

בעניין: 1. \_\_\_\_\_ דרבאס, ת"ז \_\_\_\_\_

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

ע"י ב"כ עו"ד אנדרה רוזנטל

מרח' צלאח א-דין 15, ת"ד 19405, ירושלים 91194

העותר

טלפון 6250458, פקסימיליה 6221148

נגד

מפקד פיקוד העורף

המשיב

ע"י פרקליטות המדינה

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להזמין את המשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל צו השגחה שהוצא נגד עותר מספר 1, \_\_\_\_\_ דרבאס, ביום 30.11.2014 לפיו "לא ייכנס, לא ישהה ולא ימצא בשטח מתחם העיר ירושלים" עד ליום 30.4.2015. העתק צו ההשגחה רצ"ב ומסומן באות ע' 1.

ואלה נימוקי העתירה:

1. א. עותר מספר 1, \_\_\_\_\_ דרבאס, רווק בן 23, ארוס, גר עם בני משפחתו בעיסווייה, עובר להוצאת צו השגחה. הוא למד באוניברסיטת אבו דיס חינוך גופני, סיים לפני כשנה וחצי ועבד שנתיים וחצי בצור באחר, עד שנאלץ לעזוב את עבודתו בשל קיומו של צו השגחה. ב. הוא נדון ב-18.3.2013 לשישה חודשי מאסר בפועל בגין הרשעה בעבירה של גילוי הזדהות עם ארגון בלתי חוקי, עבירה שבוצע בסוף שנת 2009. במאי 2011 הוא נדון ל-4 חודשי מאסר בפועל בגין השתתפות בהתפרעות ותקיפת שוטר. בשנת 2006, בהיותו קטין, הוא נדון ל-80 שעות שרות לתועלת הציבור והתחייבות בשל קביעת בית משפט לנוער שהוא ביצע עבירה של נסיון לתקיפת שוטר. צו השגחה נמסר לידי העותר מספר 1 ביום 3.12.2014. תצהיר העותר רצ"ב ומסומן באותיות ע' 2.

2. עותר מספר 2 הינו ארגון זכויות אדם, אשר שם לו למטרה, בין השער, לסייע לתושבים פלסטינים שנפלו קורבן להתעמרות או קיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על מעמדם וזכויותיהם בפני ערכאות בין בשמו כעותר ציבורי ובין כמייצג אנשים שזכויותיהם נפגעו.
3. ביום 8.12.2014, בעקבות פניית ב"כ העותרים, העביר שרות הבטחון הכללי פרפראזה גלויה אודות העותר. וכך נרשם: "הנדון הינו פעיל בארגון הטרור החזית העממית לשחרור פלסטין. פעילותו נפרשת בעיקר בכפר עיסאוויה וכוללת השתתפות והובלת פיגועי טרור עממי, הפרות הסדר באיזור מגוריו." העתק פרפראזה גלויה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 3.
4. ביום 9.12.2014 הוגשה השגה כנגד הוצאת הצו. העתק ההשגה רצ"ב ומסומן באות ע' 4.
5. ביום 14.12.2014 נמסר לב"כ העותרים כי המשיב הסמיך את מ"מ ראש ענף זרועות בפרקליטות הצבאית, סא"ל אודי שגיא, לשמש כנציגו לשמיעת ההשגה כנגד צו השגחה.
6. א. ביום 22.12.2014 התקיים השימוע במחנה עופר. יצויין כי תחילה נקבע שהשימוע יתקיים במחנה צבאי ברמלה, אך לאחר פנייה מטעם ב"כ העותרים כדי להסדיר את נוכחותו של עותר מספר 1 בעת הדיון הוחלט להעביר את מקום השימוע למחנה עופר. ב"כ העותרים ביקש לדעת האם בכוונת המשיב לספק שירותי תרגום בעת השימוע. ביום 18.12.2014 נמסר מענה בכתב לפיו:
- "3. יתרה מכך, וכפי שציינתי בפניך בשיחתנו הטלפונית, לא יינתנו שירותי תרגום במהלך הדיון."
- ב. בעקבות תשובה זו הוגשה עתירה דחופה לבית המשפט הנכבד הזה, בג"צ 8706/14 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נגד מפקד פיקוד העורף, כנגד החלטת המשיב שלא לספק שירותי תרגום בעת השימוע.
- ג. העתירה הוגשה לבית משפט הנכבד סמוך לשעה 17:00; העתק העתירה הומצא לפרקליטות המדינה עובר להגשתה.
- ד. סמוך לשעה 18:00, עוד בטרם נמסרה החלטתו של בית משפט הנכבד, נמסר ע"י פרקליטות המדינה כי יספקו שירותי תרגום בעת הדיון בעיינו של העותר ודומיו. העתירה נמחקה. העתק פסק הדין רצ"ב ומסומן באות ע' 5.
7. א. ביום 8.1.2015 נמסר על ידי יועמ"ש המשיב כי "מרשיך עתידים להיות מוזמנים בימים הקרובים לחקירה, אשר עם סיומה ובהתאם לממצאיה, יקבל מפקד פיקוד העורף החלטות בהשגות דנן."
- ב. ביום 18.1.2015 הוזמן עותר מספר 1 והוטח בפניו רשימת של חשדות כלליות מבלי לנקוט בפרטים כלשהם. העותר הכחיש מכל וכל חברות בפת"ח, חמאס, או החזית

עממית (ש' 30 להודעה). העותר הכחיש השתתפות בהתפרעות נגד אנשי ביטחון ומשטרה בעיסויה ובירושלים בכלל (ש' 33 להודעה). העותר הכחיש פעילות נגד בטחון המדינה והמשטרה; הכחיש זריקת אבנים ובקת"בים וזיקוקים על יהודים ואנשי המשטרה בירושלים (ש' 36). עוד הכחיש העותר כי הדריך אנשים כיצד לפעול בחקירות של שרות הבטחון הכללי (ש' 42). לא הוטח בפניו כל חשד קונקרטי, לא נמסר יום, מקום או פעולה מסוימת ולמעשה לא נתנה לעותר כל הזדמנות למסור פרטים אשר ביכולתם להפריח את החשדות. העתק רישום שאלות ותשובותיו של העותר רצ"ב ומסומן באות ע' 6.

8. ביום 22.1.2015 החליט המשיב לדחות את ההשגות. העתק תשובתו, אשר הגיע ליד ב"כ העותרים ביום 25.1.2015 רצ"ב ומסומן באות ע' 7.

#### תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945

9. א. תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 הותקנו מכוח סעיף 6 לדבר חקיקה בריטי משנת 1937, ה-1937 (Palestine (Defence) Order in Council, 1937). תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 אינן חקיקה ראשית.

ב. ערב עזיבת בריטניה הגדולה את פלסטין, ביום 12.5.1948, חוקק The Palestine (Revocations) Order in Council, 1948 אשר נכנס לתוקף לפני ה-15.5.1948 וביטל ה-1937 (Palestine (Defence) Order in Council, 1937) בשלמותו.

סעיף 2(2) ל-The Palestine (Revocations) Order in Council, 1948 קובע כי

"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."

ה-1937 (Palestine (Defence) Order in Council, 1937) בוטל במלואו.

כלומר, ערב קום המדינה, בריטניה ביטלה את ה-1937 (Palestine (Defence) Order in Council, 1937) ומכוח ביטול החוק המסמיך אף בוטלו תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945.

ב. סעיף 2(2) של ה-1937 (Palestine (Defence) Order in Council, 1937) קובע כי –

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

ג. סעיף 4 של ה-1937 (Palestine (Defence) Order in Council, 1937) קובע כי –

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

ד. סעיף 36 לחוק הפרשנות משנת 1889, החל בעניין דברי חקיקה בריטים שצוטטו לעיל, קובע:

"(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."

ביום קום המדינה, תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 כבר לא היו הליך חוקי.

10. א. מדינת ישראל חקקה סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 הקובע כלהלן:

"11. 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 שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית, או על פיה ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה. 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 לחוקקו 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."

ב. ביום 4.5.1948 התובע הכללי, מר גיבסון פרדם הודעה בעיתון הרשמי, תחת הכותרת "Legislation enacted and Notices issued which have not been Gazetted" בזה הלשון:

"Owing to conditions prevailing in Palestine, it has not been practicable to publish the Palestine Gazette since the issue of Gazette No. 1666 of Wednesday the 28<sup>th</sup> April, 1948. To meet this difficulty an Order of the High Commissioner under the Palestine Order in Council, 1948, was enacted on the 29<sup>th</sup> April, 1948, which dispensed with the legal necessity for Gazetting certain legislation and notices, leaving the manner of their publication to be decided by the High Commissioner. ..."

ג. מכאן אנו לומדים כי עוד לפני תום המנדט, בשל המצב בארץ, הריבון הבריטי נקט באמצעים הדרושים כדי לוודא שגם אם אין פרסום של דברי חקיקה, קיומם מובטח. ד. עיון בסעיף 4 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 מוסיף וקובע כי אין צורך בפרסום בעיתון הרשמי. הסעיף קובע כלהלן:

"(1) In this regulation, the expression "emergency document" means any document purporting to be an instrument (whether legislative or executive) made or issued in pursuance of, or for the purposes of, the Order in Council, or any provision contained in, or having effect by virtue of, any Regulations made under the said Order, including these Regulations.

<sup>1</sup> פקודת הפרשנות [נוסח חדש].

(2) **It shall not be necessary to publish any emergency document in the Gazette.**

...

(4) ... any order, direction, requirement, notice or appointment under any Regulations (including these Regulations) made under the Order in Council, may if the authority making or issuing the same thinks fit, but subject to the provisions of any such Regulations, **be made or issued orally.**

...

(6) Any power conferred by any Regulations (including these Regulations) made under the Order in Council, to make or issue any order, direction, requirement, notice or appointment shall be construed as including a power, exercisable in the like manner and subject to the like conditions, if any, to **revoke** or vary any such order, direction, requirement, notice or appointment."

ה. לטענת העותרים לא הייתה קיימת כל חובה או מנהג לפרסם הוראות כלשהן הקשורות לתקנות ההגנה, כולל את ביטולן.

ה-"emergency document" שצוין בסעיף 4(1) לעיל מתייחס לדבר חקיקה מטעם בית המחוקקים או מטעם המלך. סעיף 4(2) מצייין בפרוש שסוג זה של מסמך אינו חייב פרסום. לטענת העותרים הביטול הינו דבר חקיקה של הריבון, מלך בריטניה, ועל פי כללי פרשנות פשוטים, לא היה כל צורך בפרסומו בעיתון הרשמי. סעיף 4(4) מוסיף ומצייין כי דבר החקיקה יכול להימסר בעל פה, וסעיף 4(6) כולל כל סוג של הוראה, כולל הוראת ביטול.

ו. אין לשכוח כי תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 אינן חקיקה ראשית. The Palestine Defence Order in Council, 1937 הינו דבר חקיקה ראשי, ותקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 הן תקנות מכוח סעיף 6(1) לדבר החקיקה הראשי.

11. הטענה בדבר ביטולן של תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 הועלתה במסגרת בג"צ 7733/04 נאסר והמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית. בסעיף 5 לפסק הדין, קבע בית המשפט הנכבד הזה כלהלן:

"אחר עיון בחומר שלפני, באתי למסקנה כי דין העתירה להידחות, מבלי שיש להיזקק, במסגרת עתירה זו, לדיון בשלל הטענות המורכבות שבפי העותרים. ... כמו כן, אין בדחיית העתירה משום דחיית טענה מטענותיו המשפטיות של העותר, וכל טענותיו נשמרות לו אם יחליט להגיש עתירה נוספת, בהתאם לשינוי נסיבות."

שם היה מדובר בשימוש בתקנה 119 על ידי מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית.

12. א. בבג"צ 5211/04 ואנונו נ' אולף פיקוד המרכז, העותרים שם טענו כי ביטול תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 מתחייב בשל הסיפא לסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון המשפט, קרי "... [ה] שינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה." טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט הנכבד הזה.

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

ג. בבג"צ 243/52 ביאלר נ' שר-האוצר בית משפט קבע כי מהרגע שקיים חוק המאריך את תוקפן של תקנות שעת חרום והכנסת מאשרת את הארכתן, אזי יש גם הגושפנקא וגם את ההכשר של חוק ממש.

"פירושו של דבר, כי לפחות מהיום בו קיבל חוק ההארכה הנדון תוקף, לבשו אותן התקנות איצטלא חוקית ותקפן." (בעמ' 429)

תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 לא הוארכו מעולם על ידי הכנסת ולא נחקקו על ידה.

ד. בג"צ 37/89 אסם תעשיות מזון בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה 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]."

ה. 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."

ו. 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. לטענת העותרים הן בטלות.

ז. הפסיקה לא דנה מעולם בטענה שהועלתה בעתירה זו. התקנות עצמן קובעות כי כל "תעודת שעת חירום", הכוללת הוראות מכוח דברי המלך במועצה, אינן מחייבות פרסום. קרי דבר ביטולן בדבר המלך במועצה הינו, על פי ההגדרה, "תעודת שעת חירום". אי הפרסום ביטול החוק המסמיך בעיתון הרשמי בתקופה הנקובה בסעיף 11א(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט אינו יכול לחיות דבר חקיקה אשר בוטל. כאמור לעיל, סעיף 4(2) לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 קובעת כי אין כל צורך בפרסום כל "תעודת שעת חרום" מכוח התקנות כדי ליתן להן תוקף.

13. א. הכרה ב-*lacuna* הקיימת בדבר המשך השימוש בתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 קיימת בתחיקת הבטחון המסדירה את שליטת צה"ל בגדה המערבית. סמוך לאחר תפיסת הריבונות על ידי המפקד הצבאי הוצא צו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 5), צו מספר 224 אשר הוחלף – מבלי לשנות מהנוסח - בסעיף 9ד לצו בדבר פרשנות [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1729), תשע"ד-2013. סעיף זה קובע כלהלן:

79ד. (א) בסעיף זה –  
(1) "העתון הרשמי" – כמשמעותו בפקודת הפירושים, 1945;  
(2) "חוק נסתר" – מעשה חקיקה כל שהוא, שדימו לחוקקו לגבי האזור 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 מעשי החקיקה שפרסומם בעתון הרשמי היה, עובר לאותה תקופה, חובה או מנהג.  
(ב) כדי להסיר ספק, נאמר בזה כי חוק נסתר אין לו ומעולם לא היה לו כל תוקף.  
9ה. (א) בסעיף זה – "תחיקת שעות חירום" – כמשמעותה בתקנה 3 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.  
(ב) לשם הסרת ספק מובהר בזה, כי תחיקת שעת חירום איננה מתבטלת מכללא על ידי תחיקה מאוחרת שאיננה תחיקת שעת חירום.  
(ג) תחיקת שעת חירום מתבטלת רק על ידי חקיקה הקובעת מפורשות, ותוך אזכור שמה, את דבר ביטולה.  
(ד) תחיקת שעת חירום אשר היתה בתוקף באזור אחרי יום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) תמשיך לעמוד בתוקפה מן היום הקובע ואילך, כאילו חוקקה כתחיקת בטחון, אלא אם בוטלה מפורשות ותוך אזכור שמה כאמור בסעיף 2(ב), לפני היום הקובע או אחריו.

המילים שבסעיף 9ה(ד) סיפא, קרי, "אלא עם בוטלה מפורשות ותוך אזכור שמה" הינם הוספת תנאי לביטול הקיים אשר אינו קיים בדיני מדינת ישראל. כפי שפורט לעיל אין בהליך הביטול של תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 "אזכור שמה".  
ב. לו מחוקק תחיקת הבטחון בשנת 1967 סבר שדי בסעיף 9ד(2)(ב) - תעתיק של סעיף 11א לפקודת סדרי השלון והמשפט, תש"ח-1948 - כדי להסדיר את המשך תחולתן של תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 בגדה המערבית לא היה כל צורך בהוספת סעיף 9ח(ד).

#### טענות חילופיות

14. הצו אינו עומד בפסיקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע כלהלן:

"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 נשארות חסויות בפניו. אין אפשרות להתגונן באופן אפקטיבי מבלי לדעת נגד מה.
- חקירתו של עותר מספר 1, כאשר לא מפרטים בפניו את המעשים המיוחסים לו וחוקרים אותו אך ורק באופן כללי אינו יכול להיחשב לחקירה של ממש וככל הנראה הדבר נעשה אך ורק כדי לדחוף טענת העותרים שהועלתה בהשגה ולצאת ידי חובה.
15. חומר החסוי הינו איסוף מודיעיני המבוסס על יחסי תלות של מוסר המידע למפעילו. חולשת המקור, כגון הצורך שלו באישורים מסוימים, 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 שאינו אנושי, אין די במידע חסוי כדי לשלול או לצמצם חירויותיו של המשיג. יחסי הגומלין בין המקור ולבין המפעיל הינן נתונים חיוניים 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 מהימנותם. 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.
16. הצו לוקה בחוסר סבירות קיצונית עת נקבע כי למשיג אסור להימצא בכל תחומי העיר ירושלים. האיסור רחב מידי ואינו מידתי.
17. אורכו של הצו אינו עומד במבחן המידתיות.
18. קיום הליך של שימוע לאחר הוצאת צו ההשגחה ומתן החלטה בהשגת עותר מספר 1 יותר מחודשיים לאחר הוצאת הצו אינו הליך תקין ופוגע מעבר לנדרש בזכויותיו הבסיסיות של העותר. הרי בעת הדיון בהשגחה וכן בעת הדיון בעתירה זו, צו ההשגחה בתוקף ועותר מספר 1 אינו נמצא בתחומי העיר ירושלים.
- לדידם של העותרים, כטענה חילופי, ראוי היה להודיע תחילה על כוונת הוצאת צו ההשגחה, לאפשר קיום שימוע ורק לאחר מכן להחליט על הוצאת הצו עצמו ולא כפי שנעשה במקרה דנן.

19. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הצו המבוקש ולהופכו להחלטי; לחילופין מתבקש בית המשפט הנכבד לקצר באופן משמעותי את תחולתו ואורכו של הצו.

ירושלים, היום ה-28 ינואר, 2015

---

אנדרה רוזנטל | עו"ד

ב"כ העותרים