



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 703/15
בג"ץ 704/15
בג"ץ 978/15
בג"ץ 1664/15

לפני: כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר

העותרים בבג"ץ 703/15: 1. דרויש
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
העותר בבג"ץ 704/15: דרבאס
העותר בבג"ץ 978/15 ובבג"ץ 1664/15: אלעיול

נ ג ד

המשיב: מפקד פיקוד העורף
המשיב בבג"ץ 1664/15: מפקד כוחות צה"ל בגדה

עתירות למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ה באדר התשע"ה (16.3.15)
בשם העותרים: עו"ד אנדרה רוזנטל
בשם המשיבים: עו"ד ענר הלמן

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. עתירות כנגד צוים שהוצאו על-ידי מפקד פיקוד העורף ביום 30.11.14, האוסרים על העותרים שהיה בשטח בתחום העיר ירושלים, אלא בהיתר מיוחד, עד ליום 30.4.15; וכן, כנגד צו איסור כניסה לאזור יהודה ושומרון שהוצא על-ידי מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ביום 3.12.14, ותוקפו עד 1.6.15.

בג"ץ 703/15 ובג"ץ 704/15 – רקע והליכים קודמים

ב. העותר בבג"ץ 704/15 (להלן דבאס) הוא בן 23, ומתגורר עם בני משפחתו בשכונת עיסאויה אשר במזרח ירושלים. בעבר הורשע, במספר מקרים, בשורת עבירות: הזדהות עם ארגון בלתי חוקי; השתתפות בהתפרעות; תקיפת שוטר; וניסיון לתקיפת שוטר. לטענת המדינה, דרבאס פעיל בארגון הטרור "החזית העממית לשחרור פלסטין" (להלן חז"ע), ופעילותו האסורה נעשית בעיקר באזור מקום מגוריו. העותר בבג"ץ 703/15 (להלן דרויש) הוא בן 24, המתגורר אף הוא בשכונת עיסאויה. בעבר הורשע, במספר מקרים, בשורת עבירות: השתייכות לארגון טרוריסטי; ניסיון לתקיפה וחבלה ממשית על ידי שניים או יותר; השתתפות בהתפרעות; העמדת חפץ לרשות ארגון טרור; נתנת כסף לטובת ארגון טרור; החזקת חומר תעמולה לטובת ארגון טרור; ופרסום דברי תמיכה בארגון טרוריסטי. לטענת המדינה, אף דרויש פעיל בארגון הטרור חז"ע, ופעילותו האסורה מבוצעת בעיקר במקום מגוריו. פעילות זו כוללת, לטענת המדינה, השתתפות בפגועי טרור והובלתם וכן הפרות סדר באזור מגוריו.

ג. ביום 30.11.14, הוציא מפקד פיקוד העורף צוים האוסרים על דרבאס ודרויש להיכנס לתחום העיר ירושלים ולשהות בו למשך חמישה חודשים. ביום 9.12.14 הגישו השגות בעניין זה למפקד פיקוד העורף. ביום 22.12.14 התקיים דיון בעניינם, בו ניתנה להם האפשרות להשמיע טענות בעל-פה. דרבאס ודרויש נחקרו, כל אחד בנפרד, במשטרת ישראל ביום 18.1.15. השגותיהם נדחו על-ידי מפקד פיקוד העורף ביום 22.1.15. ביום 29.1.15 הוגשו העתירות שבפנינו.

בג"ץ 978/15 ובג"ץ 1664/15 – רקע והליכים קודמים

ד. העותר בבג"ץ 978/15 ובבג"ץ 1664/15 (להלן אלע'ול) הוא בן 31, ומתגורר עם משפחתו בראס אל-עמוד אשר במזרח ירושלים. בעבר נדון לשנת מאסר בגין עבירה של הפרת סדר וחברות בהתאחדות בלתי מותרת. לטענת המדינה, אלע'ול הוא פעיל מרכזי בארגון הטרור חז"ע, ונטל חלק פעיל באירועים האלימים בשופאט לאחר הירצחו של הנער מוחמד אבו ח'דיר.

ה. ביום 30.11.14 הוציא מפקד פיקוד העורף צוים האוסרים על אלע'ול להיכנס לתחום העיר ירושלים ולהימצא בה למשך חמישה חודשים; וביום 3.12.14 הוציא מפקד כוחות צה"ל באיו"ש צו האוסר על כניסתו ושהייתו לאזור יהודה ושומרון למשך

כשישה חודשים. ביום 10.12.14 הגיש אלע'ול את השגתו למפקד פיקוד העורף, וביום 28.12.14 הגיש את השגתו למפקד כוחות צה"ל. ביום 22.12.14 התקיים דיון בעניינו, בו ניתנה האפשרות להשמיע טענות בעל-פה. אלע'ול נחקר ביום 2.2.15, והשגתו נדחתה ביום 5.2.15 על-ידי מפקד פיקוד העורף. ביום 9.2.15 הוגשה לבית משפט זה עתירתו של אלע'ול לביטול הצו שהוצא על-ידי מפקד פיקוד העורף. ביום 24.2.15 נדחתה גם ההשגה למפקד כוחות צה"ל באיזור, וביום 5.3.15 הוגשה עתירה נוספת לביטול צו המפקד.

טענות הצדדים

ו. טענת המשפטית של העותרים מתמקדת בתוקפן של תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן תקנות ההגנה), אשר מכוון הוצאו צוי ההרחקה בעניינם. לשיטתם, הצוים הוצאו בחוסר סמכות שכן, כך הטענה, תקנות ההגנה מעולם לא נכנסו לתוקף במדינת ישראל. לטענת העותרים, תקנות ההגנה בוטלו לפני הקמת המדינה על-ידי The Palestine (Revocation) Order in Council, 1937 (להלן פקודת הביטול), אשר נחקק ביום 12.5.48; לפיכך, לא יכלו התקנות לקבל תוקף מחייב מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, הקובע את המשכיות המשפט המנדטורי במדינת ישראל. העותרים מכירים בכך שפקודת הביטול לא פורסמה בעתון הרשמי, ה-Palestine Gazette, ולפיכך, לכאורה, אין ומעולם לא היה לה כל תוקף, שכן היא מהווה חוק נסתר כהגדרתו בסעיף 11א(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט; אך לשיטתם, פקודת הביטול נכנסה לתוקף וביטלה את תקנות ההגנה, שכן לא חלה עליה חובת הפרסום. לביסוס טענתם, מפנים העותרים לשני מקורות. ראשית, הודעה מיום 4.5.48, שפורסמה בעתון הרשמי; לפי ההודעה, דברי חקיקה מסוימים לא יפורסמו בשל הקושי בנסיבות הזמן לפרסם את העתון הרשמי. שנית, תקנה 4 לתקנות ההגנה הקובעת כי אין חובת פרסום על "מסמכי חירום". לטענת העותרים, פקודת הביטול מהווה מסמך חירום לעניין זה. עוד מוסיפים העותרים, כי תקנות ההגנה הן חקיקת משנה אשר הכנסת מעולם לא חוקקה או האריכה.

ז. לצד טענתם העיקרית, מוסיפים העותרים שורת טענות חלופיות. כך, נטען כי תקנה 108 לתקנות ההגנה אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן אינה הולמת את ערכי מדינת ישראל. זאת – שכן מכוחה ניתן להוציא צוים מבלי לאפשר לעותרים להיחשף לחומר החקירה ולהתגונן כראוי, תוך עריכת חקירה כללית בלבד, שאינה מפרטת את החשד הקונקרטי כנגדם; כל זאת כאשר הראיות היחידות שבידי הרשויות הושגו במסגרת קשר בעייתי בין מוסרי

מידע למפעליהם. עוד נטען, כי האיסור להימצא בכל תחומי העיר ירושלים, כמו גם משך תקופת האיסור, אינם מידתיים. על פי הנטען בעתירתם של דרבאס ודרויש, נפגעו זכויותיהם מעצם קיום השימוע רק חודשיים לאחר הוצאת הצוים, בעוד הם מנועים מכניסה לירושלים במשך כל התקופה. לעניין הצו שהוצא על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור, טוען אלעזר, כי יש לבטל את הצו בגין אי-קיומו של שימוע נפרד לעניין זה; עוד טוען הוא, כי האיסור להימצא בכל תחומי אזור יהודה ושומרון, כמו גם משך תקופת האיסור, אינם מידתיים.

ח. תגובת המשיבים נפתחת בסקירת המצב הבטחוני בירושלים במחצית השנייה של שנת 2014, ואופן התמודדות המדינה עם האירועים הבטחוניים. לגופו של עניין, המשיבים טוענים, כי פקודת הביטול מעולם לא נכנסה לתוקף, שכן לא פורסמה כנדרש ומהוה חוק נסתר לעניין סעיף 11א(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט. לטענת המשיבים, מובן כי הפטור מפרסום הקבוע בתקנה 4 לתקנות ההגנה אינו חל על ביטול החוק אשר מכוחו הותקנו התקנות מעיקרא. לשיטת המשיבים תקנות ההגנה מהוות חקיקה דבר חקיקה ראשי, ואף אם נראה אותן תקנות ההגנה כחקיקת משנה, אין לבטלן מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן נחקקו בטרם חוק היסוד ולכן מהוות הן דין שמור, מכוח סעיף 10 לחוק היסוד.

ט. בנוגע לאפשרות העותרים להתגונן בפני הצו, טוענים המשיבים, כי ניתנה לעותרים פראפרזה גלויה המפרטת את הסיבה להוצאת הצו. בנוסף, נערכה לעותרים חקירה ובמסגרתה הוטחו בהם החשדות העומדים נגדם. המשיבים מכירים בכך שהעותרים לא נחקרו בנוגע למעשים קונקרטיים, אך לטענתם חקירה מסוג זה הייתה מסכנת את מקורות המידע. בנוגע לטיב הראיות שעמד בבסיסה של הוצאת הצו, המשיבים טוענים, כי מדובר במידע אמין ומוצלב. בנוגע למידתיות, טוענים המשיבים, כי משך הצו ותחולתו הגיאוגרפית מידתיים לצורך הבטחוני ולנסיבותיהם של העותרים. בנוגע לעריכת השימוע בדיעבד, טוענים המשיבים, כי הכרחי היה לערוך את השימוע כך בשל המצב הבטחוני בירושלים והחשש פן יימלטו מן הרשויות. המשיבים מכירים בכל שהכלל במשפט המנהלי מחייב עריכת שימוע, אך טוענים כי במקרים בהם מתן שימוע מראש עלול לסכל את מטרת ההליך, ניתן להסתפק בשימוע בדיעבד.

י. בדיון ביום 16.3.15 חזרו הצדדים בפנינו על עיקר טענותיהם. העותרים הדגישו, בין השאר, את הבעייתיות הכרוכה בשיהוי שחל בין מועד הוצאת הצו לבין השימוע שנערך בעניינם. המשיבים ביקשו להבהיר, כי השימוע שנערך לעותרים אינו

חקירתם במשטרה, אלא ההשגה שהוגשה על-ידם ונשמעה על-ידי נציג מטעם מפקד פיקוד העורף.

הכרעה

יא. נתיחס בתמצית לטענה בדבר תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945. טענה זו שובת לב תדיר, שכן תקנות אלה אינן לתפארת מדינת ישראל; הן יציר כפיו של השלטון המנדטורי, ושימשו בידי כלי להתמודדות עם מאבקו של הישוב היהודי לעצמאות. שנה זו היא שנת מלאת שבעים לתקנות אלה, והגיעה מזה עת רבה שעתן להתחלף בחקיקה ישראלית, וכך ראוי; זו תהא כפופה לביקורת שיפוטית יותר מאשר התקנות הללו, הכפופות לשמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואכן, מצויה היתה על האבניים בכנסת הצעת חוק לתיקון תקנות ההגנה (שעת חרום) (ביטול תקנות), תשע"ג-2013 (הצעות חוק הממשלה תשע"ג, 992) שם הוצע בין השאר לבטל את תקנות 108-109 – ולפנינו, כזכור, טענה לעניין תקנה 108 – בכפוף לחקיקת חוק המאבק בטרור (הצעת חוק המאבק בטרור, תשע"א-2011, הצעות חוק הממשלה תשע"א, 1408). ואולם, ההצעות הללו לא הבשילו לצערנו לכלל חקיקה, ועל כן תקנות ההגנה עודן דין במדינת ישראל, למעט תקנות מסוימות שבוטלו לאורך השנים. בבג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (2012), שנדרש להארכה החוזרת של הכרזת החרום במדינה, נאמר בחוות דעתי:

"בהקשר זה פורסם לאחרונה תזכיר חוק לתיקון תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 (להלן תקנות ההגנה). תקנות ההגנה הותקנו כידוע בתקופת המנדט הבריטי בארץ ישראל על ידי השלטון המנדטורי כאמצעי לביסוס סמכויותיו של הנציב העליון (סעיף 6 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל (הגנה) 1937), וכללו הוראות בנושאים רבים, בין היתר, מעצר וגירוש, תפיסה והחרמה של נכסים בידי הממשלה, שיפוט וענישה בבתי משפט אזרחיים וצבאיים, צנזורה צבאית, הטלת מיסים ועוד. תקנות אלו נקלטו אל הדין הישראלי לאחר סיום המנדט, דרך סעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט. תקנות ההגנה הללו, חרף שמן, מהוות דבר חקיקה ראשי ותוקפן אינו מותנה בקיומה של ההכרזה לגבי שעת חרום; אולם המהלך הנזכר נראה כמורה שוב על הלך הרוח ועל ההבנה מצד הרשויות, כי הגיעה העת להיפרד משארי חקיקת החירום המלוים אותנו מאז קום המדינה; וחלקה נראה כמובן אנכרוניסטי, שלא לומר דרקוני. בתום 64 שנים".

והדבר נאמר שוב ושוב גם בעבר; ראו בין השאר בג"ץ 8084/02 עבאטי נ' אלוף פיקוד העורף פ"ד נז(2) 55 (2003); בג"ץ 10647/03 שרבאטי נ' אלוף פיקוד העורף פ"ד נח(1) 810 (2003); בג"ץ 5211/04 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף פ"ד נח(6) 644 (2004).

לכן הניסיון להשיג על תקפותן של התקנות לא יצליח. אך לאחרונה, בבג"ץ 8097/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (31.12.14) נאמר לגבי תקנה 119 לתקנות ההגנה, כי הסמכות להפעלתה קיימת, ושיקול הדעת – הסבירות – הוא השאלה המרכזית (פסקה כ'); ראו גם עמיחי כהן וסטיוארט כהן יורים ושופטים, בטחון ומשפט בישראל (2014) 67-68. כך גם בסופו של יום בענייננו, ודברים אלה יפה כוחם גם לתקנה 108.

יב. תשובת המדינה באשר לפקודת הביטול המנדטורית מקובלת עלינו; עסקינן במובהק בחוק נסתר, שעל כן אין לו תוקף; גם אם לא פורסמו דברים מסוימים בעיתון הרשמי המנדטורי בשל המצב הבטחוני ששרר בשלהי המנדט, הדעת נותנת כי אין לפרש שהכוונה לחוק רב משמעות אשר ניתן היה לבטלו בדרך זו, אלא אולי להודעות טכניות כאלה ואחרות.

יג. זו ההזדמנות לשוב ולהפציר בכנסת החדשה, המתחילה דרכה בשעה טובה, כי יתקבל חוק המאבק בטרור וניפרד מתקנות ההגנה.

יד. אשר למקרים הספציפיים, עיינו בהסכמה בחומר חסוי רב. אכן, יש לראות את הצוים על רקע התקופה והנסיבות הלא משמחות בירושלים ובאיזור. מצאנו נכונות את הפרפרזות שניתנו על-ידי המשיבים, קרי, לגבי דרבאס כי הוא פעיל בחז"ע בעיקר בכפרו, לרבות השתתפות בפיגועי טרור עממי והובלתם ובהפרת סדר; לגבי דרויש כי הוא פעיל חז"ע ופעולותיו דומות לשל דרבאס; ולגבי אלעזר כי הוא פעיל חז"ע מרכזי הקשור לפעילים בכירים בארגון, והשתתף באירועים אלימים בשועפאט לאחר הרצח הנורא של הנער מוחמד אבו ח'דיר. הדברים ידועים היטב, כמובן, לעותרים עצמם.

טו. חלק מן הטענות נסבו – כאמור – על הצד המסגרת, החקירה ומועדי השימוע. אכן יש קושי בחקירות מעמיקות כאשר חלק ניכר מן החומר הרלבנטי מבוסס על מידע מודיעיני שלא ניתן לחשפו; ועל כן נתון הדבר לביקורת שיפוטית – ובית משפט זה יושב שבוע שבוע בתיקי מעצרים מינהליים שהחלו בבתי משפט צבאיים בשתי דרגות,

ובודק בהרכב שלושה שופטים את החומר החסוי. כך גם בנידון דידן. מאידך גיסא, כבר נאמר לא אחת, כי חקירה צריך שתהא ממשית (בג"ץ 1546/06 גזאוי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (2006)). על הרשויות לעשות מאמץ לחקירה רצינית ככל הניתן, ובלוח זמנים המשוה לה את ההגינות הראויה וגם את הנראות הראויה; על המשיבים ליתן דעתם, במבט צופה פני עתיד, למאמץ ככל הניתן לחקירה רצינית וגם ללוח זמנים מזוורז לשימוע מראש, וכשהוא נעשה בדיעבד, וההכרח לא יגונה – ללא דיחוי; וכמובן, ככל שניתן להגיע לתיק פלילי "רגיל" ולא לתחליפים, הנה מה טוב. עם זאת, גם אם נפלו פגמים בהקשר זה, והמדינה אינה מתכחשת להם אך מבקשת להסביר אותם – לא היו אלה בעוצמה המצדיקה התערבות מצדנו, וכמובן ניתן תמיד להפיק לקחים.

טז. אשר למידתיות, עסקינן בהרחקה שאינה מעצר, לתקופה קצרה ולא ממושכת מאוד; ראו בימים אחרונים בג"ץ 1656/15 אטינגר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (16.3.15), שם היתה הרחקה לתקופה ארוכה יותר, וכמובן כל תיק לנסיבותיו. פשיטא, כנאמר לא אחת, שאין להשוות סנקציה מעין זו לחמורות ממנה.

יז. סוף דבר: איננו נעתרים לעתירות.

ניתן היום, כ"ח באדר התשע"ה (19.3.2015).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה