

## בג"ץ בתל אביב: מציאות חלופית אמיתית

מאת

שני שניצר\* ויורם שחר\*\*

במשך כעשרה שבועות בשנת 1948 ישב בית המשפט הגבוה לצדק בבית המשפט המחוזי בתל אביב, ושם הוגשה העתירה הראשונה לבג"ץ הישראלי. המאמר הנוכחי מבקש לחשוף לראשונה תמונה מקיפה וכוללת של פעילות בג"ץ בתל אביב, משום העניין הגלום בה כשלעצמה ומשום תרומתה האפשרית לחקר בג"ץ הישראלי בכלל. בין היתר יוצע במאמר אפיון לפסיקה, שיכונה "אקטיביזם מחנך". הכוונה היא להתערבות שיפוטית בפעולות שלטוניות למן שלביו המוקדמים של ההליך הבג"צי, אשר מכירה בגבולות יכולת הפיקוח של בית המשפט במסגרת שלטון החוק הפורמלי, ואשר בהתאם נענית בהכרה ובציות מצד הרשויות. תרומתו של האקטיביזם המחנך להכוונת פעולתן של רשויות השלטון תיקשר גם למחקר קיים, המייחס אפקט מחנך לבג"ץ בשנים המעצבות. למעלה מכך, המאמר יראה כי בתקופתו הקצרה של בג"ץ בתל אביב הספיק בית המשפט להראות ניצנים של ליברליזם, של שיח ערכי ושל שיח זכויות מהותי. במיוחד תודגש חוות דעת מיעוט שביקשה להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה כבר בקיץ 1948, ולו נשמעה הייתה משנה את פני ההיסטוריה של המשפט החוקתי הישראלי כפי שהיא מוכרת כיום. כל אלו יקובצו כדי תהייה בדבר נכונותה של עובדת אמת מרכזית ויציבה במשפט הישראלי, והיא מיקומו של בג"ץ כערכאה ראשונה ואחרונה בבית המשפט העליון.

---

\* תלמידת מחקר לתואר שלישי, מרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב.

\*\* פרופסור אמריטוס, המרכז הבינתחומי הרצליה.

הכותבים מבקשים להודות לאסף לחובסקי, ליאיר שגיא, למערכת עיוני משפט ולקורא החיצוני על הערותיהם המועילות, וכן לאלי אשש מהנהלת בתי המשפט על סיוע באיתור חומרים ארכיוניים. המאמר הוא חלק מעבודת מחקר הנכתבת באוניברסיטת תל אביב, בהנחיית פרופ' אסף לחובסקי ופרופ' יורם שחר.

## מבוא

- א. בג"ץ בתל אביב: על לידתו המוקדמת של בג"ץ הישראלי
1. הלל קוק נ' הרמן נימן: סיפורה של העתירה הראשונה (באמת) לבג"ץ במדינת ישראל
  2. "בענינים אלה יפה שעה אחת קודם": תפישה של זכויות יסודיות וצדק בבג"ץ בתל אביב
  3. סיכום ביניים: על ייחודו של בג"ץ בתל אביב
- ב. אקטיביזם מחנך? השפעתו המרסנת של בג"ץ בתל אביב
- ג. בג"ץ הישראלי הכפול של תש"ח: ערכה של מציאות חלופית "אמיתית"
  1. בג"ץ בתל אביב – חשיבותו הנתפשת בשעתו
  2. בג"ץ בתל אביב – חשיבותו בדיעבד: תחילתה של מסורת שיפוטית?
  3. מה בין מציאות חלופית ומציאות אמיתית?
- סיכום ומסקנות

## מבוא

בחודש מאי 1948 הגיחה מדינת ישראל מבין כבליו של שלטון מנדטורי אל העצמאות. רגעים כאלו, רגעים ראשונים של ריבונות, מהווים צומת חשוב בגיבוש אופי משטרה של המדינה ומיצובו הראשוני על הסקאלה שבין אוטוקרטיה ובין דמוקרטיה ליברלית. בשונה ממדינות רבות שנוצרו בתהליכים של דה־קולוניזציה, ולמרות נסיבות קשות שבהן הוקמה, צמחה ישראל כמדינת חוק דמוקרטית. מאמר זה מבקש להציע מבט חדש על רכיב משמעותי בקידום שלטון החוק במדינה שבחיתוליה, הוא פסיקת בית המשפט הגבוה לצדק. באמצעות הכנסה אל המשוואה של תקופה בת כעשרה שבועות שבה ישב בג"ץ בבית המשפט המחוזי בתל אביב, נציע זווית הסתכלות נוספת על פסיקת בג"ץ בשנים המעצבות. נוסף על כך ובאופן קשור נציע, כי הבג"ץ המחוזי נשא קווי דמיון משמעותיים לבג"ץ "האמיתי", לכל הפחות כפי שהתהווה בשנותיה הראשונות של המדינה. מהצעה זו תנבע טענה בדבר הערכאה הבג"צית ושופטיה, שעיקרה בערעור על עובדת אמת במשפט הישראלי שלפיה בית המשפט העליון ובג"ץ חד הם ואחדות זו היא בהכרח המצב הראוי.

פרטים שונים בעניין הערכאה הבג"צית הזמנית ידועים ונסקרו זה כבר בספרות המקרית, אך טרם הוצבה תמונה כוללת של הפעילות השיפוטית בערכאה זו, ולפיכך יוקדש לה המאמר הנוכחי.<sup>1</sup> לצורך הדיון נציין מקדמית שניתן לראות בבג"ץ בתל אביב אנומליה

1 על עצם ישיבתו של בג"ץ בבית המשפט המחוזי ראו, למשל, אצל פנינה להב "העוז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד 479, 483 (1989) (להלן: להב "העוז והמשרה"); אליעזר מלחי "התפתחותם של בתי המשפט של תל אביב" הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל 28, 60, 79-80 (1998); ניר קידר "על הפורמליזם המחנך של בית המשפט העליון המוקדם – עיון מחודש בפסקי הדין בפרשות בז'רנו ושייב" מחקרי משפט כב 385, 390-391 (2006); יאיר שגיא "הסמכות והרשות: על הקמת בית המשפט העליון במדינת ישראל" משפטים מד 7, 34-35 (התשע"ד) (להלן: שגיא "הסמכות והרשות"); אליקים

זמנית, ובמקרה כזה ייודע ערך לבחינה השוואתית שלה, אשר תנביע כשלעצמה קריאת תיגר על ההכרה ועל מידת הרציות של זיהויו של בג"ץ עם בית המשפט העליון. עם זאת אנו בוחרים להתחבר לגוף הידע הקיים בדבר פסיקת בג"ץ הישראלי בשנים המעצבות, אפיוניה והשפעתה על השלטון. ישנן כמה הצדקות לחיבור שכזה, ובראשן ניצבת התפישה של בג"ץ המחוזי בעיני בני התקופה כבג"ץ לכל דבר ועניין, שבג"ץ בבית המשפט העליון הוא ממשיכו הטבעי. חשיבותו הנתפשת של בג"ץ בזמנו מהווה לטעמנו סיבה מספיקה לבחינת פעילותו והיכרות עימה, אך היא אינה הסיבה היחידה. הצדקה חשובה נוספת שלובה בה, והיא שראוי לכל הפחות לתהות על האפשרות שההתוויה הראשונית של אופיו של בג"ץ הישראלי בבית המשפט המחוזי רלוונטית גם לפעילותו בהמשך. בפרט אנו מאמינים, שהשפעתו המרסנת של בג"ץ על הרשות המבצעת החלה להתעצב באמצעות הקפדתו היתרה של בג"ץ המחוזי על סדר צורני מעולה בפעולות שלטוניות כבר משלבים מוקדמים של ההליך הבג"צי.<sup>2</sup>

בפרק א של המאמר תיסקר פסיקתו של בג"ץ המחוזי, מטעם כפול. ראשית, מדובר בסקירה בעלת ערך תורת משפטי, באשר היא מראה אפשרות שהוחמזה ליצירת שיח שיפוטי ערכי, מהותי וליברלי בגלוי כבר במחציתה של 1948. שנית, הסקירה תשמש כדי להדגים בפרק ב מאפיין מרכזי של הבג"ץ התל אביבי, שאנו מבקשים לכוונתו "אקטיביזם מחנך". מדובר באקטיביזם רך, המכוון בעיקר כלפי שמירה על שלטון חוק פורמלי. במובן זה התופעה דומה לאפיונים נוהגים של פסיקת בג"ץ "האמיתי", אם כי אנו מבקשים להוסיף עליהם הסתכלות על התערבות בית המשפט בפעולות שלטוניות לאורך ההליך הבג"צי כולו, ולא רק בשלב של מתן פסק דין סופי. יותר מכך, אנו מבקשים להציע כאמור כי האלמנט המחנך שזיהה המחקר בפסיקת בג"ץ הישראלי השתרש כבר בתקופה ששכן בבית המשפט המחוזי.<sup>3</sup>

בעקבות סקירת הפסיקה והדיון באקטיביזם המחנך יפנה המאמר להראות בפרק ג, כי לבג"ץ המחוזי יחסה בתקופתו חשיבות רבה ולגיטימציה דומה לזו של בג"ץ העליון. הדגמת נוכחותו של בג"ץ המחוזי בשיח הציבורי והמשפטי, השפעתו על החקיקה ועל מעצבי מדיניות ומקומו במסגרת הפסיקה של בית המשפט העליון ישמשו כדי להמחיש את הערך הטמון בהיכרות עם פסיקתו וכן את האפשרות שאכן התחילה בו מסורת שיפוטית, אשר גרסה מוחלשת שלה תאפיין את בג"ץ לכל הפחות בשנים המעצבות.

- 
- 2 רובינשטיין שופטי-ארץ – לראשיתו ולדמותו של בית-המשפט העליון בישראל 41-42, 50 (1980) (להלן: רובינשטיין שופטי-ארץ). על פרטים מפסיקת בית המשפט, ראו, למשל, אצל מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק: 1948-1991 93-94 (מהדורה שנייה, 2001); צבי ענבר מאזניים וחרב – יסודות המשפט הצבאי בישראל 505-506 (2005); דניאל פרידמן לפני המהפכה – משפט ופוליטיקה בעידן התמימות 158-159, 325-326 (2015) (להלן: פרידמן לפני המהפכה); ענת שטרן "האם רשאי צה"ל לשפוט אזרחים? התמודדות הצבא עם עבריינות אזרחית בימי המלחמה" אזרחים במלחמה – קובץ מחקרים על החברה האזרחית במלחמת העצמאות 465, 489-491 (מרדכי בראון ומאיר חזן עורכים, 2010).
- 2 למניעת ספק, המונח "הליך בג"צי" משמש להתייחסות להליך המשפטי שהתנהל בבג"ץ בעקבות הגשתן של עתירות.
- 3 על האלמנט המחנך בפסיקת בג"ץ שבבית המשפט העליון ועל השפעתו המרסנת, ראו דיון להלן בפרק ב.

אפשרות זו מעלה גם שאלות חשובות בנוגע להמשכיות מול שינוי. בשנת 1948 פעלו למעשה שלושה גופים בעלי סמכות בג"צית: בית המשפט העליון המנדטורי, בית המשפט המחוזי בתל אביב ובית המשפט העליון הישראלי. במובנים מסוימים ישנה המשכיות ברורה בין שלושת הגופים הללו, שכן כולם היו בג"ץ. עם זאת המשכיות המתחייבת לכאורה נעוצה במידה רבה בהמשכיות בפן המוסדי כשלעצמו – וגם בפן זה היקפה אינו ברור לחלוטין.<sup>4</sup> כעניין של הפסיקה ואפיוניה, לעומת זאת, יש לחלק את שאלת התמורה והמשכיות לשניים: פסיקתו של בג"ץ המנדטורי טרם זכתה לאפיון מקיף ושיטתי במחקר. בהיותה מחוץ לתחומי המאמר הנוכחי, לא נצביע באופן פוזיטיבי וברור על קווים של המשכיות מול שינוי בין בג"ץ המנדטורי ובג"ץ הישראלי (בתל אביב ובכלל).<sup>5</sup> פסיקתו של בג"ץ הישראלי בבית המשפט העליון, לעומת זאת, נדונה כבר בהרחבה במחקר. באשר לפסיקתו בשנים הראשונות אנו מזהים קווי דמיון לפסיקתו של בג"ץ המחוזי, ועם זאת אנו מזהים גם נסיגה ניכרת במידת התעוזה של השופטים היושבים בדין. איננו רואים אפוא להכריע חרימשמעית בשאלות חשובות אלו של המשכיות ושל שינוי, ואנו מבקשים להציע כי תמורות עשויות להתרחש גם במסגרת כללית של המשכיות.<sup>6</sup> אפשר לסכם כי ברמה המוסדית-פורמלית, ובתוך כך גם ברמה התקדימית, ניכרת ככלל (אך לא באופן מוחלט) המשכיות בין גופי הבג"ץ השונים; ואילו אפיוני הפסיקה דומים בכמה מובנים אך נבדלים ביניהם באחרים.

סוגיית המשכיות והשינוי מובילה אותנו גם לשאלות של תיקוף, המתחלקות לתחילתו ולסופו. אפשר לכאורה לטעון, שבהיות המוסד הבג"צי מורשת מנדטורית,<sup>7</sup> כל בחינה שלו

4 ראו, למשל, את הדיון בהמשך המאמר בבג"ץ 1/48 נימן נ' המושל הצבאי בשטח המוחזק של ירושלים, פ"ד א 50 (1948). שם לא הכיר הנשיא זמורה במפורש בפסיקה קודמת של בג"ץ המחוזי, אף על פי שהייתה ידועה לו.

5 ראו גם את עמדתנו בהמשך המבוא ולהלן בסעיף ג.2, שלפיה אפילו אם ישנה המשכיות בפסיקה, הרי הבחירה בה מהווה כשלעצמה סיבה לראות בתקופתו של בג"ץ בתל אביב "נקודת אפס" לעניין המחקר הנוכחי.

6 הסבר אפשרי אחד להבדלים הקיימים מצוי בפן הפרסונלי, שכן זהות השופטים השתנתה, וייתכן ששינויים כאלו השפיעו גם על הפסיקה. קבלה של השערתנו בהקשר זה כרוכה בהכרה, שגם בפסיקתו של בית המשפט העליון לאורך שנותיו אין לראות מקשה מונוליתית אחידה, הגם שמוכן שקיימים בה קווים של המשכיות. לתפישת שכוז יש אחיזה בכתיבה קיימת, וראו למשל את התייחסותו של דניאל פרידמן לתקופות ולעידנים מובחנים בפסיקת בית המשפט העליון תחת הנהגתם של נשיאים שונים. דוגמה מייצגת אפשר למצוא בכתיבתו על "המגמה הרדיקלית של זכויות אדם": "הגישה הזו התעצמה מאוד בתקופת נשיאותו של ברק, אבל הנצה כבר בעידן שמגר" (ההדגשות הוספו) (דניאל פרידמן הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושברה 146 (2013)). ראו גם את המקורות הנזכרים להלן בה"ש 9 ואת הטקסט הסמוך לה. נדגיש כאן כי גם פנינה להב, במאמרה המוזכר שם, כותבת על "תחלופה עצומה בין השופטים" כאחד הגורמים למפנה בפסיקת בית המשפט העליון בשנת 1953 (להב "העו והמשרה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 500).

7 בג"ץ הוקם לראשונה בבית המשפט העליון המנדטורי מכוח סימן 43 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922. על סמכויותיו, שנמשכו אל תוך תקופת המדינה, ראו להלן ה"ש 12. להרחבה על מוסד הבג"ץ המנדטורי, ראו יאיר שגיא "למען הצדק? על הקמתו של בית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כח 225 (2004).

שתחל עם קום המדינה תתאפיין בתחימה מלאכותית של ציר הזמן. כאמור, אין לכחד שבמידה רבה הייתה המשכיות בין בג"ץ המנדטורי ובין בג"ץ הישראלי, ולו בפן המוסדי. עם זאת אנו סבורים, שעצם ההחלטה של שופטי בג"ץ הישראלי להמשיך מבחינות מסוימות באותה הדרך שהתווה בית המשפט המנדטורי – בפרט בהינתן שאף לא אחד מהם שימש שופט בבג"ץ המנדטורי – אינה מובנת מאליה, וגם לא הייתה הכרחית. נתון זה, בשילוב עם ניתוקו של בג"ץ לראשונה מערכאת הערעור של מועצת המלך ועמידתו כשלעצמו במסגרת משטר-מדינה, מנביעים לא רק אפשרות – אלא גם צורך – לראות בתש"ח נקודת אפס שבה "נולד" בג"ץ מחדש, לכל הפחות לעניין הרשימה הנוכחית.<sup>8</sup> אשר לעברו השני של התיקוף, ברי כי בג"ץ המחוזי כשלעצמו תחום בפעילותו בתקופה בת כעשרה שבועות בחודשים יולי-ספטמבר 1948. חודשים אלו ייסקרו מטבע הדברים בצורה מעמיקה, אם כי בחינת הפעילות תיעשה במידה פחותה גם בפריזמה רחבה יותר של השנים המעצבות של בג"ץ הישראלי. לצורך כך יישען המאמר על תיקוף הנהוג במחקר, שלפיו שנת 1953 מסמלת נקודת מפנה בפסיקת בית המשפט העליון, בין היתר בשל שינויים פרסונליים ובשל חקיקת חוק השופטים, התשי"ג-1953, שלו נודעה השפעה על העצמאות השיפוטית.<sup>9</sup>

נסיים אפוא בכמה הערות מתודולוגיות. ראשית, התקופה הקצרה שבה פעל בג"ץ בתל אביב זימנה אליו מספר מועט של מקרים. עם זאת מבחינת מקרים אלו מסתמן דפוס ברור בפעילותו של בג"ץ המחוזי, שמן הראוי להכירו במסגרת בחינת פעילותו של בג"ץ בשנים המעצבות בכלל. כפי שנראה בהמשך, הגוף הבג"צי נשוא המחקר נתפש בשעתו כבעל חשיבות עצומה וכן כבג"ץ "אמיתי" לכל דבר ועניין. כחלק מכך גם נפח הפעילות בו היה דומה עד מאוד לפעילות בבג"ץ העליון בתקופה שסמוך לאחר פתיחתו, ועל כן ערכה של בחינה זהירה של פעילותו שקול במידה רבה לערכה של בחינת הפעילות בבג"ץ העליון על פני משך זמן זהה. שנית, יש להכיר במגבלותיו הכלליות של מחקר היסטורי העוסק בפסיקה של בתי משפט מחוזיים בישראל, הכרוך אינהרנטית בחסרים בתיעוד הארכיוני. עם זאת, הגם שלא כל תיקי בית המשפט הועמדו לרשותנו לצורך המחקר, שימשו אותנו מקורות חלופיים – ראשוניים ומשניים – להשלמת התמונה של פעילותו של בג"ץ בתל אביב. תמונה זו תיפרש לאורך גופו של המאמר, שאליו נפנה כעת.

8 על אתגור סכמות התיקוף המקובלות בהיסטוריה של המשפט הישראלי, אשר רואות בשנת 1948 נקודת ציון חשובה, ראו אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" משפטים כט 689 (התשנ"ט).

9 ראו רון חריס המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948–1977 73 (2014); להב "העוז והמשרה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 500.

## א. בג"ץ בתל אביב: על לידתו המוקדמת של בג"ץ הישראלי

"זכות גדולה ניתנה לנו להיות מן השופטים הראשונים במדינת ישראל"<sup>10</sup> כך לפי עיתונות התקופה אמר ד"ר נתן ברדקי, נשיאו הראשון של בית המשפט המחוזי בתל אביב,<sup>11</sup> במעמד פתיחתו של בית המשפט ביום 17 במאי 1948. באותה העת – שלושה ימים אל תוך עצמאות מדינת חדשה – לא ידע ברדקי ששופטיו של אותו בית המשפט לא יהיו רק מן השופטים הראשונים במדינת ישראל, אלא שופטיו הראשונים בהחלט של בית המשפט הגבוה לצדק שלה.

הזהות המוסדית שבין בית המשפט העליון ובג"ץ, שנדמית כיום ציווי טבעי כמעט, לא הייתה מובנת מאליה בעת ההיא. ראשית וכעניין עיוני, בתקופה שסביב קום המדינה נערכו דיונים בדבר מקום מושבה העתירי של הסמכות הבג"צית,<sup>12</sup> שבמהלכם עלו כמה חלופות לבית המשפט העליון. בהן הייתה למשל הצעתו של חיים כהן, לימים שופט בית המשפט העליון בעצמו, שלפיה יפעל בג"ץ בבתי המשפט המחוזיים, עם אפשרות ערעור לבית משפט עליון אשר "ינוע" בין בתי משפט מחוזיים, ללא משכן קבע.<sup>13</sup> הצעה זו לא

- 10 "ביה"ד המחוזי העברי בת"א נפתח בטקס חגיגי" המשקיף 18.5.1948, 4.
- 11 באותה העת שימש ברדקי נשיא בפועל של בית המשפט המחוזי בתל אביב, בהתאם למינויו "החל מליל שבת, ו' באייר תש"ח (15 במאי 1948)" לפי פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 (הודעה בדבר מינויים), ע"ר 11-12. יוער כי בשנה העוקבת הוא שינה את שם משפחתו לבר־זכאי, וראו הודעה בדבר רישום שינויי שם, ע"ר התש"ט 356.
- 12 עד לחקיקת חוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, עוגנה סמכותו של בג"ץ בסימן 43 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922. ס' 7 לפקודת בתי המשפט, 1940 (שקדם לו ס' 6 לפקודת בתי המשפט, 1924), הסביר את עיקר תוכנה ביתר פירוט (מבלי שיהיה סעיף ממצה): "א. בקשות (מסוג משפטי 'הביאס קורפוס') למתן צוויים לשחרר אנשים העצורים במשמר שלא כחוק; ב. צוויים הערוכים לפקידים צבוריים או למוסדות צבוריים בנוגע למלוי חובותיהם הצבוריות והדורשים מאתם לעשות מעשים ידועים או להימנע מלעשותם; ג. שאלות בדבר שנוי מקום המשפט במשפטים אזרחיים הנידונים ע"י בתי משפט מחוזיים; ד. בקשות למתן צוויים הערוכים לשופט-שלום בנידון הנהלת כל חקירה מוקדמת הנערכת עפ"י הוראות פקודת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה עפ"י כתב האשמה)". לנוסחו המקורי של הסעיף ראו פקודת בתי המשפט (תקון), מס' 31 לש' 1940, ע"ר תוס' 1, 115, 116. מהותה של הסמכות הבג"צית הייתה אפוא "לטפל בכל הענינים שאינם תביעות, אלא תחינות ובקשות שאין בית משפט אחר מוסמך לטפל בהן ואשר יש לרונן בהן לשם עשיית דין וצדק". ראו א"ש שמרון "בית המשפט הגבוה לצדק – שיפוטו של בית המשפט הגבוה לצדק; מהותו והיקפו" סדרי שלטון ומשפט בישראל – קובץ הרצאות 104, 105-106 (צ' זילביגר עורך, התשי"ד-1954). ראו גם יצחק זמיר "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל 225, 226-227 (גד טרסקי עורך, התשכ"ד). פקודת בתי משפט (הוראות מעבר), להלן ה"ש 19, הקנתה זמנית את הסמכות לבית המשפט המחוזי בתל אביב בשבתו כבג"ץ.
- 13 על הצעתו של כהן, ראו רובינשטיין שופטי־ארץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 41-42. עובר להקמת המדינה הוקנתה הסמכות הבג"צית לבית המשפט העליון המנדטורי, אשר לעניין סמכות זו שימש ערכאה ראשונה שפסיקתה בת־ערעור ל־Privy Council שבלונדון (ראו יורם שחר "משכן כמשפטו" מחקרי משפט יט 397, 400 (2003)). יאיר שגיאה הראה, כי הקניית הסמכות

התקבלה אומנם, אך יש בה כדי להעיד ולו כמעט על הלך הרוח באותה העת. שנית וכעניין פרקטי, בית המשפט העליון של מדינת ישראל פתח את שעריו רק במחצית חודש ספטמבר של שנת 1948, כלומר בחלוף כארבעה חודשים מקום המדינה.<sup>14</sup> עם פתיחתו עברה לשכון בו הסמכות הבג"צית, אולם במשך עשרת השבועות שלפני כן – משום ההנחה שהשיפוט בעניינים מנהליים אינו סובל דיחוי<sup>15</sup> – הייתה מוקנית הסמכות לבית המשפט המחוזי בתל אביב בשבתו כבג"ץ.

שופטיו של בג"ץ בתל אביב היו, בהתאם, שופטים מחוזיים. בשלב הראשון ישבו בדין בעתירות השונות השופטים נתן ברדקי, מקס קנטרוביץ, שלום קסאן וש"ז חשין.<sup>16</sup> לאחר שהוחלט על מינויו של השופט חשין לבית המשפט העליון,<sup>17</sup> הצטרף לשופטי בג"ץ השופט הרצל רוזנצווייג. בהמשך, בשלהי פעילותו של בג"ץ בתל אביב, התווסף אליהם גם השופט

---

לבית המשפט העליון הישראלי, הפעם כערכאה ראשונה ואחרונה, העלתה התנגדות ונמנתה עם נימוקיו של כהן בהצעה להעברת הסמכות לבתי המשפט המחוזיים עם אפשרות ערעור לבית המשפט העליון. נימוקים אחרים היו קשורים, למשל, למידת הנגישות של בית המשפט העליון ולהשתוות בהליכו. כהן היה למעשה חלק מקבוצה במועצה המשפטית של ועדת המצב – קבוצה ששיגיא מכנה "הקבוצה הרפורמית" – שחבריה דגלו בהעברת הסמכות כאמור. ראו שגיאי "הסמכות והרשות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 23-27. ראו מאמר זה גם למידע על הקמת בית המשפט העליון הישראלי ועל העברת סמכות בג"ץ אליו, כמו גם על מקורו המנדטורי של המוסד בשני כובעיו.

14 תאריך תחילת פעולתו של בית המשפט העליון נקבע בפקודת בתי משפט (הוראות מעבר), התש"ח-1948 (קביעת יום להתחלת פעולתו של בית המשפט העליון), ע"ר 119. למעשה, אף מיקומו של בית המשפט העליון בירושלים נקבע רק לקראת סופו של חודש אוגוסט 1948, וראו פקודת בתי משפט (הוראות מעבר), התש"ח-1948 (הודעה בדבר מקום מושבו של בית המשפט העליון), ע"ר 118. בתחילה נראה טבעי כי תל אביב תהיה למשכן הקבע של בית המשפט העליון. קביעת המיקום הושארה להחלטת הממשלה הזמנית (ס' 1(ב) לפקודת בתי משפט (הוראות מעבר), להלן ה"ש 19) בהוראה שהגדיר לימים משה זמורה, נשיאו הראשון של בית המשפט העליון, כ"ערטילאית למדי"; השופט אולשן כתב בספר זיכרונותיו, כי ההצעה לקבוע את מיקומו של בית המשפט העליון בירושלים עלתה מציודו "ספק בצחוק ספק ברצינות", ובעקבות כך התקבלה לטענתו ההחלטה להחזיר את בית המשפט העליון למשכנו בתקופת המנדט, קרי מגרש הרוסים. פנינה להב סיפרה, כי המגיע לבחירה בירושלים היה כי לא נמצא בתל אביב משכן הולם. ראו, בהתאמה, "נאומו של הנשיא ד"ר זמורה, בטקס פתיחת בית המשפט העליון" הפרקליטי ה 187, 189 (1948); יצחק אולשן דין ודברים – זכרונות 208-209 (1978); להב "העזו והמשרה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 483.

15 אליקים רובינשטיין "שלבי ההקמה של בית המשפט העליון בתש"ח" שנה ראשונה לעצמאות – 1948-1949: מקורות, סיכומים, פרשיות נבחרות וחומר עזר 87, 87 (מרדכי נאור עורך, התשמ"ח) (הספר להלן: שנה ראשונה לעצמאות); שגיאי "הסמכות והרשות", לעיל ה"ש 1, בעמ' 26. על מנת להבהיר את תחושת הרחיפות נזכיר, כי בתקופה שבין הקמת המדינה ובין הקניית הסמכות הבג"צית לבית המשפט המחוזי בתל אביב, לא הייתה מסורה סמכות זו לכל ערכאה אחרת.

16 בית המשפט ישב במושב תלתא, בשלב הראשון בהרכבים שונים של ארבעת השופטים הנזכרים. 17 ראו להלן בה"ש 55.



משה זילברג. ברדקי, קנטרוביץ וקסאן היו למעשה "השלישייה הפותחת" של בית משפט זה, והם שישבו בדיון במרבית העתירות. עובדה זו מעניינת משום שבניגוד אליהם, יתר השופטים שהוזכרו כאן הגיעו בשלב כזה או אחר לכהונה (ולו זמנית) בבית המשפט העליון.<sup>18</sup> כעניין של הגדרת סמכותו של בג"ץ, הרי מקורה היה בפקודת בתי משפט (הוראות מעבר), התש"ח-1948.<sup>19</sup> לפי סעיף 2 לפקודה, היה בית המשפט המחוזי בתל אביב עתיד לשבת כבג"ץ עד לתחילת פעילותו של בית המשפט העליון, וזאת בהרכב של שלושה שופטים ולפי סדרי הדין הנוהגים בערכאה הבג"צית. באופן ספציפי קבע סעיף 2(א) לפקודה, כי "עד היום בו יתחיל בית המשפט העליון לפעול, יהא בית המשפט המחוזי בתל-אביב מוסמך לדון בעניינים שהם, על פי החוק, בסמכות בית המשפט העליון כבית דין גבוה לצדק". במשך כעשרה שבועות שבהם ישב כבג"ץ, עד להגשת העתירה הראשונה לבית המשפט העליון במחצית ספטמבר,<sup>20</sup> הוגשו לבית המשפט המחוזי בתל אביב כעשרים עתירות.<sup>21</sup> עתירות אלו הצריכו את בית המשפט – בעיצומן של נסיבות ביטחוניות, פוליטיות ומדיניות מורכבות בלשון המעטה – להיזקק לשאלות של פגיעה בחירות,<sup>22</sup> בחופש התנועה,<sup>23</sup> בקניין<sup>24</sup>

- 18 רזונצווייג עברת את שמו לבנימין זהר וכיהן במינוי זמני בבית המשפט העליון בשנים 1952-1951. ראו "השופט בנימין זהר ז"ל" הרשות השופטת – שופטים bit.ly/3dyHF8c.
- 19 פקודת בתי משפט (הוראות מעבר), התש"ח-1948, ע"ר תוס' א' 17 (לעיל ולהלן); פקודת בתי משפט (הוראות מעבר)). הפקודה נחתמה ביום 24 ביוני 1948; אך כפי שיצוין להלן בסעיף 1.א, תאריך פרסומה היה 30 ביוני 1948.
- 20 הבקשה למתן צו על תנאי בעניין נימץ, לעיל ה"ש 4, שמכותרתה עולה בכירור כי הוכנה להגשה לבית המשפט העליון, מתוארכת ליום 13 בספטמבר 1948 (בקשה למתן צו על תנאי, תיק ב-1/630, ארכיון המדינה). נעיר כי לפי החותמת שבגב המסמך, כמו גם לפי ספר היסוד של בית המשפט העליון, נרשמה הבקשה בפועל בבית המשפט ביום 16 בספטמבר 1948.
- 21 מדובר ככל הנראה בעשרים ואחת עתירות לכל היותר. הערכה זו מתבססת על מידע אשר נאסף ממגוון של מקורות, שבראשם תיקים ארכיוניים, עיתונות התקופה (שבה זכתה פעילות בג"ץ המחוזי להר נרחב) ופסיקה שמקורה בעתירות שהוגשו לבג"ץ המחוזי (ולעיתים הוכרעו כבר לאחר המעבר של סמכות בג"ץ לבית המשפט העליון). בידינו פרטים חלקיים על שבע עשרה מתוך כעשרים העתירות המוערכות; באמצעות הצלבת תאריכים ומספרי תיק הסקנו, כי ככל הנראה הוגשו שלוש או ארבע עתירות נוספות שעליהן אין בידינו פרטים. יוער כי ישנן עתירות אשר הדיון בהן אוחד, כך שמניין התיקים אשר נדונו בפועל היה ככל הנראה נמוך יותר; כך, למשל, ידוע לנו על איחוד הדיון בתיקי בג"ץ (מחוזי ת"א) 1/48 ובג"ץ (מחוזי ת"א) 2/48. מבחינה מהותית התייחסנו לעתירות אלו כעתירה אחת, אם כי מבחינה צורנית הן נספרו בנפרד בשל הגשתן הנפרדת במקור.
- 22 בג"ץ (מחוזי ת"א) 1/48 קוק נ' שר הבטחון של הממשלה הזמנית למדינת ישראל, המשפט ג 307 (1948). מעצרים היו נושאן של כמה עתירות, וראו את הדיון בהמשך המאמר בפרשות ליכטר וגולדפיין כדוגמה.
- 23 עתירה מיום 1 באוגוסט 1948, שעניינה סירוב להעניק רישיון יציאה מן הארץ לקשישה שביקשה לבקר את בתה. ראו, למשל, "צו-על-תנאי נגד שר העליה בענין רישיון יציאה" קול העם 2.8.1948, 4; והמקורות המנויים להלן בה"ש 106 ובה"ש 107.
- 24 הפקעות היו נושא נפוץ לעתירה, אך גם החלטה על הריסת בית הגיעה לפתחו של בג"ץ: "צו על תנאי נגד הריסת בית בטבריה" הבקר 13.8.1948, 5.



ובחופש העיסוק;<sup>25</sup> כמו גם לשאלות של סמכות שיפוט של בתי דין צבאיים ובתי דין רבניים.<sup>26</sup> מבין שבע עשרה עתירות אשר יש בירינינו מידע רלוונטי בעניינן, ככולן מלבד שתיים הוצא צו על תנאי, שמשמעותו הוראה לרשות השלטונית לבוא ולנמק את פעולותיה בפני בג"ץ.<sup>27</sup> בשלוש עתירות הספיק בית המשפט המחוזי לתת פסק סופי,<sup>28</sup> ושש אחרות המשיכו להיות נדונות בבית המשפט העליון לאחר מעבר הסמכות.<sup>29</sup> אשר לעתירות נוספות, ידוע לנו שחלקן התייתרו לאור נסיגת הרשות המנהלית מעמדתה הראשונית,<sup>30</sup> ובנוגע לאחרות אפשר לשער שכך היה, ולחלופין שהן נמשכו בידי העותרים מסיבות שונות.

על פניו ניתן לחשוב שעשרים עתירות אינן מהוות מספר משמעותי; אולם בנסיבות הזמן והמקום, ובייחוד בהינתן שמדובר בעשרים "הנשימות" הראשונות של בג"ץ הישראלי סמוך לאחר לידתו, מדובר למעשה במסה משמעותית של עתירות. יתרה מכך, גם כשהגיה בג"ץ מן האינקוואטור התל אביבי אל חייו "הרגילים" באוויר ההרים הירושלמי נשמר היחס המספרי שאנו מזוהים בכג"ץ המחוזי. בחינה של ספר היסוד של בית המשפט העליון משנת 1948 מעלה, שבעשרת השבועות שבין 16 בספטמבר ו-25 בנובמבר הוגשו לבג"ץ עשרים וחמש עתירות בסך הכול, אשר שלוש מתוכן היו בבחינת המשך הדיון מבית המשפט המחוזי.<sup>31</sup>

25 עתירה מס' 11/48 לבג"ץ בתל אביב, שפסק סופי בעניינה ניתן בבית המשפט העליון בכג"ץ 1/49 בז'נר נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949) (ראו תיק ב-632/1, ארכיון המדינה).

26 בג"ץ (מחוזי ת"א) 4/48 מוגלניצקי נ' שר הבטחון, המשפט ג 326 (1948); עתירה מס' 14/48 לבג"ץ בתל אביב, שפסק סופי בה ניתן בכג"ץ 3/48 פילוסוף נ' מפקד בית הכלא הארצי של המשטרה הצבאית (לא פורסם, 30.9.1948) (ראו תיק ב-630/3, ארכיון המדינה); עתירה מס' 7/48 לבג"ץ בתל אביב, שפסק סופי בה ניתן בכג"ץ 8/48 גליקסברג נ' יו"ר משרד ההוצאה לפועל, תל-אביב, פ"ד ב 168 (1949) (ראו תיק ב-630/8, ארכיון המדינה).

27 אחד התיקים שבהם לא הוצא צו על תנאי היה בג"ץ (מחוזי ת"א) 9/48 שיינגרטן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, המשפט ג 338 (1948). בעניין זה הוגשה עתירה עקב החלטת לעכב הליכים פליליים בגין עבירת הביגמיה נגד דבורה שיינגרטן, שהייתה נשואה לעותר, ונגד אדם נוסף. בית המשפט פסק כי לא נמצא פגם בצו לעיכוב הליכים שהוציא היועץ המשפטי לממשלה, מה גם שהעניין היה בסמכותו (שם, בעמ' 339). מקרה נוסף שבו לא הוצא צו על תנאי היה עתירתו של מר ק' הופמן, שחדר בדירתו הוחרם עוד בזמן המנדט. לפי העולה מהעיתונות עתירה זו נדחתה "מכיוון שהמבקש יכול לנקוט צעדים משפטיים אחרים" ("נדחתה בקשה לצו-על-תנאי בענין דירה" המשקיף 13.9.1948, 2).

28 עניין קוק, לעיל ה"ש 22; עניין מוגלניצקי, לעיל ה"ש 26; עניין שיינגרטן, לעיל ה"ש 27.

29 בג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב (יהושע גוברניק), פ"ד א 85 (1948) (עתירה מס' 20/48 לבג"ץ בתל אביב); עניין בז'נר, לעיל ה"ש 25 (עתירה מס' 11/48 לבג"ץ בתל אביב); עניין גליקסברג ועניין פילוסוף, לעיל ה"ש 26 (עתירות מס' 7/48 ו-14/48 לבג"ץ בתל אביב, בהתאמה); בג"ץ 26/48 קלפר נ' שר הבטחון, פ"ד ב 35 (1949) (עתירה מס' 17/48 לבג"ץ בתל אביב); בג"ץ 92/49 גבריאלי נ' כב' השופט י. שימל, יו"ר משרד ההוצאה לפועל, ת"א (לא פורסם, 22.11.1949) (עתירה מס' 19/48 לבג"ץ בתל אביב; ראו תיק ב-636/1, ארכיון המדינה).

30 ראו, למשל, את הדיון בעתירותיהם של קרמר וליכטר, להלן בפרק ב.

31 כפי שצוין לעיל, לבית המשפט העליון עברו לכל הפחות שישה תיקים מבית המשפט המחוזי. דא עקא, שחלקם נדון בחלוף זמן, ולא במסגרת עשרת השבועות הראשונים לפעילותו של

מבין עשרים ושתיים העתירות "החדשות", בשבע עשרה הוצא צו על תנאי, בשתיים נדחתה הבקשה ושלוש נוספות נמשכו בידי המבקשים עוד לפני הוצאת הצו (ולחלופין דחיית הבקשה). מהשוואה בין סטטיסטיקת העתירות שהוגשו לשני המוסדות במשך עשרה שבועות מסתבר אפוא דמיון מספרי ברור. דמיון זה מתקשר לגורמים, שאנו סבורים כי הם מעידים על חשיבות שיוחסה באותה התקופה לבג"ץ בתל אביב, כמו גם על העובדה שסמכותו ומידת הלגיטימציה שלו נתפשו באורח דומה לאלו של בית המשפט העליון.<sup>32</sup>

לסיכום סיפור לידתו של בג"ץ בתל אביב, מעניין להיווכח שב"קצוות" התקופה בת עשרת השבועות מצויות שתי עתירות ראויות לציין מבין אלו שהוגשו לבית משפט זה. האחת, בעניין קוק,<sup>33</sup> הוגשה ביום 7 ביולי 1948. מדובר בבג"ץ הראשון שהוגש במדינת ישראל העצמאית, ונדונו בו שאלות חוקתיות ומנהליות כבדות משקל; אלא שההכרעה בו ניתנה עוד בבית המשפט המחוזי, וברבות השנים נדמה שנדחקה לשולי השוליים של התודעה המשפטית הישראלית.<sup>34</sup> העתירה האחרת, בעניין זיו,<sup>35</sup> הוגשה ביום 12 בספטמבר 1948. ההכרעה בעתירה התרחשה לאחר המעבר לבית המשפט העליון, והפרשה נחקקה בזיכרון משפטי המדינה.<sup>36</sup> בין שתי העתירות הללו נמתחים קווי דמיון: בשתייהן זכו העותרים

בג"ץ בבית המשפט העליון.

32 להרחבה, ראו להלן בסעיף ג.1. היקף פעילותו של בג"ץ המנדטורי בחודשיה הראשונים של שנת 1948 אינו ברור. כאמור להלן בה"ש 37, מאגדות פסיקה מנדטוריות הפסיקו ככל הנראה להתפרסם בשנה זו, ורישום העתירות לבג"ץ בספר היסוד של בית המשפט העליון נפתח בעתירה הראשונה שהוגשה לבג"ץ הישראלי העליון. בירור שערכנו מול הנהלת בתי המשפט מעלה, כי אין ברשותם רישום של עתירות שהוגשו לבג"ץ המנדטורי בחודשיו האחרונים (תכתובת הדואר האלקטרוני שמורה אצלנו); אך מיומן שנכתב בתקופה עולה, כי בחודש ינואר 1948 עוד התעקש זקן השופטים על עריכת דיונים בבית המשפט העליון (יצחק שבו "בעולם המשפט – המועצה המשפטית" הפרקליט לב 127, 127 (1978)). נעיר כי גם בפסיקה שלאחר קום המדינה קיימות עדויות לפעילות מסוימת בבית המשפט העליון בחודשיו האחרונים של שלטון המנדט. כך, כתב השופט חשין בהמ' 16/49 טרכטנגוט נ' סוסנובסקי, פ"ד ב 525 (1949) כי מדובר ב"בקשה לבטל פסק-דין שניתן על-ידי בית משפט זה (בתקופת המנדט) ביום 19 בינואר 1948 (שם, בעמ' 526). כמו כן, בספר היסוד של בית המשפט העליון נכתב על בג"ץ 44/49 חברת קיי דאומיט נ' רשם סימני המסחר, פ"ד ד 109 (1950), כי הבקשה בו "הוגשה עוד ב-16.3.48 והתיק אבד". עם כל זאת ניתן להניח שהנסיבות הביטחוניות הקשות בירושלים הביאו ממילא למיעוט עתירות, וראו גר פרומקין דרך שופט בירושלים 469-470, 474 (התשט"ו); וכן עניין טרכטנגוט, שם, בפס' 10 לפסק דינו של השופט חשין. עובדה זו אך מגבירה את המשמעות שראוי לייחס להתעוררות המוערת בהגשת עתירות בשבועות הראשונים לפעילותו של בג"ץ הישראלי.

33 עניין קוק, לעיל ה"ש 22. עתירה זו תידון בהרחבה בהמשך, ואילו בשלב הנוכחי עניין לנו בהתוויית הרקע לדיון בה.

34 אם כי ראו, למשל, אצל הופנונג, פרידמן לפני המהפכה וענבר, לעיל ה"ש 1.

35 עניין זיו, לעיל ה"ש 29.

36 ראו, למשל, פנינה להב "יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על-פי השופט אגרנט" עיוני משפט טז 475, 486-487 (1991) (להלן: "יד הרוקם"); דוד קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית-המשפט העליון – זכויות אדם" משפט וממשל ה 297, 298-299 (התש"ס).

להוצאת צו על תנאי, אך בסופו של דבר נדחתה עתירתם; בשתייהן ניכרת קריאת תיגר על חקיקה בריטית, ובמקביל נשמעת קריאה לחקיקה עצמאית; ובצירוף של נסיבות ישבו בשתייהן בעת הדיון בבית המשפט המחוזי השופט שלום קסאן והנשיא נתן ברדקי, יחד עם מי שיהיו לימים שופטים עליונים – בעניין קוק מדובר בשופט ש"ז חשין, ואילו בעניין זיו מדובר בשופט משה זילברג. ניתן לתהות, בהמשך לכך, על המקום השונה בתכלית שלו וכו בדברי הימים של המשפט הציבורי בישראל. דברים אלו מובילים לדיון בעתירה בעניין קוק.

## 1. הלל קוק נ' הרמן נימן: סיפורה של העתירה הראשונה (באמת) לבג"ץ במדינת ישראל

1948 הייתה אם כן שנה של שלושה בג"צים בארץ ישראל. ראשון היה בית המשפט העליון המנדטורי, בשבתו כבג"ץ<sup>37</sup>; אחרון היה בית המשפט העליון הישראלי, משנפתח במחציתו של חודש ספטמבר באותה השנה; ובתווך שביניהם, במשך תקופה בת כעשרה שבועות, שכנה כאמור הסמכות הבג"צית בבית המשפט המחוזי בתל אביב.<sup>38</sup> ההיסטוריה המשפטית הישראלית זוכרת בעיקר את בג"ץ שבבית המשפט העליון, ולכן נוטה להתייחס לעתירה הראשונה שהוגשה אליו כאל הראשונה שהוגשה במדינת ישראל בכלל.<sup>39</sup> עיונו המחודש בתולדותיו של בג"ץ מגלה תמונה שונה, שגיבורה אינו הרמן נימן, כי אם הלל קוק. פקודת בתי משפט (הוראות מעבר),<sup>40</sup> שהקנתה לבית המשפט המחוזי סמכות לדון כבג"ץ, פורסמה ביום 30 ביוני 1948. ימים מספר חלפו, והנה הוגשה עתירה ראשונה לבית המשפט המחוזי. פסק הדין בעתירה זו מגלם עושר תורת משפטי ואומץ שיפוטי לא-צפויים. נמהלים בו פורמליזם וערכים, אקטיביזם וריסון, מלל אינדיבידואלי והכרעה קבוצתית – ודרכו לומד השלטון הישראלי לראשונה כי יידרש לעשות סדר צורני מעולה במעשיו. העתירה בעניין קוק<sup>41</sup> – ויותר מכך, העובדה שהיא כמעט שנשכחה מן התודעה החוקתית הישראלית – היוותה עבורנו מוטיבציה משמעותית לבחינת התקופה שבה ישב בית המשפט הגבוה לצדק בבית המשפט המחוזי בתל אביב. הפסקאות הבאות יספרו את סיפורה.

הלל קוק, בכיר בארגון הצבאי הלאומי (אצ"ל), נתפס בידי חיילי צה"ל ביום 21 או 22 ביוני 1948<sup>42</sup> סמוך לחוף כפר ויתקין בהקשר של הספינה "אלטלנה", שניסתה לפרוק שם

37 תקופת הדמדומים של בית המשפט העליון המנדטורי עודנה לוטה בערפל, והיא ממתנה למחקר נוסף. מאגדות ומפתחי פסיקה הרלוונטיים לתקופה אינם נותנים אינדיקציה ודאית לאופי הפעילות כבג"ץ: למיטב ידיעתנו שלטון המנדט חדל מלהוציא מאגדות פסיקה רשמיות בשנת 1948, ופרסומים פרי הוצאתם של משפטנים יהודיים אינם מתייחסים לבג"צים בתקופה שמתחילת השנה ועד קום המדינה. ראו, למשל, את קובצי הפסיקה ילקוט כהן או המשפט; ואת מפתח הפסיקה שיצר ש' גינוסר. ראו גם לעיל בה"ש 32.

38 ראו לעיל ה"ש 13 ואת המקורות המנויים שם.

39 עניין נימן, לעיל ה"ש 4.

40 לעיל ה"ש 19.

41 עניין קוק, לעיל ה"ש 22.

42 שם, בעמ' 311-312. תאריך תפיסתו של קוק אינו ברור לחלוטין, ולמעשה בטיוטת הבקשה למתן צו על תנאי בעניינו עוד נכתב כי נעצר "בערך" בתאריך 22 ביוני 1948 ("בקשה למתן צו בצורת האביאס קורפוס בנוגע לאחד הלל קוק (המכונה גם פיטר ברגסון)", סעיף 3, תיק

נשק ולוחמים.<sup>43</sup> תפיסתו בוצעה בפקודת התובע הכללי הראשי של צבא ההגנה לישראל – כנראה בהוראתו של שר הביטחון ובידיעתו של היועץ המשפטי לממשלה – אך היא לא גובתה בצו מעצר חוקי כלשהו.<sup>44</sup> קוק הועבר במשך שבועיים מאתר כליאה אחד למשנהו, בלי שיותר לעורך דינו לבקרו,<sup>45</sup> עד שב־7 ביולי הוגשה עתירת "הביאס קורפוס" לשחרורו. עתירתו של קוק נדונה במאוחד עם עתירתו של יעקב מרידור (וינירסקי), ממנהיגי האצ"ל, שנעצר גם הוא בעקבות פרשת אלטלנה.<sup>46</sup> את השניים ייצגו עורכי הדין מקס זליגמן ומקס קריצמן, מבכירי המשפטנים שייצגו את חברי האצ"ל בתקופת המנדט.<sup>47</sup>

ח-13/3-1/47, ארכיון מכון ז'בוטינסקי בישראל). נעיר עוד כי נראה שבתחילה היה תאריך מעצרו של קוק נתון במחלוקת, שכן הלל קוק ביקש לסתור בהצהרתו לפני בג"ץ גרסה שמסר הרמטכ"ל בפועל בנושא. קוק הדגיש בהצהרתו, כי הוא נעצר שלא "כפי שאומר ראש המטה בפועל, כי אם ב־21 ביוני" וכי הוא הוחזק במעצר "לא ע"י ראש המטה, כי אם ע"י הוראת הממשלה הזמנית" (ראו "הצהרתו של ה' הלל קוק בפני בית משפט גבוה לצדק." וכך במקור – המחברים), בעמ' 2, תיק ח-13/3-7/47, ארכיון מכון ז'בוטינסקי בישראל). ככל שהיה חוסר תאימות בגרסאות הצדדים בדבר תאריך המעצר וזהות נותני ההוראה לבצעו, אנו סבורים כי יש בכך כדי להעיד במידה רבה על אופי התקופה שבה התרחשה הפרשה כולה, בעיצומה של סערה ביטחונית; על התנהלות רשויות השלטון עובר להתערבות בג"ץ; ובהתאם על האומץ האדיר שנדרש מצד בית המשפט כדי להתערב במעשה שלטוני באווירת בהילות שכזו, ועל אחת כמה וכמה כשהנימוק שמאחוריו הוא ביטחוני.

43 להרחבה על פרשת אלטלנה, ראו למשל שלמה נקדימון אלטלנה (1978); אורי ברנר אלטלנה: מחקר מדיני וצבאי (1978); מאיר פעיל "האצ"ל והלח" במלחמת העצמאות – בין פרישה לשיתוף פעולה" יום עיון האצ"ל והלח" במלחמת העצמאות – סמינר "סוגיות בביטחון ישראל – מלחמת העצמאות" 30, 40-41 (אמנון מגן עורך, 1992).

44 לפי צבי ענבר, לימים ימסור התובע הכללי גורלי את גרסתו בנוגע לצו המעצר נגד קוק בת"פ 240/49 בבית המשפט המחוזי בתל אביב (בעניין המנותק מן העתירה בעניין קוק כשלעצמה). לגרסתו של גורלי, פקודת המעצר הראשונה ניתנה על ידיו בהתאם להוראות הממונים עליו – וספציפית, בהוראת שר הביטחון דוד בן-גוריון – כשהיועץ המשפטי לממשלה, יעקב שמשון שפירא, מודע לכך. לפני הדיון בבית המשפט בעניין קוק הוסכם, לפי גורלי, כי יישענו על תק' 8 לתקנות שעת החירום, להלן ה"ש 51, כמקור סמכות; אך שפירא בחר בדרך שונה, במה שראה גורלי כהפרת הסכם בין היועץ ובינו. יצוין כי הטענה על אודות קיומו של הסכם בין השניים נדחתה בבית המשפט. ראו ענבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 168-169, 172.

45 מכתב הלל קוק ואח' אל יוסף קופרמן (לא מתוארך) (להלן: מכתב קוק ואח'), וכן מכתב עו"ד מ' זליגמן לשר הפנים מיום חמישה ביולי 1948, שניהם מתיק ח-13/3-3/47, ארכיון מכון ז'בוטינסקי בישראל.

46 העתירות הוגשו בפועל בידי בני משפחותיהם של השניים, ד"ר הרצל קוק (אחיו של קוק) וציפורה וינירסקי (רעייתו של מרידור). ראו עניין קוק, לעיל ה"ש 22, בעמ' 307; וראו גם "הוראת ניסי", להלן ה"ש 48, וכן "בקשה למתן צו בצורת הביאס קורפוס בנוגע לאחד יעקב וינירסקי (הידוע גם בשם מרידור)" שהוגשה בתאריך 7 ביולי 1948, תיק ח-13/3-2/47, ארכיון מכון ז'בוטינסקי בישראל.

47 על זליגמן ועל קריצמן, ראו שמעון-ארז בלום "עריכת-דין למען מטרה לאומית בימי 'המרד' – השתלבותם של עורכי הדין מקס זליגמן ומקס קריצמן במאבק האצ"ל בבריטים בשנים

יום לאחר הגשת העתירה, ב-8 ביולי, הוציאו הנשיא נתן ברדקי והשופטים ש"ז חשין ושולם קסאן צו על תנאי<sup>48</sup> נגד שר הביטחון ויתר המשיבים,<sup>49</sup> הדורש מהם "לבוא וליתן טעם ונימוק מדוע לא יביאו את הלל קוק... בפני בית משפט זה; ומדוע לא ישוחרר העציר הלל קוק הנ"ל מיד ממעצרו".<sup>50</sup> בחלוף אך יום נוסף חתם הרמטכ"ל בפועל צבי איילון על צו מעצר נגד קוק מכוחן של תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.<sup>51</sup> החתימה על צו לפי התקנות הבריטיות עוררה בהמשך את שאלת תוקפן החוקי של תקנות שעת החירום משקמה מדינת ישראל. סוגיה זו הפכה לשאלה משפטית כבדת משקל, שזכתה להתייחסות נרחבת במסגרת הדיון בעתירה.

ניתן לשער במידה גבוהה של ביטחון, כי מהלכיו של השלטון עד שלב זה הוכתבו מרצון כן של ההנהגה הפוליטית ויועציה המשפטיים להימנע משימוש בתחיקת החירום הבריטית, שנגדה התקומם בתוקף היישוב העברי בתקופת המנדט.<sup>52</sup> ניתן גם לשער, כי מתנגדיו העיקריים של השלטון מימין ביקשו לנצל את הבמה המשפטית על מנת לדחוק את ההנהגה למהלך מביך זה.<sup>53</sup> נוסף על כך חשובה העובדה, שהרמטכ"ל בפועל של צה"ל

- 
- 1947-1945 בארץ-ישראל המנדטורית" (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, 2005).
- 48 "הוראת ניסין", תיק ח-13/3-1/47, ארכיון מכון ז'בוטינסקי בישראל (לעיל: "הוראת ניסין").
- 49 בעתירות פורטו שישה משיבים, והם: שר הביטחון של הממשלה הזמנית למדינת ישראל, שר הפנים של הממשלה הזמנית למדינת ישראל, שר המשטרה של הממשלה הזמנית למדינת ישראל, המפקח הכללי של משטרת ישראל, ראש המטה הכללי של צבא ההגנה לישראל והתובע הכללי הראשי של צבא ההגנה לישראל.
- 50 עניין קוק, לעיל ה"ש 22, בעמ' 311.
- 51 The Defence (Emergency) Regulations, 1945, P.G. Supp. II 1055; ובגרסתן העברית: תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, 855 (לעיל ולהלן: תקנות שעת החירום). לנוסח צו המעצר, ראו "תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945. צו מעצר לפי תקנה 111", תיק ח-13/3-7/47, ארכיון מכון ז'בוטינסקי בישראל.
- 52 ראו, למשל, "בהסתדרות עורכי-הדין – כנוס מחאה נגד התקנות לשעת החירום" הפרקליט ג 58, 58-61 (1946) (להלן: "כנוס הסתדרות עורכי-הדין"). יעקב שפירא, היועץ המשפטי לממשלת ישראל שמצוין בפסק הדין בעניין קוק, לעיל ה"ש 22, בעמ' 310, כאחד משני באי הכוח של המשיבים, אמר במעמד זה כי "המשטר שהוקם עם פרסום תקנות ההגנה בארץ-ישראל אין דומה לו בכל ארץ נאורה. אף בגרמניה הנאצית לא היו חוקים כאלה..." ("כנוס הסתדרות עורכי-הדין", שם, בעמ' 60). גם השופט קסאן הזכיר בפס' 18 לפסק דינו בעניין קוק, לעיל ה"ש 22, ש"השלטון הנוכחי עדיין לא פסל [את התקנות – המחברים] רשמית, למרות שהוא עצמו הכריז על אי חוקיותן בזמנו מיד אחרי שנתפרסמו".
- 53 ד"ר אריה אלטמן, חבר חוגי הימין הרוויזיוניסטיים ולימים חבר כנסת מטעם תנועת החרות, הפנה אל דוד בן-גוריון בשיבת מועצת המדינה מיום 12 באוגוסט 1948 את השאלה הבאה: "האם נכון שהלל קוק, יעקב מרידור... עצורים לפי אותו הסעיף 11 של תקנות-לשעת-חירום, שעל-פיו החזיקה בזמנו הממשלה המאנדאטורית במעצר את ראשי הסוכנות והישוב?" בתשובתו התמקד בן-גוריון בתוקפן החוקי של התקנות ונמנע מהתייחסות לשימוש בהן בידי שלטונות המנדט (מועצת המדינה הזמנית א, הישיבה הארבע עשרה, 6-7). יוער עוד, כי במכתב ששלחו קוק ומרידור ממקום מעצרם (המכתב אינו מתוארך, וחתומים עליו שניהם יחד עם שלושה

הובהל ביום 8 באוגוסט, בליבה של מלחמה גורלית על עצמאותה של ישראל, לאולם בית המשפט בתל אביב על מנת להיחקר אישית ארוכות על נסיבות מעצרו של קוק ועל דקויות התזמון של הפעולות השונות שנעשו בעניינו.<sup>54</sup>

בטווח הזמן שבין הוצאת הצו על תנאי ובין מתן פסק הדין, מונה השופט ש"ז חשין לבית המשפט העליון.<sup>55</sup> את מקומו במושב תפס השופט מקס קנטרוביץ,<sup>56</sup> אשר הצטרף לנשיא נתן ברדקי בדעת רוב שאישרה את המעצר מיום הוצאת הצו לפי תקנות שעת החירום, אל מול דעתו החולקת של השופט שלום קסאן. ביום 17 באוגוסט 1948 הוקראו שלוש חוות הדעת הנפרדות של השופטים בעתירה שהסעירה את היישוב היהודי כולו.<sup>57</sup>

הנשיא ברדקי, בדעת הרוב, קבע שהמעצר הראשוני בהיעדר צו היה בלתי־חוקי ושיבח את בא כוח המשיבים שלא ניסה להצדיקו, אך בסיכומם של דברים אישר את המעצר מיום הוצאת הצו בסמכות. הנשיא ברדקי בחר לצדד בתורת הפרדת הרשויות של מונטסקיה והסביר, כי "לא ייתכן כלל וכלל שהשופט בשבתו על כס המשפט יבחר לו בין החוקים, איזה מהם יקיים, ואיזה מהם יבטל". לפי הנשיא ברדקי זכאי השופט "להביע את השקפתו על החוק; זכאי הוא אף להעביר את החוק תחת שבט בקורתו הכנה", אך רק כסיוע לחקיקה עתידית לבוא. הנשיא ברדקי עצמו השתמש בהיתר זה שימוש צייקני והסתפק ברמז על "דעת[ם] הפרטית" של השופטים על חקיקת החירום הבריטית והשימוש בה במדינת ישראל הריבונית. התוצאה הסופית שאלה הגיע הנשיא ברדקי הייתה כאמור אשרור המעצר, אם כי במקביל הוא בחר לפסוק לטובת המבקשים הוצאות בסך עשר לירות ארץ ישראליות, לתשלום בידי התובע הכללי הראשי של צה"ל.<sup>58</sup>

- 
- פעילי אצ"ל נוספים שהיו עצורים עימם) נכתב, כי "הוכרחנו לנקוט בדרך זו, היות ואין אנו יכולים להיות שותפים באיזו צורה ואופן למעשי השטות והפשע של הפעלת וקיום תקנות בוויין (הכוונה לתקנות שעת החירום – המחברים) במדינתנו העצמאית... הננו דוחים בשאט נפש את חוסר המוסר והציניות אשר הניעו את הממשלה הזמנית להתעלל בנו ולשימנו במחנה רכוז בתוקף סמכות בריטית" (מכתב קוק ואח', לעיל ה"ש 45).
- 54 הנשיא ברדקי מתאר בפסק דינו, כי צבי איילון נחקר "ארוכות בדרך של חקירה נגדית" (עניין קוק, לעיל ה"ש 22, בעמ' 312).
- 55 על פרשת מינויו של השופט חשין לבית המשפט העליון, ובכלל כך על ההאשמות שהוא "נוטה לאצ"ל", ראו נתן ברון "שופט במצוקה: פרשת מינויו של שניאור זלמן חשין לבית המשפט העליון בשנת תש"ח" זמנים – רבעון להיסטוריה 93, 82 (2006) (להלן: ברון "שופט במצוקה"). למקור הציטוט ראו שם, בעמ' 89.
- 56 לימים שינה קנטרוביץ את שמו למרדכי קנת ("מקס קנטרוביץ" אנציקלופדיה לחלוצי היישוב ובוניו כרך ד 2062 (רוד תדהר עורך, 1950) (www.tidhar.tourolib.org/tidhar/view/4/2062)).
- 57 מהלך המשפט וההכרעה בו זכו לסיקור מתמיד בעיתונות הכתובה, וראו להלן ה"ש 112, 113.
- 58 עניין קוק, לעיל ה"ש 22, בעמ' 311-318. למקור הציטוטים ראו שם, בעמ' 314, 317. יוער כי הנשיא ברדקי התייחס אף להוצאת הצו ללא היוועצות בוועדה כמתחייב מתק' 111(4) לתקנות שעת החירום, לעיל ה"ש 51; נושא זה נדון גם בבית המשפט העליון בבג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד 5 (1949), אלא ששם הגיע בית המשפט למסקנה הפוכה ופסל את דבר המעצר. עוד יוער כי עניין קוק אוזכר שם, כך שבית המשפט העליון לא התעלם מן ההכרעה של קודמו בכובע הבג"ץ. להרחבה ראו להלן ה"ש 126.

השופט קנטרוביץ הצטרף לפסק דינו של הנשיא ברדקי, אך הוסיף עליו חוות דעת מתחכמת המכירה במגבלות כוחו של בית המשפט, מלאה בביקורת מוצנעת לכאורה (לכל הפחות בהשוואה לחוות דעתו העוקבת של השופט קסאן) ועם זאת בוטה. תחילה התייחס השופט קנטרוביץ לטענת בא כוח המבקשים, שלפיה תקנות שעת החירום בטלות מעיקרן באשר הן עומדות בניגוד לכתב המנדט.<sup>59</sup> בתוך כך נשען השופט קנטרוביץ על שני אדנים מרכזיים. הראשון שבהם התייחס לתקופה שלאחר הקמת המדינה. השופט קנטרוביץ הטעים, כי גם לו קיבל את הטענה בדבר הסתירה שבין התקנות ובין כתב המנדט, לא היה יכול להכריז על בטלותן. זאת, משום ש"תקנות אלו מהוות חלק מחוקי הארץ שהיו בתוקף ביום 14.5.48". לא זו בלבד שתוקפן אושר עם הקמת המדינה, אלא שמרגע הקמתה אין עוד צורך בהלימה בין חוקיה ובין כתב המנדט.<sup>60</sup> השני שבהם הזכיר, כי בג"ץ המנדטורי אישר בעבר את תוקפן של התקנות אל מול טענות דומות בעניין עמידתן בסתירה לכתב המנדט. את פסיקתו של בית משפט זה "ירש" המשפט הישראלי מתוקף סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ועל כן מהוות החלטותיו ממילא חלק ממשפטה של מדינת ישראל.<sup>61</sup>

לאחר שסיים לדון בתקנות שעת החירום, תוך שהוא ממאן להכריז על בטלותן, עבר השופט קנטרוביץ להתייחס למעצרו של הלל קוק כשלעצמו. השופט קנטרוביץ סירב להתמודד עם תוכנם של נימוקי הרמטכ"ל בפועל בנוגע למעצר,<sup>62</sup> אשר נטען כפי בא כוח המבקשים ש"אינם משכנעים או שאינם אמיתיים", משאין הדבר בסמכות בית המשפט. אף על פי כן ציין השופט, כי הוא ציפה "מעד זה לנכונות גדולה יותר לענות לבית המשפט על השאלות שהוצגו לו על ידי כ"כ המבקשים", ובהמשך רמז כי גם אם הייתה אמת בנימוקי הרמטכ"ל, לא היה בהם כדי להצדיק מעצר מניעתי ללא משפט.<sup>63</sup> את פסק דינו המשיך השופט קנטרוביץ בדיון בתקנות לפי מהותן, שבמסגרתו הוא התריע מפני שלילת החירויות המסוכנת שהן מאפשרות, בפרט כאשר אין עומדים על קיומה של ועדה מייעצת לפי הדרישה שבסעיף 11(4) לתקנות שעת החירום. הדברים נחתמו באמירה, שלפיה "יש להצטער צער רב" על החזקת המבקשים במעצר שלא כדין וללא שימוע, ואף על פי כן "קצרה ידו של בית המשפט להושיע" בעניין המעצר שלפני הוצאת הצו ואף לאחריו.<sup>64</sup>

השופט שלום קסאן, בדעת המיעוט העוקבת, שחרר כל רסן שהסכימו חבריו למותב לשים על עצמם. בדרכו לפסול את דבר המעצר, כתב השופט קסאן מסה מפורטת על

59 עניין קוק, לעיל ה"ש 22, בעמ' 319 (חוות דעתו של השופט קנטרוביץ). כזכור ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 הותיר בתוקפו את המשפט שהיה בארץ ערב הקמת המדינה, בשינויים המתחייבים.

60 עניין קוק, לעיל ה"ש 22, בעמ' 319. השופט קנטרוביץ תיאר שם גם קונסטרוקציה שהיא כעין הסדר שלילי לעניין חלקים מסוימים מתקנות שעת החירום, נוכח ביטולם המפורש של חלקים אחרים.

61 שם, בעמ' 319-320.

62 שם, בעמ' 320. במקור נכתב "המפקד הכללי בפועל", אם כי מעצם השימוש בביטוי "בפועל" אפשר להניח כי הכוונה היא לאלוף צבי איילון.

63 שם, בעמ' 320-321. מקור הציטוטים בעמ' 320.

64 שם, בעמ' 321.



הסתירה העמוקה שבין חקיקת החירום הבריטית וזכויות האזרח הבסיסיות. נוסף על כך הראה השופט דרך פורמלית סדורה ומשכנעת לפסול את תקנות שעת החירום, תוך ניווט בין כתב המנדט, הוראות דבר המלך והוראת המעבר הישראלית שבפקודת סדרי השלטון והמשפט. מעניינת אף יותר, עם זאת, עמדתו העקרונית של השופט קסאן בדבר היחס שבין חקיקה ושפיטה. השופט קסאן כתב מפורשות ובחדות – ביחס להשקפה הדוגלת בעדיפות כוח השפיטה על כוח החקיקה – את מה שייכת במעט פסקי דין ישראליים לכל דורותיהם בלשון רהוטה כל כך:

"...לא זו בלבד שהשופט רשאי, אלא חייב הוא, להעביר את החוק תחת שבט בקורתו 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.

הנני נוטה להשקפה [שלעיל – המחברים]. לדעתי זהו בעיקרו תפקידו של בית-משפט זה, היושב עתה בסמכות בית-דין גבוה לצדק. בזאת חשיבותו הגדולה של בית-דין זה ובתוקף סמכותו זו הרי הוא מטבע הדברים נעשה כעין שותף ליצירת החוקים, אם גם לאחר מעשה בדרך כלל; אולם במסיבות הנוכחיות היכולות לקרות רק בשעה של חילופי משטר הרי הוא שותף לביטול החוקים של המשטר הקודם לפני ביטולם על ידי המשטר החדש".<sup>65</sup>

אם מיצה השופט קסאן את כל מה שהיה יכול לומר במילים משפטיות, הוסיף הוא עליהן את הרם שבנימוקים שמעבר למשפט והצהיר, אולי לאוזניו של נשיאו ואולי לאוזניה של שיטה משפטית שלמה בעת לידתה, כי מצפוננו לא ירשה לו לדון לפי תקנות שעת החירום "בה בשעה [הוא] משוכנע שהן פסולות מעיקרן", והואיל וכך אין לבוא אליו בדרישה לעשות כן.<sup>66</sup>

לאחר שפסק השופט קסאן במפורש כי התקנות שעליהן הסתמך האלוף איילון בצו המעצר לא היו בעלות תוקף חוקי, שכן "חובת הכבוד" של בג"ץ להכריז על תקנות שעת החירום כפסולות וכבטלות, הוא קבע שבשל כך גם צו המעצר נעדר תוקף חוקי כשלעצמו. אולי מתוך הבנה שדעתו לא תישמע, עבר השופט קסאן לספק הנמקה חלופית תחת ההנחה שהתקנות נותרו בנות-תוקף. לפי הנמקה זו, סמכויותיה של הרשות הצבאית המנדטורית לא עברו לרשות הצבאית הישראלית, ועל כן ההוראה על המעצר הייתה למעשה בחוסר סמכות – עובדה שמביאה מטבע המשפט המנהלי לשלילת תוקפו של צו המעצר. לסיום דבריו הבהיר השופט קסאן שהוא אינו מתנגד לעצם קיומן של הוראות חוק המכוונות לשעת חירום, אם כי היה מצופה מן הממשלה לחוקק אותן מחדש במדינת ישראל, ולא להסתמך על התקנות המנדטוריות.<sup>67</sup>

זוהי תמצית סיפורו הדרמטי והסוער של תיק הבג"ץ הראשון במדינת ישראל. מדובר בסיפור על ההתנגשות החזיתית הראשונה בין שלטון ובין צדק בינות כתליו של בג"ץ

65 שם, בעמ' 324-325. מקור הציטוט בפס' 16-17 לפסק דינו של השופט קסאן.

66 שם, בעמ' 325. מקור הציטוט בפס' 18 לפסק דינו של השופט קסאן.

67 שם, בעמ' 325-326. מקור הציטוט בפס' 21 לפסק דינו של השופט קסאן.

הישראלי. מדובר גם בסיפור על אומץ שיפוטי, ובפרט על שופט מחוזי אחד שמחוות דעת המיעוט שכתב נשקפות תורת משפט ותפישה של הפרדת רשויות אשר יאפיינו את בית המשפט העליון רק בחלוף עשורים.<sup>68</sup> ניסיון המהפכה החוקתית של השופט קסאן נותר מחוץ לפריזמת הזיכרון הקולקטיבי של המשפט הציבורי בישראל, אולי בשל האנומליה הנתפשת של בג"ץ במחוזי.<sup>69</sup>

לכאורה הלך בג"ץ במבחן ראשון זה של כוחו בדרכו של השלטון. עתירתו של קוק נדחתה, גם אם בדעת רוב, והוא נשאר כלוא עד ששוחרר בחסדה של הרשות המבצעת. ואולם בדרך להכרעה זו אילץ בג"ץ את הנהגת המדינה לעשות שני דברים שלא הייתה מעוניינת לעשות, ואלו הם (בסדר חשיבות עולה): זימונו של הרמטכ"ל לבית המשפט, וחתימה על צו מעצר תקין הכרוכה בהפעלתה של חקיקת החירום הבריטית. עניין אחרון זה תואר למעלה, אך יש להדגיש את השלכותיו ארוכות הטווח. אין להוציא מכלל אפשרות, כי אילוזה של ההנהגה הפוליטית להשתמש מיידית בחקיקת החירום הבריטית תרם לקיבועו של פתרון בעייתי זה במשפט הישראלי.

2. "בענינים אלה יפה שעה אחת קודם": תפישה של זכויות יסודיות וצדק בבג"ץ בתל אביב

סקירתו של עניין קוק, על דעת המיעוט הערכית במובהק שבו, מוליכה לדיון בעתירה נוספת שבה ניכרים ניצנים של שיח ערכי ושל שיח זכויות מהותי כבר בבג"ץ בתל אביב. מדובר בפסק הדין בעניין מוגלניצקי,<sup>70</sup> אשר ניתן ביום 27 ביולי 1948 בידי הנשיא ברדקי, השופט קנטרוביץ והשופט חשין. בפועל הוקרא פסק הדין ביום 16 באוגוסט 1948 בידי הנשיא ברדקי, השופט קנטרוביץ והשופט קסאן, בעקבות מינויו של השופט חשין לבית המשפט העליון.<sup>71</sup>

68 אך ראו את פסק הדין המנדטורי בעניין H.C. No. 27/25, המובא בתוך פסיקת מועצת המלך בעניין Jerusalem-Jaffa District Governor vs. Murra 5 C.O.J. 1818, 1818-28 (P.C., 1926); ראו גם את הדיון בפסק הדין אצל 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). השופט קסאן התייחס לפסיקה זו של מועצת המלך בפס' 9 לפסק דינו בעניין קוק, לעיל ה"ש 22.

69 מדובר אומנם ברעת מיעוט שממילא אין לה תוקף מחייב, אך לדעות מיעוט דרמטיות מסוג זה יש נטייה להישאר נוכחות בזיכרון המשפטי הקולקטיבי. כדוגמה ניתן ליטול את דעת המיעוט של השופט חיים כהן בע"ב 1/65 ירדור נ' יושבראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965). לדיון בה בספרות המשפטית, גם בחלוף עשורים, ראו למשל רבקה וויל "עיון מחודש בתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל" דין ודברים 345, 343-352 (2017).

70 עניין מוגלניצקי, לעיל ה"ש 26.

71 שם, בעמ' 328 (הערה 5 של עורכי קובץ המשפט).

העתירה בעניין מוגלניצקי הביאה לפתחו של בג"ץ בתל אביב שאלה בדבר סמכות השיפוט של בתי דין צבאיים אל מול זכותו של האזרח להישפט "בבתי המשפט הרגילים".<sup>72</sup> העותר, אריה מוגלניצקי, שימש פקח באזור הצבאי של יפו ונאשם בפריצה למחסן, בגניבה ממנו ובמתן "הענקה" (שוחד) לפקיד ציבורי. פסק הדין הוא אומנם קצר, אך מעניין מכמה טעמים, כשהטעם הראשון נוגע להבחנה שבין פרוצדורה ומהות. עמדת המדינה הייתה כי לא ייגרם נזק למוגלניצקי מהעמדתו לדין בבית דין צבאי לעומת העמדה לדין בבית משפט אזרחי. בית המשפט המחוזי בשבתו כבג"ץ מיאן לקבל את הטענה, וקבע כי קיים הבדל בסדרי הדין הנוהגים בשתי הערכאות וכי "שינוי צורה זה יש בה [כך במקור – המחברים] משום חשש לגרימת נזק". יתרה מכך קבע בית המשפט, שבשיקול כגון דא אין כדי "למעט את זכותו היסודית של אדם להשפט בפני בית דין רגיל וקבוע במדינה" וכי הכלל הוא שזכות זו אינה ניתנת לקיפוח "אלא בתוקף צו מיוחד, הניתן על כך מטעם הרשות המוסמכת".<sup>73</sup> הטעם השני לעניין שמעורר פסק הדין הוא תפישתם של השופטים את תפקידו של בג"ץ ואת מידת הדחיפות הכרוכה בעניינים שבסמכותו. בעוד שעמדת המדינה הייתה כי פנייה לבג"ץ תתאים אך ורק לאחר דיון לגופו של עניין בבית דין צבאי ולאור תוצאותיו, קבע בית המשפט חד-משמעית כי מייד בהיווצר עילה לעתירה רשאי אדם לפנות לבג"ץ, וכי "בענינים אלה יפה שעה אחת קודם; ולהיפך, יש לחוש החמצת שעה".<sup>74</sup> פסק הדין מעניין גם מטעם שלישי, והוא החפיפה הקיימת בין הנדון בו ובין השאלה המשפטית בעניין נימן.<sup>75</sup> הגם שבית המשפט העליון לא הכיר בדיון הקודם בבית המשפט המחוזי על גבי הפסק בעניין נימן, נוכחותו של בג"ץ מוגלניצקי מורגשת בשלבים מקדמיים של טענות הצדדים וברשימותיו של הנשיא זמורה.<sup>76</sup> הדיון בעניין מוגלניצקי, אם כן, מראה את קיומו של פסק דין ליברלי, ערכי ומהותי, אשר שם דגש על מתן סעד מן הצדק בהקדם האפשרי, ולא בדיעבד.

72 שם. שאלה זו עלתה, כיוון שהעבירה שבה נאשם מוגלניצקי התרחשה סמוך לנמל יפו, כלומר באזור שהיה מוחזק בעת ההיא בידי צבא ההגנה לישראל. בניסוחו של בית המשפט, הייתה השאלה "אם בית דין צבאי, שהוקם לצרכים מיוחדים, מוסמך לדון באשמתו של נאשם, המבקש במקרה שלפנינו, שאיננו מתושבי השטח הכבוש, ושזיקתו של בית משפט אזרחי רגיל לגביו אינה שנויה במחלוקת" (שם).

73 שם, בעמ' 328, 330.

74 שם, בעמ' 330.

75 עניין נימן, לעיל ה"ש 4. גם בפרשה זו ערער העותר, שנטען כי "ביום עשיית העבירות היה חייל מפני שפעל במסגרת או בשליחות הצבא", על סמכותם של בתי דין צבאיים בעניינים; ואילו מטעם התובע הצבאי הראשי הושב בין היתר, כי אל לבג"ץ להתערב מפני שלא נגרם לעותר "עוול" ובאפשרותו לטעון לחוסר סמכות בבית הדין הצבאי עצמו (שם, בעמ' 52).

76 תיעוד טענת בא כוח המבקש על גבי בקשה למתן צו על תנאי שבה מצוין "תאריך השמיעה: 16.9.48", פרוטוקולי דיון מיום 24 בספטמבר 1948, וכן תרשומת בכתב ידו של הנשיא זמורה מאותו החודש (ללא כותרת, התאריך המלא חסר), תיק ב-630/1, ארכיון המדינה; על עקבותיו של עניין מוגלניצקי בבג"ץ נימן, לעיל ה"ש 4, ראו גם להלן את הטקסט הסמוך לה"ש 129.

### 3. סיכום ביניים: על ייחודו של בג"ץ בתל אביב

מן המקובץ עד כה בדבר העתירות בעניין קוק ומוגלניצקי עולה, שבית המשפט הגבוה לצדק של מדינת ישראל לא שכן מאז ומעולם בירושלים, אלא התחיל את דרכו בתל אביב. בהתאם מסתבר, שהעתירה הראשונה שהוגשה לבג"ץ אינה העתירה בעניין נימן,<sup>77</sup> אשר זכורה בהיסטוריה החוקתית הישראלית ובזיכרון המשפטי הקולקטיבי כעתירה הראשונה במדינת ישראל,<sup>78</sup> אלא העתירה בעניין קוק, אשר נשכחה באופן יחסי. חשיבותה של העתירה בעניין קוק אינה רק בעצם היותה הראשונה (באמת), אלא מפני שהיא אוזנת עושר תורת משפטי ופוטנציאל לחשיבות חוקתית עצומה. אליה מצטרף השיח הערכי והמהותי בעניין מוגלניצקי, אשר נראה גם כן שהקדים את זמנו. ראינו אפוא להקנות לעתירות אלו את המקום הראוי להן, ומהן נמשיך ליתר פסיקתו של בג"ץ בתל אביב ולמאפיין עיקרי שלה, שאנו מכנים "אקטיביזם מחנך".

### ב. אקטיביזם מחנך? השפעתו המרסנת של בג"ץ בתל אביב

בחינתנו את התקופה שבה שימש בית המשפט המחוזי בתל אביב בג"ץ העלתה קו מאפיין לפסיקתו ולפעולתו בכלל, שאנו מכנים "אקטיביזם מחנך". לפני שנפנה לתיאור המאפיין החדש שזיהינו בבג"ץ המחוזי, נבהיר תחילה את הטרמינולוגיה הנהוגה בשיח המחקרי בנוגע לאפיוני הפסיקה של בית המשפט העליון. לאחר מכן נפנה לדון ב"פורמליזם המחנך" שזיהה המחקר בפסיקתו של בית המשפט העליון בשנים המעצבות, ושאנו מאמינים כי ייתכן שהאקטיביזם המחנך הוא מופע מוקדם שלו.

ההיסטוריוגרפיה המשפטית נוהגת אם כן לאפיין את פסיקת בג"ץ בשנים המעצבות על שלושה צירים: אקטיביזם – ריסון עצמי; פורמליזם – ערכים; וקולקטיביזם – ליברליזם (או אינדיבידואליזם).<sup>79</sup> אקטיביזם מתייחס ככלל למידת הנכונות של בית המשפט להתערב בפעולותיהן של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. קוטבו השני הוא ריסון עצמי מצד בית המשפט, שמשמעו הימנעות מהתערבות.<sup>80</sup> פורמליזם מתייחס לטקטיקת הנמקה אשר שואפת בין השאר לארגן נורמות משפטיות במערכת בעלת היגיון פנימי ואשר מגבילה לכאורה את

77 עניין נימן, לעיל ה"ש 4.

78 ראו, למשל, זאב סגל "פסיקת בית המשפט העליון בשנה הראשונה" שנה ראשונה לעצמאות, לעיל ה"ש 15, 99, בעמ' 100-101.

79 להרחבה על האפיונים מעבר למידע שיובא להלן ראו, למשל, חריס, לעיל ה"ש 9, בעמ' 73-82; להב "העז והמשרה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 480, 490-501; מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 40-44 (1993); אברהם שפירא "הריסון העצמי של בית המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח (גלגוליה השונים של פרשת 'קול העם') עיוני משפט 640, 641-640 (1973).

80 יצחק זמיר עמד על כך שלשאלה "מהו אקטיביזם שיפוטי" יש "יותר מתשובה אחת, ואין בנמצא תשובה מוסמכת, שתהא מקובלת על הכל". ראו את מאמרו יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" אקטיביזם שיפוטי 177, 178 (אריאל פורת עורך, 1993). על כן, לעניינו של מאמר זה אנו מציעים את ההגדרה שהובאה בגוף הטקסט כמכנה משותף לדיבור על אקטיביזם במחקר.

היצירתיות השיפוטית. מנוגדת לפורמליזם היא תפישה של ערכים, אשר הנמקה במסגרתה מדגישה את תוכנו הערכי של המשפט ואת משמעותו החברתית.<sup>81</sup> קולקטיביזם הוא גישה המקדשת את טובת הכלל והרואה בפרט חלק מן החברה (או הקולקטיב), ואילו הליברליזם מנגד מקדש את זכויות הפרט ורואה את החברה "כסך־הכל של פרטים".<sup>82</sup> בהתייחס לפסיקת בית המשפט העליון בעשור הראשון, הרי שהיא מאופיינת פעמים רבות על שלושת הצירים במקביל כפורמליסטית, כמרוסנת וכקולקטיביסטית.<sup>83</sup>

עתה נפנה לפורמליזם המחנך ולהקפדה על שלטון חוק במובנו הפורמלי הכרוכה בו.<sup>84</sup> ניר קידר, שעסק בהנמקה הפורמליסטית של בית המשפט העליון הישראלי בשנים הראשונות, הציע כי בית משפט זה הכיר בערך הקיים "בהקפדה דווקנית על שלטון החוק ועל הלגליזם והפורמליזם המשפטי הנגזרים ממנו". קידר הסביר, כי הדבקות של בית המשפט בצדק פורמלי אריסטוטלי הייתה נעוצה "במודעות של השופטים לצורך להנחיל את עקרון שלטון החוק ולהשרישו בקרב רשויות השלטון ובקרב הציבור הרחב".<sup>85</sup> פנינה להב, אשר כתבה עוד לפני המשגתו של קידר הנוגעת לפורמליזם המחנך, עמדה על כך שתפישת שלטון החוק שפיתח בית המשפט העליון הישראלי בתחילת דרכו הייתה פורמלית ו"קראה להקפדה דווקנית על לשון החוק".<sup>86</sup> להב ציינה בכתיבתה, כי התערבות של בית המשפט במעשים שלטוניים הייתה מותנית בהוכחה "שפקיד ממשלתי עקף או סילף את לשון הכתוב". כלומר, כל זמן שפעולה נעשתה במתחם שיקול הדעת, נמנע בית המשפט מלהתערב. קידר ולהב הצביעו אפוא על תופעה שלפיה בית המשפט נקט תפישה והנמקה פורמליסטיות בבואו להתערב בפעולות שלטוניות; וקידר הדגיש במיוחד את האלמנט המחנך שייחס בית המשפט להתערבות זו.<sup>87</sup>

- 81 מאוטנר, לעיל ה"ש 79, בעמ' 13-16, 33, 40-41. מאוטנר טוען, כי משקלן היחסי של הנמקות פורמליסטיות בפסיקת בית המשפט העליון בשנות החמישים היה גבוה יחסית, וכי הן היו שלובות בתפישה של הפרדה נוקשה בין הרשות השופטת והמחוקקת, כמו גם בבחינת פעולותיהן של רשויות מנהליות במסגרת של הסמכות המסורה להן (תוך צמצום ההתייחסות לתוכן הפעולה). שם, בעמ' 40-45.
- 82 להב "העזו והמשרה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 480.
- 83 על כך מצביע רון חריס, אך בתוך כך הוא טוען שניסיון לאפייין את פסיקת בית המשפט העליון בעשור הראשון דרך ראיית המאפיינים כשלובים זה בזה היא בעייתית, ולמעשה אינה מייצגת את המציאות המורכבת יותר שהתהוותה שם (חריס, לעיל ה"ש 9, בעמ' 75, 81-82).
- 84 להרחבה על שלטון חוק פורמלי, ראו להלן ה"ש 88.
- 85 קידר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 388 (בציטוט הראשון הופיעה במקור הערת שוליים, אשר הושמטה כאן). להרחבה בדבר הגישה המחנכת של בית המשפט העליון שהובילה להנמקה הפורמליסטית ראו שם, בעמ' 386-389, 414-415.
- 86 להב "העזו והמשרה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 498.
- 87 טענות דומות בדבר אלמנט "מחנך" בפסיקה הופיעו לפני כן אצל אולשן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 215; ואצל סגל, לעיל ה"ש 78, בעמ' 100. דבריו של אולשן בהקשר זה מובאים הן אצל סגל, שטען כי בית המשפט ביקש "ליצור 'אורחות חיים' עבור עובדי המינהל הציבורי. הנחת הפסיקה הראשונה הייתה, שעובדי־הציבור, ובתוכם שרי הממשלה, אינם מודעים לעקרונות־היסוד הקונסטיטוציוניים האמורים להסדיר את היחסים שבין האזרח לבין המדינה" (שם); הן אצל קידר, לעיל ה"ש 1, בטקסט הסמוך לה"ש 12.

אם כן, בנסחנו אפיון חדש עבור בג"ץ בתל אביב, שאפשר לתהות לגבי משמעותו ביחס לבית המשפט העליון בהמשך, אנו מצטרפים כאמור גם לגוף הירדע הקיים שעניינו הפורמליזם המחנך של בית המשפט העליון. עם זאת יש להקדים ולהבהיר, כי טענות בדבר הפסיקה העליונה כשלעצמה אינן במרכז ענייננו ברשימה הנוכחית. אשר לבג"ץ בתל אביב, עמדתנו היא שהוא אימץ בפועל תמהיל מדולל של אקטיביזם רך ועם זאת אפקטיבי, מרשים וראוי להערכה ולציון בתנאים הקשים שבהם פעל. ברף התחתון שלו כוון אקטיביזם זה בעיקר לאכיפתו של שלטון חוק פורמלי.<sup>88</sup>

האקטיביזם המחנך שאנו מבקשים לייחס לבג"ץ המחוזי נבדל מן הפורמליזם המחנך שזיהה המחקר בפסיקת בית המשפט העליון, ושעניינו בהנמקה שכוונה לחינוך הרשויות והציבור גם יחד,<sup>89</sup> בשני מובנים עיקריים. המובן הראשון, ואולי החשוב שבהם, נוגע לשלבים שבהם נבחנת ההתערבות של בג"ץ בפעולות שלטוניות. מדובר בתפישה שהולכת כמה צעדים אחורה מפסקי דין סופיים כשלעצמם ובוחנת נוסף להם גם את התנהלותם של השופטים בזמן ניהול ההליך הבג"צי. במובן זה מדובר בקריאה מרחיבה של המונח "פסיקה".<sup>90</sup> המובן השני עניינו בכך שאקטיביזם מחנך עשוי להיות שלוב – אך אינו כרוך בהכרח – בטקטיקת הנמקה פורמליסטית באופייה. בהסתכלות תוצאתית על פעילות בג"ץ בתל אביב גילינו אם כן, שהצבת גבולות צורניים-פרוצדורליים בפני הרשות המבצעת, גם בשלבים ראשוניים בהליך, הביאה בפועל לריסונה של הרשות. למען ההמחשה ייסקרו כאן כמה מקרים מייצגים, שבהם ניתן לייחס לבג"ץ בתל אביב אקטיביזם מחנך ולהיווכח בהשפעתו המרסנת.

88 חלק מרכזי מעקרון שלטון החוק הוא תחולה של החוק על פרטים ועל רשויות השלטון גם יחד. במובנו הפורמלי יבוא הדגש על עצם השלטת החוק וקיומו כפי שנחרת עלי ספר, במנותק מתוכנו. להרחבה על שלטון חוק במובנו הפורמלי, ראו למשל אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" אקטיביזם שיפוטי 5, 20 (אריאל פורת עורך, 1993); מאוטנר, לעיל ה"ש 79, בעמ' 23; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך א 228-243 (מהדורה חמישית, 1996).

89 ראו, למשל, קירד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 388. בעוד שקירד טוען ש"תפיסה אזרחית-מחנכת" הביאה את בית המשפט לנקוט את גישת הפורמליזם המחנך, אנו מבקשים לחשוף תופעה רחבה יותר – ואפקטיבית בהרבה – שהתקיימה בבג"ץ בתל אביב.

90 אפיוני הפסיקה של בית המשפט העליון מושתתים ככלל על פסקי דין שהתפרסמו. המתודולוגיה שנקטנו כדי לאפיין את פסיקת בג"ץ המחוזי טרם יושמה בנוגע לפסיקה העליונה. ישנן אינדיקציות ראשוניות לכך שהטקטיקה של ריסון השלטון באמצעות הוצאתם של צווים על תנאי נשמרה עם המעבר לבית המשפט העליון, לכל הפחות בתחילת דרכו, אם כי ייתכן שבעוצמה מוחלשת. אינדיקציות אלו נמצאות בספר היסוד של בית המשפט העליון לשנים 1948-1949, כמו גם במסמך "מספר הבג"צים שהוגשו מ-14.9.48 עד 6.9.50". [כך במקור – המחברים], תיק גל-3291/19, ארכיון המדינה. ממצאינו קוראים אפוא למחקר נוסף באשר לפסיקת בית המשפט העליון בשנים המעצבות. נעיר כי לגבי שנים מאוחרות יותר ישנו מחקר אשר מראה, כי אחוז הוצאת צווים על תנאי צנח משמעותית משנות השבעים לשנות התשעים של המאה העשרים (Yoav Dotan, *Lawyering for the Rule of Law: Government Lawyers and the Rise of Judicial Power in Israel* 101, 103 (2014)).

נכונות להתערב במעשים שלטוניים, ולו זמנית באמצעות צו על תנאי, היא כאמור מאפיין מובהק של פסיקת בג"ץ המחוזי. להלן נראה כי התערבות זו, שבמקרים מסוימים עשויה להידמות "סמויה" כמעט, הייתה אפקטיבית בריסון רשויות השלטון. בעמודים הקודמים תוארו בפירוט פרשות קוק ומוגלניצקי. הדפוס שמסתמן בפרשות אלו – שבו מוגשת עתירה, מוצא צו על תנאי ונוצר הד תקשורתי המשפיע לעיתים על תוצאות ההליך בפועל<sup>91</sup> – יחזור על עצמו בהמשך פעילות בג"ץ בתל אביב. אנו מאמינים, כי דפוס זה תרם ליצירת אפקט מחנך שהביא לשינוי באופן הפעולה של רשויות השלטון.<sup>92</sup> ראייה ראשונית לכך אפשר למצוא לא רק בהוצאת צו מעצר ובשחרורם בהמשך של קוק ושל מרידור, אלא למשל בדבריו של אורי ידין<sup>93</sup> ביומנו, שלפיהם מדובר ב"נצחון חלש למדי" עבור הממשלה, ושהיה צריך "פשוט מאד לשחרר את אלה, אם אי אפשר היה להעמידם למשפט פלילי. לשחררם מיד אז או לפחות למחרת פסק הדין".<sup>94</sup>

דרך פעילות בג"ץ בתל אביב למד השלטון הישראלי לראשונה, כי יידרש לעשות סדר צורני מעולה במעשיו. פסקי הדין שמנינו לא היו המקרים היחידים שבהם הפגין בג"ץ בתל אביב אקטיביזם מחנך. במקרה אחר הופקעה דירתו של צבי קלפר, הגזן מרמת גן, הפקעה אשר הובילה להגשת עתירה.<sup>95</sup> בית המשפט המחוזי בתל אביב, בשבתו כבג"ץ, הוציא צו על תנאי בעניין. העתירה נדונה בהמשך בבית המשפט העליון, ושם התקבלו טענות העותר. מעניין לראות, כי בעת הדיון לגופה של עתירה התברר שלאחר הוצאת הצו על תנאי הותקנו

91 על ההד התקשורתי שליווה את הוצאת הצווים על תנאי כבג"ץ בתל אביב ואת פעילותו בכלל, ראו להלן בסעיף ג.1.

92 כך למשל, בפסק הדין בעניין קוק, לעיל ה"ש 22, בעמ' 319, כתב השופט קנטרוביץ כי מעצרו של העותרים "לפני 9.7.48 לא נשען על שום חוק או משפט". הצו על תנאי הביא את רשויות השלטון להקפיד על עמידה בשלטון החוק, ולו מבחינה פורמלית – מבחינה זו מדובר באקט חינוכי מצד בית המשפט. נדגיש, כי העובדה שהוצאות המשפט הוטלו אישית על התובע הכללי הראשי של צה"ל (שם, בעמ' 318) מגבירה עוד יותר את האפקט המחנך. עם זאת נסייג, כי האלוף איילון טען עקרונית שצו המעצר הוצא בעקבות הצו על תנאי בשל צירוף מקרים בלבד; אלא שמסמיכות הזמנים – הצו על תנאי הוצא ב-8 ביולי וצו המעצר ב-9 ביולי, אף שקוק ומרידור נעצרו יותר משבועיים קודם לכן – מתבקש לכל הפחות להרהר שוב בדבריו. די לנו להפנות את הקוראות לניסוח בפסק הדין, שלפיו מסר איילון בעדותו כי "תאריך צו המעצר הוא אמנם 9.7.48, שהוא גם היום בו נתקבל על ידי המשיבים הצו על תנאי שהוצא על ידי בית משפט זה; אולם, דבר זה היה מקרי, וצו המעצר לא בא כתוצאה מהצו על תנאי הנ"ל ואף לא בניגוד לו" (שם, בעמ' 312-313).

93 ידין השתתף בפעילות המחלקה המשפטית שליד "ועדת המצב" עובר לקום המדינה, ולאחריו שימש ראש מחלקת החקיקה במשרד המשפטים. ראו משה לנדוי "דברים לזכר אורי ידין ז"ל" ספר אורי ידין – האיש ופועלו כרך א 11, 12 (אהרן ברק וטנה שפניץ עורכים, התש"ן) (הספר והכרך להלן: ספר אורי ידין).

94 אורי ידין "יומן אורי ידין: 29 באפריל 1948 – 13 באפריל 1951" ספר אורי ידין, שם, 17, בעמ' 49.

95 צו ההפקעה ניתן ביום 30 במאי 1948. ראו עניין קלפר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 35; וכן תיק ב-631/11, ארכיון המדינה.



תקנות שעת-חירום (תפיסת נכסים), התש"ט-1948,<sup>96</sup> כך שהן היו אמורות להכשיר בדיעבד את דבר ההפקעה.<sup>97</sup> בצעד של התערבות ברורה במעשה השלטוני סירב בית המשפט העליון לקבל את ההכשרה הרטרואקטיבית; אולם יותר מכך חשובה לענייננו העובדה, שהוצאת הצו על תנאי המחישה לרשות המבצעת שעליה לפעול לעשיית סדר צורני במעשה ההפקעה, למען לא ייפסל בידי בג"ץ.<sup>98</sup>

במקרה אחר הורשע החייל נסים פילוסוף בדין צבאי. פילוסוף ערער על הרשעתו, אך הוחזק במאסר עד שיתברר הערעור, ועל כך נסבה עתירתו.<sup>99</sup> צו על תנאי הוצא בבג"ץ בתל אביב ביום 1 בספטמבר 1948, והמשך הבירור נקבע לתאריך שלאחר מעבר סמכות בג"ץ לבית המשפט העליון. לפני הגשת העתירה פנה עורך הדין ראובן נוחימובסקי, בא כוחו של פילוסוף, אל המשיבים בתיק בבקשה שישוחרר, אולם פנייתו זו לא זכתה לכל תשובה עד למועד הדיון בבקשה למתן צו על תנאי.<sup>100</sup> והנה, כשהגיע מועד הדיון לגופה של עתירה לא הופיעו המשיבים, ובמקומם הודיע חיים כהן בשם המדינה כי פילוסוף לא יוחזק במאסר עד שיתברר ערעורו.<sup>101</sup>

מקרה נוסף הוא העתירה בעניינו של יהושע ליכטר לבג"ץ בתל אביב.<sup>102</sup> ליכטר היה איש עסקים שהיה מזוהה עם התנועה הרוויזיוניסטית.<sup>103</sup> הוא התגורר בתל אביב וניהל ממנה את עסקיו, אך בחודש יולי 1948 הגיע לירושלים. משביקש לעשות את דרכו בחזרה לתל

96 להלן ה"ש 122.

97 בפסק הדין צוין כי עותק של הצו על תנאי נמסר למשיבים במחצית חודש ספטמבר 1948, אך הם מצידם לא הגישו תשובה. משהגיע מועד הדיון בסוף חודש דצמבר 1948 והתבקשה הפיכתו של הצו למוחלט בהיעדר התנגדות, ביקש בא כוח המשיבים לרחות את הדיון "כדי לתת סיפק בידו להגיש הצהרה בשבועה כהתנגדות לצו". לדבריו, תחילה הסכימו המשיבים לפחות עם "מקצתם" של נימוקי המבקש, ועל כן לא ביקשו לעמוד בדרכו; אלא שמאו הותקנו תקנות שיהיה בכוחן להכשיר את מעשה ההפקעה (עניין קלפר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 35-36; מקור הצ'יטוטים בעמ' 36). בהיר אפוא, כי התקנת התקנות נעשתה עוד לפני הדיון בבית המשפט העליון.

98 עניין קלפר, לעיל ה"ש 29. ניתן היה לתהות על סירובו של בית המשפט העליון לקבל את ההכשרה בדיעבד של ההפקעה, אל מול ההתייחסות למעצרו של קוק ומרידור. בהקשר זה נעיר, כי גם בדעת הרוב בעניין קוק לא הוכשר בדיעבד המעצר הראשוני, בין השאר משום שבא כוח המשיבים כלל לא ניסה להצדיקו. הדיון שם התמקד בתוקפו של צו המעצר שהוצא מתוקף תקנות שעת החירום, לעיל ה"ש 51 – לאחר מתן הצו על תנאי (ראו עניין קוק, לעיל ה"ש 22, בעמ' 315-316, 319).

99 עניין פילוסוף, לעיל ה"ש 26.

100 "בקשה למתן צו של 'הביאס קורפוס'", סעיפים 11-13, וכן "צו על תנאי", תיק ב-630/3, ארכיון המדינה.

101 החלטה מיום 30 בספטמבר 1948, תיק ב-630/3, ארכיון המדינה.

102 העתירה לא פורסמה. ראו באופן כללי בג"ץ (מחוזי ת"א) 13/48 ליכטר נ' התובע הכללי הצבאי ירושלים, תיק פ"26/1, ארכיון המדינה.

103 ליכטר היה חבר עוד בשנות השלושים ב"ברית הבריונים" ואף הועמד לדין בגין פעילותו זאת. ראו (Judgment) No. 110/34 (Misdemeanour No. 110/34), תיק כ"14-1/6, ארכיון מכון ז'בוטינסקי בישראל.

אביב, הסתבכו ענייניו בשל מגבלות רישוי שונות שהוטלו על התנועה בציר ירושלים-תל אביב. לאחר שניסה להתחמק ממחסום זה<sup>104</sup> לי במכונית של אנשי אצ"ל, הובל ליכטר למעצר בירושלים. עורך הדין אשר לויצקי ניהל משא ומתן בעניינו של ליכטר מול התובע הכללי של צה"ל בירושלים, שבשיאו הגיש ביום 13 באוגוסט בקשת הביאס קורפוס לבג"ץ בתל אביב. בקשה זו נענתה בחיוב, ובו ביום הוציא בג"ץ בתל אביב צו על תנאי, אשר הורה שיבואו המשיבים וייתנו טעם מדוע לא ישחררו את ליכטר. המשיבים הצטוו להגיש תשובה תוך עשרה ימים ממתן הצו.<sup>104</sup> אלא שבינתיים התברר שליכטר שוחרר ממעצרו בירושלים, והדברים לא נודעו לכא וכחו בתל אביב. ייתכן בהחלט שהמסר המוסר שהסתמן בשלביה השונים של פרשת קוק חלחל בדרגיו השונים של הממסד המשפטי הצבאי והשפיע על החלטותיהם, ובזכות זאת התייתרה העתירה בעניינו של ליכטר.<sup>105</sup>

תופעה זו של התייתרות עתירה ניכרה גם במקרה של רוזה טרמר (או קרמר), כדוגמה אחרונה לעניין זה.<sup>106</sup> טרמר בת ה-73 ביקשה רישיון יציאה מן הארץ לצורך ביקור אצל בתה החולה. עקב סירוב הבקשה, היא עתרה לבג"ץ בתל אביב. השופטים ברדקי, קנטרוביץ ורוזנצווייג הוציאו צו על תנאי בעניין, ומשנמשך הבירור בחלוף שבועיים, הסתבר כי ניתן לגברת טרמר רישיון היציאה מן הארץ המבוקש, והעתירה התייתרה.<sup>107</sup>

הדוגמאות שלעיל המחישו את הדינמיקה שנוצרה מול רשויות השלטון נוכח איום בהתערבות מצד בג"ץ בתל אביב. ניכר בהן מקרה שבו הוראה לרשות השלטונית לנמק ולהצדיק את מעשיה הובילה לחזרה מהחלטתה הראשונית (שהביאה הלכה למעשה להתייתרות העתירה); וכן מקרה שבו הניע הצו על תנאי את הרשות לנקוט צעדים, אשר היא קיוותה

104 תיק פ-26/1, ארכיון המדינה. למועד הנקוב להגשת תשובה ראו "צו על תנאי", שם.

105 הצו על תנאי בעניינו של ליכטר הוצא בבג"ץ בתל אביב ביום 13 באוגוסט 1948. ביום 16 באוגוסט נכתב בניירת של עורך הדין אשר לויצקי, אשר טיפל בעתירה, "נסע לת'א 16/8/48" (ראו "צו על תנאי" ו"ענין: ליכטר", שם).

106 המידע על עתירה זו נאסף מן העיתונות היומית, ושמה של הגברת טרמר נכתב בה בשתי הצורות אשר צוינו בטקסט: "צו על-תנאי נגד שר העליה בענין רשיון יציאה" קול העם 1948.2.8, 4; "יותר מדי יועצים משפטיים..." "ידיעות מעריב 1948.8.16, 1; Aged Woman Denied; Exit Permit, PALESTINE POST (Aug. 2, 1948), at 3; וכן המקורות המנויים לעיל בה"ש 23 ולהלן בה"ש 107. בשל התייתרות העתירה, כפי שיוסבר, לא הוצא בה פסק דין; לפי התאריך שבו הוצא הצו על תנאי, כפי שעולה מן העיתונות, אנו מעריכים כי מדובר בעתירה השמינית שהוגשה לבג"ץ בתל אביב.

107 בהודעה שהתפרסמה מטעם מחלקת רישיונות היציאה מן הארץ נכתב, כי אישור ניתן עוד לפני הוצאת הצו על תנאי. על חלקים מהודעה זו חלק הוגה הדעות המפורסם ארתור קסטלר, ששמו צוין בה. עובדה זו מעלה אולי ספק בנוגע לפרטים אחרים שצוינו בה, אך גם אם נכונים הדברים, הרי שמתן הרישיון לא היה ידוע ככל הנראה לגברת טרמר, שעתירתה הוגשה כשבוע לאחר מכן. לכל הפחות גרמה התערבות בג"ץ המחוזי לכך שתתאפשר בפועל יציאתה של טרמר מהארץ, גם אם באמצעות ידועה בדבר מתן הרישיון. ראו "מדינת ישראל, מרכז הבטחון – מרכז הגיוס: הודעה מטעם מחלקת רישיונות היציאה מן הארץ" ידיעות מעריב 1948.8.3, 4; "קסטלר משיב למודעת 'מרכז הגיוס' מעריב 1948.8.4, 5; "יותר מדי יועצים משפטיים יש במוסדותינו..." – אומר נשיא ביה"ד כשעת ברור 'צו על תנאי' נגד שר-העליה המשקיף 1948.8.17, 4.

שיכשירו בדיעבד את החלטתה הראשונית במסגרת המנהל התקין שהוא חלק משלטון החוק במובנו הפורמלי.

במרבית המקרים שבהם צילו המרחף של צו על תנאי לא הביא לתיקון הפעולה השלטונית או לניסיון להכשרתה בדיעבד, המשיכו עניינים להתברר בבית המשפט העליון. למעשה, בכמה תיקים שנהוג לייחס לבית המשפט העליון – כגון עניין בז'רנו הזכור לכול<sup>108</sup> – נעשה הצעד הראשון, של הוצאת צו על תנאי, בבג"ץ בתל אביב. מהלך זה הוא בוודאי מכריע גם במקרים שבהם הוא לא הביא ישירות לסיום הסכסוך שבין הפרט והרשות, משום שהוצאת הצו על תנאי אפשרה עקרונית התערבות של בית המשפט בהמשך.

הפרקטיקה של בג"ץ בבית המשפט המחוזי מרתקת לא רק משום שהוא העז לטלטל את השלטון בעניינים הרי גורל כמו פרשת אלטלנה, או בעלי חשיבות ביטחונית לכאורית כגון הפקעה של דירה לצורכי חירום, אלא אולי עוד יותר משום שהיה מוכן לסנוט בשלטון בעניינים טריוויאליים כמו יציאתה של גברת קשישה מן הארץ, או אפשרותו של מתווך ("מאכער") לפעול במשרד ממשלתי. באווירה ששררה עם קום המדינה, שבה היה ידוע לשופטים כי מעמדם אינו מובטח,<sup>109</sup> מדובר בפעולות נועזות בהרבה מאשר תפישתן בדיעבד. בדרך זו הצליח בית המשפט במידה רבה להכווין את פעילות הרשות השלטונית, מבלי שיצטרך לפסוק נגדה בתקופה שבה טרם התקבעה יציבות פוליטית ומדינית, ולו חלקית.

### ג. בג"ץ הישראלי הכפול של תש"ח: ערכה של מציאות חלופית "אמיתית"

בדברינו לעיל הבענו את עמדתנו בנוגע למידת האקטיביזם המחנך "הסמוי" שהפגין בג"ץ בתל אביב. עוד עלו מן הפסיקה המתוארת תווים, אשר נהוג לחשוב שלא אפיינו בהכרח את פסיקת בית המשפט העליון בשנים המעצבות, ובהם הליברליזם והשיח הערכי-מהותי שניכרים בעניין מוגלניצקי. תווים אלו, יחד עם אקטיביזם שיפוטי מובהק, נוכחים גם בפסק דין המיעוט של השופט קסאן בעניין קוק; ושיח ערכי נמהל גם בריסונו השיפוטי של השופט קנטרוביץ בחוות דעת היחיד שלו בפרשה זו. היסטוריוניות והיסטוריונים אינם מרבים לעסוק בשאלה התיאורטית של "מה היה אילו", אולם במקרה זה מתבקש לתהות, מה הייתה תוצאתו של פסק הדין בעניין קוק אלמלא מונה השופט חשין לבית המשפט העליון בחודש יולי 1948,<sup>110</sup> ומה היו השפעותיה על פסיקת בג"ץ מאותו הרגע ואילך. בהמשך

108 עניין בז'רנו, לעיל ה"ש 25. כמעמד מתן הצו על תנאי בעניין זה נקבע המשך דיון ליום 24 באוגוסט 1948; וביום זה ניתנה החלטה לדחיית הדיון ליום 14 בספטמבר 1948 (ראו תיק ב-632/1, ארכיון המדינה). אילו התרחש המעבר לבית המשפט העליון כמה ימים מאוחר יותר משהתרחש בפועל, ייתכן שעניין בז'רנו היה מוכרע בעצם בבית המשפט המחוזי בתל אביב.

109 ראשית, טרם נחקק חוק השופטים שהבטיח עצמאות שיפוטית משמעותית יותר משהייתה באותה התקופה; ושנית, לשופטים היה ידוע דבר קיומה של ועדה שבדקה את יושרם ושמסקנותיה היו עלולות לסכן את עתידם המקצועי. ראו את דבריו של השופט קנטרוביץ אצל גבריאל שטרסמן עוטי הגלימה – תולדות עריכת הדין בארץ-ישראל 231 (1985).

110 על ההחלטה על מינויו של חשין לבית המשפט העליון ראו ברון "שופט במצוקה", לעיל ה"ש 55. ברון כותב כי חשין תויג "כרביזיוניסט, אוהד ארגוני 'הפורשים' אצ"ל ולח"י" (שם, בעמ' 161)

לכך ניתן לתהות, אם תקופתו של בג"ץ בתל אביב הייתה אך אפיזודה חולפת של תעוזה שיפוטית, אנומליה שערכה השוואתי, או שמא משתרעת חשיבותה מעבר לכך. על כן בסעיפים הבאים נבקש להראות, כי הערכאה התל אביבית נחשבה בתקופתה כבג"ץ לכל דבר ועניין, ולא כתחליף שכל חשיבותו העקרונית תפקע בה בעת עם פקיעת סמכותו. מעבר לחשיבות הנתפשת כשלעצמה, נראה כי אין להוציא מכלל אפשרות שהבג"ץ המחוזי התווה בעצם את תחילתה של מסורת שיפוטית בבג"ץ הישראלי בכלל. בהתאם נציע, כי ייתכן שיש להוסיף את הממצאים על אודות בג"ץ המחוזי לגוף הידע הנוגע לפסיקתו של בג"ץ בכלל.

## 1. בג"ץ בתל אביב – חשיבותו הנתפשת בשעתו

בשלב הנוכחי נבקש להראות, שפעילותו של בג"ץ בבית המשפט המחוזי הייתה ידועה ומוכרת בעת ההיא בכל חלקי העם והשלטון. עובדה זו מעידה להערכתנו על חשיבות ועל לגיטימציה שהוקנו לפסיקת בג"ץ המחוזי. לראיה, בישיבה של מועצת המדינה הזמנית מחודש ספטמבר 1948 ראה שר המשפטים לנכון להסתמך על פסיקתה של ערכאה זו, באומרו כי "בית המשפט המחוזי בתל-אביב בסמכותו כבית-דין גבוה לצדק קבע, שתקנות-ההגנה (שעת חירום) 1945 הנן בתוקף"<sup>111</sup>. בהאירנו נקודה זו אנו מציעים, כי יש טעם של ממש לחשוב מחדש על הכרחיות מיקומו של בג"ץ בבית המשפט העליון, שנראית כיום מובנת מאליה. נתחיל אם כן בפירוט השיח הציבורי סביב בג"ץ בתל אביב, והשפעה שהייתה לפסיקה על החקיקה ועל מעצבי מדיניות. לאחריהם יימנו מקרים שבהם נשמעו הדי פסיקת בג"ץ בתל אביב בפסיקה העליונה. בסעיף הבא יתחברו הדברים לחשיבותו בדיעבד של בג"ץ בתל אביב, הקשורה למעבר של רעיונות בין שני גופי הבג"ץ הישראלי בתש"ח – המחוזי והעליון.

### השיח הציבורי

עיתונות התקופה מצאה עניין רב בבג"ץ בתל אביב, וסיקור של פעילותו נמצא בתכיפות גבוהה במגוון של עיתונים יומיים מרחבי הקשת הפוליטית (בשניוים המתחייבים באשר לגוון הסיקור, כמובין). למרות (ואולי בזכות) היותה העתירה הראשונה, זכתה פרשת קוק לסיקור נרחב בכל שלביה,<sup>112</sup> ובמחצית אוגוסט בפרט לא יכלו קוראי העיתונות שלא להיתקל בה. פסק הדין בעניין זה סוקר בהרחבה בעיתונים "הצפה", "הבקר", "חרות", "המשקיף", "Palestine Post" ועוד.<sup>113</sup> הסיקור הנרחב ליווה את בג"ץ בתל אביב גם בהמשך דרכו;

(87).

111 מועצת המדינה הזמנית א, הישיבה השש עשרה, 5.

112 "כפעם הראשונה בתולדות מדינת ישראל – הוצא 'צו על תנאי' נגד שר-הבטחון, שר המשפטים, ראשי הצבא והמשטרה בענין עצורי 'אלטלנה' ידיעות מעריב 8.7.1948, 4; "חופש הפרט יישמר במדינת ישראל – בירור בקשת 'הביאס קורפוס' ראשונה" דבר 18.7.1948, 3; "טרם נקבע מועד להמשך המשפט בענין הלל קוק" ידיעות מעריב 1.8.1948, 1; "לראש-המטה יש 'הוכחות' שהלל קוק ומרדוד בגדו אבל להביאם לדין אינו מוכן..." המשקיף 10.8.1948, 1.

113 "בית-הדין העליון אישר את מעצר קוק ומרדוד" הצפה 18.8.1948, 2; "לשאלות השעה – הצדק והחוק" הבקר 18.8.1948, 2; "השופט קסאן קרא לבי"ד לקיים > חובת כבוד ולמחוק ולעוקר

כך למשל דיווח "הצפה" ביום 18 באוגוסט על שתי עתירות שונות שהוגשו לבג"ץ וביום 14 בספטמבר על שני צווים על תנאי שניתנו בעניין הפקעות,<sup>114</sup> ו"מעריב" דיווח ביום 10 בספטמבר על עתירה של פקיד ממשלתי בעקבות פיטוריו.<sup>115</sup>

עוד יפה להיווכח במקרה שבו הביאה העיתונות בפירוט את סיפור המקרה שמאחורי עתירה מסוימת ואת טענותיו של העותר בה, אשר הביאו להוצאת צו על תנאי בעניינו. מדובר בעתירה שהגיש בחודש אוגוסט 1948 אחד איסר גולדפיין נוכח איום המשטרה הצבאית שיועבר כעציר לידי התובע הכללי המחוזי בירושלים לצורך העמדתו לדין. ירושלים הייתה נתונה אז תחת שלטון צבאי, ומלבד טענות כלליות בדבר חפותו ביקש גולדפיין את התערבותו של בג"ץ על מנת שלא יועבר לשם ועל מנת שיישפט "בפני בתי משפט פליליים או אזרחיים במדינת ישראל". פרט להתרגשות המסתמנת בעיתונות מעצם ההוצאה של צו על תנאי, שנחשבה ראויה לדיווח, מעניין לראות את אופן ההתייחסות לבג"ץ המחוזי. כך, בחלקה האחד של הכתבה נכתב כי "ביום ראשון פנה גולדפיין... לבית דין עליון", ובחלקה האחר כי

"בית המשפט העליון בהרכב השופטים ד"ר ברדקי, קנטרוביץ וקאסן וכך במקור – המחברים, קיבל את בקשת איסר גולדפיין והוציא צו, שעל (התובע הכללי הצבאי הראשי, המפקח הכללי למשטרת ישראל והמפקד הראשי של המשטרה הצבאית – המחברים), להופיע בפני בית הדין ב-24 לז.ח. ולתת טעם למה לא ישוחרר גולדפיין ללא כל תנאי ומדוע לא ימנעו מלהעבירו לירושלים ולכל מקום אחר מחוץ לתחומי מדינת ישראל".<sup>116</sup>

מן הדברים מסתמן כי בית המשפט המחוזי נתפש כבית משפט גבוה ביושבו כבג"ץ, ובהתאם נתפשו גם שופטיו כשופטים עליונים.<sup>117</sup> בעיתון בעל אוריינטציה פוליטית-רוויזיוניסטית (שבו התפרסם הקטע שהובא לעיל) בולט במיוחד האמון בבית המשפט שיגן על הפרט

מן השורש את תקנות החירום << ולשחרר העצורים" (שם, בעמ' 4); "השופט בישראל" חרות 19.8.1948, 2; "השופט קסאן: ישוחררו העצורים, יבוטלו חוקי החירום" המשקיף 18.8.1948, 1; *Court Upholds Army's Action: Kook and Meridor Stay in Detention*, PALESTINE POST; 1 (Aug. 18, 1948), at 3.

114 "אזרחים לא יובאו לדין צבאי" הצפה 18.8.1948, 3. כתבה זו דנה בפסק הדין שניתן בעניין מוגלניצקי, לעיל ה"ש 26, כמו גם במקרה של גברת טרמר (בכתבה: "קרמר", וראו לעיל ה"ש 106), שעתירתה התיירתה משהסכימה הרשות לבקשתה לרישיון יציאה מן הארץ; "צו על תנאי" בעסקי דירות" הצפה 14.9.1948, 3. כתבה זו עסקה במתן צו על תנאי בעניין קלפר, לעיל ה"ש 29.

115 "פקיד המדינה מבקש צו על תנאי נגד הממשלה – דורש שועדת המנגנון הממשלתי תגלה לו את האשמות שהובאו נגדו שלא בפניו" ידיעות מעריב 10.9.1948, 1. המקרה נדון גם בעיתון "הצפה": "בקשה מקורית של 'צו על תנאי' – מפקיד ממשלתי לשעבר שממשלת ישראל אינה רוצה להעסיק" הצפה 12.9.1948, 4.

116 ההרגשות הוספו. "סוחר מערער על צו צבאי להעבירו למשפט מת"א לירושלים – דורש שיישפט בבי"ד של מדינת ישראל" המשקיף 9.8.1948, 4.

117 על הכרה מובלעת בזהות המוסדית בין שתי ערכאות הבג"ץ גם בפסיקת בית המשפט העליון, ראו להלן ה"ש 126 ואת הטקסט הסמוך לה.

מפני השלטון ומפני נציגיו, אשר העיקרי שבהם – התובע הכללי של צה"ל – שימש עד לא מכבר התובע הכללי של ארגון ההגנה.

הדוגמאות המייצגות שבחרנו להביא כאן מראות אם כן, שהעיתונות הפגינה עניין מתמיד בפעילות בג"ץ לאורך כל שלבי העתירות – החל מהגשת הבקשה למתן צו על תנאי ועד למתן פסק הדין הסופי. מלבד העושר של הכתבות בעיתונות היומית, אפשר להצביע על התייחסות נוספת לעניין קוק<sup>118</sup> במאמר שהתפרסם בכתב העת "הפרקליט"<sup>119</sup>. בהיותו כתב עת משפטי עיקרי לזמנו, ההיגיון נותן שעצם הדיון בין דפיו בפסיקת בג"ץ המחוזי מעיד על חשיבותה הנתפשת גם בעיני משפטני התקופה.

### חקיקה ומעצבי מדיניות

את חשיבותה של פסיקת בג"ץ בתל אביב אפשר לזהות גם במקורות הקשורים למשרד המשפטים. אילו דובר במייצגי המדינה בערכאות, הרי הדבר היה מתבקש מאליו; אולם מדובר למעשה בחקיקה ובמי שעמד בראש המחלקה האחראית לה במשרד המשפטים, כמו גם בשר המשפטים עצמו.<sup>120</sup> ראשית, נראה שחוקת השיפוט שונתה בעקבות פסק הדין בעניין מוגלניצקי, כך שהושטמו ממנה סעיפים שעליהם הסתכלו שופטי בג"ץ בתל אביב "בעין לא נוחה";<sup>121</sup> כך גם הותקנו תקנות חדשות בעניין הפקעה בעקבות הצו על תנאי בעניין קלפר.<sup>122</sup> יתרה מכך, מסתבר שאפילו תקנות שעת החירום כמעט שזכו לגרסה ישראלית מקורית אשר תחליף את זו שאותגרה בעניין קוק.<sup>123</sup> שנית, אורי ירין, ראש מחלקת חקיקה הראשון במדינת ישראל, כתב כאמור ביומנו מיום 19 בספטמבר 1948 על "נצחון חלש למדי" שבו זכתה הממשלה בעניין קוק, כמו גם על העובדה ששלטונות המנדט טעו לחשוב שמעצר מנהלי הוא "אמצעי פוליטי יעיל". בתוך כך נדמה, שירין היכה על חטא בגין התמשכות הפרשה אשר הביאה לעתירתם של קוק ומרידור.<sup>124</sup> שמעה של פסיקת בג"ץ המחוזי הגיע אם כן לצמרת המשפטנים בשירות המדינה, והיא הותירה את חותמה על החקיקה.

118 עניין קוק, לעיל ה"ש 22.

119 "לשאלות השעה – הביאס קורפוס" בישראל" הפרקליט ה 129, 130 (1948) (להלן: "הביאס קורפוס").

120 ראו את דברי שר המשפטים שהובאו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 111.

121 עניין מוגלניצקי, לעיל ה"ש 26; המידע על השינוי לקוח מתוך טענות הצדדים בעניין נימן, לעיל ה"ש 4. ראו עמ' 7 לפרוטוקול דיון מיום 24.9.1948 שכותרתו "בג.צ. 1/48" [כך במקור – המחברים], תיק ב-630/1, ארכיון המדינה.

122 עניין קלפר, לעיל ה"ש 29. מדובר בתקנות שעת-חירום (תפיסת נכסים), התש"ט-1948, ע"ד תוס' ב' 87.

123 ראו הערה מס' 4 של עורכי קובץ המשפט בעניין קוק, לעיל ה"ש 22, בעמ' 310; מידע על הכוונה להתקין תקנות נמצא גם בתוך "הביאס קורפוס", לעיל ה"ש 119; ובפרט, ראוי לציין את דבריו של שר המשפטים פ' רוזנבליט (פנחס רוזן), שלפיהם "יש להניח, שהשינוי [בתקנות שעת החירום – המחברים] יבוצע תוך הימים הקרובים". ראו את פרוטוקול ישיבת מועצת המדינה הזמנית (2.9.1948), לעיל ה"ש 111, בעמ' 5.

124 ספר אורי ירין, לעיל ה"ש 93, בעמ' 49. בעניין זה ראו גם לעיל בפרק ב, בהקשר של האקטיביזם המחנך של בג"ץ בתל אביב.

## פסיקה עליונה

גם מן הפסיקה העליונה עולה המודעות הגבוהה לפעילותו של בג"ץ בתל אביב, שנוכחותה בשיח הציבורי (הכללי והמשפטי) ובקרב משפטנים בעלי עמדות מפתח בשירות המדינה הודגמה לעיל. ראיות לכך יובאו בסדר כרונולוגי הפוך, שמתחיל באזכור עניין קוק בפסק הדין של בג"ץ בעניין אל-כרבוטלי.<sup>125</sup> במקרה זה הכיר בית המשפט בכך שעניין דומה לזה שלפניו נדון לפני כן בבית המשפט המחוזי ביושבו כבג"ץ, ואף אזכר את פסקתו.<sup>126</sup> לאזכור זה נוסיף את פסק הדין בעתירה הראשונה שהוגשה לבית המשפט העליון, בעניין נימן.<sup>127</sup> פסק הדין נסב כאמור סביב שאלה משפטית דומה לזו שנדונה קודם לכן בעניין מוגלניצקי בבג"ץ בתל אביב.<sup>128</sup> הנשיא זמורה לא חשף בגוף הפסק כל השפעה או אף אזכור של הפסיקה הקודמת; ואולם עיון בתיק בית המשפט מראה שיש בו עותק של פסק הדין בעניין מוגלניצקי, שפסק דין זה הוזכר בטענות הצדדים, וכי אף הנשיא זמורה עצמו כלל אותו ברשימותיו.<sup>129</sup>

נקודה נוספת הנוגעת לפסיקה העליונה היא מעבר של תיקים מבית המשפט המחוזי לבית המשפט העליון. כפי שציינו לעיל, עתירות לבג"ץ בתל אביב הוגשו ממש עד לפתיחת בית המשפט העליון בירושלים. מעבר הסמכות הנביע צורך להעביר גם את הדיון בתיקים. מבין העתירות שהוגשו לבג"ץ בתל אביב ושבהן ניתן צו על תנאי, לפחות שש המשיכו להיות נדונות בבית המשפט העליון.<sup>130</sup> חשוב לציין שהדיון בעתירות אלו לא החל מחדש בירושלים, אלא המשיך מן הנקודה שבה נפסק בתל אביב. הדברים אמורים גם בעתירה שהדיון בה התחדש רק בשלהי שנת 1949, ולא רק בעתירות שרציפות הזמן בהן הייתה עשויה להשפיע על ההחלטה להמשיך בדיון.<sup>131</sup> עובדה זו מראה הכרה מובלעת בזהותם של שני מוסדות הבג"ץ – המחוזי והעליון.

125 עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 58.

126 לעניין תק' 111/4 (4) לתקנות שעת החירום, לעיל ה"ש 51, ציין השופט אולשן כי "היתה לנו מידת מה של היסוס בטרם הגענו למסקנתנו לרגלי פסק-הדין בבג"צ 1/48 (ת"א)... אולם לאחר עיון נוכחנו כי אין הוא עשוי למנוע את מסקנתנו". בתוך כך פירט השופט אולשן על חוות הדעת של הנשיא ברדקי ושל השופט קנטרוביץ בעניין קוק, לעיל ה"ש 22 (עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 15-16; מקור הציטוט בעמ' 15). לעניין תק' 111/1 (1) התייחס השופט אולשן גם כן לחוות דעתם הנפרדות של השופטים, תוך עמידה על כך שהשאלה הספציפית שלפניו לא נענתה במישרין על ידיהם (עניין אל-כרבוטלי, שם, בעמ' 11).

127 עניין נימן, לעיל ה"ש 4.

128 עניין מוגלניצקי, לעיל ה"ש 26.

129 תיק ב-630/1, ארכיון המדינה. ראו גם לעיל ה"ש 76 והטקסט הסמוך לה.

130 את פירוט התיקים, ראו לעיל בה"ש 29. יוער כי העברת התיקים לא נעשתה באופן גורף, כי אם בהתאם לבקשת הצדדים.

131 עניין גבריאלי, לעיל ה"ש 29.



## 2. בג"ץ בתל אביב – חשיבותו בדיעבד: תחילתה של מסורת שיפוטית?

בסעיף הנוכחי נבקש להצביע על סיבה נוספת לכך שתקופתו של בג"ץ בתל אביב ראויה להכרה, והיא האפשרות ששם החלה להתהוות מסורת שיפוטית אשר תלווה את בג"ץ למושבו בירושלים. הנחה מקדמית לדיון היא, כי יש היגיון להפרדה בין הפסיקה של בג"ץ המנדטורי ובין פסיקתו של בג"ץ הישראלי. ברי כי בחילופי המשטר כשלעצמם לא היה כדי להנביע מהפכה משפטית או אפילו תמורה הכרחית, ובוודאי שלא הוצב חיץ מוחלט בין המשפט הקודם למשפט הנוהג מאותו הרגע ואילך; די אם נזכיר בהקשר זה את סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948.<sup>132</sup> יובהר אם כן, כי איננו טוענים שבג"ץ בתל אביב יצר מסורת שיפוטית יש מאין, במנותק לחלוטין מהשפעות קודמות; טענתנו היא כי שופטיו היו הראשונים לגבש גישה שיפוטית ותורת משפטית בשאלות בג"ציות במסגרת הריבונות המדינית והמשפטית הטרייה וכן במנותק מערכאת הערעור של מועצת המלך שבלונדון.<sup>133</sup> בתפישתנו את שנת 1948 כנקודת מפנה, אנו מצטרפים בעצם למסורת מחקרית הנוגעת לבג"ץ, שהתיקוף הנוהג בה מתחיל עם קום המדינה.<sup>134</sup> נוסף על כך אנו מציעים שתי סיבות מרכזיות להתייחס לעצמאות המדינית כנקודת מפנה שהיא גם נקודת אפס עבור המשפט הישראלי, לכל הפחות לענייננו. ראשית, צידה השני של הוראת החוק שבסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, שעניינה הכללי הוא שימור הדין הקיים, הוא כי עמדה לשופטים אפשרות לשינוי.<sup>135</sup> מכך ניתן ודאי להקיש גם לעניין אופן השיפוט ולנטיותיהם השיפוטיות, ועניין קוק<sup>136</sup> מדגים היטב את הבחירה שעמדה בפני שופטים: להמשיך ולהסתמך על הפסיקה המנדטורית, או לבחון את התקנות – כפי שהציע השופט קסאן – דה נובו, על רקע תום המנדט. שנית, אולי כפן נוסף של הסיבה הראשונה, בתש"ח השתנה הרכבו של בג"ץ בצורה משמעותית ביותר מבחינה לאומית. בעוד שבזמן המנדט ישב בדין בבית המשפט העליון

132 ראו להלן ה"ש 135. להרחבה על האפשרות שלפיה שיח הזכויות החוקתיות התאפיין לפחות במידה מסוימת של המשכיות במעבר בין מנדט למדינה, ראו לחובסקי, לעיל ה"ש 8.

133 ראו לעיל ה"ש 13.

134 ראו, למשל, להב "העזו והמשרה", לעיל ה"ש 1; חריס, לעיל ה"ש 9; אך השוו לחובסקי, לעיל ה"ש 8.

135 ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט קבע כעניין של עיקרון כללי, שהמשפט שהיה קיים בארץ-ישראל המנדטורית הוא שיחול במדינת ישראל עם הקמתה; עם זאת הסעיף גם מכיר באפשרות לחרוג מהמשפט שנהג עובר להקמת המדינה, בין השאר כאשר התמורה מתחייבת משינויים הנובעים מהקמת המדינה. על שתי גישות כלפי לכידות תקדימית בשנותיה הראשונות של המדינה, ראו יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון – הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161, 167-172 (2000).

136 עניין קוק, לעיל ה"ש 22.

(ומכאן גם בג"ץ) שופט יהודי יחיד,<sup>137</sup> כעת היו כל שופטיו של הבג"ץ בני הלאום היהודי.<sup>138</sup> גם בהיבט זה עניין קוק מדגים בצורה חזקה את האופן שבו אידיאולוגיה עשויה לחלחל בפסיקה, ומוכן כי חל שינוי אידיאולוגי עם חילופי הגברי בבג"ץ.

בסעיף הקודם הראינו כי בג"ץ בתל אביב היה בעל נוכחות חזקה בתודעה הציבורית והמשפטנית. נובע מכך בסבירות גבוהה, שאף השופטים העליונים נחשפו לפעילותו של בג"ץ בתל אביב, גם מחוץ לכותלי בית המשפט. יתרה מכך, המעבר הפיזי של תיקי בית משפט בין הערכאות הביא לכך שהערות השופטים המחוזיים (וכיוצא בהן) עשו את דרכן לבית המשפט העליון ולעיניהם של שופטיו. גם במקרים אלו ניכר, כי בית המשפט הכיר את גישתם השיפוטית של שופטי בית המשפט המחוזי בתל אביב ככובעם כשופטי בג"ץ הראשונים בישראל; ואכן, הפוטנציאל העקרוני למעבר של רעיונות בא לידי ביטוי בפועל בפסיקה – בין אם בצורה גלויה (כפי שראינו בעניין אלי-כרבוטלי) ובין אם בצורה סמויה (כפי שראינו בעניין נימן).<sup>139</sup>

מן הכתוב לעיל עולה תהייה, אם נודעה לפעילות השופטים המחוזיים השפעה על פעילותו של בג"ץ בהמשך. תהייה זו מתחדדת נוכח הוספה לתמונה של קשר פרסונלי בין המוסדות, אשר בא לידי ביטוי במעבר שופטים ביניהם ובהיכרות כללית בין משפטנים בישראל של תש"ח. כפי שעולה גם מדברינו בפרק א לעיל, מבין ששת השופטים שישבו בדין בבג"ץ בתל אביב מונו שלושה בהמשך לבית המשפט העליון – ש"ז חשין, משה זילברג והרצל רוזנצווייג (האחרון במינוי זמני).<sup>140</sup> אשר לשופטים אלו, אין סיבה להניח שהם לא נטלו באמתחתם את רוחה של הכרעת בג"ץ המחוזי כאשר הם עלו לירושלים. נדבך נוסף של הפן הפרסונלי קשור לאופייה של קהילת המשפטנים היהודיים בארץ ישראל, ובהמשך במדינת ישראל. גבריאיל שטרסמן סיפר, כי השופטים אגרנט ולנדוי – לימים נשיאו השלישי והחמישי של בית המשפט העליון – כיהנו בבית המשפט בחיפה יחד עם השופט קסאן, ואף הביא את דבריו של לנדוי שלפיהם חנך אותו קסאן בבית משפט השלום המנדטורי בעת שהצטרף

137 השופט גד פרומקין, שהיה השופט היהודי היחיד בבית המשפט העליון המנדטורי, לא מונה למערכת השיפוט הישראלית במעבר בין מנדט למדינה. על פרשה זו, ראו נתן ברון "הכבוד האבוד של השופט העליון – פרשת אי-מינויו של השופט גד פרומקין לבית המשפט העליון בישראל, חלק א" קתדרה – לתולדות ארץ ישראל ויישובה 101, 151 (התשס"ב); אבירם שחל "בין הארזים לאזובי הקיר – גילויים חדשים בפרשת אי מינויו של השופט גד פרומקין" קתדרה – לתולדות ארץ ישראל ויישובה 149, 105 (התשע"ד). לגרסתו של פרומקין בנוגע לאי-מינויו, ראו פרומקין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 474; וכן נתן ברון "הכבוד האבוד של שופט העליון – פרשת אי-מינויו של השופט גד פרומקין לבית המשפט העליון בישראל, חלק ב" קתדרה – לתולדות ארץ ישראל ויישובה 102, 159, 167 (התשס"ב).

138 לפי רון חריס, השאיפה להמשכיות במערכת השיפוטית הייתה "בלתי מעשית" ליישום בהקשר של בית המשפט העליון; חריס, לעיל ה"ש 9, בעמ' 70. בהקשר זה ראוי להזכיר את הסיפור החשוב שמספר אסף לחובסקי על גיוון בין שופטי בית המשפט העליון המנדטורי, אם כי בעובדה זו אין כדי להפחית ממשמעות השינוי שבהחלפתם בשופטים יהודיים-ישראליים: Assaf Likhovski, *Law and Identity in Mandate Palestine* 61-83 (2006).

139 עניין אלי-כרבוטלי, לעיל ה"ש 58, וכן עניין נימן, לעיל ה"ש 4, בהתאמה.

140 על רוזנצווייג, ראו לעיל ה"ש 18.

לשיפוט.<sup>141</sup> מתוקף היותה של קהילת המשפטנים – ועל אחת כמה וכמה השופטים – קטנה וכנראה גם הדוקה, אנו מבקשים להציע שמעבר של רעיונות היה אך טבעי בה.

### 3. מה בין מציאות חלופית ומציאות אמיתית?

מן הדברים שהובאו עד כאן עולים טעמים חזקים לבחינת פסיקתו של בג"ץ בתל אביב במסגרת הכוללת של פסיקת בג"ץ הישראלי. בבג"ץ המחוזי נדונו עניינים הרי גורל, שזכו לעניין מצד השלטון ושעקבותיהם ניכרים בפסיקת בג"ץ בהמשך. בה בעת נדונו בו עניינים חשובים פחות, שזכו על אף הטריטוריאליות שבהם לסיקור תקשורתי אדוק. בפרט חשובה ההשפעה המרסנת שהייתה לבג"ץ בתל אביב על רשויות השלטון, משום שגם בה יש כדי להעיד על מעמדו הנתפש באותה העת, ומשום שבמסגרת זו נקרא השלטון לראשונה לעשות סדר צורני במעשיו. תכונה חשובה זו של הבג"ץ התל אביבי תמצא בהמשך את ביטויה באלמנט המחנך אשר יוחס במחקר לפסיקת בג"ץ העליון בשנים המעצבות.<sup>142</sup> אין זה מן הנמנע, אם כן, שבג"ץ בתל אביב לא רק נתפש כמוסד חשוב בזמנו, אלא שאף החל להתעצב בו מזדום הפסיקה שיאפיין את בית המשפט העליון ביושבו כבג"ץ בשנים המעצבות.<sup>143</sup>

### סיכום ומסקנות

במאמר זה ביקשנו להאיר על תרומתה של התקופה שבה ישב בג"ץ בבית המשפט המחוזי לחקר בג"ץ הישראלי בכלל. כפי שהדגמנו, התאפיינה פסיקתו של בג"ץ בתל אביב באקטיביזם מחנך, אשר נודעה לו השפעה מרסנת על רשויות השלטון. בהקשר הזה יש לבחון ולהעריך את פעילותו של בג"ץ בתל אביב לא רק תוך התחשבות בנסיבות שבהן פעל, אלא גם במגבלות הפרגמטיות שהיו מוטלות על פעילותו. יפים לכך דבריהם של אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שלפיהם ציות לצווי בית משפט "מותנה בנכונותה של הרשות המבצעת לעשות כן".<sup>144</sup> בית משפט זה הכיר בגבולות יכולתו המשתרעים עד למסגרת שלטון החוק הפורמלי, ובהתאם הכירה הרשות המבצעת בסמכותו לפקח עליה ובלגיטימיות של פסיקתו, עד שהיא הכווינה את פעולותיה לפי המותווה בפסיקה (ואף לנוכח אפשרות של הוצאת צו על תנאי). נוסף על האקטיביזם המחנך, ניכרים בפעילותו של בג"ץ בתל אביב ניצנים של שיח ערכי, מהותי וליברלי. באורח מפתיע, אפשר לזהות בפסיקתו גם אקטיביזם שיפוטי של ממש, הגם שבדעת מיעוט; ובכל מקרה, מעניינים המאבקים התורת משפטיים בין שופטיו של בג"ץ המחוזי על גבי דפיו של פסק הדין בעניין קוק. אם נחזור לאפקט המרסן של בג"ץ, הרי פרשה זו הסתיימה אומנם באישור הפעולה השלטונית, אך העבירה במקביל מסר בדבר השקפתם של השופטים בנוגע למעצר.<sup>145</sup> כך, בדומה לפסיקת בג"ץ בירושלים בהמשך, חונך המנהל הציבורי להקפדה על קיומו של שלטון חוק פורמלי.

141 שטרסמן, לעיל ה"ש 109, בעמ' 37, 57.

142 קידר, לעיל ה"ש 1.

143 ראו גם את הדברים שלעיל בה"ש 90.

144 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 88, בעמ' 236.

145 ראו את פסיקת ההוצאות בעניין קוק, לעיל ה"ש 22, בעמ' 318.

ימיו של בג"ץ המחוזי היו קצובים מלכתחילה. מעבר הסמכות לבית המשפט העליון לכשיפתח נקבע מראש בסעיף 2(א) לפקודת בתי משפט (הוראות מעבר),<sup>146</sup> ובמהלך החודשים יוני-יולי 1948 גובש כבר הרכב שופטי.<sup>147</sup> אשר על כן, מעבר הסמכות כשלעצמו אינו גורע מחשיבותו הנתפשת של בג"ץ בתל אביב בעת פעילותו. חשיבות זו הודגמה לאורך המאמר, יחד עם הזיהוי המוסדי בין בג"ץ המחוזי ובג"ץ העליון בעיני בני התקופה. בהתאם ביקשנו להציע, כי ייתכן שאופן הפעילות השיפוטית בבג"ץ הישראלי החל להתעצב עוד בתל אביב. אנו סבורים, כי ראוי להרחיב את בחינת פסיקתו של בג"ץ כך שתכלול גם את פרק זה בתולדותיו. אין לשלול שקיימת המשכיות בין שתי ערכאות הבג"ץ הישראלי בתש"ח, שמשתרעת מעבר לפן המוסדי-פורמלי כשלעצמו, בין היתר בזכות מעבר של שופטים ושל רעיונות ביניהן. גם מהיבט זה חשובה ההיכרות עם פסיקת בג"ץ המחוזי. בפרט, ראוי שיינתן לבג"ץ בעניין קוק ולבג"ץ בעניין מוגלניצקי מקום הכבוד שלו הם זכאים, הן משום הימנותם עם העתירות הראשונות בהחלט לבג"ץ הישראלי, הן בזכות ייחודם ביחס לתקופה. פסקי דין אלו, בצירוף מכלול הפסיקה של בג"ץ בתל אביב, מוכיחים שתורת המשפט של שופטי בג"ץ בתל אביב ונכונותם להגן על הפרט ועל זכויותיו מפני פגיעות מצד השלטון לא נפלו מאלו של חבריהם-ממשיכיהם בבית המשפט העליון. על כן, אנו סבורים גם כי יש טעם של ממש לחשוב מחדש לאורם על הכרחיות הזיהוי של בג"ץ עם בית המשפט העליון.

---

146 לעיל ה"ש 19.

147 ברון "שופט במצוקה", לעיל ה"ש 55, בעמ' 82.

