

1. אלזע'ארי, ת"ז

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע"ר
באמצעות ב"כ עו"ד אלעד כהנא ואח'
המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים 97200
טלפון: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

נ ג ד

המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון

באמצעות פרקליטות המדינה

רח' צלאח א-דין 29, ת"ד 49029

ירושלים

טלפון: 02-6466194; פקס: 02-6467011

המשיב

תגובה משלימה מטעם המשיב

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מוגשת בזה תגובה משלימה מטעם המשיב.

1. עניינה של העתירה בבקשת העותר 1 (להלן: העותר), תושב מחנה הפליטים דהיישה, כי תותר יציאתו את האזור לירדן. על פי העתירה, מבקש העותר לצאת לחו"ל לצורך ביקור בני משפחתו.
2. כפי שצוין בתגובת המשיב המקדמית, עמדת המשיב הינה כי דין העתירה להידחות, שכן לא נפל כל פגם בהחלטת המשיב למנוע את יציאתו של העותר לחו"ל. כפי שצוין באותה תגובה, החלטה זו נתקבלה בהתבסס על מידע המצוי בידי גורמי הביטחון. על פיו העותר הינו פעיל חמאס ויציאתו לחו"ל תסכן את ביטחון הציבור והאזור. יצוין כי ערב הגשת תגובה זו, ולקראת הדיון הקבוע בעתירה, בחנו גורמי הביטחון את עניינו של העותר בשנית והחליטו כי עמדתם עומדת על כנה.
3. ביום 24.1.2012 הגישו העותרים תגובה מטעמם לתגובת המשיב, ובה טענו כי מוטלת על המשיב חובה להציג בפני העותרים ובפני בית המשפט הנכבד את כל התשתית הרלוונטית להחלטה שבמוקד העתירה, ובכללה את החומר הסודי. לטענתם, רק אם יסכימו העותרים לראות את החומר כחסוי, אי לחלופין תצא תעודת חסיון על החומר הסודי, יהיה המשיב רשאי להימנע מהצגת החומר הסודי בפני בית המשפט הנכבד ובפני העותרים, וזאת מכוח סעיפים 44-46 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971.

4. טענתם זו של העותרים הועלתה בפני בית המשפט הנכבד בשני הליכים מקבילים (בג"ץ 1000/10 ובג"ץ 747/09), ובשניהם הוגשה תגובה מפורטת לטענות העותרים מטעם המדינה. בשני ההליכים יצא צו על-תנאי והוגש תצהיר תשובה מטעם המשיבים, אך טרם התקיים בהם דיון נוסף.
- התגובה שהוגשה מטעם המדינה לטענותיהם של העותרים בבג"ץ 1000/10 צורפה להודעתם המעדכנת של העותרים וסומנה ע/9.

פסק הדין בעניין מוסלי

5. ביום 8.11.2011 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד ברע"ב 4393/11 מוסלי נ' מדינת ישראל, תק-על 2011(4), 1109 (2011) (להלן: עניין מוסלי). בפסק דין זה, עסק בית המשפט הנכבד בשאלת סמכותו של בית המשפט לעיין בראיות חסויות במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות מבלי שהוצאה לגביהן תעודת היסיון. נדגיש כי פסק הדין בעניין מוסלי עסק בסמכותו האמורה של בית המשפט המחוזי במסגרת עתירת אסיר בעניין הפרדה, והוא נסב אפוא סביב פרשנותו של סעיף 19ח לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"א-1971, הקובע במפורש כי בית המשפט הדין בעתירת אסיר בעניין הפרדה רשאי "לשמוע ראיות במעמד צד אחד" בניסיונות מסוימות. בענייננו, אין הוראה מקבילה בחקיקה החלה על סדרי הדין בפני בג"ץ; אולם בית המשפט הנכבד הזכיר בפסק דינו את השאלה העומדת במוקד ענייננו, ואף ציין כי "קיים הבדל משמעותי בין שאלה זו לבין השאלה העומדת להכרעתנו במסגרת הבקשה דנן, והוא קיומו של הסדר סטטוטורי ספציפי בענייננו המאפשר לבית המשפט לסטות מדיני הראיות, שבגדרו הגורם המוסמך הוא בית המשפט ולא הרשות המינהלית".
6. בשולי האזכור של פסק הדין בעניין מוסלי, נציין את דברי כב' השופט הנדל באותו הליך, הנסבים על הארכת החזקתו של אסיר בהפרדה. המשיב סבור כי השיקולים המוזכרים בדבריו של כב' השופט הנדל רלוונטיים לכל הליך מינהלי, ונוגעים אפוא ישירות לעניין שבפנינו:

"בהליך להארכת תקופת ההפרדה של אסיר, אין עסקינן בשמיעת ראיות בדמות תיק הוכחות, אלא בדבר קביעת תנאי החזקתו של אסיר מאחורי סורג ובריח. בתחום זה של המשפט המנהלי נהוג להסתמך על חומר מדיעני בעניינים רבים, החל מבקשה לקבלת חופש, וכלה בבקשה לשחרור מוקדם. מצוות המחוקק היא כי בית משפט ידון בבקשת המדינה להאריך את החזקת האסיר בהפרדה. הכרעה כזו צורשת שבית משפט יבחן את התשתית העובדתית בהתאם לסוגו של ההליך ודרישתו. הצירוף בסעיף 19ח לפקודת בתי הסוהר של ההיתר לסטות מדיני הראיות וההיתר לשמוע ראיות במעמד צד אחד, נועד

לאפשר לבית משפט לעשות מלאכתו כגורם ראשון המחליט ולא כגורם המבקר את החלטת הרשות המנהלית. המשטר הנורמטיבי של דיני הראיות, לרבות פרק ג' לפקודת הראיות, אינו חל בתור שכזה על הליך הארכת תקופת התפרדה של אסיר. ראשית, בית המשפט רשאי לסטות מכללי הראיות. שנית, הוא רשאי לשמוע ראיות במעמד צד אחד. ושלישית, הוא רשאי להעניק משקל לחומר מודיעיני. חומר כזה מטבעו אינו צריך לעבור את מבחני פקודת הראיות, כולל האיזונים שעומדים בבסיסה. חומר מעין זה לא ימצא את מקומו בהליך הפורמאלי של שמיעת ראיות במהלכו של משפט.

פסק הדין בעניין מוגרבי

7. כפי שצינו העותרים בבקשתם מיום 22.2.2012, לאחרונה ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלון פיקוד העורף (טרם פורסם; פסק דין מיום 15.2.2012; להלן: עניין מוגרבי), ובו נסקרו הלכות משמעותיות ביותר לענייננו.

8. ראשית, נציין כי בפסק הדין בעניין מוגרבי נדחתה על-ידי כל שלושת חברי המותב הנכבד הטענה לפיה הרשות המינהלית חייבת לפעול להוצאת תעודת חיסיון לבקשת העותרים, וזאת בטרם שניתן צו על-תנאי. יודגש כי בעניין מוגרבי דרש העותר הוצאת תעודת חיסיון, אולם בית המשפט הנכבד קבע כי אין צורך בהוצאת תעודת חיסיון בנסיבות אותו מקרה, ודחה הן את העתירה והן את הבקשה להורות על הוצאת התעודה.

הנה כי כן, הסוגייה העקרונית שהוזכרה בבקשתם המשלימה של העותרים, קרי, הוצאת תעודת חיסיון בשלב הדינוי שלפני הוצאת צו על-תנאי - ככל שהעותר מבקש זאת - כבר הוכרעה על-ידי בית המשפט הנכבד; נקבע בעניין מוגרבי שאין חובה כזו, וכי השאלה האם עומדת למדינה בנסיבות אלה חזקת תקינות המעשה המינהלי, אם העותר מתנגד לעיון בחומר החסוי ללא שהוצאה תעודת חיסיון, תלויה בנסיבות המקרה הקונקרטי.

9. מכאן ואילך, ובעקבות בקשת העותרים מיום 22.2.2012, נבקש להתייחס בכמה מילים להשלכות פסק הדין בעניין מוגרבי, וזאת כחשלמה לתגובת המדינה שצורפה לבקשה וסומנה ע/9.

10. כפי שנפסק בעניין מוגרבי, ובהתאם להלכת פסוקה שנקבעה בבית משפט נכבד זה לפני שנים רבות, "על פי אמות המידה המקובלות - רשות מינהלית רשאית להתבסס על מידע מודיעיני חסוי לצורך החלטתה" (פסקה 24 לפס"ד של כב' השופט מלצר).

11. כאשר מוגשת עתירה המבקשת לתקוף החלטה שכזו, הנשענת על מידע מודיעיני חסוי, איז קיימת "פרקטיקה שהפכה לנוהג" לפיה בית המשפט מעיין בחומר הסודי, בהסכמת

הצדדים, במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות. כפי שקבע בית המשפט הנכבד בעניין מוגרבי, "יתרונותיה של פרקטיקה זו רבים" (פסקה 3 לפס"ד של כ"י הנשיאה בייניש). מטרתו של נוהג זה היא לאפשר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות הנסמכות על מידע מודיעיני סודי, תוך שבית המשפט בוחן את ההחלטה לגופה, סוקר את המידע שעמד בבסיס אותה החלטה, ובודק את מהימנות החומר הסודי, את הרלוונטיות שלו להחלטה המינהלית ואת סבירות שיקול דעתה של הרשות בקבלת ההחלטה. תוך בחינת החומר הסודי, עשוי בית המשפט גם להורות למדינה לחשוף את מלוא המידע או את חלקו, ובהקשר זה ציין בית המשפט הנכבד כי "הניסיון רב השנים מלמד כי המדינה חוסה במרבית המקרים נתונים שחשיפתם אכן עלולה לפגוע בביטחון המדינה".

12. כיצד יש לנהוג כאשר העותר אינו מוכן לילך בדרך המלך, ומתנגד לכך שבית המשפט יבקר את ההחלטה המינהלית לגופה תוך עיון בחומר הסודי במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות? לגבי מקרה זה, קבע בית המשפט הנכבד בעניין מוגרבי כדלהלן:

"נוכח האמור, ועל רקע המציאות המורכבת בה מצוי העותר שאינו נחשף לחומר, הרי ככל שהוא יתנגד לעיון בחומר החסוי במעמד צד אחד, יימצא בית המשפט בפני אחת משתי ברירות; אם החומר הגלוי שהונח בפניו יבסס במידה מספקת את החלטת הרשויות, אזי ניתן יהיה להניח, כי על אף חיסונו של החומר, קמה לטובת הרשות חזקת החוקיות לפיה קיבלה את החלטתה כדין וכי החומר החסוי תומך בטיעוניה. כך במיוחד כאשר העותר אינו מייחס לרשות שיקול פסול או הסבר שלא ניתן לבחון אותו בלא עיון בחומר. עם זאת, ככל שהחומר הגלוי אינו מבסס כדבעי את החלטת הרשות - או שטענות העותר מעוררות ספקות וסימני שאלה ביחס לצעד שננקט כלפיו, עלינו לזכור כי חזקת החוקיות אינה בעלת עוצמה רבה (בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 712 (1998) (להלן: ענין מלבסקי) - הרי אז יהיה על בית המשפט להורות על הוצאת צו-על-תנאי."

לאחר הוצאת צו על תנאי, אין מחלוקת על כך שהמדינה תפעל להוצאת תעודת חיסיון אם היא עומדת בסירובה להציג את החומר הסודי לעותר.

13. נדגיש, כפי שהדגיש בית המשפט בעניין מוגרבי, כי לאחר הוצאת תעודת חיסיון, לא ייחשף בית המשפט הן בעתירה לחומר הסודי שעמד בבסיס ההחלטה המינהלית:

"משמעות הוצאת תעודת החיסיון וניהול עתירה לגילוי ראייה בפני שופט, הינה כי בית המשפט היושב בהליך הביקורת על ההחלטה שבוססה על החומר החסוי לא ייחשף לחומר... אלא אם כן יקבע השופט הן בעתירה לגילוי ראייה אחרת. במצב דברים זה, שהוא בדרך כלל נדיר בתיקים הבאים בפנינו, תקום לרשות חזקת החוקיות. שנתחוקה בעקבות החלטת השר המוסמך להורות על הוצאת תעודת

החיסיון, ולא יהא מנוס מביטול הצו על תנאי שהוצא ודחייתה של העתירה."

14. המחלוקת בין המדינה לבין העותרים מתמצית בשאלה אחת: אימתי יקבע בית המשפט כי "החומר הגלוי שהונח בפניו יבסס במידה מספקת את החלטת הרשויות", וכי "על אף חיסיונו של החומר, קמה לטובת הרשות חזקת החוקיות לפיה קיבלה את החלטתה כדין וכי החומר החסוי תומך בטיעוניה?"
15. אינדיקציה אחת לקביעה לפיה הרשות נהגה כדין מוזכרת במפורש בפסק הדין בעניין מוגרבי. "כאשר העותר אינו מייחס לרשות שיקול פסול או הסבר שלא ניתן לבחון אותו בלא עיון בחומר", הדעת נוטה שהחלטת הרשות התקבלה כדין. הנה כי כן, בית המשפט הנכבד קבע בפרשת מוגרבי כי כאשר העותר אינו מייחס לרשות שיקול פסול, אלא רק טוען בעלמא שהחלטה המינהלית איננה סבירה (מבלי שראה כלל את החומר הסודי שהיא מושתתת עליו), הדעת נותנת שעומדת לרשות ככלל חזקת התקינות ובית המשפט לא יוציא בעתירה צו על-תנאי.
16. אינדיקציה חזקה נוספת, שעשויה ללמד שהרשות נהגה כדין ושהחלטתה היא חוקית וסבירה, היא קיומן של החלטות של ערכאות שיפוטיות קודמות שדנו בהחלטה עליה הוגשה העתירה לבית המשפט הנכבד.
- כך, לדוגמא, המקרה המובהק לקיומה של חזקת תקינות מעשה המינהל, גם בלא שקיים חומר גלוי כלשהו, הוא עתירה לבית המשפט הנכבד שעניינה במעצר מינהלי מכוח תחיקת הביטחון באיו"ש. למותר יהיה לציין, כי החלטות של שתי ערכאות שיפוטיות - בית המשפט הצבאי ובית המשפט הצבאי לערעורים - שקבעו כי קיים מידע סודי המבסס את החלטת המפקד הצבאי להוציא צו מעצר מינהלי נגד העותר, מבססת היטב את קיומה של חזקת התקינות שעומדת למפקד הצבאי בהוצאת צו המעצר המינהלי. באופן דומה, אם ההחלטה המינהלית התקבלה בהליך מינהלי תקין וסדור, תוך מתן זכות ערר או השגה לעותר, הדעת נותנת שעומדת לרשות חזקת התקינות.
17. עוד אינדיקציה לכך שהחלטה היא חוקית וסבירה יכולה להתקבל מבחינת החומר הגלוי הקיים בעניינו של העותר. ודוק; החומר הגלוי יכול להיות למשל, גם פסק דין קודם של ערכאה שיפוטית מוסמכת בעניינו של אותו עותר.
- כך, לדוגמא, אם עלה עניינו של העותר בעבר בפני בית המשפט הנכבד או בפני ערכאה שיפוטית מוסמכת אחרת, ונקבע על-ידם לאחר עיון בחומר סודי בעניינו של העותר כי קיימות ראיות מינהליות טובות לכך שאותו אדם מעורב בטרור וכיו"ב, או לחלופין אם העותר חזר בו מרעתירה לאחר שבית המשפט עיין בחומר החסוי וחמליץ לו לעשות כן, חרי שהדבר מהווה אינדיקציה חזקה ביותר לתקינות מעשה המינהל גם בעניינה של החלטה אחרת, שאף היא מבוססת על היותו של העותר מעורב בטרור.

18. בענייננו שלנו, לדוגמא, העותר הוחזק במעצר מינהלי משך כשנה ועשרה חודשים, בין התאריכים 16.10.2006 ל-10.8.2008, בגין היותו פעיל חמאס. בית המשפט הנכבד דן במעצרו המינהלי של העותר פעמיים (בג"ץ 8091/07, בג"ץ 2557/08), ודחה את שתי העתירות לאחר שעיין במידע החסוי בעניינו.

מ/ש 1 פסקי דינו של בית המשפט הנכבד בעתירות האמורות מצורפים ומסומנים מ/ש 1.

כידוע, על מידע חסוי העומד בבסיס מעצר מינהלי להיות אמין ומבוסס, ולהצביע על קיומו של סיכון ממשי ורב לבטחון האזור ולשלום הציבור מפעילותו הבטחונית השלילית של העצור. לפיכך, עצם כך שבית המשפט הצבאי אישר בעבר את החזקתו של העותר במעצר מינהלי, ואף בית המשפט הנכבד אישר בשתי הזדמנויות את מעצרו המינהלי, מהווה אינדיקציה חזקה מאד לכך שאכן קיים מידע חסוי אמין ומבוסס המלמד כי העותר הוא פעיל חמאס ושרמת הסיכון ממנו היא גבוהה, עד כדי הצדקה בשעתו לנקיטת הצעד המינהלי החרף של מעצר מינהלי.

על פני הדברים, קיימת חזקת תקינות משמעותית וחזקה להחלטת מפקד האזור למנוע את יציאתו מהאזור של פעיל טרור, גם אם ההחלטה מבוססת רק על מידע סודי, כאשר מדובר במי שמסוכנותו הרבה לביטחון אף הצדיקה בשעתו את החזקתו במעצר מינהלי.

19. הנה כי כן, עברו של העותר דכאן, ובפרט החזקתו במעצר מינהלי בעבר (באישורן של הערכאות השיפוטיות המוסמכות), מהווה אינדיקציה חזקה ביותר לכך, שחזקת תקינות מעשה המינהל חלה בעניינה של החלטת המפקד הצבאי העומדת במרכזת של עתירה זו. על בית המשפט הנכבד להתחשב באינדיקציה מובהקת זו, ובהיעדר אפשרות לעיין במידע הסודי בשל התנגדותו של העותר, מן הראוי לדחות את העתירה.

20. לסיום, נזכיר את פירושה הפשוט של "חזקת תקינות המינהל", שנשכח לעיתים מלב לבית המשפט הנכבד מוגשות מדי שנה מאות עתירות שבהן מתבקש בית המשפט להתערב בהחלטות מינהליות שהתקבלו בהתבסס על מידע סודי. בית המשפט הנכבד מתערב רק בחלק קטן מאותן עתירות, ויש בכך כדי לאשר שבאופן כללי, החלטות מעין אלה מתקבלות בכובד ראש, לאחר בחינה מעמיקה של החומר הסודי ולאחר איזון מזוקק בין זכויותיו של האדם לבין המסוכנות המשקפת ממנו. באופן כללי, פעולותיו של המינהל הן תקינות, ועל כן שרירה ועומדת "חזקת תקינות המינהל", שהמבקש לסטות ממנה - עליו הראיה.

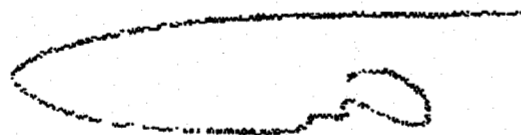
21. סיכומו של דבר; המדינה סבורה שכפי שנפסק בעניין מוגרבי, כאשר מוגשת עתירה המבקשת לבטל החלטה הנסמכת על מידע סודי, וכרס הוצא צו על-תנאי בעתירה, אין על המדינה כל חובה להציג את המידע הסודי בפני העותר, וממילא אין עליה גם חובה לדאוג להוצאת תעודת חיסיון על מידע סודי זה עובר לדיון בבקשה למתן צו על-תנאי.

אם העותר אינו מוכן לילך בדרך הסלולה מימים ימימה, ולהסכים לכך שבית המשפט הנכבד יעיין בחומר הסודי במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות, אזי יש לבחון האם עלה בידו לגבור על חזקת התקינות הנתונה בדרך כלל לרשות.

כאינדיקציות לחוקיותה של ההחלטה המינהלית ולסבירותה, יתחשב בית המשפט במהות טענותיו של העותר והאם הן מצומצמות לסבירות ההחלטה, או שמא טוען העותר שההחלטה מפלה או ניתנה משיקולים זרים); בחומר גלוי הקיים בעניינו של העותר ובכלל זה החלטותיהן של ערכאות שיפוטיות קודמות שדנו בעניינו בכלל, ואם נחשפו למידע חסוי בעניינו, בפרט; באופיו של ההליך המינהלי שקדם לקבלת ההחלטה, וכדומה.

22. בעניינו, סבור המשיב, כי לאור העובדה שפעילותו של העותר בארגון הטרור חמאס כבר הביאה למעצרו המינהלי בעבר, ותקינות מעצרו המינהלי נבחנה ואושרה על-ידי בית המשפט הנכבד בשתי הזדמנויות, הרי שקיימת חזקת תקינות גבוהה להחלטת המפקד הצבאי שלא להתיר לו לצאת מהאזור חאת בשל מידע חסוי הקשור בפעילותו בחמאס. בנסיבות אלה, ממילא לא עלה בידי העותרים לכרסם בחזקת התקינות העומדת לרשות המינהלית.

23. לפיכך, אם עומדים אפוא העותרים על סירובם להניח לבית המשפט הנכבד לעיין בחומר הסודי העומד בבסיס ההחלטה מושא העתירה, במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות, סבור המשיב כי אין מקום להוצאת צו על-תנאי בעתירה, וכי דין העתירה להידחות, תוך חיוב העותרים בהוצאות ראויות לטובת אוצר המדינה.



יצחק ברט

סגן בפרקליטות המדינה