

משפט

הממלכתיות הרפובליקנית של שופטי בג"צ ושל בן-גוריון

חזרה לבג"צ 144/50 שייב נגד שר הביטחון

ניר קידר

בחודש נובמבר 1950 עתר ד"ר ישראל שייב (לימים אלדד) לבית-המשפט הגבוה לצדק.¹ שייב, שהיה בעברו הקרוב ממפקדי לח"י,² דרש בעתירתו שבית-המשפט יורה לשר הביטחון, דוד בן-גוריון, וכן למנהל אגף החינוך במשרד החינוך והתרבות ולמנהל בית-הספר הריאלי על שם מונטיפיורי בתל-אביב לבטל את התנגדותם להעסקתו כמורה בבית-הספר. שופטי בג"צ קיבלו את העתירה וקבעו שלא היתה למשיבים כל סמכות חוקית למנוע את העסקתו של שייב בדרך שהדבר נעשה.

פסק הדין בעניינו של שייב נחשב לאחד המפורסמים בתולדות בית-המשפט העליון.³ מבחינה משפטית, הלכת שייב נחשבת נדבך יסודי בהגנה על חופש העיסוק ועל חופש הביטוי ונקודת ציון חשובה בהטמעת עקרון שלטון החוק בקרב רשויות המנהל הציבורי.

- * אני מודה ליעקב פונקלשטיין ולגלעד שירמן על עזרתם במחקר ועל הערותיהם המועילות.
1. בג"צ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 80. פסק הדין ניתן בחודש פברואר 1951.
 2. על שייב-אלדד ראו: ישראל שייב (אלדד) מעשר ראשון: פרקי זכרונות ומוסר השכל, תל-אביב תשל"ו; עדה אמיכל ייבין, סמבטיון: ביוגרפיה של ד"ר ישראל אלדד, בית אל 1995.
 3. פסק הדין נכלל למשל באלבום המסכם ציוני דרך חשובים בחמישים שנות שפיטה ישראלית. ראו: דפנה ברק-ארו, 'בלי פוליטיקה בבית-הספר', בתוך: דוד חשין ואחרים (עורכים), בית המשפט: המישים שנות שפיטה בישראל, ירושלים 1999, עמ' 34-35. מאמרה של ברק-ארו פורסם שוב בבטאון המורים הד החינוך, 74 (8-7) (מרס-אפריל 2000), עמ' 30-31. פסק הדין אוזכר פעמים רבות בפסיקת בית-המשפט העליון ובתי-המשפט האחרים. ראו למשל: בג"צ 214/52 שוחט נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד ז 987, 992; בג"צ 76/55 שושנה כץ-שמואלי נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד ט 1839, 1843; בג"צ 125/57 אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד יא 1490, 1498; בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לו(3) 337; בג"צ 757/84 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מא(4) 337, 353; בג"צ 524/88 'פרי העמק' בע"מ נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529, 553; בג"צ 9486/96 איילון נ' ועדת הרישום על פי חוק הפסיכולוגים, פ"ד נב(1) 166, 183; בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 507; בג"צ 6971/98 פריצק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763, 790.

ואולם דומה שעיקר פרסומו של פסק הדין נובע מהאישים שהיו מעורבים בפרשה: ראש הממשלה הכריזמטי והמנהיג המכונן של מדינת ישראל דוד בן-גוריון, ולעומתו האידאולוג הרושף של הימין הקיצוני, אמן הרטוריקה שיצא זה עתה מן המחותרת, ישראל שייב (אלדד). מקומו המרכזי של פסק הדין בתודעה הקולקטיבית של המשפטנים בישראל נובע אפוא לא רק מן ההלכות המשפטיות שנפסקו בו אלא גם, ואולי בעיקר, מכך שבית-המשפט 'אפשר לאופוזיציונר מובהק, שנחשב לבעל דעות קיצוניות, לעבוד כמורה, וזאת בניגוד להוראתו של ראש הממשלה ושר הביטחון דוד בן-גוריון'.⁴ פסק הדין מועלה אפוא על נס משום שהוא מסמל את נצחון המשפט על 'הלא-משפט', כלומר את נצחונן של בית-המשפט במאבקן להשליט את עקרונות שלטון החוק על הרשויות הפוליטיות והביורוקרטיות.

מטרתו של מאמר זה להציע קריאה שונה של פרשת שייב. לטענתי, פסק הדין בעניין שייב אינו מלמד על מאבק מוסדי בין בית-המשפט לבין רשויות הפוליטיקה והמנהל, או על מאבק רעיוני בין 'המשפטי' לבין 'הלא-משפטי', אלא על דו-שיח דווקא בין שני מוסדות ממלכתיים-משפטיים מטבעם. ביסודה של טענתי זו עומדים שני טעמים הקשורים זה לזה: ראשית, הקריאה המעמידה את בית-המשפט כנציג 'המשפט' מזה ואת המנהל הציבורי כמייצג 'הלא-משפט' מזה מתעלמת מכך שתורת המדינה המודרנית רואה הן בבית-המשפט והן במנהל הממלכתי מוסדות משפטיים מטבעם, כלומר מוסדות המגלמים את אופיה הכללי-האוניברסלי של המדינה ואת התייחסותה האחידה, האימפרסונלית והשוויונית לכלל אזרחיה. שנית, הן בית-המשפט והן המנהל הציבורי פעלו במקרה של שייב מתוך תפיסה ממלכתית-רפובליקנית דומה, האופיינית לתהליכים של בניו מדינה ושל עיצוב חברה 'אזרחית';⁵ תפיסה שהדגישה את הצורך בגילוי אחריות אזרחית ואת החשיבות שבכיבוד החוק, הסדר והמרחב הציבורי. במאמר זה אראה שאותה תפיסה ממלכתית-רפובליקנית שעמדה ביסוד פסיקתם של שופטי בית-המשפט העליון בפרשת שייב עמדה גם בבסיס החלטתם של דוד בן-גוריון ושל משרד החינוך והתרבות בעניין העסקתו של שייב כמורה.

בפרשת שייב ביקש בית-המשפט להטמיע בקרב רשויות המנהל הציבורי ובקרב החברה בכלל את חשיבותם החברתית, האזרחית והמשפטית של רעיון שלטון החוק ושל קיומם של מוסדות ציבוריים ממלכתיים.⁶ באופן דומה, גם נסיונו של בן-גוריון למנוע את העסקתו של

4. ראו: דפנה ברק-ארוז, 'הוראת המשפט המנהלי: בין חוקתיות להפרטה', עיוני משפט, כה (תשס"ב), עמ' 503.

5. בבטיוי 'חברה אזרחית' אין כוונתי למכלול היחסים הכלכליים והתרבותיים הקיימים ב'חברה' בנפרד מן המדינה כמוסד (כפי שהדבר מופיע למשל בהגותם של הכלכלנים הבריטים בני המאה ה-18 או בזו של הגל), אלא לחברה שהיא 'אזרחית' במובן זה שהיא הגוף הנושא את מדינת החוק הממלכתית: החברה האזרחית מזינה את המדינה, ובה בשעה היא גם התכלית שאליה מכוונת המדינה הממלכתית.

6. לניתוח מעמיק של ההנמקה השיפוטית בפסק הדין בעניין שייב ושל הפן המחנך של הנמקה זו ראו: ניר קידר, 'על הפורמליזם המחנך של בית-המשפט העליון המוקדם: עיון מחודש בפסקי הדין בפרשות בורנו ושייב', מחקר משפט, כ (תשס"ד) (עתיד להתפרסם).

שייב כמורה בתיכון מן הטעם שהוא הטיף לשימוש בנשק נגד המדינה וצבאה נבע מתפיסת הממלכתיות הבן-גוריונית. בשם הממלכתיות נאבק בן-גוריון לא רק לכינונם של מוסדות מרכזיים למדינה שזה עתה קמה (צבא, מנהל, משפט, מערכת חינוך וכיו"ב), אלא גם להטמעת המודעות לחשיבות כיבוד החוק, הסדר והמרחב הציבורי ולהטמעת הצורך לגלות אחריות אזרחית. עיון מעמיק בפסק הדין בעניין שייב מלמד אכן שבית-המשפט, בן-גוריון ורשויות החינוך והביטחון פעלו הלכה למעשה ממניעים ממלכתיים-רפובליקניים דומים בבקשם לעצב חברה אזרחית פעילה ולהטמיע את ערכי השוויון, הדמוקרטיה ושלטון החוק. במאמר זה איני מערער על התוצאה האופרטיבית של פסק הדין, כלומר על קבלת העתירה. אף-על-פי שרשויות החינוך והביטחון פעלו לדעתי כשורה בבקשן למנוע את העסקתו של שייב כמורה, פסיקתו של בית-המשפט בפרשת שייב היתה נכונה. הפסיקה היתה נכונה מכיוון שהיה צורך לחנך את המנהל הציבורי שגם אם הוא פועל ממניעים ממלכתיים צודקים, פעולתו צריכה לעלות בקנה אחד גם עם העקרונות הפורמליים של שוויון ושל הגינות פרוצדורלית, הנובעים מעצם היותו של המנהל הציבורי גוף משפטי-ממלכתי.

למאמר ארבעה חלקים: בחלק הראשון מסופר סיפור פסק הדין, כלומר מתוארות העובדות והחלטת השופטים; החלק השני מלמד שלפי תורת המדינה המודרנית הן בית-המשפט והן המנהל הממלכתי הם מוסדות ממלכתיים המגלמים את אופיה הכללי-האוניברסלי של המדינה ואת התייחסותה האחדה, האימפרסונלית והשוויונית לכלל אזרחיה; החלק השלישי עוסק בקצרה בהנמקה השיפוטית של פסק הדין ומראה את מאמציהם של השופטים להדגיש את חשיבותם של רעיון שלטון החוק ושל קיומם של מוסדות ציבור ממלכתיים; בחלק הרביעי נדון סירובם של בן-גוריון ושל משרד החינוך והתרבות להעסיק את שייב כמורה בבית-ספר ממלכתי, ובייחוד נדונה התפיסה הממלכתית-הרפובליקנית שעמדה בבסיס התנגדותם.

א. פרשת שייב – סיפור המעשה

ד"ר ישראל שייב, כפי שמפרט באריכות השופט שניאור זלמן חשין בפסק הדין, נולד בשנת 1910 בגליציה. הוא סיים את בית-המדרש לרבנים בווינה ובד בבד קיבל תואר דוקטור בפילוסופיה מן האוניברסיטה של עיר זו. שייב היה חבר פעיל בתנועת בית"ר בפולין וכאשר עלה ארצה בשנת 1941 הצטרף לפלג של אברהם שטרן (יאיר) באצ"ל (וכינויו במחתרת ואחר-כך גם שם משפחתו היה אלדד). לאחר רצח שטרן בשנת 1942 היה שייב לחבר בשלישייה ('המרכז') שהנהיגה את ארגון לח"י עד הקמת המדינה (שני חברי 'המרכז' האחרים היו יצחק יזרניצקי [לימים שמיר] ונתן פרידמן-יילין [לימים ילין-מור]). הלח"י התפרק למעשה עם קום המדינה ורוב חבריו הצטרפו לצה"ל. בעקבות רצח שליח האו"ם הרוזן פולקה ברנדוט ועוזרו הקולונל אנדרה סארו ביולי 1948 הוצא הארגון אל מחוץ לחוק

והחבריו הנותרים (ובהם שייב) ירדו למחתרת.⁷ הממשלה חננה את אנשי לח"י לכבוד כינוסה של האספה המכוננת בפברואר 1949, אך הארגון המחתרתי שהתגלגל למפלגה פוליטית ('מפלגת הלוחמים') לא הצליח להפוך באמת לגוף לגאלי פעיל וסופו שהתפרק במהלך שנת 1949.⁸ שייב שנחשב למנהיג הרעיוני של לח"י - הוא ערך, בין השאר, את ירחון הארגון החזיתי - החל להוציא לאור, באביב 1949, כתב עת בשם סלם: למחשבת חרות ישראל וכינס סביבו חוג רעיוני שהתקיים עד ראשית שנות השישים. בד בבד ניסה שייב לשוב לעבודתו כמורה בתיכון, אלא שנסיונותיו להשתלב במערכת החינוך לא צלחו. על אף השכלתו הרחבה ונסיונו בהוראה בארץ ומחוצה לה, בתי-הספר שאליהם פנה סירבו להעסיקו. את העתירה לבג"צ הגיש שייב בעקבות סירובו של בית-הספר הריאלי על שם מונטיפיורי בתל-אביב לקבלו למשרת הוראה. במכתב הדחייה הודיע מנהל בית-הספר לשייב כי בהתאם להוראה בכתב מאגף החינוך במשרד החינוך והתרבות 'אסור' (כך במקור) לקבלו לעבוד כמורה. במכתבו של המפקח על בתי-הספר התיכונים, שצורף כנספח למכתב מנהל בית-הספר, נאמר כי משרד הביטחון הוא שהתנגד להעסקתו של שייב כמורה. שייב שלח מכתב אל שר החינוך ואל ראש הממשלה ושר הביטחון ובו תבע לדעת את הנימוקים לפסילתו. שר החינוך לא ענה, אך דוד בן-גוריון ענה לקונית כי 'משרד הביטחון התנגד להזמנתך כמורה מפני שאתה מטיף בספרך ובעתונך להשתמש בנשק נגד צבא-ההגנה לישראל וממשלת ישראל במקרים הנראים לך'.⁹ לפני שעתר לערכאות התייעץ שייב עם ידידו המשורר אורי צבי גרינברג וזה פנה אל בן-גוריון, שלא הסכים לחזור בו ואמר על שייב: 'דווקא משום שהוא מורה טוב הוא מכניס את הפוליטיקה שלו גם בשיעור דקדוק'.¹⁰ או עתר שייב לבית-המשפט הגבוה לצדק, עניינו נדון לפני השופטים יצחק אולשן, שניאור זלמן חשין ואלפרד ויתקון. מעניין שאת פסק הדין העיקרי בפרשה זו כתב השופט חשין, שהוא עצמו סבל שנתיים קודם לכן מ'מחול שדים' סביב דעותיו הפוליטיות, שכמעט טרפד את מינויו לבית-המשפט העליון. השופט חשין לא נכלל בין שבעת המועמדים להרכבו הראשון של בית-המשפט העליון (שהיו משה זמורה, נשיא, יצחק אולשן, מנחם דונקלבלום, שמחה אסף, שמעון אגרנט, דוד גויטין ואברהם ויגשל, עורך דינו של שייב בעתירה הנדונה במאמר זה). השמועה היתה שהשופט חשין לא נכלל ברשימת המועמדים המקורית - אף-על-פי שבין המועמדים

7. גם פקודת הטרור שמכוחה הוצא לח"י אל מחוץ לחוק הגיעה לדיון בבית-המשפט העליון. ראו: בג"צ 16/48 ברון נ' ראש הממשלה, פ"ד א' 109.
8. פירוק לח"י נבע מכשלון 'מפלגת הלוחמים' בבחירות לאספה המכוננת (קיבלה מנדט בודד) ומן המחלוקות הרעיוניות בין השמאל לימין בארגון שהובילו לפילוגה של המפלגה ולבסוף גם לפירוקה. על לח"י ראו: נתן ילין-מור, לוחמי חירות ישראל, ירושלים 1974; יוסף הלר, לח"י: אידיאולוגיה ופוליטיקה, 1940-1949, ירושלים 1989; פנחס גינור, בצאת לח"י מהמחתרת, רמת-גן 1985.
9. בנוסח המכתב המובא בפסק הדין נפלה שגיאת דפוס. מכתבו של בן-גוריון לשייב נשלח ביום כ"ה בחשוון תשי"א, 5 בנובמבר 1950, ולא כפי שנכתב בפסק הדין. ראו: ארכיון בן-גוריון [להלן: אב"ג], התכתבויות.
10. ראו: אמיתל ייבין, סמבטיון, עמ' 178.

הוא היחיד שהיה שופט בבית-המשפט המחוזי בתקופת המנדט – בשל קשריו כביכול עם האצ"ל.¹¹ לעומת שמועה זו, שהכעיסה מאוד את השופט חשין, טען בישיבת הממשלה הזמנית שר המשפטים פליכס רוזנבליט (לימים רוזן) כי חשין לא נכלל ברשימת המועמדים המקורית בשל מזגו השיפוטי: 'ישנה [בקרוב עורכי הדין, נ"ק] התנגדות חריפה למועמדתו של השופט חשין. הוא שופט מצוי, אלא שיש בינו ובין עורכי הדין יחסים לא טובים ביותר. קרו כמה מקרים, שנהג שלא כראוי עם כמה עורכי דין'.¹² השופט חשין מונה לבסוף להרכב הראשון של בית-המשפט העליון וזיכה אותנו בכמה פסקי דין חשובים ביותר ובהם פסק הדין בעניין שייב. עורך דינו של שייב היה הפרקליט הידוע מחיפה אברהם וינשל, לשעבר מראשי התנועה הרוויזיוניסטית בארץ וחבר בתנועת החרות ובעצמו מועמד להרכב הראשון של בית-המשפט העליון. מעניין שמלבד היותו פרקליטו של ישראל שייב, הייו הציבוריים של וינשל נקשרו גם לאלה של ה'גיבורים' האחרים בפרשת שייב. סירובו של וינשל לכהן בהרכבו הראשון של בית-המשפט העליון משום שהעדיף להמשיך בקריירה ציבורית ופוליטית סלל במידה רבה את הדרך לצירופו של חשין למוסד הנכבד, הן בשל המקום שהתפנה ברשימת המועמדים והן משום שתדמיתו 'הרוויזיוניסטית' של חשין סימנה אותו בעיני שר המשפטים רוזן כמועמד רוויזיוניסטי חלופי לווינשל ואפשרה לשר להציג לממשלה ולכנסת הרכב מועמדים שנראה מאוזן מבחינה פוליטית.¹³ גם עם בן-גוריון היו לווינשל קשרים מעניינים בשנות החמישים והשישים. וינשל נבחר לאספה המכוננת מטעם תנועת החרות, אך נאלץ לוותר על כיסאו לטובת אסתר רזיאל-נאור משום שלא היה מוכן לקבל את מרות הוועד המרכזי של התנועה בטענו שעל נבחר ציבור לנהוג לפי מצפוננו ולפי חוש האחריות הציבורית שלו ולא על-פי תכתיבים תנועתיים. נאמן לאמונתו הקים וינשל בשנות החמישים את 'התנועה לשינוי שיטת הבחירות' שתבעה בחירות אישיות ואזוריות. במהלך השנים התקרב וינשל מאוד לבן-גוריון שביקש גם הוא לבצע שינוי דומה בשיטת הבחירות.¹⁴

על אף המטען הפוליטי של העתירה הקפידו בעלי הדין והשופטים על נימה משפטית עניינית ופורמליסטית. לכותבת הביוגרפיה שלו, עדה אמיכל ייבין, סיפר שייב כי עורך הדין וינשל הקפיד להרחיק מן המשפט כל סממן של פולמוס פוליטי והתמקד בטיעונים

11. ראו לעניין זה את דבריו של שר העבודה והבינוי מרדכי בנטוב מפ"ם בישיבת הממשלה הזמנית, פרוטוקול ישיבת הממשלה הזמנית, 14 ביולי 1948, עמ' 47, גנוך המדינה [להלן: ג"מ]; יצחק אולשן, דין ודברים: זכרונות, ירושלים ותל-אביב 1978, עמ' 207. על המאמץ של שר המשפטים רוזן להרכיב הרכב 'מאוזן' מבחינה פוליטית ועל תיגו של חשין כמועמד הרוויזיוניסטי ראו גם: נתן ברון, 'הכבוד האבוד של השופט העליון: פרשת אי-מינויו של השופט גד פרומקין לבית-המשפט העליון בישראל', חלק א, קתדרה, 101 (חשוון תשס"ב), עמ' 173, הערה 78 והטקסט להערה.
12. פרוטוקול ישיבת הממשלה הזמנית, 14 ביולי 1948, עמ' 44, ג"מ.
13. על הפרופיל הפוליטי של הרכבו הראשון של בית-המשפט העליון ראו: ברון (לעיל הערה 11); אליקים רובינשטיין, שופטי-ארץ: לראשיתו של בית-המשפט העליון בישראל, ירושלים תשמ"א, עמ' 69.
14. אברהם וינשל (1895-1970) היה מעורכי הדין ומאנשי הציבור הבולטים בתנועה הרוויזיוניסטית ובישוב היהודי ומדינת ישראל. על ההתכתבות בין וינשל לבן-גוריון (בעיקר בנושא שינוי שיטת הבחירות) ראו: אב"ג, תיק נושא 4-ג-2. עוד על וינשל ראו: נפתלי ליפשיץ, יצחק גנון וראובן הכט (עורכים), אברהם וינשל: לקט כתבים לזכרו, ירושלים 1977.

פורמליים ופרוצדורליים מתחום המשפט המנהלי. למשל, אף שבתקופה היא היו בעלי הדין זכאים לשטוח בעל־פה את טענותיהם לפני בית־המשפט הגבוה לצדק, לא התיר וינשל לשייב להעיד, שמה הוא ינצל את עדותו להתנגחות פוליטית עם הממשלה.¹⁵ בדומה לקו הטיעון של וינשל, גם פסק הדין דבק בהנמקה פרוצדורלית־פורמליסטית. שופטי בית־המשפט העליון לא חלקו על שיקוליו המהותיים של שר הביטחון דוד בן־גוריון, שהתנגד להעסקתו של שייב כמורה, אלא קיבלו את העתירה משני טעמים 'פרוצדורליים' הנגזרים מעקרונות המשפט המנהלי: עקרון 'עצמאות הרשות המנהלית המוסמכת', ועקרון 'חוקיות המנהל הציבורי'.

לפי העיקרון של 'עצמאות הרשות המנהלית המוסמכת', פקיד או רשות שהמחוקק הסמיך לבצע פעולה כלשהי, חובת שיקול הדעת וההחלטה מוטלות עליהם בלבד. בית־המשפט קבע שלמנהל אגף החינוך אסור להכפיף את שיקול דעתו בעניינים המסורים על־פי חוק לסמכותו שלו, לדעתו של שר הביטחון, אפילו מדובר בענייני ביטחון ואפילו מדובר בבן־גוריון. שכן, לפי החוק אין לשר הביטחון כל סמכות לעסוק בענייני חינוך ולפיכך גם אין לאנשי משרד החינוך כל סמכות חוקית לקיים את 'הוראותיו' של שר הביטחון בעניינים המסורים לסמכותם הבלעדית, כמו עקרון 'חוקיות המנהל הציבורי', שלפיו מותר למנהל הממלכתי לפעול אך ורק על־פי הסמכה מפורשת בחוקי הכנסת ואך ורק בתוך המסגרת שהתווה לו החוק המסמיך. באין חוק מסמיך מפורש, לימד השופט חשין את פקידי משרד החינוך פרק בלגאליזם, לא רשאים שר או פקיד לסגור שערי פרנסה בפניו של אדם ולרדת לחייו 'בדרך אדמיניסטרטיבית'. 'מדינתנו מושתתת על שלטון החוק ולא על שלטון אישים', סיכם בית־המשפט והוסיף: 'לא פסק עוד, תודה לאל, דין מישראל'.¹⁶

בעקבות נצחוננו בבית־המשפט הגבוה לצדק תבע שייב פיצויים ממשרד החינוך והתרבות בסכום השווה לשכר העבודה שהגיע לו אלמלא נדחה, וכמו כן הוא תבע לקבל שכר עד 'להחזרתו' לעבודה. תביעתו נדחתה משום שלפי דיני הנזיקין דאז צריכה הרשות הממלכתית להסכים לתביעה נגדה, אך משרד החינוך והתרבות לא הסכים. לא זו בלבד שלא קיבל פיצויים, אלא שלמרות נצחוננו בבית־המשפט לא הוחזר שייב למשרתו בבית־הספר מונטיפיורי ואף לא מצא משרת הוראה אחרת. בזכרונותיו טען שייב, שלאחר קריאת פסק הדין אמר השופט אולשן, שלא לפרוטוקול: 'בינינו לבין עצמנו – מי יעז לתת עבודה בבית־ספרו לד"ר שייב [...] ביודעו שראש הממשלה מתנגד לכך?'.¹⁷ ד"ר שייב־אלדד עבד שנים מספר

15. ראו: אמיכל ייבין, סמבטיון, עמ' 178. מפסק הדין עולה שוינשל כן טען שמדובר ברדיפה פוליטית. תיק בית־המשפט עצמו אבד ושחזור הדיון באולם נעשה רק על סמך פסק הדין ועל סמך זכרונות הצדדים, המצויים בידנינו.

16. שייב נ' שר הביטחון, עמ' 407.

17. שייב, מעשר ראשון, עמ' שפה. בביוגרפיה של שייב־אלדד, המבוססת בעיקרה על שיחות עמו מצויה גרסה שונה במעט. לפי גרסה זו, השופט חשין (ולא אולשן) הוא שפנה לאחר קריאת פסק הדין אל עורך הדין וינשל ושאל, בלי שדבריו נרשמו בפרוטוקול: 'מה הצעתך לד"ר וינשל, איך לתקן את העוול שנעשה לשולחך? כי ביננו לבין עצמנו מי הוא שיתן עבודה לד"ר שייב עם הידיעה על עמדתו של ראש הממשלה?'. הביוגרפיה של ד"ר אלדד־שייב מוסיפה, שבתשובה לחש שייב על אוזנו של וינשל: 'תענה לו שאיני מעוניין עכשיו בעבודה, וכי הייתי מעוניין רק בפסק דין של צדק'. ראו: אמיכל ייבין, סמבטיון, עמ'

הממלכתיות הרפובליקנית של שופטי בג"צ ושל בן-גוריון

כעורך ומתרגם ולימד בבתי-ספר ערב, ולבסוף התמנה בסתיו 1962 למרצה ללימודים הומניים בטכניון. בד בבד הוא המשיך לכתוב ולתרגם – בין השאר תרגם את כתבי ניטשה לעברית וזכה על כך בפרס טשרניחובסקי לתרגומי מופת.

כדי להיטיב להבין את החלטותיהם של שופטי בג"צ, של שר הביטחון ושל שר החינוך, יוסבר להלן בקצרה טבעם המשפטי-הממלכתי של מערכת המשפט ושל המנהל הציבורי במדינה המודרנית.

ב. על רעיונות המדינה המודרנית, שלטון החוק והמנהל הציבורי

תורת המדינה המודרנית רואה הן בבית-המשפט והן במנהל הממלכתי מוסדות משפטיים המגלמים את אופיה הכללי-האוניברסלי של המדינה ואת התייחסותה האחידה, האימפרסונלית והשוויונית לכלל אזרחיה.

כדי להבין את אופיים הכללי של המנהל והמשפט המודרניים ואת תפקידיהם החברתיים והסמליים, יש להכיר גם את ההיסטוריה האינטלקטואלית של תפיסת המדינה המודרנית. 'המדינה' נהגתה במחשבה הפוליטית המערבית המודרנית (החל במאה ה-14) ובמידה רבה אף נוצרה כגוף פוליטי ריבוני המגלם את 'הכלליות' (האוניברסליות), כלומר כגוף ריבוני הפונה באופן שוויוני ואחיד לכלל בני-האדם. בהגות הפוליטית המודרנית המדינה היא ספרה חברתית נפרדת מן החברה (פרדוקסלי ככל שהדבר נשמע), ולכן היא מסוגלת להתעלם (ולו תאורטית) מן ההייררכיות ומן ההבדלים החברתיים, לכלול בתוכה את כל בני-האדם החיים בשטח מסוים או השייכים לקבוצה מסוימת, ולהתייחס אליהם, לפחות פורמלית ותאורטית, התייחסות אחידה, אימפרסונלית, שוויונית וכללית כאל 'אזרחים'. 'הכלליות' נתפסת אפוא כתכונה החשובה ביותר של המדינה המודרנית (כמו גם של המשפט המודרני), שכן היא המאפשרת למדינה לנהל את חברת ההמון המודרנית באופן אובייקטיבי ושוויוני, השומר על השלום ועל הסדר החברתי והמספק ביטחון, צדק וחירות לכול.

תפיסת מדינה זו היא שהולידה את רעיון שלטון החוק. בדומה לרעיון המדינה, למושג שלטון החוק יש משמעות רק אם החוק הוא טרנסצנדנטי לחברה וליחסי הכוח שבה. רק משפט שאינו מושפע במישרין מיחסי הכוח, מן ההייררכיות ומן המוסכמות המסורתיות של החברה יכול באמת לפקח על החברה ולשלוט בה. בעולם המודרני, החילוני והאנתרופוצנטרי, המשמעות של נפרדות המשפט מן החברה אינה שהמשפט נחשב לטבעי, לאלוהי או למטא-חברתי, אלא שהמשפט הוא משפטה של המדינה. לכן מדגישה תורת המדינה המודרנית את משפט המדינה הפוזיטיבי המבוסס על טקסטים כתובים ועל עובדות חברתיות הניתנות

179. נראה שבחלוף ארבעים וחמש שנה מן המשפט לא דייק שייב בפרטים שהוא מסר לכותבת הביוגרפיה שלו, שהרי בפסק הדין מצוין במפורש כי במעמד קריאת פסק הדין היתה נוכחת מטעם העותר עורכת הדין אוסורגין 'לפי העברה מעו"ד וינשל' ולא וינשל עצמו.

לזיהוי פוזיטיבי ברור, למשל הצבעות בפרלמנט או פסיקות של בתי-משפט. על-פי התאוריה הפוליטית המודרנית, החוק מבטא את 'רצונה' של המדינה ולכן כמוה נחשב גם הוא – במובן מסוים – לטרנסצנדנטי ונפרד מן החברה. ראינו שהנפרדות של המדינה מן החברה מאפשרת את כלליותה של המדינה – כלומר את היחס האחד, האימפרסונלי והשוויוני 'מדינה-אזרח'. באופן דומה מאפשרת הנפרדות של המשפט מן הכוחות החברתיים את כלליותו, כלומר את קיום הדרישה שהכללים המשפטיים ינוסחו בלשון כללית-אוניברסלית ויישמו בצורה אחידה, אימפרסונלית ושוויונית, שאינה מושפעת מן המוסכמות וממבני הכוח החברתיים.¹⁸ המשפט המודרני נתפס אפוא ככללי לא רק משום שהוא מסדיר את חברת ההמון אלא גם משום שהוא 'ממלכתי', כלומר משום שהוא מבטא את האינטרס הכללי של המדינה, את ה'*raison d'état* האחד, הנפרד והשונה מרצונם של בני-האדם המרכיבים את הגוף המדיני, המאיישים את מוסדותיו המנהליים או העומדים בראשו.

כמו את רעיון שלטון החוק, גם את דמותו של המנהל הציבורי המודרני אין להבין בנפרד מרעיון המדינה ומן ההיסטוריה שלה. תורת המדינה המודרנית אכן דורשת מן המנהל הציבורי לפעול בצורה אימפרסונלית, כללית (אוניברסלית) ואחידה משום שכמו המשפט גם המנהל הציבורי מוציא לפועל את 'האינטרס הכללי' של המדינה. כמו השופטים, גם השוטרים ופקידי המנהל הציבורי האחריים אינם פועלים בשם עצמם אלא בשם המדינה ולמענה, כלומר למען הכלל. המנהל הציבורי הוא אפוא גוף משפטי לא רק משום שלפי התאוריה הפוליטית המודרנית מותר לו לפעול אך ורק על-פי חוק כללי ובתוך המסגרת שמתווה החוק הכללי, אלא בייחוד משום שהוא גוף משפטי מעצם טבעו; משום שהוא מגלם – בדיוק כמו המשפט – את האינטרס הכללי של המדינה, כלומר את נפרדותה של המדינה מן החברה ואת אופיה הכללי-אוניברסלי. בדיוק כפי שהמשפט, כנאמר בחוקה הצרפתית, הוא ביטוי של הרצון הכללי, כך גם מעשי המנהל הציבורי הם ביטוי של רצון זה. תאורתית אין המנהל הציבורי רשאי להתבטא אלא ב'משפטיות', כלומר בצורה אחידה, אימפרסונלית, שוויונית ואוניברסלית.

על-פי תורת המדינה המודרנית, המשפט והמנהל מקיימים יחסי גומלין והם בעצם שלובים זה בזה. המשפט אינו נורמה מופשטת אלא מערכת נורמטיבית הפועלת באמצעות מוסדות והליכים, ואילו רשויות המנהל הציבורי אינן קיימות בחלל נורמטיבי ריק אלא פועלות על סמך משפטה של המדינה ועל-פיו (זו משמעותו של עקרון חוקיות המנהל). כוח ונורמה ארוגים זה בזה. זאת ועוד, כפי שהראה ליאור ברשק, בניגוד לתורת המדינה המודרנית המוקדמת, שראתה במלך, בממשלתו ובפרלמנט את הגופים המגלמים את המדינה, ברור שבמציאות הפוליטית של היום בתי-הנבחרים המודרניים והממשלות החייבות להם אמונים מייצגים את החברה על רבדיה ושסעיה, ואילו את קולה הכללי והאחד של המדינה משמיעים כיום בעיקר המשפט והמנהל הציבורי.¹⁹

18. בהצהרת זכויות האדם והאזרח וכן בכמה מן החוקות הצרפתיות נכלל עיקרון זה במפורש: 'la loi étant l'expression de la volonté générale doit être générale dans son objet' (החוק, בהיותו הביטוי של הרצון הכללי, חייב להיות בעל תכלית כללית).

19. ליאור ברשק ודנה פוגין, 'בין פרטי לציבורי: המשפט הפלילי והמשפחה בעקבות ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל', מחקר משפט, כ (תשס"ג), עמ' 7, 32.

עוד יש לזכור, שבקרב רשויות המנהל הציבורי גם נוצר הלכה למעשה רובו של משפט המדינה. המנהל המסועף של המדינה המודרנית, היודע להתבטא רק ב'משפטית', מנביע באופן שוטף נורמות משפטיות. באמצעות היצירה המסיבית של משפט ובאמצעות הפרשנות וההוצאה לפועל של נורמות משפטיות שיצרו מוסדות אחרים, משפיע מנהל המדינה יותר מכל מוסד אחר על המרחב הציבורי ואף על חיי הפרט. לעומת השיח החוקתי והמנהלי המקובל בישראל, המדגיש את תפקידו המרכזי של בית-המשפט בשמירה על שלטון החוק ובהגנה על זכויות האדם, אפילו במציאות של מדינת הרווחה המודרנית – שבה המשפט והמוסדות היוצרים והאוכפים אותו מעורבים לעומק בשאלות של צדק חלוקתי ושל עיצוב הסדר החברתי – בית-המשפט הוא המוסד שאליו מגיעים רק המקרים החריגים, היוצאים מן הכלל. בית-המשפט הוא אכן שומר הגבולות האחרון של שלטון החוק; הוא מסמל את הקיום הטרגיסט-דנטי והמובחן של חוק המדינה, ובפקחו על המנהל הציבורי ואולי אף על המחוקק הוא מסמן את התחומים שאינם לגיטימיים, החורגים מן המותר על-פי שלטון החוק. עם זאת יש לזכור, שמלאכת ההתוויה הראשונית של גבולות שלטון החוק אינה נתונה בידי הלכה למעשה. התפיסה המצניעה את מקומו של המנהל הציבורי בשמירה על שלטון החוק אינה מדויקת מבחינה תאורית והיא גם בעייתית מבחינה נורמטיבית-חינוכית, בהמעטה מערכו של המשפט הנוצר על-ידי רשויות המנהל הציבורי. חשוב מכך, תפיסה זו בעייתית בהמעטה מחשיבותו המעשית והסמלית של המנהל הציבורי לחיים הפוליטיים והחברתיים המודרניים.²⁰ תורת המדינה המודרנית רואה אפוא בבית-המשפט ובמנהל הציבורי גופים משפטיים-ממלכתיים, המגלמים את אופיה הכללי-האוניברסלי של המדינה ואת התייחסותה האחידה, האימפרסונלית והשוויונית לכלל אזרחיה. אין מחלוקת על כך שבית-המשפט אכן פועל על-פירוב בדרך ממלכתית, אחידה, אימפרסונלית ושוויונית, אבל אין הדבר הזה ברור בנוגע למנהל הציבורי. לפיכך אראה בשני הפרקים הבאים, שאותה תפיסה ממלכתית-רפובליקנית שעמדה ביסוד פסיקתם של שופטי בית-המשפט העליון בפרשת שייב עמדה גם בבסיס התנגדותם של דוד בן-גוריון ושל ראשי משרד החינוך והתרבות להעסקתו של שייב כמורה בבית-ספר תיכון ממלכתי.

ג. פסיקתו של בית-המשפט העליון

סקירה קצרה של פסק הדין בעניין שייב תאפשר לי להראות אחר-כך את הדמיון בין הרעיונות העומדים בבסיס פסיקת שופטי בית-המשפט העליון לבין התנגדותם של בן-גוריון ושל משרד החינוך והתרבות להעסיק את שייב כמורה בבית-ספר תיכון ממלכתי.

במקום אחר עמדתי על כך שפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנותיה הראשונות של מדינת ישראל נובעת מגישה שכינית 'אזרחית-מחנכת'. טענתי שבית-המשפט העליון בשנים

20. השוו: ברק-ארו (לעיל הערה 4).

ההן ביקש לחנך את רשויות המנהל הציבורי ואת הציבור כולו לכיבוד רעיונות שלטון החוק והממלכתיות. השופטים ביקשו להבהיר את הצורך בהקפדה על לגאליזם, כלומר על הציות לחוק ועל פעולה בהתאם לחוק ולנורמות המשפטיות, ואת חשיבותו האזרחית של הצדק הפורמלי הדורש שוויון לפני החוק והתייחסות דומה של מוסדות החברה למקרים דומים.²¹ גישה אזרחית-מחנכת זו, האופיינית לתהליכים של בינוי מדינה ושל עיצוב חברה 'אזרחית', נגזרת מרעיונות הרפובליקניזם המודרני. הרפובליקניזם המודרני, שנולד באירופה בתקופת הרנסאנס, הוא רעיון הומניסטי, שבדומה לליברליזם (שהתפתח אחר-כך) מדגיש את מרכזיותו של הפרט ואת זכויותיו. כמו כן, הרפובליקניזם רואה בקיומם של מרחב פוליטי-ציבורי מפותח ושל מוסדות ציבוריים-ממלכתיים הוגנים ויעילים תנאי הכרחי לחיים חופשיים, שוויוניים ומשמעותיים של הפרט. הוא רואה חשיבות בעצם ההשתתפות במרחב הפוליטי-הציבורי ובעצם הטיפול של אחריות אזרחית, של מחויבות לאינטרס או לעניין הכללי (ה-*res-publica*) ושל תודעה 'אזרחית' של חיים בחברה ובמדינת חוק.²²

בפסק הדין בעניין שייב התפיסה הממלכתית-הרפובליקנית באה לידי ביטוי בשני אופנים: ראשית, בית-המשפט ביקש להדגיש – הן באמצעות טיעונו המהותיים והן באמצעות לשון ההנמקה וצורתה – את ההכרח האזרחי שבציות לחוק ולסדר ואת חשיבותו של הצדק הפורמלי. שנית, בית-המשפט ביקש להבהיר את הצורך בקיום מוסדות ציבור ממלכתיים, כלומר מוסדות המשרתים את כלל האוכלוסייה שירות הוגן, אחיד ושוויוני. כך מסמלים המוסדות את המדינה כישות כללית וכוללת המצויה מעל הוויכוחים הפוליטיים ומעל יחסי הכוח בחברה. הנמקתם של שופטי בג"צ בפרשת שייב הדגישה קודם לכול את חיוניות הציות לחוק ולסדר הציבורי ואת חשיבותו של הצדק הפורמלי. כזכור נימק בית-המשפט את החלטתו בשני עקרונות מן המשפט המנהלי: עקרון 'עצמאות הרשות המוסמכת' ועקרון 'חוקיות המנהל הציבורי'. הטעם שעומד בבסיס עקרונות אלה דומה לטעם שבבסיס רעיון שלטון החוק והדרישה לעצמאות המשפט: רצון להבטיח שרשויות המנהל הציבורי (או רשויות המשפט) יפעלו בלא משוא-פנים ובמקצועיות, באובייקטיביות ובניטרליות עד כמה שאפשר, מתוך התעלמות מִרְבִּית מהשפעות חיצוניות שאינן רלוונטיות. הדרישה לעצמאות המנהל הציבורי והמשפט היא אפוא ביטוי של השאיפה (גם אם זו שאיפה שאינה ניתנת להשגה) להבטיח את התנהגותה האחידה, האימפרסונלית והשוויונית של המדינה כלפי כלל האוכלוסייה.

21. ראו: קידר (לעיל הערה 6).

22. על צמיחתו של הרפובליקניזם המודרני בתקופת הרנסאנס ועל גלגוליו בתורת המדינה המערבית מאז ראו: John G.A. Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, NJ 1975; Quentin Skinner, *The Foundation of Modern Political Thought, I: The Renaissance*, Cambridge 1978. לסקירה בהירה של תחיית הרפובליקניזם כפרדיגמה מחקרית במדעי החברה, בהיסטוריוגרפיה ובמשפטים בארצות-הברית ראו: Daniel T. Rodgers, 'Republicanism: The Career of a Concept', *Journal of American History*, 79 (1992), p. 11

מעבר לעצם הטיעונים המשפטיים ביקש בית-המשפט להדגיש את חשיבותם של הציות לחוק ושל השוויון לפני החוק גם באמצעות לשון ההנמקה המשפטית. נוסף על הטיעונים המדגישים את חובת המנהל לציית לחוק ולנהוג בלא משוא-פנים, השתמש בית-המשפט – בכוונת מכוון – בהנמקה צרה, המכונה בעגה המשפטית 'הנמקה פורמליסטית': השופטים נמנעו מלבדוק את שיקול הדעת של רשויות החינוך או של בן-גוריון בעניין מניעת העסקתו של שייב והתרכזו בפרשנות דקדקנית של שאלת הסמכות המשפטית, כלומר בשאלה אם היו בן-גוריון או פקידי משרד החינוך מוסמכים מבחינה חוקית לאסור את העסקתו של שייב בבית-הספר התיכון על שם מונטיפיורי. צורת הנמקה זו הבליטה את חשיבות הצדק הפורמלי, ובעקפין גם תרמה ללגיטימיות החברתית של בית-המשפט כמוסד ממלכתי שמנחות אותו אמות-מידה הוגנות, מקצועיות ואובייקטיביות.

ואולם בפרשת שייב, לבד מרצונו להדגיש את הצורך הקיומי של החברה בציות לחוק ולסדר, ביקש בית-המשפט גם להטמיע את המודעות לצורך בפעילותם התקינה של מוסדות ציבור ממלכתיים המשרתים את האוכלוסייה כולה בהגינות, באחידות ובשוויוניות. כבר בפתח פסק הדין הבהיר השופט חשין את דעתו השלילית של בית-המשפט על 'פוליטיקה בבית-הספר', וכך גם על 'פוליטיקה בבית-המשפט'. מקביעתו הנחרצת של בית-המשפט שפוליטיקה בבית-הספר היא 'אש זרה' הדהדה אזהרה כללית – שהופנתה הן לשייב והן לבן-גוריון – מפני הפיכתם של בתי-הספר, בתי-המשפט ורשויות המנהל הציבורי לפורומים של וכחנות ופעילות פוליטית. למעשה דרש בית-המשפט מבעלי הדין ומן הציבור בכלל לגלות אחריות אורחית ולהימנע מפעילות פוליטית-מפלגתית בבתי-הספר ובבתי-המשפט, וכך למנוע פגיעה בתכליות החברתיות והסמליות החשובות של אותם מוסדות ממלכתיים. ייתכן מאוד שזאת הסיבה שהשופט חשין בחר להשתמש בביטוי המקראי 'אש זרה' כדי להביע את דעתו השלילית על פוליטיקה בבית-הספר ובבית-המשפט. מקורו של הביטוי בסיפור בני אהרן שהקריבו בהתלהבותם הדתית – אך בניגוד לצייוי אלוהי מפורש – 'אש זרה' במזבח שבאוהל מועד ושילמו על כך בחייהם.²³ סיפור מותם הקשה של נדב ואביהו, בני אהרן – הוזהר השופט חשין את שייב, את בן-גוריון ואת הציבור הישראלי כולו – צריך לשמש לקח מפני התוצאות המסוכנות של להט דתי או אידאולוגי המוביל לסטייה ממסגרת הצייויים של הדין הפורמלי הכללי-הממלכתי.

לטיעוניהם של השופטים וגם להנמקה הפורמליסטית של החלטתם ולאזהרתם מפני פעילות פוליטית-מפלגתית בבתי-הספר ובבתי-המשפט היתה אפוא תכלית אחת: טיפוח תודעה 'אזרחית' רפובליקנית של חיים במדינת חוק והבהרת חשיבותם של הליכים משפטיים ומנהליים פורמליים, טיפוח מערכת משפט עצמאית ובתי-ספר, בתי-משפט ורשויות מנהל ציבורי המשרתים את כלל האוכלוסייה ומסמלים ממלכתיות שהיא מעל הוויכוחים הפוליטיים ונפרדת מיהסי הכוח בהברה.

23. ראו: ויקרא י"א; במדבר ג"ד.

בית-המשפט לא היה היחיד שהגן על הפרט ועל הממלכתיות מלהט האידאולוגיה והפוליטיקה. בדיון הממוקד בבית-המשפט בלבד יש משום ראייה מעוותת של המציאות החברתית המודרנית ובכלל זה גם של המציאות הישראלית, מכיוון שהתפיסה ה'שיפוטוצנטרית' מתעלמת מתורת המדינה המודרנית ומחיוניותו של המנהל הציבורי למשפט המודרני ולחברה המודרנית, וכן מהתנהגותם בפועל של שר הביטחון ושל משרד החינוך בפרשת שייב. בפרק הבא אראה שאותם טעמים ממלכתיים שעמדו בבסיס הנמקתו של בית-המשפט העליון עמדו גם ביסוד התנגדותם של בן-גוריון ושל משרד החינוך והתרבות להעסקתו של שייב כמורה בבית-ספר ממלכתי.

ד. גישתו הממלכתית של המנהל הציבורי בפרשת שייב

פרשת שייב מוצגת בדרך-כלל כהישג של בית-המשפט, שאפשר לאפוזיציונר קיצוני לעבוד כמורה, על אף הוראתו של ראש הממשלה ושר הביטחון.²⁴ לכאורה מסכת העובדות בפרשת שייב ברורה לגמרי: מבקש איש רוח, אמנם אפוזיציונר בעל דעות קיצוניות, להתקבל למשרת הוראה בבית-ספר תיכון. אנשי החינוך שמתרשמים מהשכלתו הרחבה, משכלו החריף ומנסיונו העשיר בהוראה ובכתיבה מקבלים אותו לעבודה. אך אז מתערב בעניין ראש הממשלה ושר הביטחון בכבודו ובעצמו ואוסר על משרד החינוך להעסיקו. פרשת שייב אכן מהווה לכאורה דוגמה בולטת לפוליטיזציה העמוקה שהיתה מנת חלקה של החברה הישראלית בכלל ושל המנהל הממלכתי בפרט, וכמו כן ל'בטחוניזם' שאפשר את ההתערבות העמוקה של ראש הממשלה ושר הביטחון בנושא אורחי מובהק כמו העסקתו של מורה בבית-ספר תיכון. בעשורים הראשונים לקיום המדינה אורגנו רשויות המדינה ומוסדות בירוקרטיים רבים אחרים במידה רבה על-פי 'מפתח' תנועת-פוליטי.²⁵ להשתייכות הפוליטית היתה אפוא השפעה ישירה על חיי היומיום של הפרט בקבלת עבודה או טובות הנאה מן הממסד הממלכתי או מגופים הקשורים בו, והשפעה זו הובילה לא פעם להעדפות או לאפוליות פסולות על רקע של השתייכות פוליטית. כך, הספירה הפוליטית השליטה את עצמה במידה רבה על החיים החברתיים. כפי שחווה שייב על בשרו, 'פנקס אדום' או פתק 'הנ"ל מאנ"ש [מאנשי שלומנו]' פתחו ביתר קלות שערי פרנסה, ואילו השתייכות ל'חרות', ללח"י או למק"י סגרה שערים אלה פעמים רבות. בזיכרון הציבורי הישראלי השתרשה הדעה כי העדפה (או אפליה) בקבלה לעבודה על רקע של השתייכות פוליטית היתה נפוצה מאוד בשני העשורים הראשונים לקיום המדינה. גם במהלך מחקרי שלי שמעתי עדויות רבות על

24. ראו: ברק-ארוז (לעיל הערה 4), עמ' 503.

25. ראו: שמואל ג' אייזנשטדט, החברה הישראלית: רקע, התפתחות ובעיות, ירושלים תשל"ג, עמ' 245-246; דן הורביץ ומשה ליסק, מצוקות באוטופיה: ישראל - חברה בעומס יתר, תל-אביב 1990, עמ'

אפליה בקבלה לעבודה ובקידום עובדים או על פיטורי מי 'שאינם מאנ"ש'. עד היום לא נערך מחקר אקדמי רציני ומקיף בנושא זה, ועל אף הזיכרון הקיבוצי והעדויות הרבות, הטענות על אפליה נשארו בגדר של פולמוס פוליטי-מפלגתי.²⁶ זאת ועוד, פרשת שייב נגועה לא רק באפליה ובפגיעה בחופש העיסוק אלא גם בפגיעה בחופש הביטוי, שכן אי-קבלתו של שייב לעבודה כמורה מחשש שמא יטיף נגד המדינה וצבאה עשויה אכן להיראות כסתימת פיו של אופוזיציונר מרגיז.²⁷ מזווית זו, ההתנגדות להעסקתו של שייב כמורה בתיכון נראית צבועה וקנטרנית משום שלשייב ניתנה בתקופה ההיא במה חופשית להביע את דעותיו הקיצוניות מעל דפי כתב העת סלם ובפורומים רבים אחרים. לפיכך על אף פסק דינו הצודק, לדעתי, של בית-המשפט בעניין שייב, ראוי לבחון את הטענה שזה היה מקרה של בית-משפט המייצג את שלטון החוק, ומולו מנהל ציבורי כוחני ומוכה פוליטיזציה שערכי הלגאליזם זרים לו. אבקש לטעון ששר הביטחון ושר החינוך נאבקו באותה תופעה ממש שבה נאבקו גם שופטי בג"צ: היעדר תודעה ממלכתית של חיים בחברה 'אזרחית' ובמדינת חוק.

שר הביטחון כתב לשייב, שמשרד הביטחון מתנגד להעסקתו כמורה משום שהוא מטיף לשימוש בנשק נגד הממשלה וצה"ל במקרים הנראים לו. ואכן שייב לא היה סתם אופוזיציונר מובהק שדעותיו קיצוניות, כאלה הנוקפות לזכות של חופש הביטוי ברוח הציוניים המפורסמים של וולטר או ג'ון סטיוארט מיל. דעותיו של שייב – והמעשים העלולים לנבוע מהן – קוממו את בן-גוריון אך גם הפחידו אותו משום שהן היו דעותיו של איש מחתרת שטרם השלים עם המשמעות של הקמת מדינה ריבונית דמוקרטית. שייב לא השלים עם העובדה שבמדינה דמוקרטית אין מקום למחתרת מזוינת ואין מקום לפעולות אלימות נגד המדינה ומוסדותיה; הוא לא השלים עם העובדה שלא כמדיניותם של מוסדות היישוב העברי בתקופת המנדט, משפט המדינה מחייב את כל האזרחים, גם אם אין דעתם נוחה ממדיניות הממשלה; והוא לא השלים עם העובדה שחיים אזרחיים משמעם בין השאר ציות לחוק ולסדר והמרת הפעולה האלימה בדרכי פעולה דמוקרטיות 'פורמליסטיות' הנעשות על-פי חוק. לאחר קום המדינה פסח שייב על שתי הסעיפים. מחד גיסא היה לו ברור כי משהוקמה

26. הטענות על רדיפות ועל אפליה על רקע של השתייכות פוליטית הגיעו גם לכנסת ולממשלה. ראו למשל: דברי הכנסת, 6, 6 ביולי 1951, עמ' 2331 (טענה על אפליה בעבודה על רקע השתייכות לאצ"ל ולתנועת החרות); דברי הכנסת, 10, 20 בנובמבר 1950, עמ' 411 (טענה על פיטורי אחות מבית-החולים בנצרת על רקע השתייכות למפלגה הקומוניסטית); פרוטוקול ישיבות הממשלה, 6 במרס 1995, עמ' 2, ג"מ. עדות משפטית לאפליה על רקע של השתייכות פוליטית אפשר למצוא בפיטורי המורה שושנה כץ-שמואלי מבית-הספר הממלכתי על שם דוד רמז בקריית שלום בטענה שהיא עסקה בהפצת תעמולה קומוניסטית בקרב תלמידיה. גברת כץ-שמואלי עתרה בעניין לבג"צ, וזה סירב לבטל את הודעת הפיטורין. ראו: בג"צ 76/55 שושנה כץ-שמואלי נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד ט 1839. הד לקובלנותיהם של אנשי ימין מצוי אצל יהושע אופיר, ספר העובד הלאומי, ב, תל-אביב 1982, עמ' 17-18, 27-28.

27. ברק-ארו, (לעיל הערה 3), עמ' 34-35; הנ"ל, משפטי מפתח: ציוני דרך בבית המשפט העליון, תל-אביב 2003, עמ' 66.

מדינה יהודית על המחותרת להתפרק; 'שלטון עברי ויהי גם שלטון עברי רע, איננו שלטון זר [...] מדינת ישראל היום היא עובדה [...] וגם הצבא העברי הוא עובדה'.²⁸ לצורך כך הוא אף השתתף בשיחות רשמיות על שילוב אנשי לח"י בצה"ל, וכן היה מעורב בהכנות להקמת מפלגה פוליטית שתייצג את יוצאי לח"י. מאידך גיסא המשיך שייב בה בעת לנסות ולשמר את המסגרת המחותרתית. למשל, הוא המשיך להחביא נשק בשני סליקים בביתו ולהחזיק דירת מסתור בתל-אביב. הוא גם התנגד לגיוס לוחמי לח"י לצה"ל במסגרת מאורגנת ותבע גיוס אינדיבידואלי שלהם מן הטעם 'שאינ צורך לגלות את כל האנשים שחברי המחותרת הם'.²⁹ בימי הקיץ שבהם התפרקו מחותרות 'הפורשים' והצטרפו לצה"ל פרסם שייב מאמר בעיתונה של לח"י מברק ושמו 'לכל הפקודות... בלי נדר', שעסק בשבועת האמונים לצבא. במאמר הזכיר שייב לנשבעים אמונים לצה"ל:

את הלחש 'בלי נדר' שהיהודי היה מוסיף תמיד בהבטיחו דבר מה, אף אם מבטיח הוא מתוך רצון לקיים את הבטחתו. אלא מאי? מי ידע את מסיבות הגורל? על כן מוטב להבטיח וללחוש בשעת מעשה: 'בלי נדר'. וכי חייב היה חייל צרפתי לציית לפקודת פטן, רק בכדי לשמור על השבועה שנשבע? לא. ישנן מסיבות המעלות ערכים שהם חשובים יותר מצייות סתם. אם אין הממשלה נאמנה למדינה, אסור להיות נאמן לממשלה.³⁰

שייב לא רק נאה דרש, אלא אף ניסה לקיים. כאשר התבררה סופית נחישותו של בן-גוריון לפרק את מטה הפלמ"ח הציע שייב ליצחק שדה וליגאל אלון:

נקים מיד מפקדה אחידה של שלשת הגופים הלוחמים, פלמ"ח, אצ"ל, לח"י – שהרי כל האחרים אינם אלא בשר תותחים חסר ערך לפי שעה ורק על אלה השלשה עומדת המלחמה – ונגיש אולטימטום, שעל ההוא אשר לדעתך [דעת יצחק שדה, נ"ק] מעכב את פעמי הגאולה, להתפטר תוך עשרים וארבע שעות.³¹

יוזמתו של שייב לא יצאה אל הפועל מכיוון שמפקדי הפלמ"ח דחו אותה. 'בגלל פיטורים של מפקדים אין מגישים אולטימטום ואין הופכים שלטון', ענה לשייב יצחק שדה המוועזע.³² קשייו של שייב לצאת מחיי המחותרת ולקבל את מרותה של הממשלה התבטאו גם בהתנגדותו לפירוק המסגרת העצמאית של לח"י בירושלים מן הטעם הפורמלי שירושלים עדיין אינה שייכת רשמית למדינת ישראל ולכן מרותה של ממשלת ישראל ומרותו של צה"ל אינן חלות במקום. שייב ידע שצה"ל שולט בפועל בעיר המערבית, שלעיר יש מושל מטעם מדינת ישראל (דב יוסף), ושישראל אינה מספחת בינתיים את העיר משיקולים של יחסים

28. כתבי לח"י, ב, עמ' 1051-1052, מצוטט אצל אמיכל ייבין, סמבטיון, עמ' 140.

29. שייב, מעשר ראשון, עמ' שמה.

30. מברק, 9 ביוני 1948. המאמר מצוטט אצל שייב, מעשר ראשון, עמ' שסה.

31. שייב, מעשר ראשון, עמ' שמז [ההדגשה במקור].

32. שם.

המדינה והמציאות החדשה הם שנטלו מהמחותרת הלוחמת את כוחה העיקרי - את היוזמה [...] [לן] היה בכוחנו להמשיך במלחמה עצמאית לשחרור הארץ כולה, היינו עושים זאת נגד המרות של המדינה ממש, כשם שעשינו מה שעשינו בעבר נגד המרות של הסוכנות. המדינה יקרה לנו, אבל אילו ראינו אפשרות להילחם על ירושלים ועל שכם ועל גלעד, היה זה יקר לנו יותר מהמרות למדינה בחלקה של הארץ.³⁷

יהיו שיאמרו שיש בפרשנות זו של דברי שייב משום פרנויה של מדינה צעירה שזה עתה יצאה ממלחמה, ושבן-גוריון הוא שלא השתחרר מן הסיעניות שאפיינה את חיי היישוב בהמשיכו לראות בכל עמדה קיצונית סכנה למדינה. פרשנות כזאת, המתמקדת בטקסטים של שייב וקוראת אותם באספקלריה של התרבות הפוליטית בראשית המאה ה-21, מתעלמת מן ההקשר ההיסטורי שבו נכתבו הטקסטים. גם אם תחושת החרדה של בן-גוריון ושל ישראלים רבים בשנותיה הראשונות של המדינה נראית לנו היום מוגזמת, יש לזכור שלישראלים בומן ההוא זו היתה מועקה קשה ואמיתית. זאת ועוד, שייב לא היה רק אידאולוג כי אם אחד ממנהיגיה של מחתרת מזוינת שמנתה מאות לוחמים. כאשר מנהיגה של מיליציה חמושה מתלבט אם להכיר במרותה של המדינה ועד כמה לציית לממשלתה, לחוקיה ולצבאה, עלולה התלבטותו להתפרש בעיני לוחמיו וחסידיה האחרים כהיתר שלא לציית לרשויות המדינה ואף לפעול נגדן בכוח. פרשות אלטלנה, רצח ברנדוט, ובמידה שונה גם התעקשותו של הפלמ"ח להמשיך ולהחזיק במטה נפרד מזה של צה"ל, הוכיחו שאין מדובר בחדש שווא. קיומן של מיליציות מחתרניות חמושות יצר סכנה של סכסוכי דמים בקרב האוכלוסייה היהודית בארץ והיווה סכנה לעצם קיומה של המדינה הצעירה. נחרצותה של הממשלה בקיץ 1948 לפרק את המיליציות החמושות ומטותיהן ולמזגן בצבא ממלכתי יחיד הנשמע להוראות הממשלה הנבחרת היתה אפוא תנאי הכרחי להתפתחותה של הדמוקרטיה הישראלית.

בעשור שלאחר קום המדינה ניסו קבוצות מחתרת - מימין ומשמאל - לפעול בכוח נגד המדינה ומוסדותיה. בראייה לאחור נראים רוב הנסיונות הללו לא מסוכנים ואף הזויים, ותגובתם הנחרצת של שירותי הביטחון נראית מוגזמת. ואולם יש לזכור שחוץ מאווירת החרדה בשנות החמישים, חלק מן המעשים של קבוצות המחותרת פגעו בחיי אדם וברכוש וגרמו נזק לבטחון המדינה וליחסי החוץ שלה. ניסיון להטיל רימון-יד במליאת הכנסת, שרפת מכוניתו של הציר הסובייטי והטמנת פצצה בשגרירות ברית-המועצות, שהתפוצצותה גרמה הרס רב והיתה עילה לברית-המועצות לנתק את יחסיה הדיפלומטיים עם ישראל, רצח ישראל קסטנר ועוד - כל אלה נעשו בידי קבוצות מחותרת (אמנם סגנות) שקיוו לשנות את אופיה של המדינה ואת 'מהלך ההיסטוריה' באמצעות פעולות אלימות 'מהפכניות'.³⁸ קבוצות

37. סלם, שנה א, גיליון א (אייר תש"ט).

38. על 'מחתרת צריפין' ועל ארגוני מחותרת אחרים ראו אצל: איסר הראל [ראש שירותי הביטחון בתקופה ההיא], האמת על רצח קסטנר: טרור יהודי במדינת ישראל, ירושלים 1985, עמ' 49-73. על יחסו של שייב לאירועים אלה ראו: אמיכל ייבין, סמבטיון, עמ' 191-195, 203-209.

המתחרת מן הימין – שבחלקן הורכבו מיוצאי לח"י – ראו בשייב מדריך אידאולוגי ופה המבטא את תחושות חבריהן, ושייב לא טרח להסתיר את שביעות רצונו מכך שעדיין יש צעירים ההולכים בדרכו ואינם משלימים עם 'המדינה הבן-גוריונית'. אף-על-פי שלאחר החנינה שקיבלו יוצאי לח"י ופרישתו מן הארגון שוב לא היה שייב מעורב בפעילות מחתרתית (לכל היותר הוא הכיר מקצת החברים בתאים אלה), הוא לא הסתיר את אהדתו לפעילות הזאת. המובאות מדברי שייב לא הוצגו כדי לקטרג עליו או להעמידו ל'משפט ההיסטוריון', אלא כדי להראות שפרשת שייב אינה מקרה רגיל של אפליה על רקע של השתייכות פוליטית כדוגמת המקרים שהיו נפוצים בשנותיה המוקדמות של המדינה. פרשת שייב אינה מלמדת על אפליה משום שבמקרה זה מראות התבטאויותיו של שייב והתנהגותו שלרשויות המנהל הציבורי היו טעמים סבירים לאסור עליו לעסוק בהוראה, טעמים הנטועים ברעיונות הדמוקרטיה ובשלטון החוק.

אין ספק שסירובם של מנהלי בתי-ספר אחדים להעסיק את שייב כמורה נבע – כפי שמקצתם אמרו לו במפורש – מהיותו איש לח"י.³⁹ ידוע גם ששייב 'סומן' בידי שירותי הביטחון שעקבו אחריו לאורך כל שנות החמישים. אך במקרה של שייב אין זה בטוח כלל שמדובר ברדיפה אישית של מנהיג לח"י, שהונחתה 'מלמעלה' בידי בן-גוריון. שייב אכן היה חריג אפילו בין מנהיגי מחתרות הפורשים, אשר בתוך שנים אחדות השתלבו רובם בחיים הציבוריים בארץ ומהם (יצחק שמיר הוא הבולט) אף נקלטו בשירותי הביון והביטחון של המדינה. גם בתיה ושיץ, אשתו של ישראל שייב, 'עבדה בשכונת בורוכוב, שכונה שכול כולה עמדה בהשפעת מפא"י, ולמרות שהיא לא היתה חברה בהסתדרות העובדים, איש לא התנכל לעבודתה'.⁴⁰ כמו כן, לעומת האיבה ההדדית בין דוד בן-גוריון למנחם בגין ובניגוד לרושם העולה מכותרת תיק בית-המשפט 'שייב נ' שר הביטחון', לא היתה טינה אישית בין בן-גוריון לבין שייב. שני האישים נפגשו בפעם הראשונה רק בשנת 1953 (שלוש שנים אחרי המשפט) ביוזמתה של הגברת פאולה ון ליר. 'זו הפעם הראשונה שנפגשתי עם האידיאולוג של הלח"י', כתב בן-גוריון ביומנו, 'בחור גוף ורזה ובעל פנים פקחים'.⁴¹ לאחר אותה

39. שייב, מעשר ראשון, עמ' שפה; אמיכל ייבין, סמבטיון, עמ' 176-177. גם לפני יצחק שמיר, אחד משני המנהיגים האחרים של לח"י, נסגרו שערי פרנסה ולטענתו הוא הגיע בראשית שנות החמישים לפת לחם כמעט. יש המספרים שבאחד המקרים בן-גוריון בעצמו מנע את העסקתו של שמיר כפקיד במשרד הפנים כשכתב לשר הפנים משה שפירא: 'את הטירוריסט הזה אין בשום פנים ואופן לקבל לעבודה בשירות הציבורי'. ראו: ישראל סגל, 'חרם על שמיר', כותרת ראשית, 7 בספטמבר 1983. עם זאת יש לציין שאחר-כך גויס שמיר בידי איסר הראל – בידיעת בן-גוריון ככל הנראה – לשירות הביטחון הכללי. בריאיון עם ד"ר פנחס גינוסר, שהיה איש לח"י ואחר-כך חבר במפלגה הקומוניסטית הישראלית (מק"י), הוא סיפר לי על תגובות דומות שהוא קיבל. בשנת 1949, סיפר לדוגמה גינוסר, דחה אותו מנהל סוכנות ממשלתית לשחרור סחורות מן המכס בטענה כי 'כבר יש לי איש לח"י אחד. אני לא יכול להעסיק יותר, אני לא יכול לעשות את זה לרחל ינאית [בן-צבי, נ"ק]'.

40. אמיכל ייבין, סמבטיון, עמ' 176.

41. יומן בן-גוריון, 27 באפריל 1953, אב"ג.

פגישה היה בן-גוריון סר מפעם לפעם למערכת דברי הימים (כתב עת בנושא היסטוריה יהודית בעריכתו של שייב, שהוציאה ון ליר) לשיחה עם שייב בנושאים שבהם עסק כתב העת (הגם ששירותי הביטחון הוסיפו לעקוב אחר שייב). גם יחסו של שייב לבן-גוריון השתנה במהלך השנים,⁴² והוא החל להעלות על נס את דבקתו של בן-גוריון באידאולוגיה הציונית ובייחוד את 'העזתו לעשות', שאותה הוא שיבח לעומת ההססנות של בגין 'איש הלגיטימיות'.⁴³

ואולם בעניין זה גם טמון ההבדל בין בן-גוריון 'אבי הממלכתיות' לבין שייב. שייב אמנם חשב שגדולתו של בן-גוריון ויתרונו על פני בגין טמונים ביכולתו לא רק לדבוק בקוטב האידאולוגי והמשיחי של הציונות, אלא גם בהצלחתו לתרגם את האידאולוגיה למעשים. עם זאת, הוא לא הצליח להבין את נאמנותו של בן-גוריון למרכיבים הפורמליים של תורות המדינה והמשפט המודרניות: שוויון אזרחי, דמוקרטיה ושלטון החוק, ולא הסכים לקבלה. במאמרו משנת 1965 'רפ"י - הזדמנות שהוחמזה' טען שייב שאף-על-פי שרפ"י מציגה תפיסה ממלכתית יותר ממפא"י, היא עדיין אינה מייצגת את הציונות האמיתית, כי 'מטרת הציונות היא מהפכנית, וכל מטרה מהפכנית היא מן ההכרח העדפה, פירושה סולם עדיפויות: משמע לא שוויון אזרחי-פורמליסטי'.⁴⁴ ואכן מעבר לחילוקי הדעות הפוליטיים ביניהם, סלע המחלוקת בין שייב לבין בן-גוריון, ולמעשה גם בין שייב לבין בית-המשפט, היה הפורמליזם הטבוע במדינה ובמשפט המודרניים מעצם הגדרתם. כאמור, הנמקתו הפורמליסטית של בית-המשפט בעניין שייב היא שעשתה את פסק הדין להחלטה חשובה הנלמדת עד היום בפקולטות למשפטים ובשיעורי האזרחות. ברם, בניגוד לפרשנות המתלווה בדרך-כלל לפסק הדין ומבקרת את רשויות המנהל הציבורי, התבטאויותיו של שייב והתנהגותו מלמדות שהמשלה והמנהל הציבורי דווקא הם שנהגו במקרה הזה על-פי אמות-מידה אזרחיות-ממלכתיות.

בפרשת שייב פעלו בית-המשפט ורשויות המנהל הציבורי מתוך תפיסת עולם אזרחית-ממלכתית דומה שבמרכזה ערך השוויון הפורמלי. שייב היה מנהיג מחתרת שסירב לקבל את כללי המשחק הבסיסיים ביותר של החיים האזרחיים בכלל ושל הדמוקרטיה המערבית בפרט, המבוססים על קבלת מרותה של המשלה הנבחרת. במובן זה הוא היה איש המחצית הראשונה

42. ראו מאמריו של שייב: 'בנפול בן-גוריון אל תשמח', הבוקר, 18 בדצמבר 1964; 'בן-גוריון אינו ראוי להיות באופוזיציה', הבוקר, 28 במאי 1965; 'על פרישתו של בן-גוריון', בתוך: ישראל אלדד, הגיונות ישראל, תל-אביב תשמ"א, עמ' 228; 'לבן-גוריון - בברכה ובמשאלה', ידיעות אחרונות, 22 באוקטובר 1971, עמ' 51; 'שכחו של יריב', הארץ, 17 בנובמבר 1983; 'לאהוב את בן-גוריון...', הארץ, 30 באוקטובר 1986, עמ' 7. ראו גם: צבי שילוח, 'על אלדד ובן-גוריון', בתוך: צבי סלונים ואמונה אלון (עורכים), חברים מקשיבים לקולך: לצבי שילוח בהגיעו לגבורות, בית-אל 1992, עמ' 92; אמיכל ייבין, סמבטיון, עמ' 257-259.

43. ראו: סלונים ואלון (עורכים), חברים מקשיבים לקולך, עמ' 96.

44. 'רפ"י - הזדמנות שהוחמזה', הבוקר, 22 באוקטובר 1965, מצוטט אצל אמיכל ייבין, סמבטיון, עמ' 258-259.

של המאה ה-20, שסירב לוותר על היוזמה ועל הוולונטריות, שסירב להמיר את הפעולה הישירה – הוויטאלית – בפרלמנטריות, ולתצל את הלהט האידיאולוגי והמשיחי לנוסחאות ולפרוצדורות משפטיות. 'נהיינו פתאום לפורמליסטים', הוא קונן, 'מסגרת: "מדינה"'. מסגרת: "ממשלה", מסגרת: "צבא" – ואנו מוכנים לפירוק סופי. לפירוק ארגוני אשר קדם לו הפירוק הנפשי, אשר לא היה אפשרי בלי הפירוק הנפשי.⁴⁵ פסק דינו של בית-המשפט העליון ומכתבו של שר הביטחון הציגו תפיסה פורמליסטית הפוכה מתפיסתו של שייב. בין השורות הקצרות של מכתבו ענה למעשה בן-גוריון לשייב: 'אכן, נהיינו פתאום לפורמליסטים. מדינה היא מסגרת, ממשלה היא מסגרת, צבא הוא מסגרת, בית-ספר הוא מסגרת'. ובפסק הדין הוסיפו השופטים: 'גם בית-המשפט הוא מסגרת'. בלי הקפדה על המסגרת הצורנית (הפורמה) ובלי הכרה בחשיבות המסגרת לא ייתכנו חיים אזרחיים בחברה ובמדינת חוק. התבטאויותיו של שייב והתנהגותו המחתרנית איימו לשמוט את הקרקע מתחת למסגרת הממלכתית עצמה ומתחת לעקרונות שלטון החוק והדמוקרטיה.

בפסק דינם רמזו שלושת השופטים שאמנם ייתכן שאין די במסגרת – בפורמליזם – בלבד, שכן המסגרת עצמה נגזרת מן הרעיונות הפוליטיים של הנאורות: זכויות אדם וחברה ממלכתית. לכן, הוסיפו השופטים, ייתכן שבעתיד יודקק בית-המשפט גם לבחינה מהותית של שיקול דעתם של הצדדים בסכסוך המשפטי. גם בן-גוריון לא הסתפק מעולם במסגרת הפורמלית. לממלכתיות הבן-גוריונית היה פן ערכי ואפילו משיחי, שהציונות היא מהפכה כוללת, ובפן זה הודגש הצורך ליצור חברה מופת. אך בה בשעה הדגישה הממלכתיות גם את חשיבותם של הרכיבים הפורמליים בחיים האזרחיים: דמוקרטיה, מערכת משפט אוטונומית, מנהל ציבורי מקצועי ואפוליטי, מערכת חינוך כללית, מערכת רווחה כללית וצבא ממלכתי אפוליטי הכפוף לחוק ולממשלה הנבחרת.⁴⁶ אף-על-פי שגם לממלכתיות הבן-גוריונית היו מגבלות (למשל אזרחיה הערבים של מדינת ישראל, שחיו לאורך כל תקופת כהונתו כראש ממשלה תחת משטר צבאי מפלה ומשפיל), נראה שהחוטא במקרה זה בפוליטיזציה פסולה לא היה בן-גוריון, כי אם שייב עצמו. הטעמים העומדים בבסיס פסק הדין 'הפורמליסטי' הממלכתי של בית-המשפט, שלא רצה 'פוליטיקה בבית-הספר', שווים לטעמים העומדים בבסיס סירובם של שר הביטחון ושל שר החינוך להעסיק את שייב כמורה: הכרה בדרכי פעולתה הכלליות והשוויוניות של המדינה, קבלת מרותן של הרשויות הפוליטיות הנבחרות, פעולה (או מחאה) פוליטית בדרכים דמוקרטיות לגיטימיות, שמירת החוק והסדר והדגשת הפן הפורמלי הקיים בדמוקרטיה, במנהל הממלכתי ובמשפט המודרני. מובן שההבדל במבנה

45. שייב, מעשר ראשון, עמ' שמג-שמד. ההדגשות במקור.

46. ניר קידר, 'צריכה להיות הרגשה של עם': שוויון ושותפות בתפיסתו של בן-גוריון בשנות החמישים והשישים', בתוך: חברה וכלכלה בישראל: מבט היסטורי ועכשווי (מסדרת הנושא של עיונים בתקומת ישראל, עורכים: אבי בראלי, דני גוטוויין וטוביה פרילינג), עומד להתפרסם, Nir Kedar, 'Ben-Gurion's Mamlakhtiyut: Etymological and Theoretical Roots', *Israel Studies*, 7 (3) (2002), p. 117.

כמו כן ראו: נתן ינאי, 'התפיסה הממלכתית של בן-גוריון', קתדרה, 45 (1987), עמ' 169.

של שני המוסדות (בית המשפט והמנהל הציבורי) ובתכליתיהם הציבוריות הכתיב גם יישום שונה של רעיון הפורמליזם המשפטי. בית המשפט דבק בהנמקה פורמליסטית-שוויונית הנגזרת מעקרון החוקיות ומעקרון כלליות המשפט, ואילו עמדת המנהל הציבורי בעניין שייב נבעה מתפיסה אזרחית-רפובליקנית של שוויון, המבקשת לעצב מרחב ציבורי-פוליטי דמוקרטי.⁴⁷ ואולם ההבדלים המובנים בין שני המוסדות אינם צריכים להסתר מאתנו את העובדה שהן בית המשפט והן רשויות המנהל הציבורי פעלו מתוך תפיסה פוליטית המדגישה את אופיים הכללי והשוויוני של המדינה והמשפט. זו בדיוק הסיבה ששייב, שאמנם הופתע מזכייתו במשפט, התאכזב מרה מההנמקה הפורמליסטית-השוויונית של פסק הדין:

אמנם נקבע כתקדים העקרון המשפטי הדמוקרטי הפורמלי, שעל פיו זכיתי במשפט, אך רחוק אני מלשמוח על כך ולא לכך נתכוונתי. הייתי רוצה במפורש [...] שלדעות כגון אלה שלי לא רק שהיה היתר בישראל כי אם ממש זכות בכורה, בעוד שדעות הסותרות את יסודות הגאולה היהודית המתגשמת בימינו, תהיינה אסורות ונפסלות בישראל. תאמר: אפלייה? כן, אפלייה.⁴⁸

על עמדה זו חזר שייב גם במאמר סרקסטי שפרסם בסלם בעקבות פסק הדין בעניינו. במאמר שהוכתר בכותרת 'אני מטיף להשתמש בנשק' הודה שייב:

לא זכות עבודה באתי לתבוע כאן, כי אם דווקא זכות הטפה להשתמש בנשק במקרים הנראים לי, מבלי שזכותי זו תפגע בזכויותי כאזרח, כל זמן שאני ממלא את חובות האזרח [...]

הדבר ודאי יפתיע אתכם, אבל אני מדגיש את זאת: אינני מחסידי זכויות אזרחיות מופשטות ומלאות 'לכל', שוויון זכויות 'יוטיליטי', ואף לא מחסידי זכות הדבור החופשי המחלט [...]. כן, למשל, אני מתנגד לשוויון זכויות - ולו אף פורמלי - למיעוט הערבי במדינה. כל הדיבורים על כך, שהן גם אנחנו היינו במיעוט בגולה, אינם אלא פטפוטים. אנחנו היינו מיעוט פרסונלי ואף בהיותנו מיעוט לאומי (כבפולין למשל) לא היו לנו תביעות טריטוריאליות.

ישנן אפשרויות אשר כאזרח וכעברי אראה את עצמי מחויב להתקומם ויהי בנשק ביד, ויהי נגד ממשלת ישראל [...]

מה הערובה שאני יכול לקבל שמאחורי כל שלט 'ממשלה' ו'צבא' יהיה גם תוכן 'עצמאות ישראל'? [...] אינני יכול להבטיח שאם ביום מן הימים ירבו לעיני רבים הסימנים, שאכן המכנסים הם בלי מלך, המדינה בלי עצמאות - אינני יכול להבטיח, כבוד

47. על השוני בין יישום רעיונות השוויון והכלליות בבית המשפט לבין תפיסת השוויון והכלליות של בן-גוריון ראו: גיר קידר, 'בן-גוריון והמאבק למינוי שופט ממוצא ספרדי לבית המשפט העליון', מחקר משפט, יט (תשס"ג), עמ' 515.

48. שייב, מעשר ראשון, עמ' שפד. ההדגשות במקור.

השופטים, שאז אמנע מלתת את חלקי אני כאשר נתתי בעבר למלחמת השחרור [...] לא אכרע בדרך בפני שום שלט אחר אשר יחפה על משהו שאינו הולם את כבוד השמות 'ממשלת ישראל' ו'צבא הגנה לישראל'. אבל כל זמן שאינני יורה בישראל, משום מה אסור לי להיות מורה בישראל?⁴⁹

שייב זכה בצדק בעתירתו מפני שנפלו פגמים מהותיים בהליך המנהלי בעניינו: למדינה לא היתה כל סמכות חוקית להתנות את העסקתו של שייב, או של כל מורה אחר, בקבלת אישור מראש מאת אגף החינוך (החוק שהגדיר את תנאי כשירותם של מורים לא כלל הוראה כזאת), ולשר הביטחון לא היתה סמכות להתערב בענייני חינוך המסורים על-פי חוק לשיקול דעתם הבלעדי של שר החינוך ופקידי משרדו. גם לו האמין בן-גוריון שהוא פועל ממניעים ממלכתיים ודמוקרטיים, 'פרשנותו' היתה מוטעית שכן אסור היה לו להתעלם מן העקרונות הפורמליים ומן ההליכים הראויים של מנהל תקין.

עם זאת, ייתכן מאוד שלו היתה משנתו של שייב-אלדד נבחנת בבית-המשפט בנסיבות אחרות, היתה תוצאת המשפט לרעתו. למשל, סביר להניח שאילו ביקש שייב להיבחר היום לכנסת בהביעו דעות דומות לאלה שהוזכרו, היתה רשימתו נפסלת על סמך סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת בשל הפגיעה באופיה הדמוקרטי של המדינה. לאור הלכת בג"צ ירדור ייתכן שרשימה היפותטית שכזאת לכנסת היתה נפסלת אף לפני הוספת סעיף 7א בשנת 1985, מן הטעם של 'דמוקרטיה מתגוננת',⁵⁰ שכן בדבריו של שייב לא מקופלים רעיונות פוליטיים 'קיצוניים' מופשטים, אלא חתירה של ממש תחת הבסיס ההסכמי והממשי של הסדר האזרחי הדמוקרטי. לכן סירובה של המדינה להסכים לעבודתו של שייב כמורה הוא שמעוגן בערכי שלטון החוק והדמוקרטיה.

* * *

התמונה העולה מפסק הדין בעניין שייב אינה אפוא תמונה דיכוטומית המציבה את בית-המשפט מזה ואת המנהל הציבורי מזה, את 'המשפט' מזה ואת 'הלא-משפט' מזה, אלא היא תמונה של שתי רשויות ממלכתיות 'משפטיות' מטבען, הפועלות הלכה למעשה על סמך תפיסה ממלכתית דומה, המדגישה את נחיצותם החברתית והאזרחית של 'תודעה אזרחית', של צדק פורמלי ושל מוסדות ממלכתיים המשרתים את כלל האוכלוסייה בהגינות, באחידות ובשוויוניות. פסק הדין היה אפוא מוצדק לא משום שבית-המשפט רצה לתקן מקרה של חוסר יעילות או של שחיתות, אלא משום שאף-על-פי שבן-גוריון ומשרד החינוך והתרבות פעלו במקרה של שייב בדרך ממלכתית וצודקת, הם פעלו שלא כדין, כלומר בלא סמכות חוקית ובניגוד לעקרונות הכלליות, השוויון, הצדק הפורמלי וההגינות הפרוצדורלית הנובעים מרעיונות המדינה המודרנית ומרעיון שלטון החוק.

49. סלם, שנה ב, גיליון יא (אדר א' תשי"א), עמ' 6-10. ההדגשות במקור.

50. בג"צ ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד (3) 365.