

י. דוד-אלבג נגד שר-הבטחון ורמטכ"ל

א

בבית המשפט העליון כבימ"ש נבוא לצדק (14.8.52, 10.7.52, 15.5.52, 24.2.52)

לפני הנשיא (זמורה), והשופטים זילברג, זוסמן

ב

חוק שירות במחוז, ת"ס 1949 — צו שירות בסחון (קראה לרישום, לבדיקה הפואית, לשירות סדר או לשירות מילואים) (מס' 5), תשי"א:1951 — סקודת בתו המשפט 1940, סעיפים 7, (א), (ב) —

ג

הטובס זילברג: בקשת שחרור מן הצבא — מה טיבה של בקשה זו: בקשה הביאס קורפוס או מנרמס ז — נפקא מינה: לגבי שאלת הדיסקרציה של בית-המשפט — בדיקת פסקי-הדין האנגליים שניהנו בעניני שחרור מן הצבא — בדיקתו האנגלית לא מצאו אסמכתא לשאלה זו — *impressment* האנגלי וטבעו — השירות הצבאי אין בו משום "הגבלת חופש" בסיבוב הסכני ירדני של הביטוי — הטעם לכך — מסקנה: בקשת שחרור מן הצבא היא בקשת מנרמס ולא הביאס קורפוס — מכיון שבה הכתחשב עם מסיבות הענין הזוכה, לא ראה ביהמ"ש הובה לדון מחדש בשאלה גילו של החיל, יביטל את הצו-עליונאי.

ד

הנביא (זמורה): בקשת אדם הטוען שזי"ס לצבא שלא בדין יהמבקש את שחרירו אינה נכנסת למסגרת של הביאס קורפוס, מפני שאין לראותו כי *in person unlawfully detained* או *custody* לפי סעיף 7(א) — בקשה כזאת נכנסת בגדר הטעיף 7(ב), שלפיו אפשר להקט "צורה" הסכונים נגד פקידים ציבוריים או גופים ציבוריים בנוגע למילוי הפקידים הציבוריים "הזרשים" מהם לעשות או שלא לעשות פעולות מסוימות" — גם לפי המשפט האנגלי אין לראות בבקשה מהמין הנדון בקשה מכוונ הביאס קורפוס.

ה

א. לובוצקי — השם המבקש; מ. בן-פורת — בשם המשיבים

ו

פסקי-דין אנגליים שהזכרנו:

[1] *Reg. on the Prosecution of the Public Works Loan Commissioners v. The Churchwardens of All Saints, Wigan; (1875-76), 1 A.C. 611, 620.*

ז

[2] *R. v. Morn Hill Camp Commanding Officer, ex parte Ferguson; (1917), 1 K.B. 176, 179, 180.*

[3] *R. v. Jones; (1917), 2 I.R. 7, 9, 14; 39 Digest 343, 289 i.*

- [4] *R. v. 30th. Battalion Middlesex Regiment, Commanding Officer; ex parte Freyberger*; (1917), 2 K.B. 129, 131, 132, 136, 139, 140.
 [5] *Rex & Regina v. King*; (1694) 90 E.R. 456.
 [6] *Ex parte Fox*; (1793), 101 E.R. 155.
 [7] *Ex parte Grocot*: (1825), 5 Dow. & Ry. K.B. 610; 2 Dow. & Ry. M.C. 594; 34 Digest 521, 4391.
 [8] *Ex parte Harrison*: (1805), 2 Smith, K.B. 408; 16 Digest, 272, 823.

א
 ב
 ג
 ד

פסקי-דין ישראלים שהוזכרו:

(9) בג"צ 55/50 — אריך סמך נגד רמטכ"ל, צה"ל ואח"י; פסקי-דין, כרך ד', תשי"א/תשי"א-1950, עמ' 437, 438.

התנגדות לצו-על-תנאי שניתן על-ידי בית-משפט זה ביום 24.2.52, המכוון אל המשיי-בים והדורש מהם לבוא וליתן טעם, מדוע לא ימציאו את החייל עבודי דוד-אלבג לפני בית-משפט זה במועד שייקבע לכך, ולחכות לצו נוסף של בית-משפט זה בדבר שחרורו משירות סדיר בצבא של עבודי דוד-אלבג. הצו-על-תנאי בוטל.

צו

השופט זילברג: זו היא התנגדות לצו-על-תנאי שניתן על-ידי בית-משפט זה לבקשת יצחק דוד-אלבג, ואשר ענינו היה: שחרורו של בן המבקש, עבודי דוד-אלבג, משירות סדיר בצבא-הגנה לישראל.

ו
 ז

2. השאלה העובדתית שנתעוררה היא שאלת יום-הולדתו. היינו: אימתו, תוך שנת 1921, נולד מר עבודי דוד-אלבג הנ"ל: לפני ה-3 באוקטובר של אותה שנה, או מן הוא והלאה. חשיבותה של השאלה מקורה נעוץ בצו שירות מסויים — הוא צו שירות בטחון (קריאה לרישום וכו') (מס' 5), תשי"א-1951, קובץ התקנות 199 — הקובע את יום ה-3 באוקטובר כיום-תחילה לחובת שירות סדיר של גברים, ילודי 1921: נולד לפניו — אין מגייסין אותו, נולד בו או לאחריו — מגייסין אותו, והמבקש אומר ונשבע כי בנו, עבודי, נולד ב-21 בינואר, 1921, היינו: כמעט תשעה חדשים לפני התאריך המכריע הנ"ל. לכן — כך טוען בא-כוח המבקש — לא חל על עבודי צו שירות הבטחון הנ"ל, ולכן לא רשאים היו המשייבים, או עושי-דברם, לגייסו ולהחזיקו בשירות סדיר. עתירתו לפני בית-משפט זה היתה: מתן צו-על-תנאי מסוג הביאס קורפוס, ומבוקשו ניתן לו כאמור.

3. השאלה המשפטית הראשונה אשר אנו נתקלים בה, היא: האמנם ובאמת ענין לנו כאן לבקשת "הביאס קורפוס", או שמא אינה אלא בקשת "מנדמוס" רגילה, למרות מה שהעטוה לבוש אחר כנ"ל. למאי נפקא מינה? לשאלת הדיסקרציה, היינו: אם בית-משפט זה רשאי יהיה להשתמש בטעמי שיקול-דעת, כדי לדחות בעטיים את בקשת המבקש. כלל גדול בדין, כי צו הביאס קורפוס הוא, מלבד היותו "הרמן המלך" (prerogative writ), גם "כתב שבוכות", הניתן "תוך חובת הצדק" (אם כי לא כ"דבר המגיע מאליה"), ואין הענקתו תלויה בחסדי בית-המשפט (ראה הלסבורי-היילשאם, כרך 9, ע' 704-705). בכך נבדל הוא, למשל, מכתב מנדמוס, שאינו אלא "הרמן המלך" — מתורגם למושגים שלנו: זכות המדינה, ולא של האזרח — ונתון משום כך לשיקול-דעתו של בית-המשפט. וכבר נאמר בבית-הלורדים על-ידי הלורד צ'למספורד: —

"כתב מנדמוס הוא הרמן-המלך, ואינו כתב שבוכות, ובמובן זה הוא נתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט, אם לתתו ואם לחדול. יכול בית-המשפט לסרב את מתן הכתב לא מטעם עניני בלבד, אלא בשל איחור-מה, או דבר אישי אחר במגיש הבקשה."

(Reg. v. The Churchwardens of All Saints 444 (1876) I A.C. at p. 620, (1)).

4. השאלה היא, איפוא, מה טיבה וטבעה של הבקשה דגן: הביאס קורפוס או מנדמוס, וגדר הספקות הוא: אם הימצא אדם בשירות סדיר, והיותו כפוף משום כך למרות הצבא, יש בהם משום "הגבלת חופש" במובן הטכני של המלה, כי רק אם נשיב בחיוב על שאלה זו, אפשר יהא לומר, כי הטלת השירות שלא כדיון, מהוה "הגבלת חופש בלתי-חוקית", אשר העזר כנגדה, ורק כנגדה, הוא: מתן צו הביאס קורפוס. והנה בג"צ 55/50, 91, נגע בית-משפט זה בשאלה הנ"ל, אך לא הכריע בה, מתוך שלא היה שם צורך בכך, והניחה ב"צריך עיון". ואולם כבר באותו פסק-דין ציין השופט חשין את העובדה, כי "המשפט האנגלי — אשר ממנו ינקה מערכת המשפט בארץ הזאת את שני סוגי הסעד האמורים — אינו מורה לנו את הדרך בסבכי הבעיה הזאת" (שם, 9), (438 'ו).

ואמנם לכאורה מפתיע הדבר, כי ביודיקטורה האנגלית לא מצינו (עד היכן שידיעתי מגעת) אסמכתא ברורה ומפורשת להכרעת השאלה הנ"ל. אפשר היה לצפות ליבול עשיר של פסקי-דין והחלטות, ביחוד החל משנת 1916, שנת הנהגת שירות החובה לימי מלחמת-העולם הראשונה — שהרי לא ייתכן, כי באוכלוסייה בת 40 מיליון לא נפלו שם, כל אותן שנים, סכסוכים וחילוקי-דעות בנוגע לחובת השירות — והנה מה שהגיע אלינו מכל התקופה הארוכה הזאת, הם בסך-הכל: קרי וכתוב שלוש פסקי-דין, אשר, לאחר העיון והבדיקה, מצטמצמים לפסק-דין אחד בלבד. פתרון החידה והסיבה ל"בצורת" זו הם, כי באנגליה קיימת דרך שיפוטית מיוחדת לבירור שאלת חובת שירותו של האזרח, על-פי רוב בפני בתי-משפט נמוכים או ועדות (למשל, אקט שירות-הצבא, 1916; אקט שירות-לאומי, 1939, ואחרים זולתם). ולכן לא הוטרדו בתי-המשפט הגבוהים תכופות בבקשות הביאס קורפוס או מנדמוס, בקשר לעניני שחרור מצבא. ידועים לנו, מן התקופה האחרונה, שלושת

פסקי-הדין שרמזתי עליהם לעיל, כולם מימי מלחמת-העולם הראשונה, וכפי שנראה להלן, אינם עשויים אף אלה לשמש אסמכתא מברעת, לא לכאן ולא לכאן, לגבי השאלה שלפנינו. שלוש פסקי-הדין הם:

- R. v. Morn Hill Camp Commanding Officer, ex parte Ferguson, (1917), (2);
- R. v. Jones, (1917) (3);
- R. v. 30th Battalion Middlesex Regiment, Commanding Officer, ex parte Freyberger, (1917), (4).

א

ב

(א) העובדות במקרה הראשון היו כך:

צעיר אירי, נתין בריטי, ושמו פרגוסון, הלך באוקטובר, 1915, לאנגליה ומצא לו שם בלונדון עבודה ארעית, כעבור ארבעה חודשים הוא ביקש לחזור למולדתו, אך השהה לזמן-מה את שיבתו, כי המהומות כבדו אז בארץ האירים, ואמו יעצה לו לכל ישוב עוד, בינתיים הגיע הדבר לאזני השלטונות, ובאוגוסט, 1916, נאסר הצעיר האירי על-ידי המשטרה הבריטית, והואשם ב"העדרות" מן הצבא, על יסוד סעיף 1(1) לאקט שירות-הצבא, 1916. המטיל חובת שירות על כל נתין בריטי, היושב בקביעות באנגליה, והוא בן 18 שנה ומעלה עד 41 שנה, האסיר הובא לפני שופט השלום על-פי סעיף 1(2) לאותו אקט, והשופט החליט כי הוא חייב שירות, העבירוהו לשלטונות הצבא, והללו עצרו אותו במחנה צבאי.

ג

ד

אן פנה פרגוסון לבית-המשפט המתאים בבקשת צו-עליתנאי מטוג הביאס קורפוס, וביקש לשחררו מן המעצר הצבאי, טענתו העיקרית היתה, כי ישיבתו כאנגליה אינה ישיבת-קבע, ולכן לא חלה עליו הנוראת האקט הנ"ל. הצו ניתן, אך בוטל ביום התשובה על-ידי בית-המשפט, באמרו, כי מכיון שאין כאן ספק לגבי סמכותו של שופט השלום, והטענה היא רק שהוא הגיע להחלטה מוטעית, אין מקום למתן הצו המבוקש:

ה

"כאשר הסמכות, בה השתמש שופט השלום, היא סמכות שהוענ-קה לו על-ידי החוק, אזי, למרות מה שייתכן כי הגיע למסקנה בלתי-נכונה לגבי העובדות או החוק, ברור כי אין לתקוף את החלטתו בפרוצידורה זו."
(זקן הגופטים, לורד רדינג, שם, (2), ע' 179).

ו

"הוא (כלומר: שופט השלום) היתה לו סמכות מלאה להכריע בשאלה, לא לנו לקבוע אם הכריע כדין או שלא כדין."
(העופט דרלינג, שם, (2), ע' 180).

ז

פסק-דין, כרך ו', תשי"ב/תשי"ג-1952 השופט זילברג

ברור, כי ההחלטה שניתנה במשפט פרגוסון אינה יכולה לשמש אסמכתא לכך, כי צו הביאס קורפוס הוא הסעד המתאים לשחרור מעירות הצבא. ראשית, וכבר עמד השופט חשין על כך בבג"צ 55/50 הנ"ל (ע' 439), (9), נדחתה שם הבקשה לגופו של ענין, ולא היה כלל צורך להיכנס לשאלה הפורמלית של צורת הבקשה; שנית, באותה בקשה העתירה הבלתי-אמצעית היתה: לא שחרור מצבא סתם, אלא שחרור ממעצר צבאי — האיש היה עצור במחנה, ורצה קודם כל להיפטר מן המעצר — והלא בזה ודאי אין ספק, כי שחרור ממעצר בלתי-חוקי הוא תמיד ענין לבקשת הביאס קורפוס.

- (ב) והוא הדין במקרה השני, פסק-הדין שניתן במשפט האירלנדי — המלך נגד ג'ונס, (3), — הנ"ל, גם שם נלקח האיש למעצר צבאי, לאחר ששופט השלום החליט כי הוא ברי-שירות (ראה הרצאת העובדות שם, ע' 9), וגם שם השאלה שעמדה לדיון במשפט הביאס קורפוס היתה: "שאלת חוקיותו של מעצר ג'וזף ג'ונס על-ידי הצבא" (המלים הפותחות את פסק-דינו של השופט ג'ובסון, ע' 14). לכן צדק המבקש שם בבחורו את הדרך שבחר — בקשת הביאס קורפוס — לשם שחרורו מן המעצר הנ"ל, ולכן המקרה ההוא, על-כל-פניו ומכל הבחינות, אינו עשוי — כקודמו, המקרה הראשון — לשמש אסמכתא לשאלה שלפנינו.

- (ג) קרובה יותר לבקשה דגן — ואינה נתונה לאבחנה המהותית הנ"ל — היא הבקשה שהוגשה במקרה השלישי, ב-משפט פרייברגר, (4), הנ"ל, מעשה באדם אחד שהיתה נתינותו כפולה: בריטית ואוסטרית, כי נולד באנגליה להורים אוסטרים. בשנת 1916, והוא בן 20, קיבל פרייברגר צו-גיוס, אך לא חפץ לקיימו, הוא ערער על הצו והפסיד, קיבל צו חדש, מסר עצמו בדלית-ברירה למשטרה, הובא לפני שופט שלום, והועבר על-ידו לשלטונות הצבא. מעתה החל לשרת בעל כרחו באחד מגדודי מידלסכס, עד שמלאו לו 21 שנה, בהגיעו לגיל זה, החליט החייל האנגלו-אוסטרי להתנצל את הנתינות הבריטית מעליו, כדי להגיע סוף סוף אל השחרור הנכסף. מכשיר לכך שימש בידו סעיף 14(1) ל"אקט הנתינות הבריטית ומצב הזרים, 1914". סעיף זה מרשה ליליד אנגליה, הרוכש לו עם היוולדו נתינות נוספת, זרה, לוותר, בהגיעו לבגרות, על נתינותו הבריטית על-ידי מתן "הצהרת זרות" ומשניתנה התצהרה הוא חדל להיות נתין בריטי, ונותרת לו אך ורק נתינותו הזרה. פרייברגר מיהר להצהיר את הצהרת הזרות, וביקש מאת הצבא לשחררו מן השירות. הצבא סירב. אז הוא פנה אל בית-המשפט הגבוה — מחלקת ה"קינג'ס בנטש" — וביקש צו על-תנאי, מסוג הביאס קורפוס, נגד שלטונות הצבא. הצו ניתן, אך בוטל לאחר-מכן, כפי שיתבאר להלן. כאן לפנינו — זו הפעם הראשונה, אם אינני טועה — מקרה "טהור" של בקשת שחרור מעירות צבאי, בלי האבזורים של מעצר צבאי — האיש היה חייל ככל החיילים, ולא היה אסור או עצור —

פסק-דין, כרך ו', תשי"ב/תשי"ג 1952 הנאפט זילברג

והשאלה היא אם אמנם פסק-הדין שניתן שם, יש לראות בו הסכמה לגבנות הזרן — דרך הביאס קורפוס — בה הלק המבקש בפנותו אל בית-המשפט כנ"ל.

א נראה לי, כי התשובה לכך היא: לא! יצויין כאן מיד פרט אחד, פעוט לכאורה, השופך אור צדדי — אם ניתן להאמר כך — על הדילמה שלפנינו. בהתקיים הדיון לפני בית-המשפט הגבוה, אמרו באי-כוח השלטונות המשיבים את הדברים האלה (שם, (4), ע' 131):

ב „אין הכתר רוצה לעורר במקרה זה את הנקודה, כי צו הביאס קורפוס אינו הסעד המתאים“.

ג לא נאמר, על שום-מה ולמה, אך נוטה אני לחשוב, וכמעט בטוח אני, כי כונתם היתה לדרך האחרת, היותר מתאימה, של בקשה מסוג מגדמוס, כי הברירה היא כאן בין שתיים אלו בלבד, אם זה הוא הפירוש הנכון, הרי, לאור התערה המוחצת שהושמעה מפי באי-כוח המשיבים, בית-המשפט לא מחוייב היה — ואולי אף לא יכול היה — לטפל בשאלה, אם צורתה של הבקשה היתה כראויה, או לא, ואמנם לא נכנס בית-המשפט בעבי קורה זו, ודחה את הבקשה מטעמים אחרים. נימוקי הדחייה בבית-המשפט הגבוה היו — ושופטי הרוב של בית-המשפט לערעורים הסכימו לכך — כי בעיתות-מלחמה אין אדם יכול להתפרק מעליו את נתינותו הבריטית, כדי להיעשות נתינה הבלעדי של מדינת האויב (ראה שם: דברי הלורד רדינג בעמוד 132, דברי השופט הררידיג בעמוד 136, ודברי שופטי בית-המשפט לערעורים, סוויגפן אוי ובינקס, בעמודים 139, 140), ברור, כי אילו הוגשה הבקשה בצורת מנדמוס — ומכל שכן אילו הוגשה בצורה זו — היה בית-המשפט דוחה אותה מאותו טעם ממש. נמצא, כי גם פסק-הדין שניתן בענין פרייברגר אינו משמש אסמכתא לכך, כי הביאס קורפוס דוקא הוא הסעד המתאים כבקשת שחרור מן השירות הצבאי.

ד 5. באי-כוח המבקש ביקש להביא ראיה לדבריו — כי הבקשה דגן היא מסוג הביאס קורפוס — מן האמור בהלסבורי-דילשאם, כרך 28, ע' 564, כי:

ה „הדרך להשגת שחרור מ־ impressment (גיוס כפייה לצי) בלתי-חוקי, היא באמצעות צו הביאס קורפוס“.

ו באי-כוח המבקש ביקש מאתנו להקיש את הגיוס העממי המוזרני ל„אימפרסמנט“ הרגאלי של המאה ה-17 וה-18, אך אין הנדון דומה לראיה כלל:

ז (א) ה„אימפרסמנט“ שהוא היה מטבעו והגדרתו: שימוש באונצעי כפייה (ראה הלסבורי שם, ע' 562, סימן 1160) — על דרך „ההטיפוח“ הידועות מימי

ניקולאי הראשון ברוסיה — ויש מקום לטעון, כי עצם הגיוס מהווה כאן פגיעה בחופש האזרח;

(ב) מתוך עיון בפסקי-הדין שהוזכרו בהלסבורי מתברר, כי מבקשי השחרור מן ה"אימפרסמנט" היו באמת עצורים שם נגד רצונם על-ידי שלטונות הצי, ובתנאים כאלה ודאי יש ללכת בדרך ההביאס קורפוס.

6. ארבעת פסקי-הדין שהוזכרו בהלסבורי שם, עמוד 564. הערה (1) הם: —

- 1 R. v. King (1684), (5);
- 2 Ex parte Fox (1793), (6);
- 3 Ex parte Grocot (1825), (7);
- 4 Ex parte Harrison (1805), (8).

הרי לפנינו, במלואו, פסקי-הדין שניתן בשנת 1694 (בהלסבורי כתוב בטעות: 1794). בענין המלך (והמלכה) נגד קינג, (5); קולו כאוב מארץ, אך דבריו אנושיים המה ומעניינים עד למאד. הנה מה שנאמר שם: —

7 "על יסוד הביאס קורפוס הוגשה התשובה, כי הנציבים למילוי משרד האדמירל-העליון של אנגליה הפנו את פקודתם אל סיר... לגייס שלוש מאות ימאים ולשלחם אל... או... או... וכי בתוקף פקודה זו הוא גייס (impressed) את הנתכעים ומסר אותם אל שומר הסוהר (אשר debito modo נתמנה מוביל) כדי להובילם לאניות המלך, ובית-המשפט החליט כי התשובה בלתי מספקת, הואיל ולא נאמר כיצד נתמנה הוא מוביל, ולא אל איזה משלושת המקומות יובלו: זה מנהג רע מאד לשים אנשים בבית-הסוהר, יש להחזיקם בפונדק או במקום נוח אחר, עד שייאסף מספר מתאים להובלה, אין אנו יכולים לשלחם למעצר, החוק של 5 אליובת 5, סעיף 27, עושה זאת לפשע, עריקת ימאים שגוייסו בימי מלחמה, אי לזאת שוחררו האנשים, לאחר שהבטיחו להתייצב לשירות הוד-מלכותם אחרי הפסקה של שלושה שבועות." (שם, ע' 456).

ובמשפט השני, משפט פונס, (6), נאמר: —

8 "שפחדר השיג צו להראות סיבה... מדוע לא יובא פונס בדרך של הביאס קורפוס, כדי שישוחרר ממעצרו על-ידי חברת-גיוס (press-gang) על יסוד הצהרה-בשבעה, כי הוא היה קציץ-שיטור (headborough) של מקום מושבו בשעה שגוייס" (שם, ע' 155).

עינינו הרואות, כי בשני מקרים אלה המבקשים היו במעצר. לעומת זה במקרה השלישי, משפט השוליא גרוקוט, (7), בית-המשפט טירב לתת צו הביאס קורפוס, מפני שהשוליא לא טען כי הוא עצור בניגוד לרצונו" (דיג'סט שם). לא הצלחתי להשיג במקורו את פסק-הדין שניתן בענין הריסוג, (8), אך על-פי הדברים שנאמרו במשפט גרוקוט, (7), מותר להניח כי גם כאן: או שניתן הצו מפני שהמבקש היה עצור, או שלא ניתן מפני שלא היה עצור.

א

7. העולה לנו מכל האמור, כי ביודיקטורה האנגלית לא מצינו אסמכתא לרעיון, כי הביאס קורפוס הוא הסעד המתאים לבקשת שחרור מן השירות הצבאי, אנו מצויים, איפוא, כמצב הטוב והנוח, בו יכולים ומצויים אנו לקבוע עמדה משלנו כלפי השאלה הנדונה, בלא שנהיה קשורים או מוגבלים על-ידי תקדימי הפוסקים הראשונים.

ב

8. בזאת תיבחן השאלה דנן, כפי שכבר רמזתי לעיל, — בתשובה לשאלה: אם הימצא אדם בשירות צבאי, והיותו כפוף משום כך למרות הצבא, יש בהם משום "הגבלת חופש" במובנו הטכני-יורדי של הביטוי, או לא, אמרתי: במובנו הטכני-יורדי של הביטוי, כי רק מבחינה זו עלינו להכריע בענין. לא דרך אספקלריא רגשית מחד, ולא תוך גישה פרגמטית-פשטנית מאידך, אלא מתוך הכנסת הרעיון לקטיגוריות של מושגים משפטיים, בלי להתרחק, כמובן, מן השכל הישר.

ג

9. ובכן, לי נראה, כי התשובה לשאלה שהוצגה צריכה להיות שלילית. אין השירות הצבאי מגביל את חופש החייל, הוא רק מחייב אותו לפעילות ידועה, אשר לא תיתכן בלעדי משמעת וציות. ההבדל אינו מלולי בעלמא, אלא מהותי ביותר. הוא יתברר לנו, בהשוותנו את מצבו של החייל עם מצבו של העציר הפלילי, להבדיל, או עם מצבו של הילד הנמצא ברשות אביו או אמו — שני המקרים הטיפוסיים להושטת הסעד של הביאס קורפוס. הם, העציר והילד, נתונים ב"חזקתו" של מי שהוא אחר, הוא הכופה, הם הכפופים, ותפקידהם לא יתחלפו זה בזה לעולם. לא כן החייל. הציות שהוא חייב בו הוא הציות לצבא בכללו, לסדרי הצבא, לחוקי הצבא, והוא גופו חוליה וחלק במנגנון הצבאי הגדול, המקיף את כל הדרגות; היום הוא מציית, כטוראי, לפקודות הסמל שלו, מחר יוכל, כקצין, לתת פקודות והוראות לאותו סמל גיפן. משמעתו היא, בקיצור, המשמעת לחוק, ואותה משמעת ממש היא גם מנת-חלקו של הרמטכ"ל בעצמו. לכן אין החייל נתון במצב של הגבלת החופש שלו על-ידי אים אחר, ולכן אין החייל המבקש שחרור מהצבא יכול לפנות אלינו בבקשת הביאס קורפוס.

ד

ה

ו

המסקנה שהגענו אליה היא, איפוא, כי הבקשה דנן היא במהותה בקשת מנדמוס, ואין לנהוג בה כדרך שנוהגין בבקשות הביאס קורפוס.

ז

10. ועכשיו שבאנו לכך, הבה נראה מה תהיינה התוצאות לגבי הכרעת הבקשה. לשם כך עלינו למלא, קודם כל, כמה פרטים שהחסרנו בהרצאת העובדות, ואלה הם: —

הנשיא

פסק-דין, כרך ו', תשי"ב/תשי"ג-1952

הספק הוא, כזכור, לגבי יום-הולדתו של עבודי, והסיבה לכך היא בפרשה הסתומה של התעודה העיראקית שלו. כתוב בה: נולד בשנת 1921, וח' לא, לא חודש ולא שבת, ולא יום. הנוהג במקרים אלה הוא, כי הרשות המגייסת מפנה את יוצא-הצבא אל בית-משפט מוסמך, "לשם השגת צו הצהרתי על התאריך המדויק של לידתו" (סעיף 3 להצהרת המשיב). גם עבודי דוד-אלבג הלך בדרך זו, ופנה אל בית-המשפט המחוזי, תל-אביב, בקשתו היתה: להצהיר כי הוא נולד ביום 21 בינואר, 1921, וכמשיב לבקשה הוזמן היועץ המשפטי, ביום 3.6.1952 ניתן פסק-דין על-ידי בית-המשפט המחוזי, ובו כתוב לאמור: —

ב "לאחר עיון בבקשה ובהצהרות בשבועה ולאחר שמיעת העדים לא שוכנעתי כי המבקש נולד ב-21.1.1921 בשנת 1921 (28 לחודש טבת 5681), אני דוחה איפוא את הבקשה וכו'."

המצב הנוכחי הוא, איפוא, כך: —

ג עוד לא נפתרה חידת יום-הולדת דגן, ועדיין אין אנו יודעים, מתי נולד עבודי דוד-אלבג הנ"ל. בית-המשפט המוסמך — ואני מדגיש: המוסמך — שקל וטרה בענין: קרא הצהרות, גבה עדויות, איזן וחיקר — ולא עלתה בידו! מודעת זאת, כי האפשרויות לבידור עובדות והוכחתן בבית-המשפט המחוזי, נרחבות הרבה יותר מן האפשרויות הנתונות לבעלי הדין בפני בית-המשפט הגבוה לצדק. מכיון שכך, היינו: מכיון שעבודי דוד-אלבג כבר נכשל בבית-משפט אחר, והואיל והבקשה דגן היא מסוג מנדמוס ולא הביאס קורפוס, אין אני רואה חובה לבית-משפט זה לדון מחדש בשאלה הנ"ל, ועלינו לסרב — כך נראה לי — את מתן הסעד המבוקש.

ד בא-כוח המבקש הפנה בסיכום טענותיו את תשומת-לבנו לעובדה, כי בפנקס החייל של עבודי נרשם כיום-הולדתו: 21.1.1921, הרי שהצבא הודה באמיתות תאריך זה. הפנקס הוראה לנו אף הוא אך בסיכום הטענות, ולא הוברר באיזה תנאים, ועל-ידי מי, הוכנס הרישום ההוא. לכן אין אני רואה בכך עילה לשינוי עמדותי הנ"ל. דעתי היא, איפוא, כי יש לבטל את הצו-על-תנאי, ולדחות את הבקשה.

ה הנשיא: בקראי לפי תומי סעיף 7 של פקודת בתי-המשפט, 1940, תמיד סבור הייתי, כי בקשת אדם הטוען שגוייס שלא-כדין לצבא והמבקש את שחרורו אינה נכנסת למסגרת של הביאס קורפוס, מפני שלא יכולתי לראות בשום פנים במגוייס לצבא, אפילו שלא כהלכה, a person unlawfully detained in custody, לפי סעיף 7(א), דעתי היתה, כי בקשה כזאת נכנסת בגדר הסעיף 7(ב), שלפיו אפשר לבקש "צורים, המכוונים נגד פקידים ציבוריים או גופים ציבוריים, בנוגע למילוי תפקידיהם הציבוריים, והדורשים מהם לעשות או שלא לעשות פעולות מסויימות". כשטען בא-כוח המבקש, כי לפי תקדימים במשפט האנגלי יש לראות בבקשה כנדונה כאן בקשה מסוג הביאס קורפוס, נתעורר בי ספק; כי סעיף 7(א) מדבר במפורש על בקשות in the nature of habeas corpus proceedings; ומכיון שכך, המסורת המשפטית האנגלית היא הקובעת את טיב הבקשה.

פסק-דין, כרך ו', השי"ב/תש"ב-1952 הנשיא

אבל דברי חברי הנכבד השופט ד"ר זילברג הסירו כל ספק מלבי והוכיחו לי, כי גם לפי המשפט האנגלי אין לראות בבקשה מהמיז הנדון בקשה מסוג הביאס קורפוס. לכן סברתי הקודמת, כי הבקשה הנדונה היא מסוג הבקשות שלפי סעיף 7(ב), בעינה עומדת. אני מסכים איפוא לפסק-דינו של חברי ד"ר זילברג, בלי להודות עם כל פרטי ניתוחו שבסעיף 9 של פסק-דינו.

א

השופט זוסמן: אני מסכים לפסק-דינו של כב' השופט ד"ר זילברג בנתון להערותיו של כב' הנשיא.

לפיכך החלט לבטל את הצו-על-תנאי ולדחות את הבקשה. אין צו להוצאות. ניתן בפומבי היום, כ"ג מנחם-אב, תשי"ב (14.8.52).

ב

ג

ערעור אורחי מס' 3/51

„דך" בע"מ וד. מלינצקי נגד י. מנדלבוים

ד

בבית המשפט העליון כבימ"ש לערעורים אורחיים (1.5.52, 27.5.52, 13.7.52, 14.8.52)

לפני השופטים חשיין, אסף, ויתקון

ה

פקודת הנזיקים האזרחיים, 1944 — רבר המלך במועצה, 1922 סימן 46 —

השופט ויתקון: כלל הוא, כי אסור לאדם לומר נוכח סכנה שניצרה ע"י המלח: „הרי אני ברשותי ויהי מה", אלא חייב הוא לדאוג לבטחוני של אותו זולת — אך במה הברים אמורים, כאשר אדם מעריך את הסכנה ופתעלם ממנה ביודעין — אין בהג סכנות רשאי לצעוק „זהירות" ולהמשיך בנסיעתו מתוך איהתחשבות בבטחונו של הולך רגל — אין להחיל בארץ, כרך הצינור של הסימן 46 הנ"ל, את החוק האנגלי החרות — אולם, לפי הפסקא השניה של הסימן 46, רשאים אנו להסית את הרצת גם מאתם הכללים של החוק המקיבל שאינם מתאימים לתנאי הארץ — והרי הכלל, שתיכירשלן אינו זוכה אפילו במקצת נזק, אין הדעת נוחה מפני רצוני שלא לקבלו בארצנו — שופטים רבים, יכן אנשי-מחקר, באנגליה כבורים, כי הכלל של „הזדמנות אחרונה", אם היה קיים ארמקם, כוסן אבד עליו הכלל ולאן דוקא כתרצאה מחיקת Law Reform (Contributory Negligence Act), 1945 — לעומתם טוענים המחייבים, כי כלל זה קיים בחוק המקיבל בוכות עצמי ימתייה חלק בלתי נפרד מתורה

ו

ז