

## למען הצדק? על הקמתו של בית-המשפט הגבוה לצדק

מאת

יאיר שגיא\*

ככל שהדברים אמורים בקיים פופינחה אישית, יש להסכים כי בשמונה בערב עוד היה די זמן, כי גורלו עוד לא נחרץ. אבל זמן למה? והאם יכול היה לפעול שלא כמו שעמד לפעול, משוכנע בעצם שאין למעשיו חשיבות רבה יותר משהיתה להם במשך אלפי רבבות הימים שקדמו להם?

ז'ורז' סימנון האיש שצפה ברכבות (תל אביב, יהושע קנז תרגם, 2001) 9.

### תקציר

אין חולק על התפקיד המכריע שמילא בית-המשפט הגבוה לצדק לאורך השנים בעיצובם של המשפט הציבורי בכלל ושל שיח זכויות האזרח בפרט במדינת-ישראל. למרבה הפלא, עד היום טרם נערך מחקר היסטורי שבהן את הקמת המוסד לפני כשמונים שנה על-ידי הבריטים, בראשית ימי שלטונם בארץ-ישראל. המאמר מגולל לראשונה את

\* דוקטורנט ועמית מחקר ע"ש סמואל גוליב להיסטוריה של המשפט בבית-הספר למשפטים באוניברסיטת ניו-יורק. מאמר זה מתבסס על יאיר שגיא בין הקוטב לבין קן המשווה: על הקמתו של בית המשפט הגבוה לצדק בתקופת המנדט הבריטי (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך להיסטוריה, אוניברסיטת תל-אביב, תשס"ג). חיבור זה הוגש במסגרת לימודי בכון כהן להיסטוריה ופילוסופיה של המדעים והרעיונות בבית-הספר להיסטוריה, והוא נכתב בהנחייתם של פרופסור משה צוקרמן, ראש המכון להיסטוריה גרמנית וממורי המכון, וד"ר רון חריס, מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. אבקש להודות לשניהם על עידודם המתמשך ועל הנחייתם יקרת-הערך. במהלך כתיבת העבודה התכבדתי לקבל מאוניברסיטת תל-אביב את המלגה לכבודו של פרופסור צבי יעבץ; מלגה נדיבה זו סייעה לי בעריכת המחקר, ואני מודה על כך למכון כהן ולבית-הספר להיסטוריה. תודה לנתן ברון על עצותיו הטובות בעניין החיפוש הארכיוני בארץ ובאנגליה. תודה גם לבני זלמנוביץ, יונתן רו, קובי קסטיאל ומיכל שכטר ממערכת עיוני משפט, וכן לשמואל לשם, לשגית מור ולניר קיודר על הערותיהם המועילות לטיוטות מוסדמות של המאמר. מטל הכל. תודה ללימור של שורתה לכל אורך המחקר.

אומי, אף ש"הלאמה" כוז היתה מגשימה טוב יותר - ובעלות נמוכה יותר - את התכלית הסוציאלית של הרפורמה. לאחר-מכן הצליחו חברות הביטוח לשכנע את המחוקק להגביל לצמצם את הסיכון שהן חשופות לו מכוח החוק. הפיצוי המגיע לנפגע בתאונת דרכים וכפף להגבלות נוקשות, בעוד שעקרון ייחוד העילה שלל ממנו את האפשרות להשלמת פיצוי באמצעות תביעת נזיקין רגילה (תוצאה קטסטרופלית מבחינתם של נזיקים סבלם גדול וניזוקים בעלי הכנסה גבוהה); האפשרות לפסוק פיצויים בדרך של תשלומים ניתיים הוגבלה באופן משמעותי, והזכות לבקש את פסיקת הפיצויים בדרך זו ניתנה גם לחברות הביטוח; ותיקון מספר 8 צמצם את חוג הנפגעים הוכאים לפיצוי לפי החוק. בד בבד עם הגבלת הסיכון וצמצומו, ובמשך יותר מעשרים שנים, הצליחו חברות הביטוח לשכנע את שרי האוצר להגדיל את תעריפי ביטוח-החובה בשיעורים חדים ובלתי-נודקים. בעקבות רפורמה חקיקתית מקיפה, החלה לפני חודשים ספורים תחרות מבוקרת שוק ביטוח-החובה, אולם לפחות בשלב זה לא ניתן לומר שהרפורמה נחלה הצלחה גרובה.

שתי מסקנות עולות איפוא מן המקובץ. ראשית, קיים פער ממשי בין האופן שבו חוק פיצויים נתפס בעיני הציבור, ובמיוחד ציבור המשפטנים, לבין מאפייניו בעולם המציאות. שנית, כמה מתכונותיו הבולטות של ההסדר הן תולדה של לחץ בלתי-פוסק על מחוקק ועל מחוקק-המשנה מצידן של חברות הביטוח.<sup>313</sup> השאלה המעניינת היא אם שתי המסקנות קשורות אחדדי. אין ספק שחלק מן הסדקים שנחשפו בתפיסה המסורתית נובעים אמצעורכותן של חברות הביטוח בתהליך החקיקה ומן הדרך שבה יישמו הן עצמן את הוראות החוק. בדרך זו ניתן, למשל, להסביר את התארכות ההליכים ואת הפער בין הצעה ל"פיצוי מידי" לבין התשלום התכוף המוגבל. אולם מעבר לכך, נראה לי כי שימור ההבנה המסורתית של מטרות החוק וההערכה הרבה למהפכנותו שירת ועודנו משרת אינטרס מובהק של חברות הביטוח. האדרת המהפכנית הסוציאלית הצליחה להסוות היטב את העובדה שהסדר הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים קידם, הלכה למעשה, את היעדים הכלכליים שלהן עצמן. פעילותן של חברות הביטוח למקסום רווחיהן לא היתה אומנם בלתי-חוקית ואף לא בלתי-מוסרית, שהרי זו דרכן של חברות מסחריות; אבל הן ביקשו ככל הנראה להצניע בשל החשש מפני אובדן הלגיטימציה הציבורית, מפני לחצים לתיקון החוק, או גרוע מכך - מפני הלאמה של ענף הביטוח לנפגעי תאונות דרכים.

313 חשוב להעיר במאמר מוסגר כי שתדלנותן של חברות הביטוח אצל המחוקק ואצל מחוקק-המשנה - ובמיוחד בכל הנוגע בעיצובם של הסדרי אחריות ופיצוי - אינה תופעה ייחודית לישראל. ראו, למשל: Feldthusen, *supra* note 188, at pp. 475-476; והשוו, בעניין אחר: J. Groner "Insurance Companies Lobby the ALI" *N.J.L.J.* (15.7.1996) 8.

היום, ומכאן שטרם זכו בהתייחסות, העוסקים בהקמתה של מערכת השיפוט בארץ. נקודת המבט הבריטית היא שתולך אותנו בכל חלקי המאמר, שבו יודגש כי אין להשקיף על הממשל הבריטי בארץ בראייה פשטנית, כדבוקה אחת, אלא יש להתייחס למאזן הכוחות בין הרשויות השונות של השלטון המנדטורי, שלא תמיד עלו האינטרסים שלהן בקנה אחד. למעשה, ייטען בהמשך, מאבקי כוחות בקרב הממשל המנדטורי מילאו תפקיד מרכזי בהליכי חקיקתו של סימן 43 לדבר-המלך.

אכן, בעבר ניתנו כמה הסברים לבעייתיות שבהקמת בג"צ. לפחות חלקם מיוסד על נרטיב המעלה על נס את טוב ליבם ותבונתם של הבריטים בהקים מוסד שיפוטי המזוהה כיום עם שמירה על זכויות אזרח וביצור שלטון-החוק.<sup>3</sup> מטרתו המרכזית של הדיון במאמר היא להצביע על סבירותו של נרטיב אחר, כזה שטרם הוצג, המעניק משקל מלא לסביבת העבודה שבמסגרתה התקבל דבר-המלך ולמלוא מאפייניו של בג"צ.<sup>4</sup>

בבסיסו של דבר, המאמר מבקש לשכנע בארבעת אלה:

**ראשית,** יש מקום לתמוה על עצם הקמת בג"צ; הקמתו לא היתה צעד מתחייב. לשם עמידה על כך יחא עלינו לבדוד התרחשות אחת: הקמת מוסד שיפוטי עתיר סמכויות, ודרך חור המנעול שלה להתבונן ברצף המאורעות הרדיקלים שליוו את הניכחו של המשטר החדש בארץ. ביתר פירוט, יהיה עלינו לבחון לא רק את החקיקה שהגהיג הממשל הבריטי בארץ, אלא אף את התקופה הרלוונטית ואת האישים שפעלו בה, כמו גם את מעמדה הבינלאומי הייחודי של ארץ-ישראל.

**שנית,** לא היו אלה "בריטים" ערטילאיים שהקימו את בג"צ, אלא אישים ספציפיים בעלי שאיפות קונקרטיות. למעשה יתגלה כי תפקיד מכריע בהקמת בג"צ מילא מי שהיה וקן-השופטים הראשון (The Chief Justice), סר תומס הייקרפט (Haycraft).

**שלישית,** הניתוח שיוצע כאן מבקש ללמד כי דיווח מלא על נסיבות הקמתה של ערכאה רבת-עוצמה כבג"צ חייב לייחס משקל של ממש גם לכוחה היחסי של הרשות השופטת למול יתר זרועות השלטון (המנדטורי). כך תעלה הטענה כי יש להסביר את צעדו של וקן-השופטים הייקרפט על רקע שני אלה: הראשון, היריבות המוסדית (ואולי אף האישית) בינו לבין ראש "משרד המשפטים" בממשל הבריטי, גורמן בנטוויץ' (Bentwich), וכנגזרת של תהליך עיצובן של שתי המשרות שהשניים נשאו בהן (תהליך שיתואר אף הוא בהמשך); השני, כחלק מנסיוגו של הייקרפט להציב גדר הגנה סביב הרשות השופטת. יוצע שלמאבקי השליטה בנעשה בתוככי הרשות השופטת – מאבקים שרווחו בתקופה הפורמטיבית של הקמת מערכת המשפט בארץ – היתה השפעה מכרעת על הקמת בג"צ. יובהר כבר עתה כי על הכף עמדו עניינים הכרוכים בניחולה היומיומי של מערכת בתי-המשפט, כגון קביעת תקנות סדר-דין, מינוי שופטים, העברתם ממקום למקום וביצוע פסקי-דינם. בתמצית ייטען כאן כי מתוך הדיון בשאלות מנהליות כאלה ועל רקע היריבות בצמרת מערכת המשפט הארצי-ישראלית היכה שורש הרעיון להקים את בג"צ.

3 ראו להלן טקסט להערה 82.

4 הנרטיב המוצע כאן אינו יוצא בהכרח מנקודת-מבט הפוכה (שילית) ביחס לשלטון החדש בארץ. למעשה, בניגוד ליריבו, ניתן לקבלו אף מבלי להתייחס לשאלת "טוב ליב" של המשטר החדש שהוקם בארץ.

רביעית, על רקע יריבות מוסדית זו – הטומנת בחובה יסודות שהינם רלוונטיים גם לימינו – ניתן להבין ביתר עמקות את מלוא מאפייניו של בג"צ כיום. למעשה, אין פלא בדבר. יש לזכור כי קו ישר נמשך מסימן 43 לדבר-המלך ועד לימינו: הגם שהקנקן הוחלף פעמים מספר – ויצוין כאן המעבר מחקיקה מנדטורית לחקיקה ישראלית – מקובל לומר כי ליינו אותו טעם.<sup>5</sup>

תמציתה של ההצעה שתוצג במאמר זה (להלן בפרקים 1 ו-2), היא לראות את בג"צ כספינת-הדגל של הרשות השופטת במאבקה לעצמאות מוסדית וליוקרה, ספינה שבכוחה גם להנחית צווים בלתי-קוננוציונליים (בדמות סעדים פררוגטיביים) במקרה של ניסיון לפרוץ את קווי-הגבול בין הרשויות; לא פחות חשוב, בידיה להוציא לפועל פיקוח אפקטיבי על מהלכן של מעגלות הצדק, קרי על המהלכים של ערכאות השיפוט השונות ברחבי הארץ. רוצה לומר, יודגש כאן מעמדו של בג"צ לא רק כמגן זכויות האזרח, אלא אף כגוף הטורח על מעמדה ועל לכידותה של הרשות השופטת. תיאור לוחמני כזה נראה טבעי כיום בשיח הציבורי-המשפטי במדינת-ישראל הריבונית, שרבים בה המבקשים להבליט את ריחוקם של בתי-המשפט בכלל, ושל בג"צ בפרט, מיתר רשויות השלטון. יש לקוות שבסופה של הדרך, לאחר שייבחנו המקורות הראשוניים, יובהר, למרבה הפלא אולי, כי שיח מורכב כזה ביחס ל"שלטון" הינו רלוונטי גם בעת בחינת הקמתו של בג"צ בימי הבריטים.

לבסוף, בטרם אפנה לגופו של המאמר, אבקש להציג שתי הבהרות: למרות האמור עד כה, למותר לומר שאין כוונת הדברים לספק הסבר אחד ממצה. דבר זה אינו נמצא. כוונת הדברים היא לספר סיפור עשיר וסמיך ככל האפשר, כזה שלאודו יהיה ניתן להעריך התייחסויות קודמות לסוגיה; סיפור שיכלול ויאיר נקודת-מבט שאינה מועלית בעת הדיון במקורותיו של בג"צ. נוסף על כך יש לזכור כי למרות הנוחות היחסית שנושא המאמר מציע, בשל קיומה של נקודת התחלה פורמלית-משפטית מוגדרת (והלא ההוראה המקימה את בג"צ קיבלה תוקף ביום אחד מסוים), לא ניתן להביט ברגע הבראשית של בג"צ אלא מכאן, כשמונים שנה מאוחר יותר. כפי שנראה, מעגל הרמנויטי זה, שבו אנו נתונים, יכוון את מהלך הדיון במאמר זה, ולאורך הדרך נפנה – במודע ושללא במודע – מהעבר להווה, ולהיפך.

כהתאם לכך, חלקו הראשון של המאמר יציג רקונסטרוקציה של הרקע הפוליטי-

5 ראו י' זמיר "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל (ג' סדסי עורך, תשכ"ד) 225-228 (להלן: זמיר "סמכותו של בג"צ"); בג"צ 10/59 ויקי לוי נ' ביה"ד הרבני האזורי, פ"ד יג(2) 1182, 1193, 1199; בג"צ 29/62 שלום כהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז(2) 1023, 1029-1030. זמיר מציג את ההמשכיות שחלה מסימן 43 לדבר-המלך עד לסעיף 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, ס"ח תשי"ז, בע' 148, העוסק אף הוא בסמכות בג"צ, עד כדי כך שהשופט זוסמן קובע בעניין ויקי לוי הנ"ל שאין הבדל יסודי בסמכות בג"צ על-פי שתי ההוראות. בשנת 1981 התקבל חוק יסוד: השפיטה (פ"ח תשמ"ד, בע' 78). שסעיף 15 לו חוזר על הוראותיו של סעיף 7 לחוק משנת 1957.

סיפור הקמת המוסד הזה באמצעות התחזקות אחר תהליך לידתם של סעיפי החוק שכוננו אותו. לשם כך המאמר מציג עיון הקשרי רחב, המציג את האנשים שעסקו בהקמתו כמו גם את התקופה שבה פעלו. במרכז הדיון עומד ניתוח מוסדי המתמקד במאפייניו של בג"צ כמוסד שיפוטי בעל סמכות פיקוח על ענייני מנהל.

חלקו הראשון של המאמר מבקש להוכיח שהקמת בג"צ היתה צעד מעורר תמיהה מנקודת-מבטו של השלטון הבריטי, בעיקר בשל מעמדה הייחודי של הארץ בזירה הבינלאומית ובשל היריבות המרה בין חלקי האוכלוסייה בה. חלקו השני של המאמר מוקדש להצגת ההתכתבויות בין פקידים בריטיים בלונדון ובירושלים בעניינם של סעיפי החוק שכוננו את בג"צ. בחלק זה מועלית הטענה כי אביו מולידו של בג"צ, סר תומס הייקרפט, בכיר השופטים בארץ בעת ההיא, הציע להקים את הערכאה כחלק משאיפתו להציב גדר הגנה סביב הרשות השופטת מפני התערבות חריגה מצד פקירי הרשות המבצעת במהלכיהם של שופטי בתי-המשפט. המקורות הראשוניים מלמדים כי בעת שהעלה את ההצעה עמד לנגד עיניו של הייקרפט, יותר מאחרים, נורמן בנטוויץ', ראש "משרד המשפטים" בממשל הבריטי; כן עולה מהם כי הייקרפט עמל לצמצם את מידת השפעתו של בנטוויץ' על בתי-המשפט ושופטיהם. טענתו המרכזית של המאמר היא לפיכך כי לא הכוונה להקים חומת מגן סביב זכויות האזרח בארץ היא שהניעה את המהלך להקמת המוסד, אלא שמתוך מאבקי השליטה בנעשה בתוככי הרשות השופטת - מאבקים שרווחו בתקופה הפורמטיבית להקמת מערכת המשפט בארץ - צמח רעיון הקמתו.

המאמר חושף מרכיבים חשובים בקוד הגנטי של בג"צ. על-כן, יש בדיון ההיסטורי המוצג בו כדי לסייע להבנת מלוא מאפייניו כיום. כך תודגש סמכותו המפקחת של המוסד, לא רק בעניינים הנוגעים ביחסייה של הרשות המבצעת עם הפרט, אלא אף בשאלות הקשורות למנהל של מערכת המשפט הישראלית.

א. מבוא

ב. רקע היסטורי מדיני-צבאי

1. בטרם היה מנדט

2. כתב המנדט ודבר-המלך

ג. רקע משפטי: מערכת השיפוט בארץ-ישראל

1. ערב הכיבוש

2. מהממשל הצבאי עד לדבר-המלך

3. מערכת השיפוט - דבר-המלך

ד. דיון מוסדי: בג"צ כחלק ממערכת השליטה הבריטית

1. על מהותו של בג"צ

2. הביקורת על המנהל בארץ-ישראל

ה. סיכום-ביניים: בג"צ זה, על שום מה?

1. פיקוח נוסף לשם מה?

2. כמה הסברים שניתנו עד כה

3. תבונה מדינית?

ו. בין לונדון לירושלים: לקראת סימן 43 לדבר-המלך

1. מחשבות ראשונות: נורמן בנטוויץ'

2. הייקרפט מציע להקים את בג"צ

3. עלילת-משנה: ממוכיר המשפטים ליועץ המשפטי לממשלה

4. גלגולי הצעתו של הייקרפט להקים את בג"צ

5. לקראת פקודת בתי-המשפט, 1924

ז. בעקבות המקורות הראשוניים

ח. במקום סיכום: דברים שרואים משם

## א. מבוא

בית-המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, הינו עובדת חיים במדינת-ישראל. דור הולך ודור בא, ובג"צ עומד על תילו. עם זאת, בשל ייחודו ומרכזיותו, אין בג"צ מפסיק לעורר סימני-שאלה. רבים הם הקמים עליו "להורגו",<sup>1</sup> אחרים מבקשים להקל את העומס המוטל עליו ולצמצם את סוגי העניינים המובאים לפניו כערכאה ראשונה. אין ספק שפולמוס ער זה, שגבר מאוד בשנים האחרונות, נוגע לא רק בשאלות דוקטרינריות בדבר חלוקת הסמכויות בין ערכאות השיפוט השונות בשיטת המשפט הישראלית, אלא אף בשאלת הלגיטימיות שבהפעלת כוחו של בג"צ. למרבה הפליאה, למרות חשיבותו של המוסד, טרם נערך מחקר היסטורי של ממש במקורותיו. מאמר זה מבקש לסייע בהשלמת החסר.

מוסד משפטי זה הינו מורשתו של השלטון המנדטורי הבריטי בארץ. כאשר כבשו הבריטים את הארץ מידי הטורקים, במהלך השנים 1917-1918, לא היה כדבר הזה בארץ. והנה, לאחר שהושלמו רוב הליכי האישור של כתב המנדט שניתן לבריטניה על ארץ-ישראל, ולאחר שבוטל זה מכבר המשטר הצבאי ששרר בארץ, נפל דבר בישראל: בבית-המשפט העליון הוקם אגף שנשא את השם "High Court of Justice", הרי הוא בג"צ. סימן 43 לדבר המלך במועצתו על ארץ ישראל, 1922, קובע את הקמת בג"צ.<sup>2</sup>

מאמר זה מבקש לבחון את צעד זה של הבריטים ואת הסיבות שהניעו אותם לנקוט בו. בחינה זו תחייב אותנו לתהות עד כמה "טבעית" היתה הקמתו של המוסד ועד כמה הוא השתלב בנוף הקולוניאלי הארצי-ישראלי. במרכז המאמר יעמוד סימן 43, מתוך ניסיון לשרטט את מהלכי חקיקתו. לשם כך יוצג ניתוח של מסמכים היסטוריים שטרם הוצגו עד

1. ראו, למשל, את שלל ההתבטאויות של אישי ציבור המובאות אצל מ' מאוטנר "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה דב-תרבותית" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 423, 427-434, 455.

2. להלן: דבר-המלך. נוסחו של דבר-המלך, אשר התקבל ב-10.8.22, מופיע בקובץ החקיקה שערך דרייטון (R.H. Drayton *The Laws of Palestine* (London, Revised ed., 1934) (להלן: קובץ דרייטון), כרך שלישי, בע' 2569-2590.

המוסדי לכינון השלטון המנדטורי בארץ ואת צעדיו הראשונים בה (פרקים ב ו ג). רקע זה יבהיר עד כמה מעוררת פליאה היא עצם הקמתו של בג"צ, בעיקר לנוכח קיומם של שלל מוסדות פיקוח (בינלאומיים, בריטיים וארצישראלים) (שיפורטו בפרק ד) שליוו את השלטון המנדטורי מראשיתו. בחלקו השני של המאמר, הפונה שוב לימי הבראשית של השלטון הבריטי בארץ ומשם עד לחקיקת פקודת בתי המשפט, 1924, ייבחנו וינתחו המקורות הראשונים העוסקים בהקמת בג"צ (פרקים ו וז).<sup>6</sup>

### ב. רקע היסטורי מדיני צבאי

1. בטרם היה מנדט<sup>7</sup>

בתשעה בדצמבר 1917, כתודש ימים לאחר פרסום הצהרת בלפור, נכנס גנרל אלנבי, מפקד "חיל המשלוח הבריטי במצרים", בשערי ירושלים, ופרסם בה בשבע שפות "צו של מצב מלחמה בירושלים".<sup>8</sup> מאורע זה סימל את תום ארבע מאות שנות השלטון העות'מני בארץ ישראל.

היתה זו הממשלה הבריטית שביקשה לקיים את שלטונה בארץ כממשל צבאי, זאת עד שיוכרע עתידה סופית. מדיניות זו שירתה מטרה פוליטית, שכן טרם היה ברור בידי מי תופקד הארץ לנוכח ענייני הרב של המדינות המנצחות במלחמת העולם הראשונה בעתידה.<sup>9</sup> לאחר דיונים ממושכים על דמות המזרח התיכון החדש, הוסכם בוועידת סן-רמו, שבה התכנסו מדינות הברית המנצחות באפריל 1920, על חלוקת לבנון, סוריה,

6 להודות על האמת, מבנה דיון זה דורש מהקורא מידה של סבלנות, שכן "השורה התחתונה" של כל פרט בדיון ו"נפקותו" יתבררו רק בחלקו השני של המאמר, לאחר שבחלקו הראשון ילוקטו חלקי התצפיר (פול).

7 סקירה זו מתבססת בעיקרה על המקורות הבאים: A.L. Macfie *The End of the Ottoman Empire, 1908-1923* (London & New York, 1998) ch. 7; A.M. Hyamson *Palestine Under the Mandate, 1920-1948* (Westport, 2nd ed., 1976) chs. 5, 10; N. Bentwich *Palestine* (London, 1934) chs. 5, 6 (hereinafter: Bentwich *Palestine*); N. Bentwich *England in Palestine* (London, 1932) ch. 2 (hereinafter: Bentwich *England in Palestine*); ר' מקובר שלטון ומינהל בארץ ישראל 1917-1925 (תשמ"ח) פרקים 1 ו 2.

8 ראו: Legislation of Palestine (1918-1925) compiled by Norman Bentwich (Alexandria, 1926) (להלן: אוסף בנטוויץ'); הצו מובא באוסף בנטוויץ', כך ראשון, בע' 599: Proclamation of Martial Law in Jerusalem.

9 H. & N. Bentwich *Mandate Memories: 1918-1948* (London, 1965) 23 (hereinafter: H. & N. Bentwich *Memories*); ג' כיגר מושבת כתר או בית לאומי (תשמ"ג) 64.

מסופוטמיה (עירק) וארץ ישראל (כולל עבר-הירדן) בין צרפת לבין אנגליה; הראשונה זכתה במנדט על שתי הראשונות והשנייה על האחרונות.<sup>10</sup> גם בכך לא תם המהלך. עבר עוד זמן רב עד לאישורו של המנדט.<sup>11</sup> עם זאת היה ברור לכל שהדבר צפוי. היה די בכך להחלפת הממשל הצבאי בארץ בממשל אזרחי.

חשוב להוסיף כי סמוך למועד התכנסותה של ועידת סן-רמו אירעו מעשי איבה חמורים בארץ: בראשית חודש מרס הותקפו יישובים יהודיים בצפון הארץ, ובאפריל פרצו מהומות דמים אף בירושלים. מעשי איבה אלה, שזכו בהד עולמי, היוו שיא בהידרדרות המתמדת ביחסים בין המיעוט היהודי לבין הרוב הערבי המכריע.<sup>12</sup>

וכך, באחד ביולי 1920 החל הממשל האזרחי בארץ עם כניסתו לתפקיד של הנציב העליון הראשון, סר הרברט סמואל, שכיהן בתפקידו זה חמש שנים. סמואל היה במשך שנים נושא "תיק ארץ ישראל" בממשלה הבריטית, כמי שהיה מחויב לרעיון "הבית הלאומי" ומקורב לחוגים ציוניים בבריטניה.<sup>13</sup> יתר עלי-כן, סמואל היה בקי ברזי הארץ עוד קודם שבא אליה לכהן בה במשרתו הרמה.<sup>14</sup>

10 P.W. Ireland *Iraq: A Study in Political Development* (London, 1937); ראו כללית: S.H. Longrigg *Iraq, 1900 to 1950* (London, 1953); M.C. Wilson *King Abdullah, Britain, and the Making of Jordan* (Cambridge & New York, 1987) 40-76. כן ראו כ' סייקס מבלפור עד בוויין - מאבקים על ארץ ישראל (מהדורה שלישית, ש' גונן תרגם, 1978) פרקים 2, 3.

11 על חלוקת המנדטים ואישורם ראו דו"ח שפרסם חבר-הלאומים בשנת 1945 על שיטת המנדטים (לא צוינו שמות המחברים): *The Mandates System: Origin-Principle-Application* (Geneva, 1945) 18-21. כן ראו: J. Stoyanovsky *The Mandate for Palestine* (London., 1928) 18-33.

12 במפקד האוכלוסין שנערך בארץ באוקטובר 1922 נמנו כשמונים אלף יהודים בלבד מקרב כשבע מאות וחמישים אלף תושבי הארץ: פ' עופר "התגבשות משטר המנדט והנחת יסודות לבית לאומי יהודי, 1922-1931" תולדות היישוב היהודי בארץ ישראל מאז העליה הראשונה - תקופת המנדט הבריטי (מ' ליסק עורך, תשנ"ד, חלק ראשון) 223, 227. על פרעות 1920 ראו ת' שגב ימי הכלניות: ארץ ישראל בתקופת המנדט (1999) 105-119.

13 ראו ג' קצבורג "הקדמה: בריטניה ושאלת ארץ-ישראל, 1915-1925" שלטון ומינהל בארץ ישראל 1917-1925 (תשמ"ח) 1-2. כן ראו ש' הטיס-רולף "מדיניות הפיתוח הכלכלי של סר הרברט סמואל" קתדרה 12 (1979) 70; י' עילם "היסטוריה מדינית, 1918-1922" תולדות היישוב היהודי בארץ ישראל מאז העליה הראשונה - תקופת המנדט הבריטי (מ' ליסק עורך, תשנ"ד, חלק ראשון) 139, 194 ואילך; ועופר, שם, בע' 223-258.

14 בראשית שנת 1920 ערך סמואל (שטרם מונה לנציב עליון בארץ) סקר מקיף בארץ, לבקשת אלנבי ובהסכמת משרד החוץ, ובסופו הוגשו הצעותיו המפורטות בענייני מנהל, כספים ומדיניות אזורית: המלצותיו של סמואל הינן מיום 31.3.1920, שלושה חודשים

השינוי ב"סיווג" של הממשל היה בעל משמעות. בעוד ממשל צבאי הינו זמני, התבסס הממשל האזרחי על כתב מנדט (צפוי) המפקיד בידיה של בריטניה את טיפוחה של הארץ. בעוד הממשל הצבאי נסמך על דיני המלחמה הבינלאומיים ועל כללי הצבא הבריטי, היה הממשל האזרחי מבוסס על הסכמה בינלאומית, שלבשה צורה של כתב מנדט. בהתאם שונה כינויים של נושאי התפקידים השונים. כך, לדוגמה, בתקופת השלטון הצבאי כיהן Senior Judicial Officer (התרגום המקובל היה: "זקן הקצינים המשפטיים") מעתה כיהן בראש מחלקת המשפטים בממשל הבריטי בארץ "מוכיר המשפטים" (Legal Secretary). אנו נראה כי בהמשך שונה כינוי תוארו ל"יועץ משפטי לממשלה" (Attorney General).<sup>15</sup> תפקיד זה, על כינויו השונים, מילא נורמן בנטוויץ' - שהיה, אגב, נשוי לאחייניתו של סמואל - החל בספטמבר 1918, במשך כל תקופת כהונתו של סמואל ואף לאחר מכן, עד לשנת 1931.<sup>16</sup>

בטרם נפנה לדיון בכתב המנדט יש לציין עוד את מאורעות הדמים של מאי 1921, שבהם נהרגו ונפצעו עשרות.<sup>17</sup> לאחר מאורעות 1920 הוקמה ועדת בדיקה צבאית, אך

בשנת 1921 הוקמה ועדה בראשות הייקרפט, שזה מקרוב הגיע לארץ. הייקרפט מונה לתפקיד זקן השופטים בפברואר 1921.<sup>18</sup>

## 2. כתב המנדט ודבר-המלך<sup>19</sup>

בעשרים וארבעה ביולי 1922 ניתן לבריטניה המנדט על ארץ-ישראל.<sup>20</sup> המנדט ניתן מכוח החלטת חבר-הלאומים, מתוקף סעיף 22 לספר הברית של חבר-הלאומים, לבחור במלך בריטניה (להלכה) - ובמשלת בריטניה (למעשה) - כנאמן שישלוט מטעם החבר בארץ-ישראל.<sup>21</sup> לצורך המשך הדיון יש להדגיש את שני צידי של המודל המנדטורי - פריה של ועידת השלום בפריז, שהתכנסה בסופה של מלחמת-העולם הראשונה: חובתה של המדינה שהמנדט הופקד בידיה לדווח על הנעשה בארץ המנדט לקהילייה הבינלאומית, וחובת הפיקוח של הקהילייה הבינלאומית על הנעשה בארץ המנדט.<sup>22</sup>

at each other's throats". שני המקורות מובאים אצל: Wasserstein, *ibid.*, at pp. 110, 114.

18 מעניין כי לבנטוויץ' היתה יד בהבאתו של הייקרפט לארץ. המשרה הוצעה תחילה לסטנלי פישר (Fisher), שהיה זקן השופטים בקפריסין, ורק אחריו, בהמלצתו של בנטוויץ' (שסמואל אימץ אותה), להייקרפט. ראו: The Public Record Office, The National Archives, London (hereinafter: PRO) FO 731/5099, at p. 28; PRO FO 371/5204, at pp. 122, 148, 156; PRO FO 371/5206, at pp. 123-126; (הערה: במאמר זה תיערך הפניה לעמודים בתיקי ארכיון בארץ ובאנגליה אך ורק כשבתיק שממנו נלקחה המובאה מצוין מספר העמוד שבו מצוי המסמך.) על הייקרפט כשופט טרם בואו לארץ ובעיקר בעת שהותו בה, ראו: A. Likhovski "In Our Image: Colonial Discourse and the Anglicization of the Law of Mandatory Palestine" 29 *I. L. R.* (1995) 291, 316-322.

19 לדיון בכתב המנדט ראו המקורות הנזכרים לעיל בהערה 7, וכן י. ראובני ממשל המנדט בא"י 1920-1948: ניתוח היסטורי-מדיני (תשנ"ג) פרק ג.

20 נוסח כתב המנדט מובא ב: M. Wight *British Colonial Constitutions, 1947* (Oxford, 1952) 99-106.

21 ראו הדו"ח הנזכר לעיל בהערה 11, וכן ראו לעיל הערה 10. הדיון במאמר זה מתרכז אומנם בסריטוריה שממערב לירדן, אך יש להזכיר כאן בקצרה את עניינו הנפרד של חבל-הארץ ממזרח לירדן. סעיף 25 לכתב המנדט נתן ביטוי מפורש למדיניותה המוצהרת של בריטניה זה זמן לנתק זה מזה את הממשלים של שתי גדות הירדן. בהמשך לכך נקבע בסימן 86 לדבר-המלך כי הוראותיו לא יחולו על השטחים שממזרח לירדן, והנציב העליון הוסמך לקבוע הוראות ביחס להנהלתם, באישור מוכיר המדינה. בהתאם לכך אישרה מועצת חבר-הלאומים, בחודש ספטמבר 1922, את בקשת בריטניה שכל ההוראות הנוגעות בבית הלאומי היהודי לא יחולו ממזרח לירדן.

22 G.M. Cockram *South West African Mandate* (Cape Town, 1976) 43. כן ראו

לאחר בואו לארץ למשימה זו: גנון המדינה (להלן: ג"מ), חטיבה 100, ארכיון הרברט סמואל, מיכל 649/5, תיק 6.

15 שינויי תואר אלה שיקפו את השינויים בחלוקת האחריות על מערכת המשפט, שעליהם נעמוד בהמשך - ראו להלן הערה 48 והסקסט לה. יוער כי בחרתי בתרגום זה (יועץ משפטי לממשלה) על פני התרגום האפשרי "פרקליט המדינה" בעקבות האמור להלן בסקסט להערה 47.

16 על הקריירה של בנטוויץ' בארץ, ראו: B. Wasserstein *The British in Palestine: The Mandatory Government and the Arab-Jewish Conflict 1917-1929* (Oxford, 2nd ed., 1991) 198, 212-218. נראה שזה המקום להעיר כי אכן מעמדו הרם בממשל הבריטי בארץ, כמו גם נישואיו לאחייניתו של סמואל, חייבים להיכלל בגדר חישובינו בעת הערכת כתיבתו הענפה של בנטוויץ' על שנות נציבותו של סמואל. אם-כן, אין זה מפתיע כלל לגלות שבנטוויץ' לא נקט מעולם ביקורת של ממש כלפי סמואל; נהפוך הוא. כך גם בביוגרפיה שכתב בשנת 1960, שנים רבות לאחר נציבותו של סמואל: N. Bentwich *My Seventy-Seven Years: An Account of My Life and Times, 1883-1960* (London, 1962) 82.

17 ראו עילם, לעיל הערה 13, בע' 205-206. כן ראו שגב, לעיל הערה 12, בע' 146-158; ח' רם הישוב היהודי ביסו בעת החדשה - מקהילה ספרדית למרכז ציוני (תשנ"ו) 325-338; סייקס, לעיל הערה 10, בע' 58-59. יוער כי ביוני אותה שנה כתב סמואל לצירצ'יל: "I cannot exclude from my mind the possibility of further disturbances or even, as my military advisers have warned me, of a general uprising" אלה היתה בוודאי השפעה על צירצ'יל (שגם נפגש עם משלחת ערביי ארץ-ישראל ביולי בלונדון), שכתב ב-11.8.21 לקבינט הבריטי: "The situation in Palestine causes me perplexity and anxiety. The Zionist policy is profoundly unpopular with all except the Zionists. Both Arabs and Jews are armed and arming, ready to spring

כתב המנדט לא קבע את צורת המשטר המקומי, גם לא את המבנה החוקתי של הארץ ואף לא את בתי המשפט שיוקמו בה. כך הותרה בידי הבריטים האפשרות לקבוע מבנה ממשל הנראה בעיניהם, כפוף למגבלותיו הכלליות של כתב המנדט, שבהן ראויה לציון מיוחד המחויבות למימושה של ההבטחה שגובשה בהצהרת בלפור, שנהפכה כך ממחויבות בריטית למחויבות בינלאומית.

דבריהם התקבל בעשרה באוגוסט 1922<sup>23</sup> לאחר מלאכת הכנה ממושכת, שלפרייה יוקדש חלק נכבד ממאמרו זה. הוא נכנס לתוקף באחד בספטמבר 1922. דבריהם כונה פעמים רבות "הקונסטיטוציה של ארץ-ישראל", שכן יש בו התייחסות מפורטת, מקובלת בחוקה, לשלוש זרועות השלטון, תוך קביעת סמכויותיהן ויחסיהן ההדדיים; עם זאת, עניינין של זכויות-יסוד וזכה בו אך להתייחסות קלושה. בדבריהם צממו הוקמה רשות מבצעת, שסבבה סביב נציב עליון, האומניפוטנט המקומי, לצידו עמדה הממשלה המקומית, היא המועצה המבצעת; הרשות השופטת זוכה אף היא בפרק משלה, ולו ייוחד דיון נפרד; בדבריהם נזכרת אף מועצה מחוקקת בת עשרים ושניים חברים – עשרה פקידים ושנים-עשר נבחרים ציבור (שמונה מוסלמים, שני יהודים ושני נוצרים), שפעולתה כפופה להסכמת הנציב העליון, הרשאי אף לפזרה. יסופר כבר כאן כי משלא צלחו הנסיונות להקים את המועצה, עקב החלטת הציבור הערבי להחרים את בחירת נציגיה, הוצא תיקון לדבריהם, בשנת 1923, שבו נקבע כי הנציב העליון הוא שיחוקק, כשלארשתו תעמוד מועצה מייצעת מזונו.<sup>24</sup>

בקרב הפקידות הבריטית סברו בוודאי שמערכת זו לא שבתה את לב התושבים בארץ-ישראל בשל אי-נאמנותם כפי שהיה צפוי, שיוחס לפקידיה ולשופטיה ואי-היעילות שבעבודתה.<sup>26</sup> חשוב מכך, בימי מלחמת-העולם קרסה מערכת המשפט בארץ בשל עזיבתם של רוב השופטים הטורקיים – כולם להוציא אחד, אומר פרומקין<sup>27</sup> – את הארץ.

אכן, הבריטים נכנסו לטריטוריה שבה נהגה בעבר, במשך מאות שנים, מערכת משפט שלא היה אפשר להתעלם ממנה, הגם שהיתה שונה מזו הבריטית. כפי שנראה שוב ושוב בהמשך, הבריטים נתנו את דעתם בעת כינונה של מערכת המשפט בארץ הן על המשפט העות'מני המקומי והן על המשפט שהיה מקובל עליהם מימים ימימה בארצם (כמו גם על שיטות משפט שונות ברחבי האימפריה הבריטית). אקדים את המאוחר ואומר כי לדעתי, תהליך עיצובה של מערכת המשפט בארץ נע בין שני תחומי ההשפעה הרעיוניים הללו, כך שאף אחת משתי השיטות, לא הבריטית ואף לא העות'מנית, הביסה לחלוטין את זריתה – כך לפחות ביחס להגדרת התפקיד של ראשי מערכת המשפט, וכך גם ביחס לאפשרות הפיקוח השיפוטי על רשויות המנהל.<sup>28</sup> אם כך, בסרם אפנה לתאר את פרטי השבתה של מערכת השיפוט בארץ על כנה, אציין בקצרה את ההבדלים בין שתי שיטות המשפט בשתי הסוגיות הללו.

ראשית, יש להזכיר את קיומו של שר משפטים במשרה מלאה באיסטנבול החל בשנת 1870. שר זה פיקח על בתי-המשפט. כך, לדוגמה, נכלל בגדר סמכותו עניין מינויים של

## ג. רקע משפטי: מערכת השיפוט בארץ-ישראל

### 1. ערב הכיבוש

מערכת השיפוט העות'מנית, שהיתה מורכבת מערבו-רב של ערכאות שיפוט מסוגים שונים שדרו זו לצד זו, הצטיינה במורכבות נדירה.<sup>25</sup> באשר לאופי פעולתה, דומה שרבים

מקובר, לעיל הערה 7, בע' 76-77, 81, 102; at Bentwich *Palestine*, *supra* note 7, pp. 97-99.

<sup>23</sup> דבריהם התקבל מכוח חוק השיפוט בארצות נכר, 1890, שבו "הוענקו לכתר סמכויות החקיקה לגבי כל שטח המצוי תחת שלטון בריטי" (אמנון רוזינסקי המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, כרך ב, 1996) 1172); כן ראו א' מלחי תולדות המשפט בארץ ישראל (מהדורה שנייה, תשי"ג) 87, 90, 205-206, שבהם מובא נוסחו העברי של החוק; A. Bertram *The Colonial Service* (London, 1930) ch. 8.

<sup>24</sup> קובץ דרייטון, לעיל הערה 2, כרך שלישי, בע' 2590-2593 *The Palestine Order in Council, 1923* (Amendment); מקובר, לעיל הערה 7, בע' 78-102; עילם, לעיל הערה 13, בע' 224-229. כן ראו: Wasserstein, *supra* note 16, ch. 6.

<sup>25</sup> לעיון ראשוני ראו מלחי, לעיל הערה 23, פרק ה; *J. Starr Law as Metaphor: From*

42-21 *Islamic Courts to the Palace of Justice* (Albany, 1992) 21-42; R.H. Eisenman "The Young Turk Legislation, 1913-1917 and Its Application in Palestine/Israel" *Palestine in the Late Ottoman Period: Political, Social and Economic Transformation* (Jerusalem & Leiden, D. Kushner ed., 1986) 59; R.H. Eisenman *Islamic Law in Palestine and Israel: A History of the Survival of Tanzimat and Shari'a in the British Mandate and the Jewish State* (Leiden, 1978) 1-26 (hereinafter: Eisenman *Islamic Law in Palestine*); M. Ma'oz *Ottoman Reform in Syria and Palestine, 1840-1861: The Impact of the Tanzimat on Politics and Society* (Oxford, 1968).

<sup>26</sup> לערכות שליליות על נקיון-הכפיים של מערכת השיפוט העות'מנית ראו ג' פרומקין דרך שופט בירושלים (תשס"ו) 187-191; *Bentwich England in Palestine, supra* note 7, at pp. 279-280; וכן: Ma'oz, *ibid*, especially chs. 5, 10. על יחסם של הבריטים למשפט העות'מני ראו: Likhovski, *supra* note 18. מיותר לומר שגם לאחר בוא הבריטים נשמעו טענות ביחס לאי-נאמנותם של השופטים בארץ. ראו פ' להב ישראל כמשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית (תשנ"ט) 84-85.

<sup>27</sup> פרומקין, שם, בע' 211; כן ראו מלחי, לעיל הערה 23, בע' 92. עוד על חיי המשפט בתקופה הממשל הצבאי, ראו: N. Bentwich *Wanderer Between Two Worlds* (London, 1941) ch. 5 (hereinafter: *Bentwich Wanderer*).

<sup>28</sup> ראו, למשל, להלן טקסט להערה 136.

כאמור, השיטה העות'מנית, לעומת זאת, הצמיחה משרד ממשלתי, משרד משפטים, שהיה בכוחו לפקח פיקוח של ממש על מערכת בתי-המשפט, ובראשו עומד שר (שאינו שופט בבתי-המשפט "הרגילים").<sup>33</sup>

הנקודה השנייה נוגעת בפיקוח שיפוטי על רשויות מנהליות בשיטה העות'מנית.<sup>34</sup> שיטה זו הכירה בפיקוח שיפוטי על רשויות מנהל, לפחות להלכה. אמירה זו דורשת הבהרה.<sup>35</sup> חשוב להבין שפיקוח זה לא נעשה על-ידי "בתי-משפט" כהגדרתם המקובלת במסורת המשפט המקובל. במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה הוסמכו "מועצות מנהליות", שחלקן מחבריהן נבחר וחלקן אחר כיהן בהן *ex officio* (למשל, המושל המקומי), לעסוק בעניינים מנהליים שונים בשטח שיפוטן; בתוך כך הן הוסמכו לבחון טענות נגד פקידי ציבור ומחלוקות בענייני מיסים ולהכריע בהן.<sup>36</sup> לא ברור עד כמה – ואם בכלל – הורגש שיפוטן המנהלי של המועצות המנהליות שפעלו בארץ. פרופסור חיים גרבר חקר את מהלכה של המועצה המנהלית של מחוז ירושלים בין השנים 1890–1908.<sup>37</sup> מחקרו מגלה אומנם שמועצה זו עסקה בפיקוח על הליכים של גביית מיסים,<sup>38</sup> אך לא בפעילות שיפוטית "של ממש" שהינה רלוונטית לענייננו. למען שלמות התמונה ייאמר כי בבירת האימפריה הפעילה "מועצת המדינה" העות'מנית פיקוח על פקידי ממשל ועל רשויות מנהל. חשוב להדגיש עם זאת כי "מועצת מדינה" זו הוקמה במתכונת צרפתית, כלומר

seat... in the cabinet ensures that he enjoys the confidence of the majority party." Lord Hailsham, *ibid*, at p. 13 (emphasis supplied) בשנת 1978, אך כדאי לזכור את הרטוריקה של לורד הילשם להמשך הדרך, בעיקר כאשר נבחן את עמדותיו של הייקרפט.

33 ניתן לתהות עד כמה חריפה היתה ההבחנה בין שתי השיטות בעניין זה בתקופה הנידונה (בעיקר בהתחשב בעובדה שתפקידו השיפוטי של הלורד צ'נסלור הלכו והתמעטו בחלוף השנים). אנו גראה כי היו פקידים במשרד המושבות שייחסו לה חשיבות רבה (ראו להלן טקסט להערות 135 ו-136).

34 על הפיקוח בשיטת המשפט המקובל ראו להלן הדיון בפרקים ד ו-ז.

35 הבהרה חשובה נוספת היא כי דברים קצרים אלה מתבססים על ספרות (משנה) בשפה האנגלית בלבד.

36 C.V. Findley "The Evolution of the System of Provincial Administration as Viewed from the Center" *Palestine in the Late Ottoman Period: Political, Social, and Economic Transformation* (Jerusalem & Leiden, D. Kushner ed., 1986) 3–8, 10–11, 19–24; R.H. Davidson *Reform in the Ottoman Empire, 1856–1876* (Princeton, 1963) 146–160; Maoz, *supra* note 25, at pp. 87–95

37 H. Gerber "The Ottoman Administration of the Sanjaq of Jerusalem, 1890–1908" *12 Asian and African Studies* (1978) 33

38 בהליך שקשה לסווג כ"שיפוטי" או כ"מנהלי". אכן, העובדה שמועצות אלה עסקו מעשה שגרה בענייני מנהל גורמת קושי מיוחד בסיווג פעולותיהם על-פי החלוקה הקשה ממילא בין פעולות שיפוטיות לבין פעולות מנהליות. ראו, כללית, ב' ברכה משפט מינהלי (כרך א, 1986) פרק שלישי.

שופטים לערכאות שעמדו לפיקוחו.<sup>29</sup> האנגלים, לעומת זאת, הקפידו במשך מאות בשנים לא להקים בלונדון משרד משפטים. להם היה תמיד, כידוע, את הלורד צ'נסלור (The Lord Chancellor), הוא ראש הרשות השופטת, המכהן כשופט בראש הערכאה הבכירה ביותר, הגם שהינו שר בקבינט ובמקביל להיותו יושב-ראש בית-הלורדים.<sup>30</sup> במקביל לו מכהן ה-Attorney General, שהיועץ המשפטי לממשלה בישראל הוא מקבילו במידה רבה, אך נושא המשרה בלונדון מצופה להיות חבר הפרלמנט.<sup>31</sup> האנגלים, יש להדגיש, ראו ערך רב בעובדה שראש הרשות השופטת הינו אותו תמנון רב-זרועות שלו מהלכים בשלוש רשויות השלטון; כך הובטחה, לדידם, הפרדת הרשויות בין הרשויות המבצעת והמחוקקת לבין הרשות השופטת.<sup>32</sup>

S.J Shaw & E.K. Shaw *History of the Ottoman Empire and Modern Turkey* 29 (Cambridge, vol. II, 1977) 217, 246–249, 286, 305–307; C.V. Findley *Bureaucratic Reform in the Ottoman Empire: The Sublime Porte, 1789–1922* (Princeton, 1980) 72–73, 140, 177–179 (hereinafter: Findley *Bureaucratic Reform*). כפי שמקורות אלה מגלים, תחילה הועמדו רק בתי-המשפט "החילוניים-הרגילים" לפיקוח השר, אך בחלוף השנים הוחל פיקוחו גם על "סוגים" אחרים של ערכאות שיפוט, עד שגם בתי-הדין המוסלמיים הוכפפו לו.

30 הלורד צ'נסלור אחראי לרשימה ארוכה של מטלות, שרובן המכריע נוגע בהיבטים שונים של ניהול מערכת המשפט בבריטניה. (עם זאת, תחום אחריותו אינו מותרע על כל מערכת המשפט הבריטית). לדוגמה, הוא אחראי על מינוי שופטים לערכאות רבות (המינוי נעשה להלכה, בהמלצתו, על-ידי הריבון); וגם ביחס למינוים לבתי-המשפט האחרים (בית-הלורדים, למשל), שבהם ראש הממשלה הוא אחראי על מינוי השופטים ולהמלצתו משקל מכריע. על מגוון מטלותיו ועל מיקומו החוקתי של הלורד צ'נסלור, ראו: M. Bond & D. Beamish *The Lord Chancellor* (London, 1997); N. Underhill *The Lord Chancellor* (Suffolk, 1978) 169–194; The Viscount Hailsham *The Duties of the Lord Chancellor* (Birmingham, 1936).

31 Lord Hailsham *The Office of Law Officer of the Crown, and the Office of Lord Chancellor* (London, 1978).

32 כך, על-פי מי שכהן בעבה בתפקיד, לורד הילשם (Hailsham): "[The Lord Chancellor] must be a man who is a sufficient lawyer to command the respect and loyalty of the Judges, but he must be also a man who is *enough of a politician to command respect, and even to some extent to inspire fear, on the part of his colleagues and opponents in the government and legislature*. He must be immune from day-to-day turbulence and violent in-fighting in the House of Commons, but, because he must be responsible to Parliament for his many duties, it is right that he should possess a seat in legislature in the House of Lords; and because he must command the respect of the judiciary... it is vital he should submit himself to the discipline of giving, and utilize the right to give, judgments in the matters of the highest importance in the House of Lords... His

על-פי הדגם של ה-*Conseil d'État*, שמשמעו קיומה של מערכת שיפוטית-מנהלית נפרדת העומדת לצד מערכת בתי-המשפט "הרגילים" והעוסקת בפיקוח על רשויות המנהל.<sup>39</sup>

## 2. מהמשל הצבאי עד לדבר-המלך

אחד מצעדיו הראשונים של המנהל הצבאי היה להשיב את בתי-המשפט שפעלו בעבר לפעולתם, כזכור, לעת ההיא, בהתאם למתכונת שהממשל הצבאי היה מחויב לה. כך נקבע במנשר (Proclamation) מיום 24.6.1918, החתום על-ידי המנהלתן הראשי מייג'ור-גנרל מוני (Money),<sup>40</sup> כי יוקמו מחדש בתי-המשפט "הרגילים" ובתי-הדין הדתיים בארץ. עוד הודגש בו שאין לבתי-המשפט סמכות לדון בתביעה נגד חייל או איש מנהל צבאי (אלא באישור המנהלתן הראשי: סעיף 14 למנשר).<sup>41</sup>

סעיף 28 למנשר הינו בעל חשיבות מיוחדת. בסעיף זה נקבע כי "הפיקוח הכללי על כל בתי-המשפט ובתי-הדין הדתיים והשליטה בהם בשטח הכבוש יהיו נתונים בידי וקן

הקצינים המשפטיים".<sup>42</sup> הסעיף ממשיך וקובע כי וקן הקצינים המשפטיים רשאי לקבוע כללים, באישור המנהלתן הראשי, העוסקים בארגון, בסמכות השיפוט, בפרוצדורה וב"ענייניהם של בתי-המשפט" ("business of the Courts"); בתפקידיהם ובחובותיהם של השופטים ושל פקידי בתי-המשפט; בענייני אגרות והוצאות משפט; ולבסוף, בעניינם של העוסקים בייצוג משפטי. סופו של הסעיף קובע:

"כללים שייקבעו בהתאם לסעיף זה יכול שיבטלו הוראות מנשר זה או כל כלל עות'מני (Ottoman rules) הנוגע בעניינים הנזכרים למעלה או שיוסיפו עליהם.

וקן הקצינים המשפטיים יכול למשוך כל תביעה או הליך העומדים לפני בית-משפט ולהפנותם לבית-משפט מוסמך אחר."

יש להדגיש את משמעותן של הוראות אלה שבסעיף 28. פרופסור רוברט איזמן קובע, חד וחלק, שמשמעותו של הסעיף היתה שבכל האמור בארץ-ישראל, וקן הקצינים המשפטיים ירש את סמכויותיו של שר המשפטים העות'מני.<sup>43</sup> מעבר לכך, מצויה בהן עדות ברורה נוספת, שאין בה כדי להפתיע, כי עקרון הפרדת הרשויות, ובמיוחד חשוב להדגיש את העיקרון של עצמאות הרשות השופטת, לא היווה תמיד גר לרגלי מקימיה של מערכת המשפט בארץ בתקופת השלטון הצבאי, לכל הפחות לא במידה המוכרת לנו ממשטרים דמוקרטיים בעולם המערבי במאה העשרים.<sup>44</sup> ניתן להציג ראיות נוספות לכך. לדוגמה תוצג פרקטיקה ששרדה אף בהמשך, שלפיה מושלי מחוזות וקציני מחוזות היו שופטים לעיתים בעברות פליליות קלות, וכן היו מוציאים מתחת ידם צווי מעצר ושחרור בערובה.<sup>45</sup>

גם בראשית תקופתו של הממשל האזרחי, עוד לפני פרסום דבר-המלך, הוקמו ערכאות שיפוט נוספות מכוח סמכותו של הנציב העליון. כך, למשל, פורסמה פקודה הדנה בסמכותו של הנציב העליון להקים בתי-משפט למקרקעין (Land Courts). ראוי לציין כאן שינוי שנערך בסעיף 3(2) לפקודה זו: בעת פרסומה (8.4.21) נקבע שמזכיר המשפטים הוא שיפקח על בתי-המשפט הללו, והוענקה לו סמכות לקבוע כללים, בפיקוח הנציב העליון, בקשת רחבה של סוגיות הכרוכות בפעולתם של בתי-המשפט לקרקעות, בין השאר בנוגע לכינונם, ארגונם וסדרי-הדין במסגרתם. בהתאם לסמכותו, פרסם מזכיר המשפטים כללי

<sup>39</sup> ראו: Shaw & Shaw, *supra* note 29, at pp. 75-81, 217-218; Findley: *Bureaucratic Reform, supra* note 29, at pp. 174-176, 247-250, 307-309; B. Lewis *The Emergence of Modern Turkey* (London, 2nd ed., 1968) 121-122; Davidson, *supra* note 36, at p. 241. כמבוא לשיטה הצרפתית של פיקוח שיפוט על רשויות השלטון, ראו: A. West et al. *The French Legal System: An Introduction* (London, 2nd ed., 1993) 73, 88-95; C. Elliot & C. Vernon *The French Legal System* (Harlow, 2000) 78-90.

<sup>40</sup> אוסף בנטוויץ', לעיל הערה 8, כרך ראשון, בע' 605-610. על הוראות המנשר ועל גלגוליו בהמשך ראו ר' נוחימובסקי "חצי יובל של בתי המשפט בארץ-ישראל" הפרקליט א (1943) 94. לרשימה מקיפה של מנשרים שפורסמו בימי בראשית של הממשל הצבאי, ראו: Eisenman *Islamic Law in Palestine, supra* note 25, at pp. 11-12, 17-19, 32-34.

<sup>41</sup> הלשון המדויקת היא: "The Courts re-established by this Proclamation shall have no jurisdiction to try actions..." אין באפשרותי לערוך במסגרת צרה זו דיון בשאלת סמכותם של בתי-המשפט "הרגילים" לדון בתביעות אזרחיות "רגילות" נגד הרשות ואנשי הרשות. להצצה למסורת האנגלית בהקשר זה ראו בג"צ 311/60 מילר, מהנדס (סוכנות יבוא) כע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו(3) 1989, 2004-2005; וכן: Lord Mackay of Clashfern *Halsbury's Laws of England* (London, 4th ed., vol. 12(1), 1998) 49-53. גם נושא זה נידון על-ידי הבריטים בימי הבראשית (למעשה, כבר בחודש פברואר 1921 ביקש סמואל להנציח את ההסדר הנוכח במנשר דנו, כלומר את הצורך בקבלת אישור בכתב מהנציב: PRO FO 371/6376, at pp. 176-177; כן ראו להלן הערה 129), אך לא זה נושא המאמר, המוקדש לפיקוח שיפוט על מהלכי ממשל, קרי פעולות שאין הפרט יכול לבצען המאפיינות את הדיון במשפט חוקתי ובמשפט מנהלי.

<sup>42</sup> תרגום זה, כמו כל התרגומים להלן, הוא שלי, אלא אם מצוין במפורש אחרת.

<sup>43</sup> Eisenman *Islamic Law in Palestine, supra* note 25, at p. 17.

<sup>44</sup> לדיון עדכני ראשוני, ראו: P.H. Russell "Toward a General Theory of Judicial Independence" *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives From Around the World* (Charlottesville & London, P.H. Russell & D.M. O'Brian eds., 2001) 1. כן ראו ש' שטרית "ארבעים שנה למשפט החוקתי: התפתחויות ביניי חוקה - סוגיות נבחרות" משפטים יט (תש"ן) 573, 575-584 (להלן: שטרית "התפתחויות ביניי חוקה"). אנו נראה כי בהמשך נעשה ניסיון לעמוד בסטנדרט זה. ראו, למשל, להלן הערה 139 והסקטלה.

<sup>45</sup> Bentwich *England in Palestine, supra* note 7, at pp. 281-282.

דיון לבתי-משפט אלה ביום 15.5.21, ובהם נקבע, בין השאר, שנשיא בית-המשפט יהא קצין שיפוט בריטי.<sup>46</sup> בהמשך הועברה הסמכות האמורה לידי זקן-השופטים, כך על-פי "מודעה רשמית" מיום 15.8.1922<sup>47</sup> (כלומר לאחר קבלת דבר-המלך), שסעיפה השלישי אומר בדיוק כך:

"משרת מזכיר המשפטים בטלה ומר בנטוביטש [בנטוויץ'] נמנה להיות יועץ משפטי, ותפקידו להיות יועץ משפטי לממשלה. הנהלת בתי המשפט תהיה בידי זקן השופטים ונשיאי בתי המשפט המחוזיים ובתי המשפט לקרקעות. הכח להתקין תקנות לבתי המשפט ותקנות בנוגע לסדרי בתי המשפט ותפקידיהם, תפקידיהם ופעולותיהם של פקידי בתי המשפט, מס בתי המשפט, ואמנות עורכי הדין, שהיה נתון עד עתה בידי ראש השופטים ע"פ המינשר מיום 24 לחדש יוני 1918 יהיה בעתיד בידי זקן השופטים."

מאלפת העובדה שהקצין המשפטי הבכיר, שסמכויותיו על-פי המנשר הנוכח נמנות כאן אחת לאחת, זוכה בכינוי "ראש השופטים". מודעה זו מסמנת היטב את הפרדת "הנהלת בתי-המשפט" מהמנהל האזרחי, שכן עד כה היו "מחלקת בתי-המשפט" ו"מחלקת המשפטים" (The Judicial and the Legal Departments) מאוחדות תחת ראש אחד.<sup>48</sup>

46 ראו: *Laws of Palestine 1918-1925* (Tel Aviv, Compiled under the editorship of Moshe Doukhan, 1933) (להלן: אוסף דוכן). כרך ראשון, בע' 211-212: יושלם, כי לשכות רישום המקרקעין (land registry offices) גותרו בתחום אחריותו של מזכיר המשפטים עד שנת 1929. אז הועברה אחריות זו לנציב העליון. ראו: *Transfer of Land Amendment Ordinance, 1929*, המופיע ב: *Laws of Palestine 1926-1931* (Tel Aviv, Compiles under the editorship of Moshe Doukhan, vol. III, 1933) 954.

47 להשוואה ראו שני נוסחיה של פקודת בתי המשפט למקרקעין, 1921. האחד מופיע באוסף בנטוויץ', לעיל הערה 8, כרך ראשון, בע' 150-152 (נוסח זה מכיל את הוראותיה של "המודעה הרשמית" הנ"ל, שפורסמה בע"ר מיום 1.9.1922, גיליון 74, בע' 6-7); האחר מופיע באוסף דוכן, שם, כרך ראשון, בע' 207-210.

48 ראו: A. Samuel "The Administration of Palestine Under British Mandate, 1920-1948" (המדובר בחיבור רחבי-יריעה, המחולק לפרקים, המודפס במכונת-כתיבה עם תיקונים בכתב-יד): ג"מ, ארכיון אדווין סמואל, חטיבה 103, מיכל פ/661, תיק 8 (פרק 17, בע' 27-29), שם עומד הכותב גם על פיקוחם המנהלי של נשיאי בתי-המשפט המחוזיים על בתי-משפט השלום במחוזם. (על סמכותם המנהלית של נשיאי בתי-המשפט באנגליה במחצית הראשונה של המאה העשרים, ראו: R.M. Jackson *The Machinery of Justice in England* (Cambridge, 1st ed., 1940) 233-237) על תפקידו המרכזי של הרשם הכללי, שעבד בבית-המשפט העליון לצידו של זקן-השופטים, בניהולה של מחלקת בתי-המשפט, ראו פרומקין, לעיל הערה 26, בע' 244. יוער כי לקראת סוף שנת 1922 ביקש סמואל אישור לקבוע משרה של "מפקח בתי-המשפט" (Superintendent of)

כן יש במודעה התייחסות להוראותיה של פקודה חשובה נוספת, שפורסמה סמוך לקבלת דבר-המלך, ב-1.7.22, היא פקודת עורכי הדין, 1922.<sup>49</sup> פקודה זו הקנתה לבכיר השופטים שליטה של ממש בכל הקשור לרישוי עורכי-דין ולפיקוח עליהם. כזכור, בעבר היתה זו סמכותו של הקצין המשפטי הבכיר לעסוק בתחום זה.

כוונתה של סקירה לא-ממצה זאת היתה להעלות על פני השטח סוגיית-יסוד בעניינינו, קרי, את השאלה של חלוקת התפקידים בין ראשי מערכת המשפט - זקן-השופטים (נשיא בית-המשפט העליון) וזקן הקצינים המשפטיים (ראש מחלקת המשפטים) - בכל הקשור לניהול פניה השונים של מערכת השיפוט. כן עולה מהדברים עובדה שאין בה כדי להפתיע: בתקופת השלטון הצבאי לא הוקם מוסד מקביל לבג"צ (שהרי, כאמור, לא פעל בארץ מוסד כבג"צ בתקופה העות'מנית).

### 3. מערכת השיפוט - דבר-המלך

הפרק החמישי (סימנים 38 עד 67) בדבר-המלך קובע את מבנה מערכת השיפוט בארץ, זו הפעם במסמך "חוקתי" יציב, המשרטט את קווי המתאר של מוסדות השלטון בארץ בשעה שהיה כבר ברור כי שלטונה של בריטניה בארץ מובטח. חשוב להדגיש כי במסמך זה נקבע מבנה המערכת, והנציב העליון הוסמך בו להקים הלכה למעשה את בתי-המשפט השונים. אכן, חקיקה מאוחרת יותר, שפרטים ממנה יוצגו בהמשך, הקימה את בתי-המשפט ברחבי הארץ.

אלה הן הערכאות הקבועות בדבר-המלך על-פי סדר הופעתן: "בית-משפט של מגיסטרים" (בית-משפט שלום); בית-משפט מחוזי - שלו סמכות דיון כערכאה ראשונה וכן כערכאת ערעור; בית-משפט לפשעים חמורים; בית-משפט למקרקעין; בית-משפט עליון; בית-משפט שבטי (Tribal Court), שיוקם בבאר-שבע (ובכל איזור אחר שיקבע הנציב

"The officer filling this post would deal with all correspondence from the Courts concerning personnel, accounts, furniture, stationary, etc. and would be responsible to the Chief Justice." PRO CO 733/27, at pp. 133-134. בקשה זו אושרה עקרונית לאחר תכתובת נוספת שבה השתתף גם הייקרפט - PRO CO 733/38, at p. 575 ff.; PRO CO 733/43, at pp. 31-32. (נראה שבהמשך, כאשר מונה רשם כללי לבית-המשפט העליון, הופקדו בידי הסמכויות המנויות כאן.) הרשימה שפירט סמואל מאירת-עיניים, שכן יש בה כדי להבהיר עד כמה מקיפה ופרטנית היתה הסמכות שהועברה לידי הייקרפט צפויה להיות. לבסוף, מעניין שעם הקמת המדינה הושב המצב לקדמותו במידה רבה, שכן הנהלת בתי-המשפט נמסרה שוב לסמכותו של משרד המשפטים. לחלוקת התפקידים בצמרת של מערכת המשפט בארץ ראו שטרית "התפתחויות בידי חוקה", לעיל הערה 44, וש' שטרית "חיווק הרשות השופטת וצמצום סמכויות שר המשפטים" משפטים ו (תש"ה) 174 (להלן: שטרית "חיווק הרשות השופטת").

49 אוסף בנטוויץ', לעיל הערה 8, כרך ראשון, בע' 307-316.

1. על מהותו של בג"צ

להלן ענייננו רק בחלקו השני של סימן 43 לדבר-המלך, המקום ערכאה שכמותה לא ידעה הארץ. פרופסור יצחק זמיר קובע: "אף שנוסח הסימן מעורר הרבה תמיהות, מסתבר שנחה דעתו של המחוקק כי כוונתו תהא ברורה. ואכן, כל מי שקרוב אצל המשפט האנגלי, לא יתקשה להבחין בסימן זה הפנייה לצווים הפררוגטיביים - הביאס קורפוס, מנדמוס, צרטיוררי ועוד - המשמשים באנגליה להגנת האזרח מפני פגיעה שלא כדין על ידי המינהל הציבורי."<sup>52</sup>

לעת עתה די לדעת כי המונח "צווים פררוגטיביים" בא לציין כיום צווים שאינם מוכרים במשפט הפרטי, וכוונתם ליתן בידי הפרט סעד כנגד השלטון במקרה המתאים. הידועים מבין צווים אלה - רובם נזכרו בדברי פרופסור זמיר זה עתה - הינם צו "הביאס קורפוס" (Habeas Corpus), המצווה על שחרורו של אדם העצור או האסור שלא כדין; צו העשה הבג"צ (Mandamus), המחייב אדם או גוף למלא תפקיד שהוטל עליהם כדין; צו המופנה לבתי-משפט נמוכים המורה להם לא לדרון בעניין שאינו בסמכותם (Prohibition); וצו המופנה לבתי-משפט כאלה או לרשויות מנהליות הממלאות תפקידים "שיפוטיים" המבטל החלטה פגומה שלהם (Certiorari).<sup>53</sup>

יצוין כי באנגליה, החל בשנת 1875, הסמכות הבלעדית להוציא צווים פררוגטיביים נתונה בידי ה"High Court of Justice" ביושבו כערכאה ראשונה, שעל החלטותיה ניתן

בית המשפט העליון, בשבתו כבית דין צדק גבוה, יהא לו השיפוט לדון ולהחליט באותם העניינים שאינם תביעות או משפטים אלא בקשות שאינן בגבולות שיפוטו של כל בית משפט אחר ואשר יש צורך לפסוק בהן למען הצדק. תרגום זה מופיע בהא"י, כרך שלישי, בע' 2738-2761 (על מקור זה מתבסס אף תרגום סימן 49 שהובא למעלה). יש להשלים כי ב"1.9.1924 התקבלה פקודת בתי-המשפט, 1924 (אוסף דוכן, לעיל הערה 46, כרך ראשון, בע' 199-205; Courts Ordinance, 1924) (להלן: פקודת בתי-המשפט, 1924). המפרט כמה הוראות ביחס לבית-המשפט העליון, שיידונו בהמשך.

52 בהמשך הדברים זמיר מציג את סימני-הזיכרון השזורים, לשיטתו, בלשון ההוראה, שיש בהם להסיר ספק שזו אכן היתה כוונת הסעיף: זמיר "סמכותו של בג"צ", לעיל הערה 5, בע' 228.

53 J.H. Baker *An Introduction to English Legal History* (London, 3rd ed., 1990) 173-164; זמיר "סמכותו של בג"צ", שם, בע' 228-230; W.S. Holdsworth *A History of English Law* (London, 7th ed., vol. I, 1956) 226-231; L.L. Jaffe and E.G. Henderson "Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins" 72 *L. Q. Rev.* (1956) 345; S.A. de Smith "The Prerogative Writs" 11 *Cambridge L. J.* (1953) 40.

העליון; כן נזכר תחום סמכותם של בתי-הדין הרתיים של העדות הדתיות השונות, להם יוחד הדיון בענייני מעמד אישי.<sup>50</sup>

לעניין קביעתם של כללי דיון בבתי-המשפט, סימן 49 קובע כך: "יכול זקן השופטים, באישור הנציב העליון, להתקין תקנות לשם הסדרת מהלך העבודה והפרוצדורה בבית המשפט העליון ובכל שאר בתי המשפט האזרחיים שנתכוננו בפלשתינה (א"י) או אשר יתכוננו בה בעתיד."

ההוראה המרכזית לעניין מאמר זה מצויה בחלקו השני של סימן 43 לדבר-המלך. סימן זה קובע את שני פניו של בית-המשפט העליון, כבית-משפט לערעורים וכבג"צ, לאמור:

"There shall be established a Court to be called the Supreme Court of which the constitution shall be prescribed by Ordinance. The Supreme Court sitting as a Court of Appeal shall have jurisdiction subject to the provisions of any Ordinance to hear appeals from all judgments given by a District Court in first instance or by the Court of Criminal Assize or by a Land Court.

*The Supreme Court, sitting as a High Court of Justice, shall have jurisdiction to hear and determine such matters as are not causes or trials, but petitions or applications not within the jurisdiction of any other Court and necessary to be decided for the administration of justice.*"<sup>51</sup>

50 אך ראו סימנים 47 ו-55 לדבר-המלך. יוער כי בהקנתו אוטונומיה נרחבת לשיפוט בענייני המעמד האישי לעדות דתיות מסוימות, המשיך המשטר הבריטי בארץ את המסורת העות'מנית בתחום זה: מלחי, לעיל הערה 23, בע' 9, 32-36; השו"ב בג"צ 3269/95 יוסף כץ נ' בית הדין הרבני האיזורי בירושלים, פ"ד (4) 590. עוד יוער כי מצויה בפרק זה בדבר-המלך, בסימן 44, גם הוראה המקנה זכות ערעור בעניינים אזרחיים (civil matters) שבהם השווי עולה על 500 ליש"ט, מבית-המשפט העליון בארץ למועצת-המלך באנגליה (Privy Council). ואכן, ב"9.10.24 התקבל (Appeal to Privy Council, 1924) Order in Council, שקבע את סדר-הדין להגשת ערעור כזה. בדבר-המלך זה נקבע מסלול נוסף להגשת ערעור למועצת-המלך, וזאת על-פני רשות מבית-המשפט העליון בארץ בשבתו כבית-משפט לערעורים. (כמורכז נקבעה בסופו של דבר-המלך סמכותה הכללית של מועצת-המלך להיעתר על-פי שיקול-דעתה לפנייה ישירה אליה). ראו את הוראות דבר-המלך זה בקובץ דרייטון, לעיל הערה 2, כרך שלישי, בע' 2608-2614. אך ראו גם "זמיר השפיטה בעניינים מינהליים (תשליה) 63-65 (להלן: זמיר השפיטה בעניינים מינהליים).

51 יש לכוון בית-משפט שייקרא בשם בית משפט עליון ושהרכבו ייקבע עפ"י פקודה. בית המשפט העליון בשבתו לדין כבית משפט לערעורים יהא לו שיפוט, בהתחשב בהוראות כל פקודה, לדון בערעורים על כל פסקי דין שניתנו ע"י בית משפט מחוזי באינסטנציה ראשונה או ע"י בית משפט לפשעים או ע"י בית משפט לקרקעות.

לערער לבית המשפט לערעוירים (ולאחר-מכן לבית-הלורדים).<sup>54</sup> בג"צ בארץ הינו כידוע אגף בבית-המשפט העליון, ואין ערעור על החלטותיו.

די באמור עד כה בפרק זה על-מנת לעורר את השאלה: מה טעם נמצא להקים ערכאה עתירת-כוחות כבג"צ, בעלת סמכות להוציא צווים פרודגטיביים, בארץ מנדט? מטרתו של פרק זה היא להראות שמתמיה הדבר שהבריטים ביקשו להכביד עוד על עצמם בבוואם לנהל את הארץ הקשה הזאת על-ידי הוספת ערכאת פיקוח נוספת לאלה שפעלו בה ממילא.

## 2. הביקורת על המנהל בארץ-ישראל

אין תמה, לאור האמור עד כה, שהמנהל הבריטי שעסק בעניינה של הארץ היה נתון תחת פיקוח הדוק של מוסדות וגורמים רבים ושונים, שליוו את פעולותיו ועקבו אחריהן בצורה שוטפת; כפי שנראה מייד, התקיימו חפיפות וזיקות-גומלין רבות בין כל אלה, ופעמים רבות הם הוונו זה מזה. הבה נעמוד על כך על-מנת לקבל מושג בדבר גורמי הפיקוח שראה השלטון הבריטי לנגד עיניו בעת הכנת דבר-המלך. הדיון ייערך, ככל האפשר, כניתוח *ex-ante*, מנקודת-מבטם של הבריטים ששלטו בארץ מזה זמן.

### פיקוח בינלאומי "פורמלי"

**מועצת חברי-הלאומים** – על-פי סעיף 24 לכתב המנדט על ארץ-ישראל חוייבה ממשלת בריטניה להגיש דו"ח שנתי למועצת חברי-הלאומים, ובו היה עליה לפרט את הצעדים שבהם נקטה למען הגשמתו של כתב המנדט. הלכה למעשה הוגש הדו"ח הנוכח בסעיף לוועדת המנדטים המתמדת של חברי-הלאומים (the Permanent Mandates Commission), שהוקמה בשנת 1920.<sup>55</sup> זה הגוף המרכזי שעליו הוטל לממש את המחויבות להשגחה בינלאומית על שלטונה של בריטניה בארץ-ישראל. קשה להטיל ספק בכך שהערות חברי הוועדה, שהיו גלויות לעין הציבור, התקבלו במלוא כובד-הראש הן בלונדון והן בירושלים.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> בשנת 1873 התקבל באנגליה The Judicature Act, 1873, שנכנס לתוקף בשנת 1875, ובו הוקם בית-המשפט הגבוה לצדק באנגליה. ראו: P. Archer *The Queen's Courts* (Harmondsworth, 2nd ed., 1963) ch. 6; Holdsworth, *ibid*, at pp. 638-642, ch. 3. יוער כי למעשה, הטיפול בהוצאתם של הצווים הפרודגטיביים יחד לאגף מסוים בבית-משפט זה: The King's/Queen's Bench Division.

<sup>55</sup> סעיף 9(2) לספר הבריית של חברי-הלאומים הוא שמקים את ועדת הפיקוח הנ"ל (ראו נוסח הסעיף בנספח הראשון אצל: A.P. Fachiri *The Permanent Court of International Justice* (London, 2nd ed., 1980)).

<sup>56</sup> אדווין סמואל, בנו של הרברט סמואל, ששירת שנים ארוכות בממשל ארץ-ישראל, כתב שההתייחסות להערות אלה של חברי הוועדה היתה כאל צווים מלכותיים: ג"מ, ארכיון אדווין סמואל, חטיבה 103, מיכל פ/661, תיק 5 (פרק 2, בע' 18-28). עוד על דיוני

בעלת חשיבות היא העובדה שהוועדה קיבלה לידיה גם עצומות מאת תושבי ארץ-ישראל: כך, להוגמה, הסוכנות היהודית הגישה דו"ח מדי שנה החל בשנת 1924, והוועדה הפועל של הקונגרס הערבי הפלשתיני, שהגיש אף הוא דו"ח על הממשל האזרחי באותה שנה, מסר מדי פעם עצומות ותזכירים לוועדה.<sup>57</sup> עיון בתזכירים אלה מלמד שלא רק עניינים "פוליטיים" רחבי היקף, הקשורים באופן הדוק ביריבות הפוליטית שבין היהודים לבין הערבים, הועלו לפני הוועדה, אלא גם מקרים נקודתיים היפים לדיון בבית-משפט.<sup>58</sup>

### פיקוח ומעקב מהמטרופולין

**הפרלמנט הבריטי** – הממשלה הבריטית עמדה כמובן לביקורת הפרלמנט הבריטי. ביקורת זו היתה נוקבת לעיתים, ובעטייה ספגה הממשלה מפלות קשות מדי פעם.<sup>59</sup> נושא ארץ-ישראל עלה באופן תדיר יחסית בדיוני הפרלמנט הבריטי. פעמים רבות הציגו חברי פרלמנט שאילתות למשרד המושבות, וזה טרח להעבירן לארץ לשם קבלת מידע מלא ומתן תשובה לפני הפרלמנט.<sup>60</sup>

**ממשלת האימפריה הבריטית** – ממשלה זו שלטה במיליוני אנשים בעזרת מנגנון משומן ורב-ניסיון. במהלך השנים הוקם מבנה מסועף, שחבק משרדי ממשלה אחדים וגופים ממשלתיים נוספים (משרד האוצר ומוסד סוכני הכתר, למשל), שכל תפקידו היה לדאוג

הוועדה ראו מקובר, לעיל הערה 7, בע' 81-85; at note 7, *Bentwich Palestine, supra*, pp. 113-114.

<sup>57</sup> מקובר, שם, בע' 83-84; at pp. 104-105. אמת, חלק מן ההתפתחויות שצויינו כאן אירעו לאחר קבלת דבר-המלך. עם זאת ישנם נתונים המעידים שלכל היה ברור, מעת הקמת הוועדה המתמדת בשנת 1920, כמה רחבה היא סמכות הפיקוח הנתונה בידיה: עצם התפיסה המונחת בבסיסו של מוסד המנדט, הוריות שבה החלו הן היהודים והן הערבים בני הארץ להגיש אליה את פניותיהם והניסיון שנצבר ביחס לעבודת הוועדה, שחיברה שאלון מפורט בנוגע לארץ כבר באוגוסט 1922, כל אלה בוודאי מלמדים על כך.

<sup>58</sup> מעניין במיוחד הוא תזכיר שהוגש על-ידי הקונגרס הערבי ב-8.4.24. בתזכיר זה מועלות קובלנות מפורטות בדבר הענקת זכויות מסוימים (להספקת חשמל, למשל) ליהודים, וכן יש בו תלונה בדבר "...the practice by Public Security men of continual wicked and brutal beating and torture which throw light on the gross injustice that ravages the Land of Peace". בהמשך הדברים מובא כדוגמה מקרה קונקרטי הממחיש התנהגות כזו. ארכיון ציוני מרכזי (להלן: אצ"מ), אוסף בנטוויץ' (A255), תיק 359.

<sup>59</sup> ראו סייקס, לעיל הערה 10, בע' 73-74, 77-78.

<sup>60</sup> אדווין סמואל, הן בכך, מציג טבלה הממחישה את מרכזיותה של ארץ-ישראל בדיונים מסוג זה: בתקופה הרלוונטית לדיונים, בין 15.2.1921 לבין 10.11.1921, הוגשו ארבעים ותשע שאילתות בעניינה של ארץ-ישראל, בעוד שרק תשע-עשרה הוגשו בעניינה של ציילון, שלושים בעניין הונג-קונג, שש בקשר למליה (Malaya) ותשע בעניין ניגריה: ג"מ, ארכיון אדווין סמואל, חטיבה 103, מיכל פ/661, תיק 5 (פרק 3, בע' 16-18).

למנהל באימפריה שהשמש מעולם לא שקעה בה.<sup>61</sup> תפקיד מרכזי במיוחד מילא, מטבע הדברים, משרד המושבות. עולם של ראשי המשרד ופקידיו הורגש היטב גם בארץ-ישראל. מעשי מנהל רבים נזקקו, מעשה שגרה, לאישורם על-מנת שיקבלו תוקף.<sup>62</sup>

דעת-הקהל – יש לכלול כאן אף את דעת-הקהל בבריטניה ואת אמצעי-התקשורת בה כגורמי ביקורת אפקטיביים, כמו גם את דעת-הקהל והעיתונות העולמיות (ואף זו שפורסמה בארץ).<sup>63</sup>

השפעתה של הנהגת הציונות – לנוכח דגם השליטה המפוצל שהכתיב המנדט (לונדון-ירושלים), הפעילה הנהגה הציונית באנגליה, מעל לראשו של השלטון בארץ, רשת של אמצעים שמטרתם היתה להשפיע הן על מעצבי המדיניות והן על דעת-הקהל: נעשה ניסיון להשפיע על מינויים ועל קווי המדיניות בארץ, לגייס גורמים פוליטיים

61 ראו, כללית, ראובני, לעיל הערה 19, בעיקר בע' 31-33.

62 אדווין סמואל (ג'מ, ארכיון אדווין סמואל, חטיבה 103, מיכל פ/661, תיק 5 (פרק 3, בע' 13)) קובע, כי מלבד שאלות של מדיניות, עיקר השפעתו של משרד המושבות הורגשה בשלושה תחומים: בתחום המינויים הבכירים מהנציב העליון ומטה; בתחום החקיקה – כל דבר חקיקה היה צריך לקבל אישור מוקדם ממשרד המושבות, שבסמכותו היה גם לבטל, בשם הכתר, כל דבר חקיקה במהלך שנה לאחר אישורו על-ידי הנציב העליון (סימן 27 לדבר-המלך), ולמלך במועצתו אף נשמרה הסמכות לחוקק במישורין דברי חקיקה שיחולו בארץ (סימן 89 לדבר-המלך); ובתחום התקציב – כל הצעת תקציב שנתי היתה חייבת לקבל את אישור משרד המושבות ומשרד האוצר הבריטי. כן ראו הטיס-רולף, לעיל הערה 13, בע' 74, וביגר, לעיל הערה 9, פרק שני. לבסוף, לא רק מדבר-המלך ניתן ללמוד על כפיפותו של הנציב העליון ללונדון. כמקובל, ממש במקביל לדבר-המלך התקבל בחצר המלך כתב הוראות מלכותיות לנציב העליון, שכוננו Royal Instructions (המינוח המלא הוא: "Instructions passed under the Royal Sign Manual and Signet to the High Commissioner and Commander-in-Chief of Palestine"). כתב הוראות המקורי מופיע ב-PRO CO 733/35; בקובץ דרייטון, לעיל הערה 2, כרך שלישי, בע' 2659-2668, מופיע הנוסח משנת 1932. על חלקו של מסמך זה (שעמד, כאמור, לצידו של דבר-המלך במועצה) במערך החוקתי הקולוניאלי, ראו: Wight, *supra* note 20, at pp. 94-98. על משרד המושבות, על ארגונו, על פיקוחו על הנעשה במושבות ועל נושאי המשרה הראשיים בשירות הקולוניאלי הבריטי, ראו, כללית: C.J. Jeffries *The Colonial Office* (London, 1956); C. Parkinson *The Colonial Office From Within, 1909-1945* (London, 1947). על הנטל המיוחד שהוטל על המשרד כעטיו של הטיפול בארץ-ישראל, ראו: Parkinson, *ibid*, at pp. 61-62, 112. על פיקוח משרד המושבות על החקיקה במושבות, ראו עוד: Jeffries, *ibid*, at pp. 167-170.

63 בנטווין מתאר קיתונות של רותחין שנשפכו בפרסומים שונים מכל עבר על הממשל בארץ, וקובע: "What happens in that little country concerns the world. There were times when the Administration could long for freedom from the press." H. & N. Bentwich *Memories*, *supra* note 9, at p. 71 (emphasis in original). ראו סייקס, לעיל הערה 10, בע' 76-77.

אוהדים, ואף הועבר ללונדון מידע חלופי לזה שזרם אליה בצינורות המקובלים. וכך, לעיתים, כשלא עלה בידי הנהגה הציונית בארץ להשיג את מבוקשה מידי הפקידות בארץ, הועבר העניין להנהגה שבלונדון, וזו היתה פוגה במישורן למשרדי הממשלה במקום.<sup>64</sup>

ערעור למועצת-המלך – הוזכרו לעיל המסלולים להגשת ערעור מבית-המשפט העליון בארץ בשבתו כבית-משפט לערעורים למועצת-המלך. ראינו שבדבר-המלך מיוחד שהוצא לעניין זה לא נזכרה אפשרות הערעור מבג"צ למועצת-המלך.<sup>65</sup> אפשרות ערעור זו על בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים מגלמת את הפיקוח על בתי-המשפט בארץ על-ידי ערכאה משפטית בכירה בלונדון. עם זאת יש להדגיש שגם אגב עיון בערעור אזרחי "רגיל" ניתנה בידי מועצת-המלך האפשרות לדון, במקרה המתאים, במהלכי הממשל בארץ הכרוכים באותו עניין. הדיון בהמשך יבהיר נקודה זו.

### ארץ-ישראל

הנציב העליון – הנציב העליון היה ראש וראשון לפקידי הממשל בארץ-ישראל.<sup>66</sup> להלכה הוא היה רק ראש הרשות המבצעת, אך למעשה היתה סמכותו רחבה יותר. יש להדגיש, לדוגמה, כי ידו היתה בכל מעשי החקיקה, שכן לא התקבלה חקיקה שלא בהסכמתו (סעיף 24 לדבר-המלך), ואף מינויים של כל שופטי בתי-המשפט נעשה על-ידי. כן היתה בידי הסמכות, מהד גיסא, לתת חנינה (סעיף 16), ומאידך גיסא, להורות על גירושו של אדם מארץ-ישראל, ללא הליך שיפוטי (סעיף 69). אף זאת: לפי הוראת סימן 48, לא היה אפשר לבצע פסק-דין מוות בלא אישורו.

אכן, הנציב העליון עמד לפיקוחה המתמיד של לונדון. עם זאת, במהלך הדברים הרגיל, הוא נהנה ממעמד מפקח, שכן שליטתו הישירה בנעשה בארץ היתה מוחלטת כמי שבסמכותו להוציא אל הפועל את מדיניותה של ממשלתו, מדיניות שגובשה גם בהתייעצות עמו. הדברים נכונים במיוחד בהרברס סמואל, שנהגה ממעמד כה ייחודי בממסד הבריטי עד שההיסטוריון כריסטופר סייקס קובע ש"הוא השפיע על הממשלה באותה מידה שציית להוראותיה".<sup>67</sup> לצידו של הנציב העליון פעלה פקידות מסועפת,

64 שגב, לעיל הערה 12, בע' 39-48, 120-121, 161-162, 274-279. (כן ראו בע' 55, 59-66, 76-79, 82-88, 163); ראובני, לעיל הערה 19, בע' 29-30; סייקס, שם, בע' 34 ופרק 4. עוד תוזכר ההכרה המפורשת הניתנת בסעיף 4 לכתב המנדט לפעילות ההסתדרות הציונית בארץ, פעילות שמטרתה, כך נאמר בסעיף, לסייע לבריטים ולייעץ להם בהקמת הבית הלאומי היהודי בארץ. גם הנהגה הערבית בארץ-ישראל לא סמנה ידה בצלחת, ופעלה לעיתים גם בבירה הבריטית: עילם, לעיל הערה 13, בע' 207-212; סייקס, שם, בע' 57-76. כן ראו: Wasserstein, *supra* note 16, at pp. 112-138.

65 ראו לעיל הערה 50.

66 Bertram, *supra* note 23, at p. 118; Bentwich *Palestine*, *supra* note 7, ch. 2.

67 סייקס, לעיל הערה 10, בע' 59. ראו עוד ראובני, לעיל הערה 19, בע' 15-16; על מינויו של סמואל לנציב עליון ראו מקובר, לעיל הערה 7, בע' 92-93.

שהיתה אמורה להיבחר על-ידי הציבור בארץ.<sup>73</sup> למועצה זו הוקצו סמכויות חקיקה רחבות. אך השפעתם של חברי המועצה היתה יכולה להיות ישירה עוד יותר, שכן "כל חבר מועצה רשאי להגיש שאילתה לאחד ממשרדי הממשלה, ומנהל המחלקה חייב לענות עליה. כן רשאי כל חבר מועצה להגיש הצעה לדיון בתלונות, הנוגעות לניהול או להתנהגות של כל אחת ממחלקות הממשלה."<sup>74</sup>

לסיכום פרק זה ניתן להביא את הערתו הצינית של בנטוויץ', בספר שכתב בשנת 1941:<sup>75</sup>

"One of the trials of official life in Palestine, particularly for a Jew in office, was to be all the time watching one's step. Somebody pointed out that the anagram of Palestine was anti-sleep. Both communities were alert to attack any act or omission which was regarded as favouring the other community."

73 לשם כך התקבל, באותו יום ממש שבו התקבל דבר-המלך, דבר-מלך נוסף הקובע את שיטת הבחירות למועצה מחוקקת זו: קובץ דריישון, לעיל הערה 2, כרך שלישי, בע' 2627-2632. The Palestine Legislative Council, Election Order, 1922. כאמור לעיל, הנסיגות הוציאו אל הפועל את התוכניות להקמתה של המועצה המחוקקת לא צלחו בסופו של דבר, אבל אין בהתרחשות מאוחרת זו כדי להמעיט מחשיבות הכוונה להקים בארץ מסגרת שבה יהיה ניתן להפעיל הליך דומה לפיקוח פרלמנטרי. חשוב להוסיף כי דבר-מלך שהתקבל בשנת 1923 (ראו הפניה לעיל בהערה 24), לאחר כשלוש הבחירות למועצה המחוקקת, הוסיף לסימן 17 לדבר-המלך את ההוראה שכל סיוסת פקודה תוצג לציבור חודש לפני פרסומה הרשמי. לא כל החקיקה שנהגה בארץ עברה הליך מקדים זה; דברי המלך וחקיקת חירום, למשל, וכו בפטור מכך: ראו ראובני, לעיל הערה 19, בע' 122-125.

74 מקובר, לעיל הערה 7, בע' 97-98, המביאה מ"דפי ההסבר בדבר המועצה המחוקקת". למעורבותו של הציבור בארץ ראו עוד להלן הערה 96 וטקסט להערה 171.

75 Bentwich Wanderer, supra note 27, at p. 128. לבסוף, סקירת מקורות הפיקוח בפרק זה אינה ממצה כלל: ניתן להזכיר עוד, למשל, את בית-הדין הקבוע לצדק בהאג, גוף נוסף של חברי-הלאומים הנוכח בסעיף 26 לכתב המנדט (ראו: Fachiri, supra note 55), את הוועדה המיוחדת לעניין המקומות הקדושים הנזכרת בסעיף 14 לכתב המנדט, ואת ועדות החקירה שפעלו בארץ בהתאם לפקודה שהתקבלה כבר בשנת 1921 (אוסף דוכן, לעיל הערה 46, כרך ראשון, בע' 119-121).

שחולקה למחלקות מספר. הפקידים הבכירים ביותר היו המזכיר הראשי, מזכיר המשפטים (שכונה בהמשך, כזכור, היועץ המשפטי לממשלה) והמזכיר הפיננסי. שלושה אלה נמנו עם חברי המועצה המבצעת שעסקה בניהולה השוטף של ארץ-ישראל, ועל-כן נהנתה ממעמד מפקח במידה שמועצה אקדוקטיבית נהנית ממעמד כזה.<sup>66</sup>

**מערכת המשפט "הרגילה"** - ידוע כי במסגרת הדיון במשפט האזרחי ואף במסגרת המשפט הפלילי ניתן לתקוף מעשי רשות.<sup>69</sup> אך לשם הבהרה של כיוון מחשבה זה ניתן לציין את גישתו "הטוטלית" (כמינותו של השופט חשין) של פרופסור זמיר, שלפיה בתו- המשפט המחוזיים הוסמכו עוד בדבר-המלך לבחון במישרין מעשי מנהל מכות הסמכתם לדון "בעניינים אזרחיים" (סימן 40(1)א).<sup>70</sup> פרופסור זמיר מסתמך, בין השאר, על מספר מצומצם ביותר של פסקי-דין של בית-המשפט העליון מתקופת המנדט התומכים במסקנה זו, אך דומה שגם הוא מסכים כי הדרך שבה התנהלה ההתדיינות בעניינים מנהליים בתקופת המנדט מלמדת ככל הנראה שלא זו היתה הפרקטיקה הנוהגת.

עם זאת, גם אם נדחתה העמדה המושגית שכל עניין מנהלי היה מצוי בסמכות בית- המשפט האזרחי, היה קשה להטיל ספק בנכונותה של הטענה בדבר הקשר בין ענפי המשפט השונים, ומכאן שהדרך לביקורת שיפוטית על מעשי מנהל אגב דיון אזרחי או פלילי בכל בית-משפט היתה פתוחה. אין לך המחשה ברורה יותר לכך מאשר מקרהו של נאשם שטען להגנתו כי הוראת הדין שבעטיה הועמד לדין לא היתה תקפה כלל, שכן היא לא עמדה בתנאיו של כתב המנדט.<sup>71</sup>

**הציבור כארץ** - הגם שלא צורפו נציגי ציבור למועצה המבצעת, טרח סמואל רבות לנסות להקים גוף שיינתן בו ביטוי לרחשי הלב של הציבור הרחב.<sup>72</sup> לשיאם הגיעו הדברים בנוסחיו הסופי של הפרק השלישי בדבר-המלך, הדין בהקמת המועצה המחוקקת

68 ראובני, שם, בע' 33-34; מקובר, שם, בע' 102-104.

69 אכן, נקודה זו מזמינה דיון רחב שעולים בו מושגים סבוכים כ"תקיפה ישירה" ו"תקיפה עקיפה", "בטלות (יחסית)" ו"נפסודות", שאינו אפשרי במסגרת זו: ראו זמיר השפיטה בעניינים מינהליים, לעיל הערה 50. ומתוך הררי הפסיקה בנושא ראו, לדוגמה, ע"א 183/69 עיריית פתח תקוה נ' טחן ממעברת "עמישב", פ"ד כג(2) 398; ובג"צ 727/85 נוצר נ' בית הדין לעבודה, פ"ד מא(2) 589. ראו גם לעיל הערה 41.

70 ראו זמיר, שם, בע' 61-65. כן ראו דבריו של השופט חשין בבג"צ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבניה למגורים ולתעשייה, פ"ד מח(4) 237 (להלן: עניין סוקר) (פסקה 6 לפסק-דין).

71 ראו מלחי, לעיל הערה 23, בע' 82-84, שם מובא "משפט הרמדן" (ע.ע. 91/36 בעניינו של שריף שניסי), שבו התקבלה בערעור פלילי בבית-המשפט העליון ההלכה החשובה כי חקיקת הנציב העליון כפופה אומנם למגבלות של כתב המנדט, בהתאם לסימן 17 לדבר- המלך, אך לא זה המצב בנוגע לחקיקה צות'מנית שחלה בארץ (שמכותה הועמד הנאשם לדין).

72 יש להזכיר בהקשר זה את סימן 85 לדבר-המלך, המקנה לאוכלוסייה בארץ "זכות עתירה" לנציב העליון בטענה שתנאי המנדט אינם נשמרים.

1. פיקוח נוסף לשם מה?

כוונתה של הסקירה שלעיל היתה, כזכור, להדגיש ולחדד את השאלה הבאה: מה טעם נמצא להקים ערכאה שיפוטית שבכוחה להוות אמצעי פיקוח יעיל (נוסף) על מעשי מנהל שונים? תמיכה בתמיחה זו ניתן למצוא גם בטיעונים הבאים.

ניתן להעריך שכלל שמספרם של הערכאות ושל מוסדות הביקורת גדל, כן ההתדיינות מתרבות. הערכה זו קיבלה בוודאי משמעות קונקרטית בארץ-הקודש בשל העימות בין חלקי אוכלוסייתה והמודעות הציבורית הגבוהה שנלוותה לכך, בשל קיומו של ציבור עורכי-דין דומיננטי<sup>76</sup> ובשל תחושתם של פקידים בכירים שבני הארץ הינם חובבי התדיינות.<sup>77</sup>

כאן יש להזכיר שוב את פרעות 1920 ו-1921. ניתן לשער שמגודת-מבטו של השלטון בארץ, פרעות אלה חידדו את הצורך בנקיטת יד קשה, שבה קל יותר להכות כשזרועות השלטון אינן נתונות לפיקוח של ערכאה מיוחדת המיועדת לשמור אותה בתחומה של החוק. ניתן להעריך שפרעות אלה לימדו שכל תקווה לפתרון קל לבעיות הארץ וליריבות המרה המפלגת אותה הינה תקוות-שוא.<sup>78</sup> במצב דברים זה אין זה מפליא כלל למצוא בדבר-המלך את סימן 70, שבו נשללה סמכותם של בתי-המשפט לדון בפקודת גידוש של הנציב העליון.<sup>79</sup>

76 עם בוא הבריטים לארץ היה מספרם של עורכי-הדין בה נמוך, אך בעקבות העלייה היהודית והודות להקמת בית-הספר למשפטים בירושלים כבר בשנת 1920, עלה מספרם של המשפטים בארץ. (אדווין סמואל קובע שמספרם הכולל של עורכי-הדין שהיו מורשים לעסוק בעריכת-דין בארץ היה מאה בשנת 1920, מאה ארבעים ושבעה בשנת 1925 ומאתיים ושלשים בשנת 1931: ג"מ, ארכיון אדווין סמואל, חטיבה 103, מיכל פ/661, תיק 8 (פרק 17, בע' 26).) באופן טבעי היה ציבור זה בקי יותר ברזי השלטון ועקב בצורה שוטפת במיוחד אחר חידושי של הממשל החדש. בנטוויץ' מציין בספרו משנת 1932 כי עורכי-הדין היהודיים הקימו אגודה שהגשיה בקביעות מזכרים בדבר חקיקה הנוגעת בבתי-המשפט, וגם עורכי-הדין הערביים היו מתאגדים בנפרד מדי פעם לשם כך: H. & N. Bentwich *Memories, supra* note 9, at pp. 212-214; Bentwich, *England in Palestine, supra* note 7, at p. 295.

77 כבר בדו"ח שערך סמואל לבקשת אלנבי, בסוף מרס 1920 (לעיל הערה 14), הוא קבע: "The Courts, also, have to be somewhat numerous, as the population is litigious..."

78 ראו לעיל הערה 17.

79 באופן דומה, אין זה מפתיע שכבר בשנת 1924, כשנתיים בלבד לאחר מתן המנדט, התקבל דבר-מלך מיוחד לעניין המקומות הקדושים (The Palestine (Holy Places) Order in Council, 1924), שבו נקבע: "2. Notwithstanding anything to the

למעשה, כפי שנגלה בהמשך, היוזמה להקמת ערכאה זו באה דווקא מצידם של אנשי ממשל בריטיים שישבו בארץ. אפשרות זו מחלישה את ההיפותזה שלפיה ביקשה המטרופולין להיטיב את פיקוחה שלה על המנהל בארץ, ולכן יזמה את הקמת בג"צ. סברה זו הינה בעייתית מלכתחילה, שכן היא מתעלמת מן ההנחה הסבירה שמטרתו של פיקוח זה היתה לשמור את המידע בתוככי הצינורות של משרד המושבות, ולא לתת לו פומבי, חלילה.

והנה, חרף זאת, ממש בתחילת הדרך, מוקם בית-משפט גבוה לצדק; לא פחות. כעתה כן אז, האפשרות שתתקבל עתירה נגד פקיד מסוים היתה צריכה להסריד את הפקידים בארץ, הגם שהביקורת השיפוטית שהיתה מוכרת להם היתה שונה בהיקפה מזו המוכרת לנו כיום.<sup>80</sup> למעשה, לא רק מפני קבלתה של עתירה היו הבריטים צריכים לחשוש, שכן, לעיתים, אגב החייתה של עתירה מוצאים שופטי בית-המשפט לנכון למתוח ביקורת על הרשות, ומוכן שאין להקל ראש בטרוניה הנשמעת מפי שופט בפסק-דין של בית-המשפט העליון, שהינו מסמך פומבי הגלוי לעין כל.<sup>81</sup>

2. כמה הסברים שניתנו עד כה

אכן, קשה לראות בהקמת בג"צ צעד טבעי שאין להרהר אחר סיבותיו. היו שנתנו את

contrary in the Palestine Order in Council, 1922, or in any Ordinance or law in Palestine, no cause or matter in connection with the Holy Places or religious buildings or sites in Palestine or the rights or claims relating to the different religious communities in Palestine shall be heard or determined by any Court in Palestine..." (ראו קובץ דרייסון, לעיל הערה 2, כרך שלישי, בע' 2625). אך ברור שהוראות "החסינות" שהוצגו כעת (שניתן לצרף אליהן דוגמות נוספות) אינן מקיפות את מלוא תחום סמכותו הפוטנציאלית של בג"צ.

80 ואכן, מלחי מציין את ההלכה שנהגה בבית-המשפט העליון בשנות המנדט, שלפיה התערב בית-המשפט במעשי הרשות רק בהתקיים מספר מצומצם ביותר של עילות המכסות גזרה צרה יחסית בהשוואה למלוא ההיקף של הפיקוח השיפוטי המוכר לנו כיום, המגיע עד עמקי שיקול-הדעת המנהלי (ראו הערה 110 להלן) - מלחי, לעיל הערה 23, בע' 168-170. לדבריו, בג"צ לא התערב "אלא אם הצו [של "הפקיד האדמיניסטרטיבי"] ניתן ללא כל סמכות חוקית או הוצא בזדון". עם זאת, סמוך לכך מלחי מדבר בכל-זאת על כמה פסקי-דין שבהם בוטלו מעשי הרשות.

81 אחת הפרשות המלמדת על רגישותם הרבה של הבריטים באה לפני בג"צ בשנת 1936. המדובר במקרה שבו מתח וקן-השופטים McDonnell ביקורת על עמדת הממשלה במקרה של הריסת בתים ביפו, הגם שלגופו של עניין נדחתה העתירה. בעקבות פסקי-הדין ובשל זעמו של הנציב העליון גאלץ מקדונל לפרוש מכהונתו - Likhovskii, *supra* note 18, at pp. 320-322; אלקים רובינשטיין שופטי ארץ (תשמ"א) 20-23; פרומקין, לעיל הערה 26, בע' 345-347.

דעתם על שאלה זו. להלן ייבחנו התייחסויות שונות שנעשו בהקשר זה. דיון זה יבהיר שלא רק עצם הקמתו של בג"צ היתה צעד מתמיה, אלא מפתיעה אף הצבתה של ערכאה זו בצמרת מערכת השיפוט, קרי בבית המשפט העליון.

נפתח בשופט אגרנט, שאמר כך על סימן 43 הנ"ל שנים לאחר פרסומו, כאשר ביקש לתת פשר לתיבה הבאה המופיעה בו: "...matters as are not causes or trials, but petitions or applications...".

"בראש ובראשונה שמתי את לבי אל המטרה העיקרית - אם אולי לא המטרה היחידה - שעמדה לנגד עיני המחוקק בעת שכונן את בית המשפט הגבוה לצדק והעניק לו את הסמכות 'הנותרת' האמורה. הרי מטרתו היתה להכשיר את מערכת המשפט המקומית באופן שתוכל לטפל - מלבד בסכסוכים אזרחיים שבין אדם לחברו ובעבירות פליליות שלגביהן תובעת המדינה מתן עונש - גם בעניינים שבהם קובל האורח על שלילת זכויותיו, או הגבלתן, על ידי השלטונות, שלא כחוק. כוונתי לזכויות שמקורן בחופש הפרט ושמן המפורסמות הוא, כי באנגליה מובטחת המחשתן באמצעות מערכת התרופות הידועות בשם 'תרופות בלתי רגילות' או 'פרוגטיביבות'. אכן, אינני מחדש דבר באמרי כי בשעה שהמחוקק הקים בית-משפט זה ונתן לו כוח לטפל בסוג הסכסוכים האמור שבין הפרט והציבור, עיגו היתה על התרופות המיוחדות האלה."<sup>82</sup>

נקל לראות, שאין בדברים אלה כל הסבר לרוחב-הלב המנדטורי שהניב מוסד שיפוט מעורר קנאה כזה, ואין בדברים כל התייחסות לשאלה המוסדית: מדוע נבחר בית המשפט העליון לשם כך?

לשאלה האחרונה ניתנו בהמשך הסברים אחדים הנתלים במידה רבה בטענת מומחיותו של בית המשפט העליון, ואליהם נפנה עתה, בין השאר על-מנת לבחון את חוליותיהם החלשות.

כך, פרופסור זמיר אומר בהקשר זה:

"הצווים הפרוגטיביים [צ"ל: פרוגטיביים] שימשו במשפט האנגלי בעיקר לצורך ביקורת החוקיות של מעשים מינהליים. מתקבל על הדעת, אם כן, שהמחוקק המנדטורי נתכוון כי עניינים כאלה, שהם עניינים רגישים וחשובים במיוחד לכל שלטון, יהיו נדונים על-ידי בית המשפט העליון."<sup>83</sup>

שתי דעות נוספות בשאלה זו מוצגות בדברי הסבר להצעת-חוק ישראלית מהשנים

82 בג"צ 14/51 הי"מ נ' עורך דבר", פ"ד (ה)2 1017, 1047 (להלן: עניין דבר) (ההדגשה אינה במקור).

83 זמיר השמיטה בעניינים מינהליים, לעיל הערה 50, בע' 60, וראו גם בע' 83-84. ראו גם יי זמיר הסמכות המינהלית (1996, כרך א) 73: "מסתבר כי השלטון המנדטורי בארץ ישראל לא סמך בעניין רגיש זה על בתי המשפט הנמוכים, ולכן העדיף את בית המשפט העליון."

האחרונות,<sup>84</sup> שבהם נאמר ביחס לדגם המיוחד של בג"צ כי "באמצעות מודל זה הבטיח השלטון המנדטורי הבריטי כי הביקורת השיפוטית על פעולותיו תיעשה רק על ידי בית המשפט העליון, שהיה מורכב, ברובו, משופטים בריטיים, להבדיל מבתי המשפט הנמוכים יותר שבהם כיהנו שופטים מקומיים". בהמשך הדברים מוצג "צידוק אחר, כפי שהסביר בית המשפט העליון בפסק דין משנת 1966: 'רצה המחוקק הישראלי, וכן רצה גם קודמו המנדטורי, כי עניינים מסוג זה, שהם על-פי רוב עניינים העומדים ברומו של עולם, יידונו בפני בית משפט מיוחד, בעל קולפיפיצייה משפטית גבוהה וסמכות מוכרת, שידון בהם בערכאה ראשונה ואחרונה, על יסוד תצהירים ותצהירים שכנגד, תוך קיצור מקסימלי, ללא אפשרות של עינוי דין על ידי בקשות ביניים מטרידות וערעורי סרק' (ע"א 55/66 ראש המועצה המקומית אשדוד נ' אורן, פ"ד (4) 841, 847)."<sup>85</sup>

למרבה הפליאה, נראה שאין למצוא דיון מפותח יותר סביב נסיבות הקמתו של בג"צ. בטרם נמשיך, כדאי לומר מילים מספר על ההדגשים שעלו זה עתה בעקבות הדיון בפרקים הקודמים ולקראת העיון במקורות הראשונים. נפתח בשאלת מקומם של השופטים הבריטיים במערכת השיפוט. סקירה של מהלכי החקיקה תלמד שנסחי החקיקה הבריטיים עסקו רבות בשאלת מקומם של השופטים הבריטיים במערכת השיפוט. למען האמת, למצער בשנים הראשונות לשלטון הבריטים בארץ, לא היוו השופטים הבריטיים רוב בקרב שופטי הערכאה הבכירה ביותר. ג'ד פרומקין, שכהן כשופט בית המשפט העליון משנת 1920 ועד לסוף ימי המנדט הבריטי, מספר כי בעת שמונה לתפקידו (או כשופט "בבית-המשפט לערעורים"), כיהנו חמישה שופטים מקומיים בבית המשפט לצד נשיא וסגן נשיא בריטיים. בבית המשפט של הייקרפט כיהנו שני שופטים בריטיים וארבעה שופטים מקומיים.<sup>86</sup> נתון

84 הצעת חוק סמכויות השיפוט בעניינים מינהליים - בית משפט מחוזי בשנתו כבית משפט גבוה לצדק, התשנ"ט-1999, ה"ח 2806, מיום 14.4.1999, ה"ח תשנ"ט, בע' 397 (השוו לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, ס"ח, בע' 190 שהתקבל ב-30.5.00, המשמר את מהותה של הצעת חוק זו).

85 הציטוט בע"א 55/66 ראש המועצה המקומית אשדוד נ' אורן, פ"ד (4) 841 (להלן: עניין אורן) הוא מדברי מ"מ נשיא בית המשפט העליון, השופט זילברג. יש להבהיר בהקשרן של התבטאויותיהם של השופטים אגרנט וזילברג כי סביר להניח שאין הן גובעות ממחקר היסטורי מעמיק שערכו שופטים אלה. אם כך, הדבר שיש להדגישו כאן הוא הקלות שבה בחרו השופטים הללו ליחס ל"מחוקק" המנדטורי ראיית-עולם "נאורה", "רצינונית" וליברלית. על שופטים כהיסטוריונים ראו ד' בריקארט "הגדרת לבנג' היסטוריה וזיכרון בבית-המשפט" עיוני משפט כו (תשס"ג) 773. כן ראו: L.D. Kramer "When Lawyers Do History" 72 *Geo. Wash. L. Rev.* (2003) 387.

86 פרומקין, לעיל הערה 26, בע' 238-243, 347. בנובמבר 1920 נשלח לשר החוץ בלונדון (עד מרס 1921 היתה ארץ ישראל תחת פיקוח משרד החוץ) תזכיר מפורט המתאר את מערכת השיפוט בארץ, ובו נאמר כי בבית המשפט העליון מכהנים נשיא וסגן נשיא בריטיים וחמישה שופטים מקומיים: PRO FO 371/5286, at p. 33.

בבחירת השופטים.<sup>87</sup> דיון ראשוני זה מלמד על הקושי בהסברת הסטייה מהדגם הבריטי בעת הקמת בג"צ: מדוע לא ניתנו סמכויות השיפוט בידי בית-המשפט המחוזי? אם שליטתם של הבריטים בבג"צ לא נבעה ממספרם הרב של השופטים הבריטיים בערכאה זו, אלא מכך שהוקנתה להם עדיפות מנהלית, הרי כזה היה מצב הדברים גם בבתי-המשפט המחוזיים, שגם נשיאיהם היו בריטים.<sup>88</sup>

ומכאן לשיקול נוסף: מידת מומחיותם של השופטים בערכאה העליונה. התייחסות מעמיקה לנקודה זו, מחייבת דיון של ממש, בין השאר, בדרכי המינוי לבתי-המשפט ובאלה שמונו לכהן בהם בסופו של דבר. ניתן להסתפק כאן בהערה אחת. מקובל להניח שהטובים מבין השופטים וזוכים לשרת בבית-המשפט העליון, אך ייתכן שבשל כך אין זה מקובל להקנות לבית-משפט זה סמכות שיפוט כערכאה ראשונה. אנו עומדים לפני שתי מוסכמות המוציאות זו את זו על-פי רוב ואין הן אמורות לדור במוסד אחד. על פניה, הטענה שבג"צ דן ב"עניינים העומדים ברומו של עולם", כמינותו של השופט זילברג בע"א 55/66, יכולה להסביר את החיבור בין השניים. דא עקא, קשה לומר על כל עניין המצוי בסמכות בג"צ שהוא שייך לעניינים כאלה,<sup>89</sup> וכפי שראינו, גם במהלך הדיון בסוגיות אורחיות ופליליות אין זה נדיר לגלות שעל בית-המשפט "הרגיל" להידרש ל"עניינים ברומו של עולם".

זה עומד בסתירה לניסוחה הנחרץ של הצעת החוק הנזכרת לעיל.<sup>87</sup> ואף זאת, הגם שקשה להטיל ספק בדבר הערכתם הנמוכה של הבריטים את השופטים הארצישראלים - עדויות למכביר על כך נראה בפרק הבא - קריאת דבר-המלך אינה מגלה את עדיפותם של השופטים הבריטיים על השופטים הארצישראלים המכהנים בבית-המשפט העליון. בבחינת חריג לכך, המעיד על הכלל, מהווה הסיפא לסימן 63 לדבר-המלך, שבו נאמר: "...בדיני ממונות ובמשפטים פלייטים המתבררים בפני בית המשפט העליון בתורת בית משפט לערעורים, יכול נכרי לדרוש שיהא בית המשפט מורכב ברובו משופטים בריטיים."<sup>88</sup> הוראה זו מבהירה היטב שאין מובטח רוב בריטי במהלך העסקים הרגיל של בית-המשפט העליון. כאלה הם פני הדברים גם בפקודת בתי-המשפט, 1924,<sup>89</sup> אף שיש בה כמה הוראות המבטיחות למעשה שבראש כל הרכב של בית-המשפט העליון יישב שופט בריטי.<sup>90</sup>

עם כל זאת יש להדגיש שהיה קשה להטיל ספק בדבר שליטתם של הבריטים בבית-המשפט העליון: זקן-השופטים (הבריטי) הוא שהיה קובע את מותבי בית-המשפט,<sup>91</sup> והיו הבדלים בשכר בין שתי קבוצות השופטים.<sup>92</sup> לכך יש להוסיף את שליטתם של הבריטים

הוצאות הממשלה בארץ (נתון זה מתייחס לשנת העבודה 1947-1948, שבה הגיעה ההוצאה הנומינלית לשיא) - ראו ג"מ, ארכיון אדווין סמואל, חטיבה 103, מיכל פ/661, תיק 8 (פרק 17, בע' 29).

<sup>87</sup> מינוי השופטים נעשה על-ידי הנציב העליון (בפיקוח לונדון, כמוכן). אך בשנת 1923 נאמר בעניין זה בדו"ח רשמי של ממשלת בריטניה: "The administration of the Courts, embracing also recommendations for the appointment of judges and magistrates, is vested in the Chief Justice" ראו: *Report on Palestine Administration, 1922* (London, 1923) 21. במילים אחרות, נאמר כאן שלפחות לעניין מינוי השופטים, זקן-השופטים הוא שהיה הלורד צ'נסלור של ארץ-ישראל (ראו לעיל הערה 30). אך ראו אליקים רובינשטיין, לעיל הערה 81, בע' 24, ופרומקין, לעיל הערה 26, בע' 355-356, שם. מוצגת עבודת הוועדה המיעצת לבחירת שופטי שלום שפעלה בארץ החל בשלהי שנות השלושים.

<sup>88</sup> דווקא ביחס לבית-המשפט המחוזי יש הוראה מפורשת בפקודת בתי-המשפט הקובעת שנשיא בית-המשפט המחוזי יהיה שופט בריטי (ראו סעיף 11 וכן סעיף 20). כן ראו בהקשר זה לעיל הערה 48.

<sup>89</sup> לדוגמה, האם על-פי הגיונה של מערכת המשפט בארץ, עניינו של רשיון לניהול אולם חתונות שניתן מידי הרשות המקומית, מבלי לזלזל בחשיבותו למעוניינים בו, ראוי לדיון של הערכאה הנכירה ביותר כדרגה ראשונה? בכך דן עניין אורן הנ"ל, לעיל הערה 85, שבו נידונה סמכותה הסטוטורית של המועצה המקומית אשדוד להעניק רשיון לניהול אולם חתונות. הציטוט מפסק-הדין מגלה, שהשופט זילברג השיב בחיוב נחרץ לשאלה זו. (לשם השוואה, ראו את התיקונים שנעשו בשנים האחרונות בחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968, שנוסחו המקורי מופיע בס"ח, בע' 204.) כן ראו א' רובינשטיין

87 להרכב מצבת השופטים בתקופת המנדט ראו ראובני, לעיל הערה 19, בע' 128-134; אליקים רובינשטיין, לעיל הערה 81, בע' 24-27.

88 ראו חא"י, כרך שלישי, בע' 2754. לשון הסעיף במקור הינה כדלקמן: "In civil and criminal cases heard by the Supreme Court in its appellate capacity a foreigner may claim that the Court shall contain a majority of British Judges" ראו קובץ דריטון, לעיל הערה 2, כרך שלישי, בע' 2583.

89 ראו סעיפים 3, 4 ו-5 לפקודת בתי-המשפט, 1924. סעיף 3 עוסק בערעור על פסק-דין מוות שהוטל על נתין זר, שיידון, על-פי הוראת הסעיף, לפני מותב שיהיה בו רוב לשופטים הבריטיים, וסעיפים 4 ו-5 מובאים להלן בהערה 165.

90 הכוונה לסעיפים 2 ו-5 לפקודת בתי-המשפט, 1924.

91 ראו אליקים רובינשטיין, לעיל הערה 81, בע' 24-27; פרומקין, לעיל הערה 26, פרק 14, בע' 225.

92 באצ"מ, אוסף פרומקין (A199), בתיק 19, יש מכתב משנת 1942 שבו השופטים הארצישראלים מוחים לפני שר המושבות על ההפליה בשכרם לעומת השופטים הבריטיים. השופטים מציינים ששכרם נמוך משכרו של הרשם הבריטי של בית-המשפט העליון. על ההבדלים בשכר בין קבוצות השופטים ראו עוד מקובר, לעיל הערה 7, פרק 4. מעניין כי אף שהיה יקר יותר למנות בריטי למשרת שופט, "כשהתפנו משרות של שופטים עליונים מקומיים בשנות המנדט האחרונות לא מונו במקומם שופטים אחרים, ובתום תקופת המנדט נמנו עם חברי בית המשפט העליון רק שני שופטים מקומיים" (ראובני, לעיל הערה 19, בע' 133). הסיבה לכך הייתה הערכתם הנמוכה של הבריטים לשופטים המקומיים. בסיכום סופי נראה שהעול הכספי (העורף) שהעמיסו השופטים הבריטיים על האוצר הארצישראלי לא היווה שיקול מכריע. ניתן לשער שהדבר נבע מכך שבסופו של דבר, ההוצאות על מערכת בתי-המשפט הגיעו אך לכדי אחוז אחד מכלל

למעשה, בראיית *ex-ante*, במקרה הארצישראלי יש תבונה רבה בהליכה על-פי המוסכמה שבית-המשפט העליון לא יפסוק כערכאה ראשונה. כך, לדוגמה, דיון בעניין מהותי וחשוב בבית-המשפט המחוזי כערכאה ראשונה לא יניב פסק-דין של הערכאה הבכירה ביותר, שעשוי לזכות למירב התהודה, וערעור, אם יוגש, יאפשר מקצה שיפורים.<sup>96</sup> יש להדגיש בהקשר זה כי אין בין סימני דבר-המלך הוראה המתירה קיומו של דיון נוסף בבית-המשפט העליון (וגם פקודת בתי-המשפט אינה דנה בכך כלל).<sup>97</sup> יוצא מהאמור כי "באחת: הבג"צ הוא 'הימור גבוה' והמתדיין בפניו – אלא אם התפשר – זוכה בכל או מפסיד את הכל. הפניה לבית משפט נמוך יותר היא הימור נמוך יותר, שבו גם לזכיה וגם להפסד יש משמעות פחותה".<sup>98</sup> כפי שניתן לראות, לא על נקלה עולה בידנו לתת פשר ליצר ההימור של מקימי הבג"צ, הם אלה שלמחרת הקמתו עלולים לעמוד כמתדיינים לפניו.

לבסוף, עניין פרודורולי. ההליך בבג"צ היה אומנם (ועודנו) הליך מיוחד. המדובר היה תמיד בהליך פשוט, בעל מבנה ייחודי, המאפשר לקיים דיון שיפוטי קצר יחסית, המבוסס בעיקרו על הגשת תצהירים.<sup>99</sup> מנגד יש לזכור כי הליך זריו אינו מתאים למקרים סבוכים מבחינה עובדתית.<sup>100</sup> הנקודה החשובה ביותר כאן היא שקווי הכלליים של הליך הדיון בצווי הפרודוגטיביים נלווים לאותם צוים ונובעים מסבעם. מהותו של "ההליך

<sup>96</sup> "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט א (1971) 261, 285; זמיר השפיטה בעניינים מיוחדים, לעיל הערה 50, בע' 80.

<sup>97</sup> פני הדברים בארץ לימדו עד כמה כבדת-משקל היא נקודה זו. אצל ראובני, לעיל הערה 19, בע' 134-135, מצוינים לא רק "הערנות המשפטית של האוכלוסייה המקומית", אלא גם העובדה שהמשפט הארץ ישראלי פעל בסביבה ביקורתית; פסקי דין פורסמו ונכתבה עליהם ביקורת בכתבי עת מקצועיים וכן במדור ביקורת משפטית ב'פולטיסיין פוסטי'.

<sup>98</sup> יתר על-כן, גם מועצת-המלך אינה מסייעת כאן, לפחות לא במידה משמעותית, שכן היא התבקשה לבחון את פעולתו של בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים, ולא כבג"צ. ראו לעיל הערה 50.

<sup>99</sup> אמנון רובינשטיין, לעיל הערה 95, בע' 285; ראו גם: V. Aubert "Law as a Way of Resolving Conflicts: The Case of a Small Industrialized Society" *Law in Culture and Society* (Berkeley, L. Nader ed., 1997) 285-286.

<sup>100</sup> על הפרוצדורה בבג"צ המנדטורי ראו מלחי, לעיל הערה 23, בע' 167-168, וכן "תקנות בית המשפט הגבוה, 1937", המצויות בג"מ, מיכל מ/4502, פרסום 014/17. העיון במקורות אלה מלמד על הדמיון העקרוני בין ההליכים דאו לבין ההליכים הדיים. השוואת תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984, ק"ת 4685, בע' 2321.

סוג כזה של טיעון מהווה אחד מנדבכיה של החלטת בית-המשפט העליון במדינת-ישראל "להעביר" את הדיון בענייני מכרזים מבג"צ לבתי-המשפט "הרגילים". השופט ברק הדגיש בפסק-דינו כי במסגרת זו נותר פתח צר לדיון בבג"צ כערכאה ראשונה, זאת, כדבריו, "במקרים מיוחדים ויוצאי דופן": בג"צ 99/91 פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50 (כן ראו עניין סוקר, לעיל הערה 70).

הבג"צ" התהוותה בעקבות הצווים המיוחדים שהוסמכה ערכאה זו להוציא, ולא להיפך. פרופסור זמיר עומד על כך כי מעצם העובדה שהצווים הפרודוגטיביים הינם "תרופות בלתי רגילות", שמקורם ההיסטורי ברצונו של בית-המשפט האנגלי להיכנס בעובי הקורה מקום שלא היה די ב"תרופות הרגילות", נגזרו תוצאות דיוניות מכריעות שעיצבו במידה רבה את תרשים הזרימה של מהלך הדין הייחודי בצווי הפרודוגטיביים.<sup>101</sup> במילים אחרות, המסורת הבריטית מלמדת שכל בית-משפט שהיה מוסמך לתת צווי פרודוגטיביים היה כפוף לאותו מבנה דיון בסיסי בעת העיסוק בהם.<sup>102</sup>

לסיים יש להבהיר כי עיסוקנו בפרק זה בכמה התייחסויות שנעשו עד היום להקמת בג"צ לא נועד להצביע רק על כשליהן, אלא גם על פרמטרים חשובים הנזכרים בהן, שיעלו שוב בהמשך.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> זמיר "סמכותו של בג"צ", לעיל הערה 5.

<sup>102</sup> ראוי להדגיש כאן בעיקר את העובדה, שהפרט המבקש סעד "בלתי-רגיל" חייב לשכנע את בית-המשפט, בדיון טרומי, להוציא צו ("צו על-תנאי") שרק אחריו ייפתח חלקו השני של הדיון, שבו ייערך דיון לגופם של דברים (למקורו ההיסטורי של הליך זה, ראו: Baker, *supra* note 53, at p. 165). מכאן נלמד כי תקנות סדרי הדין בדיון בבג"צ, שפורסמו לאורך השנים, העלו על הכתב את עיקרי המסורת האנגלית ושכללו אותה. יוער כי The Writ of Prohibition הינו יוצא-דופן מבחינה זו, שכן הוא ניתן R.T. Walker "Prohibition – Is the Writ of Prohibition a .as a matter of right Prerogative Writ?" 37 *Michigan L. R.* (1939) 789.

<sup>103</sup> ראוי לעמוד כאן על נקודה נוספת בהקשרן של התייחסויות אלה. ידוע שבעיית הלגיטימציה נלווית לפעולתו של בית-המשפט. המקרה הישראלי מהדד את הנקודה: דומה, שאת עניין דבר, לעיל הערה 82, ועניין אורן, לעיל הערה 85 ניתן לקרוא בהקשר התרבותי הרחב שפרופסור מנחם מאוטנר עומד עליו (מ' מאוטנר ירידת הפורמליות ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993) בעיקר בפרק ד). מאוטנר מצביע על הפערים שהתקיימו עד לשנות השבעים והשמונים בין "תתי-התרבות המשפטית", שהושתתה על ערכי הליברליזם, לבין ערכיה של התרבות הישראלית הכללית הקולקטיביסטית. אם אנו מקבלים שהתקיים פער כזה, עלינו להניח שהדבר חייב את בית-המשפט לעמוד על ביסוס הלגיטימציה לפעולתו נגד הורם. בהמשך לאמור אצל ברק-ארז, לעיל הערה 85, בעיקר בע' 787-788, 800-801, ניתן לומר כי ברור מאליו שהדרך שהיסטוריה של המוסד עצמו (בג"צ) מסופרת בה חשובה במיוחד לכינונה ולביסוסה של הלגיטימציה שלו. הצבעה על נימוקים רציונליים להקמתה בעבר ולקיומה בהווה של ערכאה כבג"צ (השופט זילברג בעניין אורן מצביע על סדרי-דין ומוכשרותם של שופטיו, למשל) והזכרת שורשיה העמוקים (השופט אגרנט בעניין דבר) בוודאי מסייעים לכך. זאת ועוד, דברי השופט אגרנט מהווים דוגמה מרתקת למקרה שבו הפניה למקורו הקולוניאלי של המוסד השלטוני מובאת לשם ביסוס מעמדו בהווה, במדינה הריבונית. הפניה זו אינה קלת-ערך כלל, שכן, כפי שברק-ארז כותבת, בפסקי-הדין המוקדמים של בית-המשפט העליון התייחס בית-המשפט לתקופת המנדט "תוך הסתייגות וגיבוי למדיניות הדיכוי של

על פניו, הפתרון הבא שובה־לב: בג"צ הוקם כססתוס־ביטחון, כאמצעי לתיעול זעם ציבורי עתידי לערכאה שיפוטית ניטרלית. במילים אחרות, דווקא היריבות הפוליטית בארץ היא שהדגישה את הצורך בהקמת הערכאה. אפשר להציג את הטענה כאן בשני אופנים. ניתן לטעון שבג"צ הוקם כזירה נוספת, בעלת מאפיינים ממתנים (בשל כללי הדיון הרציונליים), לניהולה של היריבות הפוליטית בארץ (משמע, בג"צ כמוסד שבכוחו לפתור סכסוכים וכמוסד מחנך). סביר שטענה זו אינה עומדת בשל עומק היריבות הפוליטית ששררה בארץ. מנגד, ניתן להציג את הדברים בצורה מקיאוווליסטית יותר, מנקודת־המבט הבריטית. הטענה היא שלשלטון הבריטי בארץ היה אינטרס ברור בהקמת בג"צ, שכן בג"צ הוקם מלכתחילה על־מנת שיטה כתף ויסייע לממשל בגטל ניהולה של היריבות בארץ (כאן: בג"צ כעוד מוסד שלטוני זר). טיעון מעין זה העלה Jean Bodin, ההוגה בן המאה השש־עשרה, לפיו על מונרך המבקש לבצר את מעמדו להבטיח את עצמאותה של הרשות השופטת מהטעם הבא (בלשונו של פרופסור סטפן הומס): "יש להעניש עבריינים; אך אם המלך עצמו יטיל עונשים, סופו שיביא על עצמו תרעומת שעלולה, בתורה, להחליש את סמכותו. על־כן, שליט נבון ישמור בידיו את הסמכות ליתן חנינות והטבות (rewards), ובה בעת יאצול לפקידים בעלי עצמאות של ממש את המשימה לחייב בדיון ולהטיל קנסות."<sup>104</sup> אני מבקש להשתמש בטיעון זה על־מנת להעלות את ההשערה כי מניע דומה עמד ביסוד הקמתו של בג"צ. במילים אחרות, בג"צ נועד לשמש זירה – ניטרלית לכאורה – שניתן להפנות אליה לפחות סכסוכים מסוימים לשם מציאת "פתרון", כך שבמקרים אלה ההכרעה השלטונית לא תיוחס עוד לממשלה (הבריטית) בארץ, אלא לבית־המשפט. ברור כי תנאי הכרחי (אך לא מספיק) לכך ש"ההסתחה" תצלח הוא שניטרליות הרשות השופטת תיראה אמינה בעיני תושבי הארץ. דא עקא, לא זה היה המצב בארץ.

יש להתעכב קמעה על נקודה זו. הנה לפנינו שלטון קולוניאליסטי חדש, המציג את מחויבותו לעקרונות משפט "מתקדמים" ומצהיר על כוונתו לקדם מדיניות שרוב בני הארץ אינו מסכים לה. מהבחינה המדינית לא היה ספק בדבר: הנציב העליון, ראש הרשות המבצעת, היה מחויב למדיניות של הצהרת בלפור והמועצה המחוקקת היתה אמורה לפעול, בסופו של דבר, על־פי הנחיותיו. בבתי־המשפט היה המצב מורכב יותר: הגם שנשמרה שליטה בריטית גם בפעולתם, על פני השטח חוייבו בתי־המשפט בניטרליות

השלטון הבריטי כלפי הציבור היהודי (על־פי תפיסתו של זה) (שם, בע' 790). אם כך, המסר הנובע מדברי אגרט הוא: אם השלטון הור והעוזר יום את הקמתו של מוסד הדואג, בלשונו, "להמחשתן" של "זכויות שמקורן בחופש הפרט", קל וחומר שעל שלטון ישראלי ריבוני לשמור על מעמדו.

S. Holmes *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy* 104 (Chicago & London, 1995) 118. תוצאתה של המלצה זו, בתמצית, טוב על־פי ניתוחו של הומס, היא: "The separation of powers, according to this analysis, allows the ruler to deflect resentment and duck responsibility" (*id.*)

גמורה. מנקודת־המבט הבריטית, גם בדיונים שנוהלו לפני שופטים בריטיים נשמר המשולש הבסיסי המייצג פרדיגמטית את מהלך הדברים בבתי־המשפט בעולם המערבי: שופט ושני מתדיינים ניצים. כידוע, דימוי מרתבי זה אינו פשוט כלל ועיקר, בשום מקום ובשום זמן, קל וחומר בשלטון קולוניאלי, ועוד יותר מכך בסכסוך מנהלי שבו איש הממשל הור עצמו, שפרקליטות המדינה מייצגת אותו,<sup>105</sup> הינו אחד הניצים.

למען האמת, היומרה לשיפוט בטול פניות הינה סוגיה עדינה בכל סיטואציה שיפוטית, בוודאי לפני שופט זר.<sup>106</sup> אך טוב, כאשר מדובר במעשי מנהל בריטיים שהובאו לפני בית־משפט הנמצא בשליטה בריטית היה קל במיוחד להעלות את הטענה שבמקום משולש בן שלוש צלעות התקיים חבל בן שני קצוות, הן לפני שבית־המשפט פסק את פסוקו ובעיקר לאחר שעשה כן.<sup>107</sup> האם טענה זו, שהעלתה על פני השטח הטיה מכנית שהיתה נטועה עמוק בלב המערכת האחת שהווייבה בניטרליות (גם מהבחינה המדינית) ושהנכיתה אותה טוב ושוב, לא היתה עלולה לפגוע בלגיטימציה של מערכת המשפט כולה? יש להדגיש, כי אף־על־פי שבאופן טבעי נעשה ניסיון להתמודד עם בעיית הלגיטימציה בפעולתה של מערכת המשפט – מינוי שופטים וגושאי־משרה מקומיים נוספים היווה בוודאי אמצעי אחד לכך<sup>108</sup> – לא נעשה ניסיון של ממש, לפחות לא מצידם של השופטים הבריטיים, להסתיר את השליטה הבריטית במהלכי בג"צ. עדות מוחשית לכך ניתנה מיד בהיכנסם של המתדיינים לאולם המשפט: בראש ההרכב עמד תמיד שופט בריטי, שישב

105 "בעוד שבסגל השיפוטית היה ייצוג מקומי בכיר לא היה בפרקליטות המדינה ייצוג מקומי דומה. תפקידי פרקליט המדינה ויועצי הכתר היו שמורים לבריטים. עורכי דין מקומיים שימשו כ'עורכי דין ממשלתיים', תפקיד בדרגה נמוכה מדרגת יועץ כתר (Crown Counsel)". ראובני, לעיל הערה 19, בע' 133; בהערות־שוליים 34 הוא מוסיף: "במקביל הוגבל תפקידו של הפרקליט המקומי למשפטים אורחיים בעלי הסיבות [צ"ל: חשיבות] משנית."

106 ראו א' לחובסקי "תדמיות קולוניאליות ומשפט אנגלי בבית המשפט העליון של ארץ ישראל המנדטורית" זמנים 56 (1996) 87.

107 M. Shapiro *Courts: A Contemporary and Political Analysis* (Chicago & London, 1981) ch. 1; T. Eckhoff "The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict-resolution" 10 *Acta Sociologica* (1967) 148, 163

108 גם מעורבות הציבור בהליכי החקיקה תרמה לכך, כמו גם האפשרות למנות assessors לכהן בבתי־המשפט (ראו סעיף 19 לפקודת בתי־המשפט, 1924). יש להבהיר עם זאת כי היו סיבות נוספות למינוי שופטים מקומיים שהכירו היטב את אורחות הארץ ומנהגיה ואת השפות המקומיות, וחלקם היו בקיאים במשפט העות'מני הסבוך, שהיה סרה אינוקונגניטה לגבי חלק מהשופטים הבריטיים: ראובני, לעיל הערה 19, פרק יב; ג"מ, ארכיון אדווין סמואל, חטיבה 103, מיכל פ/661, תיק 8 (פרק 17, בע' 3). עם זאת יש לציין כאן כי נראה שהיקרפט, למשל, הגיע לארץ כשהמשפט העות'מני מוכר לו היטב הודות לשירותו בקפריסין קודם־לכן, כפי שמעידה, לדוגמה, רשימתו הנושאת את הכותרת: T.W. Haycraft "Ottoman Land Law in Cyprus" 24 *L. Q. Rev.* (1908) 279

במרכזה של בימת השופטים, והשופטים הבריטיים לבדם עטו גלימה וחבשו פאה נוצרית, שהעידה כאלף עדים לא רק על מקורו הנוכרי של חובשה, אלא גם על מעמדו הבכיר.<sup>109</sup> אף ביחס למתדיינים שהחליטו בכליזאת להירשם להליך שהציעה מערכת המשפט המקומית ניתן להעריך כי דיון בגיצי היה עלול להחריף את המתח ביניהם במקום להביא לידי הרגעת הרוחות, זאת לא רק בגין הפרסום הגלוי לו פעמים רבות, אלא אף בשל אופיו של הדיון השיפוטי. הסיבות לכך ברורות: דיון שיפוטי ממחיש את המחלוקת בין בעלי-הדין ומאריכה לעיתים, ופעמים רבות אין בכוחו של בית-המשפט לפתור את הסכסוך הנידון, שכן אין בהכרעתו, שהינה דיכוטומית לרוב, כדי להציע פתרון "גמיש" המקובל על שני הצדדים.<sup>110</sup> לכך תוסף העובדה שבדיון שיפוטי אינו יאה לעיתים לבחינת סוגיות סבוכות, רבות-פנים, העשויות לעלות בתחום המשפט הציבורי. שהרי כל דיון משפטי מביט על הסיטואציה המובאת לפניו במשקפי הקטיגוריות והדוקטרינות המשפטיות הרלוונטיות, ובצורה זו מספר את הסיפור העולה ממנה ואגב כך מקבע אותה – זה חוזקו וזו גם חולשתו.<sup>111</sup> המדובר, למעשה, במהלך של תרגום, שבו מתקיים לעולם החשש

שמשמעותם המדויקת של הדברים, על דקויותיהם, תאבד. החשש גובר ככל שהסיפור מורכב יותר, כמובן. יש להבהיר שאין מובלעת כאן הטענה שדינה של הרשות המנהלית הינו, בהגדרה, מורכב יותר בשל היותו משוקע בשאלות של ממשל. הטענה כאן הינה פשוטה בתכלית: מנקודת-מבטו של השלטון (הקולוניאלי), ניתן לצפות שסכסוכים רחבי היקף, שהיה סביר למצוא אותם בעיקר בתחום המשפט הציבורי, יעוררו רגישות ציבורית מיוחדת שהיה רצון לנטרלה במלוא הרגישות, ללא פעולות תרגום רבות מדי.

מעבר לכך, העברתו של הסכסוך לידיו של בית-משפט כרוכה בוותור, מנקודת-המבט של הממשל, על עוצמה שלטונית, שכן "הכניסה למשפט, שהינה, המרתו של סכסוך לא-משפטי למשפטי, 'משטיחה' במידה רבה את פערי ההון הקיימים בין הצדדים לסכסוך מחוץ למשפט".<sup>112</sup> יוצא מדיון בבית-משפט אינו בהכרח הבחירה הנכונה ביותר לטיפול ולנטרול סכסוכים ציבוריים בארץ מריבה. זו הסיבה לכך שנדרשנו כאן למאפייניו הכלליים של הדיון השיפוטי. מאפיינים אלה הם ממין העניין בעת הדיון בסיטואציה ייחודית, שבה נתון בידי נסחי החוק הכוח לצקת כרצונם מוסדות שיפוט (תחת מגבלות כלליות ביותר), תוך התבססות על תבונתם ונסיונם ממקומות שונים, שכפי שנראה מייד, נטעו בלב הבריטים דווקא את נטיית הלב לא להכביר שינויים בימי בראשית.

ומה בדבר מחויבותה הבינלאומית של בריטניה שגולמה בכתב המנדט? יש להניח כי בהתחשב במצבה של הארץ בתקופה השלטון העות'מני, היו בני הארץ שראו בעין יפה את בוא הבריטים אליה מוצאים ברכה רבה באותה מסגרת שיפוטית שקבעו המנדט ודבר-המלך אף אם לא היה בגיצי מוקם. יובהר שוב: עובר לכניסתם של הבריטים לארץ, היו רוב בתי-המשפט – על-פי תחושת הבריטים, לכל הפחות – מושחתים, ככל יתר זרועות השלטון, וזכויות אדם לא נשמרו. יש להדגיש היטב כי באופן כללי, מצבה של ארץ-ישראל היה קטסטרופלי. הארץ, רצוצה ותשושה ממאורעות המלחמה, היתה מוזנחת ומפגרת מהבחינה הכלכלית, ומצבם של מבני בתי-המשפט לא היה שונה כלל. בנוספי מספק דיווח כה עגום על מצבם הפיזי של בתי-המשפט בומן הכיבוש הבריטי, עד שלדבריו קשה לתאר מראה מרופט יותר, מראה הולם פחות את הדר המשפט.<sup>113</sup> בכל אלה הביא עמו השלטון הבריטי יומרה חדשה ואף פעל בהתאם לה. לאור מצב הארץ בתקופה העות'מנית, היה ניתן לעשות הרבה פחות, במיוחד בשנים הראשונות לשלטון הבריטי בארץ, ועדיין לזכות בשבחים רבים.

109 סימני ההבחנה הללו בין השופטים הלכו ונעלמו במהלך שנות המנדט, וחלקם בוטלו ממש בערב ימי המנדט: פרומקין, לעיל הערה 26, בעיקר פרקים 7, 14; לחובסקי, לעיל הערה 106; פ' דייקן "שופטים בריטיים וארצישראליים" הפרקליט ג (1944) 164 (יש לשים-לב לשנת פרסומה של רשימה זו, שבה הכותב מעלה עדיין טענות בדבר "הפליה בין שופטים בריטיים לארצישראליים"). מעניין כי בומן כהונתו של סמואל בארץ לא חבשו השופטים הבריטיים – לאכובתם, מספר בנוספי – פאה; סמואל נימק את עמדתו בעניין באקלים הארץ, מציינים הלן ונורמן בנוספי, ומוסיפים כי עם עזיבתו של סמואל, הורה הייקרפט על השבת העטרות ליושן (H. & N. Bentwich *Memories*), (*supra* note 9, at p. 203).

110 R. Cotterrell *The Sociology of Law: An Introduction* (London, 2nd ed., 1992) ch. 7. למותר לציין כי המשפט המנהלי במדינת-ישראל כולל כיום, זה זמן רב יחסית, סעדים מפותחים במיוחד (למשל, עילת המידתיות) שיש בידם לתת מענה שיפוטי עדין הרבה יותר מכפי שהיו הדברים בעבר: ראו, לדוגמה, בגיצי 5510/92 תורקמאן נ' שר הבטחון, פ"ד מח(1) 217. ועדיין יש המציינים את נטייתו של הדיון השיפוטי לשאת פניו אחורה (הוא נוחן מי הפר את החובה, אילו זכויות נשללו), אך למען פתרון הסכסוך, או לפחות לשם התקדמות לקראתו, נדרש לעיתים לעסוק לאורך זמן גם בעתידו באופן יצירתי: Eckhoff, *supra* note 107, at p. 161; Aubert, *supra* note 98, at p. 287.

111 ר' שמיר "הפוליטיקה של הסבירות" תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7; G. Teubner "Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg" 18 *Law & Society Review* (1984) 291; T. Eckhoff "Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence" 9 *Scandinavian Studies in Law* (1965) 12, 33. הסיפור העובדתי המובא בפסק-הדין ועל הבנייתו, באופן המוביל למסקנתו המשפטית של השופט שכתב אותו והמשקף את ראיית-העולם שלו, ראו ל' בילסקי וא' רובין "העסק של רוטשטיין": נחום גוטמן, מיתולוגיה מקומית ונסיון האונס הראשון

בתל-אביב" עיוני משפט כו (תשס"ג) 391, 418–426; י' ארידור בר-אילן "עובדות שנויות במחלוקת" עיוני משפט כד (תש"ס) 131 וכן מ' מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים 1 (תשנ"ט) 11.

112 מאוטנר, לעיל הערה 1, בע' 456. אמירה זו מתבססת על כתיבתו של פייר בורדייה (Bourdieu), המתכוון לסוגים שונים של הון בהקשר זה, ובעיקר להון כלכלי, תרבותי וחברתי. ראו: P. Bourdieu "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical" 38 *Hastings L. J.* (1987) 805, 831–832.

113 Bentwich *England in Palestine*, *supra* note 7, at p. 280. על מצבה הכלכלי של הארץ במהלך המלחמה ובסופה ראו שגב, לעיל הערה 12, בע' 19–26, 54–56; הסיס-רוץ, לעיל הערה 13; ביגר, לעיל הערה 9, בע' 1–11, 62–65.

אכן, לא רק העיתוי מעורר סימני-שאלה, אלא גם עומק השינוי וקצבו. מהבחינה הקונספטואלית, בעיקר בהשוואה לפני הדברים בתקופה העות'מנית, ערכאה כנג'צ' מהווה לא פחות ממהפכה.<sup>116</sup> נראה שהליכה כזו, בקפיצות, לא הלמה את מזגו של איש הממשל הבריטי גם לאחר כינונו של ממשל אזרחי בארץ. ביגר קובע שהיתה לבריטים "תפיסת עולם על דרך גיהול המזרח", והוא מוסיף כי בינואר 1921 "הצהיר הנציב [סמואל], כי 'כשממשלה חדשה נוסדת בארץ, תהיה זו טעות לעשות שינויים רבים מדי'". על-פי ביגר: "לארץ-ישראל היתה מערכת חוקים עות'מאניים, שלדעת רבים היתה מערכת טובה, וכי רק הדרך שבה הפעילו אותה היתה גרועה, ולדידם, יש לערוך בה רק תיקונים מעטים ולהמשיך לשלוט כמו בעבר."<sup>117</sup>

לסיכום האמור במאמר עד לנקודה זו יש לומר זאת: עד כה נחנו מספר רב של גורמים שחלקם (כך יתברר בהמשך) תמכו בקבלת הרעיון להקים בג'צ' בארץ (ולקבוע אותו בבית-המשפט העליון) לאחר העלאתו. אך טרם מצאנו הסבר לרגע הבראשית, דהיינו, טרם איתרנו גורם (או קבוצה של גורמים) שמנקודת-מבטו היה היגיון מוצק בהצגת היוזמה להקים ערכאה כנג'צ' בבית-המשפט העליון של ארץ-ישראל (במועד שבו נעשה הדבר), ועוד לא הפנינו אצבע לעברו של מי שעשה כן. הפרק הבא הוא שיחשוף את סיפור לידתם של סימן 43 לדבר-המלך וסעיף 6 לפקודת בתי-המשפט, 1924, שמכוחם הוקם בג'צ'. אם כך, עד עכשיו הוצגו השאלות, ועתה הגיעה העת לנסות להשיב עליהן.

## ג. בין לונדון לירושלים: לקראת סימן 43 לדבר-המלך

מה הוביל לקבלתו של סימן 43 לדבר-המלך? בפרק זה יוצג "סיפור מעשה" הנחשף על-ידי מקורות ראשוניים, שעיקריהם יידונו כעת.<sup>118</sup>

"כנוגע לסמכות בית המשפט הגבוה לצדק - מה שאין כן ביחס לסמכות בתי המשפט האחרים - אין למצוא בדבר-המלך במועצה כל היתר למחוקק המקומי (המדובר הוא בתקופת המנדט) לשנות או להרחיב סמכות זו באמצעות פקודות שתוחקנה על ידו". השופט אולשן בעניין דבר, לעיל הערה 82, בע' 1033.

<sup>116</sup> במאמר שפרסם בנטוויץ', בשנת 1926, בכתב-עת משפטי של האגודה למשפט השוואתי, הוא קובע שהקמת בג'צ' מהווה "perhaps the most striking change in the judicial arrangements, apart from the change of personnel... Nothing could mark more emphatically the break from Ottoman tradition." N. Bentwich "The Legislation of Palestine, 1918-1925" 8 *Journal of Comparative Legislation and International Law* (1926) 9, 14. כן ראו מלחי, לעיל הערה 23, בע' 111-112, 166, ולעיל טקסט להערות 34 עד 39.

<sup>117</sup> ביגר, לעיל הערה 9, בע' 55. למעשה, האופן שבו התפתחו הדברים במהלך הדרך בתחום החקיקה מעמיד בספק את דבקות ממשלו של סמואל באמת-המידה המוצגת, שהרי עד לסוף שנת 1925 נחקקו מאה וחמישים חוקים חדשים - Bentwich, *ibid*, at p. 10.

<sup>118</sup> הערת-אחרת: בעת ליקוטם של המסמכים - וחלקם מסמכים בני יותר משמונים -

יתר על-כך, כאמור לעיל (בפרק ד), גם ללא בג'צ' היו בידי בני הארץ כמה ערוצים שדרכם יכלו לשטוח את עתירותיהם לפני השלטונות ולפני גורמים אחרים. נתון זה לבדו מלמד שאין ללכת שבי אחר ההסבר כי בג'צ' הוקם משום שהבריטים ביקשו להראות להברי-הלאומים עד כמה המשטר שהוקם על ידיהם בארץ מתקדם.<sup>114</sup>

לבסוף, תזה אפשרית אחרת היא שדבקותו של סמואל (כמו גם של רבים אחרים) בהבטחה הכלולה בכתב המנדט גברה על כל יתר הגורמים, והיא שהביאה לבדה לידי כינונו של מוסד זה, כחלק מנסיונותיו להנחיל מוסדות משטר מתוקנים שבני הארץ יוכלו להיבנות מהם. אולם, ראשית, בחינת המקורות הראשוניים תראה שבכל הקשור להקמתה של מערכת השיפוט בארץ, לא גילה סמואל יוזמה רבה, אלא הלך בעקבות אחרים. שנית, אף אם אלה היו פני הדברים, עדיין עולה השאלה: על שום מה החיפזון? ההשוואה בין שני חלקי סימן 43 לדבר-המלך מלמדת על אופציה אחרת שעמדה לפני נסחי החוק: היה ניתן לקבוע הוראה כללית רחבה, כמו זו שנקבעה בחלקו הראשון של סימן 43 ביחס לבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים, וכך, כעבור זמן ואולי אף באופן הדרגתי, היה ניתן להסמיך את בית-המשפט העליון ליהפך ל"בג'צ'" על דרך של פקודה רגילה (או שורה של פקודות, שכל אחת מהן מוסיפה עוד נתח סמכות).<sup>115</sup>

<sup>114</sup> עדות לדבר ניתן למצוא גם בדו"ח שהגישו הבריטים לוועדת המנדטים של חברה-הלאומים המתייחס לשנת 1924 (*Report by His Britannic Majesty's Government of the Administration under Mandate of Palestine and Transjordan for the Year 1924* (Geneva, 1925) at p. 13 (emphasis supplied)) שבו נכתב כך:

"The Ordinances to implement the provisions of the Palestine Order in Council with regard to the judiciary were brought into effect during the year; ...

2. The Courts Ordinance established the following tribunals:

- (i) The existing Magistrate, District and Land Courts. ...
- (ii) In place of the Court of Appeal, a Supreme Court sitting as a Court of Appeal with jurisdiction unchanged and as the *High Court with original jurisdiction* in two matters hitherto regulated administratively: applications in the nature of habeas corpus and orders in the nature of mandamus directed to public officers, etc. Less than twenty applications were made to the newly created High Court, mostly raising questions of execution of judgments. *The Court is thus likely to relieve Presidents of District Courts in the discharge of their duties as Chief Execution Officers.*
- (iii) A Court of Criminal Assize...
- (iv) A special tribunal to deal with the conflicts of jurisdiction between a Civil and Religious Court..."

עינינו הרואות: מוצג לפנינו דיווח מינורי למדי. דומה שהבריטים ביקשו להצניע כאן את בג'צ' ולהציגו כעניין פנים-שיפוטי.

<sup>115</sup> גיסוח חלקו השני של סימן 43 הינו בהחלט יוצא-דופן בנושואו בקרב שאר הסימנים:

כאן עלינו לשוב פעם נוספת לאחור. בתקופת השלטון הצבאי נעשו, כפי שראינו, כמה צעדים מכריעים לכינונה מחדש של מערכת המשפט בארץ על-פי קניימדה רציונליים, בהתאם להשקפה הבריטית, עד כמה שסברו השלטונות שיאה לעשות תחת משטר צבאי. ברשימה שכתב בנטוויץ' (אז זקן הקצינים המשפטיים) עוד לפני הקמת השלטון האזרחי<sup>119</sup> מוצגים רעיונותיו המרכזיים בשאלת דמותה של מערכת המשפט לאחר כינונו של השלטון האזרחי.

באופן כללי, מצהיר בנטוויץ', יש לשמור על מבנה המערכת כפי שכוונה עד כה. אין זה מפתיע על-כן שאין בין הצעותיו המפורטות התייחסות לאפשרות, או לצורך, של הקמת ערכאה דומה לבג"צ. במסמך זה בנטוויץ' מציג את חששו מפני רמתם המוסרית של השופטים המקומיים בעת ההיא, כה סמוך לסופו של השלטון העות'מני, שבו נהג, לדבריו, "שיפוט מושחת". הוא תווה אם ניתן להפקיד בידיהם את השיפוט בעברות פליליות, או שמא יש להותיר את הדבר לשיפוט על-ידי בריטים (דבר שיחייב מינויים של שופטים בריטיים רבים), או לקבוע ערעור על כל פסק-דין הקובע מאסר (זו דעתו).

בנטוויץ' מבקש לשמור על תוויה המרכזיים של מערכת בתי-המשפט כפי שנקבעו עד כה. באשר למחלקת המשפטים, בנטוויץ' ממליץ לפצלה לשתיים. הוא קובע כי הן עבודת הייעוץ למחלקות הממשל האזרחי, גם בענייני חקיקה, והן השליטה והפיקוח על המנהל של בתי-המשפט הינם מעבר לכוחו של אדם אחד. הוא מוסיף:

"אני ממליץ שעל נשיא בית-המשפט לערעורים, שייקרא זקן-השופטים, ליטול לידיו את השליטה על בתי-המשפט ועל פקידיהם, ושהוא ידון בעתירות נגד פסקי-דין או בעתירות לשינוי גוריידין. כמו זקן-השופטים בסודן, יהיה זקן-השופטים בעיקרו של דבר פקיד ממשל. בראש מערכת המשפט יעמוד מזכיר המשפטים, שיפעיל סמכות פיקוח כללית על כל בתי-המשפט, 'רגילים' (Civil) ודתיים, ועל לשכות מרשם המקרקעין,...."

כמו-כן, בנטוויץ' ממליץ להטיל על מזכיר המשפטים, שלצידו יעמוד "פרקליט ראשי" (Advocate-General), את הפיקוח על חקיקת הממשל ואת האחריות למתן מענה לשאלות

מתגנב לעיתים החשש שמא נעלם מהעין מסמך רלוונטי בסוגיה. חשש זה נעשה ממשי כאשר מתברר שכמה חוליות בשרשרת ההתכתבות בין פקידי הממשל הבריטי בלונדון ובארץ אינם נבמצא (או שפשוט איי-אפשר לאתרם) בארכיונים בארץ ובאנגליה. למרות זאת, בהתבסס על שלל המסמכים שיוצגו להלן, ככל הנראה לראשונה, ניתן להציג כיוון מחשבה שעולה ממנו נרטיב קוהרנטי מוצק, שבכוחו לתרום לדיון דנן. בכך, כאמור, עוסק פרק זה.

119 המסמך נושא את הכותרת: "Proposals for the legal organization in Palestine": אצ"מ, אוסף בנטוויץ' (A255), תיק 695. אין זה ברור אם רשימה זו הוגשה למאן שהוא או מתי בדיוק נערכה (אך ברור שהיא זה בטרם הוחל הממשל האזרחי).

משפטיות שיעלה הממשל. בהמשך הדברים בנטוויץ' עומד על הצורך במינוי שני מפקחים, שיוצמדו למחלקת המשפטים, אחד מהם יפקח על בתי-משפט השלום והאחר על בתי-הדין המוסלמיים.

הגם שאין מדובר במסמך סדור, ניתן לומר כי על-פי המבנה המוצע תהא מערכת המשפט כולה כפופה לאיש העומד בראש מחלקת המשפטים. אפשר לשער שבנטוויץ', שהיה זקן הקצינים המשפטיים, קרי הקצין המשפטי הבכיר ביותר, החל בספטמבר 1918, ידע בעת כתיבת המסמך שהוא עצמו יאייש עמדה זו. חשובה במיוחד העובדה שזקן-השופטים, האחראי על-פי הדגם המוצג לפיקוח על בתי-המשפט האזרחיים - אם כי לא ניתן להבין בדיוק מהו היקפו של פיקוח זה - אמור להיות כפוף למי שיעמוד בראש המערכת המשפטית. הלא הוא מזכיר המשפטים. למרות כלליותו של המסמך, יסוד מרכזי, שניתן לחלץ הימנו בבירור, הוא השאיפה להותיר את השליטה האפקטיבית במערכת המשפט בידיהם של הבריטים, זאת לכל הפחות עד שתנאי הארץ ותושביה יאפשרו לנקוט עמדה אחרת. יוער שאי-האמון של בנטוויץ' בשופטים המקומיים יעלה עוד בהמשך במסמכים נוספים פרי-עטו.<sup>120</sup>

קעת אנו באים לשני מסמכים מרכזיים ביותר בסיפור המעשה. ניתן לכנותם "מסמכי היסוד". שני המסמכים מלמדים ששאלת יחסי הכוחות בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת, ובתוך כך סוגיית כוחם (היחסי) של בכיר השופטים ושל "שר המשפטים", אכן טרדה את מי ששקדו בארץ על מלאכת הניסוח של דבר-המלך. כוונת הדברים בעיקר למי שכהנו זה מכבר בשתי המשרות האמורות: הייקרפס ובנטוויץ'. עימותים מוסדיים כמו זה שלפנינו לובשים לבוש אדם, כך גם כאן. עוד יתגלה כי עימות זה, ובוה העיקר, היווה חלק בלתי-נפרד מהדיונים שהובילו להקמת בג"צ.

המסמך הראשון הינו מכתבו של בנטוויץ' להרברט סמואל, הנציב העליון, מיום 17.7.1921, כלומר לאחר הקמת השלטון האזרחי.<sup>121</sup> ממכתב זה עולה שבעת כתיבתו החלו (לפחות בארץ) לבחון סוגיות מרכזיות הקשורות למערכת המשפט, אך טרם עוצב מסמך מגובש בעניין זה. זו נקודת-הזמן שבה אנו מצטרפים לסיפור המעשה של ניסוח דבר-המלך.

בפתח המכתב בנטוויץ' מתייחס לתכונות קודמת בין שלושת קודקודי המשולש: סמואל, הייקרפס ובנטוויץ'. נקודת-המוצא לדיונו של בנטוויץ' הינה המצב המשפטי ששרר בארץ לאחר פרסום המגזר מיום 24.6.18, שלפיו הופקד ניהולה של מערכת המשפט, למעשה, בידי מזכיר המשפטים (שבא, כזכור, בעליו של זקן הקצינים המשפטיים עם הקמת השלטון האזרחי). בנטוויץ' מקדם בברכה את הכוונה להפקיד את הסמכות לקביעת התקנות לבתי-המשפט האזרחיים בידי זקן-השופטים. הוא מוסיף כי בעוד

120 מסיבה זו, בשנת 1932 עדיין עמד בנטוויץ' על הצורך במינוי שופטים בריטיים לשופטי שלום על-מנת שיפקחו על שופטי השלום המקומיים: Bentwich *England in Palestine, supra note 7*, at p. 281. על גלגולי הפיקוח על שופטי השלום בארץ ראו ראובני, לעיל הערה 19, בע' 132-133.

121 ג"מ, ארכיון המזכירות הראשית, חטיבה 2, מיכל מ/8, תיק 224 (בע' 359-361).

ב־31.7.21<sup>124</sup> שלח הייקרפט לסמואל מכתב תגובה למכתבו של בנטוויץ<sup>124</sup> (שאותו העביר סמואל להייקרפט). במכתב זה הייקרפט משיב אחת לאחת על עמדותיו של בנטוויץ, ואלה עיקרי דבריו:

לעניין התקנת תקנות לבתי־המשפט השונים – מכיוון שמדובר בעיקר בכללים פרוצדורליים, יש להותיר את הסמכות בידי, בפיקוח הנציב העליון, גם לעניין בתי־ המשפט למקרקעין.

לעניין הפיקוח על בתי־משפט השלום – אכן, אומר הייקרפט, מקובל פיקוח מסוים עליהם על־ידי האקוויטיבה, ובלבד שמינוי והעברה של שופטים ייעשו בשמו של הנציב העליון, ושלא תהא מעורבות בהליכי משפט, או בהחלטות בתי־המשפט, שלא על דרך של ערעור. כמו־כן אין להייקרפט התנגדות לפיקוח על פקידי בתי־המשפט המחוזיים כל עוד יימסר על כך דיווח לנשיא בית־המשפט המחוזי.

בסוגיית מינויים של שופטים והעברתם ממקום למקום<sup>125</sup> הייקרפט אומר דברים נחרצים: "הנני סבור [שסמכות זו] מן הראוי שתופעל תמיד על־ידי הנציב העליון בצו שיוציא מתחת ידיו. יאה זה מנוגד לכבודם של השופטים להיות מועברים על־פי פקודה של בעל סמכות ביצועית אחר, והנני משוכנע שאמון הציבור ייפגע בשל כך.

ארחיק ואומר שאסור שתצא כל פקודה (order) ממוכיר המשפטים לשופט כלשהו. אני מבין שיש גוהג שלפיו עלה בידי פקידי ממשל להביא לידי המתקתם של פסקי־דין (to get sentences commuted) ולהתערב בהוצאתם לפועל של פסקי־דין, אולם לא היה סיפק בידי לאמת את המקרים שדווח לי עליהם. אם אכן כך הוא המצב, הרי שכל גוהג כזה צריך להתבטל. ...  
להצעה שמינויים של שופטים יהיה נתון בידי ועדה אני מתנגד באופן נחרץ."

בהמשך לדברים אלה הייקרפט מציע שנשיאי בתי־המשפט המחוזיים, שישמשו גם כסגני־נשיא זוטרים בבית־המשפט לערעורים, יישבו בפועל בבית־המשפט לערעורים, על־פי צו הנציב העליון שיינתן בהמלצת זקן־השופטים.

מלבד זאת הייקרפט ממליץ: על זקן־השופטים להיות חבר קבוע בבית־המשפט לפשעים חמורים. לדבריו, זה עיקרון אוניוורסלי בקולוניות הבריטיות, המבטיח "אחידות בפרוצדורה הפלילית"; אין להגביל את מספרם של השופטים היושבים בערעור כל עוד לא ישבו פחות משלושה שופטים בכל ערעור, ובלבד שבערעור על בית־המשפט המחוזי או על בית־המשפט לפשעים חמורים יישב לפחות שופט בריטי אחד.

שכללים ביחס לבתי־המשפט למקרקעין עלולים לערב שיקולים של מדיניות, ועל־כן יש לקבוע אותם תוך התייעצות עם הרשות המבצעת, אין הדבר כך ביחס לבתי־המשפט האזרחיים. בהמשך הדברים בנטוויץ מתייחס לסמכות המסורה בידי מוכיר המשפטים לערוך מינויים לכל בתי־המשפט ולפקח על בתי־המשפט הנמוכים ואף על פקידי בתי־ המשפט המחוזיים. סמכות פיקוח זו, הוא מציין, אינה כרוכה בשום התערבות בשיפוטם של בתי־המשפט המחוזיים, אלא אך בצדדיה המנהליים של עבודתם; סמכות זו ביחס לפקידי בתי־המשפט המחוזיים יש להותיר בידי מוכיר המשפטים, הוא ממליץ. עוד הוא כותב:

"יהיה זה נחוץ, חושבני, להותיר את הבקרה על בתי־משפט השלום לתקופה ניכרת, שכן אין, ולא יכולה להיות, בקרב ממלאי התפקידים הארצי־שארליים (the Palestinian officials) בדור הקרוב רמה מספקת של ידע וישרה, כך שיהיה זה רצוי להחיל את העיקרון הבריטי בדבר העצמאות המוחלטת של בתי־המשפט. אני מסיק משתיקתו של זקן־השופטים בעניין עצמאותם של בתי־משפט השלום מפיקוח (control) שאין הוא מבקש את הסרת פיקוחו של המוכיר המשפטי מעליהם."

ביחס למינוי שופטים בנטוויץ מציע שם כך: את הסמכות למינוי השופטים לבתי־ המשפט הנמוכים יש להותיר בידי מוכיר המשפטים; המינויים לבתי־המשפט הגבוהים יותר ייעשו על־ידי ועדה שבה יהיו חברים הן מוכיר המשפטים והן זקן־השופטים. ועוד אומר בנטוויץ:

"תנאייה המיוחדים של הארץ עושים זאת לנחוץ להעביר זמן לזמן אפילו את השופטים הבכירים למשימות מיוחדות, למשל לבית־המשפט המיוחד, כמו זה שהיה צורך להקימו בעקבות פרוצדור יפו [הכוונה לפרעות שאירעו בשנת 1921]. אני מציע על־כן שמוכיר המשפטים ישמור בידי את הסמכות להעברת שופטים; דרישה שכל הסדר ממין זה ייעשה דרך זקן־השופטים עלולה לגרור עיכוב מיותר."

בטרם אעבור למכתב התגובה של הייקרפט, שזה אך מונה לתפקיד זקן־השופטים בארץ, אציין מברק שנשלח לסמואל ממושרד המושבות ב־26.7.21<sup>122</sup> ובו נאמר כי הוחלט על עריכת ועידה במושרד המושבות בלונדון, באמצע חודש אוגוסט, שתעסק בחוקותיהן של מסופוטמיה (עירק) ושל ארץ־ישראל ובעציות משפטיות המשותפות לשתי המדינות הללו (הקפיטולציות, אזרחות, וכדומה), בהשתתפות היועצים המשפטיים שלהן. בסופה של הוועידה תוצג טיוטה לשיקולו של סמואל, נאמר לו במברק, שבו הוא מתבקש לצייד את בנטוויץ בטיוטה שגובשה עד אז בארץ. ניתן להעריך שזימונה של ועידה כזו לימד את צמרת הממשל בארץ כי זה שלב קריטי בשלבי ניסוחה של חוקת הארץ, היא דבר־המלך.<sup>123</sup> במברק עצמו מועלית האפשרות שבחודש ספטמבר – אנו מצויים עדיין כזכור במהלכה של שנת 1921, כשנה לפני שהתקבל דבר־המלך – כבר תובא שאלת המנדט על הארץ לפני חבר־הלאומים.

122 אצ"מ, אוסף בנטוויץ (A255), תיק 832.

123 ראו לעיל הערה 115.

124 ג"מ, ארכיון המזכירות הראשית, חטיבה 2, מיכל מ/8, תיק 224 (בע' 367-369).

125 לעניין העברת שופטים ראו ש' שטרית "חיווק הרשות השופטת", לעיל הערה 48, בע' 182-183.

בסופו של המכתב הייקרפט מוסיף פסקה הטומנת בחובה המלצה הרת-גורל בהקשרנו.  
הוא כותב:

"...there should be a Court which might be called the Supreme Court, consisting of the Chief Justice and one Vice-President to hear motions, such as motions of the nature of Habeas Corpus – and orders necessary to prevent excess or failure of jurisdiction, and of the nature of injunction to prevent interference with the course of justice."

מסמך זה הוא מסמך מרעיש, שכן למיטב ידיעתי, וכך עולה גם מנוסח הדברים, זה המקום הראשון שבו הועלתה ההצעה להקים בארץ ערכאה דוגמת בג"צ כערכאה נפרדת מבית-המשפט לערעורים. להקשר שבו נכתבו הדברים, כתגובה ישירה ומפורשת על מכתבו של בנטוויץ', יש ליתן משקל כאשר אנו באים לפרש את הכתוב כאן. כדי להסיר ספק בעניין, יש לשוב להערה המופיעה במרכזו של המכתב בדבר התערבותם של פקידים בהוצאתם לפועל של פסקי-דין, שאף כי אין זה ברור מהו שורשה העובדתית של טענה זו, ברור לחלוטין מהו מקומה במלאכת בנייתו של המכתב. הייקרפט הוטרד, כך עולה מהמכתב, מהאפשרות שפסקיהם של בתי-המשפט יישארו כאבן שאין לה הופכין בידיהם של פקידים הנוצאים לפועל. מסמך זה מעלה את הסברה שהרצון להקים חומות מגן סביב הרשות השופטת מילא תפקיד מרכזי במסכת שיקוליו של הייקרפט, גם אם הדרך שבה התגלגלו הדברים ואף אם מה שנוסף להצעה גולמית זו בהמשך אינם מצביעים על כך בצורה כה ישירה.

לאחר מכתבו של הייקרפט נעשה הדיון ממוקד יותר. עתה, משהונחה מפורשות על השולחן, עלינו להתחקות אחר גלגוליה של הצעתו בתכתובות ובטיוטות שהועברו מיד ליד. כן יש לבחון, אגב כך, אילו פיתוחים ניסוחיים קיבלה הצעתו העוברית, שנבחנה, כך יתגלה מיד, באותה עת שנערך בלונדון דיון ער שעניינו היה חלוקת התפקידים בצמרת של מערכת המשפט בארץ.

בנטוויץ' זומן ללונדון, כזכור, לדיון משפטי בחוקת ארץ-ישראל, וסמואל התבקש לצייד אותו בטיוטה שגובשה עד אז בארץ. במסמך ששלח רוברט דרייטון (Drayton), עוזרו של בנטוויץ', למזכיר הראשי בארץ, דידס (Deedes), ולזקן-השופטים, ביום 14.8.1921 הועברה לעיונם הטיוטה שעמה נסע בנטוויץ' ללונדון.<sup>126</sup> למען הסר ספק, אין בטיוטה זו זכר לבג"צ.<sup>127</sup>

למרבה ההפתעה, בפרוטוקול הישיבה שבה דנה הוועידה בלונדון במערכת המשפט בארץ<sup>128</sup> לא נזכר הנושא כלל. כמו-כן אין בו רמז לאפשרות של הקמת בג"צ

p. 140 ff. ייתכן שהיתה ישיבה נוספת שעסקה במערכת המשפט בארץ-ישראל, שהפרוטוקול שלה אינו בנמצא, אך בפרוטוקול הקיים אין רמז לכך. למען הסר ספק, התקיימו ישיבות נוספות של הוועידה, אך הן דנו בעניינים אחרים (למשל, סמכות הגירוש של הנציב העליון). ראו: PRO CO 733/14, at p. 168 ff. יוער כי בפרוטוקול הישיבה שנערכה ב-12.8.21 (PRO CO 733/14, at p. 171) מצוין כי בנטוויץ' אמר כך ביחס לטיוטת דבר-המלך שהביא עמו ללונדון: "the text of the draft was to a large extent based on the similar draft for Tanganyika". אכן, יש בידינו ראיה נוספת המלמדת על האפשרות הסבירה שבדבר-המלך על סנגניקה משנת 1920 השפיע ישירות על נוסחו של דבר-המלך על ארץ-ישראל. בגנון המדינה מצוי העתק דבר-המלך על סנגניקה, 1920, שעל גבו כתובות בכתב-יד הערות שכותבן היה סבור שיש להוסיפן למסמך על-מנת להתאימו לתנאי ארץ-ישראל (The Tanganyika Order in Council, 1920 – ג"מ, מיכל 755, תיק 12). יצוין עוד שמצוי בתיק זה גם העתק כתב-התוראות המלכותיות למושל סנגניקה, שגם עליו תיקונים בכתב-יד שמטרתם היתה להתאימו לממשל פלשתינה. דוגמות לכך הן תיקון תוארו של ראש השלטון בטריטוריה מ"מושל", ככינויו בסנגניקה, ל"נציב עליון" (כתובות בכתב-יד האותיות "H.C."), או הכנסת השם "Palestine" במקומות המתאימים. ואומנם, חלקים נרחבים מדבר-המלך על סנגניקה מופיעים, גם אם בשינויים מסוימים, במסמך המאוחר יותר, הוא דבר-המלך על ארץ-ישראל. אין זה המקום לערוך השוואה מדויקת בין כל התוראות של שני המסמכים; ניתן להסתפק בציון העובדה שרוב הסימנים העוסקים באקזקוטיבה הארץ-ישראלית (סימנים 4–16) דומים ביותר, חלקם זהים כמעט, להוראות דבר-המלך על סנגניקה, וגם הפרק השישי לדבר-המלך על פלשתינה ("Removal and Deportation") הינו זהה כמעט למקבילו. ההוראות העוסקות בחקיקה שונות בעיקרן, שכן בסנגניקה לא הוקמה מועצה מחוקקת בדבר-המלך שחל עליה. גם הפרק העוסק במשפט ובמערכת השיפוט אינו מגלה דמיון ניכר, אם כי ישנן הוראות קרובות (כדאי לציין כאן, למשל, את סימן 46, הן בחוק המהותי בארץ-ישראל, ואת סימן 48, הן באישור פסקי-דין מוות). באופן כללי, בכל הקשור למערכת בתי-המשפט, הדיון בדבר-המלך הארצישראלי הינו נרחב הרבה יותר: כזכור, המבנה של מערכת השיפוט, כולל בתי-הדין הדתיים, משורטט בו עצמו בצורה מפורשת בעוד שבדבר-המלך על סנגניקה אין כל דיון כזה בערכאות השיפוט ואף אין בו כל התייחסות לשיפוט בענייני מעמד אישי ולשיפוט זרים ואף לא לערעור למועצת-המלך. למעשה, הדיון בדבר-המלך על סנגניקה מתמצה בדיון קצר בסמכויותיו של "בית-המשפט הגבוה של סנגניקה" (His Majesty's High Court of Tanganyika), לצידו מוקם "סריבוטל מיוחד" (Special Tribunal) (שהוסמך לדון בעניינים אזרחיים שהתעוררו לפני קבלת דבר-המלך דנן), ומעבר לשני אלה מצויה שם רק הסמכה כללית להקים בתי-משפט נוספים. אם כך, בדבר-מלך זה לא הוקם מוסד כבג"צ בסנגניקה. עם זאת, בפקודת בתי-המשפט של הטריטוריה (The Courts Ordinance), שהתקבלה ב-1.1.20, מופיעה ההסמכה הגורפת הבאה: "The High Court shall exercise generally powers of supervision over all courts subordinate to itself and may at any time call for and inspect or direct the inspection of the records of such courts." *The*

126 ג"מ, ארכיון המזכירות הראשית, חטיבה 2, מיכל 8/מ, תיק 224 (בע' 333).

127 כאלה הם פני הדברים אף בשתי טיוטות נוספות, קצרות יותר, ייתכן מפרי-עטו של בנטוויץ': האחת מיום 29.7.21 (אוסף בנטוויץ' (A255), תיק 832) והאחרת מוקדמת ככל הנראה עוד יותר (שם).

128 פרוטוקול הישיבה, שהתקיימה ב-17.8.21, מונה אך שני עמודים: PRO CO 733/14, at

כאשר הגעתי לכאן לא עלה בי החשד ששוררים [בארץ] תנאים לא-נורמליים (abnormal), והיה עלי להעלות את הנושא כולו טרם בואי לארץ-ישראל. ...”

לקראת סוף המכתב הבהיר הייקרפט שאין בכוונתו להישאר בתפקידו בארץ אם לא יחול שינוי במצב. מעניין אפיונה של הקונפוגורציה המוסדית בארץ כ"לא-נורמלית". בטרם נפנה למכתב התגובה של ריזלי, ראוייה לציון תכתובת מקבילה קודמת. ב-7.4.21 כתב סמואל לשר המושבות:<sup>133</sup>

”יש לי הכבוד להודיעך שסר תומס הייקרפט, זקן-השופטים, שהגיע לארץ לפני זמן קצר, הביע לפני את דעתו שאין זה ראוי שזקן-השופטים יהיה נחות, לא בשכר ולא בטסטוס, לאף פקיד בממשל, למעט הנציב העליון. עלי לציין שקיומה כאן של משרת מזכיר המשפטים, שאינה קיימת במושבות הכתר (Crown Colonies), יש בה כדי להבדיל (differentiate) מקרה זה [ממקרים אחרים].”<sup>134</sup>

פקיד משרד המושבות שבחן את העניין והציע את הפתרון שיתקבל בסופו של דבר לעניין הסטטוס, הסכים שבנטוויץ' מסבך את המצב. אגב כך העיר, תוך שהוא מזכיר שעד ימי ראשיתו של השלטון האזרחי לא היתה ארץ-ישראל תחת פיקוחו של משרד המושבות (אלא בפיקוח משרד החוק):<sup>135</sup>

”אם, לו היתה ממשלת ארץ-ישראל מוקמת תחת חסותה של מחלקה זו, היה בא לעולם מינויו של מזכיר המשפטים, איני יודע (אני משער שלא).”

בארץ.<sup>129</sup> בהתאם לכך, טיוטת דבר-המלך שהפיקה הוועידה אינה מזכירה בג"צ, אלא רק בית-משפט לערעורים, אך נקבע בה שזקן-השופטים הוא שיקבע, באישור הנציב, את כללי סדר-הדין של בתי-המשפט (כך הוצע כבר בטייטה שהובאה מהארץ). במקביל, בפרובינציה, יחול עוד מעט שינוי במעמדו ובהיקף סמכויותיו של מזכיר המשפטים, שיכונה מעתה ”היועץ המשפטי לממשלה”.<sup>130</sup> נראה שלגיון ריזלי (Risley), היועץ המשפטי של משרד המושבות בין השנים 1911 ו-1931, היתה יד בדבר.

3. עלילת-משנה: ממוזכיר המשפטים ליועץ המשפטי לממשלה

”ועידת לונדון”, מתברר, לא כונסה על-מנת לדון רק בעניינים שנזכרו במברק הזימון שנשלח לסמואל ב-26.7.21 (ענייני קפיטולציות, למשל).<sup>131</sup> עיון בתיקים של משרד המושבות מגלה שעניין נוסף, שלא נזכר במברק, הוביל לזימון הוועידה. מתגלה שפקידים בכירים במשרד לא היו מרוצים זה זמן מקיומו של ”שר משפטים” לצידו של זקן-השופטים בארץ. עוד מתגלה שלאותו זמן-שופטים היה תפקיד בהותרת הסוגיה על סדר-היום. לפיכך, הכוונה היתה שב”ועידת לונדון” יימצא לעניין פתרון.

ב-5.7.21 (כחודש וחצי לפני כינוס הוועידה) כתב הייקרפט לריזלי מכתב חריף, שבו אמר:<sup>132</sup>

”פניתי בפנייה חרימשמעית לנציב העליון לשים קץ לשיטה (arrangement) הנוכחית, שלפיה מזכיר המשפטים טוען לסמכות פיקוח (control) כללית על בתי-המשפט - ולסמכות לקבוע תקנות בתי-משפט...”

15 *Laws of Tanganyika* (London, A. Russell ed., vol. I, 1929). פשיטא שאין בהסמכה זו כדי לאפשר פיקוח על פעילותם של פקידי ממשל שאינם עוסקים בשיטה. עם זאת, המדובר בטייטה מתקדמת ביותר לעומת הנוסח שהתקבל בסופו של דבר. לדוגמה, מופיע בה בית-המשפט לפשעים חמורים (PRO CO 733/14, at p. 142A ff.). יצוין עוד כי נושא שעלה במפורש בדיונים היה עניין האפשרות להגשת תביעה ”רגילה” נגד הממשלה בבתי-המשפט הרגילים (ibid, at p. 141). כפי שראינו, בתקופת השלטון הצבאי נאסר הדבר, אלא באישור המנהלתן הראשי (ראו לעיל הערה 41 והטקסט לה). עתה נבחן הנוסח שהובא מהארץ. הנוסח תוקן. הנוסח שנקבע יהיה נוסחו של סימן 50 לדבר-המלך.

130 ראו לעיל טקסט להערה 47.

131 ראו לעיל הערה 122.

132 PRO CO 733/17A, at p. 514. עיון במסמכים של משרד המושבות מגלה כי ריזלי מילא תפקיד מרכזי בפיקוח משרד המושבות על הנעשה בארץ. עליאף תפקידו הבכיר, כראש הצוות המשפטי של המשרד, מעורבותו לא התמצתה בקביעת עקרונות-על, אלא הגיעה לעיתים עד כדי ניסוחם של סעיפים בדברי חקיקה של ארץ-ישראל, שהיתה, כמובן, רק יחידה אחת מקרב אינספור יחידות האימפריה. ראו לדוגמה: PRO CO 733/35, at p. 33, שם ריזלי קובע את נוסחו של סימן 84 לדבר-המלך.

133 PRO CO 733/2, at p. 31

134 מלת הבהרה: ’עניין’ ’הסטטוס’ נוגע לדירוגו הפורמלי של זקן-השופטים ברשימת פקידי הממשל בארץ. כאשר הגיע הייקרפט לארץ, הוא דורג לאחר שלושת הפקידים הבכירים ביותר (המזכיר הראשי, מזכיר המשפטים והמזכיר הפיננסי). לעניין זה היתה משמעות סמלית בעיקר (כך נקבע - עניין הרה-גורל ממש - באיזה סדר ייכנסו הפקידים ונשותיהם לחדר בעת אירועים רשמיים). הייקרפט הרבה לפנות במקביל ישירות לפקידים במשרד המושבות בשני העניינים הנזכרים במכתב זה (אגב כך הוא גם דרש לקבוע את בכירותם היחסית, מבחינת הסטטוס, של שופטים מחוזיים, למשל): PRO CO 733/38, at p. 539 ff. לעניין הסטטוס נקבע לבסוף כי מבחינה פורמלית, ידורג זקן-השופטים מעל המזכירים, אך המזכירים המכהנים, ביניהם בנטוויץ', יזכו בעדיפות אישית (כלומר, הדירוג הפורמלי לא יחול עליהם) שממנה לא ייהנו מחליפיהם, שיוכפפו לדירוג הפורמלי: PRO CO 733/2, at pp. 33-34. הייקרפט טרח גם על עניינים נוספים הקשורים בשירותו בארץ. הוא פנה בבקשה שיעמוד לשירותו שרת (Cavass). בקשתו נדחתה: PRO CO 733/38, at p. 575 ff.

135 PRO CO 733/2, at p. 29. הפקיד היה ג'רארד קלוזון (Clauson). זה המקום להעיר שכך התנהלו הדברים בדרך-כלל במשרד המושבות. פניות מהמושבה נדדו בין הפקידים

לאור זאת אין זה מפתיע שריולי מצידו מגלה הבנה רבה לטרוניותיו של הייקרפט. אכן, הוא מסכים, בנטוויץ' והייקרפט אמורים למלא כרגע תפקידים חופפים, אך הוא מבקש ממנו להישאר בתפקידו לפחות עד שייפול דבר – כך מבשר ריולי להייקרפט לראשונה – בוועידת יועצים משפטיים שתכנס בלונדון ושתדון גם בעניין זה. ריולי אומר:<sup>136</sup>

“מכתבך... לא לגמרי הפתיע אותי היות שנודע לנו ממקורות שונים על קיומו של קושי מסוים בנוגע למשרת מזכיר המשפטים בארץ-ישראל. אני מסכים איתך שאי אפשר להגן על מצב שבו הוא או כל בעל סמכות ביצועית אחר יקבע תקנות דיון בבתי-המשפט (rules of courts) מעל לראשך כל עוד אתה זקן-השופטים... [הוועידה] תכריע בשאלה אם בכוונתנו לאמץ את השיטה הטורקית של שר משפטים או את השיטה הקולוניאלית המקובלת המוכרת לך ואשר מבטיחה את עצמאותה המוחלטת של הרשות השופטת.”

בנטוויץ' נשאר עוד זמן-מה בלונדון לאחר הוועידה. הוא נפגש עם ריולי ודן עמו בנוסח החוקה המתקמת. שהותו בלונדון הובילה לניסוחן של טיוטות נוספות, שאף בהן אין זכר לבג"צ.<sup>137</sup> פגישותיו עם ריולי הובילו לניסוחו של תזכיר מפורט שריולי מתייחס בו ל"מסמכי-היסוד", ובתוך כך למעמדו של בנטוויץ'.<sup>138</sup>

לפני שהוא פונה למכתבו של הייקרפט לסמואל מיום 31.7.21, ריולי מציג את חווננו ביחס לחלוקת הסמכויות בין מזכיר המשפטים לבין זקן-השופטים. הוא מציין שעניין זה עלה בשיחותיו עם בנטוויץ'. בתמצית, ריולי מאמץ את גישתו של הייקרפט, אך מרחיק לכת אף יותר. הוא ממליץ לבטל לחלוטין את משרת מזכיר המשפטים:

השונים במשרד, מהפקיד הזוטר לבכיר ממנו ולאחר-מכן בכיוון ההפוך, כך שכל פקיד מעיר את הערותיו בעניין העומד לדיון. ראו: Jeffries, *supra* note 62, at p. 124.  
<sup>136</sup> PRO CO 733/17A, at pp. 527–529. מכתב התשובה הינו מיום 29.7.21. ממכתב זה עולה בבירור שטיוטת דבר-המלך הראשונה והיחידה שתעלה לדיון בלונדון היא זו שיביא עמו בנטוויץ' לוועידה (ראו גם PRO CO 733/4 (מכתב של סמואל לצ'רצ'יל מיום 18.7.21)). משרד המושבות לא הכין טיוטה משלו, אלא אך הגיב לטיוטה שתובא מהארץ. לפחות ככל שהדברים אמורים בדבר-המלך ובפקודת בתי-המשפט, 1924, זו היתה בדרך-כלל הדנימיקה לכל אורך הדרך. עוד יוער כי בתזכיר שצורף לטיוטה של מברק היימון (לעיל הערה 122), שהועברה לשר המושבות לאישור, הוסבר שנוכחותו של בנטוויץ' נדרשת בוועידה בשל הצורך לבחון את שאלת היהסים בין מזכיר המשפטים לבין מערכת בתי-המשפט: PRO CO 733/17A, at pp. 515–516.  
<sup>137</sup> ראו: PRO CO 733/14, at p. 212 ff. ו-PRO CO 733/15, at p. 116 ff.  
<sup>138</sup> התזכיר מיום 15.9.21 נמצא ב-PRO CO 733/5, at pp. 158–159A, וכך גם מכתב לשר המושבות מ' 13.8.21 (ibid, at p. 161), שלו צירף דידס את "מסמכי-היסוד" (לעיל טקסט להערות 121 ו-124).

“דעתי היא שיש לבטל את משרת מזכיר המשפטים ככזו ולהופכה למשרת היועץ המשפטי לממשלה, ושהסמכויות שמזכיר המשפטים מבצע כיום יחולקו כדלקמן:

(א) סמכויות אקזקוטיביות

(1) ככל שהן נוגעות בעבודתם השיפוטית של בתי-המשפט, כגון קביעת מושבים, העברת שופטים וכו', לנציב העליון.

(2) ככל שהן נוגעות בביקורת (reviewing) החלטות של שופטי שלום שלא על דרך של צרעור או בעיסוק בתלונות על החלטות של בתי-דין דתיים, לנציב העליון, שיפעל בעצת היועץ המשפטי לממשלה, או לזקן-השופטים.

(3) ככל שהן נוגעות במנהל (office-administration) וכולי של בתי-המשפט הנמוכים, למזכיר הראשי, שיפעל בשם הנציב העליון ויחויב להיוועץ ביועץ המשפטי לממשלה.

(ב) סמכויות משפטיות

ניסוח פקודות, ייעוץ כללי וכל הפונקציות המקובלות של בכיר הפקידים המשפטיים (First Law Officer), [ליועץ המשפטי לממשלה].<sup>139</sup>

בהמשך התזכיר עולה גם עניינו של בית-המשפט העליון, ומסתבר שהייקרפט אינו מקבל את כל מבוקשו מידי ריולי. ביחס להמלצתו של הייקרפט להקים "Supreme Court", ריולי אומר בקצרה:

“לא הייתי ממליץ להקים 'בית-משפט עליון' למטרה כה מצומצמת. יהא זה אכן שימוש בשם מטעה (misnomer) ואני מסכים עם מר בנטוויץ' שסמכות שיפוט זו יכולה להיות מוענקת בפקודה לבית-המשפט לצרעורים.”

התבטאות זו נדירה. לעיתים רחוקות נמצאת עדות לכך שפקידי משרד המושבות העמיקו לבחון את ההצעה להקים בג"צ. ברור שאין דבריו של ריולי מגלים הרבה. ייתכן שההסבר לכך מצוי בעובדה שריולי לא נהנה מהיתרון המוענק לנו, שאנו יודעים לאן יובילו הדברים ומהו הפוטנציאל הטמון בהצעתו של הייקרפט. עצמו, כפי שנראה מייד, לא תרם – לפחות לא במכתביו לריולי – להבהרת הפוטנציאל. תזכירו של ריולי יועד לג'ון שקבורו (Shuckburgh), ראש מחלקת המזרח-התיכון במשרד המושבות, שהתייחס בתשובתו לריולי רק לעניין של מערך הכוחות במערכת המשפט בארץ. שקבורו כתב שבשיחותיו עם בנטוויץ' הסכים זה האחרון עם ביטול המשרה של מזכיר המשפטים.<sup>140</sup> תזכירו של ריולי נשלח לארץ באמצע חודש אוקטובר.

<sup>139</sup> התדיינות זן לבדה מלמדת שקשה לקבל את הגישה כי ב"שיטת המשטר המנדטורית... תפיסת אי-התלות של הרשות השופטת, המקובלת במערב, לא היתה חלק מהתרבות המשפטית". פ' להב "העו והמשרה: בית-המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 479, 480–481.

הקמת בג"צ בארץ. לפנינו, פשוטה כמשמעה, כוונת (האיש) המחוקק, יסודות בהצעתו של הייקרפט מצויים הן בדבר-המלך והן בסעיפים 2, 5 ו-6 לפקודת בתי-המשפט, 1924. חלקו השני של סימן 43 לדבר-המלך דומה לפסקה המרכזית בציטוט שהובא זה עתה. (כפי שראינו, אין בדבר-המלך פירוט של דוגמות לכוחו של בג"צ, שיופיעו רק בפקודה.) מעניינת כאן במיוחד ההשוואה לסעיף 6 לפקודה:<sup>142</sup>

"לביית-המשפט הגבוה לצדק יהא שיפוט-יחיד בעניינים דלקמן:

- א. בקשות (מסוג משפטי 'הביאס קורפוס') למתן צווים לשחרור אנשים העצורים במשמר שלא כחוק;
- ב. צווים הערוכים לפקידים ציבוריים או לגופים ציבוריים בנוגע למילוי חובותיהם הציבוריות והדורשים מאיתם לעשות מעשים ידועים או להימנע מלעשותם;
- ג. שאלות בדבר שינוי מקום המשפט במשפטים אורחיים הנידונים על-ידי בתי-המשפט לפשעים חמורים, בתי-המשפט המחוזיים ובתי-המשפט למקרקעין."

כפי שניתן לראות, סעיף זה כולל הוראות בדבר הביאס קורפוס ובנוגע לשינוי מקום המשפט (אך דובר בו גם בשינוי מקום השיפוט של בית-המשפט לפשעים חמורים ובית-המשפט לקרקעות), וכן נכללת בו הוראה, שאינה נכללת, לפחות לא במפורש, במסמך שלפנינו, בדבר הפיקוח הכללי על פקידים או גופים ציבוריים בנוגע למילוי חובותיהם הציבוריות.

142 תרגום זה מתבסס על התרגום המובא אצל זמיר "סמכותו של בג"צ", לעיל הערה 5, בע' 226-227. זה נוסחו האנגלי של הסעיף: "The High Court of Justice shall have exclusive jurisdiction in the following matters:- (1) Applications (in the nature of Habeas Corpus proceedings) for orders of release of persons unlawfully detained in custody; (2) Orders directed to public officers or public bodies in regard to the performance of their public duties and requiring them to do or refrain from doing certain acts; (3) Questions concerning change of venue of actions in the Court of Criminal Assize, District Courts and Land Courts" ראו אוסף דוכן, לעיל הערה 46, כך ראשון, בע' 199-205. יושלם כי בשנת 1940 התקבלה פקודת בתי-המשפט, 1940, שבה נהפך סעיף זה לסעיף 7 והוסף סעיף-קטן ד, שבו הוסמך בג"צ לדון גם בבקשות למתן צווים הערוכים לשופט שלום בנידון הנהלת כל חקירה מוקדמת הנערכת על פי הוראת הפרוצדורה הפלילית (שפיטה על פי כתב אשמה). (התרגום בזמיר, שם.) יש להבהיר כאן כי הפסיקה במדינת-ישראל היתה עקבית בגישתה שסימן 43 לדבר-המלך הוא דבר החקיקה הבכיר, ופקודות בתי-המשפט שאחריו כפופות לו. במיוחד חשוב להדגיש כי נובע מכך ש"סמכותו של בג"צ לפי סימן 43 רחבה יותר מזה המוקנית לו בסעיף 7 [לפקודת בתי-המשפט, 1940 - ומכאן שקל וחומר מזה המוקנית לו בסעיף 6 לפקודת בתי-המשפט], שכן ישנם עניינים שאינם נזכרים בסעיף 7 והם נכללים בסימן 43. זמיר, שם, בע' 227. כן ראו האמור לעיל בהערה 115.

חזרה לארץ. ב-1.10.21 כתב הייקרפט לסמואל מכתב שצורף אליו תזכיר שנכתב לבקשת האחרון, המפתח את הצעתו של הייקרפט בנוגע לבית-משפט שיכונה לימים בג"צ.<sup>141</sup> התזכיר שכתב הייקרפט מציע שתי הוראות: עניינה של האחת בהקמת בית-משפט לפשעים חמורים, והאחרת נוגעת בהקמת בג"צ. (למעשה, כפי שנראה מיד, במסמך זה מופיע שמה המלא של הערכאה.) זו ההצעה, שמפאת חשיבות הדברים תובא במלואה (ובשפת המקור):

"There shall be established in Palestine a Court to be called 'Supreme Court' to be constituted by so many Judges as the High Commissioner may appoint, of which the Chief Justice shall be President. There shall be one or more Vice Presidents who shall be British Judges.

The Supreme Court sitting as a Court of Appeal shall consist (as provided by the Constitution)

*The Supreme Court sitting as a High Court of Justice shall consist of the Chief Justice and one or more Vice Presidents of the Court of Appeal and shall have jurisdiction to hear and determine such matters as are not causes or trials of actions nor ancillary thereto, but petitions or applications necessary to be decided for the administration of law and justice, and not within the jurisdiction of any other Courts, such as - Matters concerning the liberty of the individual and of the nature of habeas corpus proceedings, which are hereby declared to be not within the jurisdiction of a District Court.*

*Matters concerning the jurisdiction of other Courts, such as failure to exercise, or excess in the exercise of jurisdiction; Provided that no petition or application shall be heard concerning any matter within the jurisdiction of a Religious Court on the ground of failure to exercise jurisdiction or misconduct or irregularity in the exercise of a lawful jurisdiction.*

*Appeals from orders of District Courts which are not of the nature of final judgments nor matters of procedure only, arising at the hearing of an action.*

Matters concerning *change of venue* of trials in the District Courts."

מכתב זה הינו בעל חשיבות רבה להבנת כוונתו של האיש שהגה ככל הנראה את

141 ג"מ, ארכיון המזכירות הראשית, חטיבה 2, מיכל מ/8, תיק 224 (בע' 325-327). ההדגשות אינן במקור.

מאלפת העובדה שהעניין האחרון אינו מוצהר כאן בדבריו של הייקרפט (מלבד התייחסותו למערכת השיפוט ולענייני הביאס קורפוס, הנוגעים בגופים ציבוריים, כמובין).<sup>143</sup> יאה הדבר אשר יהא באשר לפיקוח הכללי על פקידים וגופים ציבוריים, דוגמותיו של הייקרפט מלמדות בוודאי מה היו בעיניו העניינים שאסור שיהא ספק לגביהם. חשוב מכך, הן מראות בבירור למה כווננו, לשיטתו של הייקרפט, מלותיה המעורפלות של הפסקה השנייה של סימן 43.

אין זה ברור מה היתה תגובתם של אנשי משרד המושבות על הצעות אלה. לא עלה בידי למצוא מסמכים השופכים אור על שאלה זו. למען הסר ספק, יודגש כי הצעות אלה הועברו לעיונם של אנשי משרד המושבות. ידוע לנו כי סמואל שלח ללונדון את מזכרו של הייקרפט סמוך מאוד לאחר קבלתו.<sup>144</sup> ניתן לשער כי העובדה שהצעותיו של הייקרפט התרכו בעניינים הנוגעים להחלטות בתי־משפט - ולא להחלטותיהם של פקידי הרשות המבצעת - מנעה העלאת התנגדויות להצעות אלה במשרד המושבות.

תחנה מרכזית במיוחד בדרך מהווה מכתבו מיום 28.10.21 של סמואל לשר המושבות, צ'רצ'יל - שניהן כשר המושבות מפברואר 1921 עד אוקטובר 1922, רוב תקופת הריוגה של חוקת הארץ - ובו מובאות הצעות נוספות לתיקונים בסיוטת דבר־המלך. המדובר במכתב ארוך למדי, בן ארבעה עמודים, שמצורפים לו ארבעה נספחים ובהם מובאים נוסחיהם של דברי חקיקה מרכזיים ביותר (כדבר־מלך לעניין הבחירות למועצה המחוקקת וכתב הוראות לנציבי העליון). במכתב־הלוואי האמור של סמואל אין כל התייחסות לשאלת הקמתו של בג"צ. בעניין החוקה הנרקמת מוסברת שם הצעה שמטרתה להגדיל את מספרם של חברי המועצה המחוקקת; מלבד זה, אומר סמואל, "יתר התיקונים המוצעים בטיוטה עוסקים רק בנקודות משניות".<sup>145</sup> אך בנספה, שבו מפורטים אחד לאחד התיקונים שסמואל מציג בלשון החוקה, מופיע גם מופיע בג"צ, כשמואב בו נוסח סימן 43 במדויק

143 בתשובה לכך אפשר להציע שהייקרפט מציג רק דוגמות לכוחו של בג"צ, דוגמות המובאות על־מנת להסיר כל ספק פרשני בהמשך, אך הצעות כוללת את הפיקוח הציבורי במובלע. "פתרון" זה אינו מניח את הדעת לנוכח אופיו של המסמך דנן. בראשית מכתבו לסמואל, הייקרפט מקדים: "You asked me to send you a memorandum about my propositions in regard to a Court to decide matters other than actions and I send you a rough draft of a scheme I propose". אין זה סביר שהייקרפט דיבר בלשון משפטית, הטומנת בחובה הרבה יותר ממה שגלוי על פני הדברים, בתזכיר שהוא מציג בו במפורט לפני הנציב העליון את רעיונו, כפי הנראה לראשונה.

144 כך עולה ממכתבו של סמואל להייקרפט (מתאריך 5.10.21) שבו הראשון מבשר לאחרון על העברת ה"ממורננדום" למשרד המושבות. כן מצורפת למכתב זה הטיוטה שעמה שב בנסוויץ' מלונדון, שבה, כזכור, אין עדיין כל התייחסות לבג"צ: ג"מ, ארכיון המזכירות הראשית, חטיבה 2, מיכל מ/8 (תיק 224 בע' 315).

145 ג"מ, ארכיון המזכירות הראשית, חטיבה 2, מיכל מ/8 (תיק 224, בע' 273).

כמעט.<sup>146</sup> אין לדעת בדיוק כיצד גובש נוסח זה ומי עיבד אותו, אך ניתן לומר כמידה רבה של סבירות שהדבר נעשה במהלך חודש אוקטובר 1921 בארץ־ישראל. אם כך, ניתן להצביע על חודש זה כחודש המשמעותי ביותר במסענו: בראשיתו העלה הייקרפט על הכתב את הצעתו בצורה מפורטת למדי, ובסופו נשלח ללונדון מהארץ נוסח סעיף האומר כמעט במדויק מה שיורה לבסוף סימן 43. קל להבחין שקיימים הבדלי עריכה בין מה שנכתב בראש החודש לבין מה שהוצג בסופו: הייקרפט הציע בתזכירו, כפי שראינו, סעיף ארוך אחד הכולל "דברי מבוא" (בנוסח דומה לנוסחו הסופי של חלקו השני של סימן 43), ואחריהם פירוט דוגמות לסמכויותיו של בג"צ (חלקן יופיעו בסעיף 6 לפקודת בתי־המשפט, 1924). אם כך, עלינו לזכור שסודותיה של הצעתו של הייקרפט שולטים בנוסחו של סימן 43 (אננו דנים בחלקו השני של הסימן), וניתן להבחין בהם גם בפקודת בתי־המשפט.

בתחילת חודש נובמבר 1921 כתב הייקרפט פעם נוספת לריזלי<sup>147</sup> (הוא הרבה לעשות כן), הפעם על־מנת להסביר שוב מדוע הוא ממליץ להקים "Supreme Court" בארץ, המלצה שלא נתמכה, כפי שראינו, על־ידי ריזלי. בנספח למכתב זה הייקרפט מציג את הצעותיו לניסוח הסעיפים העוסקים במערכת השיפוט, המיועדים, לדבריו, לדבר־המלך או לפקודה שתיוחד למערכת בתי־המשפט, "whichever it is to be". בגוף המכתב עצמו הוא מרחיב בכמה נקודות, בין השאר בצורך להקים בית־משפט לפשעים חמורים, וכן בהצעתו להקים את בג"צ כאגף באותו "Supreme Court":

"איני מציע בית־משפט עליון ללא יסוד, אלא[...], כפי שניתן למצוא בחוקות אחרות[...], בית־משפט הכולל בית־משפט לערעורים כאגף אחד ואגף אחר בו[...]. היכול להיקרא בית־המשפט הגבוה (the High Court)[...] שיהיה מורכב מזקן־השופטים ואחד המשנים לו כקוורום לטיפול בכל אותה עבודה שאינה ערעורים על פסקי־דין סופיים או תביעות בתחום השיפוט של בתי־המשפט לפשעים חמורים ובתי־משפט מחוזיים. יהיה זה מייגע לבצע עבודה זאת בעזרת שופטים וילדים."

בנספח למכתב, שבו מוצג הסעיף הן בבג"צ, חוזר הייקרפט כמעט מלה במלה על הנוסח שהציג לפני סמואל חודש לפני־כן, שהוא במלואו לעיל.<sup>148</sup> כן ראוי להדגיש כאן גישתו העקבית של הייקרפט בנוגע להרכבו של בג"צ. מתחילת הדרך הוא עמד על כך שבג"צ ישפוט שופטים בריטיים בכירים: זקן־השופטים

146 שם, בע' 286. למעשה, מלבד הבדלים בפיסוק, ההבדל היחיד הוא שבמסמך זה נאמר שבג"צ ידון ב: "...matters as are not causes or trials of actions...", ובסימן 43 הושמטו שתי המילים האחרונות (הנוכרות בתזכירו של הייקרפט מראשית חודש אוקטובר).

147 PRO CO 733/7, at pp. 106-112.

148 הבדל אחד הוא שכאן הוא הוסיף שבג"צ ידון לא רק בשינוי מקום השיפוט של בתי־המשפט המחוזיים, אלא גם של בתי־משפט השלום ושל בתי־המשפט לפשעים חמורים.

דומה כאילו לא נודע שהצעתו של הייקרפט באה אל קרבו של דבר-המלך.<sup>153, 154</sup>

הערת סיום: מאלפת עד מאוד העובדה שניתן לציין, בכל הזהירות, שלא נמצאה בין ספריו של בנטוויץ' התייחסות של ממש לעלילות חקיקתו של דבר-המלך, מסמך הנוכח כמובן בכתביו.<sup>155</sup> אין הוא כותב על תוכנו של אותן התכתבויות נמרצות בין ירושלים לבין לונדון, ואף הצעות ותזות שונות שעלו במהלך הדרך אינן נזכרות.<sup>156</sup> דבר זה מעורר פליאה לנוכח המשרה שבה נשא בשנים הנידונות והשתתפותו במלאכת עיצובו של מסמך-יסוד זה.

---

153 מצויה, למשל, טיוטה מתקדמת ביותר (המודפסת כבר בתבנית המקובלת להדפסת דבר-המלך), שכותרתה "דבר-המלך על פלשתינה, 1922", ושעל-פי הערה בכתב-יד המופיעה בה היא נערכה אחרי 9.4.22, ובה מופיע סימן 43 המוכר לנו: ג"מ, ארכיון היועץ המשפטי לממשלה, חטיבה 3, מיכל 755, תיק 12.

154 יש להוסיף שגם בני הארץ ונציגיהם בחוץ-לארץ לא נתנו את דעתם, כפי הנראה, על סוגיות שערכה כבג"צ עוסקת בהן, הגם שידוע לנו שטיטות דבר-המלך הועברה לעיונם של היהודים ושל הערבים בפברואר 1922 (עילם, לעיל הערה 13, בע' 212), והגם שעניינים משפטיים אחרים זכו בהתייחסותם. (מכתב התגובה של ויצמן נמצא בג"מ, ארכיון המזכירות הראשית, חטיבה 2, מיכל מ/8, תיק 224, בע' 197, ובו מעלה ויצמן כבעיה, לדוגמה, את עניין השיפוט הייחודי של בתי-הדין הרבניים בענייני המעמד האישי).

155 יש לנקוט כאן זהירות בשל העובדה שבנטוויץ' חיבר ספרים רבים. בשנת 1961 (בספרו הנוכח לעיל בהערה 16) מובאת רשימה של עשרים ושישה (10) ספרים שכתב בנטוויץ' עד לאותה עת, רבים מהם עוסקים בתיאור פרקים בהיסטוריה היהודית. רשימה זו אינה כוללת את כל ספריו המשפטיים (בנטוויץ' הרבה לכתוב על-אודות המשפט הבינלאומי); מובן שרשימה זו אינה כוללת את הספרים שכתב לאחר-מכן. מסיבות ברורות, נבדקו בהקשרנו רק ספריו הרלוונטיים של בנטוויץ' (ספרים בעלי אופי אוטוביוגרפי או הנוגעים במישרין בתקופת המנדט בארץ), והם הנוכחים במאמר זה. להתייחסותו של בנטוויץ' לשאלת הפיקוח המנהלי על בתי-המשפט, ראו: *Bentwich England in Palestine, supra note 7*, at pp. 97-98, 287. יצוין עוד כי בנטוויץ' מתייחס בחיבור אחר (117-118) *Bentwich Wanderer, supra note 27*, at pp. 117-118) לזעירה (שנזכרה לעיל) שכונסה בלונדון בעניינה של חקיקת דבר-המלך לפלשתינה ולעירק (ראו טקסט להערה 122 לעיל). גם כאן התייחסותו קצרה ביותר ואינה משמעותית.

156 יוער כי אין רמו ליריבות כלשהי בין הייקרפט לבין בנטוויץ' בספריו האמורים של זה האחרון; נהפוך הוא, כלולים בהם אך דברי שבח והערכה לוקן-השופטים הבריטי הראשון; ראו במיוחד ב: *Bentwich England in Palestine, ibid*, at p. 287. גם מכתבים אחרים שכתב בנטוויץ' להייקרפט, המצויים באצ"מ, אוסף בנטוויץ' (A255), תיק 655, מגלים אך לבביות ג'נטלמנית. כזכור, לבנטוויץ' היה חלק בהצעת המשרה להייקרפט - ראו שוב לעיל הערה 18.

וסגנו. כאן ניתן לכאורה הסבר מפורט לכך. יצוין כי בהמשך הדברים, הוא מוסיף שאם יעלה החשש מפני רגישות ציבורית בשל קיומה של ערכאה בריטית למהדרין, ניתן לכנותה "בית-משפט של ערעורים משניים" ("Court of Minor Appeals").

מכתבו זה של הייקרפט מעורר תמיהה: כפי שעולה מהציטוט שהובא מדבריו לריזלי, בראש ובראשונה הוא מבקש להסמיק את בג"צ לדון בבקשות-ביניים. נקודה זו לא הודגשה על-ידו במיוחד עד כה, וספק אם יש בה כדי להצדיק הקניית סמכות כה רחבה לבג"צ, כפי שהוא מציע. זאת ועוד, הגם שהייקרפט קובע שהוא מסתמך על הוקות אחרות, אין הוא מציין אילו הן.<sup>149</sup> מעניין במיוחד שבמכתב שכתב בנטוויץ' לאותו ריזלי (ב" 30.10.21) הוא פשוט מתאר את המלצתו של הייקרפט, תוך שהוא מבהיר מהו מלוא הפוטנציאל הטמון בה, זאת בצורה ישירה, ללא נקיטת עמדה. בנטוויץ' מקדים ואומר שהוצעו כמה תיקונים בארץ להצעת החוקה שעמה חזר מלונדון, והוא בא לתאר אותם:<sup>150</sup>

"אין דברים בעלי חשיבות מיוחדת בפרק המשפטי מלבד העובדה שהייקרפט עדיין מעדיף שבת-המשפט הבכיר ביותר בארץ ייקרא בית-המשפט העליון[.], ולא בית-המשפט לערעורים, ואשר יישב בשתי דרכים: (1) כבית-משפט לערעורים...

(2) בדומה לבית-המשפט המוסמך לכך באנגליה],<sup>151</sup> לשמוע כערכאה ראשונה עתירות לקבל צווי הביאס קורפוס, מנרמוס ודומיהם.

כוונתו היא שכאשר יהיו בית-משפט זה באלה האחרונים[.], עליו להיות מורכב משני שופטים בריטיים, שהינם מיומנים במתן צווים כאלה יותר משהיו השופטים המקומיים גם בעוד דור. אני מניח שלא תתנגד לשינוי זה."

יש בדברים אלה עדות נחרצת (נוספת) לא רק לכך שהייקרפט הוא שהגה את בג"צ, אלא גם לעובדה המטרידה כי לא קיים, על-פי המסמכים שבידי, דיון של ממש בתבונתה של הצעה זו, לא בארץ ולא במטרופולין. אין להסיק שלא נידונו בתכתובת בין סמואל לצ'רצ'יל שאלות אחרות, טכניות ומהותיות, בפרק הדין במערכת המשפט בדבר-המלך. בחלק מתכתובת זו נידון אף בית-המשפט העליון במישרין (כך, לדוגמה, הוברר כיצד יש לכנות את בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים).<sup>152</sup>

---

149 ראו לעיל הערה 128 ולהלן הערה 159.

150 PRO CO 733/7, at pp. 113-114.

151 במקור נכתב: "like the Divisional Court in England". הכוונה היא להרכב ה-High Court האנגלי, הדין בעניינים שדין יחיד אינו מוסמך לדון בהם.

152 שאלה זו עלתה בשני מכתבים: ג"מ, ארכיון המזכירות הראשית, חטיבה 2, מיכל מ/8, תיק 224, בע' 253 - מכתבו של שר המושבות צ'רצ'יל מיום 26.1.22, ובע' 246 - מכתב התשובה של סמואל מיום 11.2.22. כן נידונו עניינים נוספים, לדוגמה שיפוט בענייני מעמד אישי על-ידי בתי-הדין המוסלמיים: ג"מ, ארכיון הנציב העליון, חטיבה 1, מיכל 537, תיק 3.

הנקודה המרכזית הראויה לציון בגוגעת בהיקפו הרחב של הסעיף שהייקרפט מציג לעניין סמכותו של בג"צ על-פי נוסח הפקודה המוצג כאן: מובאים בו שישה סעיפים – יותר מכפי שהציע הייקרפט עד כה ויותר מכפי שיתקבל בפקודה משנת 1924 – המדגימים את כוחו של בג"צ; רק שלושה מהם ייכללו בנוסחו של סעיף 6 לפקודת בתי-המשפט, 1924 (והם, כזכור, הביאס קורפוס, צווים לפקיד ציבור ושינוי מקום השיפוט של בתי-משפט שונים). לפירוט שראינו במסמכים הקודמים פרי-עטו של הייקרפט (הביאס קורפוס; עניינים הנוגעים בתחום שיפוטם של בתי-משפט אזרחיים ובתי-דין דתיים; ערעורים על החלטות-ביניים של בתי-המשפט המחוזיים; ושינוי מקום השיפוט של כמה בתי-משפט)<sup>160</sup> הוסיף הייקרפט כאן שתי דוגמות נוספות:

"...

IV. Orders to call for the record of any criminal or civil case in any Court where it appears that a substantial injustice has arisen from some error in

J.C.W. Pereira *The Laws* vol. II, 1900) 497–517. כן ראו את הסקירה המופיעה בו: *The Laws of Ceylon* (Colombo, 2nd ed., 1913) 106–119. כפי שניתן להבין, נוסחי הפקודות במושבות אלה אינם דומים כלל לנוסחם של סימן 43 לדבר-המלך או של סעיף 6 לפקודת בתי-המשפט, 1924. (להסיר ספק, ההוראות הרלוונטיות בחקיקה של קפריסין ושל ציילון אינן דומות זו לזו). לבסוף יוער כי בעבודת המוסמך שמאמר זה מבוסס עליה נערך מחקר השוואתי (ככל שהגדלים בין הטריטוריות אפשרו זאת) שהתרכז בבחינת חוקותיהן של מדינות מנדט אחרות (ושל יחידות אחרות באימפריה שהיו קשורות אליהן). די אם ייאמר כאן שלא נמצא בית-משפט כבג"צ ביחידות טריטוריאליות אלה. ראו בהקשרה של עירק את המקורות הנוכחים לעיל בהערה 10, בהקשרה של סנגניקה ראו לעיל הערה 128, ובהקשרן של המושבות במערב אפריקה ראו את המקורות הבאים: O. Adewoye *The Judicial System in Southern Nigeria, 1854–1954* (London, 1977); T.O. Elias *The Nigerian Legal System* (London, 1954); T.O. Elias *Ghana and Sierra Leone: The Developments of their Laws and Constitutions* (London, 1962); D. Kimble *A Political History of Ghana: The Rise of Gold Coast Nationalism, 1850–1928* (Oxford, 1963); V.T. Le Vine "The Cameroun [sic] Federal Republic" *Five African States: Response to Diversity* (Ithaca, G.M. Carter ed., 1963) 263; G.E. Metcalfe *Great Britain and Ghana: Documents of Ghana History, 1807–1957* (London, 1964).

<sup>160</sup> הבה נעשה סדר בעניין שינוי מקום השיפוט של בתי-המשפט השונים: באוקטובר 1921 (בתזכיר שהוגש לסמואל) ציין הייקרפט רק את בית-המשפט המחוזי; בנובמבר 1921 (המכתב לריזלי) צוינו בתי-משפט השלום והמחוזי ובית-המשפט לפשעים חמורים; וכאן הוסיף הייקרפט את עניין שינוי מקום השיפוט של בתי-המשפט למקרקעין והשמיט את בתי-משפט השלום – כך ייקבע בסעיף 6 (ג) לפקודת בתי-המשפט, 1924 (נוסח הסעיף מופיע בהערה 142 לעיל) – בית-המשפט לפשעים חמורים, בית-המשפט המחוזי ובית-המשפט למקרקעין.

משעה שהיה ברור לכל מה עתיד להיות נוסחו של דבר-המלך, החלו לעמוד בארץ על הכנת פקודה משלימה למערכת בתי-המשפט. ניצנים לכך ראינו כבר קודם.<sup>157</sup> העובדה שעוד בטרם נקבע נוסחו הסופי של דבר-המלך נבחנו ההוראות האפשריות של פקודת בתי-המשפט מלמדת שיש לבחון את מהלכי קבלתו של סעיף 6 לפקודה, הן בסמכות בג"צ.<sup>158</sup> במפעל של ניסוח הפקודה מילא הייקרפט תפקיד מרכזי. כך נאמר במפורש במכתבו של סמואל לצי'צייל ב-28.7.22 (שימו לב: אך כשבועיים לפני פרסומו הסופי של דבר-המלך), שאליו מצורפת טיוטה מפורטת ל-"Palestine Court of Justice Ordinance".<sup>159</sup>

<sup>157</sup> כפי שראינו, מבחינתו של הייקרפט לא היתה חשיבות רבה לשאלה "היכן" ייקבעו סמכויותיו של בג"צ – בדבר-המלך או בפקודה. משלבים מוקדמים ביותר, לפני שנוסחו הסופי של סימן 43 היה ברור, הוא ערך טיוטה הדנה ביסודיות בסמכות בג"צ – ראו לעיל טקסט להערת 141 ו-147.

<sup>158</sup> יוער כי ההסתכלות "קדימה" להוראות סעיף 6, שהתקבל לאחר סימן 43 לדבר-המלך, נעשית כחלק מהמהלך הפרשני של זה האחרון, הגם שעל-פי הדוקטרינה המשפטית כפשוטה לא יכלו פקודות בתי-המשפט שהתקבלו לאחר קבלת דבר-המלך להוסיף לסמכות בג"צ או לגרוע הימנה, ומכאן שהן לא עשו כן. ראו לעיל הערות 115 ו-142.

<sup>159</sup> PRO CO 733/23, at p. 517 ff. סמואל כותב לצי'צייל כי "The Ordinance has been drafted in large part by the Chief Justice" חשוב לציין עוד כי במכתב אחר, שסמואל מגיב בו על הערות שנשלחו מלונדון לטיוטה זו, הוא אומר שפקודת בתי-המשפט של קפריסין (*The Cyprus Courts of Justice Order, 1882*) היא שהייתה את הדגם לטיוטה שערך הייקרפט: ג"מ, ארכיון המזכירות הראשית, חטיבה 2, מיכל 8/מ, תיק 223. יוער כאן שקפריסין היוותה אחד משלושה יוצאים מהכלל בקרב הטריטוריות שעמדו לפיקוחו של משרד המושבות. רק בארץ-ישראל, בציילון (סרי-לנקה) ובקפריסין הוסמך בית-המשפט העליון לערוך פיקוח שיפוטי על רשויות מנהל (*Bertram, supra*, The Mandamus (note 23, at p. 136). בקפריסין נעשה הדבר בשנת 1890, שבה התקבל *The Law, 1890*. בחוק זה הוסמכו בתי-המשפט המחוזיים להוציא מתחת ידם צווי מנדמוס; כל החלטה כזו היתה נתונה לערעור-חובה לבית-המשפט העליון (אך לא הותר בחוק להוציא צו כזה נגד בתי-דין דתיים מוסלמיים). ראו: *The Statute Laws of Cyprus*, 533–534 (London, compiled by Sir Stanley Fisher, 1923).<sup>1878–1923</sup>. בציילון התקיים הסדר מקיף הרבה יותר. שם התקבל, בשנת 1889, *The Courts Ordinance, 1889*. בחוק זה הוסמך בית-המשפט העליון של ציילון להוציא את כל הצווים הפרורגטיביים שנוכרו במאמר זה (החוק מונה את הצווים הפרורגטיביים, זה אחר זה, בשמם המפורש). כמו-כן הוסמך בית-המשפט להורות על העברת משפטים לבית-המשפט העליון עצמו, בין השאר אם נראה לו שמשפט הוגן אינו יכול להיערך בשום בית-משפט (אחר). ראו: *A Revised Edition of the Legislative Enactments of Ceylon* (Colombo, 1924).

law or procedure for which there is no remedy by appeal, and to make such further orders as may be just.

V. Applications for orders to issue against public officers or public bodies in regard to the performance of their public duties and requiring them to do or refrain from doing certain acts."

כאמור, עניין הפיקוח על פקידי-רשות ומוסדות ציבור, המהווה, יותר מכל עניין אחר, את לחם-חוקו של בג"צ במדינת-ישראל, יעלה בסעיף 6(ב) לפקודת בתי-המשפט, 1924, בניסוח דומה ביותר לזה המוצג – ייתכן בהחלט שלראשונה: – כאן.

בלונדון לא אהבו, בלשון המעטה, את הטיוטה של הייקרפט. ריולי שופך עליה קיתונות של רותחין, תוך שהוא מעביר ביקורת על הייקרפט ועל בנטוויץ' (האחרון היה אחראי על הצעות-החוק כיועץ המשפטי לממשלה).<sup>161</sup> ירושלים התבקשה לחלק את הפקודה שנשלחה מהארץ לפקודות אחרות ולערך רוויזיה לאורך של ההערות שהועברו מלונדון. אחרות מהן התייחסו לסעיף בטיוטה הן בבג"צ. אחת מהן ראוייה לציון, שכן היא לא נפתרה גם לאחר שערכו בירושלים שיעורי-בית; למעשה, היא לא נפתרה לגמרי עד היום. ההערה נוגעת בצורך להגדיר במדויק את היקף סמכותו של

161 PRO CO 733/23, at p. 511. ריולי אומר על ההצעה: "I must say that it is one of the most appalling, hotch-potches which it has ever been my misfortune to look at. Neither Sir T. Haycraft nor Mr. Bentwich has had any drafting experience as a law officer in a colony but I should have thought that the former with his long judicial experience and the latter as a competent lawyer might, quite apart from any colonial models or traditions, have produced a proper Courts Ordinance..." הגה מסתבר שאביו של בג"צ לא היה נסח חוקים מוצלח במיוחד, כך לפחות חשבו בלונדון. עם זאת, כפי שנראה בהמשך, היתה להייקרפט השפעה רבה על פקדי משרד המושבות, ואף כי הדרך שבה נוסחו המלצותיו לא זכתה אולי תמיד בהערכה, מבוקשו הובא בהחלט בחשבון, והוא עצמו נהנה מיוקרה אישית בקרב הפקידות. ראו להלן טקסט להערה 166. כן ראו תזכיר אחר (שנכתב ב-23.5.21), ובו ריולי מדבר כך על הייקרפט: "the Chief Justice of Palestine ought in my mind to be (as Sir T. Haycraft is) a man of the same calibre as the Chief Justices of the more important colonies" (PRO CO 733/2, at p. 30) מעמדו של בנטוויץ', לעומת זאת, נראה שברירי הרבה יותר, וביקורת על תפקודו, לא רק כנסח חוקים, נשמעה לא-אחת במשרד המושבות. למשל, בתזכיר שכתב סגנו של ריולי, בוש (Bushe) (ב-1.11.23), הוא אומר את הדברים החריפים הבאים: "Mr. Bentwich is a very competent international lawyer and possibly for that reason he is, to my mind, incompetent as an attorney general of territory for the administration of which we have got to be responsible. He neither drafts nor, I believe, thinks in English idiom, and he has no appreciation of English juridical tradition." PRO CO 733/26, at p. 330.

בג"צ.<sup>162</sup> במשרד המושבות הציעו שתי חלופות: אם תחום סמכותם של יתר בתי-המשפט יוגדר בבירור, כל מה שאינו נופל במסגרתו ייכלל ממילא בהוראת סימן 43 (כך לא ייווצר חשש להצרת תחום התפרשותו של הסימן בשל מנייתן של הדוגמות הספציפיות); לחלופין, ניתן להגדיר בפשטות אילו הליכים מצויים ייחודית במסגרת סמכותו של בג"צ. (ניתן לומר כי בסעיף 6 לפקודת בתי-המשפט, 1924, נעשה ניסיון ללכת בדרך זו).<sup>163</sup>

הדרך שבה התקדמו הדברים מלמדת הרבה על היחסים בין לונדון לבין ירושלים. ב-30.10.22 (כלומר, לאחר קבלת דבר-המלך) שלח סמואל ללונדון טיוטות חדשות. בטיוטה החדשה של פקודת בתי-המשפט מוצגות לפנינו סוף-סוף ההוראות הנוגעות בבית-המשפט העליון בצורה המזכירה מאוד, הן מבחינת התוכן והן מבחינת המבנה, את נוסחה של פקודת בתי-המשפט שתתקבל כעבור כשנתיים.<sup>164</sup> עם זאת, הגם שפה אין "פסקת מבוא", אלא אך משפט הקדמה קצר ("The jurisdiction of the Court shall include among other matters the following"), עדיין מצוינות כאן אותן שש דוגמות לסמכויותיו של בג"צ שהציג הייקרפט במסמך הקודם (בשינויי נוסח שוליים).<sup>165</sup> לקראת סופו של המכתב סמואל מציין כי הוא מניח שטיטה מעודכנת זו תידון עם הייקרפט, ששהה אותה עת בלונדון. כך אכן היה. ב-1.11.23 כתב בוש, סגנו של ריולי,

162 ההערה מופיעה ב: PRO CO 733/2, at p. 576. כידוע, זה קושי שהעסיק רבות, ועודנו מעסיק, את בית-המשפט העליון במדינת-ישראל: ראו, למשל, בג"צ 6163/92 אייזנברג נ שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229; ובג"צ 126/84 גלברע נ מפעל הפיס, פ"ד לט(4) 68.

163 חלופות אלה מניחות שבג"צ ידון רק במקרים ייחודיים. הפסיקה הישראלית הניחה אחרת, כפי שעניין אייזנברג (שם), למשל, מלמד.

164 ג"מ, ארכיון המזכירות הראשית, חטיבה 2, מיכל מ/8, תיק 223.

165 כמייכן, הצעה זו כוללת כמה סעיפים, שלא ראינו אותם קודם, שבהם מודגשת שליטתם של השופטים הבריטיים בערכאה העליונה (להלן יודגשו המילים שלא יופיעו בנוסח הסופי של הפקודה, ובסוגריים יודגשו המילים שהוספו בו):

\* "Any interlocutory order made in a civil appeal [in an appeal to the Supreme Court] may be made by the President [by the Chief Justice] or one British judge [or any judge] of the Supreme Court sitting alone."

\* "The Supreme Court sitting as a High Court of Justice shall be composed [shall consist] of not less than two British judges [of not less than two Judges of whom one shall be a British Judge]. In the absence of the Chief Justice[,] the Senior British Judge [present] shall preside."

\* "The Supreme Court shall sit at Jerusalem and [or] at such other places as may from time to time be prescribed by the Chief Justice."

שלוש ההוראות הן סעיפים 3, 4 (רק הרישא לסעיף) ו-5 להצעה; וסעיפים 4, 5, ו-7 לפקודת בתי-המשפט, 1924.

"such as" לפני מנייתם), הוחלט בלונדון שיאמר בצורה חותכת פשוט כך: "The High Court of Justice shall have exclusive jurisdiction in the following matters"<sup>170</sup> כתב בעוד חודשים מספר גם בפקודה.

לבסוף, חצי שנה לפני פרסום הפקודה יזם סמואל שורה של שינויים אחרונים בנוסח הטיוטה שנוסחה חודשים מספר קודם-לכן, בעת שהותו של הייקרפט בלונדון. במכתב, שמצורפים לו תזכיר היועץ המשפטי לממשלה ונוסח מוצע, מסביר סמואל כי לאחר פרסום הטיוטה בעיתון הרשמי, התקבלו שורה של השגות מעורכי-דין ומגורמים אחרים בארץ. השגות אלה נגזרו, בין השאר, בעדיפות שניתנה לשופטים הבריטיים בפקודה המוצעת על השופטים המקומיים ולהיקף סמכותו של בג"צ. סמואל ביקש להתחשב בהשגות אלה, הייקרפט היה מסויג יותר, כותב סמואל כך:<sup>171</sup>

"זקן השופטים מסכים לשינויים המוצעים [על-ידי הציבור המקומי], הגם שהוא הצהיר כי יעדיף לשמור הרכב בריטי למהדרין לבית-המשפט העליון ביושבו כבית-משפט גבוה... הוא מודע לכך, עם זאת, שיש שיקולים פוליטיים התומכים באפשרות שבית-המשפט הגבוה יורכב משופט אחד בריטי ומשופט אחד ארצישראלי (Palestinian), ויש לי אהדה לדעה שהציגו עורכי-דין ארצישראליים שלפיה אין למנוע סמכות זו משופטים ארצישראליים. אני אכן בדעה שזהו חלק מתפקידו של בעל המנדט להכשיר את השופטים הארצישראליים לעשות שימוש בתרופות שיפוטיות אלה], שנמצאו בעלות חשיבות חיונית באנגליה], למען השמירה על הפרט מפני התנהגות שרירותית של הרשות המבצעת."

הסכמתו המסויגת של הייקרפט ראויה להדגשה. הייקרפט ניסה במידה של הצלחה להגן על הצעותיו בדיונים שערך בלונדון בענייניו. כעת הוא נאלץ לראות שוב כיצד הצעותיו מותקפות, זו הפעם על-ידי "הילידים", שביקשו לעצמם דריסת-רגל בבית-המשפט שלו. אכן, הרעיון שיכונן בארץ בית-משפט "חוקתי" נעשה זה זמן רור מאליו. דומה, שבג"צ של הייקרפט קיבל חיים משל עצמו. לפיכך, אם דבר-המלך הקים בית-משפט "חוקתי", אדרבה ואדרבה, אומר סמואל, יבואו המקומיים ויכהנו בו. אין הוא חושש מכך.

הנוסח המצורף למכתב זה מכיל סעיף מתוקן, בנוסח שיהווה את סעיף 6 לפקודה שתתקבל עוד מעט, הקובע את שלושת המקרים שבהם נתונה לבג"צ סמכותו הייחודית. גם לשינויים אלה - כלומר, להשמטת סמכויות בג"צ לזון בעניינים הנוגעים בתחום שיפוטם של בתי-משפט אחרים ובערעורים על החלטות-ביניים של בתי-המשפט המחוזיים - הסכים הייקרפט, נאמר בתזכיר היועץ המשפטי.<sup>172</sup> זקן השופטים עתה בדעה,

170 ראו לעיל הערה 142 והסקט לה.

171 PRO CO 733/65, at pp. 567-568.

172 שינוי נוסף נוגע לאופן ניסוחה של הסמכות לזון בענייני הביאס קורפוס. שינוי זה, נאמר (ibid, at p. 571), נעריך מהסיבה הבאה: "because that which appeared in the original draft [Applications of the nature of Habeas Corpus proceedings concerning the liberty of the individual] appears to be generally misunderstood,

מזכר ארוך שבו הוא מצייין כי הוא ופקיד נוסף מהמחלקה המשפטית של המשטר, אלברט ארהרדט (Ehrhardt), ניהלו אחת-עשרה ישיבות ארוכות(ז) עם הייקרפט שבהן נבחנו הטיטויות החדשות שנשלחו מהארץ. הוא מוסיף הערה חשובה:

"בעקבות דיונינו... מר ארהרדט ניסח מחדש [את הטיטויות המעודכנות], וניתן לראות בטיטויות אלה [שניסח ארהרדט] מוסכמות בין סר תומס [הייקרפט] לבינינו. באומרי [מוסכמות!]<sup>1</sup> איני מתכוון לומר שהוא [הייקרפט] לא ויתר פעמים רבות בעניינים פרטניים כמו גם בעניינים עקרוניים. הוא כן. גם אנו בלענו, לא בלי קושי, מספר רב של דברים אשר סר תומס הבטיח לנו שהם נחוצים, בהתחשב בתנאים המקומיים."<sup>166</sup>

הנה עדות ברורה למידת השפעתו של הייקרפט בלונדון: כמו גם לעובדה שלדעתם של פקידים בכירים בארץ-ישראל (לפחות אלה שזכו בהערכת פקידי המשטר) היתה השפעה ממשית על עמדתו של משרד המושבות.<sup>167</sup> למרבה הצער אין בהערות הנלוות למזכר כל התייחסות לבית-המשפט העליון (כמו-כן לא נמצא פרוטוקול הישיבות עם הייקרפט). כללית, התוצר הסופי קרוב עוד יותר לנוסחה הסופי של הפקודה, אם כי אין זה עדיין הנוסח שיתקבל ב-1924.<sup>168</sup> מבהינת סמכותו של בג"צ נזכרים כאן, בשינויי נוסח, חמישה מששת הסעיפים שכלל הייקרפט בטיטה המקורית שהועברה ללונדון ב-28.7.22. (נשמטה סמכותו של בג"צ לצוות להעביר אליו פרוטוקול דיון של בית-משפט אחר למען תיקון אי-צדק).<sup>169</sup> תיקון נוסף שנקבע כאן נוגע בדרך הצגתה של רשימת המקרים שבג"צ מוסמך לזון בהם. מהו המשפט המקדים אותה? בעוד שבכל ההצעות עד כה נאמר שמקרים אלה מהווים רק דוגמות לכוחו של בג"צ (למשל, על-ידי שימוש בתיבה

166 PRO CO 733/26.

167 ראו לעיל הערה 161. כאשר נשלחה הטיטה לסמואל, נכתבו דברים דומים בדבר הדינמיקה שאפיינה את ההתייעצויות בלונדון: PRO CO 733/26, at pp. 455-456. הגישה הנגלית במכתב זה, שלפיה פקידי לונדון לא הנחיתו בדרך-כלל הוראות על פקידי הממשל במושבה, היא שהיתה הנורמה, ככל הנראה, והיא עולה ממסמכים רבים הנזכרים כאן (ראו, למשל, הפרוטוקולים של ועידת היועצים המשפטיים בלונדון - לעיל הערה 128). כך עולה גם מדבריו של סר קוזמו פרקינסון, שכתב במשרה בכירה ביותר במשרד המושבות (פרקינסון היה ה-Permanent Under Secretary בין השנים 1937-1940); לדבריו, "There are accepted aims of policy in the colonies generally. But there are no blue-prints and no rigid rules. Adaptation of general principles and conclusions to local conditions and circumstances is essential. Each territory has its own history and its own problems." Parkinson, *supra* note 62, at p. 55, 142.

168 כך, לדוגמה, בטיטה זו עדיין מובטח למעשה רוב בריטי בבג"צ. בעוד שסעיף 6 לפקודת בתי-המשפט, 1924, לא יבטיח זאת.

169 ראו לעיל סקט להערה 160 (זה סעיף IV להצעה המקורית של הייקרפט).

נאמר, שאין בהם צורך: בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון כבית משפט לערעורים ידונו בהם. לא ניתן הסבר מלא לשינוי בעמדתו של הייקרפט כעת, לאחר שהציע אותם בתחילה ועמד על הותרתם, למשל, במכתביו לריזלי. ההסבר היחיד לכך עשוי להיות טמון באותן השגות של בני הארץ (שהתנגדו, נאמר במכתב, להיקף הסמכויות שהוצע להפקיד בידי בג"צ), שבשלן שונה היקף הסעיף שדן במכלול סמכויותיה של הערכאה. דבר-מה שאינו מפורש במכתב ואשר טרד את מנוחתם הוביל לשינויים המוצגים במכתב. ניתן להניח שההשגות העלו חשש לחודרת-ייתר של בג"צ במהלכי הערכאות האחרות. השגות אלה של "הילידים" הניעו את סמואל להתנגד למעשה לחלקים בהצעותיו של הייקרפט, וכך מצא עצמו זה האחרון – לפתע, וכפי הנראה לראשונה – ללא תמיכתו של סמואל. ייתכן שלכן נאלץ הייקרפט להיכנע.

ידוע שהמשיגים תקפו את שלישת הבריטים בבית המשפט העליון על-פי הסכמה שהציע הייקרפט (כך נכתב במפורש במכתבו של סמואל), ונראה שהם תקפו גם את סמכותו של בג"צ להתערב בהליכי הערכאות הרגילות (שהרי בעניינים אלה נגעו התיקונים שהוצעו כעת). ייתכן שחשש מיוחד הועלה ביחס למעורבות בג"צ במהלכי בתי-הדין הדתיים. סביר להניח שבעיקר בקרב המתנגדים לשלטון הבריטי בארץ היו שראו בבתי-דין אלה אי של אוטונומיה שעליו הם ביקשו לשמור מכל משמר.<sup>173</sup>

בהתאם לאמור פורסם, ככל הנראה בחודש יוני 1924, מסמך שתוכנו מעיד עליו כי היווה דבר-מה הקרוב ל"דברי הסבר" לפקודה, שאולי פורסמו בצמוד לה.<sup>174</sup> כותב המסמך, שאין לומר בוודאות מי הוא, קובע שבמקבות קבלת הערות מידי עורכי-דין ואנשים אחרים, שונה נוסחן של הוראות מספר בפקודה. דוגמה לכך, מציין הכותב, מהווה ביטול ההפליה בין השופטים הבריטיים לבין השופטים המקומיים בנוגע להרכבו של בג"צ (ולהרכבו של בית המשפט לפשעים המוריים).<sup>175</sup> לאחר שהכותב מתאר בקצרה אחדות מסמכויותיו של בג"צ הנזכרות בפקודה, הוא מציין: "והו עיקרון מוצק של צדק שעניינים אלה צריכים להיות מטופלים על-ידי בתי-משפט, ולא על-ידי פקיד הרשות המבצעת." זאת ועוד, מסמך זה מתייחס בקצרה להיעלמותן של הקטיגוריות שהיו קרובות לליבו של הייקרפט, כפי שגילה מכתבו לריזלי. ביחס להצעה להסמיך את בג"צ לדון בעניינים הקשורים לסמכויות השיפוט של בתי-המשפט ובהחלטות-ביניים של בית המשפט המחוזי,

נאמר במסמך, "סמכויות אלה הושמטו עתה, ושאלות ממין זה יידונו גם בהמשך, כמו בהווה, על-ידי בתי-המשפט לערעורים הקיימים". אלה עיקרי סיפורו של סעיף 6 לפקודת בתי-המשפט, 1924.

## 2. בעקבות המקורות הראשוניים

כאשר מונה אהרן ברק לנשיא בית המשפט העליון, שלח לו ראש הממשלה יצחק רבין המנוח מכתב ברכה לרגל האירוע. ברק השיב במכתב, ובו כתב: "אני בטוח כי גם בעתיד, כמו בעבר, ימשיך בית המשפט העליון להיות – בלשונו של השופט ברנזון – 'המעוז הבטוח והאובייקטיבי ביותר שיכול להיות לאזרח בריבו עם השלטון'."<sup>176</sup> מפתה לראות בדברי השופט ברנזון נקודת-פתיחה נוחה לעיון בתולדות בג"צ. הדיון במאמר זה מבקש ללמד שאין בהם אלא תיאור, שיש החולקים על תוכנו, של נקודת-ציון מאוחרת יחסית בהיסטוריה של המוסד; זה תיאור של מציאות שבית-המשפט העליון ושופטיו יכולים לעמוד בה מלאי ביטחון למול ראשי הרשויות האחרות. בפרק הקודם פנינו לזמן היסטורי אחר, לימי חקיקתו של סימן 43 לדבר-המלך.

בשל היותה של ארץ-ישראל נתונה במבנה חוקתי הדומה לאוטוקרטיה ולאור ההסדרים שנהגו בה בשנות חלותו של ממשל צבאי בריטי,<sup>177</sup> אין להתפלא שהתקיים בה ובלונדון דיון ער – שהיינו עדים לו בפרק הקודם – בשאלת מעמדה ומקומה של הרשות השופטת בקרב רשויות הממשל הבריטי בארץ. כזכור, על-פי נקודת-המוצא הנורמטיבית, הוקנה כוח בלתי-מוגבל (כמעט) לזקן הקצינים המשפטיים, שכונה בעברית "ראש השופטים". אם תרצו, עמדה על הפרק השאלה מי הוא הראוי מעתה, לאחר תום השלטון הצבאי, לכינוי נכבד זה? לטענתי, אין להבין את התשובה שניתנה לשאלה זו – שאלה שנגעה ביחס הכוחות בצמרת מערכת המשפט בארץ – מבלי לכלול את בג"צ במסגרת הדיון.

תמציתיה של ההצעה המרכזית בניחות הנוכחי טמונה במלותיו האחרונות של סימן 43 לדבר-המלך: נאמר שם שהבג"צ ידון בבקשות "necessary to be decided for the administration of justice". פרופסור זמיר מציין שדרישות (שמונה החל בשנות השלושים למשרת "נסת החוקים") הוא שהיה אחראי לתרגום הסיפא למילים "למען הצדק".<sup>178</sup> תרגום זה נראה טבעי, שהרי צמד מילים זה נזכר בכל גלגולי החקיקה הישראלית, עד לסעיף

and has suggested that the jurisdiction of the High Court would interfere with the criminal action that may lie against a person for false imprisonment"

173 כבר במזכר שכתב הייקרפט ב-1.10.21. נכללה סמכות בג"צ לבחון טענות של הריגה מסמכות של בתי-דין דתיים. ראו לעיל טקסט להערה 141. רק בשהותו בלונדון קוצר הנוסח המוצע, כך שהוצע שבסמכות בג"צ יהיה לדון גם ב: "Matters concerning the jurisdiction of other Courts such as failure to exercise or excess in the exercise of jurisdiction." PRO CO 722/26, at p. 369. למותר לציין שבדבר-המלך אין מדברים ב"בתי-דין דתיים, אלא ב"Religious Courts".

174 ג"מ, ארכיון המזכירות הראשית, חטיבה 2, מיכל מ/8, תיק 223.

175 השוו לאמור לעיל בהערות 165 ו-168.

176 צילום חליפת מכתבים זו מאוגוסט 1995 מצוי בספרה של נעמי לויצקי כבודו – אהרן ברק, ביוגרפיה (2001). הציטוט מדברי השופט ברנזון הוא מבג"צ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כו(1) 337, 362. ציטוט זה חוזר ונשנה בפסיקות בית-המשפט העליון; למעשה, הוא עלה באחדות מהפרשות החשובות: ראו, לדוגמה, בג"צ 5364/94 הנזכר להלן בהערה 208, בע' 808, וע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 427.

177 ראו לעיל טקסט להערה 45.

178 "זמיר משפט מינהלי (עורכים א' שור וג' קריב, תשכ"ה, חלק ב) 1-2.

15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, החל כיום.<sup>179</sup> עם זאת ייתכן שתרגום זה, המהווה בוודאי נדבך בביסוס מעמדו של בג"צ, אינו משקף במדויק את כוונת "המחוקק". נראה שעלינו לבחון תרגום טוב יותר.

ואכן, בהערות-שוליים במאמרו החשוב של פרופסור זמיר על סמכותו של בג"צ, הוא קובע ש"התרגום העברי של הפסיקה עלול להטעות": 'for the administration of justice' אין פירושו 'למען הצדק', אלא בקירוב 'לניהול השפיטה'.<sup>180</sup> והשופט ש"ז חשין מתרגם את התיבה, תרגום מוצלח ביותר, במילים "מעגלות צדק".<sup>181</sup> תרגומים אלה, כך נדמה, עולים בקנה אחד עם ניסוחיו הקודמים של הייקרפט, שהציע, במכתביו לסמואל (מאוקטובר 1921) ולריולי (מנובמבר 1921), את הנוסח "necessary to be decided for the administration of law and justice".

המקורות הראשוניים שבהם עיינו הראו היטב את דאגתו של הייקרפט לכך שמערכת בתי-המשפט בארץ תהיה באופן שוטף עד כמה שניתן, ללא מעורבות מצידם של פקידי האקזקטיבה שמתחת לנציג העליון. הייקרפט ביקש להרים את קרנה של מערכת השיפוט שבראשה עמד, כך שתהא זרוע נפרדת מהזרוע המבצעת רבת-העוצמה. הוא עמד על כך ששופטי הארץ יזכו בכבוד המגיע לשופטים, שלא היה ראוי להם, לשיטתו, לקבל את הוראותיהם ממוכיר המשפטים, אלא רק מפיו, בכיר השופטים, ואף זאת רק במקרים הספורים שהדבר נדרש בהם: בענייני מנהל ובמקרים מסוימים של סטייה חריגה מהדין (שאינן הליכי הערעור לבית-המשפט העליון נותנים להם מענה).<sup>182</sup>

כפי שהראו המקורות הראשוניים, ייחס הייקרפט חשיבות רבה להפקדתן של סמכויות נרחבות בניהול מערכת המשפט בידיו. מנגד, ראינו את רצונו של בנטוויץ' להתיר בידיו מידה רבה של שליטה על מערכת המשפט. זו הדינמיקה שהשניים היו נותנים בה, ולשניהם ברור היה כי מה שהיה לא יוכל להיות בהמשך, לא יהיה עוד "ראש השופטים" אחד ובלעדיו אין. יהיה עליהם לחלק תחומי השפעה. עמדנו על נקודת-ההתחלה ביחסי הכוחות

179 ראו לעיל הערה 5. אכן, לשימוש במלה "צדק" היתה השפעה על האופן שבו נתפס בג"צ, בין השאר על-ידי שופטיו. חיים כהן, למשל, כתב כי "בו-בזמן שכל בית-משפט מוסמך עושה 'צדק' בהתאם לחוק ולדין, הרי בית-המשפט הגבוה לצדק עשוי לעשות 'צדק' גם מעבר לחוק ולדין, והצדק שהוא עושה - לרבות הסעד שהוא נותן 'למענו' - הופך מצדו, כהלכה פסוקה, לדין". ח' כהן המשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ז) 403.

180 זמיר "סמכותו של בג"צ", לעיל הערה 5, בע' 230, הערת-שוליים 12 (בע' 255 זמיר בוחר בניסוח: "למען ניהול תקין של השפיטה").

181 בג"צ 54/51 ה"מ נ' מגורי כהן, שופט שלום, ת"א, פ"ד (2) 1125, 1141.

182 ניתן להוסיף כאן את הערכתו של פרומקין, שישב בבית-המשפט של הייקרפט, הכותב שהייקרפט עמל "להעלות את כבוד השופטים המקומיים בעיניהם עצמם ובעיני הבריות והשלטונות... הוא מתח ביקורת על הענקת אות כבוד בדרגה נמוכה M.B.E לעלי ג'יראלה [שופט בית-המשפט העליון], ואמר כי לשופט בית הדין יש לתת דרגת אבירות": פרומקין, לעיל הערה 26, בע' 244-245. כזכור, הייקרפט פעל בגלוי ובמוצהר גם למען ביצור מעמדו שלו - ראו לעיל הערה 134 והטקסט לה.

בין הסמכויות של שתי המשרות בעת שהייקרפט החל לכהן בארץ, בפברואר 1921, כחצי שנה לאחר תום הממשל הצבאי. ככל שהתקדמנו על ציר הזמן לקראת קבלתה של פקודת בתי-המשפט, 1924, נוכחנו במידת השפעתו ההולכת וגוברת של זקן-השופטים על "ניהול השפיטה", קרי, בעניינים של מינוי שופטים, העברתם ממקום למקום וקביעת סדרי-הדין בבתי-המשפט, כמו גם בתחום של מנהל בתי-המשפט ואף בקרב עורכי-הדין. השינוי היה דרמטי.<sup>183</sup>

למול כל אלה אין לשכוח שגם בתום השלבים הפורמטיביים, נותרה בידי העומד בראש מחלקת המשפטים מידה רבה מאוד של כוח: הוא עמד בראש התביעה, קרי, בסמכותו היה להחליט מי יועמד לדין, והוא עצמו הופיע במקרים חשובים לפני בתי-המשפט; הוא היה ממונה על מרשם המקרקעין; הוא היה, פשוטו כמשמעו, יועצה המשפטי - עורך-דינה - של הממשלה ונסח חוקיה; בה בעת הוא היה חבר הממשלה, היא המועצה המבצעת; הוא היה גם אחראי לבית-הספר למשפטים בירושלים.<sup>184</sup>

יוצר כאן לבסוף כי סקירת סמכויותיהם של זקן-השופטים ושל היועץ המשפטי לממשלה מלמדת שאין להסתפק בטענה כי המהלך המתואר משרטט מעבר "פשוט" בארץ משיטת המשפט העות'מנית לשיטת המשפט האנגלית בכל האמור באופן ניהולה של מערכת המשפט. על נקלה ניתן להבחין שקווי הגבול בין ראשי מערכת המשפט בארץ נקבעו באופן שאינו עות'מני ואף אינו אנגלי במובהק: למשל, בנטוויץ' לבדו היה "שר" בקבינט הארצי-ישראלי, בה בשעה שהיה אחראי על לשכות מרשם המקרקעין, שהיו מצויות באנגליה בתחום אחריותו של הלורד צ'נסלור מיום שהוקמו.<sup>185</sup> עד כאן ברמה של נושאי המשרה הבכירים בעולם המשפט הארצי-ישראלי.<sup>186</sup>

ברמה המוסדית-החוקתית, הערכאה החדשה שהציע הייקרפט נועדה להוות שחקן חשוב במקבילית הכוחות בראש השלטון בארץ. על-כן, ערכאה זו היתה חייבת להיות חלק מבית-המשפט העליון, שכן רק כך התאפשר מלוא היקפו של פיקוח שיפוטי פנימי (על כל הערכאות) וחיצוני (מפני התערבות יתרה של פקידי הממשל בפרטי ההליך השיפוטי), והכל ללא חשש למעורבות של ממש מצידה של מועצת-המלך.

183 כן יש להזכיר את סימן 55 לדבר-המלך, שלא נידון כאן מפאת קוצר היריעה. סימן זה מקנה לזקן-השופטים סמכות משמעותית בשיטור ריב סמכויות אפשרי בין בתי-דין דתיים שונים.

184 מקובר, לעיל הערה 7, בע' 149-150; Bentwich; Bertram, supra note 23, ch. 5; Wanderer, supra note 27, at p. 109.

185 ראו לעיל המקורות המופיעים בהערות 29, 30 ו-31; אך ראו גם לעיל הערה 46. להסיר ספק, ה-Attorney General באנגליה אינו חבר הקבינט. אכן, האמור לכל אורך המאמר מזכיר לנו שהוקמה בארץ עוד מערכת משפט קולוניאליסטית-בריטית, דהיינו, מערכת משפט שהיו לה, בדומה למושבות אחרות, תווי אופי ייחודיים מקומיים לצד מאפיינים בריטיים מובהקים.

186 להסדר במדינת-ישראל בעניין סמכותו של שר המשפטים ושל נשיא בית-המשפט העליון ולעיון השוואתי ראו שטרית "התפתחויות בדיני חוקה", לעיל הערה 44, בע' 575-598.

שאינם מסוג זה, ולבסוף נפרסה מצודתו גם על גופים אדמיניסטרטיביים, ממשלתיים או מקומיים, שאינם מוסדות של שיפוט.<sup>190</sup>

כך גם ביחס לַצִּו ה־Habeas Corpus. אין חולק על תוכנו החוקתי של צו זה.<sup>191</sup> יש לזכור עם זאת כי בהיותו נוגע בצו מאסר - קרי, בהחלטה שיפוטית - שימש גם הוא במלחמה שניששה מדי פעם בין הערכאות השונות באנגליה, למשל בין בית המשפט של הלורד צ'נסלור (הוא ה־Chancery, שבו נהגו על-פי כללי ה־Equity), לבין ה־King's Bench (הוא בית המשפט של ה־Common Law). וכך היו מקרים שבהם, לאחר שהראשון שם במאסר נתבעים שלא ביצעו את פסק-דינו שלו, התערב השני ושחררם ממאסר מכיוון שסבר שבית המשפט של הלורד צ'נסלור שפט בחוסר סמכות.<sup>192</sup>

אין זה אנכרוניסטי להצביע כאן על התו "הריבוגי" הטבוע בצווים הפררוגטיביים בעת שבוחנים את הפוטנציאל הטמון בהם. כוונתה של הערה קצרה זו היתה להזכיר שמהבחינה הקונספטואלית, מנקודת המבט של תורת המשפט האנגלית של ראשית המאה העשרים, תפשוו בתי המשפט המלכותיים באנגליה - שהיו, כמוכּוּן, אבטיפוס רלוונטי שעמד לפני הייקרפט ומקביליו - את מקום המלך בעת שהעתירו צווים פררוגטיביים על נתיניו

190 בג'צ 3/58 ברמן ואח' נ' שר הפנים, יב(2) 1493, 1504 (ההגשה במקור); ראו גם: Baker, *supra* note 53, at pp. 170-172. המובאות בחלק זה של המאמר מלמדות על תהליך הינתקות המלך האנגלי במהלך המאות מהנעשה בבתי המשפט "שלו", לאחר שנות מעורבות שהיה בהן כדי ליתן לצווים דגן את מעמדם (הפררוגטיבי) המיוחד. ראו כללית: Baker, *supra* note 53; Jaffe and Henderson, *supra* note 53.

191 de Smith מביא בהקשר זה מובאה מדברי השופט האנגלי Richard Montagu בעניין *Bourn*, שאמר כך בשנת 1630: "[Habeas corpus is] a prerogative writ, which concerns the King's justice to be administered to his subjects; for the King ought to have an account why any of his subjects are imprisoned." de Smith, *supra* note 53, at p. 53.

192 יריבות זו בין שתי הערכאות הגיעה לשיא בימי כהונתו של אחד מגדולי המשפטנים האנגליים, אדוורד קוק (Coke), שעליו מספר בייקר (Baker): "In 1613 Sir Edward Coke had been made chief justice of the King's Bench, and he joined battle with [the Lord Chancellor] Ellesmere over the Chancery's claim to reopen cases after judgment at law [i.e., in the Common Law courts - Y.S.]. Coke had the law on his side... [Coke] began to release, by habeas corpus, prisoners committed by [Ellesmere for contempt of injunctions...]" Baker, *supra* note 53, at p. 125. של פרשה זו היה בהתערבות המלך גיימס הראשון, שאומנם הכריע נגד קוק (שנאלץ לפרוש), אך מייד לאחר-מכן נפטר אלסמיר והרוחות נרגעו. וכך, כבר בשנת 1617 היה ברור לכל שההלכה שקבע קוק היא המחייבת - Ibid, at pp. 125-126. לדוגמה נוספת למקרה שנעשה בו שימוש בצו זה על-מנת לזכות ביתרון דיוני הנוגע בטענה של היעדר סמכות שיפוט, ראו: E. Jenks "The Prerogative Writs in English Law" 32 *Yale L. J.* (1923) 523, 525.

לשם הבנת מקומו של בג'צ במסגרת יריבות מוסדית זו יש להידרש שוב לשאלת זהותם של הצווים הפררוגטיביים. לשם כך יש לחשוף באופן מלא יותר את הפוטנציאל שהיה טמון בהם; כך יתגלה שלא דווקא - או לא רק - שמירה על זכויות אורה עמדה בסיסם. עמידה על מקורם ההיסטורי של אותם צווים שהייקרפט טרח להדגישם יותר ואחרים בטויות שכתב<sup>187</sup> תראה את זיקתם ההדוקה לעניינים של סדרי בתי-משפט. נקל להדגים את הדבר כאשר מדובר ב־Prohibition. מלכתחילה נועד צו זה לשמור את ערכאות השיפוט השונות ברתבי הממלכה בתחומן. כך, למשל, במאה השלוש-עשרה נעשה בו שימוש רב במטרה למנוע את בתי-הדין הכנסייתיים מלהרוג מגבולות סמכותם ולעסוק בעניינים לא-להם.<sup>188</sup>

באשר לַצִּו ה־Certiorari, המלומד האנגלי הנוודע de Smith מציג את התיאוריה שעמדה במקור - בימים שבהם המלך עצמו שפט עדיין - בבסיס הצו באמצעות פסק-דין קנדי משנת 1915, שבו נאמר: "התיאוריה היא שנעשתה פנייה לריבון על-ידי אחד מנתיניו בטענה שנעשה לו [לנתין] אי-צדק על-ידי בית המשפט נמוך; כתוצאה מכך, הריבון, האומר שברצונו להיות משוכנע בדבר (he wishes to be certified), מצווה שהפרוטוקול [ומסמכים] כדומה יועברו לבית המשפט שבו הוא יושב."<sup>189</sup> השופט זילברג היטיב לתמצת את מהלך הדברים במידוך המאות: "המוסד האנגלי צרטיוררי (צו-בירור) הינו מוסד עתיק יומין, ומקורו נעוץ בשאיפתו הירועה של 'בית המשפט המלכותי' - ה־King's Bench - לעשות עצמו פטרון ומפקח על כל בתי המשפט הנמוכים. תחילה היה בית המשפט זה מוציא את הצו - או: כתב (writ) - רק כנגד בתי המשפט נמוכים שהם 'בעלי רשומות' (Courts of Record), אך לאחר מכן הורחב גבולו על בתי המשפט נמוכים

187 ראו בעיקר לעיל סקסט להערה 141. יש לזכור כי הגם שסעיף 6 לפקודת בתי המשפט, 1924, אינו מונה במפורש את כל הצווים הפררוגטיביים, מקובל לומר שסימן 43 - העומד במדרג נורמטיבי בכיר ממנו - מכיל את כולם. ראו לעיל סקסט להערה 52 והערה 142.

188 N. Adams "The Writ of Prohibition to Court Christian" 20 *Minnesota L. R.* 272 (1936). על רקע זה ניתן להבין את המובאה הבאה המתייחסת למאה השלוש-עשרה: "[The writ was] originally used by the King to acquire jurisdiction for his courts... Its aspect was obviously political rather than judicial, emphasis being placed at this time strongly upon the enforcement of the King's prerogative. Benefit to the oppressed individual was incidental." Note 36 *Harv. L. R.* (1923) 863. לאמור יש חשיבות מעשית נתונה בסיפא לציטוט: על הכף עומדת, למשל, השאלה אם יש חובה להצביע על נזק שנגרם לעותר לשם מתן הצו. עוד יושלם שכמוכּוּן, גם לצו שאינו נזכר כאן - Mandamus - היה תמיד תפקיד חשוב - הפוך - בהקשר זה, שכן הוא שימש למתן הוראה לבית המשפט "נמוך" לדון בעניין הנתון לסמכותו אף שסבר כי אין בסמכותו לעשות כן; de Smith, *supra* note 53, at p. 51.

189 de Smith, *ibid*, at p. 46 (הציטוט הוא מתוך: R. v. Titchmarsh (1915) 22 D.L.R., at pp. 277-278, 272).

יש להתעכב עוד על נקודה זו: ברגיל, על-פי שיטת המשפט האנגלית, ההלכה המשפטית היוצאת מבית המשפט העליון מחייבת את כל ערכאות השיפוט ללכת בתואי שסומן על-ידי בכירי השופטים. זהו עקרון התקדים המחייב. מובן שלשם הפעלתו של העיקרון, נדרש שכל השופטים יידעו את אותן הלכות מחייבות; חשוב מכך, עליהם לדעת את העיקרון וכיצד פועלים על-פיו. עמדנו כבר על הערכתם הנמוכה של בנטוויץ' ושל היקרפט לדמתם של השופטים המקומיים. עדויות לכך מפוזרות לכל אורך הפרק הקודם. ניתן להוסיף לכך את דבריו של סמואל בחודש אוקטובר 1922, כי לשופטים המקומיים אין כל ידע במשפט האנגלי "ורבים מהם אינם מסוגלים להבין ספר משפט אנגלי".<sup>196</sup> מכאן מובן ההיגיון שבהבטחת יכולת של התערבות ישירה של בית המשפט העליון במעשיהן של כל ערכאות השיפוט, שכן אין די בהכתבה, העשויה ליהפך להסרת תוקף, על דרך של קביעת ההלכה. לכן ייתכן אומנם שהמבנה שהציע היקרפט לא היה אלגנטי, אך היו שחשבוהו לחיוני בשל תוויה הייחודיים של מערכת השיפוט המקומית, שהראייה ההיררכית הסדורה לא מיצתה כלל את מורכבותה (וזאת אף מבלי להכניס לתמונה את מערכת השיפוט בענייני המעמד האישי). הלא, לפחות לידים של הבריטים, התקיימו במערכת בתי המשפט בארץ הן החלוקה בין דרגות בתי המשפט והן ההבחנה בין היליד לבין הבריטי.<sup>197</sup>

בהקשר זה יש להזכיר נקודה מסוימת שנוסחה של דבר-המלך ושל פקודת בתי המשפט, 1924, אינו מסגיר:<sup>198</sup> על-פי היקרפט, פיקוח בגיץ היה עתיד להיעשות, אם נעמיד דברים על דיוקם, על-ידי זקן השופטים ושופט בריטי נוסף; כחוט-השני עוברת בהצעות החקיקה שהפיק היקרפט הדרישה שזקן השופטים יהיה חבר קבוע במושב בגיץ, אך אין דרישה קטיגורית כזו ביחס לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים. עוד יש להדגיש כי בעת שנערכו טיוטות החקיקה, נעשה ניסיון להציב הגנה על כל רוחבה של גזרה זו של ניהול מערכת השיפוט, כפי שנוסחה של פקודת בתי המשפט מלמד. וכך, אפילו הסעיף הדומיננטי ביותר כיום, זה הדין בפיקוח על מילוי תפקיד ציבורי על-פי דיין (סעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה), מקבל כעת תוספת משמעות, שכן הנוסח המובא על-ידי היקרפט (וזוה הנוסח המופיע בפקודה משנת 1924) קובע שהצו של בית המשפט יחייב את פקידי הציבור "to do or refrain from doing certain acts". אין זה מרחיק לכת לקשור נוסח זה למאמצים להדוף נסיונות פלישה - בעיקר פלישה נקודתית, הנוגעת

שיובילו לצמיחתה של תנועה סיבובית הולכת ומתהדקת. בהתבסס על הדיון במאמר זה ניתן לומר בצורה כללית יותר שלתוך יסודות בגיץ נוצק התמריץ לקראת הריכוזיות ששחר מדבר עליה.

196 הציטוט הוא ממכתב ששלח סמואל לצ'רצ'יל ביום 30.10.22; ג"מ, ארכיון המזכירות הראשית, חטיבה 2, מיכל 8/מ, תיק 223.

197 למען שלמות התמונה יודגש כי מובן שגם השופטים הבריטיים לא היו עשויים עוד אחד, אפילו לא קומץ השופטים הבריטיים בבית המשפט העליון. ראו בהרחבה: Likhovski, *supra* note 18.

198 ראו לעיל הערה 165.

הממלכה. כפי שראינו, בבסיס הצווים האלה עמדו הן המחויבות (האישית) של הריבון לשלום נתיניו והן רצונו לבצר את סמכותו כלפי כל מי שמפעיל סמכות שיפוט העשויה להתחרות בסמכות שיפוטו. אם כך, האינטרס "האישי" של בית המשפט המלכותי נלווה תמיד לצווים הפרורוגטיביים. כך גם בארץ-ישראל.

ברור עם זאת כי אין כוונת הדברים להציג פרשנות אולטימטיבית ובלעדית. אמת, נראה שיש באותו סימן 43 גם את ניצני הפיקוח רבי-העוצמה על מעשי מנהל. אחת ממטרותיו של הדיון כאן היתה להבליט יסוד נוסף בעבודת בגיץ, יסוד שאינו דומיננטי עוד, שכן כיום אין בגיץ שש לדון בהכרעותיהם של שופטי בתי המשפט "הרגילים" או בהחלטות מנהליות שלהם, הגם שהוא מקפיד להצהיר על סמכותו לעשות כן במקרה המתאים.<sup>193</sup> הערער, שאינו מגיע תמיד עד לבית המשפט העליון,<sup>194</sup> מהווה, כמובן, את דרך-המלך לפיקוח פנימי על ערכאות השיפוט. בתקופת המנדט, כאשר כיהנו גם "ילידיים" כשופטים בערכאות השונות, היה קל להצביע על הצורך בקיומו של שסתום ביטחון בדמות אפשרות הדיון בבגיץ בהחלטות של כל ערכאות השיפוט, זאת במקביל למסלולי הערעור הרגילים.<sup>195</sup>

193 זאת למרות לשונו של סעיף 15(ד)(3) לחוק-יסוד: השפיטה (ולשונו של הסעיף שקדם לו, סעיף 17(ב)(3) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957), ראו בגיץ 206/59 גילה נ' שופט השלום, ירושלים, פ"ד יד(3) 1709; בגיץ 583/87 יהושע הלפרין נ' כב' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מא(4) 683; ובגיץ 6654/98 הלפרין אפרים נ' פקיד הבחירות לעיריית הרצליה, פ"ד נב(5) 348.

194 חלקו הראשון של סימן 43 מדבר אומנם במפורש על פקודה עתידית שתסדיר את פעולתו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים, אך נקבע בו כי כפוף לכל פקודה שכזו, יוסמך בית המשפט "to hear appeals from all judgments given by the District Court in first instance...". משמע, על פניו, ככל שמדובר בדבר-המלך, פסקי-דינו של בית המשפט המחוזי בערעור אינו ניתן לערעור נוסף לבית המשפט העליון. כן ראו לעיל טקסט להערה 160, אך ראו גם "י שחר" משכן כמשפטו מחקרי משפט יט (תשס"ג) 397, 401.

195 אכן, קיים מתח בין טיעון זה לבין רוח דבריו של שחר. שחר מדבר על "תנועת הפיתול הסיבובית ההולכת ומתהדקת עם חלוף השנים, ומציבה את קולו ההגמוני של בית המשפט העליון כקול יחיד במעגליה השונים של מערכת המשפט הישראלית כולה". ובהמשך הוא אומר: "פשיטא שהופרה כוונת המייסדים ונפרצו הגבולות, ואין לנו אלא מערכת שיפוט אחת בישראל, ובראשה קודקוד יודעי-כל, שקולו אחד וכוחו אחד על כל המשפט כולו." (שם, בע' 400, 404.) בית המשפט של היקרפט הוא נקודת-המוצא, בעוד ששחר מציג נקודה מאוחרת הימנה. בניגוד לעמדה ששחר מציג, מתברר כי בין השתיים מתקיים יסוד משותף. במה דברים אמורים? אם נראה בהייקרפט - כראוי - את אחד "המייסדים", דומה שניתן לומר עתה ביחס אליו כי הוא ראה את עצמו ואת בית המשפט שבראשו עמד כ"קודקוד יודעי-כל". למעשה, לאור התזה המוצגת כאן, אין דבריו של שחר אמורים להפתיע אותנו. ראינו שהייקרפט טרח טרחה רבה לרוע את הורעים

לבסוף, לנוכח כל האמור, נדרשת הבהרה: חשוב להוסיף למסגרת הדיון כאן עקרון יסודי משפטי המונח בבסיסה של מערכת המשפט בארץ, המובע בממרה הלטינית "*nemo iudex sine actore*", שניתן לתרגמה: בהיעדר מתדיין, אין שופט.<sup>205</sup> במילים אחרות, על מתדיין להביא את תלונתו לפני בית המשפט על-מנת שהשופט יוכל להפעיל את סמכותו. כאן מוצב גבול ברור ומוחשי לכוחו של בג"צ - ככל בית משפט - וכך גם לכוחם של הצוים הפרוגטיביים. אכן, אין להבין מהאמור עד כה שבבסיס ההצעה להקים את בג"צ עמדה כוונה ליצור זרוע ביצועית שבכוחה לזוּם במידה רבה את מהלכיה. העובדה שפיקוח בג"צ מותנה בהגשת עתירה מקשה עליו אומנם להפעיל את הסמכות שבידיו, אך בה-בעת טמנה עובדה זו בחובה כמה יתרונות מנקודת-המבט הבריטית. בעיקר היה בה כדי להפוך את פיקוח בג"צ לחסכוני. ייתכן שהיה בכך כדי להקל על פקידי משרד המושבות לקבל את הצעתו המקורית של הייקרפט (זו מיום 1.10.21), שהתרכזה בפיקוח בג"צ על בתי המשפט בארץ. יש לזכור כי המבנה שהציע הייקרפט פתח פתח להטלת פיקוח אפקטיבי למדי על בתי המשפט ברחבי הארץ; פיקוח שלא דרש את הקמתה של יחידה ביצועית-מפקחת יקרה ובזבזנית (למשל אגף ב"משרד המשפטים"), אלא היה מבוסס על עתירתם של בעלי דין לבג"צ.

#### ה. במקום סיכום: דברים שרואים משם

מה עומד אס-כ"ן מאחורי מלותיו, הסתומות במידה רבה, של חלקו השני של סימן 43 לדבר-המלך? מסתבר שבירור מעמיק של שאלה זו חייב אותנו להתייחס בכובד-ראש לגיתוח הטקסטואלי, משמע לערוך עיון קונטקסטואלי מעמיק.<sup>206</sup> כאן נעשה ניסיון ללכת בדרך זו. כך התאפשר לנו להתוודע לאנשים שהקימו את בג"צ ולהציע מה הניע אותם לכך. בהתבסס על דיון זה, ולצידו, נערך ניתוח מוסדי שהתמקד במאפייניו של בג"צ כמוסד שיפוטי בעל נגיעה בענייני מנהל.<sup>207</sup> ניתוח זה הצביע על הבעייתיות הטבועה בסיטואציה השיפוטית הפרדיגמטית - כזו המוכרת, למשל, במשפט הפרטי - אך חשוב מכך לענייננו: הוא הדגיש את הקושי הכרוך בגיהול סכסוך בין הפרט לבין השלטון בין כותלי בית משפט בימים ההם ובזמן הזה.

205 ראו: M. Cappelletti *The Judicial Process in Comparative Perspective* (Oxford & New York, 1989) 32.

206 ראו: Kramer, *supra* note 85.

207 יוער כי החומרים ההיסטוריים שהוצגו לעיל מהווים כר נרחב אף לעריכת ניתוח ביקורתי ממוקד ברוח פוסט-קולוניאליסטית (תוך הצבעה, למשל, על עדויות ליחסי הידע/כוח ששררו בוירה הקולוניאליסטית הארצישראלית ועל ההסדרוגניות ששרדה במקביל לכך בקרב הפקידות הבריטית השלטת (ראו להלן הערה 209)). על-ימנת לא להתפרש יתר על המידה, לא נערך כאן ניתוח כזה. למעשה, סיפור המעשה שהוצג במאמר עשוי הוא עצמו לעורר ביקורת כזו (השונות בקרב ציבור "הילידים" אינה נזכרת כאן כמעט, למשל).

במקרה המסוים - לתחומה של הרשות השופטת. בהסתמך על הוראה זו עסק בג"צ בכבודו ובעצמו בעתירות הנוגעות בהוצאתן לפועל של החלטות שיפוטיות, ויודגש - ביניהן גם החלטות שהתקבלו בבתי-הדין הדתיים.<sup>199</sup> לכאורה, הוצאתה לפועל של החלטת בית-משפט הינה מעבר לתחומה. מעתה יש לבצע את ההחלטה על-ידי פקידים המיומנים לכך, שבידיהם מופקד אחד ממבחניה החשובים ביותר של כל מערכת שיפוט: מה תוקף יש להחלטותיה?<sup>200</sup> מכאן נלמדת השאיפה לקיומה של ביקורת שיפוטית על הליך זה. ייתכן שהיה ניתן להסתפק לשם כך בהצבתם של שופטים בראש משרדי ההוצאה-לפועל - דבר זה נעשה בצו של הנציב העליון שהוצא באוגוסט 1924, שבו מונו נשיאי בתי המשפט המחוזיים לתפקיד "Chief Execution Officers".<sup>201</sup> האופן שבו הובנתה סמכות בג"צ הבטיח כי יהא אשר יהא מי שימונה לתפקיד זה, הוא יעמוד למבחן בג"צ.<sup>202</sup> יש להעיר עוד שניסוחו של הייקרפט חורג מגבולו של צו המנדמוס: זה האחרון הינו צו עשה, ואינו צו-מניעה,<sup>203</sup> ובכל-יזאת פקודת בתי המשפט כורכת את השניים גם יחד, כפי שראינו זה עתה. אכן, פרטי הסדר שהתקבל (וקל וחומר, פרטי הסדרים שהציע הייקרפט) היו אף מעבר לתחומם של הצוים הפרוגטיביים.<sup>204</sup>

199 הפיקוח על הוצאתם לפועל של החלטות בתי-הדין הדתיים מקורו בסימן 56 לדבר-המלך, שקבע: "The judgment of the Religious Courts shall be executed by the process and offices of the Civil Courts." מובן שכאן נפתח פתח לביקורת רחבה (גם) על מהלכי בתי-דין אלה - ראו המ' 10/55 חברת הישוב בישראל בע"מ נ' שדמון, פ"ד ט(1) 646. נקודה זו מלמדת כי העובדה שבתי-הדין הדתיים זכו בדבר-המלך באוטונומיה (יחסית) אינה בעייתית מבחינת התזה המוצגת כאן, שכן הדגש מושם בעצם אפשרות הפיקוח על ערכאות השיפוט השונות ש"מתחת" לבית המשפט העליון, שעמן נמנו אף בתי-הדין הללו. לעניין זה ראו גם את סימנים 47 ו-51 לדבר-המלך.

200 ראו שטרית "התפתחויות בדיני חוקה", לעיל הערה 44, בע' 578-579.

201 הצו מ-26.8.24 מופיע בקובץ בנטוויץ', לעיל הערה 8, כרך שני, בע' 447.

202 יצוין שעל-פי לשונו של סעיף 18 לפקודת בתי המשפט, 1924, שמכוונו מונו נשיאי בתי המשפט המחוזיים לתפקיד האמור, אין זה הכרחי שדווקא הם יאחזו בתפקיד. הסעיף קובע כך: "It shall be lawful for the High Commissioner to nominate some person who shall be charged with the execution of the orders of the Courts hereinbefore referred to, and in default of any such appointment, such duties shall be discharged in each district by the District Commissioner thereof".

203 זמיר "סמכותו של בג"צ", לעיל הערה 5, בע' 231-232; Holdsworth, *supra* note 53, at p. 229.

204 וכן גם הוצאת צווי ברור לכתימת שופטים מחוזיים, שהם בתי-משפט "גבוהים": זמיר, שם, בע' 233, 245, 256. נקודה זו מחלישה את סברתו של זמיר במאמר זה כי "אפשר אמנם שכל כוונתו של המחוקק בסימן 43 היתה להסמיך את בג"צ לדון בבקשות לצווים אלה [צווים פררוגטיביים]" (שם, בע' 231 וראו גם, למשל, בע' 250).

"But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department *the necessary constitutional means and personal motives* to resist encroachments of the others. The provision for defense must in this, as in all other cases, be made commensurate to the danger of attack. *Ambition must be made to counteract ambition.* The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place. It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the abuses of government. But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature?"

אכן, העיון בתקופה שבה נהגה סימן 43 ובמקורותיו הציג לפנינו מציאות מוסדית אחרת מזו המוכרת לנו כיום, מציאות שבה היה ניתן לחשוב על מוסד כבג"צ מבלי לחשוב מייד על הגנה על זכויות האזרח דווקא. דומה שהתעלמות מפער זה היוותה את המכשלה העיקרית שניצבה לפני אלה שניסו לתת פשר להקמת בג"צ או לתווים מסוימים בדמותו. בחינת המקורות הראשוניים העלתה לפנינו פרשנות בעלת דגש שונה מזו המקובלת לסימן 43 לדבר-המלך, פרשנות שיש בה כדי להביא לידי ראייה חדה יותר של מהות המוסד גם בימינו. במלה, פרשנות זו הדגישה את מקומו של בג"צ במנהל מעגלות הצדק. הקריאה המוצעת כאן מבהירה את עובדת קביעתה של הערכאה המפקחת כאגף בבית-המשפט העליון. אך מעל לכל, היא באה להדגיש את הקול הכפול הבוקע מבג"צ בהקשרנו, קרי את עובדת היותו בעל סמכות פיקוח, מעל ומעבר לתחום הערעור, כלפי כלל מוסדות השיפוט, ובמקביל לכך את היותו בעל כוח בלימה כנגד התערבות מנהלית חריגה בשגרת יומם של בתי-המשפט. המחשה להלך מחשבה זה ניתן למצוא בעובדה שבג"צ במדינת-ישראל הוא שעסק בחוקיותו של הסכם קואליציוני שקבע מנגנון לקבלת חוקים "עוקפי בג"צ".<sup>208</sup>

מה עוד ניתן לומר על הדרך שבה סופר סיפור הקמתו של בג"צ על-ידי משפטנים שונים? נקודה מעניינת היא כי עולה מדבריהם שהשלטון הור, הוא "המחוקק", היה עשוי מקשה אחת. אין רמז לקיומן של יריבויות בין מוסדותיו ובין פקידי הבריטיים. המשחק נתפס כמשחק בין "הבריטיים", כקבוצה אחת, נגד "הילידים".<sup>209</sup> מגישה פשטנית זו צומחת תמונה שטחית של תקופה מורכבת. קל להבחין בכך בעת הדיון במוסד מורכב כבית-המשפט העליון, שבו יכלו שופטים "ילידים" לא רק להעביר תחת שבט ביקורתם החלטות של שופטים בריטיים, אלא אף החלטות של פקידי ממשל בריטיים.

חשוב מכך, מדיון זה בכוונת המחוקק הקונקרטי עולים בצורה מוחשית חולשותיו ומעמדו הבעייתי של בית-המשפט – כל בית-משפט, תחת כל שלטון, וקל וחומר בית-משפט הבוחר מעשי מנהל. בה בעת הוצגו כאן האמצעים שיש בידי בכירי השופטים במדינת-ישראל לנקוט על-מנת להתמודד עם מכשלות אלה, זאת כל עוד תישמר המסגרת הנתונה. אכן, המנגנון שגיבש דבר-המלך כלל בתוכו מבנה מפותח למדי להגנה (יחסית, בהחלט לא-מוחלטת) על מערכת השיפוט. בכך ניתן ביטוי לאבחנתו הגאונית של אחד מהאבות המייסדים של ארצות-הברית, ג'יימס מדיסון (Madison), שכתב כך לקראת סוף המאה השמונה-עשרה על מימוש העיקרון של הפרדת הרשויות:<sup>210</sup>

208 בג"צ 5364/94 ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758.

209 לחובסקי מציין כי "רבים מהמחקרים החדשים העוסקים בקולוניאליזם מתעלמים מהסדרונגיות של שכבת השליטים הקולוניאלית": לחובסקי, לעיל הערה 106, בע' 93. ראו גם: B. Ashcroft and P. Ahluwalia *Edward Said* (London, 2001) 79–80; L. Gandhi *Postcolonial Theory: A Critical Introduction* (NY, 1998) 79, 154–155.

210 The Federalist No. 51 (J. Madison) (C. Rossiter ed., 2000) 331 (emphasis supplied).