

על הפסיקה

מעצר מינהלי: גבולות הסמכות והיקף הביקורת
בעקבות בג"ץ 2320/98 אלמעמלה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח'

אבינעם שרון*

א. מבוא ב. הרקע העובדתי ג. פסק הדין ד. הבסיס התיאורטי
ה. גישת קלינגהופר והלכת אלמעמלה ו. סיכום

א. מבוא

"האם מפקד צבאי ביהודה ושומרון רשאי להאריך מעצר מינהלי של אדם לאחר ששופט החליט, בערעור על צו המעצר, לקצר את המעצר של אותו אדם?" כך ניסח בית המשפט העליון את השאלה שהובאה בפניו בבג"ץ 2320/98 אלמעמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש. על-מנת להכריע בשאלה, בחרו השופטים (אור, זמיר וטירקל) להשיב לשאלה רחבה יותר, ולהכריע בסוגיה עקרונית בה נחלקו דעות השופטים בעבר, והיא: מהו היקף הביקורת השיפוטית על צו מעצר מינהלי? ברשימה זו אבקש לדון בסוגיה זו, ובתשובה שניתנה לה על-ידי שופטי בג"ץ בעתירה בעניין אלמעמלה (צ"ל: אלעמלה). תחילה, אפרט את הרקע העובדתי לעתירה. לאחר מכן, אציג את תשובת בית המשפט. בחלק השלישי אנתח את הבסיס העיוני לפסק הדין, ובחלק האחרון אבקש לדון בשאלה האם, לאור הבסיס העיוני, תאמה תשובת בג"ץ את עובדות המקרה הספציפי שעמד לפניו.

ב. הרקע העובדתי

ביום 1 באוקטובר 1997, נעצר העותר במעצר מינהלי לתקופה בת שישה חודשים, עד ליום 31 במרץ 1998. מעצר זה נעשה בהתאם לסמכות המפקד הצבאי על-פי סעיף 1(א) לצו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה)¹, (להלן: "הוראת השעה"). לקראת סיום

* סא"ל; הממונה על התביעה באיו"ש.
¹ צו בדבר מעצרים מנהליים (הוראת שעה) (יהודה ושומרון) (מס' 1226), התשמ"ח - 1988.

תקופת מעצרו, הגיש העותר ערעור על מעצרו וביום 9 במרץ 1998, התקיים דיון בערעור. במסגרת הערעור, הוצג בפני השופט (נשיא ביהמ"ש הצבאי לערעורים, אל"ם משה שפי) החומר ששימש בסיס למעצרו של העותר, וכן מידע חדש שהצטבר מאז הוצאת הצו. בהחלטתו ציין השופט כי "עיינתי בחומר החסוי והבנתי מדוע ראה המפקד בעורר סיכון לביטחון האזור", אך, יחד עם זאת, מצא השופט כי "מידה של חומרה מסוימת היתה דגן בהערכת הגורמים הביטחוניים ומן הראוי שיהיה בסיס רחב יותר לאותה הערכה". על כן החליט השופט לקצר את צו המעצר נגד העותר בשבועיים, כך שמועד שחרורו נקבע ליום 16 במרץ 1998.

לאחר מתן ההחלטה, בחנו גורמי הביטחון את עניינו של העותר בשנית, ומשכרו כי חיוני להאריך את מעצרו של העותר, הביאו את עניינו בפני מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, אשר החליט להאריך את מעצרו המינהלי של העותר בארבעה חודשים נוספים.

על החלטה זו הוגש ערעור שנדון בפני המשנה לנשיא ביהמ"ש הצבאי לערעורים (אל"ם אילן כץ). אשר החליט כי, על-אף ההחלטה לקצר את צו המעצר, החלטת מפקד האזור ניתנה בסמכות, ודחה את הערעור, תוך שהוא קובע כי העניין יובא בפניו לעיון חוזר עד ליום 29 במאי 1998.

על החלטה זו הוגשה העתירה שבנדון, כאשר עיקר טענתו של העותר היתה כי משחלית השופט בעררו הראשון לקצר את מעצרו המינהלי, לא היתה בידי מפקד כוחות צה"ל באיו"ש סמכות לשוב ולהאריך את הצו.

ג. פסק הדין

בבואו להשיב לשאלת הסמכות של המפקד הצבאי, בחן ביהמ"ש את הסוגיה משלושה הבטים, אותם אכנה **הדין המצוי, הדין הרצוי, והדין הראוי**. מבחינת **הדין המצוי**, נראה, לכאורה, כי המפקד הצבאי אכן רשאי להאריך צו מעצר מינהלי לאחר שקוצר על-ידי שופט. סעיף 1(ב) להוראת השעה קובע כי מפקד צבאי רשאי "להורות מפעם לפעם על הארכת תוקפו של צו המעצר המקורי לתקופה שלא תעלה על שישה חודשים". מכאן הסיק בית המשפט כי "לפי פשוטו של מקרא, מפקד צבאי אינו מנוע מלהאריך מעצר גם לאחר שהמעצר קוצר על ידי שופט". מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם גישת מ"מ נשיא ביהמ"ש הצבאי לערעורים בערעור השני, ועם החלטתו של השופט מצא בעמ"מ 7/97 פלוני נ' שר הביטחון (לא פורסם), עליו הסתמכו המשיבים. בהחלטה זו קבע השופט כי בהחלטתו לקצר צו מעצר מינהלי בשלושה חודשים, "ביקש נשיא בית המשפט המחוזי להטיל על שר הביטחון חובה לחזור ולבחון,

מקץ שלושת חודשי ההארכה הראשוניים, אם המשך המעצר אכן עודנו דרוש". גישה זו לא היתה מקובלת על בג"ץ, בסברו כי:
 "פשוטו של מקרא אינו בהכרח משמעו של מקרא. המקרא צריך פירוש. הפירוש ניתן לאור התכלית. לפיכך השאלה היא, מה התכלית של צו המעצרים".

התשובה לשאלה זו היא כי התכלית "היא, בראש ובראשונה, השמירה על ביטחון האזור וביטחון הציבור. אך תכלית זאת משתלבת בתכלית נוספת: ההגנה על חירות האדם. צו המעצרים קובע שכל צו מעצר ניתן לערעור בפני שופט, והשופט מוסמך לבטל את הצו או לקצר את המעצר. ברור מכאן שצו המעצרים מפקיד בידי השופט את הסמכות לאזן בין צורכי הביטחון לבין חירות האדם. איזון זה הוא התכלית המיוחדת של צו המעצרים".

בית המשפט ממשיך ומוסיף כי "נוסף לתכלית המיוחדת, יש להתחשב, לצורך פירוש הצו, בתכלית הכללית. התכלית של הצו, כמו של דברי חקיקה אחרים, היא לשמור ולקדם את ערכי היסוד של שיטת המשפט, כמו זכויות האדם, השוויון בפני החוק, וכיצא באלה, בכל מקרה לפי ההקשר של המקרה. במקרה שלפנינו יש להתחשב, לפי ההקשר, במעמד הראוי לביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי. ביקורת שיפוטית, הוגנת ויעילה, היא לא רק אחד מערכי היסוד של שיטת המשפט, אלא היא גם תנאי להגנה על ערכי יסוד אחרים כמו, במקרה שלפנינו, חירות האדם". קשה לחלוק על דבריו של בית המשפט עד כה, כי הרי עד כה לא חידש, לא קבע ולא פירש דבר והדברים הם רק בבחינת מבוא המביא אותנו לשאלה המרכזית אותה הציב בית המשפט, היא השאלה מהו היקף הביקורת השיפוטית על מנת שתהא הוגנת ויעילה?

לכאורה, התשובה צריכה להיות כי כבואו לבחון את חוקיותו של צו מעצר מינהלי, יבחן בית המשפט את הצו על-פי אותן אמות מידה בג"ציות בהן בוחן הוא כל מעשה מינהלי. הוא יבדוק את הסמכות המוסדית ויבחן האם לא פעלה הרשות המוסמכת מתוך שיקולים זרים או בחוסר סבירות קיצונית. אם ימצא כי הכל כשורה, יאשר בית המשפט את המעשה המינהלי גם אם לדעתו אין המעשה נכון, וגם אם לטעמו אין המעשה רצוי, כי מאז ומתמיד נזהר בית המשפט מלשים את שיקוליו הוא תחת שיקוליה של הרשות. אך הפעם החליט בית המשפט לחרוג ממנהגו זה, ולחדש הלכה. באמצעו את גישתו של פרופ' יצחק קלינגהופר², קבע בית המשפט "כי הביקורת השיפוטית על מעצר מינהלי לפי חוק המעצרים מסמיכה את השופט, לא רק לבטל מעצר בלתי-חוקי, אלא גם לשקול את עצם הצורך במעצר על יסוד החומר המצוי, ולשים את שיקול הדעת שלו במקום שיקול הדעת של שר הביטחון" [הדגשה שלי - א.ש.]. גישה זו נכונה, לדעת בית המשפט, גם לעניין הוראת השעה.

² י קלינגהופר "מעצר מניעתי מטעמי ביטחון" משפטים י"א (תשמ"א) 286.

מסקנה תכליתית זו, אותה כיניתי **הדין הרצוי**, מהווה חריגה עקרונית מהגישה המסורתית של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, ומשנה מן הקצה אל הקצה את סמכותו של השופט היושב בערעור על מעצר מינהלי. על-פי הגישה המסורתית והצרה, לא היה שופט מוסמך להתערב בשיקולי המפקד הצבאי אם לא נפל פגם היורד לשורשו של עניין בצו ואם לא פעל המפקד בחוסר סבירות קיצוני. לכאורה, אם כן, כמעט שלא היה מקום כלל להתערב בשיקול הדעת של הרשות המינהלית. כל עוד מפקד מוסמך כדין הוציא צו בהסתמכו על חוות דעתו המקצועית של שרות הביטחון הכללי, לא ניתן היה לקבוע כי פעל מתוך שיקולים זרים או בחוסר סבירות קיצוני, ועל-כן לא היה מקום לבטל את צו המעצר המינהלי. כן, גם אם סבר השופט כי ניתן היה להסתפק בתקופת מעצר קצרה יותר מאשר נקבעה בצו, לא היה מקום כי ישים שיקוליו במקום שיקולי המפקד ולקצר את הצו. בסמכות זו יכול היה שופט לעשות שימוש רק במקום בו פעל המפקד בחוסר סבירות קיצוני. דוגמא לחוסר סבירות כזאת, היינו מוצאים, למשל, אילו היה המפקד הצבאי מוציא צו מעצר לתקופה בת שישה חודשים נגד אדם החשוד בכך כי מתכנן לפגוע באישיות ממדינה זרה העומד לבקר באזור למחרת היום ולעזוב. במקרה כזה, נהיר כי לשלילת חירותו של החשוד לתקופה החורגת ממספר ימים אין כל יסוד סביר³. מעתה, לאור פסק הדין בפרשת **אלמעמלה**, רשאי השופט לשים עצמו בנעלי המפקד הצבאי, לבחון את הבסיס להחלטת המפקד הצבאי, להעריך את הסכנה הצפויה, לחלוק על מסקנת המפקד ולשנות את החלטת המפקד הצבאי בהתאם להבנתו ולהערכתו - כפי שאף עשה נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים בערעורו הראשון של העותר.

כפי שציינתי לעיל, בנוסף לבחינת הדין המצוי וקביעת הדין הרצוי, גם בחן בית המשפט את העתירה מנקודת הראות של **הדין הראוי**. בהקשר זה, קבע בית המשפט כי עמדת המשיבים "אינה מתיישבת עם המעמד הראוי לביקורת שיפוטית". עמדה זו של בית המשפט איננה תלויה בהיקף הביקורת השיפוטית, אלא במעמדה ובמהותה, ואין לעניין זה כל נפקא מינה אם המדובר בביקורת בג"צית קלאסית וצרה, או בביקורת רחבה, אחרת "יתהפכו היוצרות: המפקד הצבאי, שלפי צו המעצרים הוא כפוף לביקורת של השופט, יהיה בעמדת ביקורת על השופט. ההחלטה של השופט תרד למדרגה של חוות דעת, שהמפקד יוכל לקבל או לדחות, ואילו ההחלטה תהיה, לא בידי השופט, אלא בידי המפקד. מצב כזה נוגד את המהות של הביקורת השיפוטית. כך בדרך כלל, לגבי הביקורת השיפוטית על כל החלטה מינהלית, אך במיוחד כך לגבי הביקורת השיפוטית על מעצר מינהלי".

³ עמדה עקרונית זו אינה משקפת את הפרקטיקה המקובלת מאז ומתמיד בבתי המשפט הצבאיים באיו"ש ובאזח"ע. כך, למשל, עיון בהחלטות השופטים המשפטיים בעררי מעצר מנהלי מגלה כי, כמעט כדבר שבשגרה, מקצרים השופטים את תקופת המעצר בתקופה בה שהה העציר בחקירה טרם הוצאת הצו, הגם שלא אחת מציינים הם כי אין מחובתם לעשות כן בהתחשב בהבדל שבתכלית החקירה והמעצר המנהלי. והנה, על-פי הגישה הבג"צית המסורתית, לא הייתה כל סמכות להורות על קיצור שכזה.

ד. הבסיס התיאורטי

את פסק דינו בעניין אלמעמלה משתית בית המשפט על גישתו של פרופ' קלינגהופר, כפי שהוצגה במאמרו "מעצר מניעתי מטעמי ביטחון"⁴. במאמרו זה, תקף פרופ' קלינגהופר את החלטת בית המשפט העליון בנקטו גישה בג"צית קלאסית וצרה בעניין מעצרים המינהלי של הרב מאיר כהנא וברוך בר-יוסף⁵. לדעת פרופ' קלינגהופר, גישתו זו של בית המשפט, עד כמה שהיתה היא נכונה לעניין הביקורת על מעצר מינהלי מכוח תקנה 111 לתקנות ההגנה, איננה יכולה להיות נכונה לביקורת של צו מעצר מינהלי שהוצא מכוח חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט - 1979, ואין ביקורת כזו נותנת ביטוי להסדר החדש שבחוק. לדעת פרופ' קלינגהופר, משכנס החוק החדש לתקפו, לא ניתן עוד לומר כדברי השופט י" כהן כי "המעצר, אף אם הוא נתון לביקורת שיפוטית, הוא עדיין מעצר מינהלי"⁶. אלא אמור מעתה כי "איבדה שלילת החופש האישי, שהיא פועל-יוצא ממתן צו המעצר, ממהותה המינהלית הטהורה וניתן סיפוק מסוים לכלל הגדול של שלטון החוק, המורה כי לא תילקח מאדם חירותו האישית אלא אם שופט החליט על כך"⁷.

לדעת פרופ' קלינגהופר, משהחליט המחוקק לדרוש כי צו מעצר מינהלי טעון אישורו של נשיא בית משפט מחוזי, שינה הוא את מהותו הבסיסית של המעצר המניעתי מפעולה מינהלית לפעולה מורכבת של אורגן המורכב משני אורגנים חלקיים "שהאחד מהם - שר הביטחון - נמנה עם המנהל, והשני - הוא נשיא בית המשפט המחוזי - נמנה עם הרשות השופטת"⁸. למעשה, דרישת המחוקק לביקורת שיפוטית חובה, שוללת משר הביטחון את סמכותו המינהלית להורות על מעצר, ואף שוללת מהמעצר את אופיו המינהלי, כי הרי ללא אישורו של נשיא בית משפט מחוזי, אין לצו המעצר זכות קיום. אישורו של נשיא בית המשפט המחוזי, אם כן, איננו רק אישור דיוני-פורמלי, אלא פעולה מהותית, שוות ערך, המשלימה את פעולת השר. לדעת פרופ' קלינגהופר, בכך הוא לבחון את צו המעצר המינהלי, על נשיא בית המשפט המחוזי להפעיל שיקול דעת עצמאי, ורשאי הוא להתערב בשיקולי השר. אם לא כן, ואם נכונה הגישה "לפיה לא ימיר נשיא בית המשפט המחוזי את שיקולי שר הביטחון בשיקוליו הוא, הרי עם כל התמורות שחלו, התכונה המינהלית הטהורה של צו המעצר, שהיתה עיקרו של ההסדר הקודם, נשארה על כנה"⁹ ואופיו של המעצר כפעולה מורכבת מתרוקן מתוכן.

⁴ הי"ש 2, לעיל.⁵ עמ"מ 1/80 הרב מאיר כהנא וברוך בן יוסף (גרין) נ' שר הביטחון, פ"ד ל"ה (2) 253.⁶ ש"ס, ע' 257 - 258.⁷ קלינגהופר, לעיל הי"ש 2, ע' 286.⁸ ש"ס, ע' 287.⁹ ש"ס, ע' 293.

מסקנתו של פרופ' קלינגהופר לעניין היקף הביקורת השיפוטית מבוססת לא רק על אופיו של המעצר המניעתי כפעולה מורכבת, אלא גם על שתי טענות נוספות. הטענה האחת היא כי, בדרך כלל, כאשר מופיעות המילים "רשאי" ו-"לאשר" בדבר חקיקה, יש לפרש אותן כמעניקות שיקול דעת לרשות. על-כן, משקבע המחוקק כי נשיא בית המשפט המחוזי "רשאי לאשר את צו המעצר, לבטלו או לקצר את תקופת המעצר שבו", יש להבין את המילים כמעניקות שיקול דעת עצמאי. אמנם, עד כה נראה כי בית המשפט העליון סבר אחרת, ולא כך פירש את המילים, אך מוסיף פרופ' קלינגהופר כי המלה **רשאי** אינה יכולה שלא לציין הענקת סמכות מובהקת של שיקול דעת לנשיא" מקום שמדובר בסמכות לקצר את תקופת המעצר.

טענתו השנייה – והמשלימה – היא כי "קשה ליישב את הפירוש המצמצם" עם חובת נשיא בית המשפט המחוזי לקיים עיון תקופתי מחדש¹⁰. אם סמכותו של הנשיא מוגבלת לביקורת בג"צית, ולבחינת חוקיות הוצאת הצו, מה הטעם בעיון התקופתי? הרי את חוקיות הצו כבר בחן הנשיא באשרו את המעצר, ואם היה השר מוסמך אז, ואם שיקוליו היו כשרים אז, הרי לא יהיה לו לנשיא במה לדון אם אין תפקידו של הנשיא להפעיל שיקול דעת עצמאי. אלא, "כאן ישקול הנשיא באופן עצמאי, אם הנסיבות הקיימות כעת, בזמן העיון המחודש, אמנם מחייבות או אינן מחייבות את המשך החזקת האדם במעצר. שיקול מעריך זה יהיה כולו של הנשיא. יוצא, כי את סמכותו של הנשיא על-פי סעיף 5 אי אפשר לראות כמוגבלת לביקורת של חוקיות בלבד. אם כן הדבר, אזי מה הטעם לגירסה, כי סמכותו על-פי סעיף 4 נועדת לביקורת כזאת בלבד?"¹¹.

את גישתו של פרופ' קלינגהופר יש להבין, בראש ובראשונה, לאור תפיסתו היסודית כי החלפת הוועדה המייעצת הקבועה בתקנה 111 בביקורת שיפוטית חובה הפכה את המעצר המינהלי מפעולה מינהלית לפעולה מינהלית-שיפוטית משולבת. על-פי תפיסה זו קובע פרופ' קלינגהופר, כי במסגרת הביקורת השיפוטית מפעיל השופט שיקול דעת עצמאי ונכנס הוא לנעלי הרשות המינהלית. לדעת פרופ' קלינגהופר, גישה צרה יותר היתה מרוקנת את ההסדר המשפטי החדש מכל תוכן. את הטעמים הנוספים שמביא פרופ' קלינגהופר יש לראות כתימוכין בלבד, ולדעתי, בהעדר הסכמה לטיעון הבסיסי בדבר הפעולה המשולבת, הופכים טעמים אלה לפחות משכנעים.

הטענה הלשונית כי המילים "רשאי לאשר" מצביעות על הענקת שיקול דעת עצמאי איננה נקיה מספקות. מתן רשות יכולה גם להתפרש כהטלת חובה, ואין היא תמיד משקפת שיקול דעת בלתי מוגבל. העובדה כי החוק אף מעניק לנשיא שלוש חלופות יכולה להתפרש כמעניקה שיקול דעת לבחור בין שלוש החלופות, ותו לא. גם פרופ' קלינגהופר היה מודע לכך כי הטיעון אינו חד-משמעי, ונראה כי על-כן בחר לסייג את דבריו באומרו

¹⁰ ש.ם.
¹¹ ש.ם.

"וספק אם לא ייתכן פירוש אחר"¹². טענת פרופ' קלינגהופר באשר לסמכות לקצר את תקופת המעצר, הגם שהיא מחזקת את טיעונו, אף היא איננה מחייבת את מסקנתו. לעיל נתתי דוגמא בה הוציאה הרשות המוסמכת צו מעצר לתקופה בת שישה חודשים כדי לקדם פני סכנה מיידית של פגיעה באורח האמור להגיע למדינה ולעזובה תוך יום. כמדומני כי במקרה כזה, אין צורך בהפעלת שיקול דעת עצמאי, אלא ברור כי התקופה חורגת באופן קיצוני מהמחויב וכי ההחלטה היא בלתי סבירה על פניה. במקרה כזה, די בביקורת בג"צית קלאסית וצרה כדי להגיע למסקנה כי אין לאשר את הצו ככתבו וכי חובה לבטלו. במקרה זה, הרשות לאשר, לבטל או לקצר מאפשר לשופט לקצר את תקופת הצו במקום לבטלו כליל בשל חוסר הסבירות הקיצונית, ואין צורך להרחיק לכת ולומר כי הסמכות לקצר גם מעניקה סמכות לשקול את שיקולי הביטחון באופן עצמאי.

גם חובת העיון מחדש מחזקת את גישת פרופ' קלינגהופר בכליותה, אך אין היא עומדת כטענה עצמאית ומספקת בפני עצמה. גם אם הביקורת השיפוטית מוגבלת לביקורת בג"צית צרה של חוקיות המעצר, אין חובת האישור מרוקנת את העיון מחדש מתוכן. גילוי ראיות המפלילות את העציר או ביטול הצורך בחיסיון ראיות קיימות יכולים להפוך את המשך המעצר לבלתי חוקי, ושינוי בנסיבות או במצב הביטחוני עשויים להפוך מעצר הכרחי למעצר בלתי חוקי או לבלתי סביר בעליל, בדיוק כפי שהתפתחויות בחקירה עשויות להצדיק שחרורו של חשוד בערכאת הערעור מקום שבית משפט בערכאה קמא הורה בצדק על מעצרו, וההפך. אם יתברר כי חלפה הסכנה אותה נועד המעצר למנוע, או כי לא היה מקום לתת אמון במקורות המידע המודיעיניים, לא יהיה צורך כי בעיון מחדש יכנס השופט לנעלי השר על מנת להחליט כי נשמט הבסיס למעצר, ואם יתגלו ראיות המפלילות לכאורה את העציר בביצוע עבירה פלילית, המשך המעצר יהפוך לבלתי מוצדק וניתן יהיה להפסיקו גם על-פי סמכות הביקורת הצרה¹³.

לסיכום, נראה כי התיזה המרכזית המבססת את גישתו של פרופ' קלינגהופר היא היותו של המעצר המינהלי פעולה מינהלית-שיפוטית מורכבת. אופיו של המעצר כתוצר של שילוב בין שתי רשויות שוות ומאזנות, הוא המחייב כי הביקורת השיפוטית תהיה רחבה. יתר טענותיו של פרופ' קלינגהופר, הגם שיכולות לתמוך בגישתו, אינן יכולות לשמש בסיס עצמאי לה.

ה. גישת קלינגהופר והלכת אלמעמלה

¹² שם, ע' 290.

¹³ ראו, למשל: עמ"מ 2/82 לרנר נ' שר הביטחון, פ"ד מ"ב (3) 529, 531; עמ"מ 1-2/88 אגבריה ואח' נ' מ"י, פ"ד מ"ב (1) 840, 846 - 847.

כפי שציינתי בהצגת עיקרי פסק הדין, בית המשפט בחן את הסוגייה על-פי המצוי, הרצוי והראוי. על-פי הדין המצוי, מצא בית המשפט כי המפקד הצבאי פעל בסמכות בהתאם לפשוטו של מקרא. על-כן, אילו הסתפק בית המשפט במצוי, היה עליו לאשר את צו המעצר המינהלי אשר האריך את מעצרו של העותר.

על-פי הדין הראוי, קבע בית המשפט כי לא יעלה על הדעת, מבחינת מעמדה של הרשות השופטת, כי המפקד הצבאי יאריך צו מעצר שקוצר, אחרת "יתהפכו היוצרות: המפקד הצבאי, שלפי צו המעצרים הוא כפוף לביקורת של השופט, יהיה בעמדת ביקורת על השופט. ההחלטה של השופט תרד למדרגה של חוות דעת, שהמפקד יוכל לקבל או לדחות, ואילו ההחלטה תהיה, לא בידי השופט, אלא בידי המפקד. מצב כזה נוגד את המהות של הביקורת השיפוטית. כך בדרך כלל, לגבי הביקורת השיפוטית על כל החלטה מינהלית, אך במיוחד כך לגבי הביקורת השיפוטית על מעצר מינהלי". אילו בחר בית המשפט לפסוק על-פי גישה זו, כי אז יכול היה בית המשפט להורות על ביטול צו המעצר באומרו כי משלא בחרה המדינה לעתור לבג"ץ נגד החלטת השופט, אסור היה להאריך את מעצרו המינהלי של העותר.

אך בית המשפט בחר ללכת בדרך שלישית, ולפסוק לפי הדין הרצוי, תוך פירוש הוראת השעה על-פי תכליתה. את תכלית הוראת השעה קבע בית המשפט תוך השוואתה לחוק הישראלי ובהתאם לגישתו של פרופ' קלינגהופר לאותו חוק. דא עקא, כל היסודות החיוניים לאותה השוואה ולא־ימוץ אותה גישה חסרים. אמנם מודע בית המשפט העליון לכך שקיימים אי אלה הבדלים בין החוק הישראלי לבין הוראת השעה, אך הוא קובע:

"נראה כי על אף ההבדלים בין חוק המעצרים החל בישראל לבין צו המעצרים החל ביהודה ושומרון, אין מקום להבחין לעניין זה בין ביקורת שיפוטית על צו מעצר לפי חוק המעצרים לבין ביקורת שיפוטית על צו מעצר לפי צו המעצרים".

האומנם? האם באמירה ערטילאית זו, וללא כל הנמקה נוספת, ניתן לחפות על העדרה של כל תשתית עיונית ולקבוע הלכה עקרונית? במה דברים אמורים?

הוראת השעה אינה קובעת כל חובה להבאת צו מעצר בפני שופט, לא לאישורו, לא לביטולו ולא לקיצורו. על-פי סעיף 4 להוראת השעה, "נעצר אדם... רשאי הוא לערער על מעצרו בפני שופט משפטאי...." אם לא החליט העציר לערער, כי אז מעצרו לא יועבר תחת שבט ביקורתו של בית המשפט, ואף על פי כן יעמוד הצו בתקפו. גם לא קיים בהוראת השעה כל חובה להביא את עניינו של עציר בפני שופט לעיון תקופתי מחדש, והנושא אף אינו מוזכר בגדר רשות. כל שמשותף להוראת השעה ולחוק המעצרים הוא כי

בשניהם נקבע כי השופט "רשאי לאשר את צו המעצר, לבטלו, או לקצר את תקופת המעצר שבו". בכך אין די כדי לבסס את גישת פרופ' קלינגהופר, ועל-כן גם אין בו די כדי לאמץ גישה זו תוך ביטול ההבדלים בין ההסדרים המשפטיים. ההבדלים הם עקרוניים, ולאורם אין בסיס להשוואה.

צו המעצר המוצא על-ידי מפקד צבאי מכוח סמכותו על-פי סעיף 1 להוראת השעה הינו **פעולה מינהלית מובהקת**. במקרה של צו שכזה, עדיין נכונים דבריו של השופט י' כהן כי "המעצר, אף אם הוא נתון לביקורת שיפוטית, הוא עדיין מעצר מינהלי"¹⁴ ואין המדובר כלל בפעולה מורכבת. משכך הדבר, נשמט היסוד התיאורטי להחלת גישת פרופ' קלינגהופר לביקורת שיפוטית על צו מעצר המוצא מכוח הוראת השעה. בהתאם לגישת פרופ' קלינגהופר, בהעדר חובת ביקורת שיפוטית, דומה המצב המשפטי על-פי הוראת השעה למצב ששרר על-פי תקנה 111¹⁵. במצב משפטי כזה, אל לו לבית המשפט לשים את שיקוליו במקום שיקולי המפקד הצבאי.

כאמור, בית המשפט לא התעלם מההבדלים בין דברי החקיקה, אלא נפטר מהם באמירה סתמית שאין בה כדי למלא את החלל העיוני. באמרי כך, אין אני אומר כי חובה היתה על בית המשפט לאשר את הצו, שהרי בסיס לביטולו נמצא במה שכיניתי הדין הראוי. לא זו אף זו: בהעדר חובה לביקורת שיפוטית, יכול היה בית המשפט להרחיק לכת ולמצוא כי הוראת השעה חורגת מ"התכלית המיוחדת" של איזון בין צרכי הביטחון לבין חירות האדם, ואף מ"התכלית הכללית" לשמור ולקדם את ערכי היסוד של שיטת המשפט. אילו קבע בית המשפט כך, כי אז פתוחה היתה בפניו הדרך לקבוע כי הוראת השעה עצמה בטלה. אך לא כך עשה בית המשפט. למעשה, בית המשפט אישר את חוקיותה של הוראת השעה תוך כדי יציקה לתוכה תוכן חדש שאין היא יכולה לשאת. מכל האפשרויות שעמדו בפני בית המשפט, בחר הוא, מסיבות של השקפת עולם כללית ופרשנות תכליתית, לאמץ את המסקנה האחת שלה אין יסוד בהסדר המשפטי אותו בחן.

ו. סיכום

לסיכום, אין ספק כי באמצעו את גישתו של פרופ' קלינגהופר להלכה מחייבת הוסיף בית המשפט נדבך משמעותי לשמירה על זכויות האזרח. יחד עם זאת, מקנן בלבי החשש כי ככל שפסק הדין מתיימר לקבוע הלכה באשר לדין החל על-פי תחיקת הביטחון, עלולה חשיבותו העיקרית של פסק הדין בפרשת **אלמעמלה** להיות בהדגמת הסכנה הגלומה בפרשנות תכליתית. שיטת פרשנות זו אשר ננקטה על-ידי בית המשפט, אפשרה לו ליצור

¹⁴ לעיל, ה"ש 5, בע' 257 - 258.
¹⁵ ראו קלינגהופר, בע' 292 - 293.

חקיקה שיפוטית יש מאין. היא אפשרה דחיית פשוטו של מקרא ואף דחיית הדרש, תוך הפיכת אמרת אגב מלומדה להלכה פסוקה. חוששני כי יישומה של גישה פרשנית זו עלול לחתור תחת עקרונות החוקיות, ולערער את יסודותיה של הפרדת הרשויות.