



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5696/09

לפני: כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט ח' מלצר

העותרים: 1. מחמוד מוגרבי
2. גמילה מחמד עבד אגליל מוגרבי
3. וורוד אבו סנינה
4. נדאל אבו סנינה

נגד

המשיבים: 1. אלוף פיקוד העורף - האלוף יאיר גולן
2. צבא הגנה לישראל - פיקוד העורף

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ח באול התשס"ט (17.09.09)

בשם העותרים: עו"ד רונאל פישר; עו"ד ליאת דר; עו"ד נטלי שטרול

בשם המשיבים: עו"ד גלעד שירמן ז"ל

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

העתירה, רקעה וטענות הצדדים בגדרה

1. קאסם מוגרבי (להלן: קאסם), תושב שכונת ג'בל מוכבר שבמזרח ירושלים, דרס ברכבו בליל ה-22.9.2008 קבוצת חיילים ואזרחים שעמדו על אי תנועה באיזור כיכר צה"ל שבלב ירושלים. הוא פצע חמישה-עשר מהם, מתוכם שניים באופן קשה. עוברי אורח שהיו במקום, אשר סברו כי מדובר בפיווע דריסה – ירו בקאסם והרגוהו.

2. בחלוף כששה חודשים ומחצה מן האירוע (בתאריך 7.4.2009) הודיע ראש לשכתו של המשיב 1 (מפקד פיקוד העורף) לעותר 1 (אביו של קאסם) כי המשיב 1 שוקל אפשרות להוציא צו מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה), שלפיו המבנה בבעלות העותר 1, שבו התגורר גם קאסם, והכולל שלושה מפלסים (להלן: המבנה) – יוחרם וייהרס. הכוונה לעשות כן, כך הוסבר במכתב, באה נוכח חומרת מעשיו של קאסם ובשים לב לכך שהמשיב 1 סבור שהדבר נחוץ לשם הרתעת מפגעים פוטנציאליים מלבצע פיגועים דומים בעתיד. עם זאת צוין במכתב כי לאור המידע שבידי המשיבים, המצביע על כך שבמבנה מתגוררות משפחות גרעיניות נפרדות מזו של קאסם – המשיב 1 בוחן האם ניתן, מטעמים של מידתיות, להסתפק בהחרמה ובהריסה רק של אותם חלקים במבנה שבהם התגורר קאסם בפועל. לעותר 1 ניתנו שבועיים ימים על מנת להציג טענות, או השגות על הוצאת הצו.

3. העותרים: הוריו של קאסם, אחותו, ובעלה של זו הגישו באמצעות באי-כוחם כתב השגה מפורט נגד הצו הצפוי. העותרים טענו, בתמצית, כי קאסם כלל לא ביצע פיגוע דריסה, ודאי לא על רקע לאומני, אלא שהאירוע היה בבחינת תאונת דרכים. כן גרסו העותרים כי קאסם התגורר ביחידת דיור אחת בלבד מכל אלה שבמבנה, ועל כן אין להחיל את צו ההחרמה וההריסה על המבנה כולו.

4. בתאריך 25.6.2009 הודיע היועץ המשפטי לפיקוד העורף לעותרים כי טענותיהם נדחו (להלן: המכתב המשפטי). במקביל הוציא המשיב 1, באותו היום, צו החרמה והריסה לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, המתייחס לחלקים הבאים במבנה:

- (א) המפלס העליון מבין השלושה (שבו מתגוררת משפחתו הגרעינית של קאסם (אביו, אמו ואחותו) ואף קאסם שהה בו, לטענת המשיבים).
- (ב) אחת משלוש היחידות במפלס האמצעי במבנה (שבה התגורר קאסם), הכוללת חדר שינה ושירותים.

בצו נאמר שהוא הוצא כיוון שנמצא כי קאסם ביצע את הפיגוע הנזכר בפסקה 1 שלעיל, כי הוא גר במבנה, וכי המשיב 1 סבור שהדבר נחוץ לשם הרתעת מפגעים פוטנציאליים מביצוע פיגועים דומים בעתיד. הצו לא חל על יחידות אחרת במבנה.

5. במכתב המשפטי נכללו, מעבר לתשובות פרטניות להשגה גם מספר נתונים משלימים למה שנכתב בצו:

(א) נאמר כי לפי מידע חסוי, שנמסר מגורמי הביטחון, עולה שקאסם פעל להשיג נשק לשם ביצוע פיגוע עוד טרם הדריסה. עוד צויין כי על ברכיו נמצא אקדח מפלסטיק שנחזה להיות אמיתי וכן שתי מחסניות מפלסטיק תואמות לאקדח. בהקשר זה אף הוטעם כי אין להתעלם מן העובדה שקאסם פגע דווקא בקבוצת חיילים לובשי מדים.

(ב) הובהר כי לפי המידע שברשות גורמי הביטחון, קאסם התגורר בשתי היחידות, מושא הצו.

(ג) הודגש כי בנוסף למידע הבטחוני התמציתי הנ"ל שהובא במכתב (להלן גם: הפרפראזות) – קיימים פרטים נוספים, שאין אפשרות לחשוף אותם מטעמי סודיות ואולם גם הם תומכים במסקנות המשיב 1 ובהוצאת הצו.

6. נוכח הצו והמכתב המשפטי שנלווה לו – העותרים פנו בעתירה לבית משפט זה. לבקשתם ניתן להם במסגרת העתירה צו ביניים המונע את מימוש הצו עד להחלטה אחרת בעתירה.

7. טענתם הראשונית של העותרים בעתירה (שחוזרת על מה שהעלו בכתב ההשגה מטעמם), היא שאירוע הדריסה כלל לא היה פיגוע לאומני, כסברת המשיב 1, כי אם תאונת דרכים מצערת, שנבעה מחוסר ניסיונו בנהיגה של קאסם, שהיה בן 18 במועד האירוע, או מכשל מכני כלשהו ברכב שבו נסע. העותרים מצביעים על כך שקאסם היה נטול רישיון נהיגה והוא אף נכשל בשני מבחני רישוי לנהיגה במשאית. הם מוסיפים כי זמן קצר לפני האירוע קיבל קאסם הודעה שבת דודו, שלה ביקש להינשא, העדיפה אחר על פניו והדבר גרם לו להסחת דעת ולחוסר ריכוז, שהובילו לאובדן שליטה על הרכב ולדריסת הולכי הרגל שעמדו באותה עת על אי התנועה.

העותרים טוענים עוד לפגמים פרוצדורליים שונים שנפלו, לשיטתם, הן בחקירת האירוע והן בהליך ההשגה. בהקשר זה מציינים העותרים כי לא הועברו לידיהם – לצורך ההשגה שהגישו – צילומים מעמדת הסרטה שניצבה בסמוך לכיכר צה"ל, ולא נמסר להם האם העמדה היתה פעילה במועד הדריסה, אם לאו. העותרים מלינים גם על כך שלא נמסר לעיונם כל המידע הסודי, שלטענת גורמי הביטחון קיים במכלול ואשר ביסס את החלטת המשיב 1, זאת מבלי שהוצגה לעותרים תעודת היסיון (לפירוט נוסף

של עמדתם בסוגיה זו וניתוח שלה – עיינו גם בפיסקאות 12(ג) ו-22-26 להלן). הם טוענים עוד שהפרפראזות שנמסרו להם הובאו לידיעתם רק בדיעבד, במסגרת המכתב המשפטי, ולא ניתנה להם מראש הזדמנות ראויה לברר את הדברים הנטענים נגדם ולסתרם.

העותרים מוסיפים כי ניתן להעלות גירסה עובדתית אפשרית חלופית להתרחשות. בהתאם לגירסה זו אפילו מדובר בפיגוע דריסה, הרי שהוא לא בוצע על רקע לאומני, וניתן אולי להסבירו בשים לב למצבו הנפשי הירוד של קאסם, תסכולו ועלבוננו עקב בחירתה של בת דודו להינשא לאחר.

העותרים מלינים עוד על כך שצו ההחרמה וההריסה איננו מתייחס רק ליחידה האחת במבנה, שלטענתם היא זו ששימשה את קאסם למגוריו (אחת משלוש יחידות הדיוור בקומה האמצעית של המבנה בן שלוש הקומות של משפחת מוגרבי, על ענפיה). העותרים מלינים על כך שהצו מכוון גם להריסה של הקומה העליונה כולה, אף שלטענתם העותרים – רק ההורים גרו שם עם אחת מבנותיהם, בעוד שקאסם נהג לבקר בלבד באגף זה, מעת לעת, על מנת לפגוש בהוריו.

העותרים מוסיפים עוד כי משפחתם היא נורמטיבית, לא היתה מעורבת בפעילות בטחונית או פוליטית אנטי-ישראלית כלשהי בעבר וכי כל מעייניה נתונים רק לפיתוח עסקיה בשלווה. הם אף גורסים שקאסם לא השתייך לארגון טרור או לגוף דתי כלשהו וכי קרבתו לדת התבטאה בהקפדה על מנהגי צום הרמדאן בלבד. בהקשר זה הם מציינים עוד כי לא היה להם כל מידע או סימן לכך שקאסם מתכנן פיגוע כלשהו. הם אף מדגישים את פרק הזמן הארוך יחסית שחלף מהאירוע ועד להחלטת המשיב 1 בדבר הוצאת הצו, וגורסים שבראיון לרשת הטלוויזיה "אלג'זירה" שנערך עם קצין משטרה ישראלי יום לאחר האירוע, הביע הלה דעה כי אין מדובר באירוע דריסה מכוון כחלק מפעילות טרוריסטית, וזאת בניגוד לעמדתה של המחלקה לזיהוי פלילי במשטרה.

לתימוכין בעתירתם צירפו העותרים, בין היתר: תצהירים של קצין מילואים ואחרים הקשורים עסקית במשפחתם (המעידים על הנורמטיביות שלה), חוות דעת של בוחני תנועה, תצלומים של הודעות של עוברי אורח אחדים, שנגבו במסגרת החקירה המשטרתית ולא קבעו שמדובר בהכרח בפיגוע דריסה חבלני, וכן עותק מהקלטת של הכתבה ששודרה ברשת "אלג'זירה".

על יסוד כל האמור – העותרים טוענים כי ההחלטה בדבר ההריסה לוקה באי-חוקיות, בחוסר סבירות קיצוני, וכי היא אף איננה מידתית.

8. עמדת המשיבים היא כי דין העתירה להידחות. הם מבקשים לסתור את הטענה שאין מדובר בפיגוע דריסה, ומציינים כי הראיות המינהליות שהיו בידי המשיב 1, הן הגלויות והן החסויות, מעידות בבירור כי המדובר בפיגוע מכוון, אשר בוצע על רקע לאומני.

בטיעוניהם המשפטיים מתבססים המשיבים על החלטות קודמות של בית משפט זה וגורסים כי הצו בדבר ההחרמה וההריסה הוא חוקי וסביר. לטענתם הצו נסמך על הערכת המפקד הצבאי שלפיה יש בצעד זה משום הרתעה, בפרט על רקע גל הפיגועים שביצעו תושבי מזרח ירושלים החל משנת 2007 ואילך.

אשר להיקף תחולתו של הצו מבהירים המשיבים כי הוחלט באופן מידתי רק על החרמה והריסה/אטימה של חלקי המבנה שבהם התגורר קאסם:

(א) הקומה העליונה, שהכוונה היא להורסה, שם מתגוררים אביו, אמו ואחותו של קאסם (ואולם גם קאסם שהה בה לעתים קרובות, לטענת המשיבים).

(ב) יחידת דיור בקומה השניה, שהכוונה היא רק לאוטמה ולטענת המשיבים היא שימשה את קאסם למגורים, אף אם שהו בה לפרקים גם בני משפחה נוספים, לצרכי בישול ושימוש במחשב.

בהקשר זה הודגש כי צו ההחרמה וההריסה איננו חל על יחידות הדיור הנוספות המצויות בקומה האמצעית ובקומה התחתונה, אשר שהייתו של קאסם בהן לא הוכחה – ובכך, לשיטת המשיבים, מוכחת מידתיותו של הצו.

9. בעת הדיון ולאחר ששמענו טיעוני הצדדים הצענו לעותרים – בעקבות הנכונות שהביעו המשיבים בהקשר זה – כי הם יתנו הסכמתם לכך שנעיין במעמד צד אחד בלבד בכל החומר הסודי שעליו הסתמך המשיב 1 בהחלטתו, טרם שנחליט האם להוציא צו-על-תנאי בעתירה. העותרים הודיעו על סירובם להצעה זו, אף שהתרענו בפניהם כי סירוב שכזה עלול להביא לכך שתקום חזקת תקינות למעשי המשיב 1.

לאחר הדיון הגישו באי-כוחם של העותרים בקשה להשלמת טיעון בכתב, שבגדרה הם טענו שאין לייחס חזקת תקינות למעשי המשיבים על אף תשובתם השלילית להצעת בית המשפט, טענות שעליהן חלקו המשיבים. נדרשנו אף לחומר זה.

10. עתה לאחר שהוצגו המחלוקות והנתונים הרלבנטיים נוכל לעבור לליבון הסוגיות המשפטיות המתעוררות במכלול.

דיון והכרעה

11. לאחר עיון בעתירה על נספחיה, במסמכים הנוספים שצורפו וכן בתגובת המדינה, ובעקבות שמיעת טיעוני הצדדים על השלמותיהם – הגעתי למסקנה כי דין העתירה להידחות, וכך אציע שנורה, בכפוף לאמור בפיסקאות 28 ו-29 שלהלן. ההנמקה לתוצאה האמורה תובא מיד בסמוך.

12. ראשית יש לעמוד על טיבה של תקנה 119 לתקנות ההגנה ועל התנאים להפעלתה. תקנה זו, בחלקה הרלבנטי, קובעת כך:

”מפקד צבאי רשאי להורות בצו שיוחרמו לזכות ממשלת ישראל ... כל בית, מבנה או קרקע השוכנים בכל שטח, עיר, כפר, שכונה או רחוב, שבהם נוכח לדעת כי תושביהם, או מקצת מתושביהם, עברו ... עבירה על התקנות האלה, עבירה שבה כרוכות אלימות או הטלת אימה או עבירה שעליה נדונים בבית-משפט צבאי; ומשהוחרמו כל בית או מבנה או קרקע כנ”ל, רשאי המפקד הצבאי להחריב את הבית או את המבנה או כל דבר הנמצא בבית, במבנה, בקרקע או עליהם. ...”

בפסיקה נקבע כי תכליתה של פעולה דרסטית זו איננה עונשית, אלא הרתעתית (ראו: דנג”ץ 2161/96 שריף נ’ אלוף פיקוד העורף, פ”ד נ(4) 485 (1996) (להלן: עניין שריף)). בעקבות חוקי היסוד שנחקקו ב-1992 נפסק כי יש לפרש את הסמכות המוקנית למשיב בתקנה זו ברוח הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: בג”ץ 9353/08 אבו דהים נ’ אלוף פיקוד העורף והאסמכתאות שם (לא פורסם, 5.1.2009); להלן: עניין אבו דהים)). בהתאם על בעל הסמכות לוודא כי פעולת ההריסה (או האיטום) מבוצעת למען תכלית ראויה, וכי היא מידתית, על פי מבחני המידתיות המוכרים לנו (ראו: עניין שריף הנ”ל). כפי שמציינת המדינה בתגובתה, הפעלת סמכות על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה צריכה להיות תוצאה של איזונים: בין חומרת המעשה שביצע המפגע לבין

חומרת הסנקציה המופעלת; בין הפגיעה שתיגרם למשפחת המפגע לבין התועלת שתיגרם כתוצאה מהרתעת מפגעים פוטנציאליים אחרים; בין זכות בני משפחתו של המפגע לקניינם, לבין הגנה על ביטחון הציבור. איזון זה, כחלק ממבחני המידתיות החוקתיים הידועים, מחייב כי האמצעי ההרתעתי שנקט יביא באופן רציונאלי להגשמת המטרה הראויה; כי האמצעי יפגע בזכות המוגנת במידה הפחותה האפשרית לשם השגת המטרה הראויה; וכי האמצעי שנבחר יענה גם על מבחן-המשנה השלישי של ה"יחסיות" הרלבנטית, דהיינו שיימצא בו יחס ראוי ("מידתיות" במונח הצר) בין התועלת הצומחת מהאקט והגשמת התכלית העומדת בבסיסו לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית (עיינו: אהרן ברק מידתיות במשפט 471 (2010); השוו: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 26 לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין (לא פורסם, 11.2.2010)). במסגרת זו יש גם להשתכנע כי לא ניתן יהיה להגשים אותה מטרה באמצעי דרסטי פחות מהריסת בית או איטומו (ראו: עניין אבו דהים; עניין שריף).

13. שאלת יעילותה של ההרתעה הגלומה בהריסת בתים ואיטומם נידונה והוכרעה זה מכבר, עת בית משפט זה קבע כי סוגיית היעילות של האמצעי הדרסטי האמור היא נושא להערכה של גורמי הביטחון (ראו לדוגמה: בג"ץ 7473/02 בחר נ' מפקד כוחות צה"ל בגזרה המערבית, פ"ד נו(6) 488 (2002)).

החלטתו של המשיב בענייננו היא אחת ממספר החלטות בעניין הריסת בתים שבהם התגוררו מבצעי פיגועים ממזרח ירושלים, בעקבות התגברות זרם הפיגועים של מבצעים שכאלה החל משנת 2007 ואילך (ראו: סעיף 33 לתגובת המשיבים). הנה כי כן עמדתו העקרונית של המשיב 1, שלפיה צעד ההריסה בהקשר הנוכחי הוא יעיל, נבחנה איפוא ואושרה כבר בעבר בבית משפט זה (ראו: עניין אבו דהים; בג"ץ 124/09 דוויאת נ' שר הביטחון (לא פורסם, 18.3.2009; להלן: עניין דוויאת)), והיא תקפה אף כאן.

מן המקובץ עולה כי נתיב התקיפה העקרוני של החלטת ההחרמה וההריסה, שגם בו ניסו העותרים לצעוד – איננו פתוח פה לפניהם באופן מעשי. הם עצמם ערים לקושי האמור, ולכן הם משליכים את יהבם על שלוש טענות עיקריות אחרות:

(א) כי קאסם פגע רק בשוגג בקבוצת הולכי הרגל, ולחלופין כי גם אם בפיגוע מכוון עסקינן, הרי שזה לא היה על רקע לאומני;

(ב) כי קאסם לא התגורר באחת משתי היחידות במבנה, שהמשיב מבקש להחרים ולהרוס (זו שבה מתגוררים הוריו);

(ג) כי נפלו פגמים הליכיים מסוימים בהחלטת המשיב 1, כי לא ניתן להסתמך על המידע שהסודי שתומך בהחלטה כל עוד לא הוצאה לגביו תעודת חיסיון, וללא חומר זה – הצו איננו מבוסס.

נבחן איפוא עתה טענות אלה על פי סדרן.

14. ראשית נפנה לטענה שהאירוע היה תוצאה של תאונת דרכים מצערת, הנובעת משילוב של חוסר ניסיון בנהיגה ומצב נפשי קשה, עקב הידיעה על בחירת בת דודו להינשא לאחר, או פרי כשל מכני כלשהו ברכב. המשיב 1 דחה טענה זו על יסוד חומר גלוי וכן על בסיס חומר חסוי. נזכיר כי על פי הפסיקה הכרעתו של המשיב בשאלה זו (האם קאסם ביצע פיגוע דריסה, או שמא האירוע היה בבחינת תאונת דרכים) – מונחת ממטרתה של תקנה 119 לתקנות ההגנה, שתכליתה איננה להעניש את מבצע העבירה על עבירתו, אלא להרתיע. לפיכך, ולפי לשון הכתוב – על מנת להפעיל את הסמכות די בכך כי נחה דעתו של המפקד הצבאי שבוצעה עבירה ולכן אף אם המפגע מצא את מותו בפעולה ואין הוא בר-עונשין עוד ניתן להזקק לתקנה (השוו: בג"צ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 345 (1994)); בג"צ 10467/03 שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נח(1) 810, 815 (2003)).

הקושיה הניצבת איפוא במכלול שבפנינו היא האם המפקד הצבאי הסביר היה רואה בחומר המצוי לפניו נתונים בעלי ערך הוכחתי מספיק לשם גיבוש החלטה באשר לשימוש בסמכותו על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (ראו: בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439 (1982)). התשובה, בנסיבות העניין, היא חיובית.

15. נראה כי אפילו החומר הגלוי, שהוצג לפני העותרים והם ניסו להצביע על ליקויים וחוסרים בו, די בו, ולו בדוחק, כדי ליצור תשתית ראייתית בסיסית מספקת להחלטתו של המשיב. נסיבות האירוע הן לבדן אכן מקימות חשד מבוסס ביחס לטיב מעשיו של קאסם. מדובר בצעיר בן 18 תושב מזרח ירושלים, נטול רישיון נהיגה, שמשפחתו לא איפשרה לו (לדבריה) לנהוג. לנוכח נתונים אלה – אין הסבר מדוע קאסם נטל רכב משפחתי ונסע באותו היום לעיבורה של ירושלים, שעות אחדות לאחר שקיבל הודעה קשה שהסעירה את נפשו, וכחודשיים לאחר שני פיגועי דריסה אחרים של תושבי מזרח ירושלים, אשר פעלו לבדם, והגיע לידיו כך שדרס קבוצה של הולכי

רגל, שרובם חיילים. עדויות עדי הראייה שנכחו במקום האירוע מעצימות עד מאד אותו חשד. עדויות אלה כוללות תיאורים עקביים, שלפיהם קאסם, שעמד עם רכבו ברמזור, החל אחר כך בנסיעה במעלה הרחוב, פנה לפתע לשמאלו בחדות וללא פשר – לעבר אי-התנועה שעליו ומסביבו עמדו חיילים רבים ועוברי אורח נוספים (אזרחים), תוך שהוא מאיץ את רכבו ופוגע בעוצמה רבה בהולכי הרגל. לבסוף הוא התנגש בקיר ומיד לאחר מכן הוא נורה ונהרג, לאחר שהמתקלהלים במקום, אשר התרשמו שמדובר בפיגוע דריסה (ולענין זה תרמו גם האקדח (מפלסטיק) והמחסנית (מפלסטיק) שהיו ברכב) – פעלו על מנת להביא לסיום האירוע (עיינו: מ/ש-1-4; יש להבהיר כאן כי ההודעות ע/10-12, שהציגו העותרים אינן גורעות מתוקף האמור ב-מ/ש-1-4 הנ"ל). לכך נוספו חוות דעת תחבורתיות, שהוכנו על ידי המדינה, הן בסמוך לאחר האירוע, הן בתגובה לחוות דעת שהוגשו מטעם העותרים. חוות דעת אלה מלמדות על "סבירות גבוהה" שמדובר באירוע דריסה מכוון, בפרט נוכח היעדר סימני בלימה, מה גם שלא נמצא ברכבו של קאסם ליקוי מכני, שיהיה בו כדי להסביר את האירוע כבלתי מכוון. חוות הדעת מטעם העותרים בנושא זה אינן מציגות אלא פתח לאפשרות רחוקה של תאונה, העומדת בסתירה מוחלטת לעדויות הראייה, ושוודאי אין בהן כדי לקעקע את תקפות כלל הראיות המינהליות, שעמדו לפני המשיב טרם החלטתו.

16. מן המקובץ עולה שהמשיב היה רשאי להגיע למסקנה כי באירוע דריסה מכוון עסקינן ואין כל עילה להתערבותנו בהחלטתו זו. ברם בפי העותרים כאמור גם טענה חלופית: שמא קאסם דרס בכוונה את הולכי הרגל, אך לא ממניעים לאומניים, אלא מחמת זעפו על סירובה של בת דודו להינשא לו (וזאת הרי אין יכולים עדי הראייה ומומחי התעבורה לשלול). אף טענה זו רחוקה מלשכנע בנסיבות שבפנינו.

אותו סירוב של בת הדוד בהחלט אפשר שהיווה מניע, או זרז לאירוע הדריסה המכוונת. רכישות שונות של קאסם מבוקר יום האירוע, שעליהן מצביעים העותרים, יכולות אמנם אולי ללמד שהוא לא התכוון לשים נפשו בכפו ולבצע פיגוע עוד באותו לילה, וכי הודעת בת דודו בערבו של אותו יום על סירובה להינשא לו היא ששברה את רוחו והניעה אותו לעשות מעשה. ברם קאסם לא בחר בתגובה ליטול את חייו בגפו. הוא אף לא החליט לשים קץ לחייו דווקא אגב דריסת אחר, יהא זה מי אשר ייצא מדלת ביתו או מדלת שכניו לקראתו בסביבות מקום מגוריו. קאסם נטל את הרכב של אחיו, הרחיק נסוע מתחום ביתו עד לליבה של העיר ירושלים, איזור שבו שלושה תושבי מזרח ירושלים ביצעו פיגועים בחודשים הקודמים (תושב כפרו של קאסם, שביצע את פיגוע הירי ב"מרכז הרב" ושני אחרים שביצעו פיגועי דריסה באמצעות טרקטורים), וכך הוא נהג עד שהגיע לקבוצה שמנתה חיילים רבים ואחרים – ופגע בהם בפראות. ברי איפוא

שיש קושי רב למצוא עילה להתערב בהחלטתו של המשיב, שסבר כי עסקינן בפיגוע דריסה, שנעשה ממניע לאומני דווקא. במסקנה זו תומכת גם העובדה שהחומר הסודי מצביע על כך (לפי הפרפראזה שנמסרה לעותרים), כי קאסם פעל להשיג נשק לשם ביצוע פיגוע עוד טרם מהלך הדריסה שביצע (לנפקותו של ענין זה בהקשר לסוגיות הגילוי והחיסוי – עיינו בפסקאות 24-26 שלהלן).

17. עתה יש להידרש לטענתם השנייה של העותרים, לעניין החלת צו ההחרמה וההריסה על שני מתחמים שונים במבנה של העותרים.

העותרים אינם משיגים למעשה בהקשר הנוכחי על החלת הצו על אחת משלוש יחידות הדיור שבקומה האמצעית. לשיטת העותרים המדובר אכן ביחידת הדיור שהיתה "של" קאסם. לשיטת המשיב 1 לעומת זאת – היחידה האמורה שימשה אמנם לצורך זה ואולם שהו בה גם בני משפחתו הגרעינית עת לא אירחו אחרים, לרבות לצרכים של בישול ושימוש במחשב. בפועל אין איפוא מחלוקת כי קאסם אכן התגורר באותה יחידת דיור.

העותרים ממקדים טענותיהם איפוא בעיקר נגד החלת הצו על הקומה העליונה של הבית, שם גרים הוריו של קאסם (העותרים 1-2) וכן אחותו ובעלה (העותרים 3 ו-4). לטענת המשיבים – אף קאסם התגורר שם, לעיתים מזומנות. לשיטת העותרים, מאידך גיסא – קאסם התגורר רק ביחידת הדיור בקומה האמצעית, שם יכול היה לבשל ולכבס לעצמו ולהשתמש במחשב האישי שלו, והוא נהג רק לבקר את הוריו בקומה העליונה מפקידה לפקידה.

18. לצורך הכרעה במחלוקת הנ"ל נפתח ונציין כי החומר ה"גלוי", ואפילו טענות העותרים לפנינו, די בהם כדי ללמד שהמבנה בן שלוש הקומות שבו גרה משפחת מוגרבי הוא אכן "מבנה ... שמקצת תושביהם עברו... עבירה שבה כרוכה אלימות, או עבירה שעליה נדונים בבית משפט צבאי", כלשון תקנה 119 לתקנות ההגנה. המשיב, באופן מידתי, נמנע מלהורות על החרמה והריסה של המבנה כולו, אלא תר רק אחר אותם חלקים במבנה ששימשו את קאסם, וכך "ניצלו" מצו ההריסה – הקומה התחתונה כולה ושתי יחידות הדיור הנוספות שבקומה האמצעית. יתר על כן רק הקומה העליונה נדונה להריסה ואילו לגבי היחידה שבה התגורר קאסם, אף לשיטת העותרים, הסתפק המשיב 1 – בהוראה לאטימה בלבד (כנראה בשל קשיים טכניים להרוס רק יחידה זו, מבלי לגרום נזק בלתי הפיך לשאר חלקי המבנה).

19. מסקירת מכלול החומר נראה כי יש בסיס לקביעה שקאסם שהה תכופות גם בקומה העליונה, ויש קושי רב לתאר כל עלייה שלו מיחידתו בקומה האמצעית לקומה העליונה רק כ"ביקורו של בן שיצא את הקן וחוזר אליו מעת לעת", כשיטת העותרים (סעיף 103 לעתירה). אין איפוא פסול בהחלטת המשיב להחיל את הצו גם על הקומה העליונה שבמבנה.

20. כאן המקום להדגיש שאין כל ראייה, והמשיבים אינם טוענים לקיומה של ראייה, כי משפחתו של קאסם היתה מודעת למעשי הבן, או שתמכה בהם, מלכתחילה או בדיעבד. ברם משיבצע קאסם את שביצע, כמפגע בודד ועצמאי, והמשיב 1 מבקש להניא אחרים כמותו מלבצע מעשים דומים בעתיד (זאת בדרך של הרתעה המעבירה מסר כי פעולותיהם עלולות לפגוע גם ברכוש קרוביהם) – הרי שעקרונית אין לשלול מן המשיב 1 את הכוח להפעיל את סמכותו שעל פי תקנה 119 בנסיבות שכאלה (ראו: בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 407 (2002); עניין אבו דהים בפסקה 7).

מן המקובץ עולה איפוא כי אין גם בסיס להתערבות בהחלטתו של המשיב 1 לעשות שימוש בסמכותו על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה ביחס לאותם חלקים של המבנה, אשר שימשו את קאסם. החלטה זו באה אף היא בגדר הסמכות, והיתה סבירה ומידתית לשעתה, אף שבהליכי קבלתה אמנם נפלו תקלות מסוימות. באלו ובנפקותן, כמו גם בהשלכות ההסתמכות על החומר הסודי, שלגביו לא הוצאה תעודת חיסיון, נדון מיד בסמוך.

21. העותרים טוענים כאמור, כי לקראת הכנת ההשגה שהגישו – לא הוצגו בפניהם חלק מהראיות הרלבנטיות ובמיוחד הועלם מפניהם החומר הסודי, שעליו ביסס המשיב 1 את החלטתו, וזאת מבלי שהוצאה לגביו תעודת חיסיון. יתר על כן לגישתם הם למדו על חשיבות החומר הסודי האמור והממצאים שנגזרו הימנו רק מהפרפראזות שנמסרו להם בדיעבד במסגרת המכתב המשפטי, שבגדרו נדחתה השגתם. כתוצאה מכך נמנעה מהם, לשיטתם, האפשרות לסתור את המסקנות אותן הסיק המשיב 1 בתימוכין לצו שהוציא.

המשיבים גורסים מאידך, כי ההסתמכות של המפקד הצבאי על חומר מודיעיני סודי מותרת, כי אין צורך להוציא תעודת חיסיון בהקשרים אלה, כי הפרפראזות שניתנו

לעותרים נרחבות יחסית וכי הם יכולים היו להתמודד עמן כראוי לקראת עתירתם לבית משפט זה והם גם ניסו לעשות כן (אך לא הצליחו במשימתם זו).

עתה יש לפסוק בין הגישות המנוגדות, ובכך אעסוק להלן.

22. לדעתי ראוי היה להביא את הפרפראזות שנכללו בסופו של דבר במכתב המשפטי עוד בהודעתו של רל"ש המשיב 1, שמסר לעותר 1 על כוונתו של מפקד פיקוד העורף להוציא את הצו מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה ואיפשר לעותרים להשיג על כך (השוו: עע"ם 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ (לא פורסם, 10.8.2009)). יתר על כן ההפרדה שנעשתה בין הצו לבין עיקרי נימוקיו שנכללו במכתב המשפטי (בנוסף, או בהרחבה לטעמים שנזכרים בצו עצמו) – אף היא איננה נקייה מספקות.

יחד עם זאת, בנסיבות העניין, פגמים אלה רופאו, שכן בפני העותרים עמדו, במועד הגשת עתירתם הנוכחית: הצו ונימוקיו, החומר הגלוי והפרפראזות ששותרו לגבי החומר הסודי ועם כל אלה ניתנה לעותרים האפשרות להתמודד כמיטב יכולתם, והם אף מיצו זכות זו, כאשר באי-כוחם המלומדים טענו והציגו כל מה שאפשר לטובת שולחיהם.

23. זה המקום להוסיף כי ההסברים שניתנו על ידי העותרים לגבי הימצאותם של אקדח הפלסטיק ושל מחסניות הפלסטיק (שנחזו כאמיתיים) ברכב בו נהג קאסם בעת האירוע – כי היו אלה צעצועים של ילדי אחיו של קאסם (שהיה בעל הרכב), מלמדים שהעותרים השכילו להתמודד עם חלק מהפרפראזות אף בדיעבד. ואכן לו החלטת המשיב 1 היתה, למשל, מתבססת בעיקרה על הימצאותם של אביזרים אלה ברכב הפוגע – ניתן היה לומר שהעותרים הרימו את הנטל הדרוש להוצאת צו-על-תנאי נגד הוראת ההחרמה וההריסה/האטימה. דא עקא שהצו התבסס כאמור על חומר גלוי רב וכן על נתונים שהתקבלו ממקורות מודיעיניים חסויים ועל פיהם קאסם ניסה להשיג נשק לשם ביצוע פיגוע קודם להתרחשות, מושא העתירה. לגבי ממצא זה לא באה תגובה, או הסבר ענייניים מצד העותרים, מלבד הכחשה כללית מחוסר ידיעה וטענה שהסתמכות על חומר מודיעיני כזה מצריכה הוצאת תעודת חיסיון, אשר בלעדיה – הצו שהוצא איננו יכול לעמוד בתוקפו.

פרופוזיציה זו – אין לקבל והטעמים לכך יובאו מיד.

24. על פי אמות המידה המקובלות – רשות מינהלית רשאית להתבסס על מידע מודיעיני חסוי לצורך החלטתה. ראו לאחרונה: רע"ב 4393/11 מוסלי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.11.2011) בפסקה 17 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן (להלן: עניין מוסלי). עיינו גם: בג"צ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נ"ב(4) 690 (1998) (להלן: עניין מלבסקי); בר"ם 5237/05 משרד הפנים נ' קרלטון (לא פורסם, 25.4.2006) (להלן: עניין קרלטון).

על פי ההלכה הפסוקה – אין הרשות צריכה להצטייד בתעודת חיסיון כבר בשלב זה, ואולם היא אמורה להיות מודעת לכך שיתכן ותידרש לתעודה שכזאת ולביקורת שיפוטית עליה מכוח פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), ככל שהחלטה תותקף בבית המשפט (עיינו: עניין מלבסקי, 711) ולאחר שיוצא צו-על-תנאי לגביה (עיינו: עניין מוסלי, פסקה 17; בעניין מלבסקי תנאי נוסף זה התייתר, שהרי המדינה הסכימה כי הדיון בעתירה יתנהל כאילו הוצא בה צו-על-תנאי).

25. במרוצת השנים פותח בפסיקה גם "מסלול חילופי", שבמסגרתו מתאפשרת הצגתו של חומר חסוי לבית המשפט במעמד צד אחד בלבד, בגדר דיון שענינו ביקורת שיפוטית על החלטת הרשות, אם ניתנת לכך הסכמתו של העותר (ראו: בג"צ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(3) 542 (1989) (להלן: עניין מטור)); עניין מוסלי). בעת הדיון שקיימנו בעתירה הצענו לפיכך לצדדים כי נעייין בחומר החסוי, עליו נסמך המשיב 1 בהחלטתו, במעמד צד אחד בלבד. המשיבים הביעו נכונותם לכך וביקשנו איפוא אף את הסכמתם של העותרים לדבר, על פי המקובל (ראו: עניין מטור; דנג"צ 9614/02 אבו אל פילאת סרי נ' לשכת העיתונות הממשלתית (לא פורסם, 10.2.2003)). העותרים סירבו להצעה ונימקו עמדתם בארבעה טעמים (חילופיים במהותם):

(א) המשיב 1 לא היה רשאי לקבל את החלטתו, מבלי שתוצא לגביו תעודת חיסיון על פי סעיף 44 לפקודת הראיות (לעמדה זו אמורה להתווסף טענה משלימה כי על המפקד הצבאי חלה הוראת סעיף 52 לפקודת הראיות וכי הוא קבע כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק – עדיף מן העניין שלא לגלותה).

(ב) ככל שהמשיב 1 עיין בחומר הסודי מבלי שהוצאה לגביו תעודת חיסיון – הוא חייב היה לגלותו לעותרים לפני ההשגה.

(ג) אף אם טעמים (א) ו-(ב) אינם מתקבלים, הרי שבמסגרת העתירה לא ניתן לבסס את הצו שניתן, בין השאר, על בסיס החומר הסודי, מבלי שתוצא לגביו תעודת חיסיון ויתקיימו הליכי בקרה עליה על פי סעיף 44 לפקודת הראיות.

(ד) נוכח האמור בס"ק (ג) שלעיל – אף אם הפרופוזיציה המוצגת שם לא תתקבל במלואה, הרי שיש מקום להוצאת צו-על-תנאי בעתירה, שכן חזקת התקינות לא אמורה לעמוד לזכות המשיבים במקרה שכזה.

טיעונים (א) ו-(ב) שלעיל וחלק מטיעון (ג) נדחו למעשה כבר בפסקה 24 שלעיל (והטענה המשלימה שבס"ק (א) כלל לא פותחה בעתירה). נותר לנו לדון איפוא עתה בשאר ההשגות.

26. סוגיות (ג) ו-(ד) שפורטו בפסקה 25 שלעיל, כרוכות זו בזו. דעת הרוב בפסיקה נטתה בעבר לצדד בעמדת העותרים בשאלות אלו (ראו פסק דינו של מ"מ הנשיא, (כתוארו אז) השופט מ' לנדוי ב-בג"צ 2/79 אל אסעד נ' שר הפנים, פ"ד לד(1) 505 (1979) (להלן: עניין אל אסעד), שאליו הצטרפה, לאחר לבטים, השופטת (כתוארה אז) מ' בן-פורת, כנגד דעתו החולקת והמפורטת של השופט (כתוארו אז) י' כהן שם).

עם זאת בהמשך הדרך חל כרסום מסוים בהלכה ועתה, כאשר העותר מתנגד להצגת החומר החסוי במעמד צד אחד בלבד (אפילו לא הוצאה לגביו תעודת חיסיון) – קמה לטובת הרשות חזקה שלפיה היא קיבלה החלטה כדין בהתבסס על אותו החומר ומי שמבקש להפריך חזקת תקינות זו – עליו הראיה. ראו: בג"צ 672/88 לבדי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 227 (1989); עניין מטור; עניין מלבסקי; עניין קרלסון; בג"צ 7712/05 פולרד נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 8.6.2006); עניין מוסלי; עיינו גם: Daphne Barak-Erez & Matthew C. Waxman, *Secret Evidence and the Due Process of Terrorist Detentions*, 48 Colum. J. Transnatl. L. 4 (2009); Robert M. Chesney, *National Security, Litigation, and the State Secrets Privilege*, in LEGAL ISSUES IN THE STRUGGLE AGAINST TERROR 113 (John Norton Moore and Robert F. Turner, Eds, 2010) (להלן: Chesney).

אף שינויי חקיקה שהתקבלו בינתיים תומכים לכאורה בגישה האמורה. עיינו: סעיף 9 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998; סעיף 19 לחוק שירות הביטחון הכללי,

התשס"ב-1992 ותקנה 2 לתקנות שירות הביטחון הכללי (פרטים אחרים בנוגע לשירות אשר הם חסויים והותר לפרסום המידע האסור לפרסום), התשס"ד-2004.

יחד עם זאת במצב דברים זה גם הרשות נוטלת על עצמה סיכון, שבית המשפט לא יסתפק בחזקה הנ"ל (שניתנת לסתירה כאמור) ויוציא צו-על-תנאי בעתירה. הדבר הוא איפוא תלוי-הקשר ובמסגרת זו יבחנו כלל נסיבות הענין ובין השאר: מהות והיקף הפראפרזות שנמסרו לעותרים, אופי הנושא העומד לדיון, האינטרס המוגן שלו טוענת המדינה והיקף הנזק הצפוי מהגילוי (השוו: Chesney, 127).

(זה המקום להעיר כי היבטים דומים וכן נוספים של השאלות שנידונו בפיסקה זו תלויות ועומדות בפני בית משפט זה ב-בג"צ 747/09 אסעיד נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית וב-בג"צ 1000/10 אלאטראש נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, שבהם הוצאו צווים על תנאי).

27. העותרים לא עמדו כאן בנטל המוטל עליהם כדי לסתור את חזקת התקינות, בהתחשב בפראפרזות שנמסרו להם ונוכח סירובם לאפשר לבית המשפט לעיין בחומר הסודי במעמד צד אחד בלבד (ולו לצורך שלב הצו-על-תנאי). אף בטיעונים בכתב שהגישו לנו לאחר הדיון לצורך זה – הדבר לא עלה בידם. בהקשר זה ראוי להוסיף עוד שלוש הערות:

(א) העותרים ניסו לרמוז כי אצל המשיבים נתגלעו, כביכול, חילוקי דעות באשר למהות האירוע – האם היה זה פיגוע-דריסה, או תאונה. לצורך זה הם הגישו כאמור את הקלטת ובה הכתבה ששודרה ברשת "אלג'זירה" למחרת האירוע (נספח 14 לעתירה). הם טענו שבשידור זה הופיע קצין משטרה ישראלי שטען, כביכול, בין היתר, כי: "נהג המכונית נהג ברכב במהירות גבוהה וייתכן כי לא דרס את עוברי הכביש בכוונה, וזאת בניגוד למסקנה של המחלקה לזיהוי פלילי אשר מתעקשת על תיאור האירוע 'טרוריסטי'". ברם מצפיה בקלטת עולה כי פה כשלו-מעט העותרים, שכן בשידור מופיע אמנם קצין משטרה ואולם הדברים המצוטטים לא שודרו מפיו, אלא שכתב "אלג'זירה" סיפר מה שאותו קצין משטרה אמר, לדברי הכתב. הנה כי כן דיוק אין פה, אם לנקוט לשון המעטה, וזאת בשעה שהעותרים מבקשים לערער את חזקת התקינות של המשיבים, בגרסם שהיו חילוקי דעות ברשות עצמה (מה שמצדיק אולי צו-על-תנאי) וטוענים לצורך בשקיפות מלאה – דרישה אותה אין הם מחילים על עצמם.

אין צורך לומר גם בהקשר זה שהשידור האמור נערך יום למחרת האירוע, כאשר ההתפתחויות בקשר לצו, מושא העתירה, התגבשו מספר חודשים לאחר מכן, בעקבות בדיקות מקיפות שנערכו מטעם המשיבים.

(ב) במכלול הנסיבות יש להצר על כך שהעותרים סירבו לאפשר לנו לעיין בראיות הסודיות במעמד צד אחד, שכן לא אחת קורה שלאחר עיון שכזה אנו מוציאים צו-על-תנאי (ראו לאחרונה: בג"צ 7993/11 חמדאן נ' שופט צבאי משפטאי, החלטה מתאריך 6.12.2011 ופסק דין מתאריך 18.1.12).

(ג) המלצותינו, בצד דחיית העתירה – מאזנות ממילא את התוצאה.

הערות אלו מביאות אותנו לקראת סיום.

טף דבר

28. סיכומם של דברים: החלטת המשיב 1 היתה בנסיבות העניין, במסגרת הסמכות, סבירה ומידתית ואין היא מקימה עילת התערבות של ביקורת משפטית בה. לפיכך אין מקום להוצאת צו-על-תנאי בעתירה. יחד עם זאת, נראה לי כי ראוי שהמשיב 1 ישקול מחדש את הוראתו בדבר הריסת הקומה העליונה במבנה ולמצער יורה על אטימתה בלבד (כפי שעשה ביחס ליחידה שבקומה האמצעית) – משורה של טעמים:

(א) בתחילת ההליך נפלו בו פגמים מסוימים, כפי שהובהר בפסקה 22 לעיל. אלה אמנם רופאו בהמשך, אבל מקיומם מתבקשת – לשם האיזון – התחשבות מסוימת, כיאה לתוצאותיה של שמיעה מאוחרת.

(ב) המשיבים עצמם הצהירו בתגובתם המקדמית לעתירה כדלקמן:

"הפעלת הסמכות של החרמת והריסת/אטימת בית של מפגע לפי תקנה 119 הינה פועל יוצא של נסיבות הזמן והמקום הקונקרטי. בה במידה שפני הטרור משתנים מעת לעת, כך מחוייב המפקד הצבאי לפעול בהתאמה ובמידת הנדרש, תוך שינוי האמצעים הננקטים כדי לקדם פני הרעה ולהצמיחה, במהלך המלחמה בפעילות החבלנית.

מאחר שהסמכות לפי תקנה 119 מופעלת בתגובה לפעולה חבלנית, אין להתפלא על כך, כי היקף הפעלתה

במהלך השנים היה ביחס ישיר להיקפם של האירועים החבלניים ולמידת חומרתם. כך, בשנים בהן התקפות הטרור פחתו, היתה הפעלת הסמכות לפי התקנה נדירה יותר, ואילו בתקופות בהן אירועי טרור הפכו ל'שגרה יום-יומית', נאלצו כוחות הביטחון להגיב בתדירות רבה יותר של הפעלת התקנה, מתוך מגמה להרתיע ולגדוע את גזע הטרור, פן יתרחב הנגע ויתפשט עוד יותר." (סעיפים 28 ו-29, שם).

עבור הזמן שבין האירוע לבין הוצאת הצו, מושא העתירה, ומאז שמיעתה ועד היום והשינויים במצב הבטחוני, ככל שחלו – מצדיקים איפוא שיקול מחודש, מה גם שבפני המשיבים לא עמדו בשעתו התצהירים של קציני המילואים ושל האחרים הנזכרים בפסקה 7 סייפא שלעיל, לגבי התנהלות משפחת העותרים.

(ג) תקנה 119 לתקנות ההגנה עצמה מסמיכה את הרשות "בכל זמן, בצו, למחול על החרמה כולה או מקצתה ואז תקומנה שנית, כדי מידת אותה מחילה, הבעלות על הבית, המבנה או הקרקע". מכאן עולה שהחלטתו של המוסמך היא הדירה בעיקרון וגם אם היתה נכונה בשעתה – ככל שנוצר שינוי נסיבות מהותי במצב, או שקיימים טעמים ראויים אחרים המצדיקים הדבר, ראוי שוב לבחון את המכלול.

29. הנה כי כן נוכח כל האמור לעיל ובכפוף לאמור בפסקה 28 שלעיל – אציע לחברי לדחות את העתירה ללא צו להוצאות. צו הביניים שהוצא במסגרת העתירה יבוטל לאחר 30 יום ממועד מתן פסק הדין על מנת לתת שהות למשיבים לשקול האמור בפסקה 28 שלעיל ולעותרים להתארגן בהתאם.

ש ו פ ט

הנשיאה ד' ביניש:

1. כחברי, השופט ח' מלצר, אף אני סבורה כי נוכח פסיקתו רבת השנים של בית משפט זה בהיבטים הנוגעים לתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 119 או התקנה) ובשים לב לנסיבות העניין הקונקרטיים, לא עלה בידי העותרים לבסס עילה שתצדיק התערבותנו בהחלטה המקורית של המשיב 1 להורות על הריסה ואטימה של חלק מן המבנה בו התגורר קאסם.

אני אף מצטרפת לדעתו של חברי כי בנסיבות העניין ובשים לב לפגמים שנפלו בהליך, חלוף הזמן, שינויי העיתים וזיקתם ההדוקה של אלה לתכליות העומדות ביסוד

תקנה 119, מן הראוי כי המשיב 1 ישוב וישקול האם קיימת עדיין הצדקה בהריסת המבנה ו/או איטומו, או שמא יכול ויש מקום בנסיבות המיוחדות של העניין להפעיל את סמכות המחילה המוקנית לו בתקנה.

2. אוסיף עוד כי מתקשה אני לקבל את הערת חברי לפיה חל כרסום בהלכת אל אטעד באשר לעיון בראיות החסויות. רואה אני להתייחס בקצרה למסגרת המשפטית המסדירה את דיני הראיות החסויות בהליך המינהלי. כשלעצמי אני סבורה, על רקע פסיקה רבת שנים, כי יש להבחין בין הפרקטיקה - שהייתה לנוהג - באשר לבחינת חומר חסוי בבית משפט זה, לבין ההלכה המחייבת בהעדר הסכמה לכך שהחומר יימסר לעיונו של בית המשפט במעמד צד אחד. אומר תחילה כי לשיטתי, בהלכה זו, וביסודות העומדים בבסיסה, לא חל שינוי מאז נקבעה.

3. כידוע, בעשורים האחרונים, נוכח ההליכים המרובים הבאים לביקורת שיפוטית בפני בית משפט זה, שבהם מעורבות החלטות של רשויות הביטחון המתבססות על ראיות חסויות, התפתחה פרקטיקה ביחס לאופן העיון בראיות אלה והיא אף הייתה לנוהג שמצא ביטוי בפסיקתו של בית משפט זה (בג"ץ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(3) 542 (1989); בר"ם 5237/05 משרד הפנים נ' טוביאס קרלסון (טרם פורסם, 25.4.2006); לפי הפרקטיקה שהייתה לנוהג מוכר ומקובל במסגרת הליך של ביקורת שיפוטית על פעולות הרשות מתאפשרת הצגת חומר חסוי מטעמי ביטחון לבית המשפט במעמד צד אחד בלבד, אם ניתנת לכך הסכמתו של העותר. בהתאם לכך, ככל שניתנת הסכמת העותר לכך שבית המשפט יעיין בחומר החסוי במעמד צד אחד, אין הרשות חייבת להציג תעודת חיסיון בהתאם להוראות סעיפים 44-45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א - 1971 (להלן: פקודת הראיות); במסגרת הנוהג שהתפתח בידי בית המשפט לבחון את החומר החסוי ולעמוד על הצורך וההצדקה שבחיסיונו, וכן להכריע בשאלה אם ניתן לחשוף פרטים נוספים ממנו, כמו גם לעמוד על מהימנותו והרלוונטיות שלו להחלטה המינהלית גופה. ואכן, כעניין שבשגרה נוהג בית משפט זה לבחון בהסכמת הצדדים ראיות שהרשות מבקשת לחסותן, בדומה לאופן הבחינה הנעשית בעתירה לגילוי ראיה על-פי סעיף 46 לפקודת הראיות. בהליך זה נוהג בית המשפט לקבל הסברים מפורטים מגורמי הביטחון אודות ההצדקה לקיום החיסיון, וככל שהדבר ניתן מבקש להביא לחשיפת נתונים שאין הוא סבור כי ראוי לחסותם. הניסיון רב השנים מלמד כי המדינה חוסה במרבית המקרים נתונים שחשיפתם אכן עלולה לפגוע בביטחון המדינה; יתרוונתיה של פרקטיקה זו רבים, שכן יש בה כדי לקיים ביקורת שיפוטית על שיקולי הרשות הביטחונית העומדים ביסוד ההחלטה הנדונה, ואף לבחון - ככל הניתן - את מהימנות המידע החסוי, והכל

ביעילות שיפוטית מבלי להזניח את חשיבות ההגנה על זכויות האדם; כך נוהגים אנו מזה שנים בהליכים המתבררים לפנינו, ובדרך הכלל מביעים העותרים ובאי-כוחם אמון בבדיקה הנערכת על ידי בית המשפט בלא צורך בהליך של הוצאת תעודת חסיון חתומה בידי שר. עם זאת, חסרונותיה של הפרקטיקה, בין היתר, ביסוד ההסכמה המהווה תנאי מרכזי למימושה, כמו גם בכך שהיא מחייבת דיון במעמד צד אחד.

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 חיסיונו 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.

במצב דברים זה, ובהתאם להלכה שנקבעה בבג"ץ 2/79 אל אסעד נ' שר הפנים, פ"ד לד(1) 505 (1979), פסק דינו של ממלא מקום הנשיא מ' לנדוי (להלן: ענין אל אסעד), ככל שהרשות תמשיך לעמוד על סירובה בהצגת החומר בפני הצד שכנגד גם בשלב שלאחר הוצאת צו-על-תנאי, יהיה עליה לפעול להוצאת תעודת חסיון מתאימה, שתהיה כפופה, ככל שיבקש זאת הצד שכנגד, להליך שיפוטי בהתאם לסעיף 46 לפקודת הראיות. במסגרת זאת, יוכל השופט שבפניו יתברר ההליך להסרת החסיון וגילוי הראיות, לעמוד על טיבו של החומר החסוי, והחלטתו תהיה בעלת השלכה על הביקורת השיפוטית המופעלת. עם זאת יובהר כי משמעות הוצאת תעודת החסיון וניהול עתירה לגילוי ראייה בפני שופט, הינה כי בית המשפט היושב בהליך הביקורת על ההחלטה שבוססה על החומר החסוי לא ייחשף לחומר (והשוו: פסק דינו של הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 672/88 לבדי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 227 (1989) (להלן: ענין לבדי)), אלא אם כן יקבע השופט הדן בעתירה לגילוי ראייה אחרת. במצב דברים זה, שהוא בדרך כלל נדיר בתיקים הבאים לפנינו, תקום לרשות חזקת החוקיות, שנתחזקה בעקבות החלטת השר המוסמך להורות על הוצאת תעודת החסיון, ולא יהא מנוס מביטול הצו על תנאי שהוצא ודחייתה של העתירה.

4. פעמים רבות עמד בית משפט זה על הקושי לפניו ניצב הצד הנתקל בטענת הרשות המינהלית אודות חסיונו של מידע, המציב אותו או את בא-כוחו כסומא באפילה, המנסה להתגונן מפני טענות שאינן ידועות לו. קושי זה הוא לעיתים בלתי נמנע נוכח האינטרסים השונים העשויים להצדיק את חיסוי הראיות. למצב מיוחד זה טרם נמצא פתרון טוב יותר בשיטתנו; בשיטות משפט הקרובות לנו, כמו בקנדה ובאנגליה, הוצעו פתרונות מסוימים שלא כאן המקום לעמוד עליהן (ראו לעניין זה פסק-דיןנו בעע"ם 1038/08 מדינת ישראל נ' גנאביץ (טרם פורסם, 11.8.2009), פסקה ל"א לפסק דינו של השופט א' דובינשטיין והאמור בפסק דיני לעניין אותם פתרונות). המתווה שפורט לעיל, הנשען על פסיקתו רבת השנים של בית משפט זה והפרקטיקה השיפוטית הנוהגת, מהווה לפיכך איזון סביר בין האינטרסים השונים העומדים על הפרק לבין הצורך להגן על הזכויות שבית המשפט מופקד על שמירתן.

בנסיבות העניין שלפנינו, דברים אלה הם בגדר למעלה מן הצורך, שכן לשיטתנו בחומרים הגלויים שהציג המשיב 1, ושהונחו בפני העותרים, היה די כדי להצדיק את ההחלטה שהתקבלה, אף כי מטעמים אחרים שפורטו המלצנו לשקול את ההחלטה מחדש.

אשר על כן, ובכפוף לאמור בסעיף 1 לעיל, גם אני סבורה כי דין העתירה להדחות.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

מצטרף אני לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר כי בנסיבות העניין, אין מקום להתערב בהחלטתו המקורית של המשיב 1. מצטרף אני לדעתו כי מן הראוי כי הוא ישוב וישקול האם קיימת עדיין הצדקה להחלטה זו.

אשר להלכת אל אסעד, באשר לעיון בראיות החסויות, מצטרף אני לעמדתה של חברתי הנשיאה ד' ביניש, ולמתווה שפירטה בפסק דינה, בכל הקשור לחיסוי הראיות והאיזון הנדרש בין האינטרסים השונים העומדים על הפרק.

ה מ ש נ ה – ל נ ש י א ה

הוחלט כאמור בפסקה 29 לפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתנה היום, כ"ב בשבט, תשע"ב (15.2.2012).

שופט

המשה-לנשיאה

הנשיאה