

# אנדרה רוזנטל | עורך דין

16/12/2014

לכבוד  
אלוף פיקוד העורף  
באמצעות פקסימיליה

א.ג.,

הנדון: השגה כנגד צו תיחום, דרבאס, ת"ז \_\_\_\_\_

תוקפן של תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945

1. המשיג טוען כי אין סמוכת על פי תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 להוציא את הצו.

2. א. על פי הפיסקה, בג"צ 5211/04 ואנונו נ' אלוף פיקוד המרכז

"6. תקנות ההגנה הן חקיקה ראשית מנדטורית, שעם  
הקמת המדינה הפכה – מכוח הוראת סעיף 11 ל**פקודת**  
**סדרי השלטון והמשפט**, תש"ח-1948 – לחלק מן המשפט  
הישראלי."

ב. ביטולן של תקנות ההגנה על ידי הריבון הבריטי נעשה ערב יציאתו מארץ-ישראל-  
פלסטינה בדרך של Order in Council אשר ביטל ה- Palestine (Defence) Order in  
Council, 1937 במלואו. במבוא לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 נרשמו הדברים  
הבאים:

"In exercise of the powers vested in the High Commissioner by Article 6 of the  
Palestine (Defence) Order in Council, 1937, and of all other powers enabling him, the  
Officer Administering the Government hereby makes the following regulations: ..."

משמעות הדבר, תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 הותקנו מכוח סעיף 6 ל- Palestine  
(Defence) Order in Council, 1937.

סעיף 2(2) קובע –

"The Interpretation Act shall apply for the interpretation of this Order as it applies or  
the interpretation of an Act of Parliament."

סעיף 4 קובע –

"His Majesty may from time to time revoke, add to, amend or otherwise vary this  
Order."

ג. ב-29 לאפריל, 1948 הוד מלכותו עשה שימוש בסמכויות לפי סעיף 4 לעיל וקבע ב-

Palestine Act, 1948, סעיף 3(2), כלהלן:

"Subject to the provisions of this section, any other enactment of the Parliament of the United Kingdom which, immediately before the appointed day, applies or extends to Palestine, whether by virtue of any Order in Council or otherwise, shall cease on the appointed day to apply or extend to Palestine; ..."

ד. ביום 12.5.1948 הוד מלכותו הוציא מתחת ידו The Palestine (Revocations)

Order in Council, 1948 הקובע בסעיף 2(2) כלהלן:

"(2) The orders in Council specified in the Schedule to this Order are hereby revoked to the extent specified in the second column of the Schedule."

בסוף התוספת נרשם: Palestine (Defence) Order in Council, 1937.

ובתור השני לתוספת, בסוף, נרשם: The whole Order.

ה. תחילתו של ה-1948 The Palestine (Revocations) Order in Council נקבע ליום 14 במאי 1948.

ו. סעיף 36 לחוק הפרשנות משנת 1889, החל בענייננו, קובע כלהלן:

"(2) Where an Act passed after the commencement of this Act, or any Order in Council, ... is expressed to come into operation on a particular day, the same shall be construed as coming into operation immediately on the expiration of the previous day."

ז. משמעות הדבר כי כבר ביום 14.5.1948 תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 לא היו דין תקף ולא היו קיימות עוד בפלסטינה.

3. כדי להתגבר על העובדה שבעת כינונה של מדינת ישראל בשנת 1948, תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 כבר לא היו הליך חוקי, מדינת ישראל חקקה סעיף 11א(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 הקובע כי חוק נסתר אינו תקף. סעיף 11א לפקודה קובע כלהלן:

11א. (א) חוק נסתר אין לו ומעולם לא היה לו כל תוקף.

(ב) "חוק נסתר" פירושו, בסעיף זה - חוק במשמעות פקודת

הפירושים<sup>1</sup>, 1945, שדימו לחוקו בתקופה שבין ט"ז בכסלו תש"ח (29 בנובמבר 1947) ובין ו' באייר תש"ח (15 במאי 1948), ושלא פורסם בעתון הרשמי, למרות היותו נמנה עם סוג חוקים שפרסומם בעתון הרשמי היה, עובר לאותה תקופה, חובה או מנהג.

על פי הסיפא של סעיף 11א(ב), מאחר ולא קיימת כל חובה לפרסם את התקש"ח, כפי שנקבע תקנה 4, לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1948, התקנות בטלות.  
תקנה 4 לתקש"ח קובעת כלהלן:

"4. (1) בתקנה זו הביטוי "תעודת שעת חירום" פירושה כל תעודה המיומרת להיות מסמך (בין שהוא מחוקק ובין שהוא מבצע), שניתן או שהוצא בהתאם אל, או לצרכיהם של, דבר-המלך במועצה, או כל הוראה הכלולה בתקנות כל-שהן, שהותקנו לפי דבר-המלך האמור, לרבות התקנות האלה, או שיש לה נפקות מכוח .....תקפן של הנ"ל.

(2) לא יהיה צורך לפרסם כל תעודת שעת-חירום ברשומות.

(3) מקום שפורטו בתעודת שעת-חירום זמן, תאריך או הזדמנות כזמן, תאריך או הזדמנות, שבהם תיכנס זו לתקפה, תיכנס זו לתקפה בהתאם לכך. בכל מקרה אחר תיכנס התעודה לתקפה בתאריך הרשום בה או זה שבו ניתנה.

סעיף 4(4) מאפשר ליתן הוראות, מכל סוג שהוא, בעל פה.

סעיף 4(6) קובע את המובן מעליו, קרי הסמכות לבטל כל הוראה.

על פי הנטען, מאחר ולא היה צורך בפרסום את ביטולן של התקנות, על פי הנקבע בתקנות עצמן, אין נפקא מינא אם הן פורסמו בעיתון הרשמי אם לאו וסעיף 11א לפקודת סדרי השלטון והמשפט אינו מתייחס לתקנות ההגנה שעת חרום, 1945 כי ביטולן אינו חייב פרסום בשום צורה. סעיף 4(1) מגדיר הביטוי "תעודת שעת חירום" והוא כולל כל מסמך, גם מסמך מכוח דבר-המלך במועצה בדבר ביטולן.

4. בבג"צ 5211/04 ואנונו נ' אולף פיקוד המרכז שצוטט לעיל, לא הועלתה טענה זו.

העותרים שם טענו כי ביטול התקנות מתחייב בשל הסיפא לסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון המשפט, קרי "... [ה] שינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה."

5. בבג"צ 10467/03 שרבאטי נ' אלון פיקוד העורף נטען באופן גורף כי יש לבטל את תקנות ההגנה בשל היותן לא מתאימות למדינה. בית משפט קבע כי ביטולן עניין של הכנסת.

6. בבג"צ 243/52 ביאלר נ' שר-האוצר בית משפט קבע כי מהרגע שקיים חוק המאריך את תקופן של תקנות שעת חרום -

"נראה לנו כוודאי למעלה מכל ספק' כי עצם הרצאתה של טענה זו' שטען אותה באי

כוח המבקש, מביאה מניה וביה ובהכרח לשלילתה. הדבר בולט לעין כי, בשעה

שמאריכה הכנסת, על-פי "חוק" שהיא מחוקקת אותו, את "תקפן" של

תקנות-לשעת-חירום שהתקינן שר מסויים, הרי היא מביעה בכך את דעתה, שתקנות אלו הן רצויות לה, ולא עוד אלא היא נותנת להן, למשך תקופת ההארכה, את הגושפנקא ואת

ההכשר של חוק ממש. פירושו של דבר, כי לפחות מהיום בו קיבל חוק ההארכה הנדרון תוקף, לבשו אותן התקנות איצטלא חוקית ותקפן. " (בעמ' 429)  
תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 לא הוארכו מעולם על ידי הכנסת, ורק פורסמו בעתון הרשמי של מדינת ישראל.

7. **בג"צ 37/89 אסם תעשיות מזון בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה נקבע**, בהתחייסות לתקנה שהותקנה ואושרו על ידי הכנסת מכוח החוק שהמסמיך כי אין אפשרות לבדוק את היחס שבין החוק לתקנות. אבל לא נבדקה שאלת חוקיות החוק עצמו, במקרה דנן תקנות ההגנה לשעת חרום, 1945. שם נקבע כלהן:

טענה נוספת של העותרות היא, כי התקנות, שמכוחן הוצא הצו, בטלות בשל כך שלא הותקנו שם המטרות המנויות **בסעיף 9(א)** לפקודת סדרי השלטון והמשפט. דא עקא, בבג"צ 243/52 [2] נפסק, כי משהאריכה הכנסת את תוקפן של תקנות שעת חירום בחוק, הן קיבלו תוקף של חוק ממש, ואין עוד כל אפשרות לשוב ולבדוק את היחס בינן לבין החוק המסמיך שמכוחו הותקנו. לא שוכנעתי כי יש מקום, בתיק זה, לסטות מן ההלכה שנקבעה בבג"צ 243/52 [2].

הטענה שהועלתה כאן לא נטענה שם ולא זכתה להחלטה שיפוטית.

8. **א. בבג"צ 4472/90 מועצה מקומית אורנית נ' שר האוצר נקבע כלהן:**  
"הלכה מבוססת היא, כי משהוארך תוקפה של חקיקת משנה על-ידי חוק של הכנסת, הופכת היא לחקיקה ראשית (ראה, לראשונה: בג"צ 243/62 [2], בעמ' 429; ולאחרונה: בג"צ 37/89 [3], בעמ' 120). הלכה זו, שנקבעה ביחס לתקנות שעת חירום, יפה גם ביחס לחקיקת משנה רגילה."  
ב. אבל, כפי שנאמר לעיל, לא קיים חוק להארכת תוקפם של תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945. התקנות עצמן פורסמו בע"ר מספר 1442 ביום 27.9.45 בתוספת השניה בעמוד 855 אך לא עברו כל הליך חקיקתי לפני פרסומם. הן בטלות.  
ג. ההלכה הספוקה לא דנה מעולם בטענה זו. התקנות עצמן קובעות כי כל "תעודת שעת חירום", הכוללת הוראות מכוח דברי המלך במועצה, אינן מחייבות פרסום. קרי דבר ביטולן בדבר המלך במועצו הינה, על פי ההגדרה, "תעודת שעת חירום". כלומר הפרסום בעיתון הרשמי (של מדינת ישראל) הוא פרסום של דבר שכבר לא קיים, ועצם אי פרסום בעיתון הרשמי בתקופה הנקובה בסעיף 11א(ב) ל לפקודת סדרי השלטון והמשפט אינו יכול לחיות דבר חקיקה אשר בוטל על פי הוראותיו שלו עצמו. כאמור לעיל, תקנה 4(2) לתקנות ההגנה קובעת כי אין כל צורך בפרסום כל הוראה מכוח התקנות כדי ליתן להן תוקף.

טענות חילופיות

9. הצו אינו עומד בפיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע כלהן:
- ”אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.”
- תקנות 108 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, אינן חולמות את ערכיה של מדינת ישראל מאחר והיא מאפשרת הגבלת חירויותיו של תושב על בסיס חומר חסוי, מבלי לאפשר לו להתמודד עם הטענות שהופנו כלפיו כי אלה נאשרות חסויות בפניו. אין אפשרות להתגונן באופן אפקטיבי מבלי לדעת נגד מה.
10. חומר החסוי הינו איסוף מודיעיני המבוסס על יחסי תלות של מוסר המידע למפעילו. חולשת המקור, כגון הצורך שלו באישורים מסויימים, או בטובות הנחה מטעם המדינה, או כל חולשה אחרת מנוצלת ע"י המפעיל כדי לגייס ולחייב מסירת מידע. מטבע הדברים למקור אינטרס מובנה במסירת מידע, גם מידע לא מדויק. גם עם המידע מצטלב ממספר מקורות, לכל מקור אותה חולשה, ואמינות המידע מוטלת בספק. כל עוד אין המדובר במידע שאינה אנושית, אין די מידע חסוי כדי לשלול או לצמצם חירויותיו של המשיג. יחסי הגומלין בין המקור ולבין המפעיל הינן נתונים חיונים שיש לקחת בחשבון עובר הקביעה, ככל הנראה של שרות הבטחון הכללי, שהמדובר במקורות מגובנים ומהימנים. גם התמורה אותה מקבל המקור, בצורה של טובת הנאה אז תשלום כספי, הינו פרמטר שיש לקחת בחשבון. מקורות אנושים אלה, ברוב רובם של המקרים, אף פעם לא עמדו בפני ערכאה שיפוטית כלשהי אשר קבע את נהימנותם. הרי הערכה השיפוטית היא זאת שמוסמכת, על פי כללי המשפט, לקבוע את מהימנותו של עד ולא מפעיל מטעם שרות הבטחון הכללי, כפי שנעשה במקרה דנן.
11. א. הצו לוקה בחוסר סבירות קיצונית עת שקובע כי למשיג אסור להמצא בכל תחומי העיר ירושלים. האיסור רחב מידי ואינו מידתי.
- ב. המשיג, רווק בן 23, ארוס, גר עם בני משפחתו בעיסויה. הוא למד באוניברסיטת אבו דיס חינוך גופני, סיים לפני כשנה וחצי ועובר להוצאת הצו עבד מזה שנתיים וחצי בצור באחר. הוא נדון ב-18.3.2013 לשישה חודשי מאסר בפועל בגין הרשעה של גילוי הזדהות עם ארגון בלתי חוקי, עבירה שבוצע בסוף שנת 2009. במאי 2011 הוא נדון ל-4 חודשים מאסר בפועל בגין השתתפות בהתפרעות ותקיפת שוטר. בשנת 2006, ב היותו קטין, הוא נדון ל-80 שעות שרות לתועלת הציבור, התחייבות בשל קביעת בית משפט לנוער שהוא ביצע עבירה של נסיון לתקיפת שוטר.

ג. ביום 8.12.2014 נמסר לנו, על פי בקשתנו, פרפרזה גלויה לפיה המשיג הינו "פעיל בחז"ע", עיקר פעילותו, על פי הנטען, בכפר מגוריו וכי הוא השתתף וחובלי "פיגועי טרור עממי". מונח אחרון זה אינו נהיר כלל וכלל. במידה וקיימות ראיות בדבר פעילות בלתי חוקית של המשיג, יש, במדינה המכבדת את עצמה בו שלטון החוק שולט, להגיש כתב אישום נגדו על מנת שניתן יהיה להתמודד עם החשדות ולא להסתתר מאחורי חומר חסוי.

עובר להוצאת הצו המשיג לא נחקר. כלומר לא הוטחו בפניו החשדות ולא ניתן לו כל הזדמנות להפריכן. קיום הליך של שימוע לאחר המעשה אינו מרפה פגם זה היורד לשורשו של העניין. מטעם זה, יש לבטל את הצו.

12. אורכו של הצו אף הוא אינו עומד במבחן המידתיות.

13. אשר על, יש לבטל את צו כולו בשל חוסר סמוכת או, לחילופין, לצמצם את תחולתו ואורכו בשל פגיעתו מעבר לנדרש בחירויות המשיג.

בכבוד רב,

אנדרה רוזנטל | עורך דין