

בבית המשפט העליון כשכתו כבית המשפט הגבוה לצו

בפני כבוד הנשיאה

בעניין: 1. אבו ג'מל

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

ע"י ב"כ עו"ד אנדרה רוזנטל – מספר רשיון 11864

מרח' צלאח א-דין 15, ת"ד 19405, ירושלים 91194

טלפון: 6250458, פקסימיליה: 6221148,

נייד: 050-5-910847

המבקשים

נגד

מפקד פיקוד העורף

ע"י פרקליטות המדינה

המשיב

בקשה לקיום דיון נוסף

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על קיומו של דיון נוסף בשתי שאלות חשובות העומדות כסתירה להלכה קודמת של בית משפט נכבד זה: טיב הראיות המנהליות הדרושות להפעלת חקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945; ועל מי מונח נטל השכנוע בדבר מקום מגוריו של המפגע.

בקשה זו מוגשת בעקבות פסק הדין מיום 22.12.2015 שניתן בבג"ץ 8150/15 אבו ג'מל והמוקד להגנת הפרט נגד מפקד פיקוד העורף. העתק פסק הדין מאושר רצ"ב ומסומן באות ע' 1. בפסק הדין הנ"ל נקבע – בדעת הרוב – כי הראיות המנהליות אשר הוגשו לעיונו של בית המשפט הנכבד, בכלל זה חומר חסוי במעמד צד אחד, הינן מספיקות, וזאת למרות שאינן "ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות" – כפי שעליהן להיות "כל אימת שדנים בשלילת זכויות קיומית או בשלילתן של זכויות יסוד" (בג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד לט(1) 309, 327(1985)).

כמו כן נקבע בפסק הדין, בנוסף לטיב הראיות הדרושות, כי נטל השכנוע בדבר מקום מגוריו של המפגע נופל על המבקשים ולא על המשיב.

כסעד ביניים, ובהתאם לתקנה 14 לתקנות סדר הדין בדיון נוסף, תשמ"ד-1984, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו האוסר על מימושו של צו ההריסה על ידי המשיב או מי מטעמו, עד לסיום ההליכים בבקשה זו. על פי פסק דינו של בית משפט נכבד זה, עוכב ביצוע צו ההריסה עד ליום 30.12.2015.

### ואלה נימוקי הבקשה

#### טיב הראיות המנהליות

1. מבקש מספר 1, אבו ג'מל, הינו אביו של אבו ג'מל אשר ביצע פיגוע בירושלים ביום 13.10.2015, כמהלכו נרצח אזרח ישראלי אחד ונפצעו שני אזרחים נוספים.
2. מבקש מספר 2, המוקד להגנת הפרט, הינו ארגון זכויות אדם, אשר שם לו למטרה, בין השאר, לסייע לתושבים פלסטינים שנפלו קורבן להתעמרות או לקיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על מעמדם וזכויותיהם בפני ערכאות, בין אם בשמו כעותר ציבורי ובין אם כמייצג אנשים שזכויותיהם נפגעו.
3. א. ביום 13.10.2015, יום הפיגוע, ביקרו כוחות הביטחון בבית אבו ג'מל. למשפחת אבו ג'מל בניין בן שלוש קומות – המחולק לשלוש דירות – וכן מבנה בודד נפרד, המצוי בסמוך לבניין התלת-קומתי, וביניהם מפרידים מטרים ספורים. לטענת המבקשים, המפגע ומשפחתו התגוררו במבנה הכבוד. לדברי המשיב, שכן עלום שם – אשר זהותו אינה ידוע ותיעוד תוכן שיחתו עם גורמי הביטחון לא נמסר – הצביע על הקומה התחתונה בבניין התלת-קומתי כדירת מגוריו של עלאא אבו ג'מל (להלן: הדירה).
- ב. לטענת המשיב, נמצאו בדירה הפריטים הבאים: תמונות משפחתיות היו תלויות על קיר המסדרון, ובהן תמונתו של עלאא אבו ג'מל; שלוש מיטות בחדר הילדים; ארבעה תלושי משכורת של עלאא אבו ג'מל; נתכי אינטרנט של בזק בארון המבואה, מאחורי דלת הכניסה לדירה. להוכחת הנטען על ידי המשיב, צורפו התצלומים הבאים:
  - 1) תצלום בו נראית תעודת הצטיינות ע"ש עלאא אבו ג'מל המונחת על גבי שטיח הרצפה בבית, ולא, כפי שטען המשיב, תלויה על קיר המסדרון עם יתר תמונות בני המשפחה.
  - 2) כרטיס קופת חולים על שם חטאב אבו ג'מל, בן המשפחה, שאף הוא נראה בתצלום המשיב כשהוא מונח על גבי שטיח הרצפה – ולא כמגירה השלישית במטבח הדירה,

- כנטען כתצהירה של אבו ג'מל, אחותו של עלאא המתגוררת בדירה. תצהירה הוגש במסגרת בג"ץ 8150/15 וסומן כנספח ע' 5.
- 3) נחבי אינטרנט אשר צולמו על השטיח ברצפה ולא בארון מאחורי דלת הכניסה.
- 4) ארבעה תלושי המשכורות אף הם לא צולמו במקום הימצאם.
4. ביום 15.10.2015 נחקר בנו של המבקש – אחיו של עלאא – והוא הצביע על המכנה הבודד כמקום מגוריו של עלאא אבו ג'מל. תחקור זה לא נמסר למבקשים.
5. א. ביום 19.10.2015 ביקרו נציגי המשיב במכנה הבודד. בביקור זה, כעולה מתגובת המשיב לכג"ץ 7219/15 אבו ג'מל והמוקד להגנת הפרט נ' מפקד פיקוד העורף – " ... נמצאו במכנה הבודד תמונה של המפגע תלויה על הקיר סמוך לכניסה למכנה, נמצאו 2-3 מיטות בחדר השינה ובסלון נמצא ארגז של ציוד אלקטרוני. מעבר לאמור, המכנה היה ריק מכל ציוד וריהוט. " לא נמסר כל דו"ח או תרשומת אודות הביקור. הנטען בתגובה זו נתמך על ידי תצהיר מטעם "סאמח", העובד בשכ"כ ככרו בחטיבה, אשר הצהיר בסעיף 3 כי –
- "3. העובדות המפורטות בהודעת המשיב ידועות לי בתוקף תפקידי והן אמת למיטב ידיעתי ואמונתי."
- העתק הימנו רצ"ב ומסומן באות ע' 2.
- ב. לטענת המבקשים אין להסיק כל מסקנה מהיות המכנה הבודד "ריק מכל ציוד וריהוט", וזאת נוכח הכרותה הקודמת של משפחת אבו ג'מל עם צווי הריסה לפי תקנה 119; הכוונה לשני בתים של קרוביהם של משפחת אבו ג'מל אשר נהרסו (לאחר שניתנו פסקי דין בעניינם בבג"ץ 8066/14 ובג"ץ 8070/14).
- ג. ביום 22.10.2015 הודיע המשיב, כי בכוונתו להתרים ולהרוס את המכנה הבודד.
- ד. משנדחתה ההשגה שהוגשה בעניין, ביום 27.10.2015 הוגשה עתירה – בג"ץ 7219/15.
- ה. ביום 3.11.2015, יום לפני הדיון הקבוע, הודיע המשיב כי הצו בוטל. להודעה צורפו התמונות שצוינו לעיל. לקט תמונות אלה מצ"ב ומסומן באות ע' 3.
- ו. בו ביום, 3.11.2015, הודיע המשיב על כוונתו להתרים ולהרוס את הקומה הראשונה בבניין בן שלוש קומות, הוא "הדירה".
- ז. לאחר דחייתה של השגה על הצו החדש, הוגשה עתירה נוספת, בג"ץ 8150/15, נשוא בקשה זו.
6. בעת הדיון בבג"ץ 8150/15, הגיש ב"כ המשיב לעיונו של בית המשפט הנכבד חומר חסוי, לשם השלמת התמונה בכל הקשור לתשתית הראייתית אשר שימשה את המשיב. עו"ד אלעד-סגל מסר בדיון כי "אחד זה דו"ח של העלייה לבית מה-27.10, דו"ח תחקור של האת". (ע' 6, ש' 17 לפרוטוקול הדיון).

כבוד השופט עמית הוסיף: "יש כאן 2 ידיעות מודיעיניות." (ע' 6, ש' 30 לפרוטוקול).  
7. פסק הדין בבג"ץ 8150/15 ניתן כרוכ דעות.

א. כבוד השופט עמית קבע כלהלן בכל הקשור לטיב הראיות:

"14. לאחר ששמענו את טיעוני הצדדים, עיינו בחומר שבפנינו וגם בחומר חסוי שהוצג בפנינו, נחה דעתי כי הראיות המינהליות שברשות המשיב מעידות על כך שעלאא ומשפתחו אכן התגוררו בקומה הראשונה בבית ג'מל." (עמ' 7 לתדפיס פסק הדין).

ב. כבוד השופט זילברטל, אשר הצטרף לדעתו של כבוד השופט עמית, קבע כלהלן:

"5. באשר לעתירה בבג"ץ 8150/15, אני מסכים עם חברי השופט עמית כי הראיות המינהליות, בצד מכלול הנסיבות הרלבנטיות שהמשיב היה רשאי לשקול, מעידות על כך שהמפגע התגורר בנכס לגביו הוצא הצו. אכן, יש מקום לביקורת, כפי שהשמיע השופט מזוז, על הילוכם של נציגי המשיב בכל הנוגע לאיסוף הראיות. ואולם, אף אם נאספו על ידי המשיב ראיות דלות יחסית, הרי שיתר הנסיבות אפשרו את קבלת ההחלטה (הכוונה בעיקר לעובדת קיומו של צו הריסה תכנוני לגבי "המבנה הבודד" ולכך שאם אכן התגוררה משפחת המפגע במבנה זה לא היה אמור להיות לה קושי של ממש להציג הוכחות לכך וכך להדוף את העולה מהראיות שבידי המשיב, אך הדבר לא נעשה)."

ג. כבוד השופט מזוז קבע אחרת:

"לאחר בחינת הדברים אני סבור כי התשתית העובדתית-ראייתית שהוצגה מטעם המשיב לביסוס עמדתו באשר למקום מגורי המפגע אינה מבוססת די צורכה, ובמיוחד כאשר מולה עומדים תצהירים של שלושה בני המשפחה המצהירים כי המפגע (עלאא) ומשפתחו התגוררו במבנה החד-קומתי. עמדת המשיב לענין מקום מגורי משפחת המפגע מבוססת בעיקרה על אסופת צילומים שערך נציג כוחות הביטחון שהגיע למקום ביום הפיגוע, מהם עולה כי מספר פרטים אישיים ומקצועיים של המפגע (מספר תמונות ממוסגרות שלו ושל משפחתו, תעודה, מספר תלושי משכורת שלו, וכן מספר קופסאות של נחכי תקשורת) נמצאו בקומת הקרקע של המבנה התלת-קומתי. פריטים אלה לא צולמו משום מה

כמקומם המקורי אלא כהיותם פזורים על הרצפה, וגם לא הוגש תצהיר של נציג כוחות הביטחון שערך את הביקור וצילם את התמונות.

יתרה מזו, לאחר אותו ביקור, שנערך כאמור ביום הפיגוע, הוצא צו החרמה והריסה דווקא למבנה החד-קומתי. לא ניתן הסבר משכנע לתפנית המאוחרת בעמדת המשיב, והראיות שהוצגו אינן מציגות תשתית ראייתית ברורה ומשכנעת. וגם במידע החסוי שהוצג לנו לענין זה אין חיזוק ראייתי של ממש לענין הנדון. אציין כאן, כי העובדה - שנראה שניתן לה משקל ניכר על ידי המשיב - כי נגד המבנה החד-קומתי קיים צו הריסה תכנוני ישן (משנת 1997), שלא מומש, עשויה, אולי, להסביר את העדפת המשפחה להריסת המבנה החד-קומתי על פני הריסת קומת הקרקע במבנה הגדול, אך היא אינה רלבנטית כשלעצמה לשאלה העובדתית שבמחלוקת, וכמובן שאינה שיקול לגיטימי בגדר שיקולי המשיב לפי תקנה 119.

8. טענת המבקשים הראיות שבידי המשיב אשר פורטו לעיל הן דלות ולא ניתן לפרשן באופן חד משמעי. טענת המשיב כי בעת ביקורו של רכז השב"כ ביום 13.10.2015 עניין זיהוי הבית לא עלה אינה יכולה לעמוד לאור העובדה שעל פי טענותיו הוא נעזר ב"שכן" אשר הצביע על הדירה ולא על המבנה הכודר. כלומר רכז השב"כ לא ידע בוודאות היכן התגורר עלאא אבו ג'מל. העובדה שהוצא צו אשר בוטל לאחר מכן מוכיחה זאת. תצלומי הפריטים אשר נראים פזורים על גבי שטיח הרצפה בבית, ולא במקום בו היו מצויים כפי שנטען על ידי המשיב – אינם יכולים לשמש ראיה ברורה, חד משמעית או משכנעת. לא ניתן לרפד פגם זה בטיעון בנוגע לקיומו של צו הריסה שיפוטי שהוצא לפני שנים למבנה הכודר בשל הפרת תוק התכנון והבנייה; צו זה קיים, כאמור, שנים רבות, כמו צווים רבים אחרים במזרח ירושלים.

"...המשקל הנדרש מן הראיות, כדי לבסס עליהן החלטה, משקף במידה רבה את מהות הזכות או האינטרס הצפויים להיפגע מן ההחלטה המינהלית ואת עצמת הפגיעה שתיגרם על-ידי החלטה.

– (יצחק זמיר, "הסמכות המינהלית", כרך ב', נבו הוצאה לאור

1996, בעמ' 755).

9. הדרישה לקיומן של ראיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות היא הלכה פסוקה. כבג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה (פורסם באתר נבו), נקבע על ידי נשיא בית המשפט הנכבד, כבוד השופט שמגר, טיבן של הראיות הדרושות כדי לשלול זכויות קיימות או בשלילתם של זכויות יסוד, כלהלן:

"כבג"ץ 56/76 ברמן נ' שר המשטרה ואת', פ"ד לא(2) 587, בעמ' 692, נדונה שלילתן של זכויות קיימות, ונאמר שם, כי לצורך החלטתה צריכות להיות לפני הרשות ראיות משכנעות ומהימנות, שאינן מותירות מקום לספק. אמת מידה זו מקובלת עלי, כל אימת שדנים בשלילת זכויות קיימות או בשלילתן של זכויות יסוד, בדומה למקובל בכגון דא בארצות-הברית (ראה: 385 (1966) 276 U.S. Woodby v. Immigration Service בו נדונו הראיות שהיו לפני רשות מינהלית עובר למתן צו גירוש). הנני סבור, כי הראיות, הדרושות כדי לשכנע רשות סטטוטורית בקיום הצדק למתן צו גירוש, צריכות, בדרך כלל, להיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות."

10. אנו מפנים ליצחק זמיר, "הסמכות המינהלית", כרך ב', נבו הוצאה לאור – 1996, בעמ' 753.

"... הרשות המינהלית רשאית להסתמך לצורך קבלת החלטה מסויימת על כל ראייה שאדם סביר היה מסתמך עליה לצורך קבלת אותה החלטה. ראייה שאדם סביר לא היה מייחס לה שום משקל – לשון אחרת, ראייה שמשקלה אפס – אף הרשות המינהלית חייבת להתעלם ממנה."

11. בע"כ 2/84 נימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, 249-250, נקבע כלהלן:

"לגבי שלילת זכויות קיימות, ועל אחת כמה וכמה לגבי שלילתן של זכויות יסוד, לא די בראיות המתפרשות לכאן ולכאן ... הנני סבור כי הראיות הדרושות כדי לשכנע רשות סטטוטורית בקיום הצדק לשלילתה של זכות יסוד, צריכות להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות ... כגודל הזכות כן גם גדולה ועצמתה של הראייה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות."

12. כבג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, נקבע כי –

“כל החלטה מינהלית חייבת להתבסס על תשתית עובדתית כדוקה.  
בהיעדר תשתית עובדתית ראויה, אין בידי הרשות אפשרות לשקול  
ולשקלל את כלל האינטרסים המשמשים בזירה...”

13. בבג"ץ 802/89 נסמאן נ' מפקד כוחות צה"ל בחבר עזה (פורסם באתר נבו), בוטל צו שניתן לפי תקנה 119 לאחר שנודע לבית המשפט הנכבד, כי ההחלטה "מבוססת הייתה – ולו בחלקה – על עובדות שאינן נכונות" (עמ' 606).
14. למעשה, מצויות בידי המשיב תמונות של פדיטים המונחים על גבי שטיח רצפה. הצבעה של "שכן". שתי ידיעות מודיעיניות שהוגשו בעת הדיון. תצהיר של רכז שב"כ, ממנו אנו למדים כי הוא עצמו לא ראה על גבי קיר המסדרון את תמונות המשפחה התלויות ועמן תעודת הצטיינות; ואף לא את חדר הילדים, או את הציוד האלקטרוני – שהרי אחרת היה מצהיר כך ישירות, כפה מלא ומידיעתו האישית ולא "למיטב ידיעתו". מנגד הוגשו שלושה תצהירים מאת המבקשים: אביו, אשתו ואחותו של עלאא אבו ג'מל, ותחקור אחריו.
15. כפי שנקבע על ידי כבוד השופט מזוז בבג"ץ 8150/15, בעמ' 20 לפסק הדין:

“27. יש לזכור כי המדובר בסנקציה מאוד מרחיקת לכת של החרמה והריסה של בית מגורים. מדובר בפגיעה קשה בזכויות חוקתיות (זכות הקניין והזכות לכבוד), והלכה פסוקה היא כי בפגיעה כגון דא, הרף הראייתי הנדרש הוא של "דאיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות".

כך נקבע לענין התשתית הראייתית הנוגעת לסנקציה קשה אחרת לפי תקנות ההגנה, הסנקציה של גירוש מהאזור לפי תקנה 112 (בג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד לט(1) 309, 327 (1985), להלן: ענין שאהין; ענין נזאל; בג"ץ 672/88 לבדי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2) 227, 237 (1989)). בענין שאהין הנ"ל עמד הנשיא שמגר על כך שוהו המכתן הנוהג "כל אימת שדנים בשלילת זכויות קיימות או בשלילתן של זכויות יסוד" (שם). ואכן, זהו המבחן שהוחל בפסיקה בנוגע לפגיעה בזכויות יסוד, אף כאלה שאינן מכוח חוקי היסוד (ראו למשל: בג"ץ 680/88 מאיר שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989) לענין פגיעה בחופש הביטוי; בג"ץ 394/99 מקסימוב נ' משרד הפנים, פ"ד נח(1) 919 (2003) לענין שלילת זכויות לפי חוק השבות; בג"ץ 9822/08 התנועה למען

איכות השלטון בישראל נ' מנהל הבחירות [פורסם בנבו] (27.11.2008) לענין פסילת מועמד בבחירות; בג"ץ 1398/04 בן חורין נ' רשמת העמותות [פורסם בנבו] (19.1.2006) לענין פגיעה בחופש ההתאגדות, ועוד רבים זולתם).

קביעת בית משפט הנכבד כי ראיות אלה מספיקות הינה סטייה מהלכה קיימת ובשל כך מוגשת בקשה זו.

### הנטל

15. סטייה נוספת מההלכה הפסוקה בפסק הדין היא שאלת הנטל.
- א. כבוד השופט עמית אינו קובע, כי הראיות שסופקו על ידי המשיב הינן ברורות, חד משמעיות או משכנעות, ומסתפק באומרו: "... נחה דעתי ... " (ס' 14 לפסק הדין, עמ' 7).
- ב. כבוד השופט זילברטל, כפי שצוטט לעיל, קובע כי הראיות אכן דלות, אך העובדה שקיים צו הריסה מכוח חוק התכנון והבנייה ואי הבאת ראיות על ידי העותרים בדבר מגוריי עלאא אבו ג'מל במבנה הכודר הינה תשתית ראייתית מספקת. כלומר, המבקשים הם אלו שצריכים להוכיח את מקום המגורים של עלאא אבו ג'מל ולא המשיב המבקש להחרים ולהרוס הבית.
- זוהי סטייה מההלכה פסוקה.
- ג. כבוד השופט מזוז, בהתייחסו לטענה זו אשר הועלתה על ידי המשיב, קובע כלהלן:
- "26. כתגובה מעם המשיב נטען כי העותרים לא הציגו ראיות פוזיטיביות התומכות בטענתן שהמפגע התגורר במבנה החד-קומתי. זו טעה תמוהה, ודומה שנתחלפו היוצרות למשיב, שכן הנטל הראייתי לביסוס העובדות המצדיקות פגיעה כה קשה בעותר ובמשפחתו, מוטל כל כולו על המשיב." (עמ' 20 לפסק הדין).
16. המבקשים טוענים כי מפסק הדין עולה כי נטל השכנוע מצוי בידי המבקשים ולא בידי המשיב, וזו סטייה מהותית מהלכה פסוקה.

### סוף דבר

17. "... הרשות חייבת לתת לראיה משקל סביר. זהו חלק ממבחן הראיה המינהלית." (זמיר, לעיל, בעמ' 753).

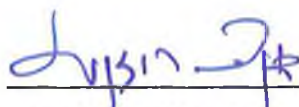


המבקשים טוענים, כי אדם סביר לא היה רואה את חומר הראיות שבידי המשיב כבעל ערך מספיק כדי לבסס החלטה מכוח תקנה 119.

"אכן, 'המפקד הצבאי אינו זקוק לפסק דין מרשיע של ערכאה שיפוטית, והוא עצמו אינו בית משפט. מבחינתו שלו השאלה היא, אם אדם סביר היה רואה כחומר המצוי לפניו חומר בעל ערך הוכחתי מספיק' (בג"ץ 361/82 חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לו(3) 439, 442 (1982); ראו גם: בג"ץ 802/89 נסמאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מג(4) 461, 464 (1989); בג"ץ 897/86 ג'אבר נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד מא(2) 522, 524-525 (1987) (להלן: עניין ג'אבר); עניין מוגרבי, פסקה 14 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר; בג"ץ 7823/14 ג'עאביס נ' מפקד פיקוד העורף, פסקאות י"ב-י"ג לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (31.12.2014))."

הראיות בתיק זה סותרות ודלות. בית המשפט הנכבד מתבקש להיעתר לבקשה – לעכב ביצוע צו ההריסה ולקיים דיון נוסף בשאלת טיב הראיות הנדרש עת שהמשיב מבקש לעשות שימוש בסמכותו על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, ועל כתפי מי נטל השכנוע בדבר מקום מגוריו של המפגע.

ירושלים, 26 דצמבר, 2015



אנדרה רוזנטל א"ע"ד

ב"כ המבקשים