, למשל, H. J. Berman *Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge MA, 1983) 18-33.

עדיין דלה יחסית; אולם השימוש בקטגוריות ובאופני חשיבה היסטוריים אינו מוגבל, כמובן, רק להיסטוריונים. גם משפטנים עוסקים בהיסטוריה של המשפט. כך נמצא, כי סכמות תיקוף מסוגים שונים מופיעות בכתיבה על המשפט הישראלי, ולעתים נגלה כי השאלות המרכזיות שעומדות לדיון מופיעות כשאלות של תיקוף. כך, למשל, אחת ההבחנות המרכזיות שהעסיקו את עולם המשפט הישראלי בשנים האחרונות היתה ההבחנה בין שתי תקופות עיקריות בפסיקה בית-המשפט העליון הישראלי: "שנות החמישים" (הכוללות במובלע גם את שנות השישים והשבעים) ו"שנות השמונים" (בהן נכללות גם שנות התשעים)¹⁰. דוגמה נוספת לשימוש בסכמות תיקוף קיימת בוויכוח על "מהפכה" שאירעו (או שלא אירעו) במשפט הישראלי — למשל, "מהפכה" הקודיפיקציה האזרחית בשנות השישים או "המהפכה החוקתית" של שנות התשעים¹¹.

בהיסטוריה של המשפט הישראלי נעשה אם כן שימוש בכמה סכמות תיקוף (המשנתיות, בין השאר, בהתאם לתחום המשפטי הספציפי בו מדובר). במסגרת מאמר זה אין ברצוני לבחון לעומק את המשמעות של כל סכמות התיקוף המופיעות בכתיבה על ההיסטוריה של המשפט הישראלי¹²; במקום זאת ברצוני להתמקד בהבחנה החדה בין

538-540; P. Paschel "Périodisation du droit privé français" *Périodes (supra, note 2)*, p. 187.

10 ראו מ' מאוטנר ירידת המורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג); ר' שחר, ר' חריס ומ' גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון — ניתוחים כמותיים" משפטים כז (תשנ"ו) 119, 204-203.

11 ראו, למשל, א' ברק "ארבעים שנה למשפט הישראלי — דיני הנוזיקן והקודיפיקציה של המשפט האזרחי" משפטים יט (תש"ן) 631; א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9; והשוו משפטים כח (תשנ"ז), חוברת המוקדשת לשאלה "מהפכה חוקתית — האמנם? ולאן?"; ר' עמית "העמדות של (ה)קאנון: הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 81, 120. כמו כן ראו (ביחס לשנות השבעים) גם C. Klein "A New Era in Israel's Constitutional Law" 6 *Isr. L. Rev.* (1971) 376. בהקשר ההיסטורי הכללי ובהקשר של ההיסטוריה של המשפט, ראו, למשל, R. Koselleck *Future's Past: On the Semantics of Historical Time* (Cambridge MA., trans. by Keith Tribe., 1985) 39; Berman (*supra, note 9*), pp.18-20.

12 כל סכמה כזו מעוררת שורה של שאלות מעניינות (למשל, האם ההבחנה בין תקופות שונות מתייחסת לכל סוגי "המשפט" או רק לאלמנטים מסוימים (פסיקה, חקיקה, או מערכות משפט לא ממשלתיות), ואם לא — מדוע? מה הקשר בין אופן התיקוף של ההיסטוריה של המשפט לבין אופן תיקופה של ההיסטוריה הכללית, החברתית או האינטלקטואלית של ישראל, ועוד).

"תקופת המנדט" ל"תקופת המדינה", הקיימת בכתיבה העוסקת בהיסטוריה של המשפט הישראלי¹³.

בשנת 1948 השתנה אופיה של מערכת המשפט (הממשלתית) של ארץ-ישראל מבחינה חוקתית, מוסדית ופרסונלית. כך, למשל, נותקה זיקתה הפורמלית של ארץ-ישראל לאימפריה הבריטית עם הקמת המדינה, ומערכת המשפט המקומית הפכה לבלתי-תלויה בערכאות הערעור האימפריאלית (ה-Privy Council) בלונדון. השופטים הבריטיים שאיישו את מרבית משרות השיפוט הבכירות במערכת — כמו גם אנשי החקיקה הבריטיים, שישבו במשרדו של היועץ המשפטי לממשלת ארץ-ישראל — הוחלפו בשופטים ובפקידים יהודים, שרובם הגדול לא היו קשורים למערכת השלטונית הבריטית בזמן המנדט¹⁴. גם מבחינת הדוקטרינה המשפטית נתפס המעבר בין משפט המנדט למשפט המדינה כמעבר חריף וחד. אומנם, עם הקמת המדינה נשמרה, פורמלית, הרציפות המשפטית על-ידי סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, אשר קבע כי המשפט שהיה קיים בארץ ערב הקמת המדינה יעמוד בתוקפו "בשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה"; אולם שמירת הסטטוס-קוו המשפטי העותמאני-בריטי נתפסה (ובמידה רבה עדיין נתפסת גם כיום, חמישים שנה לאחר קום המדינה) כעניין "זמני" בלבד, עד שיוחלף המשפט המנדטורי במשפט ישראלי מקורי¹⁵. משום כך תוארו שנות החמישים כתקופה ה"פורמטיבית" של המשפט הישראלי¹⁶,

13 כפי שמלמדת, למשל, כוחרת ספרו של אלעזר מלחי (שעדיין משמש כספר יסוד על ההיסטוריה של המשפט הישראלי), בה נעשית הבחנה חדה בין המשפט המנדטורי למשפט של מדינת ישראל. ראו א' מלחי תולדות המשפט בארץ ישראל (מבוא היסטורי למשפט במדינת ישראל) (מהדורה שנייה, תשי"ג).

14 על השינויים המוסדיים והפרסונליים במערכת השלטון והמשפט ראו, למשל, פ' להב "העזו והמשרה: בית-המשפט העליון כעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד (החשמ"ט) 479; א' רובינשטיין שופטי-ארץ: לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון בישראל (תשמ"א) 33-78; וראו גם פ' מדינג "מוסדות השלטון בשנת העצמאות הראשונה" שנה ראשונה לעצמאות, 1948-1949: מקורות, סיכומים, פרשיות נבחרות וחומרי עזר (א' נאור עורך, תשמ"ח) 69. על השינוי החוקתי ראו א' רובינשטיין וב' מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז) 43-82, ובמיוחד עמ' 63 ("עלינו לזכור, כי המדינה לא היתה יורשת או חליפה של ארץ-ישראל המנדטורית, וכי עם הפסקת המנדט והקמת המדינה נותקה כליל הרציפות המשפטית, והוקמה מדינה חדשה, שדבר אין לה עם קודמתה. כדבריו הציוניים של השופט חשין: 'עם קום מדינת ישראל נבראה בריאה חדשה, אשר אין לה כל סימני היכר וכל אותות הזדהות עם הגוף המדיני הקודם, אשר שבק חיים לכל חי בשעות האחרונות של יום ה'14 במאי 1948'").

15 ראו דיון להלן, פרק ג.

16 ר' חריס "המשפט הישראלי" עידן: העשור הראשון, תש"ח-תשי"ח (צ' צמרת וח' יבלונקה עורכים, תשנ"ח) 244. לעמדה לפיה דווקא תקופת המנדט היתה התקופה הפורמטיבית של המשפט הישראלי,

ומשום כך, כאשר נערך בשנת 1988 באוניברסיטה העברית כנס אקדמי שעסק ב"ארבעים שנה למשפט הישראלי", לא נתפסה תקופת המנדט כחלק מהותי מההיסטוריה של המשפט הישראלי, והשיטה הישראלית עצמה תוארה כ"מעוטת שורשים...[ן]עולת ימים, בת ארבעים בסך הכל, אשר לא אימצה לה אם שממנה היא יונקת, ולא אב שלעזרתו היא נושאת את עיניה"¹⁷. תיאורים אלה, המדגישים את "צעירותו" של המשפט הישראלי, הם לעתים תוצאה של מסגרות תיקוף שהוכתבו על-ידי גורם חיצוני¹⁸; אך דומה כי לעתים גם עומדת מאחריהם — במודע ושלא במודע — תפיסה יהודית לאומנית של ההיסטוריה הישראלית החותרת להתעלם או למחוק מהיסטוריה זו את עברנו הלא-יהודי, העותמאני או הבריטי.

גם בקרב העוסקים בהיסטוריה של המשפט הישראלי הופיעו לאחרונה קולות הקוראים לבחינת הקונבנציות המקובלות של היסטוריה זו¹⁹. במאמר זה ברצוני להצטרף לקולות אלה, ולטעון כי ככל שהדבר נוגע להיסטוריה המשפטית של ארץ-ישראל, קיימים תחומים שבהם אין משמעות רבה לשנת 1948 — שכן חלק מהאספקטים

ראו Y. Shachar "History and Sources of Israeli Law" in: *Introduction to the Law of Israel* (A. Shapira and K.C. DeWitt-Arar, eds.) 1, 4.

17 "דברים מאת פרופ' מנחם אלון, המשנה לנשיא בית המשפט העליון [בכנס ארבעים שנה למשפט הישראלי]" משפטים יט (תש"ן) 543, 544 (זהו ביטוי אחד לסוגיית תפיסת הגיל של שיטת משפט, שדין נרחב בה נערך על-ידי יורם שחר). ראו גם א' הרנון "דברי פתיחה" (שם), בעמ' 541 ("אין זה סיכום של ארבעים שנה רגילות, אלא של ארבעים השנים הראשונות, דהיינו: של תקופה של התהוות ויצירה" [ההרגשה הוספה, א.ל.]). תפיסה זו קשורה אולי גם לכך שהאכסניה בה התרחש כנס זה — האוניברסיטה העברית — החלה לעסוק בלימודי משפטים רק לאחר קום המדינה. ראו "דברים מאת פרופ' סטיבן גולדשטיין, דיקן הפקולטה למשפטים" (שם), בעמ' 545 ("מחאים ביותר הוא, שהפקולטה למשפטים בירושלים מקיימת כנס זה על המשפט הישראלי מאז קום המדינה, וזאת כיוון שיש קשר הדוק בין המשפט הישראלי העצמאי לבין הפקולטה למשפטים שלנו. עד קום המדינה לא היתה בארץ פקולטה למשפטים שהעניקה השכלה משפטית אוניברסיטאית ועסקה במחקר משפטי ברמה אוניברסיטאית. כאשר קמה המדינה, היה ברור לכולם שכדי לקדם את המשפט במדינה החדשה יש צורך רחוף להקים פקולטה כזאת וכך עשו. היום אנו חוגגים ארבעים שנה למשפט הישראלי ובעוד שנה נחגוג ארבעים שנה לייסוד הפקולטה למשפטים"). לתפיסה אחרת של ההיסטוריה של החינוך המשפטי בארץ-ישראל במאה העשרים, ראו A. Likhovski "Colonialism, Nationalism and Legal Education: The Case of Mandatory Palestine" (Paper presented at the Israeli Legal History Conference, Tel-Aviv and Haifa Universities, May 1997).

18 כך, למשל, מקיימות השנה האוניברסיטאית בארץ פעילויות אקדמיות שעניינן חמישים שנה למשפט הישראלי. אחד המניעים העיקריים לפעילויות אלה הוא קיומם של תקציבים ממשלתיים, שנועדו לתמוך בפעילויות אקדמיות הקשורות לשנת היובל למדינה.

19 ראו ר' שמיר "משפט ולאומיות בישראל, 1919-1929" דב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי (תשנ"ח).

ה"מהפכניים" שנהוג לראותם כמבחינים את שיטת המשפט הישראלית מקודמתה המנדטורית הם תוצאה של תהליכים שהחלו עוד בתקופת המנדט. זאת ועוד: אפשרויות מהפכניות רבות שהיו גלומות במעבר שהתרחש בשנת 1948 משיטת המשפט המנדטורית לשיטת המשפט הישראלית לא באו לידי מימוש²⁰.

ברצוני להצביע במאמר זה על שני תהליכים, שנהוג לראותם כמאפיינים את המשפט הישראלי "החדש" שנוצר משנת 1948 ואילך: יצירת מערכת מקיפה של חקיקת עבודה, והופעתו של שיח זכויות חוקתיות בפסיקתו של בית-המשפט העליון הישראלי. בכונתי לטעון כי תהליכים אלה החלו עוד לפני הקמת מדינת ישראל. כמו כן אדון בשתי "מהפכות" משפטיות פוטנציאליות שלא אירעו – בניגוד למצופה – מיד לאחר הקמת המדינה: איאימוצו של משפט עברי חילוני בתור הבסיס – או לפחות הרקע – ההשראתי של המשפט הישראלי, ואיאימוץ של מאפיינים קונטיננטליים כתשתית לשיטת המשפט הישראלית. בעזרת דוגמאות אלה אראה, כי בחינה ביקורתית של סכמות התיקוף המקובלות של ההיסטוריה של המשפט הישראלי, תוך טשטוש הגבולות בין "תקופת המנדט" ל"תקופת המדינה", היא חיונית להבנה טובה יותר של היסטוריה זו ושל ההיסטוריה הישראלית בכלל.

ב. "מהפכות" מנדטוריות

1. חקיקת עבודה בארץ-ישראל בשנות הארבעים

בתיאור המקובל של ההיסטוריה של דיני העבודה בארץ-ישראל, נהוגה הבחנה חדה בין התקופה שלפני הקמת המדינה לבין זו שלאחריה. לפי הבחנה זו, בתקופת המנדט היה תחום דיני העבודה "אחד מתחומי החקיקה המזונחים ביותר", בעוד שהחקיקה הישראלית בתחום דיני העבודה לאחר הקמת המדינה מתוארת כ"מרשימה למדי"²¹.

20 מובן שאינני בא לטעון, כי בשנת 1948 ומיד אחריה לא אירעו כלל שינויים בשיטת המשפט שהיתה קיימת בארץ-ישראל, או שהשינויים שאירעו (או חלקם) לא היו בעלי חשיבות. כל שברצוני לטעון הוא, שהנטייה הטבעית לאמץ סכמות תיקוף הלקוחות מתחומים אחרים של ההיסטוריה הישראלית עלולה להסתיר תהליכים בעלי משמעות בתחום המשפט, שלא החלו עם קום המדינה אלא עוד בתקופת המנדט.

21 ראו, למשל, I. Zamir "Labour and Social Security" 16 *Scripta Hierosolymitana: Studies in* 298, 300, 321 *Israel Legislative Problems* (1966); "גלעדי דיני עבודה בישראל (השכ"ג) 16: ר' בן-ישראל דיני עבודה בישראל (1989) 23-31, שם נעשית הבחנה בין שלושה שלבים שונים בהיסטוריה של משפט העבודה הישראלי: תקופת המנדט, התקופה שמהקמת המדינה ועד הקמת בית-הדין לעבודה בשנת 1969, והתקופה שלאחר הקמתו של בית-הדין לעבודה. תקופת המנדט מוגדרת

לפי תיאור זה היתה חקיקת העבודה המנדטורית "מפגרת עד כדי בושה", משום שהמחוקק המנדטורי בחר "להזניח במכוון" את תחום דיני העבודה²².

ההבחנה החדה בין התקופה שלפני הקמת המדינה לבין התקופה שלאחריה נסמכת — בין השאר — גם על האמונה כי השלטון היהודי שקם בארץ-ישראל לאחר 1948 היה בעל אתוס סוציאליסטי ו"חזון חברתי"; שלטון שהיה מעוניין — או, לפחות, הרבה יותר מעוניין מהשלטון הקולוניאלי הבריטי — בהגנה על זכויות העובדים. כך, ככל אופן, תוארה חקיקת העבודה על-ידי יוזמיה בשנות החמישים, וכך היא מתוארת על-ידי חוקריה בשנות התשעים²³.

האמונה במחויבות הסוציאליסטית של שלטון מפא"י בשנות החמישים התערערה לאחרונה. כך, למשל, טענו שולמית כרמי והנרי רוזנפלד כי עם הקמת מדינת ישראל שינתה תנועת הפועלים את אופיה, ומתנועה בעלת אידיאולוגיה סוציאליסטית הפכה לנציגתו של מעמד בינוני "ממלכתי" חדש, שתפס את עמדות המפתח במנגנוני המדינה, הצבא והתעשייה שהוקמו בשנות החמישים. עקב כך נזנחה "הפוטנציה הסוציאליסטית" שהיתה גלומה ביישוב ערב הקמת המדינה, והומרה באידיאולוגיה לאומנית-מיליטריסטית²⁴. טענה דומה העלה זאב שטרנהל, כאשר קבע כי כבר בראשית דרכה — עוד בטרם הקמת המדינה — כפפה תנועת העבודה את מחויבותה לאידיאולוגיה הסוציאליסטית למחויבותה ללאום²⁵. לרעיונות אלה היתה השפעה גם בתחום ההיסטוריה של המשפט הישראלי. רון חריס, למשל, טען כי לעתים התנגדו אנשי מפא"י לחקיקה בעלת אופי סוציאליסטי, כגון חקיקה שנועדה לבטל את אפשרות מאסרם של חייבים אזרחיים²⁶.

במאמר זה אין ברצוני לדון באופיה "האמיתי" של תנועת העבודה או במהותה של חקיקת העבודה של שנות החמישים. במקום זאת ברצוני לטעון, כי בין אם חקיקת העבודה של שנות החמישים משקפת סוציאליזם "אמיתי" ובין אם לאו, נקודת המפנה בתחום ההיסטוריה של דיני העבודה בארץ-ישראל נמצאת בתקופת מלחמת העולם

כתקופה של כללי משפט עבודה אוטונומיים ומגוריים (של המגזר היהודי בלבד), שכן המחוקק המנדטורי היה "אדיש" לחקיקת עבודה. (שם, בעמ' 28).

22 י' זמיר "הנשיא צבי בריניב ז"ל ודיני העבודה בישראל" ספר בריניב (א' ברק, מ' גולדברג, י' זמיר, י' אליאסוף עורכים, השמ"ז) 9. לתיאור מפורט של חקיקת העבודה המנדטורית ראו י' אליאסוף "מדיניות חקיקת העבודה בישראל" שם, 55-56.

23 ראו זמיר (לעיל, הערה 21), בעמ' 302-304; זמיר, "הנשיא בר ניב" (לעיל, הערה 22), בעמ' 10.

24 כרמי ורוזנפלד (לעיל, הערה 3), בעמ' 275-327.

25 ז' שטרנהל בנין אומה או תיקון חברה? לאומיות וסוציאליזם בתנועת העבודה הישראלית, 1940-1944 (תשנ"ה).

26 ר' חריס "מדוע לא בוטל מאסר החייבים בישראל בעידן הדומיננטיות של תנועת העבודה?" (טרם פורסם).

השנייה ולא דווקא בתקופה שלאחר הקמת המדינה, וכי הגורם לשינוי לא היה האידיאולוגיה של תנועת העבודה אלא דווקא צורכי האימפריה הבריטית בתקופת המלחמה. לפיכך, בפסקאות הבאות אסקור בקצרה את ההיסטוריה של חקיקת העבודה בתקופת המנדט²⁷.

בתקופה העותמאנית הוסדרו יחסי העבודה במסגרת דיני השכירות של המג'לה, אם כי נושא השכיתה זכה להסדר במסגרת חקיקתית נפרדת²⁸. ההיסטוריה של חקיקת העבודה בארץ-ישראל של תקופת המנדט מתחילה בשנת 1922. בשנה זו הכין המפקח על העבודה של ממשלת המנדט, אלברט הימסון, תזכיר שדן בהצעה לחוקק חקיקת עבודה בארץ-ישראל. בתזכירו קבע הימסון כי המצב הכלכלי של ארץ-ישראל אינו מצדיק עדיין חקיקת עבודה, שכן טרם התפתחה בארץ-ישראל תעשייה²⁹. חוסר העניין בהסדרה משפטית של יחסי העבודה בארץ-ישראל נבע לא רק ממידת התפתחותה של הכלכלה בארץ-ישראל אלא גם מסיבות אחרות. ראשית, עד שנות השישים של המאה העשרים נרתעו ארגוני העובדים האנגלים, וגם המשפט האנגלי, מהתערבות משפטית ביחסי עבודה, וכתוצאה מכך היה היקפם של דיני העבודה האנגליים במחצית הראשונה של המאה העשרים מצומצם יחסית להיקף משפט העבודה במדינות מערביות אחרות³⁰. שנית, המדיניות של משרד המושבות הבריטי גרסה אי-התערבות ביחסי העבודה במושבות, שכן התערבות לטובת הפועלים היתה יכולה לעורר עוינות בקרב האליטות המקומיות שעליהן נסמך השלטון הקולוניאלי הבריטי³¹. שלישיית, בהקשר הפוליטי הספציפי של ארץ-ישראל בראשית שנות העשרים תפסו הפוליטיקאים הערביים את פעולותיהם של הימסון ושל נורמן בנטוויץ, היועץ המשפטי של ממשלת ארץ-ישראל — שניהם יהודים במוצאם — כחלק ממזימה ציונית לדחוק את רגלי הערבים. ייתכן כי

27 עד היום אין מחקר ממצה של ההיסטוריה של דיני העבודה בתקופת המנדט. לדיונים חלקיים ראו זמיר (לעיל, הערה 21); B.J. Smith *The Roots of Separatism in Palestine: British Economic Policy, 1920-1929* (Syracuse, 1993) 139-145; מלחי (לעיל, הערה 13), בעמ' 163-165; ר' בן-ישראל (לעיל, הערה 21), בעמ' 23-28.

28 י' בר-שירה ילקוט דיני עבודה ופועלים במשפט הארץ-ישראלי (תרפ"ט) 3, 182. ברצוני להודות לפרופ' רות בן-ישראל על שהעמידה ספר זה לרשותי.

29 גנוך המדינה, ירושלים (להלן: "JSA"), חטיבה (להלן: "RG") 3, תיק LS 606/23, Haymson, "Labour Legislation in Palestine" 19 May 1922; LS 606/23, Haymson to Deedes, 13 March 1923.

30 ראו, למשל, P. Davis & M. Freedland *Labour Legislation and Public Policy: A Contemporary History* (Oxford, 1993) 8-37.

31 ראו, למשל, Public Records Office, London (hereinafter: "PRO"), CO 733/32, Minutes, Eberhard, 17 June 1922; PRO, CO 733/32, Minutes, Shuckburgh, 20 June 1922.

עובדה זו תרמה אף היא להימנעות מחקיקת עבודה, שהיתה מגבירה את החיכוך בין הממשלה לאליטות הערביות³².

עם זאת, כבר בתקופה מוקדמת זו החלו ניסיונות עקיפים להסדיר את תנאי העבודה בארץ ישראל. כך יזמה ממשלת המנדט בראשית שנות העשרים את חקיקתה של "פקודת סידור המלאכות והתעשיות", שהוראותיה נלקחו מפקודה מצרית מקבילה. פקודה זו עסקה, בין השאר, בקביעת תנאי התעסוקה ושעות התעסוקה של עובדים, והטילה איסור על העסקת ילדים מתחת לגיל מסוים בתעשייה³³. משרד המושבות התנגד לחקיקת הפקודה משום שסבר שמנגנון הפיקוח שנקבע בה יטיל נטל כבד על תקציבה של ארץ ישראל. משום כך עוכבה חקיקת הפקודה במשך זמן רב³⁴. אולם, משרד המושבות הבריטי לא פעל בחלל ריק: בריטניה היתה מחויבת ליצירת חקיקת עבודה בארץ ישראל מכוחן של אמנות בינלאומיות שנתקבלו בכנס העבודה הבינלאומי (International Labour Conference) בארצות-הברית בשנת 1919, ואושרו על-ידי בריטניה בשנת 1921³⁵. חובתה של בריטניה ליישם את אמנות העבודה במושבותיה צומצמה אומנם על-ידי סעיף מיוחד בהסכם השלום של ורסאי, שקבע כי היישום יותנה בהתאמת האמנות לתנאים המקומיים; אולם ככל שהדבר נגע לארץ ישראל, הופעל על בריטניה לחץ בינלאומי לפעול על-פי האמנות. כבר בנובמבר 1924, בישיבתה של ועדת המנדטים

32 ראו, למשל, "Report on the State of Palestine Presented to the Right Honorable Mr. Winston Churchill by the Executive Committee of the Arab Palestine Congress", ISA, RG 65/2, 10; "Arab Resignation from Advisory Council: Serious Crisis in Palestine".

33 ראו PRO, CO 733/18, Samuel to Churchill, 26 January 1922; PRO, CO 733/32, Minutes, Shuckburgh, 20 June 1922.

34 ראו PRO, CO 733/32, Churchill to Officer Administering the Government of Palestine, 22 June 1922; PRO, CO 733/68, Amery to Samuel, 19 June 1924.

35 ראו PRO, CO 854/57, League of Nations, *International Labor Conference: Draft Conventions and Recommendations adopted by the Conference at its First Annual Meeting 29 October — 29 November 1919*; PRO, CO 862/22, replies to Circular Dispatch, 13 August 1921.

Hours of Work (Industry) Convention, 1919, in: International Labour Organization, *International Labour Conventions and Recommendations: 1919-1991* (Geneva, 1992) 1; Unemployment Convention, 1919 (*ibid*), p. 5; Maternity Protection Convention, 1919 (*ibid*), p. 7; Night Work (Women) Convention, 1919 (*ibid*), p. 10; Minimum Age (Industry) Convention, 1919 (*ibid*), p. 16; Night Work of Young Persons (Industry) Convention, 1919 (*ibid*), p. 18.

הפביאנית, סידיני ווב (לורד פספילד) למזכיר המושבות, מונתה בארץ-ישראל ועדה מיוחדת לחקיקת עבודה, שמטרתה היתה שיפור והרחבת חקיקת העבודה בארץ; אולם עבודתה נקטעה בעודה באיבה עקב פרוץ המרד הערבי בשנת 1936⁴⁵. שנות העשרים והשלושים בארץ-ישראל התאפיינו, אם כן, בהופעתה של חקיקת עבודה בתחומים מסוימים. מאפיין נוסף של תקופה זו התבטא באי-אכיפתם של החוקים הקיימים, שכן השלטונות הבריטיים לא הקימו מנגנוני פיקוח שיבטיחו את מילוי הוראות החוק. ההתעלמות מהוראות החוק היתה כה נפוצה עד כי אפילו מחלקות ממשלתיות — כמו מחלקת העבודות הציבוריות — התעלמו מהוראות חוק כגון האיסור על העסקת ילדים צעירים בסוגי עבודות מסוימים⁴⁶.

השינוי הגדול במצב דיני העבודה בארץ אירע בתקופת מלחמת העולם השנייה. מלחמת העולם הכריחה את המחוקק הבריטי לסטות מגישת אי-ההתערבות המסורתית

Matches Prohibition Ordinance 1925, PG, Supp. 1, 342; Mining Ordinance, 1925, PG 1924, Supp. 1, 962; Prevention of Intimidation Ordinance, 1927, PG, 1926, Supp. 1, 569; Workmen's Compensation Ordinance, 1927, PG 1926, Supp. 1, 558; Industrial Employment of Women and Children Ordinance, 1927, PG, Supp. 1, 829; Trades and Industries (Regulation) Ordinance, 1927, PG, Supp. 1, 824; Machinery (Fencing) Ordinance, 1928, PG, 1927, Supp. 1, 896.

בשנת 1934 נחקקה פקודה נוספת, Municipal Corporations Ordinance, 1934, PG 1933, Supp. 1, 1209, שבין השאר עסקה במניעת תאונות בנייה. לפירוש החקיקה ראו PRO, CO 733/441/17, R. M. Graves, "Survey of Labour in Palestine" 41 לדין וביקורת על חקיקת העבודה של שנות העשרים מנקודת ראות יהודית-פועלית, ראו בר-שירה (לעיל, הערה 28).

45 ראו PRO, CO 733/304/3, p. 42, Wauchope to MacDonald, 12 August 1936. על העניין של פספילד בקידום חקיקת העבודה במושבות ראו, למשל, PRO, CO 885/33, pp. 129, 131, Miscellaneous Prints no. 419: "Papers relating to Labor Conditions in the Colonies, Protectorates and Mandated Territories" על עבודה הוועדה ראו, למשל, PRO, CO 733/220/8, p. 28, Report of the Labor Legislation Committee.

46 ראו בר-שירה (לעיל, הערה 28), בעמ' 179, "Labour ; 179 Legislation in Palestine: A Plea for a Modern Code."; CZA, A 215/170, General Federation of Jewish Labour to High Commissioner, 4 June 1931, pp. 13; I. Kaneivsky, Social Policy PRO, CO 73/441/17, R. M. Graves, ; and Social Insurance in Palestine (Tel Aviv, 1942) 13 "Report: Survey of Labour in Palestine" 42; ISA, RG 3, 19/301, Graves to FitzGerald, 6 December 1942; Rhodes House, Oxford [hereinafter, RH] Mss. Brit. Emp., s. 365, Box 176, file 7, Department of Labour, Palestine, Bulletin no. 16. p. 2; PRO, CO 733/304/3, p. 41, Wauchope to MacDonald, 18 March 1936.

שאפיינה את משפט העבודה האנגלי, ולהתערב בצורה מסיבית ביחסי העבודה⁴⁷. כדי למנוע שביתות, הממשלה הבריטית (שבה היו חברים גם אנשי מפלגת הלייבור) הבטיחה לעובדים בבריטניה ובמושבות עתיד שבו יקטן אי-השוויון המעמדי, וביטוי להבטחה זו נמצא במסמכים כמו דו"ח בוורידג' (Beveridge) משנת 1942, שהיה אחד מאבני הדרך למדינת הרווחה הפוסט-מלחמתית בבריטניה⁴⁸.

לאירועים אלה היתה השפעה גם בארץ-ישראל המנדטורית⁴⁹. בשנת 1940 מינתה ממשלת ארץ-ישראל את ריצ'רד גרייבס, פעיל איגודים מקצועיים בריטי, כמפקח על העבודה. בשנת 1942 מונה גרייבס לעמוד בראש מחלקת עבודה חדשה שהוקמה בארץ-ישראל⁵⁰: רק עתה החלה ממשלת המנדט להתייחס ברצינות לחקיקת העבודה של שנות העשרים. מחלקת העבודה פתחה בסוף שנת 1942 במסע נמרץ של פיקוח ואכיפה של חוקי העבודה. מפקחי מחלקת העבודה החלו לפקוד את מפעלי התעשייה בארץ, לדווח על הפרות של חקיקת העבודה ולהעמיד לדין את המפרים⁵¹. במקביל פעלה מחלקת העבודה החדשה לתיקון ולשיפור החקיקה הקיימת בנושאי עבודה, ונחקקו שורה של פקודות חדשות⁵². תהליך חקיקה זה לא נועד רק לשפר את הסטנדרטים של החקיקה

47 ראו 42, p. 30, *supra* Davis and Freedland.

48 שם, בעמ' 65.

49 על המדיניות הבריטית בארץ-ישראל בתקופת המלחמה ראו, למשל, "בר-שירה" לבירור מהותו של משפט העבודה" חקרי עבודה: רבעון לביטוח סוציאלי ותחיקת עבודה א (1947), 12, 22-23, ISA, RG 3. 20/83, vol I. p. 2A, R. Graves "Proposal for the Creation of a Government Department of Labour"; ISA, RG 65, file 187, Y. B. Sinunu "A Report on the Labour Movement and Legislation in Palestine" 15 April 1947. לסקירת ההיסטוריה של דיני העבודה בבריטניה לפני מלחמת העולם השנייה ובמהלכה ראו, pp. 37-43; A. H. Manchester *A Modern Legal History of England and Wales, 1750-1950* (London, 1980) 344-345.

50 על הקמת מחלקת העבודה ראו, למשל, "Proposal for the Creation of a Government Department of Labour" for the Creation of a Government Department of Labour. אותה רוח בדיוק הביאה את ממשלת המנדט להקים בשנת 1944 מחלקת סעד בארץ-ישראל. על הקמת מחלקת הסעד ראו, ISA, RG 3, 20/151, Department of Social Welfare, *Annual Report — 1944*, p. 4.

51 לפי דו"חות המחלקה, בשנת 1942 נשלחו 708 מכתבי אזהרה למפעלים שלא עמדו בדרישות החוק. בשנת 1943 שלחו אנשי המחלקה 4,777 מכתבים, ובשנת 1944 — 6,393 מכתבים.

ראו: Government of Palestine, *Department of Labour: Annual report for 1942*, 4; Government of Palestine, *Department of Labour: Bulletin no 10 (January-March 1945)* 2. עותקים מהדו"חות נמצאים בארכיון Rhodes House, Oxford בתיקיה של ה-Fabian Society. ראו RH, Mss. Brit Emp. s. 365, box 178.

52 ראו 299, p. 21, *supra* Zamir. הפקודות החדשות שנחקקו היו: Employment of Children and Young Persons Ordinance, 1945, P.G., Supp. 1, 87; Employment of Women

הקיימת שעסקה בתנאי עבודה (למשל: על-ידי החמרת המגבלות על עבודת ילדים ונערים), אלא גם להסדיר תחומים חדשים כמו יחסי עבודה קיבוציים. כך, למשל, הכיר צו ההגנה (סכסוכי עבודה), 1942 בפעם הראשונה בסמכותה של נציגות העובדים במפעל לנהל משא ומתן קיבוצי בשם כל העובדים במסגרת סכסוך עבודה⁵³.

תנופת החקיקה והאכיפה הותירה את רישומה על משפטני ארץ-ישראל. במאמר שפרסם בשנת 1945 עו"ד ישראל בר-שירה, יועצה המשפטי של ההסתדרות, נקבע כי עקב חקיקת העבודה החדשה בתחום דיני העבודה שהתפרסמה ביולי 1945⁵⁴ "צעדה ארצנו צעד גדול קדימה בדרך תחיקת העבודה [וכן] יתכן כי תאריך זה ייהפך במרוצת הזמן לתאריך היסטורי, בו נצטרפה ארץ-ישראל לשורה הראשונה של הארצות הפרוגרסיביות ביחס להגנה על עבודה ועובדים"⁵⁵. בר-שירה הוסיף עוד, כי תהליכי חקיקה זכו לתאוצה עקב הקמת מחלקת העבודה הממשלתית, והזכיר לקוראיו כי כמה פקודות נוספות שעניינן קביעת שכרמינימום והסדרת פעולתם של איגודים מקצועיים נמצאות בשלבי חקיקה, וכי "לעינינו הולך וגדל ענף משפטי חדש שבעוד שנה שנתיים, עם פירסום החוקות [כלומר: הפקודות, א' ל'] החדשות יהיה תורת עבודה ארצישראלית, קודקס מודרני מקיף לכל גילויי העבודה בארץ"⁵⁶.

היזמה שגילו רשויות השלטון הבריטיות באכיפת חקיקת העבודה הקיימת ובהרחבת החקיקה אל מעבר לגבולות המצומצמים של פיקוח על תנאי העבודה, מלמדת, אם כן, שכבר בשנות הארבעים החל תהליך של יצירת משפט עבודה מקיף ומודרני, תהליך שנהוג לראותו כמתחיל במשפט הישראלי של שנות החמישים. תהליך זה לא היה קשור להקמת המדינה או לאידיאולוגיה הסוציאליסטית של הנהגתה באותה תקופה, אלא לשינויים שעברה ארץ-ישראל בתקופת מלחמת העולם השנייה. חקיקת העבודה הישראלית של שנות החמישים והשישים היתה בודאי מקיפה יותר ומתוכננת יותר

Ordinance, 1945, P.G., Supp. 1, 101; Accidents and Occupational Diseases (Notification) Ordinance, 1945, P.G., Supp. 1, 80; Factories Ordinance, 1946, P.G., Supp. 1, 63; Workmen's Compensation Ordinance, 1947, P.G., Supp. 1, 186; Trade Boards Ordinance, 1945, P.G., Supp. 1, 117; Industrial Courts Ordinance, 1947, P.G., Supp. 1, 148; Trade Unions Ordinance, 1947, P.G., Supp. 1, 307. שלוש הפקודות האחרונות לא נכנסו לחוקף עד תום המנדט.

53 ראו צו ההגנה (סכסוכי עבודה), 1942 (ע"ד, תוס' 2, (ע) 38, (א) 46), וכן צ' ברנזון "המצב המשפטי של האגוד המקצועי בארץ" הפרקליט א (תש"ה) 10, 11.

54 בר-שירה התכוון ל-, Employment of Children and Young Persons Ordinance, 1945, P.G., Supp. 1, 87; Employment of Women Ordinance, 1945, P.G., Supp. 1, 101.

55 "בר-שירה" התחיקה החדשה דיני עבודה" הפרקליט ב (תש"ה) 227.

56 שם, בעמ' 231.

מהחקיקה של שנות הארבעים⁵⁷, אך היא לא היתה מהפכנית — שהרי עוד קודם לה החלו הבריטים לפעול ליצירת משפט עבודה מודרני בארץ.

2. שיח זכויות חוקתיות בשנות הארבעים

בשנת 1948 פרסם אחד מעורכי-הדין המובילים בארץ-ישראל, דב יוסף, ספר אודות השלטון הבריטי בארץ-ישראל. בספר זה קבע דב יוסף כי "חירות הפרט בפלשתינה היא עניין של העבר, או של העתיד"⁵⁸. פנינה להב, במאמרה פורץ הדרך על תהליך יצירתה של מערכת זכויות הפרט במשפט הישראלי של שנות החמישים⁵⁹, משתמשת בדברים אלה כנקודת מוצא לתיאור האופן בו יצרו שופטי בית-המשפט העליון הישראלי של שנות החמישים — ובראשם השופט שמעון אגרנט — את מערכת זכויות היסוד החוקתיות של מדינת ישראל⁶⁰. ואכן, הדימוי של שופטי בית-המשפט העליון של שנות החמישים כחלוצים, אשר בפסיקתם הניחו יש מאין את היסודות למערך זכויות האזרח של המשפט הישראלי, הוא הדימוי המקובל על העוסקים בתחום⁶¹, כאשר גדר המחלוקת — אם בכלל — הוא האם "המהפכה" בתחום זכויות הפרט אירעה רק בשנות השמונים, או שמא ניתן לראות את ראשיתה כבר בכתיבתם של שופטי בית-המשפט העליון בשנות החמישים⁶².

57 בעשרים השנים שבין הקמת המדינה לבין הקמת בית-הדין לעבודה נחקקו חוקי העבודה והחוקים הסוציאליים הבאים: חוק החיילים המשוחררים (החזרה לעבודה), תש"ט-1949; חוק איסור אפיח לילה, תשי"א-1951; חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951; חוק חופשה שנתית, תשי"א-1951; חוק שירות מילואים (תגמולים), תשי"ב-1952; חוק הביטוח הלאומי, תשי"ד-1953; חוק החניכות, תשי"ג-1953; חוק עבודת נוער, תשי"ג-1953; חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954; חוק ארגון הפיקוח על העבודה, תשי"ד-1954; חוק יישוב סכסוכי עבודה, תשי"ז-1957; חוק ההסכמים הקיבוציים, תשי"ז-1957; חוק הגנת השכר, תשי"ח-1958; חוק שירות התעסוקה, תשי"ט-1959; חוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג-1963; חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשכ"ד-1964; חוק שירות העבודה בחירום, תשכ"ז-1967. ראו בן-ישראל (לעיל, הערה 21), בעמ' 29-30; גלעד (לעיל, הערה 21), בעמ' 16.

58 B. Joseph *British Rule in Palestine* (Washington, 1948) 226.

59 פ' להב "יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על פי השופט אגרנט" עיוני משפט טז (התשנ"ב) 476; ראו גם P. Lahav *Judgment in Jerusalem: Chief Justice Agranat and the Zionist Century* (Berkeley, 1997) 90-117. כן ראו מאוטנר (לעיל, הערה 10), בעמ' 123 ואילך.

60 להב, "יד הרוקם" (לעיל, הערה 59), בעמ' 499.

61 ראו, למשל, מאוטנר (לעיל, הערה 10), בעמ' 40, 123-125.

62 השווה ד' קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט (תש"ן) 551, 555 (לטענה כי השינוי בתחום אירע רק בשנות השמונים); י' זמיר "המשפט הציבורי — מהפיכה או התפתחות?" משפטים יט (תש"ן) 563, 564-565 ("תוך חמש שנים בלבד, כשהמדינה עדיין נאבקה על ביסוסה, נוכח סכנות

אולם, להיסטוריה של שיח הזכויות הישראלי של שנות החמישים יש "פרה-היסטוריה" מנדטורית, שממנה התעלמו במידה רבה שופטי בית-המשפט העליון הישראלי כאשר באו להניח את היסודות לשיח זכויות במשפט הישראלי⁶³. בפסקאות הבאות אסקור "פרה-היסטוריה" זו במטרה להראות כי כבר בתקופת המנדט הכיר בית-המשפט העליון של ארץ-ישראל בקיומה של מערכת זכויות יסוד חוקתיות, המגבילה את כוחו של השלטון בארץ-ישראל⁶⁴. הדיון יחולק לשניים: ראשית אדון ביצירתה — ולאחר מכן בצמצומה — של סמכות הביקורת השיפוטית של בתי-המשפט בארץ על חקיקה ארץ-ישראלית מכוח כתב המנדט, כאשר לעניין זה אסתמך על ספרו של מלחי ועל מאמרו של פרופ' שחר⁶⁵. לאחר מכן אדון בהופעתו של שיח זכויות בפסיקה בית-המשפט העליון המנדטורי בשנות הארבעים.

המבנה המיוחד של השלטון הקולוניאלי בארץ-ישראל, שלטון שנוצר כחלק ממערכת המנדטים של חבר הלאומים לאחר מלחמת העולם הראשונה, הטיל מגבלות חוקתיות על יכולת החקיקה של השלטונות הבריטיים. כתב המנדט, אותה אמנה בינלאומית שמכוחה נמסר השלטון בארץ-ישראל לאימפריה הבריטית, הזכיר במפורש את קיומן של זכויות בעלות אופי חוקתי בארץ-ישראל. כך, למשל, קבע סעיף 2 לכתב

וקשיים בכל החומים, הניח בית-המשפט יסודות איתנים לתורה מפוארת של ביקורת שיפוטית על המנהל הציבורי... בתום תקופה זו כבר היתה קיימת מערכת מגובשת של יחסים בין השלטון, שרסן הוטל על הסמכויות העצומות שהוקנו לו על-ידי החוק, לבין האזרח, שביית-המשפט העניק לו מגילת זכויות".

63 כך, למשל, למרות שבתקופת המנדט הכירו בתי-המשפט בזכות הקניין ואף פסלו לעתים הפקעות מכותה של זכות זו, לא התייחס בית-המשפט הישראלי לפסיקה זו משבא לדון בהפקעת קרקעות עם קום המדינה. ראו, למשל, בג"צ 10/48 ז"ר נ' גוברניק, הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 85; בג"צ 5/48 ליון נ' גוברניק, הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 58. לעומת זאת, בפסק-הדין הראשון בו הכיר בית-המשפט העליון הישראלי בקיומן של זכויות חוקתיות — בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 — נעזר בית-המשפט בין השאר בפסיקה מנדטורית שעסקה בעקרונות חוקיות המנהל (H.C. 69/25 *Federman v. Storrs*, (1926) 1 P.L.R. 57) כדי לבסס את קיומה של הזכות לחופש העיסוק.

64 לדיון כמעמדו של בית-המשפט העליון של ארץ-ישראל, הרכבו ופסיקתו ראו רובינשטיין (לעיל, הערה 14), בעמ' 27-18; A. Likhovski "In Our Image: Colonial Discourse and the Anglicization of the Law of Mandatory Palestine" 29 *Is. L. Rev.* 291 (1995); לחובסקי "תדמיות קולוניאליות ומשפט אנגלי בבית-המשפט העליון של ארץ-ישראל המנדטורית" זמנים 56 (1996), 86.

65 מלחי (לעיל, הערה 13), עמ' 84-80; Y. Shachar "The Dialectics of Zionism and Democracy in Legal Palestine" (Paper presented at the Israeli Legal History Conference, Tel-Aviv and Haifa Universities, May 1997).

המנדט, כי חובתה של ממשלת המנדט היא לשמור על "הזכויות האזרחיות והדתיות של כל תושבי ארץ ישראל בלי הבדל גזע או דת", ואילו סעיף 15 קבע כי "לא תהיה כל אפליה בין חלק אחד מתושבי ארץ ישראל למשנהו בגלל נימוקי גזע, דת או שפה"⁶⁶. הוראה זו של כתב המנדט הפכה לחלק מהמשפט של ארץ-ישראל מכוחו של סעיף 17 לדבר המלך במועצתו, אשר הסמיך את הנציב העליון לחוקק פקודות בתנאי שאלו לא יסתרו את הוראות כתב המנדט⁶⁷.

בשנות העשרים נעשו ניסיונות ספורים להסתמך על ההגנה שהעניק כתב המנדט ל"זכויות האזרחיות" של תושבי ארץ-ישראל כדי לפסול חקיקה מנדטורית ראשית ומשנית. כך, למשל, נדונה בעניין אחד פקודה מנדטורית (Urtas Springs Ordinance, 1925) שהפקיעה את מי מעיינות הכפר ארטס לצורך אספקת המים של ירושלים. באותו עניין טענו תושבי הכפר, שהיו הבעלים של מי המעיין, כי הפקודה המפקיעה נוגדת את הוראות סעיף 2 לכתב המנדט ולכן היא בטלה. בית-המשפט העליון של ארץ-ישראל קבע כי הוא מוסמך לבטל חקיקה ראשית מנדטורית הסותרת את כתב המנדט מכוחו של סעיף 17 לדבר המלך במועצתו, 1922. עוד קבע בית-המשפט העליון של ארץ-ישראל, כי הפקודה הספציפית שלפניו סותרת את הוראות סעיף 2 לכתב המנדט משום שאין היא מעניקה פיצוי מלא לתושבי הכפר על הפקעת מי המעינות. מועצת המלך, שדנה בערעור של ממשלת ארץ-ישראל על פסק-הדין, קבעה אף היא כי לבית-המשפט העליון של ארץ-ישראל יש סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה מנדטורית, וכי דבר חקיקה הסותר את כתב המנדט הוא בטל; אלא שנקבע, כי הפירוש שנתן בית-המשפט לסעיף 2 לכתב המנדט הוא מוטעה. סעיף זה, קבעה מועצת המלך, אינו דורש שבכל מקרה של הפקעה יינתן פיצוי מלא לבעלים. הסיפא של סעיף 2 מדברת על שמירת זכויותיהם האזרחיות והדתיות של תושבי ארץ-ישראל "ללא הבדל גזע ודת", ומכאן שמטרת הסעיף היתה למנוע אפליה על בסיס דתי או גזעי ותו לא. במקרה הנדון לא נטען כי הפקודה מפלה את תושבי הכפר ארטס מטעמי גזע או דת ולכן היא תקפה⁶⁸.

עניין אחר בו נדונה פרשנותו של סעיף 17 לדבר המלך בשנות העשרים היה "משפט השבת". באותו עניין נדונה חוקיותו של חוק עזר עירוני של עיריית תל-אביב, שהורה לתושבי תל-אביב היהודיים לסגור את חנויותיהם בשבת. המערער במקרה זה היה בעל מסעדה יהודי אשר פתח את מסעדתו בשבת והועמד לדין. טענתו היתה כי חוק העזר העירוני בטל בהיותו חוק המפלה לרעה את האוכלוסיה היהודית בתל-אביב. בית-המשפט העליון של ארץ-ישראל קיבל טענה זו וקבע כי חוק העזר הוא אכן מפלה. עוד

66 ראו מלחי (לעיל, הערה 13), בעמ' 202, 204.

67 שם, בעמ' 210.

68 שם, בעמ' 80-84. קביעותיו של בית-המשפט העליון של ארץ-ישראל אושרו על-ידי מועצת המלך.

ראו C. A. 89/25 Jerusalem-Jaffa District Governor v. Murra, (1926) 1 P.L.R. 71 P.

חזר בית-המשפט ואישר את הקביעה כי בידיו סמכות של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית (קל וחומר על חקיקת משנה) הסותרת את הוראות כתב המנדט, כפי שאוזכרו בדבר המלך במועצתו⁶⁹.

אם כן, המגמה של בית-המשפט העליון המנדטורי בשנות העשרים היתה להכיר בקיומן של זכויות חוקתיות שמקורן בכתב המנדט, ואף להכיר בקיומה של סמכות לביקורת שיפוטית עד כדי פסילת חקיקה ראשית וחקיקה משנית הסותרות זכויות אלה. גישה מרחיבה זו הלכה והצטמצמה עם השנים. בשנות העשרים היו בתי-המשפט של ארץ-ישראל מוכנים, במקרים רבים, להכיר בכתב המנדט כמקור לזכויות חוקתיות מסוימות במשפט של ארץ-ישראל, ואף לעמוד על זכותו של בית-המשפט לבטל חקיקה מכוח זכויות אלה. אולם, בפסיקה של שנות השלושים והארבעים דחו בתי-המשפט בארץ-ישראל כמה וכמה פעמים ניסיונות לתקוף דברי חקיקה מסוגים שונים מכוח הוראות כתב המנדט⁷⁰. כך, למשל, נדחה ניסיון לערער על תוקפה של חקיקה ראשית עותמאנית אשר סתרה את הוראות תופש הדת שבכתב המנדט. בעניין שני, שנפסק בשנת 1935, הועמד לדין ערבי שעישן בפרהסיה בחוצות טול-כרם בזמן הרמדאן, וזאת בניגוד להוראות סעיף 99 לחוק הפלילי העותמאני. בבית-משפט השלום התקבלה טענתו כי הסעיף העותמאני מנוגד להוראות כתב המנדט ולפיכך הוא בטל, אך בערכאות הערער נדחתה טענה זו בנימוק שמקורה של החקיקה העותמאנית אינו בדבר המלך ולכן אין היא יכולה לסתור את הוראות כתב המנדט⁷¹.

מגמה דומה התגלתה גם בפסק הדין בעניין רוזנבלט, שניתן בשלהי תקופת המנדט. בעניין זה נדונו תקנות העברת קרקע, 1940, שנחקקו בעקבות הספר הלבן של שנת 1939 תקנות אלה הגבילו מאוד את יכולתם של יהודים לרכוש קרקע באזורים נרחבים של ארץ-ישראל, וככאלו הן היו מנוגדות בעליל להוראות כתב המנדט. התקנות הותקנו מכוח סעיף 16D לדבר המלך במועצתו, 1939, שהסמיך את הנציב העליון להתקין תקנות שיגבילו מכירת קרקע ערבית ליהודים. בין היתר טען העותר כי הוראות סעיף 16D בטלות בהיותן סותרות את איסור האפליה שבסעיף 15 לכתב המנדט. בית-המשפט העליון של ארץ-ישראל דחה טענה זו בקובעו כי כתב המנדט אינו מסמך בעל מעמד

69 ראו Misd. A. 18/28 *Attorney General v. Altshuler*, 4 C.O.J. 1314.

70 לתהליך בו צומצם כתב המנדט ראו, למשל, סדרי שלטון ומשפט בישראל: קובץ הרצאות (צ' זילביגר עורך, תשי"ד) 22-33. לדיון במעמדו של כתב המנדט מנקודת מבט יהודית ראו J. Stoyanovsky *The Mandate for Palestine: A Contribution to the Theory and Practice of International Mandates* (London, 1928); M. M. Laserson *On the Mandate: Documents, Statements, Laws and Judgments Relating to and Arising from the Mandate for Palestine* (Tel-Aviv 1937).

71 Misd. A. 9/36 *Shanti v. Attorney General* [1937] A.L.R. 31

במשפט של ארץ-ישראל אלא ככל שניתן לו תוקף בדבר המלך במועצתו. בסעיף 17 לדבר המלך במועצתו נקבעה אומנם חובתו של הנציב העליון לחוקק פקודות בהתאם להוראות כתב המנדט, אלא שתקנות העברת קרקע, 1940 לא הותקנו מכוחו של סעיף 17 אלא מכוח ההוראה הספציפית (16D) שנוספה לדבר המלך בשנת 1939, שעה שבאו הבריטים לתת תוקף משפטי לספר הלבן. הוראה 16D לא הגבילה את סמכות החקיקה של הנציב העליון על-ידי אזכורו של כתב המנדט, ולפיכך אף אם תקנות העברת קרקע, 1940 סותרות את כתב המנדט, אין הן בטלות. בית-המשפט קבע, כי במקרה כזה הסעד נמצא רק במישור הבינלאומי, ולא במסגרת של עתירה לבית-משפט בארץ-ישראל, שבו אין לכתב המנדט נפקות אלא ככל שהוא מוזכר בהוראות דבר המלך במועצתו⁷².

יוצא, אם כן, כי אם בראשית תקופת המנדט היו השלטונות הבריטיים מוכנים לתת תוקף חוקתי להוראות כתב המנדט, ולהכיר בקיומה של סמכות ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה הסותרים הוראות אלה, הרי שבמהלך שנות השלושים והארבעים צומצם באופנים שונים היקפה של סמכות זו עד כי השימוש בה עוקר מתוכן. לכאורה, התמונה העולה מתיאור זה תואמת את דבריו של רב יוסף שהבאתי לעיל, לפיהם ההכרה בקיום זכויות אזרח בארץ-ישראל היא "עניין של העבר". אלא, שעיון בפסיקתו של בית-המשפט העליון של ארץ-ישראל בשנות הארבעים מגלה כי למרות צמצום נפקותו של כתב המנדט ולמרות חקיקת החירום המסיבית החל מסוף שנות השלושים, לא זנח בית-המשפט העליון של ארץ-ישראל את רעיון קיומן של זכויות חוקתיות בסיסיות במשפט של ארץ-ישראל. נהפוך הוא: בשנות הארבעים — בעיצומה של מלחמת העולם השנייה, ואף לאחר מכן, בתקופת המאבק בין היישוב היהודי לשלטון הבריטי בארץ-ישראל, הופיעו בפסיקתו של בית-המשפט העליון של ארץ-ישראל, חזור ושנה, הצהרות שמהן נבע כי במשפט של ארץ-ישראל קיימות זכויות חוקתיות בסיסיות שמקורן אינו בהוראות הספציפיות של כתב המנדט אלא בפסיקה האנגלית והמקומית.

את ראשיתו של שיח זכויות מקורי, המכיר בקיומו של "משפט יסודי" (fundamental law) בארץ-ישראל, ניתן למצוא כבר בשנת 1941, בפסק-הדין בעניין גבירצמן⁷³. באותו עניין הפקיעה ממשלת המנדט את דירתו של העותר כדי לשכן בה תושבים שפונו מבתיהם עקב חשש למגפה. הפקעת הדירה נעשתה מכוחה של פקודת בריאות העם, 1940, שהסמיכה את שירותי הבריאות לראוג ל"מגורים" במסגרת מאמציהם למנוע מגפות. בית-המשפט העליון של ארץ-ישראל ביטל את צו ההפקעה, תוך שהוא דוחה את הטענה כי הסמכות הנוכרת בפקודת בריאות העם, 1940 כוללת גם סמכות להפקעת דירות. "תפקידו של בית המשפט", נקבע באותו עניין, "הוא לשמור על זכויות פרטיות, ומקום שזכויות אלו מתנגשות עם מה שנטען שהן זכויות הקהילה, עיקרון יסודי a)

72 H.C. 19/47 Rozenblatt v. Registrar of Lands, (1947) 14 P.L.R. 286, 292-293

73 H.C. 97/41 Gwirzman v. Director of Medical Services, (1941) 8 P. L. R. 533

העליון של ארץ-ישראל, השופט גד פרומקין, בפסק-דין אחר שנפסק בשנת 1945, בו נדונה תחולתן של הוראות המצרנות שבחוק המקרקעין העותמאני. באותו עניין קבע השופט פרומקין כי בית-המשפט יפרש הוראות אלה בצמצום כדי להגן על "חירות הנתין (liberty of the subject) לעשות ברכושו כרצונו"⁷⁵. בעניין אחר, שנפסק בשנת 1944, ביטל השופט פרומקין צו הפקעה של בית-עסק שכן קבע כי ההפקעה נעשתה תוך חריגה מסמכות⁷⁶.

ההכרה בקיומם של עקרונות יסוד (fundamental principles) או של משפט יסודי (fundamental law), שהם חלק מהמשפט של ארץ-ישראל, צברה תאוצה לאחר מינויו של ויליאם פיצג'רלד לזקן השופטים של ארץ-ישראל בשנת 1944. כמו בתחומים משפטיים רבים אחרים, גם בסוגיית קיומן של זכויות חוקתיות לא היסס פיצג'רלד לחדש⁷⁷. כך, למשל, בעניין גרייבר (שנפסק בשנת 1945) נדונה יכולתו של בעל דירה שחלו עליה הוראות פקודת הגנת הדייר להעלות את שכר הדירה — לאחר תום חוזה השכירות — לשכר הדירה הסטנדרטי שנקבע בפקודה. בעניין דומה נקבע באנגליה כי לבעל הדירה קיימת זכות כזו מכוח המשפט המקובל, וזקן השופטים פיצג'רלד, בפסק-דינו, אישר כי זכות כזו קיימת גם בארץ-ישראל — אם משום שמדובר בעיקרון של המשפט המקובל שיובא ארצה באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו, ואם משום שזכות זו אינה אלא חלק מ"זכותו של כל אדם לעשות בקניינו כאשר יחפוץ, בתנאי שאין הוא מפר את החוק", זכות שהיא חלק מה"משפט היסודי (fundamental law) של ארץ ישראל"⁷⁸. בעניין אחר שנפסק באותה שנה קבע השופט פיצג'רלד כי "חופש החוזים, אם אינו סותר הוראות חוקיות כלשהן, הוא אבן הראשה (Keystone) של המשפט הבריטי [ומכאן גם של המשפט הארץ-ישראלי]⁷⁹".

ההכרה בקיומן של זכויות חוקתיות שלא מכוח כתב המנדט לוותה גם בשינוי בהגדרת נשאי הזכויות. בצד ההתייחסויות הרגילות ליהודים ולערבים בארץ-ישראל כ"תושבים" (inhabitants)⁸⁰, הופיעה עתה בפסיקה גם התייחסות לתושבי ארץ-ישראל

74 ראו שם, בעמ' 535.

75 C.A. 226/44 *Levy v. Klein*, (1945) 12 P.L.R. 10, 1376 H.C. 73/44 *Lewitt v. District Commissioner*, (1944) 11 P.L.R. 42477 באופן כללי ראו Likhovski (*supra*, note 64).78 C.A. 482/44 *Greiber v. Baumhall*, (1945) 12 P. L. R. 212, 21679 Cr.A. 33/45 *National Bus Company v. Attorney General*, (1945) 12 P.L.R. 321, 32380 ראו C.A. 113/40 *Sherman v. Danovitz*, (1940) 7 P.L.R. 363; H.C. 27/47 *Tourgeman v.*Likhovski (*supra*, note 64) ראו גם *Chief Secretary*, (1947) 14 P.L.R. 81, 83

כ"אזרחים" (citizens). כך היה כבר בשנת 1940, בפסק-דינו של השופט פרומקין בעניין שרמן⁸¹: לקראת אמצע שנות הארבעים הצטרפו למגמה זו גם שופטים בריטים. למשל, בעניין קזק שנפסק בשנת 1947, בו נדונה הפקעתה של דירה שהיתה בבעלות יהודיה בעלת אזרחות בריטית. באותו עניין רתה בית-המשפט את העתירה לביטול צו ההפקעה, אך ציין כי תפקידו הוא להגן על "אזרחים החיים תחת הגנת הכתר", ותיאר את העותרת עצמה כ"אזרחית נאמנה ושומרת חוק"⁸².

להצהרות על קיומן של זכויות חוקתיות מהותיות ולהכרה בתושבי ארץ-ישראל כ"אזרחים" לא היתה פעמים רבות נפקות מעשית, בייחוד כאשר היה מדובר בתחומים הרגישים של מדיניות הביטחון הבריטית בארץ-ישראל של שנות הארבעים — המלחמה בטרור היהודי והמאבק בהעפלה. לכן, כאשר נדרש בית-המשפט העליון של ארץ-ישראל להוציא צו הביאס קורפוס לגבי לוחם מחתרת שהוגלה לאריתראה בשנת 1944, קבע השופט פיצג'רלד כי תפקידו של בית-המשפט הוא להגן על חירות הנתין (liberty of the subject), אך סירב להוציא את הצו המבוקש בטענה שאין בית-משפט של ארץ-ישראל מוסמך להוציא צווים שיחולו על הרשויות באריתראה, אף אם המעצר וההגליה לא היו כדוּי⁸³. בעתירה דומה לצו הביאס קורפוס, הפעם בעניינם של מעפילים שהגיעו לארץ באנייה "כנסת ישראל" בשנת 1946, קבע בית-המשפט כי "תפקידו של בית משפט זה הוא להגן על חירות הנתין" (liberty of the subject), אך שוב סירב להתערב ולקבוע כי צו המעצר שמכוחו נשלחו המעפילים לקפריסין הוא בלתי חוקי⁸⁴.

שיח הזכויות של השופטים הבריטיים חלחל גם לטיעוניהם של עורכי-הדין היהודיים בשלהי תקופת המנדט. כך אנו מוצאים כי בפסקי-דין מתקופה זו הסתמכו לפעמים עורכי-דין יהודיים בטיעוניהם גם על מסמכים חוקתיים אנגלים, כגון ה-Magna Carta או ה-Bill of Rights, כדי להטיל ספק בתוקפו של דבר המלך במועצתו⁸⁵. כן ניתן למצוא בין טיעוניהם נגד חקיקה מנדטורית שאסרה מכירת קרקע ליהודים גם טיעונים שהתבססו על היותה של חקיקה זו סותרת את "עיקרון היסוד של המשפט והחירות האנגלית [לפיו]

81 C.A. 113/40 *Sherman v. Danovitz* (*supra*, note 80), p. 371, 372

82 H.C. 18/47 *Kazak v. District Commissioner*, (1947) 14 P.L.R. 87, 88, 89

83 H.C. 89/45 *Zabrovsky v. General Officer Commanding Palestine*, (1945) 12 P.L.R. 556, 557

84 פסק-הדין הגיע לדיון במועצת המלך, שם נקבע כי הזכות לצו הביאס קורפוס קיימת גם במשפט

של ארץ-ישראל, אלא שהדיון בחוקיות המעצר של בנו של העותר באריתראה אינו בסמכות בית-

המשפט של ארץ-ישראל. ראו P.C.A. 43/46 *Zabrovsky v. General Officer Commanding*

Palestine, (1946) 13 P.L.R. 616

84 H.C. 107/46 *Funt v. Chief Secretary*, (1946) 13 P.L.R. 594, 597-598. על הביקורת היהודית

כלפי היישום בפועל של העקרונות החוקתיים (לעניין משפטי העפלה) ראו, למשל, ח' פלקנשטיין

"רוח החוקים בארצנו" הפרקליט ד' (1947) 10; אחד הקוראים "קבלת הדין" הפרקליט ד' (1947) 87.

85 H.C. 27/47 *Tourgeman v. Chief Secretary*, (1947) 14 P.L.R. 81, 83-84

רשאי כל אזרח למכור באופן חופשי את רכושו⁸⁶. ניסיון זה נעשה במידה רבה מתוך תחושת חוסר אונים, שהרי ברור היה כי השופטים הבריטיים עתידים לדחות טענות אלה; אלא שעצם הנכונות להעלות טענות חוקתיות (ועצם העובדה כי השופטים לא דחו אותן על הסף ולעתים אף התמודדו עמן חזיתית)⁸⁷ היא סימן לשינוי אופיה של הפסיקה המנדטורית בשנות הארבעים.

מה היה מקור השינוי ביחסו של בית-המשפט לזכויות חוקתיות בשנות הארבעים? גורם אחד היה בוודאי השינוי בהרכבו האנושי של בית-המשפט המנדטורי בשנות הארבעים, כאשר שופטים בריטיים צעירים יותר החליפו את השופטים הבריטיים השמרנים של הדור הקודם⁸⁸. גורם נוסף היה השפעתה של מלחמת העולם השנייה. אינדיקציה לכך ניתן למצוא בנאומו שנשא זקן השופטים פיצג'רלד באפריל 1944, כחודש לפני שהתמנה לזקן השופטים בארץ-ישראל. בנאומו זה הבחין פיצג'רלד בין המשפט של התקופה שקדמה למלחמת העולם השנייה לבין המשפט שעתיד להיווצר בתקופה שלאחריה (לה קרא "The Era of Reconstruction"). המשפט החדש, קבע פיצג'רלד, יהיה שונה מהמשפט שנהג עד כה בבריטניה ובאימפריה הבריטית: המשפט הישן לא היה דמוקרטי מספיק ולא שיקף כראוי את רצון "העם"⁸⁹. לעומתו, המשפט שיווצר באימפריה לאחר תום המלחמה יהיה מבוסס על ההנחה של "שוויון" בין כל בני האדם ועל קיומן של זכויות "שנוכעות מכבוד האדם"⁹⁰.

אינדיקציה שנייה להשפעתה של מלחמת העולם השנייה אנו מוצאים בפסק-דין שניתן בשנת 1946 ועסק בהפקעת דירה. באותו עניין דובר בדירה שהפקיע קציין מחוז הגליל לצרכיו האישיים. השופט Curry, שכתב את פסק-הדין, קבע, כי מבחינה פורמלית צו ההפקעה שהוצא מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 הוא תקף. כן נקבע כי בית-המשפט אינו מוסמך לדון באיסבירות ההפקעה, אלא כאשר הרשות פועלת בחוסר תום לב. עם זאת הוסיף השופט כי יש טעם לפגם בצו ההפקעה: "זכויות האזרח הרגיל (the ordinary citizen)", טען השופט Curry, "נפגעו באופן חמור כתוצאה מתקנות ההגנה",

86 H.C. 19/47 *Rozenblatt v. Registrar of Lands*, (1947) 14 P.L.R. 286, 291.

87 כך, למשל, הטענה כי הקנות העברת קרקע 1940 בטלות מכוח עקרונות היסוד של חופש הקניין במשפט הבריטי נדחתה לא בעזרת הקביעה כי עקרונות אלה אינם חלק מהמשפט של ארץ-ישראל, אלא בטענה כי אין במשפט האנגלי עצמו הגנה אבסולוטית על הזכות למכור את הקניין הפרטי — שהרי גם במשפט האנגלי מוגבלת זכות הקניין בהוראות חוקיות דוגמת הוראות ה"Town Planning Acts", המטילות מגבלות על העברה חופשית של קרקע. ראו פרשן רוזנבלט (לעיל, הערה 86), בעמ' 291.

88 ראו Likhovski (*supra*, note 64), p. 338.

89 ראו W. FitzGerald "The Law in the Era of Reconstruction" הפרקליט א (1944) 8.

90 "קבלת פנים לזקן השופטים" הפרקליט א (1944) 26, 27.

ונראה כי אזרח זה "תמה לעתים אילו חירויות נותרו לו לאחר המלחמה [מלחמת העולם השנייה, א' ל' אשר נעשתה כדי להגן על חירות הפרט. העובדה ש[האזרח] אינו פקיד ממשלה אין משמעותה שהוא שייך למעמד נחות של האנושות, שאין כלפיו מחויבות חברתית ושאין להתחשב בנוחיותו". צו הפקעה "אינו יכול אלא להגביר את רגשי המרירות שבוודאי קיימים בקרב האזרחים הרגילים כנגד הממשלה, ואין אני יכול לומר שרגשות אלה אינם מוצדקים לחלוטין". לפיכך סיכם השופט Curry את פסק־דינו בקריאה לרשויות בממשלת ארץ־ישראל לשקול מחדש האם ראוי להגן על מעשים אלה בעתיד⁹¹.

בשנות הארבעים, אם כן, הופיעה בפסיקה של בית־המשפט העליון של ארץ־ישראל לראשונה ההכרה, כי המשפט של ארץ־ישראל כולל גם זכויות חוקתיות שמקורן לא במסמכים קונסטיטוציוניים כגון כתב המנדט, אלא בדין יציר הפסיקה. בין זכויות אלה נכללו הזכות לחירות אישית, חופש החוזים והזכות לקניין. בכמה מקרים הוזכרו זכויות אלה, אם כי בפועל לא נעשה בהן שימוש. במקרים אחרים ביטל בית־המשפט המנדטורי פעולות מנהלתיות כגון הפקעת דירות בשם ההגנה על זכויות הפרט.

ג. "מהפכות" ישראליות שלא אירעו

בפסקאות הקודמות הראתי כי ראשיתם של שני תהליכים "מהפכניים", שנתפסים בדרך כלל כמאפיינים את המשפט הישראלי של שנות החמישים — חקיקת עבודה והופעתו של שיח זכויות בפסיקת בית־המשפט העליון — מצויה למעשה בשנות הארבעים. עתה אעבור לדון באירועי שנת 1948 עצמה. כל המעיין בכתבי העת של התקופה חש כי חלק ניכר מה"ישראלים הראשונים" הרגישו כי הם חיים בתקופה מהפכנית. דבר זה היה נכון גם לגבי משפטני התקופה. כתבי העת המשפטיים, כגון ביטאונה של לשכת עורכי־הדין הפרקליטהו גרושים דיונים על האופי שעל שיטת המשפט הישראלית ללבוש, ודומה כי לא היה מי שחלק על כך שהמשפט הישראלי צריך להיות שונה שוני רב מהמשפט של תקופת המנדט. למרות אווירה זו, בפועל הוחלף המשפט המנדטורי רק בתחומים צרים ומצומצמים מאד. המהפכות המשפטיות שחזו אנשי 1948 לא התרחשו. ההזדמנות הגדולה ל"מהפכה" משפטית (אם אכן היתה קיימת אי־פעם הזדמנות כזו) לא יצאה אל

91 H.C. 24/46 Sakai v. District Commissioner, (1946) 13 P.L.R. 216, 218-219. הטכניקה שנקטה כאן — אי ביטולו של הצו הספציפי בצד הבעת מורת רוח וקריאה לרשות המבצעת לשקול מחדש את ההפקעה — הופעלה גם בעניין נוסף, שם אושרה הפקעת קרקע באזור טול כרם לצורך שיכון תלמידיו הערבים של בית הספר "כדורי", אולם השופטים קראו לרשות לשקול מחדש את ההפקעה. ראו H.C. 47/46 Salah v. Acting District Commissioner, (1946) 13 P.L.R. 317, 322.

הפועל⁹²? אדון עתה בשתי מהפכות משפטיות כפוטנציה שלא התממשו, הקשורות שתיהן לשינוי האוריינטציה התרבותית של מערכת המשפט במדינה החדשה⁹³.

1. משפט עברי

בשלהי התקופה העותמאנית ובראשית תקופת המנדט נראה היה כי משפטו של היישוב היהודי בארץ-ישראל, ומערכת המשפט של מדינת היהודים לכשתקום, יהיו מבוססים על משפט לאומי חילוני ששורשיו נטועים בהלכה היהודית. אומנם, ההוגים הציוניים במערב אירופה, ובראשם תיאודור הרצל, תיארו את המדינה היהודית כמדינה שתנהג לפי חוקים מערביים⁹⁴; אולם בפועל אימצו אנשי היישוב החדש בארץ-ישראל, עוד בתקופה העותמאנית, את הגישה כי עליהם ליצור מערכת משפטית לאומית עצמאית שתניק את השראתה מההיסטוריה המשפטית היהודית, אם כי ישולבו בה גם אלמנטים מערביים⁹⁵. תהליך ה"תחייה" של מערכת לאומית זו החל במקביל ברוסיה ובארץ-ישראל. עוד בשנת 1909 הוקמה בארץ-ישראל מערכת של בתי-משפט יהודיים אוטונומיים — משפט השלום העברי — שנועדה לפטור את אנשי היישוב החדש מהצורך להזיקק לערכאות העותמאניות, הקונסולריות והרבניות. זמן מה לאחר מכן הקימו משפטנים יהודיים רוסיים, מחוגי הציונות התרבותית של אחד-העם, חברה לחקר המשפט העברי במוסקבה. לאחר הכיבוש הבריטי של ארץ-ישראל היגרו רבים מאנשי חברה המשפט

92 בכתבי אנשי התקופה ניתן לחוש היטב את האכזבה מאי התרחשות המהפכה המצופה (ראו, למשל, ג' טרסקי "הקרמה למהדורה השנייה" מחקרים במשפט ארצנו (מהדורה שנייה מורחבת, תשי"ט) ("אמנם לא נתחוללה עד כה במשפטנו שום התחדשות יסודית, שבה נוכל לראות מפנה היסטורי. בזה, כמו בצדדים אחרים מחיינו הלאומיים המחודשים מתקשה להסתמן צביון משלנו, ואף צביון מסוים בכלל. בעיות משפטנו החיובי נשארות, בעיקרן, בעיותיה של שיטה קולוניאלית ושל שיטה ליוואנטית").

93 לעניין זה, ראו גם י' קרפ "המועצה המשפטית: ראשית עלילות חקיקה" ספר אורי ידין: מאמרים לזכרו של אורי ידין (א' ברק וט' שפניץ עורכים, חש"ן, כרך ב), 209, 234 (לדין בויתח שהתנהל במועצה המשפטית על אופיו העתידי של המשפט במדינת ישראל, ויחסו למשפט העברי הקונטיננטלי והאנגלי). בנוסף, ראוי לציין כי היו עוד "מהפכות" משפטיות אפשריות רבות שלא מומשו. כך, למשל, בניגוד לצפוי, לא הצליחו הרשויות לחוקק חוקה נוקשה. על נוסח חוקה זו ראו, למשל, פ' דייקן "חוקת היסוד למדינת ישראל" הפרקליט ו (1949) 2, וראו גם חריס (לעיל, הערה 16), בעמ' 245-244.

94 ת' הרצל מדינת היהודים (תשכ"ז) 46.

95 לדין כללי ברעיון תחיית המשפט העברי בתקופת המנדט, ראו A. Likhovski "The Invention of Hebrew Law in Mandatory Palestine" *American Journal of Comparative Law* (forthcoming). לדין במשפט השלום העברי בתקופת המנדט, ראו ר' שמיר רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי (תשנ"ח).

העברי לארץ, והפעילות השיפוטית והמחקרית בנושא המשפט העברי הפכה מתואמת יותר. בשנות העשרים דומה היה כי פרויקט החייאת המשפט העברי והלבשתו בלבוש חילוניצינוני ינחל הצלחה ממש כמו פרויקט החייאת השפה העברית. אולם, גורמים שונים הביאו הן לדעיכת הפעילות של משפט השלום העברי והן לדעיכת הפעילות המחקרית של חברת המשפט העברי⁹⁶. מוקד הפעילות של עסקני המשפט העברי הוסט בשנות השלושים לחינוך משפטי, היינו: להקמת בית-ספר יהודי למשפטים, הוא בית-הספר הגבוה למשפט ולכלכלה שהוקם בתל-אביב בשנת 1935⁹⁷.

אם בשנות השלושים עמד רעיון החייאת המשפט העברי בסימן דעיכה, הרי שלקראת קום המדינה זכה הרעיון לעדנה מחודשת⁹⁸. הפעילים המקוריים של חברת המשפט העברי ומשפט השלום העברי, ובראשם פלטיאל דיקשטיין ושמואל אייזנשטרט, שבו והגבירו בשנים אלה את פעילותם. "לא תיתכן מדינה עברית ללא משפט עברי" היתה כותרתו של מאמר שפרסם דיקשטיין בדצמבר 1947, ובו דרש כי גם אם לאחר הקמת המדינה יוותרו החוקים הקיימים בתוקפם, הרי שיש לחוקק הוראה לפיה בכל מקרה של "חלל ריק" או "הוראות סותרות" יידרשו בתי-המשפט ושאר הרשויות לפנות למשפט העברי⁹⁹.

לאנשי חברת המשפט העברי הצטרפו עתה גם מלומדים ממרכז אירופה, חלקם שומרי מסורת וחלקם חילונים מובהקים, שאימצו את הנחות המוצא התרבותיות-לאומיות של אנשי המשפט העברי. כך, למשל, קרא בשנת 1945 אברהם חיים פריימן, מלומד ממוצא גרמני, לאימוץ המשפט העברי (לאחר רפורמה ומודרניזציה שלו) כמשפטה של המדינה העברית לכשתקום¹⁰⁰. בשנת 1946 קרא חיים כהן, במאמר שכותרתו "דאגה ליום המחר", להתכונן ליום שבו תוקם "המדינה היהודית" באמצעות

96 על תהליך דעיכה זה ראו שמיר, שם.

97 ראו Likhovski, "Colonialism" (*supra*, note 17).

98 הדיון להלן מבוסס בין השאר על רובינשטיין (לעיל, הערה 14), בעמ' 45-49.

99 הוראה זו היתה אמורה להתליף את הוראת סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922, ולהביא לאפקט דומה לאפקט שתולל סימן 46 ביחס לדין האנגלי. ראו פ' דיקשטיין "לא תיתכן מדינה עברית ללא משפט עברי" הפרקליט ד (1947) 328, 329-330. וראו גם פ' דיקשטיין "הכרזה על המשפט העברי" הפרקליט ה (1948) 3 (שם הציג דיקשטיין את ההוראה הבאה: "בכל מקום שהחוקים הקיימים אינם נוגעים בכלל בנקודה מסוימת, או שיש בהם דו משמעות או סתירות, על בתי המשפט ועל השלטונות להשתמש בפסקי הלכות של המשפט העברי בהתאם לצרכי הזמן"). לגרסאות אחרות של אותו רעיון ראו קרפ (לעיל, הערה 93), בעמ' 238 (בו מובאת הצעתו של זרח ורהפטיג לפיה "השיפוט בבתי המשפט האזרחיים יתנהל לפי החוקים שהיו בחקפם ביום שלפני ביטול המנדט ובהתאם ליסודות משפט התורה וכללי הצדק והיושר").

100 א' ח' פריימן "דיני ישראל בארץ ישראל" לוח הארץ (תש"ו), נדפס מחדש בתוך המשפט העברי ומדינת ישראל: לקט מאמרים (י' בוק עורך, תשכ"ט) 36.

חידוש פניו של המשפט העברי, בין השאר על ידי הכנת "הצעה המראה שאפשר לבנות משפט פרטי אחיד שיש בו משום המשכת המסורת העתיקה שלנו ושיהיה מיוחד לעם היהודי ומיועד לאופיו ולייעודו, ובכל זאת עולה עם התקדמותם והתפתחותם של כל האומות הנאורות"¹⁰¹.

העיסוק במשפט העברי גבר ככל שכוחו של השלטון הבריטי בארץ נחלש והקמתה של המדינה היהודית הפכה לאפשרות ריאלית. בראשית שנת 1947 עלה מחדש הרעיון להפעיל בתל-אביב בתימשפט אוטונומיים עבריים, ומטבע הדברים צצה מחדש שאלת המשפט שלפיו ידונו בתימשפט אלה. או אז יצאה הקריאה ל"גואלים קנאים שיחזירו את המשפט העברי למסלול החיים הטבעיים של עם ומדינה"¹⁰². משה זילברג, אשר כבר בשנות השלושים דרש קודיפיקציה של המשפט העברי כדי להפכו למשפטה של המדינה העברית העתידית¹⁰³, חזר לנושא זה בספטמבר 1947, כאשר שב וטען כי המדינה העברית תהיה חייבת לאמץ את המשפט העברי, לאחר שיעבור קודיפיקציה מתאימה, כמשפטה הלאומי¹⁰⁴. מטבע הדברים, בחודשים הראשונים של שנת 1948, מיד לפני הקמת המדינה ומיד לאחריה, גברו הקריאות לאימוץ המשפט העברי כמשפטה של מדינת ישראל — הן מצד אנשי המשפט העברי¹⁰⁵ והן מצד שומרי מצוות (שלא דיברו בהקשר זה על "משפט עברי" כי אם על "המשפט המסורתי" או על "חוקי תורתנו הקדושה")¹⁰⁶.

לדרישות אלה היה ביטוי מעשי. בדצמבר 1947 הוקמה המועצה המשפטית, ופריימן מונה לעמוד בראש ועדת משנה של המועצה שעסקה בין השאר במשפט העברי¹⁰⁷. אולם, פריימן נהרג בשירת הר הצופים, ועדת המשנה לא הצליחה לסיים את עבודתה,

101 ח' ה' כהן "דאגה ליום המחר" הפרקליט ג (1946) 38, 46.

102 א' ל' גלובוס "על בית דין עברי" הפרקליט ד (1947) 111, 114.

103 מ' זילברג "המשפט במדינה העברית" הארץ (14.3.1938-17.2.1938). פורסם מחדש בתוך באין כאחד: אסופת דברים שבהגות ובהלכה (צ' טרלו ומ' חובב עורכים, תשמ"ב) 180, 199-200.

104 מ' זילברג "חידושו של המשפט העברי" הבוקר (14.9.1947). פורסם מחדש שם, בעמ' 202, 204.

105 ראו א' קרלין "לחקר המשפט העברי" הפרקליט ה (1948) 80; ס' מ' "משפט השלום העברי: מה יהיו תפקידיו במדינה העברית?" הפרקליט ה (1948) 92; מ' זילברג "המשפט במדינה העברית" הפרקליט ה (1948) 102; פ' דיקשטיין "עצמאות מדינית ועצמאות משפטית" הפרקליט ה (1948) 107; ש' איזנשטדט "מדינה ומשפט" הפרקליט ה (1948) 113.

106 ראו, למשל, מ' בר אילן "חוק ומשפט במדינתנו" יבנה ג (תש"ט). נדפס מחדש בתוך בזק (לעיל, הערה 100), בעמ' 20.

107 ראו קרפ (לעיל, הערה 93), בעמ' 222 (ועדת המשנה עסקה ב"מקום החוק היהודי בחוק הארץ").

וייתכן שזו היתה אחת הסיבות לכך שלאחר קום המדינה נמנעה ממשלת ישראל מההכרזה לגבי המשפט העברי לה ציפו הפעילים למען משפט זה¹⁰⁸. לרעיון השימוש במשפט העברי כבסיס למשפטה של מדינת ישראל קמו גם מתנגדים בקרב היישוב היהודי. משפטנים אשר למדו במרכז אירופה ובמערכה זיהו את המשפט העברי עם ההלכה, והעריפו במקומו ליצור שיטת משפט שתהיה קשורה קשר הדוק יותר עם המשפט המערבי המודרני. לאלה חברו פוליטיקאים כדוד בן-גוריון, שלא היו מעוניינים לתת דריסת רגל למשפט שזוהה עם הציבור הדתי. אולם, אפילו משפטנים אלה שילמו מס שפתיים לרעיון השימוש במשפט העברי כבסיס למשפטה של מדינת ישראל. כך עשו, למשל, בן-גוריון ומשה זמורה, נשיאו הראשון של בית-המשפט העליון הישראלי, בנאומים שנשא בפני ועידה של הסתדרות עורכי-הדין ביוני 1949. בן-גוריון, לדוגמה, קבע בנאומו באותו אירוע כי "לא נהיה אשר נהיה בלי יניקה מתמדת ממקורות הווייתנו העתיקה וכלי הצמדות לשורשי עברנו"¹⁰⁹.

במהרה התברר כי "מהפכה לאומית" לא תתחולל בתחום המשפט, וכבר בספטמבר 1949 התלונן פלטיאל דיקשטיין על מגמת החקיקה הישראלית להתעלם מהמשפט העברי¹¹⁰! לתלונות אלה לא היתה השפעה מעשית, וכעשור אחרי הקמת המדינה היה ברור כי גורלו של המשפט העברי נחרץ. במאמר שנכתב בסוף שנות החמישים קבע חיים כהן, מי שהיה אחד מראשי התומכים באימוץ המשפט העברי בתקופה שלפני הקמת המדינה, כי שמרנות הממסד הרבני הביאה לכך ש"בקרב אנשי המשפט [החילוניים] אפשר היה לפני שבע שנים ולפני שש וחמש שנים, ואי אפשר היום, לעשות נפשות להידוש פני המשפט העברי". משום כך, הוסיף כהן ואמר, "תחיית המשפט העברי כחוק המדינה אינה עומדת עוד לדיון: היתה זאת דאגה של יום אתמול..."¹¹¹.

2. משפט קונטיננטלי

בצד "האופציה העברית" עמדה בפני המשפטנים הישראלים הראשונים גם "האופציה הקונטיננטלית". עולם המשפט המודרני מחולק לשניים: למשפחת השיטות האנגלו-אמריקניות, המבוססות כולן על רוחו ועקרונותיו של המשפט האנגלי, ולמשפחת השיטות הקונטיננטליות, שיטות המשפט של מדינות אירופה, שמקורן במשפט הרומי.

108 פ' דיקשטיין "לזכר ד"ר אברהם חיים פריימאן ז"ל" הפרקליט ה (1948) 67; מנחם אלון, ראיון עם המחבר (21 נובמבר 1995).

109 ראו "דין וחשבון מהועידה הי"ג של הסתדרות עורכי הדין בישראל" הפרקליט ו (1949) 94, 97 (בן-גוריון), 103 (זמורה).

110 פ' ד' "לדרכי החקיקה במדינתנו" הפרקליט ו (1949) 144.

111 ח' כהן "דאגה של יום אתמול" חיים כהן: מבחר כתבים (א' ברק ור' גביון עורכים, תשנ"ב) 25, 31-32, 40.

שתי משפחות אלה נבדלות זו מזו הן בכללים המהותיים שלהן והן בעקרונות היסוד. כך, למשל, נבדלות שיטות אלה מבחינת מקור הנורמות המשפטיות, אופן סידור המשפט, צורת ניהול המשפט, דיני הראיות ועוד פרטים רבים¹¹².

שיטת המשפט המנדטורית היתה שילוב מורכב של כללים ועקרונות אנגליים וקונטיננטליים. המשפט העותמאני ששלט (לפחות מבחינה פורמלית) בארץ-ישראל ערב הכיבוש הבריטי התבסס במקורו על המשפט המוסלמי. אולם, החל מאמצע המאה התשעעשרה שינה משפט זה את אופיו ואימץ דגמים אירופאיים של משפט — צרפתיים בעיקר — במסגרת מערכת הרפורמות שעברה האימפריה העותמאנית (ה"תנזימת")¹¹³. משכבשו הבריטים את ארץ-ישראל החל תהליך של החלפת השיטה העותמאנית בכללים ובעקרונות משפטיים בריטיים. כך הוחלפו כמעט כל החוקים העותמאניים שנבעו ממקור צרפתי בחקיקה שהתבססה על משפט אנגלי או על משפט אנגלי-קולוניאלי. כן שונה מבנה מערכת המשפט ואופן ניהול ההליך המשפטי, כאשר דיני הפרוצדורה והראיות האנגליים באו במקום הדינים העותמאניים.

אם כן, ערב הקמת המדינה היתה שיטת המשפט המנדטורית שיטה שגרעינה הפך אנגלי, אם כי בתחומים רבים נותרו בה שרידים ואף חלקים גדולים של משפט בעל אופי קונטיננטלי. האופי האנגלי של השיטה היה זר, במידה זו או אחרת, לחלק גדול מהמשפטנים היהודיים בארץ-ישראל, אשר רכשו את השכלתם המשפטית בארצות הקונטיננטל. בין משפטנים אלה ראוי להזכיר במיוחד את פנחס רוזן, שר המשפטים הראשון, את חיים כהן, פרקליט המדינה הראשון, ואת אורי ידן, מנהלה הראשון של מחלקת החקיקה של משרד המשפטים, שכולם רכשו את השכלתם המשפטית בגרמניה. גם בין שופטיו הראשונים של בית המשפט העליון היתה לחינוך המשפטי הקונטיננטלי השפעה ניכרת. מקרב חמשת שופטיו הראשונים של בית המשפט העליון היו שניים שרכשו את השכלתם המשפטית בקונטיננט (משה זמורה, נשיאו הראשון של בית המשפט העליון שלמד בגרמניה, ומנחם דונקלבלום, יו"ר לשכת עורכי-הדין היהודיים לשעבר שלמד משפטים בפולין, באוסטריה ובהולנד), שופט אחד שלא היה בעל השכלה משפטית (הרב שמחה אסף), ושניים שהשכלתם המשפטית היתה אנגלית (השופט ש"ז חשין, שלמד משפטים באוניברסיטת ניו-יורק, והשופט יצחק אולשן, שלמד משפטים

112 ראו, למשל, א' ברק "שיטת המשפט בישראל — מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ (תשנ"ב) 197-209.

113 ראו, למשל, D. Friedmann, "The Effect of Foreign Law on the Law of Israel: Remnants of the Ottoman Period" 10 *Is. L. Rev.* 192 (1975); M. Ma'oz, *Ottoman Reform in Syria and Palestine 1840-1861: The Impact of the Tanzimat on Politics and Society* (Oxford, 1968).

באנגליה)¹¹⁴! הרומינגטיות של החינוך הקונטיננטלי בין מעצבי מערכת המשפט הישראלית בשנותיה הראשונות השתקפה גם בעובדה שהחינוך המשפטי היהודי העצמאי היה בעל אוריינטציה קונטיננטלית¹¹⁵.

אם כן, ניתן היה לצפות שלאחר עזיבתם של הבריטים את הארץ ישונה אופיה של מערכת המשפט, והאוריינטציה האנגלית תוחלף באוריינטציה קונטיננטלית. ואומנם, צעדים ראשונים בכיוון זה נעשו על ידי אורי ידן, מנהל מחלקת החקיקה במשרד המשפטים. יורם שחר, במאמרו החלוצי על יומנו של ידן, הצביע כבר על הניסיונות של ידן להחליף בהדרגתיות את בסיס השיטה, ביניהם הניסיון לאמץ כללי ראיות קונטיננטליים בדברי חקיקה חדשים¹¹⁶.

ידן לא היה בודד בגישתו זו. תמכו בה משפטיים חשובים אחרים, כמו פנחס רוזן וגר טרסקי. כך, למשל, קרא רוזן למעבר מלא מהשיטה האנגלית לשיטה הקונטיננטלית במשפט הישראלי¹¹⁷, ואילו טרסקי, מחשובי המלומדים המשפטיים בשנותיו הראשונות של המשפט הישראלי, שטרם עלייתו ארצה לימד משפטים באיטליה, תמך בהחלפת מודלים משפטיים אנגליים במודלים קונטיננטליים, למשל בתחום החקיקה¹¹⁸. אימון מודלים כאלה, רמז טרסקי באחד ממאמריו, רצוי בין השאר משום שראוי ש"ארצנו תתחשב בשיטות המשפט [הקונטיננטליות, א' ל'] ששכנותיה [הערביות] נוטות לאמץ, או כבר אמצון, עקב הכרעה הוודאית שבשנותפות המשפט"¹¹⁹.

כישלונה של "המהפכה הקונטיננטלית", כמו גם כישלונה של "המהפכה העברית", נבע בין השאר מתדמית ציבורית גרועה. כפי שהמשפט העברי סבל מזיהויו עם הדת היהודית, כך סבלה השיטה הקונטיננטלית מהקשר למשפט הגרמני ולתרבות הגרמנית השנואה. כפי שמראה שחר, ידן ניסה להתגבר על קישור זה באמצעות דיבור על פיתרונות ישראליים מקוריים במקום על שאילה מהמשפט הגרמני¹²⁰. אולם, כפי שנכשל הדבר לגבי המשפט העברי, גם המהפכה הקונטיננטלית במשפט הישראלי לא אירעה.

114 ראו רובינשטיין (לעיל, הערה 14), בעמ' 72; פ' להב "העוץ והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 479-501; ראו גם י' גלבר מולדת חדשה: עליית יהודי מרכז אירופה וקליטתם, 1933-1948 (1990) 449.

115 ראו Likhovski, "Colonialism" (*supra*, note 17).

116 י' שחר "יומנו של אורי ידן" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 537, 553-557.

117 מועצת העם, מועצת המדינה הזמנית — פרוטוקול דיונים (תש"ח, כרך א) 17, 20 (מצוטט אצל שחר, שם, בעמ' 554).

118 ג' טרסקי "על הטכניקה החקיקה הישראלית העתידה", מחקרים במשפט ארצנו (מהדורה שנייה מורחבת, תשי"ט) 58, 64.

119 ג' טרסקי "על תנועת הקליטה והקודיפיקציה בארצות השכנות" שם, בעמ' 69.

120 שחר (לעיל, הערה 116), בעמ' 555-557.

למרות פעילותו רבת השנים של ידן להחדרת מושגים קונטיננטליים למשפט הישראלי¹²¹, שמר משפט זה על אופיו האנגלי המובהק¹²².

ד. סיכום

ראינו כי מכמה בחינות לא היתה שנת 1948 שנת מפנה בהיסטוריה של המשפט הישראלי. לחלק מהשינויים המשפטיים שנהוג לראות כמתחילים בשנה זו או בשנים שמיד לאחריה יש "פרה-היסטוריה" מנדטורית, ואילו שינויים או "מהפכות" משפטיות שניתן היה לצפות כי יתרחשו בשנת 1948 לא אירעו.

מדוע חשוב להטיל ספק בסכמת התיקוף המקובלת של ההיסטוריה של המשפט הישראלי? תשובה אחת לשאלה זו יכולה להיות שהנטייה "להתחיל את הסיפור" משנת 1948 מסתירה מעינינו תהליכים מרכזיים. כך, למשל, אחד הדיונים המעניינים ביותר בהיסטוריה של המשפט הישראלי עוסק בסגנון הנמקתו של בית-המשפט העליון הישראלי בשנות החמישים. דיון זה מבוסס על ההנחה כי החשיבה המשפטית המנדטורית היתה כולה פורמליסטית, וכי הפורמליזם של שנות התמישים הוא רק המשך של מגמות שהחלו עוד בתקופת המנדט¹²³. אולם, אם נשנה את הפרספקטיבה שלנו, נתעלם משנת 1948, ונסתכל על ההיסטוריה של המשפט הישראלי ככוללת גם את תקופת המנדט, ניווכח לגלות כי תקופת המנדט לא היתה תקופה שנשלטה כולה על-ידי סגנון משפטי פורמליסטי. החשיבה המשפטית ביישוב היהודי, בייחוד בקרב אנשי המשפט העברי, הושפעה מאד ממגמות אנטי-פורמליסטיות קונטיננטליות, הן של האסכולה ההיסטורית של המשפט והן של המשפט החופשי הגרמני¹²⁴. מגמות דומות (הכרה בקשר בין משפט לחברה והכרה בתפקידו היצירתי של השופט) ניתן למצוא גם

121 שיאה של פעילות זו היה במה שמכונה "החקיקה האזרחית החדשה" בשנות השישים והשבעים. אולם, נראה כי גם הצלחה זו בהחדרת השיטה הקונטיננטלית לישראל היתה בעצם ניצחון פירוס. ראו בהקשר זה מ' מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה" משפטים יז (תשמ"ח) 321, 345.

122 שחר (לעיל, הערה 116), בעמ' 557.

123 ראו פ' להב "קדים להשקפת העולם המשפטית של השופט אגרנט" גבורות לשמעון אגרנט (א' ברק ואח' עורכים, 1987) 9, 16; מאוטנר (לעיל, הערה 10), בעמ' 40. לטענה כי הפסיקה של שנות החמישים אינה כולה פורמליסטית ראו חריס (לעיל, הערה 16), בעמ' 255-260.

124 לדיון נרחב בעניין זה ראו רונן שמיר (לעיל, הערה 19); כן ראו, לדוגמה, א' אפשטיין-הלוי "משפט השלום העברי, כונו והשכלולים הדרושים בו" המשפט ב (תרפ"ז-פ"ח) 120, 127; ל' בנדיקס "על הגורמים האירציונלים במחשבת השופט" הפרקליט א (אוקטובר 1944) 3; "לד"ר ל. בנדיקס: כרכת פרידה" הפרקליט ד (1947) 62.

בפסיקה של שופטים אנגליים בשנות הארבעים, ובייחוד כזו של זקן השופטים המנדטורי האחרון, ויליאם פיצג'רלד¹²⁵. אם לא נפריד בין "המשפט הישראלי" לבין "המשפט המנדטורי", אלא נראה אותם כמקשה אחת, נוכל לשאול שאלות חדשות לגבי סגנון ההנמקה של שנות החמישים, למשל — מדוע תהליך המעבר מסגנון פורמליסטי לסגנון לא-פורמליסטי בכתיבתו של בית המשפט העליון של שנות הארבעים לא הותיר את רישומו על פסיקת בית המשפט העליון הישראלי של שנות החמישים, שחזרה (לפחות לדעת חלק מהחוקרים) לסגנון הנמקה פורמליסטי. כך נוכל גם לשאול את עצמנו מדוע לאחר הקמת המדינה לא אומצה הגישה האנטי-פורמליסטית שאפיינה את החשיבה המשפטית של חלק מהשופטים הבריטיים וחלק מהציבור היהודי לפני קום המדינה, ובמקומה אומץ דווקא סגנון החשיבה המשפטית הפורמליסטי של שאר השופטים הבריטיים.

האם לטשטוש הגבולות בין תקופת המנדט לבין תקופת המדינה יש משמעות למי שאינם מעוניינים בהיסטוריה של המשפט? המשפט הוא תחום חצי-אוטונומי. תולדותיו (וסכמות התיקוף שלו) קשורות אומנם לתולדות ולסכמות התיקוף של ההיסטוריה הכללית, אך קשר זה אינו תמיד הדוק. לפיכך, העובדה כי במובנים רבים שנת 1948 אינה נקודת מפנה חשובה בהיסטוריה של המשפט הישראלי אינה מובילה בהכרח למסקנה, כי עלינו לחשוב מחדש על אופן התיקוף שלנו בתחומים אחרים של ההיסטוריה של ארץ-ישראל. עם זאת, למרות ההסתייגויות הללו, נדמה לי כי ראוי שדיון בסוגיית התיקוף של ההיסטוריה של המשפט הישראלי יעורר גם חשיבה מחדש בתחומים לא משפטיים. מרכזיותה של שנת 1948 בהיסטוריה הישראלית נובעת, בין השאר, מהרצון לתאר את החברה הישראלית ואת המוסדות הישראליים שקמו אחרי 1948 כייחודיים. תפיסה זו דומיננטית בנרטיב ההיסטורי הציוני משום שנרטיב זה התעלם מהדמיון הרב בין ההיסטוריה של ישראל לבין ההיסטוריה של חברות פוסט-קולוניאליות אחרות בעולם, דוגמת הודו או פקיסטן. בניגוד לתברות אלה, שהן במידה רבה תוצר של הסיטואציה הקולוניאלית, נתפסה מדינת ישראל בידי מייסדיה כתוצר ייחודי של האידיאולוגיה הציונית והתרבות היהודית, תוך הפחתת תרומתם של אלמנטים אחרים — כגון האלמנט הבריטי — לעיצוב החברה, הכלכלה והתרבות של מדינת ישראל¹²⁶. הפניית תשומת

125 ראו, למשל, ו' פיצג'רלד "המשפט בתקופת השיקום" הפרקליט א (יוני 1944) 5.

126 התרומה הבריטית לעיצוב החברה הישראלית זכתה להכרה רק בתחומים צרים יחסית. ראו, למשל, י' ראובני ממשל המנדט בא"י, 1920-1948: ניתוח היסטורי-מדיני (תשנ"ג); ג' ביגר מושבת כתר או בית לאומי: השפעת השלטון הבריטי על ארץ ישראל, 1917-1930: בחינה גיאוגרפית-היסטורית (תשמ"ג).

הלב לאלמנטים אלה (ובכלל, לאספקטים ההשוואתיים של ההיסטוריה הישראלית)¹²⁷ תסייע לנו להבין טוב יותר את מצבה הנוכחי של החברה הישראלית המתמודדת עד היום, כמו חברות עולם שלישי אחרות¹²⁸, עם המורשת של העבר הקולוניאלי. התייחסות למורשת הקולוניאלית של משפטנו ושלנו חשובה גם לעיצוב מחדש של זהותנו העצמית. כמו חברות פוסטקולוניאליות רבות אחרות, גם החברה הישראלית (והמשפט הישראלי) חיים בתחושה מתמדת של זמניות, של חוסר שלמות ושל כישלון¹²⁹. תחושה זו נובעת מרצון בלתי ניתן להשגה של החברה הישראלית — ושל המשפט הישראלי — להגיע למטרה הנכספת של הפיכת ישראל למדינה מערבית "אמיתית". חלק מתהליך ההתבגרות של חברתנו ושל משפטנו צריך להיות ההכרה בחוסר התוחלת של מטרה זו, והשלמה עם היותה של מדינת ישראל מדינה פוסט-קולוניאלית. ערעור סכמות התיקוף המקובלות בהיסטוריוגרפיה הישראלית הוא שלב הכרחי בתהליך זה.

127 ההיסטוריוגרפיה הישראלית הקונבנציונלית, בדומה להיסטוריוגרפיה הלאומית של עמים קטנים אחרים, נוטה להדגיש את הייחודיות הלאומית על חשבון האלמנט ההשוואתי. ראו, *Penslar (supra)*, note 4), pp. 130-131. בעשורים האחרונים החלה להופיע גם כתיבה העוסקת בהיסטוריה של ארץ-ישראל בראשית המאה העשרים מנקודת מבט השוואתית (בדרך כלל תוך השוואה בין הציונות לתנועות קולוניאליות אחרות). ראו, למשל, B. Kimmerling *Zionism and Territory: The Socio-Territorial Dimensions of Zionist Politics* (Berkeley, 1983); G. Shafir *Land, Labor and the Origins of the Israeli Palestinian Conflict, 1882-1914* (Cambridge, 1989) עם זאת, גם במחקרים אלה (כמו בספרות המסורתית) הגיבורים המרכזיים הם עדיין היישוב היהודי והתנועה הציונית, כך שבמקום להשוות את ארץ-ישראל באופן כללי לחברות קולוניאליות אחרות, מתמקדים החוקרים בהשוואת התנועה הציונית לתנועות קולוניאליות אחרות. נקודת מבט כזו תורמת להבנה טובה יותר של תחומים כמו יחסי עבודה או מדיניות קרקע, אך אין היא מספקת ככל שהדבר נוגע לתחומים כמו ההיסטוריה של המשפט, בהם נמצאו פעמים רבות הן היהודים והן הערבים בארץ-ישראל מאותו צד של המתרס הקולוניאלי.

128 להשוואות מאירות עיניים בין הציונות לבין תנועות לאומיות אחרות בעולם השלישי ראו, למשל, D. V. Segre *A Crisis of Identity: Israel and Zionism* (Oxford, 1980); ג' פיטרברג "האומה ומספריה: היסטוריוגרפיה לאומית ואוריינטליזם" תיאוריה וביקורת 6 (1995) 81.
129 לטענה דומה בהקשר ההודי ראו: D. Chakrabarty "Postcoloniality and the Artifice of History: Who Speaks for 'Indian' Pasts?" *37 Representations* (1992) 1.

