

בין בונה היסודות למהפכן השקט: יצחק אולשן, מאיר שמגר וזיכרונותיהם

מאת

יחיעם ויץ*

פתח דבר: תודעה כתעודה

יצחק אולשן ומאיר שמגר כיהנו כנשיאי בית המשפט העליון כהונות ארוכות יחסית.¹ שניהם נחשבים לנשיאים בולטים ודומיננטיים, אשר תרמו כל אחד תרומה חשובה לחיזוק מעמדו של המשפט הישראלי ולביצורו. בעוד הנשיא אולשן נחשב כמייצגו של דור השופטים הראשון, המייסד והחלוצי, מייצג הנשיא שמגר את הדור השני של שופטי בית המשפט העליון, אשר יחסו לדור השופטים שקדם לו היה מורכב למדי: מחד גיסא, הכרה בדפוסים ובמסורות של הדור הקודם, ומאידך גיסא, ניסיון "למרוד" במוסכמות ולעצב מסורת משפטית חדשה.

שני הנשיאים פרסמו ספרי זיכרונות (היחידים מקרב נשיאי בית המשפט העליון עד כה).² בסקירה זו אבקש ללמוד מתוך תיאוריהם הסובייקטיביים על אודות התפניות שחלו במעמדו של בית המשפט העליון, אך בעיקר להאיר את המאמץ שהיה משותף לשני הנשיאים אלה: בנייה ושימור של מוסד משפטי עליון ועצמאי, מוסד שנושאי משרותיו עשויים ללא

* פרופ' מן המניין בחוג ללימודי ארץ-ישראל באוניברסיטת חיפה.
1 אולשן כיהן כנשיא השני של בית המשפט העליון, מאוגוסט 1954 ועד פברואר 1965; שמגר כיהן כנשיא השביעי, מנובמבר 1983 ועד אוגוסט 1995.
2 יצחק אולשן, דין ודברים – זיכרונות (1978) (להלן: אולשן); מאיר שמגר תם ולא נשלם – פרקי חיים (2015) (להלן: שמגר). ספרו של שמגר נערך בידי כרמית גיא. משה לנדוי כתב ספר זיכרונות – משה לנדוי – קורות חיי – אך לא פרסם אותו, אלא נתן שלושה עותקים לבנותיו, בשנת 1998. שלושה שופטים אחרים שפרשו מבית המשפט העליון פרסמו אף הם ספרי זיכרונות: חיים ה' כהן מבוא אישי – אוטוביוגרפיה (2005); מרים בן-פורת מבעד הגלימה – הצצה לשיקוליה ולבטיה של השופט בבית המשפט העליון הראשונה (2005); צבי טל פרקי חיים של שופט לשעבר (2010).

חת וללא גוון פוליטי וחסרי פניות מבחינה רגשית וציבורית. עצמאות זו תיבחן לאורך הקווים המקבילים, ולעתים המנוגדים, המאפיינים את דרכם של שני נשיאים אלה. תחילת דרכם של שני הנשיאים הייתה אידאולוגית-פוליטית, והם נדרשו פעם אחר פעם למאמצים כדי לנתק את מוסד בית המשפט העליון מכל השפעה כזו – בין שבפסיקותיהם בבית המשפט ובין שבעיצוב מנגנון של ועדות החקירה. עצמאות זו באה לידי ביטוי גם כנגד המיית לבו של הציבור במשפטי השואה הרגישים. היא רלוונטית גם כיום, כמו אז, בסוגיות העולות על הפרק – כמו שאלת ה"בכירות" (סיניוריטי), שמקורותיה והשפעותיה מוארים כאן. סקירה זו מתבססת על תודעתם העצמית של גיבוריה, ובמידה פחותה על תיעוד היסטורי חיצוני. במקרה דנן התודעה היא עצמה התעודה.

צעדים ראשונים בארץ ומשפט

יצחק אולשן (אולשנסקי) נולד בקובנה שבליטא (שהייתה אז ברוסיה) ב-1895, 30 שנים לפני הולדת שמגר – פער של דור שלם. הוא עלה לארץ ב-1912, בימי העלייה השנייה, כנער צעיר בן 17. מניעי עלייתו היו ציוניים מובהקים, בלי סיוע כספי משפחתי, והוא לא הגיע ארצה כפליט. אולשן החליט "החלטה נחושה" – לקבל את האזרחות העות'מאנית "כדי להרוס מראש כל אפשרות של נסיגה ושל שיבה לגולה". דבריו בנוגע לכך הם חדר-משמעים: רצונו היה לחסל את כל הגשרים שקשרו אותו "אל חיי הגולה. חזון העתיד שלי בארץ נראה לי בדמותו של פועל חקלאי שבסופו של דבר יתיישב על הקרקע" (אולשן, עמ' 18).

אולשן למד ב"גימנסיה הרצליה" בתל אביב וסיים את לימודיו במחזור השלישי. שם החל להזדהות עם תנועת העבודה ולתמוך ב"הפועל הצעיר", מפלגת הפועלים הקטנה והמתונה. הוא ציין כי היא לא דגלה "בתורות של סוציאליזם דוקטרינארי, אולם היא דגלה ונלחמה בעד 'חיי עבודה'" (אולשן, עמ' 25). בגימנסיה הבחינו בהתלהבותו וכינו אותו "פועל צעירניק". באותם ימים הוא יצר קשרים עם תלמידים שלמדו במחזור הראשון, שהפכו ברבות הימים לדמויות היסטוריות – אליהו גולומב, דב הוז ומשה שרתוק (שרת); קשריו עמו נמשכו שנים רבות ובאו לידי ביטוי בהמשך דרכו המשפטית. דרכם הכיר אולשן את ברל כצנלסון, שהעמיק את הזדהותו עם תנועת העבודה.

במאי 1918 התגייס אולשן לגדוד העברי, בהשפעתו הכריזמטית של זאב ז'בוטינסקי (אולשן, עמ' 64–65). ב-1923, כשנתיים לאחר שהשתחרר, נסע ללונדון ללמוד משפטים. נוסף על לימודיו עסק בפעילות ציונית והתקרב לחוגי מפלגת העבודה הבריטית ("לייבור"), ויצר עמם "קשרים יותר הדוקים" (אולשן, עמ' 116). הוא ראה את הלימודים כדרך לסייע למאבק הציוני בארץ, ובתום לימודיו, בקיץ 1927, מיהר לחזור לארץ.

עם שובו הצטרף אולשן למשרדו של עו"ד מרדכי עליאש,³ משרד מוביל בשעתו שהיה מעורב בפעילות הציונית, תחילה כמתמחה ולאחר מכן כעורך דין. חלק ניכר מפעילותו המשפטית התמקד במאבקים הלאומיים של היישוב. אולשן לקח חלק "במשפטים פלילים של נאשמי המחטרות היהודיות ושל פעילי ההעפלה, העליה הבלתי-לגלית. זאת הייתה לא רק עבודה מקצועית אלא גם שליחות ציבורית, בהגנה על בסיס הקיום של היישוב והמדינה בדרך" (אולשן, שם).

אולשן היה מעורב במשפטי נאשמים שהיו קשורים לארגון "ההגנה": הוא היה הסנגור של חברי קבוצת חולדה שנתפסו עם נשק ושהועמדו לדין בפני בית הדין הצבאי בירושלים "בעוון החזקת נשק"⁴ ושל צעירים "שהיו חברי קבוצת 'החוגים' בצפון ים המלח [...]" שנאשמו בהחזקת נשק וכדורים" והועמדו לדין בפני בית משפט השלום בשכם. במשפט סיפר אולשן בהערצה על "חיי החלוצים בצפון ים המלח ועל מפעל הקבוצה".⁵

אולשן היה מעורב גם במשפטי קרקעות קשים ומורכבים שניהלה הקרן הקיימת לאחר שממשלת בריטניה פרסמה את חוק הקרקעות, שהגביל מאוד את יהודי היישוב ברכישת קרקעות. על זה כתב: "משפטי הקרקעות של קרן הקיימת בישראל היו כרוכים בהרבה עמל, אבל הייתי מוצא סיפוק רב, כאשר נגמרו בהצלחות. מלבד הסיפוק המקצועי הייתה ההרגשה שכאן מתמזגת עבודתי המקצועית במילוי חובה לאומית" (אולשן, עמ' 181)

ראשית דרכו של מאיר שמגר (שטרנברג) הייתה שונה מאוד. הוא נולד ב-1925 ב"עיר החופשית" דנציג, וב-1939, ערב מלחמת העולם השנייה, הצליחו הוריו לקבל סרטיפיקטים לארץ-ישראל. כך הם נמלטו מגורלם המר של יהודי העיר, שנשלחו לשטוטהוף, מחנה ריכוז סמוך, ונרצחו. הנער מאיר ומשפחתו הגיעו לארץ כפלטים, בניגוד לאולשן, אך למרות זאת הייתה לו תחושה שהוא מגיע לבית, ותחושה זו סייעה לו להתאקלם עד מהרה במקום החדש.

בניגוד לאולשן, שהיה קשור לתנועת העבודה, שמגר הצטרף עוד כנער צעיר לתנועה הנגדית – התנועה הרביזיוניסטית. בספטמבר 1939, חצי שנה לאחר הגעתו לארץ, הפך לחבר הארגון הצבאי הלאומי (אצ"ל). הוא למד להפעיל אקדחי נגאן "לקראת יום פקודה" ושר את "חיילים אלמונים", שהיה אז המנון האצ"ל, לפני שמחברו אברהם שטרן (יאיר) פרש מהארגון. שמגר הסביר מדוע הצטרף דווקא לאצ"ל, הסבר שלא אפיין את מסלול חייו המאוחר: הוא התרגש לדעת כי הוא חלק "מארגון המבקש להטביע חותם בהיסטוריה ופועל בניגוד לזרם השליט ביישוב" (שמגר, עמ' 31).

3 מרדכי עליאש (1892–1950), שהיה פרקליט ואיש ציבור, היה היועץ המשפטי של הוועד הלאומי. ב-1949 מונה לציר ישראל הראשון בבריטניה ונפטר בתקופת כהונתו בלונדון.

4 "החל משפט הנשק של חברי חולדה" הצפה 8.12.1943.

5 "דין צעירים שנאשמו בהחזקת נשק" דבר 2.6.1942; מדובר בחברי קיבוץ בית הערבה.

נוסף על פעילותו באצ"ל למד שמגר באוניברסיטה העברית ובבית הספר המנדטורי למשפטים. באוגוסט 1944 נעצר על ידי הבריטים, נשלח ללטרון והוגלה לאפריקה. הוא שהה "מאחורי גדרות התיל" ביבשת השחורה במשך תקופה בת כארבע שנים. שמגר הגיע למחנה סמבל באריתריאה יחד עם 251 עצורים שכולם היו חברי האצ"ל או הלח"י. הוא מדגיש ש"אין ספק, כי זו הייתה אחת התקופות המעצבות בחייו" (שמגר, עמ' 59). באותם ימים נקט צעד פוליטי, היחיד בכל חייו הציבוריים, שממנו התעלם ממנו בספרו: הוא הצטרף לרשימת תנועת החרות לאסיפה המכוננת (הכנסת הראשונה), ומקומו ברשימה היה סמלי (מספר 84). הוא צורף לרשימה יחד עם חייליים ולוחמים נוספים של האצ"ל ובית"ר במטרה להבליט את אופייה ההרואי, דבר שהיה מקובל באותה מערכת בחירות.⁶ כאשר הצטרף לשירות קבע בפרקליטות הצבאית, החליט להתרחק מהמחלוקות שקשורות לעברו כחבר האצ"ל; על כך כתב באופן נחרץ "הייתי עסוק בחיי החדשים", והוא אכן הפך לסמל הממלכתיות.

המסלול המשפטי של שמגר היה שונה מזה של אולשן בשני עניינים: הקריירה שלו התפתחה בימי המדינה, והוא התמקד במסלול המשפטי הצבאי-ציבורי. הוא שירת בפרקליטות הצבאית ובמסגרתה מילא תפקידים בכירים. קידומו היה מהיר. ב-1961, כשהיה בן 36 בלבד, מונה לתפקיד הפרקליט הצבאי הראשי והיה אחד מראשוני האצ"ל שהגיע לצמרת זה"ל. ב"חרות" נכתב שבמשך שנים רבות חבר תנועת החרות או מי שהיה חבר "המחתרת הלוחמת" לא יכלו "לעלות בדרגה גבוהה מסרן", ולכן ניתן לראות את המינוי של סא"ל מאיר שטרנברג, ש"הוא מחיילי אצ"ל לשעבר וגולי קניה [...] כמעט סנסציה".⁷ כמשפטן נקט שמגר צעדים שהיו לכאורה מנוגדים לאידאולוגיה הרביזיוניסטית. דוגמה בולטת לכך היא ההחלטה, שהתקבלה לאחר מלחמת ששת הימים, "המדינה לא תתנגד לפנייה של תושב השטחים לבית המשפט הגבוה לצדק". הבסיס הרעיוני של ההחלטה, "שעוררה מחלוקות רבות", הוא שיש לקיים פיקוח יעיל על פעולות הצבא "רק על ידי מתן אפשרות לאדם שנמצא בשטח המוחזק לפנות לבית המשפט האזרחי" (שמגר, עמ' 108). החלטה זאת, שהיא "הרת גורל ומצפונית", התקבלה על ידי "איש אחד ויחיד – מאיר שמגר". היו לו כוח ואפשרות לקבלה בגלל שתי סיבות: העובדה שהחזיק "בשתי משרות רבות עוצמה – הפצ"ר והיועץ המשפטי למערכת הביטחון", ו"אישיותו הדומיננטית". זה הביא לכך ש"לא נמצא איש בדרג המשפטי-ממשלתי שיהרהר אחר החלטתו". בספטמבר

6 על זה ראו יחיעם ויץ ממחתרת לוחמת למפלגה פוליטית – הקמתה של תנועת החרות, 1947 – 1949, 189 (2002). באותן בחירות צירפו שתי מפלגות נוספות אנשי צבא לרשימותיהן – מפא"י ומפ"ם.

7 "זרקור על מאיר שטרנברג" חרות 1961.8.25. לאחר מינויו שינה את שמו משטרנברג לשמגר, בעקבות בקשת שר הביטחון בן-גוריון.

1968, מיד כשהגיע ללשכת היועץ המשפטי לממשלה, הפכה ההחלטה "לחולייה מרכזית במדיניותה של ממשלת ישראל". הנחייתו שלא לטעון כנגד סמכות זו חייבה את כל הפרקליטים שייצגו את המדינה בבג"ץ.⁸

המינוי לבית המשפט העליון: עצמאות על רקע מוצא אידאולוגי

הנשיא יצחק אולשן מספר כיצד פנה אליו חיים כהן, שהיה אז פרקליט המדינה הראשון, בשם שר המשפטים פנחס רוזן והזמינו להצטרף לבית המשפט העליון, אשר הורכב באותם ימים. תגובתו הייתה חד-משמעית: "בכל הארץ שררה אווירה כללית של גיוס, ולפני הפרט כלל לא עמדה בשאלה להסכים או לא להסכים. תשובתי הייתה חיובית" (אולשן, עמ' 205). לאולשן ולחבריו השופטים הייתה מחויבות חלוצית: להקים את בית המשפט העליון במדינת ישראל. מטרתם הראשונה הייתה לבצר את עצמאותו של בית המשפט. בתוך כך התגלה יצחק אולשן כשופט עצמאי, אשר אינו חושש להתעמת עם השלטון ואשר לא היסס לכתוב פסקי דין שמטרתם הייתה להגביל את כוחה של הממשלה.

שר המשפטים פנחס רוזן ראה בחמשת השופטים של בית המשפט העליון נציגים של הזרמים הפוליטיים המרכזיים במדינה. נתן ברון, חוקר ההיסטוריה המשפטית של ישראל, כתב כי "ההרכב הראשון היה על טהרת המפתח המפלגתי".⁹ אולשן הזדהה במהלך השנים עם מפא"י, אבל לא היה פעיל פוליטי ואף לא חבר רשום במפלגה זאת. עם זאת, תמיכתו במפא"י וקשריו ההדוקים עם ראשי המפלגה סייעו לו במינויו לתפקיד שופט בית המשפט העליון ב-1948 – נקודה שאולשן לא ציין בספרו. לטענת נתן ברון (בעצמו בן למשפחה של תומכי הרביזיוניסטים ו"חרות"): "אולשן התמנה לבית המשפט העליון לא רק בשל כישוריו, אלא משום שהיה איש מפא"י וידידם של ראשי המפלגה שרתוק ואביגור, שלמדו אתו בגימנסיה הרצלייה לפני מלחמת העולם הראשונה".¹⁰ עניין זה בולט גם על רקע

8 משה נגבי כבלים של צדק – בג"ץ מול הממשל הישראלי בשטחים 12–18 (1981).
9 נתן ברון משפט, יצרים ופוליטיקה: שופטים ומשפטנים בסוף המנדט ובראשית המדינה 224 (2014) (להלן: ברון משפט, יצרים ופוליטיקה). שניים מהשופטים היו קשורים למפא"י (הנשיא זמורה, שהיה היועץ המשפטי של הסתדרות העובדים, ואולשן, שהיה חבר מפא"י "מובהק ונאמן", כלשונו של ח"ה כהן (שם, בעמ' 272)), מנחם דונקלבלום היה קשור לחוגים האזרחיים – הציונים הכלליים; שמחה אסף היה איש הציונות הדתית, וש"ז חשין נתפס כמי שקשור לתנועה הרביזיוניסטית, אף על פי שהיה בלתי מפלגתי כל חייו; השוו נתן ברון "שופט במצוקה: פרשת מינויו של שניאור זלמן חשין לבית המשפט העליון בשנת תש"ח" זמנים 93, 82 (2006).

10 ברון משפט, יצרים ופוליטיקה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 224.

כישוריו, שהיו מי שערערו עליהם. הושמעו טענות שלפיהן הוא חסר גמישות ו"נעדר כישורים אינטלקטואליים מיוחדים".¹¹ הגדיל לעשות השופט חיים כהן כשקבע כי השופט אולשן הוא "עם הארץ מדאורייתא" אשר "שקוע כל כולו במשפט המעשי".¹² עם זאת הוא זיהה את אולשן כ"בעל כישרון נדיר לאדמיניסטרציה [...] היה לו כוח-עבודה כביר". תכונות אלה הוכיחו את עצמן כאשר נדרש אולשן לשמור על עצמאות בית המשפט מפני כוחות פוליטיים חזקים. אולשן "ניהל מאבקים רבים כנגד הממשלה לשמירת כבודו ומעמדו של בית המשפט העליון".¹³ הוא "שמר בקנאות וללא פשרות על מעמדו הראוי של בית המשפט ביחסו עם הרשות המבצעת [...] כי בדרך זו נוצרו דפוסי התנהגות ויחסי גומלין נכונים שהעניקו לבית המשפט את מעמדו בין יתר רשויות השלטון".¹⁴ למרות ההסתגיונות הראשונות נחשב יצחק אולשן כנשיא שהוביל מהלכים להפיכת בית המשפט העליון לגוף העצמאי והחזק ביותר במוסדות המדינה.

תודעת העצמאות השיפוטית ליוותה את אולשן מראשית הדרך. כך מתאר אולשן, שהיה חילוני מובהק, את תחושותיו בטקס הפתיחה של בית המשפט העליון שהתקיים בספטמבר 1948:¹⁵ "כל אחד מאיתנו כאילו קלט באוזניו את קול ההיסטוריה ממרומים והדובר אליו וקורא לנטוש את כל הקושר אותו עם סביבתו ולהתרומם לפסגות ומשם לשפוט וליישר הדורים בין אזרחי המדינה, לעמוד על משמר העיקרון של 'שלטון החוק' ולהשליט צדק לכל אדם ללא הפליה כלשהי, ולהיות מחוסן מפני השפעות כלשהן" (אולשן, עמ' 213). עצמאות זו באה לידי ביטוי כאשר הוצע לאולשן לכהן כשר המשפטים. בזיכרונו הוא כתב על כך באופן כללי בלבד, בלי פרטים ותאריכים. הוקמה ממשלה חדשה, "אולם בלי נציג של המפלגה הפרוגרסיבית",¹⁶ ו"התיק של משרד המשפטים נשאר תלוי".¹⁷ ראש הממשלה פנה אליו "לדבר על לבי שאצטרף לממשלה ואקבל את תיק המשפטים". אולשן סירב להצעתו בתוקף והסביר את סירובו, "מאז שנתמנינו ניתקנו את עצמנו מכל השתייכות למפלגה כלשהי או קשר אתה", ולכן לא ראה אפשרות להצטרף לממשלה (אולשן, עמ' 235).

- 11 שם, בעמ' 386.
- 12 מיכאל ששר חיים כהן – שופט עליון 115 (1989).
- 13 ברון משפט, יצרים ופוליטיקה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 224.
- 14 משה לנדוי "דברים שנאמרו באזכרה לשופט יצחק אולשן ז"ל" ספר לנדוי כרך ראשון – כתבים 151, 154 (אהרן ברק ואלינוער מזוז עורכים, 1995).
- 15 עלה רעיון שבטקס השופטים יחבשו כיפות. הרעיון בוטל מיד (אולשן, עמ' 213).
- 16 מדובר בממשלה השלישית, שהוקמה באוקטובר 1951. פנחס רוזן, שהיה שר המשפטים מהקמת המדינה ומנהיג המפלגה הפרוגרסיבית, לא הצטרף אליה.
- 17 בכך לא דק פורתא. שר המשפטים החדש היה דב יוסף, שכהן נוסף על כך כשר המסחר והתעשייה.

– 236). כשהתברר לבן-גוריון כי אולשן לא מוכן לקבל את התפקיד הוא מינה את חיים כהן לשר המשפטים.¹⁸

מינויו של אולשן לכהונה הרמה של נשיא בית המשפט העליון נגזרה מנסיבות ייחודיות ומאירה באור חדש את שיטת הסניוריטי. הנשיא זמורה לקה בשבץ מוחי. אולשן היה המועמד היחיד לתפקיד, מאחר ששניים מהשופטים הראשונים הלכו לעולמם, וש"ז חשין היה צעיר מאולשן בשנים רבות.¹⁹ מצבו הבריאותי של זמורה "לא השתפר"; למעשה הוא הפסיק לתפקד כנשיא וכשופט. אולשן מתאר מצב עגום: זמורה "חדל לטפל במשפטים, ופעמים אחדות בשבוע היה בא רק לטפל בבקשות קלות, עד שחדל בכלל לבוא לבית המשפט. מחלתו נמשכה הרבה זמן, והיה ברור כי לא יוכל לשוב לכהונתו" (אולשן, עמ' 247). שר המשפטים רוזן נאלץ להתמודד עם מצב מביך זה. הוא הציע להוסיף לחוק השופטים שני סעיפים שעוסקים במ"מ נשיא בית המשפט העליון, שנכללו אך ורק בגלל בעיית זמורה, כדי לאפשר לאולשן לנהל את מערכת המשפט בפועל. למרות מצבו החמור התעקש זמורה שלא לפרוש מתפקידו. הממשלה החליטה להעניק לו פנסיה, אף על פי שכהן בתפקידו שנים מעטות. בעקבות ההחלטה התפטר זמורה מתפקידו, "לרווחת כולם".²⁰ בשלהי יולי 1954 המליצה ועדת המינויים לשופטים למנות את אולשן לתפקיד נשיא בית המשפט העליון במקום משה זמורה, "שהתפטר מתפקידו מטעמי בריאות, ואת ש"ז חשין למ"מ קבוע לנשיא".²¹ היה ברור לכול כי הוא המועמד היחיד והטבעי לתפקיד

18 בשלהי פברואר 1952, כמה חודשים לאחר הרכבת הממשלה, פנה ח"כ זלמן ארן לראש הממשלה ואמר לו כי "דרוש שר משפטים שיתמסר לעניינים. מציע לכך [את] אולשן" [יומן בן-גוריון, 28 בפברואר 1952, ארכיון מורשת בן-גוריון], כלומר במקום יוסף. ראש הממשלה פנה לאולשן והציע לו את התפקיד, והוא סירב לקבלו כי "אינו רוצה לעזוב [את] בית הדין העליון". הבטיח "לתת לי תשובה סופית אחרי השבת" [יום ד', 19 במרס 1952]. ביוני 1952 שוב הציע בן-גוריון לאולשן את התפקיד ואף חשב לשוחח על זה עם הנשיא זמורה "להשפיע עליו שיסכים ויעזור לי אצל אולשן" (11 ביוני 1952). ראש הממשלה המשיך ללחוץ עליו. הוא שוחח עמו ואמר לו "שחובתו לשרת את המדינה שנתיים" (13 ביוני 1952). בד בבד עם לחציו על אולשן עלה שמו של חיים כהן, היועץ המשפטי לממשלה, כמועמד לתפקיד שר המשפטים. סיפור המועמדות צוין בעיתונים. במרס 1952 נכתב כי "השופט יצחק אולשן מוזכר כמועמד לכהונת שר המשפטים (משופט לשר, מעריב, 26 במרס 1952). ביוני 1952 נכתב כי "המועמד הרציני ביותר הוא מר חיים כהן [...] לאחר שהשופט העליון אולשן ועו"ד שפירא דחו את ההצעה" (חילופי הגברי בממשלה – ביום ב' הבא בכנסת. שם, 18 ביוני 1952; יעקב שמשון שפירא היה ח"כ מטעם מפא"י והיועץ המשפטי לממשלה הראשון). כהן כיהן כשר המשפטים נוסף על תפקידו כיועץ המשפטי לממשלה במשך כחצי שנה – מיוני ועד דצמבר 1952.

19 מנחם דונקלבלום נפטר ב-12 בדצמבר 1951 ושמחה אסף נפטר ב-18 באוקטובר 1953; חשין נולד ב-1903, שמונה שנים אחרי אולשן.

20 רות בונדי פליקס – פנחס רוזן זמנו 423 (1990).

21 "יצחק אולשן – נשיא ביה"ד העליון" חרות 28.7.1954.

הרם. שרת כתב שלא היה ספק כי "יצחק אולשן צריך לבוא במקומו [של זמורה]",²² ובאחד העיתונים צוין כי "בחירתו של השופט אולשן הייתה טבעית. בתרומתו להאדרת חוסן המשפט והצדק העמיד לעצמו זכות זו".²³ חילופי נשיא בית המשפט העליון נערכו בטקס צנוע, באופן מאולתר ובלי כללים מחייבים, שכן המערכת לא ידעה כיצד יש להתמודד עם הסיפור הקשה של זמורה. בכך נוסדה מסורת הסניוריטי, אף שמעולם לא התקיים דיון מפורש בשיטת מינויים זו.

דרכו של מאיר שמגר לבית המשפט העליון שיקפה את יציבות מוסדותיה של מדינת ישראל. מינויו לא היה ראשוני ולא מעשה חלוצי; הוא נתקבל מתוך הליך שגרתי ומסודר, על ידי הוועדה לבחירת שופטים ולא על ידי גופים פוליטיים, כפי שמונה אולשן. ואולם, גם כאן היה לשיטת הסניוריטי תפקיד. השר חיים צדוק הציע לשמגר להגיע לבית המשפט העליון אף על פי שרצה שיישאר במשרד המשפטים, כדי "שלמינוי שלו לעומת מינויים אחרים תהיה תקופת הכהונה הארוכה ביותר האפשרית, כך שיהיה נשיא בית-המשפט העליון".²⁴ הבגרות של מערכת המשפט כבר באה לידי ביטוי בהתעלמות המופגנת של שר המשפטים שלפניו, יעקב שמשון שפירא, כאשר הציע את מאיר שמגר למשרת היועץ המשפטי לממשלה בקיץ 1968. העובדה שהיה חבר אצ"ל לא מילאה כל תפקיד במינוי. כשהעירו לשפירא על עברו של שמגר, הוא ענה במשפט קצר: "וכי מה זה איכפת לי".²⁵ גם לשמגר, כמו לאולשן, הוצע לשמש כשר משפטים, אם כי לפני עלייתו לכס השיפוט בבית המשפט העליון.²⁶ כמו אולשן, גם הוא דחה את ההצעה מתוך אותה שמירה קנאית על עצמאותו של מוסד השיפוט – כאן, של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה. חוק יסוד: הממשלה, שנחקק שנים אחדות לפני כן, קובע בסעיף 34 כי "שר הממונה על ביצועו של חוק ראוי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי". שמגר ראה את עצמו כמשרת ציבור מקצועי ולא התכוון לקפוץ למסלול הפוליטי.

22 משה שרת יומן אישי כרך ב 499, 19 במאי 1954 (1978).

23 המינוי לכס הצדק "מעריב 28.7.1954.

24 ראינות עם חיים צדוק, בתוך ליד ערש המשפט – ספר חיים צדוק 111–112 (רון חריס עורך, 2002).

25 יוסף חריף "אשכול הודיע על השינויים – הדיון נדחה" מעריב 17.6.1968.

26 על רקע התפטרותו של השר שפירא ביוני 1972. מי שציין את שמו היה שפירא עצמו, שהציע להפקיד משרד זה בידי היועץ המשפטי לממשלה, שלא היה דמות פוליטית, כדי ש"לא תנעל בפניו את הדלת כאשר ביום מן הימים יימלך בדעתו וישוב אל שולחן הממשלה" – אם התיק יגיע לידי איש פוליטי לא תהיה לו אפשרות לחזור; יחיאל גוטמן טלטלה בשב"כ – היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי ועד פרשת קו 300 330 (1995).

עצמאות שיפוטית: פסיקה וחקירה

מתוך מכלול הפסיקה העשיר של שני נשיאים אלה, ראוי להתעכב על שתי דוגמאות בולטות הממחישות את דבקותם בעצמאות בית המשפט מול גורמי השלטון. פסיקתו של אולשן בפרשת שייב ממחישה היטב את נכונותו להתעמת באופן ישיר עם בן-גוריון.²⁷ ד"ר ישראל שייב (אלדד), שהיה אחד ממפקדי לח"י (יחד עם נתן ילין-מור ויצחק שמיר) ודמות מרכזית בימין הרדיקלי, ניסה למצוא עבודה כמורה בבית ספר תיכון שהסכים להעסיקו, אבל שר הביטחון בן-גוריון התנגד לכך באופן אישי. שייב עתר לבית המשפט העליון, ועתירתו התקבלה. נקבע כי ההתערבות השלטונית היא בלתי-חוקית, ואולשן, שעמד בראש ההרכב של בית המשפט, כתב כי אילו נדחתה בקשת העותר, "היינו מסייעים לכך שעקרון 'שלטון החוק' השולט במדינה ייעשה פלסטר". הוא קבע כי "זכויותיו של הפרט אינן נתונות להגבלה או לשליטה, על ידי פקיד או שר, רק מפני שהם חושבים – ואפילו בצדק – שיש בזה משום תועלת למדינה [...] אחרת כל עקרון 'שלטון החוק', אחת הערובות לשלטון הדמוקרטי במדינה, ייהפך למליצה ריקה".²⁸ מכאן שחוקי המדינה לא הסמיכו את משרד החינוך, או כל משרד ממשלתי אחר, "להתערב ולהטיל מגבלות על העסקתו של אדם כמורה, אם הינו כשיר לעבודה זו מבחינת הכשרתו המקצועית". התנגדות שר הביטחון פגעה במטה לחמו של העותר ואף בזכויות היסוד שלו – בזכותו לחופש עיסוק. בית המשפט הורה למשרד החינוך לבטל את התנגדותו להעסקה של ד"ר ישראל שייב.

קשה להגזים בחשיבות בג"ץ שייב, שניתן בפברואר 1951, שהובלטה בעיתונות.²⁹ דניאל פרידמן כתב כי יש להבין את משמעות העתירה "על רקע אותם ימים, שבהם בן-גוריון היה בשיא כוחו". באופן טכני היא הוגשה גם נגד משרד החינוך, "אך בפועל נדחתה עמדתו-דרישתו של בן-גוריון, ונשללה האפשרות שישלוט במינוי מורים ומחנכים". פרידמן מדגיש כי מבחינת הציבור "הייתה זו הוכחה לעצמאות בתי המשפט, ולכך שהאזרח יכול לזכות בסעד גם שלטון שנראה כול-יכול".³⁰

הנשיא שמגר הבליט בזיכרונותיו פן אחר של עצמאות משפטית. בפרשת רסלר נ' שר הבטחון³¹ הוא עמד בראש הרכב שפתח את שערי בית המשפט בפני העותרים, אף

27 בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה' 399, 411–415 (1951). ראו גם דפנה ברק-ארז "בלי פוליטיקה בבית-הספר" בית המשפט – חמישים שנות שיפוט 34 (דוד חשין ואח' עורכים, 1999).

28 פרשת שייב, לעיל ה"ש 27, בעמ' 411.

29 "בית-הדין העליון קובע: פיסול הד"ר שייב כמורה נעשה ללא סמכות חוקית" על המשמר 9.2.1951.

30 דניאל פרידמן לפני המהפכה – משפט ופוליטיקה בעידן התמימות 491 (2015).

31 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).

שהעתירה הציבורית טרם הוכרה במשפט הארץ באותה עת. לגופו של עניין, היה חידוש מהותי בכך שנתקבלה עתירת עותר שאין לו אינטרס אישי ומטרתו היא להגן על אינטרס ציבורי-כללי, שאינו קשור לענייניו הפרטיים. לא היה לבית המשפט ספק כי לעותר יש זכות עמידה, שכן אי-גיוסם של בני ישיבות אכן השפיע על פרקי הזמן הרבים והארוכים שבהם נאלץ לשרת (שמגר, עמ' 195). בג"ץ זה היה "לאבן דרך במהפכה השיפוטית"³². שמגר עצמו כותב על תודעתו המהפכנית בפרשה זו: "אולי באמת מדובר בעניין דורי: הייתי קצר רוח, ולא הייתי מוכן לחכות לתהליכים איטיים, שיארכו שנים רבות" (שם, עמ' 205).

שני נשיאים אלה גם עמדו בראש ועדות חקירה – אולשן כחלוץ בתחום, שמגר כנשיא שישב במספר הגדול ביותר של ועדות חקירה. גם בצמתים אלה ניכרת דאגתם לעצמאות המערכת השיפוטית.

בינואר 1955 החליט ראש הממשלה שרת להקים ועדת חקירה "לברור מידת האחריות הרובצת על שלטונותינו למאסר קבוצת יהודים אשר משפטם מתנהל עכשיו בבית הדין הצבאי"³³. חבריה היו שניים: אולשן ויעקב דורי, הרמטכ"ל הראשון. הליך מסודר לא היה: עצם הקמתה של ועדת החקירה נגזר מתוך אילוצים פוליטיים, והפנייה של ראש הממשלה לנשיא בית המשפט העליון נעשתה על בסיס הקשרים האישיים ששררו בין השניים. אולשן כתב כי במחצית דצמבר 1954 ביקש ממנו שרת להגיע לדירתו לשיחה דחופה וסיפר לו, "תוך אנחה עמוקה", על מחלוקת מרה בין שר הביטחון פנחס לבון לראש אמ"ן אל"מ בנימין גיבלי בשאלה מי נתן את ההוראה שגרמה לכישלון הביטחוני החמור במצרים באותה עת. שרת ביקש ממנו להשתתף בוועדת החקירה והדגיש שחבריה צריכים לדווח על תוצאות החקירה "במישרין רק לו, שכן את החקירה יזם הוא באורח אישי בלא החלטת הממשלה ובלא ידיעתה".

תגובתו המידית של אולשן הייתה "שלילית בהחלט". אולשן הסביר לשרת "כי מחמת מעמדי כנשיא בית המשפט העליון, אין להעלות על הדעת שאטפל בכך", אבל שרת הפציר בו ו"תיאר לפני את החשש להתפוררות בצמרת צה"ל ואת האווירה שנוצרה לרגל אותה מחלוקת". לאחר שהקשיב לדבריו הגיע אולשן למסקנה "שהנסיבות הן כאלה, שאסור לי להתעלם מבקשת ראש הממשלה", והיה ברור לו "שהחקירה צריכה להיות להיעשות תוך זמן קצר ביותר, בתוך סודיות מוחלטת" (אולשן, עמ' 264).³⁴ אין לי כוונה להתייחס לכל הפרטים הסבוכים של עבודת הוועדה, אלא להתמקד באופייה המיוחד, שאולשן עצמו

32 מיכל שקד משה לנדוי, שופט – ביוגרפיה 487 (2012).

33 כתב המינוי של הוועדה, שרת, לעיל ה"ש 22, 2 בינואר 1955, כרך ג, בעמ' 620. מדובר בחברי חוליית מודיעין שהניחו פצצות בקהיר ובאלכסנדריה, נתפסו והועמדו לדין בפני בית משפט צבאי בקהיר. סיפור זה ידוע כ"עסק הביש".

34 יש לציין ששרת לא כתב על שיחה זאת ביומנו.

הדגיש אותו וציין שתי נקודות שמאפיינות אותה: הראשונה היא שהוועדה לא הוקמה "מכוח חוק מסוים"³⁵ ועבודתה הייתה "יותר משום מעשה בלשות". חבריה היו חייבים לחפש תיעוד רלוונטי כדי להגיע למסקנה אם היה "מעשה הפקרות מצד קצין בכיר"³⁶ שפעל על דעת עצמו או שמא מדובר "בהתכחשות מצד שר הביטחון להוראה".

השנייה היא שתפקידה היה מוגבל: להכריע בין שתי הגרסאות של גיבורי הפרשה – דבר שלא עלה בדיהם של חברי הוועדה. "לאמיתו של דבר מילאנו את תפקידו של ראש הממשלה במאמץ להיוודע מה אכן אירע. עלינו היה רק לדווח לראש הממשלה באופן בלתי רשמי ומתוך סודיות גמורה על מה שקרה, כדי שיוכל להחליט על עמדתו במצב שנוצר". אולשן הדגיש כי "רצוננו העז היה לברר את האמת בכל הדרכים בהשתמש בשכל הישר ובהגיון, ללא זיקה לכללים כלשהם. מעולם לא ראינו את עבודתנו כחקירה משפטית" (אולשן, עמ' 266). המסקנות לא היוו פסק דין ולא היו "החלטה מוסמכת כעין שיפוטית, פרט לחוות דעת לצרכיו של שרת" (אולשן, עמ' 273). על אף היעדר כללים שלטוניים ומשפטיים מגובשים של מדינה שהייתה בצעדיה הראשוניים, ניכר מאמצו של אולשן לשוות להליך אופי של הגינות שיפוטית, גם בלא הליך שיפוטית מסודר.

שמגר עמד בראש כמה ועדות חקירה, בנושאים אשר הסעירו את החברה הישראלית. גם בהן ניכרת עצמאותו – מול גורמי כוח בחברה הישראלית ומול אלה אשר ציפו שהרקע האידאולוגי-רביזיוניסטי שלו יטה את חריצת הדין. הראשונה הייתה ועדת חקירה ממלכתית, שהוקמה ב-1994 ועסקה בטבח שביצע ד"ר ברוך גולדשטיין, רופא מקריית ארבע. "המעשה זעזע את אמות הסיפים בישראל וגרר תגובות קשות בעולם כולו" (שמגר, עמ' 157). ראש הממשלה רבין פנה אליו בבקשה להקים ועדה ממלכתית, ושמגר החליט לעמוד בראשה כי ראה "חשיבות עליונה לצורך לברר מה אירע ומדוע, וכיצד אפשר למנוע הישנות של מעשה נורא כזה בעתיד". תפקיד הוועדה היה מוגבל ומצומצם: "תחקור ותקבע ממצאים ומסקנות באשר לעובדות ולנסיבות הקשורות לטבח האמור". בוועדה היו חמישה חברים, אחד מהם פרופ' מנחם יערי, נשיא האוניברסיטה הפתוחה, שהיה מראשי "שלום עכשיו". המינוי עורר ביקורת, במיוחד בקרב חוגי הימין, אך שמגר הדף אותה וטען כי טוב "שלחברי הוועדה יש 'כרטיס ביקור' מובהק, שעל פיו הם בוחנים עניינים". לאחר שלושה חודשים הציגה ועדת שמגר המלצות מפורטות שמטרתן למנוע חיכוך בין יהודים למוסלמים בחברון ובמיוחד במערת המכפלה. המלצה מיוחדת דנה באכיפת החוק בשטחים על ידי ישראלים. היועץ המשפטי לממשלה פרסם הנחיות מחייבות, אולם "קשה לומר שאכיפת החוק בשטחים משביעת רצון" (שמגר, עמ' 235–237).

35 חוק ועדות חקירה חוקק שנים רבות מאוחר יותר, ב-1968.

36 הכינוי "הקצין הבכיר" היה כינויו של אל"מ בנימין גיבלי בימי "פרשת לבון".

גם הוועדה הממלכתית השנייה ששמגר עמד בראשה עסקה בנושא טראומטי: רצח ראש הממשלה יצחק רבין. תפקיד הוועדה היה לחקור סוגיה טכנית ולא מהותית – "כל הקשור להיערכות הביטחונית והמודיעינית ובכל הקשור לאבטחת אישים בכלל, ובעצרת בה אירע הרצח בפרט". הממשלה והעומד בראשה, שמעון פרס, העדיפו להתעלם מההסתה ומהרקע האידאולוגי, הפוליטי והדתי שהביא לרצח ראש מדינה. נקודה זאת גרמה לסערה ציבורית – נטען כי היא נמנעה לדון באווירה שהובילה את הרצח ובייחוד "בחלקם של רבנים שהסיתו ואף הוציאו 'דין רודף' נגד ראש הממשלה". תשובת הוועדה הייתה פורמלית. היא "לא נתבקשה לתת את דעתה לנסיבות שהולידו את הרצח". תפקידה איננו לשאול "כיצד הגענו לרצח של ראש ממשלה בישראל ע"י מתנקש קיצוני" (שמגר, עמ' 229–231). כך באו אפוא לידי ביטוי עצמאות ועדת החקירה, אך גם את גבולותיה.³⁷

עצמאות ורגישות: משפטי השואה

שני הנשיאים, אולשן ושמגר, היו מעורבים במשפטי שואה. עצמאותם במשפטים אלה באה לידי ביטוי באופן מורכב יותר, משום שדרשה עמידה איתנה אל מול הרגישות הציבורית של דור השואה והתקומה. אם פרשת קסטנר-גריןואלד,³⁸ שבה עסק אולשן, הייתה נגועה גם בשאלות פוליטיות, הרי שבמשפט אייכמן נחשפו עצביה הרגישים של החברה הישראלית בטהרתם.³⁹ כעבור דור נאלץ הנשיא שמגר לשוב ולדון במשפט של רוצח אכזרי, ולקבל החלטה אמיצה על זיכוי, כנגד סנטימנטים רווחים בחברה הישראלית.

המשפט הראשון מבין השניים היה משפט דיבה שנערך בשנות החמישים של המאה הקודמת. הוא התקיים בבית המשפט המחוזי בירושלים וישב בו שופט יחיד – בנימין הלוי, נשיא בית המשפט המחוזי. אולשן מתח ביקורת חריפה על התנהלות המשפט ועל הלוי עצמו. המשפט הפך בעיניו לזירה פוליטית: "כבר בשלביו הראשונים הפך לעניין של מאבק בין המפלגות". קסטנר "היה חבר מפא"י, או קרוב אליה",⁴⁰ ומפלגה זאת הייתה "בין

37 ראוי לציין גם את הוועדה הצבאית ששמגר עמד בראשה, שעסקה בשאלה אם שפכים רעילים בנחל הקישון, הם שגרמו למחלות סרטן לאנשי שייטת 13 מחיל הים, שהתאמנו שם. ריבוי ועדות החקירה החשובות אשר הנשיא שמגר עמד בראשן מעיד על המהימנות והמקצועיות שייחסו לו.

38 ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוואלד, פ"ד יב 2017 (1958).

39 שלמה גינוסר "שעה עם השופט י. אולשן" דבר 19.2.1965. הראיון נערך לקראת פרישתו מתפקידו.

40 קסטנר היה אכן חבר מפא"י – היה מועמד מטעמה לכנסת הראשונה ולכנסת השנייה. אולשן לא ציין כי הוא היה עד תביעה במשפט ולא היה התובע. פרקליטות המדינה הייתה התובעת.

המפלגות שצידדו בעד ד"ר קסטנר". לעומת זאת, מפלגות האופוזיציה, בעיקר תנועת החרות, תמכו בנאשם במשפט, מלכיאל גרינוואלד. אולשן קבע כי לנוכח מצב זה הלוי היה "חייב לגלות תקיפות ולא לתת שההליכים בבית המשפט ינוצלו לשם יצירת זירה להיאבקות מפלגתית-פוליטית". אבל הוא "התיר את הרסן, וחקירות עדי התביעה ובתוכם ד"ר קסטנר נתמשכו במידה מוגזמת ביותר ולא כל ריסון. חלק גדול מן העדויות של הסניגוריה כלל לא נגעו לעניין, והובאו רק כדי להתנצח עם מפלגת השלטון".

אולשן טען טענה לא קלה: "המשפט הפך למשפט ראווה [...] בעצם נערכו שני משפטים מקבילים" – האחד בבית המשפט והאחר על דפי העיתונות. פסק הדין "גרם לשערורייה בחיים הציבוריים, בייחוד הקביעה בפסק הדין שקסטנר 'מכר את נפשו לשטן'". הוויכוח המר שהתחולל בעקבותיו הביא למשבר ממשלתי "שגרם אחריו את פיזור הכנסת ועריכת בחירות חדשות" (אולשן, עמ' 307).⁴¹

היועץ המשפטי לממשלה, חיים כהן, החליט לערער על פסק הדין של הלוי לבית המשפט העליון. מטרת אולשן הייתה למנוע את הפיכת הדיון על הערעור ל"משפט ראווה", כמו שאירע בערכאה הראשונה. בקשר לכך סיפר כי עוד לפני שנקבע תאריך לשמיעת הערעור "פנה אלי עורך הדין תמיר⁴² וביקש לקבוע לפחות חודש לשמיעת הערעור". אולשן דחה את בקשתו בתוקף והסביר את שיקולו: "גמרתי אומר לשמור על כך שהטענות בערעור תשמענה במסגרת המשפטית ולא לתת להפוך גם את הערעור למשפט ראווה". אולשן קבע שבוועיים לשמיעת הערעור, ו"הוא נמשך שבועה עשר יום". בערעור ישבו חמישה מבכירי שופטיו של בית המשפט העליון, בראשות הנשיא אולשן. כל אחד מהם כתב פסק דין נפרד, אך אולשן בחר להתמקד בדרך שהלוי ניהל את המשפט ובספרו הביא את דברי הביקורת הקשים שכתב בפסק דינו. העובדה שבספרו התייחס אולשן פעמיים לביקורתו מעידה על כך שראה באופן חמור את האופן שבו ניהל הלוי את המשפט:

הנני מצטער שעלי גם לציין, כי מכמה בחינות התנהל המשפט שלא בהתאם לכללי הפרוצדורה המקובלת. התרת עדויות בלתי רלבאנטיות, כמו בעניין הגירסה על תפקידו של בכר בעיסקות מסחריות המבוצעות בהווה על ידי

41 דבר זה אינו נכון לחלוטין. הפולמוס גרם לנפילת הממשלה החמישית ולהקמת ממשלה חדשה מיד, אך לא לפיזור הכנסת. הבחירות לכנסת השלישית, שנערכו ביולי 1955, התקיימו כי עברו ארבע שנים מבחירות לכנסת השנייה, שנערכו ביולי 1951.

42 שמואל תמיר (1923–1987) היה הסנגור של גרינוואלד במשפט. הוא היה דמות בולטת במחנה הימין וכיהן כשר המשפטים בממשלת בגין הראשונה (1977–1980). באוטוביוגרפיה שכתב תמיר הוא ציין כי הכיר את אולשן היטב כי התמחה אצלו (שמואל תמיר בן הארץ הזאת – אוטוביוגרפיה כרך ב 920 (2002)). אולשן עצמו לא התייחס לזה בספרו.

ישראל בגרמניה,⁴³ בפרשת מאסרו של בראנד על ידי הבריטים⁴⁴ וכדומה, עניינים שהשם קסטנר אף פעם לא נזכר בהם, כי לקסטנר לא היה כל תפקיד בהם. עניינים שהועלו במשפט על ידי הצד שהעלה אותם⁴⁵ לשם כל מיני מטרות, אבל שום פנים לא למטרת הוכחת האמת שבדיבה ושהרי אין לענייניו אלה ולדיבה של קסטנר ולא כלום.

אולשן הדגיש כי "התרת חקירות ממושכות לאין קץ בנוגע לדברים של מה בכך, דבר שגורם להמשכה מוגזמת של המשפט" (אולשן, עמ' 308).

המשפט השני נערך בראשית שנות השישים. בניגוד לדברים שכתב על פסק דינו של הלוי, אולשן שיבח והלל את פסק הדין שנכתב על ידי ההרכב בערכאה הראשונה, בראשות שופט בית המשפט העליון משה לנדוי, שהוא עצמו בחר בו. לדבריו, פסק הדין "הצטיין בבהירותו וברמתו הגבוהה מכל הבחינות. הוא היה רחב ממדים, כלל פירוט כל הרקע העובדתי של השואה וגם טיפל בכל הבעיות המשפטיות, הן מבחינת כללי המשפט הרגילים והן מבחינת החוק הבין לאומי".⁴⁶

כמו במשפט קסטנר, גם בדיון על ערעורו של אייכמן ישב אולשן בראש ההרכב בערכאה השנייה. כמו במשפט הקודם, הוא הרכיב הרכב בן חמישה שופטים, מבכירי בית המשפט העליון. בניגוד לפסק הדין בערעור במשפט הקודם, שביטל את פסק הדין של הערכאה הראשונה, הרכב זה דחה את ערעורו של אייכמן ואישר את פסק הדין של הערכאה הראשונה, על יסוד הקביעה החדשנית שסמכותה של מדינת ישראל לשפוט את אייכמן נשענת על "סמכות אוניברסלית": האנושות חייבת להעמיד לדין פושעים שפשעו נגד האנושות: "מאחר שהאנושיות מגובשת עכשיו באומות המאוחדות, הרי כל מדינה המתקבלת בחברה באו"ם נהנית מכל הזכויות וגם מקבלת עליה את כל החובות בתור חברה במשפחת העמים". ברגע שישראל התקבלה לאו"ם, היא "נטלה את הסמכות האוניברסאלית

43 קורט בכר היה ראש המחלקה הכלכלית בס"ס. ב-1944 שירת בהונגריה והיה מעורב בצד הפיננסי של עסקת "סחורה תמורת דם" והיה בקשר עם קסטנר. לאחר המלחמה מסר קסטנר עדות בכתב שבה תיאר את פעילות בכר באור חיובי, והיא עזרה לו להשתחרר ממעצרו.

44 יואל בראנד, שהיה חבר ועדת העזרה וההצלה שקסטנר ניהל אותה למעשה, נשלח ע"י אייכמן לקושטא (איסטנבול) כדי לעסוק בקידום העסקה הידועה "סחורה תמורת דם". הוא נסע לארץ ישראל, נאסר על ידי הבריטים בגבול תורכיה-סוריה ונשלח למצרים. חלק ניכר מהמשפט עסק בפרשה זאת, אף על פי שהיא אינה קשורה כלל לכתב האישום במשפט.

45 כלומר על ידי הסנגור שמואל תמיר.

46 אולשן, עמ' 321. יש לציין כי השופט הלוי ישב בהרכב, אך לא עמד בראשו.

לשפוט פושעים כאלה".⁴⁷ דחייה זאת הייתה חלק מתהליך ריטואלי שהיה ידוע מראש – לא היה ספק לאיש ששופטי הערעור יאשרו את פסק הדין של הערכאה הראשונה. גם מאיר שמגר היה מעורב במשפט שואה – משפטו של איוון דמיאניוק, אוקראיני ששימש כשומר (ואכמן) בשני מחנות השמדה, סוביבור וטרבלינקה. בתום המלחמה ביקש אזרחות אמריקנית "בנימוק שהוא בן מיעוט נרדף" (שמגר, עמ' 173) ובקשתו התקבלה. הוא התגורר בקליבלנד באוהיו וניהל חיים מסודרים, הקים משפחה ועבד כפועל בחברת המכונות "פורד", עד שעיתונאי אוקראיני פרסם רשימה של 75 אזרחי ארצות הברית ילידי אוקראינה ששיתפו פעולה עם הנאצים בימי המלחמה. אזרחים אלה, ודמיאניוק ביניהם, הסתירו מידע זה מרשויות ההגירה וקיבלו אזרחות אמריקאית במרמה. צילומיו הגיעו לישראל, וניצולי טרבלינקה זיהו אותו כ"איוון האיום" שהתעלל בהם. פרקליטות המדינה ביקשה משלטונות ארצות הברית להסגירו, הבקשה נענתה ודמיאניוק הובא לישראל. הוא הועמד לדין בבית המשפט המחוזי בירושלים, בהרכב מיוחד.⁴⁸ שמגר הדגיש כי "סיפורו של דמיאניוק עורר עניין רב בציבור" – עלתה תחושה שמדובר במשפט מכונן – כמו משפט אייכמן. נכתב על זה ש"התביעה עצמה, וכמוה הציבור הרחב, ראו במשפט דמיאניוק כסוג מסוים של 'משפט המשך' למשפט אייכמן".⁴⁹ בנאום הפתיחה התובע, פרקליט המדינה יונה בלטמן, ערך השוואה בין שני הנאשמים – אייכמן היה "בירוקרט, שתכנן את פעולות ההשמדה" ואילו דמיאניוק "השתתף בהוצאה לפועל. הוא האיש ששלח את קורבנות אייכמן להשמדה".⁵⁰ הציבור התעניין במשפט זה כמו שהתעניין בקודם: "האולם היה מלא. הדיונים הועברו בשידורים ישירים ברדיו ובטלוויזיה. בכל מקום אנשים עקבו אחרי השידורים. במשך ימים ושבועות הייתה הארץ מרותקת למשפט".⁵¹

במהלכו הפך המשפט מ"משפט היסטורי" למשפט טכני – שמגר ציין כי הסנגורים במשפט "טענו כי אינם חולקים על מעשיו המחרידים של איוון האיום, אלא שנפלה טעות בזיהוי, ואיוון האיום אינו ג'ון דמיאניוק". בית המשפט דחה את טענת ההגנה – ב-18 באפריל 1988 הוא הרשיע את הנאשם וגזר את דינו למוות. הנשיא שמגר, שהבין שמדובר בנושא טעון ורגיש, הרכיב לצורך הערעור הרכב בן חמישה שופטים, מבכירי שופטיו של בית המשפט העליון, כמו בהרכבי הערעור במשפטי קסטנר ואייכמן, והוא עצמו ישב בראש

47 אולשן, עמ' 323.

48 ת"פ (מחוזי י-ם) 373/8 מדינת ישראל נ' דמיאניוק, פסקים התשמ"ח(ג) 1 (1988).

49 מירב שגיא משפט דמיאניוק והחברה הישראלית – בין קתרויס לקרב על הזיכרון 37 (עבודת גמר לתואר שני, אוניברסיטת בר אילן 2015). הייתי מדריכה של גב' שגיא בכתיבת העבודה.

50 צדוק יחזקאלי "איך אפשר לתפוס שתוך שעתיים נעלמו 6.000 איש?" ידיעות אחרונות 17.2.1987.

51 תום שגב המיליון השביעי – הישראלים והשואה 387 (1991).

ההרכב. ואולם, נפילת מסך הברזל טמנה בחובה משמעות עמוקה לשאלת הזיהוי במשפט זה.

בספטמבר 1990 נסע עו"ד יורם שפטל, שהיה אחד מסנגורי הנאשם, לברית המועצות והגיע לתיקי השומרים והאסירים שהיו בטרבלינקה. הם העידו כי שמו של "איוון האיום" לא היה דמיאניוק אלא מרצ'נקו. שמגר כתב על זה כי "למרות הבטן המתהפכת, למרות התחושה הברורה כי האיש שלפנינו הוא פושע מלחמה שעלול לצאת לחופשי, לא נותר לנו אלא לפסוק, כי יש ספק סביר באשר לזהותו ועלינו לזכותו" (שמגר, עמ' 174). ואכן, ב-29 ביולי 1993, יותר משש שנים לאחר פתיחת המשפט, זיכו חמשת השופטים את הנאשם מחמת הספק והוצא צו לגירושו חזרה לארצות הברית. המשפט הציבורי הגדול הוכרע בסופו של דבר במעין "משפט זוטא". בפסק הדין נכתבה פסקה ששמגר בחר אותו כשם לספרו: "תם – ולא נשלם. השלמות איננה נחלתו של שופט בשר ודם".⁵²

פסק הדין התקבל בציבור הישראלי בסערת רגשות ובתחושות קשות. הוא לא הסתיר את אכזבתו לנוכח "שחרורו של אדם אשר אף אם אינו 'איוון האיום' עצמו, הרי שהתברר כי שימש כשומר אס. אס. במחנה סוביבור והיה שותף לפשעים שנעשו במחנה השמדה זה כנגד היהודים". מיד לאחר פרסומו של פסק הדין הוגשו עתירות למניעת שחרורו של דמיאניוק, הן נדחו ו"חזרתו של דמיאניוק הייתה אפוא לעובדה מוגמרת".⁵³ הוא חזר לארצות הברית ואף החזירו לו את אזרחותו.

יחסו של שמגר לפסק הדין בערעור הוא מורכב. מצד אחד, היכולת של המערכת המשפטית הישראלית לזכות פושע מלחמה נאצי מעידה על בגרות ועל אמינות; מצד אחר, פסק דין זה אינו מניח לו. שמגר כתב כי "זה היה המשפט הקשה ביותר להחלטה ולהכרעה, והמשפט הקשה ביותר שחוויתי בימי חיי. הספק לא נמוג, והוא ירדוף אותי עד יומי האחרון".⁵⁴ בניגוד לאולשן, שהקדיש בספרו שני פרקים מלאים שעוסקים במשפטי השואה, שמגר כתב מעט מאוד על משפט זה – חמישה עמודים בלבד,⁵⁵ אבל בהם חרג מאיפוקו האופייני וחשף פן שניתן לראותו כחיבוטי נפש. במשפטים אלה נחשפה עצמאותם השיפוטית העמוקה של שני הנשיאים האלה. אולשן, בערעור במשפט קסטנר, התמודד עם מצב מקומם באשר לתפיסת סדרי הדין הראויים כפי שתפס אותם, ורק במשפט אייכמן אישר

52 שמגר, עמ' 174.

53 שגיא, לעיל ה"ש 49, בעמ' 49, 52.

54 שמגר, עמ' 176 (ההדגשה שלי, י"ו). עורכת הספר כרמית גיא כתבה בסיכום ספרו כי פסק הדין שכתב ושזיכה את דמיאניוק "מוסיף להציק לו גם שנים רבות לאחר שכתב אותו" ("אחרית דבר, שהיא ראשיתו"; שם, עמ' 286).

55 שמגר, עמ' 172–176, תת-פרק: משפט דמיאניוק: תם ולא נשלם. אולשן הקדיש לשני המשפטים יותר מ-20 עמודים.

את פסק הדין של המחוזי – כאשר תוכן וסדרים התלכדו יחד. שמגר, לעומת זאת, נאלץ להתמודד עם עמידה מול הקרבנות, עם עצמאות של הצדק הפרוצדורלי של משפט ועצמאותה של מערכת זו, מול תחושת הצדק שלו ושל העם בישראל כולו.

תודעת העצמאות

עצמאותם המיוחדת של שני נשיאים מרכזיים של בית המשפט ניכרת בזווית הראייה הסובייקטיבית שלהם כפי שהתבטאה בזיכרונותיהם. ניכרים מאמציהם לשמור על עצמאותה של מערכת השיפוט בישראל הן מפני מתקפות פוליטיות חזיתיות והן בשאלות עדינות יותר, של נאמנות ושל תחושת צדק. אתגרים שניצבו בפני שני נשיאים אלה מלמדים הרבה מאוד על החברה הישראלית כולה – על מעורבותה הפוליטית ועל ניסיונות של מעורבות יתר שלטונית בראשית דרכה, ועל בגרותה הממוסדת מאוחר יותר. כל דור של משפטנים מתמודד עם מציאות חברתית כפי שזו מתפתחת. ואולם, קברניטי בית המשפט השכילו לנווט את הספינה באומץ, תוך הקפדה יתרה על עצמאות – במישור המערכתי, בפן האישי ואל מול רחשי הציבור. מאלפים הם הביטויים השונים שנתנו לכך שני נשיאים אלה ביום פרישתם – המעידים, אולי, על חילופי הדורות שביניהם, אם לא על האופי האישי השונה. עבור אולשן הייתה הפרישה מהנשיאות צעד קשה ומכאיב. הוא כתב על כך בגילוי לב:

הפרידה מן הכהונה הייתה קשה עלי מאוד, שכן במשך כל תקופת כהונתי בבית המשפט העליון הייתי נתון כל כולי לתפקיד, וזה גם בהרבה לצמצום התעניינותי הפעילה בשטחים אחרים של חיי המדינה. הרגשתי הראשונה הייתה שהוקפצתי לתוך איזו ריקנות, שקשה לתרצה או להסבירה מבחינה ראציונאלית (אולשן, עמ' 369).

החלוציות שבהקמת בית משפט עליון ראשון למדינה, יחד עם ההתמודדות עם סוגיות שלא נדונו במשך מאה דורות, הותירו חלל אישי. שמגר נכנס לבית משפט עליון שהיה כבר ממוסד, עם נהלי מעבר מסודרים. פסיקותיו פתחו חלונות אל עבר עתיד מסוג אחר. ואולי זו גם הגימה העולה מתחושות הפרידה שלו –

ככל שקרב יום הולדתי חשתי רגשות מעורבים, המלווים בדרך כלל פרידות. תחושת מיצוי ושביעות רצון מהישגיי, לצד צער הפרידה מהמקום שהיה בייתי במשך עשרים שנה. אחרי כמעט חמישה עשורים של פעילות – הגיע הזמן לעזוב.

תחושת הריקנות שהביע אולשן בשעת סיום תפקידו עומדת בניגוד חריף למלים היבשות והקצרות של שמגר: "הגיע הזמן לעזוב". אך הבדל זה משקף לא רק את השוני האישיותי שבין שני האנשים, ואת פועלם השונה כנשיאי בית המשפט העליון, אלא הוא מצביע על התיב, על הדרך הארוכה שהמערכת המשפטית צעדה בו – מהדור הראשון, דורו של יצחק אולשן, אל הדור השני, דורו של מאיר שמגר.