

רוזנטל את יחיא - משרד עורכי דין

אגדרה רוזנטל, עו"ד
מוסטפא יחיא, עו"ד

04/04/2004

סימוכין: 1587/3

לכבוד

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

באמצעות הלשכה המשפטית

בית אל

..א.

הנדון: השגה בעניין בג"צ 295/04, 296/04, 297/04 ו-1008/04

הריני לאשר קבלת מכתבו של סגן הראל בדבר כוונתך להחרים ולהרוס מבנה בין שתי קומות בכפר מזרעה אל שרקייה, וזאת "הואיל וצרכים צבאיים דחופים מחייבים זאת." אנו מניחים, למרות שהרבר לא נאמר באופן מפורש כי הינך פועל בהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום) 1945.

הבסיס המשפטי:

1. לטענתנו אין למפקד כוחות צה"ל סמכות לפעול בהתאם לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום) 1945.
תקנות אלה בוטלו ע"י בריטניה ערב עויבתה את ארץ-ישראל ואין בכוחו של סעיף 2 למנשר דבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967 כדי לחיותם מחדש.
סעיף 2 למנשר הג"ל קובע כי -
"המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 יוני 1967)
יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור."
תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945 בוטלו ביום 14.5.1948.
א. במבוא לתקנות ההגנה (שעת חרום) 1945 נרשמו הדברים הבאים:

"In exercise of the powers vested in the High Commissioner by Article 6 of the Palestine (Defence) Order in Council, 1937, and of all other powers enabling him, the Officer Administering the Government hereby makes the following regulations:-"

משמעות הדבר, תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945 הותקנו מכוח סעיף 6 ל- Palestine (Defence) Order in Council, 1937.

ב. סעיף 6, ל- Palestine (Defence) Order in Council, 1937 קובע כי –

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

"(2) Without prejudice to the generality of the powers conferred by the preceding sub-section, Defence Regulations may –

(a) ...

(b) authorise –

(i) the taking of possession or control, on behalf of His Majesty, of any property or undertaking;
..."

ג. סעיף 2(2) קובע –

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

ד. סעיף 4 קובע –

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

3. א. ב-29 לאפריל 1948 חוד מלכותו עשה שימוש בסמכויותיו לפי סעיף 4 לעיל וב-

Palestine Act, 1948 קבע, בסעיף 3(2), כלהלן:

"Subject to the provisions of this section, any other enactment of the Parliament of the United Kingdom which, immediately before the appointed day, applies or extends to Palestine, whether by virtue of any Order in Council or otherwise, shall cease on the appointed day to apply or extend to Palestine;

ב. ובנוסף לכך ב-12 למאי 1948 חוד מלכותו הוציא מתחת ידו The Palestine

(Revocations) Order in Council, 1948 אשר קבע בסעיף 2(2) כלהלן:

"(2) 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."

בסוף התוספת נרשם: "Palestine (Defence) Order in Council 1937".

ובתור השני לתוספת, בסוף, נרשם: "The whole Order."

ג. תחילתו של ה-The Palestine (Revocations) Order in Council, 1948 נקבע ליום 14 במאי 1948.

ד. על פי סעיף 36 לחוק הפרשנות משנת 1889, החל בעניינו, קובע כלהלן:

"(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."

ה. לטענתנו, כאשר מפקד נוחות צה"ל קבע בשנת 1967 במבוא לתקנות ההגנה, כפי שצוטט לעיל, כי מכוח סעיף 6 של דבר המלך במועצה על פלשתינה הוא מתקין התקנות, סעיף 6 לדבר המלך במועצה כבר בוטל ביום 14.5.1948.

על פי דברי החקיקה אשר צוטטו לעיל ערב יציאת בריטניה משטחה של "ארץ-ישראל" היא ביטלה את תחולתם של החוקים – מכל סוג שהוא – על פלסטינה.

יתרה מזאת, תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945 הותקנו מכוח Palestine (Defence) Order in Council 1937 אשר בוטל, במלואו באופן מיוחד, כפי שצוטט לעיל. המחוקק הבריטי לא הסתפק בביטול כללי של תחולתם של חוקים שונים על פלסטינה והוסיף באופן

מפורש את ביטולו של ה-Palestine (Defence) Order in Council 1937.

ו. על פי סעיף 32(3) ל-Interpretation Act, 1889

"Where an Act passed after the commencement of this Act confers a power to make any rules, regulations, or byelaws, the power shall, unless the contrary intention appears, be construed as including a power, exercisable in the like manner and subject to the like consent and conditions, if any, to rescind, revoke, amend, or vary the rules, regulations, or byelaws."

כלומר, ביטול ה-Palestine (Defence) Order in Council 1937 נעשה בסמכות. בבג"צ נוואל נ' מפקד נוחות צה"ל, פ"ד לט(3) 645, בעמ' 653-652 וטענה טענה דומה, 4.

אשר נדחתה ע"י בית המשפט העליון בהסתמך על צו בדבר פרשנות (הוראות נוספות)(מס' 1)(אזור הגדה המערבית)(מס' 160), תשכ"ח-1967. אנו מבקשים להתייחס בעת לפסיקת בית המשפט העליון בעניין זה ולהראות כי הטענה לא נטענה במלואה וכי למעשה, אי פרסום של (No.1004) The Palestine (Revocations) Order in Council, 1948 בעתון הרשמי אין ולא כלום לאי תחולתן של תקנות ההגנה (שעת חרום), 1948.

א. תקנות ההגנה (שעת חרום), 1948 בעצמן קובעות, בתקנה 4(5) כלהלן: 5.

”הרשות הנותנת או המוציאה אותם צו, הוראה, דרישה, הודעה או מנזר כל שהם שנזכרו בחקנת משנה (4), תגרום לכך שתמסרנה ידיעות על נפקותם בהקדם האפשרי ובאותו אופן שתמצא אותו נחוץ, כדי להסב אליהם את תשומת לבם של כל בני-אדם הצריכים לדעתה – לכך שתהיינה בידיהם אותן ידיעות, אך שום צו, הוראה, דרישה, הודעה או מנזר כאלה לא יהיו ולא ייעשו נטולי תוקף לגבי אדם כלשהוא, שעליו הם משפיעים, עקב העובדה שתשומת לבו לא הוסבה על הצו, ההוראה, הדרישה, ההודעה או המנזר.”

כלומר הביטול, גם אם לא היה בידיעתו של מאן דהו בפלסטינה בעת הפרסום, הינו בתוקף.

ב. יתרה מזאת, המצב שהיה קיים בפלסטינה ערב יציאתם של הבריטים היה יודע לשלטון הבריטי, הריבון בזמנו, אשר התייחס למצב שבו חוקים, תקנות ועוד לא מגיעים לפרסום בעתון הרשמי בשל ”המצב” בפלסטינה. וכך נקבע בתוספת לעיתון הרשמי משנת 1948 החתום ע”י התובע הכללי ביום 4.5.1948 :

"Legislation enacted and Notices issued which have not been Gazetted.

Preface

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 28th April, 1948. To meet this difficulty an Order of the High Commissioner under the Palestine Order in Council, 1948, was enacted on the 29th 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."

6. אנו מבקשים לפנות לצו בדבר פרשנות (הרואות נוספות)(מס' 1)(אזור הגדה המערבית)(מס' 160), תשכ"ח-1967. סעיף 1 מגדיר את המונח "הוק נסתר" כלהלן: "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."
- סעיף 2 לאותו צו קובע כלהלן:

"כדי להסיר ספק, נאמר בזה כי חוק גסתר אין לו ומעולם לא

היה לו כל תוקף."

בבג"צ 513/85 נזאל ג' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לט(3), 645, עמ' 652-653 חתייחס בית המשפט העליון לתיקון מספר הנ"ל.

"בחקיקה הישראלית הפנימית נכללה ההתייחסות לדברי החקיקה הנסתרת בסעיף 11א' לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 (חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ט-1949). הוראה דומה הובאה בתחיקת הבטחון בצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 1) (אזור יהודה ושומרון) (מס' 160), תשכ"ח-1967 הקובע, לשם הסרת ספק, כי חוק גסתר אין לו ומעולם לא היה לו תוקף."

לטענתנו אין להשוות בין דבר חקיקה של כנסת ישראל, בסמוך לאחר שבריטניה הגדולה עזבה את פלסטין, לבין תחיקת הבטחון של כובש 21 שנה לאחר מעשה. הכנסת הריבונית החליטה שכל דבר שלא פורסם בעתון הרשמי בין תאריכים מסוימים בטל הוא, וזאת בניגוד לדברי הריבון הקודם – כפי שצוטטו בסעיף 5 (ב) לעיל. אין בכך כל פסול. אך אין אנו יכולים להסכים עם דברי בית המשפט העליון כאילו בכוחו של צו צבאי משנת 1967 לבטל דבר חקיקה של הריבון מ-1948 מבלי לציין מפורשות באיזה חיקוקים מדובר.

גם יועצי דאז לא נחו עם דרך זו והראיה: הצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 5) (הגדה המערבית) (מס' 224), תשכ"ח-1968. להלן הצו במלואו:

בתוקף סמכותי כמפקד האזור, הנני מורה בזה לאמור:

1. בצו זה –

"תחיקת שעות חירום" – כמשמעותה בתקנה 3 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

2. (א) לשם הסרת ספק מובחר בזה, כי תחיקת שעת חירום איננה מתבטלת מכללא על-ידי תחיקה מאוחרת שאיננה תחיקת שעת חירום.

(ב) תחיקת שעת חירום מתבטלת רק על-ידי חקיקה הקובעת מפורשות, ותוך אזכור שמה, את דבר ביטולה.

3. תחיקת שעת חירום אשר היתה בתוקף באזור אחרי יום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) תמשיך לעמוד בתוקף מן היום הקובע ואלו חוקקה כתחיקת בטחון, אלא אם בוטלה מפורשות ותוך אזכור שמה כאמור בסעיף 2(ב), לפני היום הקובע או אחריו."

לו הצו בדבר פרשות מס' 1 היה מספיק ברור לא היה כל צורך ב"הוראות נוספות" ועוד בעניין של תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945. הרי מעמדם החוקי של תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 בשנת 1967 היה ברור: הן בוטלו. הירדנים, אשר כבשו אתה שטח לפניך עשו שימוש בתקנות שהיו בתוקף בתוך תחומיה של הממלכה החשמית ולא בשרידים של המנדט הבריטי.

למענתנו, כאמור לעיל, תקנות ההגנה כבר לא היו בתוקף ביום 14.5.1948. יתרה מזאת, הן בוטלו, ב"אזכור שמה" עוד לפני "היום הקובע" ע"י חקיקה. 7. אנו מפנים לסעיף 10 לצו בדבר פרשנות (אזור הגדה המערבית)(מס' 130), תשכ"ז-1967, הדומה לסעיף 32(3) ל-Interpretation Act 1889:

"הסכמות ליתן תחיקת בטחון תתפרש ככוללת את הסמכות לבטלה, לשנוחה, או להפסיקה לשעה."

הרי גם בעיניך, על פי הסעיף הנ"ל, בסמכותה של בריטניה הגדולה, ערב עזיבתה את פלסטינה, לבטל תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, באותה מידה שהיה בכוחה להחקיין. 8. אנו מפנים לצו בדבר פרשנות (הוראות נוספות)(מס' 2)(אזור הגדה המערבית)(מס' 161), תשכ"ח-1967 הדומה, אם לא זהה, לאותה הודעה מטעם התובע הכללי (הבריטי) מיום 4.5.1948 שצוטטה בסעיף 5(ב) לעיל.

9. לסיכום פרק זה, אנו טוענים כי למרות השנים שחלפו מאז 1967, ולמרות הפעולות שביצעו מכוחן של תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, אנו טוענים כי תקנות אלה מעולם לא היו חלק מן הדין הקיים מיום עזיבתה של בריטניה הגדולה את פלסטינה וזאת בשל ביטולן ע"י המחוקק המוסמך הבריטי.

טענות כלליות לגבי 4 הבתים:

10. חחילה גפנה לדברי כבוד השופט חשין בבג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה פ"ד מז (3) 693, בעמ' 706 מול האות א':

"ויהי כאשר חזקה הממלכה בידו ויך את עבדיו המכים את המלך אביו. ואת בני המכים לא המית ככתוב בספר תורת משה אשר ציווה ה' לאמור לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות כי אם איש בחטאו ימות (קרי: יומת)". (מלכים יד, ה-ו).

11. א. טרם הוכרע דינם של הנאשמים בחיקים שהועברו לעיונינו.
ב. בעבר נטען על ידך כי אין הכרח שתמתין לתוצאות משפט וכי די בראיות מנהליות כדי לאפשר לך לפעול בהתאם לחקנה 119.

ג. טענה דומה הועלתה ע"י העותרים בבג"צ 8084/02 עבאסי ואח' נ' אלוף פיקוד העורף. אך בשל –

"... ההסכמה שגובשה בין העותרים לבין התביעה הפלילית לגבי העונשים להם תטען התביעה במסגרת הדין לעניין גזר הדין ... אין עוד מקום להידרש לטענות אלה של העותרים, ולא נתייחס אליהן."

ד. קיימת פסיקה משנת 1994 התומכת בעמדה כי אין צורך להמתין לתוצאות של הדין בנאשם – בן המשפחה – כדי להרוס את בית המשפחה.

ה. אנו טוענים כי לאור טיבה של תקנה 119 יש להמתין עד סוף הבירור המשפטי ורק אז להחליט האם יש טעם ענייני לעשות שימוש בתקנה זו.

א. מאחר ותקנות ההגנה קדמו לסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין בכוחו של חוק היסוד לפגוע בתוקפן. ואולם, ברור לכולנו, כי אין לשריד זה מתקופת המנדט מקום בספר החוקים במדינה יהודית ודמוקרטית וגם לא בספר החוקים בשטחים המוחזקים על ידי אותה מדינה יהודית ודמוקרטית. גם אם נקבע על פי הפסיקה כי הפעלת התקנה אינו עונש קולקטיבי, אינו פוגע בחפים מפשע אשר אשמתם לא הוכחה - הלכות אלה אינן מתאימות למדינה דמוקרטית כאשר המדובר הוא באיזון בין זכויות אדם מתנגשות.

הרי נטען לאורך השנים (כ-55) כי בהפעלת תקנה 119 –

"... יש השפעה מרתיעה על פעילות הטרור."

עמ' 3 בפסק הדין בעניין עבאסי שצוטט לעיל.

זוהי אחיזת עיניים. טענה זו נטענה ע"י המדינה פעם אחרי פעם, נחקבלה ע"י בית המשפט העליון פעם אחרי פעם, והפיגועים ממשיכים להתרחש, פעם אחרי פעם. יש טעם לומר את הדברים באופן ברור: המדובר בפעולה אשר מטרתה העיקרית היא נקמה.

ב. אנו מפנים לדעת מיעוט בבג"צ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה

פ"ד מו(3), 693 בעמ' 705 ואילך:

"דברי חוק שהורחם ולידתם בתקופת המנדט - בהם תקנות ההגנה - פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר נודע להם לאחר קום מדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל - מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית - שונים הם תכלית שינוי מערכי היסוד שבעל המנדט השליט בארץ. עקרונות-היסוד שלנו - ובימינו - הם עקרונות-היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שיתנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים. ראה והשווה, למשל: בג"צ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב (4) 617, 625 ואילך (מפי השופט ברק).

כך היה מאז קום המדינה, ובוודאי כך לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המשתית עצמו על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכים אלה הם ערכי אנוש כלליים, ובהם הערך כי "אין

פוגעים בקניינו של אדם" (סעי' 3 לחוק) וכי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעי' 8 לחוק).

- ג. פורסם בעיתונות, מפעם לפעם, כי עצור זה או אחר מסר לחוקריו, לאחר חקירה ע"י שרות הבטחון הכללי, כי בכונתו היה לבצע פיגוע תופת, אך בשל החשש לפיצוץ בית המשפחה, לאחר מעשה, הוא נמנע מלבצע את הפיגוע.
- אותה מנגינה לאורך כל שנותיה של המדינה, ולצערנו הפיגועים נהיו רק יותר ויותר קשים.
- למרות מדיניותך בדבר הריסתם ואטימתם של בתים לאורך כל שנות הכיבוש, הפיגועים לא פסקו.
13. א. אנו חוזרים וטוענים כי תקנה 119 הינה תקנה אשר מטרתה ענישה. היא מענישה את ההורים ויתר בני המשפחה בשל מעשיו הלכאוריים של בנם. בית המשפט הנכבד הזה פסק פעם אחרי פעם שאין לטענה זו כל שחר.
- אם כן, נשאלת השאלה מדוע תקנה 119 היא התקנה הראשונה שבחלק י"ב לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 הנושא כותרת "הוראות-ענישה שונות" (הדגש במקור, א.ר.) ?
- הרי אם נצמדים לכחוב בתקנון כאשר באים לפרש את סמכויותך בדבר הפעלת התקנה, אזי יש לקחת בחשבון את כל הכתוב באותה תקנה, כולל הכותרת שצוינה לעיל, ולקרוא את הילד בשמו: הפעלתה של תקנה 119 היא הפעלה של פנקציה עונשית הפוגעת בחפים מפשע ללא עול בכפם. כל פירוש אחר, לאור כותרתו של חלק י"ב לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 הינו אחיזת עיניים.
- ב. אנו טוענים כי אין להעניש בני משפחה, חפים מפשע, בשל מעשיהם, הלכאוריים, של בן המשפחה. עמדה זו מתיישבת עם עקרונותיה של מדינה יהודית ודמוקרטית.
14. אנו טוענים כי שיקולים זרים מנחים את המשיב בהחלטתו להפעיל תקנה 119, קרי נקמה.
15. א. אנו טוענים כי הפעלת תקנה 119 אינו מידתי.
- על פי בג"צ 8084/02 בעניין עבאסי, בסעיף 6 לפסק הדין, נקבע כי –
- "פירושן של התקנות צריך להיעשות על רקע חוקי היסוד. על כן יש להפעיל את הסמכות הנתונה למשיב בתקנה 119 באופן מידתי."
- ב. הפעלת תקנה 119 על ידך מבליטה את חולשתך. אין לך או למדינה כל "תשובה" או פתרון מעשי, לתופעה של מפגעים מתאבדים או של מבצעי פיגועים אחרים, כמו במקרים נשוא השגות אלה. השימוש בתקנה נועד להרגיע את דעת הקהל ולהצביע על פעולה מעשית שבוצעה ע"י מערכת הביטחון כדי למגר את התופעה. אנו טוענים כי זהו שיקול פסול וזר.

בג"צ 295/04 סער נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

16. בית משפחת סער הינו בן 2 קומות ומחולק ל-4 דירות . בבית מתגוררות 14 נפשות כולל העצור.

כל המשפחה מתגוררת בדירה אחת מבין ה-4. יתר הדירות ריקות מאדם.

בג"צ 296/04 חמדיה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

17. בית משפחת חמדיה הינו בן 2 קומות. בבית מתגוררות 9 נפשות כולל העצור.

בג"צ 297/04 ראס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

18. בית משפחת ראס הינו בן 2 קומות. בבית מתגוררות 13 נפשות כולל העצור.

בג"צ 1008/04 רדואן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

19. בית משפחת רדואן בן 2 קומות. בבית מתגוררות 6 נפשות. רדואן מתגורר בבית נפרד, לא סמוך לבית המשפחה.

20. על-כן, מכל הטעמים שפורטו לעיל, אנו מבקשים לקבל את ההשגוח ולחזור כך מכוונתך להחרים ולהרוס את 4 הבתים.

בכבוד רב,

אנדרה רוזנטל

אנדרה רוזנטל, עו"ד

רוזנטל את יחיא - משרד עורכי דין