

בן-גוריון, בג"ץ והחוקה שלא הייתה

מאת

שני שניצר*

ביוני 1950 התקבלה החלטת הררי, אשר הושפעה במידה רבה מהתנגדותו הנחרצת של דוד בן-גוריון לכינון חוקה לישראל. אלא שבן-גוריון לא התנגד מאז ומעולם לחוקה. למעשה, עובר לקום המדינה וסמוך לאחריו, ראה בן-גוריון בכינון חוקה חלק אינטגרלי מתהליך ייסוד המדינה. מאמר זה מראה כי השינוי בעמדתו של בן-גוריון בשאלת החוקה חפף לתחילת הפעילות בבג"ץ הישראלי, ראשית בבית המשפט המחוזי בתל אביב ובהמשך בבית המשפט העליון. ההצבעה על עובדה יסודית זו מאפשרת לחשוף לראשונה את הקשר שבין פעילות בג"ץ ובין התנגדותו של בן-גוריון לחוקה, אשר טרם נדון בספרות. לצורך כך מצליב המאמר עתירות שהוגשו לבג"ץ במחצית השנייה של שנת 1948 עם תוכנה של הצעת החוקה אשר נדונה באותה העת בוועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית. הצלבה זו משמשת להוכיח כי חששות עיוניים לכאורה של בן-גוריון מכינון חוקה נבעו בעצם מפעילותו של בג"ץ, ובפרט מהאפשרות המסתברת של התהוות ביקורת חוקתית בבג"ץ. המשגת ההתנגדות לכינון חוקה כתגובת-נגד אנטי-שיפוטית, שמטרתה ריסון כוחה של הרשות השופטת בבואה להגן על זכויות הפרט, משליכה על הבנתנו את תהליכי התפתחות המשפט הציבורי והיחסים בין הרשויות השונות בשנים המעצבות של המדינה. היא גם מעלה שאלות בדבר מידת המחויבות של ראש הממשלה הראשון לדמוקרטיה ולשלטון החוק, אשר נדונות אף הן במאמר.

מבוא. א. שאלת החוקה והתנגדותו של בן-גוריון לכינונה, 1950–1947. 1. גלגוליה של חוקה שלא הייתה. 2. בן-גוריון נגד החוקה. 3. נאום בן-גוריון בכנסת, פברואר 1950: מניעים גלויים להתנגדות לכינון חוקה. 4. הספרות הקיימת. **ב. בג"ץ מחכה לחוקה: על פעילות בג"ץ ושינוי עמדתו של בן-גוריון בשאלת החוקה.** 1. תקנות שעת החירום (1945) בבג"ץ: אקטיביזם מחנך ומעצרים מנהליים של מיעוטים. 2. תקנות שעת החירום (1939) בבג"ץ: ריסון התלוי בהיעדר חוקה. 3. פרשות סמכות השיפוט של בתי הדין הצבאיים: הסכנה הסמויה של ביקורת שיפוטית. 4. עתירותיהם של אנשי לח"י: אקטיביזם מחנך אל מול גבולות הכוח של בג"ץ. 5. עתירות "המיעוטים" והמשפט כחסם בפני שאיפתו של בן-גוריון "להתגונן". **ג. בן-גוריון נגד בג"ץ: ואילו הייתה חוקה?** 1. בן-גוריון והפסיקה. 2. הפסיקה והצעת החוקה. 3. בן-גוריון והצעת החוקה. **ד. בן-גוריון, בג"ץ, לגליזם ודמוקרטיה.** 1. ההתנגדות כתגובת-נגד

* תלמידת מחקר לתואר שלישי, מרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. המחברת מודה לרבקה ווייל, לגיא זיידמן, לקרן ילין-מור, לאסף לחובסקי, להלל סומר, לאליקים רובינשטיין, ליניב רוזנאי, ליאיר שגיא ולירוס שחר, כמו גם למשתתפות ומשתתפי הסדנאות "אג'נדות חוקתיות" ו"סוגיות במשפט ציבורי" באוניברסיטת רייכמן, על הערות מצוינות ומועילות; ולאודי זומר, על כך שאפשר ועודד פיתוח ראשוני של הרעיון שבבסיס המאמר במסגרת עבודה סמינריונית בהנחייתו. תודה מיוחדת לחגי יעקובי וגיא כהן, עורכי כתב העת **משפטים**, וכן לקוראים החיצוניים של כתב העת, על הערות מחכימות ומאירות עניינים. האחריות לכתוב כולה של המחברת. המאמר הוא חלק מעבודת מחקר הנכתבת באוניברסיטת תל אביב, בהנחיית פרופ' אסף לחובסקי ופרופ' יורם שחר. המחקר למאמר נתמך על ידי מענק מחקר של הקרן הלאומית למדע מספר 586/18 (חוקר ראשי – פרופ' אסף לחובסקי).

אנטישיפוטית. 2. בןגוריון – דמוקרט ולגליסט? 3. בןגוריון – אולי בכל זאת דמוקרט ולגליסט? 4. המיסוך וההסתרה – מדוע נהג בןגוריון כפי שנהג? 2. סיכום.

מבוא

בפברואר 1950 ניצב דוד בןגוריון מול מליאת הכנסת ושטח את נימוקיו נגד כינונה של חוקה.¹ עמדתו בשלב זה הייתה שונה בתכלית מעמדתו עובר לקום המדינה או בחודשים הראשונים שלאחר הקמתה, שאז ראה בכינון חוקה תנאי שבלעדי אין להקמת מדינה. עם נימוקיו של בןגוריון נמנו חששות תיאורטיים-לכאורה מביקורת שיפוטית על חקיקה, כמו גם מהגבלת כוחה של הרשות המבצעת בבואה לשלוט על המיעוט הערבי ועל מיעוטים פוליטיים. מה שלא הוזכר בנימוקיו של בןגוריון הוא ששאלות רלוונטיות לאותם החששות נדונו כבר בבג"ץ הישראלי החל משנת 1948.

בןגוריון בחר להרחיק עדות בשאלת הביקורת השיפוטית ולהסתמך על הניסיון האמריקאי בנושא. אלא שהעתירה הראשונה שהוגשה במדינת ישראל, עוד בעת סמכות בג"ץ שכנה בבית המשפט המחוזי בתל אביב,² ביקשה לערער על תוקפה של חקיקה. בעתירה זו נתקפו תקנות ההגנה (שעת חירום),³ 1945 שמכוחן התבצעו מעצרים מנהליים. חוות דעת המיעוט בפסק הדין בעתירה ביקשה למעשה להכריז על בטלותה של החקיקה.⁴ גם לאחר מעבר הסמכות הבג"צית לבית המשפט העליון, נמשכה הגשת עתירות חוקתיות אשר תקפו חקיקה, ובפרט תקנות שעת חירום מנדטוריות שלהן מעמד של חקיקה ראשית.⁵

במאמר זה אטען כי הרחקת העדות של בןגוריון מיסכה והסתירה מניע חבוי להימנעות מכינון חוקה: פעילותו של בג"ץ, נושאי העתירות שהובאו בפניו וזוהתם של מי שהגישו את העתירות. הקשר שבין הפסיקה ובין התנגדותו של בןגוריון טרם נדון בספרות. לטענתי, הצבת פעילות בג"ץ מול השינוי בעמדתו של בןגוריון בשאלת החוקה חושפת את דמותו של בןגוריון כמי שהכיר בחשיבותו של שלטון החוק, רק כל זמן שהחוק לא הפריע ליכולת השליטה שלו עצמו במדינה ובתושביה.

המאמר מורכב מארבעה חלקים עיקריים. שלושת פרקיו הראשונים מגבשים מהלך טיעון תלת-שלבי בדבר השינוי ביחסו של בןגוריון לכינון חוקה. פרק א' ידון בשאלת החוקה

¹ "דיון על הדין-וחשבון של ועדת החוקה, חוק ומשפט בדבר חוקת-המדינה" ד"כ 20.2.1950, 808 (להלן: נאום בןגוריון בכנסת).

² בג"ץ הישראלי התחיל לפעול לראשונה בבית המשפט המחוזי בתל אביב. סמכותו של בית המשפט המחוזי לדון כבג"ץ עוגנה בס' 2 ל פקודת בתי משפט (הוראות מעבר), התש"ח-1948, ע"ר תוס' א' 17 (בס' 2) נכתב: "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". פקודה זו נחתמה ביום 24 ביוני 1948 ופורסמה ביום 30 ביוני 1948. העתירה הראשונה הוגשה לבג"ץ בתל אביב ביום 7 ביולי (עניין קוק, להלן ה"ש 4). על התקופה שבה ישב בית המשפט המחוזי בתל אביב כבג"ץ, ראו שני שניצור ויורם שחר "בג"ץ בתל אביב: מציאות חלופית אמיתית" עיוני משפט מג 137 (2020).

³ תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, 855 (להלן: תקנות שעת החירום (1945)).

⁴ בג"ץ (מחוזי ת"א) 1/48 קוק נ' שר הבטחון של הממשלה הומנית למדינת ישראל, המשפט ג 307 (1948). מדובר בתק' (5) 6 ר 111 לתקנות שעת החירום (1945). שם, בעמ' 325.

⁵ תקנות שעת החירום ששרדו לאחר קום המדינה "הוכרו כמעשי חקיקה ראשית" (ראו מרגית כהן "מעשי טלאים" דיני החירום" משפטים כט 623, 639 (1998)).

ובעמדתו המשתנה של בן-גוריון לגביה בתקופה שבין החלטת כ"ט בנובמבר ובין קבלתה של החלטת הררי. פרק ב' ידון בפעילות בג"ץ במהלך שנת 1948, שאותה יש להציב מול שינוי העמדה של בן-גוריון. הפרק יראה כי שאלות ערטילאיות לכאורה שהעסיקו את בן-גוריון במסגרת התנגדותו לחוקה הספיקו כבר להגיע לפתחו של בג"ץ. פרק זה יראה גם כי בג"ץ חיכה לחוקה שעתידה הייתה להתכונן, ובכך מוסבר מה שנתפש כיום כריסון בחלק מפסיקתו. פרק ג' ידון בעתירות אשר הוגשו לבג"ץ לאור תכניה של הצעת החוקה שנדונה באותה העת בוועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית. קשירת העתירות להצעת החוקה תראה כי לבן-גוריון הייתה סיבה ממשית וקונקרטית לחשש מחוקה, אשר נעוצה בפעילותו של בג"ץ. פרק ד' יתווה מסגרת תיאורטית לתחימת הטיעון שבפרקיו הקודמים של המאמר, ידון בקשר שבין ההימנעות מכינון חוקה ובין דמוקרטיה ולגליזם, ויציע סיבות אפשריות שהניעו את בן-גוריון להרחיק עדות בעניין ההתנגדות לחוקה.

חשיבותו של המאמר נובעת לא רק מחדשנות הטיעון שבו כשלעצמה, אלא גם מהשלכותיו על הבנתנו את ההיסטוריה המשפטית של מדינת ישראל, ובפרט ההבנה של תהליכים שהשפיעו על עיצוב המשפט הציבורי ומערכת היחסים שבין הרשויות השופטת, המחוקקת והמבצעת בתקופה הפורמטיבית בחיי המדינה. המאמר מאיר למעשה מחדש את נקודת המפגש שבין הרשויות ומראה כי הדינמיקה ביניהן נקבעה במידה רבה לפי רצונו של בן-גוריון לרסן את בג"ץ.⁶ בחינה של מערכת האיזונים והבלמים לאור ההבנה כי אי-כינון החוקה נבע מתגובת-נגד פוליטית לפעילות בג"ץ מראה, למשל, כי נטילת הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה בעניין **בנק המזרחי**⁷ הייתה בבחינת רהיקליברזציה מתקנת – איזון מחדש של האיזונים והבלמים, אם תרצו – בעקבות הקלקול הלכתחילי במערכת שלו גרם העומד בראש הרשות המבצעת.

לפני שנפנה לגוף המאמר, אקדים ואבהיר כי פעילות בג"ץ לא הייתה סיבה בלבדית להתנגדותו של בן-גוריון לכינון חוקה, והיא אינה מוציאה סיבות אחרות שנדונו כבר בספרות. עם זאת, אני סבורה כי מדובר בסיבה משמעותית וכבדת משקל להתנגדות; וכי ייתכן בהחלט שפעילות בג"ץ היא שהציתה מלכתחילה את ניצוצות השינוי בעמדתו של בן-גוריון בשאלת החוקה והביאה להתנגדות, שהתלבתה והתעבתה עם הזמן. על כך אוסיף הבהרה מתודולוגית: כברוב המחקרים ההיסטוריים, ביסוס של קשר סיבתי ודאי הוא קשה עד בלתי אפשרי. הסיבתיות הנטענת תישען על בסיס הסקתי, ולא על אמירות ישירות של בן-גוריון. בסיס כזה הוא במידה רבה אינהרנטי לעמידה על מניעיהם של פוליטיקאים, שמטבעם נוטים לעתים להיות נסתרים.⁸ במובן זה, המאמר הנוכחי אינו יוצא דופן. עם זאת, גם הצבעה על

⁶ בין אם מטעמים של נוחות פוליטית, מתוך מחשבה על טובת המדינה בנסיבות הייחודיות שאפיינו את הקמתה, או שילוב של שתי האפשרויות הללו.

⁷ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).
⁸ אין להוציא מכלל אפשרות שבן-גוריון פעל מלכתחילה בתחכום ודאג להסוות את מניעיו ולהימנע מתיעוד שלהם – בעל פה או בכתב. ראיה לכך ניתן לראות באופן ניהול יומנו, שלגביו הבהיר כי מדובר ב"רשימות מהענינים שעלי לזכור אותם לצרכים מעשיים של המלחמה והביטחון". **דוד בן-גוריון – יומן המלחמה: מלחמת העצמאות, תש"ח-תש"ט** כרך ב' 686 (מהדורה מיוחדת עבור ההסתדרות הציונית העולמית, גרשון ריבלין ואלחנן אורן עורכים 1982) (הספר והכרך להלן: **יומן המלחמה**). ראו בהקשר זה גם את דבריה של כותבת אחת מהביוגרפיות של בן-גוריון, שלפיהם "בן-גוריון היה אדם שלא נטה לחשוף את חיי הנפש שלו, וקשה לגלות את הגרעין הפנימי שלו". אניטה שפירא **בן-גוריון: דמותו של מנהיג** 10 (2015).

קורלציה כשלעצמה מספיקה כדי להעלות תהיות בדבר כנות נימוקיו של בן-גוריון להתנגדות לחוקה – ובעקבותיהן תהיות מדוע ראה להסתיר את מניעיו האמיתיים.

א. שאלת החוקה והתנגדותו של בן-גוריון לכינונה, 1947–1950

1. גלגוליה של חוקה שלא הייתה

ביום כ"ט בנובמבר 1947 התקבלה החלטה 181 של העצרת הכללית של האו"ם,⁹ אשר נודעה גם בשם "תוכנית החלוקה". עניינה הכללי של החלטה זו היה חלוקתה של פלשתינה-א"י כן שבין השאר יוקמו שתי מדינות עצמאיות עבור שני עמים – מדינה יהודית ומדינה ערבית. הוחלט כי שלטון המנדט הבריטי יסתיים עד יום 1 באוגוסט 1948, וכי המדינות החדשות ייכוננו תוך חודשיים מסיום המנדט, ובכל מקרה לא יאוחר מיום 1 באוקטובר 1948.¹⁰ תוכנית החלוקה התוותה גם תנאים להקמת המדינות הללו. לענייננו חשובים במיוחד שני תנאים. לפי הראשון, תוך חודשיים מעזיבת כוחות המנדט ייערכו בכל אחת מהמדינות בחירות לאספה מכוננת. לפי השני, האספה המכוננת של כל מדינה תנסח עבורה חוקה דמוקרטית.¹¹

שלטון המנדט הבריטי על פלשתינה-א"י הסתיים מוקדם מכפי שהיה צפוי בעת קבלתה של תוכנית החלוקה, ומדינה יהודית הוקמה כבר ביום 14 במאי 1948. ההכרזה על הקמת מדינת ישראל הדהדה באופן ברור את תוכנה של תוכנית החלוקה, באשר נכתב בה על חוקה "שתיקבע עלידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948".¹² אלא שחוקה לא כוננה עד 1 באוקטובר של אותה השנה, וגם אספה מכוננת לא נבחרה. הבחירות לאספה המכוננת נערכו ביום 25 בינואר 1949; ועם קבלתו של חוק המעבר, התש"ט–1949, הפכה האספה המכוננת לכנסת הראשונה, שבידיה הופקדו הן הסמכות המכוננת והן הסמכות המחוקקת.¹³

⁹ G.A. Res. 181 (II) (Nov. 29, 1947) (להלן גם: תוכנית החלוקה, החלטת כ"ט בנובמבר). לגרסה עברית של החלטה זו, ראו "החלטת האומות המאוחדות על הקמת המדינה העברית: נוסח מלא עם שלש מפות" ארכיון המדינה ג-344/6.

¹⁰ ראו ס' 1–3 לפרק א' בחלקה הראשון של תוכנית החלוקה, לעיל ה"ש 9. מדינה ערבית לא הוקמה בשל היעדר נכונות בעולם הערבי לקבל את תוכנית החלוקה. להרחבה על העמדה הערבית, ראו, למשל, בני מוריס 1948: **תולדות המלחמה הערבית-הישראלית הראשונה** 81–91 (2010); מוסטפא כבהא "הפלסטינים ותוכנית החלוקה" **שישים שנה להחלטת כ"ט בנובמבר 1947**, 60, 62–67 (רות גביון עורכת 2009).

¹¹ ס' 9–10 לפרק ב' בחלקה הראשון של תוכנית החלוקה, לעיל ה"ש 9. ב"כוחות המנדט" הכוונה ל-"the armed forces of the mandatory Power", שבס' 2 לפרק א' לחלקה הראשון של תוכנית החלוקה נקבע כי ייסוגו בהדרגתיות מפלשתינה-א"י, וכי נסיגתם תושלם עד 1 באוגוסט 1948 לכל המאוחר (כלומר, תאריך השקול למועד האחרון לסיום המנדט שהותווה בתוכנית החלוקה).

¹² הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1 (להלן: הכרזת העצמאות).

¹³ תחילת תוקפו של החוק ביום קבלתו בכנסת, 16 בפברואר 1949, ובסעיפו הראשון הוא מתווה כי: "לביט המחוקקים במדינת ישראל ייקרא 'הכנסת'. לאסיפה המכוננת ייקרא 'הכנסת הראשונה'. לציר האסיפה המכוננת ייקרא 'חבר הכנסת' (חוק המעבר, התש"ט–1949, ס"ח 1; וראו שם, בעמ' 2, על מועד הכניסה לתוקף). בלשונו של יאיר שגיא, הכנסת הפכה אפוא "לגוף היברידי". ראו יאיר שגיא "פסקהדין שעשה היסטוריה: עיון היסטוריוגרפי בפסקהדין בפרשת בנק המזרחי" **משפט וממשל** יט 325, 334 (2018).

בד בבד המשיכו ההכנות לקראת כינונה של חוקה, שהחלו עוד לפני קום המדינה.¹⁴ ביום 8 ביולי 1948 בחרה מועצת המדינה הזמנית ועדת חוקה, אשר החלה לעמול על המלאכה.¹⁵ החל משיבתה השנייה, ביום 11 באוגוסט 1948, התרכזה פעילות הוועדה בהצעת חוקה ספציפית – זו של ד"ר יהודה פנחס (ליאו) כהן.¹⁶ בוועדה נדונו שאלות חוקתיות הכרוכות בהצעתו של כהן, ואולם לאחר מסירת הטיפול בענייני החוקה לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הראשונה, באפריל 1949 – השתנה במפתיע הבסיס לדיונים. מאותה העת, עבר (או שמא נסוג) הדיון לשאלה מקדמית של אם בכלל תכונן חוקה.¹⁷

המשכו של הסיפור ידוע. ביום 13 ביוני 1950 התקבלה בכנסת החלטת הררי, פשרה שלפיה תכונן החוקה באופן הדרגתי, "פרקים פרקים".¹⁸ בפרק זמן בן כשנה התהפכה אפוא עמדת המכונן בשאלת החוקה: מדיונים מהותיים בתוכנה, להחלטה שלא תכונן – לכל הפחות שלא כחוקה כתובה פורמלית ואחודה.

כיצד אירע הדבר? לפי גיורא גולדברג, בן-גוריון הצליח "להוריד מסדר היום את הדיון בתכני החוקה ולהציב עליו את שאלת עצם נחיצותה", במה שהוא מזהה כההליך של בלימת כינון החוקה (או "קבורת החוקה") מצד בן-גוריון. לדבריו, התנגדותו של בן-גוריון לחוקה הייתה מ"הגורמים המכריעים" שמנעו את כינונה של החוקה.¹⁹ אורית רוזין מוסיפה כי בן-גוריון הפעיל לחץ "מאסיווי" על "כמה מחברי מפא"י כדי שיתנגדו לכינון חוקה.²⁰ שילובם של דברים אלו עם העובדה שלמפא"י היו ארבעים ושישה מנדטים בכנסת הראשונה – או כפי שדניאל פרידמן מגדיר זאת, "שליטה כמעט מוחלטת באסיפה המכוננת" – מעלה כי אכן

¹⁴ ראו, למשל, ביומנו של אורי ידן מיום 7 במאי 1948: "... קבלנו היום את הצעת ליאו כהן של תחוקת המדינה, חלק ראשון, דבר שאין בו צרך כל עוד אין אספה מכוננת. עוד חזון למועד!". "יומן אורי ידן: 29 באפריל 1948–13 באפריל 1951" ספר אורי ידן: האיש ופועלו כרך א' 17, 21 (אהרן ברק וטנה שפניץ עורכים 1990) (להלן: "יומן אורי ידן").

¹⁵ שוקי פרידמן ועמיחי רדינר **חוקה שלא כתובה בתורה** 21 (מחקר מדיניות 69, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2006).

¹⁶ Amihai Radzyner, *A Constitution for Israel: The Design of the Leo Kohn Proposal*, 15 ISR. STUD. 1, 2 (2010); גיורא גולדברג "כשנוטעים עצים אין צורך בחוקה" **מדינה ממשל ויחסים בינלאומיים** 38, 29, 32–33 (התשנ"ג). בפני הוועדה הובאו גם הצעות חוקה אחרות, אך כאמור הצעתו של כהן נבחרה להיות זו שעל בסיסה יתקיימו הדיונים בוועדה. בהקשר זה ראו, למשל, יהושע פרוידנהיים **סדרי השלטון במדינת ישראל: עקרונות השלטון, מבנהו ויטודותיו החוקיים** 25–26 (מהדורה חמישית 1973); Assaf Likhovski, *The Rise and Demise of Constitutional Duties in Israel*, 61 AM. J. LEGAL HIST. 90, 98 (2021) (להלן: לחובסקי "חובות חוקתיות"). כן ראו זרח ורהפטיג "דברי פתיחה לחבורת א" **מועצת המדינה הזמנית – ועדת החוקה: הדיון הכללי בישיבות הוועדה – חבורת א' ארכיון המדינה ג-5669/11**. פרוידנהיים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 33–37; יצחק ה' קלינגהופר "הקמת מדינת ישראל: סקירה היסטורית חוקתית" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 53, 98 (יצחק זמיר עורך 1993); אהוד שפרינצק **איש הישר בעיניו: אילגלזים בחברה הישראלית** 70 (1986).

¹⁷ ראו "דיון על הדין-דחשבו של ועדת החוקה, חוק ומשפט, בדבר חוקת המדינה" ד"כ 13.6.1950, 1711–1722; לנוסח ההצעה כפי שהתקבלה, ראו ד"כ 14.6.1950, 1743.

¹⁸ גולדברג, לעיל ה"ש 16, בעמ' 29, 41, 44, 46. גולדברג אמנם סבור כי בן-גוריון לא היה "כלי-כול פוליטי", ואף על פי כן לשיטתו "התנגדותו של בן-גוריון לכינון חוקה הייתה נקודת המפתח במניעת חוקה בשנותיה הראשונות של המדינה". שם, בעמ' 46–47.

¹⁹ אורית רוזין **מגוף ראשון רבים לגוף ראשון יחיד – תהליכי אינדווידואליזציה בחברה הישראלית בראשית העשור הראשון למדינה** 55 (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת תל אביב 2002).

היה בידיו של בן־גוריון, כראש המפלגה, הכוח להחליט בפועל אם תכונן חוקה אם לאו.²¹ לאור זאת לא מפליאה קביעתו הנחרצת של משה אונא כי "היה זה דוד בן־גוריון שמנע חקיקת חוקה".²²

בנקודה זו ראוי להידרש, אפוא, לעמדתו של בן־גוריון בעניין כינון החוקה, אשר עברה מתמיכה בכינון להתנגדות נחרצת לו. אקדים ואבהיר שאין בכוונתי לטעון כי בן־גוריון רצה בכינון חוקה בכל מאודו, עד שעמדתו השתנתה.²³ עם זאת, ניכר כי עד לשינוי בעמדתו, בן־גוריון לכל הפחות ראה בכינון חוקה תנאי בלעדיו אין להקמתה של מדינה.²⁴

2. בן־גוריון נגד החוקה

תת־הפרק הנוכחי יסקור את תהליך השינוי בעמדתו של בן־גוריון, מתמיכה בחוקה להתנגדות לכינונה. התקופה שתיבחן תהיה החל מהחלטת כ"ט בנובמבר ועד קיבוע המפנה בעמדתו של בן־גוריון לקראת קבלתה של החלטת הררי. עדויות לתמיכתו של בן־גוריון בחוקה קיימות גם עובר לשנת 1947,²⁵ אך חשובה במיוחד עמדתו הקונקרטי בעניין לקראת הקמת המדינה ובעקבותיה.

ביום קבלת תוכנית החלוקה באו"ם, ערך בן־גוריון ביומנו רשימה של אלמנטים נחוצים להקמת המדינה היהודית.²⁶ בין שאר הפריטים, כמו שם למדינה, ממשלה וצבא, נכתב שם במפורש "חוקה".²⁷ מספר ימים לאחר מכן, בישיבת מרכז מפא"י, נשא בן־גוריון דברים

²¹ "הכנסת הראשונה: הרכב סיעתי" הכנסת: היסטוריה <https://main.knesset.gov.il/About/History/Pages/KnessetHistory.aspx?kns=1>; דניאל פרידמן לפני המהפכה: משפט ופוליטיקה בעידן התמימות 214 (2015). בן־גוריון עצמו טען כי אמנם אף רשימה לא זכתה לרוב מוחלט בכנסת הראשונה, אך "למפא"י היו 40 אחוזים, לאחר שהצטרפו אליה שני צירים ערביים". ד' בן־גוריון דרכנו במדינה 5 (1951). ראו גם איל בנבנישתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא 801, 797 (2001) (עם הקמת המדינה, הממשלה היא ששלטה בפועל בכנסת, ולמעשה "מפלגה דומיננטית אחת שלטה בממשלה ובכנסת כאחת"). אך השוו לגולדברג, לעיל ה"ש 16, בעמ' 46.

²² משה אונא בדרכים נפרדות: המפלגות הדתיות בישראל 251 (1983). ההדגשה במקור. ראו גם פרידמן ורדזינר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 23 ("... הכוח העיקרי בסיכולה של החוקה היה דוד בן־גוריון").

²³ אם כי ראו את הטקסט הסמוך לה"ש 36 להלן.

²⁴ ישנו מגוון של סיבות אשר עשויות להסביר מדוע ראה בן־גוריון בכינון החוקה תנאי הכרחי, גם אם הוא לאו דווקא רצה בו כעניין של שכנוע פנימי. ביניהן ניתן למנות, למשל, את דרישת האו"ם אשר באה לידי ביטוי בתוכנית החלוקה, ושלפיה תכונן במדינה שתוקם חוקה דמוקרטית (ראו לעיל בה"ש 11 ובטקסט הסמוך לה); ולחלופין, באופן כללי יותר, את "גל החוקתיזציה ששטף את העולם" בעת ההיא וייתכן שהביא את בן־גוריון לסבור כי כינון חוקה צריך שיבוא ככלל בצידה של הקמת מדינה (למקור הציטוט, ראו יוסף ויילר ודורין לוסטיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" עיוני משפט לח 455, 419 (2016). ראו גם Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 DUKE (1995) 364, 368-369, 371 (L.J.).

²⁵ קידר כותב כי התייחסות ראשונה של בן־גוריון לשאלת החוקה מצויה בתקופה שלאחר המלצות ועדת פיל, וכי באותה העת חשב בן־גוריון שצריך לתכנן את החוקה העתידה לבוא. ניר קידר בן־גוריון והחוקה: חוקתיות, משפט ודמוקרטיה במשנתו של ראש הממשלה הראשון 28-29 (2015).

²⁶ בהקשר זה יש להזכיר כי את מחויבותו באותה העת של בן־גוריון לכינונה של חוקה אפשר לקשור גם לעמדה הבין־לאומית ברבר הכינון. עם זאת, גם אם אכן התקיים קשר כזה, עולה השאלה מדוע הפכה המחויבות להתנגדות.

²⁷ יומן בן־גוריון (יומן כיס) (29.11.1947) ארכיון בן־גוריון 220356.

בעקבות החלטת כ"ט בנובמבר. שם אמר כי "למדינה היהודית חסרים כמה וכמה דברים: שם, בירה, ממשלה, המנון, חוקה, תקציב, מטבע, צבא, משטרה – ועוד כהנה וכהנה..."²⁸ עמדתו זו של בן-גוריון לא השתנתה עם קום המדינה. כנזכר לעיל, בהכרזת העצמאות, שבן-גוריון היה אמון על נוסחה הסופי,²⁹ נכתב על החוקה "שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948".³⁰ יומיים לאחר שהוכרזה עצמאותה של מדינת ישראל, הביע בן-גוריון את שאיפתו להכין הצעת חוקה שתוגש לאספה המכוננת, ואף להקדים את כינוסה של האספה המכוננת.³¹ בחודש יוני 1948 הוכנה בפועל הצעה לחוקה מטעם מפא"י, מפלגתו של בן-גוריון.³² גם בתחילת חודש יולי 1948 עוד ניכר כי בן-גוריון ראה בכינונה העתידי של חוקה עובדה מוגמרת, כאשר אמר בישיבת מועצת המדינה הזמנית כי המועצה תכין את הצעת החוקה, "והפארלאמנט שייבחר – יצביע".³³

התפנית בעמדתו של בן-גוריון החלה להתרחש, כך לפי הספרות, במחצית השנייה של שנת 1948. אורית רוזין מעריכה כי בן-גוריון קיבל את החלטתו בעניין החוקה "לכל המאוחר בסוף 1948".³⁴ באורח דומה כותב ניר קידר כי הפקפוק של בן-גוריון בכינון חוקה החל לבוא לידי ביטוי בדיונים סגורים בחודשים האחרונים של 1948, וביתר קונקרטי מזהה גיורא גולדברג הד ראשון להתנגדות בדצמבר 1948.³⁵ בנימין נויברגר טוען כי מסוף שנת 1948 הפך בן-גוריון "למתנגד מושבע" לכינון חוקה, לאחר שבשנים 1947–1948 דווקא תמך "ללא סייג" בכינון.³⁶ תום שגב מוסיף כי בדצמבר 1948 טען בן-גוריון בישיבת ממשלה כי שגה שכלל בהכרזת העצמאות הבטחה לחוקה, וכי מדובר למעשה באי-הבנה.³⁷

²⁸ דוד בן-גוריון "ליסוד המדינה" הפועל הצעיר 13, 1, 2 (16.12.1947). ההדגשה הוספה. ראו גם "מרכז מפלגת פועלי א"י – ישיבת מרכז המפלגה, תל-אביב, 3.12.47" 7 ארכיון מפלגת העבודה ב' 48-1947-23-2. ראוי לציין כי לעמדת בן-גוריון, "כל אלה לא קשה למלא חסרונם", ואילו בעיה רצינית וחמורה יותר של המדינה שברוך היא חסרונם של יהודים (שם). בכך אפשר לראות אינדיקציה לראייה של הפריטים המנויים כדרישות פורמליות גרידא, ועם זאת ניכר כי בן-גוריון הכיר בחשיבותם – ובכלל כך, חשיבותה הספציפית של חוקה – כתנאים להקמת מדינה.

²⁹ על שלבי ההכנה של ההכרזה, כמו גם מקומו של בן-גוריון בהם, ראו יורם שחר "הטיטות המוקדמות של הכרזת העצמאות" עיוני משפט 523 (2002); יורם שחר כבוד, חירות ועמלי-ישרים: סיפור חיבורה של הכרזת העצמאות (2021).

³⁰ הכרזת העצמאות, לעיל ה"ש 12.

³¹ מועצת המדינה הזמנית א, ישיבה א, 4 (16.5.1948) ("בזמן הקרוב, אם הדברים יתפתחו כפי שאנחנו רוצים, נצטרך להכין הצעה של קונסטיטוציה שתוגש לאסיפה המכוננת, שצריכה להתאסף לא יאוחר מ-1 באוקטובר (אפשר להקדים אותה ורצוננו להקדים אותה ככל האפשר)").

³² לחובסקי "חובות חוקתיות", לעיל ה"ש 16, בעמ' 99.

³³ מועצת המדינה הזמנית א, ישיבה ז, 10 (1.7.1948).

³⁴ רוזין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 36, ה"ש 87.

³⁵ בן-גוריון והחוקה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 32; גולדברג, לעיל ה"ש 16, בעמ' 34. גולדברג מתייחס לחשיפה פומבית של התנגדותו של בן-גוריון, ולפיו לא ברור מה הייתה עמדתו עובר לקום המדינה. שם, בעמ' 29–30. כך או כך, תיוותר משמעות לעיתוי חשיפת ההתנגדות.

³⁶ בנימין נויברגר סוגיית החוקה בישראל 44 (1997).

³⁷ תום שגב מדינה בכל מחיר: סיפור חייו של דוד בן-גוריון 457 (2018). את טענתו של בן-גוריון שאותה מביא שגב יש לבחון בזהירות יתרה – שלא לומר במידה של חשדנות באשר לאמינותה ומהימנותה – לאור האופן העקבי (אשר תואר לעיל) שבו התייחס בן-גוריון לנחיצותה של חוקה עד לשינוי בעמדתו.

במהלך שנת 1949 הפכה עמדתו השלילית של בן־גוריון לברורה, ואף חלה בה הקצנה.³⁸ רתיעתו של בן־גוריון מכינון חוקה נהייתה מובהקת יותר ויותר, הגם שהוא לא שלל באופן אבסולוטי – למצער ברמת הרטוריקה – את האפשרות שתכונן חוקה.³⁹ ביטוי לכך ניתן לראות בעמדת הממשלה מחודש פברואר 1949, שלפיה האספה המכוננת תוכל עקרונית להחליט שלא לכונן חוקה.⁴⁰ לפי בן־גוריון, גם בתוכנית ארבע־שנתית של הממשלה שהוגשה לכנסת במרץ 1949 לא נכללה המילה "חוקה".⁴¹

בהמשך אותה השנה, בן־גוריון מיאן להגיע לשיבותיה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. בסוף יוני 1949 חשף יו"ר הוועדה כי ישיבה שהייתה מתוכננת בה בוטלה, בשל התחמקותו של בן־גוריון מהגעה אליה.⁴² כאשר הואיל בן־גוריון להתייצב בפני הוועדה, ביולי 1949, הוא הסכים לחשוף בה רק את דעתו הפרטית – אשר כללה שלל נימוקים להתנגדות לחוקה.⁴³ תוך מספר חודשים, בנובמבר 1949, חזר בן־גוריון לוועדה עם משנה סדורה בשם הממשלה: "הממשלה סבורה שיש להכין שורה של חוקייסוד בענין סדר־השלטון, בענין זכויות יסודיות של אזרחי המדינה, וכו'; אך טרם הגיעה השעה לעבר מה שקוראים חוקת יסוד".⁴⁴ ניתן לסבור כי אין זה מקרי שעמדה זו מזכירה במידה רבה את החלטת הררי, שעניינה בכינון חוקי יסוד כפרקים בחוקה שתגבש בעתיד. כאמור, עמדתו של בן־גוריון הפכה לעמדת מפא"י; שהפכה בתורה לעמדת הכנסת.⁴⁵

³⁸ גולדברג כותב שביום 24 בפברואר 1949 כבר הביע בן־גוריון התנגדות מפורשת לחוקה, באוזני מנהיגי הציונים הכלליים. ראו גולדברג, לעיל ה"ש 16, בעמ' 35.

³⁹ כך, למשל, דווח בתחילת יוני 1949 כי בן־גוריון הצהיר שהחוקה תהיה חילונית – משמע, עוד התייחס לחוקה ככזו שתהיה. ראו "ד. בן־גוריון לעורכי־הדין: חוקת המדינה לא תוכל להתבסס על החוק הבריטי אף־לא על החוק העברי הקדום" על המשמר 1.6.1949.

⁴⁰ עמדה זו הייתה מנוגדת לעמדת הרוב בוועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית, אך התקבלה בידי הרוב במועצת המדינה עצמה. ראו נאום בן־גוריון בכנסת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 813 ("הממשלה התנגדה להצעה זו [של ועדת החוקה, שלפיה הכנסת תחויב בעיבוד חוקה ותתפזר לאחריו – ש"ש], והכניסה הצעה אחרת האומרת: 'לאסיפה המחוקקת יהיו כל הסמכויות אשר העניק החוק למועצת־המדינה הזמנית, כל עוד לא החליטה האסיפה המכוננת החלטה אחרת בענין זה'. הרוב במועצת־המדינה הזמנית דחה הצעת הוועדה וקיבל הצעת הממשלה". את הכוונה שתהיה סמכות להחליט שכלל לא תכונן חוקה ניתן להסיק מהמשך דבריו של בן־גוריון, שם הוא מצייין כי "... אפילו מר ניר, שדיבר בשם רוב הוועדה, קבע אז הדברים האלה: 'נכון שהאסיפה המכוננת היא ריבונית להחליט לא לעבד חוקה בכלל. איני מתאר לי שכך יהיה, אך ... גם אצלנו יכולה להיות דעה כזו שהחוקה מיותרת, והאסיפה המכוננת סוברנית להחליט על כך.'").

⁴¹ שם.

⁴² פרוטוקול ישיבה י"ג של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת הראשונה, 2–3 (29.6.1949).

⁴³ פרוטוקול ישיבה ט"ו של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת הראשונה (13.7.1949). בן־גוריון מצייין כי לא הגיע להביע את דעת הממשלה, אלא שהדברים נאמרים "על אחריותו" הפרטית והאישית". שם, בעמ' 1 (מספור העמודים מתחדש; מדובר בעמוד התשיעי לפרוטוקול).

⁴⁴ "פרטיכל ח/2 מישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט" [מספר הישיבה חסר במקור], הכנסת הראשונה, 3 (14.12.1949). ההדגשות הוספו.

⁴⁵ יש לציין כי בן־גוריון טען שההחלטה היא החלטה של הכנסת. עם זאת, לאור השפעתו המכרעת על הנעשה בממשלה – ומכאן גם בכנסת – לטעמי יש לבחון את הדברים בחשדנות הראויה; וממילא, אין בהם כדי לשנות את עמדתו האישית בעניין. ראו, למשל, נאום בן־גוריון בכנסת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 813 ("הדבר תלוי בהכרעת הכנסת. אם הכנסת תחליט שתהיה חוקה – תהיה חוקה. אם הכנסת תחליט שלעת־עתה לא תהיה חוקה – לא תהיה").

מהסקירה הקצרה שלעיל עולה שבגוריון לא התנגד מאז ומעולם לכינונה של חוקה לישראל. אם ביולי של שנת 1948 עוד התייחס לכינון העתידי כמתבקש או כמוכח מאליו, הרי בהמשך מחציתה השנייה של השנה החלה נסיגה בעמדתו. עובדה יסודית אשר טרם זכתה לתשומת לב מחקרית היא כי עיתוי השינוי בעמדתו של בגוריון חופף למעשה לתקופה שבה החלה פעילותו של בג"ץ הישראלי.⁴⁶ לטענתי, החפיפה אינה מקרית, ופעילות בג"ץ הייתה גורם משמעותי שהוביל לשינוי האמור. כדי להבהיר את הקשר בין הדברים, שאליו אתייחס בפירוט בהמשך המאמר, יתמקד תהיפרק הבא במניעיו של בגוריון להתנגדות לכינון חוקה, כפי שבאו לידי ביטוי בחלקים הרלוונטיים מגאומן מכוון שאותו נשא בכנסת.⁴⁷

3. נאום בגוריון בכנסת, פברואר 1950: מניעים גלויים להתנגדות לכינון חוקה

בפברואר 1950 עמד בגוריון לפני מליאת הכנסת ושטח בפרוטרוט את הסיבות שבגינן לא ראוי שתכונן חוקה לישראל.⁴⁸ בגוריון ציין כי הוויכוח על החוקה הוא "ויכוח נוקב על כבשונה של המדינה", על "חוקה או חוקים, חוקת-יסוד כוללת ועליונה, או חוקת-יסוד הקובעים כשאר החוקים משטר המדינה והליכותיה ומגדירים זכויותיהם וחובותיהם של האזרחים".⁴⁹ כלומר, אפשר לראות בבירור כי שאלת עליונותה הנורמטיבית של החוקה עמדה לנגד עיניו של בגוריון.⁵⁰

בהמשך דבריו התייחס בגוריון לחוקה "האידיאלית" – חוקתה של ארצות הברית. בין כמה סיבות שבעטיין נחשבת חוקה זו לאידיאלית, מנה בגוריון את הקושי לשנותה, וחשוב מכך: את העובדה ש"חוקה זו מתנה כל התחיקה באמריקה, ובית המשפט יכול לפסול כל חוק אם נראה לו שהוא סותר 'החוקה'".⁵¹ ניכר אפוא כי בגוריון ייחס חשיבות לנוקשותה של חוקה, כמו גם ליכולת להכריז על בטלותה של חקיקה לאורה של החוקה.

בגוריון המשיך והסביר ביתר פירוט את מגרעותיה של החוקה האמריקאית. בפרט, אמר כי בית המשפט העליון שם "לקח לעצמו הזכות" להעביר ביקורת שיפוטית על חקיקה, לאורה של החוקה, ואף לפסול חקיקה. בכך, לפי בגוריון, "נעשה בית-המשפט העליון כוח מעכב, מחשיל [כך במקור – ש"ש], משמר, המבכר זכויות הרכוש על זכויות אדם". בתוך כך הביא בגוריון – שבתחילת נאומו דאג לציין כי לא קל "להדיוט" כמותו לקחת חלק בדיון על החוקה, אשר "דורש ידיעה מקצועית" – שתי דוגמאות קונקרטיות מהפסיקה האמריקאית.⁵²

⁴⁶ על תחילת פעילותו של בג"ץ בבית המשפט המחוזי בתל אביב, ראו לעיל בה"ש 2.

⁴⁷ הסיבה למיקוד בנאום זה היא כפולה. ראשית, הספרות מרבה להתייחס לנאום בבואה לנתח את מניעיו של בגוריון להתנגדות. שנית ובאופן קשור, מדובר בנאום שנישא בשלב מתקדם של הדיונים בשאלה אם תכונן חוקה, ובגוריון שטח בו בצורה מקיפה ותשתית את עמדתו – ובכלל כך, מניעיו הלכאוריים להתנגדות.

⁴⁸ נאום בגוריון בכנסת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 812–820.

⁴⁹ שם, בעמ' 812.

⁵⁰ ראו גם שם, בעמ' 815 ("למה מתכוונים אלה הדורשים חוקה כדבר מה שונה במהותו ובמעמדו משאר החוקים? הם מתכוונים לתעודה משפטית עליונה, מיוחסת, 'קשיחה'... ואינה נתונה לשינויים בדרך כל שאר החוקים").

⁵¹ שם, בעמ' 816.

⁵² שם, בעמ' 812, 816. מעניין לראות את הניגוד בין כינויו של בגוריון את עצמו "הדיוט" ובין משפט אחר שאמר באותו הנאום: "חבריה-כנסת ניר, בגין ובריהודה [נחום ניר, מנחם בגין וישראל בריהודה – ש"ש] הילכו אימים על הכנסת באם לא יהיה מה שהם קוראים בשם חוקה... עלי להגיד שאני תמה על יוריסטים מלומדים אלה" (לניר ולבגין התייחס בגוריון גם בתור "העורך-דין המלומד"). שם, בעמ' 813–814. ההדגשה הוספה.

"הזקוקים אנו לחוקה דוגמת אמריקה?", שאל בן-גוריון והוסיף: "הדרושה לנו חוקה מיוחסת, נוקשה, הכובלת ידי המחוקק והעם הריבוני, ומטילה על השופטים להכריע אם החוק שרוצה בו העם כשר או פסול?" על השאלות הללו השיב בשלילה. בן-גוריון הבהיר מהו תפקידו הראוי של השופט בעיניו: פירוש החוק והטלתו על מקרים שמובאים בפניו, ותו לא. עוד עמד בן-גוריון על ההפרדה המוחלטת שראוי שתקיים בין סמכות המחוקק ובין סמכות הרשות השופטת.⁵³ בעוד שבארצות הברית היו נסיבות "שהצריכו והצדיקו חוקה עליה ומיוחסת", ו"האמריקנים קיבלו באהבה – וגם זאת לא תמיד – כשבית-המשפט העליון פסל חוק באשר הוא מתנגד לחוקה", הרי בישראל, לפי בן-גוריון, חוקה לא תתאים ו"כל מי שירצה לבטל בחוק ימצא טענה חדשה – אין החוק מתאים לחוקה".⁵⁴

את עמדתו תמך בן-גוריון על אדנים דמוקרטיים ולגליסטיים לכאורה. כך, למשל, הוא הדגיש את חשיבותם של "חופש המיעוט, חופש הבחירות, חופש המחשבה, חופש התנועה, חופש ההתנגדות לממשלה בגדר החוק". עוד גרס כי יש לחנך את העם לכבד כל חוק באשר הוא, ואילו חוקה "תגביר הזלזול בחוק". יותר מכך, הוא טען כי חוקה כשלעצמה אינה מספיקה כדי להבטיח הגנה על זכויות; וממילא, מה שנחוץ בישראל – בהיותה "ארץ חפשית ודמוקרטית" – הוא "מגילת חובות", ולא "הכרזת חירויות".⁵⁵

אלא שתפישת הדמוקרטיה והלגליזם של בן-גוריון, כך מסתבר, כללה גם יסוד מתגונן (בלשון עדינה): "אם הדמוקרטיה בישראל רוצה להתקיים ולהאריך ימים, היא צריכה להיות מזויינת באמצעי התגוננות ומכשירי פעולה וביצוע שימנעו בידי מיעוטים – ולא רק מיעוטים לא-יהודים, אלא גם מיעוטים יהודים – להשתלט עליה בכוח, פנימי או חיצוני". בן-גוריון הדגיש עוד כי קיום המדינה תלוי בשלושה גורמים, שעמם נמנה הביטחון;⁵⁶ והפנה מבטו לאנגליה, שם "למען הבטיח שלטון החוק והדמוקרטיה... אין החוק האנגלי נרתע אפילו

אל מול תיאורו של בן-גוריון את עצמו כ"הדיוט" צריך להציב לא רק את ידיעותיו על הפסיקה האמריקאית, כי אם את העובדה שלמד משפטים בקושטא (הגם שלא השלים את לימודיו). על תקופתו שם, ראו מיכאל ברזיהר **בן-גוריון: האיש שמאחורי האגדה – ביוגרפיה** 56–59 (2013). למעשה, חיים כהן סיפר כי על אף הדלות היחסית של השכלתו המשפטית הפורמלית של בן-גוריון, "היתה לו הבנה משפטית רבה מאוד. תמיד ראה עצמו גם כמומחה". **חיים כהן: שופט עליון – שיחות עם מיכאל ששר** 73–74 (1989).

⁵³ נאום בן-גוריון בכנסת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 816–817. בן-גוריון מציין במפורש שם, בעמ' 817, כי "אין להגביל העם במתן חוקים... אין השופט עושה חוקים, אין הוא פוסל אותם...".

⁵⁴ שם, בעמ' 818.

⁵⁵ ראו שם, בעמ' 817–819. לעניין הבטחת ההגנה על זכויות, שחוקה אינה מספיקה כדי לקיימה, ראו גם את דיונו של בן-גוריון בחוקה הסובייטית, שם, בעמ' 814 (לפי בן-גוריון, למרות קיומה של "החוקה המשוכללת ביותר בעולם", התאפשרה צנזורה). להתנגדות לגישה שלפיה מגילת זכויות אינה חשובה, ראו מכתב מלאו כהן לדוד בן-גוריון 5–6 (24.2.1950) ארכיון המדינה חצ-2393/15 ("בנאומך טענת שגם עכשיו בלי חוקה חירויות האדם והאזרח בטוחות, אבל הסיבה לכך היא, שאנו עוד חיים תחת שלטונו של החוק האנגלי ומסתמכים עליו בבתי הדין שלנו כדי להשיג פקודה של 'הביאס קורפוס'... אני חושב שדוקא אצלנו יש צורך לשמור היטב על זכויות האדם והאזרח"). אני מודה לקוראת החיצונית של כתב העת **משפטים** על ההפניה למכתב זה.

⁵⁶ שני הגורמים האחרים שאותם מנה בן-גוריון היו עלייה והתיישבות – שלפי זאב צחור, היו מוכלות ממילא בתוך הביטחון לתפישתו של בן-גוריון. ראו זאב צחור **החזון והחשבון: בן-גוריון בין אידאולוגיה לפוליטיקה** 197 (1994); נאום בן-גוריון בכנסת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 818.

משלילת 'חירותו' של חבר הפארלאמנט... על־פי פקודת שרהפנים, בלי מתן כל נימוק, אלא בתוקף חוק של שעת־חירום, לשם בטחון המדינה".⁵⁷

חלקים נבחרים אלו מתוך נאומו של בן־גוריון חשובים במיוחד. עולה מהם תמונה ברורה של התנגדות לחוקה אשר תאפשר ביקורת שיפוטית על חקיקה, או על פעולות שלטוניות הפוגעות בחירויות הפרט. אלא שתמונה זו עולה מתוך דיבור על ארצות זרות בלבד – בבחינת אפשרות עיונית, שמפניה מתריע בן־גוריון לכאורה. ההיסטוריה, לעומת זאת, מגלה כי דוגמאות מתאימות נמצאו ממש כאן, במדינת ישראל. על מנת להמחיש נקודה זו, שמעלה תהייה מדוע ראה בן־גוריון צורך להרחיק עדות – או בעצם להסתיר ולמסך את שהיה ידוע לו – ידון פרק 0 בפעילות בג"ץ בתקופה שבה התרחש המהפך הראשוני בעמדתו של בן־גוריון ביחס לכינון חוקה.

4. הספרות הקיימת

לפני שאפנה לסקירת פעילות בג"ץ, אבהיר כי נימוקיו הגלויים של בן־גוריון להתנגדות לחוקה, כפי שתוארו לעיל, נדונו כבר בספרות המחקרית.⁵⁸ כך, למשל, שלמה אהרונסון ממצב את הוויכוח על החוקה כוויכוח על אימוץ שיטת שלטון אמריקאית או בריטית. לטענתו בן־גוריון ביכר את השיטה הבריטית נטולת החוקה, עם נוסח שונה של הפרדת רשויות והיעדר פיקוח מצד בית המשפט על חקיקה ראשית. שיטה זו משאירה יכולת פעולה רחבה יותר לממשלה ומעניקה "מעמד של בכורה לראש הממשלה ושר הביטחון במצב מלחמה ובמצב חירום". לעניין הביקורת השיפוטית, אהרונסון עומד באופן ספציפי על חשש של בן־גוריון ממעבר ההכרעה ב"עניינים יסודיים" – כגון היחס בין דת ומדינה – לידי בית המשפט.⁵⁹

גיורא גולדברג, במסגרת התייחסות להתנגדותו של בן־גוריון לכינון חוקה, כותב כי "במיוחד יצא בן־גוריון נגד מסירת סמכות פירוש החוקה לבית־המשפט... בישראל לא ייתכן כי בית־המשפט העליון יפסול 'חוק אשר העם רוצה בו'!". בין המניעים להתנגדות לחוקה שמזהה גולדברג, הוא מונה את סלידתו הכללית של בן־גוריון מהמשפט והרצון להימנע ממגבלות שיוטלו עליו; את הרצון לשמר את "כושר ומרחב השליטה שלו" בספרה הפוליטית

⁵⁷ שם, בעמ' 819.

⁵⁸ הספרות המתייחסת להתנגדותו של בן־גוריון לכינון חוקה היא נרחבת, והסקירה כאן מתמקדת בחלקים נבחרים מהכתיבה שהתייחסה לנקודות הספציפיות שאותן בכוונתי לקשור לפסיקת בג"ץ בפועל. לכתיבה נוספת בנושא, ראו, למשל, Rivka Weill, *Reconciling Parliament Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power*, 39 Nir Kedar, *Ben-*; 45–44 בעמ' 37, לעיל ה"ש 457, 465–466 HAST. CONST. L. Q. 2011); נויברגר, לעיל ה"ש 214–213 בעמ' 21, רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" *משפטים* כח 21, 76–77 (1997); רוזין, לעיל ה"ש 20, בעמ' 41–40, 47; יונתן שפירא *חברה בשבי הפוליטיקאים* 30–33 (1996).

⁵⁹ שלמה אהרונסון "חוקה לישראל – הדגם הבריטי של דוד בן־גוריון" *פוליטיקה: כתב עת ישראלי למדע המדינה וליחסים בינלאומיים* 2, 9, 10, 21–23, 25 (1998); שלמה אהרונסון *דוד בן־גוריון: מנהיג הרנסאנס ששקע* 245, 307–310 (1999).

כשר הביטחון וראש הממשלה; ואת החשש מהקניית "זכויות משמעותיות" למפלגות האופוזיציה, שעלולות להיות מנוצלות לרעה עד כדי פגיעה בדמוקרטיה.⁶⁰

נתן ינאי טוען כי עמדתו של בן-גוריון בשאלת החוקה הורכבה משילוב של שיקולים פוליטיים וגישה כללית רחבה יותר. בתקופה המעצבת של המדינה, לפי ינאי, בן-גוריון לא רצה להיות מוגבל בידי חוקה – שאותה ראה כבלתי-נחוצה ואף מעכבת בצורה מסוכנת. בנוסף, בן-גוריון העדיף להימנע מביקורת שיפוטית של בית המשפט, שתנגוס בסמכויות של הרשויות המחוקקת והמבצעת. ינאי גורס שלו מדובר היה בתקופה אחרת, בן-גוריון היה משתתף בכינון החוקה, ממש כפי שהשתתף בניסוח הכרזת העצמאות.⁶¹

גם ניר קידר נדרש לשאלת התנגדותו של בן-גוריון לחוקה. קידר טוען כי יש לבחון את דרכי פעולתו של בן-גוריון דרך פריזמה של "חוקתיזם", להבדיל מלגליזם במונח צר;⁶² וכי את החוקה יש לתפוש במונח רפובליקני – כלומר בתפישה פוליטית רחבה, כ"מכלול ההסדרים של מדינת החוק הדמוקרטית" ולא כ"סתם מסמך שנועד להגביל את השלטון". לפי קידר, בן-גוריון האמין כי חוקה אינה הכרחית לשמירה על שלטון החוק והדמוקרטיה, או על זכויות אדם. קידר מזכיר מספר סיבות להתנגדותו של בן-גוריון לחוקה, וביניהן שאלת הביקורת השיפוטית. גם קידר מסביר את התנגדותו של בן-גוריון לביקורת שיפוטית על בסיס הניסיון האמריקאי. בנוסף, יש לציין, קידר חולק על הטענה שלפיה בן-גוריון לא רצה שהחוקה תגביל את רצונותיו העתידיים או שאחז בתפישה דמוקרטית "פשטנית שאינה ערה דיה ליחס המורכב שבין שלטון הרוב ובין זכויות המיעוט".⁶³

על ההסברים הללו יש להוסיף את הסברו של אייל גרוס, הקשור אף הוא לביקורת חוקתית בנוסח אמריקאי. לפי גרוס, בן-גוריון ראה לנגד עיניו את עידן לוכנר בבית המשפט העליון של ארצות הברית, עידן אשר התאפיין בפסילתה של "חקיקה רגולטיבית ודיסטריוטיבית כבלתי-חוקתית". בהתאם, חשש בן-גוריון מהתפתחות "לוכנריזם" – תפישה חוקתית המקדשת את הספרה הכלכלית, עד שהיא כמעט ומחסנת אותה מפני התערבות ממשלתית; וממילא גם מציבה מגבלות על חלוקה מחדש של עושר וזכויות.⁶⁴ דברים אלו באים לידי ביטוי בצייטוטו של בן-גוריון שהובא לעיל, שלפיו הפך בית המשפט האמריקאי ל"כוח מעכב", "המבכר זכויות הרכוש על זכויות האדם".⁶⁵

⁶⁰ גולדברג, לעיל ה"ש 16, בעמ' 38, 44–46.

⁶¹ Nathan Yanai, *Politics and Constitution-Making in Israel: Ben-Gurion's Opposition in the Constitutional Debate Following the Foundation of the State*, in CONSTITUTIONALISM: THE ISRAELI AND AMERICAN EXPERIENCES 101, 105-110 (Daniel J. Elazar ed., 1990) ראו גם Nathan Yanai, *The Citizen as Pioneer: Ben-Gurion's Concept of Citizenship*, 1 ISR. STUD. 127, 132-133 (1991).

⁶² לדיון בשאלת הלגליזם (או האי-לגליזם) של בן-גוריון, ראו להלן בפרק ד'.

⁶³ **בן-גוריון והחוקה**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 14–18, 57, 78–83.

⁶⁴ אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" **צדק חלוקתי בישראל** 79, 79–80 (מנחם מאוטנר עורך 2000). "עידן לוכנר" ו"לוכנריזם" (או "לוקנריזם", אצל גרוס) שואבים את שמם מפסק הדין הידוע בעניין **לוכנר** (Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)). בפסק דין זה נדונה חוקתיותו של חוק במדינת ניו יורק אשר אסר על מעבידים בענף האפייה להעסיק את עובדיהם מעבר למכסה מסוימת של שעות. בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע כי החוק אינו חוקתי (ועל כן בטל) באשר הוא מתערב בזכות לחופש החוזים של עובדים ומעבידים – ומכאן גם בחירות הפרט שעליה מגן התיקון ה-14 לחוקה האמריקאית.

⁶⁵ ראו לעיל בה"ש 52 ובטקסט הסמוך לה. הציטוט מובא גם אצל גרוס, לעיל ה"ש 64, בעמ' 79.

אם כן, הספרות שנסקרה לעיל עמדה כבר על הרצון הכללי של בן-גוריון לשלוט במיעוטים ולהימנע מביקורת שיפוטית על חקיקה ועל מעשים שלטוניים. אין בכך הפתעה, משום שכאמור הדברים ניתנים לעיגון בנימוקים שפירט בכנסת בפברואר 1950 (ואכן, הספרות מרבה להידרש לנאום זה). עם זאת, עד כה לא נדון בספרות הקשר בין השינוי בעמדתו של בן-גוריון ובין פסיקת בג"ץ והעתירות שהוגשו אליו. למעלה מכך, הספרות נטתה לדון בטעמים עקרוניים להתנגדות לכינון חוקה – להבדיל מהסיבה שבגינה נוצרה התנגדות זו מלכתחילה. אל מול החסר הקיים בספרות המחקרית, בפרק הבא יובאו פסקי דין נבחרים שהדיון בהם בבג"ץ התרחש במהלך שנת 1948, שלאורם ניתן יהיה לבחון מחדש את המניעים הגלויים-לכאורה להתנגדות.

ב. בג"ץ מחכה לחוקה: על פעילות בג"ץ ושינוי עמדתו של בן-גוריון בשאלת החוקה

הפרק הנוכחי נועד לעמת כמה ממניעיו הגלויים של בן-גוריון להתנגדות לחוקה עם עתירות שהוגשו לבג"ץ למן הקמתו ועד סוף שנת 1948. כזכור, בן-גוריון התייחס בנאומו בכנסת לחשש עיוני-ערטילאי מביקורת שיפוטית נוסח ארצות הברית על חקיקה, כמו גם לכוחה "המעכב" של החוקה. עוד התייחס בן-גוריון לשלילת חירויות מתוקף שעת חירום, וכן לצורך בשליטה על מיעוטים תוך הבהרה כי מדובר במיעוטים לא-יהודים, אך גם במיעוטים יהודים (כלומר, מיעוטים פוליטיים – וזכורה אמרתו הידועה של בן-גוריון, "בלי חרות ומק"י"⁶⁶). סקירת הפעילות של בג"ץ, אשר תובא להלן, תעלה תהיות בדבר הרחקת העדות בעניינים הללו. הסקירה תראה את הנקודות הבאות:

- א. עתירות שהוגשו לבג"ץ הישראלי, למן מהקמתו, קראו תיגר על תוקפה של חקיקה ראשית;
- ב. בטלות של חקיקה ראשית הוכרזה בדעת מיעוט;
- ג. מעצרים מנהליים מכוח תקנות שעת החירום המנדטוריות הגיעו שוב ושוב לפתחו של בג"ץ, והעתירות בעניינם הופנו ישירות נגד בן-גוריון בכובעו כשר הביטחון;
- ד. עם העותרים לבג"ץ נמנו חברי "המיעוטים" שמהם ביקש בן-גוריון "להתגונן";
- ה. במסגרת האקטיביזם המחנך שהתהווה בבג"ץ – אקטיביזם רך ככלל, שנמדד לאורך שלבי ההליך הבג"צי ושעיקר עניינו בשמירה על שלטון החוק הפורמלי⁶⁷ – נמתחה ביקורת על פעולות שלטוניות ככלל;

⁶⁶ לפי גולדברג, מדובר במפ"ס, חרות ומק"י. ראו גולדברג, לעיל ה"ש 16, בעמ' 45. עם זאת יש לזכור את מלחמת החורמה של בן-גוריון בארגוני הפורשים אצ"ל ולח"י, אשר מצדיקה הרחבה של הדיבור "מיעוטים יהודים" כך שיחול למשל גם על נתן פרידמן-ליין (לין-מור) ועקיבא ברוך, שעתירותיהם יוזכרו להלן. הרחבה זו מוצדקת במיוחד לאור האמירה של בן-גוריון על הצורך להתגונן בפני ניסיון של אותם המיעוטים היהודים להשתלט על המדינה בכוח, וראו נאום בן-גוריון בכנסת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 818. ראו גם לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 56; וכן ראו להלן בה"ש 156.

⁶⁷ את המונח "אקטיביזם מחנך" טבענו, יורם שחר ואני, במאמרנו על בג"ץ בתל אביב. שם טענו כי בג"ץ המחזוי "אימץ בפועל תמהיל מדולל של אקטיביזם רך ועם זאת אפקטיבי... ברף התחתון שלו כוון אקטיביזם זה בעיקר לאכיפתו של שלטון חוק פורמלי". ראו שניצר ושחר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 157. המאמר הנוכחי בוחן גם את

1. האקטיביזם המחנך של בג"ץ נענה בציות מצד השלטון והביא לתיקון פגמים בהתנהלות השלטון במקרים מסוימים ולהכוונת ההתנהלות במקרים אחרים – כלומר, הביא לריסונו ולחינוכו של השלטון (ובעצם, להגבלה מסוימת של כוחו).⁶⁸

נקודה חשובה נוספת אשר תתבהר לאורה של הסקירה היא כי בג"ץ חיכה לחוקה. גם בפסקי דין שהספרות המחקרית נוהגת לזהות כ"מרוסנים",⁶⁹ משום שלא הוכרזה בהם בסופו של דבר בטלות של חקיקה, הביע בית המשפט נכונות עקרונית לביצוע ביקורת שיפוטית. ביקורת כזו נבלמה מפאת היעדרו של מסמך חוקתי מתאים (כלומר, במדרג נורמטיבי הולם). בחינה של פסקי דין כאלו מפריזמה של בג"ץ המחכה לחוקה מאירה ומדגישה את פוטנציאל הפסיקה של בג"ץ אילו כוננה חוקה, שהייתה מעניקה סמכות לביקורת שיפוטית-חוקתית. טענה זו תודגם ביתר פירוט בפרק ג', בעת הדיון בהצעת החוקה של ליאו כהן, שכזכור היוותה בעת ההיא מצע לדיוני ועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית. לאור הדיון שם יתחזקו התהיות בדבר אמיתות נימוקיו הגלויים של בן-גוריון. אולם ראשית, נתחיל בסקירת הפעילות של בג"ץ – ובעקבותיה, הערה קצרה על יחסו של בן-גוריון למשפט בכלל, שיחסו לחוקה הוא אך "מקרה פרטי" שלו.⁷⁰

1. תקנות שעת החירום (1945) בבג"ץ: אקטיביזם מחנך ומעצרים מנהליים של מיעוטים

תת-פרק זה יעסוק בשתי פרשות אשר נדונו בבג"ץ במהלך מחציתה השנייה של שנת 1948 ואשר מגלמות בתוכן כמה מחששותיו הנטענים של בן-גוריון מפני חוקה. הדיון בפרשות הללו יראה כי חששות שתלה בן-גוריון בחוקה – חששות מפני ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית ומפני הגבלת כוח השלטון בשלילת חירויות פרט, ובפרט בשליטתו על מיעוטים שבהם זיהה בן-גוריון סכנה לביטחון המדינה – באו לידי ביטוי למעשה בפעילותו של בג"ץ בתקופה שבה החלה עמדתו של בן-גוריון בשאלת החוקה להשתנות.

(א) בג"ץ קוק נ' שר הבטחון

העתירה הראשונה שהוגשה לבג"ץ הישראלי – עוד בעת שסמכות בג"ץ שכנה בבית המשפט המחוזי בתל אביב, עובר לפתיחתו של בית המשפט העליון בירושלים – הייתה בקשת הביאס קורפוס בעניינם של הלל קוק ויעקב מרידור.⁷¹ קוק ומרידור היו מבכירי אצ"ל, והם נעצרו

⁶⁸ הפסיקה העליונה מפריזמה דומה, תוך שאינו מבקש להכריע באופן מקיף או קונקלוסיבי במידת האקטיביזם של בג"ץ בבית המשפט העליון המוקדם.

⁶⁹ ראו גם שם; שני שניצר "זירת הקרב – בג"ץ: לוחמי המחותרות בין מנדט למדינה" ICON-S-IL Blog <https://tinyurl.com/yxc365zv> (15.10.2020).

⁷⁰ ראו, למשל, רון חריס **המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948–1977** (2014) 76–75 (העוסק בעניין ליון, להלן ה"ש 110).

⁷¹ על נושא זה ארחיב להלן בפרק ד'. ראו גם גולדברג, לעיל ה"ש 16, בעמ' 45 ("נראה שבן-גוריון ראה במסמכים משפטיים מכשול ובלם אפשרי לרצונותיו בעתיד. חוקה מן הסתם הנה פסגת התעודות המשפטיות. הוא נשא בלבו עוינות בסיסית כלפי הליכים משפטיים ופורמליים... לא פעם ביטא את תיעובו כלפי העוסקים במשפטנות, לרבות השופטים").

⁷¹ בעניין זה נדונו במאוחד בקשותיהם של ד"ר הרצל קוק ושל ציפורה וינירסקי (מרידור). ראו בג"ץ קוק, לעיל ה"ש 4. לפירוט נוסף על פרשת קוק, ראו שניצר ושחר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 147–153.

בעקבות פרשת אלטלנה. לצרכי המאמר הנוכחי, חשובות במיוחד שלוש נקודות הקשורות למעצרים ולעתירה העוקבת לבג"ץ: ראשית, עד להגשת העתירה הוחזקו השניים ללא אסמכתה חוקית למעצרים. משהוגשה העתירה, ולאחר שניתן צו על תנאי, הוצא צו מעצר על ידי הרמטכ"ל בפועל,⁷² מכוח תקנות שעת החירום (1945).⁷³ שנית, דעת הרוב בעתירה אמנם אישרה את המעצר משהוצאה אסמכתה חוקית,⁷⁴ אף כי גינתה בתוך כך את המעצר הראשוני; אך חוות דעת המיעוט סברה כי יש להכריז על בטלותן של התקנות שעליהן נשענה אותה האסמכתה. שלישית, זמן קצר לאחר מתן פסק הדין, קוק ומרידור שוחררו ממעצרים. כאשר אורי ידן כתב על כך ביומנו, הוא התייחס לניצחון הממשלה כ"חלש למדי" והוסיף כי היה צריך "פשוט מאוד לשחרר את אלה, אם אי אפשר היה להעמידם למשפט פלילי. לשחררם מיד אז או לפחות למחרת פסק הדין".⁷⁵

עניין קוק עוסק במעצר מנהלי של חברי מיעוט פוליטי – קוק ומרידור נמנו כאמור עם בכירי אצ"ל, ארגון בעל אוריינטציה ימנית-רוויזיוניסטית. ואכן, שניהם כיהנו בהמשך כחברי הכנסת הראשונה מטעם תנועת החרות.⁷⁶ מלבד נקודות אלו חשובה חוות דעת המיעוט במקרה, אשר כאמור ביקשה להכריז על בטלותה של חקיקה ראשית. בניגוד לחבריו למושב, השופט שלום קסאן לא רק שהביע מורת רוח מאופן המעצר הראשוני של העותרים, אלא קבע כי יש לפסול גם את המעצר שלאחר הוצאת צו מתוקף תקנות שעת החירום: "... הנני פוסק כי שתי התקנות (5)6 ר'111 של תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, שעליהן הסתמך האלוף איילון, אינן בעלות תוקף חוקי; לפיכך גם צו המעצר שהוצא לפיהן אין לו תוקף חוקי ויש לבטלו".⁷⁷ אל מול כך הבהיר קסאן כי אינו "כופר בצורך של תקנות לשעת חירום", אלא שאין הצדקה לשימוש ב"תקנות עוינות ונפסדות" אם אפשר להתקין במקומן תקנות שעת חירום

⁷² הרמטכ"ל בפועל, האלוף צבי איילון, שחתם על צו המעצר, הכחיש כי הוצאת הצו התרחשה כתוצאה מהעתירה. עם זאת, התזמון – יום לאחר מתן צו על תנאי בעניין – מעלה תהייה אם היה בכל זאת קשר בין הדברים. ראו גם שניצר ושחר, לעיל ה"ש 2, בה"ש 92.

⁷³ בנקודה זו אוסיף הבהרה טרמינולוגית: תקנות שעת החירום המנדטוריות ידועות גם בשם "תקנות ההגנה". מאמר זה נוקט במינוח "תקנות שעת החירום" הן לתקנות משנת 1945 והן לתקנות משנת 1939, מתוך תפישה עקרונית. בראייתו, השם "תקנות ההגנה", אף אם היה ועודנו נהוג כעניין היסטורי, אינו משקף כהלכה את כוחן הדורסני של התקנות הללו, שהשתרע מעבר לצורך בהגנה. כפי שכתב אורי ידן, "כאן, בארץ, ידועה לנו חקיקת-חירום עוד מתקופת המנדט, תחילה כתקנות-ההגנה בפני התקפות הערבים על הישוב היהודי, אחר כך כתקנות-הגנה בפני סכנות המלחמה העולמית השנייה ולבסוף, ביחוד משנת 1945 עד סיום המנדט, כתקנות-חירום במלחמת השלטון האנגלי נגד המדינה היהודית ההולכת ומתהווה". על כך הוסיף כי "הגבלה של זמן כמעט שנפלה לגמרי: מצב החירום הפך למצב של קבע, והתקנות עמדו בתקפן, בצורה זו או אחרת, במשך עשר שנים ויותר. היקף העניינים הנידונים בהן היה גדול כל כך עד שאפשר היה לראות בהן מערכת חוקים שלמה, מקבילה לכל מערכת החוקים הרגילים". אורי ידן "על תקנות-שעת-חירום" ספר אורי ידן כרך א' 111, 111 (אהרן ברק וטנה שפיץ עורכים 1990).

⁷⁴ אני משתמשת בביטוי "אסמכתה חוקית" בהתאם להכרעה בפסק הדין, אך יש לציין כי המעצר נעשה ללא קיומה של ועדה מייצעת כמותווה בתק' 111(4) לתקנות שעת החירום (1945).

⁷⁵ "יומן אורי ידן", להלן ה"ש 14, בעמ' 49.

⁷⁶ "הלל (פיטר) קוק (ברגסון) הכנסת: חברי הכנסת הכנסת לדורותיהם
 https://main.knesset.gov.il/mk/Pages/MKPersonalDetails.aspx?MKID=595; "יעקב מרידור (ויניארסקי)" הכנסת: חברי הכנסת הכנסת לדורותיהם
 https://main.knesset.gov.il/mk/Pages/MKPositions.aspx?MKID=511

⁷⁷ עניין קוק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 325.

חדשות "המותאמות להגנת המדינה, חירותו של האזרח והבטחת בטחון הציבור בישראל"⁷⁸. כך או כך, באופן כללי יותר, קסאן כתב מפורשות כי הוא "נוטה להשקפה" שלפיה: ...לא זו בלבד שהשופט רשאי, אלא חייב הוא, להעביר את החוק תחת שבט בקרתו ולבחנו אם לקוי הוא; אם הוצא בהתאם לחוקה היסודית של המדינה, או בניגוד לה; ואם המחוקק עבר, או לא עבר, על סמכותו בעריכת החוק. יפה כוחו של בית הדין, לפי השקפה זו, גם לעקור חוק ולבטלו מעיקרו, אם פסול הוא בעיניו.⁷⁹

קסאן חשב כי תקנות שעת החירום "פסולות מעיקרן", עד כי מצפוננו לא יתיר לו לדון לפיהן.⁸⁰ לו נשמעה דעתו, הרי הייתה מוכרזת בטלותה של חקיקה ראשית⁸¹ – וזאת כשלושה חודשים בלבד לאחר הקמתה של המדינה. קסאן הדגיש אמנם את הנסיבות של חילופי המשטר, שהרי תקנות שעת החירום (1945) מקורן בשלטון המנדטורי, ועם זאת חשובה עמדתו העקרונית שלפיה חייב השופט לבקר חקיקה, בין השאר לאור התאמתה ל"חוקה היסודית של המדינה" – או עמידתה בסתירה לחוקה.

עמדתו של קסאן הייתה אולי נועזת לזמנה, אך כעניין של אסמכתאות משפטיות היא הייתה נטועה גם בפסיקה מנדטורית קודמת.⁸² הפסיקה הקודמת הייתה כנראה מוכרת לבן-

78 שם, בעמ' 326.

79 שם, בעמ' 324.

80 שם, בעמ' 325.

81 אזכיר כי תקנות שעת החירום המנדטוריות אשר נשאו בתוקפן לאחר קום המדינה הוכרו כחקיקה ראשית, וראו לעיל בה"ש 5. עובדה זו יפה כמובן הן לתקנות שעת החירום (1945) והן לתקנות שעת החירום (1939), אשר יידונו בהמשך. אעיר כי ישנם כמה טעמים לראות בתקנות שעת החירום כחקיקה ראשית. ביניהם ניתן למנות את העובדה כי לנציב העליון הבריטי הוקנתה הסמכות להתקין את התקנות הללו. סמכות זו עוגנה בסימן 6(1) לדבר המלך במועצה לפלשתינה (א"י) (הגנה), 1937, ע"ר תוס' 2, 227, 229 (להלן: דבר המלך (1937)) ("הנציב העליון רשאי להתקין אותן התקנות (הקרויות בדבר מלך זה 'תקנות לענין הגנה'), שלפי שיקול דעתו הבלתי מוגבל יהא צורך בהן כדי להבטיח את בטחון הצבור, ההגנה על פלשתינה (א"י), השלטת הסדר הצבורי ודיכוי התקוממות, מרד ופרעות וכדי לקיים את האספקה והשירותים שהם הכרחיים לצבור"). ואכן, תקנות שעת החירום (1945) הותקנו "מתוך שימוש בכוחות, המסורים לנציב העליון בסעיף 6 של דבר המלך...", בידי "מנהל ענייני הממשלה" (תקנות שעת החירום (1945), בעמ' 858). כיוון שבפלשתינה-א"י לא הוקמה מעולם מועצה מחוקקת (על התוכניות המקוריות בהקשר זה, ראו נתן פיינברג "המועצה המחוקקת והמנדט" **ארץ-ישראל בתקופת המאנדאט ומדינת ישראל: בעיות במשפט הבינלאומי** 87 (התשכ"ג)), הנציב העליון שימש כמחוקק. לכן, כל הבחנה בין דברי חקיקה שהוצאו מתוקף סמכותו נדמית מלאכותית במידה רבה. מכל מקום, במהותן, ובפרט בכוחן להפקיע זכויות ולגבור על כל דבר חקיקה (ס' 2(6) ר"ד (4)) לדבר המלך (1937), שם), קשה להלום כי מדרגן הנורמטיבי של התקנות נמוך משל חקיקה ראשית. ראו גם ידין "על תקנות-שעת-חירום", לעיל ה"ש 73, בעמ' 111–112 ("ההבחנה בין פקודה (Ordinance) לבין תקנה הצטמצמה להבחנה פורמלית-חיצונית, הובל בצורה בלבד ולא במהות: שתיהן ניתנו על ידי אותו נציב עליון, שתיהן הצטמצמו להבחנה פורמלית-חיצונית, ובתנאים אלה... לא היה מקום ליחסי בקרת ופיקוח היכולים להתקיים רק בין מוסדות שלטון שונים ונפרדים"). ראו את פסיקת מועצת המלך בעניין *Murra, 5 COJ 1818 (1926)*, ובתוכה פסק הדין המנדטורי בעניין *H.C. NO. 27/25 Jerusalem-Jaffa District Governor v. PCA (PC) 98/25* (להלן: פרשת **מעיינות ארטאס**). ראו גם *Yoram Shachar, The Dialectics of Zionism and Democracy in the Law of Mandatory Palestine, in THE HISTORY OF LAW IN A MULTI-CULTURAL SOCIETY: ISRAEL 1917-1967 95* (Ron Harris et al. eds., 2002). יש לציין כי השופט קסאן התמנה לשופט כבר בתקופת המנדט (גבריאל שטרסמן **עוטי הגלימה: תולדות עריכת הדין בישראל** 108 (1985)). עם זאת, נטייתו

גוריון, שהיה בכל זאת משפטן (אף אם השכלתו הייתה חלקית) ומראשי היישוב היהודי.⁸³ ואולם, גם אלמלא הייתה מוכרת לו – הרי אין ספק שפסק הדין בעניין קוק היה מוכר לו, ולא רק מעצם היותו אחד המשיבים בעתירה, או משום שאישר לכאורה את מעצרו של העותרים.⁸⁴ פסק הדין זכה להדים נרחבים בעיתונות, וכך גם דעת המיעוט של השופט קסאן כשלעצמה;⁸⁵ והפרשה אף נדונה במסגרת ישיבות של מועצת המדינה הזמנית, בין השאר משום שבעקבותיה עלתה כוונה להתקין תקנות שעת חירום ישראליות, אשר יחליפו את התקנות המנדטוריות שתוקפן אותגר.⁸⁶

עניין קוק הוא מקרה מובהק שבו הושמע "איום" ברור בביקורת שיפוטית על חקיקה, הגם שבדעת מיעוט. עם זאת, לאחר המעבר של בג"ץ לבית המשפט העליון הוגשו עתירות

לביקורת חוקתית קשורה גם להיכרות עמוקה עם המשפט האמריקאי, לאחר שנים שבהן שהה בארצות הברית. על כך אני מרחיבה במאמר שבהכנה, שעניינו בהשפעות אמריקאיות על הפסיקה הישראלית המוקדמת. ראו להלן סמוך לה"ש 250 את דבריו של יעקב קליבנוב. בנקודה זו יש להעיר שהיכרותו של בג"צ גוריון עם הפסיקה המנדטורית – או לכל הפחות עם האפשרות של ביקורת שיפוטית-חוקתית – לא הביאה לכתחילה להתנגדות לחוקה, ולא בכדי. ראשית, לא היה ברור מה תהיה מידת ההמשכיות בפסיקה במעבר ממנדט למדינה – ואם כבר, ניתן היה להניח שבית המשפט הישראלי (היהודי-ציוני) יתגייס לטובת שלטונות המדינה (ראו גם יהושע (שוקי) שגב "בג"ץ בשירות הצדק: המסורת ואובדנה" **משפטים** יב 439, 451 (2007), המציין כי השופטים היו "מקורבים לזרמים שונים במגוון הקואליציוני היישובי באותה תקופה"). שנית, גם אם בג"צ גוריון לא אחז באמונה כזו, הרי בשנות השלושים והארבעים של המאה העשרים החל כבר בית המשפט המנדטורי לסגת מהנכונות לבקר חקיקה לאור כתב המנדט. ראו אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" **משפטים** כט 689, 707 (1998). למעשה, העובדה שבג"צ גוריון לא הביע במקור התנגדות לחוקה על רקע הקניית סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה – ואף הביע תמיכה בביקורת שיפוטית כאמור בתקופת המנדט (וראו גם כן דבריו של קליבנוב המובאים סמוך לה"ש 250) – אך מחזקת את טענתי כי פעילות בג"ץ הישראלי בהקשר זה היא שהביאה להתנגדותו לכינון החוקה.

בג"צ גוריון כתב ביומנו ביום 9 באוגוסט 1948 על המשך המעצר של קוק, כשהובאה לידיעתו תלונה על תנאי המעצר. עוד כתב שם על חקירה בת שעתיים ומחצה של הרמטכ"ל בפועל בידי עורך הדין מקס זליגמן – עדכון שהגיע אליו ישירות מהיועץ המשפטי לממשלה, יעקב שמשון שפירא. למעשה, בג"צ גוריון היה מעורב מאוד בפרשה לאורך שלביה, וכבר ביום 6 ביולי 1948 – יום לפני הגשת העתירה בעניין קוק – כתב כי לא יוכל להיעתר לבקשה להרשות ביקור אצל קוק. ראו **יומן המלחמה**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 579, 643. העתירה בעניין קוק הוכרעה ביום 17 באוגוסט 1948. לעניין הטענה כי בג"צ גוריון אישר את המעצר, ראו עניין קוק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 313; וראו גם שלמה נקדימון "גאלת את שמם הטוב של חמישה מבכירי האצ"ל" **האומה** 210, 73, 74 (2018) ("בהתייעצות בין בג"צ גוריון... החליטו ללכוד חמישה מבכירי האצ"ל [וביניהם הלל קוק ויעקב מרידור – ש"ש]).

למעשה, השתלשלות העניינים בבג"ץ נדונה בעיתונות החל משלב הגשת העתירה. ראו, למשל, "בפעם הראשונה בתולדות מדינת ישראל: הוצא 'צו על תנאי' נגד שרה-בטחון", [שר המשפטים, ראשי הצבא והמשטרה בענין עצורי 'אלטלנה'] **ידיעות מעריב** 8.7.1948, 4; "חופש הפרט יישמר במדינת ישראל: בירור בקשת 'האביאס קורפוס' ראשונה" **דבר** 18.7.1948, 3; "בית-הדין העליון אישר את מעצר קוק ומרידור" **הצפה** 18.8.1948, 2; "לשאלות השעה: הצדק והחוק" **הבקר** 18.8.1948, 2; *Court Upholds Army's Action*; *Kook and Meridor Stay in Detention*, PALESTINE POST (Aug. 18, 1948), at 3 המיעוט, ראו, לדוגמה, "השופט קסאן קרא לבי"ד לקיים >חובת כבוד ולמחוק ולעקור מן השורש את תקנות החירום< ולשחרר העצורים" **הבקר** 18.8.1948, 4; "השופט בישראל" **חרות** 19.8.1948, 2; "השופט קסאן: ישוחררו העצורים, יבטלו חוקי החירום" **המשקיף** 18.8.1948, א'.

ראו את שאלותיו של אריה אלטמן לבג"צ גוריון באחת מישיבות מועצת המדינה ואת התשובות עליהן. מועצת המדינה הזמנית א, ישיבה י"ד, 6–7 (12.8.1948). כן ראו את דבריו של פליקס רוזנבלט (פנחס רוזן), להלן בטקסט הסמוך לה"ש 167.

נוספות שביקשו (במודע או שלא) להמשיך בדרך שאותה התווה השופט קסאן. בראש ובראשונה יש לציין את בג"ץ אלכרבוטלי,⁸⁷ שם אוזכרה למעשה הפסיקה בעניין קוק.

(ב) בג"ץ אלכרבוטלי נ' שרהבטחון

חג' אחמד אבו לבן, חבר מועצת ההגנה ביפו,⁸⁸ נעצר במעצר מנהלי, ובקשת הביאס קורפוס בעניינו הוגשה הפעם בידי "ידידו של העציר" – אחמד שוקיא-אלכרבוטלי.⁸⁹ בדומה לעניין קוק, גם בפרשת אלכרבוטלי עלו טענות על כך שמקום המעצר לא נודע, נמנע מפגש עם עורך דין, וסיבת המעצר לא נחשפה.⁹⁰ בשונה מעניין קוק – להערכתי כלקח בעקבותיו, כתולדה של האקטיביזם המחנך של בג"ץ – הפעם הוצא מלכתחילה צו מעצר מתוקף תקנה 111 לתקנות שעת החירום (1945).⁹¹ אלא שגם הפעם, ביקש העותר לערער על תוקפן של תקנות שעת החירום (1945).

מבין הנימוקים שהעלה בא כוח המבקש זכורה ומוכרת העילה השלישית לערעור על תוקפו החוקי של המעצר, והיא הטענה הנקודתית שלפיה בעת המעצר לא הייתה קיימת ועדה מייעצת לפי הדרוש בתקנה 111(4) לתקנות שעת החירום (1945). כידוע, טענה זו היא שהתקבלה לבסוף בידי בית המשפט. ואולם קדמו לה (כך לפי סדר ההצגה בפסק הדין) שתי טענות. הראשונה, כי תקנה 111 "מחוסרת תוקף מעיקרה", משנחקקה בחריגה מסמכות המחוקק לפי סעיפים 2 ו-9 לכתב המנדט הבריטי על פלשתינה-א"י. השנייה, כי התקנה מחוסרת תוקף משום סתירה נטענת בינה ובין ה"עקרון שהונח ביסוד ההכרזה על מדינת ישראל".⁹²

בעת שבחן את טענת הבטלות מדעיקרא, הפנה השופט אולשן – כמו השופט קסאן לפניו – לפסיקה המנדטורית שעניינה בביקורת שיפוטית על חקיקה.⁹³ בבואו לדחות את הטענה, התייחס אולשן גם לחוות הדעת הנפרדות של שני שופטי הרוב בעניין קוק,⁹⁴ אשר כפי שתואר לעיל היווה את "יריית הפתיחה" לטענות בדבר תוקפה של חקיקה במדינת ישראל. עוד התייחס אולשן לעניין ליון,⁹⁵ אשר יידון כאן בהמשך.⁹⁶ ואולם, למרות דחיית הטענה, ותוך שהוא מתכתב עם שופטי הרוב בעניין קוק, הטעים אולשן כי ביטול מפורש בידי המחוקק

⁸⁷ בג"ץ 7/48 אלכרבוטלי נ' שרהבטחון, פ"ד ב 5 (1949).

⁸⁸ א' ש' שמרון "בית המשפט הגבוה לצדק: שיפורו של בית המשפט הגבוה לצדק; מהותו והיקפו" סדרי שלטון ומשפט בישראל: קובץ הרצאות 104, 111 (צ' זילביגר עורך 1954). להרחבה נוספת על אבו לבן, ראו גיא זיידמן "בג"ץ אלכרבוטלי – עיון מחודש" (מאמר בהכנה; עותק שמור אצל המחברת).

⁸⁹ עניין אלכרבוטלי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 7. בספר היסוד של בית המשפט העליון (בג"צים) משנת 1948 נכתב השם כ"אחמד שאוקי אל כרבוטלי".

⁹⁰ עניין אלכרבוטלי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 7; לגבי עניין קוק, ראו מכתב מעורך הדין זליגמן לשר הפנים (5.7.1948) ארכיון מכון ז'בוטינסקי בישראל ח 13–3/47/3.

⁹¹ עניין אלכרבוטלי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 8.

⁹² שם, בעמ' 9.

⁹³ פרשת מעיינות ארטאס, לעיל ה"ש 82. השופט אולשן מתייחס לפרשה כ"המשפט הידוע של 'מעיינות ארטאס'". עניין אלכרבוטלי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 10.

⁹⁴ שם, בעמ' 11.

⁹⁵ שם, בעמ' 12; עניין ליון, להלן ה"ש 110. יש לציין כי פרשות קוק וליון נכללו באסמכתאות הצדדים להליך. ראו שם, בעמ' 9.

⁹⁶ ראו בתת-פרק ב(2)(א) להלן.

הישראלי של חוקים קודמים נעשה רק כאשר "הנזק בהם לציבור היה כה גדול שאי-אפשר היה לחכות עד שבית-משפט מוסמך יכריז עליהם כמחוסרי תוקף חוקי". מכאן עולה, לפי אולשן, כי היעדר ביטול מפורש של חוק אינו משמיע כי החוק "נעשה בהתאם למנדט ולא היה פסול מעיקרו". למעלה מכך, אולשן קבע באופן ברור כי סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט אינו מכשיר חוקים אשר קיימת סתירה בינם ובין הוראות המנדט.⁹⁷

לעניין טענתו השנייה של בא כוח המבקש, שלפיה תקנה 111(1) בטלה באשר היא עומדת בסתירה להבטחת חופש הפרט שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל, הפנה השופט אולשן לפרשת זיו, שגם היא תידון כאן בהמשך.⁹⁸ אולשן קבע שאין יסוד לטענה זו, בהסתמכו על קביעת בית המשפט בעניין זיו: "... בית-המשפט לא קיבל את הטענה, כי תעודה זאת [הכרזת העצמאות – ש"ש] מהווה את החוקה, שלאורה יש לבחון כשרותם של חוקים בטרם נקבעה עלידי האסיפה המכוננת, החוקה היסודית, אשר עצם ההכרזה מדברת עליה".⁹⁹

בית המשפט מיאן אפוא להכריז על בטלותה של התקנה מתקנות שעת החירום (1945) המנדטוריות, אך לא פסל על הסף את האפשרות העקרונית של הכרזה כזו ואף ניהל דיון לגופו של עניין.¹⁰⁰ למעשה, השופט אולשן דחה את עמדת פרקליט המדינה, חיים כהן, אשר "ניסה לחסום" את הערעור על חוקתיותה של תקנה 111 תוך הסתמכות על דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל;¹⁰¹ וכן על פסיקות קודמות של בג"ץ בעניין של תקנות שעת החירום (ובתוך עניין קוק).¹⁰² לפי אולשן, "אין לקבל את טענת פרקליט המדינה... אין זה אומר כי אסור לבחון את חוקיותה של עצם התקנה שמכוחה ניתן הצו".¹⁰³ למעלה מכך, מדבריו של אולשן שצוטטו לעיל, בהתייחסו לעניין זיו,¹⁰⁴ עולה כי בית המשפט לא הכיר אמנם באפשרות כי הכרזת העצמאות תשמש חלף חוקה לעניין ביקורת שיפוטית על חקיקה – אך בכך מובלעת ההכרה בסמכות הביקורת השיפוטית אשר מוקנית ככלל בחוקה.

⁹⁷ עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 11.

⁹⁸ פרשת זיו, להלן ה"ש 121; לדיון ראו להלן בתת-פרק ב(2)(ב).

⁹⁹ עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 13. ההדגשה הוספה.

¹⁰⁰ שם, בעמ' 10–13. השופט אולשן אף כותב שם, בעמ' 13, כי "אין צורך להדגיש פעם נוספת את חומרת התקנה 111 (1) אשר יש להשלים עמה כל עוד מצריך מצב חירום את קיומה ואשר בימים כתיקונם היתה נפסלת כבלתי-מתקבלת על הדעת מפאת היותה מתנגדת לזכויות היסודיות של הפרט, או, כפי הגדרת בא-כוח המבקש, לזכויות הטבעיות של האזרח". אמנם, אין לקבוע בבירור כי המונח "נפסלת" מכוון להכרזה על בטלות בידי בית המשפט, אולם הדברים מובאים מעט לאחר הדיון במעמדה של הכרזת העצמאות לעניין בחינת תוקפה של חקיקה. כך או כך, ברור כי דעתו של בית המשפט אינה נוחה מהתקנות; וכי הוא מצדד במידה רבה בעמדתו העקרונית של בא כוח המבקש ביחס אליהן.

¹⁰¹ בפסק הדין נכתב כך: "פרקליט המדינה ניסה לחסום בפני בא-כוח המבקש את הדרך לערער על חוקיות התקנה 111 בהסתמכו על סעיף 12 לדבר-המלך-במועצה משנת 1937 הקובע כי כל מסמך שנעשה בתוקף דבר-המלך או בתוקף התקנות שהותקנו מכוחו, חזקה עליו שהוא נעשה כחוק; הואיל והתקנות הנדונות הותקנו מכוח דבר-המלך-במועצה, 1937, הרי הן, ואף צר-המעצר שניתן לפיהן, שרירות וקיימות". שם, בעמ' 9. ראו גם סימן 12 לדבר המלך (1937), שכותרתו "תקפם של מסמכים".

¹⁰² עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 9.

¹⁰³ שם.

¹⁰⁴ ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 99.

פסק הדין של השופט אולשן ניתן בפועל ביום 3 בינואר 1949.¹⁰⁵ עם זאת, חלק הארי של הדין בעתירה התרחש עוד במהלך 1948,¹⁰⁶ כך שממילא ניתן כבר צו על תנאי, בבחינת התערבות ראשונית במעשה השלטוני; והיה ברור גם מהן הסוגיות שבמחלוקת. אולי חשוב מכך, עצם אזכורו של בג"ץ קוק בפסק הדין – בעקבות הסתמכות פרקליט המדינה עליו – מעיד כי ההמשכיות הרעיונית בין שני המקרים הייתה ברורה.¹⁰⁷

2. תקנות שעת החירום (1939) בבג"ץ: ריסון התלוי בהיעדר חוקה

העיסוק במסגרת בג"ץ אל-כרבוטלי גם בפרשות ליון וזיו מוליך אותנו לפרשות הללו עצמן. אף בהן עלו בקשות לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, הפעם בהקשרן של תקנות שעת החירום המנדטוריות שמכוחן התאפשרה הפקעה של נכסי מגורים. תתהפרק הנוכחי יעסוק בהן, במטרה להדגיש הן את האלמנט החזרתי שבקריאת תיגר על חקיקה ראשית והן את העובדה שבג"ץ בעת ההיא חיכה לחוקה, שאמורה הייתה עוד להתכונן. קריאה של הפסיקה באספקלריה כזו צובעת אותה בצבעים שונים מאלו המקובלים, של בית משפט מרוסן.¹⁰⁸ התמונה העולה היא של בית משפט שהיה מוכן בהחלט להכריז על בטלות חקיקה ראשית, לו רק ניתן לו המסמך החוקתי המתאים.

(א) בג"ץ ליון נ' גוברניק

בעניין ליון הוחרמה דירה בתל אביב מכוח תקנה 48(1) לתקנות שעת החירום משנת 1939,¹⁰⁹ ובעקבות הגשת עתירה הוצא צו על תנאי.¹¹⁰ בא כוח המבקשים,¹¹¹ עורך הדין ראובן נוחימובסקי, טען, בין השאר (ובבחינת החשוב לענייננו),¹¹² כי לתקנות אלו מעולם לא היה "תוקף בארץ-ישראל, ועל כל פנים, אין להן עוד תוקף בישראל אחרי הקמת מדינת ישראל". לפי נוחימובסקי, החקיקה האנגלית שמכוחה הותקנו התקנות מעולם לא הייתה בת תוקף בפלשתינה-דא"י משהוחלה כאן בחוסר סמכות; ואם הייתה בת תוקף, הרי תוקפה פקע עם קום המדינה ולאור חקיקת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. על כך

¹⁰⁵ עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 16.

¹⁰⁶ לפי הרישום בפסק הדין, הדיונים – חמישה במספר – התקיימו החל מיום 1 בנובמבר 1948. ראו שם, בעמ' 5.

¹⁰⁷ שם, בעמ' 9. למעשה, ההמשכיות הרעיונית הייתה ברורה גם לציבור הרחב. ראו "ערעור אבו לבן בביה"ד העליון" הבקר 1948.12.8, 4.

¹⁰⁸ ראו לעיל בה"ש 69.

¹⁰⁹ "תקנות ההגנה 1939 (תיקון מס' 2 משנת 1945)". מדובר בתיקון לתקנות ההגנה, 1939, ע"ר תוס' 2, 548 (התקנות להלן: תקנות שעת החירום (1939)). על תקנות אלו ראו גם כהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 638–639 ("חוקי החירום שנחקקו באנגליה בשנים 1939 ו-1940... הוחלו מכוח דברי מלך גם בשטח המנדט... באופן גס ניתן למיין את תקנות ההגנה ששרדו בשנת 1948 לשני תחומים: תקנות העוסקות בנושאי הסדרה ופיקוח כלכליים (תקנות ההגנה (שעת חירום), 1939...) ותקנות ההגנה (שעת חירום), 1945").

¹¹⁰ בג"ץ 5/48 ליון נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב (יהושע גוברניק), פ"ד א 58 (1948).

¹¹¹ בהערת אגב, בשולי הדברים, אציין כי יובל ליון – הדייר בדירה שבעניינה הוצא צו החרמה, שהוביל להגשת העתירה – לא נמנה בסופו של דבר עם המבקשים. הבקשה תוקנה על ידי עורך הדין נוחימובסקי, בא כוח המבקשים, כך שתכלול את בעל הדירה (קליימן) ואת האדם שביקש להתגורר בה לאחר פינויה (ד"ר תמשס). ראו עניין ליון, לעיל ה"ש 110, בעמ' 62.

¹¹² לטענותיו הנוספות של נוחימובסקי בשם המבקשים, וביניהן טענה שלפיה תק' 48 לתקנות שעת החירום (1939), שמכוחה הוצא צו החרמה, בוטלה מכלל עם התקנת תק' 114 לתקנות שעת החירום (1945), ראו שם, בעמ' 64.

הוסיף נוחימובסקי, לפי בית המשפט, כי "החוקים האנגליים... שייפו את כוחו של הנציב... להתקין את [התקנות – ש"ש]... יש להם אופי דיקטטורי, אפילו אופי אנטייהודי".¹¹³ בית המשפט (הנשיא זמורה והשופטים אולשן ואסף) סבר כי "יהא זה מן המועיל" להתייחס ל"שאלה היסודית" של נוחימובסקי – כלומר, לעניין תוקפם של דברי חקיקה מסוימים מתקופת המנדט – כיוון שרווחה הדעה שלפיה "בית המשפט העליון מוסמך לפסוק שחוקים ידועים פקע תקפם מפני שהם אינם הולמים את רוח הזמן החדש".¹¹⁴ בית המשפט לא שעה לטענה כי תקנות שעת החירום (1939) אינן עומדות בתוקפן. גישתו הרחבה של נוחימובסקי, שביקשה להבחין בין סוגי חקיקה שונים ולקבוע עקרונות "שכל חוק אימפריאלי אשר אין לו קשר ישיר למנדט או אין לו קשר מיוחד לארץ-ישראל... בטל הוא מעיקרו", לא הייתה מקובלת על בית המשפט, שסבר כי היא נעדרת עוגן טקסטואלי הולם. עם זאת, כעניין של בחינה נקודתית של תוקפה של חקיקה, הטעים בית המשפט כי הוא נוטה לעמדה שונה מזו של קודמו המנדטורי ומוכן "לבדוק אם חוק אשר הוצא כאן בימי ממשלת המנדט סתר את כתב-המנדט".¹¹⁵

לעניין המשך טענותיו של נוחימובסקי בדבר שינוי מעמדה של חקיקה בעקבות חקיקת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, ובפרט בעקבות שינויים "הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה", קבע בית המשפט כי מדובר במלאכה הנתונה למחוקק. הימנעות המחוקק מביטול התקנות הנדונות הייתה מכוונת – הרי תקנות אחרות בוטלו במפורש. למרות זאת, ביקש בית המשפט "להוסיף דברים כלליים אחדים על תפקיד השופט כלפי החוק". בנקודה זו הבהיר בית המשפט כי תורת הפרדה רשויות אינה עוד "כל כך קבועה וקפואה כמו לפי תורת Montesquieu", אם כי בית המשפט ייכנס לנעלי המחוקק רק במקרה של לקונה (בדומה לדגם השוויצרי, כאשר אין "לא חוק ולא מנהג"); והכרזה על בטלות חקיקה תיעשה רק במקרה של חריגה מסמכות (ultra vires).¹¹⁶

במקרה זה בית המשפט היה מוכן עקרונית לבחון את תקפותה של חקיקה מנדטורית לאור כתב המנדט, אך לא לבטל חקיקה בשל שינויים שנגרמו מהקמת המדינה אם המחוקק לא בחר לעשות כן מפורשות. בנוסף, בית המשפט הכיר בצורך הקיים בתקנות שעת חירום בעת מצב חירום, "על אף כל האכזריות שיש לפעמים בשימוש" בהן.¹¹⁷ למרות זאת, מעניין לגלות כי בעוד שבבג"ץ קוק אחז הנשיא נתן ברדקי בדעת הרוב בהשקפה מונטסקיאנית נוקשה של הפרדת רשויות,¹¹⁸ כאן חלה נסיגה והפגנת גמישות מסוימת.

לסיום הדיון בפסק הדין, אציין כי הנכונות העקרונית של בית המשפט לדון בתוקפה של חקיקה מודגשת ביתר שאת בעת שמתגלה כי הטענה בדבר בטלות חקיקה הועלתה רק בעת

¹¹³ שם, בעמ' 64–66. החקיקה המדוברת היא Emergency Powers (Defence) Act, 1939, שמכוחה הוצאו התקנות (חוק הסמכויות לשעת חירום (הגנה), 1939, ע"ר תוס' 2, 539). ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח–1948: "המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית, או על פיה ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".

¹¹⁴ עניין ליון, לעיל ה"ש 110, בעמ' 66.

¹¹⁵ שם, בעמ' 67.

¹¹⁶ שם, בעמ' 69–70.

¹¹⁷ שם, בעמ' 70.

¹¹⁸ עניין קוק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 314–315.

הדיון בבית המשפט, בלי שניתנה לבא כוח המדינה הזדמנות להיערך בהתאם.¹¹⁹ בפסק הדין נכתב כי "כאשר עורך־דין רוצה לטעון בבקשה ממין זה שלצרההחרמה אין יסוד חוקי מפני שהחוק שעליו הוא מתבסס בטל ומבוטל... הבקשה צריכה להיות מנוסחת באופן שהמשיב יידע מה עליו להשיב". אף על פי כן, בחרו השופטים לדון בטענת הבטלות.¹²⁰

(ב) בג"ץ זיו נ' גוברניק

זמן קצר לאחר מכן שב עורך הדין נוחימובסקי לטעון בפני בג"ץ בדבר תוקפן של תקנות שעת החירום (1939), גם כן בהקשרה של החרמה של דירה. בפרשת זיו הוצא צו על תנאי בבית המשפט המחוזי בתל אביב, והעניין נדון לאחר מעבר הסמכות הבג"צית לבית המשפט העליון.¹²¹ שם ביקש נוחימובסקי מבית המשפט כי יכריז על בטלות תקנות שעת החירום (1939) לאור חקיקת סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, אשר אפשר התקנת תקנות שעת חירום ישראליות־עצמאיות. לטענת נוחימובסקי הביאה חקיקת הסעיף ליצירת מקור סמכות ("כוח") חדש להתקנת תקנות שעת חירום, ובהתאם גם לביטול מקורות הסמכות אשר קדמו לו בתקופת המנדט. אם כך, לטענת נוחימובסקי, גם התקנות הפכו "בטלות ומבוטלות", משהחוקק לא הורה במפורש כי ישארו בתוקפן.¹²²

נוחימובסקי ביקש לגייס לעזרתו את הכרזת העצמאות, ובפרט את החזרת "כל חירויות האדם" לאזרחי המדינה הגלומה בה, ושלאורה "בוטלו כל אותם החוקים אשר שימשו קודם לכן מקור לתקנות השוללות חירויות אלה". המשך טענתו היה כי אם הכרזת העצמאות וסעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט לא הביאו לבטלות "מקור החקיקה הקודם", הרי סעיף 9 מיותר לחלוטין. בית המשפט (הנשיא זמורה והשופטים אולשן וחשין) לא שעה לטענותיו של נוחימובסקי, וקבע כי "ההכרזה... אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם". בית המשפט ציין את עמדתו של סגן פרקליט המדינה, שלפיה "תקפה של איזו פקודה או תקנה מתקופת המנדט" ייבחן לאור סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. כלומר, דבר חקיקה יעמוד בתוקפו אם לא תימצא סתירה

¹¹⁹ למעשה, בית המשפט "ויתר" גם על הזדמנות נוספת לחמוק מהדיון בתוקפן של התקנות בעילה פורמליסטית, כאשר עלתה טענה בדבר היעדר ניקיון כפיים בהגשת תצהיר הכולל את יובל ליון, אשר בחר שלא להצטרף לעתירה. ראו לעיל בה"ש 111, וכן בעניין ליון, לעיל ה"ש 110, בעמ' 62.

¹²⁰ שם. צו על תנאי במקרה ניתן ביום 23 בספטמבר 1948, והטענה הועלתה ביום 1 באוקטובר 1948. בפרוטוקול הדיון, לאחר שמופיעות טענותיו של נוחימובסקי שלפיהן חל "נתוק סופי מהמשפט האנגלי" ו"לכל החן[ן]קים האלה אין ערך", נכתב: "זמורה מעיר על כך שאין זכר לטענה זו בבקשה", אך הדיון ממשיך להתקיים כסדרו. ראו פרוטוקול דיון (1.10.1948) 1 ארכיון המדינה ב-630/5. ההדגשות במקור. לתוכן הבקשה המקורית שהוגשה לבית המשפט, המתמקדת בפן המנהלי, ראו גם "בקשה למתן צו מסוג 'מנדמוס' לפי סעיף 7 (ב) מפקודת בתי המשפט", שם.

¹²¹ בג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל־אביב (יהושע גוברניק), פ"ד א 85, 86 (1948). בין הוצאת הצו על תנאי ובין הדיון בעניין זיו ניתן פסק הדין בעניין ליון, לעיל ה"ש 110. בהתאם לכך "הודה" נוחימובסקי כי "נסתתמו הרבה" מטענותיו ו"ביקש להשמיע שתי טענות חדשות". הטענה הראשונה נגעה לתוקפה של חקיקה ועל כן היא תידון כאן להלן; ואילו הטענה השנייה נגעה לתוקף המינורי של המשיב גוברניק, אשר הוציא את צו החרמה. ראו עניין זיו, שם, בעמ' 86–87, 90.

¹²² שם, בעמ' 87–88. מעניין לראות כי כבר השופט קסאן, בחוות הדעת שלו בעניין קוק, לעיל ה"ש 4, כתב כי הוא אינו "רואה כל הצדקה שממשלתנו תנהג על פי תקנות עוינות ונפסדות, בשעה שבפירוש ניתנה לה הסמכות על פי סעיף 9 של פקודת סדרי השלטון והמשפט תש"ח–1948 להתקין תקנות לשעת חירום המותאמות להגנת המדינה, חירותו של האזרח והבטחת בטחון הצבור בישראל" (שם, בעמ' 326).

בינו ובין חקיקה ישראלית מאוחרת יותר: פקודת סדרי השלטון והמשפט או "חוקים אחרים הנחקקים עליידי מועצת המדינה הזמנית או על-פיה"; ואם קיימים "הצדקה ונימוק המתקבלים על הדעת" לקיומם הנפרד של שני דברי החקיקה.¹²³ יוצא אפוא כי בית המשפט דחה את טענותיו של נוחימובסקי בדבר תוקפן של תקנות שעת החירום (1939), אך בתוך כך הכיר עקרונית באפשרות שישלל תוקפו של דבר חקיקה. זאת ועוד, מכלל לא ניתן לשמוע הן: לו מדובר היה ב"חוק קונסטיטוציוני" – ועל אחת כמה וכמה, חוקה – היה יסוד לבחינת תקפותו של דבר חקיקה.

3. פרשות סמכות השיפוט של בתי הדין הצבאיים: הסכנה הסמויה של ביקורת שיפוטית

פסקי הדין שלעיל מראים כי האיום מפני ביקורת שיפוטית על חקיקה היה נוכח בין דפי הפסיקה כבר בחודשים הראשונים שלאחר קום המדינה. ואולם, את הסוגייה אפשר לבחון לא רק כעניין של ביטויה הישיר בפסיקה שהתפרסמה, אלא בפריזמה רחבה יותר של פעילותו של בג"ץ בכלל. לצורך כך אדון בתתי-פרק זה בשתי פרשות אשר עסקו בשאלת הסמכות של בתי דין צבאיים, הראשונה בבג"ץ בתל אביב והשנייה בבג"ץ בבית המשפט העליון. שילוב העתירות האלה יראה כי: (1) סעיפים בחוקת השיפוט תש"ח שנונו בעקבות הפרשה המוקדמת בזמן.¹²⁴ (2) טענה בדבר תוקפו של סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עלתה בפרשה המאוחרת בזמן, אך לא מצאה את דרכה אל דפי פסק הדין.¹²⁵ כלומר, שילוב העתירות ידגים את השפעתו המרסנת של בג"ץ על השלטון בהקשר של פגיעה בזכויות הפרט, יחד עם העובדה שבקשות לביקורת שיפוטית-חוקתית היו נפוצות באותה העת – גם אם אינן מוכרות משום שלא נדונו בפסקי הדין הסופיים. כעניין של הקשר להצעת החוקה עצמה, אראה בהמשך כי אחד מסעיפיה היה מאשרר את פסיקת בג"ץ המתערבת-אקטיביסטית בפרשות הללו ומקבע אותה.¹²⁶

¹²³ עניין זיו, לעיל ה"ש 121, בעמ' 88–89. ההדגשה הוספה. בית המשפט נסמך בנימוקיו על פסק דינו בעניין ליון, לעיל ה"ש 110, ששם עלתה כבר טענה על ביטול מכללא של התקנות. ראו גם לעיל בה"ש 112.

¹²⁴ ראו להלן בה"ש 136 ובטקסט הסמוך לה. תחילתה של חוקת השיפוט תש"ח בחוקת השיפוט של "ההגנה", שהפכה לאחר קום המדינה לחוקת השיפוט של צה"ל. לפי מאיר שמגר, חוקת השיפוט כוננה למעשה את השיפוט הצבאי. הפעלתה הראשונית הייתה אמנם בחודש מאי 1948, אך היא התפרסמה רק בחודש ספטמבר של אותה השנה. ראו דבריו של מאיר שמגר בתוך "יובל למשפט הצבאי: כנס שנערך בתאריך 12/10/99 במכון הישראלי לדמוקרטיה" **משפט וצבא** 14, 11, 18 (התש"ס); וכן צבי ענבר **מאזניים וחרב: יסודות המשפט הצבאי בישראל** כרך א' 69–83 (2005) (הכרך להלן: ענבר **מאזניים וחרב** א). מתוך כך צמחו באופן טבעי טענות בדבר תוקפה החוקי וחוקיות הפעולה של בתי דין צבאיים לפיה בתקופת ביניים זו, וראו שם, בעמ' 83–85. עד לתחילת שנת 1956, התבסס השיפוט בצה"ל על חוקת השיפוט תש"ח (ראו צבי ענבר "הפרקליטות הצבאית – היבטים היסטוריים: הרצאה ביום הפרקליטות הצבאית" **משפט וצבא** 15, 7, 7 (התשס"א)). לחוקת השיפוט תש"ח, ראו ע"ר תס' 2 106. לתקנות שעת החירום שהקנו לה תוקף חוקי – תקנות אשר נחתמו ביום 31 באוגוסט 1948 והתפרסמו ביום 8 בספטמבר 1948 – ראו שם, בעמ' 105.

¹²⁵ ראו להלן בה"ש 137 ובטקסט הסמוך לה.

¹²⁶ ראו להלן בפרק ג'.

(א) בג"ץ מוגלניצקי נ' שר הבטחון

פרשת **מוגלניצקי** היא פרשה אשר נדונה בבית המשפט המחוזי בתל אביב בשבתו כבג"ץ ואשר מדגימה היטב את האקטיביזם המחנך של בג"ץ, שהופעל הפעם מול בן-גוריון ככובעו כשר הביטחון.¹²⁷ אריה מוגלניצקי נחשד בפריצה למחסן וגניבה ממנו, כמו גם במתן שוחד ("הענקה לפקיד צבורי"). המעשים שיוחסו לו נעשו ביפו, שהייתה אז מוחזקת "בידי צבא ההגנה לישראל", ושבה שימש כ"פקח באזור הצבאי". מוגלניצקי הועמד לדין בבית דין צבאי, ועל כך נסובה עתירתו, שעניינה בסמכות "בית דין צבאי, שהוקם לצרכים מיוחדים" לדון במקרה.¹²⁸

בפסק דין ערכי, מהותי וליברלי סירב בג"ץ בתל אביב לקבל את עמדת המדינה.¹²⁹ בית המשפט המחוזי (הנשיא נתן ברדקי, השופט ש"ז חשין והשופט מקס קנטרוביץ) שם דגש על "זכותו היסודית של אדם להשפט לפני בית דין רגיל וקבוע במדינה"¹³⁰ ועל הנזק המהותי שעלול להיגרם למוגלניצקי מהשוני שבין הערכאות הצבאית והאזרחית, שנחזה כפרוצדורלי בלבד.¹³¹ מעבר להתייצבותו של בית המשפט מול בן-גוריון, שהיה המשיב הראשון בעתירה, עולה מפסק הדין עובדה מעניינת. עורך הדין אשר לויצקי, בא כוח המבקש, ביקש מבית המשפט להכריז כי לחוקת השפוט תש"ח – שלפיה הועמד המבקש לדין – אין כל תוקף משפטי, כיוון שלא "נתפרסמה כחוק ואינה ידועה בצבור כלל". בית המשפט לא נדרש לטענה זו, משום שממילא נמצא כי מוגלניצקי אינו כפוף לחוקת השפוט.¹³² אף על פי כן, מתברר בדיעבד כי נערכו שינויים בחוקת השפוט בעקבות הדיון בבג"ץ.¹³³ עובדה זו נגלית מפרוטוקולי הדיון בפרשת **נימן**, שאליה אפנה עכשיו.

¹²⁷ בג"ץ (מחוזי ת"א) 4/48 **מוגלניצקי נ' שר הבטחון**, המשפט ג 326 (1948).
¹²⁸ שם, בעמ' 328. להרחבה על נסיבות הפרשה וההליכים המשפטיים, ראו ענת שטרן **לוחמים במשפט: השיפוט הצבאי בישראל במלחמת העצמאות 182–188** (2021).

¹²⁹ ראו גם שניצר ושחר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 153–154.
¹³⁰ שם, בעמ' 330. ראו גם שם, בעמ' 328: "הכלל הוא, שאין זכותו של האזרח להשפט בבתי המשפט הרגילים ניתנת לקיפוח, אלא בתוקף צו מיוחד, הניתן על כך מטעם הרשות המוסמכת". בית המשפט לא השתכנע מעמדת המדינה, שלפיה הפך מוגלניצקי מעצם מינויו לפקח "לאיש צבא או לחבר בחיל ישראל או בשרותו לצורך עשייתו כפוף למרותו של בית דין צבאי". שם, בעמ' 329.

¹³¹ שם, בעמ' 330.
¹³² שם, בעמ' 328–329.

¹³³ אציין בנוסף כי ענת שטרן טוענת כי בעקבות פרשת **מוגלניצקי** הורה פרקליט המדינה, חיים כהן, לתובע הכללי הראשי של צה"ל, אברהם גורלי, לפרסם את דבר הקמתם של בתי הדין צבאיים, תפקידיהם וסמכויותיהם; וכן כי לאחר משפטו של מוגלניצקי "פסק שיפוט אזרחים בצה"ל". ראו שטרן, לעיל ה"ש 128, בעמ' 189. מכתבו של כהן לתוכ"ל מעיד על החשיבות שייחס השלטון לעתירות שהוגשו לבג"ץ. למעלה מכך, אם שטרן צודקת בטענתה שפסקו העמדות לדין של אזרחים בבתי דין צבאיים, הרי מדובר בעדות נוספת לאפקטיביות של האקטיביזם המחנך של בג"ץ בתל אביב. עם זאת, יש לסייג את הדברים בהעמדה לדין של אזרח שהתרחשה בספטמבר 1948, וראו הדיון בפסקה הבאה בעניין **נימן**. כתב האישום במקרה התגבש כבר ביום 18 באוגוסט 1948 (עניין **נימן**, להלן ה"ש 134, בעמ' 51). מכאן שגם אם ניקח את הנקודה הזו, המוקדמת בזמן – מדובר בכשלושה שבועות לאחר שנחתם פסק הדין בעניין **מוגלניצקי** ויומיים לאחר שהוקרא בנוכחות הצדדים (ראו בג"ץ **מוגלניצקי**, לעיל ה"ש 127, בעמ' 328, 330); וקרוב לארבעה שבועות מיום שליחת מכתבו של פרקליט המדינה אל התוכ"ל, שבו ההוראה שצוינה לעיל (ראו שטרן, שם).

(ב) בג"ץ נימנ' נ' המושל הצבאי בשטח המוחזק של ירושלים (כבא כוחו של שר הביטחון) שאלת הסמכות של בתי דין צבאיים שבה לבג"ץ עם פתיחתו של בית המשפט העליון בירושלים, בעתירה הראשונה שהוגשה אליו, בעניין נימנ'.¹³⁴ הרמן נימן הועסק כשכיר בצה"ל עד סוף חודש יולי 1948, ובחודש ספטמבר של אותה השנה הועמד לדין בעבירות אזרחיות בפני בית דין צבאי. בית המשפט סירב לקבל את עמדת המדינה בדבר סמכות בית הדין הצבאי בעניינו של נימן, והפך להחלטי את הצו על תנאי שבו נקבע כי על המשיבים "לבוא וליתן טעם: מדוע לא יימנעו מלהביא את המבקש בפלילים בפני בית דין צבאי, ומדוע לא יבטלו את ההאשמות שהוגשו נגד המבקש בבית הדין הצבאי בירושלים".¹³⁵

פרשת נימן מעניינת במיוחד בשל מה שנגלה מפרוטוקולי הדיון בה. ראשית, מסתבר כי בעקבות פסק הדין בעניין מוגלניצקי, "הסעיפים בחוקת השפוט המקורית שלא מצאו חן בעיני שופטי ת"א, בדבר סדרי הדיון בבתי הדין הצבאיים הושמטו מחוקת השפוט, תש"ח".¹³⁶ שנית, מהפרוטוקולים מתברר כי עורך הדין יוסף פרנק, בשם העותר, ביקש לקרוא תיגר על תוקפו של סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922, כדרך להתגבר על תוקפם המחייב של פסקי דין אנגליים.¹³⁷ עובדה זו מפתיעה במיוחד, שכן בפסק הדין לא ניכר עיסוק בשאלות של ביקורת שיפוטית על חקיקה.¹³⁸ לפיכך, מעניין לגלות את קריאת התיגר על דבר המלך בעל המעמד החוקתי,¹³⁹ אשר מדגישה את תעוזת הטענות בדבר ביקורת שיפוטית. מעבר לכך, קיומה של טענה כזו בפרוטוקול – שאינה באה לידי ביטוי בפסק הדין

¹³⁴ בג"ץ 1/48 נימן נ' המושל הצבאי בשטח המוחזק של ירושלים, פ"ד א 50 (1948). העתירה הוגשה נגד המשיב הראשון כבא כוחו של שר הביטחון בן גוריון. עובדה זו מצוינת בגוף פסק הדין (שם, בעמ' 51, 58), אך המשיב הראשון נכתב בראשו רק כ"המושל הצבאי בשטח המוחזק של ירושלים". מעניין לגלות שבשלבים שונים של ניהול העתירה עוד צוין במפורש שמדובר בבא כוח שר הביטחון. ראו, למשל, "בקשה למתן צו על תנאי" (13.9.1948) ארכיון המדינה ב-630/1 ("המושל הצבאי לירושלים, מר דב יוסף (ברנרד יוסף) [כך במקור – ש"ש], כב' שר הבטחון של מדינת ישראל לשטח המוחזק, ירושלים"; ואפילו טיוטת פסק דין החתומה כבר בידי השופטים (29.9.1948), שם ("המושל הצבאי בשטח המוחזק של ירושלים, כב' שר הבטחון של מדינת ישראל"). אעיר כי צו החלטי הוצא לבסוף נגד המשיב השני, משנקבע כי למשיב הראשון אין "עמדה במשפט זה גם לא כבא-כוח שר הביטחון" (עניין נימן, שם, בעמ' 58). עם זאת, לענייננו חשובים עצם הגשת העתירה נגד בא כוח שר הביטחון ומעורבותו הנגררת.

¹³⁵ שם, בעמ' 51, 57–58.

¹³⁶ ראו פרוטוקול דיון (24.9.1948) 3–4 ארכיון המדינה ב-630/1. בפרוטוקול אחר (בתיק מופיעים כמה פרוטוקולים דומים, בכתבי יד שונים) צוין כי "[חוקת השפוט תש"ח – ש"ש] השמיטה את הסעיפים אשר בית המשפט או הסתכלו עליהם בעין לא נוחה". פרוטוקול דיון (24.9.1948), שם, בעמ' 7. על חוקת השפוט תש"ח, ראו לעיל בה"ש 124.

¹³⁷ פרוטוקול דיון (26.9.1948) 12 ארכיון המדינה ב-630/1 ("המשפט נשאר לתוקפו – אבל לא הקונסטיטוציה של דבר המלך במועצתו. סעיף 46 איננו משפט – הוא סעיף קונסטיטוציוני... עקר טענתי היא שאי אפשר לקשור את בתי-המשפט ב-Common Law האנגלי". ההדגשה במקור).

¹³⁸ אדרבה, בהקשרן של "תקנות שעת-חירום (חוקת השיפוט תש"ח)", תש"ח-1948, נכתב כי אין "שום ערעור על חוקיותן". שם, בעמ' 53. על חוקת השפוט תש"ח, והתקנות אשר הקנו לה תוקף, ראו גם לעיל בה"ש 124.

¹³⁹ ראו פרידמן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 99, הגורס כי דבר המלך "נחשב בארץ ל'חוקה'".

– עשויה להעיד על טענות שעלו במקרים אחרים ולא מצאו דרכן לפסיקה, ואף על פי כן ייתכן שבין גוריון היה מודע אליהן.¹⁴⁰

4. עתירותיהם של אנשי לח"י: אקטיביזם מחנך אל מול גבולות הכוח של בג"ץ

בנקודה זו אבקש להידרש לתופעה נוספת אשר התרחשה במקביל לשינוי בעמדתו של בן-גוריון בשאלת החוקה, והיא הפרקטיקה של פנייה לבג"ץ מצד ארגוני הפורשים, אצ"ל ולח"י. כפי שהראיתי במקום אחר, שורשיה של פרקטיקה זו מצויים בתקופת המנדט. הגם שבג"ץ לא עשה תמיד לבקשותיהם של העותרים ברמת פסקי הדין הסופיים, הגשת העתירות נמשכה במנדט וגם לאחר קום המדינה בזכות האקטיביזם המחנך של בג"ץ בשלבים שונים של ההליך והשפעתו המרסנת והמחנכת על השלטון (כפי שניכר, למשל, בעניין קוק אשר נדון לעיל).¹⁴¹ לכאורה, ניתן לטעון שתופעה שהחלה בימי המנדט לא הייתה אמורה לחדש לבן-גוריון דבר, ועל כן אין בה כדי לשנות מעמדתו. עם זאת, טענה כזו אינה מתבקשת כלל ועיקר. ראשית, היה זה סביר לחשוב שחילופי השלטון, והצבתה של הנהגה יהודית בראש המדינה אשר כלל המחחרות שאפו להקמתה, ימתנו (עד יאינו) את עתירות ארגוני הפורשים לבג"ץ. שנית, היה אך הגיוני לצפות כי פסיקת בג"ץ עצמו תיטה לטובת המדינה, בין השאר בהינתן זהותם היהודית-ציונית של השופטים.¹⁴² כך או כך, בפרקטיקת הפניות החוזרות לבג"ץ של אנשי אצ"ל ולח"י, כשבן-גוריון כשר הביטחון נמנה כמשיב בעתירותיהם, יש כדי להראות שהחשש הערטילאי שהציג בן-גוריון מפני מיעוטים "חמושים" בחוקה ניתן לקשירה גם לעתירות הללו.

אם כן, תתפרק זה יראה שתי עתירות אשר הוגשו באותו היום, כאשר בשתייהן היה בן-גוריון המשיב. מהדיון בהן יעלה כי: (1) אנשי לח"י ניסו "לגייס" את בג"ץ למאבקם בשלטון; (2) הגם שאחת העתירות נדחתה, השנייה התייתרה – כנראה בזכות האקטיביזם המחנך של בג"ץ – לאחר איום בפנייה לבג"ץ ותיקון הפעולה השלטונית; (3) בהינתן חוקה, הרקע להגעת העתירות לבית המשפט היה מקים כנראה עתירות בעלות אופי חוקתי, מהסוג ממנו חשש בן-גוריון. מאלה ינבע כי גם מקרים שבהם לא ניתן פסק דין סופי לטובת העותרים היו עשויים להטריד את בן-גוריון מהטעם של פגיעה ביכולת "ההתגוננות" בפני מיעוטים יהודים, בין אם באמצעות מעצרים מנהליים ובין אם באמצעות חקיקה אחרת, בפרט אם תכונן חוקה.

(א) בג"ץ ברון נ' ראשה ממסלה ושרהבטחון

עקיבא ברון היה בכיר בלח"י¹⁴³ שנעצר בעקבות רצח הרוזן ברנדוט ועוזרו, קולונל סרו. מייד לאחר היוודע דבר הרצח, ביום 17 בספטמבר 1948, ציווה בן-גוריון על מעצר המוני של אנשי

¹⁴⁰ אזכיר כי כפי שצוין לעיל בה"ש 134, העתירה הוגשה נגד המשיב הראשון כבא כוחו של שר הביטחון בן-גוריון. זאת ועוד, ניתן להניח בסבירות כי בן-גוריון עודכן בהשתלשלות הפרשה לא רק משום מעורבותו העקיפה, אלא גם משום היות עניין נימן העתירה הראשונה שהוגשה לבג"ץ בבית המשפט העליון.

¹⁴¹ שניצר "זירת הקרב – בג"ץ", לעיל ה"ש 68.

¹⁴² ראו את דבריו של שוקי שגב, המובאים לעיל בה"ש 83; וראו גם את דבריה של פנינה להב, המובאים להלן בה"ש 218.

¹⁴³ בן-גוריון הגדירו כ"מנהל כוח-אדם בלח"י". יומן המלחמה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 700.

לח"י; ולמחרת היום הורה על הכנת חקיקה ייעודית "נגד טרור"¹⁴⁴. ביום 19 בספטמבר 1948 כבר חתם בן-גוריון על תקנות שעת חירום רלוונטיות.¹⁴⁵ מעצרו של ברון הגיע לאחר החלטת הממשלה הזמנית שלח"י הוא "ארגון טרוריסטי". החלטה זו ניתנה ביום 20 בספטמבר 1948 מכוח תקנה 8 לתקנות-שעת-חירום למניעת טרור, התש"ח-1948, ופורסמה בעיתון הרשמי באותו היום שבו פורסמו התקנות עצמן.¹⁴⁶ סמוך לאחר מכן, ביום 29 בספטמבר, הוחלפו התקנות הללו בפקודת מניעת טרור, התש"ח-1948, תוך קביעה שביטולן לא יפגע "בכל הכרזה או הודעה שניתנה על-פיהן".¹⁴⁷

הדיון בעתירתו של ברון נסוב סביב ההכרזה על לח"י כארגון טרור, ולא סביב מעצרו של העותר. זאת, משום שלפי בא כוחו, עורך הדין מקס זליגמן, "אין להשיג את שחרורו" מהמעצר – שנעשה לפי תקנה 111 לתקנות שעת החירום (1945) – בלי שתבוטל החלטת הממשלה הזמנית. בית המשפט מיאן להתערב בשיקול הדעת המקצועי המהותי שבבסיס ההחלטה, ומצא לדחות את עתירתו של ברון. בהקשר זה כתב הנשיא זמורה כי "כל זמן שהשלטון האכסוקטיבי פועל בתוך המסגרת ששם לו החוק, אין זה מסמכותו של בית-משפט זה לבדוק את טיב הפעולה".¹⁴⁸

עתירתו של ברון רלוונטית לענייננו למרות דחייתה, משום שיש בה כדי לרמוז על רדיפה בידי השלטון,¹⁴⁹ הקשורה לרצונו של בן-גוריון להתגונן מפני "מיעוטים". אם הרדיפה הייתה מוצדקת אם לאו – זו שאלה נפרדת, שהדיון בה ראוי אך אינו הכרחי כאן. זאת, משום שחשובה העובדה שלח"י ביקשה באותה העת להשתלב בזירה הפוליטית. למעשה, לגרסתו של ברון, לח"י הפכה לתנועה חוקית, ששאפה להשיג את מטרותיה בדרכים חוקיות.¹⁵⁰ ככל שנניח כי ניתן להסתמך על הצהרתו בשבועה של ברון בעניין,¹⁵¹ הרי אין לשלול כי מדובר

¹⁴⁴ שם, בעמ' 698, 701. בני מוריס הגדיר את פעולותיה של הממשלה (בראשות בן-גוריון) כ"מצוד נרחב נגד הלח"י (והאצ"ל) בירושלים". ראו מוריס, לעיל ה"ש 10, בעמ' 340.

¹⁴⁵ התקנות נחתמו "אור ליום טו' באלול תש"ח, (19 בספטמבר 1948)" [כך במקור – ש"ש]. ראו "פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח – 1948. תקנות-שעת-חירום למניעת טרור. "ארכיון המדינה ג-5392/5.

¹⁴⁶ לתקנות ראו ע"ר התש"ח תוס' ב 145. להכרזה על לח"י כארגון טרור ראו "תקנות-שעת-חירום למניעת טרור, תש"ח-1948: הודעה" ע"ר התש"ח 142.

¹⁴⁷ בג"ץ 16/48 ברון נ' ראשהממשלה ושרהבטחון, פ"ד א 109, 110-111 (1948); פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948, ע"ר תוס' א' 73 (ביטול התקנות נעשה שם, בס' 22. הנוסח בפקודה עצמה מעט רחב יותר מזה שבפסק הדין: "ביטולן אינו פוגע בכל הכרזה או הודעה שניתנה או פעולה אחרת שנעשתה על פיהן").

¹⁴⁸ שם, בעמ' 112-113, 116.

¹⁴⁹ ראו גם ענת שטרן "מפלגה בצל משפט: רשימת הלוחמים בבחירות לאספה המכוננת" פוליטיקה במלחמה: קובץ מחקרים על החברה האזרחית במלחמת העצמאות 411 (מרדכי בראון ומאיר חזן עורכים 2014).

¹⁵⁰ יותר מכך, לפי ברון, ביום 28 באוגוסט 1948 הוא הודיע לשר הפנים, בשם התנועה, כי היא הפכה לתנועה פוליטית רשמית. במכתבו לשר הפנים, יצחק גרינבוים, כתב ברון: "מכיוון שאין עוד חוק עברי לרשום מפלגות, הננו מסתפקים לפי שעה בהודעה זו לכב', ונשמח להרשם בהקדם לפי חוקי ישראל". מכתב מעקיבא ברון לשר הפנים (28.8.1948) ארכיון מכוון ז'בוטינסקי כ 5-5/5. ביום 5 בספטמבר 1948 התקבל מכתב תגובה ואישור מאת שר הפנים, וראו שם. המכתבים צורפו כמוצגים א' רב' לבקשה למתן צו על תנאי בעניין ברון. תכני המכתבים שוחזרו בדיעבד על ידי ברון, לאחר שהוחרמו לדבריו בידי השלטונות הצבאיים; וצוין כי מדובר "בערך" בתאריכים 28 באוגוסט ר' 5 בספטמבר. ראו בקשה למתן צו על תנאי, שם.

בדרך של השלטון לרסן מיעוט פוליטי – והמיעוט הפוליטי, מצדו, הביא את העימות עם השלטון לפתחו של בג"ץ.

למעלה מכך, עתירה זו חשובה גם באספקלריה של בג"ץ המחכה לחוקה – והפעם, עותרים המחכים לחוקה. כפי שיתברר להלן בעת הדיון בהצעת החוקה של ליאו כהן, נכלל בה סעיף שעניינו רטרואקטיביות של חקיקה. תזכיר של לח"י שנערך מאוחר יותר, בחשון התש"ט, עמד על אופיה הרטרואקטיבי של החקיקה ללוחמה בטרור.¹⁵² בן-גוריון עצמו כתב ביומנו, בעקבות רצח ברנדוט, כי הציע "עיקרי חוק נגד טרור" לשר המשפטים רוזנבליט וליועץ המשפטי לממשלה שפירא – אשר "הסכימו ויכינו במשך היום".¹⁵³ זאת ועוד, עורך הדין זליגמן היה גם מעורכי דינם של יעקב מרידור והלל קוק.¹⁵⁴ לאור כך אין זה מפתיע כי לא ניסה לתקוף שוב את תקנות שעת החירום (1945) במקרה זה – אך קיומה של חוקה היה טורף את הקלפים. כלומר, בהינתן קיומה של חוקה, ובהינתן העובדה שעתיירתו של ברון הייתה כאמור חלק משרשרת עתירות של ארגוני הפורשים (אצ"ל ולח"י) לבג"ץ, ייתכן בהחלט שהייתה מתגבשת עתירה אחרת, שבכוחה היה לסכן חקיקה ראשית: החקיקה למניעת טרור, שלבן-גוריון הייתה נגיעה אישית בה, או תקנות שעת החירום (1945). בשני המקרים, מדובר בפוטנציאל פגיעה ביכולת ההתגוננות מפני מיעוטים שהייתה כה חשובה לבן-גוריון.

(ב) בג"ץ זליגמן נ' שר הבטחון

באותו היום שהוגשה העתירה בעניין ברון, הוגשה גם עתירה בעניינו של חבר מרכז לח"י, נתן פרידמן-ליין. שם התבקשה הוצאת צו על תנאי אשר יאפשר ביקור אצל פרידמן-ליין ומתתיהו שמואלביץ, איש לח"י נוסף שנעצר עמו. אלא שהעתירה נמשכה באותו היום, שכן היא התייתרה לאחר אישור הביקור (באינדיקציה אפשרית נוספת לאפקט המרסן והמחנך שהיה לבג"ץ על השלטון, מפני שעורך הדין זליגמן התריע כי יפנה לבג"ץ אם לא יאושר הביקור).¹⁵⁵ פרידמן-ליין, שעברת את שמו לנתן ילין-מור, הפך בהמשך לחבר הכנסת הראשונה מטעם רשימת הלוחמים.¹⁵⁶

5. עתירות "המיעוטים" והמשפט כחסם בפני שאיפתו של בן-גוריון "להתגונן"

עתירות אלה של עצורי לח"י, יחד עם עתירותיהם של הלל קוק ויעקב מרידור, מייצגות את רצונו של בן-גוריון לשלוט במיעוטים הפוליטיים היהודים. הן מייצגות גם את רצונו של בן-

¹⁵² ראו להלן בה"ש 193 ובטקסט הסמוך לה.

¹⁵³ **יומן המלחמה**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 700–701. הדברים נכתבו ביום 18 בספטמבר 1948 (וראו גם לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 144–147).

¹⁵⁴ עניין **קוק**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 310.

¹⁵⁵ בג"ץ 17/48 **זליגמן נ' שר הבטחון**. כאמור העתירה התייתרה ונמשכה, אולם עדות להגשתה נותרה בספר היסוד של בית המשפט העליון (בג"צים) משנת 1948. ראו שניצר "זירת הקרב – בג"ץ", לעיל ה"ש 68, ואת המקורות המנויים שם, בה"ש 19–20. ראו גם מכתב מעורך הדין זליגמן אל רב סרן חטר ישי, תובע צבאי (1.11.1948) ארכיון מכון ז'בוטינסקי בישראל תיק ח 8/48/3–13. מהמכתב וכן מבקשה למתן צו על תנאי, שם, עולה כי עד להגשת העתירה נדחה זליגמן בלך ושוב בבקשותיו כי יתאפשר מפגש עם העצורים.

¹⁵⁶ נתן ילין-מור (פרידמן) **הכנסת: חברי הכנסת לדורותיהם** <https://main.knesset.gov.il/mk/Pages/MKPositions.aspx?MKID=192>. סיעת הלוחמים הייתה בין הסיעות היחידות שלא השתתפו בממשלה הזמנית, יחד עם חרות ומק"י. ראו נאום בן-גוריון בכנסת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 813.

גוריון להבטיח שליטה יעילה במי שנתפשו כסכנה לביטחון המדינה, כמו בעניין אל־כרובטלי. בהקשר דומה אמר בן־גוריון, במסגרת דיונים על חקיקת פקודת מניעת טרור, את הדברים הבאים:

המתנגדים למלחמה יעילה בטירור משתמשים בפרינציפים משפטיים... אבל השאלה היא זו: האם אנו נוצרנו בשביל הפרינציפ המשפטי – או הפרינציפ המשפטי נוצר בשבילנו? כל יוריסט יודע שאפשר בנקל לארוג קוריעכביש יורידים להוכיח הכל ולסתור הכל... לא אגלה סוד אם אומר שחלק גדול של השופטים והשוטרים בארץ עד עכשיו נפל עליהם פחד הטירור. אצלנו לצערנו אין עוד ז'וריי... אני מקווה שיכניסו את זאת פעם לחוקה המשפטית שלנו. כי גם פה כמו באנגליה ואמריקה רצוי שישפטו אותנו אנשי הרחוב בעלי השכל הישר. כתלמיד למשפטים אני יודע שאין כיריסט מומחה לעקם כל כתוב, ולהמציא סברות מפולפלות ופירושים מבלבלים; וטובה גישה פשוטה וישרה של איש הרחוב, שאינו בקי בכרכים העבים והמרובים של הפולוליסטיקה המשפטית... דרושה הכרת המציאות וידיעת העובדה, והללו צריכים לקבוע ולא הפלפול היורדי.¹⁵⁷

הדברים הללו משלבים כמה נקודות מעניינות. ראשית ובאופן המובהק ביותר, הם משקפים את חוסר הכבוד של בן־גוריון לחוק ולמשפט. בן־גוריון אמנם נטה לנקוט ברטוריקה לגליסטית,¹⁵⁸ אך ברגע האמת ניכר כי לא רצה להיות מוגבל בעצמו בידי החוק.¹⁵⁹ ייתכן שבן־גוריון ראה את טובת המדינה לנגד עיניו – הרי פקודת מניעת טרור נחקקה בעקבות רצח ברנדוט¹⁶⁰ – ואף על פי כן אין לכחד כי ראה בעקרונות שלטון החוק מכשול בפני פגיעה בזכויות אדם (שכפי שעלה מנאומו בכנסת, נראתה לו כפררוגטיבה שלטונית שבנסיבות מסוימות אינה צריכה להיות מוגבלת). שנית, מעבר לסלידתו של בן־גוריון מהמשפט, הדברים משקפים גם יחס שאינו חיובי כלפי שופטי המדינה. שלישית, עולה מהם שוב הנחה כי תכונן חוקה, לכל הפחות ביום מן הימים.¹⁶¹

¹⁵⁷ מועצת המדינה הזמנית א, ישיבה י"ט, 16–17 (23.9.1948).

¹⁵⁸ ראו, למשל, בטקסט הסמוך לה"ש 57 לעיל.

¹⁵⁹ ראו גם את דבריו של גולדברג, המובאים לעיל בה"ש 70; אך השוו לבן־גוריון והחוקה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 219–218.

¹⁶⁰ אך השוו לגרסתו של ברזילי למניע לחקיקת הפקודה, להלן בטקסט הסמוך לה"ש 237; וכן ראו להלן בה"ש 239.

¹⁶¹ אמנת היא שהמילה "חוקה" שימשה באותה העת גם כחליפית למילה "חוק"; ואילו חוקה במשמעותה כיום כונתה לעתים, בין השאר, "קונסטיטוציה" או "חוקת־יסוד" (ראו גם ש' קולודני "חוקה, חוק ומשפט (הערות לשוניות)" הפרקליט ז 342 (1950)). עם זאת, הבטחת משפט הוגן באמצעות חבר מושבעים, אשר משתקפת בדבריו של בן־גוריון, נושאת אופי חוקתי (וראו, למשל, את התיקון השישי לחוקת ארצות הברית (U.S. CONST. amend VI)). על כן, בחרתי לפרש כאן את המילה כפשוטה. כתימוכין לבחירה אציין כי בן־גוריון נהג להשתמש הן במילה "חוקה", הן במילה "קונסטיטוציה". כך, למשל, מייד לאחר שאמר בכנסת כי המונח "קונסטיטוציה" הולם יותר מהמונח "חוקה" את "משפט המלך" המדובר עליו כאן [ההתייחסות היא לשמואל א, ח 4–22 – ש"ש], התייחס בן־גוריון ל"יכוח על החוקה". זאת ועוד, ניכר כי בן־גוריון הבין היטב את הטרמינולוגיות השונות ("ואיני יודע מה ההבדל מבחינה זו בין חוקה ובין חוק?"); וכי דווקא הרבה להשתמש

על יחסו של בן־גוריון לשלטון החוק ולמשפט ארחיב בהמשך המאמר, בפרק ד'. לעת עתה, שלוש הנקודות הללו הגלומות בדבריו אלו של בן־גוריון מוליכות אותנו לפרק הבא: אילו אכן כוננה חוקה, מה היה גורלה של פסיקת בג"ץ?

ג. בן־גוריון נגד בג"ץ: ואילו הייתה חוקה?

פרק ב' למאמר הראה כי לבג"ץ הישראלי הוגשו במהלך 1948 עתירות אשר קראו תיגר על חוקתיותה של חקיקה ראשית, וכי אחת מהן אף הסתיימה בהכרזה על בטלות של חלק מתקנות שעת החירום (1945), הגם שבדעת מיעוט. הפרק הראה גם שחברי "מיעוטים", שבהם ראה בן־גוריון סכנה ביטחונית לכאורה, פנו שוב ושוב לבג"ץ, כשבן־גוריון בכובע המשיב בעתירות. בין השאר, התבקשה התערבותו של בג"ץ במעצרים מנהליים, ששימשו כלי בידי השלטון, בראשותו של בן־גוריון, לשליטה באותם המיעוטים או להתגוננות מפניהם. הפרק הראה עוד כי בג"ץ, במסגרת האקטיביזם המחנך שהתחיל להתהוות בו, מתח ביקורת על פעולות שלטוניות – וכי ביקורת זו הביאה לריסון וחינוך השלטון. אולי חשוב מכל, הפרק הראה כי בג"ץ חיכה לחוקה אשר תקנה לו סמכות לביקורת חוקתית. לטענתי, מתוך פריזמה זו – של בית משפט הממתין לחוקה שעתידה להתכונן, מתוך ידיעה ברורה (ומוצדקת לזמנה) שכינונה קרב ובא – יש להבין את מה שנתפש כיום כריסון בפסיקתו של בג"ץ בעתירות החוקתיות הרלוונטיות.

הפרק הנוכחי יעסוק בשאלת התרומה הפוטנציאלית של חוקה לפסיקת בג"ץ. הכוונה אינה לעיסוק היפותטי גרידא ב־counterfactuals, אלא לעימות של הפרשות שהובאו לעיל עם תוכנה של הצעת החוקה של ליאו כהן. בפרט, המטרה היא לשער מה ייתכן שבן־גוריון דימה שיתרחש עם כינון חוקה. השילוב של הפסיקה – ובעצם, נושאי העתירות, והרקע העובדתי שהביא להן, כמו גם זהות חלק מהעותרים – עם תוכן זה, נראה כי הסיבות העיוניות לחשש מחוקה שבן־גוריון הביע, מיסכו למעשה סיבות קונקרטיות הקשורות לעתירות שהוגשו לבג"ץ. תהליך בלימת החוקה,¹⁶² אפוא, מייצג גם ניסיון לבלום את כוחו של בג"ץ, שהיה מועצם עם קיומה של חוקה.

1. בן־גוריון והפסיקה

מקדמית, יש להבהיר כי בן־גוריון היה מודע בסבירות גבוהה לפסיקת בג"ץ ולהצעת החוקה. בראש ובראשונה, אזכיר כי בן־גוריון נמנה עם המשיבים באחוז ניכר מהעתירות שנדונו לעיל. עתירות אלו כוללות את בג"ץ קוק, בג"ץ מוגלניצקי, בג"ץ אל־כרבוטלי, בג"ץ ברון – ואף את בג"ץ זליגמן (בשמו של פרידמן־ילין), עתירה שהתייתרה ונמשכה לאחר ההגשה. גם בג"ץ נימן הוגש נגד "המושל הצבאי בשטח המוחזק של ירושלים" כבא כוחו של שר הביטחון. היו כמובן עתירות נוספות נגד בן־גוריון בכובעו כשר הביטחון, וכך אפשר לראות, למשל, את

במונח "חוקה". ראו נאום בן־גוריון בכנסת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 814–815. להסיר ספק, גם בשלב מוקדם יותר השתמש בן־גוריון במונח "חוקה". ראו, למשל, מועצת המדינה הזמנית א, ישיבה א, 4 (16.5.1948) ("... הפקודה המוצעת היום ע"י הממשלה הזמנית ונקראת: 'פקודת סדרי השלטון'. עדיין אין זו חוקה של המדינה."). מינוח זה שאל מגולדברג, לעיל ה"ש 16, בעמ' 46, אשר מתייחס ל"מאמץ בלימת החוקה מצדו של בן־גוריון". גם כתיבתו המאוחרת יותר של קידר מתייחסת ל"מ[ה]לך החוקתי הבולם", וראו בן־גוריון והחוקה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 25 (העמוד אינו ממוספר; מדובר בכותרתו של החלק הראשון לספר).

פרשת קלפר, שצו על תנאי בה ניתן עוד בבג"ץ בתל אביב; ופסק הדין בה ניתן ביום 4 בינואר 1949.¹⁶³

שנית, מיומנו של בן-גוריון עולה מעורבותו בחלק מהפרשות. כך, לדוגמה, התייחס ביומנו לפרשת קוק ולפרשת אל-כרבוטלי. לעניין פרשה אחרונה זו, הרי בן-גוריון אף כתב ביומן כי "כוחות הביטחון דורשים משפט. משרד החוץ מיעץ עצירה אדמיניסטרטיבית [כלומר, מעצר מנהלי – ש"ש]. דעתי כדעת משרד החוץ". יותר מכך, ניכר עניינו בהליכים המשפטיים כאשר הוסיף: "מענין ד"ר בנימיני הוא עו"ד שלהם".¹⁶⁴

שלישית, פעילות בג"ץ זכתה לסיקור נרחב בעיתונות היומית.¹⁶⁵ ניתן לשער בביטחון כי בן-גוריון נחשף אליה דרך העיתונות, אך אם אין די בכך – כפי שנזכר לעיל, עניינים הקשורים לפעילות בג"ץ עלו גם בישיבות מועצת המדינה הזמנית. כך, למשל, ביום 12 באוגוסט 1948, נשאל בן-גוריון על ידי חבר מועצת המדינה, ד"ר אריה אלטמן, על פרשת קוק.¹⁶⁶ בנוסף, שר המשפטים פליקס רוזנבליט (פנחס רוזן) ציין בישיבה של מועצת המדינה ביום 2 בספטמבר 1948 כי צפריה התקנה של תקנות שעת חירום ישראליות-מקוריות, לאחר הדיון בתקנות שעת החירום (1945) בעניין קוק.¹⁶⁷

2. הפסיקה והצעת החוקה

מה הייתה מוסיפה חוקה? כדי לענות על שאלה זו, יש להידרש להצעת החוקה של ליאו כהן. כזכור, הצעה זו היא שנדונה בוועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית, בזמן שהדיונים עוד התרכזו בתוכנה המהותי של החוקה. לצורך כך איעזר בטיוטה של ההצעה שהתפרסמה

¹⁶³ בג"ץ 26/48 קלפר נ' שר הבטחון, פ"ד ב 35 (1949). שם, לא התקבל ניסיון המדינה להכשיר בדיעבד הפקעה באמצעות התקנה אד-הוק של תקנות שעת חירום, תוך שבית המשפט רומז לעוול שנעשה למבקש ולתוצאות מרחיקות לכת של התקנה שמכוחה התבקשה הכשרת ההפקעה. ראו גם שניצר ושחר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 158–159.

¹⁶⁴ יומן המלחמה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 579, 643, 671. אשר לציטוט הראשון, ביומן נכתב במקור "משרד הביטחון", ובספר יומן מלחמה הוער כי הכוונה היא למשרד החוץ. שם, בעמ' 671.

¹⁶⁵ ראו, למשל, "צו על תנאי נגד 3 שרים וראשי הצבא והמשטרה בישראל" הארץ 9.7.1948, 6; "נאשם בגניבות ביפו מבקש צו על תנאי נגד התובע הצבאי" המדינה 13.7.1948, 1; "היום בירור – ה'הביאס קורפוס' לשחרור אברלבן ממאסרו" חרות 20.10.1948, 4; "הוגשה בקשה לצרעל-תנאי לשחרור אבו לבן" הארץ 20.10.1948, 4; "הבוקר תתברר תביעת לח"י בבית-הדין העליון" הארץ 23.11.1948, 4; "נשמעה בקשת 'צו על תנאי' לבטול האסור על תנועת לח"י" הבקר 24.11.1948, 4; "תקנות החירום הבריטיות אינן חוקיות" לאחר שלא הוואך תוקפן – קובע עו"ד נוחימובסקי" המשקיף 28.11.1948, ד'; "ביה"ד הגבוה לצדק דחה את בקשת צו על תנאי של עקיבא ברון מלח"י וקבע: המדינה מוסמכת להעדיף את צרכי הבטחון הציבורי על חרות האזרח" חרות 9.12.1948, 2.

¹⁶⁶ מועצת המדינה הזמנית א, ישיבה י"ד, 7–6 (12.8.1948).

¹⁶⁷ מועצת המדינה הזמנית א, ישיבה ט"ז, 5 (2.9.1948). ראו גם המקורות המנויים אצל שניצר ושחר, לעיל ה"ש 2, בה"ש 123. כמו כן, ראו "בקרום – תקנות <<עבריות>> לשעת חירום" הצפה 23.8.1948, 1, שם מדווח כי היועץ המשפטי לממשלה, יעקב שמשון שפירא, הצהיר על כוונה "להביא לפני הממשלה תקנות חדשות לשעת חירום שיבואו במקום התקנות הבריטיות הישנות אשר יתבטלו".

בדצמבר 1948 (חנוכה התש"ט) – במקביל לתקופה שבה חל השינוי בעמדתו של בן-גוריון.¹⁶⁸

אבהיר מראש שיש ערך לבחינה של ההצעה מול הפסיקה, מטעם כפול. ראשית, עצם העובדה שסמכות מסוימת מוקנית בחוקה אינה מנביעה כמאליה הפעלה עתידית של הסמכות בכל מקרה ומקרה.¹⁶⁹ ביחס לביקורת שיפוטית, בחינה של הפסיקה במקביל להצעת החוקה מראה את קיומה של נכונות בפועל להשתמש בסמכות, לו הייתה מוקנית. שנית, יש להביא בחשבון את נושאי העתירות והטענות שנטענו בהן כשלעצמם. גם בהיעדר חוקה, עלו טענות חוקתיות מצד עותרים – ובפרט, נתקפו תקנות שעת החירום המנדטוריות. ניתן לשער מה היו השפעותיה של חוקה על כמות וטיב העתירות מסוג זה. זאת ועוד, את הדברים יש להבין גם על רקע העובדה שפסקי הדין מחודשיה הראשונים של המדינה, כפי שמציינת רות גביון לגבי עניין אל-כרבוטלי,¹⁷⁰ ניתנו תחת הנחת השופטים שחוקה עוד עתידה להתכונן – כפי שציינתי לעיל, בג"ץ חיכה בעת ההיא לחוקה. למעשה, כפי שטוען יאיר שגיא, רק לאחר שהתפזרה האספה המכוננת, החיל בית המשפט את "מסגרת החשיבה הקלסית הבריטית" על יחסיו עם הכנסת.¹⁷¹ לכן, שילוב הפסיקה משמש להראות כי בן-גוריון לא חשש מחוקה "סתם", בשל תוכנה של החוקה או לאור ניסיון במדינה זרה; אלא חששותיו היו נטועים בפסיקה עצמה ובתוכן העתירות שהוגשו לבג"ץ.

בפתח הדיון בהצעת החוקה, ראוי להקדים ולציין כי נכלל בה סעיף נוקשות, סעיף 75 שתחת פרק ו', שכותרתו "תיקון החוקה". בו נכתב כי תיקון החוקה ידרוש הסכמה של שני שלישים מחברי בית הנבחרים, והסכמה זו צריכה להינתן בשני מושבים רצופים של בית הנבחרים, כשבין שתי ההחלטות יעברו לכל הפחות שישה חודשים. מעבר לכך, לענייננו חשובים במיוחד סעיפים המנויים בפרק ה' רז', שכותרותיהם, בהתאמה, "הרשות השופטת" ו"חוקה וחקים". שם נקבע בסעיף 70(ג) כי יוקם "בית-דין גבוה, אשר לו תהיה סמכות לבדוק את תקפו של כל חק לאור העקרונות שנקבעו בחוקה, ועל פי הכלל אשר פֶּרש בסעיף 76 של החוקה". סעיף 76 האמור התווה כי חוק או אחת מהוראותיו הסותרים "מאיזו בחינה שהיא

¹⁶⁸ יהודה פנחס כהן חוקה לישראל: הצעה ודברי הסבר <https://main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Documents/20.pdf> (לעיל ולהלן: הצעת החוקה, הצעת החוקה של יאיר כהן).

¹⁶⁹ בהקשר הישראלי, ניתן להקיש לעניין זה מאי-השימוש בסמכות לביקורת שיפוטית בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 7. גם בצומת קריטי במימוש המהפכה החוקתית, בעקבות הרגע החוקתי של כינון חוקי היסוד של 1992, לא הופעלה הסמכות בפועל – הרי בפסק הדין לא רק שלא הוכרזה בטלותו של חוק גל (חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג–1993 (ס"ח 178)), אלא שנהפכו בו קביעות של בתי משפט מחוזיים שלפיהן החוק בטל. על כך ראו גם שני שניצור "בנק המזרחי: מהפכה וזחלת או נסיגה במהפכה?" – **ICON-S-IL Blog** (27.12.2020) <https://tinyurl.com/ac7myzns>. על כינון חוקי היסוד של 1992 כ"רגע חוקתי", ראו 197 GARY JEFFREY JACOBSON & YANIV ROZNAI, CONSTITUTIONAL REVOLUTION (2020).

¹⁷⁰ גביון, לעיל ה"ש 58, בה"ש 111 ("החלטה זו הסתמכה בין השאר על ההבטחה הכלולה בהכרזת העצמאות – ש"ש), כי היא-עצמה אינה חוקה וכי חוקה כזו תחוקק בהמשך"). לעמדה דומה, ראו משה נגבי **מעל לחוק 27** (1987).

¹⁷¹ ראו שגיא "פסק-הדין שעשה היסטוריה", לעיל ה"ש 13, בה"ש 72. שגיא כותב שם גם כי פסק הדין בעניין אל-כרבוטלי מעלה רושם שבית המשפט העליון היה מוכן לסטות "מהמודל הרוסטימינסטרי הקלסי" ו"להקנות מעמד חוקתי עליון לחוקה של הכנסת כאספה מכוננת".

את דברי החקקה יהיו "בטלים ומבטלים" אם כך יחליט "בית-הדין הגבוה, או בית-הדין העליון".¹⁷² לסעיפים הללו יש להוסיף את סעיף 77 שבפרק ח', שכותרתו "משפט המדינה", ובו נקבע כי "המשפט הקים בישראל ביום מתן החקקה יעמוד בתקפו, עד כמה שהוא עולה בד בבד עם דברי החקקה".

הוראות אלו בהצעת החוקה מאירות באור חדש את הדיונים בבטלותה של חקיקה בפרשות שנדונו כאן. כבר בבג"ץ בתל אביב עלתה הסוגייה של ביקורת שיפוטית על תקנות שעת החירום (1945), ששימשו במקרה ההוא לשליטה במיעוט פוליטי ולהתגוננות מפניו. לעיל נסקרה חוות דעת המיעוט בעניין קוק, שביקשה להכריז על בטלות התקנות גם בהיעדרה של חוקה. אליה יש להוסיף את דעת היחיד של השופט מקס קנטרוביץ בעניין זה.¹⁷³ בהתייחסו לטענת בא כוח המבקשים, שלפיה התקנות הנדונות "בטלות מעיקרן בהיותן מנוגדות לסעיפי המנדט", כתב קנטרוביץ בין השאר כי "לו גם קבלתי השקפה זו", הרי משקמה המדינה, אין עוד צורך בהלימה לכתב המנדט.¹⁷⁴ מכאן עולה שקנטרוביץ היה מוכן עקרונית לביצוע ביקורת שיפוטית על התקנות לאור מסמך משפטי עליון. אם נוסף לכך את העובדה שכתב כי "הוראותיהן [של תקנות שעת החירום (1945) – ש"ש] מנוגדות לחרויות שלמענן נלחמה האנושות במשך דורות",¹⁷⁵ מובן האיום הגלום במקרה זה לעניין חששותיו של בן-גוריון.

בהקשר של פרשת קוק ראוי לציין בנוסף כי פרק ב' להצעת החוקה, שכותרתו "זכויות יסוד", היה עתיד להטיל מגבלות לכתחיליות על ביצוע מעצרים מנהליים. בסעיף 13(2) להצעת החוקה נקבע כי לא יבוצעו מעצרים מנהליים ("מעצרי-מנע") "אלא בימי מלחמה או שעות-חרום, ועל פי הוראה מיוחדת בחק, אשר הוצאתה לפעל תעמוד תחת הפקוח המתמיד של בית-הנבחרים".¹⁷⁶ כעניין של חוכמה בדיעבד ברור לנו כי מצב החירום נותר על כנו עד

¹⁷² ראוי לציין כי בדברי הסבר של ליאו כהן להצעת החוקה, הוא מתנגד נחרצות לאפשרות של ביקורת על חקיקה בידי פוליטיקאים בבית הנבחרים ומתעקש כי הסמכות לביקורת שיפוטית תינתן בידי "בתי הדין" (נוסחו של הסעיף בטיטת החוקה הסמוכה לדברי ההסבר בתיק הארכיוני מדבר על "בית הדין הגבוה"). עובדה זו מחזקת את הטענה כי חששו של בן-גוריון נבע ספציפית מפעילות בג"ץ. אציין בנוסף כי כהן מתייחס שם למקורה האמריקאי של ביקורת חוקתית, ובכלל כך לביקורת בעניין "הניו דיל". הוא אף כותב כי "העקרונות הליבראליים של החוקה האמריקאית נתפרשו על ידי שופטים שמרנים באופן שהכשילו תחיקה של תיקון סוציאלי, שהחוקה בתמיכה חזקה של בתי המחוקקים ושל הבוחרים". ייתכן כי התבטאויות בהקשר האמריקאי בנאום בן-גוריון בכנסת, לעיל ה"ש 1, ניתנות לקשירה לכך (אף אם הדוגמאות הניתנות אינן זהות). ראו "מדינת ישראל – הצעת חוקה: ערוכה בידי דר. ליאו כהן (נוסחה עברית ע"י דר. מ. זילברג)". 13 ו"תזכיר על הצעת חוקה לישראל מאת ליאו כהן" 24–25 ארכיון המדינה פ-3074/7 (מספור הסעיפים שם שונה, כנראה משום שמדובר בטיטת מוקדמת, אך כהן דן בדברים תחת הכותרת "כשרותה של תחיקה על פי החוקה").

¹⁷³ קנטרוביץ, שהיה שופט גם בתקופת המנדט ולימים עברת שמו למרדכי קנת, מונה בהמשך לנשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב. ראו שטרסמן, לעיל ה"ש 82, בעמ' 108, 276.

¹⁷⁴ עניין קוק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 319.

¹⁷⁵ שם, בעמ' 321. יש לציין כי גם קנטרוביץ עמד על הצורך העקרוני בתקנות שעת חירום בעת ההיא, אך שוב – ייתכן שהתקנות היו מוחלפות בתקנות ישראליות, שהיו נתונות לביקורת שיפוטית.

¹⁷⁶ ס' 13 להצעת החוקה מטיל מגבלות על מעצרים ככלל, שחלקן נדמות רלוונטיות לפרשות קוק ואל-כרבוטלי. עם זאת, בחרתי כאן בגישה פרשנית זהירה, שיוצאת מהנחה שאם ייחד סעיף קטן ספציפי למעצרים מנהליים – ייתכן שהכוונה הייתה להוציא את יתר הסעיפים הקטנים מכלל תחולה בהקשרם של מעצרים כאלו. בגישה כזו תומכת הערתו של ליאו כהן, שלפיה "מה שנוגע לסעיף קטן (2) האוסר מעצרי-מנע, נעשה בו מאמץ לספק צרכי

היום; אלא שאז, הדיבור "בימי מלחמה או שעות-חרום" נראה כנראה קצר מועד, ואם כך – הרי מעצרים מנהליים ככלל נועדו להיות מוגבלים בהמשך.¹⁷⁷

מעצר מנהלי נדון גם בפרשת אל-כרבוטלי. שם הפגין בית המשפט נכונות עקרונית לדרון בטענות על תוקפן של תקנות שעת החירום (1945). עם זאת, כזכור, נקודתית לעניין הבקשה לבחון את התקנות לאורה של הכרזת העצמאות, חזר בית המשפט על קביעה קודמת (בעניין זיו) שלפיה ההכרזה אינה מהווה את החוקה "שלאורה יש לבחון כשרותם של חוקים בטרם נקבעה עליידי האספה המכוננת, החוקה היסודית, אשר עצם ההכרזה מדברת עליה".¹⁷⁸ כמו בעניין קוק, גם כאן ברור האיום על מטרותיו של בן-גוריון, כשהפעם המטרה היא שלא תוגבל השליטה במיעוט הערבי. חוקה הייתה מאפשרת לבית המשפט להגיע להכרזה על בטלות תקנות שעת החירום (1945).

לאור המקרים הללו מסתמן כי כל זמן שנותרה אפשרות לבצע מעצרים מנהליים, הרי התקנות המנדטוריות, שמכוחן התבצעו המעצרים, היו נתונות ב"סכנה" של ביקורת שיפוטית. ניתן היה להתקין מחדש תקנות "עצמאיות" ישראליות, אלא שגם הן היו נתונות לביקורת שיפוטית. מעבר לכך, יש לזכור כי רעיון ההתקנה של תקנות חדשות עלה כבר בעקבות פרשת קוק – מה שמעיד כמובן על המשמעות שייחס השלטון לאותה העתירה – אך בפועל לא הותקנו תקנות.¹⁷⁹ ייתכן אפוא כי היו לשלטון סיבות להימנע מהתקנת תקנות שיחליפו את תקנות שעת החירום (1945) (למשל, האופן שבו תיתפש שלילת חירויות ישראלית-מקורית).¹⁸⁰

נעבור אם כן לתקנות שעת החירום (1939), אשר נתקפו כזכור בפרשות ליון וזיו. פרשות אלו מראות כי תוכן הפסיקה הושפע גם מהרכב המותב: בפרשת זיו התחלף השופט אסף בשופט חשין, ובית המשפט הראה כמובן מסוים נכונות גדולה יותר לדרון בבטלותן של התקנות.¹⁸¹ כיוון שזו הפרשה המאוחרת מבין השתיים, אציע להקנות משקל גבוה יותר לפסק הדין שניתן בה.

בעניין ליון ניתן לכאורה לטעון שגישת בית המשפט הייתה לרוחו של בן-גוריון. בית המשפט עמד על עקרון הפרדת הרשויות, גם אם בנוסח מרוכך יותר מזה המונטסקיאני של הנשיא ברדקי בבג"ץ בתל אביב, וקבע כי לא יכריז מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט על בטלות חקיקה שאותה בחר המחוקק הישראלי להשאיר על כנה. מצד שני, בית

שעת חירום, בלי להקריב את עקרון-היסודי. "תזכיר על הצעת חוקה לישראל מאת ליאו כהן" 8 ארכיון המדינה ג-344/6.

¹⁷⁷ בהקשר זה יש להזכיר כי תקנות שעת החירום המנדטוריות אינן תלויות עקרונית בהכרזה על שעת חירום (ראו שמעון שטרית "חקיקת חירום בישראל לאור הצעת חוק-יסוד: החקיקה" משפט וממשל א 433, 433 (1993)), ואף על פי כן, ייתכן שהיו נתונות לביקורת שיפוטית מכוח ס' 77 להצעת החוקה.

¹⁷⁸ עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 9-11, 13.

¹⁷⁹ ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 167.

¹⁸⁰ ראו בהקשר זה את הדיון בכנסת בשלב מאוחר יותר בהצעת חוק הגנה ובטחון בשעת חירום, התש"ט-1949, ד"כ 12.7.1949, 975-998, שם עולה בבירור התנגדות אפילו לחקיקה של הכנסת בדבר סמכויות "חירום" (בעניין מעצרים מנהליים, בין השאר). לנוסחה של הצעת חוק זו, ראו ה"ח התש"ט 117. אילו חוקק החוק, הוא היה מחליף את תקנות שעת החירום (1945). שם, בעמ' 128.

¹⁸¹ חשין הפגין מידה רבה של נכונות לרסן את השלטון עוד כשופט בג"ץ בתל אביב. הוא היה בין השופטים שהורו על מתן צו על תנאי בעניין קוק – פעולה שהייתה לאטריוויאלית באותה התקופה, בפרט כשמדובר היה בבכירי אצ"ל בימים שלאחר פרשת אלטלנה. ראו "הוראת ניסי" ארכיון מכון ז'בוטינסקי בישראל ח 13-1/47/3.

המשפט הכיר באפשרות כי יעביר תחת שבט ביקורתו חקיקה מנדטורית שעומדת בסתירה לכתב המנדט. עוד הביע בית המשפט נכונות לבקר חקיקה (ובפרט חקיקת משנה) שהוצאה בחריגה מסמכות: "יש כוח בידי בתי המשפט לפסוק על חוק מסויים שהוא מחוסר תוקף כחורג מסמכות המחוקק מפני שדרגה עילאית של חקיקה הגבילה אותו".¹⁸² כלומר, ניכר כי הרעיון של ביקורת שיפוטית על חקיקה, בפרט לאור מסמך משפטי במדרג נורמטיבי גבוה יותר, לא היה זר לבית המשפט – וביקורת חוקתית הייתה אמורה אפוא להצטרף לכך בטבעיות.

בנוסף, טענתו של עורך הדין נוחימובסקי בעניין ליון שלפיה ישראל "היא מדינה דימוקרטית ומדינה עברית", ועל כן אין מקום לתקנות שהותקנו מכוח החקיקה האנגלית,¹⁸³ הייתה נתמכת בפרק א' של הצעת החוקה, שכותרתו "עקרims". שם נכתב בסעיף 2 כי ישראל היא "רפובליקה רב־עמיתית, עצמאית, דמוקרטית", ובסעיף 3 כי "ישראל נבחרה להיות בית־לאומי לעם ישראל".¹⁸⁴ אמנם בית המשפט סבר כי במדינה דמוקרטית יש בכל זאת מקום לתקנות שעת חירום,¹⁸⁵ אך את התקנות המנדטוריות כשלעצמן – ניתן היה לפסול.

גם עניין זיו, כאמור, נגע בשאלת תוקפן של תקנות שעת חירום. הסיבה לכך שבית המשפט מיאן להכריז שם על בטלות התקנות הייתה היעדרו של "חוק קונסטיטוציוני".¹⁸⁶ אין צורך להכביר מילים במקרה זה, שכן בית המשפט ממילא לא פסל אפריורית את האפשרות שתבוצע ביקורת שיפוטית על חקיקה. בנוסף, יש לייחס חשיבות לכך שמדובר בפניה חוזרת לבית המשפט שמבקשת להכריז על בטלותן של תקנות שעת חירום בהקשר של הפקעות¹⁸⁷ – אופן הפעולה הזה כשלעצמו עלול היה להתפשט כבעיית בעיני בן-גוריון.

בנקודה זו יש לציין גם את סעיף 4(3) להצעת החוקה, אשר התייחס לסוגיית ההפקעה של נכסים וקבע כי הפקעה תיעשה רק לצרכי ציבור ותמורת "פצוי מלא כאשר יורו חקי המדינה".¹⁸⁸ ייתכן בהחלט שחלק ממעשי ההפקעה היו מאושרים על ידי בית המשפט ככאלו שנעשו לצרכי ציבור. לעניין זה ניתן ללמוד מבג"ץ ליון. שם טען עורך הדין נוחימובסקי כי החרמת הדירה, שנעשתה לטובת היועץ המשפטי לממשלה, יעקב שמשון שפירא, לא הייתה נחוצה או מוצדקת. בית המשפט לא שעה לטענותיו וראה בעבודת היועץ "שירות חיוני לכלל" במובנה של תקנה 48 לתקנות שעת החירום (1939).¹⁸⁹ אף על פי כן, כלל לא ברור

¹⁸² עניין ליון, לעיל ה"ש 111, בעמ' 70.

¹⁸³ שם, בעמ' 66.

¹⁸⁴ ההדגשות הוספו.

¹⁸⁵ עניין ליון, לעיל ה"ש 111, בעמ' 68.

¹⁸⁶ עניין זיו, לעיל ה"ש 121, בעמ' 89.

¹⁸⁷ ראו גם בג"ץ 111/48 מיוזל נ' רשות מוסמכת לצורך תקנות ההגנה, 1945-1939 (יהושע גוברניק), פ"ד א 133 (1948). שם נדחתה טענה על ביטול מכללא של תק' 48 לתקנות שעת החירום (1939), אך נקבע כי "פעולתה של הרשות המוסמכת חרגה מן המסגרת ההכרחית של מטרת ההחרמה, והיא עשתה מה שעשתה על-פי שיקולים מופרכים" (שם, בפס' 3, 9).

¹⁸⁸ סעיף זה הוכנס להצעת החוקה כעניין של זיקה להחלטת כ"ט בנובמבר, לעיל ה"ש 9. ראו ס' 8 לפרק ג(2) בחלקה הראשון של ההחלטה, שם; וראו "Explanatory Note to the Draft Constitution for Israel" By Leo Kohn 3 ארכיון המדינה ג-281/5.

¹⁸⁹ עניין ליון, לעיל ה"ש 111, בעמ' 78. ראוי לציין כי נוחימובסקי טען כי שפירא מתגורר במלון גתירמון מאז 1 ביולי 1948 ו"עושה את עבודתו לשביעות רצון הכלל. אין לו דירה, בכל זאת עובד טוב. המצב לא נוח. אבל זה

שהתקנות כשלעצמן היו שורדות את מבחן הביקורת השיפוטית (והדבר נכון גם לגבי תקנות ישראליות מקבילות, כמובן). מעבר לכך, ובבחינת החשוב לענייננו, המקרים האלה בהחלט משקפים את התופעה המתרחבת באותה העת של ניסיונות לתקיפת חקיקה ופעולות שלטוניות אשר פוגעות בזכויות הפרט.

אם כן, מהדיון שלעיל עולה כי עתירות שכללו טענות בדבר תקפותה של חקיקה – ובפרט תקנות שעת חירום מנדטוריות – הגיעו שוב ושוב לפתחו של בית המשפט במהלך מחציתה השנייה של שנת 1948. בית המשפט אמנם סירב בעקביות להכיר בהכרזת העצמאות כבעלת תוקף מחייב ולבחון חקיקה לאורה,¹⁹⁰ אך בהינתן הוראה חוקתית אחרת היו מתגבשות כנראה תוצאות שונות (כנלמד מלשון בית המשפט עצמו).

נוסף על כך, עצם העיסוק של בית המשפט בתקנות שעת חירום, גם ישראליות אשר עולות בגדר חקיקת משנה,¹⁹¹ עשוי היה להטריד את בן-גוריון. בשנים תש"ח–תש"ט בלבד – קרי, עובר להחלטה שלא תכונן חוקה – הותקנו ארבעים וארבע תקנות שעת חירום, כך שברור שהיה זה כלי חשוב בידי הממשלה. בנוסף, עד לשנת 1962, 39% מהתקנות שהותקנו בכלל – הותקנו בידי שר הביטחון וראש הממשלה.¹⁹² אבהיר כי אופיה של הטענה כאן אינו נגוע באנכרוניזם. ברור כי בן-גוריון לא ידע מראש את היקפו המלא של השימוש בתקנות שעת חירום. אף על פי כן, יש בנתונים כדי להעיד על נטייתו העקרונית להיעזר בתקנות שעת חירום – לא רק המנדטוריות "המקוריות", אלא גם תקנות ישראליות עצמאיות – ומתוך כך ניתן להסיק רצון כי יוגבלו כמה שפחות בידי ביקורת שיפוטית.

לעתירות שנדונו לעיל יש לצרף את פרשת ברון,¹⁹³ שבה לא עלתה אמנם טענה על בטלות של חקיקה – אך בהינתן קיומה של חוקה, ניתן להניח שהייתה עולה. ראשית, טענה בדבר תוקפן של תקנות שעת החירום (1945) הייתה רלוונטית למקרה. שנית, סעיף 13(7) להצעת החוקה דן הן בפן המהותי והן בפן הפרוצדורלי של חקיקה פלילית למפרע, כאשר נכתב שם כי "אין עונשין אלא אם כן מזהירין, לכן לא יאשם אדם בעברה שלא נאסרה בשעת עשייתה, ושום תקון חוק לא יחול למפרע במדה בה מחמיר את הענש או משנה, לרעת הנאשם, את דיני העדות". בפרשת ברון נדונה כזכור הכרזה על לח"י כארגון טרור, מתוקף תקנות שהותקנו ביום ההכרזה עצמו. מהתזכיר של תנועת לח"י, שחובר כעבור כחודשיים, עולה טענה ברורה בדבר רטרואקטיביות, המופנית כלפי בן-גוריון עצמו: "הממשלה התאימה חוקים לרצונה ע"י

לא מספיק". עוד הוסיף כי "לא אינטרס הכלל שמר שפירא יגור בדירה הנדונה דווקא" והציע חלופות אפשריות. פרוטוקול דיון (3.10.1948) 17–18 ארכיון המדינה ב-630/5 (בתיק הארכיוני מצויים כמה פרוטוקולים מאותו הדיון; הכוונה כאן לפרוטוקול שנרשם להערכתי בכתב ידו של הנשיא זמורה).

על כך ראו גם רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטטי של חוקת הכלאיים הישראלית" עיוני משפט לח 501, 552 (2016).

¹⁹¹ לדוגמה, ראו לעיל בה"ש 163.

¹⁹² יצחק הנס קלינגהופר "על תקנות-שעת-חירום בישראל" ספר יובל לפנחס רוזן, 86, 92–93 (חיים כהן עורך 1962). כדי להסיר ספק, אציין כי קלינגהופר כותב במפורש כי הוא מצרף את חלקו של שר הביטחון בהתקנת התקנות לחלקו של ראש הממשלה בהתקנתן "מטעמים הנעוצים בהרכב האישי של כמעט כל הממשלות שהיו לנו עד כה" (שם). אכן, בן-גוריון עצמו שימש כראש הממשלה ושר הביטחון לאורך רובה המוחלט של התקופה שאתה סוקר קלינגהופר. ראו "ממשלות ישראל" הכנסת

<https://main.knesset.gov.il/mk/government/Pages/governments.aspx?govid=11&gov.Id=5>

¹⁹³ לעיל ה"ש 147.

החקיקה הריטוראקטיבית. ראש הממשלה שהוא גם שר הבטחון חתם על חוקי החרום ורכז בידיו את זכויות החקיקה, השפוט והביצוע...¹⁹⁴

טענה זו לא הייתה מופרכת, וטענות ברוח דומה עלו מצד זרח ורהפטיג ודוד צבי פנקס בישיבת מועצת המדינה הזמנית שבה דנו בחקיקת פקודת מניעת טרור. שר המשפטים רוזנבליט, מצידו, החזיק בדעה שאין מדובר בחקיקה רטוראקטיבית, משום שהיא מענישה אדם על היותו חבר בארגון טרור – על סמך חזקה ("פרזומציה") שלפיה חברות בארגון טרור עובר לחקיקת הפקודה מעידה גם על המשך חברות לאחריה.¹⁹⁵ כך או כך, אם נזכור שעורך הדין זליגמן (בשם ברון) טען כי ביטול הכרזת הממשלה על לח"י כארגון טרור הכרחית לצורך צעדים עתידיים לשחרורו של העותר, ניתן לשער בביטחון כי טענה בדבר רטוראקטיביות הייתה עולה לאור קיומו של סעיף כזה בחוקה.¹⁹⁶ לכך יש לצרף את העובדה שעתירתו של ברון הייתה חלק משרשרת של עתירות של אנשי המחותרות – ושעתירות מסוג זה היו שבות בסבירות גבוהה לפתחו של בית המשפט אילו כוננה חוקה.

לקראת סיום העיון בפעילות בג"ץ אל מול הצעת החוקה, ניתן לציין גם את סעיף 13(6) להצעת החוקה אשר קבע כי "לא ישפט אדם אלא בדרך הקבועה בחק. בתידין מיוחדים לא יכוננו. לעולם לא יהא אדם נתון לשפוטו של בתידין צבאי, אלא אם כן נמצא בשרות צבא-ההגנה לישראל". סעיף זה רלוונטי לפרשת **מוגלניצקי**, שכזכור נדונה בבית המשפט המחוזי בתל אביב, ותואם למעשה את קביעתו של בג"ץ שם. מעבר לכך, הסעיף רלוונטי גם לבג"ץ **נימן**, שהעתירה בו – כמו בעניין **מוגלניצקי** – הוגשה בעניין העמדה לדין פלילי בבית דין צבאי. כפי שהוזכר לעיל, עיון בתיק בית המשפט בעניין **נימן** מגלה כי פעילות בג"ץ הספיקה כבר להביא לשינוי נוסחה של חוקת השפוט תש"ח; וכי טענה בדבר בטלותו של סימן 46 לדבר המלך במועצתו עלתה בדיון, אף כי לא מצאה דרכה לפסק הסופי.¹⁹⁷

¹⁹⁴ "תזכיר" (חשון התש"ט) ארכיון מכון ז'בוטינסקי כ 5–5/5. עוד נזכר שם היפוך נטל ההוכחה בחקיקה למניעת טרור, וראו למשל את נוסח התקנות המובאות להלן בה"ש 196. התזכיר מתייחס גם ל"דברי הרהב של בן גוריון נגד הפרוצידורה המשפטית שהשמיעם במועצת המדינה". אני מעריכה כי מדובר בדבריו של בן-גוריון שהובאו לעיל, סמוך לה"ש 157.

¹⁹⁵ מועצת המדינה הזמנית א, ישיבה י"ט, 11–12 (23.9.1948).

¹⁹⁶ הדיון במועצת המדינה היה אמנם בפקודת מניעת טרור, ולא בתקנות שעת-חרום למניעת טרור, אך התקנות פורסמו רק תשעה ימים לפני הפקודה (שנועדה להחליף אותן), ביום 20 בספטמבר 1948 – וכאמור, בו ביום הוכרז לח"י כארגון טרור. תק' 8 לתקנות קבעה כי "אם תכריז הממשלה, בהודעה בעתון הרשמי, שחבר אנשים מסויים הנו ארגון טרוריסטי, תשמש ההודעה הוכחה בכל דיון משפטי, כי אותו חבר אנשים הוא ארגון טרוריסטי, אלא אם יוכח ההיפך". כדי להוכיח את קיומו של "ארגון טרוריסטי", די היה לפי תק' 7 להוכיח ש"אחד או יותר מחבריו" של "חבר אנשים" ביצעו מעשים מסויים, מטעם אותו חבר האנשים או בפקודתו, "בכל זמן שהוא" לאחר קום המדינה; או אפילו שאחד או יותר מחבריו, "מטעמו או בפקודתו", הכריזו על אחריות למעשים מסויים, או מעורבות בהם, בתנאי שהם נעשו לאחר קום המדינה. המעשים המדוברים עשויים היו להוות עבירות בפני עצמם לפי פקודת החוק הפלילי, 1936; אך כאמור די היה בכך שאחד מחבר האנשים יבצעם או יכריז על אחריות להם או מעורבות בהם, מטעם חבר האנשים או בפקודתו. לכך התווספה תק' 9(א) אשר קבעה "אם יוכח שאדם היה בכל זמן שהוא לאחר ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) חבר בארגון טרוריסטי מסויים, ייחשב אותו אדם לחבר באותו ארגון טרוריסטי, אלא אם יוכח שחדל מלהיות חבר בו". לפי תק' 3, "חברות בארגון טרוריסטי" נשאה עונש מאסר "משנה אחת עד חמש שנים". כל התקנות הללו נחקקו לאחר מכן כסעיפים בפקודת מניעת טרור.

¹⁹⁷ ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 137–138.

בנוסף, בעניין נימן בית המשפט ציין במפורש, בבואו לקבל את העתירה, כי "כל החוקות למיניהן של בתי-הדין בארצות השונות מקפידות מאד על קביעת תחומי הסמכות, ואם לפי הכללים הקבועים בחוקה, בית-משפט אזרחי רגיל מוסמך לשפוט אדם ורוצים להביאו בפני בית-דין מיוחד", הרי הוא זכאי לדרוש את התערבות "בית-המשפט הגבוה לצדק".¹⁹⁸ יש לסייג ולהעיר כי המונח "חוקות" כאן אינו מתייחס בהכרח לחוקות מדינה, ועם זאת ניתן לשער שכינון סעיף כס"ק (6) היה מיותר את עצם הדיון בעניין. הסעיף היה מקבע את פסיקת בג"ץ (שיכלה עקרונית להיחפך, שהרי בית המשפט העליון לא היה כבול בתקדימיו)¹⁹⁹ וגם מונע חקיקה עתידית שתעמוד בסתירה לה.

3. בן-גוריון והצעת החוקה

בנקודה זו יש להסיר ספק: כבר בטיוטת הצעת חוקה של ליאו כהן מיולי 1948 מופיעים סעיפים בנוסחים דומים לאלו שתוארו לעיל.²⁰⁰ משמע, עוד לפני סוף 1948 היה ידוע תוכנה של החוקה המוצעת, ובפרט של הסעיפים שעלולים היו להטריד את בן-גוריון.²⁰¹ אף על פי כן, התנגדותו התגבשה רק לאחר שהתברר אופי הפעילות בבג"ץ.²⁰² האם יכול היה בן-גוריון לאפשר את כינונה של חוקה ולוודא בתוך כך כי ימונו שופטים בעלי השקפה שיפוטית התואמת את האג'נדות שלו? גם תשובה לכך תמצא בהצעת החוקה. לו התקבלה, סמכות המינויים הייתה ניתנת בידי נשיא המדינה, אשר היה ממנה שופטים על פי המלצת שר המשפטים – שבתורו היה נדרש לשים "על לב" את המלצתה של ועדת מינויים. זאת ועוד, קבלת החוקה הייתה מבטיחה את עצמאות הרשות השופטת ומחסנת שופטים מפני

¹⁹⁸ עניין נימן, לעיל ה"ש 134, בעמ' 57.

¹⁹⁹ על שאלת מעמדו הפנימי של התקדים בבית המשפט העליון בתקופה שלאחר קום המדינה, ראו יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון: הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161, 167–168 (2000). אבירם שחל "החוקה שנשכחה: הצעת החוקה של ליאו כהן והבעיה הערבית" נספח 1 (חיבור לשם קבלת תואר "מוסמך למשפטים", אוניברסיטת תל אביב 2014). ראו גם "מדינת ישראל: הצעת חוקה, ערוכה בידי דר. ליאו כהן (נוסחה עברית ע"י דר. מ. זילברג)" ארכיון המדינה 46524/12 (אות הסימול אינה מופיעה במקור; לפי החותמת של המסמך, הוא התקבל במשרד הדתות כבר ביום 19 באוגוסט 1948).

²⁰⁰ מובן כי הצעת חוקה, כשמה כן היא – הצעה – ותוכנה עשוי להשתנות. בהקשר זה יש להביא בחשבון שההצעה נדונה באותה התקופה בוועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית. ביום 8 בפברואר 1949 הודיע זרח ורהפטיג, יו"ר הוועדה, כי היא הספיקה לסכם עד לאותה הנקודה (שבה עברו הדיונים לוועדת החוקה של הכנסת הראשונה) כ-60% מהצעת החוקה. עם זאת, כפי שעולה מפרוטוקולי הדיונים בוועדה, היא דנה ככלל בהצעה לפי סדרה, ולא הספיקה עד לאותה העת לדון בסעיפים שעניינם הסמכות לביקורת חוקתית (ראו "פרטיכל ממסיבת עיתונאים בהשתתפות חברי ועדת החוקה שהתקיימה ביום ג', ט' שבט תש"ט – 8.2.49" וכן את פרוטוקולי הוועדה, ארכיון המדינה כ-3/12; ראו גם שחל, לעיל ה"ש 200, בעמ' 36, הכותב כי "... לא דנה הוועדה בסעיפים שדנו ברשות השופטת, כנראה מפאת חוסר זמן."). מטבע הדברים אין דרך לדעת אילו סעיפים היו מתקבלים אילו המשכו הדיונים בוועדת החוקה, ובאיה נוסח, אך דברים אלו נכונים גם לגבי בן-גוריון – באותה העת תוכנם העתידי של הסעיפים היה בגדר "הימור" מבחינתו.

²⁰¹ ראו גם לעיל בה"ש 83.

פיטורים, אלא אם יאושרו על ידי שני שלישים מחברי בית הנבחרים.²⁰³ כידוע, עצמאות שיפוטית הובטחה הלכה למעשה רק עם חקיקת חוק השופטים.²⁰⁴ מן המקובץ עד כה עולה כי חששות עיוניים-ערטיליאיים שהעלה בן-גוריון בנאומו בפני הכנסת, חששות שהתקיימו לכאורה רק בריחוק גיאוגרפי ניכר, היו רלוונטיים למעשה למדינת ישראל כבר בימיו הראשונים של בג"ץ הישראלי. אני סבורה כי פעילות בג"ץ בתל אביב – כשהיא לעצמה – הספיקה כדי להצית ניצוצות של התנגדות אצל בן-גוריון. מעבר לסוגיות הביקורת השיפוטית על חקיקה ועל מעצר מנהלי שבאו לידי ביטוי בעניין קוק, בג"ץ בתל אביב התאפיין ככלל באקטיביזם מחנך. כפי שיוזם שחר ואני הראינו במקום אחר,²⁰⁵ בג"ץ המחוזי, למרות מעמדו הארעי והתקופה הנפיצה מבחינה מדינית וביטחונית, הפגין נכונות מרשימה להתערב בפעולות שלטוניות. בין אם מדובר בהוצאת צו על תנאי באחוז ניכר מהעתירות שהוגשו אליו, או בפסק דין סופי שמיאן לאשר העמדה לדין של אזרח בבית דין צבאי – תוך שהוא מדגיש את זכותו היסודית והבלתי-ניתנת לקיפוח, להוציא בצו מיוחד שיוצא בסמכות, של אדם "להשפט לפני בית דין רגיל וקבוע במדינה"²⁰⁶ – לפעילותו של בג"ץ נודע בפועל אפקט מרסן ומחנך על השלטון.

ייתכן בהחלט שהאקטיביזם המחנך של בג"ץ בתל אביב המשיך גם בבית המשפט העליון,²⁰⁷ וגם מטעם זה התנגד בן-גוריון לכינון החוקה.²⁰⁸ עם זאת אין צורך להכריע בסוגיית מידת האקטיביזם של בית המשפט העליון המוקדם לצרכי השאלה שעל הפרק. די אם נבודד את התיקים שנדרונו לעיל, כדי להבין את "הסכנה" שהייתה גלומה בבג"ץ מבחינת בן-גוריון – על אחת כמה וכמה אם תכונן חוקה.

²⁰³ ס' 71–73 להצעת החוקה.

²⁰⁴ חוק השופטים, התשי"ג–1953, ס"ח 149. ס' 13 לחוק קבע כי "אין על שופט מרות בעניני שפיטה זולת מרותו של החוק". ס' 5 לחוק קבע כי "השופטים יתמנו על ידי נשיא המדינה לפי הצעת ועדת מינויים שתובא לפני הנשיא על ידי שר המשפטים", וס' 6 קבע את אופיו של הרכב הוועדה. על התהליך שהוביל לחקיקת החוק, ראו אליקים רובינשטיין **שופטי-ארץ: לראשיתו לדמותו של בית-המשפט העליון בישראל** 103–111 (1980). על הקמת הוועדה, ראו גיא לוריא "הקמת הוועדה לבחירת שופטים בשנת 1953" **ICON-S-IL Blog** (16.4.2019); <https://tinyurl.com/mprnncfd>; וכן גיא לוריא **הוועדה לבחירת שופטים** 19–38 (מחקר מדיניות 137, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019).

²⁰⁵ שניצר ושחר, לעיל ה"ש 2.

²⁰⁶ עניין **מוגלניצקי**, לעיל ה"ש 127, בעמ' 330.

²⁰⁷ ראו גם שניצר ושחר, לעיל ה"ש 2, בה"ש 90 ובטקסט הסמוך לה"ש 143; וכן שניצר "זירת הקרב – בג"ץ", לעיל ה"ש 68.

²⁰⁸ בהקשר שונה אך קשור, של אפיון פסיקת בית המשפט על הציר פורמליזם–ערכים (וראו מנחם מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993)), כתב השופט (כתוארו אז) אליקים רובינשטיין את הדברים הבאים: "בראשית הדברים הורכב בית המשפט העליון משופט מימי המנדט, עורכי דין ופרופסור... שניצבו אל מול דוד בן-גוריון, ראש הממשלה המייסד וחבריו. הם זקוקים היו לערכיות רבה כדי להכריע כפי שהכריעו [בבג"ץ קול העם ובבג"ץ שייב – ש"ש]... נחוצה היתה גישה ערכית מן המעלה הראשונה, ועימה אומץ בהגנה על זכויות...". ע"א 10251/05 **ברשף אילת בע"מ נ' פקיד שומה אילת**, פס' ב(2) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 19.12.2007). אעיר כי רובינשטיין מציין שם אמנם באופן ספציפי את פסקי הדין בבג"ץ 144/50 **שייב נ' שר הבטחון**, פ"ד ה 399 (1951) ובג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871 (1953), אך בהיתן מיקוד הדברים בראשית ימיו של בית המשפט העליון, ברי כי הם יפים גם לענייננו.

ד. בן־גוריון, בג"ץ, לגליזם ודמוקרטיה

מהלכו של מאמר זה, עד לנקודה הנוכחית, הצביע על קשר בין פעילות בג"ץ ובין השינוי בעמדתו של בן־גוריון בדבר כינון החוקה. כפי שהקדמתי והבהרתי במבוא, פעילות בג"ץ לא היוותה סיבה בלבדית להתנגדות. אם פעילות בג"ץ הניעה את השינוי הראשוני בעמדתו של בן־גוריון, הרי בהמשך הצטרפו גורמים נוספים שקיבעו את השינוי והפכוהו להתנגדות נחרצת. בין מכלול של סיבות להתנגדות שנמנו בספרות, ושגם להן ראוי לתת משקל, ניתן למצוא את חששו של בן־גוריון ממלחמת תרבות שאליה יוביל כינון החוקה (ובפרט הדיונים על תוכנה של החוקה והגדרת הזהות הקולקטיבית במסגרתה).²⁰⁹ בתוך חשש זה נכרכו גם מחלוקות עם המפלגות הדתיות בדבר אופיה של החוקה בנושאי דת ומדינה.²¹⁰ סיבה נוספת שאפשר לציין היא החשש שכינון חוקה יביא לשריון שיטת הבחירות היחסית – לפי נויברגר, בן־גוריון ראה בשיטה זו "אסון למדינה".²¹¹

אף על פי כן, תרומה מרכזית של מאמר זה נעוצה הרי בחשיפת הסיבה לשינוי הראשוני בעמדתו של בן־גוריון. מתוך כך עולה השאלה: מה ניתן ללמוד מהתנגדותו של בן־גוריון לחוקה, כשהיא נבחנת באספקלריה של פעילות בג"ץ? פרק זה ינסה לענות על השאלה. ראשית אראה כי את התנגדותו של בן־גוריון ניתן לשייך לתופעה המוכרת בספרות כתגובת־נגד אנטי־שיפוטית (anti-judicial backlash). שנית אטען כי תגובת־הנגד הזו עשויה לסייע בהכרעת מחלוקת הקיימת בספרות בדבר מידת המחויבות של בן־גוריון ושלטונו לדמוקרטיה ולשלטון החוק. שלישיית אשאל אם אפשר להצדיק את התנהלותו של בן־גוריון במחויבותו דווקא לטובתה של המדינה. לבסוף אציע הסברים למיסוך מעורבות בג"ץ בהתנגדותו של בן־גוריון לכינון החוקה.

1. ההתנגדות כתגובת־נגד אנטי־שיפוטית

לפסיקה של בתי משפט בנושאי זכויות עלולות להיות השלכות בלתי צפויות, בבחינת תגובת־נגד חברתית ופוליטית לפסקי הדין. דוגמה בולטת לתגובת־נגד שכזו ניתן לראות בהקשר של פסק הדין בעניין **Roe** בארצות הברית.²¹² בפרשה זו עוגנה כידוע זכות חוקתית לביצוע הפלות, ולאורך העשורים שמאז מתן פסק הדין ניתן היה לזהות תגובת־נגד בדמות ניסיונות

²⁰⁹ ראו רוזין מגוף ראשון רבים לגוף ראשון יחיד, לעיל ה"ש 20, בעמ' 29; Orit Rozin, *Forming a Collective Identity: The Debate over the Proposed Constitution, 1948–1950*, 26 J. ISR. HIST. 251 (2007) (רוזין מונה את החשש ממלחמת תרבות כאחד מנימוקי המתנגדים לחוקה, אך מטעימה בתוך כך כי לשיקולים הקשורים לעוצמה פוליטית היה משקל משמעותי בקביעת עמדתו של בן־גוריון. שם, בעמ' 253); Kedar, לעיל ה"ש 58; ניר קידר **משפט כחול־לבן: זהות ומשפט בישראל – מאה שנים של פולמוס** 91 (2017).

²¹⁰ Giora Goldberg, *Religious Zionism and the Framing of a Constitution for Israel*, 3 ISR. STUD. 211, 215–216 (1998). עם זאת, גולדברג טוען כי בן־גוריון הודה בפני חברים בכירים במפלגתו כי מי שתכריע בסופו של דבר בשאלה אם תתקבל חוקה היא מפא"י. ראו שם, בעמ' 216; וכן גולדברג, לעיל ה"ש 16, בעמ' 37.

²¹¹ נויברגר, לעיל ה"ש 37, בעמ' 44.

²¹² Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (להלן: עניין רוי).

פוליטיים להסיג לאחור את תוצאותיו.²¹³ תהליך זה הגיע לשיאו בפסק הדין בעניין *Dobbs*, אשר הפך את התקדים בעניין רו.²¹⁴

ואולם, עניין רו אינו הדוגמה היחידה לתגובתנגד אנטי־שיפוטית בהקשר האמריקאי. גוף נרחב של ספרות עמד על התופעה, וכך, למשל, ג'רלד רוזנברג מצביע על תגובת־הנגד החברתית והפוליטית בארצות הברית בעקבות פסיקה לא רק בנושאי הפלות, אלא גם בנושאי הפרדה בין־גזעית (סגרגציה) ונישואין חד־מיניים.²¹⁵ בדומה לרוזנברג, עומד מייקל קלרמן על תגובתנגד לפסיקה על הפרדה בין־גזעית ונישואין חד־מיניים.²¹⁶ זאת ועוד, כפי שהראו למשל ג'רלד רוזן וקייל הרדינג, תגובתנגד יכולה לבוא לידי ביטוי בסירוב לאכוף החלטות של בית המשפט; או בחקיקה שנועדה לרסן את שופטיו.²¹⁷

נקודה אחרונה זו השאובה מהניסיון האמריקאי מחזירה אותנו להקשר הישראלי. נדמה כי את התנגדותו של בן־גוריון לכינון חוקה אפשר לשייך לתגובתנגד לפעילותו של בג"ץ הישראלי: בג"ץ ביקש באופן עקבי להגן על זכויות הפרט, הביע נכונות גדולה יותר לעשות כן בהינתן חוקה, ובתגובה לכך "נשללה" ממנו החוקה – בניסיון לרסן את כוחו.²¹⁸ מבט היסטורי השוואתי יגלה כי במובן זה, בן־גוריון לא היה שונה משמעותית, למשל, מאחדים מנשיאיה של ארצות הברית. כך, לדוגמה, סירב הנשיא תומס ג'פרסון לקבל כסופי את פסק

²¹³ GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? 185-188 (1991) (להלן: **התקווה החלולה**).

²¹⁴ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022). באורח מעניין (גם אם לא מפתיע), פסק הדין בעניין **דובס** הניב בעצמו תגובתנגד כמעט מייד לאחר שניתן. ראו, למשל, *FACT SHEET: President Biden Announces Actions In Light of Today's Supreme Court Ruling on Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, THE WHITE HOUSE (June 24, 2022), <https://tinyurl.com/52jjt48a> וכן *FACT SHEET: President Biden to Sign Executive Order Protecting Access to Reproductive Health Services*, THE WHITE HOUSE (July 8, 2022), <https://tinyurl.com/3ym9r9mw>.

²¹⁵ Gerald N. Rosenberg, *Courting Disaster: Looking for Change in All the Wrong Places*, 54 DRAKE L. REV. 795 (2006). מאמר זה ממשיך כמובן את הקו שבו נקט רוזנברג בספרו הידוע **התקווה החלולה**, לעיל ה"ש 213, שלפיו בתי המשפט מתקשים להביא לשינוי חברתי אמיתי בפסיקתם.

²¹⁶ Michael J. Klarman, *Brown and Lawrence (and Goodridge)*, 104 MICH. L. REV. 431, 453-473 (2005).

²¹⁷ Gerald E. Rosen & Kyle W. Harding, *Reflections upon Judicial Independence as We Approach the Bicentennial of Marbury v. Madison: Safeguarding the Constitution's "Crown Jewel"*, 29 FORDHAM URB. L.J. 791, 795-802 (2002). ישנן כמובן צורות נוספות שבהן תגובתנגד יכולה לבוא לידי ביטוי, וכך למשל מזכירים רוזן והרדינג את תופעת ה־court packing שמטרתה שינוי הרכבו של בית משפט. על כך ראו גם בטקסט הסמוך לה"ש 220.

²¹⁸ יש לסייג נקודה זו בהבדלים הקיימים בין שיטות המשפט האמריקאית והישראלית, אשר מקשים לעיתים על יישומה של תיאוריה אמריקאית במקורה על המקרה הישראלי. הבדל מובנה משמעותי במיוחד נעוץ באופיה הפוליטי של שיטת מינוי השופטים לבית המשפט העליון האמריקאי. עם זאת, כיוון שהמינויים בבית המשפט העליון הישראלי היו ממילא לפי מפתח מפלגתי בתקופה הנדונה כאן (וראו פנינה להב "העוז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" **עינוי משפט** יד 479, 484 (1989)), וכיוון שהספרות הישראלית נטתה כבר לאמץ את התיאוריה של תגובתנגד אנטי־שיפוטית (ראו להלן בה"ש 221 ו-222), אני סבורה כי אין מניעה ליישמה בהקשרו של בן־גוריון.

הדין של בית המשפט העליון האמריקאי, מפי נשיא בית המשפט ג'ון מרשל, בפרשת **Marbury** משנת 1803.²¹⁹ בית המשפט, מצידו, לא פסל עוד דבר חקיקה של הקונגרס בחמישים השנים שלאחר מכן. בשנת 1832, כאשר כמה ממדינות ארצות הברית סירבו בגלוי לכבד את פסיקת בית המשפט העליון, תגובתו של הנשיא אנדרו ג'קסון הייתה כי מרשל מוזמן להתכבד ולאכוף את הפסיקה בעצמו. כמה עשורים מאוחר יותר, הנשיא פ'ד רוזוולט הגיב לפסיקה בהקשר של "הניו דיל" בהצעה להגדיל את מספר השופטים, כך שישתנה המאזן האידיאולוגי בבית המשפט העליון.²²⁰

הספרות אשר נסקרה כאן בקצרה מתייחסת אמנם לבית המשפט האמריקאי, אך מעיקרון תגובת-הנגד כשלעצמו ניתן להקיש ליחסים בין הרשויות בישראל – בפרט מקום שהרשות השופטת "בולמת ומאזנת" את אחת הרשויות האחרות. כך, למשל, מני מאוטנר עומד על תוצאותיה ההפוכות מהמצופה של המהפכה החוקתית. לדבריו, אהרן ברק ובית המשפט "שלו" הביאו לתגובות-נגד חריפות, שביניהן יוזמות חקיקה להגבלת כוחו של בית המשפט, ואף לחקיקתו של חוקיסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. זאת ועוד, הדוקטרינה של ביקורת שיפוטית הביאה בפועל לפגיעה ביכולת של בית המשפט להגן על זכויות ליברליות והעלתה את המשפט החוקתי על נתיב שמרני.²²¹ באורח דומה, כותב הלל סומר כי "החשש מפני הפרשנות שבית-המשפט העליון נוקט הוביל באופן ישיר לעצירת התהליך של השלמת החוקה. יותר מפוליטיקאי חרדי אחד אמר כי יתנגד לכל חוקיסוד נוסף, בלי קשר לתוכנו".²²²

לסיכום תת-הפרק הנוכחי, תגובת-נגד אנטי-שיפוטית (anti-judicial backlash) נראית אפוא כמסגרת תאורטית מתאימה לבחינת הקשר בין פעילות בג"ץ ובין השינוי בעמדתו של בג"ץ-גוריון ביחס לכינון החוקה. ניתן בהחלט לטעון כי האקטיביזם של בית המשפט בפסקי דין מסוימים, והריסון-לכאורה המחכה לחוקה בפסקי דין אחרים, פעלו בסופו של דבר הפוך מהמצופה והביאו לפגיעה בזכויות. ההמשגה החדשה של התנגדותו של בג"ץ-גוריון לחוקה כתגובת-נגד אנטי-שיפוטית עשויה לתרום למחלוקת הקיימת בספרות בדבר הקשר בין ההימנעות מכינון חוקה ובין דמוקרטיה ושלטון החוק. על כן, בנקודה זו אבקש לבחון את התנגדותו של בג"ץ-גוריון לכינון חוקה דרך הפריזמה של דמוקרטיה ולגליזם במדינת ישראל הצעירה.

²¹⁹ Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). בית המשפט, בראשותו של הנשיא מרשל, פסל בפסק דין זה חוק של הקונגרס לאור סתירתו את החוקה האמריקאית.

²²⁰ Rosen & Harding, לעיל ה"ש 217, בעמ' 795–796.

²²¹ מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו** 177, 181, 185–202 (2019). לדעה חולקת, ראו יניב רוזנאי "האם בית המשפט אשם וזכות עמידה רחבה כתפיסה הרפובליקנית: שתי הערות על הליברליזם בישראל בתגובה לפרופ' מאוטנר" **ICON-S-IL Blog** (2.6.2021), <https://tinyurl.com/5cb7vnrnd>.

²²² הלל סומר "בזכות הריסון השיפוטי בתחום החוקתי" **משפט ועסקים** יד 155, 173 (2012). לדוגמאות נוספות מהספרות הישראלית הדנות בתגובות-נגד לפסיקה, ראו, למשל, רות גביון "התקווה החלולה: האם בתי משפט יכולים להביא לשינוי חברתי?" **מעשי משפט** ב 15, 29 (2009); Rivka Weill, *The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and Its Aftermath: On Judicially-Led Constitutional Revolutions and Democratic Backsliding*, 14 L. & ETHICS HUM. RTS. 227, 229, 271–272 (2020).

2. בן־גוריון – דמוקרטי ולגליסט?

הספרות המחקרית חלוקה בשאלה עד כמה היו בן־גוריון והשלטון שבראשו עמד דמוקרטיים ולגליסטיים. מרבית הכתיבה לאורך השנים נטתה לעמדה המפקפקת במידת המחויבות של בן־גוריון לדמוקרטיה ולשלטון החוק, ואף טענה כי ההימנעות מכינון חוקה פגעה בסופו של דבר בעקרונות הללו.²²³ כך, למשל, כותב תום שגב כי "הוא התנגד לחוקה גם מפני שהיתה מקשה על נטייתו להגביל את זכויות האדם והאזרח ולבצר את כוחה של מפא"י... כפוליטיקאי גם נטה לא אחת לראות בערכי הדמוקרטיה ובמגבלות החוק מכשול שיש לעקוף אותו".²²⁴ יונתן שפירא טוען, גם כן בהקשרה של החוקה, כי "מדינה דמוקרטית ליברלית הדואגת לזכויות כל אזרחיה לא היתה הדמות אותה רצה [בן־גוריון – ש"ש] לעצב למדינה אותה הקים"; וכי "ההחלטה שלא לחוקק חוקה ליברלית... החלישה את המחויבות של רשויות המדינה השונות להגן על זכויות האזרח והמיעוטים".²²⁵ ברוח דומה קובע אהוד שפרינצק כי "עם קבלת [החלטת הררי – ש"ש] ירד לטמיון הסיכוי, שאכן תעלה הפוליטיאה הישראלית על המסלול של לגליזם מלא".²²⁶

לעומת זאת, בשנים האחרונות הובעה עמדה שונה, שלפיה התנגדותו של בן־גוריון לחוקה הייתה למעשה אקט דמוקרטי ולגליסטי. באופן בולט כותב ניר קידר כי "לקראת סיום מלחמת העצמאות הגיע בן־גוריון למסקנה כי חוקה אינה הכרחית לעיצוב הדמוקרטיה הישראלית" וכי בן־גוריון סבר "שחוקה אינה תנאי הכרחי לשלטון חוק, לדמוקרטיה או לממלכתיות".²²⁷ יותר מכך, גורס קידר, בן־גוריון חשש כי "הצירוף של חוקה משוריינת והסדרי איזונים ובלמים נוקשים ומסובכים" יפגע "בדמוקרטיה ובריבונות האדם בצורה קשה".²²⁸ קידר מוסיף וטוען כי התנגדותו של בן־גוריון לחוקה מדגימה כבוד למשפט ולשלטון החוק, שכן "מנהיג לא־לגליסט... לא היה חושש כלל מהחוקה... שהרי ממילא הוא לא היה חש חובה לציית לה".²²⁹ מסתמן אפוא כי מהספרות עולות אפשרות והיפוכה. לאור חשיפת הקשר בין פעילות בג"ץ ובין ההימנעות מכינון חוקה, מתבקשת השאלה: האם המאבק בחוקה אכן מתאים להצגת בן־גוריון כדמוקרט ולגליסט, או שמא הוא חושף דמות אחרת? דומני כי תשובה אפשרית לכך תימצא ברצונו של בן־גוריון לשמר את הסמכויות המפליגות הנתונות לשלטון מכוח תקנות שעת החירום (1945) – רצון שהגשמתו הייתה כרוכה בבלימת תהליך כינון החוקה. מהלך זה משקף את שאיפתו של בן־גוריון כי השלטון – והוא בראשו – לא ייכפפו למארג חקיקה חדש, נטול האופי האנטי־דמוקרטי של התקנות המנדטוריות. אמנם אין בכך משום אי־ציות בוטה ומופגן לחוק, אך האם נדרש אי־ציות כזה ממי שבכוחו לעצב את

²²³ עמדה כזו עולה במידה רבה בקנה אחד עם האופן שבו תפשו את בן־גוריון מתנגדיו – כאוטוקרט, יותר מאשר כדמוקרט. ראו, למשל, DAVID LANDAU: BEN-GURION – A POLITICAL LIFE 125 (2011).

²²⁴ תום שגב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 559.

²²⁵ יונתן שפירא, לעיל ה"ש 58, בעמ' 31, 33.

²²⁶ שפרינצק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 63.

²²⁷ בן־גוריון והחוקה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 46, 57.

²²⁸ שם, בעמ' 78.

²²⁹ שם, בעמ' 79.

המשפט כך שיתאים לצרכיו, לאור שליטתו האפקטיבית בכנסת כרשות מכוונת?²³⁰ אמת היא שהכנסת הראשונה הייתה גם הגוף המחוקק, ולכן אפשר לטעון לכאורה כי בן-גוריון יכול היה באותה המידה לאפשר את כינון החוקה ולחוקק כרצונו. אלא שחקיקה שתאפשר לו את אותו מרחב הפעולה, תוך פגיעה בזכויות, עלולה הייתה להתקבל בסלחנות פחותה מאשר השארת חקיקה קודמת על כנה; וממילא, כינון החוקה היה מנביע הכפפה של החקיקה לביקורת חוקתית בבג"ץ. כך למעשה "עקף" בן-גוריון – למצער ברמה מסוימת – את תחולתו של עקרון שלטון החוק עליו, תוך שהוא פוגע בפגיעה אנושה בערך הדמוקרטי של שמירה על זכויות הפרט.

עם זאת, תיתכן טענה – ברוח גישתו הנזכרת לעיל של קידר – כי גם עקיפה של מגבלות המשפט משקפת בסופו של דבר כבוד אליו. על כן, אם אין די בהתנגדות לחוקה כפי שהוצגה לעיל כדי לבסס מידה של אי-לגליזם מצידו של בן-גוריון, ניתן להידרש לפרטים אחרים הקשורים לפרשות אשר נדונו בבג"ץ. כך, למשל, במעצרו של קוק ומרידור ללא ועדה מייעצת כנדרש בתקנה 111(4) לתקנות שעת החירום (1945).²³¹ יותר מכך, עוד לפני שהוצא צו המעצר לפי תקנה 111, דרש יצחק גרינבוים, שר הפנים דאז, לדעת אם המעצרים התבצעו בידי משטרה צבאית או בידי משטרה אזרחית. זאת מפני שאם האפשרות הראשונה נכונה – "חמור המצב שבעתיים, שכן הנעצרים אינם אנשי צבא". לחששו של גרינבוים ענה בן-גוריון כי מדובר בשעת חירום, ו"לעשות עכשיו בדיקה אם הייתה זו משטרה צבאית או משטרה רגילה מתוך גישה לגאליסטית, אין זה הולם את העניין". כאשר גרינבוים שב והטעים כי אם המעצר התבצע בידי משטרה צבאית הרי הנעצרים "הם בבחינת שבויים", ואם בידי משטרה אזרחית הרי יש להעמידם לדין – השיב בן-גוריון כי אינם שבויים; וכשהמשיך גרינבוים ותבע כי אכן תתקיים העמדה לדין, השיב בן-גוריון: "עוד נידון".²³²

מכאן צומחות שתי אפשרויות: הראשונה היא כי בן-גוריון לא ראה צורך להתנהל לפי עקרונות תקינים ובחר לעשות דין בעצמו, מתוך ביטחון מוחלט באשמתם של קוק ומרידור או בסכנה ביטחונית הנשקפת מהם. השנייה היא כי בן-גוריון ידע כי העמדה לדין תסתיים בשחרור העצורים השבויים, ולכן העדיף להימנע ממנה. לאור התוצאה הידועה של הפרשה – קוק ומרידור שוחררו ממעצרו זמן קצר לאחר תום הדיון בעתירתם²³³ – נראית האפשרות השנייה סבירה.²³⁴

²³⁰ ראו לעיל בה"ש 21 ובטקסט הסמוך לה.

²³¹ מעצר זה נעשה בהסכמת בן-גוריון (עניין קוק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 313). אני מתמקדת בו, משום שקיימות גרסאות סותרות אשר לזהות נותן ההוראה לביצוע המעצר הראשוני. מי שנתן את צו המעצר היה התובע הכללי הצבאי, אברהם גורלי – לטענתו, בהוראת בן-גוריון (ענבר מאזניים וחורב א, לעיל ה"ש 124, בעמ' 168). אם נקבל את גרסתו של גורלי, כי אז מסתמן כי מדובר באקט אי-לגליסטי ולא-דמוקרטי בוטה מצידו של בן-גוריון. ראו גם עניין קוק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 315–316, 319.

²³² צבי ענבר מאזניים וחורב: יסודות המשפט הצבאי בישראל כרך ב' 507–508 (2005). ההדגשה הוספה.

²³³ ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 75.

²³⁴ בעת בירור העתירה בעניין קוק טען הרמטכ"ל בפועל כי היו די ראיות להעמיד את קוק ומרידור לדין באשמת בגידה, "אלא שלטובת המבקשים הם הושמו במעצר בלי משפט עד שהתנאים האחרים יאפשרו את שחרורם" (עניין קוק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 321). אין באפשרותי לשלול את האפשרות שבן-גוריון אכן ביקש את טובת קוק ומרידור, גם אם זו באה לידי ביטוי בהפרת זכויותיהם, אך מכלול הנסיבות מעיד כי ככל הנראה לא כך היה. ראו בהקשר דומה גם את עמדותיהם של ברזילי וגרוס שיובאו להלן.

שימוש בעייתי במשפט ניכר גם בנסיבות הסובבות את עניין ברון. על הרטרואקטיביות שבחקיקה למניעת טרור – העומדת בניגוד למושכלות יסוד של עקרון שלטון החוק – כבר עמדתי מעלה.²³⁵ בנקודה זו אבקש להוסיף את הסברו של גד ברזילי למניעים לחקיקת פקודת מניעת טרור – מניעים אשר עשויים להיקשר גם לאפשרות השנייה שצוינה לעיל להימנעות מהעמדה לדין של קוק ומרידור.²³⁶ ברזילי טוען כי הפקודה "נחקקה לכאורה על רקע הרצח של הרוזן ברנדוט", אך למעשה שימשה לחיסול פוליטי.²³⁷ דבריו של אורן גרוס תומכים בהסבר זה, כאשר הוא כותב כי "ברור לגמרי שפקודת מניעת טרור – ש"ש], כאשר נחקקה, היתה מכוונת קודם כל כנגד הלח"י, וכפי שאראה גם כנגד האצ"ל".²³⁸ אם צודקים ברזילי וגרוס, הרי זוהי תמציתו של יחס מכשירני למשפט, שהיה כחומר בידי בן-גוריון.²³⁹ חקיקה הנחזית ככללית מתגלה כחקיקה סמייפרסונלית, שתפקידה לסייע לבן-גוריון בבואו לשלוט במיעוטים הפוליטיים שסיכנו לתפישתו את שלטונו.

מהדברים שלעיל עולה כי עקרונות שלטון החוק לא ניצבו בראש מעייניו של בן-גוריון.²⁴⁰ עם זאת, יחסו של בן-גוריון למשפט לא היה חד-ערכי, אלא אמביוולנטי. פרשת אל-כרבוטלי מייצגת מקרה שבו בן-גוריון הפגין כבוד למשפט, ובפרט לפסיקות בג"ץ – אם כי מדובר בכבוד פורמלי בעיקרו, שאינו משקף בהכרח הערכה עמוקה לשלטון החוק. לאחר מתן פסק

²³⁵ ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 152, 194–196.

²³⁶ קוק ומרידור נעצרו עובר לחקיקת פקודת מניעת טרור, אך הכיוון שליווה את חותרת – כפי שיתבהר מייד – הוא של שימוש במשפט ככלי לרדיפה שלטונית של יריבים פוליטיים.

²³⁷ **משפטים ראשונים: שיחות בעקבות פסקי-דין של בית-המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו** 70 (דפנה ברק-ארז עורכת 1999).

²³⁸ שם, בעמ' 80.

²³⁹ הדברים יכולים להיאמר גם באופן הפעלתו של המשפט. כך, כותב בני מוריס כי המתנקשים בברנדוט מעולם לא נתפסו – "בן גוריון לא רצה, ככל הנראה, לאתרום בשל שיקולים פוליטיים" (מוריס, לעיל ה"ש 10, בעמ' 340). שקילה של אפשרות זו מול המניע הגלוי והמניע המשוער לחקיקת פקודת מניעת טרור, כמו גם מול המצוד הנרחב (כתיאורו של מוריס, שם) של אנשי ארגוני הפורשים, מעלה תמונה של יחס מכשירני בתכלית למשפט. תמונה זו מתחדדת לנוכח כתיבתו של מיכאל ברזוהר, אשר חושף כי אדם שנחשד ברצח ברנדוט הפך בהמשך לידידו הקרוב של בן-גוריון. ברזוהר עימת את בן-גוריון עם עובדה זו, ובן-גוריון זימן אליו את אותו החשוד, אשר הודה במעורבותו רצח. אף על פי כן, "הוא שמר עמו את הסוד – וגם עם אותו ידיד, שהודה במעשה, לא דיבר עוד על כך. ידידותם של השנים המשיכה להתקיים ואף להתהדק" (מיכאל ברזוהר **בן-גוריון** כרך ב' 836 (1977)). בן-גוריון מתייחס לדברים ביומנו, וכותב שם כך: "קראתי ליהושע כהן [ברזוהר בספרו אינו חושף את השם – ש"ש] והראיתי לו מה רשום ביומני (16.9-25.10.48)... אמר לי מה שכתוב עליו נכון...". בן-גוריון מוסיף כי כשנמסרו לו במקור שמות החשודים לא הייתה להם "כל משמעות" בעיניו; וכי את הקשר הבין רק כמה שבועות לפני שיחתו עם כהן, כאשר נתקל בהם שוב (יומן בן-גוריון (1965). 29.8.1965) ארכיון בן-גוריון (236186). בנקודה זו איני מבקשת להתמקד בבחירתו של בן-גוריון שלא להעביר הלאה את ההתגלה לו על מעורבותו של כהן ברצח ברנדוט (אף כי אפשר היה לטעון לכאורה כי מדובר בראיה נוספת ליחס בעייתי של בן-גוריון למשפט). חלף זאת אני מבקשת להדגיש את העובדה שכבר בשנת 1948 נמסרו לבן-גוריון שמות של חשודים קונקרטיים ברצח ברנדוט. אם כך היה, אם השמות היו ידועים לו ממילא ואפשר היה לרכז מאמצי חקירה בהתאם (ראו גם יומן בן-גוריון (1948). 19.9.1948) ארכיון בן-גוריון (224860). ברי כי יש מקום להקנות משקל לטענתו של מוריס שהובאה כאן. ברי גם כי יש בכך כדי לתמוך בטענתו של ברזילי על המניע לחקיקתה של פקודת מניעת טרור, וראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 237.

²⁴⁰ הכתוב כאן אינו ממצה כל פעולה איילגליסטית של בן-גוריון לאחר קום המדינה, וכך, למשל, מוכר ניסיון של בן-גוריון לחוקק ללא סמכות את פקודת צבא ההגנה לישראל, התש"ח-1948. ראו **בן-גוריון והחוקה**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 32–33. עוד בנושא יחסו של בן-גוריון למשפט, ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 157.

הדין בפרשה זו, לא שוחרר אבו לבן מיד. למעשה, שחרורו הגיע רק כחודש מאוחר יותר ולאחר התערבות תקשורתית בעניין.²⁴¹ אין זה ברור אם העיכוב בשחרור נעשה ביוזמתו או אפילו באישורו של בן-גוריון – בשלב מאוחר יותר, התייחס בן-גוריון לעניין כאל "שגיאה".²⁴² כך או אחרת, בעקבות ההתרחשויות בפרשה הוקמה סוף כל סוף ועדה מייעצת לפי תקנה 111(4) לתקנות שעת החירום (1945); ואבו לבן נעצר מחדש לאור פסיקת בג"ץ, הפעם תוך שהוא מיועד בזכותו לפנות לוועדה.²⁴³ נראה אפוא כי פסיקת בג"ץ במקרה זה – שאותה אפשר לאפיין כאקטיביזם מחנך²⁴⁴ – הניעה את בן-גוריון לשמירה על שלטון החוק הפורמלי.

²⁴¹ אורית רוזין "קול העם" – דיוקנו של מאבק "שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 76, 77–78 (מיכאל בירנהק עורך 2006); זיידמן, לעיל ה"ש 88.

²⁴² בהמשך שנת 1949 התבטא בן-גוריון בישיבת ממשלה באופן הבא: "... בענין אברלבן נעשתה שגיאה – זה עשה קצין גבוה על דעת עצמו, והוא הודח "או הודה", המילה אינה ברורה דיה – ש"ש". מההקשר שבו הובאו הדברים, של ציות לפסקי דין, אני נוטה להניח כי הדברים אכן אמורים בהימנעות משחרור אבו לבן. ראו "פרטי" כל ישיבה ח/ש"ט של הממשלה יב' [ניסן – ש"ש] תש"ט – 11.4.49 "27 ארכיון המדינה תיק "סטנוגרמות ישיבות ממשלה משנת 1949" (הפרוטוקול להלן: פרוטוקול 11.4.49). עם זאת, ישנם לפחות שני גורמים שבגינם לא יהיה נכון לטעמי להסיק באופן חדמשמעי כי בזמן אמת לא הייתה לבן-גוריון יד ברבר, או שלא היה לכל הפחות מודע להתרחשויות (ואף להפך, ייתכן כי נכון יהיה לשער כי הגרסה שלפיה הסתייג מאופן הפעולה השגוי התגבשה בדיעבד). ראשית, ישנו העניין שהפגין בן-גוריון בהליכים המשפטיים בעניינו של אבו לבן (ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 164). שנית וחשוב מכך, מקרה אבו לבן התאפיין בפרופיל תקשורתי גבוה, וההימנעות משחרורו זכתה לסיקור נרחב למדי (ובלתי-אווהד בעליל בחלקן) בעיתונות היומית. על כך אף העיר שר המשפטים כי "זכור לנו עוד מקרה אבו-לבן והתרעומת הגדולה שהיתה בעתונות נגד זה". פרוטוקול 11.4.49, שם, בעמ' 15. לתרעומת המדוברת בעיתונות, ראו, למשל, "מיום ליום" הארץ 7.1.1949, 2 ("שלשום ראינו צורך... להתריע בקשר למשפטו של אבו לבן על הזלזול בחוק המקובל דוקא אצל מוסדות ושלטונות החייבים לעמוד בראש השומרים על כבוד המדינה וחוקיה."); "גין" "מיומנו של בוחר" חרות 14.1.1949 ד' ("אבו לבן... קבל פסק דין של שחרור מאת ביה"ד העליון של מדינת ישראל... והמטרה או הצבא או שניהם יחד, או איזה גוף שלישי 'נסתר'... 'מצפצפים' במחילה על בית הדין העליון, על השופטים ועל העולם כולו").

²⁴³ כן ראו המקורות מן העיתונות המנויים בהערת השוליים הבאה, לעניין הסיקור העיתונאי הנרחב. "ועדה מייעצת לעניני עצורים" המשקיף 9.12.1948 ב' (הוועדה הוקמה על ידי בן-גוריון ככובעו כשר הביטחון, ובראשותה עמד השופט מנחם דונקלבלום); "אבו לבן לא שוחרר ונעצר לפי סעיף 111: ניתנה לו האפשרות לפנות לוועדה המיעצת לעניני עצורים" חרות 13.1.1949 ד'; "פקודת-מעצר חדשה של הרמטכ"ל לאברלבן" הבקר 13.1.1949, 4 (שם מצוין כי מפגש עם עורך דין המשיך להימנע מאבו לבן, ומקום הימצאו לא נחשף). ראו גם מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק: 1948–1991 (מהדורה שניה 2001) ("בעקבות פסק-הדין בפרשת אלכרבוטלי [כך במקור – ש"ש], הוקמה ועדה מייעצת שתפקידה לבחון מעצרים מינהליים הנעשים על-פי תקנה 111(4))." ראו להוסיף כי הופנונג מצייין כי "זמן קצר לאחר הקמת הוועדה, ירד מספר העצירים המינהליים ל-8 בלבד". שם, בעמ' 96. אמנם נראה כי הוועדה הוקמה עובר למתן פסק הדין כשלעצמו (וראו במקור הראשון בהערת שוליים זו; וכן בעניין אלכרבוטלי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 15), אך הקמתה קרתה בכל מקרה לאחר הגשת העתירה וקיום כמה דיונים בתיק (לתאריכים הרלוונטיים, ראו שם, בעמ' 5).

²⁴⁴ בהקשר זה אפשר לציין גם כי היועץ המשפטי לממשלה, יעקב שמשון שפירא, הורה על העברת פסק הדין לכל העובדים הבכירים בשירות המדינה. ראו זיידמן, לעיל ה"ש 88. לכך סייעה אולי פנייתו של השופט אולשן, מעל דפי פסק הדין, לשלטונות: "כל העובדות הנ"ל לא הוכחו... אמנם אין הדברים נוגעים במישרין לגופו של הענין אשר לפנינו. אנו מזכירים אותם מתוך תקוה כי יובאו לתשומת לבם של השלטונות הנוגעים בדבר". עניין אלכרבוטלי, לעיל ה"ש 87, בעמ' 7. את פסק הדין, ובתוכו דבריו של אולשן, שכללו בין השאר התייחסות

במקרה אחר, שלא נדון כאן, הקפיד גם כן בן-גוריון לכבד את פסיקת בג"ץ, אך מבחינה פורמלית גרידא, תוך סירוב למלאה מהבחינה המהותית. לאחר מתן פסק הדין בבג"ץ סופר – שבו פסל בית המשפט החלטה על פיטורי שוטרים – אמר בן-גוריון בישיבת הממשלה את הדברים הבאים: "אם בית המשפט פוסק שיש להחזיר את המפוטרים לעבודה – נשלם את המשכורת אבל הם לא יעבדו. החוק מחייב אותנו, הוא מעלינו... עלינו להודיע לכנסת שאנחנו מקבלים את פסק הדין של בית המשפט, כי אנחנו חייבים לקבלו, אבל עלינו גם להודיע שכל הפקידים שנפסלו על ידי הועדה – פסולים ואנחנו לא נעסיקם".²⁴⁵

זאת ועוד, כשבן-גוריון ושלטונו לא היה מושאיו של המשפט, כלומר כשהמשפט חל על אחרים, ניכר יחס שונה בתכלית מצידו. כדוגמה אפשר להזכיר את הפרשה הידועה של מאיר טוביאנסקי. שם סירב בן-גוריון להעניק גיבוי בדיעבד למשפט שדה שנערך לטוביאנסקי ושהסתיים בהוצאתו להורג. לאחר שבן-גוריון הורה על חקירת המקרה, טוהר שמו של טוביאנסקי.²⁴⁶ דוגמה אחרת היא אמירותיו של בן-גוריון סביב הדיון בחוקה שלפיה יש לפעול לחינוך העם לפעול לפי החוק.²⁴⁷ דוגמה שלישית, מאוחרת יותר בזמן, היא פרשת לבון.²⁴⁸ במקרה זה סירב בן-גוריון לקבל את זיכוי של פנחס לבון ממעורבותו בפרשת "עסק הביש" בידי ועדת שרים, והתעקש כי הסמכות לכך נתונה לבית המשפט או לוועדת חקירה מוסמכת.²⁴⁹

הדברים שלעיל מראים שניית ברורה ביחסו של בן-גוריון לשלטון החוק ולמשפט. שניות כזו הייתה קשורה למושאי החוק, אך היא באה לידי ביטוי גם בראייתו את דין שלטונו כנבדל מדינו של שלטון המנדט בהקשרן של תקנות שעת החירום המנדטוריות. למעשה, הבעייתיות בהתנגדות לחוקה מודגשת שעה שמתגלה עמדתו של בן-גוריון בעניין התקנות ובעניין ביקורת חוקתית עובר לקום המדינה. חבר הכנסת יעקב קליבנוב עמד על כך שבתקופת המנדט, "כאשר השופטים... התחילו לפסוק שהוראות המאנדאט אינן מחייבות את הנציב העליון, ושאינן לערער על החוקים שהוא מחוקק... הישוב העברי והסוכנות היהודית, בראשותו של ראשה הממשלה הנוכחי" לחמו בגישה הפורמלית שסירבה "להכיר במאנדאט כבנורמה עליונה, המחייבת גם את הממשלה הבריטית וגם את הנציב העליון".²⁵⁰ הרצון של בן-גוריון למנוע הכרזה על בטלותן של התקנות, כשהוא מוצב מול עמדתו העקרונית בזמן

לחובה ליידיע אדם על סיבת מעצרו ולאפשר לו היועצות עם עורך דין, ניתן לראות כמופע מובהק של אקטיביזם מתנך.

²⁴⁵ בג"ץ 21/48 סופר נ' שרהמשטרה, פ"ד ב 365 (1949); פרוטוקול 11.4.49, לעיל ה"ש 242, בעמ' 29.
²⁴⁶ עם זאת ישנן עדויות סותרות בשאלה אם בן-גוריון תמך בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שפירא להעמיד לדין את איסר בארי בגין הריגתו של טוביאנסקי, או שהתנגד להחלטה זו (בארי הורשע בסופו של דבר בעבירת ההריגה). על הפרשה ועל עמדתו של בן-גוריון, ראו פרידמן לפני המהפכה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 182–185, 193–191. לגרסה שלפיה ניתן לסבור כי גם מקרה טוביאנסקי משקף מראית עין של מחויבות לשלטון החוק, ואילו הכבוד למשפט הוא פורמלי בלבד, ראו תום שגב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 458 ("המשך טיפולו בפרשה היה חמקני יותר. 'אב בית הדין' שגזר את עונשו של טוביאנסקי הועמד למשפט, אך בן-גוריון קבע מייד שהרמטכ"ל יוכל להמתיק את דינו").

²⁴⁷ ראו, למשל, נאום בן-גוריון בכנסת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 815, 818.

²⁴⁸ המכונה גם "פרשת לבון השנייה". ראו אברהם אביחי דוד בן-גוריון: מעצב המדינה 118 (1974).

²⁴⁹ ניר קידר ממלכתיות: התפיסה האזרחית של דוד בן-גוריון 291–292 (2009). קידר טוען כי הפרשה הייתה "הקרב המאסף של הממלכתיות" הבן-גוריונית. שם, בעמ' 317.

²⁵⁰ ד"כ 20.2.1950, 826. ההדגשה הוספה.

המנדט, מראה גם כן יחס מכשירני-אופורטוניסטי – להבדיל מכבוד – למשפט. כאשר התקנות שימשו נגד הישוב היהודי בתקופת המנדט, בן-גוריון התנגד אליהן, ואף סבר כי בסמכותו של בית המשפט להכריז על בטלותן. כאשר התקנות שירתו אותו, התנגדותו של בן-גוריון אליהן התפוגגה.

בהקשר דומה יפה לראות גם את דברי בן-גוריון בוועידת הסתדרות עורכי הדין בישראל ביום 5 ביוני 1949:

”כל עוד היו היינו נתונים לשלטון זה היה תפקידו של עורך-דין יהודי – במקרה הטוב ביותר – לעמוד בפני המדינה הזרה... להוכיח שהחוק לגבי היהודי אינו צודק... לא ביצורו של החוק אלא ערעורו, באשר החוק הוא עוין, מתנכל, מפלה, מקפח... לעורך-דין יהודי... לא ניתן לעצב החוק והמשפט... [הוא – ש”ש] היה חייב לעמוד נגד המדינה וחוקיה. עם הקמת מדינת ישראל נשתנה הדבר מיסודו. על עורכי-הדין שומה עכשיו... לטעת בקרב צבורנו... כבוד ויקר למדינה ולחוק, כבוד ויקר לעושי דבר המדינה וחוקיה, כבוד ויקר לשופטי המדינה ושופטיה...
עורך-הדין במדינת ישראל צריך להיות לא קורא תגר נגד החוק המקפח...”²⁵¹

הנקודות האחרונות הללו מדגימות היטב כי כאשר המשפט לא התאים לבן-גוריון, הוא ניסה “לבעוט” בו;²⁵² ואילו כאשר המשפט שירת את בן-גוריון, הוא דרש מציבור עורכי הדין להסכיין עם כל דבר חקיקה.²⁵³ ההתנגדות לחוקה שקולה לבעיטה בחוק – הפעם בדמות מניעה לכתחילית של הכינון, ולא כהתנגדות בדיעבד.

3. בן-גוריון – אולי בכל זאת דמוקרט ולגליסט?

הצדקה אפשרית לאמביוולנטיות של בן-גוריון ביחס למשפט טמונה במציאות ההיסטורית שבה פעל – עיצוב שלטון במדינה שרק הוקמה, בעיצומה של מלחמה כוללת. המדינה ניצבה בעת ההיא בפני סכנות מחוץ (מצד צבאות ערב במלחמת העצמאות) ואולי גם מפנים (מצד המיעוט הערבי וכן מצד ארגוני הפורשים). נסיבות כאלה חייבו, כך ייתכן שסבר, את המשך

²⁵¹ בן-גוריון מתייחס ל”מדינה הזרה”, אך מוקדם יותר בדבריו הקביל ממילא בין “מערכת החוקים של העמים הזרים אשר בתוכם ישבנו” ובין “החוק ששלט בארץ הזאת עד לפני שנה”. ראו “דין וחשבון מהוועידה הי”ג של הסתדרות עורכי הדין בישראל” הפרקליט ו 94, 97, 99 (1949) (להלן: דו”ח הוועידה הי”ג). ההדגשה הוספה. הדברים מובאים, בשינויי נוסח קלים, גם בתוך דוד בן-גוריון “יעודי הרוח והחלוציות בישראל” נצח ישראל 42, 60 (התשכ”ד). בתגובה להם “הכריזה הוועידה, כי ‘צבור עורכי הדין מצווה... [ל]חתר לקראת השלטת החק והמשפט במדינה... תוך שתוף פעולה מלא בין צבור עורכי הדין והמוסדות המחוקקים והצבוריים...’” (לשאלות השעה: דבר הוועידה “הפרקליט ו 81, 81 (1949) (הדברים מובאים בנוסח מעט שונה בדו”ח הוועידה הי”ג, שם, בעמ’ 125). על כך הוער בכתב העת הפרקליט כי “... לשם השלטת החק והמשפט במדינה דרושה קודם לכל חוקה יסודית המכילה את החירויות העיקריות של כל אזרח במדינה ועיקרון אחד חשוב: ‘כל דברי המחוקק וכל מעשי השלטונות אשר מתנגדים להוראותיה של החוקה היסודית בטלים ומבוטלים הם.’” (לשאלות השעה: דבר הוועידה, שם, בעמ’ 81).

²⁵² בלשון זו השתמש כזכור בן-גוריון כדי להסביר מדוע לא רצויה חוקה: “כל מי שירצה לבעוט בחוק ימצא טענה חדשה – אין החוק מתאים לחוקה”. נאום בן-גוריון בכנסת, לעיל ה”ש 1, בעמ’ 818.

²⁵³ בן-גוריון מזכיר כאמור כי לעורכי הדין היהודים לא הייתה בעבר אפשרות “לעצב החוק והמשפט”, וראו לעיל בטקסט הסמוך לה”ש 251. המשכה של לוגיקה כזו צריך להיות שעל עורכי הדין להמשיך ולהתנגד לתקנות המנדטוריות.

עמידתן בתוקף של תקנות שעת החירום (1945), ובפרט של מכשיר ההתגוננות בפני מיעוטים של מעצר מנהלי. גם המשך העמידה בתוקף של התקנות משנת 1939 נראה אולי מתחייב עקב מצוקת הדיור החריפה ששררה בשנים הראשונות למדינה – כבר בספטמבר 1948 הוזכר בכנסת "הלחץ של חוסר-הדירות".²⁵⁴ לחץ זה הוביל כנראה במהלך אותה השנה אפילו להוצאה של עשרות משפחות עולים מדירותיהן ביפו, לטובת שיכון פקידים של הסוכנות.²⁵⁵ כפי שכותבת מאיה מארק, "רעיונות של רכוש פרטי, קניין ושליטתו של אדם בנכסיו היו זרים בבסיסם למי שאחזו בהגה השלטון. תחתיהם, רווחו רעיונות של דאגה לכלל הציבור וחלוקת משאבים שוויונית".²⁵⁶ כלומר, אם נלך ברוח דבריה של מארק, בן-גוריון ביקש לדאוג לטובת המדינה בשיכון פקידיה בנכסים שהוחרמו.

אם כן, אפשר לסבור כי פעולותיו של בן-גוריון הונעו אך ורק מרצון טהור לשמירה על ביטחון המדינה ועל תפקודה התקין; ובכך מוסבר היעדר הקונסיסטנטיות ביחסו למשפט. אולם האמת היא, שהיעדר קונסיסטנטיות אפיינ עמדות עקרוניות-לכאורה של בן-גוריון באופן רחב יותר. כך, מראה ישי בלנק כי כסטודנט בקושטא כתב בן-גוריון בגנותו של השלטון העות'מני הריכוזי – עמדה שהשתנתה לאחר עלייתו לשלטון.²⁵⁷ אם כך, שינוי של עמדות שנראות עקרוניות לא היה זר לבן-גוריון, שעמדותיו תאמו את הפוזיציה שבה נמצא – או את נוחותו הפוליטית בנקודה נתונה. אם נשוב לרגע למארק שהוזכרה לעיל, הרי שלטענתה "הממשלה פגעה בקניינם הפרטי של בעלי הבתים... פשוט מכיוון שיכלה לעשות כן".²⁵⁸ סיבה נוספת לסבור כי ההסבר שלפיו מניעיו של בן-גוריון היו טהורים הוא פשוטו וסלחני מדי, היא העובדה שבן-גוריון הפגין כבר בעבר נטיות אי-לגליסטיות במישור האישי. דוגמה מוקדמת יותר לדרערכיות לגליסטית בהתנהלותו של בן-גוריון – חוסר כבוד לכללים כשהם חלים עליו, תוך שמירה על מראית עין של אכיפתם על אחרים – תמצא עוד בתקופת

²⁵⁴ מועצת המדינה הזמנית א, ישיבה י"ט, 26 (23.9.1948). ראו גם מועצת המדינה הזמנית ב, ישיבה כ"ז, 8 (18.11.1948) ("ואחד הקשיים הגדולים – הוא חוסר הדירה"). בהמשך כתב בן-גוריון עצמו כי "אחת הבעיות הקשות והדחופות ביותר בקליטת העליה היא בעיית השיכון". בן-גוריון **דרכנו במדינה**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 15. ראו גם Maya Mark, *Just Ring Twice: Law and Society under the Rent Control Regime in Israel, 1948–1954*, 32 J. ISRAELI HIST. 29, 32 (2013) בעקבות העלייה המסיבית בשנותיה הראשונות של המדינה, אשר הובילה להצעת חוק ממשלתית שביקשה לאפשר שכירות משנה לחיילים ולעולים חדשים, תוך התערבות בחופש החוזים ופגיעה בזכות הקניין של בעלי בתים).

²⁵⁵ מועצת המדינה הזמנית ב, ישיבה כ"ה, 6 (6.11.1948).

²⁵⁶ מאיה מארק **כשהדין לא נוקב את ההר: בתי הדין המנהליים ויחסי הרשויות בתחומי קיצוב המזון והגבלת דמי השכירות בשנים הפורמטיביות של המדינה** 99 (עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל אביב 2010). מארק מתייחסת לשכבת בעלי הבתים, אך עיקרון מרכזי המתבטא בדבריה – העדפת הקולקטיב על הפרט – ניתן להחלה על מעשי ההחרמה וההפקעה של דירות בכלל.

²⁵⁷ Yishai Blank, *A Concise History of Local Governments in Palestine and Israel since 1864* (on file with author). בלנק מציין שם גם כי תיאורו של בן-גוריון את ריכוזיות היתר של השלטון העות'מני היה מוטא ושימש כאמצעי רטורי למינוף מטרותיו.

²⁵⁸ מארק, לעיל ה"ש 256, בעמ' 100. הדברים נכתבו בהקשר של רגולציה על שוק השכירות של דירות, אך הרציונל שעומד מאחוריהם יפה גם לענייננו. מארק מציינת גם כי בעלי בתים לא נמנו עם מצביעיה "הטבעיים" של מפא"י ואף היוו ממילא מיעוט באוכלוסייה, ולפיכך דאגה לזכויותיהם לא הייתה בראש מעייניו של השלטון. ראו שם, בעמ' 148; וכן Mark, לעיל ה"ש 254, בעמ' 39–40.

המנדט.²⁵⁹ בעת שהיה בן-גוריון מזכיר ההסתדרות, הוא חרג מכללים בנושא משכורת משפחתית וצבר חובות לוועד הפועל של ההסתדרות. עובדה זו לא מנעה ממנו להעמיד את עצמו "בראש מסע 'הטיהור' בסולל-בונה, לאחר מסקנות של ועדת ביקורת בדבר סטייה "בצורה חריפה מנוהלים" שאירעה שם.²⁶⁰

בעבר הוצע כי בן-גוריון "אמר בלבו" אולי כי החובות שצבר נבעו בעצם מצרכים שהיו נחוצים למילוי תפקידו; וכי הזדהותו עם תפקידו ושליחותו הייתה כה עמוקה, עד כי חש כי אין לו אשם בנושא.²⁶¹ אם בן-גוריון אכן נטה לזהות בין טובתו האישית ובין טובת הארגון שעם הנהגתו נמנה בתקופת המנדט, הדעת נותנת כי נטייה זו המשיכה – אולי ביתר שאת – גם כשעבר לעמוד בראש מדינה שאותה הקים. כך, צרכיו הפוליטיים יכלו בנקל להתחלף במחשבתו עם צרכי המדינה.²⁶² שאיפה לשמור ולחזק את שלטונו יכלה להתפשט בעיניו כדאגה לטובת המדינה – גם אם היא כרוכה בפגיעה חמורה בזכויות פרט, שתמשך להתאפשר בהיעדר חוקה.²⁶³

ראיה מחזקת להשערה זו תמצא שוב בהתנגדות לפיקוח שיפוטי "מחוזק" בחוקה על פעולות שלטוניות ועל דברי חקיקה. שלטון הפועל בתום לב, מתוך צרכים ביטחוניים אמיתיים או מתוך דאגה לטובת הציבור – שלטון המכבד את שלטון החוק – אינו אמור לחשוש מהתערבות בג"ץ. לעומת זאת, שלטון אשר שובה אזרחים שלא כדין, או מחוקק רטרואקטיבית לצרכי רדיפה פוליטית, תהיה לו ודאי סיבה לחשוש.

4. המיסוך וההסתרה – מדוע נהג בן-גוריון כפי שנהג?

מדוע אם כן העדיף בן-גוריון להרחיק עדות ולא להודות כי ההתנגדות לכינון חוקה נבעה בעצם מפעילות בג"ץ? תשובה ודאית שמורה כמובן לבן-גוריון עצמו, אך לשער ניתן. אפשרות ראשונה טמונה בהיעדר הקונסיסטנטיות של איי-הגליזום של בן-גוריון. ייתכן בהחלט שבן-גוריון שאף שתתקיים בישראל דמוקרטיה שומרת חוק. הגם שהעקרונות הללו לא יחולו עליו, עליהם לחול ככלל. אפשרות זו תואמת את שאיפתו לחנך את העם לשמירה

²⁵⁹ אעיר כי זו אינה דוגמה יחידה לחוסר כבוד של בן-גוריון לכללים בכלל, גם במנותק משאלת הדורערכיות. כך, למשל, הוא זייף תעודת בגרות כדי להירשם ללימודי המשפטים בקושטא (אבי שילון **בן-גוריון, אפילו** 17 (2013)).

²⁶⁰ שפרינצק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 43–45.

²⁶¹ שבתי טבת **קנאת דוד: חיי דוד בן-גוריון** כרך ב' 381 (1980). טבת מבהיר "שכוונתו של בן-גוריון לא היתה לטיהור של ממש. טיהור כזה היה מעביר אותו ואת מיטב חבריו בהנהגת ההסתדרות מתפקידיהם. אדרבה, המפתיע היה דווקא זה שהעמיד את עצמו בראש מסע 'הטיהור', שעה שהוא עצמו קיבל 'אוונסים'... ושעה שהוא עצמו הוחזק כאחראי למפלת סולל-בונה, לקלקלות מנהליו ולטשטוש הקונסורציום" (שם). ראו גם אצל שפרינצק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 44–45.

²⁶² ראו גם תום שגב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 559. לפי שגב, בן-גוריון "זיהה לא אחת את צורכי המדינה עם צורכי מפא"י".

²⁶³ כיום ידוע לנו כמובן כי בית המשפט כונן מגילת זכויות שיפוטית, החל מפסק הדין בבג"ץ 1/49 **בוז'נו' שר המשטרה**, פ"ד ב 80 (1949) (ראו, למשל, פנינה להב "המשפט הישראלי: העשור הראשון" **בית המשפט: חמישים שנות שפיטה בישראל** 20, 23 (דוד חשין ואח' עורכים 1999)). כפי שניתן לשייך את ההימנעות מכינון חוקה לתגובתנגד אנטי-שיפוטית, ניתן לשייך גם את התנהלותו של בית המשפט לתגובתנגד להימנעות מכינון חוקה. כך או כך, השאלה כאן היא מה בן-גוריון סבר שיקרה – בעת ההיא, לא הייתה לו כל ידיעה על מגילת הזכויות השיפוטית שתבוא (באופן חלקי) חלף חוקה.

על החוק.²⁶⁴ אם נכונה היא, הרי בן־גוריון העדיף שלא לחשוף מניעים א־לגליסטיים ופחות מדמוקרטיים להתנגדותו לחוקה מתוך רצון לשמש דוגמה אישית לאומה הדמוקרטית והלגליסטית שביקש לבנות.

אפשרות שנייה, אולי סבירה יותר, היא שיקולי לגיטימציה שלטונית. המוסד הבג"צי, כמו גם מוסד הביקורת השיפוטית, היו מורשת מנדטורית. למעשה, הישוב היהודי ראה בבג"ץ עוד בתקופת המנדט כמגנו מפני השלטון.²⁶⁵ ניסיון לפגוע בסמכויותיו של בג"ץ²⁶⁶ עלול היה לעורר התנגדות, וממילא גם שאלות בדבר הסיבות להגבלת סמכויותיו. מניעתה של יצירה חדשה – החוקה – הייתה פשוטה יותר מביטולה של מסורת מורשת.²⁶⁷ היה גם קל יותר לבססה ולהצדיקה, תוך הימנעות מציור דמותו של בן־גוריון כמי ששלטון החוק והדמוקרטיה אינם בראש מעייניו; או ששיקולי נוחות פוליטית מביאים לחוסר עקביות בעמדותיו.²⁶⁸ אפשרות זו של שימור תדמיתו של בן־גוריון נתמכת לא רק ברטוריקה שבה התאפיינו דבריו, אלא גם בעובדה שהפגין ככלל כבוד פורמלי לפסיקת בג"ץ – אפילו כשלא התכוון לכבדה מן הפן המהותי.²⁶⁹

סיכום

מאמר זה עסק בשינוי בעמדתו של בן־גוריון בדבר כינון חוקה – ממחויבות לכינון להתנגדות נחרצת לו – כתגובת־נגד אנטר־שיפוטית. המאמר הראה כי עיתוי השינוי בעמדה זו חפף לתחילת הפעילות של בג"ץ בישראל, ובכך מוסברת ראשית ההתנגדות. בג"ץ הישראלי המוקדם הפגין נכונות בפועל לבקר פעולות שלטוניות, וכן נכונות עקרונית – בפרט אם תכונן חוקה – להעביר תחת שבט ביקורתו חקיקה ראשית. הצלבה של עתירות שהוגשו לבג"ץ במהלך שנת 1948 עם תוכנה של הצעת החוקה שנדונה באותה העת בוועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית, העלתה כי בן־גוריון הבין כי בג"ץ יטיל מגבלות של ממש על הרשות

264 ראו לעיל בה"ש 247.

265 פרשת **מעיינות ארטאס**, לעיל ה"ש 82; שניצר "זירת הקרב – בג"ץ", לעיל ה"ש 68.

266 הכוונה לסמכויות בהינתן חוקה. ייתכן כי בהיעדר חוקה, השפעת הקולקטיביזם על פסיקת בג"ץ בבית המשפט העליון הייתה גדולה דיה כדי למתן את חששותיו של בן־גוריון. פנינה להב מגדירה את תפישת המשפט במערכת המשפטית בישראל בשנים המעצבות כ"שעטנו בין קולקטיביזם וליברליזם". להב כותבת כי "היה גורם... שמנע את פיתוחה של תורת שלטון החוק במובנה המהותי... ייתכן שנתחלף להם, לשופטים, ה'קולקטיב' ב'מדינה', ובבואם להכניס מן הקולקטיביזם של הציונות אל היוריספרודנציה הישראלית, מצאו והכניסו דווקא את האטטיזם (etatism)". ראו להב "העזו והמשרה", לעיל ה"ש 218, בעמ' 480, 497–498.

267 אפשר לתהות כמובן אם בן־גוריון יכול היה לאפשר את כינון החוקה, תוך נטרול הסעיפים שתפש כהפרעה. כיוון שהסעיפים הללו היו כלולים כבר בהצעת החוקה, ניתן לשער בביטחון כי מהלך שכזה היה מעלה התנגדות ושאלות בדומה לניסיון לפגוע בסמכויות בג"ץ (מה גם שהיו שסברו, כפי שסבר השופט קסאן, כי הסמכות לביקורת חוקתית הייתה כלולה ממילא בסמכויותיו של בג"ץ עוד מהתקופה המנדטורית). באורח דומה, אפשר לתהות אם ניתן היה לנקוט בדרך של אי־ציות לפסקי דין שיינתנו לאור החוקה. אני מעריכה בסבירות כי בן־גוריון הבין שחוסר כבוד לפסיקה היה נתקל בהתנגדות חמורה מצד הציבור, לאור האופן שבו נתפש בג"ץ (וראו גם את דברי שר המשפטים לעיל בה"ש 242). לפיכך, עדיף היה למנוע מלכתחילה את התגבשותה של פסיקה כזו.

268 ראו את דבריו של חבר הכנסת קליבנוב, לעיל ה"ש 250.

269 ראו לעיל בפרק זה את הדיון בעתירות בעניין **אל־כרבוטלי** ובעניין **סופר**.

המחוקקת ועל הרשות המבצעת בהינתן חוקה. בפרט חשש בן-גוריון מהגבלת היכולת "להתגונן" מפני מיעוטים יהודים ולא-יהודים.

לאור זאת דן המאמר ביחסו הדרערכי של בן-גוריון לדמוקרטיה ולמשפט. בעוד שבן-גוריון נקט ברטוריקה לגליסטית ודיבר בשבחה של הדמוקרטיה, בסופו של יום הוא לא היסס להשתמש במשפט, ואף לעצב את המשפט, באופן שפגע בזכויות הפרט. בסיכומו של המאמר נראה כי אף אם פעולותיו של בן-גוריון סמוך לאחר קום המדינה הוכתבו בידי צרכי המקום והשעה, ואף אם ראה בן-גוריון את טובת המדינה לנגד עיניו, שיקוליו לא היו חפים ממניעים פוליטיים. הדברים אמורים גם בהתנגדותו לכינון חוקה מתוך שאיפה להביא לריסונו של בג"ץ.

במובן זה, המאמר אינו רק מאמר על בג"ץ, או מאמר על בן-גוריון. הוא גם אינו מאמר בעל ערך היסטוריוגרפי גרידא. להידרשות של המאמר לנקודת המפגש הראשונית בין הרשויות השופטת, המחוקקת והמבצעת בישראל תרומה כפולה להבנתנו את ההווה באמצעות העבר. ראשית הוא מזכיר²⁷⁰ כי ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית לא הפציעה בחייה המשפטיים של המדינה בפרשת **בנק המזרחי**,²⁷¹ ואפילו לא בפרשת **ברגמן**;²⁷² וכי גם לקריאת תיגר על דבר חקיקה בעל מעמד חוקתי²⁷³ היה כבר תקדים. אדרבה, בקשות לביקורת חוקתית עלו כמה פעמים במהלך שנת 1948 – בין השאר מהצד הימני של המפה הפוליטית – עד שהלכו ונמוגו משלא כוננה חוקה. שנית ובאופן שלוב, המאמר מדגים כי היעדר עיגון מפורש לסמכות לביקורת שיפוטית בבג"ץ הוא תולדה של סירובו של בן-גוריון להיכפף באופן מלא לעקרונות שלטון החוק. בין אם בן-גוריון הונע מדאגה לטובת המדינה, מדאגה לטובת-רשלו או משילוב בין שתיהן,²⁷⁴ מניעת הסמכות נולדה בחטא באשר היא נועדה להקל על פגיעה שלטונית בזכויות הפרט. עובדות אלו ראוי שיישקלו במסגרת השיח העכשווי בדבר האקטיביזם וגבולות הסמכות של בג"ץ.

270 וראו גם שניצר ושחר, לעיל ה"ש 2.

271 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 7.

272 בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969).

273 בהקשר זה, ראו למשל בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל** (נבו 8.7.2021).

274 לעניין זה יפים דבריה של פנינה להב, שלפיהם בראשית שנות המדינה רווחה התפישה כי "המלים, הערכים, הנורמות המשפטיות, כל אלה היו עניינים ערטילאיים וחסרי עוגן, לוקסוס לעשירים, ובמקום ההתייחס אליהם בכובדראש מוטב להשקיע את המאמץ במטרה האדירה של הבטחת קיומה של המדינה כישות ריבונית". פנינה להב **ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הצינונית** 132 (1999). אין כל ספק כי נסיבות המקום והשעה אכן חייבו השקעת מאמצים להבטחת קיום וטובת המדינה, אך אל מול הצורך העקרוני נותרת השאלה של אופן יישום הדברים. זו אינה רק שאלה של שיפוט בדיעבד, אלא שאלה שלא חמקה גם מעיניהם של חלק מבני התקופה. במיוחד הולם יהיה להביא כאן את דבריו של ליאו כהן, שנכתבו אגב דיון בסמכויות חירום שלטוניות: "גם בשעת חירום אפשר וצריך לקיים את הדמוקראטיה". ראו "תזכיר על הצעת חוקה לישראל מאת ליאו כהן" 9 ארכיון המדינה חצ-2393/13.