



24 באפריל 2012

לכבוד
מר רז נזרי
המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי)
משרד המשפטים
ירושלים

שלום רב,

הנדון: תזכיר חוק תקנות ההגנה (שעת חירום) (ביטול תקנות), התשע"ב-2012

1. אנו מברכים כמובן על ההצעה לבטל חלק מתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 ועל הבחינה היסודית שנערכה לגבי מכלול ההסדרים המעוגנים בהן. מדובר כידוע בדבר חקיקה דראקונית ומיושן מתקופת המנדט הבריטי, המעניק לרשות המבצעת סמכויות טוטאליטריות באופיין, אשר אינן הולמות, בלשון המעטה, מדינה דמוקרטית.

2. לאור חומרת ההסדרים, הכלולים בתקנות ההגנה, הפוגעים בצורה קשה בזכויות אדם, ניתן היה לקוות כי הם סוף כל סוף יבוטלו כליל. אלא שההצעה הנוכחית, תחת לבצע את הרפורמה המהותית הנדרשת בנושא זה, מבקשת לבטל ככלל רק הסדרים, אשר אף הרשות המבצעת עצמה אינה סבורה שהיא זקוקה להן, ולבטל באופן "מותנה" הסדרים אחרים, אשר צפויים להיות מעוגנים בהצעת חוק המאבק בטרור.

3. בין ההסדרים הדראקוניים והפוגעניים, **שלא יבוטלו** במסגרת תיקון זה (ומדובר בדוגמאות להמחשה בלבד):

- **מערכת בתי המשפט הצבאיים** – התזכיר מציע **שלא לבטל** את הפרק בתקנות ההגנה, המסמיך את הצבא לקיים מערכת של בתי משפט צבאיים בתוך מדינת ישראל, לשפיטת אזרחים הנאשמים בעבירות מסויימות. זאת, על אף שבית המשפט הצבאי בלוד הפסיק את פעילותו לפני למעלה מעשור, וחשוב מכך – על אף האופי האנטי-דמוקרטי המובהק של מערכת מעין זו. בדברי ההסבר לתזכיר נאמר, כי צפויה להתחיל עבודת מטה נפרדת לבחינת ההיבטים השונים של סוגיה זו (שכן "התעוררו שאלות כבדות משקל בדבר הצורך בערכאה שיפוטית מיוחדת, בפניה ניתן יהיה להעמיד לדין נאשמים בעבירות ביטחון חמורות, בפרט בעיתות חירום ובמצבי קיצון, ובנסיבות שבהן בתי המשפט האזרחיים אינם מתפקדים כסדרם..."), וכי כל עוד לא הושלמה עבודה זו, לא ניתן לבטל את ההסדר הקיים. אלא, שאף אם קיים צורך או הצדקה לבחון מנגנונים שונים להתמודדות מערכת המשפט עם מצבי חירום של ממש, אין כל קשר בין סוגיה זו לבין ההסדר האנטי-דמוקרטי הקבוע בתקנות, ואין כל הצדקה להותירו על כנו.

- **הצנזורה** - באופן דומה, התזכיר מציע **שלא לבטל** את הפרק בתקנות, העוסק ב"צנזורה". ככל שיש צורך במנגנון מסוג זה, הגיע העת להסדירו בחקיקה מודרנית, העומדת במבחן החוקתיות. בשולי הדברים יוער בהקשר זה, כי ההסדר הקיים בתקנות לא רק מאפשר למי שמונה כ"צנזור" למנוע פרסומים, אלא גם מעניק לגורמים שונים ברשות המבצעת סמכויות מרחיקות לכת לחפש בדברי דואר ולחפש אצל נוסעים, המבקשים לצאת את הארץ או להיכנס אליה.

- **סמכויות אכיפה גורפות לחיילים ולשוטרים, לרבות סמכויות מעצר**: הסדר נוסף שהוחלט שאין מקום לבטלו, הוא ההסדר הקבוע בתקנה 132 לתקנות, המעניק לשוטר או ל"חבר לחילות הממשלה" את הסמכות לעצור כל אדם, אם "חדל מלהניח את דעתם בדבר זהותו או בדבר תכליות שלשמן הוא שוהה במקום או נמצא" ואם הם חושדים שהוא "פעל או שהוא עומד לפעול בכל אופן העשוי לפגוע" בסדר הציבורי. על פי תקנה 132(2), ניתן להחזיק אדם, שנעצר לפי תקנה זו, לתקופה של עד 9 ימים, ובלבד שניתנה הודעה על כך "תיכף ומייד" למפק"ל. בהקשר זה נטען בדברי ההסבר לתזכיר, כי "מוצע שלא לבטל את תקנה 132, המקנה לחייל ולשוטר סמכות מעצר בנסיבות המפורטות בתקנה, בהעדר הסדר חלופי הולם בחקיקה הישראלית, המקנה סמכויות אלה לחיילי צה"ל, כמבואר לעיל." אלא שכלל לא ברור מדוע יש להעניק לחיילי צה"ל סמכויות מעצר מסוג זה.

- תקנה נוספת שהתזכיר מבקש להותיר על כנה היא תקנה 72, הקובעת כי "כל חבר לחילות הממשלה וכל שוטר וכל מוכתר רשאים לאסור ללא פקודה כל אדם שהם מצאו עובר, או שהם חשודים בו חשד סביר כי עבר, עבירה על התקנות האלה". לעניין תקנה זו, וכן לעניין תקנות 74-76, העוסקות בתפיסה והחרמה, כניסה למקומות, וחיפוש בבני אדם, נטען כי "מוצע שלא לבטל [תקנות אלה] המקנות למשטרת ישראל ולצה"ל סמכות אכיפה מסוגים שונים. בעוד שסמכויות אלה ואחרות הוקנו למשטרת ישראל, ברבות השנים, בדברי חקיקה שונים, באופן המייתר את הפעלת הסמכויות הקבועות בתקנות ההגנה על ידה – הרי שלצה"ל לא הוקנו סמכויות דומות בחקיקה הישראלית; ומכיוון שמדובר בסמכויות כגון מעצר, חיפוש ותפיסה, שעדיין נחוצה הפעלתן על ידי חיילי צה"ל לצורך ביצוע משימותיו, תקנות אלה אינן ניתנות לביטול במועד זה (ר' למשל בג"צ 7455/05 הפרורם המשפטי למען א"י ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד (נט) 5(904). **אולם דווקא בפסק דין זה חזר בית המשפט על ההמלצה, אותה השמיע בפרשה אחרת שעסקה אף היא בשימוש בתקנות במהלך ההתנתקות (בג"צ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד (נט) 2(876 (2005)), לבטל סוף סוף את תקנות ההגנה. וכך אמר בעניין לוי:**

"בטרם אסיים מבקש אני לשוב ולהציע כי הכנסת תשקול את ביטולן של תקנות ההגנה. הצורך לבטל את תקנות ההגנה מלווה את מדינת ישראל מאז היווסדה... כבר ב-1951 קיבלה הכנסת החלטה, שלפיה: "הכנסת מחליטה שתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, הקיימות עדיין במדינה מאז השלטון הבריטי, עומדות בניגוד ליסודות של מדינה דמוקרטית, ומטילה בזה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להביא לכנסת...הצעת חוק לביטול התקנות הנ"ל" (ד"כ 9 (תשי"א) 1816, ישיבה מיום 22.5.1951, עמ' 1828). ידועים דבריו של שר המשפטים י' ש' שפירא (ביוני 1966), כי: "תקנות-שעת-חירום, 1945, מקומן לא

יכירן בספר החוקים שלנו. אין להסתפק במחיקות שמחקנו בהן עד עתה" (ד"כ 46 (תשכ"ו) 1705, ישיבה מיום 13.6.1966, עמ' 1708). במשך הזמן בוטלו חלקים ניכרים של התקנות (ראו מ' כהן "מעשי טלאים" בדיני החירום" [29], בעמ' 638), עם זאת חלקים ניכרים מתקנות ההגנה עדיין עומדים בתוקפם. מן הראוי שהכנסת תחליף אותם בדבר חקיקה ישראלי, התואם את הדרישות של חוקי היסוד" (עמ' 895-894).

ככל שישנו צורך לבחון הענקת סמכויות אכיפה נוספות לחיילי צה"ל בחוק הישראלי (וספק רב בעינינו אם יש מקום לכך), יש לקבוע הסדר, המותאם באופן מדויק לתכלית הראויה הנדרשת, והעומדת במבחן החוקתיות.

• **הריסת בתים** – חומרה מיוחדת נודעת להצעה שלא לבטל את תקנה 119 לתקנות ההגנה, המסמיכה מפקד צבאי להרוס בתים של משפחות של מי שחשודים במעשי טרור. מדובר בענישה קולקטיבית בלתי מוסרית, שאמנם בג"ץ אישר שוב ושוב את השימוש בה, אבל היא מהווה כתם חמור על ספר החוקים וסותרת את המשפט הבינלאומי.

4. בהקשר זה יודגש כי כמפורט בתזכיר, הצעת החוק גובשה בעקבות החלטת ועדת השרים המיוחדת מיום 4.7.11, אשר קבעה בין השאר כי הצעת החוק תבטל את התקנות "שאינן נדרשות עוד לשם שמירה על ביטחון המדינה". משמע, שאף בהתאם להחלטת הממשלה, יש להותיר בתוקף אך ורק את אותן התקנות, **הדרושות לשם שמירה על ביטחון המדינה** – ולא תקנות, אף אם נעשה בהן שימוש, או אף אם לא עוגנו בחקיקה אחרת, אשר אינן עומדות במבחן דווקני זה.

מנגנון הביטול ה"מותנה"

5. ביחס לחלק גדול מהתקנות נקבע, כי יבוטלו "כל עוד" סעיפים שונים בהצעת חוק המאבק בטרור "עומדים בתוקפם". נראה, שמדובר בניסיון פסול לשריין כפוליסת ביטוח את ההסדרים המיושנים שבתקנות ההגנה, למקרה שבג"ץ יבטל חלק מן ההסדרים מרחיקי הלכת והפוגעניים שבהצעת חוק המאבק בטרור. אין כל הצדקה ל"שריין" מסוג זה; על כל הסדר שיחוקק לעמוד במבחן החוקתיות, ואין לנסות ו"לעקוף" או "לנטרל" קביעות עתידיות אפשריות של בג"ץ בדרך כזאת. אם בג"ץ פוסל הוראת חוק, משמעות הדבר שהיא פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות של האדם בניגוד לפיסקת ההגבלה שבחוק היסוד. ספק רב בעינינו אם "ביטול מותנה" מסוג זה עולה בקנה אחד עם חוק היסוד, ובכל מקרה הוא אינו ראוי.

6. בתזכיר מוסבר, כי "מאחר שמדובר בחוק שטרם הושלמה חקיקתו, הרי שלא ניתן לקבוע בוודאות כי נוסח הצעת החוק יאומץ כלשונו ויעמוד בתקפו, ולפיכך לא ניתן להבטיח, בשלב זה, כי אכן יהיה תחליף מספק לאותן הוראות מתקנות ההגנה אשר עדיין נעשה בהן שימוש. נוכח חשיבותן של הוראות אלה לצרכי השמירה על ביטחון המדינה ואכיפת החוק, נדרש לוודא כי לא ייווצר מצב בו מבוטלות ההוראות בתקנות ההגנה מבלי שאכן קיים להן תחליף מספק בחקיקה חדשה. על כן נקבע, בהתאם לאמור בסעיף ב' להחלטת הממשלה, כי במקרים אלה ביטול

התקנה יהיה בתוקף כל עוד הסעיפים הרלוונטיים בחוק המאבק בטרור יעמדו בתוקפם".
אולם ברי, שאם החשש היה רק מפני ביטול תקנות טרם חקיקת הצעת חוק המאבק בטרור,
ניתן היה להתמודד עם חשש זה בדרכים אחרות, כגון באמצעות הוראות תחילה מתאימות
(ואכן, נקבע בסעיף 3 להצעה, כי התיקון ייכנס לתוקפו ביום תחילתו של חוק המאבק בטרור).

7. כזכור, את [הערותינו המפורטות](#) להצעת חוק המאבק בטרור העברנו אליכם ביום 1.7.10 לאחר פרסום התזכיר, וביחס לחלק גדול מהוראותיה הטעמנו, כי הן מהוות "נירמול" בעייתי של הוראות דראקוניות מחקיקת החירום ומתקנות ההגנה. אין זה המקום לחזור בפירוט על דברים אלה, אולם גם בכך יש כדי להפחית, למרבה הצער, מתרומת ביטול חלק מהתקנות לשמירה על זכויות האדם בישראל.

ביטול הסדרים פליליים תוך הותרת הסמכויות על כנן

8. לגבי חלק מהתקנות (תקנה 127 ("השגת גבול ושוטטות")); תקנה 139 ("פגיעות ברכוש"), תקנה 140 ("הפרעה"), ותקנה 143 ("מכשירי מסירה אלחוטיים")) נקבע, כי הן "בטלות, למעט לעניין הסמכויות הקבועות בתקנות 72, 74-77, 119 ו-145".

9. משמעות הדבר, כמוסבר בתזכיר, כי לא ניתן יהיה להגיש כתב אישום בעבירות אלה, אך ניתן עדיין יהיה להפעיל ביחס אליהן את סמכויות האכיפה השונות שנקבעו בתקנות הנ"ל – כגון סמכויות מעצר, חיפוש, כניסה למקום, החרמת רכוש, ועוד.

10. כדברי התזכיר: "לגבי חלק ניכר מהסמכויות האמורות – לפי לשון התקנות, הפעלתן מותנית בכך שנעברה עבירה על תקנות ההגנה, או בקיומו של חשד לכך (כך למשל – החשד שאדם מסויים עבר עבירה לפי תקנות ההגנה מצמיח סמכות מעצר על ידי חייל). מכיוון שכך, קיים צורך לשמור, בשלב זה, באופן חלקי... גם מספר מצומצם של תקנות הקבועות עבירות פליליות מסויימות, לצורך שימור היכולת להפעיל את הסמכויות התלויות בכך. זאת, על אף שאין בהותרת אותן עבירות על כנן צורך כבסיס להעמדה לדין פלילי (נוכח קיומן של עבירות חלופיות בחקיקה הישראלית). על כן, לגבי תקנות אלה – נקבע בהצעת החוק כי הן בטלות לכל דבר ועניין, למעט לעניין הסמכויות הנקובות בסעיף המוצע. משמעות הקביעה היא כי לא ניתן יהיה להעמיד אדם לדין בגין העבירה הקבועה בתקנה, אולם הסמכות הנתונה לרשויות, ואשר מבוססת על ביצוע ההתנהגות הפסולה המתוארת בתקנה (או חשד לכך) – תישאר בתקופה...".

11. לא ראוי, ואף אין זה חוקתי, להעניק לרשויות סמכויות מעצר וחיפוש ביחס לעבירות, לגביהם לא ניתן לנקוט הליך הפלילי.

"תחזוק התקנות"

12. בשולי התזכיר הודגש, כי "הנחת יסוד נוספת לעבודת הצוות הבין-משרדי האמור, היתה כי במסגרת תיקון החקיקה הנוכחי, לא יוכנסו תיקונים בנוסח תקנות מתקנות ההגנה הנשארות

בתוקף, במטרה לשפר את ההסדרים המעוגנים בהן כיום. מעבר לכך שהחלטת ועדת השרים האמורה, מכוחה הוקם הצוות, לא כיוונה לכך, הרי שייזום תיקונים מעין אלה מחייב בדיקה יסודית ומקיפה של ההסדרים הנדרשים לעומת אלה המעוגנים בתקנות, וגיבוש מתווה מורכב לתיקון התקנות בהתאם לכך. לעבודה בהיקף הנדרש לכך נדרש פרק זמן משמעותי ביותר, והיה בה כדי לעכב במידה ניכרת את המהלך החשוב של ביטול מספר גדול של תקנות מתוך תקנות ההגנה – אשר אין מניעה לביטולן המיידית. כן יש להוסיף כי בבסיס הנחת יסוד זו עמדה גם ההבנה כי אין מקום לתקן היום את תקנות ההגנה, ובכך "לתחזק" אותן ולשמר את המשך ההסתמכות עליהן, אלא – ככל שהדבר נדרש, יש מקום לקיים בירור מהותי בעניין כל אחד מן הנושאים שיישארו עדיין מעוגנים בתקנות ההגנה, וזאת במטרה להסדירם בבוא העת באופן מקיף, הולם ומידתי – בחקיקה ישראלית חדשה, אשר במסגרתה יבוטלו תקנות ההגנה המתיתרות. עם השלמת חקיקת חוק המאבק בטרור והחוק לביטול תקנות מתקנות ההגנה – תיבחן האפשרות לקדם עבודת בדיקה לגבי התקנות שיישארו בתוקף, במטרה לאפשר את ביטולן בהמשך, ובמקביל לקידום חקיקה חלופית."

13. אין לנו אלא להסכים להנחת עבודה זו – אין כל מקום "לתחזק" את התקנות, וככל שיש בהן נושאים, הראויים להסדרה, ראוי לעשות זאת במסגרת חקיקה מודרנית וחוקתית. אלא שדווקא הדרך שנבחרה בתזכיר, בעקבות החלטת הממשלה – של ביטול "מותנה" בלבד של חלק גדול מההוראות, גם לאחר שיעוגנו בחקיקה אחרת – היא אשר תוביל ל"תחזוקה" פסולה של התקנות.

בכבוד רב,

לילה מרגלית, עו"ד

דן יקיר, עו"ד
היועץ המשפטי

העתק: גב' עמית מררי, משרד המשפטים