

## מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

ישראל צבי גילת\* ויהושע (שוקי) שגב\*\*

בקשת סעד של "הביאס קורפוס" נחשבת נדבך חיוני של ההגנה על החירות האישית, וממילא על חירויות היסוד של הפרט כולן, במסורת האנגלו-אמריקנית. בחינת מצבם העדכני של צווי הביאס קורפוס במשפט הישראלי מראה על דעיכתם. דעיכה זו בולטת במיוחד לאור תפקידם החשוב בשלבים שבהם צעד המשפט הישראלי את צעדיו הראשונים, והשימוש שעשה בהם בג"ץ לביסוס עליונות שלטון החוק ולהכפפתם של פרטים וגופים למרותו. דעיכה זו אינה מקרית ומשקפת העדפה מערכתית ומתודולוגית. במרכזו של המאמר יעמדו שלושה גורמים, שהובילו לדלדולם של צווי הביאס קורפוס: (א) התפתחות אלטרנטיבות סטטוטוריות להביאס קורפוס; (ב) פסיקה קזואליסטית הנעדרת ייחוד פרוצדורלי או מהותי; (ג) המהפכה החוקתית ואימוצה של הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית. המשותף לכל הגורמים הוא העדפה של הנרסה חוקתית גרנדיוזית – אם על ידי המחוקק ואם על ידי בתי המשפט – של מרחב חירות האדם.

א. מבוא. ב. קליטתו של הביאס קורפוס בבג"ץ הישראלי: בג"ץ כמגן חירות הפרט. ג. דעיכתו של הביאס קורפוס. ד. הגורמים לדעיכת הביאס קורפוס במשפט הישראלי; 1. התפתחותן של חלופות סטטוטוריות להביאס קורפוס; 2. פסיקה קזואליסטית הנעדרת ייחוד פרוצדורלי או מהותי; 3. המהפכה החוקתית והביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית. ו. סיכום

### א. מבוא

מן המפורסמות כי בסמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (להלן: בג"ץ) להעניק צווי הביאס קורפוס ולהורות "על שחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין".<sup>1</sup>

\* פרופסור חבר, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

\*\* דוקטור, מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

אנו אסירי תודה על שיחות והערות לטיטות קודמות לשופטת דפנה ברק-ארז, לפרופ' ניר קידר, לד"ר יואש מייזלר, לד"ר מיטל פינטו, לד"ר אולגה פרישמן, לד"ר שרון וינטל, למשתתפי הכנס השנתי של הארגון הישראלי להיסטוריה ומשפט ולמשתתפי הסמינריון המחלקתי בבית הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה. ברצוננו להודות במיוחד לעורכת כתב העת המשפט, ד"ר לימור זר-גוטמן, לעורכת המשנה אביטל עמרני ולחברי המערכת לידור זיגוג וירין סולאש על עבודתם הרבה ועזרתם בהבאת מאמר זה לדפוס.

1 ס' 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה.

משמעותו המילולית של הצו בלטינית הוא "הביאו את הגוף",<sup>2</sup> ומטרתו שמירה על חירות הפרט באמצעות בדיקה ובירור חוקיות מעצרו או הגבלתו של אדם. לא ניתן להפריז בחשיבותם של צווי ההביאס קורפוס במדינות המשפט המקובל.<sup>3</sup> בקשת סעד של "הביאס קורפוס" נחשבת נדבך חיוני של ההגנה על החירות האישית, וממילא על חירויות היסוד של הפרט כולן, במסורת האנגלו-אמריקנית.<sup>4</sup> צור מחצבתם של צווי ההביאס קורפוס הוא המשפט המקובל האנגלי של ימי הביניים,<sup>5</sup> והם נטועים היטב במאבק הסמכויות הפוליטי שניהלו בתי המשפט עם גורמים שונים, ובגיבוש סמכותם באנגליה. ההביאס קורפוס צמח כצו פררוגטיבי של הכתר,<sup>6</sup> שמטרתו המקורית הייתה לחייב הופעתם של אנשים שונים –

- 2 ראו BLACK'S LAW DICTIONARY 728 (8<sup>th</sup> ed. 2004).
- 3 ראו DAVID CLARK & GERARD MCCOY, THE MOST FUNDAMENTAL LEGAL RIGHT: HABEAS CORPUS IN THE COMMONWEALTH (2000); ROBERT J. SHARPE, THE LAW OF HABEAS 1–20 (1989). מעניין לציין כי היום מהווה הזכות להביאס קורפוס אבן פינה במשפט החוקתי של מדינות רבות ברחבי העולם גם בכאלה שזיקתם למשפט האנגלו-אמריקני נמוכה. על הגלובליזציה של ההביאס קורפוס ראו Brian Farrell, *From Westminster to the World: The Right to Habeas Corpus in International Constitutional Law*, 17 MICH. ST. J. INT'L L. REV. 551 (2009). עם זאת האפקטיביות של הצו במדינות שונות איננה זהה. על החתירה לעיגון ההביאס קורפוס במשפט הבינלאומי ראו והשוו Luis Kutner, *World Habeas Corpus: A Legal Absolute for Survival*, 39 U. DET. L.J. 279 (1962); Leonard B. Sutton, *Habeas Corpus: Its Past, Present and Possible World-Wide Future*, 44 DENV. U. L. REV. 548 (1967); Vicki C. Jackson, *World Habeas Corpus*, 91 CORNELL L. REV. 303 (2006).
- 4 בשני העשורים האחרונים זו אינה מסורת בלבד, אלא מציאות חיה של המשפט החוקתי האמריקני במידה רבה גם בשל ההליכים המשפטיים שליוו את כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים בעקבות פיגועי הטרור של ה-11 בספטמבר. התדיינות זו הגיעה לשיאה בשנת 2008 בפסק הדין של בית המשפט העליון האמריקני בעניין *Boumediene v. Bush*, 128 U.S. 2229 (2008), שם נקבע כי צו ההביאס קורפוס יהיה זמין גם לעצורים שבמתקן הכליאה של הצי האמריקני שבמפרץ גוונטאמו שבקובה. ראו Lee Kovarsky, *A Constitutional Theory of Habeas Power*, 99 VA. L. REV. 753 (2013); Stephen I. Vladek, *The New Habeas Revisionism*, 124 HARV. L. REV. 941 (2011); Joshua Alexander Gletzer, *Of Suspension, Due Process, and Guantanamo: The Reach of the Fifth Amendment After Boumediene and the Relationship Between Habeas Corpus and Due Process*, 14 U. PA. J. CONST. L. 719 (2012); Joshua M. Lott, *The End of Innocence? Federal Habeas Corpus Law After in Re Davis*, 27 GA. U. L. REV. 443 (2011); Brian R. Farrell, *Habeas Corpus in Times of Emergency: A Historical and Comparative View*, 1 PACE INT'L L. REV. ONLINE COMPANION 74 (2010); Richard H. Fallon & Daniel J. Meltzer, *Habeas Corpus Jurisdiction, Substantive Rights, and the War on Terror*, 120 HARV. L. REV. 2029 (2007).
- 5 לסקירה היסטורית מקיפה ומעמיקה של התפתחות צווי ההביאס קורפוס במשפט האנגלי מהעת העתיקה ועד לצורתם המודרנית ראו PAUL D. HALLIDAY, HABEAS CORPUS: FROM ENGLAND TO THE EMPIRE (2010); WILLIAM F. DUKER, A CONSTITUTIONAL HISTORY OF HABEAS CORPUS 3–94 (1980); CHESTER JAMES ANTIEAU, THE PRACTICE OF EXTRAORDINARY REMEDIES: HABEAS CORPUS AND THE OTHER COMMON LAW WRITS 1–14 (1987).
- 6 להסבר כללי על הצווים הפררוגטיביים במשפט האנגלי והתפתחותם ראו מאמרו המצוין של S.A. E. Jenks, *The Prerogative Writs*, 11 CAMBRIDGE L.J. 40 (1951). DeSmith, *The Prerogative Writs in English Law*, 32 YALE L.J. 523 (1923). מן המפורסמים שבצווים הפררוגטיביים הם: Habeas corpus ad subjiciendum (1) המחייב המצאתו של אדם הכלוא

מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

נתבעים, עדים ומושבעים – לפני בית המשפט של המלך.<sup>7</sup> במשך המאות שבו התפתח הצו, השתמשו תחילה בתי המשפט של המלך בצו, על מנת לבחון את חוקיות המעצר של עצורים בידי בתי משפט אחרים.<sup>8</sup> בסוף המאה השש-עשרה ותחילת המאה השבע-עשרה, על רקע מאבק פוליטי גובר והולך בין המלך לפרלמנט, החלו בתי המשפט להשתמש בצווי ההביאס קורפוס לשחרור אסירים, שהוחזקו בידי המלך ונציגיו בלי עילה חוקית.<sup>9</sup> בתקופה זו החלו מתדיינים להשתמש בצווי ההביאס קורפוס לפיקוח גם על מעצרים "פרטיים": נשים שנאסרו על ידי בעליהם, ילדים שנחטפו או שהייתה מחלוקת לגבי משמורתם, אנשים שנעצרו בשל מצבם הנפשי, ועבדים כנגד שיעבודם.<sup>10</sup> ניסיונותיו של הפרלמנט האנגלי לחזק את צו ההביאס קורפוס בחוקים שונים ולהגביל את כוחו של הכתר לכלוא נתונים נכשלו ברובם, אולם הם עיגנו בתודעה המשפטית את אופיו של ההביאס קורפוס כערובה מהמעלה הראשונה לחירות האדם.<sup>11</sup> באותה תקופה ממש, ועל רקע המורשת האנגלית, מצאו לנכון האבות המייסדים לעגן את זמירותם של הצווים בחוקה האמריקנית עצמה.<sup>12</sup>

באשמה פלילית או המצוי במעצר פרטי; (2) Certiorari, המורה על ביטול אישומים, צווים או הרשעות של טריבונלים נמוכים; (3) צו איסור המורה לטריבונלים ובתי דין נמוכים לבל יחרגו מסמכותם; (4) Mandamus, מחייב ביצוע של חובה ציבורית. לאחר בחינה של ההתפתחות ההיסטורית של הצווים, דהסמית (DeSmith) קובע כי רק החל מהמאה השבע-עשרה נתפסו הצווים הפרוגטיביים כמוזיהים מילולית עם זכויות הכתר וסמכויות המלך. עם זאת, בחינה מדוקדקת יותר של התפתחות הצווים מראה כי כל צו התפתח באופן הדרגתי ומקוטע ממקרה למקרה ורכש לעצמו מאפיינים הייחודיים לו, כך שמציאת מאפיינים המשותפים לכל הצווים הפרוגטיביים היא למעשה בלתי-אפשרית. מסקנתו של דהסמית היא אפוא שאף על פי שהמונח "צווים פרוגטיביים" מוכר באוזני כל משפטן בארצות המשפט המקובל, הרי לא ניתן לתת תשובה מספקת לשאלה מהו צו פרוגטיבי, לבד מהקביעה כי מדובר בצו המזוהה עם סמכויות המלך.

7 Duker, לעיל ה"ש 5.

8 שם, בעמ' 33-44, Halliday, לעיל ה"ש 5, בעמ' 27.

9 שם, בעמ' 165-174.

10 שם, בעמ' 124-132, 174-176, Vladek, לעיל ה"ש 4, בעמ' 950.

11 ויליאם בלקסטון, למשל, גרס כי צווי ההביאס קורפוס משמשים "סוללת המגן של החוקה הבריטית" והערובה הגדולה ביותר לחירות האדם. כמו כן, הוא התפאר כי חוק ההביאס קורפוס שחוקק הפרלמנט האנגלי על מנת להגן על סמכותם של בתי המשפט להוציא צווים אלה הוא מגנא כרתא (Magna Carta) שנייה. ראו (2003) WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES 4. ראו גם Duker, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7. על חשיבותו החוקתית של צו ההביאס קורפוס ראו אלכסנדר המילטון "הפדרליסט 84" הפדרליסט 428-429 (אהרון תמיר תרגם, התשס"ב): "הנהגתו של צו ההביאס קורפוס, האיסור על חוקים שתחולתם למפרע ועל תארי אצולה [...] הם אולי ערובות גדולות יותר לחופש ולרפובליקניות מכל מה שכלול בה [החוקה האמריקאית]. יצירתם של פשעים לאחר מעשה [...] ומנהג המאסרים השרירותיים היו בכל הדורות הכלים המועדפים והנוראים ביותר של העריצות".

12 U.S. CONST. art. I, § 9, 2. על אימוצו בחוקה האמריקנית והתפתחות צווי ההביאס קורפוס במשפט האמריקני והחקיקה הנלווית ראו Dallin H. Oaks, *Legal History in the Supreme Court*, 64 MICH. L. REV. 451 (1966); Francis Pascal, *Habeas Corpus and the Constitution*, 1970 DUKE L.J. 605 (1970); Lewis Mayers, *The Habeas Corpus of 1867: The Supreme Court as Legal Historian*, 33 U. CHI. L. REV. 31 (1965); Gary Peller, *In Defense of Federal Habeas*

על רקע מסורת מפוארת זו השריש בג"ץ את השימוש בצווי ההביאס קורפוס במשפט הישראלי, והוא נעזר בסמכותו הנ"ל ובהלכות המשפט המקובל. פסקי הדין החוקתיים והציבוריים הגדולים של בג"ץ בתקופת קום המדינה היו פסקי דין של הביאס קורפוס, בהמשך למסורת האנגלית של הצוים.<sup>13</sup> בניגוד לכך, בעשורים האחרונים – החל מסוף שנות השבעים – ניתן לזהות ירידה מובהקת במובלטות צו ה"הביאס קורפוס" בפסיקה הישראלית.<sup>14</sup> פסקי הדין החוקתיים הגדולים של העשורים האחרונים – גם אלו העוסקים בנושאים הקלאסיים שנשלטו על ידי ההביאס קורפוס כגון חירות ממעצר וממאסר בעניינים ביטחוניים ופוליטיים – אינם עוד פסקי דין של הביאס קורפוס. במילים אחרות, טענתנו היא שבחינת מצבם העדכני של צוים אלה במשפט הישראלי תראה "קיפאון" ואולי אפילו "דעיכה". מצב זה בולט במיוחד לאור תפקידם החשוב בשלבים שבהם צעד המשפט הישראלי את צעדיו הראשונים.

מאמר זה מוקדש לבחינת דעיכתו של ההביאס קורפוס, ולזיהוי הגורמים לדעיכה זו. אנו מזהים שלושה גורמים שהביאו לירידתו של ההביאס קורפוס: (א) התפתחות חלופות סטטוטוריות בעניינים, שנשלטו בעבר על ידי צו ההביאס קורפוס, הובילו ליתורו; (ב) פסיקת ההביאס קורפוס בתחומים מרכזיים כגון חטיפות ילדים ועצורים ביטחוניים נעדרה ייחוד פרוצדורלי או מהותי. בהיעדרו של ייחוד פרוצדורלי או מהותי היא נדונה לניוון גם במקום שלא הייתה התפתחות חקיקתית ובוודאי במקום שבו הייתה התפתחות חקיקתית; (ג) למן המהפכה החוקתית ואימוץ הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית ניתן לזהות העדפה של שופטי בית המשפט העליון לדון בסוגיות של חירות האדם במסגרת תקיפה ישירה של חקיקה ראשית ובהתאם למבחני פסקת ההגבלה של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

שלושת הגורמים הנ"ל משקפים נטייה להנדסה חוקתית גרנדיוזית על פני הנדסה חוקתית קמעונאית של מרחב חירות האדם. העדפה זו ניכרת הן בפעילות המחוקק והן בפסיקת שופטי בג"ץ. במילים אחרות, בעוד שצווי ההביאס קורפוס פעלו בדפוס הדומה ל"יד נעלמה" של אדם סמית<sup>15</sup> – ממקרה למקרה – מעדיפים המחוקק ובג"ץ (כל אחד משיקוליו ומטעמיו) בעידן החוקתי לקדם ולהסדיר באופן ישיר וכולל את המבנה הבסיסי של החברה באשר לחירות האדם.

מבנה מאמר זה כדלקמן: פרק ב של המאמר מציג את קליטתו של צו ההביאס קורפוס במשפט הישראלי. פרק ג מתאר את דעיכתו של ההביאס קורפוס במשפט הישראלי. פרק ד עומד על הגורמים שהביאו לירידתו של ההביאס קורפוס, המייצגים העדפה מערכתית ונורמטיבית לגמד את ההביאס קורפוס. תחילה נבחן את התפתחותן של חלופות סטטוטוריות (פרק ד.1); לאחר מכן נעמוד על אופי הפסיקה בהביאס קורפוס בשני נושאים מרכזיים שנשלטו

*Habeas Corpus Relitigation*, 16 HARV. C.R.-C.L.L. REV. 579 (1982); James S. Liebman, *Apocalypse Next Time?: The Anachronistic Attack on Habeas Corpus/Direct Review Parity*, 92 COLUM. L. REV. 1997 (1992); Ann Woolhandler, *Demodeling Habeas*, 45 STAN. L. REV. 575 (1993); Alan Clarke, *Habeas Corpus: The Historical Debate*, 14 N.Y.L. SCH. J. HUM. RTS. 375 (1998).

13 ראו להלן פרק ב.

14 ראו להלן פרק ג.

15 4 ADAM SMITH, WEALTH OF NATIONS ch. 2 (Bruce Mazlish ed., 1961)

מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

על ידי הצווים: חטיפות ילדים (פרק ד.2.א)) ובענייני ביטחון (פרק ד.2.ב)) ונראה כי היא נעדרת ייחוד פרוצדורלי ומהותי. לבסוף נעמוד על השפעתה של המהפכה החוקתית ואימוצה של הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית בדעיכת הצווים (פרק ד.3)).

### ב. קליטתו של ההביאס קורפוס בבג"ץ הישראלי: בג"ץ כמגן חירות הפרט

מן המפורסמות כי בסמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (להלן: בג"ץ) "לתת צווים על שחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין".<sup>16</sup> סמכותו של בג"ץ להוציא צווי הביאס קורפוס נקבעה עוד בהוראות סעיף 7(א) לפקודת בתי המשפט 1940:

"לבית המשפט הגבוה יהא השיפוט היחיד בענינים דלקמן:

(א) בקשות (מסוג משפטי "הביאס קורפוס") למתן צווים לשחרר אנשים העצורים במשמר שלא כחוק".

עם הקמת בית המשפט העליון בישראל השריש בג"ץ את השימוש בתרופה של הביאס קורפוס במשפט הישראלי כשהוא נעזר בסמכותו הנ"ל ובהלכות המשפט המקובל.<sup>17</sup> כך, בעצם הימים של מלחמת העצמאות, בעניין אל-כרבוטלי,<sup>18</sup> שוחרר עציר שנחשד בשיתוף פעולה עם כוחות האויב מכיוון שלא הוקם מנגנון שידון בהתנגדויות של העציר למעצרו. ואילו בעניין אל-כורי,<sup>19</sup> שוחרר ממעצר מנהלי אדם שנחשד שבזמן שירותו במשטרת ארץ ישראל בתקופת המנדט מנע בזדון עזרה מאנשי קיבוץ נגבה, בשל הפגם הטכני לכאורה שנפל בצו המעצר שלא פירט את מקום מעצרו של אותו אל כורי. בעתירות אלה עמדה להכרעה השאלה אם הצדיק המשיב באופן חוקי את המעצר שבו מוחזק האדם נשוא הבקשה.

בהתאם, הפסיקה בתקופה הפורמטיבית של בג"ץ בנוגע לצווי הביאס קורפוס הייתה משמעותית מכלל העתירות לבג"ץ, הן בהיקפה והן באיכותה וחיבתה. לעתים קרובות היללו וקילסו שופטי בג"ץ בשבחם של צווים אלה תוך הסתמכות על המסורת האנגלית המזהה צווים

16 ס' 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה. שורשיו הסטטוטוריים של ההביאס קורפוס בישראל הם בפקודת בתי המשפט, 1940 שהסמיכה את בית המשפט הגבוה לצדק לדון ב"בקשות (מסוג משפטי, הביאס קורפוס) למתן צווים לשחרר אנשים העצורים במשמר שלא כחוק". לאחר קום המדינה זכה צו זה לניסוח עברי בס' 7(1) לחוק בתי-המשפט, התשי"ז-1957. כיום, ס' 15(ד1) לחוק-יסוד: השפיטה. ראו גם חיים כהן המשפט 403-405 (1992).

17 יש המייחסים את השרשת השימוש בצו הביאס קורפוס כבר לבג"ץ המנדטורי. ראו כהן, שם; אריה רוזנבלום "הביאס קורפוס" – ו"צו בירור" הפרקליט טו 104 (1959). לבחינה היסטורית מקיפה של הקמת הבג"ץ והענקת הסמכות להוציא צווי הביאס קורפוס לבג"ץ המנדטורי ראו יאיר שגיא "למען הצדק? על הקמתו של בית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כח 225 (2004).

18 בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב 5 (1949). ראו גם רון חריס "גם מעצר מינהלי כפוף לחוק" בית המשפט: חמישים שנות שפיטה בישראל 24 (דוד חשין עורך, 1999).

19 בג"ץ 95/49 אל-כורי נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד ד(1) 34 (1950).

אלה עם רעיון החירות האישית. כך למשל בעניין אל-כורי, שנתפס בעיני רבים מחוקרי המשפט כאבן ראשה במשפט הציבורי ובהגנה על זכויות אדם,<sup>20</sup> אימץ השופט אגרנט את המוסכמה היסודית של המשפט המקובל האנגלי כי "כל אדם הוא בחזקת בן חורין".<sup>21</sup> כלל גדול זה, הסביר אגרנט, חל גם בישראל מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצה, הואיל ולא רק שאינו עומד בסתירה לתנאי הארץ ותושביה, אלא הוא אף תואם את הרוח המפעמת בהכרזת העצמאות, שלפיה הוכרו כי מדינת ישראל תהא מושתתת על יסודות החירות.<sup>22</sup> אולם, המש"ך אגרנט, "הצהרות בדבר קיום חירות הפרט לחוד, וביצוע זכות זו לחוד".<sup>23</sup> בהסתמך על המלומד דייסי, קבע השופט אגרנט כי הצהרת נאמנות לעקרון החירות אינה מספיקה, אלא יש צורך ביישום של העיקרון הלכה למעשה. לשם כך בדיוק קיים צו ההביאס קורפוס:

"באנגליה – הדברים ידועים – נפתרה הבעיה בזמן קדום מאוד ביצירת התרופה הידועה בשם habeas corpus as subjiciendum, ושהוקנתה לכל אדם שהתלונן כי הנו עצור בניגוד לחוק. תרופה זו שימשה תמיד למטרה האחת והיחידה שבית המשפט יבחן את חוקיות המעצר הקיים של העציר הנדון. והיה: אם מצא בית המשפט כי האיש עצור שלא כחוק, היה חייב לצוות כי ישוחרר לאלתר".<sup>24</sup>

מקרה נוסף בפסיקה הפורמטיבית של בג"ץ המבליט את חשיבות ההביאס קורפוס לחירות הפרט תוך הסתמכות על המסורת האנגלית הוא בג"ץ רימון,<sup>25</sup> מפסקי הדין הראשונים שעסקו בחטיפות ילדים. במקרה זה עתרה אמה של קטינה ל"שחרורה" מחזקתם של קרובי משפחתו של בעלה שהתאבד, בבקשה להוצאת צו הביאס קורפוס על ידי בג"ץ. קרובי משפחתו של בעלה התגוננו בין השאר בטענה של "סעד חלופי", כי ראוי היה שהעותרת תפנה לבית המשפט המחוזי, שהיה בית המשפט המוסמך באותה תקופה לדון בסכסוכי משמורת.<sup>26</sup> על כך השיב השופט שניאור זלמן חשין כי מן הראוי שלא להעלים עין ממהותו של צו ההביאס קורפוס,

20 בעניין זה הורה בג"ץ לשחרר את העותר, שמידע לגביו הצביע כי ביצע מעשי רצח ואלמות נגד יהודים, בשל העובדה שצו המעצר שהוצא נגדו לא נקב במקום מעצר מסוים, למרות לשונה של תקנה 111(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, 858. על חשיבותו של פסק הדין בעניין אל-כורי ועל אופיו הפורמליסטי ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 526 (1993). אליבא דמאוטנר, ההגנה על זכויות האדם בתקופה הפורמטיבית של המדינה נעשתה בעזרת הפורמליזם המשפטי, ופסק הדין בעניין אל-כורי הוא מקרה מייצג לשימוש שעשו שופטי בג"ץ בפורמליזם לקידומה של תפיסת עולם ליברלית.

21 עניין אל-כורי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 37. מוסכמה זו נודעה בשם עקרון חירות הפרט, והיא מרכיב חשוב באידאל של שלטון החוק וחלק מהחוקה הבלתי-כתובה של מדינת ישראל. על פי עקרון חירות הפרט, הפרט חופשי לעשות כרצונו כל עוד המחוקק לא הגביל או הצר חופש זה. בהתאם, הרשות לפעול היא כלל בררת המחדל הברור מאליו, ואילו הגבלה על חירות הפעולה היא החריג לכלל הדורשת הוכחה פוזיטיבית.

22 ש.ם.

23 ש.ם.

24 ש.ם, בעמ' 38.

25 בג"ץ 113/50 רימון נ' רימון, פ"ד ד 781 (1950).

26 ש.ם, בעמ' 784.

מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

"[ש]נועד לשמש אמצעי יעיל, אשר על פיו יקנה לו אדם את חירותו המיידית ממעצר בלתי חוקי או בלתי צודק".<sup>27</sup> יתרה מזאת, השופט חשין הדגיש כי גם אם עומדת לאזרח "תרופה אלטרנטיבית", הרי "אם אותה תרופה לא תושג על ידו על אתר, אלא לאחר דיון ממושך, טובת הצדק דורשת כי לא ידחה ולא ימנעו ממנו את התרופה בדרך צו מסוג 'הביאס קורפוס'".<sup>28</sup> באותו פסק דין עוד טענו המשיבים כי צו ההביאס קורפוס, מטרתו הסדרת היחסים שבין אדם לשלטון לשם הגנת זכויותיו של הפרט לבל יקופחו על ידי המדינה ולא הסדרת היחסים שבין אדם לחברו.<sup>29</sup> על כך ענה השופט חשין:

"האמת היא, כי הזכות לפנות אל בית המשפט בבקשת מתן צו מסוג 'הביאס קורפוס', לשחרורו של קטין מפיקוחם של זרים ולהחזרתו לאשר זכאי לפקח עליו, זכות זו טבועה בעקרונות המשפט המקובל, שראשיתם מקדמת דנא [...]. ככל אימת שקטין נעצר במשמר בלתי חוקי, יש לו הזכות להשתחרר ממשמר [...] בלתי חוקי זה כאילו היה מבוגר; הוא זכאי משום כך לצו של הביאס קורפוס".<sup>30</sup>

דוגמאות אלו ממחישות כיצד מיצב בג"ץ את עצמו כשומר האולטימטיבי של חירות הפרט תוך הישענות על המסורת האנגלית המפוארת של הביאס קורפוס, אם במישור היחסים בין הפרט לשלטון ואם במישור היחסים בין הפרטים עצמם.<sup>31</sup> למעשה אין לנו כאן רק מבט לטבע הפונקציה השיפוטית, אלא לטבע מדינת ישראל כמדינה שוחרת חופש דרך מסורת הביאס קורפוס. דוגמה מאלפת לתפיסה זו ניתן למצוא במאמרו של השופט ברנזון מסוף שנות השבעים בכתב העת הפרקליטי:

"בארץ מעוגנת סמכות בית המשפט הגבוה לצדק בחוק חרות, הקובע, שבית המשפט ידון בעניינים שבהם הוא רואה צורך להושיט 'סעד למען הצדק'. במיוחד מתערב הוא למניעת מאסר או מעצר בלתי חוקי [...] הנודע והחשוב ביותר מבין עניינים אלה הוא הליך הביאס קורפוס שמטרתו להבטיח את האזרח מפני מאסר, מעצר או החזקה בלתי חוקיים על ידי גורמים ציבוריים ואף על ידי אנשים פרטיים. ההליך הפשוט העתיק הזה שהונהג באנגליה על ידי השופטים [...] הוא שעשה ארץ זו וכל מדינה אחרת שהלכה בעקבותיה, לרבות ישראל, ארץ שוחרת חופש, שבה מוגן כל אדם הנמצא בתחומה – אזרח, תושב, מבקר, עובר אורח וכו' – מפני שלילה שרירותית של חרותו".<sup>32</sup>

ש.ם. 27

ש.ם. 28

ש.ם, בעמ' 786. 29

ש.ם. אולם השוו בג"ץ 76/71 לנדרר נ' לנדרר, פ"ד כה(2) 258, פס' 11 לפסק דינו של השופט ויתקון (1971). 30

מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25 (1994). 31

צבי ברנזון "על בית המשפט הגבוה לצדק, היקף סמכותו וזכות העמידה בו" הפרקליט לא 194, 195–194 (1977). עד היום ניתן למצוא שופטים התופסים את ההגנה על זכויות האדם בישראל 32

סקירה קצרה זו ועל קצה המזלג של הפסיקה והכתיבה המשפטית מראה לנו כי צו ההביאס קורפוס תפס מקום של כבוד במסגרת החוקתית הישראלית. למרכזיותו ומעמדו העיוני של ההביאס קורפוס היו גם השלכות דוקטרינריות פשוטות: ראשית, בבקשה להביאס קורפוס לא היה צורך להראות מעמד, ואדם הכלוא ללא יסוד חוקי ישוחרר לבקשתו של כל אדם.<sup>33</sup> שנית, כל כך נחשב צו ההביאס קורפוס, עד שבקשה להביאס קורפוס קיבלה זכות קדימה של דיון על פני כל עניין אחר.<sup>34</sup> שלישית, גם אם יש סעד חלופי לעותר בערכאות אחרות, בג"ץ ייעתר לבקשה להביאס קורפוס אם זהו האמצעי היעיל והמהיר להבטיח את שחרורו של אדם.

### ג. דעיכתו של ההביאס קורפוס

בעשורים האחרונים ניתן לזהות ירידה במובלטות צו ההביאס קורפוס בפסיקה הישראלית.<sup>35</sup> גם בהליכים פליליים,<sup>36</sup> בעתירות אסירים באשר לעצם מאסרם<sup>37</sup> ותנאיו,<sup>38</sup> בעתירות מאושפזים בבתי חולים לחולי נפש<sup>39</sup> ובסכסוכי משמורת, כמעט שהתאיין השימוש בו.<sup>40</sup> אמנם עתירות

בפריזמה של צו ההביאס קורפוס, כך למשל ניתן ללמוד מדבריו של השופט יצחק אנגלרד בריאיון שערך בשנים האחרונות לאחר פרישתו מכס השיפוט. השופט אנגלרד מסביר כי מצב זכויות האדם בישראל הוא יותר טוב משוייץ, והדוגמה שהוא נותן היא מקרה שבו שחרר אסיר בעתירה להביאס קורפוס: "ראיון עם השופט בדימוס יצחק אנגלרד" עלי משפט ז' 77, 89 (רחמים כהן עורך, 2009).

- ברנון, לעיל ה"ש 32, שם. 33  
 שם, בעמ' 195; "ראיון עם השופט בדימוס יצחק אנגלרד", לעיל ה"ש 32, שם. 34  
 על הירידה בחשיבותו של צו ההביאס קורפוס ניתן ללמוד אף מהכתיבה האקדמית. עד כמה שהדבר ידוע לנו לא נכתב מאמר או ספר בנושא ההביאס קורפוס בשלושים השנים האחרונות, ובשום פקולטה או בית ספר למשפטים לא נלמד קורס בנושא זה. למאמר מכוון בהביאס קורפוס במשפט הישראלי ראו יוסף חריש "הפרוצדורה לבקשות מסוג הביאס קורפוס" סוגיות נבחרות במשפט 135 (התשי"ב). 35  
 בג"ץ 416/06 משגב נ' מפכ"ל משטרת ישראל (פורסם בנבו, 15.1.2006); בג"ץ 1987/08 נג'אר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.3.2008). בעניין נג'אר נדונה עתירה למתן צו מסוג הביאס קורפוס. העתירה נדחתה על הסף, שכן טענותיו של העותר הן "ערעוריות", וקיים לו סעד חלופי של הגשת ערר לבית המשפט המחוזי על החלטת בית המשפט השלום ולגבי טענות כי הוא נזקק לטיפול רפואי הרי גם בעניין זה יוכל לפנות לערכאות הדנות במעצר. 36  
 בג"ץ 423/10 יגרמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.6.2010); בג"ץ 4159/10 עצמון נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 6.6.2010). בעניין עצמון נדחתה עתירה לצו הביאס קורפוס של אסיר שפסק דינו בערעור התעכב שכן "טענות העותר מקומן במסלול הדין הפלילי ולא במסגרת עתירה לבג"ץ". 37  
 ראו בש"פ 7053/01 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.11.2001). 38  
 ראו למשל בג"ץ 5487/98 נברו נ' הפסיכיאטר המחוזי למחוז מרכז (פורסם בנבו, 23.3.2000). בעניין נברו אושפזה העותרת בכפייה בבית חולים פסיכיאטרי לאחר שהודיעה כי בכוונתה להטביע את כנותיה הפעוטות בהתאם לס' 5 לחוק לטיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991. לאחר שבא כוחה תבע את שחרורה, השיב לו הפסיכיאטר המחוזי כי המבקשת טובא למחרת בפני הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית שתדון בערר על אשפוז. בא כוח העותרת החליט שלא להמתין לערר ופנה לבג"ץ בעתירה למתן צו הביאס קורפוס בטענה כי אשפוזיה של העותרת היה שלא בסמכות. הדין בעתירה בבג"ץ נקבע באופן מידי ליום המחרת, אולם הוא בוטל, שכן בינתיים



מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

ובקשות לצווי הביאס קורפוס בהקשרים מנהליים ובייחוד בהקשרים ביטחוניים נפוצות מאוד,<sup>41</sup> אולם גם בהקשרים ביטחוניים אלו מרבית העתירות לצו הביאס קורפוס נמחקות,<sup>42</sup> נדחות על הסף או נדחות לגופו של עניין,<sup>43</sup> כך שרק לעתים נדירות נעתר בג"ץ להפוך את הצו על תנאי למוחלט. במרבית המקרים הביטחוניים הפכו צווי הביאס קורפוס לצוים לאיתור מקום מעצרם של אסירים על ידי כוחות הביטחון.<sup>44</sup> עוד ראוי לציין כי פסיקת הביאס קורפוס בעשורים האחרונים שוב אינה כוללת הרצאת דברים בנוגע לחשיבות הביאס קורפוס לחירות הפרט, למסורתו האנגלית או הישראלית.<sup>45</sup>

בד בבד ניתן לזהות היחלשות דוקטרינרית של צו הביאס קורפוס, כך שלעתים קרובות דוחה בג"ץ בקשה להביאס קורפוס מטעמים של סעד חלופי, מיצוי הליכים או היעדר מעמד לעותר.<sup>46</sup> כאמור, בימים עברו הייתה ההלכה הפסוקה כי גם אם קיים סעד חלופי, ייעתר בג"ץ לצו הביאס קורפוס שכן הוא הערובה היעילה ביותר לחירות האדם. מטעם זה גם נאות בג"ץ

התכנסה הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית והורתה על שחרורה של העותרת. בא כוח העותרת הגיש בקשה למחיקת העתירה בכפוף לחיוב המשיבים בהוצאות. הרשם אמיר זולטי דחה את הבקשה לחייב בהוצאות, שכן בעת הגשת העתירה היה ידוע לבא כוח העותרת כי עניינה עתיד לידון בפני הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית בהתאם להוראות החוק לטיפול בחולי נפש. הרשם העיר כי גם אם הוראת האשפוז הייתה בטלה על פניה היא טעונה בדיקה והוכחה בפני הערכאה המוסמכת שהיא הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית. חרף זאת, הסביר הרשם זולטי, בא כוח העותרת בחר מטעמיו הוא להגיש עתירה לצו הביאס קורפוס בסטייה מסדרי הדין הקבועים בחוק לטיפול בחולי נפש. עניין נברו מדגים אפוא את התפיסה כי על המבקש הביאס קורפוס למצות תחילה את ההליכים ודרכי הפעולה הקבועים בחוק לטיפול בחולי נפש אפילו מדובר בטענה כי הרשויות פועלות שלא בסמכות.

40 ראו למשל בג"ץ 5479/06 מזורין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.6.2006). מעניין לציין כי נדירות השימוש בעתירות להביאס קורפוס בחטיפות ילדים בולט במיוחד לאור העובדה ששיעורי ההצלחה של העותר בעתירות אלו היו גבוהים לאין שיעור משיעורי ההצלחה של עותר להביאס קורפוס בסוגיות אחרות או בעתירות נגד הרשות הציבורית באופן כללי. שיעור ההצלחה בעתירות הביאס קורפוס של חטיפות ילדים עמד על 65.2%, והוא אף היה גבוה משיעור ההצלחה הכללי המקובל בסכסוכים אזרחיים בין פרטים, ראו יורם שחר ומירון גרוס "קבלתן ודחייתן של פניות לבית המשפט העליון: ניתוחים כמותיים" מחקרי משפט יג 329, 342–343 (1997).

41 בג"ץ 8208/16 זאין נ' מפקד כוחות הצבא בגדה (פורסם בנבו, 16.3.2011); בג"ץ 2586/16 אשירף נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.3.2016); בג"ץ 3321/04 פדרמן נ' שר הביטחון (פורסם בדינים ועוד, 5.4.2004); בג"ץ 4169/10 כהן נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 23.3.2010).

42 בג"ץ 5278/06 רשואן נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 16.7.2006).

43 בג"ץ 3208/09 בכרי נ' בית המשפט לערעורים מחנה עופר (פורסם בנבו, 16.4.2009).

44 בג"ץ 10058/07 ענאתי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 12.2.2008); בג"ץ 1201/08 סאמר יוסף נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם בנבו, 20.3.2008); בג"ץ 2668/08 פריד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (פורסם בנבו, 11.8.2008).

45 להתבטאות חריגה ראו בג"ץ 6772/06 נסראללה נ' שר הביטחון, פס' ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.1.2007): "הסעד המרכזי שהתבקש בעתירה היה הבאת העותרים בפני בית המשפט (הביאס קורפוס), כדי להשיג את שחרורם. סעד זה הוא מן הסעדים המקוריים שעליהם יוסד בית משפט זה כבית משפט גבוה לצדק. ואולם בטרם המצאת העתירה וכנטען בלא קשר להגשתה, הוחזרו העותרים ללבנון [...] כך או אחרת, נמצא כי העתירה התייתרה שכן הסעד המרכזי שהתבקש בה אינו רלבנטי עוד".

46 עניין מזורין, לעיל ה"ש 40.

להוציא צו הביאס קורפוס לבקשתו של כל עותר ולא הקפיד כי העותר בעל מעמד בהתאם לכללי זכות העמידה.<sup>47</sup>

דוגמאות מובהקות לירידת קרנו של הביאס קורפוס ניתן למצוא בפסקי הדין שבפרשות הבאות. בעניין גוטמן,<sup>48</sup> עתר המבקש לצו הביאס קורפוס על מנת לשחרר ממעצר שבע קטינות שלא הזדהו בשמן, שנעצרו בחשד לביצוע עברות של כניסה לשטח סגור, הסגת גבול פלילית והפרעה לשוטר במילוי תפקידו. בית המשפט דחה את הבקשה להביאס קורפוס על הסף מטעמים של סעד חלופי<sup>49</sup> והיעדר מעמד לעותר.<sup>50</sup>

פסק דין נוסף המעיד על דעיכתו של הביאס קורפוס הוא עניין מאירצ'יק.<sup>51</sup> בעניין זה השיגה העותרת על החלטתו של בית משפט השלום בכפר סבא להותירה במעצר שתכליתו התייצבותה לדיונים בהליך הפלילי שהתקיים בעניינה באותה ערכאה.<sup>52</sup> בית המשפט המחוזי קבע כי אף שקיימת עילה למעצר עד תום ההליכים, הרי שלא מולאה דרישתו של סעיף 21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996 שלפיה לא יינתן צו מעצר קודם שהוצגו ראיות לכאורה לאשמה, ובית המשפט נתבקש לבחון את התשתית הראייתית שלחובת העותרת. עם זאת, הדיון בבית משפט השלום התקיים רק לאחר למעלה מעשרה ימים, והובטח שההחלטה תינתן 15 ימים לאחר החלטת בית המשפט המחוזי. למעשה, כל אותו זמן הוחזקה העותרת במעצר שחוקיותו מוטלת בספק ולא התקיים בעניינה דיון למרות הקביעה של המחוזי.

השופט אדמונד לוי הביע מורת רוח מהתנהלות זו כלפי העותרת והעיר כי החזקה במעצר ללא דיון נוסף נבעה "מסיבות שונות, שמתקשה אני ליישבן עם הזכות היסודית לחירות ממעצר".<sup>53</sup> עם זאת החליט בית המשפט לדחות את העתירה על הסף, ולא משום שעורך דינה של העותרת הזדרז להגישה, אף שצפויה הכרעתו בבית משפט השלום, אלא משום שבית משפט זה אינו הערכאה המתאימה לבירור הטענות. אם מבקשת העותרת להשיג על החלטות בנושא המעצרים, עליה לעשות זאת בדרך הקבועה בחוק, ועתירה לבית המשפט הגבוה לצדק לא תוכל להחליפה.<sup>54</sup> אנו רואים בהחלטה זו משום ניתוק של רעיון החירות מפרוצדורות הביאס קורפוס. אם הביאס קורפוס הוא הערובה הגדולה ביותר לחירות האדם, כיצד ניתן

47 ברנזון, לעיל ה"ש 32.

48 בג"ץ 428/08 גוטמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.1.2008).

49 שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. בית המשפט הסביר כי עניינן של הקטינות מתנהל בהליכים פליליים בהתאם להוראות הדין הפלילי. משכך, קיים סעד חלופי מובהק לטיפול בעניינן, ואין מקום להיזקק להליכים בפני בג"ץ. ראו גם עניין יגרמן, לעיל ה"ש 37.

50 שם.

51 בג"ץ 5045/08 מאירצ'יק נ' השופטת ניצה מימון-שעשוע (פורסם בנבו, 5.6.2008).

52 העותרת הועמדה לדין בחשד לביצוע עברות של הסגת גבול, תקיפת שוטר וסירוב לנטילת אמצעי זיהוי, זאת שכן על פי המיוחס לה תקפה העותרת בנשיכה ובמכות שוטרים שעסקו בפינויה מן המאחז שבות עמי בשומרון. לאחר שנעצרה סירבה להצטלם ולאפשר נטילתן של טביעות אצבע. מאז אותו אירוע היא הוחזקה במעצר שממנו לא שוחררה הואיל וסירבה למלא אחר תנאי השחרור. המעצר הוארך מעת לעת לפרקי זמן קצובים, עד שלבסוף קבע בית המשפט השלום כי אם לא יקוימו תנאי הערובה תישאר העותרת במעצר עד תום ההליכים.

53 עניין מאירצ'יק, לעיל ה"ש 51, פס' 5 לפסק דינו של השופט לוי.

54 שם.

מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

ליישב את החשש מפגיעה בזכות היסודית לחירות עם הקביעה שבג"ץ אינו הפורום המתאים ועל החלטות מעצרים צריך להשיג בהתאם לדרך הקבועה בחוק?<sup>55</sup> כאמור, קיומו של סעד חלופי או טענה שהעותר אינו בעל זכות עמידה, לא מנעו בזמנים עברו את הוצאת הצו. קרי, הביאס קורפוס לא נתפס בעבר כסעד אחרון, שהזכאות לו תלויה בהיותו מוצא אחרון כשכלו כל הקיצין.

דוגמה נוספת תימצא בעניין פלוני נ' משטרת ישראל.<sup>56</sup> העותר נעצר ונחקר במשטרת מחוז ש"י בחשד לעברות שונות, ובהן מגע עם סוכן זר, קשירת קשר וניסיון לגרום למותו של אדם. בקשה להארכת מעצר העותר, שהוגשה לבית משפט השלום בירושלים, נדחתה על ידי מחמת היעדר סמכות, מאחר שלא מתקיימים התנאים להחלת דיני העונשין של ישראל.<sup>57</sup> ערר שהגישה המדינה לבית המשפט המחוזי נדחה אף הוא, תוך שהוא מאמץ את קביעתו של בית משפט השלום כי הוא נעדר סמכות לדון בהארכת המעצר של העותר. שופט בית המשפט המחוזי עיכב את שחרורו של העותר על מנת לאפשר למדינה להודיע לבא כוח העותר אם בכוונתה להגיש בקשת ערעור לבית המשפט העליון. המדינה לא הגישה בקשת רשות לערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, ופנתה לבית המשפט הצבאי ביהודה בבקשה להאריך את מעצרו של העותר בשבעה ימים. בית המשפט הצבאי קבע כי הוא מוסמך לדון בבקשה, והורה להאריך את מעצרו של העותר בארבעה ימים. עתה, פנה העותר לבית המשפט המחוזי בבקשה לשחררו לפי פקודת ביזיון בית המשפט. בית המשפט המחוזי סירב וקבע כי אם קיימת טענה למעצר בלתי-חוקי, על המבקש להעלותה בפני בית המשפט הצבאי.<sup>58</sup> העותר פנה בבקשה לסעד של הביאס קורפוס לבג"ץ. בג"ץ הורה על מחיקת העתירה עקב קיומו של סעד חלופי, שכן פתוחה בפניו הדרך להגיש ערר בעניינו לבית המשפט הצבאי לערעורים. בהתחשב בכך, ציינו השופטים, לא היה מקום לפנות בעתירה לבג"ץ ואף לא להתייחס אליה כעתירה דחופה. השופטים אף הביעו ספק אם היה מקום להגדיר את העתירה כעתירת הביאס קורפוס, "בנסיבות שבהן היא מכוונת במידה רבה כנגד תוכן ההחלטה של בית המשפט הצבאי".<sup>59</sup> השופטים ציינו כי הם אינם נוקטים "כל עמדה לגוף הטענות שעלו בעניין מעצרו של העותר".<sup>60</sup>

ספקות אלו באשר להגדרת העתירה לעתירת הביאס קורפוס, הם עדות נוספת למעמדו המעורער. נראה שהשופטים מכוונים בדבריהם להבחנה בין טענות לפגמים פרוצדורליים או טעמי סמכות, שנפלו בהחלטת המעצר, לבין טענות לפגמים מהותיים בהפעלת שיקול הדעת

55 לגישה דומה ראו גם בג"ץ 417/12 פלוני נ' נציב שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 16.1.2012). שם דחה בג"ץ עתירה להביאס קורפוס לשחרור העותר ממעצר שהושג עליו על ידי בית הדין הרבני בקבעו כי כאשר עניינו של העותר תלוי ועומד בפני בית הדין הרבני הגדול ועומד להתברר בימים הקרובים, יש לנהוג על פי הכלל של מיצוי הליכים ולהמתין להחלטת בית הדין. כך קבע בג"ץ פה אחד אף שהשופט רובינשטיין כתב כי: "בשולי הדברים אעיר, כי טוב היה עושה בית הדין הרבני הגדול אילו קבע הדיון בפניו במועדים מוקדמים יותר". שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

56 בג"ץ 594/16 פלוני נ' משטרת ישראל ימ"ר ש"י (פורסם בנבו, 24.1.2016).

57 שם, פס' 2.

58 שם, פס' 6.

59 שם, פס' 10.

60 שם.

של בית המשפט הצבאי. עניינו של ההביאס קורפוס הוא בפגמי סמכות ובפגמים פרוצדורליים. פגמים לגבי תוכן ההחלטה יש להשיג באמצעות ערעור בצינורות המקובלים לבית המשפט הצבאי לערעורים.

הבחנה חדה זו של השופטים, בהיעדר דיון לגוף הטענות או למצער בסוג הטענות שיכולות להקים זכות להביאס קורפוס, היא בעייתית לא רק מכיוון שהיא משקפת הבנה דיכוטומית מאוד בין טענות של סמכות לבין טענות של תוכן ומהות, אלא גם מנקודת המבט של מסורת ההביאס קורפוס. אכן, במשפט האנגלו-אמריקני, על פי רוב, השימוש בהליכי הביאס קורפוס לא נועד לברר את אשמתו או חפותו של האסיר שבו מדובר, אלא אם מעצרו תואם הליכים וכללים חוקיים.<sup>61</sup> אולם מלומדים רבים מכירים כי העניינים הפרוצדורליים שמברר בית המשפט בהוצאת צו ההביאס קורפוס כרוכים בסוגיות מהותיות של חירות וצדק.<sup>62</sup> עניין פלוני נ' משטרת ישראל מעיד כי ההביאס קורפוס נתפס בעיני שופטי בג"ץ כתרופה שיווית, שתינתן רק במצבים חריגים של חוסר סמכות.<sup>63</sup> האם נסיבות מעצרו של העציר בעניין פלוני נ' משטרת ישראל – ניסיונות לעצרו במערכת האזרחית ואז העברתו באופן חד-צדדי לידי המערכת הצבאית – לא מצדיקים דיון לגוף הטענות או לפחות דיון לגבי אופיין של הטענות? באופן ממוקד טענתנו היא שבית המשפט מייחד את ההביאס קורפוס למצבי חוסר סמכות בלבד, והוא מבין חוסר סמכות באופן דווקני ומצמצם מאוד.<sup>64</sup> פועל יוצא הוא שההביאס קורפוס הופך לתרופה שיווית ובלתי-רלוונטית במרבית מקרי המעצר, שאינם מקרים מובהקים של חוסר סמכות. זהו מצבו העדכני של ההביאס קורפוס.

עם זאת, שרידים למרכזיותו של צו ההביאס קורפוס במשפט החוקתי הישראלי ניתן למצוא גם היום. בבש"פ 8823/07 פלוני,<sup>65</sup> בוטלה הוראת סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו–2006. הוראת חוק זו אפשרה לקיים דיון בהארכת מעצר של חשוד ללא נוכחותו. ניתן אפילו להגדיל ולטעון כי היא בוטלה על ידי בג"ץ בין היתר בשל סתירה ופגיעה בצווי ההביאס קורפוס,<sup>66</sup> ושכך היא דומה לפסק הדין בעניין Boumediene,<sup>67</sup> שביטל הוראת חוק של הקונגרס שהגבילה את זכות הפנייה לערכאות של העצורים, שבמתקן הכליאה של הצי האמריקני שבמפרץ גוונטאמו שבקובה. החלטה זו הוגדרה על ידי מלומדים<sup>68</sup> כרבת חשיבות ופורצת דרך בכמה ממדים, ובמיוחד בכך שבפעם

61 ראו Fay v. Noia, 372 U.S. 391, 402 (1963); Roger Berkowitz, *Error-Centricity, Habeas Corpus and the Rule of Law as the Law of Rulings*, 64 LA. L. REV. 477, 480 (2004).

62 ראו SREVEN M. STASINGER, *HABEAS CORPUS: PRACTICE, COMMENTARIES AND STATUTES* (2<sup>nd</sup> ed. 2007).

63 לעיל ה"ש 56.

64 כך למשל ניתן היה לאמץ עילת התערבות פחות נוקשה הכוללת גם פגמים היורדים לשרש ההליך כמבחן להפעלת ההביאס קורפוס.

65 בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010).

66 ראו סוזי נבות "Habeas Corpus: בעקבות בש"פ 8823/07 בדרלתיים פתוחות 34, 48 (2010).

67 עניין Boumediene, לעיל ה"ש 4.

68 ראו Daniel J. Meltzer, *Habeas Corpus, Suspension, and Guantanamo: The Boumediene Decision*, 2008 SUP. CT. REV. 1 (2008); Jonathan Hafetz, *Calling the Government to Account: Habeas Corpus in the Aftermath of Boumediene*, 57 WAYNE L. REV. 99 (2011); Baher Azmy, *Executive Detention, Boumediene and the New Common Law of Habeas*, 95

מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

הראשונה בהיסטוריה ביטל בית המשפט העליון חוק פדרלי שהתיימר להגביל את סמכות בתי המשפט הפדרליים לדון בבקשות להביאס קורפוס ובכך שבפעם הראשונה נקבע, ובניגוד לדעות מקובלות ומבוססות, כי פסקת ההשעיה בחוקה האמריקנית<sup>69</sup> מעניקה זכות אפרמטיבית לפנות לבית המשפט כדי לבקש את צו ההביאס קורפוס.<sup>70</sup>

לדעתנו, ההשוואה בין בש"פ 8823/07 פלוני לבין עניין *Boumediene* אינה במקומה, וזאת בלשון המעטה: בבש"פ 8823/07 פלוני קיבלו שופטי בג"ץ את עמדת העורר כי אין לשפוט אדם שלא בפניו, שכן זכותו של הנאשם להיות נוכח במשפטו היא זכות חוקתית על חוקת בהיותה "מרכיב גרעיני של הזכות להליך הוגן שאף היא במרכיביה הגרעיניים זכות חוקתית המוגנת על ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".<sup>71</sup> המשנה לנשיאה השופט אליעזר ריבלין הסביר כי "ההליך המשפטי אינו עוסק בפרטים-נעלמים אלא בפרטים-נוכחים". כדי להדגיש את חשיבות נוכחותו של עצור בדיון בבית המשפט המתקיים בעניינו, פנה השופט ריבלין למסורת ההביאס קורפוס:

"על חשיבותו ועל עתיקותו של העיקרון בדבר נוכחותו של העצור – בגופו – בבית המשפט, ניתן ללמוד מן הדוקטרינה ששמה מעיד על הגיונה: הביאס קורפוס [...] דוקטרינה זו של המשפט המקובל מאפשרת לבקש מבית המשפט להורות לרשויות להביא לפני בית המשפט אדם הכלוא בידיהן, על מנת שישוחרר באם יתברר כי המעצר אינו חוקי. סמכות זו, הנתונה לבית המשפט הגבוה לצדק, משקפת את התפיסה האלמנטרית שלפיה בית המשפט הדן בשאלת חירותו של אדם נדרש בדרך כלל לראות לנגד עיניו את האדם ולשמוע את דברו בכל הנוגע לחוקיות מעצרו".<sup>72</sup>

אולם גם דברים אלה מעוררים תהיות באשר למקומו של ההביאס קורפוס במשפט החוקתי הישראלי העכשווי ואולי אפילו עשויים גם הם להעיד על מצבו הירוד היום: אם דיון בהארכת מעצר שלא בפניו של נאשם הוא כל כך בלתי-ראוי, מדוע לא פעל בג"ץ בדרך של מתן צווי הביאס קורפוס, ודרכם צמצם את קיומם של דיונים בהיעדרם של עצורים בהתאם לחוק הנ"ל.

IOWA L. REV. 445 (2010); Gerald L. Neuman, *The Extraterritorial Constitution after Boumediene v. Bush*, 82 S. CAL. L. REV. 259 (2009); Steven I. Vladeck, *Boumediene's Quiet Theory: Access to Court and the Separation of Powers*, 84 NOTRE DAME L. REV. 2107 (2009).

69 ראו לעיל ה"ש 12.

70 חשוב לציין בהקשר זה כי החלטתו של בית המשפט סויגה לתחולת פסקת ההשעיה, ואין בהחלטה בעניין *Boumediene*, לעיל ה"ש 4, משום קביעה לגבי תחולתן של שאר ההגנות החוקתיות כגון הזכות להליך הוגן, החופש מחיפוש ותפיסה שרירותיים ועוד. עם זאת, מכיוון שהזכות להביאס קורפוס היא זכות לבחינת חוקיות המעצר, הרי בחינה זו עשויה לערב בסופו של דבר הוראות חוקתיות מהותיות המצויות בחלקים אחרים של החוקה. כך למשל רלוונטית ביותר היא הזכות להליך הוגן המצויה בתיקון החמישי לחוקה האמריקנית, וכבר קיימת ספרות אקדמית ענפה הבוחנת החלטה של הוראה זו על העצורים בגוונטאנמו.

71 ש.ם.

72 בש"פ 8823/07 פלוני, לעיל ה"ש 65, פס' 20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין.

זאת ועוד, לדעתנו, בש"פ 8823/07 פלוני רחוק מלהיות עניין *Boumediene* הישראלי. חשיבותו של עניין *Boumediene* מצויה בהכרה של בית המשפט העליון האמריקני בעצם קיומה של הזכות החוקתית להביאס קורפוס, וזאת על רקע חקיקה של הקונגרס שניסתה לשלול מעצורים הכלואים בגוונטאנמו לבקש סעד של הביאס קורפוס מבתי המשפט הפדרליים. הקונגרס לא רק שחק וצמצם את הזכות להביאס קורפוס, הוא גם הפך החלטות קודמות של בית המשפט העליון האמריקני באופן בלתי-משתמע לשני פנים, כך שצמצום הזכות יחול על תיקים תלויים ועומדים.<sup>73</sup> כל ההתרחשות הזו הייתה סביב הביאס קורפוס, וכאשר עשרות רבות של עתירות להביאס קורפוס מוגשות פעם אחר פעם על ידי עותרים רבים לבתי משפט שונים.<sup>74</sup> בישראל הסמכות להוציא צווי הביאס קורפוס נתייחדה כאמור לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ מכוח סעיף 15(ד)(1) לחוק-יסוד: השפיטה. הבקשה לביטול סעיף 5 לחוק האמור לא נעשתה במסגרת עתירה להביאס קורפוס ולא בתגובה לעתירות של הביאס קורפוס שהוגשו על ההליכים שהתקיימו בבתי המשפט הנמוכים לבג"ץ. מעולם לא נטען על ידי מי מהעותרים, המדינה או גורם אחר, כי בסעיף 5 לחוק הנ"ל יש משום שלילתה או צמצומה של סמכות בג"ץ להוציא צו הביאס קורפוס. אילו הייתה קיימת סתירה בין סעיף 15(ד)(1) לחוק-יסוד: השפיטה לבין סעיף 5(2) לחוק האמור, היה בג"ץ מבטל את ההוראה מכוח ההלכה שנקבע בעניין חרות התנועה הלאומית,<sup>75</sup> שלפיה חוק רגיל אינו יכול לשלול או לצמצם את סמכות בג"ץ הקבועה בחוק-יסוד: השפיטה. הסיבה שלא נטענה סתירה בין סעיף 15(ד)(1) לחוק-יסוד: השפיטה לבין סעיף 5 לחוק האמור היא שאין סתירה: סמכות הפיקוח של בית המשפט העליון באמצעות הביאס קורפוס, לא נפגעה בשל סעיף 5, במיוחד לאור העובדה שבית המשפט מעניק פרשנות מצמצמת לסמכותו להעניק צו של הביאס קורפוס ומייחדה למקרים של חריגה מסמכות, כפי שראינו בעניין פלוני נ' משטרת ישראל.<sup>76</sup> שופט המורה על המשך מעצרו של עצור בלא נוכחותו של העצור פועל בסמכות וברשות מכוח הוראת סעיף 5, ועתירה לבג"ץ בבקשה להביאס קורפוס הייתה נדחית בטענה כי אין מדובר במעצר בלי סמכות. אם משיגים על תוכן החלטתו של השופט, יש לערער בהליכים הרגילים על החלטות מעין אלה. אמנם זכותו של העציר להליך הוגן נפגעה מעצם האפשרות להורות על המשך מעצרו בלי נוכחותו, אך לא זכותו להביאס קורפוס (כפי שזו מתפרשת על ידי בית המשפט העליון). סוגיית הביאס קורפוס הוזכרה כבר כדרך אגב על ידי השופט רבלין, ואיננה נחוצה להכרעה המשפטית בבש"פ 8823/07 פלוני. פרשה זו, כמו ההחלטות האחרות מעידה על מצבו הירוד של הביאס קורפוס. השאלות שיעמדו במרכז הדיון להלן הן: מה קרה להביאס קורפוס? מה היו הגורמים שהביאו לירידתו?

73 Meltzer, לעיל ה"ש 68, בעמ' 7.

74 ראו Matthew C. Waxman, *Administrative Detention of Terrorists: Why Detain, and Detain Whom?*, 3 J. NAT'L SEC. L. & POL'Y 1 (2009).

75 בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נז(1) 750 (2003).

76 לעיל ה"ש 56.

מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

## ד. הגורמים לדעיכת ההביאס קורפוס במשפט הישראלי

אז מה קרה להביאס קורפוס? ברצוננו להדגיש את אותם גורמים החולקים מכנה משותף ברור: הם מפנים את תשומת הלב לתפקידו של בג"ץ בחברה הישראלית ולמיקומו המערכת *vis-a-vis* בתוך מערכת בתי המשפט וכלפי רשויות השלטון האחרות. אנו מזהים שלושה גורמים – לעתים חופפים ולעתים מזינים זה את זה – שהביאו לירידתו של ההביאס קורפוס: בפרק ד.1. נטען כי התפתחויות שבחקיקה בעניינים שנשלטו בעבר על ידי צו ההביאס קורפוס, כגון עתירות אסירים וסכסוכי משמורת ילדים, הובילו לייחורו. התפתחויות חקיקתיות אלו הביאו הן להתפתחות של הדין המהותי והן לקביעת ערכאות שיפוט אלטרנטיביות נמוכות ונגישות. לאור התפתחויות חקיקתיות אלו העדיפו שופטי בג"ץ למצב את עצמם כערכאות ערעור על הערכאות הנמוכות ולדלל את השימוש בהביאס קורפוס.

בפרק ד.2. נטען כי בחינה של פסיקת ההביאס קורפוס בנושאים ספציפיים כמו בנושא סכסוכי משמורת בין בני זוג ובהקשרים ביטחוניים, מעלה שהיא נעדרת ייחוד פרוצדורלי או מהותי. העיקרון המנחה פסיקה זו הוא עליונות שלטון החוק במובן כפיפותם של אזרחים ורשויות המדינה לבג"ץ, אך פרט לעיקרון זה ישנו קושי לאתר רציונל מהותי או פרוצדורלי המאפיין את ההביאס קורפוס. בהתאם, מתאפיינת הפסיקה בהביאס קורפוס בקידום צדק ספציפי (פרוצדורלי או מהותי) ממקרה למקרה. בהיעדרו של ייחוד פרוצדורלי או מהותי היא נדונה לניווט במיוחד במקום שבו הייתה התפתחות חקיקתית.

בפרק ד.3. נטען כי למן המהפכה החוקתית ניתן לזהות העדפה של שופטי בית המשפט העליון לדון בסוגיות של חירות האדם במסגרת תקיפה ישירה של חקיקה ראשית ובהתאם למבחני פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>77</sup> המשותף לכל הגורמים הנ"ל הוא העדפה או נטייה להנדסה חוקתית<sup>78</sup> גרנדיוזית – אם על ידי המחוקק ואם על ידי בג"ץ – על פני הנדסה חוקתית קמעונאית של מרחב חירות האדם. במילים אחרות, צווי ההביאס קורפוס פעלו בדפוס אבולוציוני – ממקרה למקרה – ולעומתם, הן המחוקק והן בג"ץ מעדיפים לקדם ולהסדיר את מרחב חירות האדם באופן רחב, כולל ומעמיק.

### 1. התפתחותן של חלופות סטטוטוריות להביאס קורפוס

הסבר אחד לדעיכתו של צו ההביאס קורפוס נעוץ בהתפתחותן של חלופות סטטוטוריות. כך, למשל, ענייני חטיפות ילדים נשלטו על ידי פסיקת ההביאס קורפוס מעל ארבעה עשורים. בשנת 1991 אשררה מדינת ישראל את אמנת האג "בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בינלאומית

77 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

78 את המונח הנדסה חוקתית אנו שואבים מפרופ' מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003). לגישתנו יש להבחין בין שני סוגים של הנדסה חוקתית: הנדסה חוקתית גרנדיוזית והנדסה חוקתית קמעונאית. בירנהק דן במאמרו בסוג הראשון של הנדסה חוקתית ואינו מתייחס לאפשרות שהפסיקה טרם המהפכה החוקתית הייתה ביטוי להנדסה חוקתית קמעונאית. ראו להלן פרק ה.

של ילדים" עם קבלת חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991. חוק אמנת האג והאמנה הנספחת לו הביאו לשינוי ניכר במרכזיותו של ההביאס קורפוס בדיני חטיפות ילדים.<sup>79</sup> חוק אמנת האג מורה על החזרתם המידית של ילדים שנחטפו ממקום מגוריהם הרגיל,<sup>80</sup> ומטיל חובה ישירה על המדינה שאליה נחטף הילד לסייע באיתור מקום הימצאו של הילד והעברתו למקום מגוריו הרגיל. חוק זה מאפשר להורה שילדו נחטף לישראל ממדינה זרה לפנות לרשויות המדינה הזרה בדרישה לאיתורו ולהחזרתו של הילד. לפי האמנה, רשויות המדינה הזרה פונות לרשויות מדינת ישראל לשם כך, ומדינת ישראל מחויבת למלא את דרישותיה של המדינה הזרה למעט במקרים חריגים ונדירים.<sup>81</sup> חוק זה הביא לפיחות גדול בעתירות להביאס קורפוס בענייני חטיפות ילדים, שכן לרשות ההורה שממנו נחטף הילד עומדים הליכים פשוטים, זמינים ויעילים לדרוש את החזרתו למדינה שממנה הוא נחטף.<sup>82</sup> עדיפותם של ההליכים להחזרת ילדים על פי חוק אמנת האג על פני הליכי הביאס קורפוס נובעת גם מעצם העובדה ששוב אין מדובר ביריבות בין שני אזרחים פרטיים, אלא יריבות בין המדינה שממנה נחטף הילד לבין החוטף, דבר המקנה סיוע כלכלי ומשפטי עצום לצד המבקש את הפעלת ההליכים על פי חוק אמנת האג.<sup>83</sup> יתרה מזאת, הליכה במתווה הקבוע באמנת האג מתחייבת מנורמות של משפט בין לאומי פומבי ושימור יחסי חוץ תקינים עם המדינות החתומות על האמנה.

אמנם אין חוק אמנת האג עוסק במישרין באפשרות לעתור בבקשה להביאס קורפוס לבג"ץ ולכאורה על פי האמנה עדין עומדת להורה ממנו נחטף הילד האפשרות לפנות לבג"ץ על מנת להשיב אליו את הילד.<sup>84</sup> עם זאת, ציין בג"ץ בכמה הזדמנויות כי עצם האפשרות להיעזר בהליכים הקבועים בהוראות חוק אמנת האג מייצרת את הפנייה אליו בבקשה להביאס

79 על השינוי בדין הנוהג בארץ לעניין חטיפתם של ילדים בעקבות חקיקת חוק אמנת האג ראו גם רונה שוז "זכויות ילדים חטופים: האם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), תשנ"א-1991, עולה בקנה אחד עם דוקטרינת זכויות הילד?" מחקרי משפט כ 421 (2004); אריאל רוזן-צבי "דיני משפחה וירושה" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א 184 (אריאל רוזן-צבי עורך, התשנ"א).

80 ראו ס' 3(א) לתוספת לחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991.

81 המקרים החריגים מנויים בס' 13 לתוספת לחוק אמנת האג.

82 ע"א 5532/93 גונזבורג נ' גרינוולד, פ"ד מט(3) 282, פס' 9 לפסק דינה של השופטת דורנר (1995): "האמנה נותנת מענה לקשיים המובנים בדיון בטובת הילד בבת-משפט של המדינה שאליה הוברח, על-ידי קביעת מסלול מהיר להחזרתו למדינה שממנה הוצא שלא כדין".

83 שם: "[אמנת האג] מבוססת על הדדיות ושיתוף פעולה בין המדינות החתומות עליה, ומקלה על כל אחת מן המדינות להגן על הילדים החיים בה מפני חטיפתם לארץ אחרת".

84 ס' 29 לתוספת לחוק אמנת האג קובע כי "אמנה זו לא תימנע אדם, מוסד או גוף אחר הטוען כי הייתה הפרה של זכויות המשמורת [...] מלפנות ישירות אל רשויות השיפוטיות או המנהליות של מדינה מתקשרת, בין על פי הוראה זו ובין בדרך אחרת"; בג"ץ 5891/91 קוארט נ' קוארט-שרשו (פורסם בנבו, 25.5.1992), שם הוגשה עתירת "הביאס-קורפוס" להחזרתה של קטינה לישראל מארצות-הברית ולמסירתה מידי האם-המשיכה למשמורתו של האב-העותר. האם טענה שאין זה כבר בסמכותו של בג"ץ לתת צווים עקב חלותה של אמנת האג על המקרה. בית המשפט דחה את הטענה וקבע כי "ענייננו עתה בילד שנחטף מישראל, והחוק לא נתכוון לעקור את סמכויות בית המשפט הגבוה לצדק המטפל בילד אשר נחטף לחוץ-לארץ".



מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

קורפוס.<sup>85</sup> חשוב לציין כי החלופה הסטטוטורית של חוק אמנת האג להביאס קורפוס עומדת רק במקרים שבהם החטיפה מערבת מדינות החתומות על האמנה. במקרים שבהם חטיפת ילד שמקום מגוריו הרגיל הוא מדינה שאינה חתומה על האמנה, לכאורה לא חל שינוי במצב הדברים הנורמטיבי מלפני חקיקת החוק, וההורה שממנו נחטף הילד יוכל לעתור להביאס קורפוס לבג"ץ.<sup>86</sup> אולם בשנת 1995 נחקק חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995 שהעניק בסעיף 1 לחוק סמכות ייחודית לבית המשפט לענייני משפחה לדון בענייני חטיפות ילדים בכלל, ולא רק בחטיפות המערבות מדינות החתומות על האמנה.<sup>87</sup> כך שלמעשה קיים עתה פורום חלופי סטטוטורי לבג"ץ הביאס קורפוס בענייני חטיפות ילדים, והוא – בית המשפט לענייני משפחה.<sup>88</sup> ואכן, מאז 1995 רובן המוחלט של ההתדיינות בבית המשפט העליון בענייני חטיפות ילדים הן ערעורים על פסקי דין שניתנו בבתי המשפט לענייני משפחה בהקשר של יישום חוק אמנת האג, בהקשר של אכיפת פסקי דין זרים במתווה חוק אכיפת פסקי חוץ, התשי"ח–1958, או בהקשר של קביעה בדבר משמורתו של קטין שזיקתו "הבינלאומית-הפרטית" לישראל מוטלת בספק.<sup>89</sup>

85 תחילה הושארה בצריך עיון השאלה אם ייתן בג"ץ סעד של הביאס קורפוס מקום שבו ניתן לנקוט הליך מכוח חוק אמנת האג. ראו עניין גונזבורג, לעיל ה"ש 82, פס" 16 לפסק דינה של השופטת דורנר. ברם, בבג"ץ 4365/97 טור-סיני נ' שר החוץ, פ"ד נג(3) 679, 673 (1999), עסק השופט חשין בשאלה זו והביע ספקות באפשרות להיעזר בהביאס קורפוס במקרים שבהם חלה אמנת האג. השופט חשין נימק את עמדתו בכך שפנייה להביאס קורפוס יהיה בה כדי לעקוף את התחייבותיה של ישראל על פי האמנה. עם זאת, חשוב להדגיש כי השופט חשין קבע כי חוק אמנת האג לא עקר את סמכות בג"ץ להוציא צווי הביאס קורפוס במקרים שבהם חלה אמנת האג, אלא שבמסגרת שיקול דעתו של בג"ץ אם להפעיל את סמכותו יביא בחשבון את העובדה כי ניתן להשתמש בהוראות האמנה.

86 ראו בג"ץ 1157/93 גפן נ' גפן (פורסם בנבו, 17.3.1993). למרות הכל, שרשרת פסקי דין בבית המשפט העליון מצביעה על כך כי מאז חקיקת חוק אמנת האג הדיינים נסובים על הליך לפי מתווה אמנת האג. ראו ע"א 473/93 ליבוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד מז(3) 63 (1993); ע"א 5271/92 סואן-פוקסמן נ' פוקסמן (פורסם בנבו, 19.11.1992); עניין גונזבורג, לעיל ה"ש 82; ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא(2) 241 (1997); ע"א 1372/95 סטגמן נ' בורק, פ"ד מט(2) 431 (1995).

87 בחוק בית המשפט לענייני משפחה נמנו עניינים שמעתה ואילך תהיה לבתי המשפט לענייני משפחה סמכות בלעדית לדון בהם. לצד הסמכת בתי המשפט לענייני משפחה לדון בענייני המשפחה המסורתיים הנמנים ברשימת "ענייני המעמד האישי" במשמעותו של סימן 51 לדבר המלך במועצתו משנת 1922–1947, צויד בית המשפט לענייני משפחה בסמכות לדון ב"תובענה בעניין החזרתו של קטין חטוף, לרבות תובענה לפי חוק אמנת האג (חזרת ילדים חטופים), תשנ"א–1991". כלומר סמכות לדון בחטיפות ילדים בכלל ולא רק בחטיפות המערבות את חוק אמנת האג.

88 שאלה פתוחה היא מהו הדין המהותי שעל פיו ידון בית המשפט לענייני משפחה במקרים שבהם אמנת האג אינה חלה על המקרה. אף שהמחוקק הסמיך את בית המשפט לענייני משפחה לדון בענייני חטיפות ילדים (ראו לעיל ה"ש 84), לא התייחס המחוקק לשאלת הדינים המהותיים שעל פיהם יכריע בית המשפט לענייני משפחה בבואו לדון בגורלו של הילד החטוף.

89 רע"א 7994/98 דגן נ' דגן, פ"ד נג(3) 254 (1999); ע"א 6056/93 עדן נ' עדן, פ"ד נא(4) 197 (1997); ע"א 4391/96 רו נ' רו, פ"ד נ(5) 338 (1997); בע"מ 672/06 אבר-עראר נ' רגוזו (פורסם בנבו, 15.10.2006); בע"מ 1855/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 29.2.2012); בע"מ 9769/09

דוגמה נוספת להתפתחות חקיקתית שהובילה לניוונו של ההביאס קורפוס היא בנושא מעצרים מנהליים. עם חקיקת חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט–1979 החליף חוק זה את הסעיפים הרלוונטיים למעצר מנהלי שהיו קבועים בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. החוק העניק לשר הביטחון את הסמכות להורות על מעצרו של אדם ללא משפט, מטעמים של הגנה על ביטחון המדינה וביטחון הציבור. עם זאת, החוק מורה כי יש להביא את העצור תוך 48 שעות לפני נשיא בית המשפט המחוזי שבאזור שיפוטו הוא נעצר,<sup>90</sup> המוסמך לשחררו אם הוכח לו כי המעצר לא היה משיקולים ענייניים או מטעמים ענייניים של ביטחון המדינה או ביטחון הציבור.<sup>91</sup> על החלטת נשיא בית המשפט המחוזי עומדת לעצור זכות לערעור בפני בית המשפט העליון.<sup>92</sup> על חוק זה ועל ההליכים שהוא מכונן נמתחה ביקורת רבה, שכן החוק במתכונתו הנוכחית אינו מאפשר לעצור לדעת מהם הטעמים שהובילו למעצרו וגם אינו מאפשר לו להתגונן כראוי.<sup>93</sup> לכן מלומדים שונים הציעו להחליפו.<sup>94</sup> ביקורת דומה נמתחה גם על הסדרים דומים – אך לא זהים – הקיימים בשטחי יהודה ושומרון, וזאת על פי תקנות ההגנה המנדטוריות והצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע–2009.

מעניין לציין כי בשונה מחוק אמנת האג (ילדים חטופים), עתירות ובקשות לצווי הביאס קורפוס בהקשרים ביטחוניים נפוצות עד מאוד, כנראה בשל חוסר המספיקות של חוק המעצרים מנקודת המבט של העציר עצמו. אולם גם בהקשרים ביטחוניים אלו מרבית העתירות לצו הביאס קורפוס נמחקות,<sup>95</sup> נדחות על הסף או נדחות לגופו של עניין.<sup>96</sup> בג"ץ מהבהיר כי אין מקום להיזקק לעתירה מסוג הביאס קורפוס כאשר העותר מוחזק במעצר מנהלי כדין. במרבית המקרים הביטחוניים הפכו צווי הביאס קורפוס לצווים לאיתור מקום מעצרו של אסיר על ידי כוחות הביטחון,<sup>97</sup> כשלאחר איתור העציר תידון חוקיות המעצר במסגרת ההליכים הרגילים על פי חוק המעצרים בפני נשיא בית המשפט המחוזי עם אפשרות לערער לבית המשפט העליון (או על פי הצו בדבר הוראות הביטחון בפני בתי הדין הצבאיים עם אפשרות לעתור לבג"ץ על החלטתם).

סוג עניינים נוסף שבו התפתחה חלופה סטטוטורית להביאס קורפוס הוא עתירות אסירים עם חקיקתו בשנת התש"ם של סימן ח'1 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב–1971. בהתאם לפרק זה מיסד המחוקק מסלול של עתירות אסירים לבתי המשפט המחוזיים שעיקר מטרתו הוא יצירת מסגרת דיונית יעילה לדיון בעתירות אלה. כאמור, לפני מיסודו של הליך

פלונית נ פלוני (פורסם בנבו, 20.1.2010); רע"א 6512/10 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.9.2010).

90 ס' 4(א) לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט–1979 (להלן: "חוק המעצרים").

91 ס' 4(ג) לחוק המעצרים.

92 ס' 7(א) לחוק המעצרים.

93 ראו אלעד גיל, יוגב תובל, ענבר לוי, מרדכי קרמניצר ויובל שני אמצעים חריגים למאבק בטרור: מעצר מנהלי, הריסת בתים, גירוש ותיחום מגורים 11 (2010).

94 ש.ם.

95 עניין רשואן, לעיל ה"ש 42.

96 עניין בכרי, לעיל ה"ש 43.

97 ראו לעיל ה"ש 44.

מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

עתירות אסירים זכאי היה כל אסיר או עצור לפנות לבית המשפט הגבוה לצדק בכל תלונה על קיפוח זכויותיו על ידי רשויות בית סוהר או בית מעצר.<sup>98</sup> כן הובאה בחשבוני העובדה כי ההסדר החדש יהיה יעיל יותר גם מבחינת נגישותו של העותר לבית המשפט הנמצא בתחום מתקן הכליאה שבו הוא מוחזק. אמנם סמכות בית המשפט הגבוה לצדק נשמרה לצורך דיון בעתירות אסירים מסוג הביאס קורפוס הנוגעות לעצם חוקיות המאסר או המעצר להבדיל מהתנאים או הסדרים של משמורת.<sup>99</sup> עם זאת, בחינת הפסיקה מראה כי גם בעתירות הנוגעות לעצם חוקיות המאסר מפנה בג"ץ את העותרים לסעדים הקבועים בחוק העונשין, בסדרי הדין הפליליים ובפקודת בתי הסוהר.<sup>100</sup>

לסיכום, למן סוף שנות השבעים חלו התפתחויות שבחקיקה בעניינים שנשלטו בעבר על ידי צו הביאס קורפוס. התפתחויות חקיקתיות אלו הביאו הן להתפתחות של הדין המהותי והן לקביעת ערכאות שיפוט חלופיות נמוכות ונגישות, שניתן להשתמש בהן במקביל לעתירה להביאס קורפוס. מסקנה זו תואמת מחקרים זרים מאנגליה ומארצות-הברית שבהם חקיקה של חלופות סטטוטוריות הביאה להפחתה בשימוש בצווי הביאס קורפוס.<sup>101</sup> כפי שהראינו, חלופות אלו לא חייבו את זניחתו המוחלטת של הביאס קורפוס, ולמעשה היה זה בית המשפט בהלכותיו שייתר את השימוש בו וביקש מעותרים כי ישתמשו בחלופות הסטטוטוריות למרות החסר החקיקתי (ראו למשל חטיפות ילדים לגבי מדינות שאינן חתומות על האמנה). אבל לבד מכך, החקיקה המוגברת בנושאים שנשלטו על ידי הביאס קורפוס נשענת על ההנחה כי המחוקק, ולא בתי המשפט, הוא בעל הסמכות והרשות לקבוע את הנסיבות והתנאים לשלילת חירות האדם. המניעים לחקיקה חלופית זו עשויים להיות מגוונים, אבל ההנחה הנוספת המשתמעת מחקיקה חלופית זו היא כי תפקיד בית המשפט העליון הוא לשמש ערכאת ערעור על ערכאות נמוכות הפועלות על פי ההתפתחויות שבחקיקה, ולא ערכאה ראשונה ואחרונה לחירות האדם.

## 2. פסיקה קזואיסטית הנעדרת ייחוד פרוצדורלי או מהותי

בחינה של פסיקת הביאס קורפוס בנושאים ספציפיים כמו בנושא סכסוכי משמורת בין בני זוג ובהקשרים ביטחוניים מצביעה כי אף שבבסיסה עליונות שלטון החוק במובן כפיפותם של אזרחים ורשויות המדינה לבג"ץ, הרי היא נעדרת ייחוד פרוצדורלי או מהותי. בהתאם, מתאפיינת הפסיקה בהביאס קורפוס בקידום צדק ספציפי (פרוצדורלי או מהותי) ממקרה למקרה. בהיעדרו של ייחוד פרוצדורלי או מהותי היא נדונה לניוון משפטי (בייחוד במקומות שבהם הייתה גם התפתחות חקיקתית).<sup>102</sup> כלומר, בחינה של פסיקת הביאס קורפוס בנושאים

98 ראו למשל בג"ץ 144/74 לבנה נ' נציבות שירות בתי-הסוהר, פ"ד כח(2) 686 (1974); בג"ץ 543/76 פרנקל נ' שירות בתי-הסוהר, פ"ד לב(2) 207 (1978).

99 עניין גוטמן, לעיל ה"ש 48, פס' 13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

100 ש.ס.

101 ראו HALLIDAY, לעיל ה"ש 5, בעמ' 253; Vladek, לעיל ה"ש 4, בעמ' 953.

102 כפי שנסקר לעיל, ההתפתחות החקיקתית לא שללה או צמצמה את סמכות בג"ץ להוציא צווי הביאס קורפוס באופן ישיר, אף שלמעשה זה בדיוק מה שקרה. עם זאת, מבחינת ההלכה הפסוקה

ספציפיים כמו סכסוכי משמורת בין בני זוג וסוגיות ביטחוניות מעלה כי מלכתחילה השימוש בצו נעדר עיקרון כולל ומנחה. בהיעדרו של עיקרון מעין זה, הפסיקה היא רובה ככולה פסיקה קזואיסטית ולעתים אף ניתן להגדירה כפסיקה סותרת, כאשר בית המשפט משתמש בצו הביאס קורפוס על מנת לקדם צדק פרוצדורלי או מהותי ספציפי ממקרה למקרה. כלומר השימוש שעשה בג"ץ הביאס קורפוס היה תלוי בנסיבות המקרה, והוא הפעיל שיקולים פרגמטיים ושיקולים מוסריים התלויים בהקשר הספציפי של הסכסוך, בצדדים הספציפיים לסכסוך ובהקשר ההסדרים החוקיים שהיו קיימים באותו שדה משפטי. ברי כי חוסר קוהרנטיות, קזואיסטיות וסתירות המאפיינות דוקטרינה משפטית אינם כשלעצמם סיבה מספקת לזניחתה של הדוקטרינה. עם זאת, אנו טוענים כי ככל שהדוקטרינה המשפטית – המתאפיינת בהיעדר קוהרנטיות, קזואיסטיות וסתירות – אינה מגלה ייחודיות מהותית או פרוצדורלית על פני הסדרים חקיקתיים אחרים, הרי מתקצרת הדרך לזניחתה ולניוונה.

#### (א) פסיקת הביאס קורפוס בענייני חטיפות ילדים

פסק הדין הראשון לאחר קום המדינה, שהניח את יסודות הדיון בהביאס קורפוס בענייני משמורת קטינים, ומיצב את בג"ץ כשומר שלטון החוק, בורר ללא פניות ומגן החלשים הוא עניין אמאדו.<sup>103</sup> העותרת, אם לשני ילדים נתינת צרפת, ביקשה צו הביאס קורפוס נגד האב שעזב את צרפת עם הילדים בניגוד להסדר שקבע בית המשפט האזרחי בצרפת, והחזיק אותם במחנה עולים בפרדס חנה בישראל.<sup>104</sup> בקשת האם נסמכה על פסק דין נוסף שהוציא בית המשפט האזרחי בפריז לאחר שהאב לא החזיר את ילדיו, ולפיו הופסקה זכותו של האב לראות את הילדים או להחזיקם אצלו. בתשובתו לבג"ץ טען האב כי אין דעת אשתו נתונה להנהלת הבית ולא לטיפול הילדים, שכן היא נתונה "למחלות פסיכיות" עקב השפעתו של מנהיג כת מיסטית שעמו התרועעה בשנים האחרונות.<sup>105</sup> עוד הטעים כי הוא חושש שילדיו לא יקבלו חינוך עברי ויהודי אם יישארו בידי האם.<sup>106</sup>

של בג"ץ הסמכות להוציא צווי הביאס קורפוס היא סמכות מקבילה העומדת לבג"ץ גם מקום שקיימים הליכי ערעור סטטוטוריים. לכן לדעתנו היעדרו של ייחוד פרוצדורלי או מהותי הוא גורם עצמאי לניונו של הביאס קורפוס. אם היה להביאס קורפוס ייחוד פרוצדורלי או מהותי, היה נעשה בו שימוש על ידי מתדיינים ושופטים, בהתאם ליתרונותיו ולעקרונותיו המיוחדים. מכאן שירידתו של הביאס קורפוס קשורה גם לכך שאין לו ייחוד מעין זה.

103 בג"ץ 125/49 אמאדו נ' מנהל מחנות עולים, פ"ד 4 (1950). על חשיבותו של פסק הדין בעניין אמאדו ניתן ללמוד מדברי ההספד שנישאו ביום השלושים לפטירתו על ידי ישראל בר-שירה "לזכרו של משה זמורה ז"ל" הפרקליט יח א, י-יא (התשכ"ב): "במשפט שכבר הזכרתי סילוסטר נ. היועץ המשפטי ובאפן בולט יותר במשפט אמדו ואמדו, בג"ץ 125/49, הניח זמורה ז"ל את יסודי הלכות ליודיקטורה הישראלית, אשר בבת אחת הוציאו את מדינת ישראל לשורה הראשונה של מדינות החוק מבחינת המשפט הבינלאומי הפרטי". על הכרה בפסקי דין זרים בנושא משמורת קטינים ראו עמוס שפירא "משמורת קטינים – טובת הילד" והכרה בפסקי חוץ" משפטים ד 291 (התשל"ג).

104 עניין אמאדו, לעיל ה"ש 103, בעמ' 6-7.

105 שם, בעמ' 8.

106 שם.

מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

בג"ץ קיבל את בקשת האם פה אחד, עשה את צו ההביאס קורפוס למוחלט, והורה על החזרת הילדים לידי האם. הנשיא זמורה עמד על החובה לקיים את פסק הדין של בית המשפט הזר המחייב כלפי כולי עלמא (in rem): "נקבעה הזכות על ידי בית משפט מוסמך לטובת אחד ההורים והצד השני פועל בניגוד לכך ומוציא את הילד מתוך משמרו החוקי או ממשיך להחזיק בו שלא כדין, הרי התרופה היא הגשת בקשה מסוג 'הביאס קורפוס'".<sup>107</sup>

הנשיא זמורה דחה גם את טענת האב, כי טובת הילדים היא כי יינתן להם חינוך יהודי-לאומי בישראל, שהם אינם יכולים לקבלו בצרפת. נקודת המבט של בג"ץ על טענה זו של האב, סבר הנשיא זמורה, צריכה להיות חסרת פניות כמו של בית משפט של ארץ שלישי. מנקודת מבט זו העלה הנשיא זמורה חשש לחוסר כנות מצד האב בשאיפתיו לתת לילדים חינוך יהודי-לאומי,<sup>108</sup> והוסיף:

"בית המשפט הזה, וכל שופט בישראל, ישמח בודאי על כל ילד יהודי אשר יעלה ארצה ויקבל את חינוכו בישראל, אבל לא זו הדרך להעלות את ילדי ישראל ארצה. חלילה לנו מעשות את ארצנו מקלט לאנשים אשר תוך סכסוכים בחיי הנישואין שלהם מבריחים ילדים בניגוד לחוק ומשפט. מדרך זו, לא תיצמח ברכה לא לארץ לא לילדים".<sup>109</sup>

לפסק דינו של הנשיא זמורה הצטרפו השופטים דונקלבלום, אגרנט, אסף וחשין.<sup>110</sup> לשופטים אסף וחשין היו לבטים קשים והיסוסים מרובים,<sup>111</sup> ואילו השופט חשין חלק נחרצות על דעתו של הנשיא זמורה באשר למשקלם של השיקולים הלאומיים שיש לשקול במסגרת טובת הילד בדיון בהביאס קורפוס: "כי כל יהודי העולה ארצה מסייע לא רק בתחיית האומה ובבנין הארץ אלא מבטיח גם את שלומו ועתידו הוא, ואת שלומם ועתידם של ילדיו ובני ביתו. ילד מישראל המשתרש באדמת המולדת, את נפשו הוא מציל מטמיעה ומכליה".<sup>112</sup>

אולם לבסוף מורה גם השופט חשין על החזרת הילדים לחזקת האם בשל טובת הילדים, וזאת מהטעם כי למרות כוונותיו הטובות של האב באשר לחינוך ילדיו, הרי לפי שעה מגוללים

107 שם, בעמ' 13. ראו גם בר-שירה, לעיל ה"ש 103, בעמ' יא.

108 עניין אמאדו, לעיל ה"ש 103, בעמ' 21.

109 שם.

110 שם, בעמ' 22.

111 על הלבטים ועל המעצורים הנפשיים והלאומיים שעמם התמודדו השופטים בעניין אמאדו ראו בר-שירה, לעיל ה"ש 103, בעמ' יא. עם זאת, השוו מיכל שקד משה לנדוי, שופט 132 (2012) המציינת בהקשר פסק הדין בעניין אמדו כי: "לעיתים הגיע הפער בין הרגש הציוני לבין המשפט האנגלי לממדים קומיים".

112 עניין אמאדו, לעיל ה"ש 103, בעמ' 23. בהקשר זה התרשם השופט חשין באופן שונה בתכלית משאר השופטים מהאב וממעשיו: "האב פתח דף חדש בדברי ימי חייו. הוא החליט לקבוע את מקום מושבו בין אחיו בני עמו ולחנך את ילדיו ברוח ישראל. לא נתרשמתי במיוחד מטענת בא כוח האם, כי האב עלה ארצה משום שחטף את ילדיו מבית אמם, ומשום שלא מצא לו מקום אחר להוליתם. היפוכם של דברים אני רואה: הוא לקח עמו את ילדיו משום שהחליט בלבו לנטוש חיי גולה ולחיות חיים עבריים בארצו". שם, בעמ' 26.

הילדים במחנה עולים ללא פיקוח אם וללא קרבת משפחה, נתונים לחסדם של אנשים טובים וחיים על קצבה.<sup>113</sup>

ציון דרך נכבד בפסיקת ההביאס קורפוס בשחרור ילדים חטופים, שביססה הלכה למעשה את עליונות שלטון החוק במובן כפיפותם של אזרחים ורשויות המדינה לבג"ץ הוא בפרשת שוחמכר, שהביאה לקיטוב ואיבה בין חילונים לדתיים.<sup>114</sup> אידה ואלטר שוחמכר עלו יחד עם בנם (יוסל'ה בן ה-6) ובתם מברית-המועצות. בשל קשיים כלכליים, ביניהם היעדרה של דירת קבע למשפחה, מסרו את הילד להורי האם החרדיים. לאחר שהשיגו דירת קבע ביקשו לקבל את הילד לרשותם, אולם הסב והסבתא סירבו למסור את הילד. הוריו של יוסל'ה פנו לבג"ץ וציינו כי הם חושדים שהורי האם עומדים לעזוב את הארץ.<sup>115</sup> הנשיא אולשן והשופטים זוסמן וויתקון עשו את הצו למוחלט והורו על החזרת יוסל'ה. הם ציינו כי בידי ההורים מצויה הזכות להחזקת הילד, ושאלת טובת הילד אינה "מסובכת או מפוקפקת עד כדי כך שדרושה חקירה יותר מפורטת",<sup>116</sup> ולכן הם רשאים לפנות לבג"ץ בבקשה להביאס קורפוס ואין הם צריכים לפנות לבית המשפט המוסמך בסכסוך משמורת (אז בית המשפט המחוזי).<sup>117</sup> לאחר שהורי האם המשיכו לעמוד בסירובם למסור את הילד ובסופו של דבר אף הבריחו את הילד לחו"ל, הורו השופטים על מעצר סבו של יוסל'ה<sup>118</sup> ועל חקירת הפרשה על ידי המשטרה וגופי המודיעין הממלכתיים.<sup>119</sup> בעקבות החלטות אלו, אותר יוסל'ה על ידי המוסד במשפחה חרדית שהתגוררה בניו-יורק והוחזר להוריו במבצע מורכב.<sup>120</sup> פרשת שוחמכר היא ציון דרך נכבד בפסיקת ההביאס קורפוס, לא בשל ההתפתחות הדוקטרינרית שבה, אלא בעיקר כי ביססה הלכה למעשה את עליונות שלטון החוק במובן כפיפותם של אזרחים ורשויות המדינה לבג"ץ. שני פסקי דין אלה מדגימים היטב כיצד ביסס בג"ץ את שלטון החוק ואת סמכותו שלו באמצעות צווי ההביאס קורפוס. אולם ככל שרבתה הפסיקה, כך קשה היה ליישב את ההלכות השונות, והשלכותיהן לגבי גודל סמכותו של בג"ץ *vis-à-vis* בתי המשפט המחוזיים<sup>121</sup> ובתי משפט זרים. בכל פסקי ההביאס קורפוס בענייני חטיפת ילדים הודגש המתח שבין הליך מיוחד זה לבין ההליך הרגיל הנערך בבתי המשפט המוסמכים בסכסוך בין ההורים על משמורת ילדיהם. בבית המשפט המוסמך נקבעת זהותו של ההורה המשמורן ומנגד זכות ההורה השני

113 שם, בעמ' 27.

114 תום שגב "הסוד של קוממיות: איפה יוסל'ה שוחמכר? בקוממיות" הארץ 1.8.2010 [www.haaretz.co.il/misc/1.1214676](http://www.haaretz.co.il/misc/1.1214676)

115 בג"ץ 10/60 שוחמכר נ' שטרקס, פ"ד יד 299 (1960). המשיבים בתגובתם טענו כי הוריו של יוסל'ה הם שמתכוונים לעזוב את הארץ, ולכן הם מבקשים לקבל את הילד לרשותם.

116 במקרה כזה חובת ההוכחה כי טובת הילד מחייבת דחיית הבקשה להביאס קורפוס היא על המשיבים, ציין הנשיא אולשן. עם זאת, מיד סייג את דבריו וכתב כי ייתכן מקרה שבו בית המשפט לא יהיה משוכנע בטובת הילד אף אם המבקשים אינם ממלאים את חובת ההוכחה. שם.

117 שם, בעמ' 300.

118 על פרטי הניסיון לאכוף במעצר את הציות לצו ראו ה"פ 309/61 שטרקס נ' שוחמכר, פ"ד טו 1562 (1961).

119 המ' 52/60 שוחמכר נ' שטרקס, פ"ד יד 780 (1960).

120 איסר הראל מיבצע יוסל'ה (1982).

121 שהיה כאמור בית המשפט המוסמך בענייני חטיפת ילדים.

מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

להסדרי ראייה, על סמך מבחני "טובת הילד" שבהם בית המשפט מכריע לפי מקסימום התועלת שתבוא לילד מהוריו החיים בנפרד. בג"ץ אינו "בית המשפט המוסמך" ואינו דן במישרין בטובת הילד, אלא כשיקול המונע מתן הצו. מכיוון שכך, לרוב ייקבע כי הילד יוחזר למקום מושבו הרגיל שלפני החטיפה, בהנחה ששם נמצא "מרכז חייו", ובכתי המשפט שם יידון עניינו לגופו של עניין.

הנה כמה נקודות שמהן מתברר שהדיון סביב צו ההביאס קורפוס אינו אחיד ולוקה בסתירות מובנות.

**א) קיומה של עילה – בעניין אמאדו שימש פסק הדין הזר עילה להוצאת צו הביאס קורפוס.**<sup>122</sup> בעניין אליאס<sup>123</sup> הרחיב בג"ץ את העילה להוצאת צו ההביאס קורפוס בעת שנקבע כי גם הפרת הסכם מוקדם שבין אב לאם לגבי משמורת ילדיהם (גם מבלי שאושר בבית המשפט הזר) יכולה לשמש עילה להוצאתו. בעניין לנדרר<sup>124</sup> התהפכו היוצרות, ונקבע כי קיומו של פסק דין והסכם מוקדם בין ההורים אינם עילות לכשעצמן להוצאת צו הביאס קורפוס, אלא הם לכל היותר סממנים לחוסר תום לב של ההורה המפר, ובג"ץ יבחן את הכנות והרצינות של המחלוקת על המשמורת בין ההורים. מנגד, ייתכן גם ההפך. בעניין ינסן-זוהר<sup>125</sup> התברר שעצם מעשה החטיפה עשוי להעניק עילת בסיס.

**ב) מעשה חטיפה – הגדרת "מעשה החטיפה" בהליכי הביאס קורפוס לוט בערפל.** לעתים נראה שעצם החטיפה ראוי לגינוי, עד כדי העמדתה כעילת הבסיס בפני עצמה. אך בעניין לנדרר קבע השופט לנדוי כי דווקא החטיפה מצביעה על "כנות רגשותיו" של האב ועל מחלוקתו "הכנה והרצינית" שביכולתה לאיין הוצאת הצו של הביאס קורפוס. בנוסף, בעניין רואי<sup>126</sup> ובעניין ינסן-זוהר<sup>127</sup> ההרחקה של הילד הנמצא ערב חטיפתו בחוץ לארץ, באופן חד-צדדי לישראל אינה נחשבת לחטיפה כי אם השבת הילד ל"מרכז חייו". הוסיף עליהם השופט יצחק כהן בעניין בולשטיין<sup>128</sup> שסבר שהשבה של ילד ל"מרכז חייו" שוללת הוצאת צו הביאס קורפוס אף אם היה הסכם בין ההורים להשאיר את הילדים במדינה שבהם מתגוררים הילדים כרגע ואף כנגד פסק דין זר שקבע כי משמורתם של הילדים תהיה במדינה הזרה.

122 עניין אמאדו, לעיל ה"ש 103. כך לשונו: "כל זמן שהזכות לשמירת הילד עדיין לא נקבעה על ידי בית משפט מוסמך ועצם הזכות שנויה במחלוקת *bona fide*, הרי התובע זקוק לקביעת הזכות על ידי בית המשפט, ותביעה מסוג זה היא בבחינת ענייני המצב האישי ונמצאת לפי הסעיפים 47, 51-54 ו-64 לדבר המלך במועצה, משנת 1922, בסמכות בית המשפט המחוזי גם לגבי נתניי הארץ וגם לגבי זרים, או – בתנאים מסוימים – בסמכות בתי המשפט הדתיים. נקבעה הזכות על ידי בית משפט מוסמך לטובת אחד ההורים והצד השני פועל בניגוד לכך ומוציא את הילד מתוך משמרו החוקי או ממשיך להחזיק בו שלא כדין, הרי התרופה היא הגשת בקשה מסוג 'הביאס קורפוס'".

123 בג"ץ 195/59 אליאס נ' אליאס, פ"ד יג 1689 (1959).

124 עניין לנדרר, לעיל ה"ש 30.

125 בג"ץ ינסן-זוהר נ' זוהר, פ"ד לה(1) 1 (1980).

126 בג"ץ 95/62 רואי נ' רואי, פ"ד טז 1384 (1962).

127 עניין ינסן-זוהר, לעיל ה"ש 125.

128 בג"ץ 36/77 בולשטיין נ' בולשטיין, פ"ד לא(2) 536 (1977).

ג) מידת ההתחשבות ב"טובת הילד" – בעניין אמאדו<sup>129</sup> ובעניין רימון<sup>130</sup> נקבע כי ההכרעה בעניין טובתו של הילד אינה כמו שמכריעים בתי המשפט המוסמכים, היינו, על סמך "טובת הילד" בלבד. בהתאם, טובת הילד היא שיקול המונע הוצאת הצו אך ורק אם יש חשש שיבולע לילד אם יחזירוהו למדינה הזרה שממנה נחטף. לעומת זאת, בעניין רואי<sup>131</sup> סבר השופט ברנזון שיש גם להתחשב ב"חזקת הגיל הרך", כפי שמתחשב בית המשפט המוסמך. מחשבה זו כנראה הייתה גם נחלתו של השופט בייסקי בעניין ינסן-זוהר<sup>132</sup> סיעת שופטים נכבדה, שעמה נמנים השופט חשין בפרשת אמאדו, השופט קיסטר בעניין פלונית נ' אלמוני<sup>133</sup> והשופט אלון בעניין ינסן-זוהר סבורה כי בג"ץ צריך לשקול שיקולי "טובת הילד" באופן שונה מבתי המשפט המוסמכים (המחוזיים והזרים), הבוחנים רק צרכים אינדיווידואליים ופסיכולוגיים. לגישתם, בגדר טובת הילד יש לתת משקל גם לשיקולים לאומיים ארוכי טווח, כגון היכן יגבש הילד את זהותו הלאומית ואף הדתית לעתיד לבוא. מהנמקות שופטים אלה עולה הנימה כי בניגוד לפסקי משמורת הניתנים בבתי המשפט המוסמכים וכפופים ל"שינוי נסיבות", הרי הוצאת צו הביאס קורפוס או מניעתו עשויה לחרוץ את גורל זהותו של הילד ללא אפשרות לשינוי.

#### ב) פסיקת הביאס קורפוס בענייני ביטחון

פסק הדין הראשון לאחר קום המדינה שהניח את יסודות הדיון בהביאס קורפוס בענייני ביטחון, ומיצב את בג"ץ כשומר שלטון החוק, נוטר החירות ומגן המיעוט הוא עניין אל-כרבוטלי<sup>134</sup>. העותר, אחמד שוקי אל-כרבוטלי ביקש הוצאתו של צו הביאס קורפוס לשחרור ידידו העציר חג' אחמד אבו לבן.<sup>135</sup> סיבת מעצרו של העציר לא נודעה לעורך הדין שלו וגם נמנעה ממנו האפשרות להיפגש עמו כשהשלטונות מוליכים אותו "בלך ושוב",<sup>136</sup> ולכן הוגשה הבקשה להביאס קורפוס על ידי ידידו של העצור. מתשובת פרקליט המדינה חיים כהן, התברר כי העציר נעצר במעצר מינהלי מכוח צו שעליו חתם הרמטכ"ל בהתאם לתקנה 111 לתקנות ההגנה (שעת חירום).

בא כוח העותר טען כי צו המעצר שנעשה לפי תקנה 111 אינו חוקי משלושה נימוקים. הראשון הוא שתקנה 111 חסרת תוקף מכיוון שחרגה מהוראות סעיפים 2 ו-9 לכתב המנדט על

129 עניין אמאדו, לעיל ה"ש 103.

130 עניין רימון, לעיל ה"ש 25.

131 עניין רואי, לעיל ה"ש 126.

132 עניין ינסן-זוהר, לעיל ה"ש 125.

133 בג"ץ 391/71 פלונית נ' אלמוני, פ"ד כו(1) 85 (1971).

134 עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 18. על חשיבותו של עניין אל-כרבוטלי בגיבוש הראשוני של תדמית בג"ץ, ראו יצחק אולשן "על בית המשפט העליון" משפטים ב 287, 288 (1968): "סיפוק מיוחד שאבנו מיחס האמון שהתחילו בני המיעוטים רוחשים כלפי בית המשפט. תופעה זו החלה להתבלט לאחר שניתנו מספר פסקי דין לטובת בני מיעוטים נגד הרשות המבצעות" (ומפנה בהערת שוליים לעניין אל-כרבוטלי). ראו גם חריס, לעיל ה"ש 18, בעמ' 24.

135 עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 8.

136 שם.



מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

ארץ ישראל, אשר לפיהן אחראית המעצמה המנדטורית ליצירת ערובות לזכויותיו האזרחיות של האזרח ולהנהגת שיטת משפט שתבטיח את זכויותיו. השני הוא כי תקנה 111 עומדת בסתירה לעקרונות "החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל" שעליהם מושתתת מדינת ישראל כפי שצוין בהכרזת העצמאות.<sup>137</sup> השלישי, כי בתאריך הוצאת צו המעצר לא הייתה קיימת הוועדה המייעצת אשר על הקמתה ציוותה תקנה 111(4), ומשום כך אין להפעיל את תקנה 111 כולה.<sup>138</sup>

בג"ץ קיבל את העתירה פה אחד והורה על שחרורו של העציר. צעד זה היה מפתיע לאור העובדה שמדובר היה בבית משפט צעיר, שעצמאותו המוסדית הייתה מוטלת בספק ולמרות זאת כבר נאות להתעמת עם שלטונות הצבא, כשמלחמת העצמאות עדיין מתנהלת והעציר הוא תושב ערבי בשטח שנכבש לא מכבר.<sup>139</sup> עם זאת, בחינת ההנמקה של בית המשפט בעניין אל-כרבוטלי מגלה כי פסק הדין הושתת על אדנים חוקתיים צרים ביותר, תוך שהוא מסרב ליטול לעצמו את הסמכות לבטל חקיקה ראשית מטעמים של פגיעה בזכויות.

לגבי הנימוק הראשון, קיבל בג"ץ את טענת העותר כי כתב המנדט חייב את השלטון המנדטורי וכי כל פעולה או חוק נדרשים לעמוד בקנה אחד עם הוראות כתב המנדט.<sup>140</sup> עם זאת, נקבע כי הסעיפים הנ"ל אינם מפרטים את טיבן של הזכויות שלהן נדרש המנדט לערוב ואינם מציינים באיזו מידה מותר לחוקק חוקים הפוגעים בזכויות הפרט בשם טובת הכלל.<sup>141</sup> עוד קבע בג"ץ כי עצם חקיקתה של תקנה 111(1) נעשה כדי להבטיח את שלום הציבור, גם אם בעבר נעשה בה שימוש לרעה. לכן דחו את טיעונו הראשון של המבקש.

באשר לנימוק השני של העותר, חזרו השופטים על העמדה שהביעו בעניין זיו,<sup>142</sup> כי אף שהכרזת העצמאות מבטאת את חזון העם, הרי אין בה משום חוק קונסטיטוציוני שעל פיו ניתן לבקר ולבטל דברי חקיקה.<sup>143</sup> בא כוח העותר בעניין אל-כרבוטלי כפר בנכונותה של קביעה זו,

137 שם, בעמ' 9; בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85, 88 (1948).

138 עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 9.

139 ראו גם חריס, לעיל ה"ש 18, בעמ' 24.

140 בכך קיבל בית המשפט את עמדת היישוב היהודי בתקופת המנדט, שלפיה חקיקה מנדטורית העומדת בסתירה לכתב המנדט בטלה. ראו שם, בעמ' 26.

141 עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 12. כאן מגיע בג"ץ להתבטאות שנשכחה כמעט בזמן שנכתבה והיא ש"אין בתי המשפט יוצרים זכויות – דבר זה בתחומי המחוקק. בתי המשפט מקפידים על שמירת זכויות וכיבוד זכויות קיימות". גישה זו עומדת בניגוד גמור לשורה מכובדת של פסקי דין החל בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399 (1951); בג"ץ 176/54 יהושע נ' ועדת ערעור לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תש"ט-1949, פ"ד ט 617 (1955); בג"ץ 29/62 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז 1023, 1027-1028 (1962); בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962); ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965); בג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 664, 657 (1977).

142 עניין זיו, לעיל ה"ש 137.

143 שם, בעמ' 89. מלומדים רבים טענו כי החלטה זו בעניין זיו שאומצה כמעט ככתבה וכלשונה בעניין אל-כרבוטלי, החמיצה הזדמנות היסטורית להכיר בהכרזת העצמאות כחוקה של מדינת ישראל. ראו משה נגבי מעל לחוק: משבר שלטון החוק בישראל 27 (1987); מרים בן-פורת "רב שיח: חוקה לישראל האם ומתי" עיוני משפט יא 19 (1986). ראו גם שיחה עם עלי זלצברגר

מפני שלדעתו היא מבוססת על ההשקפה שההכרזה היא רק מסמך פוליטי.<sup>144</sup> על כך ענה בג"ץ בחדות כי ההכרזה אינה חוקה, שכן זו צריכה להיקבע על ידי האספה המכוננת.<sup>145</sup> דווקא נימוקו השלישי של העותר התקבל על ידי בג"ץ. בג"ץ דן בשאלה אם ההוראה שבתקנה 111(4) על הקמת הוועדה המייעצת עומדת בפני עצמה או שיש לראות בה תנאי מוקדם לשימוש בסמכות המעצר הנתונה למפקד הצבאי, ואין להפעיל סמכות זו כל עוד לא הוקם מנגנון שידון בהתנגדות למעצר. אליבא דשופטי בג"ץ, דווקא העובדה שהזכות לערער בפני הוועדה המייעצת אינה בעלת ערך רב, יש להניח כי כוונת המחוקק הייתה שלפחות על זכות זו של העציר יש לשמור בשבע עיניים, כך שלפחות ערובה אחת תעמוד לעציר למשמר על חירותו והיא – הביקורת של ועדה ציבורית.<sup>146</sup> ראוי לציין כי בזמן הדיון בעניין אל-כרבוטלי כבר הוקמה ועדה מייעצת, ולכן כבר היה בידי המפקד הצבאי הכוח להשתמש בתקנה 111. אולם שופטי בג"ץ דחו את טענת המדינה כי מדובר בעניין פורמלי, טכני או פעוט ערך. השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה, הסביר בג"ץ, ועליהם להשתמש בכוחם בהתאם לסייגים שהציב המחוקק.<sup>147</sup>

לפיכך עשו שופטי בג"ץ את צו ההביאס קורפוס למוחלט והורו על שחרורו של העצור "מלבד אם יש סיבה חוקית לעצרו"<sup>148</sup> ופסקו הוצאות כוללות לטובתו. בדרך זו יצא בג"ץ להגנה על העציר וציווה על שחרורו. עם זאת, צודקים המקטרגים כי בית המשפט לא הניח בפסק הדין בעניין אל-כרבוטלי סוללת הגנה חוקתית רחבה המכירה במגילת זכויות הפרט והאזרח ואף לא ביטל את תקנות ההגנה המנדטוריות.<sup>149</sup> גם הדרישה כי טרם הפגיעה בחירותו של הפרט תוקם ועדה מייעצת שאליה יכול הפרט לבוא בטרוניות התבררה כבעלת השלכות מינוריות בלבד, שכן כאמור ועדה מייעצת בהפעלת סמכות המעצר המנהלי על פי תקנות

בספרה של דפנה ברק-ארוז משפטים ראשונים: שיחות בעקבות פסקי-דין של בית המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו 47 (1999). הגדילה לעשות פרופסור להב, שטענה כי פסקי הדין הללו, בכך שלא הכירו בהכרזת העצמאות כחוקה, אימצו תפיסה רובנית של הדמוקרטיה. ראו פנינה להב ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית 135 (1999).

144 לביקורת נוספת על פסק הדין בעניין זיו ראו גם בנימין אקצין "ההכרזה על הקמת מדינת ישראל" ספר יובל לפנחס רוזן 52, 64 (חיים כהן ופנחס רוזן עורכים, 1962). ראו גם שיחה עם אשר מעוז בספרה של ברק-ארוז, לעיל ה"ש 143, בעמ' 55.

145 עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 13.

146 שם, בעמ' 14: "יש איפוא, רגליים לדבר, שהמחוקק במסרו מכשיר כה מסוכן, כמו תקנה 111 לידי השלטונות התכוון שהקמת הוועדה על ידי השלטונות תהיה תנאי מוקדם להפעלת התקנה על ידיהם".

147 שם, בעמ' 15. להסתמכות מוקדמת על קביעה זו שבעניין אל-כרבוטלי ראו ע"א 65/57 העצני נ' בן-גוריון, פ"ד יא 403, 411 (1957).

148 עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 18. כלומר שופטי בג"ץ אף הותירו פתח בפני שלטונות הצבא להורות מחדש על מעצרו של העציר וזאת על ידי הוצאת צו מעצר מנהלי חדש שיהיה עתה חוקי, משום שבינתיים הוקמה הוועדה המייעצת.

149 זו אכן הייתה גם הביקורת שנמתחה על פסיקת בג"ץ בפסקי הדין שבהם נבחן תוקפן המשפטי של תקנות ההגנה המנדטוריות. ראו להב, לעיל ה"ש 143, בעמ' 135. ראו גם שיחה עם שולמית אלוני בספרה של ברק-ארוז, לעיל ה"ש 143, בעמ' 37.

מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

ההגנה כבר הוקמה בעת הדיון בבג"ץ בעניין אל-כרבוטלי עצמו.<sup>150</sup> מכאן שערכו של פסק דין זה הוא בביסוס המושכלה הראשונית כי הכול כפופים לחוק ולביקורת שיפוטית, אפילו מעצר מנהלי, ולא יותר מזה.<sup>151</sup>

פסק דין מכונן נוסף בפסיקת ההביאס קורפוס בענייני ביטחון היה, כאמור לעיל, עניין אל-כורי.<sup>152</sup> לדעת שלטונות הביטחון היה אל-כורי מסוכן לציבור, אך חסרו ראיות להעמידו למשפט פלילי על פעילות נגד היישוב העברי טרם הקמת המדינה ובמהלך מלחמת העצמאות. אל-כורי עתר לבג"ץ נגד מעצרו הנ"ל ובפיו שלוש טענות: הראשונה כי הצו לא נקב בשם העצור; השנייה, כי הצו לא קבע היכן יוחזק העצור; השלישית, כי הרמטכ"ל לא הפעיל שיקול דעת עצמאי, אלא קיבל את המלצתה של ועדת המעצרים.

השופט אגרנט, שאליו הצטרפו שאר שופטי ההרכב, אולשן וזילברג, הורה לשחרר את העותר, בשל הפגם הטכני לכאורה, כי צו המעצר שהוצא נגד אל-כורי לא נקט מקום מעצר מסוים למרות לשונה של תקנה 111(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום). לגישת השופט אגרנט, אי-נקיבת מקום המעצר בצו הוא פגם מהותי, וזאת מכוח הדאגה לחירות האדם החלה מכוח המוסכמה היסודית של המשפט המקובל האנגלי כי "כל אדם הוא בחזקת בן חורין".<sup>153</sup> כלל גדול זה תואם את הרוח המפעמת בהכרזת העצמאות, שלפיה הוכרו כי מדינת ישראל תהיה מושתתת על יסודות החירות הצדק והשלום.<sup>154</sup> בדברים אלה סטה השופט אגרנט מעט מהגישה שכפרה בנפקותה החוקתית של הכרזת העצמאות כמקור לזכויות וחירויות, ועידן את ההלכה שנקבעה בעניין זיו<sup>155</sup> ובעניין אל-כרבוטלי<sup>156</sup> ולפיה אין ההכרזה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה לגבי תוקפם של פקודות וחוקים.

לכן צודקת פרופ' להב בקביעה כי "פסק הדין בעניין אל-כורי לא היה בבחינת פריצת דרך של ממש בתפיסה הישראלית של חירויות האזרחים"<sup>157</sup> שכן נשען בעיקרו על הדגם השיפוטי הבריטי המטפל בעניינים אלה בכלי המשפט המנהלי – שבעיקרו הוא משפט מקובל של הליכה ממקרה למקרה – ולא בכלי המשפט החוקתי האמריקני. גם הקביעה כי צו מעצר שהוצא מכוח תקנה 111, שלא צוין בגופו מקום המעצר כנדרש בנוסח הסעיף מהווה ליקוי יסודי הפוסל את תוקפו של הצו, התבררה כבעלת משמעות תקדימית צרה ביותר.<sup>158</sup> מכאן שערכו של פסק דין

150 ניסיונות להשתמש בקביעה תקדימית זו שבעניין אל-כרבוטלי נכשלו. ראו לדוגמה בג"ץ 29/49 שיינין נ' רשות מוסמכת לצרכי תקנה 48 לתקנות ההגנה, 1939, פ"ד ב 654 (1949). ראו גם בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993).

151 למסקנה דומה לגבי ערכו התקדימי של עניין אל-כרבוטלי לגבי הסדרת מעצרים מנהליים מגיע גם חריס, לעיל ה"ש 18, בעמ' 26.

152 עניין אל-כורי, לעיל ה"ש 19.

153 שם, בעמ' 37.

154 שם.

155 עניין זיו, לעיל ה"ש 137.

156 עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 18.

157 להב, לעיל ה"ש 143, בעמ' 139.

158 כך למשל, בעמ"מ 2/86 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד מא(2) 508 (1986) נפלה טעות בהדפסת התאריך של צו המעצר המנהלי שהוצא נגד המערער שגרמה להארכת המעצר בשמונה-עשר חודשים במקום בשישה חודשים. המערער טען שהפגם שנתגלה הוא יסודי ופוסל את הצו מעיקרו

זה הוא בביסוס המושכלה הראשונית של חירות הפרט, אולם השאלות באילו נסיבות ועל פי איזו נוסחה ניתן להגבילה נותרו ללא מענה.

שני פסקי דין אלה מדגימים היטב כיצד ביסס בג"ץ את שלטון החוק וסמכותו שלו בענייני ביטחון באמצעות צווי ההביאס קורפוס. אולם, ניתן לראות בבירור כי בית המשפט סירב לצקת תוכן מהותי או פרוצדורלי באשר לעילות ולנסיבות להוצאת צו ההביאס קורפוס.

פסק דין חשוב נוסף, המדגים את ריקנותה הפרוצדורלית והמהותית של הפסיקה בהביאס קורפוס, הוא עניין חרותי.<sup>159</sup> אשתו של יעקב חרותי הגישה בקשה להביאס קורפוס לשחרור בעלה, שנעצר ללא פקודת מעצר בידי המשטרה בחשד כי עבר על פקודת הסודות הרשמיים.<sup>160</sup> שאלת חוקיות המעצר תלויה הייתה בפרשנות סעיף 20 לפקודה הקובע כי העובר עברה לפי פקודת הסודות הרשמיים, מותר לתפסו במעצר בלי צו מעצר. גדר המחלוקת הייתה אם מותר לפי סעיף זה להחזיק נאשם במעצר ללא כל מועד קצוב או שכוונת המחוקק הייתה רק להסמיך את השלטונות לתפוס ולשים במעצר בלא צו מעצר, אך לאחר התפיסה יש לנהוג לפי הפרוצדורה המקובלת ולהביא את העצור בפני שופט שלום תוך 48 שעות ממעצרו. ואמנם הסתבר בדיון בבג"ץ כי עמדת המשיבים הייתה כי ניתן להחזיק את הנאשם במעצר ללא מועד קצוב, אלא שבינתיים, לאחר מתן הצו על תנאי להביאס קורפוס, הוציא התובע הצבאי צו מעצר לפי סעיף 13 לפקודת מניעת טרור, התש"ח-1948.

השופט חשין הסביר כי "כבר הוחלט פעמים הרבה כי בבקשות מסוג הביאס קורפוס דן ביהמ"ש במצב הדברים הקיים ביום שמיעת התשובה לצו על תנאי".<sup>161</sup> מכאן שאם מעצרו של חרותי הוא חוקי בהתאם לפקודה למניעת טרור, שוב אין צורך לדון בפרשנות סעיף 20 לפקודת הסודות הרשמיים.

בא כוח המבקשת טען כי גם צו מעצר זה אינו חוקי: לפי סעיף 8 לפקודת מניעת טרור אם תכריז הממשלה בעיתון רשמי שחבר אנשים מסוים הוא ארגון טרוריסטי, תשמש ההודעה הוכחה בכל דיון משפטי כי אותו חבר אנשים הוא ארגון טרוריסטי. ואמנם פרסמה הממשלה בהתאם לסעיף 8 הנ"ל הודעה כי חבר אנשים שהיא מונה בשמותיהם (16 אנשים ובהם שמו של יעקב חרותי) הוא ארגון טרוריסטי. לטענת בא כוח המבקשת, כאשר אדם נתבע על חברות בארגון טרוריסטי, על המדינה להוכיח את השתייכותו לאותו ארגון. עם זאת, במקרה הנ"ל הממשלה לא הכריזה על ארגון כארגון טרוריסטי, אלא מנתה אנשים בשמותיהם וכינתה את

באשר הוא נוגע למרכיב חיוני שלו תוך שהוא נסמך לעניין זה בהלכה שנקבע בעניין אל-כורי, לעיל ה"ש 19. בג"ץ דחה טענה זו, תוך שהוא נסמך על האימרה של השופט אגרנט בעניין אל כורי שלפיה "אי דיוק טכני בלבד לא יספיק לשם פסולו". בג"ץ מבהיר אמנם כי הוצאת צו מעצר לתקופה העולה על זו הנקובה בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, תיחשב פגם מהותי ולא טכני אם הוצא הצו במכוון לתקופה ארוכה מזו שהחוק הסמיך. עם זאת, בעניין זה קבע בג"ץ כי מדובר ב"פליטת קולמוס", ולכן נדחה הערעור על צו המעצר.

159 בג"ץ 116/53 חרותי נ' שר המשטרה, פ"ד ז 615 (1953).

160 שם, בעמ' 616.

161 שם.

מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

אותו חבר אנשים ארגון טרוריסטי.<sup>162</sup> בכך, טוען בא כוח המבקשת, יש משום הרשעת העציר בטרם נתבע לדין, דבר הפוסל את צו המעצר של התובע הצבאי מעיקרו. בג"ץ דחה את טענת בא כוח המבקשת והסביר:

"בשלב זה של הדיונים עומדות בפני בית המשפט שתי שאלות בלבד והן: ראשית כל – אם לתובע הצבאי היתה סמכות להוציא צו מעצר; שנית – אם הוא נהג לפי הפרוצדורה הכתובה והמסורה. מסתבר אמנם כי העציר חשוד בעשיית עבירה לפי פקודת מניעת טרור [...] אבל אין לפנינו שום הוכחה של ממש כי התובע פעל ללא סמכות או נהג שלא לפי הפרוצדורה המקובלת. בשלב זה של התהליך המשפטי אין העציר עומד עדיין לדין, ואין שופט השלום מעמיק בחומר ההוכחות הקיים נגד העציר. על הרוב אין חומר ההוכחות מושלם עדיין [...] לצורך הוצאת צו המעצר די בכך, למשל, אם בא כוח המשטרה מזהיר בשבועה כי קיים חשד מבוסס שהעציר עבר עבירה פלונית.

ומכאן למקרה שלפנינו: התובע הצבאי הוציא צו מעצר נגד העציר. הנימוק היה ללא ספק החשד שהעציר נחשד כי עבר על אחת העבירות האמורות בפקודה למניעת טרור. אך פקודה זו מונה כמה עבירות מלבד עבירת ההשתייכות לארגון טרוריסטי. נמצא שלצורך הוצאת הצו לא היה התובע להיזקק כלל להכרות הממשלה".<sup>163</sup>

פסק הדין האחרון מהתקופה הפורמטיבית שברצוננו לבחון הוא בג"ץ בוגנים.<sup>164</sup> העותר, חייל בשירות סדיר בצה"ל, הובא לפני בית דין צבאי מחוזי והואשם בעברות שונות בהן עברות של התנהגות פרועה ואיום על מפקדו. בית הדין הצבאי הרשיע את העותר בכל פרטי האישום וגזר עליו עונשי מאסר. העותר ערער על פסק הדין לבית הדין הצבאי לערעורים, וזה ביטל את הרשעתו באחד האישומים, אך מצא אותו אשם בעברה אחרת. העותר פנה לבג"ץ בבקשה להביאס קורפוס וקבל כי הוא מוחזק במאסר בלתי-חוקי. עיקר קובלנתו היה כי בית הדין לערעורים חרג מסמכותו או שפסק הדין מוטעה.

השופט זוסמן דחה את העתירה. ראשית, ציין השופט זוסמן, אם אמנם היה מוחזק העותר בתוקף פסק דין שניתן ללא סמכות, בג"ץ היה מצווה על שחרורו מן המעצר ללא חקירה או ודרישה נוספת.<sup>165</sup> אולם השופט זוסמן הסביר כי לא מצא בסיס לטענת חוסר הסמכות שכן במסגרת סמכותו של בית הדין הצבאי לערעורים לשמוע ערעורים מבתי הדין הצבאיים. שאלה אחרת היא אם יורה בג"ץ על שחרורו של העותר מכוח צו הביאס קורפוס, כשהבסיס לעתירה הוא שבית הדין שגה ועשה שימוש מוטעה בכוחותיו שעה שפסק את אשר פסק. התשובה לשאלה זו היא, לפי השופט זוסמן, כי גם שופט שטעה כאמור פועל בגדר סמכותו, שאם לא כן

162 שם, בעמ' 617.

163 שם, בעמ' 618.

164 בג"ץ 86/58 בוגנים נ' ראש המטה הכללי, פ"ד יב 1653 (1958).

165 שם, בעמ' 1658. רזונבלום, לעיל ה"ש 17, בעמ' 105.

"יהיו רק פסקי דין נכונים נתונים בתוקף הסמכות, ולא יהיה קץ להתדיינות, באשר תמיד עלולה להתעורר השאלה שמא נתגלתה טעות בפסק הדין והוא בטל מחמת חוסר סמכות".<sup>166</sup> במקרה כזה יימנע בג"ץ מלהעניק לעותר סעד של הביאס קורפוס שיורה על שחרורו המידי, אולם לעותר פתוחה הדרך לעתור ל"צו בירור" לבג"ץ, כדי שזה יעביר תחת שבט ביקורתו את נכונות ההחלטה ואם בטעות יסודה יעבירה מן העולם.

הטעם למסקנה זו נעוץ בטיבו של הביאס קורפוס אל מול טיב ההליך החלופי של צו בירור. ראשית, מציין השופט זוסמן כי בהביאס קורפוס מפקד בית הכלא, המחזיק את המבקש במעצר, הוא הנדרש להצדיק את מסקנתו של בית הדין הצבאי לערעורים:

"זוהי גזירה אשר מפקד בית הכלא אינו יכול לעמוד בה; אמנם הוא אחראי לכך שלא יוחזק אדם במעצר על סמך פסק דין אפסי ובטל, אך אין להעמיס עליו את המעמסה הנוספת להיות המגן על טעויות של בית הדין, אם היו כאלה".<sup>167</sup>

שנית, מציין השופט זוסמן שיקולים משפטיים מערכתיים רחבים:

"בעוד שבהליכי בירור עומד תקפה של ההחלטה לדיון, והכרעתו של בית המשפט תכריע לנצח בדבר, לכאן או לכאן, אינו קובע בית המשפט בהליכי הביאס קורפוס אלא בענין שחרור האדם מן המעצר בלבד. ואילו ההכרעה בענין תוקפה של ההחלטה אשר שימשה יסוד למעצרו, לא תהא אלא הכרעה שבדרך אגב, באופן אינצידנטלי, שאינה מחייבת את כל העולם, ותופסת רק לגבי אותם הצדדים שהתדיינו בעניין הנדון [...]"

נמצא: החלטה שנפסלה בהליכי הביאס קורפוס, בדרך אגב נפסלה, ופסלותה אינה מעשה בית דין אלא בין אותם בעלי הדין שהתדיינו. אך בין בעלי דין אחרים, כאשר שוב תעורר השאלה, אם ההחלטה כשרה או פסולה, יוכל בית המשפט לפסוק, שכשרה היתה, ותקפו של מעשה הרשות ניתן כאילו למקוטעין. זוהי תוצאה שאינה רצויה, ומן הראוי למנעה על ידי שנפנה את האזרח לדרך הנאותה בה יכול הוא להעביר את ההחלטה מן העולם".<sup>168</sup>

ברצוננו להתעכב על נימוק מערכתי זה. השופט זוסמן הולך בהתאם להלכת המשפט המקובל העתיק שלפיה החלטה בהביאס קורפוס אינה מעשה בית דין, ולכן ניתן תמיד היה לפנות מחדש בבקשה לצו הביאס קורפוס ולתור אחר בית משפט ושופט שייעתר לבקשה.<sup>169</sup> הבסיס להלכה זו היה החשיבות שמעניקים בתי המשפט האנגליים לחירות האדם, לכן סירבו להצרה מטעמים פרוצדורליים מערכתיים. אולם השופט זוסמן רואה בהלכה זו חיסרון שבשימוש בהביאס קורפוס: צו הביאס קורפוס אינו מגשים את ערך סופיות הדיון, והוא אף עשוי להביא

166 עניין בוגנים, לעיל ה"ש 164, בעמ' 1658.

167 שם, בעמ' 1660–1661.

168 שם, בעמ' 1661.

169 ראו ברנזון, לעיל ה"ש 32, בעמ' 195.

מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

לתוצאות סותרות שבהליך מסוים נקבע שהמעצר אינו חוקי ולכן יש להורות על שחרור העציר ובהליך אחר, כלפי צדדים זהים או אחרים, ייקבע כי המעצר חוקי. בכך למעשה מקדש השופט זוסמן שיקולים של הכוונת התנהגויות ושיקולים פנים מערכתיים של האדמיניסטרציה השיפוטית, ולמעשה מקבע את נחיתותו אל מול פרוצדורות הערעור הרגילות. אין זה מקרה כי פסק דין זה נעדר דברי שבח והלל לחשיבותו של ההביאס קורפוס לשמירה על חירות האדם במדינה הנעדרת חוקה כתובה.<sup>170</sup> אין זה מקרה גם כי עניין בוגנים מוזכר תדיר בפסיקה העכשווית כגון בעניין פלוני נ' משטרת ישראל,<sup>171</sup> שבה מצברו של הצו ירוד.

### 3. המהפכה החוקתית והביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית

עתה ברצוננו להידרש לגורם שלישי לדעיכת ההביאס קורפוס והוא המהפכה החוקתית ואימוץ הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית. למן המהפכה החוקתית ניתן לזהות העדפה נורמטיבית של שופטי בית המשפט העליון לדון בסוגיות של חירות האדם במסגרת הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית ובהתאם למבחני פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>172</sup> פסקי הדין החוקתיים הגדולים של העשורים האחרונים – גם אלו העוסקים בנושאים הקלאסיים שנשלטו על ידי ההביאס קורפוס כגון חירות ממעצר וממאסר בעניינים ביטחוניים ופוליטיים – אינם עוד פסקי דין של הביאס קורפוס. כך למשל בעניין צמח,<sup>173</sup> נעצר חייל בשירות חובה בידי שוטר צבאי. לאחר שהיה עצור במשך חמישה ימים, בלי שהובא בפני שופט, הגיש עתירה לבג"ץ.<sup>174</sup> בעתירה נטען כי ההוראות בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955, שמכוחן נעצר, נוגדות את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולפיכך הן פסולות ויש להורות על שחרורו.<sup>175</sup> זמן קצר לאחר שהוגשה העתירה, הובא העותר בפני בית דין צבאי שהאריך את מעצרו. לאחר שהועמד לדין, נשפט לחודשיים וחצי מאסר וריצה את עונשו, החייל צמצם את עתירתו וביקש כי בית המשפט יצהיר על בטלות סעיפים 234 ו-237 לחוק השיפוט הצבאי. עתירת החייל אוחדה עם עתירה שהוגשה על ידי חמישה קציני צבא אשר שימשו

170 על השפעתה השלילית של ההלכה בעניין בוגנים לעניין חירויות האזרח במדינה ללא חוקה כתובה עמד המשפטן אריה רוזנבלום במאמר מסוף שנות החמישים בכתב העת הפרקליט: "וכאן נשאלת השאלה אם אמנם יש לראות כמוצדקים את התחומים הצרים שתוחם לעצמו בית המשפט העליון בדונו בהליכי הביאס קורפוס, המהווים את אחת מערובות היסוד לחרות האזרח. במדינה ללא חוקה כתובה אשר בה יש חשש מוחשי להצרת חופש האזרח מחמת תנאי בטחונה ונסיבות אחרות, הרי כל הגבלה בלתי הכרחית אשר מגביל עצמו בית המשפט העליון בדיוניו בהליכי הביאס קורפוס (ואף בהליכים פרוגרטיביים אחרים) יכולה להוות הצרה נוספת בדרכו של האזרח למימוש אחת מחירויות היסוד [...] מי נביא ויראה מראש את כל אותן נסיבות בלתי צפויות העוללות להתעורר בדיוני הביאס קורפוס, אשר בהן תקצר יד בית המשפט מהושיע למבקש אשר יהיה ראוי לסעד?" ; רוזנבלום, לעיל ה"ש 17, בעמ' 106.

171 לעיל ה"ש 56.

172 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 78–80 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995).

173 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999).

174 שם, בעמ' 248.

175 שם, בעמ' 249.

כסנגורים צבאיים, המבקשים כי בית המשפט יצהיר על בטלות אותם סעיפים וכי בג"ץ יאסור לעצור חיילים, אלא אם צורכי החקירה, שיבוש הליכי משפט או חשש מפני הימלטות מהדין מחייבים זאת.<sup>176</sup>

השופט זמיר (בדעת רוב) מציין בפתח פסק דינו כי שתי העתירות נושאות אופי תאורטי, שכן אינן מתבססות על מערכת עובדות, ואינן מבקשות סעד לגבי מקרה זה או אחר, אלא מעלות שאלה בעלת אופי כללי.<sup>177</sup> אמנם העתירה הראשונה הייתה עתירה קונקרטית, שטענה כי העותר מוחזק במעצר על פי הוראת חוק שאין לה תוקף, ולכן ביקשה את שחרור העותר, אולם משעה שהמעצר הוארך על ידי בית הדין הצבאי, העתירה נעשתה אף היא תאורטית. זמיר מציין כי הכלל הוא שבית המשפט מסרב לדון בשאלה תאורטית. חריגים לכך מצבים שבהם העתירה מעלה שאלה חשובה, ונתברר כי מבחינה מעשית בית המשפט אינו יכול לפסוק בה הלכה, אלא אם תוצג שאלה כללית. אליבא דשופט זמיר, עניין צמח נופל לגדר החריג הנ"ל:

"הוא מעלה שאלה חשובה, הנוגעת לעקרונות היסוד של שלטון החוק, היא שאלת הסמכות לפגוע בחירות האישית בדרך של מעצר שאינו שיפוטי. השאלה עולה חדשות לבקרים, שנה אחרי שנה, לגבי חיילים רבים, לדברי המשיבים קרוב ל-10,000 חיילים בשנה. היא קיימת במשך ימים ספורים בלבד, עד שהחיל משתחרר או מובא בפני בית דין צבאי להארכת המעצר ואז היא גוועת [...] התוצאה תהיה, בפועל, כי החלטות לעצור חיילים יקבלו חסינות מפני ביקורת שיפוטית. זוהי תוצאה חמורה. היא אינה מתיישבת עם שלטון החוק".<sup>178</sup>

היעדרו של צו ההביאס קורפוס מדברי השופט זמיר זועק לשמיים. אם אלפי חיילים נעצרים מדי שנה, וההחלטה לעצורם חסינה מפני ביקורת שיפוטית, זוהי אכן תוצאה חמורה שאינה מתיישבת עם שלטון החוק. עם זאת, אם קביעה זו נכונה, מדובר מעל לכול בכישלון של מוסד ההביאס קורפוס, שהוא מנגנון הפיקוח העיקרי של בג"ץ מפני מעצר שרירותי. שופט המיעוט קדמי גרס כי אין הצדקה לקיומו של הדיון בעתירות התיאוריות הנ"ל, וסבר שדחיית הדיון בסוגיית המעצר ללא צו במסגרת הצבאית, למקרים אקטואליים לא תיצור "חסינות מפני ביקורת שיפוטית".<sup>179</sup> השופט קדמי לא הזכיר את ההביאס קורפוס בשמו, אבל זהו בדיוק כלי הפיקוח המרכזי במקרים אקטואליים נגד מעצרים שרירותיים. התהיות לגבי נפקדותו של ההביאס קורפוס מדברי השופט זמיר בולטות שבעתיים, אם מביאים בחשבון את העובדה שחלק מהעותרים הם קצינים בסנגוריה הצבאית: כלום לא יודעים בסנגוריה הצבאית כי במעצרים שרירותיים עומדת זכות להשתחרר מהמעצר בעתירה דחופה להביאס קורפוס? בוודאי הדברים הנ"ל הם מן המפורסמות. עם זאת, נראה שהעותרים כמו גם שופטי הרוב מעדיפים להשליט את שלטון החוק באמצעות "הלכה כללית" ותקיפה ישירה לביטולה של

176 ש.ם.

177 ש.ם.

178 ש.ם, בעמ' 250.

179 ש.ם.



מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

החקיקה הפוגעת בזכות לחירות. זאת, במקום להכריע בכל מקרה לגופו באופן אגבי המחייב את הצדדים הקונקרטיים במקרה הקונקרטי בלבד.

פסק דין נוסף המדגים את ירידתו של ההביאס קורפוס בעקבות המהפכה החוקתית הוא בג"ץ חטיבת זכויות האדם,<sup>180</sup> שבו נדונה חוקתיותה של מדיניות הפרטת בית סוהר. בג"ץ קיבל ברוב דעות (כנגד דעתו החולקת של השופט אדמונד לוי) את העתירה, וביטל את החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר בשל פגיעתו הבלתי-מידתית בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים שאמורים לרצות את עונשם בבית סוהר, שינוהל ויופעל על ידי תאגיד פרטי. פסק דין זה, בדומה לפסק הדין בעניין צמח,<sup>181</sup> נשען בבסיסו על חשיבותה של החירות האישית, היותה תנאי למימוש זכויות אדם אחרות וההשלכות הקשות הנובעות מפגיעה בה.<sup>182</sup> תקצר היריעה מלתאר את עושר הנימוקים שמביאים את שופטי הרוב למסקנתם בדבר אי-חוקתיותו של החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר. לעניינו, נסתפק בכך ששופטי הרוב קבעו כי עצם העברת סמכויות הניהול וההפעלה של בית הסוהר מידי המדינה לזכיון פרטי הפועל למטרות רווח פוגע בזכות לחירות, וכי פגיעה זו אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

שופט המיעוט אדמונד לוי הסכים עם שופטי הרוב לגבי הצורך להבטיח את זכויות היסוד של האסירים ואף לכך שהפרטתם של שירותי הכליאה והפקדתם בידי זכיון פרטי מעמיקה את הפגיעה בזכות לחירות ובזכות לכבוד של האסיר. עם זאת, הסתייג השופט לוי הן ממסקנות שופטי הרוב והן מהתוצאה בדבר בטלות החוק שאליה הגיעו.<sup>183</sup> לגישתו, בשלב זה, בטרם יושם התיקון בפועל, מקדימה הבחינה את זמנה. לגישתו, ביקורת שיפוטית הצופה פני עתיד אפשרית רק כשקיימת סבירות גבוהה לפגיעה בזכויות מוגנות, ואין די בפוטנציאל לפגיעה בלבד כאשר תכלית החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר היא לשפר את תנאי הכליאה בבית הסוהר והרווח הכספי הוא אמצעי להגשמת תכלית זו. לעמדתו, פסקת ההגבלה אינה מספקת מדרך-רגל יציב מקום שבו מדובר בהנחות תאורטיות. לכן סבר כי סוגיה מורכבת זו, על שאלת השפעתה על זכויות יסוד של האדם ועל ערכים מוגנים אחרים, ראוי כי תונח למבחנה של המציאות בטרם תובא להכרעה שיפוטית.<sup>184</sup>

עמדתו של השופט לוי בבג"ץ חטיבת זכויות האדם,<sup>185</sup> הדומה להפליא לעמדתו של השופט קדמי בעניין צמח,<sup>186</sup> מראה כיצד מתבצעת הביקורת השיפוטית בעידן המהפכה החוקתית בנושאים שנשלטו בעבר על ידי ההביאס קורפוס: בג"ץ מגן על חירות האדם מנקודת מבט עקרונית, רחבה ותאורטית, המנותקת משיקולים נסיבתיים קונקרטיים ומשיקולים הקשורים לגופם של עותרים ספציפיים. לדעתנו, דחיית עמדת המיעוט של השופט לוי על ידי שופטי הרוב מגלה את העדפתם המערכתית והמתודולוגית של שופטי בג"ץ שלא לדון בסוגיות

180 בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).  
181 לעיל ה"ש 173.  
182 שם, בעמ' 598-599.  
183 שם, בעמ' 708.  
184 שם.  
185 לעיל ה"ש 180.  
186 לעיל ה"ש 173.

של חירות האדם מתוך נקודת המוצא של המקרה האקטואלי והאדם הספציפי שהם מסימני ההיכר הבולטים של ההביאס קורפוס. העדפה מערכתית זו בבג"ץ חטיבת זכויות האדם, בולטת במיוחד כאשר מביאים בחשבון את העובדה כי אף על פי שתופעת ההפרטה היא תופעה חדשה, הרי ניתן היה להשתמש בצו ההביאס קורפוס גם בנסיבות מודרניות אלו. כאמור לעיל, החל מהמאה השבע-עשרה נעשה שימוש בהביאס קורפוס לפיקוח על מעצרים "פרטיים", קרי, מעצרים על ידי גורמים פרטיים למטרות רווח (לשחרור עבדים למשל).<sup>187</sup>

חשוב להדגיש, גם ההביאס קורפוס שימש את בג"ץ להשלטת מרותו על מוסדות השלטון האחרים – וההחלטות בעניין אל-כרבוטלי,<sup>188</sup> בעניין אל-כורי,<sup>189</sup> ובעניין שוחמכר<sup>190</sup> מדגימות זאת היטב. עם זאת, בשנים הפורמטיביות נעשתה השלטת מרותו של בג"ץ בזחילה וטיפין טיפין תוך הליכה ממקרה למקרה. לעומת זאת, בעידן החוקתי מעדיף בג"ץ להשליט את מרותו בעזרת הכרעה עקרונית ורחבה.<sup>191</sup>

אחרי שסקרנו את ציוני הדרך בפסיקה של השנים האחרונות לגבי הבטחת חירות האדם ניתן להבחין גם בחוסר ההתאמה בין שני המוסדות הנ"ל – ההביאס קורפוס והביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית כפי שהיא מונהגת היום הלכה למעשה. חוסר התאמה זו מגיעה להתנגשות חזיתית בהחלטה בבש"פ 8823/07 פלוני<sup>192</sup> לפחות בשלושה היבטים. ראשית, בג"ץ דן שם ב"סוגיה החוקתית", של הארכת מעצר של חשוד בעברות ביטחוניות שלא בנוכחותו, חרף היותה תאורטית ובלתי-אקטואלית בעניינו הפרטני של העותר.<sup>193</sup> שנית, בג"ץ למעשה בוחר את אפיק הפעולה של ביטול החוק (המאפשר קיום דיון בעניינם של עצירים ביטחוניים בהיעדרם) על פני אפיק פעולה לשיעורין, ספורדי ומקוטע, של הענקת צווי הביאס קורפוס המורים על הבאת העצירים בפני בית המשפט על בסיס נסיבתי ופרגמטי תוך בחינת ההצדקה שבמניעת השתתפות העציר בדיון ממקרה למקרה. שלישית, החלטתו של בג"ץ בבש"פ 8823/07 פלוני היא הכרעה ישירה התופסת כלפי כל אדם ורשות שינסו למנוע נוכחותו של עציר ביטחוני בדיון בעניינו מעתה והלאה. אילו היה מדובר בדיון של הביאס קורפוס, הרי ההחלטה הייתה אגבית, ותקפה רק בין הצדדים המתדיינים, והיה בה לחייב את הרשות להביא את העציר המסוים לבית המשפט ולא יותר מכך.

## ו. סיכום

במאמר זה טענו כי ניתן לזהות בשלושת העשורים האחרונים ירידה במובלטות צו הביאס קורפוס בפסיקה הישראלית. גרסנו כי הגורמים לירידת הביאס קורפוס הם שלושה: ראשית,

187 ראו לעיל ה"ש 11 וטקסט נלווה אליה.

188 עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 18.

189 עניין אל-כורי, לעיל ה"ש 19.

190 עניין שוחמכר, לעיל ה"ש 119.

191 שוקי שגב "בג"ץ בשירות הצדק: המסורת ואובדנה" המשפט יב 439 (2007).

192 בש"פ 8823/07 פלוני, לעיל ה"ש 64.

193 שם, פס' 1, 8–11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ

התפתחותן של חלופות סטטוטוריות מהותיות ופרוצדורליות שהובילו לייתורו. שנית, בחינה של פסיקת ההביאס קורפוס בנושאים ספציפיים כמו בנושא סכסוכי משמורת בין בני זוג ובהקשרים ביטחוניים מצביעה כי מלכתחילה השימוש בצו נעדר ייחוד פרוצדורלי או מהותי. שלישית, אימוצה של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית הוביל לכך שסכסוכים הנוגעים לחוקיות מעצרים נדונים במסגרת תקיפה ישירה של חקיקה ראשית ובהתאם למבחני פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

המכנה המשותף לשלושת הגורמים לירידת ההביאס קורפוס הוא העדפה של הנדסה חוקתית גרנדיוזית של מרחב חירות האדם על פני הנדסה חוקתית קמעונאית.<sup>194</sup> קרי, הן המחוקק והן בג"ץ מעדיפים היום להגן על חירות האדם ממאסר באמצעות כללים ועקרונות רחבים ועמוקים, והדבר בא לידי ביטוי הן בחקיקה קודיפיקטיבית והן בפסיקה עקרונית. המניעים של המחוקק להסדרה חוקתית גרנדיוזית והמניעים של בג"ץ אינם חופפים לגמרי. ההנחה מאחורי התפתחות האלטרנטיבות הסטטוטוריות, היא שהמחוקק ולא בתי המשפט הוא בעל הסמכות והרשות לקבוע את הנסיבות והתנאים לשלילת חירות האדם. לעומת זאת, ההנחה מאחורי הפעלתה של הביקורת השיפוטית, היא שבית המשפט העליון הוא האמון על ההגנה על חירות האדם והוא שיבחן את חוקתיות שלילתה בהתאם למבחני פסקת ההגבלה. אבל המשותף לשני גורמים אלו הוא הרצון להסדיר את מרחב חירות האדם באמצעות הנדסה חוקתית גרנדיוזית.

194 ראו בירנהק, לעיל ה"ש 78.