

כבית המשפט העליון בשכתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בעניין: 1. אלעזר, 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

טלפון 6250458, פקסימיליה 6221148 העותר

נגד

מפקד פיקוד העורף

ע"י פרקליטות המדינה

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט מתבקש להזמין את המשיב לכוא וליתן טעם מדוע לא תבוטל צו ההרחקה שהוצא כנגד עותר מספר 1, אלעזר, ביום 30.11.2014 לפיו "לא ייכנס, לא שיהה ולא ימצא בשטח מתחם העיר ירושלים" עד ליום 30.4.2015. העתק צו ההרחקה רצ"ב ומסומן באות ע' 1.

ואלה נימוקי העתירה:

1. עותר מספר 1, אלעזר, רווק בן 31, עובד מעמותה למאן בריאות העם מזה שיש שנים. הוא מתכוון להתחתן בחודש מאי הקרוב. בסוף 2006 הוא נדון ע"י בית המשפט הצבאי יהודה לשנת מאסר בגין עבירה של הפרת סדר וחכרות בהתאחדות בלתי מותרת, עבירות מחודש מרס 2006. מאז לא נשפט המשיג; לפני כ-3 שנים הוא תחקר על ידי שרות הבטחון הכללי. המשיג גר – עובר להוצאת הצו – יחד עם משפחתו בארס על עמוד.
2. עותר מספר 2 הינו ארגון זכויות אדם, אשר שם לו למטרה, בין השער, לסייע לתושבים פלסטינים שנפלו קורבן להתעמרות או קיפות 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 העביר שרות הבטחון הכללי פרפראזה גלויה אודות העותר. וכך נרשם:  
 "1. הנדון פעיל חז"ע מרכזי העומד בקשרים עם פעילי חז"ע בכירים.  
 2. הנדון עלה כחיקרה כי השתתף באופן פעיל באירועים אלימים בשועאפט לאחר הירצחו של הנער מחמד אבו ח'דר."  
 העתק פרפראזה גלויה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 3.
4. ביום 10.12.2014 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 ההרחקה.
6. א. ביום 22.12.2014 התקיים השימוע במחנה עופר. יצויין כי תחילה נקבע שהשימוע יתקיים במחנה צבאי ברמלה, אך לאתר 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 870614 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר, כנגד החלטתו של המשיב שלא לספק שירותי תרגום.  
 ג. העתירה הוגשה לבית משפט הנכבד סמוך לשעה 17:00; העתק הומצא עובר להגשתה לפרקליטות המדינה.  
 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 סימה ובהתאם לממצאיה, יקבל מפקד פיקוד העורף החלטות בהשגות דנן."  
 ב. ביום 2.2.2015 הוזמן עותר מספר 1 לחקירה, אך למעשה, מלבד מלומר לו שהוא חשוד ב"בהתאחדות בלתי מותרת" למעשה לא הוטח בפניו חשד קונקרטי כלשהו. בש' 28 נאמר לעותר מספר 1 כי "מחומר חקירה עולה כי אתה מעורב בפעילות טרור עממי בירושלים". בש' 34 טוען החוקר כי "אני עומר לך כי אתה מעורב באופן מתמיד בהובלת פעילות חזית העממית ברחבי ירושלים"; בש' 37 נאמר לעותר מספר 1 כי "אני אומר לך

כי אתה יש לך קשרים עם פעילים של החזית העממית בגדה המערבית". הכל כללי, בלי לאפשר התייחסות של ממש לחשדות. 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 5.2.2015 החליט המשיב לדחות את ההשגה. העתק תשובתו, רצ"ב ומסומן באות ע' 7.

### תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945

9. א. ערב עזיבתה של בריטניה הגדולה את פלסטינה, ביום 12.5.1948, הוגש The Palestine (Revocations) Order in Council, 1948 אשר נכנס לתוקף לפני 15.5.1948 וביטל ה-Palestine (Defence) Order in Council, 1937 בשלמותו. מכוח סעיף 6 לדבר חקיקה משנת 1937 הוצאו תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945. כלומר, ערב קום המדינה, בריטניה ביטלה את ה-Palestine (Defence) Order in Council, 1937 ומכוח ביטול זה אף בוטלו תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945.

ב. סעיף 2(2) של ה-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-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 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-Palestine (Defence) Order in Council, 1937 בוטל במלואו.

ה. 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 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.

(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

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

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 החקיקה הראשי, ותקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 הן תקנות מכוח סעיף 6(1) לדבר חקיקה ראשי. 11. הטענה בדבר ביטולן של תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 הועלתה במסגרת בג"צ 7733/04 נאטר והמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית. בסעיף 5 לפסק הדין, קבוע 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 שבפני 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 משיב אחר בשטחים הכבושים, לא כמקרה דנן, שימוש בתקנה 109.

12. א. כבג"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. כבג"צ 10467/03 שרבאטי 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. בכג"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, בכג"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 בכג"צ 243/52 [2]."

ה. בכג"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 אך לא עברו כל הליך חקיקתי לפני פרסומם. הן בטלות.

ג. ההלכה הפסוקה 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 הינו, על פי ההגדרה, "תעודת שעת חירום". כלומר הפרסום בעיתון הרשמי (של מדינת ישראל) הוא פרסום של דבר חקיקה שכבר לא היה, כעת הפרסום, חוק. אי הפרסום 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 חירום" מכוח התקנות כדי ליתן להן תוקף.

התייחסות העותרים לתשובת המשיב להשגה

13. א. בסעיף 10 לתשוכה, נספח ע' 7 לעתירה, חוזר המשיב לטענתו כי תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 הינן חקיקה ראשית.

סעיף 6(1) מ-1937 The Palestine (Defence) Order in Council, קובע באופן חד משמעי כי לנציב העליון הסמכות להתקין תקנות. ובמקור:

"6.- (1) The High Commissioner may make such regulations (in this Order referred to as "Defence Regulations") as appear to him in his unfettered discretion to be necessary or expedient for securing the public safety, the defence of Palestine, the maintenance of public order and the suppression of mutiny, rebellion and riot, and for securing the essentials of life to the community."

כלל לא ברור כיצד המשיב יכול לקבוע, לאור דברי המחוקק המסמיך הברורים כי המדובר בחקיקה ראשית.

ב. בסעיף 15 צוין כי קיימות "ראיות מוצקות המצביעות על הסיכון הממשי הנשקף ...". כאמור לעיל, העותרים קיבלו פרפראזה, נספח ע' 3, ושאלות פתוחות, נספח ע' 6, אבל "ראיות מוצקות" לא קיבלנו. יתכן והכוונה היא לראיות "מנהליות" אבל אז יש לומר "המידע החסוי" ולא "ראיות מוצקות". במידה וקיימות ראיות מוצקות, נבקש לקבלן עובר הדיון על מנת שניתן לעותר מספר 1 הזדמנות להתייחס לחשדות.

ג. בסעיף 17 המשיב מתמודד עם הטענה בקשר לטיב של החומר החסוי. לטענת העותרים מי שקובע האם המדובר במקור אמין הוא שרות הבטחון הכללי ולא בית משפט. טענת העותרים היא כי מומחיותו של בית המשפט הוא קביעת מהימנותם של עדים המופיעים בפניו. במקרה דנן, המחליט בדבר הינו שרות הבטחון הכללי, הפוגש את מוסר המידע וקובע את מהימנותו; ולא בית משפט.

#### טענות חילופיות

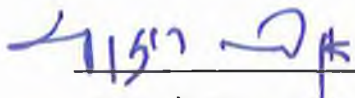
14. הצו אינו עומד בפסיקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע כלהלן:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא כחוק 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 נשאות 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 נחשב לחקירה של ממש וככל הנראה הדבר נעשה אך ורק כדי לדחוף טענת העותרים שהועלתה בהשגה.
15. חומר החסי 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 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.
16. הצו לוקה בחוסר סבירות קיצונית עת שקובע כי למשיג אסור להמצא בכל תחומי העיר ירושלים. האיטור רחב מידי ואינו מידתי.
17. אורכו של הצו אינו עומד במבחן המידתיות.
18. 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-8 פברואר, 2015

  
אנדרה רוזנטל | עו"ד  
ב"כ העותרים