

בג"ץ אל-כרבוטלי – עיון מחודש (חלק 1)

גיא זיידמן*

מאמר זה מוקדש בהערכה רבה
לפרופ' יורם שחר, אשר פתח, גם
לפניי, את הצוהר ללימוד משפט
והיסטוריה.

בג"ץ אל-כרבוטלי הוא מן ההליכים הראשונים שקיים בית המשפט העליון בירושלים לאחר הקמת המדינה. גם בהליך זה נמנע בג"ץ מביקורת מהותית על המעצר המנהלי שבוצע או מפסילת תקנות ההגנה (שעת חירום) המנדטוריות משנת 1945. חלף זאת הוא ביטל מטעמים פורמליים מעצר מנהלי שהוציא הרמטכ"ל לערבי מיפו בזמן מלחמת העצמאות, וכן הוציא הבהרה לגבי "כללי המשחק" הדמוקרטיים החלים על רשויות השלטון במדינה הצעירה. כך נהפך פסק הדין לאיקוני. הוא נחשב מופת לתעוזה שגילו השופטים – אשר זה מקרוב מונה – אל מול ראשי המדינה לשם הגנה על זכויות אדם, ודוגמה לשימוש בכלים המוגבלים שעמדו לרשותם, ובראשם הקפדה פורמלית על גבולות סמכותה של הרשות. כל זאת הן כדי לתת סעד אפקטיבי – שחרור עציר – והן, ברמת הכלל, כדי לעגן את עקרון שלטון החוק ולהנחות את הרשויות בדבר חובותיהן כלפי האזרח.

* פרופסור מן המניין למשפטים, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. תודתי לסטודנטים אלמוג ליפשיץ, טום ערמון ועומר שלבי על תרומת היסוד שלהם לכתיבת המאמר; לאביה אזולאי, לאסף הרדוף, לעמיר כהנא, לאיל כתבן, לגיל ליטמן, לאורי מילשטיין, לאיל נון, להלל סומר, למיטל פינטו, לניר קידר, ליהל קפלן, ליאיר שגיא, ליורם שחר ולאדם שנער על סיועם במחקר ועצותיהם הטובות; לאנשי ארכיון המדינה, ארכיון צה"ל וארכיון בית המשפט העליון על סיועם במחקר; לספריית האוניברסיטה, ובמיוחד לספרנית יעל נשר. תודה מקרב לב לחברי מערכת כתב בעת, בניצוחו של העורך שחר פרידמן, על סיועם בהתקנת הטיוטה לדפוס. זכיתי גם לעריכה לשונית מופתית של גיא פרמינגר. מעל לכל אני מודה לעמיתי ניר מן ושני שניצרו על סיוע סבלני ואינסופי. אם לא נאמר אחרת, התרגומים מערבית לעברית הם של עומר שלבי.

אולם מתברר שכל זה רק חלק מהסיפור, אשר חלקיו האחרים נעלמו מן הזיכרון הציבורי. חלק שני, שהיה ידוע לכל בעת הדיון בבג"ץ, הוא סיפורו של העציר חאג' אחמד אבו לבן, מעשירי יפו ואולי איש הציבור המוסלמי המשמעותי ביותר שפעל פה עם הקמת המדינה. חלק שלישי בסיפור, שפרטיו נלחשים רק ברמיזה ואינם ברורים עד היום, הוא הרקע למעצרו של אבו לבן: מה העילה המדויקת למעצרו? מי אישר את המעצר ולמה? מדוע לא הועמד לדין עם שחרורו, ומה הנסיבות שהובילו לעזיבתו את הארץ זמן קצר לאחר מכן? התוצאה המסתמנת היא מחלוקת בין רשויות הביטחון של ישראל, אשר זה מקרוב נוסדה – אולי קשיי הסתגלות למעבר ממחתרת לשלטון, אולי מאבקי סמכויות בין רשויות.

ככל שהתקדם המחקר כן הלך המאמר והתעבה, ולכן הוחלט לחלקו לשלושת החלקים שתוארו לעיל, כך שהמאמר המופיע כאן – הכולל את תיאור הפרויקט, את הרקע המשפטי ואת ניתוח פסק הדין – הוא אך המתאבן. המנות העיקריות, הדשנות, יגיעו בקרוב. לפנינו אפוא המאמר הראשון, המציג את החלק המוכר יחסית, כלומר, את ההליך המשפטי של הביאס קורפוס ואת ניתוח פסק הדין. מאמרי ההמשך עושים שימוש נרחב במידע ארכיוני מהתקופה, בשאיפה להציע קריאה מחודשת של פסק הדין מתוך הכרת הקשרו העובדתי-התקופתי, ההיסטורי-המשפטי, תוך ניסיון לזרוע אור הן על סיפורו של אבו לבן והן על פעילותן של רשויות השלטון בימי הבראשית של המדינה.

הקדמה

פרק א:

על ההביאס קורפוס במשפט המקובל

1. שופטים נגד טרור ממשלתי – התפתחותו של סעד ההביאס קורפוס

2. מהו צו ההביאס קורפוס?

3. מתי וכיצד עשה צו זה עלייה?

4. על ההביאס קורפוס בישראל

פרק ב:

פסק הדין של בית המשפט העליון בבג"ץ אל-כרבוטלי

1. מה נמצא בפסק הדין?

2. מהי ההתייחסות המקובלת לבג"ץ אל-כרבוטלי?

הקדמה

לפני שנים מספר לימדתי את פסק הדין בעניין אל-כרבוטלי¹ בקורס "מבוא למשפט ישראל" לקבוצת סטודנטים שאינם משפטיים. זהו פסק דין שחשוב ונעים ללמד. הנרטיב ה"קנוני" רואה בהליך זה אבן יסוד ב"דרך האבנים הצהובות" – סדרת פסקי דין מכוננים שנתן בג"ץ בשנותיו הראשונות ואשר דרכם עיגן את זכויות היסוד בישראל, הרתיע את הרשות המבצעת מפני הפרתן ועיצב את מעמדו כמגן המרכזי על זכויות אלו. אכן, עניין אל-כרבוטלי מדגים היטב את עוז רוחו של בית המשפט העליון בהתייזבו, כבר בימיו הראשונים, מול האנשים החזקים במדינה, ואת הדרך שבה הוא קבע את "כללי המשחק הדמוקרטיים" – במקרה זה את תחולתו של עקרון "שלטון החוק" על כל רשויות המדינה. אבל הפעם לא יכולתי לא לתהות על ה"אין", על הרכיבים החסרים בפסק הדין: מי הוא העותר אל-כרבוטלי? מדוע נאבק עורך הדין בעוז כה רב לשחרורו של העציר? ובעיקר, מיהו אותו עציר שעליו נסב ההליך? מדוע הוא נעצר, ומדוע עובדות המקרה אינן מצוינות בפסק הדין? מדוע הקדיש בית המשפט זמן כה רב – חמש ישיבות – להליך מעצר מנהלי אחד? ומה קרה לאחר צו בג"ץ, שיש בו כמעט קריאת תיגר של בית המשפט על מערכת הביטחון – שחררו את אבו לבן אם אין לכם טעם לעוצרו!² – האם שוחרר העציר?

כבר חיפוש ראשוני בארכיון העיתונות³ גילה לפניי את עיקרי הסיפור ההיסטורי-המשפטי המרתק של חאג' אחמד אבו לבן: **כאדם פרטי** – ערבי-מוסלמי מיפו, מעשירי ארץ-ישראל המנדטורית; **כאדם ציבורי** – אחד מתומכי המופתי הירושלמי שהיה נבחר הציבור האחרון של יפו שבחר להישאר בה ערב הקמת המדינה, ואשר יחד עם קומץ מחבריו הוביל להסכם כניעה של עירו, שעליו חתם, ובכך מנע את המשך הלחימה באזור, על הנזקים שהיו צפויים להיגרם מכך לשני צידי המתרס; **וכעציר מנהלי** (מושא ההליך בבג"ץ אל-כרבוטלי) – אדם שנעצר זמן קצר לאחר הקמת המדינה והוחזק בידי רשויות עלומות, מטעמים שלא הובררו, במתקן כליאה מסתורי, מבלי שהותר לו להיות בקשר אפילו עם עורך דינו. גם לאחר שניתן צו שיפוטי של בג"ץ לשחררו הוא לא שוחרר באופן מיידי, מאחר שמעצרו המנהלי חודש. אלא שכחודש לאחר מכן הוא שוחרר לבסוף, מבלי שהואשם בפלילים או הועמד אי פעם לדין פלילי. לאחר פרק זמן קצר למדי הוא

1 בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר-הבטחון, פ"ד ב 5 (1949).

2 פסק דין אל-כרבוטלי מסתיים בצו החלטי שבו השופטים "מצווים על שחרורו של חאג' אחמד אבו לבן מלבד אם יש סיבה חוקית לעצרו". ראו שם, בסוף פס' 15, וכן את הדיון להלן.

3 במיוחד בארכיון העיתונות של הספרייה הלאומית: "עיתונות יהודית היסטורית" <https://www.nli.org.il/he/discover/newspapers/jpress> **הספרייה הלאומית**

עזב לבקשתו את הארץ ולא שב אליה עוד. אבו לבן היה כנראה הערבי המפורסם ביותר שנשאר בישראל במועד הקמתה, ומעצרו סוקר בהרחבה ובביקורתיות בעיתונות התקופה. מעניינים גם שחקני המשנה: העותר אל-כרבוטלי, שהיה שותף פוליטי של אבו לבן, ולא בן משפחה או קרוב; ועו"ד בן-ימיני, אשר מתברר שהיה איש הרוויזיוניסטים.

כבר ממבט ראשון, ובוודאי עם הרחבת המחקר, הלך והתברר שבג"ץ אל-כרבוטלי הוא רק חוליה אחת – גם אם חשובה – בסיפור גדול ורחב יותר בתולדות המשפט הישראלי. היה זה אירוע מורכב ומרתק, שחלקו הגדול עודנו עלום, הקשור לדרך פעולתן של רשויות המדינה בימיה הראשונים – תקופת המעבר מ"מדינה שבדרך" ל"מדינה", ממחתרות לרשויות ריבוניות – וליחסם של ראשי המדינה כלפי מי שנחשדו על ידיהם כמהווים סיכון, צבאי או פוליטי, למדינה הצעירה.

לרשימה זו במלואה – על שלושת חלקיה, שהמאמר הנוכחי הוא הראשון מביניהם – שלוש מטרות: עיון חוזר בפסק הדין אל-כרבוטלי ובעילות המשפטיות שהוא מעורר; ניסיון להבין את פסק הדין על רקע הנסיבות העובדתיות של המקרה, ככל שהן עולות מהמסמכים הפתוחים לציבור; ולבסוף, ניסיון להבין את המעצרים של אבו לבן מתוך הקשר רחב יותר של אירועי התקופה – נסיון של רשויות המדינה השונות, כל אחת לפי דרכה, לאזן בין החובה לשמור על בטחון המדינה לבין השאיפה לעמוד על הגנת זכויות האדם ולהשליט על המדינה את שלטון החוק.

אלא שהכותב, לצערו, אינו היסטוריון, אלא רק משפטן. לא רק שהשאלות המתעוררות פה הן רבות, מורכבות ואולי חסרות פתרון ברור, אלא שגם התשתית העובדתית של האירועים אינה שלמה ואף שנויה במידה רבה במחלוקת. לכן נעזרתי ברבים לאתר חומרי רקע בעברית, באנגלית ובערבית, ונועצתי במומחים בניתוח ובכתיבה. הכתיבה נמשכה כארבע שנים, וכפי שאתם רואים, היא פורשת יריעה רחבה. בהן צדק, עשיתי כמיטב יכולתי, אך אין לי ספק שזו מספקת רק כדי לתת גרסת בסיס לסיפור, כזו הטעונה דיוק, הידוק, הבהרה ועדכון. אשמח מאוד לראות מחקרים נוספים בתחום ולקבל הערות והארות לרשימה זו.

לפני שאנו מתחילים במסע, אני מרגיש חובה להסביר מדוע השקעתי מאמץ כה גדול בסיפור היסטורי שהוא מינורי, בכל הכבוד: מעצר מנהלי של אדם אחד ופסק דין אחד של בג"ץ אינם הרבה בהשוואה לכלל האירועים של מלחמת העצמאות והשינויים העצומים שחלו בחודשים הראשונים לאחר הקמת המדינה. מדוע לכתוב עליהם שלושה מאמרים, שבהם, במצטבר, קורפוס של יותר ממאה עמודים, ואולי חשוב מכך – מדוע לקרוא עמודים אלו? הייתי רוצה להציע לכך ארבעה טעמים, אשר די מתחברים זה לזה.

הראשון הוא שמדובר בסיפור מרתק בעובדותיו, רב גוונים וניואנסים – פרשה שבה היו מעורבים באופן אישי בכירי המדינה הצעירה: שר הביטחון וראש הממשלה דוד בן-גוריון (המשיב 1 לעתירה, שאינו מאוזכר בפסק הדין כלל, אלא שהיה ברור לכל – ובצדק, כפי שמתברר – שהמעצר לא היה מתבצע ללא

אישורו), הרמטכ"ל (המשיב 2 לעתירה, אשר אומנם הוציא את צו המעצר אבל לא התייצב לדיון ולא נתן תצהיר) וכן פרקליט המדינה חיים כהן (אשר טען בשם הרמטכ"ל לפני בג"ץ, ואף הלין על הסיקור העיתונאי במכתב אישי בעיתונות). כאמור, פסק הדין אינו מפרט את עובדות הרקע של המקרה ואינו מציג את כל גיבורי הפרשה, ובמיוחד לא את אבו לבן. אלא שאני סבור כי העדר העובדות בפסק הדין אל-כרבוטלי אינו נובע מכך שהעובדות במקרה זה הן טריוויאליות – עוד מעצר מנהלי של ערבי מוסלמי בזמן חירום, משטר צבאי ביפו שלאחר הקמת המדינה – אלא להפך. מדובר במעצר בלתי מוסבר של מי שהיה כנראה נבחר הציבור הערבי החשוב ביותר שפעל בזמן הקמת המדינה, אדם שסייע בהשלטת השלום בתל אביב-יפו ובסביבתה. העובדות היו ידועות לכל, לרבות לבית המשפט העליון שדן בתיק, אבל למרות זאת לא מצאתי שום מאמר אקדמי ושום פרסום רשמי הדנים בסיפור או בחלק ממנו.

לכן נדרשתי בעיקר למסלול מתודולוגי "עוקף", והוא הסיקור העיתונאי. בג"ץ אל-כרבוטלי סוקר בהרחבה בעיתונות ב"זמן אמת", ובשנות ההקמה התברכנו פעמיים: ראשית, בעיתונות חופשית ונמרצת, שסיקרה את פעולות השלטון, לא פעם בביקורתיות; ושנית, לא רק מספר העיתונים שפעלו אז היה גדול, אלא גם טווח הלשונות והגוונים האידאולוגיים. לכן ניתן להניח שדיווח עובדתי דומה או זהה שנמצא הן בעיתונות הקרובה לשלטון והן בזו של האופוזיציה הוא אמין מאוד, וגם ניתן לראות – ושוב, כבר בעת התרחשות הדברים – את הניתוח המדיני, הפוליטי, של האירועים.

אם לומר את האמת, פרשה מרתקת כזו ראויה לא רק למחקר בסיסי זה, אלא גם למחקרי המשך של אנשים בעלי יכולות נרחבות משלי, ואולי גם להפקה כסדרת דרמה משפטית-היסטורית. מי יודע – אולי לפנינו להיט פוטנציאלי לנטפליקס. לנוכח זאת עולה השאלה: **מדוע לא הועלה עד היום הסיפור המרתק הזה בצורה מסודרת על הכתב?** תשובה אפשרית אחת היא המספר העצום של האירועים המתרחשים בישראל, "יצרנית חדשות" מהמרכזיות בעולם. תשובה אפשרית אחרת היא העובדה שסיפורו של אבו לבן מסתיים בצורה מינורית: עילת מעצרו אינה ידועה, דרך שחרורו אינה מוסברת, סיבת עזיבתו את הארץ אינה ברורה, וגם מקום מגוריו ומעשיו מאז אינם ניתנים לאיתור.

הטעם השני קשור לתקופה שבה מדובר – ימי הבראשית של המדינה. אין ספק שתקופה זו נלמדה ונחקרה לא מעט, אבל להבנתי יש להמשיך ולחשוף אותה כדבעי. אני סבור שיש חשיבות מיוחדת ללימוד כל פרט בהיסטוריה המשפטית של תקופה זו משום שמדינת ישראל – הן רשויותיה והן הציבור (לפחות היהודי) – בחרו, במובן מהותי, "לדלג" על 1948 ו"לזרום" קדימה עם "החיים עצמם". לשון אחר, להבנתי מדינת ישראל השאירה חלק גדול משהשאלות שהתעוררו עם הקמתה פתוחות. שאלת גבולותיה המדיניים של המדינה, שאלת גורלם של הפליטים הערבים וההשלכות של ביזת רכושם שנשאר, שאלת (השלמת?) כינונה של חוקה פורמלית כפי שהובטח במגילת העצמאות על בסיס החלטת החלוקה של האו"ם, קביעת האזיון בין זהותה של ישראל כ"יהודית" וכ"דמוקרטית" –

בכל אלה טרם הגענו לתשובה ולהסדרה. הדברים אינם מוסכמים בין הפלגים השונים המרכיבים את החברה הישראלית, ובוודאי אינם מוסכמים בין ישראל לבין הפלסטינים, המדינות הגובלות בישראל או הקהילה הבין-לאומית כולה. מה שיש לנו, בינתיים, הם **הסדרים חד-צדדיים** (כגון הסיפוח הישראלי של רמת הגולן ומזרח ירושלים), **זמניים** (דוגמת מסמך הסטטוס-קוו בעניין דת ומדינה (1947)) או **חלקיים** (למשל, קביעת חוקה בפרקים); **עובדות בשטח**, כגון הניסיון הישראלי למנוע "שיבה" של פלסטינים לישראל; ו**רצון לדחות דיון** בסוגיות יסוד עד "יום יבוא" – למשל, שגבולות הארץ ייקבעו במשא ומתן בין הצדדים, אם נסכים שבצד האחר יש פרטנר".

אי-קיום דיון בישראל בסוגיות יסוד ואי-ההסדרה המשפטית המחייבת של "האמנה החברתית" שעל בסיסה כולנו חיים או של גבולות המדינה המוכרים על ידי שכנינו והקהילה הבין-לאומית משאירים את כולנו באי-ודאות, בחוסר עיגון ובמחלוקת ציבורית וערכית מתמדת. אולי באה העת להבין קצת יותר מה קרה בשנת 1948, כדי שנוכל להתקדם ממנה בכיוונים מוסכמים ארוכי טווח.⁴ ולענייננו: האם ייתכן שבחרנו "לשכוח" והעדפנו לא לספר את סיפורו של אבו לבן כי הלקחים העולים מסיפור זה אינם נעימים לאוזנו ואיננו רוצים להתמודד עם משמעויותיו?

באשר ל**טעם השלישי**, אמרה מפורסמת קובעת כי "את ההיסטוריה כותבים המנצחים".⁵ במובן המוחשי יש אמת ברעיון שלצד המנצח יש כוח רב יותר להתוות את "המשך" ההיסטוריה מאשר לצד המפסיד. אבל אם נתרכז ברעיון ה"כתיבה", האמרה משכנעת פחות, לפחות כיום. אולי בעבר היה אפשר למנוע את המנוצחים מלשמר כל זכר של תולדותיהם: רק ספורים ידעו לכתוב, רק תרבויות מעטות הצליחו לשמר כתבים או מבנים פיזיים לאורך זמן, ושימור מסורות בעל פה דרש מאמץ קולקטיבי רצוף ובין-דורי.⁶ אכן, עמים רבים הופיעו על בימת ההיסטוריה ונעלמו כליל, ואחרים לא הותירו אלא הד היסטורי בתולדות העמים המנצחים.⁷ אבל אנחנו חיים זה זמן רב בעידן אחר. ייתכן שלמנצח יש

4 אם לצטט את יגאל אלון בספרו **מסך של חול (ישראל וערב בין מלחמה ושלום)** (מהדורה שלישייה, 1960) – "עם שאֵינו זוכרים את עֲבֵרוֹ הַהוּא שֶׁלוֹ דֵּל וְעֵתִידוֹ לוֹט בְּעֶרְפֶּל"; ואם תרצו, בהיקש מדברי עקביא בן מהללאל (משנה, אבות ג, א) – "ידע מאין באה, ולאן אָתָּה הולך, ולפני מי אָתָּה עֹתִיד לֵהָיוֹת דִּין וְחֶשְׁבוֹן".

5 מקורה המדויק של אמירה זו אינו ידוע. היא מיוחסת למדינאים שונים, לרבות יוליוס קיסר (44–100 לפני ספירתם). ראו, למשל, Matthew Phelan, *The History Is Written by the Victors*, SLATE (Nov. 26, 2019) <https://did.li/JFBgT>.

6 ראו, להרחבה, JAN VANSINA, ORAL TRADITION AS HISTORY (1985); ORAL HISTORY AND PUBLIC MEMORIES (Paula Hamilton & Linda Shopes eds., 2008).

7 בגאווה אציין את עם ישראל, אשר חרף מפלות רבות שספג שימר ידע עצום, בכתב ובעל פה, על פני אלפי שנים. עמים קדומים מעטים בלבד שרדו את תלאות הזמן והצליחו להעביר את גרסתם עד לימינו. מעמים קרובים יותר אלינו, עמי כנען (הכנעני, החיתי, האמורי, החיווי, הפריזי, היבוסי והגרגשי), ולדאבון לב גם מעשרת

עדיין משאבים ויכולת רבים יותר לכתוב את ההיסטוריה (למשל, גישה לארכיונים ולעדויות). אבל כיום גם המשטרים הדורסניים ביותר אינם מצליחים להשמיד את אויביהם כליל, אינם מצליחים למנוע דיווח בזמן אמת על מעשי זוועה, ובוודאי אינם מצליחים למנוע מהצד ה"מפסיד" את האפשרות לכתוב ולשמר את גרסתו.⁸ לשון אחר, גם אם יש צד "מנצח" במובן הקלסי, הפיזי, הצבאי של המילה – שהוא הריבון בשטח ועל האוכלוסייה, והוא המשליט את שפתו, משטרו ומשפטו – גם המיעוט המדוכא יכול לנסות להביא את גרסתו לשיפוט לפני העולם.⁹ כאשר לשום צד אין דרך לשלוט בכל המידע ובהפצתו, זירת המאבק עוברת לתודעה ההיסטורית, לנרטיב, לידע שמוותף למרבית האוכלוסייה (זו של קהל הבית, של קהל ה"אויב" ושל העולם בכללותו) ואשר מקובל עליה כנכון או לפחות כמשקף בצורה מדויקת יותר את העובדות, גם אם אין הוא כזה.¹⁰

השבטים של ישראל – לא נותר אלא הד היסטורי שניכר בתולדות העמים המנצחים. ראו "שבעת העממים" ויקיפדיה <https://did.li/nlYaa>; "עשרת השבטים" ויקיפדיה <https://did.li/KffmC>.

8 ונזכיר את דיסטופיות העבר:

"יש למפלגה סיסמה שעניינה השליטה בעבר", אמר [א'בריאן]. "חזור עליה בבקשה".

"מי ששולט בעבר שולט בעתיד; מי ששולט בהווה שולט בעבר" דקלם וינסטון בצייטנות...

א'בריאן חיך צל חיוך... [ושאל:]

"אז היכן העבר מתקיים, אם בכלל?"

"בתיעוד. הוא כתוב".

"בתיעוד. ו...?"

"בשכל. בזיכרונות של בני האדם".

"בזיכרון. טוב ויפה. אנחנו, המפלגה, שולטים בכל התיעוד, ואנחנו שולטים בכל הזיכרונות.

כלומר אנחנו שולטים בעבר, הלא כן?"

ג'ורג' אורוול 1984 249–250 (ארז וולק מתרגם (2020) (התוספות שלי – ג"ז).

9 הכרות העצמאות האמריקנית מפרטת רשימת תלונות ארוכה של המתיישבים על פגיעות המלך בזכויותיהם כאנגלים. לשיטתם, פגיעות אלו מצדיקות את התרת הקשרים המדיניים – ולמעשה הכרות מרד במלך האנגלי, שסיכויי הצלחתו לא היו ברורים כלל ועיקר – והמסמך מציג את "העובדות בפני העולם (שישפוט אותן) ללא משוא פנים". ראו "הכרות העצמאות, 4 ביולי 1776" [Embassy of the United States: Tel Aviv, Israel](https://did.li/wFemC) <https://did.li/wFemC> (בתרגומו של פרופ' ארנון גוטפלד).

10 כיום אין מדובר רק בתעמולה, העשויה לא להיות אמת, אלא במציאות שבה אין עוד בושה בשקר, בהפצת שמועות בלתי מבוססות או בחיים על פי עובדות "חלופיות". ראו, למשל, JENNIFER LEE MCINTYRE, POST-TRUTH (2018); KAVANAGH & MICHAEL D. RICH, TRUTH DECAY: AN INITIAL EXPLORATION OF THE DIMINISHING ROLE OF FACTS AND ANALYSIS IN AMERICAN PUBLIC LIFE

ניתן לשאול אם אכן מתפקידה של המדינה (הדמוקרטית) להיות מעורבת בקביעת העובדות ההיסטוריות. ניתן לזהות רשויות מדינה האמונות על חקר האמת, ובוודאי על קביעת העובדות, כגון בתי משפט¹¹ ועודות חקירה. יש נסיבות שבהן המדינה מבקשת לשכנע את הציבור שגרסה בנגוע לעובדות היא האמינה, המדויקת, הנכונה – למשל, בהודעות רשמיות של הממשלה או של דובר צה"ל. יש גם תופעה במדינות שונות של "חוקי זיכרון", הנוקטים עמדה ברורה ומחייבת ביחס לעובדות וקובעים השלכות משפטיות לא-הכרה בהן.¹² מחלוקות על עובדות היסטוריות יכולות להתגלע גם בין מדינות ידידות,¹³ ובוודאי בין מדינות יריבות. הדברים מוכרים היטב בהקשר של הסכסוך הישראלי-פלסטיני, שבו שני הצדדים מבקשים לשכנע את אזרחיהם, את הצד האחר ואת העולם כולו בצדקתם, תוך שהם חלוקים הן על העובדות והן על משמעותן. שני הצדדים יודעים להציג נרטיבים "מתחרים" של הסכסוך. רק כדי לשבר את האוון, אזכיר כי מול מלחמת

(2018); DONALD A. BARCLAY, DISINFORMATION: THE NATURE OF FACTS AND LIES IN THE POST-TRUTH ERA (2022); THOMAS ZOGLAUER, CONSTRUCTED TRUTHS: TRUTH AND KNOWLEDGE IN A POST-TRUTH WORLD (2023).

11 לכל בית משפט – ובמיוחד לבית המשפט העליון – יש חלק בהתוויית הגרסה הממלכתית, הרשמית, של העובדות, כפי שתשתמר לדורות. ראו דפנה ברק-ארז "והגדת לבנון: היסטוריה וזיכרון בבית-המשפט" **עיוני משפט** כו 773 (2002); דפנה ברק-ארז "היסטוריה של הצדקה" **עיוני משפט** מא 113 (2018).

12 לדין ראו NIKOLAY KOPOSOV, MEMORY LAWS, MEMORY WARS: THE POLITICS OF THE PAST IN EUROPE AND RUSSIA (2018); Uladzislau Belavusau & Aleksandra Gliszczyńska-Grabias, *The Remarkable Rise of 'Law and Historical Memory' in Europe: Theorizing Trends and Prospects in the Recent Literature*, 47 J.L. & Soc'y 325 (2020); Eran Fish, *Memory Laws as a Misuse of Legislation*, 54 ISR. L. REV. 324 (2021); HANDBOOK ON THE POLITICS OF MEMORY (Maria Mälksoo ed., 2023).

13 ראו, לדוגמה, את המחלוקת בין ישראל לפולין על חלקם של הפולנים בשואה. ראו יחסי ישראל-פולין ו**יקיפדיה** <https://did.li/XHSrl>; עופר אדרת "ישראל נכנעה לדרישת פולין, ותציע לבני נוער לבקר באתרי הנצחה לרוצחי יהודים" **הארץ** <https://did.li/CuMlw> (10.4.2023).

העצמאות, מלחמת ששת הימים ומלחמת יום כיפור הישראליות, הערבים מציינים את הנקבה, ¹⁴ הנקסה ¹⁵ והעבור. ¹⁶

כיצד דברים אלו באים לידי ביטוי בסיפורו של אבו לבן?

מעבר לשאיפתי להביא במאמר זה את העובדות בצורה המדויקת ביותר, ¹⁷ ייתכן שיש פה נקודה מעניינת יותר. בסיפורו של אבו לבן יש היבטים חיוביים לצד הישראלי – בוודאי הסיפור ההרואי של בג"ץ אל מול רשויות הביטחון, המתקיים כל כולו בשיח הפנים-ישראלי, אבל גם בהקשר של הסכסוך כולו, שכן יש פה מקרה נדיר של הסכם כניעה שעצר מצב מלחמה קשה ומנע שפיכות דמים, ואשר ישראל כיבדה אותו, לפחות בחלקו. אבל אם נניח שסיפורו של אבו לבן אינו "נעים" לאזוניים ישראליות, מדוע אין הוא מובא על ידי הצד הפלסטיני, בין לשם הוקעת מי שחתם על הסכם כניעה עם ישראל ובין בתלונה על אי-קיומו המלא של

14 המושג **נקבה** – שמוכרן אסון – "ניתן לתבוסה הערבית במלחמת 1948, ולתוצאותיה, לרבות האסון שנפל בחלקם של הפלסטינים והיווצרות בעיית הפליטים". אלא שעם הזמן, במיוחד לאחר מלחמת ששת הימים, הצטמצמה משמעות המושג "לאסון שפקד את הפלסטינים בעקבות מלחמת 1948, ואילו המשמעות הכלל-ערבית של המושג נדחקה לקרן זוית". ראו משה שמש **מהנקבה לנקסה: הסכסוך הערבי-ישראלי והבעיה הלאומית הפלסטינית 1957-1967 – דרכו של נאצר למלחמת ששת הימים יא-יב** (2004). כן ראו "הנכבה" ויקיפדיה <https://did.li/FiHZH>. בהקשר זה יוזכר "חוק הנכבה" שהועבר בישראל בשנת 2011 (חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011, ס"ח 686), שלפיו גוף המקבל תקציבים מהמדינה עשוי להיחשף לסנקציות כלכליות בשל הוצאת כספים, בין היתר, לציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל. ראו ס' 33(ב)(4) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985. החוק כוון להגביל מימון אירועי יום הנכבה על ידי גופים במגזר הערבי הממומנים מתקציב המדינה. ראו חנן כהן "חוק הנכבה" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (4.5.2014) <https://www.idi.org.il/articles/4640>; "חוק הנכבה" **האגודה לזכויות האזרח בישראל** (5.5.2011) <https://law.acri.org.il/he/680>.

15 המושג **נקסה** – במובן מילה – הוטבע על ידי נשיא מצרים נאצר בנאום ההתפטרות שלו ב-9 ביוני 1967, כדי להתייחס לתבוסה הצבאית הערבית במלחמת ששת הימים ולתוצאותיה (שמש, לעיל ה"ש 14, בעמ' יב). כן ראו "יום הנכסה" ויקיפדיה <https://did.li/00vx5>.

16 המושג **אל-עבור** – המשתמש במילה הערבית שפירושה "מעבר" לציון חציית תעלת סואץ – מסמן את הניצחון האסטרטגי הערבי בפתחה של מלחמת יום הכיפורים ואת הישגה של התנועה הלאומית הפלסטינית בהחלטתה של ועידת הפסגה הערבית ברבאט באוקטובר 1974, שבה נקבע אש"ף כמייצג החוקי הבלעדי של העם הפלסטיני. ראו משה שמש **מהנכסה לעבור: הסכסוך הערבי-ישראלי והתנועה הלאומית הפלסטינית – מתבוסה צבאית לניצחון אסטרטגי 1967-1974** (2022). 13

17 בכפוף הן למגבלות המידע הזמין לציבור, בעיקר בעברית, והן למגבלות המקצועיות ולהטיות האנושיות שלי.

ההסכם על ידי ישראל או לשם גינוי יחסה לאבו לבן חרף התנהגותו שוחרת השלום? בהנחה ששני הצדדים, בוודאי בעשורים הראשונים לאחר הקמת המדינה, היו מודעים היטב לעובדות, המסקנה ההגיונית ביותר היא ששני הצדדים שותקים כי הם מעדיפים להתעלם מהאפיוזודה הזו – כל צד מטעמיו.¹⁸ אבו לבן עזב את הארץ, ולמעט שתי הבלחות מינוריות שיתוארו בהמשך, הוא פשוט נעלם מהזירה. אבו לבן מעולם לא מסר גרסה מפורטת של האירועים, לא כתב ספר, לא תבע את עלבוננו, לא נקם. הוא נעלם.

כאמור, אני סבור שיש עניין בסיפור העובדות שמאחורי בג"ץ אל-כרבוטלי, וזו הסיבה הראשונית לפרויקט שנטלתי על עצמי, אבל העדר המידע, וההבנה שלי שחשיפת הרקע העובדתי של האירוע זורעת אור חדש על פסק הדין ומחייבת הבנה שלו בהקשר רחב ומורכב בהרבה מזה שבו היה מקובל לראותו, הם גם הטעם למבנה הייחודי שלו, המחולק כאמור לשלושה: מאמר ראשון זה, שבו אערוך דיון משפטי מפורט אבל קונוונציונלי בפסק הדין; מאמר שני, שבו אציג את פיסות המידע שליקטתי על העובדות שברקע פסק הדין, וזאת בהעדר כל דיון בנושא של היסטוריונים או עמדה מפורטת של גורמים רשמיים ישראלים או פלסטיניים על האירועים; ולבסוף מאמר שלישי, שבו אנסה לחבר בין הדברים כדי להבין מה "באמת" קרה ברקע מעצרו של אבו לבן, ואבקש להציב את עובדות המקרה על רקע כלל השימוש שעשו שלטונות המדינה הצעירה במעצרים מנהליים לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, הבריטיות.

הטעם הרביעי הוא אזהרה עצמית. אני מאמין שחשוב להבין את ההתרחשויות של 1948 לאשורן, בעיניים פקוחות ומפוקחות, מבלי להתעלם מהעובדות, מבלי לייפות את המציאות ומבלי לנסות לצנזר אותה.¹⁹ אין ספק שבין התרחשויות העבר נמצא גם אירועים שנתפסו כבלתי ראויים כבר בעת התרחשותם או לכל הפחות כיום. על האפשרות האחרונה אומר כי יש לנהוג בזהירות בעת שיפוט ערכי של עובדות העבר במשקפי ההווה. העולם השתנה, במידה רבה לטובה, למן קום המדינה. אם ליטול דוגמה כואבת, השאלה העובדתית אם ילדי תימן נלקחו וניתנו לאימוץ ללא אישור, "לטובתם", עדיין מצויה בלב הוויכוח הציבורי בישראל,²⁰ אבל אין ספק שבשנות הקמתה של המדינה התקיימה במדינות רבות – מערביות, אנגלו-סקסיות, "נאורות" – פרקטיקה מסיבית של העברת ילדים מקבוצות

18 ראו, למשל, <https://www.palestine-studies.org/ar/node/34666>.

19 עיתון **הארץ** דיווח פעמים מספר על מחיקה וצנזורה בארכיוני המדינה של פרטים העשויים להביך את המדינה. ראו, למשל, עופר אדרת "לא כל כך נוח": ארכיון המדינה צנזר מסמך 'סודי ביותר' מ-1967 וחזר בו" **הארץ** (22.12.2017) <https://did.li/Hp4TY>; יעקב לזוביק "אלפי תיקים היו אמורים סוף סוף להיחשף. ואז הגיעה הצנזורה" **הארץ** (20.4.2022) <https://did.li/fMXaa>; עופר אדרת "נחשפו פרוטוקולים ממשפט הטבח בכפר קאסם: המפקד אמר שרצוי שיהיו מספר הרוגים" **הארץ** (29.7.2022) <https://did.li/lvMIw>.

20 לסיכום מועיל ראו "פרשת ילדי תימן" ויקיפדיה <https://did.li/IFBgT>.

"ילידיות" לידי אוכלוסיות "מערביות" בתואנה של מתן "הזדמנות טובה יותר", ושהיא נתפסה כפרקטיקה ראויה.²¹ על האפשרות הראשונה אומר כי גם אם מדינת ישראל של שנת הקמתה לא הייתה "פלנטה אחרת",²² ותנאי החיים הקשים לא הצדיקו מעשי זוועה, עדיין יש להביא בחשבון את המורכבות של התקופה. העבר, כידוע, הוא "מדינה זרה" עם חוקים משלה,²³ ואין הוא קל להבנה. כפי שכל עורך דין יודע, בבואנו להציג ראיות לפני בית משפט בתימוכין לגרסת מרשנו, קשה – אם לא בלתי אפשרי – לשחזר במדויק אירועי עבר: את העובדות, את המראות, את הלחצים, את התחושות. צילומי שחור-לבן וקטעי ארכיון אינם יכולים להסביר את אימת מלחמת העצמאות, שגבתה קורבן עצום מדור המייסדים, את החשש התזונתי המתמיד של תקופת הצנע, את המחסור העצום שחוה גל העלייה שבא עם הקמת המדינה. אין צורך לחזור שבעים וחמש שנים אחורה כדי להבין כמה אנו מנותקים בהווה מחוויית העבר – חשבו רק שנים ספורות אחורה, כאשר ביקור בסופרמרקט חייב חבישת כפפות מגן ומסכה, שמירה על מרחק מכל אדם וניקוי חוזר של הידיים בנוזל חיטוי, ולווה בחרדה עמוקה מפני הידבקות במחלה חדשה, אשר היקף פגיעתה לא היה ברור בתחילה ואף לא היה חיסון אפקטיבי מפניה. אסכם: אבקש לתאר את העובדות כמיטב יכולתי, לא כהיסטוריון ולא כדי למצוא אשם במאן דהוא, אלא כדי לאפשר לנו לקיים כיום דיון ציבורי ומשפטי מושכל והוגן בשאלות היסוד הלאומיות והמדיניות של ישראל. ומכאן – לפסק הדין ולסיפורו המרתק של אחד אבו לבן.

21 כך, בארצות הברית הוצאו ילדים ילידיים מקהילותיהם וקיבלו חינוך מערבי, תוך החלפת שמותיהם, וזאת עד סוף שנות השישים של המאה העשרים (Eesha Pendharkar, *Native American Children Endured Brutal Treatment in U.S. Boarding Schools, Federal Report Shows*, EDUC. WK. (May 11, 2022) <https://did.li/mvMIw>; באוסטרליה העבירו "ילדים גנובים" עד שנות השבעים (!) (*Stolen Generations*, WIKIPEDIA, <https://did.li/wOgDN>); ובקנדה העבירו ילדים ילידיים לאימוץ אצל משפחות לבנות עד שנות השמונים (!) (*Sixties Scoop*, WIKIPEDIA, <https://did.li/5abUY>).

22 הביטוי המצמרר שבו השתמש הסופר יחיאל די-נור בעדותו במשפט אייכמן לתיאור מחנה ההשמדה אושוויץ – ראו "עדות ק. צטניק במשפט אייכמן" ויקיפדיה <https://did.li/5t0CN>.

23 המילים "The past is a foreign country: they do things differently there" הן משפט הפתיחה בספר (שלא תורגם לעברית) (L.P. HARTLEY, *THE GO-BETWEEN* 1 (1953)).

פרק א: על ההביאס קורפוס במשפט המקובל

1. שופטים נגד טרור ממשלתי – התפתחותו של סעד ההביאס קורפוס

שני גברים הולכים ברחוב ביישוב שבו הם מתגוררים; או אולי הם יושבים בדירתו של אחד מהם בארוחת ערב. **היכן הם נמצאים ומתי?** בלונדון, 1650; במוסקבה, 1931; ביפו, 1948; בבואנוס איירס, 1983; בדובאי, 2018; בפורטלנד, אורגון, 2020; באדיס אבבה או בבייג'ין, 2021.²⁴ לפתע עוצר לידם או ליד ביתם כלי רכב, רשמי או בלתי מזוהה. אנשים אחדים יוצאים מהרכב. אולי הם לבושי מדים ומזהים את עצמם, ואולי הם לבושים כיתר הולכי הדרך או אפילו מסתירים את פניהם ואת זהותם.²⁵ ייתכן שהם שואלים את אחד מהגברים "האם אתה מר א' ל'?" ואולי הם מזהים אותו מתמונה או על רקע היכרות אישית. לאחר שהחליטו

24 רק כדי לשבר את האוון: בתו של שליט דובאי ברחה מהאמירות בשנת 2018, אך נתפסה ועקבותיה נעלמו, עד שהבליחה בסרטונים בשנת 2021 שבהם ציינה כי היא בת ערובה. הקהילה הבינ-לאומית לוחצת על דובאי להוכיח, לכל הפחות, שהנסיכה **עדיין חיה**. ראו סוכנויות הידיעות "זעם על דובאי: 'תוכיחו שהנסיכה בחיים'" ynet (18.2.2021) <https://did.li/3BOZH>. בזמן הפגנות בפורטלנד, אורגון, "קטפו" כוחות פדרליים, לבושים בגדי הסוואה ונוסעים ברכב לא מזוהה, אנשים מהרחוב. ימים מספר לאחר מכן אושרו הדברים על ידי השר לבטחון הפנים, שטען כי הדבר נעשה בדרך, הרחק מההמון, כדי לשמור על בטחונם של הכוחות ולהביא את העצורים למקום בטוח לחקירה. ראו Jonathan Levinson, Conrad Wilson, James Doubek & Suzanne Nuyen, *Federal Officers Use Unmarked Vehicles to Grab People in Portland, DHS Confirms*, NPR (July 17, 2020) <https://did.li/WRGZH>. כאשר לאתיופיה, "בחסות מצב החירום עליו הוכרז בתחילת החודש, הרשויות באתיופיה מבצעות מעצרים המוניים של בני חבל תיגראי ולא מדלגות גם על מבוגרים, נשים וילדים" (ניו יורק טיימס "'אווירת פחד ממשי': באתיופיה עוצרים המוני אזרחים, בהם כאלו שאינם קשורים ללחימה" הארץ (22.11.2021) <https://did.li/3Avx5>). לגבי סין ראו, למשל, "כמעט שבועיים אחרי שהאשימה את בכיר המשטר... כי כפה עליה יחסי מין, עדיין לא ברור לאן נעלמה [כוכבת הטניס], שבשיאה דורגה מספר 1 בעולם בזוגות" ("כוכבת הטניס, סגן רה"מ והאונס: הפרשה הסינית מסתבכת" ynet (16.11.2021) <https://did.li/jNgDN>).

25 לפי ס' 5א לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 – שהוסף בתיקון מס' 15 משנת 1997 – שוטר חייב להזהרות לפני אזרח, בין באמצעות תג זיהוי גלוי לעין על מדיו ובין על ידי הצגת פרטי זהותו ותעודת המינוי שלו. חריגים הם רק המקרים שבהם מילוי חובת ההזהרות יסכל את ביצוע הסמכות או עלול לפגוע בבטחונם של השוטר או של אדם אחר (ס' 5א(ה) לפקודת המשטרה), וגם אז, עם חלופה הנסיבות שמנעו את מילוי החובה האמורה, יודעה השוטר "מוקדם ככל האפשר" (ס' 5א(ו) לפקודת המשטרה). השוו "שוטרים רעולי פנים בירושלים המזרחית" **האגודה לזכויות האזרח בישראל** (25.8.2014) <https://law.acri.org.il/he/32573>.

כי בידם האדם שהם מחפשים, הם מבקשים ממנו להיכנס איתם לרכב. בדרך אחת או אחרת – קרוב לוודאי בלי הסבר ותוך איום ישיר או מרומז – מר א' ל' נכנס איתם לרכב, בעוד חברו, מר א' כ', נשאר המום ומבוהל. חמישה חודשים חולפים, ולמר א' ל' אין זכר. לא ברור היכן הוא מוחזק ועל ידי מי. עורך דינו אינו מורשה להיפגש עימו, והשאלה – של המשפחה ושל עורך הדין עצמו – היא כיצד ניתן לגרום לשחרורו, ואולי חשוב מכך: כיצד ניתן לוודא אם מר א' ל' עדיין חי? אילו היינו אננו, חלילה, עדים לאירועים, מה היינו חושבים על אתר? מה התרחש פה לנגד עינינו? ההיה זה סכסוך משפחתי? ריב בין עבריינים? מעשה פלילי אחר? לאחר שההלם הראשוני התפוגג, אולי היינו שואלים: למי יש היכולת המעשית "לקטוף" אדם מהרחוב ו"להעלים" אותו למשך חודשים ללא זכר (ולבסוף לשחררו ללא פגע)? הסבירות שמדובר במעשה עברייני קיימת, אבל היא מתפוגגת, במיוחד אם אין מדובר במקרה יחיד, אלא במקרים רבים. התשובה ההגיונית ביותר היא שזוהי פעולתן של רשויות הממשל המרכזי, אשר רק להן יש המשאבים המשמעותיים הנחוצים לביצועה. אז מתעוררות שאלות קשות: מדוע שהממשלה תפעל בדרך זו? מה הסיבה, מה ההגיון שלה? האם מדובר בפעולה חוקית? האם לממשל יש סמכות לפעול כך? ולבסוף, האם לאזרח הקטן – למשל, לאותו מר א' כ', העד לאירוע, או למשפחתו של מר א' ל', אשר עודכנה כי הוא נלקח – עומדת דרך חוקית כלשהי להתמודד עם מציאות מבהילה כזו ולזכות בסעד משפטי אפקטיבי כלשהו?

אני מעריך שרוב הקוראים, בעלי ההיכרות עם המשפט האנגלו-אמריקני, יודעים את התשובות: זו העובדתית וזו המשפטית. מבחינה **עובדתית**, התנהגות כזו – של מעצר בחשכה על ידי אנשים שאינם מזדהים ואינם מציגים מסמכים המעידים על סמכותם לעצור את אותו אדם, של מאסר במקום בלתי ידוע וסירוב לעדכן את המשפחה בדבר מקום הכליאה, של מניעת מפגש עם עורך דין – נתפסת לא רק כלא ראויה בדמוקרטיה, אלא גם כדרך להפעיל לחץ, איום ולמעשה סוג של טרור, באמצעות רשויות המדינה, על אזרחים המביעים התנגדות למשטר.²⁶ מבחינה **משפטית**, זהו בדיוק סוג ההתנהגות שכנגדו פיתחו שופטי המשפט המקובל, באומץ ובמאמץ, סעד מיוחד – צו פררוגטיבי שבאמצעותו השופטים של המלך מחייבים (באופן פורמלי בשם המלך) את אנשיו של המלך (אשר ייתכן שמקיימים את רצונו האמיתי) להביא את העציר גופו לפני בית המשפט, על מנת שיהיה אפשר לקיים דיון בשאלת חוקיות מעצרו. זהו סעד ההביאס קורפוס.

26 על טרור מדינתי ראו "טרור" ויקיפדיה <https://did.li/JgfmC>. ראו גם אורוול, לעיל ה"ש 8, בעמ' 22–23: "זה תמיד קורה בלילה – כל המעצרים תמיד נעשים בלילות. אתה נקרע משינה, יד גסה מטלטלת את כתפך, אורות מעוררים, טבעת פרצופים קשוחים סביב המיטה. ברובם המכריע של המקרים אין משפט ואין כל דיווח על המעצר. אנשים פשוט נעלמים, תמיד בשעות הלילה. שמך נמחק מהרישומים, כל תיעוד של כל דבר שעשית אי פעם נמחה, העובדה שהתקיימת פעם מוכחשת ואז נשכחת. אתה מבוטל..." (תודתי לשלומי כהן על ההפניה).

2. מהו צו ההביאס קורפוס?

פרקטיקה מבהילה זו של מעצר ברחוב או בדירת מגורים ואז העלמה לתקופה – ולדאבון לב, פעמים רבות, גם הוצאה להורג – אינה נדירה, גם לא בהיסטוריה המודרנית. דוח של האו"ם שבחן תופעה זו, המכונה *enforced disappearance*, תיעד 53,232 מקרים כאלה בשנים 1980–2009 ב־82 מדינות, אשר ברבות מהן התרחש הדבר מאות ואלפי פעמים בתקופה זו.²⁷ מדהים, מזעזע, מצער ומפחיד לומר שגם כיום מתרחשים, כעניין שבשגרה ובמדינות רבות, מעצרים המוניים ללא צו, ללא פירוט עילה, ללא הסבר לאן הנעצרים נלקחים וללא גישה לעורך דין.²⁸ כאשר אין מדובר במעצר הנובע מצורך בטחוני דחוף ומיידי, אין מנוס מהמסקנה שמדובר למעשה ב"טרור" של השלטון נגד אוכלוסיית המדינה, המיועד לבסס את שליטתו בה.

לא במקרה אירועים כאלה לא היו נפוצים בעבר ואינם נפוצים כיום במדינות שבהן התבסס המשפט המקובל האנגלו-אמריקני. במדינות אלו יצרו בתי המשפט סעד אפקטיבי אשר אינו מונע אומנם כליל את הפרקטיקה של מעצרים מנהליים אך מצמצם את השימוש בהם ואת הסיכון הנשקף לפרט במהלכם. הפרוצדורה שיצרו בתי המשפט האנגליים נועדה להבהיר לרשות כי אירוע של "היעלמות" אזרח יגיע לידעת הציבור, יעבור ביקורת שיפוטית, ואולי גם יוביל לסנקציות אישיות נגד המבצעים. זוהי אחת מחומות המגן המרשימות ביותר שהקים המשפט המקובל, וקיומו הוא אחת הבטוחות המשמעותיות ביותר אשר קיימות במשטר דמוקרטי ומבחינות בינו לבין משטרים טוטליטריים. מדובר, כמובן, בצו *Habeas Corpus*.

אלא שעצם יצירתו של סעד זה באנגליה של המאה השבע-עשרה, ועצם נכונותם של שופטים – למשל, בישראל של 1948, בעיצומה של מלחמת הקוממיות – להפעילו, וכך לפעול בניגוד לרצונה המוצהר של הרשות המבצעת וחרף עמדתה של זו שפעולותיה נדרשות מטעמים בטחוניים, ממש אינן ברורות מאליהן. אנו מתארים את הדברים ככמה מ"סיפורי הגבורה" של בתי המשפט – צווים שיפוטיים שחייבו יושרה מקצועית, אנושיות ואומץ לב אישי לא קטן.

3. מתי וכיצד עשה צו זה עלייה?

כפי שגילת ושגב מציינים, ובדין, "לא ניתן להפריז בחשיבותם של צווי ההביאס קורפוס במדינות המשפט המקובל".²⁹ צו זה – המיועד לאפשר לבתי המשפט לשמור על חירות הפרט באמצעות ציווי להביא לפנייהם באופן פיזי כל עציר או

27 ראו *Enforced Disappearance*, WIKIPEDIA, <https://did.li/s59CN>

28 ראו, לאחרונה, *Mass Detentions of Civilians Fan 'Climate of Fear' in Ethiopia*, N.Y. TIMES, <https://did.li/C5vx5>

29 וכיום לא רק בהן. ראו ישראל צבי גילת ויהושע (שוקי) שגב "מה קרה להביאס קורפוס? על משמרת החירות בבג"ץ" *המשפט* כג 195, 196 וה"ש 3 (2017).

אסיר לשם בדיקה אם הוא נעצר או נאסר כדין – חשוב עד כדי כך שחוקת ארצות הברית אוסרת על הקונגרס לחוקק בעניין השעייתו של צו זה אלא בשני תנאים מצטברים: כאשר יש מרד או פלישה, וגם אז רק אם הסדר הציבורי מחייב זאת.³⁰ עד שבאו הבריטים לארץ ישראל כבר הסתיים המאבק ההיסטורי של בתי המשפט הגבוהים באנגליה, וסמכותם ליתן, בשם הכתר, את שלושת הצווים הפרוגטיביים – צו עשה (*mandamus*), צו אל תעשה (*prohibitio*) וצו ההבאה של עציר או אסיר (*habeas corpus*), שהם ליבת כוחו של בג"ץ – לא הייתה עוד שנויה במחלוקת.³¹ לכן הפקדת סמכויות אלו בידי בית המשפט העליון המנדטורי לא נתפסה כבעייתית. דבר המלך במועצתו, 1922, הנחה את הקמת מערכת בתי המשפט בארץ ישראל המנדטורית, לרבות בג"ץ, אבל לא ציין במדויק את סמכויות שופטיו.³² בפקודת בתי המשפט, 1924, נמנו סמכויות בג"ץ ביתר פירוט,³³ ולאחריה באה פקודת בתי המשפט, 1940 – "דבר החקיקה המנדטורי המפורט ביותר בעניין סמכות בג"ץ".³⁴ סעיף 7 לפקודה זו, כמו סעיף 6 של קודמתו,³⁵ הפקיד בידי בג"ץ את סמכות השיפוט הבלעדית, בין היתר, בענייני "א" בקשות (מסוג משפטי 'הביאס קורפוס') למתן צווים לשחרר אנשים העצורים במשמר שלא כחוק, וכן "ב" צווים הערוכים לפקידים צבוריים או למוסדות צבוריים בנוגע למלוי חובותיהם הצבוריות והדורשים מאתם לעשות מעשים ידועים או להימנע מלעשותם".³⁶ הוראות אלו חלו גם לאחר הקמת המדינה וחלות גם כיום: הם נקבעו מחדש, בלשון דומה, בסעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, וכיום הן מעוגנות בסעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה.

30 תנאים אלו מחמירים עד כדי כך שלא מלחמת האזרחים ולא מלחמות העולם הצדיקו את הפעלת הסייג לאיסור, אף שהנשיא לינקולן ניסה להגביל את ההביאס קורפוס. ראו U.S. CONST. art. I, § 9, cl. 2 ("The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it"); DANIEL FARBER, LINCOLN'S CONSTITUTION (2003).

31 ראו יאיר שגיא "למען הצדק? על הקמתו של בית-המשפט הגבוה לצדק" **עיוני משפט** כח 225, 243 (2004) (להלן: שגיא "למען הצדק?").

32 ראו ס' 43 לדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י), 1922, חא"י ג 2738, ובפירוט: יאיר שגיא "הסמכות והרשות: על הקמת בית המשפט העליון במדינת ישראל" **משפטים** מד 7, 12–15 (2013) (להלן: שגיא "הסמכות והרשות").

33 ס' 6 לפקודת בתי המשפט, 1924, חא"י א 372. ראו שגיא "הסמכות והרשות", לעיל ה"ש 32, בעמ' 14 וה"ש 23.

34 ש"היה גם דבר החקיקה האחרון בשרשרת זו" (שם, בעמ' 14–15 וה"ש 24). ראו פקודת בתי המשפט, 1940, ע"ר תוס' 1, 115.

35 לפירוט ראו שגיא "למען הצדק?", לעיל ה"ש 31, בעמ' 274–281.

36 הפקודה עדיין בתוקף, אם כי רוב הוראותיה – לרבות סעיף 7 – בוטלו בחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, ס"ח 148 (ס' 48(1)). ראו גם אצל שגיא "הסמכות והרשות", לעיל ה"ש 32, בעמ' 15 וה"ש 25.

העולה מכל אלה הוא שסמכות ההביאס קורפוס – גולת הכותרת של המשפט הציבורי האנגלי – הגיעה לארץ עם המנדט, עמדה לרשות בית המשפט העליון במהלך השלטון הבריטי, ונשארה, במידה רבה ללא שינוי, עד עצם היום הזה.³⁷ מה שהשתנה הוא התוכן המהותי שיצק בית המשפט לתוך צו זה: הנסיבות שבהן הוא הסכים לשמוע עתירה על בסיס צו זה והיקף הסעד המהותי שהוא נתן על בסיסו. אומך את הדברים בגאווה, כבר בימי הבראשית של המדינה, השופט מלחי, המציין כי בג"ץ "מהווה את אחד האינסטיטוטים היפים ביותר במורשת המשפט של השלטון המנדטורי הבריטי בארץ למדינת-ישראל".³⁸ אולם דווקא בפסקי הדין של בג"ץ המנדטורי בשנותיו האחרונות בענייני הביאס קורפוס וצווים לרשויות המנהל הוא מזהה "צביעות", הבדל בין הלכה למעשה. מצד אחד שמר בית דין זה עד לסיום שלטון המנדט על הכללים העקרוניים הטובים, אולם הוא ביטא אותם בפרקטיקה דקדקנית ובלתי ליברלית. החביות היפות והטובות נשארו שלמות אולם היין העצור בהן חמץ. עד שקם בית-הדין העליון בישראל והחזיר את העטרה ליושנה.³⁹

4. על ההביאס קורפוס בישראל

ניתן לציין, בגאווה לא קטנה, כי למרות מצבה הבטחוני המורכב של ישראל, אירועים של מעצר אנשים על ידי אנשים בלתי מזהים ללא הצגת תעודות מזהות ותעודות הסמכה רשמיות, ללא הצגת עילת מעצר, צו מעצר או סמכות מעצר, ותוך סירוב לאפשר להם להיפגש עם עורכי דינם או לעדכן את משפחותיהם בדבר

37 כפי שכתב ערב הקמת המדינה נורמן בנטוויץ', שהיה היועץ המשפטי של ממשלת המנדט: בית המשפט העליון המנדטורי היה בעל סמכות ליתן צווי הביאס קורפוס ומגדמוס – שניים מהכלים המשפטיים הבריטיים העיקריים להבטחת זכויות האדם האינדיבידואליות. לדבריו: "The purpose of their adoption was to introduce the principles of the English rule of law. The right of recourse to the High Court has been very fully used, even in times of emergency when normal protection of individuals is restricted... the independence of the judiciary to check any arbitrary act of the government has been one of the most salutary features of the British administration." ראו Norman Bentwich, *The Legal System of Palestine Under the Mandate*, 2 MIDDLE E. J. 33, 42 (1948); "נורמן בנטוויץ'" ויקיפדיה <https://did.li/OWcUY>.

38 אליעזר מלחי תולדות המשפט בארץ-ישראל: מבוא היסטורי למשפט במדינת ישראל 172 (מהדורה שנייה 1953).

39 שם, בעמ' 171. דברים אלו נכונים לא רק לשנים האחרונות של השלטון המנדטורי, שבהן הוחלו תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, אלא גם לדיכוי הבריטי של המור הערבי הגדול בשנים 1936–1939. ראו MATTHEW HUGHES, *BRITAIN'S PACIFICATION OF PALESTINE: THE BRITISH ARMY, THE COLONIAL STATE, AND THE ARAB REVOLT, 1936–1939*, 39 (2019).

מקום הימצאם – נדירים בה מאוד.⁴⁰ אמת, היו מקרים מסוג זה בראשית ימי המדינה, שבהם ננקטה פעולה כזו נגד אנשים שנמנו עם קבוצות שונות שנתפסו כאיום על ידי רשויות המדינה הצעירה, אלא שצו ההביאס קורפוס נקלט ללא עוררין במשפט הישראלי, ופסק הדין בעניין אל-כרבוטלי היה צעד משמעותי בכיוון הראוי של איסור התנהגות כזו והשלטת מרות המשפט – "שלטון החוק" כפשוטו – על רשויות המדינה.

ודוק: נראה כי מקרה מסוג זה שאירע בעניין אל-כרבוטלי, שבו אדם פונה בעתירה "נגד רשויות המדינה, אשר נטען נגדן כי הן מחזיקות אדם במאסר או במעצר שלא כחוק",⁴¹ היה המקרה השכיח של שימוש בהליך, אבל בימי ראשית המדינה נראה כי השימוש בו היה נרחב יותר. יצחק יננס מסביר כי בג"ץ היה יכול לתת צו הביאס קורפוס לא רק נגד רשויות המדינה, אלא גם נגד אדם פרטי, משום ש"צו זה ניתן נגד כל מי ששולל את חירותו של הזולת שלא כחוק. למשל, קטינים נמצאים בפקוח הוריהם או אפטרופסיהם. אם משהו מחזיק בהם בניגוד לרצון ההורים או האפטרופוס..."⁴², ההליך המתאים להשיב לאדם את חירותו היה יכול להיות הביאס קורפוס.

פסק דין אל-כרבוטלי עשה רבות לחינוך הרשויות לכך שבמדינה דמוקרטית – בשונה מפעילות במסגרת מחתרת נגד ריבון – יש "כללי משחק". אלה מגדירים את המותר והאסור לרשות, במיוחד כאשר היא מבקשת לפגוע בזכויותיו של אזרח להתהלך, להפגין ולמחות, או כאשר היא מבקשת לעצור אותו במעצר מונע בגין מה שהיא תופסת כמעשים מסוכנים שלו. מבחינה משפטית, ההליך שבו דובר הוא בקשה לצו מסוג הביאס קורפוס, אשר בית המשפט העליון מוסמך להוציאו ולדרוש באמצעותו מהמדינה להביא לפניו את האדם, גופו, ולהסביר מדוע נעצר. גם בהקשר זה פסק הדין בעניין אל-כרבוטלי הוא אחד התקדימים הבולטים, בוודאי אחרי הקמת המדינה. לא בכדי ציינו גילת ושגב כי "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".⁴³

כללי משחק אלו, כפי שהלכו והתפתחו בפסיקה ובחקיקה לאחר קום המדינה, הם שהובילו לצמצום השימוש בצו ההביאס קורפוס. זאת, ראשית, משום שהוא מיועד רק למצב שבו כליאת אדם אינה מבוססת, אפילו לכאורה, על מקור סמכות

40 למיטב ידיעתי, המקרים היחידים שבהם "נעלמו" אנשים – וגם אז, באישור בית משפט – היו המקרים הנדירים של "אסירי X". ראו "האסיר X" ויקיפדיה <https://did.li/pmYaa>. יש הסוברים אחרת. ראו, למשל, גדעון לוי "שוטרים שלפו בכוח חפים מפשע מרכבם, התיעוד מבהיר שגרסת המשטרה שקרית" הארץ <https://did.li/E7qOf> (5.11.2021).

41 יצחק יננס סדרי ממשל בישראל 68 (1970).

42 שם.

43 גילת ושגב, לעיל ה"ש 29, בעמ' 218.

חוקי. האדם "נעלם", "נלקח", מבלי שאדם או רשות כלשהי התיימרו לפעול בסמכות – למשל, על ידי הצגת צו. כאשר "אדם נעצר על-פי סדרי דין המוגדרים בדין (במעצר פלילי או מינהלי)... כל בקשה או השגה בקשר למעצר צריכה להיות מוגשת במסגרתם".⁴⁴ שנית, הליך ההביאס קורפוס חל בכל מקרה קיצוני של שלילת חירות ללא כל בסיס חוקי, וזאת לא רק בהקשר פלילי או בטחוני, אלא גם כאשר מדובר בטעמים רפואיים, כגון אשפוז כפוי. אלא ש"הליכים לפי חקיקה ספציפית, כגון לפי חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, עשויים לייתר את הפנייה להליך של הביאס קורפוס".⁴⁵ שלישית, הפסיקה הכירה בתחולת הצו רק במצבים של שלילת חירות מלאה, ולכן מי שגויס לצבא וחירותו הוגבלה אינו יכול לעשות שימוש בצו ההביאס קורפוס.⁴⁶ ועדיין, כאשר אין נתיב משפטי חלופי נאות, נשמר ההליך של הביאס קורפוס כהליך שיורי לפני בג"ץ.⁴⁷

הרבה נאמר על פסק הדין בשיח החוקתי הישראלי: סעד ההביאס קורפוס היה כאמור אחד הכלים המשמעותיים ביותר שהופעלו על ידי בית המשפט העליון הישראלי בתקופה הראשונה שלאחר הקמתו, ובג"ץ אל-כרבוטלי הוא דוגמה מובהקת לפסיקה הפורמליסטית של בית המשפט, אשר מצא דרך לתת סעד בפועל באמצעות קריאה דווקנית של סמכות הרשויות. יש המדגישים את סירובו של בית המשפט העליון לפסול את תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945,⁴⁸ שמכוחן בוצע המעצר, ורואים במקרה זה החמצת הזדמנות לעיגון ביקורת חוקתית מהותית, בעוד רבים רואים במקרה זה סיפור גבורה: פסק דין שבו נתן בית המשפט סעד וקבע אמות מידה מהותיות ראויות להתנהגותן של רשויות הביטחון בישראל, וזאת תוך הפגנת אומץ אישי ומוסדי, בהינתן שהיה זה אחד ההליכים הראשונים

44 דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ד: משפט מינהלי דיוני 65 (2017) (להלן: ברק-ארז **משפט מינהלי דיוני**).

45 שם, בעמ' 67. כך המצב גם בעניין עתירות שבהן התבקשה החזרתם של ילדים שנחטפו לישראל מהורה שקיבל עליהם משמורת חוקית בחו"ל – נושאים שנדונים כיום לפי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991 (שם, בעמ' 68–69).

46 שם, בעמ' 67–68. ראו גם בג"ץ דוד-אלבג נ' שריהבטחון, פ"ד ו 808 (1952).

47 ראו ברק-ארז **משפט מינהלי דיוני**, לעיל ה"ש 44, בעמ' 69: "ככלל, ניתן להבחין במגמה של ירידה ניכרת בהגשת עתירות מסוג הביאס קורפוס לבג"ץ, ועוד יותר מכך – בקבלת עתירות מסוג זה".

48 תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, 855. התקנות הוצאו על ידי הנציב העליון מכוח דבר המלך במועצה לפלשתינה (א"י) (הגנה), 1937, ע"ר תוס' 2, 227, שהיה חלק מההכנות המשפטיות שעשתה בריטניה במושבותיה כדי לקדם את סכנת המלחמה. ראו אמנון רובינשטיין "תקנות ההגנה המנדטוריות: הדין והצורך בשינויו" **הפרקליט** כח 486, 487 (1973).

שהגיעו לבית המשפט העליון בשבתו בירושלים כבית משפט גבוה לצדק (בג"ץ)⁴⁹ בעיצומה של מלחמת העצמאות. אבל אחרי שנים רבות של לימוד והוראה של פסק הדין התעוררה אצלי התהייה אם אנחנו עושים צדק עם בג"ץ אל-כרבוטלי, וזאת בשני מובנים. **המוכן הראשון** הוא התייחסותנו לפסק הדין כאל אבן יסוד של המשפט הישראלי, מבלי שאנו בוחנים את מיקומו על הרצף ההיסטורי שהחל עוד לפני הקמת המדינה, שהרי הסמכות לתת את סעד ההביאס קורפוס ניתנה כבר לבית המשפט העליון המנדטורי והופעלה על ידיו, ושאלת חוקיותן של תקנות ההגנה (שעת חירום) הועלתה ונדונה גם לפניו. ניתן – ולטעמי גם ראוי – לנתח את פסק הדין מתוך הבנת המגבלות המוסדיות של בית המשפט בימיו הראשונים, והדגשת החשיבות הגדולה של פסק הדין להטמעת ערכי שלטון החוק, במיוחד על רקע פסיקתו של בית המשפט העליון המנדטורי. **המוכן השני** הוא עובדתי – פסק הדין נקי מתיאור פרטי המקרה. מיהו אבו לבן? מדוע הוא נעצר שוב ושוב? מדוע הוא "הועלם" לחמישה חודשים תוך שמירת המידע על מקום הימצאו בסוד ואי-מתן אפשרות לעורך דינו להיפגש עימו? מה הייתה עמדתן של הרשויות השונות במדינה החדשה – ובמיוחד של המשפטים – להתייחסות זו אל אבו לבן? האם כולן הסכימו עימה? נושא זה נמצא במרכז המאמר.

פרק ב: פסק הדין של בית המשפט העליון בבג"ץ אל-כרבוטלי

1. מה נמצא בפסק הדין?

בחלק זה נעסוק במסמך המוכר ביותר: פסק הדין של בית המשפט העליון בבג"ץ אל-כרבוטלי.⁵⁰ נציג את העובדות המועטות המובאות בו, ונתמקד בטיעונים המשפטיים בפסק הדין. לא נעשה שימוש בכל מידע אחר הנמצא בארכיונים השונים – ארכיון המדינה, ארכיון בית המשפט העליון, ארכיון צה"ל או ארכיון העיתונות – או במידע הגלוי האחר שנמצא בספרות או במרשתת. את השלמת התמונה באמצעות המידע הנוסף שאיתרנו נעשה במאמר השני בטרילוגיה,

49 מ'17 במאי 1948 ועד להגשת העתירה הראשונה לבית המשפט העליון באמצע ספטמבר 1948 ישב בית המשפט המחוזי בתל אביב כבית המשפט הגבוה לצדק. ראו שני שניצור ויורם שחר "בג"ץ בתל אביב: מציאות חלופית אמיתית" **עיוני משפט** מג 137, 144 וה"ש 20–21 (2020).

50 בחלק זה נעשה שימוש בנוסח המודפס המקורי של צו בית המשפט העליון, המופיע בארכיון המדינה (א"מ) גל-19707/62, מעמ' 13 ואילך (להלן: **עניין אל כרבוטלי בא"מ**), ואשר שונה בכמה פרטים מהנוסח שהודפס בפ"ד ב 5.

המהווה מעין "קריאה שנייה" (או משלימה) של פסק הדין, שעיקרה תיאור כרונולוגי של עובדות המקרה, לכל שלביו, תוך השלמת הדיון המשפטי. נתחיל בהתחלה. ביום 22 באוקטובר ביקש העותר אחמד שוקי אל-כרבוטלי מבג"ץ ליתן צו על תנאי מסוג הביאס קורפוס נגד שלושת המשיבים – שר הביטחון, הרמטכ"ל והמושל הצבאי של יפו – "הדורש מהם לבוא וליתן טעם מדוע לא יביאו את חג' אחמד אבו לבן... לפני בית משפט זה על מנת לשחררו".⁵¹ צו על תנאי כזה ניתן לבקשתו ב-1 בנובמבר, ולאחר דיונים אחדים בבג"ץ נעשה צו זה החלטי ביום 3 בינואר 1949, ונאמר בו כי "...אנו מצוים על שחרור של חג' אחמד אבו לבן מלבד אם יש סיבה חוקית לעצרו".⁵² כן נפסקו הוצאות כוללות בסך 20 לירות למבקש.

נזכיר כי בהליך כזה, של הביאס קורפוס, העותר אינו העצור, וברי שאין באפשרות השניים לקיים קשר ישיר ביניהם. לב העתירה – וזה ייחודו של הליך החירום של הביאס קורפוס – הוא פנייה של אדם המליך על "נטילתו" של אחר ללא הצדק חוקי וברור, וההליך מיועד לוודא שהעצור שנעלם עודנו שלם בגופו, ולחייב פתיחה בהליך בירור משפטי של חוקיות מעצרו. העותר במקרה מושא דיוננו – ולכן האדם שחתם על ייפוי כוח והרשאה לטובת עורכי הדין יצחק בן-ימיני ואנשי משרדו ביום 20 באוקטובר 1948, וכן חתם למחרת לפני שופט השלום י"מ לם על תצהיר התומך בעתירה (ראו תמונות 1 ו-2)⁵³ – הוא אחמד שאוקי אל-כרבוטלי, ולא אחמד אבו לבן, ובמובן זה, באופן פורמלי, אבו לבן אינו העותר; הוא אומנם שכר את שירותיו של בן-ימיני לפעול בעניינו בהליך המעצר הראשון, שהחל ביולי 1948, אבל הוא לא שכר את שירותיו, לא ביקש להיות מיוצג על ידיו ולא הסמיך אותו לטעון בשמו לגבי המעצר השני, שהחל בספטמבר 1948, שהוא מושא הבג"ץ. למעשה, ייתכן שהוא לא ידע כלל שבן-ימיני פועל בעבורו או אף שהוגש בג"ץ בעניינו – ככל הנראה בן-ימיני לא נפגש עם אבו לבן עד להגשת העתירה לבג"ץ ב-22 באוקטובר 1948, ואולי אף עד שחרורו בפברואר 1949.

51 עניין אל כרבוטלי בא"מ, שם, בעמ' 13.

52 שם, בעמ' 32 (בסוף פסק הדין).

53 מדובר כנראה ביוסף מיכאל לם (1899–1976), אשר מונה לשופט שלום בבית משפט השלום בתל אביב ב-1 בספטמבר 1948. לאחר שמילא תפקיד זה זמן קצר, הוא כיהן כחבר הכנסת הראשונה מטעם מפא"י בין פברואר 1949 למאי 1951, ואז התפטר מהכנסת ומונה לבית המשפט המחוזי בתל אביב, שבו כיהן עד פרישתו. ראו "יוסף מיכאל לם" ויקיפדיה <https://did.li/ZaSrI>.

תמונה 1: ייפוי הכוח שנתן העותר אל-כרבוטלי לעו"ד בן-ימיני⁵⁴

כח והרשאה

אניאנוס החים _____ אתמול שאוקי אל-כרבוטלי, מילד.

מסמכים בזה את

יאחק בן-ימיני, ד"ר א. וורכהיימר, ש.ז. אברמוב
עורכי-דין סחלי-אביב, אל-כרבוטלי
כולם יחד וכל אחד מהם לחוד,

במיו באי-כוחנו בענין הענין ושיעורן בבית המשפט _____ בפל"ל 11, בבית דין גבוה לצדק, במוסב
בירושלים

בדבר _____ בקשה "הביאס קורפוס" עבור חנ' אחמאד אבו לבן

ולשם זה באי-כוחנו הנ"ל רשאים לחתום, להמשיך, לטעון או להסכים כל ענין משפטי או משא ומתן משפטי או תביעה בכל בית דין, בין במידה ובין בלא שום חשש או צד שלישי או בכל דרך אחרת. לענין התנגדות, בקשות בדרך המרצה וערעורים, לענין פקודות, למסר לבחירות, להגיש בקשות לששיית רגל או פרוק, לרשם צד לקבלת נכסים, לבקש סני מקבל נכסים, לעשות כל העסקות שיש צורך בהן בעניני ששיית רגל או פרוק, לנמסר משא ומתן משפטי בעניני ירושה ואשרוסות, להוציא לפועל פסקי דין או צווים או פקודות ולהשתתף בהוצאה לפועל לבנות ולקבל נכסים ומטלטלין שיי מסדר ההוצאה לפועל או באופן אחר, למסר ישיבותיהם או בחלקן או בשלמותן לאחר או לאחרים, לערוך חלש עורכי-דין אחרים לפי ראות עינם ובכלל לעשות כל מיני פעולות, ענינים ודברים אחרים הנחוצים או הנצויים באיזה אופן שהוא בקשר עם הענין הנ"ל, באופן נגמר ומוחלט כאילו אניאנוס בעצמו היה/היוותה עושה/עושים אותם הדברים.

ולראות בנתיב ביום 20 לחודש 10.10.1948 שנת 1948

אני החים _____
מאשר בזה את החתימת מר _____ הנ"ל

החוקר _____ 20.10.48
עו"ד _____

תמונה 2: התצהיר של אל-כרבוטלי שנלווה לכתב העתירה⁵⁵

-6-

לפיכך יבקש המבקש שיוצא צו לשלש הסתייגויות ויכלול
אחד מהם שיראו סכח מדוע לא יביאו את חג' אחמאד אבו לבן
לפני בית דין זה על פנת להחזרו.

בית המבקש
י. בן-יטני, עו"ד

אני אחמאד שאוקי אל כרבוטלי מרחוב פיזל יפו, המבקש,
נשבע בזה באלהים,

1. התורעות הנכללות בסעיפים 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 15, של בקשתי הנ"ל נכונות הן.
2. התורעות הנכללות בסעיפים 6, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, של בקשתי הנ"ל נכונות הן לפי מיטב ידיעתי ואמונתי.

אחמאד שאוקי אל כרבוטלי.

ביום 21 לחודש אוקטובר 1948 הופיע לפני
השופט שולם שלום יוסף כרחוב
יבורה תלוי 14 בבית משפט השלום
בתל-אביב טר אחמאד שאוקי אל כרבוטלי
מיפו, רחוב פיזל, ואשר בסככות את
תוכן התצהיר דלעיל.

שולם שלום בתל-אביב

620
21 אוקטובר 1948
43714-

21 אוקטובר 1948

כפי שרבים מן הכותבים למן מתן פסק הדין ועד ימינו מציינים, פסק הדין יבש ופורמלי. אין בו כל פרט עובדתי ביחס לעותר או ביחס לעציר, אין בו שום מילה לגבי העברות המיוחסות לעציר או לגבי מחלוקות בין הצדדים בעניין זה, ובהתאם גם אין בו ניתוח משפטי של האירועים שהובילו למעצר, של העילה למעצר או של הערכת ההצדקה למעצר. יש רק תיאור עובדתי – וניתוח משפטי – של הליכי המעצר. נמצא פגם יחיד, פורמלי, בהליכים שקוימו, ופגם זה מוביל לביטולו של צו המעצר.

לאחר קריאה חוזרת ואיטית של הצו הייתי אומר שלפסק הדין יש שלושה חלקים: הראשון נפקד, השני נוכח אבל לכאורה חסר תוקף משפטי, והשלישי נוכח ומחייב אבל לכאורה פורמלי וטכני בלבד. אפרט.

חלק ראשון, נפקד: פסק הדין אינו כולל כל מידע עובדתי שהוא על **האיש שכלב התיק, אבו לבן** (המכונה רק "העציר"), או על **המעשים** אשר מיוחסים לו ומהווים את העילה למעצרו. מכאן לא ייפלא שאין בפסק הדין גם ביקורת מהותית כלשהי על צו המעצר. בדין מציין פרקליט המדינה חיים כהן, שייצג את המדינה לפני בג"ץ בתיק זה, במכתב למערכת **הארץ** מינואר 1949, כי "שאלת עצם הצורך במעצר האיש לא התעוררה כלל בבית המשפט העליון...", אלא שההסבר שלו הוא ש"את ההכרעה בדבר צורך זה מוסר החוק לשלטונות הצבא, ולהם בלבד; ובית המשפט אינו בוחן אלא את צו המעצר, אם הוא נתן או הוצא בהתאם לדרישות הפורמאליות של החוק, ובתוך מסגרת הסמכות של מוציאו".⁵⁶ להבנתי, חיים כהן צודק בחלק העובדתי, אך פחות מכך בחלק האחר, המהותי.

אין ספק שבית המשפט העליון ידע היטב מיהו אבו לבן, ואולי ניחש שיש סיבות בטחוניות כבדות משקל שהצדיקו מעצר לתקופה ממושכת של אחד מבכירי הציבור הערבי בישראל. העובדה היא, לכן, שבית המשפט העליון החליט באותם ימי בראשית – מטעמי המדיניות השמורים לו גם כיום בהחליטו אם להעניק סעד בבג"ץ – לצמצם את ביקורתו השיפוטית לעמידה הפורמלית בהוראות תקנות ההגנה (שעת חירום). ודוק: דובר פה בשימוש בסמכות המעצר המנהלי לפי תקנה 111, שאותה תיאר פרופ' רובינשטיין כ"תקנה הקיצונית ביותר".⁵⁷ בג"ץ החליט לא לדרוש מרשויות הביטחון לחשוף את חשדותיהם, ולא להעביר בשבט הביקורת השיפוטית המהותית את השאלה אם הרשות עומדת בדרישות המשפט המנהלי.

להבנתי, בבג"ץ **אל-כרבוטלי**, בית המשפט העליון **בחר**, במודע ובמופגן, לא לדון בסיבות למעצר כלל. אבל – וזה אבל גדול – דומני שהיה ברור גם באותה עת שהדבר נעשה משיקולי מדיניות של בג"ץ, ולא מחמת העדר סמכות; ואולי מאחר שהשופטים מצאו דרך לתת סעד אפקטיבי ולהעביר מסרים משמעותיים גם בלי ביקורת מהותית על שיקוליהן של רשויות הביטחון. אני לומד זאת הן מהקריאות לבג"ץ מטעם גופים שונים, שעליהן נעמוד בהמשך, לקיים ביקורת מהותית ואף לפסול את תקנות ההגנה (שעת חירום) **כליל**, כאילו הדבר הוא בגדר האפשרי, ואף יותר מכך – מדבריו של בית המשפט בהליך קרוב, שבו הבהיר בג"ץ כי סמכותו אומנם מוגבלת אבל לא במידה שאותה תיאר חיים כהן. מדובר

56 "מכתבים למערכת: על צו בית הדין העליון לשחרר את חג' אחמד אבו לבן" **הארץ** 20.1.1949, 2.

57 רובינשטיין, לעיל ה"ש 48, בעמ' 490. "על פי תקנה זו ניתן... לעצור אדם, ללא משפט ובלא הגבלת זמן." מדובר במעצר מנהלי או במעצר מונע. "...סמכות מסוג זה מתנגשת בחריפות עם המושגים המקובלים של שלטון החוק וניתן להצדיקה רק בצרכים עליונים של בטחון הציבור והמדינה." שם.

בדחיית עתירתו של עו"ד צובחי אל-איובי – ממנהיגי העיר יפו – נגד צו גירוש שהוציא נגדו המושל הצבאי של ג'לג'וליה לפי תקנה 110 לתקנות ההגנה (שעת חירום) ואשר חייב אותו לעזוב את יפו.⁵⁸ "סמכותו של בית משפט זה, בבואו לבקר את פעולת הרשות המוסמכת, הפועלת בתוקף תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, היא בעלת אופי מצומצם ביותר", כתב השופט אגרנט,⁵⁹ "הרי בדרך כלל הרשות המוסמכת בעצמה היא הפוסק האחרון לגבי שאלת קיום התנאים הקבועים בתקנות, ואילו 'תפקידו של בית משפט זה הוא רק לבדוק אם הרשות הגדונה לא חרגה מד' אמותיה של התקנה שמכוחה היא מתימרת לפעול, אם היא נתנה את דעתה על הגורמים קבועים בחוק, ואם אותה רשות פעלה בתום לבב. בהיותו כפוף לסמכות מצומצמת זאת, אין בידי בית המשפט לבקר את הנמוקים שהמריצו את הרשות המוסמכת להוציא את הצו הנדון".⁶⁰

חלק שני, נוכח אבל לכאורה חסר תוקף משפטי, עניינו דברי הביקורת של בג"ץ ביחס להליך המעצר של אבו לבן. כפי שבית המשפט העליון עצמו מציין, דברים אלו אינם דרושים להחלטה בצו (בלשון בית המשפט – "אמנם אין הדברים נוגעים במישורין לגופו של הענין אשר לפנינו").⁶¹ לכן, מבחינה משפטית, פורמלית, הם אינם מהווים חלק מההלכה המחייבת, מה"רציו" של ההחלטה, אלא הם "רק" דברים שנאמרים אגב אורחא, "אוביטר".⁶² אלא שדברי הביקורת של בג"ץ על התנהגותן של הרשויות מהווה אולי את תרומתו ארוכת הטווח והמשמעותית ביותר של פסק הדין.

נתחיל בעובדות שמצוינות בפסק הדין. לפני בג"ץ היו הצהרה בשבועה של המבקש אל כרבוטלי, שתמכה בעתירה, והצהרה בהן צדק של רב סרן הלמר,⁶³ שלישו של הרמטכ"ל, וכן היו לפניו טיעונים בעל פה של עו"ד בנימיני בשם המבקש ושל פרקליט המדינה חיים כהן וסגן פרקליט המחוז "עוזר על ידו" בשם כל המשיבים. בסופו של דבר כללו מסמכים אלו לא מעט מידע ויצרו תשתית עובדתית. ודוק: כל העובדות הובאו על ידי בא כוח העותר, וכפי שבג"ץ מציין,

58 בג"ץ 46/50 אל-איובי נ' שר הבטחון, פ"ד ד 222 (1950). ראו גם עאדל מנאע נכבה והישרדות: סיפורם של הפלסטינים שנותרו בחיפה ובגליל, 1948–1956 282–284 (2017).

59 עניין אל-איובי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 227.

60 שם, בעמ' 227–228. ההדגשות הוספו, והן חלק מהעדויות לכך שבג"ץ משאיר בידו את האפשרות לבקר את שיקוליה של הרשות. אגרנט, דרך אגב, בהחלט דן בשיקולים המהותיים של המדינה ובתשובותיה המהותיות לטענות העותר, ולמעשה מקבל אותן לגופו של עניין. ראו שם, בעמ' 227 ו-229א–ב.

61 עניין אל כרבוטלי בא"מ, לעיל ה"ש 50, בפס' 4.

62 וזו משמעות המונח *obiter dictum*. ראו *Obiter Dictum*, WIKIPEDIA, <https://did.li/w69CN> והשוו *Ratio Decidendi*, WIKIPEDIA, <https://did.li/kEOZH>.

63 השם כנראה שגוי. אולי מדובר ביוסי הראל או בעזרא עומר – ראו "לשכת הרמטכ"ל" ויקיפדיה <https://did.li/rmk6q>.

הן "לא הוכחשו בהצהרה שהוגשה כתשובה לבקשה"⁶⁴. למעשה, המדינה לא הציגה (ולא נדרשה להציג) – לא לפני בג"ץ ולא בכל פורום מאז – גרסה משלה לעובדות המקרה, ובעיקר הסבר מדוע נעצר אבו לבן, ונקודה זו נותרה עלומה עד עצם היום הזה.

מכאן ברור מדוע התשתית העובדתית שלפני בג"ץ עוסקת רק במה שידוע לעותר, כלומר, באי-הסדרים בעניין המעצר – הא ותו לא. אבל בית המשפט עושה מהלימונים עוגה מתוקה כאשר הוא משתמש במידע – שאינו מוכחש כאמור על ידי המדינה – כדי לציין, בעיקר כאמרת אגב, סדרה ארוכה של אי-סדרים בעבודת הרשות, בלויית עצות, הנחיות ורמיזות שאמורות להעלות אותה בעתיד לבוא על דרך הישר. אחד מאלה מהווה את העילה הפורמלית למתן צו מוחלט לטובת העותר.

אני מזהה לא פחות **מחמישה** סוגים אפשריים של אי-סדרים בפעולת הרשות שבג"ץ מתייחס אליהם:

(א) רשויות המדינה סירבו לציין את עילת המעצר או את מקום המכבוש, ובוודאי לא הסכימו לאפשר פגישה של העציר – לא עם משפחתו ולא עם עורך דינו. כלומר, הם ביצעו בדיוק את הפגם שמאחורי ההביאס קורפוס – "חטיפה ביד רשות": אדם נלקח מביתו מבלי שהרשות ציינה את הסיבה ומבלי לגלות את מקום הימצאו. האם התנהגות כזו מוצדקת בזמן מלחמה? האם ניתן להצדיקה בחששן של הרשויות שעורך הדין, שהוא גורם מקצועי, מסייע "לצד האחר"? בית המשפט מציין, בפסקה 4, שהוא מבין את צורת החשיבה הזו של הרשויות – "יש ובשעת מלחמה רואים השלטונות למועיל במקרים מסוימים שלא להודיע את סיבת מעצרו של אדם או אף לפרסם מקום מעצרו"⁶⁵.

(ב) גם אם בג"ץ מוכן להסכים שמידע בדבר עילת המעצר ומקום המכבוש לא יפורסם לציבור, לא ייתכן שהמידע לא יימסר לעורך הדין המייצג את העציר, שהרי הוא אינו "אחד מן הציבור", אלא מספק שירות חיוני להגנת העציר. זאת ועוד, במסורת המשפט המקובל עורך הדין הוא בעל תפקיד במערכת הצדק, הוא officer of the court, וברגיל אין לחשוב עליו כעל "שותף" לעברות של מרשו.⁶⁶ אומר בג"ץ:

64 עניין אל כרבוטלי בא"מ, לעיל ה"ש 50, בפס' 4.

65 שם.

66 ואולי יעלה הדבר על הדעת? עו"ד מקס זליגמן, שהיה מעורב בהגנת יהודים בתקופת המרי, הועמד בשנת 1939 לדין פלילי כמעורב – ולא כעורך דין – בעניינים של עלייה בלתי לגלית. ראו גבריאל שטרסמן **עוטי הגלימה: תולדות עריכת הדין בארץ-ישראל** 125–130 (1984). כמה חודשים לאחר הקמת המדינה הודיע עו"ד לאנגה ממשדר זליגמן כי הוא מסרב להשתתף במשפטו של איש לח"י הנאשם בהחזקת מסמכים ממשלתיים מזויפים, "בטענה, שעל פי חוקי החירות החדשים, יכולה הגנתו על איש לח"י להתפרש כסיוע לאירגון טירוריסטי ועל ידי כך יהיה צפוי למסקנות משפטיות". נציג המדינה "דחה את טענת הסניגור ואמר שאין להניח

"...בהעדר הסברה המפיעה אור על העובדות שצוינו ע"י ב"כ המבקש, אין להמנע מן הרושם שישנם פקידים אשר אינם תופסים כי עורך-דין המגן על האינטרסים של שולחו אף הוא עושה בזה שרות למדינה, ע"י כך שהוא מסייע בשמירת זכויותיו של האזרח, ומחובת הממונים על כך להגיש לו את כל העזרה האפשרית ולא לדחותו בלך ושוב".⁶⁷

ודוק: דברי ביקורת אלו באים על רקע עובדות המקרה, שעיקרן סירוב הרשויות להיענות לפניותיו של עו"ד בנימיני ו"טרטורו" בלך ושוב, כאשר בסופו של דבר "...סיבת המעצר של העציר לא נודעה לעורך-הדין וגם האפשרות להתראות עם העציר לא ניתנה לו..."⁶⁸. אחרי שבג"ץ מציין כי דברים אלו אינם "נוגעים במישרין לגופו של הענין אשר לפנינו", הוא מבהיר כי "...הננו מזכירים אותם מתוך תקוה כי יבואו לתשומת לבם של השלטונות הנוגעים בדבר",⁶⁹ כפי שאכן אירע. עם זאת, הדברים לא הועילו הרבה לאבו לבן, שסיבת מעצרו אינה ידועה גם כיום.

(ג) בעובדות המעטות שבג"ץ מתאר⁷⁰ ניתן לראות "חריקות" בפעולת רשויותיה של המדינה הצעירה: סגן המפקח על בית הסוהר הצבאי יעץ לעו"ד בנימיני לפנות למושל הצבאי של יפו על מנת שיאפשר לו להיפגש עם אבו לבן. הוא עשה כן, "...וסגן המושל הצבאי נתן בידו פקודה בכתב להרשותו להתראות עם העציר. [אולם] משמסר את הפקודה למפקח על בית הסוהר הצבאי ביפו בנוכחות סגנו הודיע המפקח כי העציר אינו נמצא 'אצל' והוסיף כי אין פקודת המושל הצבאי מחיבת אותו".⁷¹ בפסקה הבאה מציין בג"ץ כי בעוד שהרמטכ"ל, לדברי שלישי, חתם על צו המעצר של אבו לבן ב-9 בספטמבר 1948, רק יותר מחודש לאחר מכן, "...במכתב הנושא תאריך 16 באוקטובר, 1948, הודיע ראש השרות המשפטי של הצבא לב"כ המבקש כי העציר נעצר בתוקף תקנות ההגנה. אין הסבר למה הושהה מתן ההודעה יותר מחודש ימים, וגם לא ידוע אם צו המעצר נמסר לעציר עצמו".⁷² בפרטים אלו ובמסמכים נוספים שיתוארו בהמשך אפשר לראות את הסרבול בפעולת הרשויות, את חוסר התיאום ביניהן ואת אי-הבהירות בדבר חלוקת הסמכויות – במיוחד בין

שבמדינה תרבותית יפגעו בעורך דין בגלל מתן הגנה משפטית לאסיר פוליטי". ראו "עורך-דין מסרב להגן על איש לח"י" **הארץ** 28.9.1948, 4.

67 עניין אל כרבוטלי בא"מ, לעיל ה"ש 50, בפס' 4.

68 שם, בפס' 3.

69 שם, בפס' 4.

70 שם, בפס' 2.

71 שם, בפס' 3. להרחבת הדיון בנושא זה ראו להלן.

72 שם, בפס' 5.

הזרועות האזרחית והצבאית – ולמעשה גם את אי-ההסכמה ביניהן בנושא ההתנהגות עם העציר ועורך דינו. הדברים הם אולי אוביטר, אבל ברי שהצגתן הגלויה של העובדות לא שימחה את רשויות המדינה.

(ד) בג"ץ מקדיש דיון ארוך למדי לנושא שקרוב אליו במיוחד, ואשר משלב – כפי שקורה לא אחת – פרוצדורה ומהות: מטעם הרמטכ"ל הובאה לפני בג"ץ הצהרה בשבועה של שלישי, בצירוף העתק צו מעצר שניתן לפי תקנה 111 לתקנות ההגנה (שעת חירום). כל מה שהשליש ידע לומר הוא שהצו נחתם בנוכחותו וכי הודעה עליו נשלחה כאמור יותר מחודש לאחר מכן.⁷³ הנקודה? לפי תקנה 6 לתקנות בית המשפט הגבוה, 1937 (ההוראות הפרוצדורליות המנדטוריות שהסדירו אז את סדר הדין בבג"ץ), "אם רוצה המשיב להתנגד למתן תוקף החלטי לצו על תנאי, חייב הוא... להגיש הצהרה בשבועה בתשובה לבקשה... משיב שלא הגיש ולא מסר הצהרה בשבועה כפי המותנה בזה לא ישמעו את טענותיו בהתנגדות לבקשה, אלא אם הורה בית המשפט אחרת".⁷⁴ הבעיה? "...כאן ניתנה ההצהרה על ידי אחר".⁷⁵ פתרון אפשרי? לבקש אישור מבג"ץ. ומה טען פרקליט המדינה? הוא טען, "בהסתמכו על פסקי דין אנגליים, כי במקרה של בקשת 'הביאס קורפוס' יצא המשיב ידי חובתו אם הציג לפני בית המשפט את המסמך אשר לפיו נעשה המעצר, כמו, במקרה שלפנינו, צו בהתאם לתקנה 111",⁷⁶ וכן שדי בכך ששליש הרמטכ"ל מצהיר שראה את מפקדו חותם על הצו.

בג"ץ דוחה – ובצדק – את שתי הטענות, ומבהיר כי "...החלטנו לדחות את התנגדותו של ב"כ המבקש ולקבל את ההצהרה אולם ברצוננו להדגיש כי אין להסיק מכך שקבלנו את טענת פרקליט המדינה באופן עקרוני".⁷⁷ מבחינת ההנמקה הפורמלית, בג"ץ מתמקד בזכויות העותר: "הכלל הוא שכל משיב צריך לתת בעצמו את ההצהרה כדי שלא לשלול מאת המבקש את הזכות לחקור אותו בבית המשפט על מעשהו אשר פגע במבקש ואשר הנו נושא תלונתו".⁷⁸ אבל הדברים אינם משכנעים – המשפט החוקתי האמריקני מכיר

73 שם.

74 ע"ר 678 מיום 1.4.1937, תוס' ב, עמ' 259. נוסח זה – בעברית – מופיע אצל אפרים סלנט **בית המשפט הגבוה לצדק** 107–112 (1955). הסדר דומה קבוע כיום בתק' 9(א) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד–1984: "רצה המשיב להתנגד לעשיית הצו-על-תנאי לצו מוחלט, יגיש לבית המשפט... תצהיר תשובה לצו-על-תנאי...".

75 עניין אל כרבוטלי בא"מ, לעיל ה"ש 50, בפס' 5.

76 שם.

77 שם.

78 שם.

בזכותו של נאשם בפלילים לחקור את העדים המעידים נגדו,⁷⁹ אבל מניין עומדת זכות כזו לעותר בהליך מנהלי בבג"ץ? וממילא, אף אילו הגיע הרמטכ"ל להיחקר על תצהירו (אשר לא הכיל דבר), מה היה העותר – אל-כרבוטלי – יכול לשאול אותו? הרי לא העותר הוא הנפגע הישיר, אלא אבו לבן, ושניהם כאחד אינם יודעים מדוע נעצר אבו לבן. ליבת העתירה היא הבקשה שבג"ץ יורה לרשויות להסביר מדוע נעצר אבו לבן, ואת זה בית המשפט מסרב לעשות.

(ה) לטעמי, מבחינה מהותית מה שבג"ץ עושה פה הוא להבהיר את מה שכיום מובן מאליו – מי ששולט בדיון הוא בית המשפט עצמו, ולא המדינה. צו המעצר אינו מסמך "למוכ"ז" "המדבר בעד עצמו", אפילו הוא מוצא מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום); עד ראייה לחתימה הוא רק עד שמיעה ביחס לתוכן המסמך; ואולי חשוב מכל – אין בעל תפקיד שהוא "חשוב" מכדי להטריח את עצמו לדיון. הדברים עולים מאותה פסקה 5 בפסק הדין: ראשית, בג"ץ מציין כי ניתן לסטות מתקנה 6 לתקנות בית המשפט הגבוה "רק במקרה שבענין טפל לא המשיב עצמו, כי אם פקיד הסר למשמעתו או שהפקיד הפועל תחת מרותו של המשיב יודע את כל העובדות והמסיבות..."⁸⁰; שנית, באותה פסקה בג"ץ נותן דוגמה מעניינת – "אם רשות מוסמכת, למשל, תוציא פקודת מעצר מתוך שרירות וזדון, זכותו של הנפגע היא לחקור, בגבולות המותר, את הרשות המוסמכת בבית המשפט בנוגע לזדון [ו]השרירות שהוא מיחס לה, ואין היא רשאית להתחמק מחקירה כזאת ע"י העמדת שליח תחתיה"⁸¹; שלישית, למקרה שאנו תוהים מדוע דברים אלו אינם מיושמים למקרה הנוכחי, בית המשפט מבהיר כי "הבקשה שלפנינו לעומת זה, אינה מיחסת מעשה זדון או שרירות למישהו מהמשיבים. נקבעת בה רק העובדה שהעציר כלוא ללא ידיעת הסיבה לכך. על המשיב היה רק להראות שהמעצר נעשה באופן חוקי. הצגת צו המעצר שהוצא לפי התקנה 111... מספיקה משום כך".⁸² האם זה אומר שאילו טען העותר לזדון ולשרירות היה בג"ץ דורש מהמשיב פרטים נוספים?

79 התיקון השישי לחוקה הפדרלית קובע כי לנאשם בפלילים תעמוד הזכות "to be confronted with the witnesses against him" (U.S. CONST. amend. VI). בישראל אין "זכות עימות", אבל קיימת זכות לחקירה נגדית של עדים בהליך הפלילי. ראו ס' 161, 163, 177 ו-179–181 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ובמיוחד ס' 174 לחוק: "עד נחקר תחילה בידי בעל הדין שביקש את שמיעת עדותו; אחריו רשאי בעל הדין שכנגד לחקור את העד חקירה שכנגד, ואחריו רשאי בעל הדין שביקש את שמיעת העד לחזור ולחקור חקירה חוזרת; בית המשפט רשאי להרשות לבעל הדין להציג לעד שאלה נוספת גם בתום חקירתו כאמור".

80 עניין אל כרבוטלי בא"מ, לעיל ה"ש 50, בפס' 5 (ההדגשות הוספו).

81 שם.

82 שם.

חלק שלישי, נוכח ומחייב אבל לכאורה פורמלי וטכני בלבד: לאחר הדיון המוגבל בעובדות ובהליך, בג"ץ עובר לדיון המהותי, שעל פיו הוא מכריע בהליך. עו"ד בנימיני מעלה שלוש טענות משפטיות: שתיים מהן – שיידחו – הן נגד חוקיותה (כיום היינו אומרים חוקתיותה) של תקנה 111 לתקנות ההגנה; והשלישית היא הטענה המפורסמת נגד דרך הפעלתה של התקנה. חשוב לציין ולהדגיש כי שתי הטענות הראשונות אינן ייחודיות לבג"ץ אל-כרבוטלי – הן הועלו ונדחו בהליכים נוספים. העלאתן הייתה חלק מעמדה ערכית של גופים אופוזיציוניים נגד השימוש בתקנות ההגנה (שעת חירום), ודחייתן הייתה חלק מעמדה עקרונית של בג"ץ בנושא זה.

הטענה הראשונה היא שבהתקנת תקנה 111 חרג המחוקק המנדטורי מהסמכות שניתנה לו בכתב המנדט, שלפיו "...אחראית המעצמה המנדטורית ליצירת ערובות לזכויותי האזרחיות והדתיות של האזרח ולהנהגת שטה משפטית, אשר תבטיח את זכויותיו...", ועל כן תקנה 111 "פסולה לחלוטין".⁸³ הנקודה החשובה היא שאותן טענות הועלו על ידי עורכי הדין של עצורי ההגנה לפני בית המשפט העליון המנדטורי, על ידי עורכי הדין של עצורי אצ"ל לפני בג"ץ בעת יושבו בתל אביב, ועתה על ידי בא כוחו של ערבי יפואי לפני בג"ץ בירושלים. לאחר דיון מהותי, שאליו ניזקק בהמשך, בג"ץ קובע – ודומני שבדין – כי תקנה 111 "אינה פוגעת בעיקרי המנדט", ומדגיש כי יש להבחין בין תוקפה של ההוראה, שעומד על כנו, לבין השימוש שהרשויות עושות בו, שעשוי להיות בלתי חוקי.⁸⁴

הטענה השנייה של עו"ד בנימיני היא שדברי הכרזת המדינה "מבטיחים לאזרחים במדינה את חופש הפרט, ומכיון שבתקנה 111(1) יש משום שלילת חירותו של הפרט ללא כל ערובה היא פסולה ויש לראותה כבטלה ומבוטלת".⁸⁵ טענה זו נדחת משום ש"...בית המשפט לא קבל את הטענה, כי תעודה זאת [הכרזת העצמאות] מהווה את החוקה, שלכאורה [צ"ל שלאורה] יש לבחון כשרותם של חוקים..."⁸⁶ טענה אחת, שאותה היה בן-ימיני יכול לטעון, היא שהתקנות המנדטוריות לא "עברו" למדינת ישראל, הואיל והן אינן עומדות בתנאי סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, שממנו עולה כי לא יהיה בישראל תוקף להוראה מנדטורית שאינה מתאימה ל"שנויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה". אבל גם טענה זו הייתה נדחית. הרקע לדברים הוא כמה פסקי דין חשובים קודמים של בג"ץ:

83 שם, בפס' 10.

84 שם, בפס' 11.

85 שם, בפס' 12.

86 שם.

בעניין **ליון**⁸⁷ הוחרמה דירת העותר בבית בשדרות ח"ן 2 בתל אביב – מול הבית שבו נחתם הסכם הכניעה של יפו – לטובת היועץ המשפטי לממשלה. ההחרמה בוצעה על פי תקנות הגנה בריטיות משנת 1939. בג"ץ דוחה את העתירה. בג"ץ אומנם רומז שהוא, בניגוד לבית המשפט העליון המנדטורי, מוכן לבדוק "אם חוק אשר הוצא כאן בימי ממשלת המנדט סתר את כתב-המנדט...", ואינו פוסל טענה כזו על הסף. אבל הוא אינו מוצא סיבה לראות בתקנות ההגנה איזשהו "חוק אימפריאלי" שיש לבטלו מניה וביה, ואינו מוצא מקום לאבחנה כזו "לא בתוך נוסח המנדט ולא בתוך... דבר-המלך-במועצה משנת 1922, ולא בסעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948".⁸⁸ גם מחוקק במדינה דמוקרטית עשוי להידרש להוציא תקנות לשעת חירום, ו"אי-אפשר היום לבוא ולטעון לפנינו שלתקנות-שעת-החירום שיצאו בימי שלטון המנדט אין עוד תוקף מפני שהשתמשו בהן לשימוש אנטי-יהודי".⁸⁹ בעניין **זיו**⁹⁰ הוחרמה דירה ברחוב בלפור בתל אביב לשם שיכונן של מנהל מחלקה במשרד הפנים. בינתיים ניתן פסק הדין האמור בעניין **ליון**, ולכן הועלה פה הטיעון שלפיו הכרזת העצמאות היא בגדר חוק, "והחוק הזה יחזיר לאזרח במדינה את כל חירויות האדם, ומכיון שכך, הרי בוטלו כל אותם החוקים אשר שימשו קודם לכן מקור לתקנות השוללות חירויות אלה".⁹¹ בג"ץ, כידוע, דחה את הטענה ה"נלבבת" כהגדרתו, וקבע כי "ההכרזה... באה רק לשם קביעת העובדה של יסוד המדינה והקמתה לצורך הכרתה על-ידי החוק הבינלאומי... אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם".⁹²

הטענה השלישית היא שהצליחה. מקובל לומר שהניתוח של סוגיות במשפט המנהלי מושתת על שלוש "רגליים": האם יש לרשות סמכות? האם היא קיימת את הפרוצדורה בצורה נאותה? האם היא הפעילה שיקול דעת מהותי תקין?⁹³

87 בג"ץ 5/48 **ליון נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב**, פ"ד א 58 (1948).

88 שם, בעמ' 67ג-ה.

89 שם, בעמ' 68ב-ג.

90 בג"ץ 10/48 **זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב**, פ"ד א 85 (1948).

91 שם, בעמ' 88ה-ז.

92 שם, בעמ' 89א-ב. כאמור, בג"ץ **אל-כרבוטלי נתפס כמחזק הלכה זו**. ראו, למשל, אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א: עקרונות יסוד 39–40 (מהדורה שישית 2005).

93 ראו גיא ישראל זיידימן "מי אתה, המשפט המנהלי הישראלי? בשולי הספר 'משפט מינהלי' מאת דפנה ברק-ארז" **הפרקליט** נא 693 (2012): "השאלה [הראשונה] המרכזית העולה בכל מקרה שבו הרשות המנהלית מבקשת לפעול – כלומר להפעיל סמכות חוקית שהופקדה בידיה בחוק – הוא אם אכן היא פועלת בגדר סמכותה" (שם, בעמ' 701); המישור השני הוא ההליך המנהלי, כלומר, אם הרשות עמדה בדרישות הפרוצדורליות לשם הפעלת הסמכות (שם, בעמ' 704); והמישור

בדחיית שתי הטענות הראשונות בוססה תקפותה של סמכות הרשות – תקנות ההגנה (שעת חירום) נותרו בתוקפן. בין משום שהעותר לא טען לשרירות ולזדון ובין משום שבית המשפט לא רצה לדון בנושאים אלו – ואולי הוא הכיר בכך שהם אינם בתחום סמכותו – בהליך זה שיקול הדעת המהותי של הרשות אינו נדון ואינו נבחן. נשארה, אם כן, השאלה הפרוצדורלית. לשון שתי ההוראות של תקנה 111 לתקנות ההגנה (שעת חירום) שהיו רלוונטיות לדין הייתה כדלקמן:

111. (1) מפקד צבאי רשאי להורות בצו כי ייעצר אדם כל- שהוא למשך תקופה כל-שהיא, שלא תעלה על שנה אחת, באותו מקום-מעצר שיהיה המפקד הצבאי עשוי לנקוב אותו בצו.

...

(4) לתכליתיה של התקנה הזאת יהיו ועד מייעץ אחד או ועדים מייעצים, שיהיו מורכבים מבני-אדם שמינה אותם הנציב העליון, ובראש כל ועד כזה יושב... אדם המחזיק, או שהחזיק, במשרה משפטית או שהינה, או היה, פקיד קשיש בממשלה. תפקידיו של כל ועד כזה יהיו לעיין בכל השגה על צו כל-שהוא לפי התקנה הזאת, שהגישה כהלכה לוועד האדם, שהצו נוגע אליו, ולהמליץ בפני המפקד הצבאי על הצעות בקשר אל-כך."

השאלה הפרשנית שעיימה התמודד בג"ץ הייתה הזיקה בין שתי ההוראות: האם קמה הסמכות למפקד הצבאי אם לא הוקמה הוועדה המייעצת? "אין צורך להדגיש פעם נוספת" – מדגיש בג"ץ פעם נוספת – "את חומרת התקנה 111(1) אשר יש להשלים עמה כל עוד מצריך מצב חירום את קיומה ואשר בימים כתיקונם היתה נפסלת כבלתי מתקבלת על הדעת מפאת היותה מתנגדת לזכויות היסודיות של הפרט..."⁹⁴ על רקע זה, מתקנה 111(4) בג"ץ מבין כי "...עציר זכאי להגיש

השלישי הוא הבחינה המהותית של אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי (שם, בעמ' 709).

94 עניין אל כרבוטלי בא"מ, לעיל ה"ש 50, בפס' 13. ודוק: תקנה זו, אשר בית המשפט העליון משלים עימה רק בשל מצב החירום ששרר אז, בוטלה לבסוף, בשטח ישראל, רק שלושים שנה לאחר מכן, בחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979. מאחר שהתקנות חלו בכל שטח ארץ ישראל המנדטורית ולא בוטלו על ידי ממשלת ירדן כאשר זו שלטה באזור יהודה והשומרון בשנים 1948–1967, הן היו חלק מהמשפט הקיים באזור עם תפיסתו על ידי צה"ל בשנת 1967. "עם זאת, כוחות הביטחון של ישראל לא נזקקו במישרין... לתקנות ההגנה... אלא הסתמכו על תחיקת הביטחון החדשה...". ראו עמית פרייז ואייל נון **המעצר המנהלי**

התנגדות על צו מעצר, וקובע כי "...אם לעומת הכוח העצום שנמסר למפקד צבאי ניתנת לעציר זכות הגנה כה פעוטה, יש להניח, כי כונת המחוקק היתה שלפחות זכות זו של העציר תשמר בשבע עינים שלא תקופח..."⁹⁵ מסקנתו היא ש"עצם השמוש בתקנה 111, טרם שהוקמה הועדה הנ"ל, היה בו מעשה בלתי חוקי".⁹⁶

ודוק: אם בג"ץ אינו מייחס לרשויות זדון, אזי לכאורה מדובר פה אך בטעות בפרשנות שנתנה הרשות לסמכות שהוענקה לה: הרשות פירשה כאילו הסמכות לפי סעיף 111(1) אינה כפופה למגבלות של סעיף קטן 4, ובא בג"ץ והבהיר את הפרשנות הנכונה. אולם בג"ץ מתאר את הדברים לא כטעות או כחריגה מסמכות, אלא כבלתי חוקיים, וכותב את המשפט המצוטט ביותר מפסק הדין, שממנו עולה כאילו ידעו הרשויות שהן פועלות בצורה בלתי חוקית: "השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה. ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של כל המדינה [צ"ל מדינה]. יהיה בזה נזק חמור ולמדינה גם יחד אם השלטונות ישתמשו בכוח הניתן מטעם המחוקק, אף באופן זמני, מתוך התעלמות גמורה מהסיגים המוצבים ע"י המחוקק על דרך השמוש בכוח הזה".⁹⁷ ניתן לתהות: אילו הוקמה ועדה מייצגת מייד עם הקמת המדינה ואבו לבן היה פונה אליה, האם היה בג"ץ מקיים ביקורת שיפוטית כלשהי על ההליך? האם היה אבו לבן יודע מדוע נעצר? עובדות המקרה מרמזות, כפי שנראה בהמשך, לכיוון שלילה.

2. מהי ההתייחסות המקובלת לבג"ץ אל-כרבוטלי?

להבנתי, יש כמה מסורות לתיאורם של פסק הדין, חשיבותו ומיקומו במסגרת המשפט הישראלי.⁹⁸

נרטיב אחד רואה בפסק הדין "אירוע גבורה", ולא של אל-כרבוטלי, אבו לבן או עורך דינם (ההרואי באמת) בן-ימיני, אלא של בג"ץ: בית המשפט העליון עמד בפרץ והושיט סעד לעותר – ערבי מוסלמי שנעצר סמוך לאחר הקמת המדינה, בעיצומה של מלחמת העצמאות, ביפו, הנתונה במשטר צבאי, וזאת על פי צו (אישי!) של הרמטכ"ל וכנראה בידיעת ראש הממשלה. דברי פתוס ברוח זו כתב פרופ' יצחק זמיר בשנת 1975:

במדינת ישראל ובאזור יהודה ושומרון: הבסיס העיוני, מהות, סדרי דין וסוגיות נלוות 35 (2019).

95 עניין אל כרבוטלי בא"מ, לעיל ה"ש 50, בפס' 14 (ההדגשה במקור).

96 שם.

97 שם.

98 אני ניגש לדיון כאן במלוא הזהירות הראויה. השוו רון חריס "העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט" **עיוני משפט** מד 49, 59 (2021) (להלן: חריס "העבר המדומיין").

"...השלטון המנדטורי... נתן למדינת ישראל בית-משפט מינהלי שגילה כלפי השלטון מידה גדולה של עצמאות והעזה, אשר ודאי הושפעה מן העובדה שבית-המשפט המינהלי היה גם בית-המשפט העליון.

החודשים הקשים שלאחר הקמת המדינה היו גורליים, לא רק לעצם קיומה, אלא גם לדמותה כמדינת-חוק. תמונת המצב אותה עת לא הבטיחה טובות: מדינה שזה עתה נולדה, שרוייה במלחמה נואשת ונתונה במשבר כלכלי קשה, ללא חוקה, בלי מסורת של משטר דמוקרטי, תושביה לא חונכו ליחס של כבוד כלפי המחוקק או בתי-המשפט, ושופטיה בלתי-מנוסים. כנגד נתונים אלה קשה היה לצפות שבית-המשפט יצא למאבק עם השלטון על זכויות האזרח ועל עקרונות המשפט. אך הבלתי-צפוי קרה.

אפשר היה לטוות מפסקי-הדין שניתנו על-ידי בית-המשפט הגבוה לצדק בישראל מסכת מפוארת של החלטות אמיצות אשר קבעו את הדפוסים לפעולה מתוקנת של השלטון: פעולה במסגרת החוקים; איסור פגיעה באזרח בהעדר הסמכה מאת המחוקק; ביקורת קפדנית של שיקול הדעת המינהלי כדי למנוע שיקולים פסולים, הפליה או שרירות; כבוד וציות לבית-המשפט. אסתפק בדוגמא אחת [היא בג"ץ אל-כרבוטלי]...

[ולאחר הדוגמה זמיר מסכם:] תוך תקופה קצרה הגיע בג"צ להישגים מרשימים... הוא השליט את מרותו על הרשויות המינהליות ורכש אהדה וכבוד בקרב הציבור. בקיצור, הוא מילא את תפקידו בצורה מעוררת הערצה. אפשר לומר כי לולא היה קיים בית-המשפט הגבוה לצדק, מיד לאחר שנוסדה המדינה, ראוי היה להמציא ולהקים אותו".⁹⁹

מבין הדרכים לתיאור משמעותו של פסק הדין והשלכותיו, זו הגרסה המינימליסטית ביותר מבחינת ההנמקה המשפטית, אבל גם המרשימה ביותר מבחינה ציבורית. זהו נרטיב המסביר לקורא הלא-משפטן את תפקידו של בית המשפט העליון ואת החשיבות של המשך התמיכה בו. ודוק: גם אם הניסוח אצל זמיר קצת נמלץ במונחים של היום, נרטיב מעט "תועמלני" זה חוזר גם כיום, ומופנה במיוחד לציבור הכללי או לציבור הקוראים הלא-ישראלי. כך בנאום פומבי של הנשיאה חיות בשנת 2019,¹⁰⁰ כך אצל דניאל פרידמן בספרו הארנק

99 ראו יצחק זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים** 126–127 (1975).

100 בדברים שנשאה באזכרה ליגאל אלון, ב-14.2.2019, דיברה הנשיאה חיות על תפיסתו של אלון בדבר המנהיג כשליח ציבור הפועל למען הציבור מתוך תחושת שליחות. לדבריה, כך פועלים שופטי ישראל, והדרך לכך היא עקרון שלטון החוק: "על-מנת להמחיש על קצה המזלג מה משמעותו של עיקרון שלטון החוק במיטבו,

והחרב: המהפכה המשפטית ושברה (2013),¹⁰¹ כך אצל ברק-ארז במאמר שפרסמה באנגלית בספר על המשפט החוקתי הישראלי שבעריכתו השתתפה (2013),¹⁰² וכך אצל כותבים רבים נוספים.¹⁰³ גילת ושגב כותבים כך:

"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...
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

אני מבקשת לספר לכם סיפור קצר על פסק דין אחד שנתן בית המשפט העליון ממש עם קום המדינה, בשנת 1948... פסק דין זה [אל-כרבוטלי – ג"צ] אשר ניתן ממש על ערש הולדתו של בית המשפט העליון הישראלי ובעת שהמדינה הצעירה הייתה נתונה במצב חירום ונאבקה על קיומה, מבטא וממחיש בעיניי באופן צלול, מובהק ומעורר השראה לא רק את עקרון שלטון החוק... אלא גם את העצמאות השיפוטית ואת אי התלות של השופט המיישם את הדין מתוך עצמאות מחשבתית" ("אירועים ונאומים – דברי נשיאת ביהמ"ש העליון ביום העיון השנתי בכנס 'יום אלון' – הרשות השופטת" (14.2.2019) (<https://did.li/iho6q>)).

101 ודוק, הספר פורסם גם בעברית – ראו דניאל פרידמן **הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה** (2013) – אבל הדברים שיובאו להלן נמצאים רק בנוסח האנגלי: DANIEL FRIEDLMANN, *THE PURSE AND THE SWORD: THE TRIALS OF ISRAEL'S LEGAL REVOLUTION* 20 (2016) ("The ruling was a considerable achievement—don't forget that the case was heard at the height of the War of Independence, in which there were moments in which the new country's very survival hung in the balance").

102 ראו Daphne Barak-Erez, *The National Security Constitution and the Israeli Condition*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 429, 431 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

103 ראו, למשל, רובינשטיין, לעיל ה"ש 48, בעמ' 491 ("הפיקוח המשפטי על השימוש בתקנות ההגנה החל בימיה הראשונים של המדינה וראוי לציין כי דווקא באותם ימים קשים לבטחון ישראל, ניתנו שני פסקי דין היחידים בהם בוטלו צווי מעצר שניתנו מכוח תקנה 111"). רובינשטיין מתייחס (שם, בעמ' 491–492) לא רק לעניין אל-כרבוטלי, אלא גם לבג"ץ 95/49 אל כורי נ' ראש המטה הצבאי של צבא ההגנה לישראל, פ"ד ד 34 (1950). ראו גם איל בנבנשתי "נגרש ונשמע" משפט וממשל א 441, 445 (1993) ("...בפרשת אל-כרבוטלי התערב בג"צ, במהלך מלחמת השחרור, במעצר מנהלים..."). באופן דומה נכתב אצל Stephen Goldstein, *Protection of Human Rights by Judges: The Israeli Experience*, 38 ST. LOUIS U. L.J. 605, 609 (1994). רון חריס מציין, בסכמו את העשור הראשון בפסיקת בית המשפט העליון, דווקא את בג"ץ אל כורי (שם), ולא את בג"ץ אל-כרבוטלי, כדוגמה להנמקה פורמליסטית שקידמה פסיקה ליברלית ומתערבת בסוגיה בטחונית מובהקת. ראו רון חריס "המשפט הישראלי" **העשור הראשון: תש"ח–תשי"ח** 243, 258 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 1997).

להתעמת עם שלטונות הצבא, כשמלחמת העצמאות עדין מתנהלת
והעציר הוא תושב ערבי בשטח שנכבש לא מכבר".¹⁰⁴

אין לי קושי עם תיאור כזה של פסק הדין.¹⁰⁵ אכן, הוא מסביר היטב לכל אדם בישראל מדוע ראוי להעמיד תמיכה ציבורית לבית המשפט העליון.¹⁰⁶ הגיוני בהחלט לסבור שפסק הדין סייע, בשנים לאחר שניתן, בביסוס האמון הציבורי בבית המשפט העליון, ועוד על כך – בהמשך.

הקושי שאני רואה, ואשר אני מקווה שמאמר זה ושני חבריו לטרילוגיה יעשו משהו לתיקונו, הוא שתיאור הרקע ב"צד היהודי" וה"ישראלי" של המשוואה אינו משקף בצורה מדויקת דייה שני היבטים חשובים. ראשית, הוא אינו משקף כראוי את ההקשר הרחב יותר של המאבק – בעיקר של משפטנים יהודים וכבר בזמן המנדט – נגד השימוש בתקנות ההגנה, ובמיוחד בתקנות שעת החירום של 1945, לשם הגבלה חריפה של זכויות אדם. הציבור היהודי הליון מרה על תקנות אלו ועל השימוש שעשו בהן הבריטים, אשר קיבלו מנדט להקים "בית לאומי" ליהודים בארץ ישראל, נגד היהודים שביקשו לממש שאיפה זו. מה רבתה לפיכך אי-הנחת לנוכח החלטתה של הממשלה הזמנית – ולאחר הבחירות לכנסת הראשונה גם של הממשלה הראשונה וממשיכותיה, למעשה עד היום – לא לבטל את תקנות שעת החירום כליל, ולנוכח השימוש שנעשה בהן בשנה שלאחר הקמת המדינה. אי-הנוחות כעת הייתה כפולה: הממשלה עשתה שימוש בכלי של מעצור מנהלי לפי תקנות ההגנה (שעת חירום) לא רק בהליכים בטחוניים, כמו מעצורו של אבו לבן, אלא גם נגד מי שנתפסו על ידיהם כקיצונים פוליטיים המסכנים את הדמוקרטיה הישראלית – הן מימין (אנשי אצ"ל ולח"י) והן משמאל (הקומוניסטים). בלשון עדינה פחות, המעצור המנהלי הופעל לא רק נגד ערבים, אלא גם נגד יהודים. לא זאת אף זאת, הדרך שבה נעשו הדברים – לעיתים ללא צו מעצור, מבלי שהעציר מודע לעילת המעצור, תוך מניעת מפגש עם עורך דין והסתרת מקום המעצור מבני

104 גילת ושגב, לעיל ה"ש 29, בעמ' 218–219.

105 ואני אף שותף לו. ראו Guy I. Seidman, *Judicial Administrative Review in Times of Discontent: The Israeli Supreme Court and the Second Palestinian Uprising*, 14 ISR. AFF. 640, 643 (2008) ("In a brave statement, demonstrating a firm commitment to the values of democracy and the rule of law...").

106 רמת התמיכה הציבורית בבית המשפט העליון ידעה תהפוכות בעשורים האחרונים, במיוחד על פי התפלגות רעיונית, אמונית ומגזרית. כיום בית המשפט העליון נהנה משיעור התמיכה הגבוה ביותר מבין שלוש הרשויות המרכזיות של הממשל (52% תמיכה בקרב יהודים ו-60% בקרב ערבים), אבל צה"ל זוכה בשיעור תמיכה גבוה הרבה יותר בקרב יהודים (82%; בקרב ערבים – 35%), ושירות הביטחון הכללי – בשיעורים גבוהים אף יותר. לנתוני 2020 ראו תמר הרמן ואח' **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2020** (המכון הישראלי לדמוקרטיה – מרכז ויטרכי לחקר דעת קהל ומדיניות 2020) <https://did.li/GUvX5>; אנה רייבה ברסקי "סקר: 62.1% מהציבור מביע אמון באיכוני השב"כ" **מעריב** (28.8.2020) <https://did.li/ehqOf>.

המשפחה ומהציבור – עוררה ביקורת נוקבת, ביקורת ציבורית אבל גם פנים-שלטונית. לדעתי, תרומתו הגדולה ביותר של פסק הדין **אל-כרבוטלי** הייתה הבהרה לציבור של מה שגם אנשי הממשל ידעו והבינו – תקופת המחתרות נגמרה, ומדינה ריבונית, דמוקרטית, אינה מתנהגת "בצורה כזו". ברשימה זו אני מצטרף לכותבים נוספים – במיוחד שני שניצור ויורם שחר – אשר הפנו את אור הזרקורים לכיוון נושאים אלו בשנים האחרונות.

שנית, התיאור האמור אינו משקף כהלכה את הרקע העובדתי העשיר של פסק הדין, שאינו מקבל ביטוי בפסק דינו של בית המשפט העליון, דומני שבמכוון, ואשר היה ידוע אז לכל אדם אבל מוכר כיום אך מעט. ראשית, מדובר בשקיעתה הטריגית של יפו ממעמדה כעיר הערבית הגדולה בארץ ישראל, שהייתה אמורה לפי תוכנית החלוקה של האו"ם להיות מובלעת של המדינה הערבית העצמאית, לשותפה המשנית, מעבר למקף, של מתחרתה העיר העברית תל אביב, לאחר שיותר מ-95% מתושביה הערבים יצאו ממנה. חשוב מכך, מדובר בזהותו של העציר, אחמד אבו לבן – איש ציבור, איש מסחר, יש שיטענו איש מלחמה אבל ללא ספק גם איש שלום – שעמד מאחורי הסכם הכניעה של ראשי יפו לארגון ההגנה ערב הקמת המדינה. תיאוריו של אבו לבן כ"עציר שנחשד בשיתוף פעולה עם כוחות האויב" או כ"תושב ערבי בשטח שנכבש לא מכבר"¹⁰⁷ משקפים את הנוסח ה"יבש" – דומני שבמכוון – של בית המשפט העליון. הם אינם מבהירים את עומק הדרמה שמאחורי מעצרו של אבו לבן או את העניין הציבורי העצום – כפי שבא לידי ביטוי בעיתונות מכל רחבי הקשת האידאולוגית – בהליך מעצרו. האנלוגיה הטובה ביותר שאני יכול לתת היא לצורה שבה היינו מתייחסים להליך מעצר של יאסר ערפאת לאחר שנהפך בעיני ישראלים רבים משותף לשלום לחשוד בטרור – דבר שכידוע לא קרה.

נרטיב שני מבקש לצייר תמונה רב-ממדית ועמוקה יותר, על ידי מתן הסבר באשר לכוונתו של בית המשפט העליון וחיבור הפסיקה להקשר הרחב יותר. ניתוח מקובל של בג"ץ **אל-כרבוטלי** הוא שבהליך זה, שהוא אחד מבין כמה וכמה פסקי דין חשובים שניתנו בשנות הבראשית של המדינה, ביקש בית המשפט העליון לעגן ולבסס את עקרון "שלטון החוק", ובאופן מופשט פחות – להעמיד את הרשויות על המשמעות של פעילותן במסגרת מדינה דמוקרטית.¹⁰⁸ זהו תיאור מורכב יותר של הפסיקה: ראשית, משום שהוא דן בה ברמת הפשטה גבוהה יותר, רעיונית, ואינו נכנס לפרטי ההליך או ההחלטה; ושנית, משום שהוא "מחבר את הנקודות" הפסיקתיות לכלל סיפור קוהרנטי. הדבר נותן "מבט-על" טוב ומסודר, אבל גם מצמצם את היקף הדיון באנשים שסיפוריהם האישיים – הפגיעה האישית בהם, מאבקם המשפטי – הביאו לידי העלאת הסוגיה לפני בג"ץ. כפי שנראה בהמשך, נראה שנרטיב שני זה היה מקובל על בני התקופה – הן על אנשי הרשות

107 שניהם אצל גילת ושגב, לעיל ה"ש 29, בעמ' 199 ו-219.

108 ראו, למשל, רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 92, בעמ' 271–272 וה"ש 34.

והן על הגורמים שביקרו את ממשלתו של בן-גוריון. הדברים תוארו ונותחו בעיתונים כגון **הארץ**, **חרות** או **קול העם** פחות כמאבק אישי, עיקש ואמיץ של פרטים על מימוש זכויות האדם והאזרח שלהם, אלא יותר כדיון עקרוני בדמותה של המדינה הצעירה ובשאלה אם רשויות הממשל, שנמצאו אז בשלבי הקמה, ובמיוחד רשויות הביטחון, יישמעו לרשויות האזרחיות ויקבלו את כפיפותן ל"שלטון החוק".

"את ה'אני מאמין' שלו בדבר שלטון החוק, שמשמעו כפיפות הרשות המבצעת לחוק, ביטא בית-המשפט העליון בפרשה, שעוררה עניין רב בחודשים הראשונים שאחרי הכרזת המדינה: בג"ץ... אל-כרבוטלי", שבו בחר זאב סגל כאחד מפסקי הדין המרכזיים שנתן בית המשפט העליון בשנתו הראשונה.¹⁰⁹

דוגמה חגיגית למעבר בין שני הנרטיבים נמצא אצל אהרן ברק, במאמר המציג פרספקטיבה של חמישים שנות שיפוט בישראל. ברק מאפיין את הפסיקה בעשור הראשון ככזו שנדרשה "לעצב ולייצב את מבנה המשפט. בתי-המשפט הועמדו בפני מציאות ביטחונית קשה... הביטחון הלאומי עמד אז בראש השיקולים. והנה דווקא בתקופה זו, הניחו השופטים-המייסדים את הבסיס לחירויות הפרט".¹¹⁰ ראש וראשון ברק מזכיר את בג"ץ **אל-כרבוטלי**,¹¹¹ ומציין כלקחו את קביעתו של השופט אולשן כי "השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה, ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של המדינה".¹¹² לאחריו הוא מזכיר את פסקי הדין החשובים בענייני **בזרנו**,¹¹³ **שייב**,¹¹⁴ ו"**קול העם**".¹¹⁵ חריס רואה בבחירה של ברק בארבעת פסקי הדין האמורים, שאותם הרבה לצטט כשופט, חלק מתפקידו המרכזי "בקנוניזציה של פסקי דין מסוימים משנות ה-50, וכתוצאה מכך בהרחקה של פסקי דין אחרים מהקנון... הציטוט של פסקי דין אלו בפסיקה של ברק היה חלק ממהלך מודע ורחב של הצגת ההתפתחות של מגילת הזכויות הליברליות

109 זאב סגל "פסיקת בית-המשפט העליון בשנה הראשונה" שנה ראשונה לעצמאות 1948–1949: מקורות, סיכומים, פרשיות נבחרות וחומר עזר 99, 101 (מרדכי נאור עורך התשמ"ח).

110 אהרן ברק "חמישים שנות שיפוט בישראל" עלי משפט א 9, 10 (1999).

111 ברק מתאר את העובדות שם, בעמ' 10: "היה זה באוגוסט 1948. מלחמת השחרור הייתה במלוא היקפה. אל-כרבוטלי נעצר במעצר מינהלי". העובדות, כמובן, אינן נכונות, כפי שיוסבר בהמשך.

112 שם, בעמ' 10 וה"ש 1.

113 שם, בעמ' 11 וה"ש 2; בג"ץ 1/49 **בזרנו נ' שר-המשטרה**, פ"ד ב 80 (1949).

114 ברק, לעיל ה"ש 110, בעמ' 11 וה"ש 3; בג"ץ 144/50 **שייב נ' שר הבטחון**, פ"ד ה 399 (1951).

115 ברק, לעיל ה"ש 110, בעמ' 11; בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים**, פ"ד ז 871 (1953). לניסוח דומה ראו, למשל, מנחם הופנונג **ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק: 1948–1991** 221 (מהדורה שנייה 2001).

נדרך על גבי נדבך, מהלך שברק רק תרם לו את חלקו בתקופתו".¹¹⁶ אבל לפחות לגבי בג"ץ אל-כרבוטלי דומני שהצדק עם ברק, וכפי שנראה להלן, חשיבותו של פסק הדין בבסוס ה"הרגלים" הנאותים של רשויות השלטון הייתה ברורה מיום פסיקתו.

נרטיב שלישי ומשלים מסביר את דרך הפעולה הפונקציונלית של בג"ץ בשנותיו הראשונות. בבג"ץ אל-כרבוטלי, כמו בפסקי דין רבים מאותה תקופה, בחר בית המשפט העליון להתמקד במישור היסודי ביותר של הביקורת השיפוטית – מישור הסמכות. בטכניקה זו, שאנו מכנים "ניתוח פורמליסטי", בית המשפט בוחן אם הרשות קיימה את כל התנאים, אם היא ביצעה את כל ההליכים ואם היא לא חרגה מד' האמות של לשון החוק, כלומר, אם היא עמדה בכל הדרישות המקימות לה סמכות.¹¹⁷ ההקפדה על מישור זה אפשרה לעיתים לבית המשפט העליון לפסול החלטות של הרשות מטעם זה בלבד שהן אינן עומדות בכל דרישותיו הפורמליות של החוק, מבלי להביע עמדה ערכית ביחס לתבונתה של מדיניות הרשות ומבלי להעביר עליה ביקורת מהותית ולפסול אותה, למשל, משום שהיא שרירותית, חסרת תום לב, בלתי סבירה או – כפי שקורה בעשורים האחרונים – לא מידתית. בבג"ץ אל-כרבוטלי שייך באופן מובהק להחלטות מסוג זה.¹¹⁸ בצורת הנמקה זו, "אמות-המידה המשפטיות 'חייבו' את השופטים להגיע לתוצאה מסוימת, מבלי שייאלצו לנמק את התוצאה גם מבחינה ערכית או אידיאולוגית".¹¹⁹

במובן מסוים, בוודאי לקורא המודרני המודע לפסיקותיו המאוחרות יותר של בג"ץ, ההנמקה הפורמליסטית נראית טכנית מבחינת דרך הניתוח שלה ומגבילה מבחינת מהותית – מבחינת הערכים שבג"ץ יכול להנחיל לרשות ומבחינת ההגנה שבג"ץ יכול לתת לזכויות האדם והאזרח. ויש בדברים אלו, כמובן, לא מעט. בהקשר זה אציין כי יש חוקרים בני זמננו הרואים בבג"ץ אל-כרבוטלי – יחד עם

116 חרים "העבר המדומיין", לעיל ה"ש 98, בעמ' 59–60.

117 לניתוח מורכב יותר ורב-ממדי של פסיקת בית המשפט העליון בעשור הראשון ראו חרים "המשפט הישראלי", לעיל ה"ש 103, בעמ' 255–260.

118 פרופ' שטרית מביא את בג"ץ אל-כרבוטלי כדוגמה להחלטות מנהליות שהתבססו על שיקולים בטחוניים והובילו לפגיעה בזכויות אדם, ואשר בהן ביקורתו של בית המשפט העליון "התבססה על פגמים פרוצדורליים או משפטיים ולא כללה בחינה מהותית של החלטות המנהל הציבורי". ראו שמעון שטרית **הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק-יסוד: הממשלה** כרך ב 663 וה"ש 119 (2018).

119 וכך אכן היה בבג"ץ אל-כרבוטלי. ראו בנבנשתי, לעיל ה"ש 103, בעמ' 445. כידוע, "מאז ימי אל כרבוטלי... השתנתה הרטוריקה בקרב חלק משופטי בית-המשפט העליון... מתחילת שנות השמונים מתחזקת הנטייה בקרב חלק משופטי בית-המשפט העליון לזנוח הנמקות משפטיות פורמליות לטובת הנמקות ערכיות..." (שם, בעמ' 447). הדיון הקנוני בנושא זה הוא מנחם מאוסנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 503 (1993).

פסקי הדין בעניין **ליון**¹²⁰ ו**זיו**¹²¹ בני תקופתו – החמצה של הזדמנות היסטורית לייסד ביקורת שיפוטית מקיפה על בסיס מגילת העצמאות.¹²² כך, לפי יורם רבין, "...לאחר הקמת המדינה נעשו כמה ניסיונות לראות בחלק השלישי של ההכרזה מעין חוק עליון או חוקה, אשר העלה את הערכים הקבועים בה למעלת זכויות מוגנות, אך אלו נדחו".¹²³

לעניין זה אציע שתי תשובות. **האחת**, ניתן להבין את ה"אכזבה" מפסיקה כמו **אל-כרבוטלי**, אבל יש לראות את הדברים במונחי הזמן ולנוכח מגבלות כוחו של בית המשפט העליון באותה תקופה. האם באמת היה אפשר לצפות שבית המשפט העליון – שבא לאחר בית משפט עליון של משטר מנדטורי, שעדיין לא נהנה מאמון הציבור, שארבעה מחמשת שופטיו הראשונים היו חסרי ניסיון שיפוטי והיתר מונו על רקע קשריהם הידועים עם הממסד¹²⁴ – יביע עמדה נורמטיבית נגד מעצרים מנהליים כמו פובליציסטים ומדינאים מהאופוזיציה? האין די בכך שהם הצליחו, תוך שימוש בכלי המוגבל של ניתוח פורמלי של הסמכות, לצאת בצורה חזיתית נגד רצונם של ראש הממשלה והרמטכ"ל ולהורות על שחרור ערבי ממעצר בטחוני בזמן הממשל הצבאי ביפו ובעיצומה של מלחמת העצמאות?

לשון אחר, השימוש בפורמליזם היה פרי מדיניות של בית המשפט העליון, אשר העריך, ודומני שבצדק, כי גם בדרך מתונה זו הוא יוכל להעביר מסרים ערכיים לרשויות ולציבור, באופן שיעלה את קרנו בעיני הציבור ולא יגרום מתח חמור ביחסיו עם רשויות המדינה. כפי שמציין ניר קידר, כאשר בית המשפט נימק את החלטותיו בצורה פורמליסטית, "כלומר בהדגשת שאלת הסמכות המשפטית הפורמלית ובהתעלמות רבה משיקול הדעת ומן הערכים והתכליות שהנחו את בעלי הדין... נבעה בחירתו בעיקר מתוך תפיסה אזורחית-מחנכת, שביקשה לחנך לכיבוד שלטון החוק..."¹²⁵. ושוב, הקפדה עם הרשויות שיעמדו בד' אמותיה של

120 עניין **ליון**, לעיל ה"ש 87.

121 עניין **זיו**, לעיל ה"ש 90.

122 לסיכום הדברים ולהפניות ראו Joshua Segev, *Justifying Judicial Review: On the Changing Methodology of the Israeli Supreme Court*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 105, 107 n.10 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

123 עם זאת, "פסיקתו של בית-המשפט העליון קבעה באופן עקבי כי החלק השלישי של ההכרזה הינו כלי פרשני מן המעלה הראשונה, את חוקי הכנסת יש לפרש לאורה". ראו יורם רבין **הזכות לחינוך** 354, ה"ש 208 (2002).

124 ראו אליקים רובינשטיין **שופטי-ארץ: לראשיתו ולדמותו של בית-המשפט העליון בישראל** 69–75 (1980).

125 "...ולהבהיר, בין השאר, את החינויות שבציות לחוק ובפורמליזם הנטוע בבסיס המדינה והמשפט המודרניים". ראו ניר קידר "על הפורמליזם המחנך של בית המשפט העליון המוקדם: עיון מחודש בפסקי הדין בפרשות בז'רנו ושייב" **מחקרי משפט** כב 385, 389 (2006).

הסמכות שנתן להן המחוקק היא מדיניות עם יתרונות רבים: היא מוודאת שהממשל "שומר על הכללים" ואינו פוגע יתר על המידה בזכויות הפרט; היא מאפשרת ביקורת שיפוטית הנתפסת כ"פוגענית" פחות בעיני הרשות, הואיל והיא אינה דנה בתבונת הדרך שבה הופעל שיקול הדעת, אלא רק קובעת כי "אין סמכות" לעשות את המעשה – דבר שניתן לכאורה לתיקון על ידי הכנסת;¹²⁶ היא קלה להסברה לציבור ונראית בעיניו לגיטימית; והיא מביאה לידי הגברת אמון הציבור ברשות השופטת ובכך שהיא תעמוד לצידו איתנה ביום פקודה.

סביר שכך הובנו הדברים במועד מתן פסק הדין. ודוק: יש אכן אנומליה בבג"ץ אל-כרבוטלי – מצד אחד, זהו מקרה נדיר שבו נפסל מעצר מנהלי בבג"ץ, והוביל לתוצאה אופרטיבית אפקטיבית עבור העציר; מצד אחר, מיעוט העובדות המוצגות בו והעדר ביקורת מהותית על הרשויות הופכים אותו לדוגמה קיצונית של הנמקה פורמליסטית, וחשיבותו ארוכת הטווח לעיגון שלטון החוק ולחינוך הרשויות אינה נובעת מההלכה שנפסקה בו, אלא מהערות האוביטר שבו. אולי בשל כך הוא נפל בחשיבותו – בזיכרון המשפטי – מפסקי דין אחרים שניתנו בתקופה שלאחר הקמת המדינה.¹²⁷

עם זאת, פסק הדין של בג"ץ בהחלט בא "לתשומת לבם של השלטונות הנוגעים בדבר".¹²⁸ ביום 4 בינואר 1949, למחרת מתן פסק הדין, הנחה היועץ המשפט לממשלה יעקב שמשון שפירא, באופן אישי, להעבירו לכל העובדים הבכירים בשירות המדינה, תוך שהוא מציין כי אומנם התוצאות המעשיות של פסק הדין הן פורמליות גרידא, אבל נאמרו בפסק הדין דברים חשובים ביחס לזכויות הפרט, לסמכויות הרשות ולמיצוי הדין עם עובדי המדינה הפוגעים בזכויות האזרח במדינה.¹²⁹ זאת ועוד, בריאיון שהעניק לימים לכתב העת משפטים אמר הנשיא בדימוס אולשן: "סיפוק מיוחד שאבנו מיחס האמון שהתחילו בני המיעוטים רוחשים כלפי בית המשפט. תופעה זו החלה להתבלט

126 גם אם בג"ץ אינו מביע עמדה ערכית נגד מתן סמכות בחוק שתאפשר את הפעולה שהוא פסל בעתירה שלפניו, יהיה מי שיטען כי מדובר בניסיון "לעקוף את בג"ץ", ובעידן הנוכחי מתווסף גם הרובד החוקתי שנובע מחוקי היסוד. על כך ניתן להשיב שלעיתים יהיה מדובר בחקיקה שאינה עוקפת בג"ץ, אלא נעשית דווקא על פי הנחיות בג"ץ, לאחר שקצרה ידו מלסייע. השוו ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון" עיוני משפט לד 437 (2011). בכל מקרה, הליך החקיקה בישראל, גם בשגרה, אינו מהמהירים.

127 דבר זה מתבטא, בין היתר, בכך שהוא אינו מופיע במאמרם של יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון – ניתוח כמותי" משפט וממשל ז 243 (2004).

128 עניין אל-כרבוטלי, לעיל ה"ש 1, בפס' 4. שם, באוביטר מוצהר, נאמר: "אמנם אין הדברים נוגעים במישרין לגופו של הענין אשר לפנינו. אנו מזכירים אותם מתוך תקוה כי יובאו לתשומת לבם של השלטונות הנוגעים בדבר".

129 מכתב מיעקב שפירא, היועץ המשפטי לממשלה, למזכיר הממשלה (4.1.1949) א"מ גל-19707/62.

לאחר שנתינו מספר פסקי דין לטובת בני מיעוטים נגד הרשות המבצעת.¹³⁰ שני פסקי דין מצוינים שם – ראש וראשון בג"ץ אל-כרבוטלי.¹³¹ כעשור לאחר מכן כתב אולשן עצמו על בג"ץ אל-כרבוטלי:

"פסק-הדין הזה הרשים את הציבור היהודי והערבי גם יחד. הציבור היהודי וחוגי השלטון נוכחו לדעת, כי שלטון החוק אינו רק דבר טכני פרוצדוראלי שאפשר לזלזל בו, ובמיוחד בשעת-חירום, וכי הזרוע השיפוטית במדינה עומדת ללא חת על משמר שלטון החוק. ואילו הציבור הערבי הופתע, שהרי התועמלנים מחוגי הוועד הערבי העליון הסיתוהו, כי הגורל הצפוי לו במדינת ישראל הוא להיות משועבד; והנה הוא רואה, כי ניתן צו שחרור על אף פקודתו של המפקד הראשי של צבא הגנה לישראל".¹³²

אגב, יש שיאמרו כי החלטות יסוד אלו של בג"ץ – דוגמת **ליון, זיו ואל-כרבוטלי** – באו "בעיקר בשל הציפיה שהכנסת תחוקק במועד קרוב חוקה פורמלית כוללת ונוקשה...".¹³³ אחרים, לעומתם, סבורים כי "...במבט לאחור ייתכן שדווקא מדיניות זהירה זו" – שבמסגרתה "הצטמצמה ביקורת בג"ץ לבדיקת הפרוצדורה של ההחלטה ונמנעה מבדיקת ההחלטות לגופו של עניין" – היא ש"מנעה הצרה חקיקתית של סמכויות הבג"ץ".¹³⁴

שתי הערות אחרונות אלו מדגישות את העובדה שעד כה עסקנו במעמדו של בית המשפט העליון הישראלי סמוך לאחר הקמתו מנקודת המבט של "זמן אמת" ומנקודת המבט של ימינו. אלא שיתכן שיש להציג נקודת מבט אחרת, שאינה מתחילה את "תולדות הימים" עם הקמת המדינה,¹³⁵ אלא ממקמת את בית המשפט

130 ראו יצחק אולשן "על בית המשפט העליון" משפטים א 287, 288 (1968).

131 השני הוא בג"ץ 3/50 קעואר נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד ד 654 (1950). ראו אולשן, שם, בעמ' 288, ה"ש 7. ודוק, "יש הטוענים כי המיעוט הערבי בישראל אף זכה בהגנה טובה יותר בשנת 1949 מאשר בשנת 1953, כשבית-המשפט השתמש עדיין בהנמקה פורמליסטית, ובוודאי יותר מאשר בשנות השמונים והתשעים, כשבית-המשפט הציג בגלוי את התחשבותו בשיקולי מדיניות וערכים". רון חריס, אסף לחובסקי ואלכסנדר (סנדי) קדר "בין משפט להיסטוריה: על ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי" עיוני משפט כו 351, 382 וה"ש 119 (2002).

132 יצחק אולשן דין ודברים: זכרונות 219 (1978).

133 רות גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 76 וה"ש 111 (1997).

134 הופנונג, לעיל ה"ש 115, בעמ' 221.

135 ודומני שזו עמדתם של גילת ושגב, לעיל ה"ש 29, בעמ' 199, אשר מתחילים את הדיון בקליטתו של ההביאס קורפוס בבג"ץ רק מהקמת המדינה.

העליון הישראלי על גבי רצף שמתחיל בבית המשפט העליון המנדטורי, והדברים אמורים במיוחד בסוגיית ההתמודדות המשפטית עם תקנות ההגנה (שעת חירום). גם אני, כמו מורי ורבי פרופ' יורם שחר ומלומדים רבים אחרים, סבור כי בכל הקשור ללימוד שיטת המשפט הישראלית נכון להרחיב את היריעה אל מה שנוסד ופעל לפני הקמת המדינה¹³⁶ (והדברים אמורים במיוחד ביחס לבית המשפט העליון¹³⁷), וזאת לא רק מן הטעם הפורמלי שפקודת סדרי השלטון והמשפט הותירה את המשפט שהיה קיים במדינה ערב הקמתה על כנו.¹³⁸ אין ספק ששנת 1948 "נתפסת, אצל היסטוריונים 'ישנים' ו'חדשים' כאחד, כשנה מהפכנית, בה נהפך העולם והשתנו סדרי בראשית... [כ]נקודת מפנה, שבעקבותיה השתנו פניה של ארץ-ישראל ללא הכר".¹³⁹ אבל, כפי שלחובסקי מציין, ייתכן שהתמונה מורכבת יותר – לא עולם חדש נברא, לא חברה "חדשה לגמרי", אלא כזו "אשר שילבה מהפכנות והמשכיות, שינוי ושגרה".¹⁴⁰ נראה

136 לתמיכה בעמדה זו ראו חריס, לחובסקי וקדר, לעיל ה"ש 131, בעמ' 359: "...לטעמנו, ההיסטוריה של המשפט הישראלי כוללת גם תקופות שקדמו להקמתה של מדינת-ישראל". הם מציינים כי "בראשית דרכו היה המשפט של מדינת-ישראל קשור בקשרים רבים, גלויים וסמויים, לכמה שיטות משפט, בין לאלה של השליטים הקודמים (האימפריה העות'מנית והמנדט הבריטי), בין למשפט הדתי (יהודי, מוסלמי ונוצרי), בין לתרבויות משפטיות עכשוויות..." (שם, בעמ' 380). הם מוסיפים כי יש חוקרים – דוגמת פרופ' שחר – המערערים "על היותה של שנת 1948 שנת ההתחלה של שיח הזכויות החוקתיות. לפי גישה זו, תהליכים שמקורם בתקופת המנדט וסיבותיהם, קולוניאליות וכלל-עולמיות, הם המקור להולדתו של שיח הזכויות החוקתיות במשפט הישראלי, והקמת המדינה אינה נקודת-הציון היחידה בהיסטוריה של המשפט החוקתי הישראלי" (שם, בעמ' 381).

137 "המדינה היהודית שבדרך לא כללה מערכת בתי-משפט, וזאת בניגוד למערכות אחרות שהיו בה, ושהיוו תשתית למדינת ישראל עם קומה. עם הקמת המדינה היה צורך אפוא לכונן מערכת של בתי-משפט, ובראשם בית-המשפט העליון, על יסוד המשכיות למערכת הבריטית-מנדטורית. "אליקים רובינשטיין" שלבי ההקמה של בית-המשפט העליון בתש"ח" שנה ראשונה לעצמאות 1948–1949: מקורות, סיכומים, פרשיות נבחרות וחומר עזר 87, 87 (מרדכי נאור עורך התשס"ח).

138 ראו ס' 11 המפורסם לפקודת סדרי השלטון והמשפט, שלפיו "המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה, ובשנויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".

139 אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" משפטים כט 689, 690–691 (1998) (להלן: לחובסקי "בין מנדט למדינה"). ראו גם אסף לחובסקי "בין שני עולמות – מורשת המשפט המנדטורי במדינת ישראל בראשיתה" ירושלים בתקופת המנדט: העשייה והמורשת 253 (יהושע בן-אריה עורך 2003).

140 לחובסקי "בין מנדט למדינה", לעיל ה"ש 139, בעמ' 692 וה"ש 7–8.

בהחלט כי בתחומים שונים הנוגעים בהיסטוריה המשפטית של ארץ ישראל "אין משמעות רבה לשנת 1948 – שכן חלק מהאספקטים ה'מהפכניים' שנהוג לראותם כמבחינים את שיטת המשפט הישראלית מקודמתה המנדטורית הם תוצאה של תהליכים שהחלו עוד בתקופת המנדט".¹⁴¹ שחר מרמזו לרציפות מוסדית ופונקציונלית של בית המשפט העליון מאז הוקם בתקופת המנדט ועד ימינו, שעיקרה תפקידו להנהיג את שיטת המשפט כולה.¹⁴²

לחובסקי מסביר כיצד "...כבר בתקופת המנדט הכיר בית המשפט העליון של ארץ-ישראל בקיומה של מערכת זכויות יסוד חוקתיות, המגבילה את כוחו של השלטון בארץ-ישראל".¹⁴³ הוא מצביע על תופעה מרתקת של יצירתה ואז צמצומה "של סמכות הביקורת השיפוטית של בתי המשפט בארץ על חקיקה ארץ-ישראלית מכוח כתב המנדט..."¹⁴⁴ הוא מוצא כי בראשית המנדט היו הבריטים מוכנים להעניק תוקף חוקתי להוראות כתב המנדט "ולחכיר בקיומה של סמכות ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה הסותרים הוראות אלה", אלא שבמהלך "שנות השלושים והארבעים צומצם באופנים שונים היקפה של סמכות זו עד כי השימוש בה עוקר מתוכן".¹⁴⁵

באחד ממאמריו החשובים סקר פרופ' שחר פסיקה מארבע תקופות בתולדותיו של בית המשפט העליון – תקופת המנדט (1937), בית המשפט הישראלי בימיו הראשונים (1948), בית המשפט של שנת 1955¹⁴⁶ ובית המשפט העליון של שנת 1986 – והסביר כי השאלה אם לשמור על תקדים ולכבדו היא שאלת מדיניות של שופטי בית המשפט העליון: הם שקבעו את ההלכה, והם או ממשיכיהם הם ששוקלים לסטות ממנה.

להבנתי, בג"ץ אל-כרבוטלי מספק דוגמה אלגנטית והדוקה לחיבור בין בית המשפט העליון של המנדט לבין זה הישראלי. במה מדובר? אם נרחיב את המבט רק כמה שנים אחורה, נוכל להעלות את הטיעון שלפיו בג"ץ אל-כרבוטלי – הן העתירה, הן הטיעונים שהעלה עורך דין בן-ימיני לפני בית המשפט העליון והן פסק הדין – משתלבים היטב בנרטיב חשוב אחר: המאבק הציבורי הגדול שנוהל נגד תקנות ההגנה (שעת חירום) משעה שכונו על ידי הבריטים בשנת 1945, רק

141 שם, בעמ' 695–696.

142 יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון: הפוליטיקה של התקדים" **מחקרי משפט** טז 161 (2000).

143 לחובסקי "בין מנדט למדינה", לעיל ה"ש 139, בעמ' 705 וה"ש 63–64.

144 שם, בעמ' 705.

145 שם, בעמ' 708.

146 אשר לא רק היה שונה בהרכבו מבית המשפט העליון של קום המדינה, אלא גם נהנה מחקיקת חוק השופטים, התשי"ג-1953, שעשה הרבה לביצור מעמדה של הרשות השופטת מול רשויות השלטון האחרות. ראו שחר, לעיל ה"ש 142, בעמ' 169.

שלוש שנים לפני הקמת המדינה. להבנתי, ניתן לראות את בג"ץ אל-כרבוטלי, שהיה אחד ההליכים הראשונים שהגיעו לבית המשפט העליון בירושלים בשבתו כבית משפט גבוה לצדק,¹⁴⁷ כסיבוב השלישי בתוך שנים ספורות של המאבק המשפטי בבג"ץ נגד תקנות ההגנה (שעת חירום) – מאבק אשר במידה מסוימת טרם הסתיים.¹⁴⁸ זה יהיה הסיפור כיצד ניסו משפטני התקופה לשכנע את בית המשפט העליון – בכל שלושת "גלגוליו": המנדטורי-הבריטי בירושלים, הישראלי הזמני (בית המשפט המחוזי בתל אביב) והישראלי הקבוע (בית המשפט העליון בירושלים) – לבטל את תקנות ההגנה (שעת חירום) בין משום שלא היה להן תוקף מלכתחילה, הואיל והן חרגו מדרישות כתב המנדט, ובין משום שאין להן מקום במדינת ישראל הדמוקרטית, אם מתוקף הכרזת העצמאות ואם מתוקף פקודת סדרי השלטון והמשפט.

במה דברים אמורים? כידוע, הבריטים, שהביאו את מוסד הבג"ץ לארץ ישראל, קבעו כי לבית המשפט העליון יש סמכות לתת צו הביאס קורפוס; וכפי שראינו, בראשית המנדט הייתה נכונות לראות בכתב המנדט מקור לביקורת שיפוטית על החקיקה הארץ-ישראלית. בעקבות הידרדרות המצב הבטחוני במהלך תקופת המנדט חוקקו הבריטים חקיקת חירום ונקטו צעדי חירום נגד האוכלוסייה בתחומים שונים. צעדים אלו גררו מחאה ציבורית של הציבור, לרבות ציבור המשפטנים, אשר תקפו את צעדי הממשל הבריטי בבתי המשפט, תוך שהם מעלים, בין היתר, טענות חוקתיות המתייחסות לכתב המנדט. בג"ץ אל-כרבוטלי עצמו מאזכר שמונה פסקי דין כאלה: פסק דין אחד של בית המשפט המחוזי הישראלי בשבתו כבית משפט גבוה לצדק,¹⁴⁹ שלושה של בית המשפט העליון

147 מ' 17 במאי 1948 ועד להגשת העתירה הראשונה לבית המשפט העליון, באמצע ספטמבר 1948, ישב בית המשפט המחוזי בתל אביב כבית המשפט הגבוה לצדק. כלומר, בשנת 1948 פעלו שלושה גופים בעלי סמכות בג"צית, זה אחר זה, בארץ ישראל (בית המשפט העליון המנדטורי) ובמדינת ישראל (המחוזי בתל אביב ואחר כך בית המשפט העליון בירושלים). ראו שניצר ושחר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 139, 144 וה"ש 20–21, ו-147.

148 אף שחלק מתקנות ההגנה (שעת חירום) – במיוחד אלה העוסקות במעצר מנהלי, שעל פיהן הופעלה הסמכות כלפי אבו לבן – בוטלו על ידי ממשלת בגין בשנת 1979 באמצעות ס' 12 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), טרם הוכרז על ביטול מלא של כל תקנות ההגנה (שעת חירום) החלות בישראל. ודוק: משרד המשפטים השלים הכנת תזכיר הצעת חוק לביטול תקנות ההגנה כבר בשנת 2012 (תזכיר חוק לתיקון תקנות ההגנה (שעת חירום) (ביטול תקנות), התשע"ב-2012). ראו גם על ברדה "ניהול אוכלוסיות מסוכנות": מפרקטיות חירום קולוניאליות לחוקי המאבק בטרור בהודו ובישראל" תיאוריה וביקורת 44, 97 (2015).

149 בג"ץ (מחוזי ת"א) 1/48 קוק נ' שר-הבטחון של הממשלה הזמנית למדינת ישראל, המשפט ג 307 (1948) (שהכריע גם בעתירה נוספת – בג"ץ 2/48 ונירסקי נ' שר-הבטחון).

הישראל, ¹⁵⁰ שלושה פסקי דין של בית המשפט העליון המנדטורי מהשנים 1938–1942 וערעור אחד למועצת המלך משנת 1925.

אם ננסה לחבר את הדיונים המשפטיים שהתקיימו לפני הקמת המדינה ואחריה בנושא ההגנה על זכויות אדם ואזרח אל מול תקנות ההגנה הבריטיות, נוכל לפרוש יריעה לא קטנה. "המאבק בבריטים התבטא לא רק בכוח הנשק ובהתישבות, לא רק בדיונים פוליטיים ובמשא-ומתן. זירת המשפט היתה אחת הקשות והמעניינות בדרך לקוממיות ישראל".¹⁵¹

בהקשר זה ניתן לציין את 1945 כשנת המפנה. עם עליית הלייבור לשלטון באנגליה ביולי 1945 והאכזבה ממדיניותו¹⁵² החלה תקופת המרי, ועם התגברות מאבקן של המתחרות נגד שלטון המנדט הוצאו תקנות ההגנה (שעת חירום), בספטמבר 1945, והתרבו המעצרים המנהליים בקרב היישוב היהודי.¹⁵³ נרטיב מעניין שראוי לבחון הוא שאלת ההגנה המשפטית, ובעיקר השיפוטית, על זכויות אזרח בתקופה דרמטית זו (ובדיעבד קצרה להפליא – אך שלוש שנים) שעד להקמתה של מדינת ישראל.

בפברואר 1946 נערך כינוס מחאה של חברי הסתדרות עורכי הדין היהודים בארץ ישראל נגד התקנות לשעת חירום, בנוכחות כארבע מאות חברים. נשיא ההסתדרות – לימים שופט בית המשפט העליון בהרכבו המקורי מנחם דונקלבלום – אמר שם כי "אמנם תקנות אלה הן סכנה לכל הישוב, אולם לנו כעורכי-דין, ענין מיוחד בהן: יש כאן הפרה של מושגים אלמנטריים של חוק, צדק ומשפט... שרירות זו, גם אם היא מאושרת ע"י מוסד מחוקק, היא אנרכיה".¹⁵⁴ ברנרד ג'וזף – שיחיה לשר דב יוסף¹⁵⁵ – הסביר כי המצב הנוכחי "התהווה על רקע מדיני מסוים... זה שש שנים נמשכת התקופה של הספר הלבן. גזירות הקרקע והעליה

150 הבג"צים בעניין **ליון**, לעיל ה"ש 87, ובעניין **זיו**, לעיל ה"ש 90, וכן בג"ץ 16/48 **ברון נ' ראש-הממשלה ושר-הבטחון**, פ"ד א 109 (1948) (עתירה נגד הכרזת הממשלה הזמנית על לח"י כארגון טרוריסטי לפי תקנות שעת חירום חדשות משנת 1948; הנשיא זמורה דוחה את העתירה).

151 שטרסמן, לעיל ה"ש 66, בעמ' 125.

152 ראוייה לציון הכרזת המדיניות של שר החוץ בוויין שהטילה מגבלות על עליית יהודים לארץ ישראל. זו פורסמה בשיא משבר הפליטים היהודים בעקבות מלחמת העולם השנייה באירופה, וזעזעה את היישוב. ראו "הכרזת בוויין" **הארכיון הציוני המרכזי** <https://did.li/ZDBgT>.

153 שטרסמן, לעיל ה"ש 66, בעמ' 139, 148.

154 "בהסתדרות עורכי-הדין: כנס מחאה נגד התקנות לשעת החירום" **הפרקליט** ג 58, 58 (1946) (להלן: כנס המחאה).

155 כיהן כשר האספקה והקיצוב בתקופת הצנע. ראו "דב יוסף" **ויקיפדיה** <https://did.li/6mqOf>.

שבו עומדות בסתירה למנדט ולעקרון המשפטי של שויון בפני הדין.¹⁵⁶ יעקב שפירא – שיהיה היועץ המשפטי הראשון לממשלה – קבע כי "המשטר שהוקם עם פרסום תקנות ההגנה בארץ-ישראל אין דומה לו בכל ארץ נאורה. אף בגרמניה הנאצית לא היו חוקים כאלה...".¹⁵⁷ כיצד יש לפעול? בהסתדרות עורכי הדין היהודים הובעו דעות שונות: היו שקראו להטריד את השלטונות על ידי הגשת מספר רב של עתירות הביאס קורפוס, והיו שקראו לנהל "משפט לדוגמה" – הכל בניסיון להפגין, לעורר תשומת לב בארץ ובעולם, ולהעלות את קרנם של עורכי הדין בעיני הציבור.¹⁵⁸ ההחלטה שיצאה מהכינוס קבעה כי "צבור עורכי-הדין העברים בארץ-ישראל יעשה בשותף עם המוסדות הלאומיים את כל אשר ביכולתו, כדי לבטל את התקנות לשעת חירום ולהחזיר לפרט את זכויותיו האלמנטריות".¹⁵⁹ בשנים הבאות טיפלו עורכי הדין באלפי עצירים – רובם במעצר מנהלי מכוח תקנות ההגנה הבריטיות כפי שהותקנו מפעם לפעם במהלך המנדט, ואחרים במשפטי קרקעות (שהתנהלו על רקע חוקי "הספר הלבן", שהגבילו את זכות הרכישה) או במשפטי "העלייה הבלתי-חוקית".¹⁶⁰

פה ניתן למצוא את ההליך הראשון שבו הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון – המנדטורי – שאלת חוקיותן ובעיקר חוקתיותן של תקנות ההגנה (שעת חירום) לאור כתב המנדט. היה זה במקרה שבו הועלתה לפני בית המשפט שאלת חוקתיותו של גזר דין המוות שהוטל על דב גרונר בבית משפט צבאי. עו"ד מקס זליגמן – אשר פעל רבות לייצוג נאשמים יהודים, ואף הועמד הוא עצמו לדין על כך – הגיש לבג"ץ בקשה להביאס קורפוס בעניין גרונר, בשם אחותו הלן פרידמן, ובמסגרתה העלה את הטענה כי תקנות ההגנה (שעת חירום) עומדות בניגוד לכתב המנדט, "...שאף המלך או בא-כוחו אינם רשאים לשנותו. לכן אין גם תוקף לפסק-הדין של מוות שהוצא על גרונר".¹⁶¹ היועץ המשפטי של ממשלת המנדט השיב

156 כנס המחאה, לעיל ה"ש 154, בעמ' 59. "במצב כזה של התמוררות ודכאון קמים צעירים ומתוך יאוש עושים מה שעושים. האם יפלא כי יהודים מפקפקים בכונות הטובות של ממשלת ארץ-ישראל...?" (שם)

157 שם, בעמ' 60; "יעקב שמשון שפירא" ויקיפדיה <https://did.li/UUMIfw>

158 שטרסמן, לעיל ה"ש 66, בעמ' 148 (המביא מתוך ישיבת הוועד המרכזי של הסתדרות עורכי הדין מיום 1.1.1946).

159 כנס המחאה, לעיל ה"ש 154, בעמ' 62.

160 שטרסמן, לעיל ה"ש 66, בעמ' 125–147 ו-151–152; ברוך ברכה "מאז קמה הלשכה" מעריב 14.6.1985, 39. לפי נתוני הדוחות השנתיים של שירות בתי הסוהר בתקופת המנדט, מספר העצורים לפי תקנות ההגנה בשנת 1942 היה 927; בשנת 1943 – 108; בשנת 1944 – 993; ובשנת 1945 – 1,622. ראו יהושע כספי "בתי-הסוהר בארץ-ישראל בתקופת המנדט הבריטי" קתדרה 32, 141, 158, 159 וה"ש 45 (1984). למרבה הצער לא נמצאו נתונים לגבי סוף שנות המנדט.

161 "האביאס קורפוס בעניין דב גרונר" על המשמר 27.3.1947, 4. העתירה לבג"ץ, שהוגשה "להצלת חייו של דב גרונר" בשם עיריית תל אביב, נומקה, בין היתר, בכך

כי בדבר המלך במועצתו משנת 1937, שעליו מבוססות תקנות ההגנה (שעת חירום), ניתנו לממשלת ארץ ישראל סמכויות לחוקק חוקי חירום, כפי שהוחקו, וכי אין לערער על חוקתיותם של חוקים אלו על בסיס כתב המנדט או דבר המלך במועצתו משנת 1922. מכל מקום – ויש להודות כי זו טענה שהיגיון בצידה ואשר עמדה גם בבג"ץ הישראלי בירושלים – תקנות ההגנה (שעת חירום) אין בהן כל כוונה להפלות מבחינה גזעית או מדינית, שהרי דבר המלך במועצתו משנת 1937 נועד להגן על האינטרסים של הבית הלאומי היהודי, כאשר זה עמד בסכנה גדולה ערב מלחמת העולם השנייה. לבסוף, היועץ המשפטי הביע שאט נפש לנוכח הצורך לחוקק חוקים כאלה ולהקים בתי דין צבאיים, אולם ציין כי יש הכרח לבער את הטרור שהביא לידי הפעלתם.¹⁶² התקווה נכזבה. בית המשפט העליון המנדטורי סירב לדון לגופו של עניין ודחה את העתירה.¹⁶³ בקשת רשות הערעור לפני מועצת המלך נדחתה.¹⁶⁴

המערכה השנייה בסיפור זה קשורה למאבק לביטול תקנות ההגנה לאחר הקמת המדינה, במיוחד בהקשר של מעצרים של אנשי אצ"ל לאחר פרשת אלטלנה. העתירה מסוג הביאס קורפוס שהגיש הלל קוק – בכיר באצ"ל שנעצר למשך שבועות ללא צו חוקי ומבלי שהותר לו להיפגש עם עורכי דינו – נדונה במאוחד עם עתירתו של יעקב מרדור, ממנהיגי אצ"ל, לפני בית המשפט המחוזי בתל אביב בשבתו כבג"ץ.¹⁶⁵ בפסק הדין, שניתן ב־17 באוגוסט 1948, אשרר הנשיא נתן ברדקי (בדעת רוב) את המעצר, מיום הוצאת צו בסמכות, וסירב לבטל את חקיקת החירום הבריטית או לאסור את השימוש בה במדינת ישראל הריבונית. עם זאת, מבין השיטין, כמו גם מפסיקת הוצאות לטובת העותרים, ניתן להבין מהי דעתו

ש"תקנות ההגנה משנת 1945 אינן חוקיות ולכן אין גם ערך לפסק הדין שהוצא נגד גורנו לפי תקנות אלה. 'לא היתה סמכות לחוקק חוקים אלה לפי דבר המלך במועצתו'". ראו "היום – תוגש הבקשה לצו על תנאי בשם עיריית תל-אביב בענין פסה"ד של גרונר" **הפְּקָר** 31.3.1947, 4. בעיתון **הַצִּפָּה** נכתב: "הבוקר יתן בית הדין העליון בירושלים החלטתו בשאלת חוקיותם של חוקי החירום בארץ שלפיהם הוקמו בתי-דין צבאיים ואשר דנו למיתה את דב גרונר ואחרים. כידוע, טענתה של קהילת תל אביב בפי מר זליגמאן היתה כי המאנדאט צריך לשלוט בארץ וחוקי החירום הם בסתירה גמורה למאנדאט" ("היום הכרעת ביה"ד העליון בענין חוקיות תקנות ההגנה" **הַצִּפָּה** 7.4.1947, 1). ראו גם שטרסמן, לעיל ה"ש 66, בעמ' 125–132.

162 "ביום ב' – פסק-הדין בתביעת ראש עיריית ת"א בענין גרונר" **הארץ** 4.4.1947, 8.

163 Gruner v. Commissioner of Prisons, Jerusalem, 14 PLR 29 (H.C., 1947).

164 א' גלבלום "נדחתה בקשת דודו של גרונר לערער בפני מועצת המלך" **הארץ** 27.3.1947, 1.

165 ראו אצל שניצר ושחר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 147–150. מדובר בבג"ץ קוק, לעיל ה"ש 149, ובבג"ץ וינירסקי, לעיל 149, שאוזכרו בעניין אל-כרבוטלי.

בנושא.¹⁶⁶ השופט מקס קנטרוביץ' סירב אף הוא להכריז על בטלותן של תקנות שעת החירום, בין משום שלאחר המדינה שאלת ההלימה לכתב המנדט אינה נדרשת עוד, ובין משום שבג"ץ המנדטורי כבר דחה טענות אלו, והחלטותיו הן חלק מהמשפט שנקלט עם הקמת המדינה.¹⁶⁷ השופט שלום קסאן (קזרנובסקי), בדעת מיעוט, התווה "דרך פורמלית סדורה ומשכנעת לפסול את תקנות שעת החירום, תוך ניווט בין כתב המנדט, הוראות דבר המלך והוראת המעבר הישראלית שבפקודת סדרי השלטון והמשפט".¹⁶⁸ גם אם "ניסיון המהפכה החוקתית של השופט קסאן נותר מחוץ לפריזמת הזיכרון הקולקטיבי של המשפט הציבורי בישראל",¹⁶⁹ הסיקור העיתונאי הבטיח שהציבור יהיה מודע לכל חלקי פסק הדין.¹⁷⁰ מכאן קל להבין את העניין הרב – ואפילו הציפייה – בנוגע למוצא פיו של בית המשפט העליון בירושלים כאשר אותה שאלה הגיעה אליו לדיון אך חודשים מספר לאחר מכן.

עניין **אל-כרבוטלי** הוא אפוא מערכה שלישית, הפעם מעצר של ערבי על פי אותן תקנות הגנה ובמסגרת הממשל הצבאי שהוטל על יפו מייד לאחר קום המדינה.¹⁷¹ גם הפעם סירב בית המשפט העליון לקבוע את בטלותן של תקנות ההגנה (שעת חירום). הוא היה מודע כאמור לפסיקה הקודמת – של בית המשפט העליון המנדטורי ושל בית המשפט המחוזי בתל אביב – אבל ציין כי עוד בתקופת המנדט נקבע כי בית המשפט העליון "יכול להעביר תחת שבט הביקורת דעות קודמות שהובעו על-ידי", ואף שהוא מודע לכך "כי אין דרך זו רצויה ויש ללכת בה רק כאשר אי-אפשר אחרת", הוא קובע כי "המקרה שלפנינו הוא אפייני בשביל להשתמש בכוח הזה", ו"יש, איפוא, להשיב לטענת בא-כוח המבקש מבלי

166 שניצר ושחר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 150. ראו גם "נתן ברדקי" ויקיפדיה <https://did.li/XUMIw>.

167 שניצר ושחר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 151. לימים – מרדכי קָנָת. ראו גם "מרדכי קנת" ויקיפדיה <https://did.li/Ms0CN>.

168 שניצר ושחר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 151–153 (הציטוט נלקח מעמ' 152). ראו גם "שלום קסאן" ויקיפדיה <https://did.li/SbYaa>.

169 שניצר ושחר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 153.

170 ראו, למשל, "בית-הדין העליון אישר את מעצר קוק ומרידור" **הצפנה** 18.8.1948, 2; "ביה"ד הגבוה לצדק מאשר את מעצרו של הלל קוק וחברו" **דבר** 18.8.1948, 1; "החלטת בית הדין העליון לצדק בת"א: קוק ומרידור נעצרו כחוק" **קול העם** 18.8.1948, 4. על כך יש להוסיף את הכתיבה בנושא של אנשי הימין: עיתון הימין **המשקיף** סיקר את התוצאה והדפיס את פסק דינו של השופט קסאן במלואו. ראו "השופט קסאן: ישוחררו העצורים, יבוטלו חוקי החירום" **המשקיף** 18.8.1948, א, ג; י' גוריון "בניגוד לדעת הרבים" **חרות** 2.9.1948, 4–5.

171 בג"ץ **אל-כרבוטלי** דן בפסיקת שופטי הרוב בעניין **קוק**, לעיל ה"ש 149 (עניין **אל-כרבוטלי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 10), ומציין כי פסיקה זו גרמה להם לשופטים "מידת מה של היסוס בטרם הגענו למסקנתנו", אבל הם התגברו על כך (שם, בפס' 15).

להיזקק לפסקי-דין קודמים".¹⁷² אבל – "דווקא הפעם" – בית המשפט העליון הישראלי, בירושלים, לא רק מאשר את זמינותו של הליך ההביאס קורפוס, אלא מוצא פגם פורמלי במסגרת תקנות ההגנה עצמן, מורה על שחרור העציר,¹⁷³ וקובע שורה של הלכות שהבהירו לרשויות הביטחון כי עליהן לשנות את דרכי הפעולה שלהן.

מבחינה זו ניתן לראות בבג"ץ אל-כרבוטלי הן המשכיות (בתוצאה המשפטית), הן הכרה ברציפות הפסיקה מימי המנדט, גם אם תוך נכונות לסטות ממנה, והן שינוי לא מהפכני – הצהרת כוונות מתונה של בית המשפט העליון שהוא שואף להבהיר לרשויות את כללי המשחק בדמוקרטיה: לאזרח ולתושב יש זכויות; לרשות יש סמכויות, אבל אלה תחומות ובאות עם כללים ומגבלות לגבי הפעלתן; והפרתם של כללים ומגבלות אלו עשויה להטיל אחריות על איש הרשות.¹⁷⁴

לסיום, מאמר זה ושני החלקים שיבואו אחריו מנתחים את פסק הדין ומתמקדים בניסיון להציג את הרקע העובדתי-המשפטי שלו במלואו. אבל חשוב להדגיש: נסיון העבר ראוי תמיד להיזכר בנסיון חייה של מדינה. לכן אבקש להציב פה, מעבר למראָה ההיסטורית, גם פתח דבר לשאלות משלימות, לא קלות אולם רלוונטיות תמיד וצופות פני עתיד: מה היו ההשלכות של פסק הדין לא רק לגבי השלטת שלטון החוק על כלל רשויות המדינה ומעמדו של בג"ץ כערכאת המשפט העליונה, אלא גם לגבי הפרקטיקה של רשויות המדינה, במיוחד רשויות הביטחון, בעיקר בתחום המעצרים המנהליים. האם פסק הדין רלוונטי גם כיום? האם עדיין נעצרים אנשים בלי כל הסבר, מבלי לעדכן את קרוביהם בדבר מקום הימצאם, מבלי לאפשר להם קשר עם עורך דינם? האם אנשי הרשות חסינים מביקורת ומאחריות אישית על התנהגות שבית משפט קובע כי היא בלתי חוקית? אני רוצה להאמין שהתשובה העקרונית על כל השאלות האלה היא בשלילה, אבל חובתנו להיות זהירים וערניים לאפשרות של שימוש לרעה בסמכויות הריבוניות הכופות העוצמתיות ביותר.

172 שם, בפס' 10.

173 עיתון **חרות** דיווח על שחרורו של אבו לבן וציין: "העצורים הפוליטיים היהודים מצפים עוד לחנינה... לערבים זכות קדימה – גם במדינת ישראל..." ("על ימין ועל שמאל: זכות קדימה – לערבים" **חרות** 13.2.1949, 2).

174 נרטיב מעט שונה המחבר בין פסקי דין אלו מציעה שני שניצר ברשימתה "זירת הקרב – בג"ץ: לוחמי המחתרות בין מנדט למדינה" **ICON-S-IL Blog** <https://did.li/A9vx5> (15.10.2020).