

בעניין:

_____ אלזעארי ואח'
ע"י ב"כ אלעד כהנא ואח'
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל': 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נגד -

המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית
ע"י ב"כ יצחק ברט ואח'
מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466194; פקס: 02-6467011

המשיב

הודעה מעדכנת מטעם העותרים

בכפוף להחלטת בית המשפט הנכבד בבקשת העותרים, המוגשת במקביל לתגובה זו, מתכבדים העותרים להגיש הודעה מעדכנת מטעמם.

1. כזכור, ביום 24.1.12 הגישו העותרים הודעה מעדכנת ותגובה מטעמם, בה הצביעו על היעדר המשקל שיש לתגובתו המקדמית של המשיב, בנסיבות העניין, וטענו כי יש ליתן צו על תנאי בעתירה.

2. עוד יוזכר, כי כך בדיוק אירע בשני הליכים דומים ביותר (בג"ץ 1000/10 **אלאטרש נ' המפקד הצבאי**; בג"ץ 747/09 **אסעיד נ' המפקד הצבאי**), אשר טענות הצדדים בהם היו זהות לטענות המועלות בהליך דנן, ואכן בית המשפט קבע שהעותרים הרימו את הנטל הראשוני, ולאחר שנמצא שבתגובותיו המקדמיות הלאקוניות למדי של המשיב לא היה מענה לכך, ניתנו בהליכים אלו צווים על תנאי.

3. ביום 15.2.12 ניתן פסק דין בבג"ץ 5696/09 **מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף** (להלן: פסק דין **מוגרבי**). בית המשפט הנכבד קבע, מפי כבוד הנשיאה ביניש (אליה הצטרף כבוד המשנה לנשיאה ריבלין) כי כאשר המשיב מבקש להסתמך על חומר חסוי שעותר מסרב לעיין בו במעמד צד אחד, הרי שהרשות אינה יכולה לטעון לקיומה של חזקה חלוטה בדבר תקינות המינהל, ויהא עליה לנסות ולבסס את עמדתה באמצעות החומר הגלוי בלבד.

באותו מקרה אכן בחן בית המשפט את החומר הגלוי **כשלעצמו**. כעולה מפסק הדין, החומר החסוי נועד אך **לתמוך** בחומר הגלוי הרחב והמקיף – אשר כלל פרטים רבים בנוגע לאירוע המדובר, עדויות עדי ראיה, ואף חוות דעת מומחים. בנסיבות אלה קבע בית המשפט כי בחומר הגלוי הרב יש די "כדי ליצור תשתית ראייתית בסיסית מספקת להחלטתו של

המשיב", ודחה את העתירה (ר' סעיפים 15, 18 לפסק דינו של כבוד השופט מלצר וסעיף 4, פסקה שנייה, לפסק דינה של כבוד הנשיאה).

4. במישור העקרוני, דעת הרוב בסוגיה קבעה שאם עותר מסכים לעיון בחומר במעמד צד אחד, בית המשפט יכול לעיין בחומר החסוי, וכי במצב זה הרשות אינה נדרשת להציג תעודת חיסיון על מנת שתוכל להסתמך על החומר החסוי (ס' 3 לפסק דינה של הנשיאה, פסקה ראשונה).

לעומת זאת, מקום בו עותר אינו מסכים לעיון בחומר, אזי ההכרעה בין טענות הצדדים תיעשה בהתאם לחומר הגלוי (והשוו לאמור בסעיפים 83, 89 לתגובת העותרים מיום 24.1.12 בנוגע להלכת אל-אסעד (בג"ץ 2/79 אל-אסעד נ' שר הפנים, פ"ד לד(1) 505 (1979)).

בנסיבות כאלה, כך נפסק, "ככל שהחומר הגלוי אינו מבסס כדבעי את החלטת הרשות... הרי אז יהיה על בית המשפט להורות על הוצאת צו-על-תנאי" (סעיף 3, פסקה 2 לפסק דינה של כבוד הנשיאה).

רק אם הציגה הרשות חומר גלוי "המבסס כדבעי" את טיעוניה, תעמוד לרשות חזקת תקינות המינהל: "אם החומר הגלוי שהונח בפניו יבסס במידה מספקת את החלטת הרשות, אזי ניתן יהיה להניח, כי על אף חסיונו של החומר, קמה לטובת הרשות חזקת החוקיות לפיה קיבלה את החלטתה כדין וכי החומר החסוי תומך בטיעוניה" (שם; ההדגשות הוספו – א.כ.).

5. למותר לציין, כי מטבע הדברים תמיד עומדת בפני המשיב בכל שלב האפשרות להוציא תעודת חיסיון, אשר תאפשר לעותרים להגיש עתירה לגילוי ראייה. ככל שעתירה זו תדחה, תעמוד למשיב חזקת החוקיות (והשוו דברי כבוד הנשיאה בנוגע לאפשרות לפעול באופן זה כדי למנוע מתן צו מוחלט, בסעיף 3, פסקה שלישית לפסק דינה). מובן, כי ככל שהמשיב בוחר שלא לעשות כן, לא ניתן להסתמך על החומר החסוי ויש להכריע בעתירה בהתאם לחומר הגלוי.

6. בשולי הדברים יצוין, שגם עמדתו של כבוד השופט מלצר, שנותר בדעת יחיד בעניין זה, אינה שונה בעיקרה מן העמדה האמורה (ר' למשל ס' 26, פסקה שלישית, לפסק דינו של כבוד השופט מלצר).

7. לאור האמור לעיל, כפי שטענו העותרים, וביתר שאת נוכח פסיקת בית המשפט הנכבד בפסק דין מוגרבי ומכיוון שברור לחלוטין (ונדמה שגם למשיב יקשה לחלוק על כך) שהחומר הגלוי שהוצג בעתירה זו למעשה אינו אומר דבר ומובן ש"אינו מבסס כדבעי את החלטת הרשות", יש ליתן צו על תנאי.

יוזכר, שכפי שנטען בתגובת העותרים מיום 24.1.12, העותרים עמדו בנטל למתן צו על תנאי: ענייננו בפגיעה מהותית בזכויות אדם (הזכות ליציאה מן הארץ והזכות לחיי משפחה), הנמשכת מזה כשנתיים. פגיעה זו נעשתה ללא שימוע, ובניגוד לכללי הצדק הטבעי; והיא אינה תחומה בזמן ועל פניו תמשך עוד זמן רב. טענות אלו נתמכות בתצהיר ואינן מוכחות על ידי המשיב.

מנגד, המשיב לא הציג דבר התומך בעמדתו, וה"חומר הגלוי" מסתכם במשפט לאקוני וסתום, שעיקרו המילה היחידה "פעיל", משפט שאינו אומר דבר, הלכה למעשה.

ואכן, בבג"ץ 1000/10 **אלאטרש** ובבג"ץ 747/09 **אסעיד** – אשר גם בהם, כמו בענייננו, דובר באיסור יציאה לחו"ל, תוך פגיעה בזכויות אדם – מצא בית המשפט כי ה"פראפרזות" שניתנו שם, "פעיל בכיר בארגון הג'יהאד האסלאמי הפלסטיני, קיים חשש כי יציאתו תסכן את ביטחון האזור" (בג"ץ 1000/10, ר' ע/5) ו"קיים מידע חסוי המקים חשש כי יציאתו לחו"ל תסכן את ביטחון האזור" (בג"ץ 747/09, ר' ע/15), אינן מהוות תשובה אמיתית לעתירות, ונתן בשתי העתירות צווים על תנאי.

בדיוק כפי שברור שהאמירות הלאקוניות " פעיל בכיר בארגון הג'יהאד האסלאמי הפלסטיני, קיים חשש כי יציאתו תסכן את ביטחון האזור" או "קיים מידע חסוי המקים חשש כי יציאתו לחו"ל תסכן את ביטחון האזור" אינן יכולות לבסס את עמדת המשיב ועל כן הצדיקו הוצאתו של צו על תנאי, מובן כי הדין זהה עם האמירה "יציאתו של העותר, פעיל חמאס, לחו"ל תסכן את ביטחון האזור".

ניתן להתרשם מהדמיון בין אותם לענייננו, ומתגובות המשיב שם לתגובתו בעתירה זו, מהעתקי העתירות והתגובות המצורפים כנספחים לתגובה מיום 24.1.12.

8. נדמה שהדברים כה פשוטים וברורים עד כי אין כל תועלת בשלב זה בקיום הדיון, וניתן ליתן צו על תנאי כבר כעת. ברור שכפי שבית המשפט מצא שאותן אמירות לאקוניות וערטילאיות באותן עתירות אינן מספקות, והעתירות מצדיקות במצב זה הוצאת צו על תנאי, וזאת על בסיס החומר והטענות הגלויות, הרי שגם בענייננו יש לעשות כן.