

המסורת הגרמנית של בית-המשפט העליון בישראל

מאת
עלי זלצברגר, פניה עוז-זלצברגר*

למיכל זמורה-כהן ולחיים כהן מקדש מאמר זה בהוקרה ובמידות.

"כלום צריך להעיד כי נפשי טולדת מהאופנה החדישה לחדור אל תוך חזרי חדרים של שופטים ולגלות משם סודות, שברובם אינם אלא סתם רכילות?... אך נכון הדבר: מזמן עוסקים משפטיים סוציולוגיים בניתוח המטען הנפשי, התודשתי, החברתי והפוליטי של שופטים... אך גם התעסקות זו בנפשו ובמניעיו הבלתי מודעים של השופט - להבדיל מעיון במעשיו וביצירתיו - ענין עדין הוא. יש בה מסמניה של אותה חזירה אל תחום הפרטיות של השופט, שאינה נראית לי רצויה."

אלפרד ויתקון "מעולמו של שופט". מתוך דברים שנישאו במקט הענקת פרס צלטנר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, 18 במרץ 1980. עיוני משפט ז (תשל"ט-תש"ס) 531-532.

מבוא

- א. השופטים היגרמניים של בית-המשפט העליון בישראל
- ב. שנות החניכות בוויימאר
 1. רפובליקת ויימאר והמשפטיים היהודיים
 2. שמרנות, אי-פוליטיות, פורמליזם וערכים
- ג. השפעת גרמניה על פסיקות בית-המשפט העליון – בחינה סטטיסטית
- ד. העבר הגרמני ופסק-הדין בעניין ירדור
- ה. ליברליזם, "מדינת חוק" ו"ציבור נאור"
- ו. במקום סיכום

* מרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ומרצה כחוג להיסטוריה כללית באוניברסיטת חיפה. בדצוננו להודות לשופט חיים כהן, לפרופסור פנינה להב, לפרופסור עדי פרוש, לד"ר רונן שמיר ולמערכת כתב-העת עיוני משפט על הערותיהם לגרסות קודמות של מאמר זה. השופט משה לנדוי הצביע על טעויות בדיוננו, ויבוא על התודה. חן חן לעדי שיינמן וליהודה וישניצקי על עזרתם המועילה והנכונה באיסוף הנתונים למחקר זה.

מבוא

מאמר זה עוסק בסיפורה הקולקטיבי של קבוצת אנשים שנולדו או התחנכו בגרמניה בשנים הסוערות של רפובליקת ויימאר, באו ארצה בשנות השלושים, עם עליית הנאציזם, ומצאו עצמם ממלאים תפקיד מרכזי בייסודה ופיתוחה של מערכת המשפט בישראל, ובמיוחד בניית דרכו של בית המשפט העליון. אף שבשנים האחרונות התעורר צניין בהיסטוריה של המשפט הישראלי, ואף הניב פירות מרתקים – כך נכתב, למשל, על המסורת האנגלו-אמריקאית של בית המשפט העליון, ובעיקר על השפעתו של השופט שמעון אגרנט על המשפט הישראלי¹ – טרם ניתנה דעתם של חוקרים לסיפורם של ה'יקים (כפי שכוננו העולים יוצאי גרמניה בארץ ישראל ובמדינת ישראל) בבית המשפט העליון, למורשת שהביאו עימם מגרמניה ולהשפעתה על תורת המשפט הישראלית.

בעשורים האחרונים עובר על מדינת ישראל תהליך שניתן לכנותו משפטיזציה. המסורת של תנועת העבודה משנות עיצובה של המדינה, שהתייחסה בפחיתות כבוד לפנייה לערכאות שיפוטיות, עברה מן העולם. בתי המשפט, והמשפט כמושג, נהפכים למוסדות חברתיים ופוליטיים מן החשובים בארץ. מעל לכל מודק בית המשפט העליון כאחת הרשויות הדומיננטיות של המשטר הישראלי. הוא נע לעמדה מרכזית בהליכים של קבלת ההכרעות הציבוריות בחברה, תוך גילוי מידה חסרת תקדים של מעורבות בפעילות של הורעות האחרות של הממשל. כך גם נהפך בית המשפט העליון למודק סקרנותו של ציבור רחב ולבבת-עינה של התקשורת.

ההסבר לשינויים אלה עודנו בגדר חידה. רשויות שיפוטיות מצויות על-פי רוב במצב של חולשה אינהרנטית,² והיה ניתן לצפות שבארץ, במצב של היעדר חוקה כתובה המבטיחה עצמאות של הרשות השופטת ושופטיה, יהיה בית המשפט עליון שברירי אף יותר מאשר במקומות אחרים. מסתבר שאין הדבר כך, ובחינה של תגובות הרשות המחוקקת והרשות המבצעת על כוחו הגדל של בית המשפט העליון מוליכה למסקנה שונה. לא רק שרשויות אלה לא נלחמו ברצינות במעמדו המתחזק של בית המשפט העליון, הן גם האצילו במהלך השנים עוד ועוד סמכויות לבית המשפט וחזקו את עצמאותו המבנית.³ במאמר זה איננו מבקשים להציע פתרון מקיף לחידת מעמדה האיתן של הרשות השופטת בישראל, אך אנו סבורים שהצצה בהיסטוריה של המשפט הישראלי בכללו, ובפרק ה'יקי שלה בפרט, עשויה לספק רמזים מעניינים למחקר בסוגיה זו.⁴

- 1 ראו בעיקר פנינה להב 'העוז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו' עיוני משפט יד (1989) 479.
- 2 Alexander M. Bickel *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Indianapolis, 1962).
- 3 על עצמאות מבנית של הרשות השיפוטית ראו עלי ולצבר, מאמר ביקורת על ספרו של שמעון שטרית 'Justice in Israel: A Study of the Israeli Judiciary' משפט וממשל ב (תשנ"ה) 535.
- 4 על הסבר מסוג אחר לעצמאות הרשות השופטת, פרי הגישה הכלכלית למשפט, ראו:

העניין הגובר בהיסטוריה של המשפט הישראלי מוצדק לא רק בשל הרצון לתקור את דרכם של המשטר והשיח הציבורי הישראלי בעשורים האחרונים. ישראל, כמדינה צעירה המאגדת קבוצות שונות ברקען האתני והתרבותי, היא קרקע מצוינת למגוון מחקרים אמפיריים ותיאוריות חברתיות ותרבותיות. סיפורם של ה"קיים" בבית-המשפט העליון עשוי להעשיר את הדיון בשאלות כגון מהי תרבות משפטית, כיצד היא נוצרת, כיצד עובדים רעיונות מתרבות אחת לאחרת, מהם המנגנונים של ברירה והטיה הפועלים בעת מעבר כזה, מהו מעמדם של שופטים בתורה ומהו תפקידו המוסדי של בית-המשפט העליון ויחסיו עם הרשויות האחרות. מחקר השדה שביסוד מאמר זה והמסקנות שביקשנו לגזור ממנו עשויים לתרום לסינתיות נרחבות יותר המכוונות לשאלות אלה.

נפתח את המאמר בסטטיסטיקה של נוכחות השופטים ה"קיים" בבית-המשפט העליון ובביורגפיות שלהם (פרק א), ונתחקה אחר עברן הגרמני של הנפשות הפועלות העיקריות (פרק ב). לאחר-מכן נפנה לבחון את השפעתם של השופטים ה"קיים" על תורת המשפט הישראלית. זאת נעשה בשלוש רמות בדיקה שונות – בדיקה סטטיסטית של הפניות למשפט ולתרבות הגרמניים (פרק ג), ניתוח של אחד מפסקי-הדין המפורסמים בהם בא לידי ביטוי העבר הגרמני, האישי והקולקטיבי, של שופטי בית-המשפט העליון: פסק-דין ירדור (פרק ד), ובחינה של כמה טביעות-אצבע נסתרות של התרבות והחינוך הגרמניים על עולמה הלשוני והמושגי של תורת המשפט הישראלית (פרק ה). נחתום בתובנה נוספת שיש בה, אולי, כדי לזרות אור על החידה הגדולה בדבר מעמדו של בית-המשפט העליון הישראלי בזמננו (פרק ו).

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

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

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

5 קיימות בספרות התייחסויות מעטות וכלליות למדי לתרומתם של עולי מרכז-אירופה למערכת המשפטית: שלמה אראל ה"קיים" – המישים שנות עליה (תרגם דב קוסטלר מן המהדורה הגרמנית, ירושלים, תשמ"ו); יואב גלבר מולדת חדשה: עליית יהודי מרכז אירופה וקליטתם 1933–1948 (ירושלים, 1990) 447–449. דברים מעניינים הנוגעים בעקיפין בדיוננו מובאים במאמרו של יורם שחר "יומנו של אורי ירין" עיוני משפט סז (תשנ"ב) 537–557; ואילו אליקים רובינשטיין, בספרו המועיל שופטי-ארץ: לראשיתו ולדמותו של בית-המשפט העליון בישראל (תשמ"א) 141, מוען דווקא כי "רובם של השופטים קשורים לתוג התרבות המזרח-אירופית היהודית, לרבות... חלק מיוצאי גרמניה, שהוריהם עברו לגרמניה מרוסיה ומפולין". גישתנו, כפי שנבהיר, שונה.

המשפט העליון בשנותיו המוקדמות והמעצבות, אי-אפשר לא להבחין בנוכחות היקית בשורותיו, המסתכמת לעיתים ב־50% מכלל השופטים, ובאה לידי ביטוי הן במספר השופטים ילידי גרמניה והן במספר הניכרי האוניברסיטות הגרמניות. לבדיקת נוכחות זו הסתייענו במבחן הרציני-למחצה המוצע בספרו של שלמה אראל לקביעת "מיהו יקה": מי שהתחנך במוסדות חינוך גרמניים ויודע להגות את תנועות ה"אוטלאוס" כהלכה,⁶ עם זאת חשוב להדגיש שמונח-העגה יקה, עם כל האסוציאציות המלעיגות וגם האוהדות שחברו אליו במילון הסלנג העדתי הישראלי, שימש להדחתה המוחלטת של המלה הקשה גרמני. די אם נזכיר שתכונות יקיות שצוינו בדרך-כלל בהווי הישראלי בהערכה ובחיבה מלגלגת מעט, כמו קפדנות ודקדקנות, אינן אלא תמונת-פוזיטיב של תכונות גרמניות מרתיעות ומפחידות בפנתיאון הסטריאוטיפים הלאומיים.

מקור הזיהוי הרווח בין העלייה היקית ומקצועות המשפט מקורו בסוציולוגיה של היהודים ברפובליקת ויימאר. לימודי המשפטים, לצד הרפואה, משכו רבים מיהודי גרמניה בשנות העשרים ובראשית שנות השלושים. בערים גדולות כברלין או פרנקפורט היו, ערב עלייתו של היטלר לשלטון, יותר מ־40% יהודים מכלל עורכי-הדין. משפטנים יקיים רבים עלו לארץ בשנות השלושים, אם כי רבים מהם נטשו את מקצועם, לפחות זמנית, בשל קשיי שפה, מהמורות העמידה בבחינות רישוי וסירובה הכמעט מוחלט של ממשלת המנדט לקלוט משפטנים יהודיים במשרדיה. העולים שהתגברו על קשיי הקליטה (ועל הפיתוי להיות לחוצים חקלאיים) פנו איפוא לפרקטיקה פרטית.⁷ שופטים יהודיים ככלל היו חוץ לא-גפרין בתקופת המנדט: גד פרומקין היה היהודי היחיד בבית-המשפט העליון המנדטורי, ומשה לנדוי היה אחד היהודים המעטים שכיחנו כשופטי שלום.⁸

מצב זה השתנה עם הקמתה של מדינת-ישראל. שר המשפטים הראשון, פליקס רוזנבליט (Felix Rosenblüth), הלא הוא פנחס רוזן, היה יליד ברלין וחניך אוניברסיטת פרייבורג וברלין. במעגל המייסדים של משרד המשפטים, שהתרכז סביב רוזן באביב ובקיץ של שנת 1948, פעלו גם אורי ירין (Rudolf Heinsheimer), יליד קרלסרוהה וחניך אוניברסיטת ברלין, שהתמנה לראש מחלקת התקיקה של משרד המשפטים, וחיים הרמן כהן (Cohn), פרקליט המדינה הראשון, שלימים התמנה ליועץ המשפטי לממשלה, לשר המשפטים ולשופט בית-המשפט העליון. גם משרדו של מבקר-המדינה הראשון, זיגפריד מוזס (Moses), יליד לאוטנבורג וחניך ברלין, היה מאויש כמעט כולו ביוצאי גרמניה. רוזן אחראי למינויים רבים של יוצאי גרמניה בצמרת המשפטית, שהיתה, למן קום המדינה, משופעת ביקים. בערוב ימיו אמר רוזן לשלמה אראל, בלא כחל ושרק, כי

6 אראל, שם, בע' 20. הגדרה זו מצוטטת מפיו של חבר הכנסת לשעבר ברוך אייזנשטאט-אזניה.

7 גלבר, לעיל הערה 5, בע' 447-448.

8 בסך הכל כיהנו ערב תום המנדט עשרים ושניים שופטים יהודיים בבתי-משפט שלום ובבתי-משפט מחוזיים מבין שישים ואחד שופטים. דאו דיזוהו של מנחם רוזן בכנסת, ד"כ 8 (תשי"א) 1176.

העדיף יקים במערכת המשפטית בשל היותם "הגונים ושומרי חוק"⁹. הדברים נאמרו, או לפחות הובנו, כרמז לפרופיל המוסרי הקולקטיבי של מנהיגי רשויות השלטון האחרות, שמוצאם של רובם היה ממורת לנהר האודר.

לענייננו חשוב בעיקר מינויו של משה זמורה (Smoira) לנשיא הראשון של בית המשפט העליון. זמורה, כרוזן, היה יליד המאה הקודמת.¹⁰ הוא נולד בשנת 1888 בקניגסברג, בפרוסיה המזרחית, למשפחה שמוצאה באוקראינה, והשכלתו ייצגה את הסינתזה היהודית-הגרמנית של רבים מבני דורו. הוא למד בכמה אוניברסיטאות גרמניות – קניגסברג, פרנקפורט על המיין (בהן למד שפות שמיות הודות לזיקתו המוקדמת לצינונות ולעברית), וכן ברלין והידלברג (בהן למד משפטים). הוא קיבל תואר דוקטור למשפטים בברלין בשנת 1911. זמורה, כמוהו כרוזן, שירת בצבא הגרמני במלחמת העולם הראשונה, ולאחר המלחמה עבד כעוזר משפטי בברלין. שניהם הגיעו לפלשתינה בשנת 1922 והיו 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: גיתה, ביאליק, רחל.¹¹

בכל הנוגע לבית המשפט העליון, הנוכחות היקית הונצחה במידה רבה כתוצאה ממינויו של זמורה על־ידי רוזן.¹² מינוי זה, כשאר המינויים עד לכניסתו לתוקף של חוק השופטים, בשנת 1953, נעשה על־ידי הממשלה הזמנית ואושר על־ידי מועצת המדינה הזמנית בהצבעה חשאית. השפעת המינוי היתה גדולה למרות פרישתו של זמורה מבית המשפט העליון, מטעמי בריאות, בשנת 1953, חמש שנים בלבד לאחר מינויו.

בין חמשת שופטיו הראשונים של בית המשפט העליון היו שני יקים: הנשיא זמורה, ומנחם דונקלבלום (Dunkelblum), שנולד בשנת 1889 בקרקוב, או בגליציה האוסטרית הונגרית, ולמד באוניברסיטאות קרקוב ווינה. דונקלבלום בא לפלשתינה בשנת 1919, היה מקורב לצינונים הכלליים וכיהן כיועץ משפטי להנהלת התנועה הציונית ולעיריית תל־אביב. הוא נפטר בעת כהונתו, בשנת 1951. לצידם של זמורה ודונקלבלום מונו

9 אראל, לעיל הערה 5, בע' 187. רשמים דומים מצוטטים אצל גלבר, לעיל הערה 5, בע' 447.

10 הנתונים הביוגרפיים של שופטי בית המשפט העליון לקוחים מספרי הזיכרון ומן הרשימות הביוגרפיות והאוסוביוגרפיות המפורסות בהערות השוליים שלהלן, וכן מהמקורות הבאים: Peretz Cornfeld (ed.) *Palestine Personalial 1947* (Tel Aviv, 1947); ישראל בן־זאב (עורך) מי ומי בירושלים: אישים בבירה (ירושלים, תשכ"ה – 1965); *Who's Who in Israel 1968* (Tel Aviv, 1968); מי ומי בישראל (תל אביב, תשל"א); L.J. Carnin Karpman (ed.) *Who's Who in World Jewry: A Biographical Dictionary of Outstanding Jews* (1972); רובינשטיין, לעיל הערה 5.

11 השו"י בר־שירה "משה זמורה ז"ל" הפרקליט יח (תשכ"ב) 96–96.

12 על מינוי זה והחשש שנוצר למשוא־פנים עקב היותו של זמורה שותפו של רוזן, ראו רובינשטיין, לעיל הערה 5, בע' 59–66.

בהרכב הראשון שני חניכים של אוניברסיטות בריטיות ואמריקאיות – יצחק אולשן ושניאור זלמן חשין,¹³ ושופט נוסף שלא היה משפטן – הרב שמחה אסף.

מאזן זה בין חניכי האסכולה האנגלו-אמריקאית לבין חניכי האסכולה הגרמנית נשמר במינויים הבאים לבית המשפט, ומתקבל איפוא הרושם שהאיוון לא היה מקרי.¹⁴ בשנת 1949 מונה השופט שמעון אגרנט, יליד לואיסוויל, קנטקי, ובוגר בית-הספר למשפטים של אוניברסיטת שיקגו, ובשנת 1950 מונה משה זילברג (Silberg), זילברג נולד למשפחה דתית בעיירה שקדוויל, בליטא, בשנת 1900, וקיבל חינוך תורני. הוא למד באוניברסיטות של מרבורג ופרנקפורט על המיין, ובזו האחרונה סיים את לימודי המשפטים בתואר דוקטור (1926), ושם שהה עד לבואו לארץ, בשנת 1929. הוא מונה לממלא-מקום בבית המשפט העליון כבר בשנת 1948, וכיהן בבית המשפט עשרים ושתים שנים. משנת 1965 היה ממלא-מקום קבוע של נשיא בית המשפט העליון.

בין חמשת המינויים הבאים, הראשונים שנעשו עלידי הוועדה למינוי שופטים לפי חוק השופטים, תשי"ג-1953, היו שלושה יקים על-פי הגדרתנו: שני ילידי גרמניה (שאומנם השלימו את השכלתם המשפטית באנגליה), ויתקון ולנדוי, ויליד גליציה, שהיה חניך מובהק של מערכת ההשכלה הגרמנית, ווסמן. באותה תקופה מונו שני שופטים שמוצאם או השכלתם באנגליה.¹⁵

יואל ווסמן (Sussman) נולד בקרקוב בשנת 1910. הוא רכש השכלה באוניברסיטות פרנקפורט על המיין, ברלין והיידלברג, בה קיבל תואר דוקטור למשפטים. לפלשתינה בא בשנת 1934, אך בשנת 1937 נסע ללמוד באוניברסיטת קיימברידג', שב לארץ לעסוק בפרקטיקה פרטית, ונסע שוב ללימודי LL.B באוניברסיטת לונדון, בשנת 1946. לאחר קום המדינה שירת כסגן התובע הצבאי הראשי וכשופט מחוזי בתל-אביב. ווסמן מונה לבית המשפט העליון בשנת 1953, נעשה לממלא-מקום הנשיא בשנת 1970 וכיהן כנשיא בית המשפט משנת 1976 עד שנת 1980.

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

13 יצחק אולשן, יליד קובנא שבליטא, שעלה לארץ בשנת 1895 ועשה את לימודי המשפטים בלונדון בשנות העשרים, ושניאור זלמן חשין, יליד ארץ-ישראל, שלמד משפטים בניו-יורק.

14 דומה שלא הוסבה תשומת-לב ציבורית לאיוון העדתי וההשכלתי בין שופטי בית המשפט העליון כשנותיו הראשונות. בשלהי שנות החמישים נפתח דיון ציבורי בשאלת מינויו של שופט ספרדי (ראו רובינשטיין, לעיל הערה 5, בע' 148-154), וייתכן שדיון זה עמעם עוד יותר את הגוונים האשכנזיים השונים.

15 יליד אנגליה, דוד גויטן, ויליד ארץ-ישראל וחניך אנגליה, צבי ברנזון.

ארבעים ואחת (עוד לפני כן כיהן כשופט בפועל), ונשאר בו עשרים ותשע שנים (1953 - 1982). בשנתיים האחרונות לכהונתו היה נשיא בית המשפט.¹⁶

אלפרד ויתקון (Witkon) נולד בברלין בשנת 1910. הוא למד באוניברסיטת של בון, ברלין ופרייבורג, ובזו האחרונה קיבל תואר דוקטור במשפטים. ויתקון השלים את לימודי המשפטים בלונדון, משם בא לארץ בשנת 1934, ועסק בפרקטיקה פרטית. בשנת 1948 מונה לשופט מחוזי בירושלים, ובבית המשפט העליון כיהן, לאחר כמה מינויים זמניים, משנת 1954 עד שנת 1980.

במהלך שנות השישים מונו לבית המשפט העליון שני יקים, חיים כהן ובנימין הלוי, לצד שני שופטים מתרגויות מוצא אחרות.¹⁷ חיים (הרמן) כהן נולד בליבק, בצפון גרמניה, בשנת 1911, למשפחה דתית בעלת אילן יוחסין רבני. בגרמניה למד בשנת 1929 באוניברסיטת מינכן, בטרם בא לראשונה לארץ בשנת 1930 כדי ללמוד בישיבת מרכז הרב ובאוניברסיטה העברית בירושלים. כהן חזר לגרמניה כעבור שנתיים כדי להשלים את לימודיו, הפעם באוניברסיטת המבורג ופרנקפורט על המיין, הוא התיישב בארץ סופית בשנת 1933. למן שנת 1937 עסק בפרקטיקה פרטית, ובשנת 1947 הצטרף למחלקה המשפטית של הסוכנות היהודית. בשנת 1948 מונה לפרקליט המדינה, ובשנת 1949 למנהל הכללי של משרד המשפטים. בשנים 3-1952 כיהן כשר המשפטים, ומייד לאחר מכן כיועץ המשפטי לממשלה. בבית המשפט העליון כיהן עשרים ואחת שנים, למן מינויו בשנת 1960. בסיומן היה ממלא מקומו של נשיא בית המשפט.

מינוי נוסף של שנות השישים היה בנימין הלוי, שנולד בוויסנפלו בשנת 1910. הוא למד באוניברסיטת 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 בשנת 1969 לקריירה פוליטית.

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

16 פרטים ביוגרפיים נוספים ניתן למצוא אצל אליקים רובינשטיין "שביל הזהב: לדרכו של הנשיא משה לנדוי במשפט ובהגשמת הציונות" ספר לנדוי (בעריכת אהרן ברק ואלניער מזוז, תשנ"ה, כרך שני, חלק ראשון) 529.

17 יצחק קיסטר, יליד גליציה וחניך אוניברסיטת פולנויות, ואליהו מני, יליד ארץ-ישראל, שלמד משפטים באנגליה והיה השופט הספרדי הראשון בבית המשפט העליון.

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

בסיכומו של דבר, מבין עשרים וחמישה השופטים הראשונים בבית-המשפט העליון, שמונו עד שנת 1978, היו 36% ילידי גרמניה, לעומת 40% ילידי מזרח-אירופה, 8% ילידי אנגליה וארצות-הברית ו-16% ילידי ארץ-ישראל. את השכלתם המשפטית רכשו 36% – אם כי לא בדיוק אותם 36% – באוניברסיטות גרמניות, בעוד שרק 28% רכשו את השכלתם המשפטית באוניברסיטות בריטיות ואמריקאיות, 12% באוניברסיטות מזרח-אירופיות ו-20% בארץ.¹⁹ יוצא איפוא שילידי גרמניה ותניכה מהווים יהדיו את הקבוצה הגדולה ביותר מקרב שופטי בית-המשפט העליון בישראל בשלושת העשורים הראשונים לקיומו. זוהי נקודת-המוצא בחיפושנו אחר סביעות-אצבע גרמניות בבית-המשפט העליון הישראלי.

ב. שנות החניכות בווימאר

1. רפובליקת ויימאר והמשפטנים היהודיים

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

למעט משה זמורה, שהיה בן דור קודם, היו מושאי מחקרנו סטודנטים בתקופת רפובליקת ויימאר. כולם, גם זמורה, חוו כאנשים צעירים לפחות חלק מן השנים הסוערות של הרפובליקה. אבל חשוב לומר כאן שזמורה עזב מוקדם די הצורך שיוכל, בניגוד לחבריו, לדבר בנעימה תיובית על חוקת הרפובליקה, אותה ראה כ"אמת החוקות הדמוקרטיות ביותר". הוא עשה זאת בהתבטאותו היחידה על המשפט הגרמני בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון, בבג"צ 5/48 ליון נגד גוברניק.²⁰

צומק היהדות שספגו מושאי מחקרנו בבית הוריהם – בין אם מדובר בהינוך דתי או במסורת ובין בתרבות כללית יהודית – אינו קל לאומדן ולהשוואה. הביוגרפיות נוסות להדגיש רקע תורני מובהק ויריעה מקיפה במשפט העברי, כמו במקרים של זילברג

1982 ופרש בשנת 1997, הוא אחרון ילידי גרמניה בבית-המשפט העליון, אך עזב את מולדתו בגיל אחת-עשרה.

19 הטטיסטיקה לקוחה, כשינויים הגדרתיים שלנו, מרובינשטיין, לעיל הערה 5, בע' 141.
20 בבג"צ 5/48 ליון נגד גוברניק, פ"ד א 58, 68, כתב זמורה, בהקשר לשאלת חוקיות תקנה לשעת חירום המאפשרת הפקעת רכוש: "איננו סבורים כי מתוקק במדינה דמוקרטית אינו יכול להוציא חוק המאפשר תקנות לשעת חירום. נמצאים חוקים כאלו גם בחוקת הדמוקרטיה ביותר, למשל, בחוקה של הרפובליקה הויימרית של גרמניה."

וכהן, אבל אין הן נוטות להבליט בתים מתבוללים. חשוב עם זאת לציין שאחד ממאפייניה של התרבות היהודית-הגרמנית בשליש הראשון של המאה העשרים היתה היכולת, או לפחות השאיפה, למוג בין הויקה היהודית המסורתית להשכלה כללית ולתחושת שותפות בלאום הגרמני ובתרבותו. בקרב מושאי מחקרנו לא מצאנו יחס – ישר או הפוך – בין עוצמת הוהות היהודית לזו הגרמנית. הן היו, ברובה של יהדות ויימאר לגוניה, זו לצד זו. רוב השופטים גדלו בבתים לאו־דווקא ציוניים. הם עלו ארצה בין השנים 1929 ו־1934 כחלק מגל העלייה מגרמניה שמחויבותו הציונית התגבשה בצוק העיתים. חורג מכלל זה משה זמורה, שעלה לארץ־ישראל, כמוהו כפנתס רוזן, מוקדם יותר וממניעים ציוניים. חורג גם משה לגדוי: משפחתו, שחיה בדנציג, אך שורשיה היו בגליציה, היתה ציונית פעילה, ולימודיו באנגליה (תחילה לימודי הנדסה ורק אחר־כך לימודי משפטים) נועדו להכשירו לעלייה לארץ־ישראל. עם זאת, בגמנסיה הממלכתית של דנציג – בעת שכבר היתה עיר חופשית – רכש לגדוי השכלה תיכונית גרמנית למהדרין, עם קוריקולום קלטיציסטי ומשמעת פרוסית.²¹

כל מושאי מחקרנו, למעט לגדוי, למדו פרקיזמן מסוימים בשתי אוניברסיטות גרמניות לפחות. בראש הרשימה ניצבות אוניברסיטת ברלין, בה למדו רוזן, זוסמן ווייתקון, ופרנקפורט על המיין, בה למדו זילברג, זוסמן וכהן. במינכן למדו זמורה וכהן, בפריבורג רוזן ווייתקון ובהידלברג זמורה וזוסמן. וברשימה נמצאות גם קניגסברג, גיטן, מרבורג, בון והמבורג. כמוכן, לא הכל למדו משפטים בכל אוניברסיטה: משה זילברג, למשל, למד פיסיקה ומתמטיקה במרבורג. חשוב גם לציין שברוב המקרים, כמקובל בעולם האקדמי הגרמני, שהו הסטודנטים רק זמן קצר יחסית באוניברסיטות השונות, וזאת על־מנת ללמוד אצל מיטב המורים בכל מוסד ומוסד. תואר אקדמי השלימו רק באחת מהן. כך, למשל, שהה משה זמורה סמסטר אחד במינכן, שניים בהידלברג ושלושה בגיטן, שם גם קיבל תואר דוקטור.

אם ניטול איפוא את האוניברסיטות כאתר מרכזי של שנות החניכות, השנים המעצבות־אינטלקט, שחשיבותן הובהרה במיוחד בספרות הגרמנית, מגיתה ועד מוסיל, נוכל לשאול כמה שאלות־מפתח לדיוגנו: מה היה עולמן האינטלקטואלי והפוליטי של הפקולטות למשפטים בגרמניה באותה תקופה? אילו רכיבים בהשכלה המשפטית הפורמלית שרכשו, ואילו רכיבים במציאות הפוליטית והתרבותית הרחבה של הרפובליקה, עיצבו במיוחד את השקפת־העולם של שופטי בית־המשפט העליון שלנו לעתיד לבוא? היקף תשובותינו כאן לא ישתווה, כמוכן, לממדי השאלות. אנו מבקשים לפתוח צוהר לדיון ישראלי מסוג חדש, אינטימי יותר, במורשת גרמניה הוויימארי – דיון של יורשים שירושתם הושכחה, ולא רק של קורבנות־ברייעבד, או להבדיל, של חוקרים שבאו מן התרין.

הממסד המשפטי והאקדמי של רפובליקת ויימאר, אליו פנו הצעירים היהודים מושאי מחקרנו וכו קיוו רובם להשתלב, היה שילוב מעניין של יציבות ומסורת עם תסיסה ואי־נחת. הרפובליקה עצמה, שחוקתה הליברל־דמוקרטית נוסחה, בין השאר, בידי

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

המשפטן היהודי הוגו פרויס, היתה מראשיתה טרף לעוינות מצד משפטנים לא-מעטים. הסכמי ורסאי, היסוד המשפטי של הרפובליקה, נכפו על גרמניה המובסת, ועל-כך הטילו צל כבד על חוקיותה של הרפובליקה, או לפחות על הלגיטימיות המהותית שלה. היסטוריונים שכתבו על הרפובליקה בתבונה-שבדיעבד נוטים להציגה כשנואת-נפשם של משפטניה: בתי-משפט הקלו מאוד בעונשם של קיצונים ימניים והכבידו בעונשם של סוציאליסטים וקומוניסטים. שופטים, עורכי-דין ופרופסורים התבטאו בפומבי בזלזול ובתיעוב כלפי הרפובליקה וחוקתה.²² כאשר הואשם הפרופסור למשפט בינלאומי הנס נוויאסקי (Nawiasky) על-ידי הנציג-ל-סוציאליסטים כי העז לומר שאמנת ורסאי היא חוקת, וסטודנטים הפגינו נגדו וקראו לסילוקו מן האוניברסיטה, לא נחלץ איש מעמיתיו באוניברסיטת מינכן להגן על תוכן דבריו. אחדים מהם הגנו, בשם החופש האקדמי ובסלידה הולמת, על זכותו לומר אותם.²³ פרשת נוויאסקי מובאת לעיתים קרובות כדוגמה מרכזית של התמונה ההיסטורית המקובלת: שופטים ופרופסורים על הכס ועל הקתדרה תומכים בימין האנטי-דמוקרטי, נסיונות השתקה של קולות אחרים, של ליברלים ותומכי הרפובליקה. היה ניתן לצפות כי "בגידת המשפטנים" תיחקק עמוק בזכרונם של משפטנים יהודיים צעירים שהתחנכו בצילה.²⁴

אך תמונה זו לוקה בחסר, ראשית, משפטנים חשובים, וביניהם גם יהודים, היו מזוהים אידיאולוגית דווקא עם השמאל. כך, למשל, הרווייה המקיפה בדיני העבודה בתקופת הרפובליקה היא פרי תפיסה משפטית-חברתית ששורשיה במדינת-הרווחה של ביסמרק, אך מוזגו בה זרמים חרשים של מחשבה סוציאלי-דמוקרטית. שנית, העמדה העוינת כלפי חוקת הרפובליקה לא הורחבה לכלל התנגדות לשיטה המשפטית כולה. עולמם האינטלקטואלי של המשפטנים הגרמניים, כפי שנמחיש להלן, היה רוגע למדי. בניגוד לצורת המשטר והחוקה עצמה, סיפקו החוק והמשפט הגרמני תחושה של יציבות והמשכיות ארוכת-שנים, גם אם היתה זו מסורת חדשה למדי – כדרך של מסורות – ופרי מאבקים ושינויים שהתרחשו כמה עשרות שנים קודם-לכן.

הממצא העיקרי העולה מבדיקתנו את התייחסות השופטים העליונים ממוצא גרמני אל עברם הקולקטיבי הוא, לדידנו, מפתיע: עם כל עוצמתה של הקריסה הוויימאריה ועליית

- 22 לסקירה כללית על הממסד האקדמי בוויימאר ראו ספרו הקלסי של: Fritz K. Ringer *The Decline of the German Mandarins: The German Academic Community, 1890-1933* (Cambridge, Mass., 1969) esp. ch. 4; וכן: Walter Laqueur *Weimar: A Cultural History 1918-1933* (London, 1974) 183-189. לדיון מפורט על הממסד המשפטי ראו: Heinrich Hannover and Elisabeth Hannover-Drück *Politische Justiz 1918-1933* (Frankfurt am Mein, 1966).
- 23 Alice Gallin *Midwives to Nazism: University Professors in Weimar Germany 1925-1933* (Macon, Georgia, 1986) 79-85.
- 24 לתמונה כללית יותר של האנטישמיות בקבוצות חברתיות ובאוניברסיטות הוויימאריה ראו: Donald L. Niewyk *The Jews in Weimar Germany* (Baton Rouge and London, 1980) ch. 3.

הנאצים לשלטון, שרוב מושאי מחקרנו היו עדים להן, בהתייחסותיהם הציבוריות של השופטים לרפובליקת ויימאר לא ניכרת נימה אישית במיוחד. בכתבים אוטוביוגרפיים הודגשו דווקא גוהות החיים בגרמניה ונעימותם. אלפרד ויתקון תיאר את חייה היהודים הגרמניים הוותיקים והמבוססים כ"גן עדן".²⁵ משה לנדוי, בדבריו לזכר אורי ידן, ציין שבימי ויימאר "נפלו המחיצות כליל ויהודי גרמניה התקדמו בחזית רחבה והחלו תופסים עמדות מפתח בעולם האקדמיה והשלטון".²⁶ הרף הנתונים הידועים על אודות האנטישמיות הגוברת בקרב חוגים אקדמיים בתקופת ויימאר,²⁷ גם ויתקון וגם חיים כהן ציינו כי לא חוו מבשרם אנטישמיות באוניברסיטות הגרמניות. כהן, יש להדגיש, למד במינכן, שהפקולטה למשפטים שלה היתה מולדת הארגון של הסטודנטים הנציונל-סוציאליסטיים, ובה פרצה, כעבור זמן קצר, פרשת נוויאסקי.²⁸

במכתב אל מחברי מאמר זה מערער השופט כהן את התמונה הוויימארית המקובלת ששרטטנו בגאמנות יתרה בגרסה מוקדמת של המאמר:

"אין זה נכון שרפובליקת ויימאר היתה 'שנואה' עלינו. נהפוך הוא: רובנו ככולנו היינו פטריוטים די גלהבים של הרפובליקה, וחסידים גדולים של חוקתה. ... רוב של השופטים הגרמנים בשנות העשרים עשו מלאכתם נאמנה; ואם היו ביניהם (ביחוד בדרגות הנמוכות) שהקלו עם עברייני ימין והחמירו עם עברייני שמאל – אין בכך כדי להצדיק מסקנה על סיבה של הרפובליקה כמדינת חוק."²⁹

גם למתקפה נגד נוויאסקי, שהיסטוריונים של ויימאר נוטים להציגה כציון־דרך מכריע של הסתאבות האוניברסיטות וגסיסת הרפובליקה, גותן חיים כהן פירוש אחר: "ואשר לפרשת נוויאסקי (שלהרצאותיו לא הלכנו, כי היה משומד), הרי שאלת חוקיותה של אמנת ורסי היתה שנוייה במחלוקת. היו רבים (גם במינכן, גם בין היהודים) שגרסו שאין היא מחייבת את גרמניה, באשר כפו אותה עליה בעל־כורחה. לא בלתי סביר הוא שהפקולטה [למשפטים במינכן] בתורת שכזאת לא רצתה לנקוט עמדה, שהרי גם בשורותיה לא היתה תמימות דעים. ברם, עניין זה לא גרע במאומה ממעמדו הבלתי מעורער של נוויאסקי – עד אשר סולק ע"י הנאצים."³⁰

25 אלפרד ויתקון "זכר ליציאת גרמניה: מדוע לא ראו היהודים את הכתובת על הקיר" (פורסם לראשונה בדבר, 1.2.1983); אלפרד ויתקון משפט ושיפוט (תשמ"ח) 263.

26 משה לנדוי "דברים לזכר אורי ידן ז"ל" ספר אורי ידן: האיש ופועלו (אהרון ברק וסנה שפניץ עורכים, תש"ן) 11.

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

28 ארגון הסטודנטים הנציונל-סוציאליסטיים הוקם בידי וילהלם סמפל בשנת 1926, פרשת נוויאסקי התרחשה בשנת 1931, שנתיים אחרי שלמד שם חיים (אז הרמן) כהן.

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

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

עדות זו עולה בקנה אחד עם הנתונים המצביעים על נוכחות יהודית מסיבית בממסד המשפטי הוויימארי, ועם העמדה ההיסטוריוגרפית המוצאת בתקופת ויימאר את עידן שגשוגה של סימביוזה יהודית-גרמנית.³¹ סטודנטים יהודיים למשפטים לא חשו מנודים או דחוקים אל השוליים במדינה בה עסקו יהודים רבים בעריכת דין כפרקטיקה פרטית ונשאו במשרות חשובות במערכת השיפוטית ובאקדמיה. כפרוסיה (אם כי לא בנוואריה) קודמו משפטים יהודיים למשרות בכירות בשירות הציבורי. עם הפרופסורים היהודיים המפורסמים בפקולטות למשפטים נמנו קרל היינסהיימר (Heinsheimer), דודו של אורי ירון) בהיידלברג, גיימו גולדשמידט (Goldschmidt), פריץ שולץ (Schulz) וארגסט ראבל (Rabel) בברלין. שני האחרונים וכו בשם גינלאומי כמששכי אסכולת המשפט הרומי, משפטים יהודיים אחרים, ביניהם הוגו וינצהיימר (Sinzheimer) מפרנקפורט, היו שותפים לעיצוב דיני העבודה של הרפובליקה ולהוראת מקצוע חדש זה, וכיהנו כשופטים בבתי-הדין לעבודה. מטבע הרברים שימש דור בוגר ומצליח זה של משפטים יהודיים-גרמניים דגם נאה לשאיפותיהם של הסטודנטים היהודיים הצעירים. רק קיצה של הרפובליקה ועליית היטלר לשלטון טלטלו את רוב הצעירים הללו אל ארץ חדשה, ולימים אל תליהתלוץ של המשפט הישראלי.³²

אם נתייחס בכובד-ראש לעמדתם של אלפרד ויתקון ותיים כהן, עמדה שלא מצאנו לה סתירה בכתביהם של השופטים האחרים מושאי מחקר זה, הרי ששנות הלימודים באוניברסיטות הגרמניות של רפובליקת ויימאר לא התירו בהם תותם טראומטי. היו אלה, ככל שידענו משגת, שנות חניכות יפות, שלא היו שונות במהותן מימי לימודיהם של סטודנטים רבים בזמנים ובמקומות אחרים. את סביעות-האצבע המעניינות אותנו יש לחפש בסגנון האקדמי ובקוריקולום של המוסדות בהם למדו ויתקון, כהן ועמיתיהם. מה היה ומה לא היה בפקולטות למשפטים שעיצבו את שופטינו לעתיד לבוא?

2. שמרנות, אפוליטיות, פורמליזם וערכים

רוב הפקולטות למשפטים בגרמניה היו בשנות העשרים מעוזים של שמרנות, וזאת בכמה מובנים. ראשית, המקצוע עצמו היה עתיק-יומין, הפקולטה למשפטים היתה אחת משלוש או ארבע אבני-הבניין של האוניברסיטה משחר תולדותיה, ואבק השנים הוא מצע

31 ראו משה צימרמן "בעיות יסוד בהיסטוריוגרפיה של יהודי ויימאר" יהודי ויימאר: חברה במשבר המודרניות, 1933-1918 (עודד היילברונר עורך, תשנ"ד) 18-53, ובעיקר 23-55.

32 על המשפטים היהודיים ברפובליקת ויימאר ראו בניליון המיוחד בנושא "הלכה ומשפט אורח" של: 1996 *Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte* 48(4), בעיקר את מאמריהם של: Hans-Peter "Hugo Preuss und Gerhard Leibholz"; Ernst Benda "Der Beitrag deutsch-jüdischer Juristen zum Arbeits- und Sozialrecht". Benöhr "Ernest Hamburger *Jews, Democracy, and Weimar Germany* (New York, 1973) 21-22.

נוח לשמרנים. שנית, המאבקים הגדולים על פרצופו של המשפט הגרמני כבר הסתיימו. המתח, ההפריה ההדדית והפשרה בין המשפט הרומי והמסורת המשפטית הגרמנית, שהתסיסו את הפקולטות למשפטים למן המאה השש־עשרה, באו לידי מיצוי והכרעה במהלך המאה התשע־עשרה. ההכרעה היתה במידה רבה לטובת המשפט הרומי, שנחשב מסיבות שונות נוח יותר לקודיפיקציה ולמודרניזציה. במקביל – אם כי לא היתה זו הקבלה גיאומטרית פשוטה – נרגעו גם הוויכוחים בין משפטני הטבע, מחד גיסא, לבין אנשי האסכולה ההיסטורית ותלמידיהם־למחצה, הפוויטיביסטים המשפטיים, מאידך גיסא. תאריך סיומן הסמלי של מחלוקות אלה הוא 1900, שנת כניסתו לתוקף של הקוד האזרחי הגרמני, ה־BGB (Bürgerliches Gesetzbuch). הקוד נחשב לפרי נצחוננו של פוויטיביזם משפטי בגוסט לאומני, שנועד בראש ובראשונה לספק לגרמניה המאוחדת וה־מקרוֹב תחת שרביטו של ביסמרק מצע משפטי כללי ואחיד. לשם כך עובדה מסורת המשפט הרומי והותאמה לחיי התעשייה והמסחר המתעצמים של גרמניה בשלהי המאה התשע־עשרה. החקיקה הכלכלית החדשה שאבה את השראתה מליברליזם פרטי־קנייני, שהרכבתו על התשתית הרומית היתה הישגם המשותף של משפטנים והיסטוריונים של רומא.³³ ניצחון זה של הרומניסטים לא היה מקרי: המסורת הרומית היטיבה להשתלב בחקיקה הכלכלית בעידן קפיטליסטי ממתחרתה, המסורת הקורפורטיבית שהציעו הגרמניסטים. להלן נשוב בהקשר אחר למורשת משפטית ומושגית זו של הרייך הגרמני השני.

שמרנותם של המשפטנים האקדמיים נבעה, בין השאר, דווקא מן הדומיננטיות הרבה של פרופסורים למשפטים בדור הקודם, בו סייעו מחקריהם לגבש את דמותה המדינית והחוקית של גרמניה המאוחדת, ודעותיהם זכו בתשומת־לב רבה בבתי־המשפט. דווקא הצלחתם של משפטני המאה התשע־עשרה בקביעת דמותה המשפטית של גרמניה המאוחדת ובהכרעתם של מאבקים חברתיים – למשל, בכל הנוגע בחוקי הסחר ובדיני עבודה – הביאה לידי דחיקתם, בשנותיה האחרונות של האימפריה הגרמנית, מעמדת כוח פוליטית של ממש. חוק בתי־המשפט משנת 1879 הוביל לרפורמה מקיפה של המקצועות המשפטיים בכללותם, שעיקרה פורמליזציה ופיקוח ממשלתי הדוק על ההשכלה המשפטית, עריכת־הדין והשיפוט. שוב לא היה צורך בחוות־דעתם של מלומדים בשאלות עקרוניות, אלא לכל היותר בשאלות של פרשנות. מבחינות רבות תם זמנם של הפרופסורים למשפטים כמעצבי מדיניות וכלוחמים חברתיים. תפקידם החדש היה הוראת החוק וההליך השיפוטי, ולא עוד פולמוס פוליטי־חברתי על אסכולות משפטיות שונות ודרכי יישומן של השקפות־עולם משפטיות וחוק־משפטיות.³⁴

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

34 לסקירה מפורטת ומאלפת, בהקשר זה, של הפרופסורים למשפטים באוניברסיטת ברלין למן שנת 1900: Rudolf Smend "Zur Geschichte der Berliner Juristenfakultät im 20. Jahrhundert" *Studium Berlinense. Aufsätze und Beiträge zu Problemen der Wissenschaft und zur Geschichte der Friedrichs-Wilhelms-Universität zu Berlin* (Hans Leussink, Eduard Neumann, Georg Kotowski eds., Berlin, 1960) 109–128.

בד בבד עם עליית הפורמליזם המשפטי הגרמני – תפיסת בית המשפט כמיישמו הנאמן ונסול-הדמיון של החוק הכתוב – התחזקה באוניברסיטות גם הפיקציה של מדע המשפט (Rechtswissenschaft) כמדע מדויק בהוראתו החדשה של מושג זה: מדע שנתוניו שרירים בכל מצב ויישומו המעשי הוא עניין של מיומנות טכנית גרידא.³⁵ אך בעוד בתי המשפט הגרמניים מפגינים גמישות ניכרת בפרשנות החוק, בלחצן של הנסיבות המדיניות המשתנות במהלך מלחמת העולם הראשונה ואחריה,³⁶ לא נדרשו הפקולטות למשפטים להסתגל במהירות למציאות המשתנה ולא נהגו הכנסת אורחים ברעיונות חדשים ובקריאות-תיגר פילוסופיות. בתוכנית הלימודים של אוניברסיטת ברלין, בה למדו חמישה משופטי בית המשפט הישראלי לעתיד, ניכר בתקופה זו דגש היסטורי חזק במיוחד לצד התעלמות מן הפילוסופיה החדשה של סוף המאה התשע-עשרה ותחילת המאה העשרים, ובכללה גם הפילוסופיה של המשפט.

לשם המחשה נוכל לעיין בספר לימוד שנושאו היסטוריה של המשפט הגרמני, פרי עטו של פרופסור האנס פֶהר מאוניברסיטת היידלברג. הספר יצא לאור בשנת 1921 ושימש סטודנטים למשפטים במהלך התקופה הוויימאריית.³⁷ ראשית, בולטת בספר התנכרות מחושבת למסורות פילוסופיות מרכזיות שמקורן במערב אירופה. הסקירה ההיסטורית רחבת היריעה – שנפתחת בגרמאנים הקדומים ומסתיימת בהקמת רפובליקת ויימאר – כוללת רק שני פרקים המוקדשים במיוחד להוגי-דעות ספציפיים. השניים הם עמנואל קאנט, אבי הפילוסופיה הגרמנית המודרנית, ואדם סמית, נביא הליברליזם הכלכלי. לשם השוואה, ג'ון לוק וזכה בשני איזכורים קצרים, וג'רמי בנתם וג'ון סטיוארט מיל אף לא באחד. בפרקים על זכויות האדם ועל חירות ושוויון מתברר הספר מדגיש שהחקיקה בעניינים אלה בגרמניה במאה התשע-עשרה ובחוקת הרפובליקה של 1919 אינה מתבססת רק על ינטיות מהפכניות וספקולציות של המשפט הטבעי (רמו ברור להגות הנאורות הבריטית והצרפתית), אלא גם, וביתר עוצמה, על תפיסות של המשפט הגרמני בימי הביניים.³⁸ הסקירה ההיסטורית הוודת ומדגישה כיצד נאבק המשפט הגרמני בהצלחה בהשפעות פסולות מן המערב. היה חשוב לפרופסור פֶהר, פונויטיביסט מוצהר, להדגיש שמקורם המרכזי של הפרלמנטים והחוקות של גרמניה המודרנית הוא במסורת המשפטית הגרמנית העתיקה. לעניין זה משמעות פילוסופית ופוליטית מובהקת: "האינדיווידואליזם החוקי של זכויות האדם (שמקורו, כפי שמדגיש הספר, לא-גרמני) אוזן, אפילו בחוקה הוויימאריית, על-ידי מחויבות קהילתית-לאומית חזקה. כל פרט ערב לבטחונה וחוסנה של המדינה, ולו גם על חשבון הירותו האישית."³⁹ עמדה זו, כפי שעוד נראה, לא

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

Nigel G. Foster *German Law and Legal System* (London, 1993) 23–24. 36

Hans Fehr *Deutsche Rechtsgeschichte* (Berlin und Leipzig, 1921). עותק של הספר נתרם לספריית האוניברסיטה בחיפה מעזבונו של ד"ר צבי אבנר. 37

שם, בע' 303. 38

שם, בע' 348. 39

היתה מנוגדת לרעיונות ליברליים, ואף עלתה בקנה אחד עם תפיסת הקדמה הדומיננטית של מסורת הנאורות הגרמנית.

באחרית דבר אמביולנטית וקודרת פהר תוהה על עתידה של הרפובליקה הצעירה, ומנסה לעודד את עצמו ואת קוראיו בתזכירו את חוסנו ההיסטורי של המשפט הגרמני. פרץ הזעם הגדול מתרחש בשורות האחרונות:

"ההיסטוריה מראה שהשורשים העמוקים ביותר של המשפט הם לאומיים, שהם צומחים מעצמם מן הקרקע היצירתית של העם, ושרוב הדברים שבאו משיטות משפט זרות הם רק חיצוניים ושכניים בטבעם. כל עוד אנו נשארים בגדר אישיות נפרדת, כל עוד לא יהיה בכוחם של הרבים לחנוק אותנו ברשתותיהם שיתרון מספרי בלבד, כל עוד אין שלומו של עם יכול לגבוע ממדינת פועלים מתוכננת, המבוססת על הגיגי משפט בינלאומי. בקיום הלאומי מושרש ערכה של האישיות. בקיום הלאומי מושרש ערכו של החוק (Recht). בקיום הלאומי מושרש ערכה של המדינה."⁴⁰

פסקה זו מגלה טפח של חרדות הפלישה ומאמצי ההתגוננות של הממסד המשפטי האקדמי בגרמניה של ראשית שנות העשרים. הסיבה החדשה ביותר והעזרבת ביותר לשמרנותם של מורי המשפטים בפקולטות הגרמניות של שנות העשרים היתה איפוא ההתנגדות של משפטנים רבים, בשם המסורת הגרמנית, לתורות משפט ורעיונות חוקתיים ליברליים-מערביים או סוציאליסטיים שמצאו ביטוי בחוקה של רפובליקת ויימאר.

אחת ההשלכות החשובות של תחושת מצור זו היתה דחייתם של מדעי החברה החדשים מסף דלתן של הפקולטות למשפטים. נסיונות לגשר בין מקצועות המשפטים והכלכלה, הסוציולוגיה והפסיכולוגיה נותרו בדרך-כלל מחוץ לקוריקולום המסורתי באוניברסיטות.⁴¹ רק מעטים מן הסטודנטים למשפטים ורק מעטים ממוריהם הכירו את הגותו של מקס ובר (Weber), למשל. פרופסורים אחדים, כיהודי הרמן קנטורוביץ, חיפשו דרכים לשלב בין השפה המשפטית והסוציולוגית, אך הם נותרו בגדר מיעוט. בפקולטות למשפטים נחשבו כיווני מחשבה כאלה לא רק בעייתיים מבחינה פוליטית (תכופות נחשדו כסוציאליזם במסווה), אלא בלתי-אקדמיים בעליל. לא במקרה התפתחו זרמי המחשבה המקוריים ביותר של תקופת ויימאר, כמו אסכולת פרנקפורט, במכונים ובסמינרים מיוחדים מחוץ למחלקות האוניברסיטאיות הרגילות.⁴² הפעילות המשפטית-הפוליטית, שהתגלמה, למשל, בדמותו של גוסטב רדברוך (Radbruch), שר המשפטים בשנותיה המוקדמות של הרפובליקה, נשארה זרה על-פי רוב לקוריקולום האקדמי. חרבה מכלל זה

40 שם, בע' 355.

41 ראו למשל: Ernest Fuchs *Juristischer Kulturkampf* (Karlsruhe, 1912), בעיקר פרקים 3-4. לגבי אוניברסיטת ברלין, השוו: Smend, *supra* note 34, at p. 119.

42 Ringer, *supra* note 22, at pp. 143-148, 228-241. ראו גם דברי פרנץ נוימן (Franz Neumann) המצוטטים אצל: Peter Gay *Weimar Culture* (London, 1969) 38.

אוניברסיטת ברלין, שמוריה קיימו קשרים הדוקים עם פוליטיקאים ופקידי שלטון, ותפיסת המשפט שלהם היתה מעשית ויישומית.⁴³ אך גם כברלין לא נעשה שימוש בלימודי המשפט ככלי של ביקורת חברתית ופוליטית.

בפקולטות למשפטים של רפובליקת ויימאר לא הדהדו איפוא ויכוחים עזים על אודות הפילוסופיה של המשפט: התפיסה השלטת היתה פוזיטיביזם משפטי בגרסה שהתגבשה במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה.⁴⁴ הפוזיטיביזם, מטבעו, לא היה יכול לספק כלים מושחזים דיים בידי הנציונל-סוציאליזם, וגם לא להתגונן מפניו באופן אפקטיבי. המתקפה המכרעת באה בסופו של דבר מימין, לאחר התקופה הנידונה כאן: התיאורטיקן המדיני-המשפטי קארל שמיט (Schmitt) קרא תיגר על הפוזיטיביזם בשם עמדה נורמטיבית חדשה, אטטיסטית ואנטי-ליברלית. ההקשר האינטלקטואלי של שמיט, ביקורת התרבות של הזרם המודרניסטי, היה נחלתו של אוונגרד חוץ-אקדמי.

את תמונת לימודי המשפט בתקופת ויימאר ניתן להשלים באמצעות כמה קווי רקע כלליים: עוצמתם המסורתית של הפרופסורים מן-המניין, אנשים מבוגרים ושמרנים בדרך-כלל, בהיררכיה האקדמית; הזדהות רוב סגל ההוראה עם תפיסות של לאומנות גרמנית, קו-אופי שאיפיין חלקים גדולים של האליטות הגרמניות למן הפשרה ההיסטורית בין הליברלים לביסמרק;⁴⁵ וכן התהליך של התמקצעות וספציאליזציה, שאיפיין גם מקצועות אחרים, כרפואה, אך לא פסח על המשפטנים. לתהליך זה גלוותה התרוששות אינטלקטואלית: נחלשה הויקה לתרבות רחבה ולתחומי מחשבה אחרים, כמו פילוסופיה ותיאולוגיה, שאיפיינה בעבר את האקדמאים הגרמניים.⁴⁶ אל הווקום הזה נכנסה השקפת-העולם הנאצית בהצלחה ניכרת. ההזדהות הפעילה עם המפלגה הנציונל-סוציאליסטית לפני עלות היטלר לשלטון לא היתה גדולה, אבל נתוני ההצטרפות למפלגה מייד לאחר תפיסת השלטון, בשנת 1933, ונתוני הפיטורים של סגל הוראה יהודי ואנטי-נאצי, מעידים על סחף מהיר וחזק של הפקולטות למשפטים – יותר מכל יחידה אקדמית אחרת, למעט הפקולטות לרפואה – לעבר הנאציזם.⁴⁷

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

44 אומנם, בתקופה הנידונה כאן עובדה מורשת זו מחדש על-ידי הפילוסוף האוסטרי הניאוי-קאנטיאני הנס קלון, שביקש לכסס במסגרתה את מעמדן האפיסטמולוגי של נורמות ואת דרכי ההכרעה ביניהן. אבל תרומתו של קלון להוראת המשפט באוניברסיטות הוויימאריות לא היחה מהפכנית, הגם שחרגה מגבולות הפוזיטיביזם המסורתי.

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

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

47 באוניברסיטת המבורג היו ביולי 1937 66% מסגל הפקולטה למשפטים חברים (לפחות על הנניר) במפלגה הנאצית (לעומת 80% מסגל הפקולטה לרפואה, 57% ממתמטיקה ומדעי

הסוף היה, כאמור, פתאומי ומהיר. במהלך שנות הרפובליקה הוויימארית חיפתה על המגמות שסקרנו הצהרה שגורה של ניטרליות אידיאולוגית, אותה אי-פוליסיות שהיתה מקובלת על בעלי הדעות הימניות והלאומניות ברפובליקת ויימאר. היא הושתתה על ההנחה שפטריוטיזם גרמני, אמונה בכוח הזרוע ביחסים בינלאומיים, הערצת המדינה ותיעוב החוקה והממשלה הוויימארית הן השקפות ניטרליות מבהינה פוליטית. לתפיסה ריווחת זו התייחס השופט ויתקון בזכרוניתו. הוא כתב על אודות "לגאליום חסר תוכן מוסרי" שפשה בגרמניה לצד "השמירה הקפדנית על החוק".⁴⁸

מהו אם-כן הלקח מכשלונה של מערכת המשפט הוויימארית? מסתבר שלא קל להפיקו. האיפיון שציטטנו זה עתה מפי השופט ויתקון מזכיר לכאורה את ההגדרה שהציע לאחרונה פרופסור מנחם מאוטנר לפורמליזם משפטי – האמונה שניתן לעסוק במשפט "תוך הצנעת המימד הערכי של המשפט ובמידה גמוכה של מודעות לקיומו של מימד זה במשפט".⁴⁹ אבל העניינים אינם כה פשוטים. גם מגיני החוקה הוויימארית וגם משפטנים גרמניים בעלי השקפות ליברליות וסוציאל-דמוקרטיות היו פורמליסטים והתגדרו בא-פוליסיות. השאיפה להבחין בין אתיקה מקצועית לבין ערכי מוסר אידיאולוגיים והאמונה כי ניתן להרחיק את אלה האחרונים מן העיסוק במשפט לא איבדו את המכובדות שלהן בשל הניסיון הגרמני. הכישלון הוויימארי אף לא גרם להכפשת הפורמליזם בעיניהם של מיסדי בית-המשפט העליון בארץ.

מצב דברים זה הנחיל לבית-המשפט העליון בישראל מורשת מורכבת, ולעיתים מסוכסכת עם עצמה: מחד גיסא, פורמליזם מוצהר והתמחות בפרוצדורה – גישה שיואל זוסמן הוא נציגה המובהק;⁵⁰ מאידך גיסא, שימת דגש בגמישות מחשבה ובפרשנות יוצרת, במיוחד אצל בריהפולוגתא הגדול של זוסמן, חיים כהן.⁵¹ רגישות לחירויות הפרט, ועם

הטבע ו-41% מפילוסופיה); ראו: Geoffrey J. Giles *Students and National Socialism in Germany* (Princeton, 1985) 161–162 על פיטורי יהודים ואחרים מן הפקולטות השונות בין 1933 ל-1936 ראו: Hartmut Titze "Hochschulen" *Handbuch der deutsche Bildungsgeschichte, Bd. V: 1918–1945* (D. Langewiesche, H.E. Tenroth Hrsg., München, 1989) 226

48 ויתקון, לעיל הערה 25, בע' 265.

49 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג) 10.

50 עם זאת, גם זוסמן מצא לנכון, במאמרו "תוס'לב' בדיני חוים – הויקה לדין הגרמני עיוני משפט ו (תשל"ס) 486, לכתוב על "דרך הפרשנות הצרה, הבלתי-יוצרת, האופיינית לבתי המשפט הקונסטיטנטליים". השורשים הגרמניים של הפורמליזם המשפטי מקורם, בין השאר, במשפט הרומי, החיבור הקלסי של: Rudolf von Jhering *Geist des römischen Rechts* (Leipzig, 1852–1858), מזכיר בהקשר זה אצל משה לנדוי "על השטרונות בסדר-הדין האזרחי" ספר זוסמן (בעריכת אהרן ברק ואחרים, תשמ"ד) 285–286.

51 על הבדלי תפיסה בין זוסמן לכהן ראו מיכאל ששר חיים כהן שופט עליון (1989) 119, 140, 200.

זאת ממלכתיות גלהבת. מחויבות של בית-המשפט לבניינה של מדינת היהודים, ומכיוון אחר עמידה לימין הדמוקרטיה המתגוננת מפני אויביה העקרוניים, ולעיתים, כפי שנדגים באמצעות עניין ירדור,⁵² עירוב בין השתיים. לכל הנטיות האלה היו גם שורשים גרמניים, משום שבעבר הגרמני המשותף היה חומר עשיר דיו לפרנס את כולן.

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

לאחר שצינו את הנוכחות הנקית המשמעותית בדור המייסדים של שופטי בית-המשפט העליון שלנו, והצבענו על המשותף בביוגרפיה של שופטים אלה ועל המטען שנשאו על גבם לארץ-ישראל, אנו ניגשים לבחון את השפעתם של מרכיבים ביוגרפיים אלה על תורת המשפט הישראלית ועל דרכו ומעמדו של בית-המשפט העליון שלנו. בדיקה זו היא בבחינת מיפוי ראשוני, ומצאנו לנכון לערוך אותה בשלושה רבדים שונים ובהסתמך על טכניקות מתקדמות שונות זו מזו. ברובד הראשון ביקשנו לבחון את טביעת-האצבע הגרמנית באמצעות בדיקה סטטיסטית פשוטה של איזכורי פסיקה וחקיקה גרמנית על-ידי מושאי מחקרנו. ביודענו שסטטיסטיקה כזו מתעלמת מבדיקה איכותית של חשיבות האיזכור וההשפעה האמיתית שלו על פסקי-הדין ושל פסקי-הדין על היוריספרודנציה הישראלית, שכן ייתכן שאיזכור אחד כזה יהיה בעל חשיבות והשפעה רבות יותר מאשר מאות איזכורים בפסקי-דין פחות חשובים, בחרנו ברובד הבדיקה השני להתמקד בהפניות למשפט ולעבר הגרמניים בפסקי-דין אחד, שעל-פי חלק מהשופטים שישבו בו בדין⁵³ הוא אולי פסקי-הדין החשוב ביותר שניתן על-ידי בית-המשפט העליון בישראל; פסקי-הדין ירדור בעניין זכותה של רשימת הסוציאליסטים להתמודד בבחירות לכנסת השישית. ברובד הבדיקה השלישי אנו מנסים לבחון כמה השפעות משתמעות, ובמידה מסוימת נסתרות, או אולי אפילו השפעות לא-מודעות, של המורשת הגרמנית על המשפט הישראלי. במסגרת זו בחרנו לדון בשני מושגים השגורים על שפתו של כל משפטן ישראלי, ומקורם, כך נראה, במושגים גרמניים: מדינת חוק וציבור נאור. ננסה לבחון אילו תהפוכות עברו מושגים אלה במעבר מגרמניה לישראל.

הנוכחות המשמעותית של הנקיים בדור המייסדים של בית-המשפט העליון, וכן הרטוריקה המקובלת, על-פיה שיטת המשפט הישראלית הינה שיטת משפט מעורבת, שיש בה השפעות קונסיננטליות ואנגלו-אמריקאיות גם יחד, פיתחו ציפיות למצוא מספר משמעותי של הפניות ואיזכורים של המשפט הגרמני בפסיקת בית-המשפט העליון, ובעיקר אצל מושאי מחקרנו. אולם סקירה שיטתית של כל ההפניות למשפט ואף לספרות, לתרבות ולהיסטוריה של גרמניה בפסקי-הדין של מושאי מחקרנו עד סוף שנות השבעים מעלה שעוצמת ההד הגרמני לא באה לידי ביטוי ממשי באיזכורים מפורשים כאלה; היא גדולה כנראה בהרבה ממספרם של האיזכורים הישירים למשפט או לתרבות הגרמניים.

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

53 כך מעיד חיים כהן בשיחתו עם מיכאל שטר, לעיל הערה 51, בע' 185.

סקרנו את ההפניות והאיזכורים בכל פסקי-הדין שפורסמו בסדרת הפר"י מקום המדינה ועד סוף שנות השבעים, ולהפתעתנו מצאנו אצל השופטים ה"קיים בסך-הכל רק כחמישים וחמישה הפניות ואיזכורים מפורשים לספרות ולאסמכתאות משפטיות, להיסטוריה ולתרבות הגרמניות.⁵⁴ רוב ההפניות הן לסעיפי חוק ופסקי-דין מתחום המשפט הפרטי, וחלקן נעשות לאחר דברי התנצלות על עצם ההזקקות למשפט הגרמני.⁵⁵ ראוי לציין שגם בכתביהם המשפטיים האקדמיים של השופטים ההפניות למשפט הגרמני נדירות, והן נעשות בקיצור נמרץ או כלאחר-יד.

ממצאים אלה והמסקנות הנלוות להם עולים בקנה אחד עם שני מחקרים שנעשו לאחרונה. האחד, עלידי פרופסור יורם שחר, דוקטור רון חריס ודוקטור מירון גרוס, בודק את כלל סטטיסטיקת האיזכורים בפסיקת בית-המשפט העליון.⁵⁶ גם כאן מקור המידע הוא פסקי-הדין של בית-המשפט העליון שפורסמו, אך בהחלט סביר להניח שהרחבת הבריקה לכל פסקי-הדין של בית-המשפט העליון (ולא רק לפסקי-הדין שפורסמו) לא היתה משנה את התמונה. מחקר זה מעלה שכמות האיזכורים של המשפט הקונטיננטלי (שכלולים בהם האיזכורים של המשפט הגרמני) מכלל האיזכורים בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון שולית ביותר, ועומדת במוצע שנתי על 0.5% מכלל האיזכורים. מעניין כי מהמחקר עולה גם שבעשורים הראשונים של המדינה, בהם היתה הנוכחות ה"קית בבית-המשפט העליון רבה יותר מאשר בעשורים האחרונים, אחוז האיזכורים הקונטיננטליים גבוה מעט יותר, אך אין שנה שהוא עולה בה על 2% מכלל האיזכורים.

המחקר השני, אף הוא של פרופסור יורם שחר, התמקד ביומנו האישי של אורי ידן, ראש מחלקת החקיקה במשרד המשפטים בשנותיה המוקדמות של המדינה. ידן, כך עולה ממחקרו של שחר, בתמיכה מטורפת של שר המשפטים פנחס רוזן, ביקש להרחיק את המשפט הישראלי המתהווה ממורשת המשפט המקובל האנגלי. הוא ביקש אומנם להציג את חידושו כיצירה ישראלית מקורית, או לכל היותר דיבר, כמוהו כרוזן, על "השיטה הקונטיננטלית", אך השינויים שהציע בדיני הראיות או בתפיסה של עקרון תום-הלב בחקיקה האזרחית דומים למשפט הגרמני יותר מאשר לכל שיטה אחרת. את הצורך שחש

54 מכיוון שבתנו לא רק איזכורים פורמליים מצויים במסגרת פסקי-הדין המדווח, אלא גם איזכורים של ספרות והוגי-דעות שאינם מוצאים את מקומם במסגרת המדווחת של פסקי-הדין, אנו משתמשים במינוח "כחמישים וחמישה" בידיעה כי ייתכן שכמה איזכורים כאלה המקו מעינינו.

55 כך, למשל, כותב ויתקון בשנת 1978, בהתייחסותו לחוק נכי רדיפות הנאצים: "סבורני שאין אנו יכולים להתעלם מהמשפט הגרמני, לא מחקיקתו ולא מפסיקתו... גם לא הייתי אומר אז שעדין בני חורין אנו שלא לקבל את 'מושגי הצדק' שלהם. גם חוק יכול להיות בלתי צודק ופוגע ברגשותינו..." ע"א 815/77 ליבנזון-שטרין נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, פ"ד לב(3) 269, 275.

56 יורם שחר, רון חריס, מירון גרוס "צוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון - ניתוחים כמותיים" משפטים כז (תשנ"ח) 119.

ידין להצניע את ההשראה הגרמנית לחקיקה שיוס ניתן להסביר, לדעתו של פרופסור שחר, בשני אופנים: הרתיעה הצפויה מיבוא גרמני באשר הוא, וההתנגדות שיעוררו עקרונות שמקורם בשפה ובמערכת משפטית הנגישות למעטים בלבד.⁵⁷

מגמת הצנעה זו יכולה ללמד אולי גם מדוע מספר ההפניות הישירות למשפט ולתרבות הגרמניים בפסיקת הדין של בית המשפט העליון הוא כה קטן, ומדוע הודו הגרמני לא בא לידי ביטוי אמיתי במספרים אלה. הדוגמות של "מדינת חוק" ו"הציבור הנאור", מושגים שיובאו למשפט הישראלי ללא ציון מפורש של המקור, כפי שנפרט בהמשך, יכולות לתמוך במסקנות אלה.⁵⁸

אחד הדברים המעניינים העולים מבדיקת ההפניות למשפט הגרמני בבית המשפט העליון הוא ששני השופטים שמרבים בכך ביותר הם דווקא שני השופטים שאינם ילידי גרמניה, אלא רק הניכיה: יואל זוסמן, יליד קרקוב, שפונה למשפט הגרמני בעשרים ושלושה פסקי-דין, ומשה זילברג, יליד ליטא, שמביא כעשר הפניות כאלה. ילידי גרמניה מאזכרים את המשפט הגרמני פחות: שישה איזכורים אצל אלפרד ויתקון ומשה לנדוי, חמישה איזכורים אצל חיים כהן, ועד שלושה איזכורים אצל השופטים האחרים.⁵⁹ ממצא זה יכול לעלות בקנה אחד עם אנקדוטה שסיפר לנו חיים כהן על יואל זוסמן. לדבריו, זוסמן היה האישי שזכר עליפה את כל ימיההולדת של הקיסרים הגרמניים, והיה מברך את חבריו בבית המשפט לכבודם. זוסמן, אלוף הפרודורה המשפטית ש"סדרי הדין היו לראש פינה במחשבתו המשפטית",⁶⁰ כך נראה, היה יותר יקנה מכהן או מילידי גרמניה האחרים, בעניינים שבלב, לא רק במזג ובאוריינטציה המשפטיים. תכונה זו אולי אינה כה נדירה בקרב מי שאינם ילידי תרבות מסוימת, אלא סיגל לעצמו תרבות זו בעקבות הגירה, לימודים או סיבות אחרות.

ראוי לציין שממצאנו לגבי מיעוט ההפניות למשפט הגרמני תקף עד לסוף שנות השבעים. נדמה לנו כי בשני העשורים האחרונים, שהם מתוך לתחום המחקר הזה, אנו עדים להליך של נורמליזציה בעניין ההתייחסות למשפט הגרמני והכוננות ללמוד ממנו,

57 יורם שחר "יומנו של אורי ידן" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 437-557.

58 מעניין כי אף-על-פי שניתן לזהות נורמליזציה ביחס למשפט הגרמני החל בתחילת שנות השמונים, ניתן להצביע על המגמות של הצנעת השפעתו אפילו כיום. כך, למשל, בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, שרבים מחירושיה שאובים מהמשפט הגרמני, כך מודה במפורש אחד מיוזמיה, פרופסור מרדכי קרמניצר, אין כל איזכור של המקורות הגרמניים. דוגמה זו בולטת מכיוון שמדובר בהצעת-חוק עם דברי הסבר מפורטים, שמציינים כהשוואה את ההסדרים המשפטיים במדינות קונטיננטליות אחרות, כיוון, בלגיה, צרפת, שווייץ ואיסלנד (ראו הערות לסעיפים 15 ו-32), מקומו של המשפט הגרמני נפקד מההצעה באופן חסוד.

59 השופטים המרכזיים לדיונונו כיהנו בבית המשפט העליון פרקיזמן דומה - בין עשרים ואחת שנים (חיים כהן) לעשרים ותשע שנים (משה לנדוי). אין על-כך הטיה משמעותית של הממצאים הסטטיסטיים הנובעת ממשך כהונה שונה.

60 חיים כהן "מאור פנים במשפט" ספר זוסמן (בעריכת אהרן ברק ואחרים, תשמ"ד) 2.

גם מהמשפט הציבורי ואפילו מדיני החוקה הגרמנית, ולא רק מהמשפט הפרטי הגרמני. כך ניתן למצוא אצל השופטים זמיר וברק הפניות לאי-מעטות בשנים האחרונות למשפט הגרמני.⁶¹

ד. העבר הגרמני ופסק-הדין בעניין ירדור

כפי שצינו, סטטיסטיקת ההפניות והאיזכורים של המשפט והתרבות הגרמניים אינה מייצגת נכונה, לדעתנו, את השפעת המורשת הגרמנית על בית-המשפט העליון בישראל. בסטטיסטיקה כזו, פסק-דין שגרתי בעניין דיני שכירות המפנה להסדר הגרמני⁶² שקול כנגד פסק-דין הנחשב לאחד מפסקי-הדין המפורסמים, החשובים והנלמדים ביותר בתולדות מדינת-ישראל,⁶³ פסק-דין הדין באחת מאושיות הדמוקרטיה הישראלית, פסק-דין המגיע לכותרות העיתונים ומעורר זיכוח ציבורי ומשפטי חשוב. כדי לאון את התמונה הסטטיסטית ולבחון לעומק את השפעת המורשת, הניסיון האישי והזיכרון הקולקטיבי הגרמניים על בית-המשפט העליון שלנו בחרנו לפרט בעניין פסק-הדין החשוב הנ"ל, הלא הוא ערעור הבחירות של הרשימה הסוציאליסטית, שנידון בשנת 1965.⁶⁴

ועדת הבחירות המרכזית (שבראשה ישב אחד ממושאי מחקרנו – השופט משה לנדוי) סירבה לאשר את מועמדותה של רשימת הסוציאליסטים לכנסת השישית, בנימוק כי מדובר ברשימה בלתי-חוקית, השוללת את שלמות מדינת-ישראל ואת עצם קיומה. התק הזכור ראה בתפקיד של ועדת הבחירות תפקיד טכני במהותו, וקבע מפורשות כי רשימת מועמדים שהוגשה כהלכה תאושר על-ידי הוועדה.⁶⁵ על-כן ערערה הרשימה על פסילתה לבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורי בחירות. בדין ישבו שלושה שופטים: חיים כהן, אחד ה"יקים המובהקים בבית-המשפט, יליד ליבק שבצפון גרמניה וחניך אוניברסיטת מינכן, המבורג ופרנקפורט; שמעון אגרנט, האנגלו-סקסי הכולס של בית-המשפט, יליד לואיסוויל שבקנטקי ובוגר אוניברסיטת שיקגו; ויואל זוסמן, הגרמנופיל המובהק ביותר בבית-המשפט, יליד קרקוב שבפולין וחניך אוניברסיטת היידלברג, פרנקפורט, ברלין, לונדון וקיימברידג'.⁶⁶

השופט כהן, בדעת מיעוט, קבע שבהיעדר הסמכה מפורשת בחוק, אין לוועדת הבחירות סמכות לפסול את הרשימה, ועל-כן יש לקבל את ערעורה ולאפשר לה להתמודד בבחירות. זוהי עמדה פורמליסטית שאינה אופיינית לו בדרך-כלל.⁶⁶ הוא כותב, בין השאר:

61 אך ראו דברינו לעיל הערה 58.

62 ע"א 375/54 אלון נ' מלניק, פ"ד (11) 486.

63 לדברי חיים כהן, אחד משופטי ההרכב, היה זה פסק-הדין החשוב ביותר שניתן על-ידי, ראו ששר, לעיל הערה 51, בע' 185.

64 עניין ירדור, לעיל הערה 52.

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

66 על פורמליזם משפטי ראו מאוטנר, לעיל הערה 49, בע' 13-31.

"יש מהן מן המדינות אשר בהן בטחון המדינה או קדושת הדת או הישגי הרבולוציה וסכנות הקונטרבולוציה, וכל כיוצא באלה ערכים מערכים שונים, מכסים על כל פשע ומכפרים על כל מעשה שנעשה ללא סמכות ובניגוד לחוק. יש מהם אשר המציאו להם 'משפט טבעי' הגבוה מעל כל חוק והמבטל אותו במקרה של צורך, בחינת עת לעשות הפרו התורה. כל אלו אינן דרכיה של מדינת ישראל: דרכיה דרכי חוק, והחוק ניתן מפי הכנסת או מכוח הסמכתה המפורשת."⁶⁷

עם זאת מתייחס כהן גם למצב המשפטי הרצוי. וכאן, בפעם הראשונה בתולדות בית-המשפט העליון הישראלי, הוא מפנה אותנו לחוקת הרפובליקה הפדרלית של גרמניה, המגבילה את חופש ההיבחרות של מפלגות המתכוונות לפגוע בסדר-היסוד של דמוקרטיה חופשית או לסכן את קיומה של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית. כן פונה כהן לפסקי-דין של בית-המשפט התוקתי הגרמני שאישר הוראות אלה בבחינת דמוקרטיה לוחמת. כהן קובע כי זו היא "דרך חקיקה אשר יכולה לשמש דוגמא לחוקק שלנו".⁶⁸ הנשיא אגרנט, בדעת הרוב, קובע כי היתה לוועדה סמכות לפסול את הרשימה, וסמכות זו נובעת מהכרות העצמאות, שמפרטת את "חזון העם" ואת "האני מאמין" של מדינת-ישראל. הכרוז זו, אף שלא הוכרה לפני-כן כדבר חקיקה פוזיטיבי במשפט הישראלי, הינה עובדת-יסוד קונסטיטוציונית, קובע הנשיא אגרנט, ולאורה יש לקרוא את כל דברי החקיקה של הכנסת. את סוג ההנמקה הזה, שמושרש במסורת הקונסטיטוציונית בנוסח החוקה של ארצות-הברית, אגרנט מחזק גם במובאה מדברי השופט ויתקון בפסקי-דין קודם בעניין זכות ההתאגדות של אותה קבוצה שביקשה להשתתף בבחירות לכנסת.⁶⁹ השופט אלפרד ויתקון, עוד אחד מהיקים של בית-המשפט - יליד ברלין וחניך אוניברסיטת פרייבורג, בון, ברלין ולונדון - מצוטט על-ידי אגרנט באלה המילים:

"לא פעם קרה בהיסטוריה של מדינות בעלות משטר דמוקרטי תקין, שקמו עליהן תנועות פשיסטיות וטוטליטריות למיניהן, והשתמשו בכל אותן הזכויות של חופש דיבור, העיתונות וההתאגדות, שהמדינה מעניקה להן, כדי לנהל את פעילותן ההרסנית בחסותן. מי שראה זאת בימי הרפובליקה של ויימאר לא ישכח את הלקח."⁷⁰

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

68 שם, בע' 384.

69 בג"צ 253/64 גריס נגד הממונה על מחוז חיפה, פ"ד (4) 673. בפסקי-דין זה נדחתה עתירתה של תנועת אל ארד נגד החלטת הממונה על מחוז חיפה, שסירב לאשר את התאגדותה של התנועה מן הסעם שמתקבנה עולה כי מטרתה לפגוע במדינת-ישראל.

70 הציטטה מופיעה בעמוד 388 לפסקי-הדין בעניין ירדור, לעיל הערה 52. דבריו של ויתקון מצוטטים גם בפסקי-הדין של השופט לגרובי בד"ג 9/77 חברת החשמל נ' הוצאת עיתון "הארץ", פ"ד (לבנד) 337. השוו ויתקון "הרהורים וכמה זכרונות נעורים על חופש העתונות" משפט ושיפורט, לעיל הערה 25, בע' 173.

השופט זוסמן מצטרף לפסיקתו של אגרנס, אך בסיס הנמקתו שונה. גם הוא, כשופט כהן, עושה שימוש בפסקי-דין של הרפובליקה הפדרלית של גרמניה, אך דווקא באלה שהכירו בקיומו של חוק עליון לחוק הכתוב ואפילו לחוקה. זוסמן קובע:

"בין אם נקרא לכללים בשם 'דין טבעי' (natural law) ללמדך שמטבע ברייתה של מדינת דין הם, ובין אם נקרא להם בשם אחר, שותף אני לדעה, שהנסיין שבחיים מחייב אותנו שלא לחזור על אותה שגיאה שכולנו היינו עדים לה."⁷¹

זו הפעם הראשונה במשפט הישראלי שבית-המשפט משתמש בתפיסת המשפט הטבעי בהחלטותיו.⁷² ומי שעושה כן הוא לא אתר מהשופט זוסמן – השופט הפורמליסט ביותר בבית-המשפט.⁷³ דווקא בהקשר הניסיון הגרמני, אם-כן, נשא זוסמן את נס המשפט הטבעי, ואילו חיים כהן בחר להתבטא בלשון פורמליסטית.⁷⁴

בפסקי-דין ירדור, יותר מאשר בכל פסקי-דין אחר של בית-המשפט העליון, הדהד העבר הגרמני האישי והקולקטיבי של מחבריו. אבל ההד הגרמני היה מורכב יותר מכפי שניתן לצפות, וגם גרמניותן של הנפשות הפועלות בפסקי-הדין – ובבית-המשפט העליון בכלל – פנים רבות לה. אין ספק שהכישלון הוויימארי עיצב את השקפתם של שופטי בית-המשפט העליון, ולא רק של היקים שביניהם, על תפקיד הרשות השופטת במדינה דמוקרטית. אבל אפילו בפסקי-הדין המפורסם בעניין ירדור, הלקח הוויימארי מסובך יותר מכפי שנראה במבט ראשון. בתי-המשפט בוויימאר הכבידו את ידם על אנשי שמאל והקלו מאוד ביחסם לאוייבי הדמוקרטיה מימין; ואילו רשימת הסוציאליסטים שנפסלה בשנת 1965 על-סמך הלקח הוויימארי היתה דווקא מפלגת שמאל מובהקת; היא לא היתה אויבת הדמוקרטיה, אלא דווקא אויבת הציונות. בקריאה ראשונה קל להחמיץ את התפוכה המרתקת הזאת: הגנת הדמוקרטיה התחלפה לשופטי בית-המשפט העליון באופן חד וחלק, בלתי-מודע או לפחות בלתי-מוצהר, בהגנת הציונות.

תפוכה זו הושלמה כשבית-המשפט העליון התבקש, כעבור תשע-עשרה שנים, להחיל את תקדים ירדור גם על רשימת "כך" כמסכנת את הדמוקרטיה בישראל.⁷⁵ רוב השופטים, וביניהם הנשיא שמגר, יליד דנציג, והשופט אלון, יליד גרמניה, כמו גם השופט בייסקי, ניצול שואה, אכן אישרו את תקדים ירדור, אבל מתתו קו מבדיל בינו לבין פרשת

71 עניין ירדור, שם, בע' 390.

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

73 לשופט זוסמן יצא שם של אלוף הפרוצדורה המשפטית, אחד מסימני ההיכר המובהקים של הפורמליזם המשפטי.

74 לימים העלה חיים כהן עצמו על נס את "גמישותו" של זוסמן הפורמליסט, אשר "משראה שהגיעה העת לעשות למדינה ולהגנת הדמוקרטיה... מוכן היה להמציא, או להוריד לו מן השמים, דין טבעי על-החוקתי, ובלבד לעמוד בפרץ". כהן "מאור פנים במשפט", לעיל הצרה 60, בע' 20.

75 ע"ב 2/84 ניימן נ' ירדור ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד (2) 225.

רשימתו של כהנא. השימוש במשפט הטבעי להגנת הציונות אושר, ⁷⁶ אבל לא הורחב להגן על הדמוקרטיה מפני רשימות גזעניות.⁷⁷ במובן מסוים, בהתבסס כביכול על הלקח הגרמני, חזרו שופטי בית המשפט העליון על נטייתם של השופטים בוויימאר בהקלה עם הימין ובהכבדה עם השמאל.⁷⁸

מכל מקום, ההד הוויימארי המתלווה לפסק-הדין בעניין ירדור מתקבל על הרעת: מדובר בדיון בחופש להיבחר ובמגבלותיו. אך הלקח הגרמני הספציפי הזה לא צץ רק בפסקי-דין שהוא מובן מאליו בהם לכאורה, אלא גם במקומות צפויים פחות. משה לנדוי, בפסקי-דין של משפט דיבה בין חברת החשמל לעיתון "הארץ", מעלה באוב את העבר הוויימארי: "לא מן המותר הוא להזכיר, כתב לנדוי, "שאחד האמצעים היעילים ביותר

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

77 הנשיא שמגר, למשל, לא רק קובע כי "הדרך שנקטה על ידי הרוב בע"ב 1/65 היתה בגדר האופטימום מבחינת סמכותו של בית המשפט, ולאור הנמקתו אין אלא להסיק, כי בכל מערכת נסיבות עובדתית פחות קיצונית במהותה, היה גם הרוב של בית המשפט בע"ב 1/65 נמנע מהחלטת פסילה" (שם, בע' 275), אלא פונה גם למחוקק ומוהירו פן ירחיב את תקדים ירדור לרשימות המסכנות את הדמוקרטיה: "חקיקה, המגבילה את זכות ההשתתפות בבחירות של רשימות המבקשות לפגוע בעצם קיומה של המדינה, אינה מעלה בעיות מיוחדות. אולם ככל שמתרחב המעגל של סוגי הגופים אשר מהם רוצים למנוע מראש את ההשתתפות בתהליך הבחירות, גדלה גם ההשלכה של החקיקה האמורה על המשך קיומן והגשמתן של תפיסות היסוד הדמוקרטיות שלנו." (שם, בע' 278 – ההדגשות במקור.) יש לציין כי שני השופטים הנוספים שישבו בדיון מצטרפים להכרעה מנימוקים שונים. המשנה לנשיא, השופטת בן-פורת, מקבלת למעשה את גישתו של השופט חיים כהן בעניין ירדור, וקובעת כי לוועדת הבחירות אין סמכות לפסול את הרשימות. השופט ברק הינו השופט היחיד בפסקי-דין ניימן שמתנגד מפורשות למעבר מסכנה לדמוקרטיה לסכנה לציונות. הוא מקבל את דעת הרוב בעניין ירדור, אך קובע כי לעניין סמכות הפסילה של הוועדה, אין להבחין בין מצע שיש בו שלילת קיומה של המדינה לבין מצע המכיר בקיומה של המדינה אך השולל את אופיה הדמוקרטי. עם זאת, פסילת רשימה, אליבא דברק, יכולה להיעשות בשני המקרים רק כשקיימת אפשרות סבירה שרעיונות הרשימה ימומשו (שם, בע' 305 לפסקי-הדין).

78 היה זה דווקא השופט הלא-יָקָה אגרנט, בפסקי-הדין המפורסם בעניין קול העם ובג"צ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד 1 ו 1871, שאיפשר חופש ביטוי לשמאל הקיצוני; אם כי עובדה זו לא מנעה אותו מלכתוב את דעת הרוב בעניין ירדור, ולהתעלם בה לחלוטין מהמבחן שקבע עשר שנים לפני-כן בפרשת קול העם, על-פיו רק כשיש סכנה קרובה לוודאי לבסחון המדינה מותר להגביל את חופש הביטוי על-ידי צו לסגירת עיתון. מבחן זה לא יושם על-ידו באשר לזכות להיבחר לכנסת וההגבלות עליה. היה זה חיים כהן בעניין ירדור שקבע כי גם אם היתה לוועדת הבחירות סמכות לפסול רשימות על בסיס התוכן של מצען, יש להפעיל את מבחן הסכנה ממשיית, הברורה והמיידיית כדי לבחון את חוקיות הפסילה. ראו עניין ירדור, לעיל הערה 52, בע' 381.

שבהם השתמשו היטלר ומרעיו כדי למוטט את המשטר הדמוקרטי בגרמניה של זיימאר היה בהשמצה שלוחת רסן של ראשי המשטר, תוך הפרחת שקרים על התנהגותם, מבלי שבתי המשפט הגיבו על כך כראוי במשפטי הדיבה אשר הוגשו... יש לחשוש שמא תחזור ההיסטוריה על עצמה.⁷⁹ במקרה זה לא בדמוקרטיה מתגוננת ואו באידיאולוגיה שלטת מתגוננת) עסקינו, כי אם בנושא הלקוח מתחום המשפט הפרטי, אף שהוא קשור גם לחופש ההתבטאות. האסוציאציה הוויימארית מופיעה איפוא במקומות שונים מן הצפוי, וגם במקומות שהיא מתבקשת בהם מאליה, השימוש שנעשה בה שונה מכפי שניתן היה לצפות. את פשר השימוש המורכב, האקראי לעיתים והמפתיע לעיתים בעבר הגרמני ניתן למצוא במורכבותו של העבר הגרמני עצמו, כפי שפירטנו בפרק ב.

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

השפעת ההיסטוריה האישית והקולקטיבית והתרבות הגרמנית על היוריספרודנציה של דור המייסדים בבית המשפט העליון באה לידי ביטוי גם ברמה שלישית, משתמעת ונסתרת יותר, הדורשת ניתוח לשוני זהיר. אנו סבורים שאם נתבונן מקרוב במורשת הגרמנית של שופטינו, מורשת שהמושגים חירות, מדינה ואפילו דמוקרטיה התגבשו בה בדרך נבדלת מן המורשות (השונות זו מזו גם הן) של צרפת, בריטניה וארצות-הברית, נוכל להבין טוב יותר ולהסביר דוקטרינות ומושגים שהתפתחו במשפט הישראלי החדש. כך, למשל, במאמרה המרתק "העוז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו", מוצאת פרופסור פנינה להב "תורת משפט של שעטנו בין קולקטיביזם וליברליזם" אשר איפיינה, לטענתה, את ראשוני השופטים העליונים שלנו, תורת משפט שבהקשר האנגלו-אמריקאי נראית זרה מעט.⁸⁰ אלא שבפרספקטיבה הגרמנית, המורשת הזאת נראית מובנת יותר וצודמת פחות. שהרי הליברליזם הגרמני עצמו היה מעוגן בתפיסת מדינה חזקה, תכופות (לא תמיד) קולקטיביסטי באופיו, נוטה פחות אל הפרט בהשוואה לתורות ליברליות כמעט.⁸¹

החקיקה הליברלית הגרמנית בתקופת הזוהר שלה, במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה, הכירה אומנם בזכויות הפרט; אך כפי שהראו ההיסטוריונים הבריטיים בלקבורן ואילי, היא הכירה בעיקר בזכויות ה"bürger", ולא בזכויות ה"staatsbürger", ובתרגום חופשי מעט – באזרח הפרטי בעל-הקניין, ולא דווקא באזרח הפוליטי. גם דיני העונשין של הרייך השני וגם הקודקס האזרחי (BGB) משנת 1900 הגנו על חופש הקניין ביתר התלהבות מאשר על חירויות אחרות, וראו בפרט בראש ובראשונה ישות משפטית

79 ר"ג 9/77, לעיל הערה 70, בע' 346-347. יש לזכור שבפסק-דין זה לא היו הממשלה או המדינה מעורבות כלל.

80 להב, לעיל הערה 1, בע' 480.

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

החופשית להיכנס בהתחייבות חודית. כאן ניכר גם חותמם של החוק הרומי, מחד גיסא, והמשפט הטבעי, מאידך גיסא.⁸²

נגד ליברליזם קנייני זה התגבש בגרמניה ליברליזם אחר, קולקטיביסטי ולאומני, שביקש להדגיש את המחויבות האזרחית המשותפת. דווקא ממקור זה – בברית זמנית עם רעיונות סוציאליסטיים – נבעה החקיקה הגרמנית החלוצית בתחום הזכויות הסוציאליות, הבטחת ההכנסה, ביטוח הבריאות והביטוח הלאומי. אולם תפיסה זו הוניתה היבטים אחרים של הגנת הפרט: לא נכללו בה עניינים שעמדו בסתירה לטובתה של מדינת-הלאום, כמו חופש המחשבה והבעת הדעה. מן הפילוסופיה של עמנואל קאנט (בקריאה ברברית) נטל ליברליזם זה את מושגיה-המפתח של החובה האזרחית, שהיה שונה במהותו מן הזכות האנגלו-אמריקאית. פילוסופיית החירות הרציונליסטית של קאנט קסמה מאוד ליהודים וללא-יהודים בגרמניה הווילהלמנית והוויימארית. אך מורשת זו היתה פתוחה במיוחד לפרשנויות קולקטיביסטיות ולאומניות. הדגש המושם בחובה לטובת הכלל, להבדיל מן הזכות לחיי פרט מוגנים מפני הוולת והמדינה, הוא אחד מקווי ההפרדה הבולטים בין הליברליזם הגרמני והאנגלו-אמריקאי במאה התשע-עשרה.⁸³

איננו באים לטעון, כמובן, שמורשת משפטית זו הועתקה אל הקרקע הישראלית ככתבה וכלשונה. טענתנו היא שהונחתה תשאר חלק נכבד מעולמם הרוחני והתיאורטי של מייסדי בית-המשפט העליון בבחינת ארץ-לא-נודעת לבאים אחריהם. מי שגדל על ברכי הסוציאליזם המזרח-אירופי בגרסתיו הציוניות, וגם מי שאמון על הליברליזם האינדיבידואליסטי האנגלו-אמריקאי, יתקשה לזהות ולהבין את סימני ההיכר של המורשת הליברלית הגרמנית. סלו, למשל, את דבריו של השופט זילברג בראיון משנת 1973: "מהותה של הדימוקרטיה היא, שאזרח אינו מקבל צווים, אלא מטיל על עצמו עול מצוות."⁸⁴ להתנסות זו הר קאנטיאני מובהק, והיא עשויה להישמע וזה לאוונניים המורגלות יותר בצלילי מגילת הזכויות האנגלית והאמריקאית. זה עוד יותר הוא המשך דברי זילברג באותו ראיון:

"חיים אנו באמצע המאה העשרים. התרחקנו כברת דרך ארוכה מן המדינה הימאנציטריאנית, מדינת 'ליסי פיר', 'ליסי פאסה' של המאה התשע-עשרה. בימינו גם הממשל הדימוקרטי דו בכל והוא פורש את מצודתו על כל ענפי החיים. אף הוא אינו נרתע, ואינו רשאי להרתע, מפני חזירה לרשות היחיד."⁸⁵

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

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

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

85 שם, בע' 422.

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

"[...]במשטר דימוקרטי החדידה אינה באה מן החוץ ואינה ניתנת מלמעלה, כי השלטון גופו – עצמו ובשרו של האורח הוא ודר עמו באקלים רוחני אחד. קירבה זו מקהה את חודה של ההתערבות ומכפרת על רוע הגזירה, הפוגעת באינטרסים של הפרט, כי נאמנים פצעי אודה".⁸⁶

קרבת גוף זו בין השלטון והאזרחים – עד כדי גילוי-עריות אלים ממש, אם נתייחס לשפת הדימויים של השופט זילברג כלשונה – אינה מקובלת עוד, כמדומה, על הליברלי-הדמוקרט בן-זמננו. חשוב להבחין, עם זאת, כי בין השורות מבצבץ הדיון המדיני-המשפטי הגרמני מן השליש האחרון של המאה התשע-עשרה, ובמיוחד הוויכוח סביב ה-BGB. כאן נאבקה השקפת-עולם ליברלית-כלכלית קיצונית (והכינוי *Manchestertum* לון זה של ליברלים היה גרמני הרבה יותר משהיה אנגלי) נגד תפיסה סוציאל-דמוקרטית, שביקשה להרחיב את השפעתו המיטיבה והסועדת של השלטון בחיי הכלכלה. אלא שמחויבותו הדמוקרטית האיתנה של זילברג – תפיסה מתקדמת בהקשר הגרמני שלפני 1933 – עשויה להיראות כמניפסט אנטי-ליברלי מרתיע ברבע האחרון של המאה העשרים.

השלב הבא של ניתוחנו מתרחש בשדה לשוני ומושגי: האם היה אוצר-מילים, ועימו מאגר של מושגים יסודיים, שהביאו עימם המשפטנים היקיים לארץ-ישראל? ואם היה לקסיקון כזה, האם, ובאיזו מידה של הצלחה, תורגם לעברית והותאם אל המציאות הישראלית? שאלות אלה מחייבות ניתוח טקסטואלי מדוקדק של לשון השופטים, לא רק בהקשרים גרמניים גלויים, אלא בכל פסקי-הדין והכתבים המקצועיים והפובליציסטיים שיצאו מתחת ידם. ניתוח לשוני מקיף עשוי לשמש כר פורה במיוחד למחקרים עתידיים.⁸⁷ לצורך מאמר זה הסתפקנו בכמה דוגמות מעניינות במיוחד. אנו מוצאים בהן עדות לקיומו של אוצר-מילים מסוים ששורשיו גרמניים, ואשר תרם לעיצוב לשונו וסגנונו של בית-המשפט העליון בישראל.

היסטוריונים של יהדות גרמניה הצביעו לאחרונה על החשיבות הגדולה של מורשת הנאורות (או ההתנארות) הגרמנית לעיצוב תרבותה וזהותה של יהדות גרמניה המודרנית. האמנסיפציה היהודית התרחשה בשלהי המאה השמונה-עשרה ובראשית המאה התשע-עשרה. עידן גיתה, שילר והומבולדט. תקופת-שחרית זו הנחילה ליהודים הגרמניים מחויבות מיוחדת לערך ה"*Bildung*", מושג גרמני שאינו סובל תרגום, ומשמעו

86 שם, שם.

87 את ההשראה המתודולוגית לניתוח לשוני-מושגי זה נותנת האסכולה שיסדו שני היסטוריונים של הרעיונות, הניו-זילנדי J.G.A. Pocock ועמיתו Quentin Skinner מקיימברידג' שבאנגליה. לסקירה ביקורתית ראו: Melvin Richter "Reconstructing the History of Political Languages: Pocock, Skinner, and the Geschichtliche Grundbegriffe" 29 *History and Theory* (Bloomington and Cincinnati, 1990) 38–70.

עיצוב־נפש וחינוך־מעמקים של האדם ביתם לעצמו ולחברה שסביבו. מורשת ההתנארות הגרמנית שימשה קרקע להשקפת־עולם הומניסטית וליברלית מתונה. יחסם המיוחד של היהודים למורשת זו ידוע מכבר; ההיסטוריון ג'ורג' מוסה, בספר שפרסם ב־1985, אף ראה ביהודי ויימאר את נושאי הדגל המובהקים והאחרונים של מורשת זו כנגד גרמניה ההולכת ומסתאכת.⁸⁸

לאחרונה הציע ההיסטוריון הישראלי פרופסור סטיבן אשהיים תיקון לתפיסתו של מוסה: האגף הרדיקלי של יהדות ויימאר, ובו ולטר בנימין וגרשם שלום, נטש, לדעת אשהיים, את מורשת ה־Bildung והליברליזם, ופנה לרעיונות של ניהיליזם, משיחות וגאולה. בכך, הוא טוען, היטיב זרם זה להשתלב במודרניזם הוויימארי, שהושפע עמוקות מביקורת התרבות של פרידריך ניטשה והתמרד נגד מורשת הרציונליזם, הנאורות והליברליזם.⁸⁹

פולמוס זה חשוב לענייננו. מורשת ה־Bildung והליברליזם ניכרת היטב בלשונם ובאורח מחשבתם של שופטי בית־המשפט העליון הישראלי. לא כן הביקורת המודרניסטית על הנאורות, בגרסתה היהודית־הרדיקלית או בכל גרסה אחרת. המשפטנים היהודיים־הגרמניים שהטביעו את חותמם על המשפט הישראלי לא השתייכו אל הזרם הרדיקלי של תרבות ויימאר. ייתכן שאין בכך אלא חזרה על האמת הטריטוריאליזם בדבר אופיים השמרני של משפטנים ככלל; וייתכן שבאווירה המקצועית והקרה של הפקולטות למשפטים הגרמניות היה די בנטייה למורשת הנאורות להשביע את יצר המרדנות הטבוע באדם צעיר. כך או כך, אוצר המושגים של הנאורות נצטר בתרמיליהם של המשפטנים שעלו לארץ־ישראל, אך לא הכלים הביקורתיים שהושחו בידי המודרניזם כנגד מורשת זו. במילים אחרות, רק חלק ממטענה של יהדות ויימאר הגיע אל הממסד המשפטי בירושלים, בצוד חלק אחר עושה את דרכו אל האוניברסיטה העברית.

דוגמה חשובה לעניין זה הוא המושג הגרמני מדינת־חוק, הלא הוא ה־Rechtsstaat, שאינו קיים כלל באנגלית, ונתפס למן הופעתו במאה התשע־עשרה כמושג גרמני ייחודי בגרמניה עצמה ומחוצה לה.⁹⁰ מושג זה תורגם לעברית בפיהם של אבות המשפט הישראלי ללא שמץ של אירוניה וביותר משמץ של גאווה במורשתם הגרמנית. הוא מופיע בפסקי־דין, וראוי להיחשב, בניגוד למושג שלטון־החוק שמקורו במשפט ובתרבות האנגלו־אמריקאית, למורשת יקת מובהקת.⁹¹

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

89 סטיבן אשהיים יהודי גרמניה מעבר ל־Bildung ולליברליזם – התחיה היהודית הרדיקלית ברפובליקה ויימאר (רמת־גן, תשנ"ה).

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

91 להופעת המושג מדינת־חוק בפסיקת בית־המשפט העליון ראו, למשל, ע"פ 596/73 מחאמיד נ' מ"י, פ"ד כח(ו) 773, מפי השופט אשר (בע' 778); ע"פ 312/73 מצרובה

המושג מדינת-חוק שגור היום בפי כל ואין לו שום הקשר פוליטי או צליל אידיאולוגי; בהפוך הוא, המושג טעון משמעות חיובית כמעט אוניוורסלית. אלא שבהקשר הגרמני, אף שהיו לו אסוציאציות ליברליות, שירת המושג הזה אידיאולוגיה שמרנית-בוצרית, ונקשר בתפיסה לגליסטית נוקשה.⁹² נציגו הבולטים (R.V. Mohl, K.S. Zachariá, F.J. Stahl) ייצגו קשת מגוונת למדי של תפיסות מדיניות, אך איחדה אותם שאיפה להתרחק מכיעורה של הפוליטיקה, הן מסוגו של האבסולוטיזם השרירותי והן מסוגה של הריבונות העממית נוסת צרפת. המושג מדינת-חוק איפשר לליברלים ולמונרכיסטים כאחד ליצור מערכת חדשה של לגיטימציה בתקופה של ליקוי-מאורות מדיני, ולייצג את טובת העם (Volk) בלא להעניק לו ריבונות נטולת-דסן. אך המושג איפשר גם להתמקד מהיבטים מוסריים והוץ-משפטיים של החברה והמדינה. הוא ביטא פטרונות של עילית פוליטית ואקדמית, ושימש קיר חוסם מכובד למראה נגד רעיונות סוציאליסטיים, ובפרט נגד קריאת התיגר על קדושתו של הקניין הפרטי. המושג Rechtsstaat היה חדשני, ונתפס כפרוגרסיבי, אך לא-דווקא בהקשר של דמוקרטיזציה או של צדק חברתי. חדשנותו היתה נעוצה בתפיסה מדעית ורציונליסטית של משטר חוקתי. ההשראה ההיסטורית של תפיסה זו באה מן "החירות הגרמנית" העתיקה, חירות קבוצתית שקיבלה במאה התשע-עשרה גוון לאומי.⁹³ שלא כמסורת האנגלית-אמריקאית שצמחה ממתוס "החוקה העתיקה" של האנגלים, לא ניתן בה מקום מרכזי לחירויות הפרט. שלא כבצרפת, לא היתה גלומה בה נכונות להפר את מסורות העבר ולכונן חירות אזרחית מהפכנית.

גם במאה העשרים פעלו המונחים ליברליזם ו-Rechtsstaat בשיח הגרמני בהקשרים רחבים ורופפים בהרבה מכפי שניתן לשער ברבע האחרון של המאה העשרים. המשפטן הברליני אדוארד קולראוש (Kohlrusch), ששירת את המשטר הנציונל-סוציאליסטי עד שנת 1942, תואר לאחר המלחמה על-ידי עמיתו רודולף סמנד (Smend) כאדם "שגדחך בתקופת הרייך השלישי לתפקיד כפוי-הטובה של מגן שרידי הסדר הליברלי וה-rechtsstaatlich, ועמד איתן במבחן".⁹⁴ השפעתו הממתנת של קולראוש בוועדת דיני העונשין הנאצית בשנים 1934–1936, שהקנתה לו מחמאה זו, רחוקה מלהתאים לתפיסות בנות-זמננו בדבר ליברליזם ומדינת-חוק. להקשרים אלה אין זכר בגלגולו העברי של המושג.⁹⁵ התצלמות זו טעונה הסבר, ויש

92 נ"מ"י, פ"ד (כחנז) 805, מפי השופט חיים כהן (בע' 809); בג"צ 188/77 המוטראן הקופטי נ' מ"י, פ"ד (גו) 225, מפי השופטים לנרוי (בע' 257) ואשר (בע' 251). וראו גם את דברי שלמה אראל בהקשר אופייני: "פנחס רוזן הפך תוך זמן קצר ביותר את ישראל למדינת חוק ובנה מערכת משפטית... המשוחררת מחריגותיה של הרשות המחוקקת והמבצעת גם יחד"; אראל, לעיל הערה 5, בע' 187.

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

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

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

96 ראוי לציין שגם תרגומו לעברית של המושג האנגלי rule of law לשלטון-החוק הינו בעייתי, שכן המושג law באנגלית יכול להתפרש כחוק במובן הצר של חקיקת

להבינה בהקשר רחב יותר. גרמניה הוויימארית היתה, כמוכן, לא רק Rechtsstaat, אלא גם Kulturstaat, מדינה שהתפארה בהישגיה בשדה המכונה כיום תרבות גבוהה. בשיחתו עימנו תיאר השופט חיים כהן כיצד אפילו סטודנטים למשפטים נהגו מפנאי שהיה ניתן להקדישו לענייני תרבות ואמנות; לימודי המשפטים, כרוב הלימודים האוניברסיטאיים, לא חייבו נוכחות שיטתית ומסודרת בקורסים על תחומי המשפט השונים. היה די להתכונן לבחינות ולעמוד בהן. להרצאות הלכת כרצונך, על-פי תחומי עניינך או כשרוננו הרטורי של הפרופסור או הדוגנט המרצה. לימודי המשפטים הפורמליים של כהן עצמו הסתכמו, לדבריו, בשניים שלושה סמסטרים בלבד: בשאר זמנו כסטודנט שמע הרצאות בתחומים אחרים וביקר תכופות בתיאטרון. בכך קיים הלכה למעשה את המסורת הגרמנית רחבת-האופק שקדמה לעידן ההתמחות הצרה.⁹⁶ מתוך שלל עדויות על השכלתם הספרותית והמוסיקלית של השופטים מושאי מחקרנו עולה בבהירות שהתרבות הכללית הגרמנית הוויימארית חלחלה בדרכים שונות אל בית-המשפט העליון שלנו, והשפיעה יותר מכפי שמרמו קוטץ האיזכורים של גיתה ושילר.⁹⁷

הדוגמה השנייה והחשובה ביותר לעניין זה היא הפילוסופיה של קדמה ונאורות שאימצו השופטים העליונים. במאמר משנת 1962 כתב אלפרד ויתקון על "דעת הציבור המתקדם" שבית-המשפט צריך לייצג, אותו ציבור הרוצה להשתייך ל"משפחת העמים הנאורים", ולחלוק את ערכי "העולם התרבותי כולו". על בית-המשפט להגן על "ערכי הציביליזציה" הנתונה בתהליך של התקדמות, אך שרויה בצילם המאיים של ספקות, פרימיטיביזם ודת.⁹⁸ כעבור שנה השתמש ברעיונות אלה בפסיקה. היה זה בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון,⁹⁹ בו התבקשו השופטים להכריע אם הבטחת נישואין של גבר נשוי

הפרלמנט, אך גם למושג משפט, שהינו מושג רחב יותר, ויש הכוללים בו יסודות מהותיים של צדק וזכויות לא-כתובות. מהתרגום לעברית משתמעות קונוטציות פורמליסטיות ולגליסטיות גוקסות שאינן מביאות לידי ביטוי מלא את מלוא המשמעות של המושג באנגלית. בצדק הציע פרופסור ליאון שלף תרגום חלופי של המושג האנגלי לעברית: מרות המשפט. ראו ליאון שלף "מ'שלטון החוק" למרות המשפט: ההזורים וערעורים על מושג יסודי עיוני משפט סז (תשנ"ו) 559. כמוכן זה ניתן גם לבקר את התרגום העברי למושג Recht, המקביל יותר למושג משפט מאשר למושג חוק, הלא הוא בגרמנית Gesetz, אם כי הקונוטציות הגרמניות של המושג Rechtsstaat קרובות יותר, כפי שצינו, למשמעות הצרה והנוקשה מאשר למשמעויות של המושג rule of law.

96 ראו גם ששר חיים כהן, לעיל הערה 51, בע' 43, 240.

97 ראו למשל ויתקון "זכר ליציאת גרמניה", לעיל הערה 25, בע' 59.

98 אלפרד ויתקון "המשפט בארץ מתפתחת" ספר יובל לפנחס רוזן (חיים כהן עורך, תשכ"ב) 66-85, ובעיקר בע' 82-84; השוו חיים כהן "על אלפרד ויתקון" (דברים בעצרת ויכרון באקדמיה הישראלית למדעים, 19.6.1983), בספרו של ויתקון, לעיל הערה 25, בע' 15-18, ובמיוחד בע' 16-17.

99 פ"ד ז' 1009.

לאשה אחרת הינה חוזה הפוגע במוסר הציבורי ובסדר הכללי, ועל-כן חוזה כסל. כותב השופט ויתקון:

"מצווים אנו, כשופטים, לתת ביטוי ותוקף, לא לדעותינו הפרטיות, אלא למה שנראה לנו כמשקף את דעת הציבור, והכוונה היא לחלק המשכיל והמתקדם שבתוכו. ציבור זה הוא, כמובן, הציבור שבארצנו ובזמננו. יתכן שבשאלה זו או אחרת תהיה לציבור זה השקפה משלו, שאינה מזדהה עם השקפתם של עמים אחרים, ואין צריך לומר שבמקרה כזה נהיה מודרכים אך ורק על-ידי השקפת הציבור שלנו. אך נראה לי כי הציבור שלנו רוצה לראות את עצמו כחלק ממשפחת העמים הנאורים ולהיות שותף לאותם ערכים המעצבים את דמות העולם התרבותי כולו. סבור אני איפא שרק במקרים נדירים יכול להתגלות קרע בין תפיסת עמנו לגבי הערכים הללו ובין התפישה המקובלת בארצות העולם."¹⁰⁰

באותה שנה כבר טבע השופט משה לנדוי, בפסק-דינו בעניין צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, את המושג הציבור הנאור, ותבע מן השופט "להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות של הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב."¹⁰¹ שופטים אחרים אימצו מבחן זה,¹⁰² שנהפך עם הזמן לקאנוני: השופט אהרן ברק, בפסק-דין שכתב כעבור שלושים שנה, מצטט דברים אלה של לנדוי וקובע כי במשך השנים נהפכו "לאמת מידה כללית, אשר השופט צריך לפעול על-פיה במתן תוכן נורמטיבי לתקנת הציבור על היבטיה השונים".¹⁰³ לאחרונה אף הקדיש ברק מאמר מיוחד לחגוג בו מונת זה. שם הוא קובע כי הוא רואה במונח הציבור הנאור מטפורה רבת-עוצמה של המשפט הישראלי. ברק מסעים במאמר הן את האוניוורסליות והן את המקומיות והטרנזיטיביות של עקרונות-היסוד המנחים את הציבור הנאור, והוא אף קובע כי "אין כל ניגוד בין הציבור הנאור לבין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית".¹⁰⁴ ברברים אלה ממשיך השופט ברק מסורת ארוכה, שמקורותיה בהשכלה היהודית-הגרמנית, המבקשת להשכיח סדר והרמוניה

100 שם, בע' 1026.

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

102 ראו, למשל, את דברי הנשיא אגרנט, הנציג ה"אמריקאי" המובהק בבית-המשפט העליון, שיחד עם השופט לנדוי הרחיב את מבחן הציבור הנאור מהמשפט הפרטי גם למשפט הציבורי בבג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 600 (התייחסות השופט לנדוי למבחן זה באותו פסק-דין בע' 520).

103 בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מירשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 780.

104 אהרן ברק "הציבור הנאור" ספר לנדוי (בעריכת אהרן ברק ואליגנר מזוז, תליאביב, תשנ"ה, כרך שני, חלק ראשון) 677-697, הציטטה מע' 693. במקום אחר מציין ברק את מושג הקדמה (progress), המאפיין את "התרבות המשפטית המערבית", ובוחר להסתמך על חיבורו של המשפטן הגרמני רודולף פון ירינג (Jhering) המאבק למען המשפט (תרגום ב' קרופניק, 1947); אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל - מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ (תשנ"א-תשנ"ג) 197-217, הציטטה בע' 201.

בין ערכים אוניוורסליים ויהודיים, ובגלגול מאוחר יותר – בין עקרונות הנאורות והציונות.

אלא שלגדוי, ברק ואחרים, שנדרשו למושג הציבור הנאור, לא הכירו כמדומה בהיותו בעצמו מושג היסטורי ספציפי, המייצג תפיסה ספציפית בדבר הטוב החברתי והותם של קובעי אמות-המידה בחברה. בדבריהם של השופטים מקופלות הנחות-יסוד היסטוריות, ואפילו אנתרופולוגיות, השזורות באוצר-המילים שהצבענו עליו: "סבירותה של תקנה", כתב למשל חיים כהן, "...נמדדת בקנה המידה הטובה המקובלת על רוב בני האדם בחברה דמוקרטית ובמדינת תוק. ואין לך מידה טובה ומקובלת ממידת היסוד של כבוד האדם: תברה חופשית ונאורה נבדלת מן החברה הפראית או העשוקה במידת הכבוד שמודדו לו לאדם באשר הוא אדם."¹⁰⁵

המונחים נאורות, קדמה, תרבות, ציוויליזציה, ואפילו המונח הניטרלי-כביכול ציבור, שאובים במישרין או בעקיפין משיח הנאורות (Aufklärung) והרציונליות הגרמני ששורשיו במאה השמונה-עשרה וענפיו משתרנים אל רפובליקת ויימאר ואל המחצית השנייה של המאה העשרים. רעיון הציוויליזציה ההולכת ומשתפרת לקוח מפילוסופיות של ההיסטוריה שרווחו בגרמניה למן לסינג וקאנט. את נס הנאורות – נס פוליטי ופרטיזוני, עם כל היותו אוניוורסליסטי והומני – נשאו הוגי דעות ליברליים דוגמת ארנסט קסירר (Cassirer).¹⁰⁶ מסורת זו מטילה על קבוצה נרחבת, משכילה ורהוטה של אזרחים – ציבור נאור – את האחריות לקביעת אורחותיה של החברה באמצעות שיח, חילופי דעות וליבון תבונה וחרוץ של רעיונות פוליטיים-מוסריים.

אולם לא היתה זו המסורת האינטלקטואלית היחידה שצמחה בגרמניה המודרנית. למן סוף המאה השמונה-עשרה נשמעו קריאות תיגר, חלקן עמוקות ומרתקות, נגד שיח הנאורות: הרדר, שופנהאואר וניטשה, אבל גם הוסרל ובובר, הצביעו בדרכים שונות על מגבלותיה של האמונה הנחרצת מדי בתבונה ובקדמה. מן המודרניזם של ראשית המאה, שהגיע לבלבו בשנות הרפובליקה של ויימאר, צמחה ביקורת נוקבת על השימוש המודרני במורשת הנאורות, שנהפכה למבצרה החסוד של הבורגנות בעלת-הקניין. את המתקפה הזו סיכמו ומיצו אנשי אסכולת פרנקפורט, תיאודור אדורנו (Adorno) ומקס הורקהיימר (Horkheimer).¹⁰⁷ הנאורות, כך הבהירו מבקריה, אינה מציעה פתרונות או

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

Ernst Cassirer *The Philosophy of the Enlightenment* (1932; English translation: 1969; Princeton, 1951).

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

חלופות לעניינים הלא-תבוניים שבנפש האדם, לאנשים ומצבים שהם "לא-חברתיים" או "לא-רציונליים", למי שאינו יכול או הפך להיות חלק מ"ציבור", למי שנמנעה ממנו ההשכלה ה"נכונה" ולמי שחושד במאורותיהם של הנאורים.

לאופוזיציה הזו אין זכר בתפיסת הציבור "המשכיל והמתקדם" או "משפחת העמים הנאורים" של שופטי בית המשפט העליון בישראל, הם הכירו אומנם ביחסיות ובדינמיות של העקרונות בהן דבק הציבור הנאור, וגילו רגישות לשינויים המתמידים בערכיו ובדעותיו של אותו ציבור; אבל ספק אם הודו בבעייתיות של עצם הקביעה שיש בנמצא ציבור נאור, שבית המשפט מסוגל להגדירו ושמן הראוי שיהיה לו לפה.¹⁰⁸ בתוך כך התקבלו כמונחים מאלוהים הטון הממלכתי-הסמכותי של המושג מדינת-חוק והבלעדיות המעמדית והאתנית-התרבותית של המושג הציבור הנאור.¹⁰⁹

ניתן לשער שנתנו השכלתם המשפטית של מושאי מחקרנו (וגם האוריינטציה העברית-הציונית של אלה שנחשפו לה) לא הביאו אנשים צעירים אלה במגע הדוק עם מוקדי המודרניזם של ברלין או של פרנקפורט בשנות העשרים. הם לא נמנו עם חוגי המלומדים החרשניים שהצמיחו את מרטין בובר, ולטר בנימין וגרשם שלום, גם בבואם לפלשתונה לא אימצו, כמדומה, את החלופות שהציעו בובר ושלום, איש בתחומו, לתבנית הרציונליסטית של הנאורות. הביקורת הנוקבת שמתח בנימין על רעיון הקדמה¹¹⁰ אינה משתקפת בפרוגרסיביזם הבוטח העולה מן הפסיקות שציטטנו לעיל.

משפטנים, כידוע, אינם נוטים להיסתף בזרמי אוונגרד פוליטי-פילוסופי. ייתכן שאין סיבה להצטער, קל וחומר לתמוה, על היעדרם של מודרניזם רדיקלי או ניהיליזם בתר-ניטשאני מדרכי מחשבתו של בית המשפט העליון בישראל. אך מועיל לציין שרעיונות אלה, לצד הביקורת העצמית ואף האירוגיה העצמית (נוסח ולטר) של הנאורות במיטבה, אינם חלק ממשענו. כסתונם של שופטינו במעשה המשפט, כמו גם בצדקת דרכה של הציונות המדינית, לא נפגם ולא התערער בשל חשיפה לביקורת התרבות הוויימארית. מורשתם הגרמנית התבססה על ליברליזם לאומני, לגליסטי, נחלתה של עילית חברתית-תרבותית מדורה אמונה בנאורותה.

108 חריג אפשרי להכללה זו מצוי בדברי השופט שרשנסקי בע"א 4/66 מרים מרין נ' הלמוט, פ"ד (4) 337, 351-352, בו טען כנגד ויתרון כי ההיסטוריה הגרמנית מעמידה בספק את האפשרות לראות בציבור המשכיל והמתקדם מדד מוסרי אמין, אנו מודים לפרופסור עדי פרוש על מובאה מסייגת זו.

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

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

1. במקום סיכום

נסיים בגוון אחר, אך לא פחות חשוב, של ההשפעה הגרמנית על בית-המשפט העליון הישראלי: האנגלופיליה של השופטים היקיים של בית-המשפט העליון. אין צורך להרחיב את הדיבור על פשר השפעתה של המורשת המשפטית הבריטית על מחשבתם של השופטים הללו: את שנותיהם כעורכי-דין עשו בארץ-ישראל כחלק ממערכת המשפט המנדטורית הבריטית, ושנים אלה אפשר שהיו מבנות לא-פחות מן השנים שעשו על ספסל הלימודים הגרמני. ויתקון קיבל את הכשרתו ב-bar האנגלי; לנדוי וזוסמן למדו באנגליה, ולנדוי אף כיהן, כפי שהזכרנו, כשופט שלום בטרם קמה המדינה. המסורת המשפטית המנדטורית עוגנה במשפט הישראלי, לעיתים בתמיכת חלק מהיקים ובהתנגדותם של אחרים, למשל בעניין דוקטרינת התקדים המחייב.¹¹¹ על כך נוספה אוריינטציה אמריקאית מובהקת, שצמחה מאליה מן ההכוונה הבריטית, וחוזקה, בין השאר, על-ידי הגשיא אגרנט,¹¹² וגם בוכות הגעתם של קבצי פסקי-הדין האמריקאיים לספריית בית-המשפט העליון בימיה המוקדמים.

כדבריו היפים לזכר אלפרד ויתקון כתב חיים כהן איך "הלך [ויתקון] לאנגליה לרכוש לו השכלה משפטית אנגלית כצידה לדרכו ארצה ישראל", ואיך "אנגליה היתה בשבילו לא רק מעין קרש קפיצה, אלא אף מעין היוולדות חדשה: גילוי הדרו ותפארתו של המשפט האנגלי היה למשפטן הגרמני חוויה עצומה ובלתי צפויה".¹¹³ כהן המשיך וסיפר על דמותו המודקרת של ויתקון, ה-barrister המגוהק, בירושלים של שנות השלושים. אבל ההתגלות שחווה ויתקון בלונדון אינה פרק ביוגרפי ייחודי, אלא דווקא חוויה גרמנית טיפוסית מאוד.

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

111 בית-המשפט העליון נדרש לתת את דעתו על חיובו לתקדימו הוא עוד לפני שקבע המחוקק את עמדתו בסוגיה זו. היה זה בבג"צ 287/51 ראם נ' שר האוצר והמפקח על המטבע הזר, פ"ד ח 949. המשת השופטים שישבו בדין – אגרנט, זילברג, גויסן, לנדוי וברנזון – החליטו פה-אחד לאמץ את ההלכה האנגלית בדבר התקדים המחייב. מעניין שנקודת-המוצא של כל השופטים היתה שההלכה טובה בשיטת משפט מבוססת כשיטה האנגלית, והשאלה היחידה היתה מה נפקותה לשיטת משפט חדשה, כשיטה ישראלית. כעבור זמן קצר, בבג"צ 176/54 יהושע נ' ועדת הערר לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) תשי"ט-1949, פ"ד ט 617, כפר השופט ויתקון בהלכה זו, וקבע שאין הוא רואה עצמו מחויב לתקדימי בית-המשפט העליון, שכן מי שאינו מכיר בכוחו המחייב של התקדים אינו יכול להיות קשור גם לתקדים המכיר בכוחו המחייב של התקדים. מעניין שהמחוקק בחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, קיבל את עמדתו של ויתקון וסטה בכך מהכלל האנגלי (שגם הוא בוטל בשנת 1966).

112 ראו להב, לעיל הערה 1.

113 כהן "על אלפרד ויתקון", בספרו של ויתקון משפט ושיפורט, לעיל הערה 25, בע'

היסטורי ספציפי בין ילידי גרמניה והנכיחה לבין שלטון בריטי בפלשתינה, ההערכה לעניינים בריטיים, ובתוכם גם לרעיון החירות האנגלי ולמערכת הצדק האנגלית, היא סימן היכר של הפן הליברלי באותה "תרבות כללית" גרמנית שעל ברכיה גדלו מושאי מחקר זה. האהדה לעולם הדובר אנגלית אינה רק מורשת ספרותית גרמנית מלסינג ושילר עד ברכט ווייל, אלא גם מורשת פוליטית גרמנית למן הליברלים של ראשית המאה התשע-עשרה ועד ליוצרי חוקת ויימאר. היא סנורה את עיניהם של הנאצים עצמם (שקיוו למצוא באנגליה בעלת-ברית אידיאולוגית, ובשלב מסוים חשבו על אוקספורד כבירת האימפריה הגרמנית העתידה לקום), ושבה והופיעה בגרמניה המערבית שלאחר התורבן. האנגלופיליה והאנגלופוניה הגרמנית היגרה עם הגולים לבריטניה ולארצות-הברית, אך גם לפלשתינה. האכזבה ממערכת המשפט הוויימאריית סללה את הדרך אל המבט מערבה, מבט שגם הוא גרמני במובהק.

אילו היתה כאן רק אהבה פרטית, היינו מביחים לה לגפשה, כמצוות אלפרד ויתקון בציטטה בה פתחנו. אך עניין זה מאיר פן ציבורי מאוד בדברי ימיו של המשפט הישראלי. המשפטנים, כידוע, נוהגים להבחין בין שיטת המשפט הקונטיננטלית לבין שיטת המשפט האנגלו-אמריקאית. על בסיס זה אין מנוס מלהסיק שהמורשת האנגלו-אמריקאית היתה דומיננטית בעיצוב המשפט הישראלי. אבל ההבחנה החשובה יותר העולה ממחקרנו היא דווקא בין המורשת הליברלית, מרכז-אירופית ואנגלו-אמריקאית כאחת, על מורכבויותיה הרבות בהן נגענו, לבין דבר-מה מורה אירופי מאוד שראו השופטים במוסדות השלטון האחרים, דבר-מה בלתי-ליברלי בעליל.

דומה שמאבק של ממש על תרבותה הפוליטית של המדינה הצעירה התחולל, לפחות ברגעים מסוימים, לאורך קווים מובהקים של תרבויות-מוצא. טפח ממאבק זה מתגלה בדבריו של פנחס רוזן, שציטטנו לעיל, בדבר הגינותם של התיקים כבסיס לשיבוץ במערכת המשפטית. טפח אחר מתגלה בקובץ תעודות למדיניות החוץ של מדינת ישראל משנת 1953, שהוציא לאור ארכיון המדינה בשנת 1996. במהלך אחד מדיוני הממשלה על פעולות הגמול שהובילו להסלמה מדינית ולמלחמת סיני, הציג בן-גוריון לשרי הממשלה לכבוש אתרים בגדה המערבית. בהמשך דבריו יצא נגד "חברים מציוני גרמניה" שהתנגדו לקו מיליטנטי זה. על-פי סיכום הפרוטוקול של אותה ישיבת ממשלה, מיום 24 במאי 1953, השיב לבן-גוריון השר יליד ברלין פרץ גפתלי כי "היה גאה להיות ציוני גרמני גם אם משתמעת מכך רדיפת שלום"¹¹⁴. דוגמה זו היא מקרית בלבד, וחקירה שיטתית של קו העימות בין ציוני מורת אירופה ומרכזה חורגת מנושא דיונו ומתחומי מחקרנו. ניתן בכל זאת לשער שעדויות נוספות לציר המתח המרכז-מורת-אירופי שמורות בארכיונים, ושעניינים רבים נותרו בגדר הרהורי לב ולחישות שלא לפרוטוקול.

הברית בין המשפטנים התיקים והאנגלו-אמריקאיים שביסוד הרשות השופטת בישראל נכרתה כמשקל-נגד לתרבות הפוליטית הדומיננטית, זו של מפא"י, בשנות העיצוב של

114 מדינת ישראל - ארכיון המדינה תעודות למדיניות החוץ של מדינת ישראל (כרך שמיני, 1953, בעריכת ימימה רוזנטל, 1996) 413; מצוטט בסקירתו של בני מוריס ביריעות אחרונות, יח בתמוז תשנ"ח, 5.7.1996, בע' 29-30.

המדינה. ברית זו היא אחד הגורמים המרכזיים לכך שחרף נתוני הפתיחה החלשים,¹¹⁵ התפתחה בישראל רשות שופטת עצמאית, בעלת אוריינטציה וסגנון שונים מאלה של יתר רשויות השלטון (בגבולות התכנית הציונית-הלאומית המשותפת), ואף החלה בעשור האחרון להקדין מעוצמתה על הרשויות האחרות. על כך עוד יסופר.

115 כמפורט במבוא למאמר זה.