

מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון

[5.9.88, 14.8.88]

לפני הנשיא מ' שמגר, המשנה לנשיא מ' אלון והשופט ג' כך

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, (ע) 859, (א) 1055, תקנה 130 – מנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור יהודה ושומרון) (מס' 2), תשכ"ז-1967, קמצ"מ (יהודה ושומרון) (מס' 1) 3, סעיף 3 – צו ההגנה (שעת חירום) (צמצום השימוש בשירותי טלפון) (הוראות שעה) (יהודה ושומרון), תשמ"ח-1988, סעיפים 1, 2, א, 3, 4 – צו ההגנה (שעת חירום) (צמצום השימוש בשירותי טלפון) (הוראות שעה) (תיקון) (יהודה ושומרון), תשמ"ח-1988 – אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, כ"א 1, עמ' 559.

בצו ההגנה (שעת חירום) (צמצום השימוש בשירותי טלפון) (הוראות שעה) (יהודה ושומרון), תשמ"ח-1988, הגביל המשיב, מכוח הסמכות הנתונה לו בתקנה 130 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, מתן שירותי טלפון לתקשורת בינלאומית באזור יהודה ושומרון. המשיב הוסמך להחיר את השימוש לבני אדם מסוימים או לסוג של בני אדם. מכאן העתירה. לטענת העותרים, נקט המשיב שיטה של ענישה קולקטיבית, שהיא אסורה לפי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי. עוד טענו, כי יש בהחלטה משום הגבלת הזכות לתופש הביטוי והיא הופעלה בלא שהסכנה לביטחון המדינה הגיעה לדרגה של "ודאות קרובה".

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (1) מטרתה של תקנה 130 לתקנות ההגנה (שעת חירום) היא לקיים מיקוח על ההתקשרות עם ארצות חוץ ולמנוע קשר עם גורמי אויב, העלולים להשתמש בתקשורת הטלפונית לשם העברת מידע, מסירת הוראות או קבלת דיווח (263 ב-ג).
- (2) סבירות השימוש בסמכות על-פי תקנה 130 לתקנות ההגנה (שעת חירום) צריכה להיבחן לאור גסיבות המקום והזמן, והפעלתה בתקופה של מאורעות, שלובשים לבוש של התקוממות, שניזונה גם מהשפעות ומהכוונות מן החוץ, אינה יכולה להיחשב לגטולת היגיון (263 ד).
- (3) השימוש בטלפון לשם העברת הוראות ממפקדות של ארגוני חבלה לפעילי הארגונים כשטח ולשם דיווח מן השטח הוא בגדר צפוי, שהוא גלוי וברור אף מעבר לוודאות קרובה (263 ד-ה).
- (4) התניית ההתקשרות כקבלת היתר מוקדם היא בגדר כל אחת מן הסמכויות הקבועות בתקנה 130 לתקנות ההגנה (שעת חירום), היינו, בתחום הגבלה, ההסדרה או הטלת התנאים (263 ג).

ב. אין ממש בטענה, כי ההגבלה נושא העתירה דנן היא ביטוי לנהגים שאינם מקובלים במשפט הבינלאומי הפומבי, כפי שהוא מופעל על-ידי מדינות בעלות משטר מתוקן (263 ו-1).

התנגדות לצו-על-תנאי מיום 4.5.88. העתירה נדחתה. הצו-על-תנאי בוטל.

א' פיש – בשם העותר;

נ' ארד, סגן בכיר א לפרקליט המדינה – בשם המשיב.

## פ ס ק ד י ן

הנשיא מ' שמגר: 1. עתירה זו עניינה הפעלת תקנה 130 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, לשם התליית שירותי התקשורת הבינלאומית מאזור יהודה ושומרון ואליו.

2. הוראות הדין הרלוואנטיות ליום הדין לפנינו הן אלה:

(א) תקנה 130 לתקנות הנ"ל קובעת במקורה:

“(1) The High Commissioner may by order make provision for restricting the use of the telephone service to such persons or classes of persons as he may think fit or for regulating or imposing conditions on the use of the telephone service, and any such order may further make provision for the enforcement thereof by authorising the removal of telephone lines or apparatus and of the entry on property for that purpose or otherwise.

(2) Any person who shall contravene any order made under subregulation (1) or any condition imposed by any such order shall be guilty of an offence against these Regulations”.

ובתרגום:

“שירותי טלפון

130. (1) הנציב העליון רשאי לקבוע הוראות כצו לשם צמצום השימוש בשירותי הטלפון לגבי אותם בני-אדם או מיני בני אדם, שיראם ראויים לכך, או לשם הסדרת השימוש בשירותי הטלפון או הטלת תנאים על-כך, ונוסף על-כך יכול כל צו כזה לקבוע הוראות לשם כפיית הצו מתוך הרשאה לסלק קווי טלפון או מכשירים ולהיכנס לרכוש לתכלית ההיא או לעניין אחר.

(2) כל אדם, שיפר צו כל-שהוא אשר ניתן לפי תקנת-משנה (1) או תנאי כל-שהוא שהוטל בכל צו כזה, יאשם בעבירה על התקנות האלה."

לפי סעיף 3 למגשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור יהודה ושומרון) (מס' 2), תשכ"ז-1967, הרי במקום "הנציב העליון" – יש לקרוא "מפקד כוחות צה"ל באזור".

(ב) ביום 10.4.88 פירסם אלוף פיקוד המרכז, שהוא מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, את צו ההגנה (שעת חרום) (צמצום השימוש בשירותי טלפון) (הוראות שעה) (יהודה ושומרון), תשמ"ח-1988, ובו ההוראות הבאות:

1. "בתקופת תוקפו של צו זה, לא יינתנו לתושבי האזור שירותי הטלפון הרשומים בתוספת.

(הערה: בתוספת הובא איזכור של שירותי טלפון לתקשורת בינלאומית בין במישרין ובין באמצעות מרכזות – מ' ש").

2. על אף האמור בצו זה, יהיה מפקד צבאי רשאי ליתן היתרים לפיהם לא יחולו הצמצומים לפי סעיף 1 על בני אדם מסויימים או על סוג של בני אדם.

3. כל צמצום בשירותי טלפון באזור שארע לפני תחילת תוקפו של צו זה ייראה כאילו הוא כוצע מכוח צו זה.

4. (א) תחילת תוקפו של צו זה ביום חתימתו.

(ב) צו זה יהיה בר תוקף במשך ששה חדשים מיום תחילת תוקפו, או לתקופה קצרה יותר, כפי שיקבע מפקד כוחות צה"ל באזור."

(ג) ביום 23.6.88 (היינו אחרי הגשת העתירה, שהוגשה ביום 3.5.88) פורסם תיקון לצו הנ"ל – צו ההגנה (שעת חרום) (צמצום השימוש בשירותי טלפון) (הוראת שעה) (תיקון) (יהודה ושומרון) תשמ"ח-1988 – ולפיו ניתוספה זכות ערר כאמור להלן:

"ערר 2א. ביקש אדם היתר לפי סעיף 2 והמפקד הצבאי דחה את בקשתו, יהיה המבקש רשאי לערור על החלטה לפני ועדת העררים כמשמעותה בצו בדבר ועדות עררים (יהודה ושומרון) (מס' 172), התשכ"ח-1967."

3. טענת העותרים היא, כי הפעולה הנ"ל היא בלתי חוקית. ראשיתו של האיסור הייתה קולקטיבית וכוללנית, ואף הוספת המנגנון לבקשת ההיתר וזכות הערר אינם מרפאים את הפגם. לפי הטענה, האיסור יכול, אם בכלל, רק להיות אישי, היינו אין אפשרות לקבוע איסור כללי הכופף להסדר רישוי כנ"ל.

זאת ועוד, העותרים טוענים, כי הצו הוא בגדר ענישה קולקטיבית, שהיא אסורה לפי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי. יש בה הגבלת הזכות לחופש הביטוי, והיא הופעלה בלא שהסכנה

לביטחון המדינה הגיעה לדרגה של "ודאות קרובה". יתרה מזו, יש בכך הפרה של החלטה של הממשלה לקיים, הלכה למעשה, את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, החלטה שהיא בגדר הצהרת מדיניות מחייבת אשר את קיומה מוסמך בית המשפט לכפות על הרשות המבצעת.

המעשה הנ"ל גם לוקה בחוסר סבירות קצונית והצעד של ממשלת ישראל דומה בכך למעשיה של גרמניה הנאצית בצרפת.

4. לא מצאנו יסוד משפטי בטענותיהם של העותרים.

תקנה 130 הנ"ל ראשיתה בתקנות משנת 1939, שהותקנו בכל רחבי האימפריה הבריטית עם פרוץ מלחמת העולם השנייה. מטרתה לקיים פיקוח על ההתקשרות עם ארצות חוץ ולמנוע קשר עם גורמי אויב, אשר עלולים להשתמש בתקשורת הטלפונית לשם העברת מידע, מסירת הוראות או קבלת דיווח. לשם כך מסמיכה התקנה את הרשות השלטונית מפורשות לנקוט צעדים שהם, כלשון התקנה, בגדר *restriction, regulation, imposing of conditions*.

לדעתנו, התניית ההתקשרות בקבלת היתר מוקדם היא בגדר כל אחת מן הסמכויות, היינו כחחום ההגבלה, ההסדרה או הטלת התנאים.

סבירות השימוש בסמכות צריכה להיבחן לאור נסיבות המקום והזמן, והפעלתה כחוקה של מאורעות שלובשים לבוש של התקוממות, שניזונה גם מהשפעות ומהכוונות מן החוץ, איננה יכולה להיחשב לנטולת היגיון. השימוש בטלפון לשם העברת הוראות ממפקדות של ארגוני חבלה לפעילי הארגונים בשטח ולשם דיווח מן השטח, הוא, למשל, בגדר צפוי, שהוא גלוי וברור אף מעבר לוודאות קרובה. קביעת תחליף של האזנה לשיחות, כפי שהוצע עליידי העותרים, אין בה כדי למנוע שימוש בתקשורת כמתואר, שהרי האזנה יכולה לאפשר ניתוק הקשר רק אזורי שהדברים הושמעו. היא גם אינה אפקטיבית, כאשר נעשה שימוש בסימנים שהם בגדר קוד מוסכם.

מאידך גיסא, לא ניתן להבין, מדוע צריכה בקשת היתר ליצור קושי מיוחד למי שמבקש להתקשר בשיחה בינלאומית בתום-לב. שמענו, כי העותרים סירבו לבקש היתר מטעמים עקרוניים, וזוהי זכותם, אך, כאמור, קשה לראות במה היו נפגעים, לו היו עושים שימוש בהליך לבקש היתר.

אין גם ממש בטענה, כי ההגבלה הנ"ל היא ביטוי לנהגים שאינם מקובלים במשפט הבינלאומי הפומבי, כפי שהוא מופעל על-ידי מדינות בעלות משטר מתוקן.

כך מצינו אצל Prof. G. Von Glahn מאוניברסיטת Minneapolis, בספרו הידוע *Occupation of Enemy Territory* (Minneapolis, 1957), המתאר בעמ' 139, את הכללים לפיהם פעלו בעלות הברית המערביות ובעיקר ארצות-הברית:

"All written and verbal communications are usually subject to censorship and most belligerents oppose the private circulation of correspondence, outside of the regular mail channels, in order to reduce to a minimum the information of military or hostile character that could be circulated within the occupied area. Such control extends also to other means of communication (telephone, radio, telegraphy, television, and carrier pigeons), and practically all manuals prohibit the use of code by the inhabitants of the invaded enemy territory".

ובעמ' 215:

"*Belligerent* occupants have been granted far-reaching powers of control, operation, and even acquisition of means of communication in occupied enemy territory, because of the great importance which such means possess for them..... Thus all telephone and telegraph lines, cables, radio stations (and now, presumably, television transmitters) *are subject to control* and use by the invader and usually are among the first installations taken over when an occupation begins. Even if actual operations are left to native inhabitants (a rather uncommon procedure, at least during the early stages of any occupation), the occupying power *may reserve for itself the right to control, supervise, and censor* all communications sent through these installations, regardless of whether they belong to the enemy state or are the property of private interests".

(ההדגשות שלי - מ' ש').

המדריך הצבאי הבריטי - *The Law of War On Land Being Part III of the Military Law* (London, ed. by Sir. H. Lauterpacht, 1958) - מציין בעמ' 147, כי הכוחות הצבאיים רשאים להגביל (limit) או לאסור (prohibit) התקשרות טלגרפית או התקשרות דרך דואר.

כך גם המדריך הצבאי של צבא ארצות הברית - *The Law of Land Warfare* (Washington D.C., 1956) 144 - וראה גם M. Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare* (Berkeley, 1959).

אשר-על-כן החלטנו לדחות את העתירה ולבטל את הצו שיצא בעקבותיה.

המשנה לנשיא מ' אלון: אני מסכים.

השופט ג' בך: אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של הנשיא.

ניתן היום, כ"ג באלול תשמ"ח (5.9.88).