# יובל לבית המשפט העליון בישראל
## בית המשפט בין שועל לקיפוד

עלי מ' זלצברגר

א. מבוא ◆ ב. הביוגרפיה האישית והקולקטיבית של בית המשפט העליון בישראל בפרספקטיבה של יובל ◆ ג. בית המשפט העליון – מקיפוד לשועל ◆ ד. בית המשפט העליון – משועל לקיפוד ◆ ה. הערות סיום על תפיסת תפקידו של המשפט הישראלי והמעבר משועליות לקיפודיות

### א. מבוא

המשורר היווני ארכילוכוס כתב לראשונה על השועל והקיפוד (בתרגום חופשי): "השועל יודע הרבה דברים אך הקיפוד יודע דבר אחד, ובגדול". מלומדים מתווכחים על הפרשנות הנכונה של מילים עמומות אלו. פרשנות זו יכולה להיות לא יותר מאשר שהשועל, על כל תכונותיו ומעלותיו, מובס על ידי ההגנה היחידה והאפקטיבית של הקיפוד – דוקרניו. במסה המפורסמת שלו משנת 1953, השתמש הפילוסוף ישעיהו ברלין במשל היווני הזה לפרשנות מרחיבה ולתובנה חדשה.[1] הוא ביקש לתת למילים של ארכילוכוס משמעות שמסמנת את אחד ההבדלים העמוקים ביותר שמתגלע בקרב כותבים והוגים, בינם לבין עצמם, ובקרב בני אדם בכלל. ברלין טען, כי קיים הבדל משמעותי בין אלה שמייחסים הכול לחזון אחד מרכזי, למערכת קוהרנטית ואורטיקולרית אחת שבמסגרתה הם ממקמים את מחשבותיהם ורגשותיהם; עיקרון ארגוני יחיד ואוניברסלי שחולש על המשמעות של מה שהם ומה שהם אומרים, מול אלה שפועלים להשגה מטרות רבות ושונות, שלעתים אינן קשורות זו לזו ואף מנוגדות זו לזו. ברלין השתמש בהבחנה זו כדי לחלק את הסופרים הרוסיים לשועלים וקיפודים. קיפודים, הוא כתב, הם יוצרים שמשייכים הכול לעקרון־על אחד, חובק כול. שועלים מזהים ומכירים מגוון של דברים מבלי לאלץ אותם לעיקרון אוניברסלי אחד.

* המחבר הוא מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה.
** חודחי לנעמי הררי על הסיוע במחקר ולמערכת "מחקרי משפט" על ההערות המועילות.

1 I. Berlin *The Hedgehog and the Fox – An Essay on Tolstoy's View of History* (New York 1953); י' ברלין *הקיפוד והשועל* (י' רשפים (מתרגם), ירושלים תשל"ט).



nevo.co.il

דוסטוייבסקי, אליבא דברלין, היה קיפוד. פושקין – שועל.[2] ברלין הציע להשתמש במיון זה לא רק לסופרים אלא להוגי דעות באופן כללי ואפילו לפוליטיקאים. בביוגרפיה המרתקת של ישעיהו ברלין (שנפטר ב־1997), שפירסם לאחרונה מייקל איגנטייף, מנתח איגנטייף את ברלין עצמו כשועל שרצה להיות קיפוד, כשועל שהיו לו כמה רגעים קיפודיים.[3]

במסה קצרה זו אנסה לבחון את ההיסטוריה האישית והקולקטיבית של בית המשפט העליון שלנו במסגרת הדיכוטומיה ה"ברלינית". לאחר סקירה ביוגרפית יבשה למדיי, אטען כי ניתן להצביע על פרדוקס מעניין: מצד אחד, חל שינוי בתפיסת המשפט על ידי בית המשפט העליון, שינוי שזכה להתייחסויות וניתוחים לא מעטים, מתפיסה צרה לרחבה. מצד אחר התרחש שינוי בכיוון ההפוך בביוגרפיות האישיות ובתפיסות החיים של שופטי בית המשפט העליון, שינוי משועליות לקיפודיות. אני מצר על שני השינויים (השני הוא אולי בלתי נמנע, הראשון אינו כזה) ועוד יותר על השילוב שלהם, כפי שאטען בסיום המסה.

## ב. הביוגרפיה האישית והקולקטיבית של בית המשפט העליון בישראל בפריזמה קטיבה של יובל

בגיליון הראשון של ביטאון אגודת הבוגרים של האוניברסיטה העברית בירושלים מ־1996 מוצג פרופיל של שופטיו המכהנים שלי בית המשפט העליון.[4] בעל המאמר ועורכי כתב העת מתגאים בכך שכל השופטים המכהנים בבית המשפט העליון, למעט חריג בודד, הם בוגריה של האוניברסיטה העברית. אין ספק כי זה מקור גאווה ראוי לאוניברסיטה העברית. אינני בטוח אם ניתן לומר את אותו הדבר לגבי החברה הישראלית בכלל. אכן, הפרופיל הזה של בית המשפט העליון שלנו, למרות הפנים הנשיות והמזרחיות, שלא היו מנת חלקו של ההרכב הראשון של בית המשפט ב־1948, מפתיע בהומוגניות שלו, והוא הפך עוד ליותר הומוגני מאז פרסום הכתבה בביטאון האוניברסיטה העברית, שכן אפילו החריג הבודד כבר נעלם, למעשה, מן האולמות היפים בקריית הממשלה.[5]

להלן מספר פרטים ביוגרפיים על הרכבו הנוכחי של בית המשפט העליון. אחד עשר משנים עשר השופטים המכהנים במינוי קבע בבית המשפט העליון כיום הם ילידי שנות השלושים, תשעה מהם ילידי 1933-1936.[6] קשיש השופטים הוא השופט יעקב קדמי, יליד 1930, וצעירת השופטים היא דורית בייניש, נשיאתו הבאה של בית המשפט (על פי המנהג כי

2 *שם*, עמ' 10.

3 M. Ignatieff *A Life: Isaiah Berlin* (London 1998), p. 173

4 כתבתו של א' חכם *תואר – בטאון אגודת הבוגרים של האוניברסיטה העברית בירושלים*, גיליון מס' 1 (ינואר 1996), עמ' 13-14.

5 מדובר היה בשופט (בדימוס) ג' בך, שמיים את לימודיו המשפטיים בלתדון. השופט בך סיים את כהונתו בשנת 1997.

6 הפרטים הביוגרפים על הרכבו הנוכחי של בית המשפט העליון לקוחים מספרי *מי זמי בישראל*, וכן מספרו של י' יצחק *מחלקה ראשונה תשנ"ח-1998* (פתח תקוה 1998).

השופט בעל הוותק הגדול ביותר מתמנה לנשיא בית המשפט עם פרישתו של הנשיא המכהן), היחידה שנולדה קצת אחרי שנות השלושים (1942). הגיל הממוצע של שופטי בית המשפט העליון הנו שישים וחמש. כך בדיוק גם הגיל החציוני. חמישה מהשופטים הם ילידי הארץ – אליהו מצא, יעקב קדמי, יעקב טירקל, דוריה ביניש ומישאל חשין (חשין נולד, למעשה, בביירות, אך היה זה במהלך ביקור משפחתי קצר). כל השופטים האחרים למעט אחד, השופט יצחק אנגלרד, עלו לארץ בגיל צעיר ואת שנותיהם הפורמטיביות – בית ספר תיכון וחינוך אוניברסיטאי – עברו כאן. מעניין לציין כי בין אלו שאינם ילידי הארץ, שלושה הם ילידי פולין – תאודור אור, טובה שטרסברג־כהן ויצחק זמיר, שניים ילידי ארצות אחרות במזרח אירופה – אהרון ברק, יליד ליטא ושלמה לוין, יליד לטביה. שני החריגים מבחינת ארצות מוצא הם יצחק אנגלרד, יליד גרמניה ודליה דורנר ילידת טורקיה (למשפחה ממוצא גרמני).

עוד יותר מעניין לציין, כי כל השופטים רכשו את השכלתם המשפטית באוניברסיטה העברית, למעט השופט מצא שלמד בשלוחת תל אביב של האוניברסיטה העברית. רובם המכריע למד משפטים בלבד. שבעה מהשופטים הם בעלי רקע של שיפוט בערכאות נמוכות יותר, שישה מהם כיהנו בבית המשפט העליון במינוי בפועל לפני מינוי הקבע לבית המשפט. חמישה הגיעו לשיפוט היישר לבית המשפט העליון מהאקדמיה המשפטית או מהשירות המשפטי של המדינה.

בניגוד להרכבו הקיים של בית המשפט העליון, הרכבו הראשון של בית המשפט, שאושר בהצבעה חשאית של מועצת המדינה הזמנית בתודש יולי 1948, היה מגוון ואפילו ססגוני.[7] נשיאו הראשון של בית המשפט העליון, משה זמורה, היה יליד 1888 מקניגסברג שבפרוסיה המזרחית, למשפחה שמוצאה באוקראינה. השכלתו ייצגה את הסינתזה היהודית־הגרמנית של רבים מבני דורו. הוא למד במספר אוניברסיטאות גרמניות – קניגסברג, פרנקפורט על המיין (שבהן למד שפות שמיות הודות לזיקתו המוקדמת לציונות ולעברית), וכן ברלין והיידלברג (שבהן למד משפטים). הוא קיבל תואר "דוקטור למשפטים" בברלין ב־1911. זמורה שירת, כמוהו כפנחס רוזן – שר המשפטים הראשון, בצבא הגרמני במלחמת העולם הראשונה, ולאחר המלחמה עבד כעוזר משפטי בברלין. זמורה הגיע לפלשתינה ב־1921, רוזן ב־1922. הם היו שותפים במשרד עורכי דין מהבולטים בארץ, רוזן בסניפו התל־אביבי וזמורה בסניפו הירושלמי. זמורה היה חבר במפא"י ויועץ משפטי של ההסתדרות הכללית. מכיריו העידו על אהבתו לשירה, גרמנית כעברית: גתה, ביאליק, רחל.[8]

7 הפרטים הביוגרפיים על שופטי הדורות הראשונים לקוחים מהמקורות הבאים: P. Cornfeld (ed.) *Palestine Personalia 1947* (Tel Aviv 1947); *Who's Who 1968* (Tel Aviv 1968); I.J. Carmin Karpman (ed.) *Who's Who in World Jewry: A Biographical Dictionary of Outstanding Jews* (Tel Aviv 1972); י' בן־זאב (עורך) *מי ומי בירושלים: אישים בבירה* (ירושלים תשכ"ה); *מי ומי בישראל* (תל אביב תשל"א); א' רובינשטיין *שופטי ארץ: לדאשיתו ודמותו של בית המשפט העליון בישראל* (ירושלים תשמ"א); וכן מספרי הזיכרון ומן הרשימות האוטוביוגרפיות המפורטות בהערות השוליים שלהלן.

8 לפרטים ביוגרפיים נוספים, ראו: י' בר שירה "משה זמורה ז"ל" *הפרקליט* יח, חוברת 4, עמ' 96א.

בין חמשת שופטיו הראשונים של בית המשפט העליון, שמונו פחות או יותר על פי מפתח פוליטי, בלי חידות ומק"י,[9] היה "יקה" נוסף,[10] מנחם דונקלבלום, אשר נולד ב־1889 בקרקוב, או בגליציה האוסטרו־הונגרית, ולמד באוניברסיטאות קרקוב וינה ואחר כך גם בהולנד. דונקלבלום בא לפלשתינה ב־1920, היה מקורב לציונים הכלליים וכיהן כיועץ משפטי להנהלת התנועה הציונית ולעיריית תל אביב. יצחק אולשן, השופט השלישי בהרכבו הראשון של בית המשפט ונשיאו השני של בית המשפט, נולד בקובנא שבליטא ב־1895, עלה לארץ לבדו בגיל שש עשרה ממגיעים ציונים, סיים לימודיו בגימנסיה הרצליה ונסע ללמוד מדעי החברה ומשפטים בלונדון. הוא היה מזוהה עם מפא"י. שניאור זלמן חשין, השופט הרביעי בהרכבו הראשון של בית המשפט וצעיר המינויים היה יליד הארץ (1903), שלמד משפטים בניו יורק. בתקופת המנדט הגיע לכהונת שופט בית המשפט המחוזי בתל אביב.[11] תצלע החמישית בהרכב היה חפרופסור הרב שמחה אסף. אסף לא היה משפטן. הוא היה מרצה וחוקר נערץ במדעי היהדות באוניברסיטה העברית, יליד רוסיה הלבנה ב־1889. מינויו להרכב הראשון של בית המשפט היה תוצאה של לחץ המפלגות הדתיות, והוא לא עבר ללא התנגדויות.[12] הגיל הממוצע של ההרכב הראשון של בית המשפט העליון ב־1948 היה חמישים וחמש. גיל ממוצע זה אפילו ירד עם המינויים של שנות החמישים, אך הוא החל לעלות שוב בשנות השישים, עד התייצבותו על הממוצע היום, של שישים וחמש שנים בקירוב בשנות השבעים. מכיוון שגיל הפרישה הסטטוטורי מהשפיטה הנו שבעים, הרי ששופטי בית המשפט בדורות הראשונים כיהנו בממוצע כעשר שנים יותר משופטי ההרכב הנוכחי של בית המשפט העליון.

המינויים הבאים, או התוספות הראשונות, לבית המשפט העליון לא היו מזוהים עוד עם מפלגות פוליטיות, אך בחצי היובל הראשון של המדינה נשמר מאזן סמוי בין חניכי האסכולה האנגלו־אמריקנית לבין חניכי האסכולה הגרמנית, ומתקבל אפילו הרושם שהאיזון לא היה

9 בין שמות המועמדים להרכב הראשון של בית המשפט דובר גם בעורך דין ד"ר א' וינשל, שזוהה עם המפלגה הרוויזיוניסטית. מועמדותו נגילה בסופו של דבר ולא ברור אם הסיבה המכרעת לכך היתה סירובו או התנגדות הממסד הפוליטי למינוי. ראו: רובינשטיין, לעיל הערה 7, עמ' 63-65.

10 להגדרת המונח "יקה" ואופן השימוש בו, ראו: ש' אראל *ה"יקים" – חמישים שנות עליה* (תרגם מגרמנית ד' קווסטלר, ירושלים תשמ"ז). על היקים בכית המשפט העליון והשפעותיהם הגלויות והסמויות על תורת המשפט הישראלית, ראו: ע' זלצברגר ופ' עוז־זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית המשפט העליון" *עיוני משפט* כא (תשנ"ח) 259.

11 במקור, היתה כוונה למנות להרכב הראשון את שופט בית משפט השלום בחיפה, ש' אגרנט, אך הוחלט שלא "להקפיץ" את השופט אגרנט מבית משפט השלום היישר לבית המשפט העליון, ולהעדיף את מינויו של חשין שכיהן בבית המשפט המחוזי. ראו: P. Lahav *Judgement in Jerusalem – Chief Justice Simon Agranat and the Zionist Century* (University of California Press 1997), ch. 3; וכן פ' להב *ישראל כמשפט – שמעון אגרנט והמאה העיונית* (תל אביב תשנ"ט). עוד מועמד ששמו הועלה היה ד' גויטין.

12 על מינויו של אסף ראו את זיכרונותיו של י' אולשן *דין ודכדים* (ירושלים תשל"ח) 207-213.

מקרי.[13] בשנת 1949 מונה לבית המשפט העליון צעיר שופטיו – השופט שמעון אגרנט, יליד לואיסוויל, קנטקי (1906) ובוגר בית הספר למשפטים של אוניברסיטת שיקגו. אגרנט כיהן קודם למינויו כשופט שלום וכנשיא בית המשפט המחוזי בחיפה.[14] בשנת 1950 מונה משה זילברג, יליד 1900 בעיירה שקודוויל שבליטא, בן למשפחה דתית שקיבל חינוך תורני. זילברג למד באוניברסיטאות של מרבורג ופרנקפורט על המין. בפרנקפורט סיים את לימודי המשפט בתואר דוקטור (1926), ושם שהה עד לבואו לארץ ב־1929. עד למינויו כיהן כשופט בית המשפט המחוזי בתל אביב. אגרנט וזילברג מונו תחילה למינוי זמני בבית המשפט שהפך במהרה למינוי של קבע.

בין חמשת המינויים הבאים, הראשונים שנעשו על ידי הוועדה למינוי שופטים לפי חוק השופטים, התשי״ג-1953, היו שני ילידי גרמניה: משה לנדוי ואלפרד ויתקון. שניהם למדו באוניברסיטאות גרמניות והשלימו את השכלתם המשפטית באנגליה. לנדוי גולד בדנציג ב־1912. למד הנדסה בלונדון ואחר כך עבר ללימוד משפטים. הוא מונה לשופט שלום עוד בתקופת המנדט וטרם מינויו לבית המשפט העליון כיהן כשופט בית המשפט המחוזי בחיפה. הוא מונה למינוי של קבע בבית המשפט העליון ב־1953 בהיותו בן ארבעים ואחת, וכיהן במינוי זה עשרים ושש שנים, שנתיים מהן כנשיא בית המשפט. אלפרד ויתקון היה יליד כרלין (1910) ובוגר אוניברסיטאות ברן, כרלין פרייבורג ולונדון. טרום מינויו הקבוע לבית המשפט העליון ב־1954 כיהן בבית המשפט המחוזי בירושלים ומספר תקופות כמינוי זמני בבית המשפט העליון. הוא ישב על הכס בבית המשפט העליון עשרים ושש שנים.

יואל זוסמן מונה לבית המשפט העליון יחד עם משה לנדוי ב־1953 אך זכה לבכורה מבין השניים וכך הגיע למשרת נשיאו הרביעי של בית המשפט העליון ב־1976. זוסמן היה יליד קרקוב שבפולין אך חניך מובהק של מערכת ההשכלה הגרמנית. הוא למד בפרנקפורט על המין, ברלין והיידלברג, וכן באוניברסיטת קיימברידג׳ באנגליה. טרום מינויו לבית המשפט העליון כיהן כשופט בית המשפט המחוזי בתל אביב. המינוי הרביעי בשנות החמישים היה של דוד גויטן, ששמו הועלה עוד בהקשר של הרכבו הראשון של בית המשפט. גויטן יליד וחניך אנגליה, עבד כעורך דין ואחר כך עבר לשירות משרד החוץ, ומשם מונה לבית המשפט העליון. המינוי החמישי היה של צבי ברנזון, יליד צפת, אשר את לימודי התיכון עשה בקולג׳ של המיסיון הסקוטי בצפת, ומשם המשיך לקיימברידג׳; תחילה ללימודי מדעי הטבע ואחר כך ללימודי המשפטים. ברנזון הגיע לבית המשפט העליון ממשרד העבודה, שם שימש מנכ״ל. הרעיון למנותו לבית המשפט והתנגדות לכך מטעם חברים בכנסת הביאו לחקיקת חוק השופטים שקבע את הליך המינוי הנוכחי לבית המשפט המוכר כיום.

13 דומה שלא הוסבה תשומת לב ציבורית לאיוון הערתי וההשכלתי בין שופטי בית המשפט העליון בשנותיו הראשונות. לנוכחות המטורת הגרמנית בבית המשפט העליון, ראו: ע׳ זלצברגר ופ׳ עוז־זלצברגר, לעיל הערה 10.

14 לפרטים ביוגרפים נוספים, ראו: פ׳ להב, לעיל הערה 11.

בשנות השישים מונו לבית המשפט העליון ארבעה שופטים. שני "יקים", חיים כהן ובנימין הלוי, לצד יצחק קיסטר, יליד גליציה, ואליהו מני, יליד ארץ ישראל שהיה לשופט ה"ספרדי" הראשון בבית המשפט העליון. חיים (הרמן) כהן נולד כליבק שבצפון גרמניה בשנת 1911 למשפחה דתית בעלת אילן יוחסין רבני. כגרמניה למד ב־1929 באוניברסיטת מינכן, בטרם בא לראשונה לארץ ב־1930 כדי ללמוד בישיבת מרכז הרב ובאוניברסיטה העברית. כהן חזר לגרמניה כעבור שנתיים כדי להשלים את לימודיו, הפעם באוניברסיטאות המבורג ופרנקפורט על המיין. הוא התיישב בארץ סופית ב־1933. למן 1937 עסק בפרקטיקה פרטית וב־1947 הצטרף למחלקה המשפטית של הסוכנות היהודית. ב־1948 מונה לפרקליט המדינה וב־1949 למנהל הכללי של משרד המשפטים. ב־1950 מונה ליועץ המשפטי לממשלה, תפקיד שמילא עד מינויו לבית המשפט העליון, עם הפסקה בשנים 1952-1953, שבהן כיהן כשר המשפטים. בנימין הלוי, שנולד בוייסנפלד בשנת 1910, למד באוניברסיטאות של פרייבורג, גטינגן וברלין, ובא לפלשתינה בשנת 1933. בין השנים 1938-1948 היה שופט שלום בירושלים ולאחר קום המדינה כיהן כשופט מחוזי ונשיא בית המשפט המחוזי בירושלים. לבית המשפט העליון מונה בשנת 1963 ופרש ממנו ב־1969 לקריירה פוליטית. בכך היה לשופט הראשון והיחיד עד כה שפרש מהשיפוט לעיסוק פעיל בפוליטיקה.

אליהו מני נולד ב־1907 בחברון למשפחה ותיקה בעיר שמוצאה בעירק, ואשר העמידה מספר לא מבוטל של משפטנים. את השכלתו המשפטית רכש בליוורפול שבאנגליה והוא אף לימד משפט אנגלי בבית הספר למשפט של ממשלת המנדט. כמועמד לבית המשפט העליון כיהן בבית המשפט המחוזי בירושלים וכנשיא תורן. כמועמד לבית המשפט העליון הוזכר שמו עוד ב־1958, בעקבות לחץ של בן גוריון על נשיא בית המשפט העליון דאז, אולשן, למנות לבית המשפט שופט ספרדי. מני סירב אז למינוי בדיוק מסיבה זו.[15] הוא לא רצה במינוי על תקן עדתי. לבסוף מונה מני ב־1962 כאשר השיקול העדתי הוצנע במידה מסוימת. הוא כיהן בבית המשפט העליון עד 1977. בשנים האחרונות לכהונה זו אף דובר בו כמועמד לנשיאות המדינה. שנה לאחר פרישתו מונה שופט ספרדי שני לבית המשפט – דוד בכור.

יצחק קיסטר נולד בגליציה ב־1905 והיה לשופט הראשון בבית המשפט העליון שרכש את השכלתו המשפטית במזרח אירופה – בפולין. קיסטר היה בן למשפחה דתית והיה בצעירותו מקורב אף לחוגי "פועלי אגודת ישראל". טרום מינויו כיהן שנים רבות בבית המשפט המחוזי בתל אביב. מינויו מציין למעשה "כיסא" שני לשופט דתי, שכן בבית המשפט העליון כיהן אז השופט זילברג. סמוך לאחר פרישתו של השופט זילברג מונה שופט דתי אחר תחתיו במקביל לכהונתו של קיסטר – יצחק כַּהַן, וסמוך אחר פרישתו של קיסטר ב־1975 מונה לבית המשפט העליון השופט בן־ציון שרשבסקי.

עשרה שופטים מונו לבית המשפט בשנות השבעים. ביניהם ארבעה ילידי גרמניה,

15 על השתלשלות הליך המינוי, ראו: אולשן, לעיל הערה 12, עמ' 258-261.

חמישה ילידי מזרח אירופה וילידי הארץ אחד. המחצית השנייה של עשור זה מציינת גם את השופטים הראשונים שרכשו את השכלתם המשפטית בארץ וכן את מינוי האישה הראשונה לבית המשפט. בן־ציון שרשבסקי, יליד קניגסברג שבפרוסיה המזרחית (1907), רכש השכלה בקניגסברג ובברלין, עלה ב־1934, שימש נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים ומונה לבית המשפט העליון בשנת 1975. הוא סיים את כהונתו ב־1977. עם סיום כהונתו מונה לבית המשפט העליון שופט דתי נוסף וילידּ גרמניה – מנחם אלון. אלון, ילידּ 1923, שהתחנך בישיבת חברון והיה, יחד עם השופטת בן פורת, ראשון שופטי בית המשפט העליון שרכש את השכלתו באוניברסיטה העברית, ובה המשיך בקריירה אקדמאית. הוא מונה לבית המשפט העליון היישר מהאקדמיה ב־1977 וכיהן בבית המשפט עד 1993. ה"יקה" השלישי שמונה בשנות השבעים היה שלמה אשר, ילידּ 1907, שגם למד בגרמניה. אשר כיהן בין השנים 1977 עד 1980, לאחר תקופת כהונה בבית המשפט המחוזי. מינוי נוסף בשנות השבעים של "ספק יקה" היה זה של מאיר שמגר. הוא מונה לבית המשפט העליון ב־1975, וב־1983 הפך לנשיאו. שמגר נולד, כמו אחד מקודמיו – משה לנדוי – בעיר החופשית דנציג (גדנסק) ב־1925 למשפחה ציונית שמוצאה מרוסיה. חינוכו היסודי היה גרמני, אך לא המשכו. הוא עלה לארץ ישראל בגיל ארבע עשרה, למד בה משפטים וכן באנגליה. טרום מינויו לבית המשפט העליון כיהן כיועץ המשפטי לממשלה, ולפני כן שירת בתפקידים משפטיים שונים בצה"ל, ביניהם כפרקליט הצבאי הראשי.[16]

בשנות השבעים מונו עוד לבית המשפט העליון שלושה ילידי פולין משה עציוני, ילידּ 1908 שגם רכש את השכלתו המשפטית בפולין, משה בייסקי, ילידּ 1921, שלמד משפטים בצרפת ויצחק כֶּהַן ילידּ 1913, בוגר אוניברסיטה בפולין, שלמד גם בארץ. כהן היה בן למשפחה חרדית מתונגי "פועלי אגודת ישראל". עד למינויו שפט בבית המשפט המחוזי בחיפה. הוא מונה, כאמור, ב־1970, זמן קצר לאחר פרישתו של השופט זילברג, וכיהן כשנה כנשיאו השישי של בית המשפט העליון.

מרים בן פורת היתה השופטת הראשונה בבית המשפט העליון. בן פורת ילידת ליטא, ובוגרת האוניברסיטה העברית, כיהנה בבית המשפט המחוזי בירושלים מ־1958 עד מינויה לבית המשפט העליון ב־1977. בשנים האחרונות עד לפרישתה ב־1988 כיהנה כממלאת מקום נשיא בית המשפט. לאחר פרישתה מונתה בן פורת למבקרת המדינה. זמן קצר לאחר פרישתו של השופט מני מכס השיפוט מונה לבית המשפט העליון דוד בכור, ילידּ ישראל (1910), בן העדה הספרדית וחניך בית הספר למשפט בירושלים. בכור כיהן כשופט בית המשפט המחוזי בחיפה טרום מינויו לבית המשפט העליון, שם כיהן כשנתיים. המינוי החשוב ביותר כמהלך שנות השבעים היה זה של אהרון ברק ב־1979. ברק ילידּ ליטא (1936) חנו בוגר הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, שם למד גם כלכלה ויחסים בין־לאומיים. הוא המשיך בקריירה אקדמית והפך לדיקן הפקולטה, לפני שמונה ליועץ המשפטי לממשלה ב־1975. בגיל ארבעים ושלוש מונה ברק לבית המשפט העליון, והפך לנשיאו ב־1995.

16 ראו א' רובינשטיין "איש משפט בראי התקופה: מאיר שמגר" *מחקרי משפט* יד (תשנ"ח) 97.

גם בשנות השמונים מונו עשרה שופטים לבית המשפט העליון. חלקם של ה"יקים" קטן לאחר: גבריאל כך, יליד 1927 בעיר הלברשטט. משפחתו עברה לברלין ומשם לאמסטרדם, שם קיבל את חינוכו היסודי. כך עלה לארץ ב־1940. לאחר סיום התיכון החל לימודיו באוניברסיטה העברית, אך השלים את לימודי המשפט בלונדון. לפני מינויו לבית המשפט העליון ב־1982 כיהן כך כפרקליט המדינה. הוא פרש ב־1997. יצוין כי שושנה נתניהו, שמונתה לבית המשפט העליון סמוך למינויו של כך, נולדה בעיר דנציג שהיתה בשליטת גרמניה (השופטת השלישית שמקום הולדתה דנציג), אך בגיל אחד עשר חודשים היגרה עם משפחתה לחיפה, שם קיבלה את חינוכה הפורמטיבי (בין השאר, בבית הספר הראלי), ושם עבדה כעורכת דין וכשופטת עד מינויה לבית המשפט העליון. את לימודי המשפט עשתה בבית הספר למשפט של ממשלת המנדט. על כן לא נכלול אותה ברשימת ה"יקים" בבית המשפט.

שאר המינויים של שנות השמונים מאופיינים במספר גדול של ילידי הארץ. משה כהן מונה לבית המשפט ב־1981 על הכסא "הספרדי", לאחר פרישתו של דוד בכור. הוא נולד ביאנינה שביוון ב־1919, אך הוריו עלו לארץ זמן קצר ביותר אחר כך. את לימודי המשפטים עשה בארץ וטיפס מבית המשפט העירוני בירושלים עד לבית המשפט העליון. הוא היה שומר מסורת ואף ניהל את בית הכנסת (הספרדי) של יוצאי יאנינה בירושלים. הוא נפטר שנה לאחר מינויו לבית המשפט העליון. יהודה כהן, יליד צפת שלמד מתמטיקה בבירות ומשפטים בבית הספר של ממשלת המנדט, מונה ב־1982, על אותו "כיסא". עם פרישתו, לאחר כשנה, מונה לבית המשפט אברהם חלימה, השופט המזרחי הראשון שלא גדל בארץ (משה כהן נולד ביוון אך, כאמור, עלה לארץ בהיותו בן מספר חודשים). חלימה נולד ב־1919, ואף למד משפטים בעירק. הוא עלה לארץ רק ב־1951 ומונה לבית המשפט העליון ב־1984, לאחר שכיהן כשופט בית המשפט המחוזי בתל אביב. הוא פרש לגמלאות ב־1989. עוד מונו בשנות השמונים מספר שופטים שאינם עור בהרכב הקיים של בית המשפט. דב לוין, יליד תל אביב (1925), איש אצ"ל וחניך בית הספר למשפט המנדטורי. לוין כיהן בבית המשפט המחוזי בתל אביב טרם מינויו ב־1982 לבית המשפט העליון שבו כיהן שלוש עשרה שנים. אליעזר גולדברג, יליד ירושלים (1931), למד משפטים באוניברסיטה העברית והגיע לבית המשפט העליון מבית המשפט המחוזי בירושלים. השופט גולדברג פרש מבית המשפט העליון בן שישים ושבע לטובת משרת מבקר המדינה, את הדרך ההפוכה ממשרת מבקר המדינה לבית המשפט העליון עשה יעקב מלץ, יליד פולין (1923), שעלה לארץ בגיל שנתיים. הוא בוגר בית הספר המנדטורי למשפט, וכיהן בבית המשפט המחוזי טרום מינויו למבקר המדינה ב־1987.[17]

ממינויי שנות השמונים עדיין מכהנים בבית המשפט שלמה לוין, יליד ריגה (1933), עלה לארץ בן ארבע, חניך האוניברסיטה העברית, מונה לבית המשפט העליון מבית המשפט המחוזי בתל אביב ב־1980, ומכהן מ־1995 כממלא מקום נשיא בית המשפט. עוד מכהן שם

17 הפרטים הביוגרפיים נלקחו מכתבתו של מ' רונן בעיתון *ידיעות אחרונות* (4.2.87).

גם השופט תאודור אור, יליד פולין (1934), שעלה לארץ בגיל שנתיים, ואף הוא בוגר האוניברסיטה העברית. הוא מונה לבית המשפט העליון ב־1989 לאחר שכיהן כשופט בית המשפט המחוזי בנצרת.

עשרה שופטים מונו לבית המשפט העליון גם בשנות התשעים. אחד מהמינויים, צבי טל, פרש בינתיים. טל יליד פולין (1927) ובוגר ישיבת בני עקיבא בכפר הרא"ה, סיים את המחזור הראשון של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. הוא מונה לבית המשפט העליון ב־1994 לאחר כהונה ארוכה בבית המשפט המחוזי בירושלים, ופרש ב־1997. שאר המינויים של שנות התשעים מהווים את הרוב המכריע בהרכבו הקיים של בית המשפט העליון. אליהו מצא, יליד וחניך הארץ, מונה ב־1991. עד מינויו שירת כשופט בית המשפט המחוזי בתל אביב. מישאל חשין, מונה ב־1992. עברו המשפטי כולל הוראה באוניברסיטה העברית, עבודה במשרד המשפטים, כולל כהונה כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה ולפני מינויו — עיסוק בפרקטיקה פרטית. באותה שנה מונה גם יעקב קדמי, יליד תל אביב ובוגר האוניברסיטה העברית. קדמי מונה לאחר כהונה בבית המשפט המחוזי בתל אביב, אך לתפקידיו השיפוטיים קדמה קריירה ארוכה בפרקליטות הצבאית, בפרקליטות מחוז תל אביב, בפרקליטות המדינה ואף במשטרת ישראל, שבה כיהן כראש אגף התקירות.

ב־1994 מונתה לבית המשפט העליון טובה שטרסברג כהן, ילידת פולין ובוגרת האוניברסיטה העברית, לאחר כהונה שיפוטית ארוכה בבתי משפט שלום ומחוזי בחיפה.

בשנה זו מונה גם פרופסור יצחק זמיר, יליד פולין, ובוגר האוניברסיטה העברית. מינויו בא לאחר קריירה אקדמית וכהונה כיועץ משפטי לממשלה. גם השופטת דליה דורנר, ילידת טורקיה ובוגרת האוניברסיטה העברית, מונתה ב־1994. דורנר שירתה במגוון תפקידים בפרקליטות הצבאית ובמערכת בתי הדין הצבאיים, וטרום מינויה כיהנה כשופטת בבתי המשפט המחוזיים בבאר שבע וירושלים. מבית המשפט המחוזי בבאר שבע מונה לבית המשפט העליון גם יעקב טירקל, בן למשפחה דתית ובוגר האוניברסיטה העברית. נוסף על עיסוקיו במשפט ובמשפט העברי, הרצה טירקל גם בחוגים לתעשייה וניהול ומינהל עסקים באוניברסיטת בן גוריון, ואף עסק בכתיבת תסכיתי רדיו.[18] צעירת השופטים, דורית בינייש, ילידת תל אביב, מונתה לבית המשפט העליון לאחר שכיהנה בתפקידים שונים במשרד המשפטים; האחרון שבהם – פרקליטת המדינה.

המינוי הטרי ביותר לבית המשפט מ־1997 הוא של יצחק אנגלרד, שהוא גם ה"יקה" האחרון שמונה לבית המשפט העליון (ולאחר חמש עשרה שנים ממינויו של גבריאל כך). אנגלרד, שמונה סמוך לפרישתו של צבי טל, ותופס למעשה את אחד משני הכיסאות הדתיים בבית המשפט (יחד עם השופט טירקל) הוא יליד פרנקפורט, שקיבל את חינוכו היסודי והתיכוני בשווייץ, עלה לארץ ב־1951, למד באוניברסיטה העברית וקיבל דוקטורט בפריז. אנגלרד מונה לבית המשפט היישר מכס האקדמיה, ובכך הפך את האוניברסיטה העברית לא רק למקום חינוכם המשפטי הבלעדי של שופטי בית המשפט העליון דהיום, אלא גם לבית הגידול האקדמי הבלעדי שממנו מונו שופטים היישר לבית המשפט העליון. מהרב אסף

18 חלק מהפרטים הביוגרפיים לקוחים מכתבתו של א' רוזנבליט בעיתון דבר (19.2.87).

ב־1948, דרך מנחם אלון ב־1977 ועד ליצחק אנגלרד ב־1997. לשלושת אלו ניתן להוסיף גם את אהרון ברק ויצחק זמיר, שעשו תחנת ביניים בלשכת היועץ המשפטי לממשלה, בין האוניברסיטה העברית לבית המשפט העליון.

בבית המשפט העליון מייסודו ועד היום כיהנו ארבעים ושישה שופטים (להוציא שופטים במינוי זמני). תקופת כהונה ממוצעת של שתים עשרה שנים ממוצע שאינו כולל את השופטים המכהנים כיום). תקופת הכהונה הארוכה ביותר היתה של שמעון אגרנט – עשרים ושבע שנים, מהן אחת עשרה שנים ווצי כנשיא – ושל משה לנדוי – עשרים ושבע שנים, מהן שנתיים כנשיא.

מתוך עשרים וחמישה השופטים הראשונים בבית המשפט העליון, שמונו עד 1978, היו 36% ילידי גרמניה, לעומת 40% ילידי מזרח אירופה, 8% ילידי אנגליה וארצות הברית ו־16% ילידי ארץ ישראל. שני שופטינז ממוצא מזרחי בלבד היו בין אותם עשרים וחמישה, שניהם ילידי הארץ, ורק שופטת אחת. אף על פי שרוב המינויים היו של שופטים שלא נולדו בארץ, לא היו ביניהם שופטים שעלו לארץ לאחר שנות השלושים, למעט הנשיא ברק. את השכלתם המשפטית רכשו 36% – אם כי לא בדיוק אותם 36% – באוניברסיטאות גרמניות, בעוד רק 28% רכשו השכלתם המשפטית באוניברסיטאות בריטיות ואמריקניות, 12% באוניברסיטאות מזרח אירופיות ו־20% בארץ.[19] יוצא אפוא שילידי גרמניה ותניכיה מהווים יחדיו את הקבוצה הגדולה ביותר מקרב שופטי בית המשפט העליון בישראל בשלושת העשורים הראשונים לקיומו. שני שלישים מבין עשרים וחמישה השופטים הראשונים היו בעלי ניסיון שיפוטי קודם.

מתוך עשרים ואחד השופטים שמונו מאז 1979, 14% (שלושה שופטים) בלבד היו ילידי גרמניה, לעומת 34% ילידי מזרח אירופה, כולם חוץ מאחד ילידי פולין, 38% ילידי הארץ ו־14% (שלושה שופטים, הראשונים בקטגוריה זו) ילידי המזרח הקרוב והתיכון שלא בארץ. כל השופטים למעט אחד רכשו את השכלתם המשפטית בארץ. מתוך עשרים ואחד המינויים 14% היו נשים (שלוש שופטות), ושלושה רבעים היו של בעלי ניסיון שיפוטי קודם.

## ג. בית המשפט העליון מקיפוד לשועל

עד כאן הסטטיסטיקות הפורמליות. מהן המסקנות האפשריות ממקבץ ביוגרפיות זה?

ניתן לטעון כי בית המשפט העליון שלנו עבר תהליך של הטרוגניזציה. מבית משפט על טהרת האשכנזיות הגברית בחמש עשרה השנים הראשונות לקיום המדינה הפך בית המשפט העליון לבית משפט ספרדי ואשכנזי, נשי וגברי כיום. מעניין לציין בהקשר של השינוי הזה, כי הלחץ לגיוון שופטיו של בית המשפט, בעיקר למינוי מזרחיים ונשים, לא מבפנים בא אלא מבחוץ, על ידי פוליטיקאים וקבוצות אינטרסים, דפוס המתאים גם לבתי משפט עליונים ובעיקר לבתי משפט חוקתיים בארצות רבות. במחקר של Murphy & Tanenhaus מ־1969,

19 הסטטיסטיקה לקוחה, בשינויים הגדרתיים שלנו, מרובינשטיין, לעיל הערה 7, עמ' 141.

נמצא כי פוליטיקאים מנסים במודע לרפד את בתי המשפט עם שופטים בעלי רקעים מגוונים המייצגים קבוצות שונות בחברה.[20]

ממצאים אלו יכולים להתיישב אף עם תובנות ממחקרי שלי על הניתוח הכלכלי של עצמאות שיפוטית.[21] על פי מחקר זה, רשות שופטת עצמאית קיימת או עצמאות שיפוטית מתאפשרת לא בגלל מבנה חוקתי פורמלי שאינו מאפשר פגיעה בעצמאות זו, אלא בגלל אינטרסים "אנוכיים" של פוליטיקאים שיכולים להפיק מגוף כזה רווחים פוליטיים. רווחים כאלו אפשריים בשל האצלת סמכויות הכרעה שונות לבית המשפט, כך שניתן לגלגל אליו את האשמה במקרים של החלטות לא פופולריות או הכרעות שגויות במחלוקת, החוצצות בין קבוצות בוחרים של פוליטיקאים או מפלגות. על ידי האצלות כאלו הפוליטיקאים יכולים להסיט את האחריות על החלטות שקבוצות מסוימות מתנגדות להן, ובה בעת לחבוע הכרה על אותן ההחלטות אצל בוחרים שההחלטות רצויות לדידם.

אפילו בארצות הברית, שהמבנה השלטוני בה כמעט מחויט על פי דוקטרינה ליברלית של הפרדת רשויות, העצמאות המהותית של בית המשפט גדולה מהעצמאות המבנית,[22] שכן, למרות כל ההגנות על העצמאות השיפוטית הקבועות בחוקה, כדי לכופף את בית המשפט העליון, תמיד יכול הממשל להגדיל את מספר שופטיו של בית המשפט ולמנות שופטים "נאמנים", כפי שאיים לעשות הנשיא רוזוולט על רקע סיכול תכנית ה־New Deal שלו על ידי בית המשפט העליון.[23] לא כל שכן בישראל, שבה העצמאות המבנית של הרשות השופטת כמעט אינה קיימת והפער בינה לבין העצמאות המהותית הנו עצום. אין להסביר פער זה אלא בכך שיש אינטרס מובהק של הפוליטיקאים לשמר עצמאות שיפוטית (ואולי אף משפטית), כיוון שזו מאפשרת היסט אחריות להכרעות ציבוריות מהפוליטיקאים לבית המשפט.

ריפוד בית המשפט בנציגויות של קבוצות אובלוסייה שונות יש בו – כך טוענים – כדי להעמיק את האמון בבית המשפט בקרב קבוצות אלו, ובנגזר – בקרב הציבור כולו, ועל כן הוא מאפשר לפוליטיקאים להפיק רווחים גדולים יותר מהאצלת סמכויות או מהיסט

20 W. Murphy & J. Tanenhaus "Constitutional Courts and Political Representation", in M. Danielson and W. Murphy (eds.) *Modern American Democracy* (New York 1969)

21 E.M. Salzberger "A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We Have an Independent Judiciary?" 13 *International Review of Law and Economics* (1993) 349,especially pp. 358-369

22 על עצמאות מבנית ומהותית, ראו: ע' זלצברגר "עצמאות שיפוטית והרשות השופטת בישראל, מאמר ביקורת על "Shetreet's Justice in Israel: A Study of the Israeli Judiciary" *משפט וממשל* ב (תשנ"ד) 535-543.

23 למעשה, לאיום של רוזוולט, קדם, כמאה שנה קודם לכן, מינוי בפועל של שופטים כדי לשנות את עמדת הרוב בבית המשפט. על שני האירועים הללו, ראו: P. Bator, D. Meltzer, D. Mishkin and D. Shapiro "Hart and Wechsler's the Federal Courts and the Federal System" (3rd ed., New York 1988), pp. 30-45; וראו את הניתוח של גלי וספילר ב: R. Gely and P. Spiller "The Political Economy of the Supreme Court Constitutional Decisions: The Case of Roosevelts Court Packing plan" (unpublished manuscript).

האחריות. אם תובנה זו נכונה, ניתן לצפות שככל שגדל מתחם הסמכויות שהפוליטיקאים מבקשים להאציל לבית המשפט, כך נצפה למצוא ניסיונות בוטים יותר לגוון את הרכבו של בית המשפט. השינויים בהרכב האישים של בית המשפט בעשורים האחרונים, בד בבד עם הרחבת תחומי הכרעותיו תומכים במסקנה זו.

גם את המתקפות העכשוויות של החוגים החרדיים על בית המשפט העליון ניתן להבין על רקע זה. מתקפות אלו מופנות כלפי בית המשפט העליון אף על פי שהכתובת האמתית לאותן מתקפות היא הכנסת. בית המשפט העליון מכריע רק במסגרת מה שהואצל לו על ידי הכנסת, וזו הלוא יכולה להפוך כל הלכה של בית המשפט העליון, בין במישור חוקי ובין במישור חוקתי. המתקפות על בית המשפט העליון הנן, על כן, בבחינת מתקפות על החוליה החלשה במערכת; זו שאליה מואצלות סמכויות ההכרעה, כאשר מושאה האמתי של המתקפה צריך להיות הגוף המאציל.

ובכן, תהליך ההטרוגניזציה לכאורה בבית המשפט העליון בא בעקבות לחץ מבחוץ. ניתן אפילו לומר כי לא רק שהלחץ לגיוונו של בית המשפט לא בא מבפנים, אלא שהיתה, לפחות בתקופה הפורמטיבית, אף התנגדות ופעילה לכך מצד שופטי בית המשפט העליון. למשל, כשהועלתה בסוף שנות החמישים שאלת מינוי שופט ממוצא מזרחי לבית המשפט,[24] ובהזדמנויות שונות כשהועלתה ההצעה למנות שופט ערבי לבית המשפט, היו אלה שופטי בית המשפט העליון שהביעו התנגדות נחרצת. התנגדות זו אף הובעה במכתב מפורש מנשיא בית המשפט העליון, אולשן, לשר המשפטים ב־1958.[25] גם ממצא זה אינו מפתיע אם נראה בשופטים קבוצת אליטה המנסה לשמור את עצמה ואת מעמדה.[26]

ראוי לציין בהקשר זה כי כשמינו כבר שופטים ספרדיים לבית המשפט היו אותם שופטים, עד למינויו של אברהם חלימה ב־1982, לא מקרב עולי צפון אפריקה או ארצות המזרח התיכון אלא "סמ"ך טי"תים" (ספרדים טהורים) המושרשים בארץ דורות רבים, שמבחינת מעמד סוציו־כלכלי לא נחשבו לנחותים מיוצאי אירופה. כמו שהאשכנזים שנכנסו בשערי בית המשפט העליון עד לשנות השמונים, גם אם לא היו ילידי הארץ, אזי היו מן העולים הוותיקים שהגיעו לכאן עד שנות השלושים. לפליטי השואה, מחד גיסא, ולעולי ארצות ערב, מאידך גיסא, לא ניתנה דריסת רגל בבית המשפט העליון עד שנות השמונים. מבחינה זו ניתן בהחלט לדבר על אליטה המשמרת את כוחה ומעמדה.[27] נוצר רושם אפוא

24 אולשן, לעיל הערה 12, עמ' 256-262.

25 *שם*, עמ' 259.

26 השופט בדימוס ח' כהן, בראיון עם מ' ששר ציין בגאווה, כי העיקרון המוסכם בוועדה למינוי שופטים הוא שלבית המשפט העליון לא ימונה אדם ללא הסכמת כל נציגי השופטים בוועדה. הוא ראה בזאת את גדולת בית המשפט העליון בישראל. ראו מ' ששר *חיים כהן שופט עליון: שיחות עם מיכאל ששר* (ירושלים 1989), עמ' 117.

27 במובנים מסוימים, ובאופן לא מפתיע, ניתן להשוות את הניתוח הסוציו־תרבותי של בית המשפט העליון שלנו בעשורים הראשונים לזה של הוועדה השיפוטית של בית הלורדים באנגליה – בית המשפט העליון בבריטניה הגדולה. שם, באופן מסורתי, הרכבו הסוציו־תרבותי של בית הלורדים וגם של הערכאות הנמוכות יותר הנו כמעט הומוגני בהחייחס למעמד החברתי של השופטים – על טהרת המעמד הגבוה והביתוני הגבוה. ראו: J. Griffith *The Politics of the Judiciary* (5th ed., London 1997), ch. 1; L. Blom-Cooper and G. Drewry *Final Appeal: A Study of the House of Lords in its*

שניסיונות השימור הללו כשלו בעשרים השנים האחרונות, עם כניסתם בשערי בית המשפט העליון של שופטים שאינם מבני האוכלוסיות הוותיקות שהיכו כאן שורש טרם קום המדינה.

## ד. בית המשפט העליון משועל לקיפוד

עד כאן על השינויים המגוונים בשנים האחרונות את הרכב שופטי בית המשפט העליון. הטענה המרכזית שברצוני לטעון כאן היא, כי למרות ההטרוגניזציה הלכאורית שעבר בית המשפט, למעשה היה כאן במובנים רבים תהליך הפוך: מה שאני מבקש לכנות טרנספורמציה של בית המשפט העליון משועל לקיפוד. אנסה לתת בטרנספורמציה זו כמה סימנים, לאתר מספר טביעות אצבע. סימנים אלה פתוחים, מטבע הדברים, לפרשנויות שונות מלבד זו שאציע כאן.

טביעת האצבע הראשונה ניכרת בהבדלי הפרופילים בביוגרפיות האישיות של שופטי בית המשפט העליון בשלושת העשורים הראשונים מול השופטים בהרכב הקיים היום. בשלושת העשורים הראשונים היו שופטי בית המשפט העליון מגוונים מבחינת ארץ מוצאם וחינוכם הפורמטיבי, וגם שונים זה מזה בכל הקשור למדינה ולשיטת המשפט שבהן קיבלו את חינוכם המשפטי. שופטי בית המשפט העליון כיום הם, ברובם המכריע, תוצר ישראלי, הן מבחינת השנים הפורמטיביות, הן בחינוכם המשפטי. כאמור, לאוניברסיטה העברית יש עד כה מונופול כמעט מוחלט על חינוך זה.[28]

הבדל זה בא לידי ביטוי מעניין בממצא מתוך מחקרם המאלף של יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס על נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון.[29] המחקר מצא, כאשר לנוהגי ההסתמכויות של השופטים על חומר משפטי זר, כי אתוזי האזכורים של מקורות זרים, משפטיים או אחרים, יורד עם השנים מכרבע מכלל ההסתמכויות בחצי היובל הראשון של המדינה לפחות מ־15% בעשרים השנים האחרונות. ירידות דרסטיות בהיקף האזכורים נמצאו ביחס לאזכורים קונטיננטלים ואזכורים מהמשפט המקובל (למעט אזכורים אמריקניים שמספרם עולה). אם מסתכלים על השינויים בהתך שפת ההסתמכויות, הירידה היא אף דרסטית יותר: שופטינו קוראים ומצטטים בעיקר את עצמם. אזכוריהם הם לרוב עבריים,

*Judicial Capacity* (Oxford, 1972). בהבדל מבית המשפט העליון שלנו בדורות הראשונים, בבריטניה מתאפיין בית הלורדים גם ברקע חינוכי הומוגני של כתי ספר פרטיים (public school) ושל אוניברסיטאות אוקספורד וקיימברידג'. הרקע הצר והמשותף של השופטים הגבוהים הנו אחד ההבדלים החשובים בין מערכת השיפוט בבריטניה לבין מערכת השיפוט האמריקנית שמאופיינת בהרבה יותר הטרוגניות. ראו: P. Atiyah and R. Summers *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions* (Oxford 1987), ch. 12.

28 בהיבט זה של הרקע החינוכי ובעיקר האוניברסיטאי, הפך בית המשפט העליון שלנו לדומה לבית הלורדים הבריטי המורכב כמעט לחלוטין על טהרת בוגרי אוקספורד וקיימברידג'. ראו Griffith, *שם*.

29 י' שחר, ר' חריס ומ' גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" *משפטים* כט (תשנ"ו) 119.

לעתים אנגלית, ולעתים רחוקות יותר ויותר – לשונות אחרות. יצוין כי המחקר של שחר, חריס וגרוס מסתיים ב־1994, כאשר למעלה משני שלישים של הרכבו הנוכחי של בית המשפט העליון אינם נכללים בו. לא יהיה זה מסוכן להחנבא כי מגמת ממצאי מחקרם רק התחזקה בשנים האחרונות.

ניתן להצליב נתונים אלה עם העובדה כי רוב שופטי הדורות הראשונים קיבלו השכלה אקדמית לא־משפטית לפני חינוכם המשפטי ובנוסף עליו. רובו המכריע של הרכבו הנוכחי של בית המשפט חונך על טהרת ההשכלה המשפטית. גם להבדל זה ביטוי מעניין ברשימת הפרסומים של שופטי בית המשפט העליון. בעוד אצל שופטי הדורות הראשונים אנו מוצאים פרסומים מגוונים, אשר חלק מהם אינו משפטי, אצל שופטי ההרכב הנוכחי אנו מוצאים ככלל פחות פרסומים (למעט השופטים הבאים מהעולם האקדמי), ואותם פרסומים המעטים יחסית – כמעט כולם בתחום המשפט.[30]

גם נתון זה מתיישב עם ממצא מעניין ממחקרם של שחר, חריס וגרוס, הקשור לאורך הממוצע של פסקי הדין של בית המשפט העליון. החוקרים מצאו כי אורכו הממוצע של פסק דין עלה מכארבעה עד חמישה עמודים בעשור הראשון עד לשיא של למעלה מחמישה עשר עמודים בשנת 1994 (השנה האחרונה, כאמור, שנכללת במחקרם).[31] העלייה ההדרגתית באורך הממוצע של פסקי הדין (לאחר ירידה בעשור הראשון עד לשפל של 2.2 עמודים בשנת 1959) מפתיעה לאור העלייה ההדרגתית בעומס התיקים לכל שופט. אחד ההסברים האפשריים למגמה זו היא הכתיבה ועיסוקים אחרים החוץ־שיפוטיים ואף החוץ־משפטיים של שופטי בית המשפט העליון בדורות הראשונים, אשר למעט חריגים בודדים, כמעט נעלמה מן הנוף העכשווי.

לחופעה הנזכרת יש לקשור את השיגוי המשמעותי בסגנון ההנמקה השיפוטית והתפיסה החדשה של המשפט הישראלי. מילינו רבות כבר נכתבו על שינויים אלו – על המעבר מסגנון פורמליסטי לסגנון גרנדיוזי, על המעבר (הדומה אבל לא זהה) מפורמליזם לערכים, על השינוי בתפיסת פריסתו של המשפט מתפיסה הרואה את המשפט כבעל גבולות (שבאופן פורמלי יוצגו על ידי מחסומי זכות עמידה, שפיטות וסף התערבות) לתפיסה הרואה את "הכול משפט"; מתפיסה המכירה ובעולמות נורמטיביים משמעותיים הנפרדים מהמשפט לתפיסה הרואה במשפט את חזות הכול – ואין בלתו.

השינויים הללו מקבלים זווית מעניינת לאור ניתוח הביוגרפיות של שופטי בית המשפט העליון. מטתמן כאן המעבר שביקשתי לדמות אותו, בכותרת מסה זו, כגלגול משועל לקיפוד. שופטי בית המשפט העליון בדורות הראשונים היו שועלים. שועלים במובן זה שבבית המשפט הם עסקו במשפט בתפיסתו הצרה והפורמליסטית, אך לאחר יום עבודתם בבית המשפט הם חזרו הביתה לנגן על הפסנתר, לקרוא את היינה וגתה ורחל, ולכתוב על שחוק

30 ראוי לציין כי מדובר בהכללה, אשר כמו הכללה אחרת אינה תמיד עושה צדק עם כל מקרה פרטי.

31 שחר, חריס וגרוס, לעיל הערה 29, עמ' 133-134.



nevo.co.il

ורמע בבית הדין,[32] על משפטו של ישו הנוצרי,[33] או על "כך דרכו של תלמוד".[34] הם הקפידו על הפרדת רשויות בין עולם המשפט לעולמם הרוחני והתרבותי שלאחר שעות העבודה. כמעט לא נמצא בפסקי דינם ציטוטים מאריסטו או מרוסו, ואין הדבר מלמד כלל ועיקר שלא היו בקיאים בהם. אך כמובן שהפרדת רשויות כזו מסתמנת רק בשכבה הראשונה שעל פני השטח. מה בכל זאת נכנס מטרקליניהם ה"רחבייתיים"[35] לעמודים של פסקי דין בכתב יד; אותם פסקי דין שמטעמי מחסור נכתבו על צדם השני של טפסים מנדטוריים – אלו עוד בבחינת כר בתול למחקרים מרתקים. פניה עוז־זלצברגר ואני ניסינו להראות במקום אחר, כי מושגי המפתח "הציבור הנאור" ו"שלטון החוק", שנכנסו באופן כה טבעי ללקסיקון המשפטי הישראלי, הם בעלי שורשים מורכבים ומרתקים בתנועת ההשכלה חגרמנית, בתנועת ההשכלה שכנגד, וכניסיון המרכז־אירופי של יישום רעיונות אלו וגם של ערעורם.[36] אני בטוח שיש עוד הרבה שכבות בטקסטים הללו, הממתינות לעוד מחקרים בארכיאולוגיה האינטלקטואלית של משפטני ישראל בשנותיה הראשונות.

שופטי בית המשפט העליון כיום הם בקיפודים. הם בקיאים הרבה יותר מקודמיהם בדוקטרינות המשפטיות העכשוויות. הרבה יותר הכרעות חדות ניתנות באולם ללא פלפולי כחל וסרק (ממחקרם של שחר, חריס וגרוס עולה כי יש מגמה של התרחקות הממוצע של אורך פסקי דין מהחציון, שמשמעותה גידול הדיפרנציאציה באורך פסקי הדין.[37] מחקרם כולל, כזכור, רק פסקי דין שפורסמו). בחיקים אחרים, שבהם השופטים מוצאים סוגיות עקרוניות או סבוכות, מתמחיהם, בעזרת הטכנולוגיה המתפתחת פורסים לפניהם תומרים אין ספור הרלוונטיים לסוגיות שהם דנים בהן, והם מלקטים מתומרים אלו את הסימוכין המתאימים. הם חוזרים הביתה כדי לפתוח את המחשב ולהמשיך בעבודת הכתיבה.[38] זו מתגבשת לידי פסקי דין ארוכים, משופעים באזכורים ובציטטות (מחקרם של שחר, חריס וגרוס מצא כי יש גידול משמעותי עם השנים של מספר האזכורים הממוצע בפסק דין, ואף גידול מתון במספר האזכורים הממוצע לעמוד של פסק דין[39]). הפרדת הרשויות בין מצנפת השופט לכובע הפרט מיטשטשת, וכך אנו עדים יותר ויותר לקולות השונים האינדיווידואליים

32 מפרי עטו (המבוסס על שיחות משודרות ב"שעה העברית" של הרדיו הארץ־ישראלי) של ש"ז חשין (תל אביב תשי"ג).

33 מפרי עטו של ח"ה כהן (תל אביב תשכ"ח).

34 פרי עטו של מ' זילברג (ירושלים תשכ"ב).

35 על שכונת רחביה ודייריה (ביניהם מושאי מחקרנו), ראו: ד' שבתאי *שכונת רחביה* (ירושלים, בהוצאת המחבר, תשנ"ח).

36 ע' ולצברגר ופ' עוז־זלצברגר, לעיל הערה 10.

37 שחר, חריס וגרוס, לעיל הערה 29, עמ' 133.

38 וראו ראיון עם השופט טירקל, ובו הוא מורה כי עבודתו השיפוטית כה אינטנסיביות עד כי אינו מגיע כלל לעיסוקים אחרים. הראיון פורסם ב: *הגלימה* - בטאון ועד מתנו תל אביב־יפו של לשכת עורכי הדין, גיליון 23 (יולי 1999), עמ' 7, 11.

39 שחר, חריס וגרוס, לעיל הערה 29, עמ' 140.

של השופטים, איש איש בסגנונו ואישה אישה במטענה.[40] אלא שהסגנונות והמטענים, לאור הביוגרפיות של השופטים ומסלול ההכשרה האחיד שעברו בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, אינם מצטרפים בהכרח לכלל קשת סגנונית של קולות שיפוטיים שונים.[41]

לשינוי זה מיתוספת העובדה, שאני רואה כמצערת, להיעדר רב־שיח אמתי בין שיטת המשפט הישראלית לשיטות משפט אחרות. אמנם שופטינו מביאים דוגמאות ואסמכתאות מפסקי דין זרים, אך שיח שיפוטי אמתי אין כאן, כיוון שהשופטים הזרים המצוטטים אינם יכולים לקרוא את פסקי הדין של שופטינו ולהתדיין עמם. בארצות ה־commonwealth יש שיח מתמיד בין בתי המשפט, שתועל בעבר דרך ה־House of Lords כנציג מעצמת האם של חבר המדינות – בריטניה – וכערכאה השיפוטית העליונה של מדינות רבות מחבר המדינות (כגון, קנדה – עד 1949 ואוסטרליה וניו זילנד בהרשאה מיוחדת עד היום, וכן מדינות איי הודו המערבית, מלזיה וקולוניות למיעבר נוספות[42]), והיום הוא שוויוני הרבה יותר. לארצות הקונטיננט שיח משפטי משלהם, והיום במסגרת הזהות האירופית החדשה ובתי המשפט האירופיים בשטרסבורג ובלוקסמבורג, מתקיים שיח בכמה רבדים שונים כשהשפה אינה מהווה עוד מכשול כה משמעותי. אפילו בארצות הברית, בשל הוואריציות השונות המדינתיות ניתן לדבר על שיח בין בתי המשפט השונים – הפדרליים והמדינתיים. אצלנו, השיח הוא חד־כיווני ופנימי.[43] בית המשפט העליון שלנו כמעט נמנע משיח עם בתי המשפט הנמוכים יותר, ואתוו הציטוטים העצמיים שלו הולך ועולה.[44] אם בעבר הפריע הדבר פחות, כיוון שהשופטים עדיין חיו במידת מה את המסורות השונות שעליהן גדלו – ואפילו במישור השפה ניתן לחוש באנגלית הנכתבת בעברית או בגרמנית הנכתבת בעברית, שלא לדבר על הדימויים והרעיונות – הרי שהיום אפילו שיח פנימי כזה אינו בנמצא, עד שלמעשה תיאור הכתיבה השיפוטית הנוכחית כקאנון מתאים יותר.[45]

40 דאו ש' אלמוג וע' זלצברגר "הקול הפרטי במשפט הציבורי" *משפט וממשל* ה (תש"ס) 9.

41 תובנה זו משתלבת עם ממצאי מחקרם של מ' בירנהק וד' גוסרסקי על הכיסאות הייחודיים בבית המשפט העליון. המחברים מוצאים כי "ייחודיותם החיצונית של השופטים, 'שופטי הכיסאות', אינה באה לידי ביטוי מיוחד בדעות ייחודיות": מ' בירנהק וד' גוסרסקי "כסאות ייחודיים, דעות מיעוט ופלורליזם שיפוטי" *עיוני משפט* כב (תשנ"ט) 499, בעמ' 532.

42 ראו: O.H. Phillips and P. Jackson *Constitutional and Administrative Law* (7th ed., London 1985), ch. 38

43 ראוי להפריד בין חשיח האקדמי־המשפטי בין מלומדים מישראל למלומדים מארצות אחרות שהיקפו ועומקו מתגברים בשנים האחרונות לשיח השיפוטי שאליו כיוונתי.

44 על פי המחקר של שחר, חריס וגרונו, אחוז הציטוטים העצמיים של בית המשפט העליון עולה בתמדה והגיע ב־1993 ליותר מ־90%. ראו לעיל הערה 29, בעמ' 166.

45 ר' עמית "העמדות של (ה)קאנון (והזכסט הברקי כקאנון בהתהוות)" *עיוני משפט* כא (תשנ"ז) 81.

## ה. הערות סיום על תפיסת תפקידו של המשפט הישראלי והמעבר משועליות לקיפודיות

בדבריי עד כאן אפשר לזהות קורטוב של נוסטלגיה ואולי השתמעה מהם אף ביקורת סמויה על הסגנון הרה הגורל המרחיב, אך אולי דל הקבלות של בית המשפט העליון דהיום. כל זה עניין של טעם ופתוח למחלוקת. אך את סוף דבריי אני מבקש להפנות לפרדוקס שהופך את השינוי בשופטי בית המשפט שלנו למשמעותי יותר בקונטקסט החברתי בישראל.

המשפט הישראלי עובר שינוי פרדיגמטי מפוזיטיביזם לנון־פוזיטיביזם מודרני נוסח דבורקין וברק.[46] במסגרתו בית המשפט העליון מרחיב את תחומי חלותו של המשפט גם אל מעבר למילה הכתובה בספר החוקים וקובע כי ערכים שונים טבועים במשפט, ויש לאכפם באמצעות המשפט ובתי המשפט. זכויות שונות שאינן מפורטות בספר החוקים מוצאות דרכן להיכל המשפט באמצעות תפיסה רחבה זו של המשפט. כך גם סטנדרטים של התנהגות הנאכפים על רשויות המדינה ומוסדותיה. "מלוא כל הארץ משפט", אומר נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרון ברק,[47] בהתכוונו כי על כל פעולה ופעולה חלה נורמה משפטית וניתן לומר עליה כי היא תוקית או בלתי חוקית, וכי הנורמות המשפטיות החלות הנן עולם ומלואו המשתרע מעבר לגבולות המשפט הפוזיטיבי המצוי בספרי החוקים.[48]

מצד אחר, ואולי בהשפעה ישירה של הרטוריקה התרשה של בית המשפט העליון, הולכת ומתגבשת בציבור הגישה, שאין דבר מעל למשפט, שהמשפט משקף את הקוד הנורמטיבי היחיד בחברה הישראלית. אם מעשה הוא חוקי, או מוכרז ככזה על ידי בית המשפט או רשויות האכיפה, הרי שהוא גם מוסרי ואתי וראוי. זיכוי בבית משפט או החלטה שלא להגיש כתב אישום מיד מתפרשת כתעודת יושר וטוהר.[49] ההתייחסות למשפט כקודקס הנורמטיבי הבלעדי בחברה מוצאת ביטויה בלגליזציה ובמשפטיזציה המואצים שעוברת החברה שלנו. כל סכסוך ומחלוקת מוצא דרך קלה לערכאות החל מכית משפט לתביעות קטנות וכלה בבג"ץ. סכסוכים שהיה ניתן והיה רצוי לפתור מחוץ למסגרות הפורמליות של בתי המשפט, עושים דרך אקספרס היישר אל חיקם של עורכי דין, ואלו ממהרים לרוץ לבתי

46 ראו מ' מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503.

47 א' ברק "על השקפת עולם בדבר משפט, שיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475, 485.

48 ראו גם: ע' פרוש "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי – השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל יכולה" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 717.

49 תופעה זו נפוצה בעיקר בתחום המשפט הפלילי. זיכוי או החלטה שלא להגיש כתב אישום מתפרשים כתעודת יושר, מבלי להרהר על תקינות המעשה במישור המינהל הציבורי, האתי או המוסרי. לדוגמאות, ראו: ע' זלצברגר "על המקצועי, על המוסרי ועל מה שמעבר למשפט – דברים לכבוד פתיחת שנת הלימודים תשנ"ט" *משפט וממשל* ה (תש"ס) 409. במשפט החוקתי והמינהלי נפוץ יותר הוויכוח עם הקביעות השיפוטית, אם כי הפנייה לבית המשפט כדי שיפתור את המחלוקות הערכיות הופכת אף היא לנפוצה יותר ויותר. בית המשפט בתחומים אלו מתבקש לפעול כגוף חליפי לגופים הציבוריים שנועדו לקבל החלטות בספירה הציבורית, כגון הממשלה, הכנסת, מועצות ציבוריות וכולי.

המשפט. מספר עורכי הדין שנדרשים לטפל בכמות ההולכת וגדלה של תביעות גם הוא הולך וגדל, והנה מתגשם החזון של "הכול נשפט", לא בהכרח באופן שבו חשבו עליו הוגיו.

לדעתי, תופעה זו של משפטיזציה מסוכנת לחברה בישראל. המשפט אמור לבטא קודקס מוסרי או נורמות חברתיות פרה־משפטיות ומטא־משפטיות. חברה מוצלחת היא זו שקיימים בה קודי התנהגות ונורמות המקובלים על הכול, נורמות שאינן זקוקות למערכת מוסרית פורמלית שתאכוף אותן, גם במישור הפרטי והבין־אישי וגם במישור של כללי המשחק הציבוריים והפוליטיים. נורמות אלו הן תוצאה של מסורות ארוכות שנים וטביעות אצבע אוניברסליסטיות וייחודיות תלויות תרבות וזהות.[50] היעדרם של תהליכים של יצירת נורמות במגוון רמות בחברה הישראלית, מעודדות את בית המשפט ליטול לעצמו מדרס רגל הולך וגדל בהליך זה, וכאן, לא רק שהדיונקורס המשפטי והמוסד המשפטי אינם כשירים מעצם טבעם לתת פתרונות נורמטיביים במגוון הנדרש בחברה אזרחית, אלא שהנורמות החברתיות התרשות שלנו – המשפט חובק הכול – אינן נקבעות על ידי הפילוסופים, האינטלקטואלים, או אנשי הרוח, אלא על ידי אנשי מקצוע משפטיים מעולים המנסים בכל מאודם להיות לאנשי רוח. במובנים רבים שופטינו הראשונים היו כשירים יותר לתפקיד זה, אך מיאנו, בצדק, ליטול אותו על כתפיהם.

פליקס פרנקנפורטר כתב פעם בתשובה לשאלה של ילד בן שתים עשרה, מה עליו לעשות כדי להיות משפטן כשיהיה גדול: "פול היקר, אין איש יכול להיות משפטן ראוי לשמו בלי להיות איש משכיל, ולו אני תחתיך הייתי משכית מלבי כל הכנה טכנית למקצוע המשפט. הדרך הטובה ביותר להתכונן לכך היא להגיע ללימודי המשפט בתור אדם שקרא הרבה. בזה לכשעצמו דיו לתת לאדם יכולת הבעה בשפה האנגלית, בכתב ובעל פה, וכן לטעת בו הרגלים של חשיבה בהירה, שרק חינוך ליברלי אמתי יכול להעניקם. חשוב לא פחות לגבי המשפטן הוא פיתוחו של כוח הדמיון על ידי קריאת שירה, התבוננות ביצירות ציור גדולות, במקור או ברפרודוקציה, והאזנה ליצירות מוזיקליות גדולות. גדוש את מוחך במטען של קריאה רבה וטובה, שכאמצעותו תחוש את נפלאות המסתורין של היקום ואף תרחיב ותעמיק את רגישויותיך ושכוח הכול על אודות הקריירה העתידית שלך".[51]

מבלי להכריע במחלוקת הפתוחה, לטעמי, על השאלה, מה עדיף: שועל או קיפוד, אני מבקש לאחל למשפט הישראלי ביונגל הבא כי הסטודנטים שלנו יגיעו לפקולטות למשפטים לאחר תואר ראשון במגוון המדעים (מה שמכונה בארצות הברית "liberal arts degree"),[52] יעסקו בהרחבת הדעת ולא בחשיבה ממוקדת וחד־ממדית על הקריירה המקצועית שלהם.

50 לתובנות דומות, ראו: א' רוזן־צבי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעה ערכים)" *עיוני משפט* יז (תשנ"ג) 689; א' רוזן־צבי "ואולי בקוצר ידו יתרתר" *הארץ* (3.10.1995).

51 F. Frankfurter *Of Law and Men: Papers and Addresses of Felix Frankfurter 1939-1956* (Elman (ed.), New York 1956)

52 ראו דברי המשתתפים ברב־שיח על החינוך המשפטי *המשפט* ב (התשנ"ה-1994) 3, ובייחוד את דברי הפרופסור זמיר, עמ' 18.

אלו יצמיחו את הדורות הבאים של שופטינו שיהיו חלקם קיפודים, חלקם שועלים, אך כולם יהיו מודעים למגבלות המשפט ולתפיסה, שעל פיה אין המשפט יותר מאשר מערכת אחת מבין שלל מערכות הנורמות של החברה הישראלית.



nevo.co.il