

המסורת הגרמנית של בית-המשפט העליון בישראל

מאת
עליז צלבנגו, פניה עוז-צלבנגו*

למייל זמורה-כהן ולחים כהן מוקדש מאמר זה בהוקרה ובידודות.

"כלום צריך להעיר כי נפשי סולחת מהאורפנה החזירה לחדר אל תוך חזרי חזרים של שופטים ולגלוות ממש סודות, שברובם אינם אלא סתם רכילות?... אך נכון הדבר: מזמן עוסקים משפטנים סוציאולוגיים בניהזה המעטן הנפשי, התורשתי, החברתי והפוליטי של שופטים... אך גם הת העסוקות זו בנפשו ובמניעיו הבגתני מודעים של השופט - להבדיל מעין במשיח וביצרותו - עניין עדין הוא. יש בה מסמנים של אותה חזירה אל תחום הפרטיות של השופט, שאינה נראית לי רצואה".

אלפרד ויתגן "מעולם של שופט". מתחיך דבריס שנישאו נטקס הענתקת

פרופץ צלטנר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, 18 במרץ

.1980. עיוני משפט 2 (תש"ט-תש"ס) 531-532.

מבוא

- א. השופטים ה"גרמניים" של בית-המשפט העליון בישראל
- ב. שונות החניות בוימאר
 1. רפובליקת ויימאר והמשפטנים היהודים
 2. שמרנות, איפוליות, פורמליות וערבים
- ג. השפעת גרמניה על פסיקות בית-המשפט העליון – בחינה סטטיסטית
- ד. העבר הגרמני ופסק הדין בעניין ירדור
- ה. ליברליים, "מדינה חוק" ו"ציבור נאור"
- ג. במקום סיכום

* מרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ומרצה בחוג להיסטוריה כללית באוניברסיטת חיפה. ברצונו להודות לשופט חיים כהן, לפרופסור פניה לתב, לפרופסור עדי פרוש, לד"ר דונן שמיר ולמערכת כתבי-העת עיוני משפט על העורתיות לגרסאות קורות של מאמר זה. השופט משה לנדיי הצבע על טעויות בדיוננו, ויבוא על התורה. חן לעדי שיינמן וליהודה וייניצקי על עורתם המועילה והגבונה באיסוף הנתונים למחקר זה.

מבוא

מאמר זה עוסק בסיפורה הколоקטיבי של קבוצת אנשים שנולדו או התהנו בגרמניה בשנים הסוערות של רפובליקת וימאר, באו ארצה בשנות השלושים, עם עלית הנאצים, ומיצאו עצם ממלאים תפקיד מרכז בייסודה ופיתוחה של מערכת המשפט בישראל, ובמיוחד בניתוב דרכו של בית-המשפט העליון, אף שבשנים האחרונות התעורר עניין בהיסטוריה של המשפט הישראלי, ואך הניב פידות מרתקים – כך בכתב, למשל, על היסטורית האנגלו-אמריקאית של בית-המשפט העליון, ובוקר על השפעתו של השופט שמעון אגרנט על המשפט הישראלי¹ – טרם ניתנה דעתם של חוקרים לסיפורם של היקים (כפי שכונו העולים יוצאי גרמניה בארץ-ישראל ובמדינת-ישראל) בבית-המשפט העליון, למסורת שהביאו עימם מגרמניה ולהשפעתה על תורת המשפט הישראלי.

בעשורם האחרון עבר על מדינת-ישראל תהליך שנייתן לבנותו משפטיזציה. המסורת של תנუת העבודה משנות עיובאה של המדינה, שהתייחסה בפחות כבוד לפניה לעורכות שיפוטיות, עברה מן העולם. בית-המשפט, והמשפט כמושג, נהפכה לטוסדות חברותיים ופוליטיים מן החשובים בארץ. מעל לכל מודרך בית-המשפט העליון כאחת הרשות הדומיננטיות של המשטר הישראלי. הוא נע לעמדה מרכזית בהליכים של קבלת האכזריות הציבוריות בחברה, תוך גילוי מידת תקדים של מעורבותם בפעולות של הזרעות האחרות של הממשלה. כך גם נתקף בית-המשפט העליון למועד סקרנותו של ציבור רחוב ולבת-עינה של התקשרות.

התסביר לשינויים אלה עודנו בגדר חידת. רשות שיפוטיות מצויות על-פי רוב במצב של חולשה אינהרכנית², והוא ניתן לצפות שבאראז, במצב של היעדר חוקה כתובה המבטיחה עצמאות של הרשות השופטת ושפיטה, יהיה בית-משפט עליון שבריריו אף יותר מאשר בנסיבות אחרות. מסתבר שאין הדבר כך, ובוחנה של תגבורות המחוקקת והרשות המבצעת על כוחו הוגרל של בית-המשפט העליון מוליפה למסקנה שונה. לא רק שרשויות אלה לא נלחמו ברצינות במעמדו המתחזק של בית-המשפט העליון, הן גם האzielו במהלך השנים עוד ועוד סמכויות לבית-המשפט וחיזקו את עצמותו המבנית.³ במאמר זה איננו מבקשים להציג פתרון מקיף לחידת מעמדה האיתן של הרשות השופטת בישראל, אך אנו סבורים שהצעה בהיסטוריה של המשפט הישראלי בכללו, ובפרק ג' כי שלה בפרט, עשויה לספק רמזים מעוניינים למחקר בסוגיה זו.⁴

1 ראו בעיקר פניה להב "העווז והמשרה: בית-המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" *יעוני משפט* יד (1989) 479.

2 Alexander M. Bickel *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Indianapolis, 1962).

3 על עצמאות מבנית של הרשות השיפוטית ראו עלי ולצברג, מאמר ביקורת על ספרו של שמעון שטרית "המשפט והמשפט בישראל: A Study of the Israeli Judiciary" (תשנ"ה) 535.

4 על הסבר מסווג אחר לעצמאות הרשות השופטת, פרי הגישה הכלכלית למשפט, ראו:

הענין הנobar בהיסטוריה של המשפט הישראלי מזדק לא רק בשל הרצון לחקור את דרכם של המשטר והשחית הציבורי הישראלי בעשורים האחרונים. ישראל, כמוינה צירה המאגדת קבוצות שונות ברקען האתני והתרבותי, היא קרקע מצוינת למגוון מחקרים אמפיריים ותיאוריים חברתיים ותרבותיים. סיפורם של היקים בבית-המשפט העליון עשוי להעשיר את הדיון בשאלות כגון מהי תרבות משפטית, כיצד היא נוצרת, כיצד עוברים רעיונות מתרבות אחת לאחרת, מהם המנגנון של ביריה והטיה הפעילים בעת מעבר כזה, מהו מעמדם של שופטים בחברה ומהו תפקידו המוסדי של בית-המשפט העליון ויחסיו עם הרשותות האחרות. מחקר השדה שביקשנו לגוזר ממנו עשויים לתרום לשינויים נרחבות יותר המכוננות לשאלות אלה.

נפתח את המאמר בסיטטיקה של נוכחות השופטים היקים בcourtroom העליון ובכיגריפות שלהם (פרק א), ונתחקה אחר עברן הגרמני של הנפשות הפועלות העיקריות (פרק ב), לאחר מכן נפנה לבחון את השפעתם של השופטים היקים על תורת המשפט הישראלית. זאת געשה בשלוש רמות בדיקה שונות – בדיקה סטטיסטית של הפניות למשפט ולתרבות הגרמניים (פרק ג), ניתוח של אחד מפסיקי-הדין המפורסמים בהם בא ידי ביטוי הüber הגרמני, האישי והקובלקי, של שופטי בית-המשפט העליון; פסק-דין ירדור (פרק ד), ובcheinה של כמה טביעות-אצבע נסתורות של התרבות והחינוך הגרמניים על עולמה הלשוני והמושגי של תורת המשפט הישראלית (פרק ח). נחתום בתוכנה נספת שיש בה, אולי, כדי לזרות או על החידה הגודלה בדבר מעמדו של בית-המשפט העליון הישראלי בזמנו (פרק ו).

א. השופטים ה"גרמנים" של בית-המשפט העליון בישראל

מעניין שעד היום לא הייתה כמעט התייחסות להשפעות הגרמניות על בית-המשפט העליון שלנו.⁵ עובדה זו בולטת במיוחד לעיני מי שבחן את הרכבו האישי של בית-

Eli Salzberger "A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We Have an Independent Judiciary?" 13 *International Review of Law and Economics* (1993) 349

5 קיימות בספרות התייחסות מעות וכליליות למדי לתרומות של בעלי מרכז-אירופה למערכת המשפטית: שלמה אראל ה"יקום" – חמישים שנה עליה (תרגום דבר קוסטלון מההדורות הגרמנית, ירושלים, תשמ"ו); יואכ גלבר מולדת חדש: עלית יהורי מרכז אירופה וקליטתם 1933–1948 ירושלים, 1990) 447–449. דברים מעניינים הנוגעים בעקביפין בדיננו מובאים במאמרו של יורם שחר "יומנו של אורן דין" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 537–557; ואילו אליקים רובינשטיין, בספרו המועיל שופט-ארץ: לראשותו ולדמותו של בית-המשפט העליון בישראל (תשמ"א) 141, טוען דוקא כי "דברם של השופטים קשורים לחוג ותרבות המורח-אירופית היהודית, לרבות... חלק מיזמי גרמניה, שהוריהם עברו לגרמניה מרותה ומפולין". גישתו, כפי שນבהיר, שונה.

המשפט העליון בשנותיו המוקדמות והמעכבות. אי-אפשר לא להבחין בנסיבות היקות בשורותיו, המסתכמת לעיתים ב-50% מכלל השופטים, ובאה לידי ביטוי הן במספר השופטים יידי גרמניה והן במספר חניכי האוניברסיטות הגרמניות. לברית נוכחות זו הסתייענו במחזור הדצני-ילמיצה המשוער בכפרו של שלמה אראל לקביעה "מי גו יקה": מי שהתחנן במוסדות חינוך גרמניים ויזדע להגנת את תנועות "אומלאות" כהלה⁶, עם זאת חשוב להדגיש שМОוחה העגה יקה, עם כל האסוציאציות המליעגות וגם האווראות שהברתו אליו במילון הסלנג העדתי היהודי, שימש להדחתה המוחלטת של המלה הקשה גרמנית. די אם נזכיר שתכונות יקיות שצינו בדור-כלל בהוו היישראלי, בחערכה ובחייבת מילגלת מעט, כמו קפדיות וזקירות, אין אלא ת薨ת-פוזיטיב של תוכנות גרמניות מORTHODOX ומחודדות בפןתיאו-אטיפים הלאומיים.

מקור הויהו הרווח בין העליה היקית ומקצועות המשפט מקשו בסוציאולוגיה של היהודים ברפובליקת ויינאר. לימודי המשפטים, לצד הרפואה, משכו רבים יהודים גרמנים בשנות העשרים ובראשית שנות השולשים. בעיר גודלות כברלין או פרנקפורט היג, עבר עלייתו של הייטלר לשטן, יותר מ-40% יהודים מכל עורך-הידן. משפטנים יקרים רבים עלו לארץ בשנות השלושים, אם כי רבים מהם נטשו את מקצועם, לפחות זמנית, בשל קשי שפה, מהMOREות העמידה בבחינות רישיון וסירובה המכעת מוחלט המנדט לקלוט משפטנים יהודים במשדרה. העולים שהתגרבו על קשי הקליטה ועל הפיתוי להיות לחלוצים חקלאיים פנו איפוא לפרקטיות.⁷ שופטים יהודים ככלל היו חזון לא-ינפרץ בתקופת המנדט: גד פרומקין היה היחיד בבית-המשפט העליון המנדטורי, ומה שנדוי היה אחד היהודים המעטים שכיהנו כשופטי שלום.⁸

מצב זה השתנה עם הקמתה של מדינת-ישראל. שר המשפטים הראשון, פליקס רוזנבליט (Felix Rosenblüth), הלא הוא פנחס רוזן, היה יליד ברלין וחניך אוניברסיטת פריבורג ונברלין, במעטן המייסדים של משרד המשפטים, שהתרכו סביב רוזן באביב ובקיין של שנת 1948, פעלו גם אורי ידין (Rudolf Heinsheimer), יליד קרלסרוהה ותניך אוניברסיטת ברלין, שתתמנה לראש מחלקת המשפטים של משרד המשפטים, והיים הרמן כהן (Cohen), פרקליט המדינה הראשון, שלמים התמנה ליועץ המשפטי לממשלה, לשר המשפטים ולשופט בית-המשפט העליון. גם משרד של מבקר-המדינה הראשון, זיגפריד מוס (Moses), יליד לאוטנבורג ותניך ברלין, היה מאושץ כמעט כולם ביוצאי גרמניה. רוזן אחראי למינויים רבים של יוצאי גרמניה בצוות המשפטית, הייתה, מן קומ המדינה, משופעת בזקם. בערוב ימיו אמר רוזן לשלה אראל, بلا כח ושורק, כי

⁶ אראל, שם, בע' 20. הגודה זו מצטטת מפיו של חבר הכנסת לשעבר ברוך איינשטיין-אוניגת.

⁷ גלבר, לעיל הערה 5, בע' 447-448.

⁸ בסך הכל כיהנו ערבי תום המנדט עשרים ושנים שופטים יהודים בבתי-משפט שלום ובבתי-משפט מחווים מבין שיסים ואחד שופטים. ראו דיווחו של פנה רוזן בכנסת, ד"כ 8 (תש"י"א) 1176.

העדיף יקים במערכת המשפטית בשל היותם "הוגנים וומרוי חוק".⁹ הדברים נאמרו, או לפחות הובנו, כרמו לפרוfil המוסרי הקולקטיבי של מנהיגי רשות השטון האחרות, שמדוברם של רובם היה ממוחלט לנهر האודר.

לעניןינו חשוב בעיקר מינו של משה זמורה (Smoira) לנשיא הראשון של בית המשפט העליון, זמורה, ברונן, היה יליד המאה הקודמת.¹⁰ הוא נולד בשנת 1888 בקניגסברג, בפרוסיה המזרחית, למשפחה שמוצאה באוקראינה, והשכלתו ייצגה את הסינטזה היהודית-גרמנית של רבים מבני דורו. הוא למד בכמה אוניברסיטאות גרמניות – קניגסברג, פרנקפורט על המין (בהן למד שפות רבות ליקטו המוקדמת לציונות ול עברית), וכן בברלין והיידלברג (בהן למד משפטים). הוא קיבל תואר דוקטור למשפטים בברלין בשנת 1911. זמורה, כמוות ברונן, שירת בצבא הגרמני במהלך מלחמת העולם הראשונה, ולאחר המלחמה עבד כעוור משפט בברלין. שניהם הגיעו לפולשתינה בשנת 1922 והוא שותפים במשרד עורכי דין מהבולטים בארץ, רוזן בסניפו התל-אביבי זמורה בסניפו ירושלמי. זמורה היה חבר במפא"י ויועץ משפטי של ההסתדרות הכללית. מכיריו העידו על אהבתו לשירה, גרמנית כעברית: גיטה, ביאליך, רחל.¹¹

בכל הנוגע לבית-המשפט העליון, הנוכחות היקית הונצחה במידה רבה כתוצאה ממיןינו של זמורה עליידי רוזן.¹² מינו זה, כשאר המינויים עד לכינוסו לתוכף של תוק השופטים, בשנת 1953, נעשה על ידי הממשלה הזמנית ואושר על ידי מועצת המדינה הזמנית בהצעה חשאית. השפעת המינוי הייתהגדולה למרות פרישתו של זמורה מבית- המשפט העליון, מטעמי בריאות, בשנת 1953, חמישה שנים בלבד לאחר מינו.

בין חמישת שופטיו הראשונים של בית-המשפט העליון היו שני יקים: הנשיא זמורה, ומנחם דונקלבלום (Dunkelblum). שנולד בשנת 1889 בקרקוב, או בגליציה האוסטרו-הונגרית, ולמד באוניברסיטאות קרקוב ווינה. דונקלבלום בא לפולשתינה בשנת 1919, היה מקורב לציונים הכלליים וכיהן כיועץ משפט להנהגת התנועה הציונית ולעיריית תל-אביב. הוא נפטר בעת כהונתו, בשנת 1951. לצדם של זמורה ודונקלבלום מונו

⁹ אריאל, לעיל העירה 5, בע' 187. רשם דומים מצוטטים אצל גלבֶר, לעיל העירה 5, בע' .447.

¹⁰ הנתונים הביוגרפיים של שופטי בית-המשפט העליון לקוחים מספרי הויכרון וכן הרשימות הביוגרפיות והאוטוביוגרפיות המפורטים בהערות יהשווים שלhallen, וכן מהמקורות הבאים: Peretz Cornfeld (ed.) *Palestine Personalia* 1947 (Tel Aviv, 1947); ישראל בן-זאב (עורך) מי ומי בירושלים: אישים בבירה (ירושלים, תשכ"ה-1965); Who's Who in Israel 1968 (Tel Aviv, 1968); Who's Who in World Jewry: A Biographical Guide (1972); I.J. Carmin Karpman (ed.) *Who's Who in World Jewry: A Biographical Dictionary of Outstanding Jews* (1972); Robinsohnstein, לעיל העירה 5.

¹¹ השו י' בר-שרה "משה זמורה ויל" הפרקליט יה (תשכ"ב) 96-96יג.

¹² על מינו זה והחשש שנוצר למשמעותם עקב היותו של זמורה שותפו של רוזן, ראו רובינשטיין, לעיל העירה 5, בע' 59-66.

ב הרכב הראשון שני חניכים של אוניברסיטות בריטיות ואמריקאיות – יצחק אולשן ושייאור זלמן חסין,¹³ וושאפט נסוף שלא היה משפטן – הרב שמחה אסף. מאון זה בין חניכי האסכולה האנגלוא-אמריקאית לבין חניכי האסכולה הגרמנית נשמר במיניותם הבאים לבית-המשפט, ומתקבל איפוא הרושם שהאיון לא היה מקרי.¹⁴ בשנת 1949 מונה השופט שמואן אגרנטן, ליד לואיסויל, קנטקי, ובוגר בית-הספר למשפטים של אוניברסיטת שיקגו, ובשנת 1950 מונה משה זילברג (Silberg). זילברג נולד למשפחה דתית בעיירה שקדוויל, בליטה, בשנת 1900, וקיבל חינוך תורני. הוא למד באוניברסיטות של מרבורג ופרנקפורט על המיין, ובזאת האחראנה סיים את לימודי המשפטים בתואר דוקטור (1926), ושם שחה עד לבואו לארץ, בשנת 1929. הוא מונה למלא מקום בבית-המשפט העליון כבר בשנת 1948, וכיון בבית-המשפט עשרים ושתיים שנים. משנת 1965 היה ממלא מקום קבוע נשיא בית-המשפט העליון.

בין חמשת המינויים הבאים, הראשונים שנעשו על-ידי הוועדה למינוי שופטים לפי חוק השופטים, תש"ג-1953, היו שלושה יקימים על-פי הגדרתנו: שני יהידי גרמניה שאומנם השלימו את השכלתם המשפטית באנגליה, ויתקון ולנדוי, וילד גלצ'יץ, שהיה חניך מובהק של מערכת ההשכלה הגרמנית, ווסמן. באותה תקופה מונו שני שופטים שמוצאים או השכלתם באנגליה.¹⁵

Յואל ווסמן (Sussman) נולד בקרקוב בשנת 1910. הוא רכש השכלה באוניברסיטות פרנקפורט על המיין, ברלין והיידלברג, בה קיבל תואר דוקטור למשפטים. לפלשתינה בא בשנת 1934, אך בשנת 1937 נסע ללימוד באוניברסיטת קימבריג', שב לארץ לעסוק בפרקтика פרטית, ונסע שוב ללימודי B.LL. באוניברסיטה לונדון, בשנת 1946. לאחר קום המדינה שירת כגן והתובע הצבאי הראשי וכשופט מחוזי בתל-אביב. ווסמן מונה לבית-המשפט העליון בשנת 1953, ועשה למלא מקום הנשיא בשנת 1970 וכיון כנשיא בית-המשפט משנת 1976 עד שנת 1980.

משה לנדי (Landau) נולד למשפחה ציונית בעיר הגרמנית הבלתי דנציג, בשנת 1912. הוא למד בגמנסיה הממלכתית, שהעניקה לחניכיה אchipה איתנה בתרבות הגרמנית, לא מעט בשל מעמדה של דנציג כמרכזת אתנית ותרבותית. לנדי נסע לאנגליה ללימוד הנדסה, אך לאחר סמסטר אחד עבר ללימודי משפט. לאחר בואו לפולשתינה, בשנת 1933, עבד כעורך דין, בין השאר במשרדו של משה זמורה, אותו הכיר עוד בלונדון, עד למינויו כצעיר שופט השלום המנדטוריים בשנת 1940. בשנת 1948 מונה לבית-המשפט המחוזי בחיפה, לבית-המשפט העליון מונה לנדי בהיותו בן

¹³ יצחק אולשן, יהודי קובנה שכילטא, שעלה לארץ בשנת 1895 ועשה את לימורי המשפטים בלונדון בשנות העשרים, ושייאור זלמן חסין, יהודי ארץ-ישראל, שלם משפטים בניו-יורק.

¹⁴ דומה שלא הייתה תושמת-לב ציבורית לאיזון העדרתי וההשכלה בין שופטי בית-המשפט העליון בשנותיו הראשונות. בשלביינו שנות התמישים נפתח דיון ציבוררי בשאלת מיינוי של שופט ספרדי (ראו רובינשטיין, לעיל הערה, 5, בע' 148–154), וייתכן שדיון זה עמעע עוד יותר את הגוונים האשכנזיים השונים.

¹⁵ יהיד אנגליה, דוד גוטמן, ויהיד ארץ-ישראל וחניך אנגליה, צבי ברנוון.

ארבעים ואחת (עוד לפניכן כיהן כשופט בפועל), ונשאר בו עשרים ותשע שנים (1953 – 1982). בשנתיים האחרונים לכהנותו היה נשיא בית-המשפט.¹⁶

אלפרד ויטקון (Witkon) נולד בברלין בשנת 1910. הוא למד באוניברסיטת של בון, ברלין ופריבורג, ובזו האחורה קיבל תואר דוקטור במשפטים. ויטקון החלים את לימודיו המשפטים בלונדון, שם בא לארץ בשנת 1934, ועסק בפרקтика פרטית. בשנת 1948 מונה לשופט מחוזי בירושלים, ובבית-המשפט העליון כיהן, לאחר כמה מינויים זמניים, משנת 1954 עד שנת 1980.

במהלך שנות השישים מונו לבית-המשפט העליון שני יקם, חיים כהן ובנימין הליוי, לצד שני שופטים מתרבויות-מצוות אחרות.¹⁷ חיים (הרמן) כהן נולד בלביק, צפון גרמניה, בשנת 1911, למשפחה דתית בעלת אילן-יוחסין רבני. בגרמניה למד בשנות 1929 באוניברסיטת מינכן, בטרם בא לראשונה לארץ בשנת 1930 כדי ללימוד בישיבת מרכז הרב ובאוניברסיטה העברית בירושלים. כהן חזר לגרמניה כעובר שנתיים כדי להשלים את לימודיו, הפעם באוניברסיטת המבורג ופרנקפורט על המיין. הוא התישב בארץ סופית בשנת 1933. מן שנת 1937 עסק בפרקтика פרטית, ובשנת 1947 הציג למחילה המשפטית של הסוכנות היהודית. בשנת 1948 מונה לפרקילת המדינה, ובשנת 1949 למנהל הכללי של משרד המשפטים. בשנים 3 – 1952 כיהן כשר המשפטים, ומיד לאחר מכן כיווץ המשפטיא למשלה. בבית-המשפט העליון כיהן עשרים ואחת שנים, מן מינויו בשנת 1960. בסיום היה ממלא-יםמו של נשיא בית-המשפט.

מיןוי גוסף של שנות השישים היה בנימין הליוי, שנולד בויסנפלו בשנת 1910. הוא למד באוניברסיטאות של פריבורג, גטינגן וברלין, ובא לפולשתינה בשנת 1933. בין השנים 1938 – 1948 היה שופט שלום בירושלים, ולאחר קום המדינה כיהן כשופט מחוזי ונשיא בית-המשפט המחוזי בירושלים. לבית-המשפט העליון מונה בשנת 1963, ופרש מכנו בשנת 1969 לקריירה פוליטית.

גם בשנות השבעים עוד היו בין עשרת המינויים לבית-המשפט העליון שלושה ילידי גרמניה. בן-ציוון שרשבסקי (Schershevski), שנולד בשנת 1907 בקניגסברג שבפרוסיה המזרחית, רכש השכלה בקניגסברג ובברלין, עליה בשנת 1934, מונה לשופט בבית-המשפט העליון בשנת 1975 וסייע את כהונתו בשנת 1977; שלמה אשר, יליד 1907, שכיהן בין השנים 1977 ו-1980; ומנחם אלון (Fetter), יליד 1923, שהתancode בישיבת חברון ובאוניברסיטה העברית בירושלים. כהונתו בבית-המשפט העליון החלה בשנת 1977 והסתיימה בשנת 1993.¹⁸

¹⁶ פרטיטים ביוגרפיים נוספים ניתנים למزاد אליקים וובינשטיין "שביל הוותב: לדרכו של הנשיא משה לנדו" במשפט ובהגשות הציונות" ספר לנדו נערcit אהרון ברק ואלינגער מוזו, תשנ"ה, כרך שני, חלק ראשון).

¹⁷ יצחק קויטר, יליד גליציה וחנוך אוניברסיטאות פולניות, ואליו מני, יליד ארץ-ישראל, שלמד משפטים באנגליה והיה השופט הספרדי הראשון בבית-המשפט העליון.

¹⁸ מאיר שмагר, גם הוא מינוי של שנות השבעים, נולד בעיר החופשית דנציג (גדנסק) בשנת 1926, אך חינוכו לא היה גרמני. גבריאל בר, מונה לבית-המשפט העליון בשנת

בxicomo של דבר, בין עשרים וחמשה השופטים הראשוניים בבית-המשפט העליון, שמננו עד שנת 1978, היו 36% ילידי גרמניה, לעומת 40% ילידי מזרח-אירופה, 8% ילידי אנגליה וארצות-הברית ו-16% ילידי ארץ-ישראל. את השכלה המשפטית רכשו 36% – אם כי לא בדיק אוטם – באוניברסיטות גרמניות, בעוד שרק 28% דכשו את השכלה המשפטית באוניברסיטאות בריטיות ואמריקאיות, 12% באוניברסיטאות מזרח-אירופה ו-20% בארץ.¹⁹ יוצאת איפואו שלילדי גרמניה ותנכיה מהווים יתרוי את הקבוצה הגדולה ביותר מקרב שופטי בית-המשפט העליון בישראל בשלוש העשורים הראשוניים לكيומו. זהה נקודת-המוצא בחיפושנו אחר טביעות-אצבע גרמניות בבית-המשפט העליון הישראלי.

ב. שנות החניכות בוויימאר

1. דפובליקת ויימאר והמשפטנים היהודיים

חלק זה של מחקרנו מתמקד, בדרגות שונות של פירוט, בשבעת השופטים העיקריים הראשוניים של בית-המשפט העליון בישראל, ממשה זמורה ועד חיים כהן. הוא נשען על כתבים אוטוביוגרפיים וביווגרפיים קצריים, מנופים ויזוגיים, מחוד גיסא, ועל מחקרים כלליים על התקופה, מאידך גיסא. הסינתזה המוצעת כאן היא חלקית ומגששת, ובכל זאת עשויה לספק תימוכין בסיסיים לניתוח ההשפעה הגרמנית בבית-המשפט העליון בישראל.

למעט משה זמורה, הייתה בן דור קודם, היו מושאי מחקרנו סטודנטים בתקופת רפובליקת ויימאר. ככל, גם זמורה, היו אנשי צעירים לפחות חלק מן השנים הסוערות של הרפובליקה. אבל חשוב לומר כאן שזמורה עזב מוקדם די הוצרך שיוכל, בנגדו לamberio, לדבר בענימה חיובית על חותמת הרפובליקה, אותה ראה כ"יאת החוקות הדמוקרטיות ביותר". הוא עשה זאת בהתבסאותו היהודית על המשפט הגרמני בפקיחתו של בית-המשפט העליון, בבג"ץ 48/5 ליאון נגד גוברניק.²⁰

עומק היהדות שספגו מושאי מחקרנו בבית הוריהם – בין אם מדובר בחינוך דתי או במסורת ובין בתרבות כללית יהודית – אינו קל לאומדן ולהשווות. הביוגרפיות נוטות להציג רקע תורני מובהק וידיעה מקיפה במשפט העברי, כמו במקרים של זילברג

1982 ופרש בשנת 1997, הוא אחרון ילידי גרמניה בבית-המשפט העליון, אך עזב את מולדתו בוגל את העשרה.

19 הסטטיסטיקה לקوتה, בשינויים הגדרתיים שלנו, מרוביינשטיין, לעיל הערת, 5, בע' 141.

20 בבג"ץ 48/5 ליאון נגד גוברניק, פ"ד א 58, 68, כתוב זמורה, בהקשר לשאלת חוקיות תקינה לשעת חירום המאפשרת הפקעת רכוש: "איננו סבורים כי מהוקק במדינה דמוקרטית אינו יכול להוציא חוק המאפשר תקנות לשעת חירום. נמצאים חוקים כאלה גם בחוקות הדמוקרטיות ביותר, למשל, בחוקה של הרפובליקה הגרמנית של גרמניה."

וכהן, אבל אין הן גנותות להבליט בתים מתבוללים. חשוב עס זאת לציין שאחד ממאפייניה של התרבות היהודית-גרמנית בשליש הראשון של המאה העשורים היהת היכולת, או לפחות השאייה, לモג בין הויקה היהודית המסורתית להשכלה כללית ולהחותש שותפות בלאום היהודי ובתרבותו. בקרב מושאי מחקרים לא מצאנו יהס – ישר או הפוך – בין עצמת הזהות היהודית לו הגרמנית. הן חיו, ברוחה של יהדות וימאר לגוניה, זו לצד זו. רוב השופטים גדלו בבתיים לאו-יהודים ציוניים. הם עלו ארץם בין השנים 1929 ו-1934 כחלק מגל העלייה מגermanיה שמחזיכתו הציונית התגבשה בזכות העיתים. חורג מכל זה משה זמורה, שעלה לאנץ' ישראל, כמוחו כפנחת רוזן, מוקדם יותר וממניעים ציוניים. חורג גם משה לנדו: משפחתו, שחיה בדנץג, אך שורשיה היו בגליציה, הייתה ציונית פעילה, ולימודיו באנגליה מתחילה לימודי הנדסה ורק אחר כך למדוי משפטים) נועדו להכשירו לעלייה לארץ' ישראל. עם זאת, בוגנשיה וממלכתית של דנץג – בעת שכבר הייתה עיר חופשית – רכש לנדו הeschלה תיכונית גרמנית למחרין, עם קוריקולים קלסייסטי ומשמעות פרוסית.²¹

כל מושאי מחקרים, למעט לנדו, למדו פרקי'זמן מסויימים בשתי אוניברסיטאות גרמניות לפחות. בראש הרשימה נציגות אוניברסיטת ברלין, בה למדו רוזן, זוסמן וויתקון, ופרנקפורט על המיין, בה למדו זילברג, זוסמן וכהן. במינכן למדו זמורה וכהן, בפריז'בורג רוזן וויתקון ובהיידלברג זמורה וzosman. וברשימה נמצאות גם קניגסברג, גיסן, מריבורג, בנן וymburg. כמובן, לא הכל למדו משפטים בכל אוניברסיטה: משה זילברג, למשל, למד פיסיקה ומתמטיקה מריבורג. חשוב גם לציין שכברם המקרים, כאמור בעולם האקדמי הגרמני, שהיו סטודנטים רק וכן קצר יחסית באוניברסיטאות השונות, וזאת על מנת ללמד אצל מיטב המורים בכל מוסד ומוסד. תואר אקדמי שלילם רק באחת מהן. כן, למשל, שה משה זמורה סמסטר אחד במינכן, שניים בהיידלברג ושלושה בגיסן, שם גם קיבל תואר דוקטור.

אם ניטול איפוא את האוניברסיטאות באתר מרכזי של שנות החנויות, הימים המעצמות-אינטלקט, שחשיבותם הובירה במיוחד בספרות הגרמנית, מגיתה ועד מוסיל, יוכל לשאל כמה שאלות-מפתח לדיננו: מה היה עלמן האינטלקטואלי והפוליטי של הפקולטות למשפטים בגרמניה באאות תקופה? אילו רכיבים בהeschלה והמשפטית הפורמלית שרכשו, ואילו רכיבים במצוות הפליטית ותת-תרבות רחבה של הרפובליקה, עיצבו במיוחד את השקפת-העלם של שופטי בית-המשפט העליון שלנו לעתיד לבוא? היקף תשובייתינו כאן לא ישתווה, כמובן, למדדי השאלות. אנו מבקשים לפתח צוהר לדין ישראלי מסווג חדש, אינטימי יותר, בירושת גרמניה הווימארית – דין של ירושים שירוסתם הושכח, ולא רק של קורבנות-בדיעבד, או להבדיל, של חוקרים שבאו מן החוץ.

המסד המשפטי והקדמי של רפובליקת וימאר, אליו פנו הצערדים היהודים מושאי מחקרים ובו קיוו רובם להשתלב, היה שילוב מעניין של יציבות ומסורת עם תסיסה ואינחת. הרפובליקה עצמה, שחוותה הליידל-דמוקרטי נסחה, בין השאר, כדי

21. רובינשטיין, לעיל הערה 16, בע' 535-531.

המשפטן היהודי הוגו פרויס, הייתה בראשיתה טרף לעוינות מצד משפטיים הסכמי ורסאי, היסוד המשפטי של הרפובליקה, נספו על גרמניה המובשת, ועל-כן הטילו צל כבד על חוקיותה של הרפובליקה, או לפחות על הלגיטimitה' המהותית שלה. היסטרيونים שכתו על הרפובליקה בתבונה-שבדיעד נוטים להציגו כשנוואת-נפשם של משפטייה; בתימשפט הקלו מאוד בעונשם של קיצונים ימניים והכובידו בעונם של סוציאליסטים וקומוניסטים. שופטים, עורכי-דין ופרופסורים התבטהו בפומבי בזולול ובתייעוב כלפי הרפובליקה וחוקתה.²² כאשר הואשם הפרופסור למשפט ביןלאומי וגס נויאסקי (Nawiasky) על ידי הנциינל-סוציאליסטים כי העז לומר שאمنت ורסאי היא חוקית, וסטודנטים הפגינו נגדו וקראו לסלוקו מן האוניברסיטה, לא נחלה איש מעמידו באוניברסיטה מינכן להגן על תוכן דבריו. אדריכלים מהם הגנו, בשם החופש האקדמי ובשלידה הולמת, על זכותו לומר אותו.²³ פרשת נויאסקי מובאת לעיתים קרובות כדוגמה מרכזית של התמונה ההיסטורית המקובלת: שופטים ופרופסורים על הכס ועל הקטדרה תומכים בימן האנטידמוקרטי, נסיבות השתקה של קולות אחרים, של ליברים ותומכי הרפובליקה. היה ניתן לצפות כי "בגידת המשפטנים" חיהק עמוק בזכרונם של משפטיים יהודים צעירים שהתחנכו בצלילה.²⁴

אך תמונה זו לוקה בתחר, ראשית, משפטיים חשובים, וביניהם גם יהודים, היו מוחים אידיאולוגית דזוקא עם השמאלי. כך, למשל, ורויות המקיפה בדיני העבודה בתקופת הרפובליקה היא פרי תפיסה משפטית-חברתית שורשית במדינת-ירוחאה של ביסמרק, אך מזגנו בה זרמים חרשים של מחשבה סוציאל-דמוקרטי. שנית, העמלה העונית כלפי חוקת הדפובליקה לא הורחבה לכלל התנגדות לשיטת המשפטית כולה. לעומתם האינטלקטואלי של המשפטנים הגרמניים, כפי שנמחיש לתלן, היה רוגע למדי. בניגוד לצורת המשטר והחוקה עצמה, סיפיקו החוק והמשפט הגרמני תחווה של יציבות והמשכיות ארכות-שנתיים, גם אם הייתה זו מסורת חדשה למדי – בדרך כלל מטירות – ופרי מאבקים ושינויים שהתרחשו כמה עשורים טנאים קורט-ילכנ.

המצוא העיקרי העולה מביקתנו את התייחסות השופטיםعلילונים ממוצא גרמני אל עברים הקולקטיבי הוא, לדיננו, מפתיע: עם כל עוצמתה של הקriseה הויימארית וועלית

22 לטקירה בלילית על הממסד האקדמי בוויימאר ראו ספרו והלטי של: Fritz K. Ringer *The Decline of the German Mandarins: The German Academic Community, 1890–Walter Laqueur Weimar: A 1993* (Cambridge, Mass., 1969) esp. ch. 4
המשפטן דראן: Heinrich Hannover and Elisabeth Hannover-Drück *Politische Justiz 1918–1933* (London, 1974) 183–189
.1918–1933 (Frankfurt am Main, 1966)

Alice Gallin *Midwives to Nazism: University Professors in Weimar Germany 1925–1933* (Macon, Georgia, 1986) 79–85

24 לתמונה כללית יותר של האנטי-سمיות בקבוצות חברתיות ובאוניברסיטאות הויימאריות ראו: Donald L. Niewyk *The Jews in Weimar Germany* (Baton Rouge and London, 1980) ch. 3

הנאצים לשלטון, שרוב מושאי מחקרים היו עדים להן, בהתייחסותיהם הציבוריות של השופטים לרפובליקת וויאסקי לא ניכרת נימה אישית במיוחה. בכתביהם אוטוביוגרפיים הודגשו דוחות נוכחות החיים בגרמניה ונעימותם. אלפרד ויתקון תיאר את חייו היהודיים הגרמניים הוותיקים והמבוססים כ"גן עדן".²⁵ משה לנדי, לדבריו לביר אורי ידין, ציין שבימי וויאסקי נפלו המחזיות כליל יהודי גרמניה התקדמות בחזביה והחלו תופסיהם עמדות מפתח בעולם האקדמיה והשלטון.²⁶ הרף הנתווגים הירודים על אודות האנטישמיות הגוברת בקרב חוגים אקדמיים בתקופת וויאסקי, גם ויתקון וגם חיים כהן ציינו כי לא היו מבשרם אנטישמיות באוניברסיטאות גרמניות. כהן, יש לתדגיש, למד במינכן, שהפקולטה למשפטים שלה הייתה מולדת הארגון של הסטודנטים הנאצינלי-סוציאליסטיים, ובה פרצה, בעבור מן קזר, פרשת נויאסקי.²⁷

בכתב אל מחברי מאמר זה מערער השופט כהן את התמונה הוויאסקית המקובלת ששורטטו בנאמנות יתרה בגיןה מוקדמת של המאמר:

"אין זה נכון שרפובליקת וויאסקי הייתה 'שנואה' עליינו. נהfork הוא: רובנו בכולנו היינו פטרויטים די נלהבים של הרפובליקה, וחסידים גדולים של חותתה. ... רובם של השופטים הגרמנים בשנות העשרים עשו מלאכתם נאמנה; ואם היו בינויהם (ביחור בدرجות הנמוכות) שהקלו עם עברייני ימין והחבירו עם עברייני שמאל – אין בכך כדי להציג מסקנה על טיבה של הרפובליקה כמדינה חוק".²⁸

גם למתקספה נגד נויאסקי, שהיסטרוירונים של וויאסקי נוטים להציגו כציוני-דרך מכיריע של הסתבות האוניברסיטאות וגסיסט הרפובליקה, נתן חיים כהן פירוש אחר: "ואשר לפרצה נויאסקי (שלהרצתאותו לא הלכנו, כי היה משומד), הרי שאלת חוקיותה של אמונה ורמי היהת שנייה במלוקת. היו רבים (גם במינכן, גם בין היהודים) שגרסו שאין היא מחייבת את גרמניה, באשר כפו אותה עליה בעלייה. לא בלתי סביר הוא שהפקולטה [למשפטים במינכן] בתרת שכזאת לא רצתה לנתקות עמדה, שהרי גם בשורתה לא הייתה תמיינות דעים. ברם, עניין זה לא גרע במאמה מעמדו הבלתי מעורער של נויאסקי – עד אשר סולק ע"י הנאצים".²⁹

25 אלפרד ויתקון "זכר ליציאת גרמניה: מדוע לא ראו היהודים את הכתובת על הקיר" (פורסם לראשונה בדבר, 11.2.1983).

26 משה לנדי "דברים לזכר אורי ידין ו'יל" ספר אורי ידין: האיש ופועלו (אהרון ברק וטנה שפנץ עורכים, תש"ז).

27 Ringer, *supra* note 22; Karl Dietrich Bracher *The German Dictatorship – The Origins, Structure, and Consequences of National Socialism* (London, 1970). 165–166.

28 ארגון הסטודנטים הנאצינלי-סוציאליסטיים הוקם בידי וילhelm טמפל בשנת 1926, פרשת נויאסקי התרחשה בשנת 1931, שנתיים לאחר שטמפל שם חיים (או רמן) כהן.

29 מכתב של חיים ה' כהן למחברים, 8 ביולי 1995.

30 שם. היגוריים הרגילים – במקור; היגוריים המרובעים – תוספת של מחברי המאמר.

עדות זו עולה בקנה אחד עם הנתונים המציבים על נוכחות יהודית מסיבית במסד המשפטי היהודי, ועם העמדה ההיסטורית המוצאת בתקופת ויימאר את עדין שנשוגה של סימביוזה יהודית-גרמנית.³¹ סטודנטים יהודים למשפטים לא חשו מנורדים או דוחקים אל השוללים במדינה בה עסקו יהודים רבים בערךת-דין כפרקטייה פרטיט ונשאו נסירות חשובות בمعدצת השיפוטית ובאקדמיה. בפרוסיה (אם כי לא בבווארייה) קיימו משפטנים יהודים למשרות בכירות בשירות הציבורי. עם הפרופסורים היהודים המפורסמים בפקולטות למשפטים נמנו קרל היינשהיימר (Heinsheimer, דודו של אורי דין) בתיאולברג, ג'יימן גולדשmidt (Goldschmidt), פריץ שולץ (Schulz) ואוננסט ראבל (Rabel) בברלין, שני האחרנים וכו בשם בינלאומיים ממשיכי אסכולת המשפט הרומי. משפטנים יהודים אחרים, ביניהם הוגו זינצהיימר (Sinzheimer) מפרנקפורט, היו שותפים לעיצוב דיני העבודה של הרפובליקה ולהוראת מקצוע חדש, וכיהנו כשופטים בתי-הדין לעבודה. מטבחם הדורחים שיכש דור בדור ומצילה ושה של משפטנים יהודים גרמניים דגם נאה לשאייפותיהם של הסטודנטים היהודיים הצעיריהם. רק קיצה של הרפובליקה וועליתו היטלר לשלטון תלטלו את רוב הצערדים הללו אל הארץ, ולימים אל חיל-החלוץ של המשפט הישראלי.³²

אם נתיחס בכוביד-ראש לעמדתם של אלפרד ויתקון וחיים כהן, עמדה שלא מצאנו לה סתיירה בכתבייהם של השופטים האמורים מושאי מחקר זה, הרי שונות הלמודים באוניברסיטאות הגרמניות של רפובליקת ויימאר לא הותירו בהם חותם טראומטי. היו אלה, ככל שידעתנו משתג, שנות חניכות יפות, שלא היו שונות במהותן מימי לימודיהם של סטודנטים רבים בזמניהם ובמקומות אחרים. את טביעות-האצבע המعنיניות אותן יש לחפש בסוגנון האקדמי ובקוריקולום של המוסדות בהם למדו ויתקון, כהן ועמיתיהם. מה היה ומה לא היה בפקולטות למשפטים שעיצבו את שופטינו לעתיד לבוא?

2. שמרנות, אַפּוֹלִיטִיות, פּוֹרְמָלִיזָם וּעֲרָכִים

רוב הפקולטות למשפטים בגרמניה היו בשנות העשרים מעוזים של שמרנות, וזאת בכמה מובנים. ראשית, המказан עצמו היה עתיק-יומין, הפקולטה למשפטים הייתה אחת משלוש או ארבע אבני-הבניין של האוניברסיטה משטר תולדותיה, ואבק השןים הוא מצער.

³¹ ראו משה צימרמן "בעיות יסוד בהיסטוריה של יהודיה ויימאר" יהודיה ויימאר: חברה במרחב המודרנית, 1918–1933 (עודד היילברונר עורך, תשנ"ד) 18–53, וביחוד 35–23.

³² על המשפטנים היהודיים ברפובליקת ויימאר וראו בנילון המוחד בנושא "הלכה ומשפט אורחיה" של: יוזף זילט, 1996 (עורך היילברונר עורך, תשנ"ד) 48(4) *Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte* 21–22; Ernst Benda "Hugo Preuss und Gerhard Leibholz"; Hans-Peter Benöhr "Der Beitrag deutsch-jüdischer Juristen zum Arbeits- und Sozialrecht" Ernest Hamburger Jews, Democracy, and Weimar Germany (New York, 1973) 21–22.

נוח לשמרנים. שנית, המאבקים הגדולים על פרצוף של המשפט הגרמני כבר הסתיימו. המתה, ההפריה ההדרית והפשרה בין המשפט הרומי ומוסורת המשפטית הגרמנית, שהתסיסו את הפקולטות למשפטים מן המאה השש-עשרה, באו לידי מיצוי והכרעה במחצית המאה התשע-עשרה. ההכרעה הייתה במידה רבה לטובת המשפט הרומי, שנחשב מיסיבות שונות יותר לקובי-פיזיה ולמודרניזציה. במקביל – אם כי לא הייתה זו הקבלה גיאומטרית פשוטה – נרגעו גם הויכוחים בין משפטני הטבע, מחד גיסא, לבין אנשי האסכולה ההיסטורית ותלמידיהם-לטמזה, הפוטיביסטים המשפטיים, מאידך גיסא. תארך סיום הסמלי של מחוקות אלה הוא 1900, שנת כניסה לתקופת הקוד האזרחי הגרמני, ה-(*Bürgerliches Gesetzbuch*). הקוד נחגג לפני נצחונו של פוטיביסטים משפטי בונוסת לאומני, שנועד בראש ובראשונה לספק לנורמיה המאוחדת וה-מקרוב תחת שביבתו של ביסמרק מצער משפטי כללי ואחד. לשם כך עבדה מוסרת המשפט הרומי והותאמאה לחיה התעשייתית והמסחר המתעצמים של גרמניה בשלבי המאה התשע-עשרה. התקיקה הכלכלית החדשת שابتה את השראתה של מלכירות פרטיקנייני, שהרכבתו על התשתיתית הרומית הייתה היגם המשותף של משפטנים וויסטוריונים של רומא.³³ ניצחון זה של הרומנטיסטים לא היה מקרי: המוסרת הרומית היטה להשתלב בחקיקה הכלכלית בעידן קפיטליסטי מתחדרת, המוסרת הקורפורטטיבית שהציגו הרומנטיסטים. להלן נשוב בהקשר אחר למורשת המשפטי ומושגית זו של הדירק הגרמני השני.

שמרנותם של המשפטנים האקדמיים נבעה, בין השאר, דזוקא מן הדומיננטיות הרובה של פרופסורים למשפטים בדור הקודם, בו סייעו מחקרייהם לגבות את דמותה המדינית והחוקית של גרמניה המאוחדת, ודעותיהם זכו בתשומת-לב ובה בכתיה המשפט. דזוקא העלה חלחתם של משפטני המאה התשע-עשרה בקביעת דמותה המשפטית של גרמניה המאוחדת ובחברתם של מאבקים חברתיים – למשל, בכל הנוגע בחוקי הסחר ובידי עבודה – הביאה לידי דחייתם, בשנותיה האחרונות של האימפריה הגרמנית, מעמדות כוח פוליטית של ממש. חוק בית-המשפט משנת 1879 הוביל לרפורמה מקיפה של המקצועות המשפטיים בכללותם, שעיקרה פורמליזציה ופיקוח ממשטי-החוק על התחכלה המשפטית, ערכות-הרזין והSHIPOT. שוב לא היה זורך בחוות-ידעתם של מלומדים בשאלות עקרוניות, אלא לכל היותר בשאלות של פרשנות. מבחינות רבות תם זמן של הפרופסורים למשפטים כמערכי מדיניות וכחולמים חברתיים. תפקידם מחדש היה הוראת החוק והתדריך השיפוטי, ולא עוד פולמוס פוליטי-חברתי על אסכולות משפטיות שונות ודרכי יישום של השקפות-עולם משפטיות וחוץ-משפטיות.³⁴

³³ ראו בערך: Michael John Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany: The Origins of the Civil Code (Oxford, 1989)

³⁴ לסקרה מפורתת ומאלפת, בהקשר זה, של פרופסורים למשפטים באוניברסיטת ברלין רודולף שמנד "Zur Geschichte der Berliner Juristenfakultät im 20. Jahrhundert" Studium Berlinense. Aufsätze und Beiträge zu Problemen der Wissenschaft und zur Geschichte der Friedrichs-Wilhelms-Universität zu Berlin (Hans Leussink, Eduard Neumann, Georg Kotowski eds., Berlin, 1960) 109–128

בד בבד עם עליית הפורמליזם המשפטית הגרמנית – תפיסת בית-המשפט כמיישמו הנאמן ונטול-הדרמן של החוק כתוב – התהווה באוניברסיטות גם הפסיכיה של מרע המשפט (Rechtswissenschaft) (CMDע מדויק בהוראותיו החדש של מושג זה: מרע שנתחנו שרים בכל מצב ויישמו המשי הוא עניין של מימונות טכנית גרידא.³⁵ אך בעוד בית-המשפט הגרמני מפגינים גמישות ניכרת בפרשנות החוק, בלחשן של הנسبות המדיניות המשתנות במהלך מלחמת-העולם הדרשונה ואחריה,³⁶ לא נדרשו הפקולטות למשפטים להסתגל בנסיבות למציאות המשתנה ולא נהגו הכנסת-اورחים ברעונות חדשניים ובקריאות-תיגר פילוסופיות. בתוכנית הלימודים של אוניברסיטת ברלין, בה למדו חמישה משופטי בית-המשפט הישראלי לעתיה, ניכר בתקופה זו דגש היסטורי חוק במיוון לצד תעלומות מן הפילוסופיה החדשה של סוף המאה התשע-עשרה ותחילת המאה העשרים, ובכללת גם הפילוסופיה של המשפט.

לשם המכחשת נובל לעין בספר ל'מוד שנושא היסטוריה של המשפט הגרמני, פרי עטו של פרופסור האנס פָּהֶר מאוניברסיטת היידלברג. הספר יצא לאור בשנת 1921 ושים סטודנטים למשפטים במהלך התקופה הווימארית.³⁷ ראשית, בולטת בספר התנכודות מהושבת למוסדות פילוסופיות מרכזיות שמקורן במערב אירופה. הסקירה ההיסטורית רחبت היריעה – שנפתחת בגרמניות הקדרומיים ומסתיימת בהקמת רפובליקת ויימאר – כולה רק שני פרקים המוקדשים במיוחד להוגיידעות ספציפיים. השנאים הם עמנואל קאנט, אבי הפילוסופיה הגרמנית המודרנית, ואדם סמית', נביא הליברלים הכלכלני, לשם השוואת, ג'ון לוק זוכה בשני איזוכרים קצרים, וג'רמי בנתם וג'ון סטיוארט מייל אף לא באחד. בפרקם על זכויות האדם ועל הירות ושותון מחבר הספר מודגש שהחקיקה בעונייניהם אלה בגרמניה במאה התשע-עשרה ובוחקת הרפובליקה של 1919 אינה מתבססת רק על "גנויות מהפכניות וספקולציות של המשפט הטבעי" (רמזו ברור להגות הנאורות הבריטית והצרפתית), אלא גם, וביתר עוזמה, על "תפיסות של המשפט הגרמני בימי הביניים".³⁸ הסקירה ההיסטורית חוזרת ומדגישה כיצד נאבק המשפט הגרמני בהצלחה בהשפעות פסולות מן המערב. היה חשוב לפרופסור פָּהֶר, פוציאטיביסט מוצהר, להציג שמקורות המרכז של הפרלמנטים והחוקות של גרמניה המודרנית הוא במסורת המשפטית הגרמנית העתיקה. לעניין זה משמעות פילוסופית ופוליטית מובהקת: "האינדיו-ודואלים החקוק" של זכויות האזרח והאדם (شمקרוו, כפי שمدגיש הספר, לא-גרמני) אוזן, אפילו בחוקה הווימארית, על ידי מחויבות קהילתית-לאומית חזקה. כל פרט ערב לבתוונה וחסנה של המדינה, ولو גם על השבען הורותו האישית.³⁹ עדיה זו, כפי שעוד נראה, לא

Friedrich Paulsen *Die deutschen Universitäten und das Universitätsstudium* 35
. (Berlin, 1902, rep. Hildesheim, 1966) 504–511

Nigel G. Foster *German Law and Legal System* (London, 1993) 23–24 36
(Hans Fehr *Deutsche Rechtsgeschichte* (Berlin und Leipzig, 1921). עותק של הספר 37

נתום לספריית האוניברסיטה בחיפה מעובנו של ד"ר צבי אברני.

38 שם, בע' 303.

39 שם, בע' 348.

הייתה מנוגדת לרעיונות ליברליים, ואך עלתה בקנה אחד עם תפיסת הקדמה הדומיננטית של מסורת הנאורות הגרמנית.⁴⁰
באחרית- דבר אמביוולנטי וקודرت פָּה רוחה על עתידה של הרפובליקה הצערית, ומנסה לעודד את עצמו ואת קוריאו בתוכיוו את חוסנו ההיסטורי של המשפט הגרמני.

פרץ הזעם הגדול מתרחש בשורות האחוננות:

"ההיסטוריה מראה שהשרשים העמוקים ביותר של המשפט הם לאומיים, שהם צומחים מעצם מן הקרקע היזירית של העם, ושdroב הדברים שבאו מיטות משפט זרות הם רק חיצוניים וטכניים בטבעם. כל עוד אנו נשאים בגור אישיות נפרדת, כל עוד לא יהיה בכוחם של הריםathanוק אותנו בראשותיהם שיתרונן מספרי בלבד, כל עוד אין שלומו של עם יכול לנבוע ממדייניטי-פועלים מתוכננת, המבוססת על הגינוי משפט בinalgומי. בקיים הלאומי מושרש ערכאה של האישיות. בקיים הלאומי מושרש ערכאו של החוק (Recht). בקיים הלאומי מושרש ערכאה של המדינה".⁴¹

פסקה זו מגלה טفح של חרדות הפלישה ומאצ'י ההתגוננות של הממסד המשפטי האקדמי בגרמניה של ראשית שנות העשרים. הסיבה ההדרשה ביותר והזורבת ביותר לשמרנותם של מורי המשפטים בפקולטות הגרמניות של שנות העשרים הייתה איפוא התנגדותם של משפטנים רבים, בשם המשוררת הגרמנית, לתורות משפט ורעיון תוקתיים ליברלים-מערביים או סוציאליסטיים שמצאו ביטוי בחוקה של רפובליקת ויימאר.

אחת ההשלכות החשובות של תחוצת מצור זו הייתה דחייתם של מדעי החברה החדשם מסף ורטן של הפוקולטות למשפטים. נסיגות לגורן בין מקצועות המשפטים והכלכלה, הסוציאולוגיה והפסיכולוגיה נותרו בדורריכל מחוץ לקוריקולים המסורים באוניברסיטאות.⁴² רק מעטים מן הסטודנטים למשפטים ורק מעטים ממורים המכירים את הגותו של מקס ובר (Weber), למשל. פרופורורים אחדים, כיהודי ורמן קנטזוביין, חיפשו דרכיהם לשלב בין השפה המשפטית והסוציאולוגיה, אך הם נותרו בגדיר מיעוט. בפקולטות למשפטים נחשבו כיווני-מחשבה כאלה לא רך בעיתיים מבחינה פוליטית ותקופות נחשדו כסוציאליים במסווה, אלא בלתי-אקדמיים בעילן, לא במקרה התפתחו זרמי המחשבה המקוריים ביותר של תקופת ויימאר, כמו אסכולת פרנקפורט, במכונים ובמינרים מיזדים מוחוץ למחלקות האוניברסיטאיות הרגילות.⁴³ הפעולות המשפטית-הפליטית, שהתגלמה, למשל, בדמותו של גוסטב רדברוך (Radbruch), שר המשפטים בשנותיה המוקדמות של הרפובליקה, נשאה זהה על-פי רוב לקוריקולים האקדמי. חרגה מכלל זה

40 שם, בע' 355.

41 ראו למשל: Ernest Fuchs *Juristischer Kulturmampf* (Karlsruhe, 1912), בערך

פרק 3-4. לגבי אוניברסיטה ברלין, השוו: Smend, *supra* note 34, at p. 119.

42 Franz, *supra* note 22, at pp. 143-148, 228-241.

Peter Gay *Weimar Culture* (London, 1969) 38 (Neumann

אוניברסיטת ברלין, שומריה קיימו קשרים הדוקים עם פוליטיקאים ופקידים שלטוניים, ותפיסת המשפט שלהם הייתה מעשית ויישומית.⁴³ אך גם בברלין לא נעשה שימוש לימודי המשפט ככלי של ביקורת חבורתית ופוליטית.

בפקולטות למשפטים של רפובליקת ויימאר לא הדחדו איפוא ויכוחים עזים על אודוטה הפילוסופיה של המשפט: התפיסה השלטת היהת פוזיטיביים משפטים בගורסה שהתגבשה במחצית השנייה של המאה החמש עשרה.⁴⁴ הפוזיטיביים, מטענו, לא היה יכול לספק כלים מושלמים דיים בידי הנציגו-סוציאליזם, וגם לא להציגו-סוציאליזם באופן אפקטיבי. המתפקיד המכובעת באאת בסופה של דבר מימיין, לאחר התקופה הנידונה כאן: התיאו-רטיקון המרני-המשפט קארל שמייט (Schmitt) קרא תינגר על הפוזיטיביים בשם עמדת גורמי-ביה-חדרת, אטטי-סיטית ואנט-ילברלית. ההקשר האינטלקטואלי של שמייט, ביקורת התרבות של חורם המודגניסטי, היה נחלתו של אוננגראד חוץ-אקדמי.

את תמנת לימודי המשפט בתקופת ויימאר ניתן להשלים באמצעות כמה קווים רקע כללים: עצמתם המסורתית של הפרופסורים מן-המנין, אנשים מבוגרים ושמורות בדרך-כלל, בהיררכיה האקדמית; הזדחות רוב סגל ההוראה עם תפיסות של לאומנות גרמנית, קו-אופי שאיפין חלקיים גדולים של האליטה הגרמנית מן-הפרשה ההיסטורית בין הליברלים לביסמרק;⁴⁵ וכן התהילה של התמקצעות וספציאלית, שאיפין גם מקצועות אחרים, רפואיים, אך לא פסח על המשפטים. לתהילה זה נלווה התרוששות אינטלקטואלית: נחלשה הויקה לתרבות רחבה ולתחומי מחשבה אחרים, כמו פילוסופיה ותיאולוגיה, שאיפינה בעבר את האקדמאים הגרמנים.⁴⁶ אל הווקום הזה נכנסה השקפת העולם הנאצית בהצלחה ניכרת. ההודחות הפעילה עם המפלגה הנציגו-סוציאליסטית לפני עלות היטלר לשולטן לא הייתה גדולה, אבל נתוני ההצטרפות למפלגה מיד לאחר תפיסת השלטון, בשנת 1933, ונתו-ני היפותרים של סגל ההוראה יהודי ואנט-גאזי, מעדים על סף מהיר וחוק של הפקולטות למשפטים – יותר מכל יחידה אקדמית אחרת, למעט הפקולטות לרפואה – לעבר הנאצים.⁴⁷

43 Smend, *supra* note 34, at pp. 110–111, 119–120.

44 אומנם, בתקופה הנידונה כאן עובדה מורשת זו מחדש על-ידי הפילוסוף האוסטרי הניאו-קאנטיאני הנס קלין, שביקש לבסס במשמעותה את מעמדו האפיסטטומולוגי של נורמות ואת דרכי החקירה ביניהן. אבל תרומתו של קלין להוראת המשפט באוניברסיטאות הויימאריות לא הייתה מהפכנית, גם שחרגת מגבולות הפוזיטיביים המסורתיים.

45 על האוניברסיטאות ברפובליקת ויימאר: Helmut Kuhn "Die deutsche Universität am Vorabend der Machtgreifung" *Die deutsche Universität im dritten Reich* (München, 1966) 13–44; Ringer, *supra* note 22, ch. 4.

46 Charles McClelland "Professionalisation and Higher Education in Germany" *The Transformation of Higher Learning 1860–1930* (Konrad H. Jarausch ed., Chicago, 1983) 306–320, especially 317ff.

47 באוניברסיטת המבורג היו ביולי 1937 66% מסגל הפקולטה למשפטים חברים (פחות על הנידר) במפלגה הנאצית (לעומת 80% מסגל הפקולטה לרפואה, 67% מתמטיקה ומדעי

הصحف היה, כאמור, פתאומי ו מהיר. במהלך שנות הרפובליקה הווימארית חיפתה על המגמות שסקרנו הצהרה שגורלה של ניטרליות אידיאולוגית, אותה אַ-פליטיות שהיתה מקובלת על בעלי הדעות הימניות והלאומניות ברפובליקת ויימאר. היא הושתתה על ההנחה שפטריזיזם גרמני, אמונה בכוח הורז' ביחסים בינלאומיים, הערכת המדינה ותיעוב החוקה והממשלה הווימארית הן השקפות ניטרליות מבחינה פוליטית. לתפיסה רוותה זו תתייחס השופט ויתקון בוכரונוותיו. הוא כתוב על אודות "לגאלום חסר תוכן מוסרי" שפהה בגרמניה לצד "הشمירה הקפדנית על החוק".⁴⁸

מהו אם כן הלקח מכשלונה של מערכת המשפט הווימארית? מסתבר שלא כל להפיכון. האיפיון שציגנו זה עתה מפי השופט ויתקון מזיכר לכאהורה את הגדרה שהציג לאחרונה פרופסור מאנר לפורמליזם משפטי – האמונה שנינתן לעוסוק במשפט "יתוך הצענת המידע הערכי של המשפט ובמידה נמוכה של מודעות לקיומו של מידע זה במשפט".⁴⁹ אבל העניינים אינם כה פשוטים. גם מגני החקה הווימארית וגם משפטנים גרמניים בעלי השקפות ליברליות וסוציאל-דמוקרטיות היו פורמליסטים ותתגדרו באַ-פליטיות. השאייפה להבחין בין אתיקה מקצועית לבין ערכי מוסר אידיאולוגיים והאמונה כי ניתן להרחיק את אלה האחראונים מן העוסוק במשפט לא ייבדו את המכובדות של שלאן בשל הניסיון הגרמני. הכישלון הווימاري אף לא גרם להכפתה הפורמליזם בעיניהם של מייסדי בית-המשפט העליון בארץ.

מצב דברים זה הנחיל לבית-המשפט העליון בישראל מורשת מורכבת, ולעתים מסוכסכת עם עצמה: מחד גיסא, פורמליזם מוצחר והתמחות בפרוצדורה – גישה שיאאל זוסמן הוא נציגה המובהק;⁵⁰ מאידך גיסא, שימת דגש בגמישות מחשבה ובפרשנות יוצרת, במיחוד אצל בר-הפלוגטה הגדל של זוסמן, חיים כהן.⁵¹ רגשות לחירות הפרס, ועם

48 הטבע ו- 41% מפילוסופיה); ראו: Geoffrey J. Giles *Students and National Socialism*: in Germany (Princeton, 1985) 161–162

49 השונות בין 1933 ל-1936 וראו: Hartmut Titze "Hochschulen" *Handbuch der* deutsche *Bildungsgeschichte*, Bd. V: 1918–1945 (D. Langewiesche, H.E.

.Tenroth Hrsg., München, 1989) 226

50 ויתקון, לעיל העדרה 25, בע' 265.

51 מנהם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועלית הערכות במשפט היישראלי (תשנ"ג) 10.

52 עם זאת, גם זוסמן מצא לנכון, במאמרו "חותם-לב" בדיני חווים – הויקה לדין הגרמני"

עינוי משפט ו (חשל"ט) 486, לכתב על "דרך הפרשנות הזרה, הבלתי-יצירת, האופיינית

לבתי המשפט הקונטיננטליסטי". השורשים הגרמניים של הפורמליזם המשפטי מקורם,

בין השאר, במשפט הרומי. החיבור הקלטי שלו: Rudolf von Jhering *Geist des römischen Rechts* (Leipzig, 1852–1858)

ושמרנות בסדרי-הדין האורייתי" ספר זוסמן (בעריכת אהרון ברק ואחרים, תשס"ד)

286–285.

53 על הבדלי תפיסת בין זוסמן לכהן ראו מיכאל שר חיים כהן שופט עליון (1989) 119,

200, 140.

זאת מלכתיות נלהבת. מחוכות של בית-המשפט לבניה של מדינת היהודים, וככיוון אחר עמידה למין הדמוקרטיה המתוגנת מפני אוייביה העקרוניים, ולעתים, כפי שנדרנים באמצעות עניין ירדור⁵², עירוב בין השתיים. לכל הנטיות האלה היו גם שורשים גרמניים, משום שבעבר הגרמני המשותף היה חומר עשיר די לפרנס את قولן.

ג. השפעת גרמניה על פסיקות בית-המשפט העליון – בחינה סטטיסטית

לאחר שציינו את הנוכחות הניתן המשמעותית בדור המיסדים של שופטי בית-המשפט העליון שלנו, והצביעו על המשותף בביוגרפיה של שופטים אלה ועל המטען שנשאו על גבם לארכ'ישראַל, אנו ניגשים לבחון את השפעתם של מרכיבים ביוגרפיים אלה על תורת המשפט הישראלית ועל דרכו ומעמדו של בית-המשפט העליון שלנו. בדיקה זו היא בבחינת מיפוי ראשוני, ומזאנו לנוכח לעורוך אותה בשלושה רבידים שונים ובהסתמך על טכניקות מחקריות שונות זו מזו. ברובד הראשון ביחסנו לבחון את טביעת האצבע הגרמנית באמצעות בדיקה סטטיסטית פשוטה של איזורי פסיקה ותקיקה גרמנית על ידי מושאי מחקרים. בודענו שסטטיסטיקה כזו מתעלמת מבדיקה איכוחית של השיבות האיזוכור והשפעה האמיתית שלו על פסק-הדין ושל פסק-הדין על היוריספרונציגה היישראַלית, שכן יתכן שאיזוכור אחד כזה יהיה בעל חשיבות והשפעה רבה יותר מאשר מאות איזוכרים בפסק-הדין פחות חשובים, בחרנו ברובד הבדיקה השני להתמקד בהפניות למשפט ולעובר הגרמניים בפסק-הדין אחד, שעלי-פי חלק מהשופטים שישבו בו בדין⁵³ הווא אויל פסק-הדין החשוב ביותר שניתן על-ידי בית-המשפט העליון בישראל; פסק-הדין ירדור בעניין וכותה של רשות הتسويיליסטים להתחמוד בבחירה לכונסת השישית. ברובד הבדיקה השלישי ואנו מנסים לבחון כמה השפעות משתמשות, ובמידה מסוימת בסתרות, או אויל אף-לו השפעות לא-מודעות, של המורשת הגרמנית על המשפט הירושלמי. במסגרת זו בחרנו לדון בשני מושגים השגורים על שפתיו של כל משפטן הישראלי, ומקודם, כך נראה, במושגים גרמניים: מדינת חוק וציבור נאור. ננסה לבחון אילו תהיפות עבורי מושגים אלה מעבר לגרמניה לישראל.

הnocחות המשמעותית של הניתן בדור המיסדים של בית-המשפט העליון, וכן הרטוריקה המקובלת, על-פייה שיטת המשפט היישראַלית הינה שיטת משפט מעורבת, שיש בה השפעות קונטיננטליות ואנגל'-אמריקאיות גם יחד, פיתחו ציפיות למזוא מספר משמעותי של הפניות ואיזוכורים של המשפט הגרמני בפסקת בית-המשפט העליון, ובעיקר אצל מושאי מחקרים. אולם סקרה שיטיתית של כל ההפניות למשפט ואף לספרות, לתרבות ולהיסטוריה של גרמניה בפסק-הדין של מושאי מחקרים עד סוף שנות השבעים מעלה שיעוצמת ההד הגרמני לא בא לידי ביטוי ממש באיזוכרים מפורשים כאלה; היא גדולה כנראה בהרבה ממספרם של האיזוכרים הישירים למשפט או לתרבות הגרמנים.

⁵² ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט(3) 365 (להלן: עניין ירדור).

⁵³ כך מעד חיים כהן בשיחתו עם מיכאל שר, לעיל העדרה 51, בע' 185.

סקרנו את התפניות והאייזוריהם בכל פסקי-הדין שפורסמו בסודת הפלדיי מוקם המדינה ועד סוף שנות השבעים, ולהפתעתנו מצאנו אצל השופטים הקיימים בסך-הכל רוק כחמים וחוימה הפניות ואייזוריים מפורשים לספרות ולאסמכאות משפטיות, להיסטוריה ולתרבות הגרמנית.⁵⁴ רוב התפניות הן לסייע חוק ופסק-דין מתוך המשפט האפרטי, וחילן נעשות לאחר דברי התנצלות על עצם התיוകחות למשפט הגרמני.⁵⁵ ראוי לציין שגם בכתביהם המשפטיים האקדמיים של השופטים ה新闻记者יות למשפט הגרמני נדירות, והן גשות בקיצור נמרץ או כל-אחר-יד.

מצאים אלה והמסקנות הנלוות להם עלולים בקנה אחד עם שני מחקרים שנעשו לאחרונה, האחד, על-ידי פרופסור יורם שחר, דוקטור רון חריס ודוקטור מירון גروس, בודק את כלל סטטיסטיקת האיזוריים בפסקת בית-המשפט העליון.⁵⁶ גם כאן מקור המידע הוא פסקי-הדין של בית-המשפט העליון שפורסמו, אך בהחלט סביר להניח שהרחבת הבדיקה לכל פסקי-הדין של בית-המשפט העליון נולא רק לפסקי-הדין שפורסמו) לא הייתה משנה את התמונה. מחקר זה מעלה שכמות האיזוריים של המשפט הקונטיננטלי (שכלולים בהם האיזוריים של המשפט הגרמני) מכלל האיזוריים בפסקין הדין של בית-המשפט העליון שולית ביותר, ועומדת בממוצע שנתי על 0.5% מכלל האיזוריים. מעניין כי מהתקיר עולה גם שבשורה הראשונים של המדינה, בהם הייתה הנוכחות דיקנית בבית-המשפט העליון הרבה יותר מאשר בעשורים הבאים, אחוון האיזוריים הקונטיננטליים גבוהה מעת יותר, אך אין שנה שהוא עולה בה על 2% מכלל האיזוריים.

המחקר השני, אף הוא של פרופסור יורם שחר, התמקד ביוםנו האישי של אורי דין, ראש מחלקת החוקה במשרד המשפטים בשנותיה המוקדמות של המדינה. דין, כך עולה ממחקריו של שחר, בתמיכת מסוימת של שר המשפטים פנמה רוזן, ביקש להרחיק את המשפט הישראלי ומתחווה ממורשת המשפט המקובל האנגלי. והוא ביקש אומנם להציג את ייחוסיו כיצירה ישראלית מקורית, או לכל היוטר דבר, כמוות כרונן, על "שיטת הקונטיננטלית", אך השינויים שהציע בדיני הריאות או בתפיסה של עקרון תומס-הלב בחקיקה האורחות דומים למשפט הגרמני יותר מאשר לכל שיטה אחרת. את הצורך שחש

⁵⁴ מכיוון שבחנו לא רק איזוריים פורמליים המזויים במסגרת פסקי-הדין המדוחת, אלא גם איזוריים של ספרות והוגיידות שאינם מוצאים את מקומם במסגרת המדוחת של פסקי-הדין, אנו משתמשים במשמעות "כחמים וחוימה" בידיעת כי יתרן שכמה איזוריים בכלל חמקן מעיניינו.

⁵⁵ כך, למשל, כותב ויתקן בשנת 1978, בהתייחסותו לחוק נכי ודיופת הנאצים: "סבירני שאין אנו יכולים להתעלם מהמשפט הגרמני, לא מהקיומו ולא מפסיקתו... גם לא הייתה אומר או שעדרן בני חורין אנו שלא לקבל את 'מושגי הדק' שלהם. גם חוק יכול להיות בלתי צודק ופגוע ברגשותינו...". ע"א 77/815 ליבנוזון-שטיין נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי ודיופת הנאצים, פ"ד ל(ב)(3), 269, 275.

⁵⁶ יורם שחר, רון חריס, מירון גROS "גוגי הסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטיים נו (תשנ"ו) 111.

ידין להציג את ההשראה הגרמנית להקיקה שיזום ניתן להסביר, לדעתו של פרופסור שחר, שני אופנים: הרתיעה העפوية מיבוא גרמני באשר הוא, וההתנגדות שיעורית עקרונות שמקורם בשפה ובמערכות משפטיות הנגישות לטעים בלבד.⁵⁷

מגמת הצנעה זו יכולה ללמד אולי גם מודע מספר הפניות היישרות למשפט ולתרבות הגרמנית בפסקת היקום של בית המשפט העליון הוא כה קטן, ומודע ההדגרמני לא בא לידי ביטוי אמיתי במספרים אלה הדוגמות של "מדינה חוק" ו"הציבור הגרמני", מושגים שיובאו למשפט הישראלי ללא ציון מפורש של המקור, כפי שנפרק בהמשך, יכולות לתמוך במסקנות אלה.⁵⁸

אחד הדברים המעניינים העולים מביקורת הפניות למשפט הגרמני בבית המשפט העליון הוא שני השופטים שמרבים בכך ביותר הם דוקוא שני השופטים שאינם ילידי גרמניה, אלא רק חסינים: יואל זוסמן, ליד קראוב, שפונה למשפט הגרמני בעשרות ושלושה פסקי-דין, ומשה זילברג, ליד ליטה, שhabi'a בעשר הפניות כאלה. ילידי גרמניה מאזכרים את המשפט הגרמני פחות: שישה איזוכרים אצל אלף ויתקון ומשה לנדי, חמישה איזוכרים אצל חיים כהן, ועוד שלושה איזוכרים אצל השופטים האחרים.⁵⁹ מצא זה יכול לעלות בקנה אחד עם אנקדותה שטייר לנו חיים כהן על יואל זוסמן, לדבריו, זוסמן היה האיש שוכר על-פה את כל ימי-ההולדת של הקיסרים הגרמניים, והיה מברך את תבוריו בבית-המשפט לבוכדתו. זוסמן, אף הפרוצדור המשפטית ש"סדרי הדין היו בראש פינה במחשבת המשפטית",⁶⁰ כך נראה, היה יותר יקרה מכחן או MILFIDI גרמניה האחרים, בעניינים שבלב, לא רק במוג ובאורוינטציה המשפטית. תוכנה זו אולי אינה כה נדירה בקרוב מי שאינו ליד תרבות מסוימת, אלא סיגל לעצמו תרבות זו בעקבות הגירה, למודים או סיבות אחרות.

ראו לציין שמדובר לגבי מיעוט הפניות למשפט הגרמני תקופה עד לסוף שנות השבעים. נדמה לנו כי שני העשורים האחרונים האתורנים, שם מוחוץ בתחום המחקר הזה, אנו עדים להליך של נורמליזציה בעניין התתייחסות למשפט הגרמני והנכונות ללמידה,

57 יורם שחר "יוםנו של אורן ידין" עיוני משפט טו (תשנ"ב) 557-557.

58 מעניין כי אף-על-פי שניתן לוחות נורמליזציה ביחס למשפט הגרמני החל בתחילת שנות השמונים, ניתן להצביע על המגוון של האנצעות השפעתו אפילו כיום. כך, למשל, בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחקק כללי), התשנ"ב-1992, רבים מוחידושים שאובים מהמשפט הגרמני, אך מודה במפורש אחד מיוומיה, פרופסור מרדי קלמנץ, אין כל איזוכור של המקורות הגרמניים. דוגמה זו בולטת מכיוון שמדובר בהצעת-חוק עם דברי הסבר מפורטים, שמצוינים כהשוואה את הסתדרים המשפטיים במדינות קונטיננטליות אחרות, כיוון, בלגיה, צרפת, שוודיה ואיסלנד (ראו העורות לסעיפים 15 ו-32). מקוםו של המשפט הגרמני נפקד מההצעה באופן חדש.

59 השופטים המרכזים לדיננו כיהנו בבית-המשפט העליון פרקי-זמן דומה – בין עשרים ואחת שנים (חיים כהן) לעשרים ותשע שנים (משה לנדי). אין על-כן הטה ממשוערת של הממצאים הסטטיסטיים הנובעת ממשן כהונה שונה.

60 חיים כהן "מאור פנים במשפט" ספר זוסמן (בערכת אהרן ברק וothers, תשנ"ד) 2.

גם מהמשפט הציבורי ואפיו מדיני החקה הגרמנית, ולא רק מתם שפט הפרט הגרמני. כך ניתן למצוא אצל השופטים זמיר וברק הפניות לא-מעות בשמות האחרוןו למשפט הגרמני.⁶¹

ד. העבר הגרמני ופסק-הדין בעניין ירדור

כפי שציינו, סטטיסטיקת הפניות והאזכורים של המשפט והתרבות הגרמניות אינה מייצגת נוכחה, לדעתנו, את השפעת המורשת הגרמנית על בית-המשפט העליון בישראל. בסטטיסטיקה כזו, פסק-דין שגרתי בעניין דיני שכירות המפנה להסדר הגרמני⁶² שcoil כנגד פסק-דין הנחשב לאחד מפסקי-הדין המפורטים, החשובים והנמלדים ביותר בתולדות מדינת-ישראל,⁶³ פסק-דין הדן באחת מאושיות הדמוקרטיה הישראלית, פסק-דין המגייע לכותרות העיתונים ומעורר ויכוח ציבורי ומשפטי חשוב. כדי לאון את התמונה הסטטיסטית ולבחון לעומק את השפעת המורשת, הניסיון האישוי והויכרונו הקולקטיבי הגרמני על בית-המשפט העליון שלנו בחרנו לפרט בעניין פסק-הדין החשוב הנ"ל, הלא הוא ערעור הבחרות של הרשימה הסוציאלית, שנידון בשנת 1965.⁶⁴

ועדת הבחירות המרכזית (שבראשה ישב אחד ממושאי מחקנו – השופט משה לנדי) סירבה לאשר את מועמדותה של רשותה הסוציאלית לכנסת השישית, בגיןוק כי מדובר ברשימה בלתי-חוקית, השוללת את שלמות מדינת-ישראל ואת עצם קיומה. החוק הכתוב ראה בתפקיד של ועדת הבחירה תפקיד טכני במחותו, ובכע מפורשות כי רשותה מועמדים שהוגשה כהלהכת תאושר על-ידי הוועדה.⁶⁵ על-כן עקרה הרשימה על פסילתה לבית-המשפט העליון בשנותו כבית-משפט לעזרורי בחירות. בדיון ישבו שלושה שופטים: חיים כהן, אחד היקים המובהקים בבית-המשפט, יליד ליבק שבצפון גרמניה וחניך אוניברסיטות מינכן, המבורג פרנקפורט; שמואן אגרנט, האנגלו-סקסי הבולט של בית-המשפט, יליד לואיסוויל שב肯טקי ובוגר אוניברסיטת שיקגו; וייאל ווסמן, הגרמניophile המובהק ביותר בבית-המשפט, יליד קרקוב שבפולין וחניך אוניברסיטות היידלברג, פרנקפורט, ברלין, לונדון וקיימבריג.

השופט כהן, בדעת מיעוט, קבע שבhayder וסמכה מפוזרת בחוק, אין לוועדת הבחירות סמכות לפולול את הרשימה, ועל-כן יש לקבל את ערורה ולאפשר לה להתמודד בבחירות. זהה עמדה פורמליסטית שאינה אופיינית לו בדרך כלל.⁶⁶ הוא כותב, בין השאר:

61 אף דאו דברינו לעיל העירה. 58.

62 ע"א 375/54 אלון נ' מלניק, פ"ד י(1) 486.

63 לדברי חיים כהן, אחד משופטי הרכבת, היה זה פסק-הדין החשוב ביותר שנית עלידו,

ראו שער, לעיל העירה 51, בע' 185.

64 עניין ירדור, לעיל העירה 52.

65 חוק הבחירות לכנסת, תש"ט-1959, 1959, סעיף 63.

66 על פורמליזם משפטי דאו מאוטנר, לעיל העירה 49, בע' 31-33.

"יש מתן מן המדיניות אשר בהן בטחון המדינה או קדושת הדת או היגי הרבולוציה וסכנותת הקונטראבולוציה, וכל כיוצא באלה ערכיים שונים, מכסים על כל פשע ומכפרים על כל מעשה שנעשה ללא סמכות ובנגוד לחוק. יש מטעם אשר המצויא להם 'משפט טבעי' הגבוה מעל כל חוק וה מבטל אותו במרקחה של צורך, בחינת עת לעשות הפכו התורה. כל אלו אין דרכיה של מדינת ישראל: דרכיה דרכי חוק, והחוק ניתן מפי הכנסת או מכות הסמכתה המפורשת".⁶⁷

עם זאת מתייחס כהן גם למצב המשפט הרצוי. וכך, בפעם הראשונה בתולדות בית-המשפט העליון הישראלי, הוא מפנה את חותמת הרפובליקה הפדרלית של גרמניה, המגבילה את חופש הבחירה של מפלגות המתווגות לפגוע בסדרי-היסוד של דמוקרטיה חופשית או לפחות את קיומה של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית. כן פונה כהן לפסקידין של בית-המשפט החוקתי הגרמני שאיסר הוראות אלה בבחינת דמוקרטייה לוחמת. כהן קובע כי זו היא "דרך חקיקה אשר יכולה לשמש דוגמא למחוקק שלנו".⁶⁸ הנשיא אגרנט, בדעת הרוב, קובע כי היתה לוועדה סמכות לפוסול את הרשימה, וסמכות זו נובעת מתקומות העצמאות, שפרטת את "חוון העם" ואת "האני אמיתי" של מדינת-ישראל. הכרזה זו, אף שלא הוכרה לפניכין בדבר חקיקה פוזיטיבי במשפט הישראלי, הינה עובדת-יסוד קונסטיטוציונית, קובע הנשיא אגרנט, ולאחריה יש לקרווא את כל דברי החקיקה של הבנות. את סוג ההנמקה זהה, שמושרש במסורת הקונסטיטוציונית בנוסח החוקה של ארצות-הברית, אגרנט מחוקק גם במובאה מדברי השופט ויתקון לפסקידין קודם בעניין זכות התאגדות של אותה קבוצה שביקשה להשתתף בבחירות לבנות.⁶⁹ השופט אלפרד ויתקון, עוד אחד מתקיים של בית-המשפט – ליד ברלין וחנוך אוניברסיטת פריבורג, בון, ברלין ולונדון – מצוטט על ידי אגרנט באלה המילים:

"לא פעם קרה בהיסטוריה של מדינות בעלות משטר דמוקרטי תקין, שכמו עליהם תנויות פשיטיות וטוטליריות למיניהן, והשתמשו בכל אותן הזכויות של חופש דיבור, העיתונות והתאגדות, שהמדינה מעניקה להן, כדי לנחל את פעילותן הדרסנית בחסותן. מי שראה זאת במאי הרפובליקה של ויימאר לא ישבח את הלקת".⁷⁰

67 עניין ירדור, לעיל הערת 52, בע' 382.

68 שם, בע' 384.

69 בג"ץ 253/64 ג'рист נגד הממונה על מחוז חיפה, פ"ז יח(4) 673. בפסקידין זה נדחתה עתרתה של תנועת אל ארד נגד החלטת הממונה על מחוז חיפה, שטריב לאשר את התאגדותה של התנועה מן הטעם שמתכוונה עולה כי מטרתה לפגוע במדינת-ישראל.

70 הצעיטה מופיעה בעמוד 88 לפסקידין בעניין ירדור, לעיל הערת 52. דבריו של ויתקון מצוטטים גם בפסקידין של השופט לנדיי בד"ג 77/9 חבות החשמל נ' הוצאה עיתון "הארץ", פ"ד לב"ד 337. השוו ויתקון "תורתם וכמה זכרונות נערומים על חופש העיתונות" משפט ושייפוט, לעיל הערת 25, בע' 173.

השופט זוסמן מצטרף לפסקתו של אגרנט, אך בסיס הנמקתו שונה. גם הוא, כשופט כהן, עושה שימוש בפסקידין של הרפובליקה הפדרלית של גרמניה, אך דווקא באלה שהכירו בקיומו של חוק עליון לחוק הכתוב ואפילו להוקם. זוסמן קובע: "בין אם נקרא לכללים בשם 'דין טבעי' (natural law) למחדך שטבעו בריתת של מדינת דין הם, ובין אם נקרא להם בשם אחר, שותף אני לדעה, שהנסיון שביחסים מהיבר אותנו שלא לחזור על אותה שגיאה שכולנו היו עדים לה."⁷¹

זו הפעם הראשונה במשפט היישראלי שבית-המשפט משתמש בתפיסה המשפט הטבאי בהחלתו. ⁷² ומישועה בן הוא לא אחר מהשופט זוסמן – השופט הפורמליסט ביותר בביון בית-המשפט. ⁷³ דווקא בהקשר הניסיון הגרמני, אמי-בן, נשא זוסמן את נס המשפט הטבעי, ואילו חיים כהן בחר להתבטה בלשון פורמליסטית. ⁷⁴ בפסקידין ירדור, יותר מאשר בכל פסקידין אחר של בית-המשפט העליון, הדחד העבר הגרמני האישי והקולקטיבי של מחבריו. אבל התהגר הגרמני היה מרכיב יותר מכפי שניתן לצפות, וגם גרמניםו של הנפשות הפעולות בפסקידין – ובבית-המשפט העליון בכלל – פנים רבות לה. אין ספק שהכיישון הוויימארי עיצב את השקפתם של שופטי בית-המשפט העליון, ולא רק של היקום שביניהם, על תפקידי הרשות השופטת במדינה דמוקרטית. אבל אפילו בפסקידין המפורטים בעניין ירדור, הלכת הוויימארי מסובק יותר מכפי שנראה במבט ראשון. בתיה-המשפט בוויימאר הצביעו את ידם על אנשי שמאל והקלן מאוד ביחס לואיבי הדמוקרטיה מימין; ואילו רישימת הסוציאליסטים שנפסלה בשנת 1965 על-שם הלקח הוויימארי היהת דווקא מפלגת שמאל מובתקת; היא לא הייתה אויבת הדמוקרטיה, אלא דווקא אויבת הציונות. בקריאת ראשונה קל להחמיר את התהופה המרתתקת זאת: הגנת הדמוקרטיה התחלפה לשופטי בית-המשפט העליון באופן חד וחלק, בלתי-ימודע או לפחות בלתי-מושחר, בהגנת הציונות.

תהופה זה הושלמה כשבית-המשפט העליון התבקש, בעבר תשע-עשרה שנים, להחיל את תקדים ירדור גם על רשותת "ךך" כמסכנת את הדמוקרטיה בישראל. ⁷⁵ רוב השופטים, וביניהם הנשיא שмагר, יליד דנציג, והשופט אלון, יליד גרמניה, כמו גם השופט בייסקי, ניצול שואה, אכן אישרו את תקדים ירדור, אבל מתוח קו מבדי בין לבין פרשת

71 עניין ירדור, שם, בע' 390.

72 על תפיסת המשפט הטבעי ראו יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט (תשנ"א) 55–67.

73 לשופט זוסמן יצא שם של אלף הפרו-צדורה המשפטית, אחד מסימני ההיכר המובהקים של הפורמליסטים המשפטיים.

74 לימים העלה חיים כהן עצמו על נס את "גמיותונו" של זוסמן הפורמליסט, אשר "משוראה שהגעה העת לעשות למדינה ולהגנת הדמוקרטיה... מוכן היה להמציא, או להוריד לו מן השמים, דין טבעי עלי-חוקתי, ובלבד לעמוד בפער". כהן "מאור פנים במשפט", לעיל העדרה 60, בע' 20.

75 ע"ב 84/2 נימן נ' יזר ועדת הבהירות המרכזיות לכנת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225.

רישומו של כהנא, השימוש במשפט הכספי להגנת הציונות אושר,⁷⁶ אבל לא הורחב להגן על הדמוקרטייה מפני רשימות גזעניות.⁷⁷ במובן מסוים, בהतבסס בכיוול על החקת הגרמני, חזרו שופטי בית-המשפט העליון על נטייתם של השופטים בוויימאר בהקלת עם הימין ובהכבה עם השמאלי.⁷⁸

מכל מוקם, ההדר הוויימארי המתלוות לפסק-הדין בעניין ירדור מתקבל על הדעת: מדובר בדיון בחופש להיבחר ובמגבוטתו, אך החקת הגרמני הספציפי הות לא צין רק בפסק-הדין שהוא מובן מלאיו בהם לכארה, אלא גם בנסיבות צפוייםفتحות. משה לנדי, בפסק-הדין של משפט דיבנה בין חברת החשמל לעיתון "הארץ", מעלה באוב את העבר הוויימארי: "לא מן המותר הוא לתוכיר", כתוב לנדי, "שאחד האמצעים הייעלים ביותר

76 ראו, למשל, דבריו המפורשים של השופט ביסקי בעניין זה, שם, בע' 328.

77 הנשיא שמגר, למשל, לא רק קובע כי "הדרך שננקטה על ידי הרוב בע' 65/1 הייתה בגדוד האופטימום מבחינת סמכותו של בית המשפט, ולאור הנמקתו אין אלא לסתיק", כי בכל מערכת נסיבות עובדות פחות קיזוניות במחותה, היה גם הרוב של בית המשפט בע' 65/1 נמנע מהחלטת פטילה" (שם, בע' 275), אלא פונה גם למחוקק ומזהירו פן ירחיב את תקדים ירדור לרשותם המפקננות את הדמוקרטייה: "תקקה, המגבילה את זכות השתתפות בבחירה של רשימות המבקשות לפגוע בעצם קיומה של המדינה, אינה מעלה בעיות מיוחדות. אולם ככל שמתරחב המugal של סוג הגופים אשר מהם רוצחים למןעו מראש את השתתפות בתחום הבחירה, גדלה גם התשלה של החקיקה האמורה על המשך קיומן והגש망ן של תפיסות היסוד הדמוקרטיות שלנו." (שם, בע' 278 – ההדגשות במקורו), יש לציין כי שני השופטים הנוספים שישבו בדיון מציגים להכרעה מנימוקים שונים. המשנה לנדי, השופט בニアורת, קיבלת למעשה את גישתו של השופט חיים כהן בעניין ירדור, וקובעת כי לוועדת הבחירה אין סמכות לפסול את הרשימות. השופט ברק היגנו השופט הייחד בפסק-הדין נימין שמתנגד מפורש למסנה לדמוקרטייה לסתנה לצוונות. הוא מקבל את דעת הרוב בעניין ירדור, אך קובע כי לעניין סמכות הפטילה של הוועדה, אין להבחין בין מצע שיש בו שלילת קיומה של המדינה לבן מצע המכיד בקיומה של המדינה אף השול אט אופיה הדמוקרטי. עם זאת, פטילת רשימה, אליבא דברך, יכולה להיות בשני המקרים ורק כשיימת אפשרות סבירה שבעיות שערונות הרשימה ימומשו (שם, בע' 305 לפסק-הדין).

78 היה זה דזוקה השופט הלא-יהודי אגרנט, בפסק-הדין המפורסם בעניין קול העם (בג"ץ 73/53) חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871), שאיפשר חופש ביטוי לשMAIL הקייזוני; אם כי עובדה זו לא מנעה אותו מלכתוב את דעת הרוב בעניין ירדור, ולהתעלם בה לחלוטין מהבחן שקבע עשר שנים לפניוין בפרשת קול העם, על-פיו רך כביש סכנה קרויה לוודאי לבתוון המדינה מותר להגביל את חופש הביטוי על-ידי צו לסתירת עיתון. מבחן זה לא יושם על-ידי באשר לווכות להיבחר לכנסת והתגלות עלייה. היה זה חים כהן בעניין ירדור שקבע כי גם אם הייתה לוועדת הבחירה סמכות לפסול רשימות על בסיס התוכן של מצען, יש להפעיל את מבחן הסכנה ממשית, הברורה והמידית כדי לבחון את חוקיות הפטילה. ראו עניין ירדור, לעיל העדרה 52, בע' 381.

שניהם השתמשו היטב ודרשו כדי למוסט את המשטר הדמוקרטי בגרמניה של ויימאר היה בהשכזה שלוחת רון של ראש המשטר, תוך הפרחת שקרים על התנהלותם, מבלתי שבתי המשפט הגיעו על כך כראוי במשפט הדיבה אשר הוגש... יש להזכיר שמא תחוך ההיסטוריה על עצמה.⁷⁹ במקרה זה לא בדמוקרטיה מתוגנת (או באידיאולוגיה שלטת מתוגנת) עסוקין, כי אם בנושא הקווים מתחום המשפט הפרטי, אף שהוא גם לוחש התבאות. האסוציאציה הוויימארית מופיעה איפוא בנסיבות שונות מן הצפוי, וגם בנסיבות שהיא מתבקשת בהם מלאה, השימוש שנעשה בה שונה מכפי שניתן היה לצפota. את פשר השימוש המורכב, האקראי לעיתים והמפיע לעיתים בעבר הגרמני ניתן למצוא במורכבותו של העבר הגרמני עצמו, כפי שיפורטנו בפרק ב.

ה. ליברליזם, "מדינה חוק" ו"ציבור נאור"

השפעת ההיסטוריה האישית והקולקטיבית והתרבות הגרמנית על היוריספרודנציה של דור המיסדים בבית המשפט העליון באה לדי ביטוי גם בrama שלישית, משתמעת ונסתtrad יותר, הדורשת ניתנות לשוני זה. אנו סבורים שם נתבונן מקרוב במורשת הגרמנית של שופטינו, מושחתה מהמושגים חירות, מדינה ואפלו דמוקרטיה התגבשו בה בדרך נברלת מן המורשות (והשונות זו מזו גם כן) של צרפת, בריטניה וארצות הברית, נוכל להבין טוב יותר ולהסביר דוקטרינות ומושגים שהתקיימו במשפט הישראלי החדש. כך, למשל, במאמרה המרכז "העוון והמשרת": בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו, מוצאת פרופסור פנינה להב "תורת משפט של שעטנו בין קולקטיביים וליברליזם" אשר איפינה, לטענתה, את ראשוני השופטים העולים שלנו, תורה משפט שבקשר האנגלו-אמריקאי נראית זרה מעת.⁸⁰ אלא שבפרשנטיה הגרמנית, המורשת זאת נראית מובנת יותר וצורת פחות. שהרי הליברליזם הגרמני עצמו היה מעוגן בתפיסה מדינה חוקת, תכופות (לא תמיד) קולקטיביטי באופן, גונתה פחות אל הפרט בהשוואה לתורות ליברליות במערב.⁸¹

החוקיקה הליברלית הגרמנית בתקופת הווער שלה, במחצית השנייה של המאה התשעים-עשרה, הכירה באמון בזכויות הפרט; אך כפי שהראו היסטוריונים הבריטיים בלקברון ואיל, היא הכירה בעיקר בזכויות ה-*Bürger*, ולא בזכויות ה-*Staatsbürger* ובתרגם חופשי מעת – באורת הפרט בעל-זקנין, ולא דהוא באורת הפוליטי. גם דיני העונשין של הריך השני וגם הקודקס האורחי (BGB) משנת 1900 גאננו על חופש הקניין ביתר התלהבות מאשר על חירות אחרות, וראו בפרט בראש ובראשונה ישות משפטית

⁷⁹ ד"ג 77/9, לעיל הערא 77, בע' 346–347. יש לומר שכפSDK-ין זה לא היו הממשלה או המדינה מעורבות כלל.

⁸⁰ להב, לעיל הערא 1, בע' 480.

⁸¹ על אופיו של הליברליזם הגרמני ראו במיוחד: James J. Sheehan *German Liberalism in the Nineteenth Century* (Chicago and London, 1978)

החוופשית להיכנס בהתחייבות חזית. כאן ניכר גם חותם של החוק הרומי, מחד גיסא, והמשפט הפלבי, מאידך גיסא.⁸²

נגד ליברליים קנייני זה התגבש בגרמניה ליברלים אחר, קולקטיביסטי ולאומני, שביקש להציג את המחויבות האורחית המשותפת. וזוקא ממקור זה – בברית זמנית עם רעיונות סוציאליסטיים – נבעה ההתקאה הגרמנית החלוצית בתחום הוכיות הסוציאליות, הבטחת ההכנסה, ביטוח הבריאות והביטחון הלאומי. אולם תפיסת זו הוניתה היבטים אחרים של הגנת הפרט: לא נכללו בה עניינים שעמדו בסתריה לטובתה של מדינת-הלאום, כמו חופש המחשבה והבעת הדעה. מן הפילוסופיה של עמנואל קאנט (בקראיה ברדנית) נטלו ליברלים וה את מושגיהםפתח של החובה האורחית, שהיא שונה מהותו מן הזכות האנגלו-אמריקאית. פילוסופיית החירות הרציונלית של קאנט כסמה מאוד ליהודים וללא-יהודים בגרמניה הוילטלהמונית ולאומנית. הדוש המושם בחובה לטובת הכלל, להבדיל מן הזכות לחיה פרט מוגנים מפני הזולת והמדינה, הוא אחד מקוויה ההפרדה

הבולטים בין הליברלים הגרמני והאנגלוא-אמריקאי במהלך המאה התשע-עשרה.⁸³

איןנו באים לטעון, כמובן, שモרות משפטית זו הועתקה אל הקruk' הישראלי כתבה וכלשונה. טענתנו היא שהונחתה תשair תלק נכבדר מעולם הרוחני והתיאורתי של מייסדי בית-המשפט העlian בבחינת ארץ-ישראל-זדעת לבאים אחרים. מי שגדל על ברכי הסוציאליזם המודרניארוף בגורסוטיו תציגו, וגם מי שאמון על הליברלים האינדיו-יאליסטי האנגלו-אמריקאי, יתקשה להזות ולהבין את סימני ההיכר של המורשת הליברלית הגרמנית. טלו, למשל, את דבריו של השופט זילברג בראין משנת 1973: "מהותה של הדימוקרטיה היא, שארוח איינו מקבל צוים, אלא מטיל על עצמו על מצוות".⁸⁴ להתגচחות זו הדר קאנטיאני מובהק, והוא עשויה להישמע וורה לאווניים המרגלות יותר בצלילי מגילות הוכיות האנגלית והאמריקאית. וזה יותר הוא המשך דברי זילברג באותו ראיון:

"חיים אנו באמצעות המאה העשרים. התרחקנו כברת דורך ארוכה מן המדינה ה'מאנצ'סטריאנית', מדינת 'לייסי פיר', 'לייסי פאסה' של המאה התשע-עשרה. בימינו גם הממשל הדימוקרטי ידו בכל והוא פורש את מצדתו על כל ענפי החיים. אף הוא איינו נרתע, ואין רשי להירגע, מפני חדרה לרשות היחיד".⁸⁵

David Blackbourn and Geoff Eley *The Peculiarities of German History: Bourgeoisie and Politics in Nineteenth-Century Germany* (Oxford, 1984) 190–194

83 לעניין זה ראו: Sheehan, *supra* note 81, at pp. 189ff. על היהודים וקאנט: Peter Gay, *Freud, Jews and Other Germans: Masters and Victims in Modernist Culture* (New York, 1978) 117–119

84 ראיון עם השופט משה זילברג בספרו של אברהם חיים אלחני ירושלים ואנשים בה (1973) 418–422, הציטטה מעי' 422.

85 שם, נע' 422.

תמונה זו של הדמוקרטיה, שמותירה רושם טוטליטרי-משהו, אינה משתפרת ביותר כאשר פרופסור זילברג מרגיענו בהבטהה כי –

”[...]בmeshטר דימוקרטיה החדרה אינה בא מהחו"ז ואני ניתכת מלמעלה, כי השלטון גופו – עצמו וברשו של האורח הוא ודר עמו באקלים רוחני אחד. קידבה זו מקהה את חודה של ההתערבות ומכפרת על רוע הגוירות, הפוגעת באינטרסים של הפרט, כי 'נאמנים פצעי אהוב'.”⁸⁶

קרבת גופו זו בין השלטון והאזרחים – עד כדי גילוי-עיריות אלים ממש, אם נתיחס לשפת הדימויים של השופט זילברג בלבד – אינה מקובלת עוז, כמובןה, על הליברל. הדמוקרט בז'זמננו. חשוב להבהיר, עם זאת, כי בין השורות מבצבץ הדין המודני והמשפטן הגרמני מן השלים האחרון של המאה התשע-עשרה, ובמיוחד הוויכוח סביב BGB. כאן נאבקה השקפת-עולם ליברלית-כלכליות קיצונית (והכינוי Manchesterum) ולן זה של ליברליות היה גרמני יותר מאשר אנגלי נגד תפיסה סוציאלית-דמוקרטית, שביקשה להרחיב את השפעתו המיטיבה והסוערת של השלטון בחני הכלכלת. אלא שמחויבותו הדמוקרטית этаינה של זילברג – תפיסה מתקדמת בהקשר הגרמני שלפני 1933 – עשויה להיראות כמניפסט אנטיליברלי מורתיע ברבע האחרון של המאה העשרים.

השלב הבא של ניתוחנו מתרחש בשדה לשוני ומוסני: האם היה אוצר-ימים, ועימו מאגר של מושגים יסודים, שהביאו עימם המשפטנים הקיימים לארכ'ישראל? ואם היה לקסיקון כזה, האם, ובאיזה מידת הצלחה, תורגם לעברית והותאם אל המיציאות היישראליות? שאלות אלה מחייבות ביצוח טקסטואלי מדויק של לשון השופטים, לא רק בהקשרים גרמניים גלויים, אלא בכל פסקיו-הדין והכתבים המקיים והפובליציסטיים שיצאו מתחת ידם. ניתוח לשוני מכך עשויל לשמש כר פורה במיזוחם עתידיים.⁸⁷ לצורך אמר זה הסתפקנו בכמה דוגמאות מעניינות בפיו. אנו מוצאים בכך עדות לקיום של אוצר-ימים מסוים ששורשיו גרמניים, ואשר תרם לעיצוב לשונו וסגנוו של בית-המשפט הعليון בישראל.

הистוריונים של יהדות גרמניה הציבו לאחרונה על החשובות הנזולה של מורשת הנאורות (או ההתנארות) הגרמנית לעיצוב תרבותה וזהותה של יהדות גרמניה המודרנית. האמנציפציה היהודית התרחשה בשלבי המאה השמונה-עשרה ובראשית המאה התשע-עשרה, עידן גיתה, שילר והומבולדת. תקופת-שחרית זו הנהילה ליהודים הגרמנים מחויבות מיוחדת לערך ה-*Bildung*, מושג גרמני שאינו סובל תרגום, ומשמעותו

86 שם, שם.

87 את ההשראה המתודולוגית לביתוח לשוני-מוסני זה ננתנה האסכולה שיסדו שני היסטוריונים של הרדיוונות, הניו-זילנדי Quentin Skinner ועמיתו J.G.A. Pocock Melvin Richter "Reconstructing the History of Political Languages: Pocock, Skinner, and the Geschichtliche Grundbegriffe" 29 *History and Theory* (Bloomington and Cincinnati, 1990) 38–70.

יעיזובי-נפש וחינוך-מעמיקים של האדם ביחס לעצמו ולחברה שבסביבו. מורשת ההתנארות הגרמנית שימה קרקע להשקפת עולם הומניסטית וליברלית מתונה.יחסם המזוהה של היהודים למסורת זו ידוע מכבר; ההיסטוריה ג'ורג' מוסקה, בספר שפרטם ב-1985, אף ראה ביהודי ויימאר את נושא הדגל המובהקם והאחרוניים של מורשת זו כנגד גרמניה הולכת ומסתاقت.⁸⁸

לאחרונה הצע היסטוריון הישראלי פרופסור סטיבן אשהיים תיקון לתפיסתו של מוסקה: האגף הרדיקלי של יהדות ויימאר, ובו ולטר בנימין וגרשם שלום, נטה, לדעת אשהיים, את מורשת Bildung והLIBERALISM, ופנה לרעיונות של נihilism, משיחיות וגאולה. בכך, הוא טוען, היטיב ורום זה להשתלב במודרניזם הוויימארי, שהושפע עמוקות מביקורת התרבות של פרידריך ניטהה והתמודד נגד מורשת הרציונליזם, הנאורות והLIBERALISM.⁸⁹

פולמוס זה חשוב לנוינו. מורשת Bildung והLIBERALISM ניכרת היטב בלשוגם ובאורות מחשבתם של שופטי בית המשפט העליון הישראלי. לא כן הביקורת המודרניסטית על הנאורות, בגרסתה היהודית-הרדיקלית או בכל גרסה אחרת. המשפטנים היהודיים הגרמניים שהטבחו את חותם על המשפט הישראלי לא הורם הרדיקלי של תרבויות ויימאר. ייתכן שאין בכך אלא חורה על האמת הטריוויאלית בדבר אופיים השמרני של משפטנים בכלל; ייתכן שבאוירה המקצועית והקרה של הפוקולטות למשפטים הגרמניות הייתה די בנטית למסורת הנאורות להסביר את יציר המרדנות הטעוב באדם צער. כך או כך, אוצר המושגים של הנאורות נוצר בתמליהם של המשפטנים שעלו לארץ-ישראל, אך לא הכלים הביקורתיים שהושחו בידי המודרניזם כנגד מורשת זו. בימים אחרים, רק חלק ממטען של יהדות ויימאר הגיע אל המפסד המשפטי בירושלים, בעוד חלק אחר עשה את דרכו אל האוניברסיטה העברית.

דוגמה חשובה לעניין זה הוא המושג הגרמני מדינתי-חוק, הלא הוא Rechtsstaat, Sainen קיים כללanganlit, ונתקפס מן הופעתו במאה התשעים-עשרה כמושג גרמני יהודי בגרמניה עצמה ומהוצה לה.⁹⁰ מושג זה תורגם לעברית בפהם של אבות המשפט הישראלי ללא שמן של אידโรניה וביתור משמן של גאותה במורשת הגרמנית. הוא מופיע בפסקה דין, וראוי להיחשב, בוגדור למושג שלטונית-החוק שמקורו במשפט ותרבות האנגול-אמריקאית, למסורת יקوت מובהקת.⁹¹

88 George L. Mosse *German Jews Beyond Judaism* (Bloomington, Ind., 1985).

89 סטיבן אשהיים יהודי גרמני מעבר ל-Bildung וLIBERALISM – התחיה היהודית הרדיקלית ברפובליקת ויימאר (רמת-גן, תשנ"ז).

90 E.W. Böokenförde "Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs" *Staat, Gesellschaft und Freiheit* (Frankfurt a.M., 1976); James Q. Whitman *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change* (Princeton, 1990) 95ff.

91 להופעת המושג מדינתי-חוק בפסקת בית-המשפט העליון ראו, למשל, ע"פ 596/73 מהאמיד נ' מיי, פ"ד כח(1), מפי השופט אשר (בע' 778); ע"פ 312/73 מצרואה

המושג מדינתי-חוק שגורר היום בפי כל ואין לו שום הקשר פוליטי או ציליל אידיאולוגי; נחפור הוא, המושג טעון ממשמעות חוויתו במעט אוניו-ירושלמי. אלא שבתקופת הגרמני, אף שהיו לו אסוציאציות ליברליות, שיות המושג היה אידיאולוגיה שמרנית-דנוצרית, ונקשר בתפיסה לגיליסטיות נוקשה.⁹² נציגיו הבולטים (R.V. Mohl, K.S. Zachariä, F.J. Stahl) ייצגו קשת מגוונת למדי של תפיסות מדיניות, אך איחודו אותם שאלפה להתרחק מכיורה של הפוליטיקה, הן מסוגו של האבסולוטיזם השוריוטי והן מסוגה של הריבונות העממית נספח צרפת. המושג מדינתי-חוק אפשר ליליברים ולמודרניסטים כאחד ליצור מערכת חדשה של לגיטימציה בתקופה של ליקוי-מאורות מדיני, וליצג את טובת העם (Volk) שלא להעניק לו ריבונות נטולת-ירדן. אך המושג אפשר גם להתחמק מוחיבטים מוסריים ותוציא-משפטים של החברה והמדינה. הוא ביטה פטרונות של עליית פוליטית וקדמית, ושימש קיר חסם מכובד למראת נגד רעיונות סוציאליסטיים, ובפרט נגד קריית התקgor על קדושתו של הקניין הפרטני. המושג Rechtsstaat היה חרשמי, ונפתח כפרוגרטיבי, אך לא-אידואקטי בהקשר של דמוקרטיזציה או של זדק חברתי. חישנותו הייתה נעוצה בתפיסה מדעית ורציונליסטית של משטר חוקתי. ההשראה היחסוטורית של תפיסה זו בא ממן "החברות הגרמנית" העתיקה, חירות קבוצתית שקיבלה במהלך המאה התשע-עשרה גוון לאומי.⁹³ שלא כמסורת האנגלית-האמריקאית שצמחה מימיוס "הממשלה" של האנגלים, לא ניתן בה מקום מרכז לחרויות הפרט. שלא כבצורת, לא הייתה גלומה בה נכונות להפוך את מסורות העבר ולכogen חירות אזרחית מהպנינה.

גם במהלך העשורים פעלו המונחים ליברליים ו- Rechtsstaat בשיח הגרמני בהקשרים רחבים ורופפים בהרבה מכפי שנitin לשער ברבע האחרון של המאה העשרים. המשפטן הベルיני אדווארד קוללאוש (Kohlausch), שירת את המשטר הנציינל-סוציאליסטי עד שנת 1942, תואר לאחר המלחמה על ידי עמיתו רודולף סמנד (Smend) כאדם "שנדחף בתקופת הריך השלישי לתפקיד כפו-הטובה של מגן שריידי הסדר הליברלי וה- rechtsstaatlich, ועמד איתן במבחן".⁹⁴ השפעתו המתנתה של קוללאוש בועדות דין-העונשין הנאצית בשנים 1934–1936, שהקנתה לו מחאה זו, רחואה מלהתאים לתפיסות בנות-זמננו בדבר ליברליים ומדינתי-חוק.

להקשרים אלה אין זכר בגולגולו העברי של המושג.⁹⁵ התעלמות זו טעונה הסבר, ויש

⁹² מיי, פ"ד כח(2) 805, מפי השופט חיים כהן (בע' 809); בג"ץ 77/188 המוטראן הקופטי ב' מיי, פ"ד ל'ג(1) 225, מפי השופטים לנרו (בע' 237) ואשר (בע' 251). וראו גם את דברי שלמה אריאל בהקשר אופייני: "פנחו רoon הפך תוך זמן קצר ביותר את ישראל למדינת חוק ובנה מערכת משפטית... המשוחררת מחריגותיה של הרשות המחוקקת והמבצעת גם יחד"; אריאל, לעיל העדרה 5, בע' 187.

⁹³ Ringer, *supra* note 22, at pp. 114–115, 124 92

⁹⁴ Whitman, *supra* note 90, at pp. 96–98 93

⁹⁵ Smend, *supra* note 34, at p. 121 94

⁹⁵ ראוי לציין שגם תרגומו לעברית של המושג האנגלי law of rule של שטוני-חוק הינו בעייתי, שכן המושג law באנגלית יכול להתפרש בחוק במובן הذر של חוקיות

להבינה בתקשר רחב יותר. גרמניה הויימארית הייתה, כמובן, לא רק *Rechtsstaat*, אלא גם *Kulturstaat*, מדינה שהתפארה בהישגיה בסדנה המכונה כיים תרבות גבוהה. בשיתתו עימנו תיאר השופט חיים כהן כיצד אפללו סטודנטים למשפטים נתנו מפנאי שההניתן להקדישו לענייני תרבות ואמנויות; למדוי המשפטים, כרוב הלימודים האוניברסיטאיים, לא חיבו נוכחות שיטתית ומסודרת בקורסים על תחומי המשפט השונים. היה די להתכוון לבחינות ולעמוד בהן. להרצאות הлечת כרzonך, על-פי תחומי עניין או כשרונו הרטורי של הפרופסור או הרוצנת המרצה. למדוי המשפטים הפורמליים של כהן עצמו הסתכמו, לבסוף, בשניים שלושה סמסטרים בלבד: בשאר זמנו כסטודנט שמע הרצאות בתחום אחרים וביקר תכופות בתיאטרון, בכך קיים הлечת מעשה את המסורת הגרמנית רחבה-האפק שקדמה לעירן התפתחות הצורה.⁹⁶ מותך שלל עדויות על השכלתם הספרותית והמוסיקלית של השופטיםמושאי מחקרים עולה בהירות שהתוכנות הכלליות הגרמניות הויימארית החללה בדורבים שונים אל בית-המשפט העליון שלנו, והשפעה יותר מכפי שמרמו קומץ האזכורים של גיתה ושליל.⁹⁷

הדוגמה השניא והחשובה ביותר לעניין זה היא הפילוסופיה של קדרה ונאורות שאימצו השופטים העליונים. במאמר משנת 1962 כתב אלפרד ויתקון על "דעת החיבור המתකדס" שבית-המשפט צירק ליזג, אותו ציבור הרוצה להשתירק ל"משפט העמים הנאוריס", ולחולוק את ערבי "העולם התרבותי כולו". על בית-המשפט להגן על "ערבי הциיביליזציה" הנתונה בתהילך של התקדמות, אך שרויה בצלם המאים של ספקות, פרימיטיביות ודרת.⁹⁸ כעבור שנה השתמש ברעיונות אלה בפסקה, היה זה בע"א 337/62 ריזンפלד נ' יעקובסון,⁹⁹ בו התבקסו השופטים להכריע אם הבחתה נישואין של גבר נשוי

הפרלמנט, אך גם למושג משפט, שהינו מושג רחב יותר, ויש הכוללים בו יסודות מהותיים של צדק וכוכיות לא-איכתובות. מתרגם לעברית מושמות קונוטציות פורמליסטיות ולגליסטיות נוקשות שאינן מניאות ליידי ביטוי מלא את מלאה והמשמעות של המושגanganligkeit. בצדק הצע פרופסור ליאון שלף תרגום חלופי של המושגanganligkeit לעברית: מרות המשפט. דאו ליאון שלף "ט'שלטן החוק" ל'מרות המשפט': הדוחרים וערעוריהם על מושג-'יסוד' עינוי משפט זו (תשנ"ו) 559. כמובן זה ניתן גם לבקר את התרגומים העברי למושג *Recht*, הקביל יותר למושג משפט מאשר למושג חוק, הלא הוא בגרמנית *Gesetz*, אם כי הקונוטציות הגרמניות של המושג *Rechtsstaat* קרובות יותר, כפי שציינו, למושמות הזרה והנוקשה מאשר למושג law rule of law.

96 ראו גם שר חיים כהן, לעיל העירה, 51, בע' 43, 240.

97 דאו למשל ויתקון "זכר יציאת גרמניה", לעיל העירה 25, בע' 59.

98 אלפרד ויתקון "המשפט בארץ מתחפות" ספר יובל לפנהס רוזן חיים כהן עורך, תשכ"ב 85-66, ובעיקר בע' 82-84; השוו חיים כהן "על אלפרד ויתקון" (דברים בעזרת זיכרון באקדמיה הישראלית למדעים, 19.6.1985), בספרו של ויתקון, לעיל העירה 25, בע' 15-18, ובמיוחד בע' 16-17.

99 פ"ד י"ז 1009.

לאשה אחרת הינה חווה הפוגע במסור הציבורי ובסדר הכללי, ועל כן חזה בטל. כותב השופט ויתקן:

"מצווים אנו, כשופטים, לחת ביטוי ותוקף, לא לדעתינו הפרטיות, אלא למלה שנראה לנו כמשמעותו את דעת הציבור, והכוונה היא לחלק המשכילים והמתקדמים שבתוכו. ציבור זה הוא, כאמור, הציבור שbearנו ובזמננו. יתכן שבשלה זו או אחרת תהיה לציבור זה השפה משלו, שאינה מוזהה עם השקפת הציבור שלנו, ואין צורך לומר שבמקרה כזה יהיה מודרכים אך ורק עליידי השקפת הציבור שלנו. אך נראה לי כי הציבור שלנו רוצה לראות את עצמו כחלק משפחת העמים הנאורים ולהיות שותף לאוטם ערכיהם המעצימים את דמות העולם התרבותי כולו, סבור אני אף שרק במקרים נדירים יכול להתגלות קרע בין תפישת עמו לבין הגבי הערכים הללו ובין התפישה המקובלת באוצרות העולם".¹⁰⁰

באותה שנה כבר טבע השופט משה לנדיי, בפסקידינו בעניין צים חברות השיט היישראלית בע"מ נ' מזיאר, את המושג הציבור הנאור, ותבע מן השופט "להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות של הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב".¹⁰¹ שופטים אחרים אימצו מבנן זה,¹⁰² שנחפרק עם הזמן לכאןונו: השופט אהרון ברק, בפסקידין שכחוב בעבורו שלושים שנה, מצטט דברים אלה של לנדיי וקובע כי במשך השנים נחפכו "לאמת מידה כללית, אשר השופט צריך לפעול על-פייה מתוך תוכן נורטטיבי לתקנת הציבור על היבטיה השונים".¹⁰³ לאחרונה אף הקדים ברק מאמר מיוחד לחתוג בו מונח זה. שם הוא קובע כי הוא רואה במונח הציבור הנאור מטפורה רבת-עוצמה של המשפט היישרائي, ברק מטעים במאמר זה את האוניו-ורטוליות והן את המקומיות והטרנסיטיביות של עקרונות" היסוד gemeinsam את הציבור הנאור, והוא אף קובע כי "אין כל ניגוד בין ' הציבור הנאור' לבין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית".¹⁰⁴ בדברים אלה ממשיך השופט ברק מסורת ארוכה, שמקורותיה בהשכלה היהודית-גרמנית, המבקשת להשכנן סדר והרמונייה

100 שם, בע' 1026.

101 ע"א 461/62 צים חברות השיט היישראלית נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335.

102 ראו, למשל, את דברי הנשיא אגרנט, הנציג ה"אמריקאי" המובהק בבית-המשפט העליון, שיחד עם השופט לנדיי הרחיב את מבנן הציבור הנאור מהמשפט הפרט גם למשפט הציבורי בבג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד ב(ג) 2, 477, 600 (התיאחות השופט לנדיי למבנן זה באותו פסקידין בע' 520).

103 בג"ץ 693/91 אפרת נ' המוניה על מירשם האוכלוסין, פ"ד מ(1) 749, 780.

104 אהרון ברק "הציבור הנאור" ספר לנדיי (בעריכת אהרון ברק ואליעזר מוז, תל-אביב, תשנ"ה, כרך שני, חלק ראשון), 697-677, הציגתה מע' 693. במקומות אחד מציין ברק את מושג הקדמה (progress), המאפיין את "התרבות המשפטית המערבית", ובוחר להסתמך על חיבורו של המשפטן הגרמני רודולף פון ירינג (Jhering) המאבק למען המשפט (תרגום ב' קרופניק, אהרון ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ (תשנ"א-תשנ"ג) 197-217, הצעטה בע' 201).

בין ערבים אוניוורסליים ויהודים, ובגלגול מאוחר יותר – בין עקרונות הנאורות והציונות.

אלא שלנדוי, ברק ואחרים, שנדרכו למושג הציבור הנאור, לא הכירו כמודמה בתיאתו עצמו מושג היסטורי ספציפי, המיצג תפיסה ספציפית בדבר הטוב החברתי והותם של קובי אמות'המידה בחברה. בדבריהם של השופטים מקובלות הנחות יסוד ההיסטוריות, ואפילו אנתרופולוגיות, השזורות באוצר-המלחים שהצבענו עליו: "סבירותה של תקנה", כתוב למשל חיים כהן, "...נמדדת בקנה מידה הטובה המקובלת על רוב בני האדם בחברה דמוקרטית ובמדינה חוק. ואין לך מידה טובה ומקובלת ממידת היסוד של כבוד האדם: חברה חופשית ונוארה נבדلت מן החברה הפרטיאת או העשויה במידה הכבוד שמוגדרין לו לאדם באשר הוא אדם".¹⁰⁵

המנוחים נאורות, קרמלה, תרבות, ציוויליזציה, ואפילו המונח הניטרלי-ביבול ציבור, שאובים במשרין או בעקביפין משית הנאורות (*Aufklärung*) והרצינולזם הגרמני ששורשו במאה ושמונה-עשרה וענפיו משתרגים אל רפובליקת ויימאר ואל המחזית השנייה של המאה העשיר. רעיון הציוויליזציה ההולכת ומשתפרת לכיוון מפלסופיות של ההיסטוריה שרואה בגרמניה למין ליסיגן וקאנט. את נס הנאורות – נס פוליטי ופרטיזני, עם כל היוטו אוניוורסליסטי ווומני – נשאו הוגי דעתם ליברלים דוגמת ארנסט קסירר (Cassirer).¹⁰⁶ מסורת זו מטילה על קבוצה נרחבת, משכילה ורוהטה של אזרחים – ציבור נאור – את האחריות לקביעת אורתותיה של החברה באמצעות שית, חילופי דעתות וליבון תבוני ותרוץ של רעיונות פוליטיים-מוסריים.

אולם לא הייתה זו המסורת האינטלקטואלית הייחודה שצמחה בגרמניה המודרנית.ermen. למן סוף המאה השמונה-עשרה נשמעו קריאות תיגר, חלקו עמוקות ומרתקות, נגד שיח הנאורות: הדרר, שופנהואר וניטשה, אבל גם הויסרל ובוור, הצבעו בדרכים שונות על מגבלותיה של האמונה הנחרצת מדי בתבונה ובקדמה. מן המודרנים של ראשית המאה, שהגיעו לבלבו בשנות הרפובליקה של ויימאר, צמחה ביקורת נוקבת על השימוש המודרני במורשת הנאורות, שנפהכה למכירת החסוך של הבורגנות בעלת-הKENIN. את המתקופה היו סיכמו ומיצו אנשי אסכולת פרנקפורט, תאודור אדורנו (Adorno) ומקס הורקהיימר (Horkheimer).¹⁰⁷ הנאורות, כך הבヒרו מבקרים, אינה מציאה פתרונות או

¹⁰⁵ חיים כהן בבג"ץ 355/79, 370, 391, 373 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 305.

Ernst Cassirer *The Philosophy of the Enlightenment* (1932; English translation: 106 Princeton, 1951).

¹⁰⁷ תלמידם יירגן הברמאס ביקש להציג מביקורת זו היבטים מסוימים של הנאורות, בין השאר באמצעות המושג ציבור. ראו: Theodor W. Adorno and Max Horkheimer *Dialectic of Enlightenment* (1947; English translation: New York, 1972); Jürgen Habermas *The Structural Transformation of the Public Sphere – An Inquiry into a Category of Bourgeois Society* (1962; English translation: Cambridge, Mass., 1989).

חולופות לעניינים הלא-תבוניים שבנפש האדם, לאנשים ומצבים שהם "לא-חברתיים" או "לא-דרכניים", למי שאינו יכול או חפץ להיות חלק מ"ציבור", למי שנמנעה ממנו ההשכלה ה"נכונה" ולמי שחוsd במאורותיהם של הנאורות.

לאופוזיציה הוא אין זכר בתפיסה הציבור "המשכיל והמתකדם" או "משפט העמים הנאורים" של שופטי בית-המשפט העליון בישראל. הם הכירו אומנם ביחסיות ובידניות של העקרונות בהן דבק הציבור הנאור, וגילו רגשות לשינויים המתמידים בערכיו ובבדעתו של אותו ציבור; אבל ספק אם הוודו בעיתיותו של עצם הקביעה שיש במקרה ציבור נאור, שבית-המשפט מסוגל להגדירו ושם הרاوي שיהיה לו לפה.¹⁰⁸ בתוך כך התקבלו כמובנים מלאיהם הטון הממלכתי-הסוציאלי המשוג מдинתי-זוק והבלעדות המעודית והאתנית-התרבותית של המשוג הציבור הנאור.¹⁰⁹

ניתן לשער שתטיב השכלתם המשפטית של מושאי מחקרים (וגם האוריינטציה העברית-הציונית של אלה שנחשפו לה) לא הביאו אנשים צעירים אלה ברגע הדוק עם מוקדי המודרניזם של ברלין או של פרנקפורט בשנות העשרים. הם לא נמנעו עם חוגי המלומדים החדשניים שהצמיחו את מרטין בובר, ולטר בנימין וגרשם שלום. גם בכאום לפולשתינה לא יאמזו, כמודה, את החולופות שהציגו בובר ושלום, אישUTH, לתבנית הרצינוליסטי של הנאורות. הביקורת הנוקבת שמתה בנימין על רעיון הקדמה¹¹⁰ אינה משתקפת ב프로그램יים הבוטח העולה מן הפסיקות שציגנו לעיל.

משפטנים, כמובן, אינם גוטים להיסחף בורמי אוונגרד פוליטי-פילוסופי. יתכן שאין סיבה להצער, קל וחומר לתמותה, על היוצרים של מודרניזם ודיוקן או נihilism בתריניטשאני מדרכי מחשבתו של בית-המשפט העליון בישראל. אך מועל לצין שריעונות אלה, לצד הביקורת העצמית ואף האירוגניה העצמית (גוטס וולדטר) של הנאורות במיטבה, אינם חלק ממטען. בוחונם של שופטים במשפטם, כמו גם בצדקת דרכם של הצינות המדינית, לא נפגם ולא התערער בשל חסיפה לביקורת התרבות הווימארית. מורותם הגרמניות התבוססה על ליברלים לאומני, לגטיסטי, נחלתת של עילית חברתי-תרבותית תודעה אמונה בנאורה.

¹⁰⁸ חריג אפשרי להכללה זו מצוי בדברי השופט שרשבסקי בע"א 66/4 מרים פרץ נ' הלמוט, פ"ד ב(4) 337, 351, 352, בו טعن נגד ויתקן כי ההיסטוריה הגרמנית מעמידה בספק את האפשרות לראות הציבור המשכיל והמתකדם מdad מוסרי אמיתי. אנו מודים לפروفסור עדי פרוש על מובאה מסיגת זו.

¹⁰⁹ לביקורת עדכנית של המונח הציבור הנאור ראו דן אבןון "הציבור הנאור: יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי?" משפט וממשל ג (תשנ"ז) 417-451.

¹¹⁰ ראו בעיקר את הפרקים "חיי הסטודנטים" ו"על מושג ההיסטוריה", ולטר בנימין מבחר כתבים – כרך ב: הדרורים (בעריכת יורגן ניראד, רינה קליבנוב; תרגום מגרמנית דוד זינגר, תל-אביב, 1996).

ו. במקומות סיכום

נסים בגונו אחר, אך לא פחות חשוב, של ההשפעה הגרמנית על בית-המשפט העליון הישראלי: האנגלופיליה של השופטים הקיימים בבית-המשפט העליון. אין צורך להזכיר את הדיבור על פשר השפעתה של המורשת המשפטית הבריטית על מוחשבתם של השופטים הללו: את שנותיהם כעורכי דין עשו בארץ-ישראל כחלק מערכת המשפט המנדטורית הבריטית, ושנים אלה אפשר שרשו מبنوت לא-פחות מכך על שנים שעשו על ספסל הלימודים הגרמני. ויתכן קיבל את הכשרתו ב-bar האנגלי; לנדי ווסמן למדו באנגליה, ולנדוי אף כיהן, כפי שהוכרנו, כשותפם שלום בטרם קמה המדינה. המסורת המשפטית המנדטורית עוגנה במשפט הישראלי, לעתים בתמיכת חלק מדריכים ובהתנגדותם של אחרים, למשל בעניין דוקטרינת התקדים המחייב.¹¹¹ על כך נספה אוירינטציה אמריקאית מובהקת, שצמחה מآلלה מן ההכוונה הבריטית, וחוווקה, בין השאר, על-ידי הנשיא אגרנט,¹¹² וגם בזכות העגתם של קבצי פסקי הדין האמריקאים לספרית בית-המשפט העליון בימה המוקדמים.

בדבורי היפים לזכר אלפרד ויתקון כתוב חיים כהן איך "הLK [ויתקון] לאנגליה לרכוש לו השכלה משפטית אנגלית כזוידיו לדרכו ארצה ישראל", ואיך "אנגליה הייתה בשבילו לא רק מעין קרש קפיצה, אלא אף מעין היולדות חדשה: גילוי הדור ותפארתו של המשפט האנגלי היה למשפטן הגרמני חוויה עצומה ובלתי צפואה".¹¹³ כהן המשיך ומספר על דמותו המודקרת של ויתקון, ה-barrister המגוון, בירושלים של שנות השלושים. אבל התתגלות שחוות ויתקון בלונדון אינה פרק ביוגרפיה יהודית, אלא דווקא חוויה גרמנית טיפוסית מאוד.

הנקודה המענית כאן היא שהקרבה למסורת האנגלית אינה רק תוצר של מפגש

¹¹¹ בית-המשפט העליון נדרש לחתם את דעתו על חיובו לתקדים הוא עוד לפני שקבע המחוקק את עמדתו בסוגיה זו. היה זה בבג"ץ 51/287 ראם נ' שר האוצר והمفகח על המطبع הזר, פ"ד 949. חממת השופטים שישבו בדיון – אגרנט, וילברג, גויטן, לנדי וברנוון – החליטו מה-יאחד לאמץ את ההלכה האנגלית בדף התקדים המחייב. מעניין שנקודת-המוצא של כל השופטים הייתה שההלה טובה בשיטת משפט מבוססת כ思יטה האנגלית, והשאלה היהידה הייתה מה נפקודה לשיטת משפט חדשה, כ思יטה הישראלית. בעבר זמן קצר, בבג"ץ 176/54 יהושע נ' ועדת העורף לפיק הנכדים (תגמולים ושיקום), תש"ט-1949, פ"ד ט 617, כפר השופט ויתקון בהלכה זו, וקבע שאין הוא רואה עצמו מחויב לתקדים בבית-המשפט העליון, שכן מי שאינו מכיר בכוחו המחייב של התקדים אינו יכול להיות קשור גם לתקדים המכיר בכוחו המחייב של התקדים. מעניין שהמוחוק בחוק בית המשפט, תש"ז-1957, קיבל את עמדתו של ויתקון וסתה בכך מהכלל האנגלי (גם הוא בוטל בשנת 1966).

¹¹² דאו להב, לעיל העורה 1.

¹¹³ חיים כהן "על אלפרד ויתקון", בספרו של ויתקון משפט ושיפוט, לעיל העורה 25, בע' .15

ההיסטורי ספציפי בין יידי גרמניה וחניכיה לבין שלטון בריטי בפלשתינה, ההערכה לעניינים בריטיים, ובתוכם גם לרעיון החירות האנגלי ולמערכת הצדקה האנגלית, היא סימן היכר של הפן הליברלי באומה "תרבות כללית" גרמנית שעלה ברכיה גדלו מושאי מחקר זה. האתדה לעולם הדבר אングליות אינה רק מורשת ספרותית גרמנית מלסינגן ושילר עד ברכת וויל, אלא גם מורשת פוליטית גרמנית למן הליברלים של המאה התשע-עשרה ועד ליזורי חוקות ויימאר. היא סנוורה את עיניהם של הנאצים עצם (שקיוו למצוא באנגליה בעלת-ברית אידיאולוגית, ובשלב מסוים חשבו על אוקספורד כבירת האימפריה הגרמנית העתيدة לקום), ושבה והופעה בוגרמניה המערבית לאחר החורבן. האנגלופיליה והאנגלופוניה הגרמנית היגרה עם הגולים לבריטניה ולארכוז'הברית, אך גם לפלשתינה, האcosa ממערכת המשפט הוויימארית סלה את הדרך אל המבט מערבה, מבט שגם הוא גרמני במובנה.

אילו הייתה כאן רק אהבה פרטית, היינו מניחים לה לנפשה, במצוות אלפרד ויתקון בצייטה בה פתחנו. אך עניין זה מאיר פן ציבורי מאד בדברי ימי של המשפט הישראלי. המשפטנים, כמובן, נוהגים להבחין בין שיטת המשפט הקונטיננטלית לבין שיטת המשפט האנגלו-אמריקאית. על בסיס זה אין מנוס מלהסיק שהמורשת האנגלו-אמריקאית הייתה דומיננטית בעיצוב המשפט הישראלי. אבל הבחנה החשובה יותר העולה ממחקרים היא דזוקה בין המורשת הליברלית, מרכז-אירופית ואנגלו-אמריקאית אחת, על מרכיבויה הרבות בהן נגענו, לבין דבריהם מודח אירופי מאד שראו השופטים במסודות השלטון האחרים, דבריהם בלתי-ливרלי בעיל.

דומה שמאבק של ממש על תרבותה הפוליטית של המדינה הצערה התחולל, לפחות ברגעים מסוימים, לאורך קווים מובאים של תרבויות-ומות. טפח ממאבק זה מתגלה בדבריו של פנחס רוזן, שציגנו לעיל, בדבר הgingom של היקים כבסיס לשיבוצים במערכת המשפטית. טפח אחר מתגלה בקובץ עדות למדיניות החוץ של מדינת ישראל משנת 1953, שהוציא לאור ארכיוון המדינה בשנת 1996. במהלך אחד מדיוני הממשלה על פעולות הנגמול שהובילו להסכמה מדינית ולמלחמות סיני, הציג בן-גוריון לשרי הממשלה לככוש אמרים בגדה המערבית. בהמשך ייצא נגד "חברים מצוינים גרמנים" שהתנגדו ל��וא מיליטנטי זה. על-פי סיכום הפרווטוקול של אותה ישיבת ממשלה, מיום 24 במאי 1953, השיב לבן-גוריון השר יליד ברלין פרץ נפתלי כי "היתה גאה להיות ציוני גרמני גם אם משתמשת מכך רדיפת שלום".¹¹⁴ דוגמה זו היא מקרית בלבד, וחקירה שיטיתית של קו העימות בין ציוני מודח אירופי ומרוצה חורגת מגושה דינונו ומתוחומי מחקרים. ניתן בכל זאת לשער שעוזיות נספחות לציר המתח המרכז-מורחה-אירופי שמורות בארכונים, ושענינים רבים בוגדר הרהוריו לב ולהישות שלא לפרווטוקול.

הברית בין המשפטנים היקים והאנגלו-אמריקאים שביסוס הרשות השופטת בישראל נכרתה כמשמעותה התרבותית הדומיננטית, זו של מפא"י, בשנות העיצוב של

¹¹⁴ מדינת ישראל – ארכיוון המדינה תעוזות למדיניות החוץ של מדינת ישראל (crc) שמיini, 1953, בעריכת ימימה רונטל, 1996) 413; מצוטט בספרו של בני מורים בידיעות אתרכנות, י"ח בתמזה תשנ"ו, 5.7.1996, בע' 29-30.

המדינה. ברית זו היא אחד הגורמים המרכזיים לכך שחרף נתוני הפתיחה החלשים,¹¹⁵ התפתחה בישראל רשות שופטת עצמאית, בעלת אוריינטציה וסגנון שונים מלאה של יתר רשותות השלטון (בגבולות התבנית הציונית-הלאומית המשותפת), ואף התחלה בעשור האחרון להקryn מעוצמתה על הרשותות האחרות. על כך עוד יסופר.

115 כמפורט במבוא למאמר זה.