

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

פג"ץ 704/15
קבוע: 16.3.14

דרבאס ואח'
על ידי ב"כ עוה"ד אנדרה רוזנטל
טלפון: 02-6250458; פקס: 02-6221148

העותרים

נ ג ד

מפקד פיקוד העורף
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיב

תגובה מטעם המשיב

1. בהתאם להחלטת כ"י השופט פוגלמן מיום 29.1.15 מתכבד המשיב להגיש תגובתו לעתירה זו. יצוין, כי תגובה זו מוגשת באישור ועדת חריגים בשים לב לעיצומי ארגון פרקליטי המדינה.
2. עניינה של העתירה, בצו שהוציא ביום 30.11.14 המשיב, מפקד פיקוד העורף בצה"ל, מכוח סמכותו לפי תקנות 6, 108 ו-109 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: "הצו" ו-"תקנות ההגנה"). בצו הורה המשיב לעותר לא להיכנס, לא לשהות ולא להימצא בשטח מתחם העיר ירושלים, שסומן על מפה שצורפה לצו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו, אלא במידה שהדבר הותר לו בצו מטעמו של האלוף או בהתאם לזימון שחוצא במסגרת חקירה או הליך משפטי על-פי כל דין.
- תוקפו של הצו הוא מיום 30.11.14 ועד יום 30.4.15 (בצו נכתב בטעות כי מדובר בתקופה של שישה חודשים, אולם כעולה מן התאריכים המופיעים בגוף הצו עצמו, המדובר בתקופה בת חמישה חודשים).
3. המשיב יטען כי דין העתירה להידחות הן על הסף, הן לגופה – הבל כפי שיפורט להלן.

ההתדרדרות הקשה במצב הביטחוני בירושלים במחצית השניה של 2014

4. בתחילת חודש יולי 2014 נרצח הנער מוחמד אבו חדייר משכונת שועפט במזרח-ירושלים על-ידי מפגעים יהודים. הרצח המזעזע האמור הוביל להתדרדרות חמורה ביותר במצב הביטחוני בירושלים במחצית השניה של שנת 2014, שכללה, בין היתר, הפרות סדר המוניות שהיו מלוות בזריקות אבנים, ירי זיקוקים ויידוי בקבוקי תבערה כלפי כוחות הביטחון וכלפי אזרחים, וכן פיגועים קשים מסוגים שונים (דריסה, ירי, זקירה וזריקת בקבוקי תבערה). ההתדרדרות במצב הביטחוני הגיעה לשיאה בחודשים אוקטובר-נובמבר 2014 עת התחולל בירושלים גל של פיגועים קשים ביותר, שבהם מצאו את מותם 10 בני אדם.

5. על-פי נתוני שירות הביטחון הכללי, בשנת 2014 בוצעו בירושלים מעל ל-370 פיגועים, רובם המוחלט אירעו במחצית השניה של השנה, וזאת לעומת כ-120 פיגועים בכל שנת 2013 ("פיגוע" לעניין זה הוא אירוע של זריקת בקבוק תבערה, ירי, דקירה דריסה וכדומה, וכך אירוע בו נפצעו אזרחים באורח בינוני ומעלה).

חישוב פשוט מעלה אפוא כי מספר הפיגועים בירושלים בשנת 2014 היה גדול כמעט פי שלושה ממספרם של הפיגועים בשנת 2013.

בנוסף, בעוד שבשנת 2013 כולה לא היו בירושלים הרוגים מפיגועי טרור, הרי שבמחצית השניה של שנת 2014 נרצחו 11 בני אדם בירושלים בפיגועי טרור. גם מספר הפצועים בינוני או קשה בפיגועים בירושלים עלה מ-4 בכל שנת 2013 ל-35 במהלך שנת 2014.

בין היתר בוצעו במחצית השניה של שנת 2014 הפיגועים הקשים הבאים:

- א. פיגוע דריסה ביום 4.8.14 סמוך לכביש 1 בירושלים, שבו נרצח אדם ונפגעו נוספים. עוד באותו היום בוצע פיגוע ירי על ידי מחבל רכוב על אופנוע סמוך למנהרת הר הצופים. בפיגוע זה נורה חייל ישראלי ונפגע באורח קשה.
- ב. פיגוע דריסה ביום 22.10.14 ליד תוואי הרכבת הקלה בסמוך לגבעת התחמושת שבו נרצחו שני בני אדם ונפגעו נוספים.
- ג. פיגוע ירי סמוך למוזיאון מורשת בגין ביום 29.10.14 בניסיון לרצוח את מר יהודה גליק, שנפצע קשה בפיגוע.
- ד. פיגוע דריסה ליד תוואי הרכבת הקלה ביום 5.11.14 שבו נרצחו שלושה בני אדם ונוספים נפצעו.
- ה. פיגוע דקירה וירי ביום 18.11.14 בבית הכנסת בשכונת הר נוף, שבו נרצחו חמישה בני אדם ונוספים נפצעו.
- ו. פיגוע דריסה ודקירה ביום 6.3.15 (בחג הפורים) ליד תוואי הרכבת הקלה, בו נפצעו חמישה בני אדם.

כלל הפיגועים המפורטים לעיל, בהם נרצחו אחד עשר בני אדם ונפצעו עשרות, בוצעו מולם על ידי תושבי גזרת ירושלים

עוד נציין ברקע הדברים, כי במקביל לפיגועים אלה אירעו פיגועים רצחניים נוספים בתחומי איו"ש.

6. זאת ועוד, שנת 2013 התאפיינה באירועי הפרות סדר רבים בירושלים, ומדובר על-פי נתוני השב"כ בכ-207 הפרות סדר בממוצע בחודש בתקופה שבין ינואר לנובמבר 2013 ("הפרת סדר" לעניין זה כוללת "אירועי חיכוך" עם כוחות הביטחון וכך אירועים בהם נזרקו אבנים, ידו זיקוקים וכדומה).

במחצית הראשונה של שנת 2014 חלה ירידה משמעותית ביותר בכמות אירועי הפרת הסדר בירושלים לעומת כמות הפרות הסדר במהלך שנת 2013 (כ-50 אירועי הפרות סדר בחדש על-פי נתוני השב"כ).

בעקבות רצח הנער מוחמד אבו חדייר התחדשו אירועי הפרות הסדר בירושלים ביתר שאת, כאשר על-פי נתוני השב"כ בחודשים יולי-נובמבר 2014 התרחשו כ-300 אירועי הפרות סדר בחודש. בחודש דצמבר 2014 אירעו 100 אירועי הפרת סדר נוספים.

7. לא זו אף זו, שנת 2014 התאפיינה גם בגידול של **קרוב לפי חמישה** באירועים הביטחוניים על הר הבית: **מ-22** אירועים בשנת 2013 כולה ל-**106** אירועים בשנת 2014.

הגידול המשמעותי במספר האירועים הביטחוניים על הר הבית הביא גם לגידול משמעותי בצורך בפריצת כוחות משטרה/מגי"ב להר. הגידול במספר האירועים הביטחוניים בהר הבית אף הגדיל משמעותית את מספר הפעמים שהיה צורך לסגור את הר הבית לכניסת מבקרים יהודים.

8. העולה ממצבור הנתונים המפורט לעיל, במובהק, הוא כי לאורך מחציתה השנייה של שנת 2014 חלה הסלמת חדה בהיקף, בעוצמה וברמת הטרור הרצחני, כמו גם באירועי הטרור העממי המחייבים נקיטת האמצעים הנדרשים להבטחת שלום הציבור וביטחון.

אופן ההתמודדות עם האירועים הביטחוניים בירושלים במחצית השנייה של שנת 2014

9. עיקר ההתמודדות של גורמי המדינה בניסיון לבלום את פרץ האלימות הקשה שסחף את העיר ירושלים במחצית השנייה של שנת 2014 היה באמצעות שימוש באמצעי האכיפה הפליליים הרגילים: מעצר וחקירת חשודים על-ידי המשטרה וגורמי הביטחון, כמו גם העמדה לדין של עבריינים שנטלו חלק בביצוע עבירות על רקע לאומני בעיר.

בנוסף, משטרת ישראל תגברה בצורה משמעותית ביותר את היקף כוחות המשטרה ומגי"ב בירושלים, בפרט בשכונות במזרח-ירושלים.

לפי הנתונים שהעבירה משטרת ישראל לפרקליטות המדינה, החל מיום 2.7.14 ועד יום 29.12.14 נעצרו על-ידי משטרת ישראל **1,439** **עצורים** בחשד להשתתפות באירועי הפרות סדר בירושלים - מתוכם **938** בגירים ו-**501** קטינים.

לפי הנתונים שהועברו, בתקופה שבין 2.7.14 לבין 17.2.15 הוגשו **449** **כתבי אישום** נגד מעורבים בהפרות הסדר בירושלים.

10. בנוסף, כפי שיפורט להלן, במסגרת המאמצים להשבת השקט לירושלים ובמקביל להפעלת סמכויות האכיפה במישור הפלילי, שר הביטחון ומפקד פיקוד העורף הפעילו - **במשורה** - סמכויות מינהליות הנתונות בידיהם, במספר מצומצם של מקרים פרטניים בהם נמצא כי אמצעי האכיפה הפליליים אינם נותנים מענה מספק לצורך הביטחוני החיוני בהשבת הסדר והביטחון לבירת ישראל.

11. כך, במתצית השניה של שנת 2014 הורה שר הביטחון על מעצרים המינהלי של **חמישה** מתושבי מזרח-ירושלים.

בחודש יולי 2014 נעצר תושב מזרח-ירושלים במעצר מינהלי לתקופה של 6 חודשים. בית המשפט המחוזי בירושלים קיצר את תקופת המעצר המינהלי. ערר שהגישה המדינה לבית המשפט הנכבד על קיצור תקופת המעצר המינהלי התקבל, והמעצר המינהלי אושר במלואו (עמ"מ 5302/14 מדינת ישראל נ' פלוני, פורסם באר"ש, 7.8.14 (כב' השופט זילברטל)).

בחודשים נובמבר-דצמבר 2014 נעצרו ארבעה תושבים נוספים ממזרח-ירושלים במעצר מינהלי לתקופות של כחמישה עד כשישה חודשים. בית המשפט המחוזי בירושלים אישר את ארבעת הצווים שהוציא שר הביטחון. ערעורים שהגישו העצורים נדחו על-ידי בית המשפט הנכבד (עמ"מ 8967/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פורסם באר"ש, 12.1.15 (כב' השופט עמית); עמ"מ 265/15 ג'ית נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 25.1.15 (כב' השופט זילברטל); עמ"מ 266/15 אלהנדי נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 25.1.15 (כב' השופט זילברטל); עמ"מ 267/15 ג'ית נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 25.1.15 (כב' השופט זילברטל)).

12. כמו כן, מפקד פיקוד העורף הוציא ביום 30.11.14 - בהתאם לסמכותו לפי תקנות 6, 109 ו-110 לתקנות ההגנה - **חמישה** צווים שאוסרים על חמישה תושבים ממזרח-ירושלים להימצא בשטח העיר ירושלים לתקופה של חמישה חודשים (עד יום 30.4.15).

השגות שהגישו ארבעה מהמורחקים, ובכללם העותר דכאן, נדחו על-ידי מפקד פיקוד העורף, והם עתרו לבית המשפט הנכבד. ארבע העתירות אמורות להישמע ביום 16.3.15 בפני מותב בראשות כב' הנשיאה נאור.

השגות של התושב החמישי התקבלה בחלקה על-ידי המפקד הצבאי - והאיסור שנקבע בצו שהוצא בעניינו של אותו תושב צומצם - באופן שהאיסור על שהייתו של אותו תושב בשטח ירושלים לתקופה של חמישה חודשים נותר על-כנו, למעט מגורים בביתו שבשכונת א-טור שבמזרח-ירושלים, שאליו הותר לו להגיע באמצעות דרך גישה מסויימת בלבד.

13. בנוסף, במחצית השניה של שנת 2014 הוציא מפקד פיקוד העורף, בהתאם לסמכותו לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, שישה צווים המורים על החרמה והריסה או אטימה של מבנים או חלקי מבנים בהם התגוררו מפגעים שביצעו פיגועים חמורים במיוחד. מטרת הוצאת הצווים האמורים היתה להרתיע מפגעים פוטנציאליים מביצוע פיגועים רצחניים נוספים.
- צו אחד מהשישה שהוצאו כבר מומש, ללא שהוגשה עתירה נגד הצו לבית המשפט הנכבד. כלפי חמשת הצווים האחרים הוגשו עתירות לבית המשפט הנכבד. ארבע מהעתירות נדחו ביום 31.12.14 (בג"ץ 7823/14, בג"ץ 8025/14, בג"ץ 8066/14, ובג"ץ 8070/14). בעתירה החמישית (בג"ץ 8024/14) ניתן ביום 31.12.14 צו על-תנאי, והמדינה הודיעה לאחרונה בתצהיר התשובה לבית המשפט הנכבד כי הוחלט לאטום רק את חדרו של המפגע חלף ביצוע הריסה.
14. נציין כי בשים לב לרגישות המיוחדת של חר הבית, במסגרת ההתמודדות עם האירועים הביטחוניים על ההר בשנת 2014, ננקטו סמכויות מינהליות נוספות, כגון איסור על כניסתם להר של מפירי סדר שונים, כמו גם הכרזות של שר הביטחון על גופים שונים כהתאחדויות בלתי-מותרות, בהתאם לסמכות השר לפי תקנה 84 לתקנות ההגנה.
15. כעולה בבירור מהנתונים שפורטו לעיל, אופן ההתמודדות העיקרי והמרכזי של המדינה עם האירועים הביטחוניים הקשים שפקדו את ירושלים במחצית השניה של שנת 2014 היה באמצעות הפעלת סמכויות האכיפה הפליליות "הרגילות".
- כפי שפורט לעיל, הפעלת סמכויות מינהליות לשם התמודדות עם המצב הביטחוני הקשה שחוותה ירושלים במחצית השניה של שנת 2014 נעשתה במשורה, במקרים בודדים. הסמכויות המינהליות הופעלו רק מקום שבו להערכת הגורמים המינהליים המוסמכים לא היה ניתן להסתפק בסמכויות האכיפה הפליליות "הרגילות", והיה הכרח - **מטעמים ביטחוניים החלטיים** - להפעיל סמכות מינהלית מסויימת כלפי פלוני או כלפי מבנה שבו התגורר מפגע.
16. נבקש לעדכן, כי מאז הודש דצמבר 2014, בעקבות הפעילות הנמרצת של המשטרה וכוחות הביטחון, חלה ירידה הדרגתית משמעותית בכמות הפיגועים והפרות הסדר בירושלים. עם זאת, מדובר ברגיעה יחסית בלבד ופיגוע הדריסה הנוסף בחג הפורים, יום ו' 6.3.15, הוא עדות לכך.
17. עם זאת יודגש, כי לדעת גורמי הביטחון ייצובו וביסוסו של שקט יחסי בירושלים, שעמל רב מוקדש להשגתו, מחייב להמשיך ולמנוע, לעת הזו, את חזרתם לירושלים של העצורים המינהליים ושל המורחקים.

עיקרי העובדות הצריכות לעניינו חפטי של העותר

18. העותר יליד שנת 1991, תושב שכונת עיסאויה במזרח-ירושלים.
19. על-פי המידע שברשות השב"כ, העותר פעיל בארגון הטרור החזית העממית לשחרור פלסטין בשכונתו. פעילותו האסורה של העותר מבוצעת בעיקר באזור כפרו עיסאויה וכוללת השתתפות והובלה של פיגועי טרור עממי וכן הפרות סדר באזור מגוריו.
20. כפי שאף עולה מן העתירה, העותר הורשע וריצה בעבר תקופות מאסר בשל פעילותו הביטחונית האסורה.
21. ביום 30.11.14 הוציא מפקד פיקוד העורף צו, מכוח סמכותו לפי תקנות 6, 108 ו-109 לתקנות ההגנה, שחורה לעותר לא להיכנס, לא לשהות ולא להימצא בשטח מתחם העיר ירושלים, שסומן על מפה שצורפה לצו ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו, אלא במידה שחדבר הותר לו בצו מטעמו של האלוף או בהתאם לזימון שהוצא במסגרת חקירה או הליך משפטי על-פי כל דין.
- תוקפו של הצו הוא מיום 30.11.14 ועד יום 30.4.15 (בצו נכתב בטעות כי מדובר בתקופה של שישה חודשים, אולם כאמור מדובר בתקופה של תמישה חודשים).
- צילום הצו מיום 30.11.14 צורף כנספח 1/ לעתירה.**
22. ביום 9.12.14 הגיש העותר השגה למשיב נגד הצו.
- צילום ההשגה מיום 9.12.14 צורף כנספח 4/ לעתירה**
23. שמינת ההשגה בעל-פה מטעמו של המפקד הצבאי נקבעה ליום 22.12.14, בפני סא"ל אודי שגיא.
- ביום 21.12.14 הגיש המוקד להגנת הפרט עתירה לבית המשפט הנכבד, בג"ץ 8706/14, שבה ביקש להורות על נוכחות מתורגמן לשפה הערבית בדיון בהשגה. העתירה נמחקה בו ביום על-ידי בית המשפט הנכבד לאחר שנמסר כי בדיון בהשגה יהיה נוכח מתורגמן לשפה הערבית.
- צילום פסק הדין בבג"ץ 8706/145 צורף כנספח 5/ לעתירה.**
24. ביום 22.12.14 התקיים הדיון בהשגת העותר נגד הצו בפני סא"ל שגיא, וניתנה האפשרות להשמיע טענות נגד הצו גם בעל-פה.

25. ביום 18.1.15, בעקבות טענות שהועלו בדיון בעל-פה בהשגה ביום 22.12.15, נחקר העותר במשרת ישראל. העותר הכחיש בחקירתו שהוא משתייך לארגון טרור כלשהו.

צילום הודעת העותר במשטרה מיום 18.1.15 צורף כנספח ע/6 לעתירה.

26. ביום 22.1.15 נמסרה תשובה מנומקת להשגת העותר, בה נמסר כי המפקד הצבאי החליט לדחות את ההשגה.

צילום ההודעה מיום 22.1.15 על דחיית השגת העותר צורף כנספח ע/7 לעתירה.

27. לשלמות פני הדברים יודגש כי ביום 9.3.15, בשעות אחר הצהריים, נעצר העותר בגין עבירה של הפרת הוראה חוקית, עת שעשה דין לעצמו ושהה בתחומי העיר ירושלים בניגוד לצו העומד במרכזת של עתירה זו. כל זאת, בעוד טענותיו נגד הצו תלויות ועומדות בפני בית המשפט הנכבד, והדיון בעתירה קבוע לתחילת השבוע הבא.

במקביל להגשת תגובה זו מובא העותר בפני בית משפט שלום בירושלים לצורך קיום דיון בבקשה למעצרו.

כפי שיפורט להלן, לעמדת המשיב, די בכך שהעותר עשה דין לעצמו על מנת להביא לדחיית העתירה על הסף.

צילום דוח מיום 9.3.15 על מעצר העותר מצורף ומסומן מש/1.

צילום הודעת העותר במשטרה ביום 9.3.15 מצורף ומסומן מש/2.

הטיעון המשפטי

28. המשיב יטען כי דין העתירה להידחות.

על הסף. מכיוון שאין מקום שבית המשפט הנכבד יושיט סעד מן הצדק לעותר העושה דין לעצמו.

ולמעלה מן הצורך אף לגופה, בהעדר כל עילת התערבות בהחלטת המשיב.

דחיית העתירה על-הסף בשל עשיית דין עצמית

29. כעולה מן המפורט לעיל, העותר החליט לעשות דין לעצמו ולהיכנס לעיר ירושלים על אף שהדבר נאסר עליו בצו, בעוד שטענותיו תלויות ועומדות בפני בית המשפט הנכבד - כל זאת שבוע ימים בלבד קודם לדיון בעתירתו נגד הצו.

30. בית המשפט הנכבד קבע לא פעם, כי עותר העושה דין לעצמו - דין עתירתו להדחות על הסף. "בית המשפט לא יפתח דלתותיו למי שעושה דין לעצמו, מזלזל בהוראות חוק ומבקש להעמיד את הרשות אל מול עובדות מוגמרות. האיסור על עשיית דין עצמי הינו חלק מכלל רחב יותר הדורש מבעל דין הפונה לבקש סעד מבית המשפט כי יפעל בניקיון כפיים (...). מדובר בכלל המוגדר כעילת סף לעניין פנייה לבית המשפט הגבוה לצדק או לבית המשפט לעניינים מינהליים. על כן, בעל דין הפועל בחוסר ניקיון כפיים יכול שימצא כי עתירתו תידחה על הסף בלא שטענותיו תידונה לגופן" [בג"ץ 3483/05 די.בי.אס. שרותי לווין (1998) בע"מ נ' שרת התקשורת, תק-על 2007(3) 3822 (2007)].

כך אף נקבע בבג"ץ וקנין נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם באר"ש, ניתן ביום 27.11.07), שם צוטטו בהסכמה דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) חשין בבג"ץ 8898/04 ג'קסון נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש. תק-על 2004(4) 609 (2004), כדלקמן:

"בית משפט זה, בשורה ארוכה של פסקי דין, שב וקבע כי עותר העושה דין לעצמו- אין להעניק לו את הסעד המבוקש וכי דין עתירתו להידחות על הסף:

"הלכה מקדמת דנא היא, שבית-המשפט הגבוה לצדק לא יושיט סעד לעושים דין לעצמם. חייב אדם להחליט בלבבו אם מבקש הוא סעד מבית-משפט או אם עושה הוא דין לעצמו. שני אלה בה-בעת לא יעשה אדם. דהיינו: בית-משפט לא יושיט סעד למי שבמקביל לפנייה לבית-המשפט עושה דין לעצמו ומבקש להעמיד את זולתו בפני עובדות מוגמרות. הלכה זו הילכת-יסוד היא במשפט והגיונה נלמד מעצמו. העותרים עברו על לאו שבחלכה, ומטעם זה אין אנו רואים הצדק להידרש לעתירתם (בג"צ 8898/04 ג'קסון נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש (לא פורסם, 28.10.2004)."

וכן ראו, בין רבים: בג"ץ 1547/07 בר כוכבא נ' משטרת ישראל, תק-על 2007(3) 433 (2007); בג"ץ 7697/03 טונברג נ' מדינת ישראל-שר הבטחון, תק-על 2003(3) 2302 (2003); בג"ץ 6102/04 שייח' עלי מועדי נ' שר הפנים, תק-על 2005(3) 3926 (2005); בג"ץ 851/06 עמנוה אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות נ' שר הבטחון, תק-על 2006(1) 1138 (2006).

למעלה מן הצורך – דין העתירה להידחות אף לגופה

התשתית הנורמטיבית

31. המקור הנורמטיבי לסמכותו של מפקד פיקוד העורף להוציא צווי האוסרים על אדם לשהות בשטח מסוים בתחומי המדינה, מצוי בסעיפים 108-109 לתקנות ההגנה, שנקלטו במשפט הישראלי מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התשי"ח-1948 (להלן: פקודת סדרי השלטון והמשפט).

32. תקנה 109 לתקנות ההגנה קובעת, בנוסחה העברית, כי:

"(1) מפקד צבאי רשאי לתת צו, בגין כל אדם, לכל התכליות הבאות או מקצתן, היינו –

(א) כדי להבטיח שהאדם ההוא לא ימצא בכל אחד מאותם השטחים בישראל שיינקבו כ"ל, אלא במידה שהורשה לו הדבר בצו, או בידי אותם רשות או אדם שיהיו עשויים להינסב בצו:

(ב) כדי לדרוש ממנו שיודיע על תנועותיו, באותו אופן, באותם זמנים ולאותם רשות או אדם שיהיו עשויים להינסב בצו;

(ג) לאסור או לצמצם את חזקתו של האדם ההוא בכל חפצים נקובים או את שימושו בהם;

(ד) להטיל עליו אותם צמצומים שיינקבו בצו בדבר העבדתו או עסקיו, בדבר בואו בקשרים או בחליפת-ידיעות עם בני-אדם אחרים, ובדבר פעולותיו ביחס להפצת חדשות או דעות.

(2) מפר כל אדם, שעליו ניתן צו כ"ל, את דברי אותו הצו, יאשם בעבירה על התקנות האלה." [ההדגשה הוספה – הח"מ]

תקנה 108 לתקנות ההגנה קובעת, בנוסחה העברית, את המטרות לשמן ניתן ליתן צו כאמור, כדלקמן:

"לא יתנו שר הבטחון או מפקד צבאי צו לפי החלק הזה בגין כל אדם אלא- אם-כן סבורים שר הבטחון או המפקד הצבאי, הכל לפי הענין, כי נחוץ או מועיל ליתן את הצו לשם הבטחת שלומו של הציבור, הגנתה של ישראל, קיומו של הסדר הציבורי או דיכויים של התקוממות, מרד או מהומה."

33. תקנות ההגנה נקבעו על ידי הנציב העליון מכוח ההסמכה שניתנה לו בסימן 6 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל (הגנה), 1937, שסעיף (1) שלו קובע, בנוסח האנגלי, כדלקמן:

"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 maintaining supplies and services essential to the life of the community."

34. תקנות ההגנה נקלטו במשפטה של מדינת ישראל על-פי סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, הקובע כי:

"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."

35. על-פי ההלכה הפסוקה, מעמדן הנורמטיבי של תקנות ההגנה במדינת ישראל הוא של חקיקה ראשית, ובית משפט נכבד זה קבע פעמים רבות כי תקנות ההגנה עומדות בתוקפן גם כיום (ראו לדוגמא: בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989); בג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810 (2003)).

ההלכה בעניין מעמדן ותוקפן של תקנות ההגנה, בכלל, ותקנה 109 בפרט, סוכמה בבג"ץ 5211/04 ואנוני נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(6) 644 (2004) (להלן: עניין ואנוני), כדלקמן:

6. תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, הן חקיקה ראשית מנדטורית, שעם הקמת המדינה הפכה - מכוח הוראת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 - לחלק מן המשפט הישראלי. סמוך לאחר הקמת המדינה הועלתה לפני בית-המשפט העליון טענה, כי דינן של תקנות ההגנה להתבטל, באשר ביטולן מתחייב (כמצוות סעיף 11 סיפה לפקודה) מן "השינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה". בדחותו טענה זו קבע בית-המשפט, כי תקנות ההגנה נותרו בתוקפן ונקלטו אל המשפט הישראלי, וכי ביטולן או שינוין הינם עניין למחוקק (בג"ץ 5/48 ליון נ' גוברניק, פ"ד א 58). במהלך השנים חזרה הלכה זו ואושרה פעמים רבות (לדוגמא ראו: בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617; ומן הזמן האחרון: בג"ץ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810). לפנינו טענו באי-כוח העותרים כי פסיקת בית-המשפט, בדבר היותן של תקנות ההגנה חלק ממשפטה של ישראל, בסעות יסודה, וכי, מכל מקום, הגיעה השעה לסטות ממנה, באשר היא סותרת את ערכי המדינה ואת זכויות האדם כמשמעם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

7. טיעוני באי-כוח העותרים לא שכנעונו, כי הצווים שהוצאו נגד העותר מקימים עילה מוצדקת לשוב ולבחון את צדקת ההלכות שנפסקו בפרשת ליון ובפרשת ביאלר. בחמשת העשורים האחרונים חזר בית-המשפט, שוב ושוב, על הלכות אלו, אימצן והסתמך עליהן. בכך הפכו הן להלכות מיוסדות היטב. כדי שבית-המשפט יראה מקום לסטות מהלכות כה מושרשות, יש לשכנעו כי טעמים כבדי-משקל מחייבים זאת. בהיעדר טעמים כאלה, ייטיב בית-המשפט לעשות אם יפנה את הטוענים אל המחוקק (השוו: ...). ובפי באי-כוח העותרים לא היו טעמים כבדי-משקל שבכוחם לחייב דיון בצדקת ההלכות שנפסקו בפרשת ליון ובפרשת ביאלר.

ודוק: אף לו התקבלה טענת העותרים, כי תקנות ההגנה (שעת-חירום) ותקנה 6 לתקנות-שעת-חירום (יציאה לחוץ לארץ) אינן בבחינת חקיקה ראשית, לא היה בכך כדי להביא לבטלותן. שכן, גם אם נכון היה שחרף אישורן בחקיקה ראשית, נותרו הן בבחינת חקיקת משנה, הריהן, מכל מקום, בגדר "דינים שמורים" שסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחסגן מפני בטלות. אלא מאי? ...

ברם, אף אלמלא ניצבנו לפני המשוכות המונעות מאיתנו להתערב בתוקפן המחייב של תקנות-שעת-חירום, לא הייתי רואה מקום לשעות לטענת העותרים, כי דין התקנות להתבטל מחמת היותן בלתי-סבירות בעליל. אכן, הפעלתה של חקיקת החירום - זאת הנוגעת ואף זאת שאינה נוגעת לעניינינו - ככלל פוגעת בזכויות הפרט שכלפיו היא מופעלת. יתר-על-כן, הפעלתה של חקיקת החירום פוגעת לא רק בזכויותיהם של היחידים שכלפיהם הופעלה, אלא גם בערכים שישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, מצווה על-פי חקיקת היסוד לכבדם. דא עקא, שהפעלתה - כמו עצם קיומה - של חקיקת החירום היא לעתים בגדר כורח, הנובע מכך שהמדינה עודנה נתונה לסכנות ולאיומים מחוץ ומבית; ואלמלא קיומו של כורח זה היה מן המפורסמות, בא מקרהו של העותר וסיפק את הראיה לכך. אין משמעות הדבר, כי בהחלטה, הלכה למעשה, של חקיקת החירום, רשאית הרשות להתעלם מזכויות היסוד של הנפגעים. הכלל הוא, כי הגם שחוק-היסוד לא גרע מתוקפם של הדינים השמורים, נודעת לו השפעה על פרשנותם. כלל זה חל גם על חקיקת החירום. משמעות הדבר היא, כי אף שבית-המשפט אינו בוחן את עמידתה של חקיקת החירום במבחני פסקת ההגבלה הקבועים בסעיף 8 לחוק-היסוד, מוטל על בית-המשפט לבקר את צדקת יישומה של הוראה מהוראות חקיקת החירום במקרה הנתון המובא לפניו. הווי אומר: ביקורתו של בית-המשפט אינה אמורה להתמקד בשאלת סבירותה של הוראה בחקיקת החירום, בתורת שכונת, אלא בצדקת החלטה של ההוראה במקרה האינדיווידואלי המובא לפניו. ביקורת זו יבסס בית-המשפט על שתי אמות-מידה: כלום מטרת החלטה של הוראת החירום על אדם פלוני, בנסיבות המקרה, עולה בקנה אחד עם תכליתה הכללית; וכלום הפגיעה שתיגרם לפרט, כתוצאה מהחלטה עליו, מקיימת את עקרון המידהיות.

36. על שאלת התצדקה שבקביעת אפשרות להטיל מגבלות על חירות התנועה של הפרט במדינה דמוקרטית, בדרך של שימוש באמצעי מינהלי כגון זה שקבוע בתקנה 109 לתקנות ההגנה, עמד בית המשפט הנכבד בבג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1), 320 (2006), כדלקמן:

"עם זאת, זכותו של הפרט לחופש תנועה ולחירות אישית אינה מוחלטת. פועלה במשפט הוא יחסי, והיא נתונה להגבלות מקום שיש צורך לאזנה כנגד אינטרסים וערכים חברתיים חיוניים סותרים. הבולט מבין ערכים אלה הוא אינטרס ההגנה על בטחון המדינה. שלום הציבור ובטחונו הוא ערך יסוד לקיומה של חברה אנושית. בלעדיו אין תקומה לחברה, ואין גם סיכוי למימוש חיי האדם כפרט ולקיום זכויותיו היסודיות. בנסיבות מסוימות חופש תנועה מלא עלול לסכן את בטחון הציבור. לכן היקנה המחוקק כוחות לרשות המוסמכת להגביל את חירותו האישית ותנועותיו של אדם בתוך הארץ וכן ביציאה ממנה ובכניסה אליה, מטעמים שנועדו להגן על בטחון המדינה. ההלכה הפסוקה הכירה בעוצמתו של ערך הבטחון, כאינטרס ציבורי כללי העשוי לגבור, בנסיבות מסוימות, על הזכות לחופש תנועה. התפיסה המשפטית המקובלת היא כי בהתנגשות הנוצרת בין זכות הפרט להגשים באופן מלא את חירותו האישית לבין אינטרס ציבורי נוגד יש לערוך איזון תוך העמדת הערכים המתחרים לשקילה ולהערכת משקלם היחסי. נקודת החיתוך הראויה, פרי איזון הנערך, היא אשר תקבע מהו הערך הגובר מבין הערכים המתנגשים, והאם ניתן וראוי, במסגרת מידרג עוצמתם היחסית של הערכים הנוגדים, לקיים את האחד תוך שלילת קיומו של האחר, או לקיים את האחד בד בבד עם קיומו של האחר תוך קביעת יחסיות הולמת ביניהם. בהתנגשות בין חופש התנועה לבטחון הציבור ננקטה גישה של איזון אנכי, הרואה בבטחון ערך גובר (בג"צ 448/85 דאהר נ' שור הפנים, פ"י מ(2) 701; פרשת חורב, שם, עמ' 37). עם זאת, גם בעריכת איזון אנכי, מדרש צמצום מירבי של מידת הפגיעה בפרט, ככל שהדבר ניתן, בלא לפגוע בתכלית הבטחונית, ובנסיבות מסוימות גם תוך צורך ליטול סיכונים לצורך כך." [שם, בסעיף 11 לפסק הדין]

37. הנה כי כן, מעמדן של תקנות ההגנה נותר איתן לאורך כל שנות המדינה, וכך גם לאחר תיקינתן של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאשר השפעתן של האחרון באה לידי ביטוי באופן פירושן והפעלתן של תקנות ההגנה. עמד על כך בקצרה בית המשפט הנכבד גם בפסק הדין בבג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פד"י כ"ז(2) 55 (2003), כדלקמן:

"פעולות המשיב מעוגנות בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום). תקנות אלה הן "...דן שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד" (סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ועל-כן אין בכוחו של חוק היסוד לפגוע בתוקפן. ביטולן או שינוין של התקנות הוא אפוא למחוקק. עם זאת פירושן של התקנות צריך להיעשות על רקע חוקי היסוד. על-כן יש להפעיל את הסמכות הנתונה למשיב בתקנה 119 באופן מידתי (ראו דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף ...)

38. לסיום עניין זה, יוער כי אכן במספר מקרים ביטלה הכנסת סעיפים שונים מתוך תקנות ההגנה. כך, למשל, בוטלו אותן תקנות הגנה המגבילות עלייה של יהודים ארצה (סעיף 13(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט); בוטלה התקנה המאפשרת גזירת עונש מלקות (סעיף 2(ב) לחוק ביטול עונש מלקות, התשי"א-1950); ובוטלה התקנה המאפשרת שלילת זכות היציאה מן הארץ ללא קבלת היתר (סעיף 3 לחוק לתיקון תקנות-שעת-חירום (יציאה לחוץ-לארץ), תשכ"א-1961).

תקנות הגנה אחרות בוטלו עם חקיקתם של חוקים חדשים המסדירים נושאים שהוסדרו בעבר בתקנות ההגנה - ראו למשל: סעיף 27(ג) לחוק להסדר תפיסת מקרקעים בשעת חירום, התשי"א-1949; סעיף 25(א)(3) לחוק חמרי נפץ, התשי"ד-1954; וחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979.

39. עוד נוסיף, כי הממשלה הגישה לפני כשנה וחצי לכנסת את הצעת חוק לתיקון תקנות ההגנה (שעת חירום) (ביטול תקנות), התשע"ג-2013 (הצ"ח הממשלה התשע"א (782) בעמ' 992, 2.7.13). במסגרת הצעת החוק מוצע לבטל תקנות הגנה שונות, וביניהן גם תקנות ההגנה 108-109.

נציין, כי תנאי לביטול תקנות ההגנה בהתאם להצעת החוק האמורה יהיה חקיקתו של חוק המאבק בטרור. חוק המאבק בטרור המוצע אמור לרכז תחת קורת גג אחת את ההסדרים החקיקתיים העיקריים בכל הקשור במאבק בטרור. חוק המאבק בטרור המוצע נועד, בין היתר, להחליף חלק מההסדרים הקיימים כיום בדברי תיקנה שונים, ולקבוע תחתם הסדרים חדשים העולים בקנה אחד עם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם (ראו לעניין זה דברי ההסבר של הצעת החוק, בעמ' 992-994). לעניין ההסדר החלופי המוצע לתקנות ההגנה 108-109 ראו סעיף 120 להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"א-2011 (הצ"ח הממשלה התשע"א (611), בעמ' 1408, 27.7.11).

עם זאת, התקנות אשר מכוחן הוצא הצו בעניינו של העותר נותרו על מכוון, ועל כן, לא קיימת מניעה לעשות בהן שימוש, במקרים המתאימים.

לטענה כי התקנות לא נקלטו במשפט ארצנו בשל ביטולו של דבר המלך במועצה (הגנה), 1939

40. העותר טוען בעתירה, כי תקנות ההגנה לא נקלטו במשפט הישראלי באמצעות "הצינור" שבסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט.

העותר מנסה לבסס טענתו זו על כך שדבר המלך במועצה על ארץ ישראל (הגנה), 1937, שהן הותקנו מכוחו, בוטל לכאורה עוד ביום 12.5.48, על-ידי ה- The Palestine (Revocation) Order In Council, 1948 (להלן: **דבר המלך במועצה (ביטול)**).

העותר אינו מכחיש כי דבר המלך במועצה (ביטול) לא פורסם בעיתון הרשמי, אולם מפנה לעניין זה לכך שהנציב העליון אישר ביום 29.4.48 שלא לפרסם עוד בעיתון הרשמי חוקים והודעות שונות וזאת בשל קשיים בהוצאת העיתון הרשמי.

העותר גם מנסה לבסס את טענתו על העדר צורך בפרסום בעיתון הרשמי בעניין של תקנות ההגנה על תקנה 4 לתקנות ההגנה שקובעת שאין צורך בפרסום בעיתון הרשמי של "תעודת שעת-חירום" שניתנת על-פי תקנות ההגנה.

העותר טוען אפוא, כי מכיוון שתקנות ההגנה לא היו עוד בתוקף ביום 14.5.48 הן לא נקלטו במשפט מדינת ישראל בהתאם לסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט.

41. המשיב יטען, כי דין טענתו של העותר לפיה תקנות ההגנה לא נקלטו במשפט ארצנו בהתאם לסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט - להידחות מכל וכל.

42. סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט קובע, כדלקמן:

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

(ב) "חוק נסתר" פירושו, בסעיף זה - חוק במשמעות פקודת הפירושים, 1945, שדימו לתוקפו בתקופה שבין ט"ז בכסלו תש"ח (29 בנובמבר 1947) ובין ו' באייר תש"ח (15 במאי 1948), ושלא פורסם בעיתון הרשמי, למרות היותו גמנה עם סוג חוקים שפרסומם בעיתון הרשמי היה, עובר לאותה תקופה, חובה או מנהג."

בהציגו בפני מליאת הכנסת בדיון ביום 15.8.49 בקריאה ראשונה בחוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט, תשי"ח-1948, תשי"ט-1949, הסביר שר המשפטים פנחס רוזן את הצורך בחקיקת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, כך:

"כנסת נכבדה. על שולחן הכנסת נמצאת הצעת-חוק קצרה בדבר תיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט תש"ח 1948, תש"ט 1949. אקרא לפני הכנסת את נוסח החוק הקצר הזה. ועתה הסברה קצרה: סעיף 11 של הפקודה הג'ל אומר, שהמשפט שהיה קיים מיום ה' באייר תש"ט 14 במאי 1948, יעמוד בתוקפו עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה הזאת ולחוקים אחרים

שהוצאו על-ידי מועצת-המדינה הזמנית. המחוקק מתכוון בזה למערכת חוקים שהיו קיימים אז, והיו ידועים. במשך כל תקופת המאנדאט היה חוק ולא יעבור, שכל חוק צריך להתפרסם בעתון הרשמי, ואחרי שפורסם בעתון הרשמי הוא בר-תוקף. למנסחים של פקודת סדרי השלטון והמשפט היה ברור, שהם מתכוונים למערכת חוקים ידועה, טובה או רעה, אך ידועה. והנה נתברר, שבתקופת-המעבר הקצרה בין 29 לנובמבר 1947 עד 14 למאי 1948 סטו שלטונות המאנדאט מהכלל המקובל והתחילו לכתוב מסמכים, שרצו לשוות להם אופי של חוקים, בלי שיפרסמו אותם אפילו בעתון הרשמי. נתברר, שבמאי 1948 פרסמו שלטונות המאנדאט בירושלים חוברת, שבה כללו שלושים וששה חוקים כעין אלה. למעשה נכללו רק שלושים וארבעה חוקים, אם כי בלוח החוברת כתוב, שמתפרסמים שלושים וששה חוקים. שני החוקים האחרים לא נכללו בחוברת. כנראה, שהם נכללו קודם, ואחר כך נתלשו הדפים מתוך החוברת.

זמן מה אחרי סיום המאנדאט נתפרסמה בלונדון חוברת אחרת ובה 42 כעין-חוקים כאלה. מובן, שאין אנו יודעים ואולי לא נדע לעולם, אם לא היו עוד מסמכים כאלה. מעניין, שהדבר הראשון המופיע באותה החוברת הוא צו מאת הנציב העליון, הנותן תוקף ל-5 חוקים, שלא נתפרסמו בעתון הרשמי, וקובע, שגם בעתיד אפשר יהיה לחוקק חוקים, בלי להזדקק לפרסומם בעתון הרשמי. בעצם הדבר, גם החוק הזה, שכאילו מבטל את הצורך לפרסם חוקים בעתון הרשמי, גם הוא לא פורסם. כאמור, לא היו מנסחי פקודת סדרי השלטון והמשפט יכולים וגם לא היו צריכים להביא בחשבון את כעין-חוקים אלה, כאשר קבעו, שהחוקים שהיו בארץ עם חום המאנדאט יישארו בתוקף. ואם כי יש להניח, שבית-המשפט לא יכיר בתוקף החוקים הנוכריים, יש בכל-זאת לחשוש לספקות המשפטיים, העלולים להתעורר בגללם. אין לסבול מצב, שבזמן מן הזמנים יתעורר ויכוח בבית-המשפט בשאלה זו ואין להסכים, שנעמוד תמיד בפני האפשרות של הפתעה מאיזה חוק נסתר, שאין לנו כל ידיעה על קיומו, או שיהיה מקום לספק, שמא יש לו ערך חוקי. כדי להסיר את הספק הזה באה הצעת התיקון, לקבוע אחת ולתמיד שאין תוקף, ושמעולם לא היה תוקף לשום חוק נסתר שהוא, בין אם היתה חובה לפרסמו בעתון הרשמי ובין אפילו במקרה שיש מקום לטענה, שלא היתה חובה, אלא רק מנהג לפרסם. האזרח במדינה רשאי לדעת את החוקים הקיימים במדינה. אין לדרוש מאזרח, שיהיה נתון לחששות, שמא בכל-זאת ישנו אי-שם איזה מסמך, שיתכן לטעון לגביו, שיש לו תוקף חוקי. ..."

צילום העמוד הרלוונטי מתוך דברי הכנסת מיום 15.8.49 מצורף ומסומן **מש/3**.

43. כפי שציין שר המשפטים רוזן, בדבריו האמורים לעיל, ברור וגלוי כי עובר ליום 29.11.47 היתה חובה לפרסם בעיתון הרשמי הודעה על ביטול דבר חקיקה ראשי דוגמת דבר המלך במועצה (ביטול).
44. יודגש, למען הסר ספק, כי גם לולא נחקק סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט לא היה ל"חוקים הנסתרים" שנחקקו בין 29.11.47 ל-14.5.48 תוקף כלשהו, מכיוון שהם לא פורסמו בעיתון הרשמי כמקובל עובר לסיום המנדאט הבריטי.
- לא למותר יהיה להדגיש עניין זה, שברור וגלוי שתנאי לכניסתו לתוקף של דבר חקיקה הוא פרסומו ברבים, וכי לא ניתן לראות בחוק שלא פורסם ברבים כדבר חקיקה מחייב.

45. זאת ועוד, מובן שהוראת סעיף 4 לתקנות ההגנה אינה פוטרת מהחובה לפרסם בעיתון הרשמי אודות ביטולו של של דבר המלך במועצה (הגנה), 1937, שמכוחו הותקנו תקנות ההגנה עצמן.

46. הנה כי כן, דבר המלך במועצה (ביטול) הוא "חוק נסתר", כמשמעות מונח זה בסעיף 11א(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, ולפיכך בהתאם לסעיף 11א(א) לפקודה "אין לו ומעולם לא היה לו כל תוקף".

מכאן, שתקנות ההגנה אכן עמדו בתוקפן ביום 14.5.48, והן נקלטו במשפט ארצנו על-פי הוראת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, וזאת בהתאם לפסיקתו העקבית של בית המשפט הנכבד, החל בפסק הדין בבג"ץ 5/48 ליון נ' גוברניק, פ"ד 58 (1948) ואילך.

לטענה כי תקנות ההגנה קובעות הסדר ראשוני בחסימת משנה ולפיכך דינו להתבטל

47. בהשלמת הטיעון שהגיש טוען העותר, כי תקנות ההגנה הן חקיקת משנה שאינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק, שכן הן קובעות הסדר ראשוני בחקיקת משנה, ולפיכך בהתאם להלכה הפסוקה דינן להתבטל.

48. ראשית, דינה של הטענה להידחות, מן הטעם הפשוט שכפי שצוטט לעיל, בית המשפט כבר קבע בפסק הדין בעניין ואנונו, כי התקנות הן דבר חקיקה ראשי, ודחה טענה דומה לפיה תקנות ההגנה הן בגדר חקיקת משנה.

49. שנית, לדחייתה של טענה נוספת זו נבקש להפנות גם לפסק הדין המנחה בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998). בפסק הדין בבג"ץ 3267/97 נקבע, כי בתקופה שעד לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכלל אודות "ההסדרים הראשוניים" היה במעמד של כלל פרשני בלבד, וחקיקת משנה שקובעת הסדרים ראשוניים היתה יכולה לפגוע בזכויות אדם ובלבד שהיתה לכך הסמכה מפורשת בחקיקה הראשית המסמיכה (ראו סעיפים 28-30 לפסק דינו של כבי הנשיא ברק).

לפיכך, גם לו היו תקנות ההגנה בגדר חקיקת משנה, הרי שסעיף 6 לדבר המלך במועצה (הדנה), 1937, הסמיך בצורה מפורשת ביותר להתקין תקנות הגנה שפוגעות פגיעה קשה בזכויות יסוד, דוגמת תקנות 108-109 לתקנות ההגנה.

בנוסף, כפי שכבר נקבע בפסק הדין בעניין ואנונו, תקנות ההגנה הן "דין שמור", לפי סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך חקיקת חוק היסוד אינה יכולה להביא לבטלותן.

לטענה כי הצו אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה שבו הוא מבוסס על חומר חסוי מפני העותר

50. העותר טוען כי הצו שהוצא נגדו אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מן הטעם שהוא מבוסס על חומר שחשוי מפניו, ולפיכך לא ניתנת לו האפשרות להתמודד עם הטענות כלפיו באופן אפקטיבי.

המשיב יטען, כי דינה של הטענה להידחות.

לעותר ניתנה פראפרזה גלויה על הסיבות למתן הצו נגדו לפיה "הנדון הינו פעיל בארגון הטרור החזית העממית לשחרור פלסטין. פעילותו נפרשת בעיקר בכפרו עיסאווה וכוללת השתתפות והובלת פיגועי טרור עממי, הפרות סדר באיזור מגוריו".

המשיב יטען, הפראפרזה הגלויה מפרטת, ככל שהדבר ניתן מטעמי חסיון המידע, את המעשים המיוחסים לעותר שבגינם הוצא הצו. המשיב יטען, כי הפראפרזה שניתנה לעותר מספקת וראויה בנסיבות העניין (ראו לעניין דומה בג"ץ 4348/10 אופן נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 29.6.10), בסעיף 3 לפסק הדין; להלן: עניין אופן).

51. העותר מוסיף וטוען ביחס לחולשת המידע החסוי הקיים בעניינו.

המשיב יטען כי המידע שהצטבר בעניינו של העותר הוא אמין ומוצלב, וכי מדובר בראיות מינהליות מוצקות המבססות את הוצאת הצו נגד העותר.

ככל שבית המשפט הנכבד ימצא זאת לנכון, והעותר יסכים לכך, המשיב יציג בפני בית המשפט הנכבד את המידע החסוי שקיים בידי גורמי הביטחון בעניינו של העותר, בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד בלבד.

לטענות נגד חקירת המשטרה

52. לעותר טענות על כך שבחקירת המשטרה נשאל שאלות כלליות בלבד, ולא על מעשים קונקרטיים שביצע.

53. לעניין זה נשיב, כי לא ניתן היה לחקור את העותר אודות מעשים קונקרטיים שביצע כדי לא לחשוף את מקורות המידע בכל מקרה, נפנה לכך שהעותר הכחיש בחקירתו את עצם חברותו בארגון טרור כלשהו.

לסענות כי תקופתו של הצו אינה מידתית

54. העותר טוען כי היקפו ותקופתו של הצו אינם מידתיים.
55. המשיב יטען, כי בשים לב למעמדו של העותר בארגון הטרור החזית העממית ולפעולותיו החמורות של העותר במחצית השניה של שנת 2014, היה הכרח להרחיקו מרחק ממשי משכונת מגוריו וסביבותיה. המשיב יטען, כי לא ניתן היה להסתפק בנסיבות העניין בפחות מהרחקתו של העותר מהעיר ירושלים כולה.
56. המשיב יטען כי בשים לב למעשיו של העותר, העומדים בבסיס הצו שהוצא נגדו, הרחקתו מהעיר ירושלים לתקופה של חמישה חודשים היא מידתית לגמרי, וכי קיים צורך ביטחוני החלטי בהרחקתו של העותר מהעיר ירושלים לתקופה שנקבעה בצו.
- המשיב יוסיף ויטען, כי בשים לב למעמדו של העותר בארגון הטרור החזית העממית ולפעולותיו של העותר במחצית השניה של שנת 2014 שהביאו לצורך הביטחוני בהרחקתו מהעיר- חזרתו של העותר לעת הזו לירושלים עלולה לסכן בצורה ממשית את שלום הציבור וביטחונו.

לסענות נגד מתן זכות השגה בדיעבד

57. העותר טוען נגד כך שזכות החשגה ניתנה לו רק לאחר שהצו נכנס לתוקפו, ועל משך הזמן עד להכרעה בהשגתו.
58. המשיב יטען לעניין מתן זכות ההשגה רק לאחר הוצאת הצו, כי לאור המצב הביטחוני הקשה ששרר בירושלים בסוף חודש נובמבר 2014, הדבר היה הכרחי כדי למנוע לאלתר את הסיכון החמור שנשקף מהעותר, ואת החשש שמתן זכות טיעון מראש תאפשר לעותר להימלט מהרשויות (ראו והשוו לעניין דומה: עניין אופן לעיל).

לסיכום

59. המשיב יטען כי דין העתירה להידחות על הסף בשל עשיית דין עצמית, ולמעלה מן הצורך אף לגופה בהעדר כל עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד.

60. העובדות המפורטות בסעיפים 4-8 ו-10-27 לתגובה זו נתמכות בתצהירו של המכונה "אריק", ראש ענף לסיכול טרור בירושלים בשירות הביטחון הכללי.

העובדות המפורטות בסעיף 9 לתגובה זו נתמכות בתצהירו של סניצ' שלמה דאי, ראש ענף חקירות במחוז ירושלים של משטרת ישראל.

היום, י"ט באדר תשע"ה

10 במרץ 2015



אבישיל קראוס, עו"ד
עוזר ראשי לפרקליט המדינה



ענר הלמן, עו"ד
סגן מנהלת מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה