בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7523/11

בג"ץ 7540/11

בג"ץ 7547/11

בג"ץ 7554/11

בפני: כבוד הנשיאה ד' בינישכבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט ח' מלצר

העותרים בבג"ץ 7523/11:
1. אלמגור – ארגון נפגעי טרור
2. יצחק מעוז
3. חובב נוריאל
4. משפחת בלום
5. הרב שמואל וייס
6. רון קרמן
7. תא"ל מיל' אמציה חן (פצי)
8. סא"ל מיל' דן שיאון
9. סא"ל בדימ' מאיר אינדור ואח'
10. פרופסור אלישע האס

העותרים בבג"ץ 7540/11:
1. רונית תמרי
2. לירן תמרי

העותרים בבג"ץ 7547/11:
1. עזבון מרדכי רפאל סחיווסחורדר ואח'
2. בן ציון סחיווסחורדר
3. מאיר סחיווסחורדר
4. שבואל סחיווסחורדר
5. לאה סחיווסחורדר
6. חיה סחיווסחורדר

העותרים בבג"ץ 7554/11:
1. משל"ט – מכון משפטי לחקר טרור וסיוע לנפגעיו
2. פרופ' גדעון ספיר
3. עו"ד זאב דסברג
4. לימור סון-הר מלך
5. סנדי (סנדרה) בלום
6. דב בלום
7. שלה שורשן
8. רננה איזנטל (דיקשטיין)
9. יונה רוטנדשטיין
10. טליה הופמן

המבקשים להצטרף כ"ידידי

nevo.co.il

בית המשפט״ : חוג ההורים – פורום המשפחות

נ ג ד

המשיבים בבג״ץ 7523/11 : 1. ראש הממשלה
2. שר הביטחון
3. ממשלת ישראל
4. הרמטכ״ל
5. היועץ המשפטי לממשלה
6. נועם ואביבה שליט

המשיבים בבג״ץ 7540/11 : 1. ממשלת ישראל
2. נועם ואביבה שליט

המשיבים בבג״ץ 7547/11 : 1. מדינת ישראל
2. משרד המשפטים

המשיבים בבג״ץ 7554/11 : 1. ממשלת ישראל
2. הרמטכ״ל
3. מפקד האזור – מפקד פיקוד מרכז
4. בית משפט השלום בירושלים
5. נשיא המדינה

עתירות למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : י״ט בתשרי התשע״ב (17.10.2011)

בשם העותרים בבג״ץ 7523/11 : בעצמם ; עו״ד שמואל פז ; עו״ד מאיר אינדור

בשם העותרים בבג״ץ 7540/11 : בעצמם

בשם העותרים בבג״ץ 7547/11 : עו״ד מאיר סחיווסחורדר ; עו״ד יוסף אטון

בשם העותרים בבג״ץ 7554/11 : עו״ד זאב דסברג ; עו״ד פרופ׳ גדעון ספיר

בשם המבקשים להצטרף כ״ידידי בית המשפט״ : מר ניר אורן, מנכ״ל העמותה

בשם המשיבים 1-5 בבג״ץ 7523/11, והמשיבה 1 בבג״ץ 7540/11, בבג״ץ 7547/11, בבג״ץ 7554/11 ובבג״ץ 7560/11: עו״ד אסנת מנדל ; עו״ד מיכל צוק-שפיר

בשם המשיבים 6 בבג"ץ 7523/11 והמשיבים 2 בבג"ץ 7540/11: עו"ד גלעד שר; עו"ד אמיר קדרי; עו"ד נעמי ווסטפריד

להחלטה בעליון (16-10-2011): בגץ 7523/11 אלמגור ארגון נפגעי טרור נ' ראש הממשלה שופטים: ח' מלצר, עו"ד: בחייל נהרג

להחלטה בעליון (16-10-2011): בגץ 7523/11 אלמגור-ארגון נפגעי טרור נ' ראש הממשלה שופטים: ה ד' ביניש, עו"ד: בחייל נהרג

להחלטה בעליון (16-10-2011): בגץ 7523/11 אלמגור ארגון נפגעי טרור נ' ראש הממשלה שופטים: א' גרוניס, עו"ד: עמותת אלמגור, בחייל נהרג

לעתירה למתן צו על תנאי בכתבי טענות (23-10-2011): בגץ 7523/11 אלמגור-ארגון נפגעי טרור (ע"ר) - ב"כ עו"ד שמואל פז נ' ראש הממשלה עו"ד: שמואל פז

מיני-רציו:

* העתירות נגד החלטת ממשלת ישראל לאשר את מתווה ההסכם לשחרור החייל החטוף גלעד שליט, דינן להידחות. מדובר בהסכם בעל אופי מדיני שאין בימ"ש זה נוהג להתערב בשכמותו, לא רק בשל היעדר כלים מתאימים אלא בעיקר בשל אופי הסמכות המסורה לרשות המבצעת בעניין.

* משפט מינהלי – בגץ – ביקורת על החלטות ממשלה

* משפט מינהלי – שיקול-דעת – ממשלת ישראל

* משפט מינהלי – ממשלה – החלטותיה

* משפט מינהלי – רשות מוסמכת – ממשלת ישראל

.

עתירות נגד החלטת ממשלת ישראל מיום 11.10.2011 לאשר את מתווה ההסכם לשחרור החייל החטוף גלעד שליט, המוחזק בידי ארגון הטרור חמאס למעלה מ-5 שנים, ולשחרר 1,027 מחבלים הנמצאים בבתי הכלא בישראל, כדי לאפשר את חזרת החייל הביתה. העותרים – נציגי משפחות שכולות שאיבדו את יקיריהן בפיגועי טרור רצחניים – מתנגדים לביצוע ההסכם. הם ביקשו מבג"ץ לבטלו או למצער לדחות את ביצועו, לשנות את תנאיו ולתת משקל רב לסכנה הרבה הצפויה משחרור המחבלים. אחת הטענות המרכזיות שלהם הייתה כנגד סד הזמנים שנקבע להם כדי לתקוף את ההסכם.

.

ביהמ"ש העליון בשבתו כבג"ץ דחה את העתירות בקובעו:

אין זו הפעם הראשונה שבאות בפני בימ"ש זה עתירות נגד החלטות ממשלה בהן אושרו הסכמים לשחרור אסירים פלשתינים. בכל אותם עניינים לא ראה ביהמ"ש להתערב בהחלטות הממשלה – הגם שביהמ"ש בעבר לא אימץ או אישר את החלטות הממשלה או את טעמיהן. ביהמ"ש נמנע מלהתערב באותן החלטות בשל אופיים המדיני של הסכמים אלה. לכאורה, אין ההסכם נשוא העתירות דנן שונה. אעפ"כ, הדיון היה שונה בשל עוצמתו והיקפו של ההסכם.

ודוק, ההכרעה במקרה הנדון, המערבת שיקולי ביטחון, שיקולי מוסר ושיקולים ערכיים, מסורה בעיקרה לרשות המבצעת – הממשלה הנבחרת – אשר ברוב מכריע החליטה כי הכף נוטה לצד החזרת החייל ולו גם במחיר שחרורם של המחבלים בהיקף גדול. אל מול טענות העותרים בדבר אינטרס ההגנה על הציבור וכאב המשפחות השכולות, מונחת על הכף השנייה של המאזניים ההכרעה בדבר

nevo.co.il

גורלו של חייל, המוחזק תקופה ארוכה ביותר בידי ארגון טרור בלא קשר עם העולם החיצון. חייל אשר הגורמים המופקדים על הצבא והביטחון רואים לעצמם חובה להבטיח את שובו. חייל שנשבה בהיותו בתפקיד בשליחות הצבא, ואשר אפשר ש"חלון ההזדמנויות" להצלתו הולך ונסגר נוכח האירועים וההתפתחויות באזורנו.

לטענת העותרים, בעבר היו גורמי הביטחון בדעה שאין לבצע עסקה מהסוג הנדון, והנה עם חילופי בעלי התפקידים שונתה העמדה המקצועית. אכן, בפני בג"ץ לא נתברר התשתית לשינוי. אפשר שיש השפעה לחילופי האישים. אך יש לזכור, ראשית, כי הנסיבות הן נתון דינמי ולא תמיד הערכות שהיו תקפות אתמול תקפות גם היום. שנית, האחריות לשלומם כל אזרחי המדינה וביטחונם היא בידי הממשלה ונושאי התפקידים לעת הזו. בידיהם הערכת המצב; בידיהם ההחלטות הגורליות ביותר לחיי המדינה ועליהם האחריות לתוצאות החלטותיהם. ההחלטה שקיבלו אינה החלטה בת יום.

מדובר בהסכם בעל אופי מדיני שאין בימ"ש זה נוהג להתערב בשכמותו, לא רק בשל היעדר כלים מתאימים אלא בעיקר בשל אופי הסמכות המסורה לרשות המבצעת בעניין. החלטת הממשלה מצויה בליבת סמכותה, כמופקדת על הביטחון וכאמונה על יחסי החוץ של המדינה, ובכגון דא נתון לה שיקול דעת רחב ואילו היקף הביקורת השיפוטית מצומצם ביותר. לממשלת ישראל נמסרו הכלים והנתונים הרלוונטיים ולרשותה המומחים המופקדים על הביטחון כדי לסייע לה. כפי שנפסק בעניין קרמן, אין אלא לעשות כל מאמץ כדי להבטיח שההחלטות תתקבלנה בהליכים ראויים, יינתן משקל הולם לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים ותשמרנה זכויות הנפגעים והנפגעים הפוטנציאליים להביע עמדותיהם, ככל הניתן.

לטענת העותרים יש לקבוע קריטריונים קבועים ומוסדרים מראש באשר לאופן בו יש לנהל מו"מ עם חוטפים ובכלל זה את שקילות "המחירים" שתהיה מוכנה המדינה "לשלם". המקרה הנדון ממחיש את הקושי הרב בקביעת קריטריונים כאלה. ראשית, אלה משאים ומתנים המתנהלים בתנאי אילוץ ותוך מעורבות של גורמים זרים. שנית, כל הכרעה בעניין מסוג זה תלוית נסיבות ומחייבת שקילה של נתונים רבים העומדים זה מול זה, ואיזון ביניהם בהקשר קונקרטי ובזמן נתון.

גם יש לדחות את הטענה כי נשיא המדינה אינו מוסמך להעניק חנינה במקרה הנדון, כיוון שהיא בעלת סממנים קולקטיביים והיא מכפיפה את שיקול הדעת של הנשיא לשיקול דעת הממשלה. המתווה הוא של מתן חנינה לכל אחד מהמחבלים הכלולים בקבוצה שעליה חל ההסכם שאותו אישרה הממשלה. בהקשר זה כבר נפסק בעבר כי לנשיא המדינה שיקול דעת רחב, והוא כולל, בין השאר, מתן חנינה מטעמים מדיניים וכן מתן חנינה לעבריין המהווה חלק מקבוצה.

העותרים העלו שורת טענות נוספות בנוגע לתחולת חוק נפגעי עבירה. הוראות החוק והתקנות שלפיהן אינן מתאימות במלואן לנסיבות המיוחדות של מתן חנינה מתוקף הסכם מדיני. אעפ"כ, רוחן ותכליתן אכן מחייבות מתן הזדמנות להתנגד לשחרור אסירים בהתאמה לנסיבות העניין. לפיכך נקבע בפרשת קרמן, כי משפחות נפגעי הטרור רשאיות לפנות למחלקת החנינות במשרד המשפטים, בלי קשר לקיומה של עסקה, ותוכלנה לקבל פרטים המזהים את המחבל שהורשע בפיגוע בו נפגעו יקיריהן. על יסוד המידע שיימסר להן יכולות המשפחות להעביר את התנגדותן מראש לשחרור המחבלים. ואכן, כמה עשרות אנשים פנו והביעו התנגדות מראש לשחרור הצפוי. התנגדותם הובאה לידיעת הממשלה טרם קבלת ההחלטה. מעבר לכך, ההחלטה על שחרור האסירים לא נפלה כרעם ביום בהיר על כתפי המשפחות.

על אף האמור, שקל בג"ץ אם לא ניתן היה להיעתר לבקשה לדחות – ולו בזמן מה – את השחרור כמבוקש ע"י העותרים. אולם, נמסר לבג"ץ ע"י המדינה כי לוח הזמנים הינו חלק מן ההסכם. עתה,

אולי יותר מבעבר, ברור כי בשעות אלה תלוי גורלו של גלעד שליט וכל שינוי בהסכם עלול לסכל את הוצאת ההסכם לפועל ואף עלול לסכן את חייו של גלעד.

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

1. היום, 17.10.2011, י"ט בתשרי התשע"ב, בעיצומו של חג הסוכות, קיימנו את אחד הדיונים הטעונים והמטלטלים שבאו בפני בית משפט זה. בעתירות שלפנינו נתבקשנו להעביר תחת שבט ביקורתנו את החלטת ממשלת ישראל מיום 11.10.2011, לאשר את מתווה ההסכם לשחרורו של החייל החטוף גלעד שליט, המוחזק בידי ארגון הטרור חמאס למעלה מחמש שנים, ולשחרר 1,027 מחבלים הנמצאים בבתי הכלא בישראל, כדי לאפשר את חזרתו של החייל הביתה.

2. העותרים בעתירות שלפנינו – נציגיהן של משפחות שכולות שאיבדו את יקיריהן בפיגועי טרור רצחניים – מתנגדים לביצוע ההסכם. הם ביקשו מאיתנו לבטלו או למצער לדחות את ביצועו, לשנות את תנאיו ולתת משקל רב לסכנה הרבה הצפויה משחרורם של המחבלים. אחת הטענות המרכזיות של העותרים בפנינו הייתה כנגד סד הזמנים שנקבע להם כדי לתקוף את ההסכם, בשים לב לכך שפרטיהם של המחבלים שישוחררו פורסמו רק ב-15.10.2011 בשעות המאוחרות של הערב, וההסכם אמור להתבצע ב-18.10.2011 – כלומר, מחר בבוקר. סד זמנים זה, שנעמוד עליו בהמשך, אף מחייב את מתן פסק-דיננו תוך שעות ספורות, ואלה המגבלות העומדות בפני הצדדים ובפנינו.

3. אין זו הפעם הראשונה שבאות בפני בית משפט זה עתירות נגד החלטות ממשלה בהן אושרו הסכמים לשחרור אסירים פלשתינים. ברוב המקרים היו אלה שחרורים שבאו לבטא מחווה מדינית (ראו: בג"ץ 10578/08 משל"ט – מכון משפטי לחקר טרור וסיוע לנפגעיו נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו), 3.11.2009); בג"ץ 10357/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל ע"ר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו), 9.12.2008); בג"ץ 9977/07 יטיב נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו), 29.11.2007); בג"ץ 6316/07 אלמגור – ארגון נפגעי טרור נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו), 19.7.2007); בג"ץ 5754/07 לוי נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו), 4.7.2007); בג"ץ 5272/05 משל"ט – מכון משפטי לחקר טרור וסיוע לנפגעיו נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו), 9.6.2005)), והיו גם הסכמים

שנועדו לשחרר שבויים או להשיב את גופותיהם של חיילי צה"ל שהוחזקו בידי ארגוני טרור או מדינות אויב (ראו: בג"ץ 7893/09 אלמגור ארגון נפגעי הטרור (ע"ר) נ' ממשלת ישראל ([פורסם בנבו], 1.10.2009); בג"ץ 6063/08 שחר נ' ממשלת ישראל ([פורסם בנבו], 8.7.2008); בג"ץ 9446/09 קרמן נ' ראש הממשלה ([פורסם בנבו], 1.12.2009) (להלן: פרשת קרמן); בג"ץ 914/04 ארגון נפגעי הטרור הערבי הבינלאומי נ' ראש הממשלה ([פורסם בנבו], 29.1.2004)). יצוין כי בכל אותם עניינים שבאו בפני בית משפט זה במהלך השנים לא ראה בית המשפט להתערב בהחלטות הממשלה – הגם שבית המשפט בעבר לא אימץ או אישר את החלטות הממשלה או את טעמיהן. בית המשפט נמנע מלהתערב באותן החלטות בשל אופיים המדיני של הסכמים אלה.

לכאורה, אין ההסכם נשוא העתירות שלפנינו שונה מהעניינים הדומים שבאו בפני בית משפט זה. אף על פי כן, הדיון בפנינו היום היה שונה בשל עוצמתו והיקפו של ההסכם שהעותרים ביקשו מאיתנו להתערב בו.

4. ברקע הדברים מצויה השתלשלות האירועים הקשה שאירעה ב-25.06.2006, כאשר בפעולת טרור בגבול רצועת עזה שהופנתה כנגד טנק ישראלי, נהרגו שניים מלוחמי צה"ל – סגן חנן ברק ז"ל שהיה מפקד הטנק, וסמל פבל סלוצקר ז"ל. החייל הנוסף בצוות הטנק היה גלעד שליט, שנחטף והוחזק בידי הזרוע הצבאית של החמאס מאז ועד היום תוך הפרה של הנורמות הבסיסיות כלפי חיילים שבויים, וללא מתן אפשרות לצלב האדום או לכל גורם אחר לפגוש בו או לדעת על שלומו ותנאי החזקתו. תקופה ממושכת זו של החזקת החייל תוך הפרת הסטנדרטים הבינלאומיים הבסיסיים, פגעה, כמובן, במשפחתו של החייל החטוף, שלא ידעה מנוח, והסעירה את הציבור בישראל, אשר הדאגה לגורל חייליו מאחדת אותו. לא היה זה סוד שמאז ועד היום ניהלו ממשלות ישראל מגעים ופעלו בדרכים שונות לשחרורו של החייל החטוף. בעבר אף הוגשה לבית משפט זה עתירה (פרשת קרמן הנ"ל), בשלב בו נראה היה שעומד להיחתם הסכם לשחרורו של גלעד שליט – הסכם שלבסוף נדחה על ידי הממשלה.

בהודעה, שנמסרה לנו היום בסמוך לדיון שקיימנו, נאמר ביחס לנסיבות קבלת החלטת הממשלה כך:

> "בישיבת הממשלה הבהיר ראש הממשלה כי עם הקמת הממשלה לקח על עצמו כמשימה ראשונה במעלה להחזיר את גלעד לחיק עמו, לחיק משפחתו, להחזיר

> אותו בריא ושלם. בהתבסס על מסגרת כללית, שהותוותה על ידי ממשלה קודמת, נוהל משא ומתן קשה וממושך, באמצעות המתווך הגרמני. נעשו ניסיונות, בדרכים שונות ומגוונות להשיב את גלעד הביתה, בכל דרך אפשרית, והדבר לא צלח. בשבועות האחרונים חודש המשא ומתן בקהיר, הפעם בתיווך ממשלת מצרים. הנחיית ראש הממשלה לצוות הייתה לשמור על העקרונות והמסגרות שהם חשובים לביטחון ישראל ולמדינת ישראל".

כן צוטטו בהודעה דברי ראש הממשלה בישיבת הממשלה, שקיבלה את ההחלטה נשוא העתירות, ובמסגרתם נאמרו הדברים הבאים:

> "... אני מביא היום לממשלה את ההסכם שמבטא את האיזון הנכון בין כלל השיקולים הללו. אינני רוצה להסתיר מפניכם – זוהי החלטה קשה. ליבי עם משפחות נפגעי הטרור; אני מבין את סבלם ואת מצוקתם, אני אחד מהם. אבל מנהיגות נבחנת, ברגעים אלה, ביכולת לקבל החלטות קשות, אבל נכונות. אני מאמין שהגענו להסכם הטוב ביותר שניתן להשיג בעת הזאת, עת של סערות שפוקדות את המזרח-התיכון. אינני יודע האם העתיד הקרוב יאפשר לנו, או היה מאפשר לנו להשיג הסכם טוב יותר, או הסכם בכלל, ויתכן מאד שחלון ההזדמנויות הזה שנוצר בנסיבות הזמן... היה נסגר סופית ולא היינו מחזירים את גלעד כלל".

5. על פי ההחלטה הנ"ל של הממשלה ניתנה המלצה לנשיא המדינה ולאלוף פיקוד המרכז לשחרר 477 אסירים ו/או עצורים ביטחוניים על פי הרשימה המפורטת בהסכם שנחתם עם החמאס, בהתאם לחלוקה הבאה: 96 ישוחררו לביתם באזור יהודה והשומרון – 41 מתוכם יהיו תחת מגבלות ביטחוניות; 131 ישוחררו לביתם ברצועת עזה; 203 יורחקו לרצועת עזה וליעדים אחרים במתכונת שהוצגה בפני הממשלה (163 לעזה, 40 לחו"ל); 20 ישוחררו לביתם בתחומי מדינת ישראל, מתוכם 14 שישוחררו לביתם במזרח ירושלים ויהיו תחת מגבלות ביטחוניות. מתוך הרשימה תשוחררנה 27 אסירות ביטחוניות בהתאם לחלוקה הבאה: 21 תשוחררנה לביתן באזור יהודה והשומרון; 2 למזרח ירושלים, 1 תשוחרר לביתה בעזה, 1 תורחק לירדן ו-2 תורחקנה לחו"ל. 550 אסירים ו/או עצורים ביטחוניים שייבחרו על ידי ישראל ישוחררו לבתיהם בתוך כחודשיים מיום מימוש ההסכם, וזאת כמענה לבקשה של השלטונות המצריים וכמחווה למאמציהם לשחרור גלעד שליט.

אין ספק, כי על פי החלטת הממשלה ישוחרר מספר רב ביותר של מחבלים אשר יצאו לחופשי בלי לסיים את ריצוי עונשם. מרביתם רוצחים נתעבים שידיהם מגואלות בדם מאות קרבנות, אזרחים תמימים, נשים וטף, זקנים וצעירים שנקלעו לזירת הפיגועים בשנים הקשות בהן נאבקה ישראל בטרור האכזרי.

6. נציגיהם של משפחות הנפגעים הם העותרים שלפנינו. חלקם טענו לעצמם וחלקם יוצגו על ידי עורכי דין. גם שני ארגונים – אלמגור ומשל"ט – המלווים את משפחות נפגעי הטרור, הופיעו לפנינו. ארגונים אלה חרתו על דגלם לשאת את דבר המשפחות לא רק במסגרת ההסכם הנדון, אלא בכל עת שעולה הדיון הציבורי והמשפטי בנושא שחרור מחבלים.

בעת הדיון העלו העותרים טענות מטענות שונות. חלקן טענות אישיות מרגשות בדבר סבלם הרב מאז האסונות שפקדו אותם והכאב הצורב שנגרם עם שחרורם של הרוצחים שהמיטו עליהם את האסון. טענות אחרות התייחסו לסיכון הרב שנשקף לציבור עקב החלטת הממשלה, אשר עלולה להחזיר למעגל הטרור את הרוצחים, שעל פי ניסיון העבר – כפי שאירע בשחרורים קודמים – אינם מהססים לחזור לסורם. עוד טענו העותרים כי ההחלטה על השחרור נתקבלה ללא בחינה יסודית של הנושא ובלא שנקבעו קריטריונים המחייבים שיקולים שוויוניים ביחס למי שישתחרר ומי יישאר בכלא. לפי הטענה, דמו של אף קרבן אינו סמוק יותר מדמם של קרבנות ונפגעים אחרים, ואילו שחרורו של האחד ולא האחר מבטא חוסר שוויון כלפי נפגעי הטרור.

העותרים העלו שורה של טענות נוספות לעניין סמכות החנינה של נשיא המדינה. לטענת העותרים, ההחלטה בדבר שחרור המחבלים התקבלה על ידי הממשלה באופן ששלל למעשה מהנשיא את סמכותו להפעיל את שיקול דעתו הפרטני באשר למתן חנינה לכל אחד מהמחבלים. בנוסף נטען כי הממשלה אינה מוסמכת להחליט על שחרור מחבלים באופן קולקטיבי ונדרשת לשם כך הסמכה של המחוקק; וגם הנשיא אינו מוסמך להחליט על מתן חנינה קולקטיבית לקבוצה של מחבלים בלא הפעלת שיקול דעת פרטני לגבי כל מקרה ומקרה. טיעונים נוספים הועלו באשר לזכויותיהם של

העותרים להביע התנגדות להליך החנינה בהתאם לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 (להלן: חוק זכויות נפגעי עבירה או החוק).

7. המשיבים עמדו בטיעוניהם על האחריות המוטלת על הממשלה באשר לקבלת החלטות ממין זה והדגישו כי עמדת הגורמים המקצועיים באשר להסכם הובאה בפני הממשלה. המשיבים הדגישו גם את הרגישות הרבה של ההסכם ואת היותו בגדר מקשה אחת, שאין ניתן לשנות את פרטיה. באשר לסוגיית הסמכות, המשיבים טענו כי לא נשלל שיקול דעתו של נשיא המדינה בנוגע למתן החנינות וכי הלה רשאי לשקול את קיומו של הסכם מדיני בבואו להחליט בדבר הקלה בעונש. המשיבים הדגישו כי המועדים שנקבעו במסגרת ההסכם, ובכלל זה מועד פרסום שמות המחבלים המיועדים לשחרור, הם קריטיים וכי נעשה המירב כדי למנוע כל חשש אפשרי לשלומו של גלעד שליט. לטענת המשיבים, ההסכם שנחתם בפרשה זו איננו הסכם המבטא מחווה מדינית, והמשא ומתן שקדם להסכם איננו משא ומתן רגיל בין צדדים. מדובר במשא ומתן שהתקיים בתנאים של פיגוע מיקוח, וההכרעה לא הייתה במציאת פתרון טוב, אלא בפתרון האפשרי היחידי להשגת התוצאה הנכספת, היא שחרורו של גלעד שליט. מטבעו של משא ומתן כזה, שהוא נערך בחשאיות ומעורבים בו שיקולים ונתונים שטרם נחשפו ואינם בידיעתנו.

8. ההכרעה בשאלות המתעוררות במקרה שלפנינו, המערבת שיקולי ביטחון, שיקולי מוסר ושיקולים ערכיים, מסורה בעיקרה לרשות המבצעת – הממשלה הנבחרת – אשר ברוב מכריע של עשרים וששה שרים אל מול שלושה, החליטה, כי הכף נוטה לצד החזרת החייל ולו גם במחיר שחרורם של המחבלים בהיקף הגדול שנדרש במהלך זה. אל מול טענות העותרים בדבר אינטרס ההגנה על הציבור וכאבן של המשפחות השכולות, מונחת על הכף השנייה של המאזניים ההכרעה בדבר גורלו של חייל, המוחזק תקופה ארוכה ביותר בידי ארגון טרור בלא קשר עם העולם החיצון. חייל אשר הגורמים המופקדים על הצבא ועל הביטחון רואים לעצמם חובה להבטיח את שובו הביתה, להוריו ולמדינה. חייל שנשבה, בהיותו בתפקיד בשליחות הצבא, ואשר כדברי ראש הממשלה, אפשר ש"חלון ההזדמנויות" להצלתו הולך ונסגר נוכח האירועים וההתפתחויות באזורנו.

9. הטענה הרצינית ביותר שהעלו העותרים הינה כי המחבלים שישוחררו יסכנו את ביטחון הציבור, מפני שהם עלולים לחזור לסורם כפי שעשו מחבלים ששוחררו

בעבר, וכן משום שהשחרור עלול לעודד חטיפות נוספות. המדינה משיבה לטענה זו בכך שבטרם נתקבלה ההחלטה, קיבלה הממשלה חוות דעת מכל הגורמים המופקדים מטעמה על הביטחון: הרמטכ"ל, ראש השב"כ וראש המוסד, אשר בתנאים הקיימים צידדו בקיומה של העסקה המיועדת.

בפנינו טענו בהקשר זה העותרים, כי בעבר היו נושאי תפקידים אלה בדעה שאין לבצע עסקה מהסוג הנדון, והנה עם חילופי בעלי התפקידים שונתה העמדה המקצועית. יצוין כי לא נתבררה בפנינו התשתית לשינוי העמדה המקצועית. אפשר שיש השפעה לחילופי האישים, אך יש לזכור, ראשית, כי הנסיבות הן נתון דינמי ולא תמיד הערכות שהיו תקפות אתמול תקפות גם היום. זאת ועוד, האחריות לשלומם ולביטחונם של כל אזרחי מדינת ישראל היא בידי ממשלת ישראל ובידי נושאי התפקידים לעת הזו. בידיהם הערכת המצב; בידיהם ההחלטות הגוריליות ביותר לחיי המדינה ועליהם האחריות לתוצאות החלטותיהם. עליהם מוטל להתמודד עם הדילמות המשפיעות במישרין על חיי אדם. ההחלטה שקיבלו, על כל קשייה, אינה החלטה בת יום. במשך כל תקופת שביו של גלעד שליט עשו ממשלות ישראל מאמצים לשחררו באמצעות הסכם. בתוקף שיקול הדעת המסור לגורמי הצבא, הביטחון והממשלה, סברו הם במשך כל השנים כי רק במשא ומתן קשה, המתנהל עם האוחזים בגלעד שליט, שהם מעצם טבעם סחטנים המנהלים משא ומתן בתנאי פיגוע מיקוח, יושג שחרורו. ראשי הממשלה, המכהן והקודם, מינו במשך השנים שלושה נציגים בזה אחר זה אשר ניהלו את המשא ומתן. היו מעורבים בו מתווכים זרים ומדינות זרות עד שגובש ההסכם הנוכחי. לפיכך, מדובר בהסכם בעל אופי מדיני שאין בית משפט זה נוהג להתערב בשכמותו, לא רק בשל היעדר כלים מתאימים אלא גם ובעיקר בשל אופי הסמכות המסורה לרשות המבצעת בעניין זה. החלטת הממשלה מצויה בליבת סמכותה, הן כמופקדת על הביטחון והן כאמונה על יחסי החוץ של המדינה, ובכגון דא נתון לה שיקול דעת רחב ואילו היקף הביקורת השיפוטית מצומצם ביותר.

10. הדילמות שהעלה המקרה הנוכחי לפני הממשלה הן בוודאי מורכבות ביותר. מחד, חייל שעודנו בחיים המצוי תקופה ארוכה מאוד בשיביו של ארגון טרור; שהממשלה סבורה שלא ניתן לשחררו בדרך אחרת ושקיים חשש ממשי לחייו אם תוחמץ ההזדמנות לשחרורו. מנגד, מתעורר הצורך בשחרור מרצחים שהורשעו בדין ושבתי המשפט גזרו את עונשיהם בהתאם. שחרור כאמור פוגע בערכי המשפט והצדק שמדינת ישראל דוגלת בהם ומחויבת במימושם. אשר על כן קשה שבעתיים המשא על

כתפינו כשופטים שאנו רואים עצמנו כמסיגים לאחור את דבר המשפט רק משום הנסיבות יוצאות הדופן ונוכח צו השעה.

ההכרעה בדילמות האמורות נתונה לממשלת ישראל בהיותה אחראית לביטחון המדינה ולחיי אזרחיה וחייליה. לממשלה נמסרו הכלים והנתונים הרלוונטיים ולרשותה המומחים המופקדים על הביטחון כדי לסייע לה בהכרעות שבתחום אחריותה. מכוח סמכויותיה כרשות המבצעת מוסמכת הממשלה גם לחתום על הסכמים מדיניים ובכלל זה הסכמים מן הסוג שעומד לפנינו.

על כן, אמרנו בפרשת קרמן, שהתייחסה לעסקה צפויה לשחרורו של גלעד שליט, עוד לפני שנתיים:

> "... למרבה הכאב והצער, מעמיד מצבה וגורלה של מדינת ישראל את אזרחיה ואת קברניטיה בפני החובה להתמודד עם ההכרעות הקשות והמכאיבות ביותר הנוגעות לחיי אדם. שאלות של פדיון שבויים, אחריות לגורל החיילים הפועלים בשליחות המדינה ולמענה, ומנגד החובה לאבטח את חייהם ושלומם של תושבי המדינה מפני הסיכונים האורבים במציאות חיינו בכל מקום ובכל עת. הכרעות אלה נתונות בידי הגופים הנבחרים של המדינה והאחריות להן הינה על כתפי ממשלת ישראל. אין לנו אלא לעשות כל מאמץ כדי להבטיח שההחלטות תתקבלנה בהליכים ראויים, יינתן משקל הולם לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים ותשמרנה הזכויות של הנפגעים והנפגעים הפוטנציאליים להביע עמדותיהם, ככל הניתן, בתנאים של לחימה בטרור ועמידה אל מול ארגוני טרור".

11. יצוין כי העותרים טענו בפנינו שיש מקום לקבוע קריטריונים קבועים ומוסדרים מראש באשר לאופן בו יש לנהל משא ומתן עם חוטפים ובכלל זה את שקילות "המחירים" אותם תהיה מוכנה המדינה "לשלם". בתשובת המדינה נמסר לנו כי לשם כך מונתה על ידי שר הביטחון ועדה בראשות הנשיא (בדימ') מ' שמגר, אך במסגרת המינוי נתבקשה הוועדה שלא להתייחס למקרה הקונקרטי של גלעד שליט אלא להמליץ על אמות מידה שיהיו רלוונטיות לעתיד, בתקווה שלא נידרש להן. מכל מקום, כפי שנמסר לנו, המלצות אלה טרם הוגשו.

נוסיף עוד, כי המקרה שלפנינו ממחיש את הקושי הרב בקביעת קריטריונים מוסדרים מראש לניהול משא ומתן מסוג זה. ראשית, אלה משאים ומתנים המתנהלים בתנאים של אילוץ ותוך מעורבות של גורמים זרים. שנית, וזה העיקר, כל הכרעה בעניין מסוג זה תלויית נסיבות ומחייבת שקילה של נתונים רבים העומדים זה מול זה, ואיזון ביניהם בהקשר קונקרטי ובזמן נתון. הגם שיש יתרון בהסדרת סוג השיקולים שיכול הגורם המחליט להביא בחשבון ובהסדרת ההליכים לקבלת ההחלטה לאישור ההסכם המוצע, ספק בעינינו אם יהיה בכך כדי להוביל לקביעה מדויקת של קריטריונים, כפי שביקשו העותרים, בתנאים שאינם ניתנים לצפייה מראש.

12. אשר לטענות המשפטיות האחרות שהעלו העותרים, לא מצאנו להן יסוד. ראשית, יש לדחות את הטענה כי נשיא המדינה אינו מוסמך להעניק חנינה במקרה הנדון, כיוון שהיא בעלת סממנים קולקטיביים והיא מכפיפה את שיקול הדעת של נשיא המדינה לשיקול הדעת של הממשלה. לפי סעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה, לנשיא מסורה הסמכות לחון עבריינים ולהקל בעונשים. סמכות זו היא סמכות שבשיקול דעת. אכן, סעיף 11(ב) אינו מעניק לנשיא המדינה סמכות ליתן חנינה כללית. אולם, בניגוד לטענת העותרים, אין זה המצב שלפנינו. במקרה הנוכחי המתווה הוא של מתן חנינה לכל אחד מהמחבלים הכלולים בקבוצה שעליה חל ההסכם שאותו אישרה הממשלה. בהקשר זה כבר נפסק בעבר כי לנשיא המדינה שיקול דעת רחב, והוא כולל, בין השאר, מתן חנינה מטעמים מדיניים וכן מתן חנינה לעבריין המהווה חלק מקבוצה. כך ציין בהקשר זה הנשיא א' ברק:

> "סעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה מעניק לנשיא סמכות "לחון עבריינים ולהקל בעונשם". סמכות זו כוללת בוודאי הן חנינה לעבריין יחיד, העומד בפני עצמו, והן חנינה לעבריין יחיד המהווה חלק מקבוצה. בשני המקרים החנינה היא לעבריין יחיד ואינה חנינה כללית (אמנסטיה). המקרה שלפנינו נופל איפוא לגדר סמכותו של הנשיא. סמכות זו מעניקה לנשיא שיקול דעת רחב. שיקול דעת זה כולל בחובו, בין השאר, גם מתן חנינה מטעמים מדיניים" (ראו בג"ץ 6230/95 ד"ר אחמד טיבי נ' ממשלת ישראל [פורסם בנבו], 18.10.1995); כן ראו בג"ץ 932/97 קליין נ' ממשלת ישראל [פורסם בנבו], 10.2.1997).

עוד יוער, כי בעולם המשפט מוכר גם מוסד ביניים המצוי בין החנינה האישית לבין החנינה הכללית. מוסד זה הפך לחלק בלתי נפרד מהסדרי האמנסטיה בתקופה המודרנית (ראו: ד"ר אלעזר לסלי סבה, חיבור קבלת דוקטור למשפטים, החנינה האישית והחנינה הכללית – היבטים משפטיים ופנולוגיים, עמ' 58 ופרק 10 שם (1975)).

13. העותרים העלו שורה של טענות נוספות בנוגע לתחולת חוק נפגעי עבירה. טענתם בעניין זה מורכבת משניים. ראשית, הזמן הקצר שעומד לרשותם מאז נמסרו להם שמות המחבלים לא אפשר להם לשטוח בכלל או בצורה מספקת את התנגדותם לשחרור המחבלים. שנית, לטענת העותרים חובה על המדינה להחיל עליהם את הוראות סעיף 20 לחוק ואת הוראות תקנה 16 לתקנות זכויות נפגעי עבירה, התשס"ב-2002, לפיהן ניתנה לנפגעי עבירת מין או אלימות זכות להביע עמדתם לעניין מתן חנינה או הקלה בעונש למי שפגע בהם. לפי סעיף 10 לחוק, ניתנת לנפגעי עבירה גם הזכות לקבל מידע על מאסר או משמורת אחרת של מי שפגע בהם.

14. הוראות החוק והתקנות שלפיהן אינן מתאימות במלואן לנסיבות המיוחדות של מתן חנינה מתוקף הסכם מדיני כדוגמת המקרה שלפנינו. נסיבות העניין, הרגישות המדינית והביטחונית, וסד הזמנים הקריטי הנוצר במקרים אלה, מחייבים גיבוש הסדר מאוזן באשר לצורך בשמיעת נפגעי עבירה. לפיכך, סברנו כי גם אם אין מקום להחיל באופן מלא את הוראות החוק, הרי שרוחן ותכליתן של הוראות אלה אכן מחייבות מתן הזדמנות להתנגד לשחרור אסירים בהתאמה לנסיבות העניין.

לפיכך קבענו בעבר, בפרשת קרמן, שחלק מהעותרים לפנינו היו העותרים שם, כי משפחות נפגעי הטרור רשאיות לפנות למחלקת החנינות במשרד המשפטים, בלי קשר לקיומה של עסקה, ותוכלנה לקבל פרטים המזהים את המחבל שהורשע בפיגוע שבו נפגעו יקיריהן. על יסוד המידע שיימסר להן יכולות המשפחות להעביר את התנגדותן מראש לשחרור המחבלים. בהודעת המדינה נמסר כי בהתאם לפסק דין זה נעשה מאמץ לאתר מבין תיקי האסירים הביטחוניים במערכת הממוחשבת את שמות קורבנות העבירה ולסדרם כך שניתן יהיה לאתר בקלות המירבית את שמות האסירים הקשורים לקורבנות אלה, כשמשפחותיהם יבקשו בעתיד לקבל מידע אודותיהם. ואכן, כמה עשרות אנשים פנו והביעו התנגדות מראש לשחרור הצפוי. התנגדותם הובאה לידיעת הממשלה טרם קבלת ההחלטה אודות ההסכם שלפנינו. כן ציינה המדינה בתגובתה, כי תוכן ההתנגדויות הובא אף לפני הצוות שניהל את המשא ומתן בשם

המדינה. עוד נמסר במהלך הדיון, כי מאז פרסום שמות המחבלים שעל שחרורם הוסכם, הוגשו למחלקת החנינות כ-200 התנגדויות נוספות.

15. מעבר לכך יצוין כי ההחלטה על שחרור האסירים לא נפלה כרעם ביום בהיר על כתפי המשפחות. עוד לפני כשנתיים, עת התקבל מידע כי מדינת ישראל עומדת להגיע להסכם לשחרורו של גלעד שליט אשר יהיה כרוך בשחרור מחבלים, פנו חלק מהעותרים לבית משפט זה ונקבע על ידינו ההסדר האמור של אפשרות להתנגד מראש לשחרור. לכך יש להוסיף כי היה אף ידוע שמונה שליח מיוחד מטעם הממשלה המקיים משא ומתן לתכלית זו. גם אם לא הייתה בידי המשפחות רשימה מפורטת של כל הצפויים להשתחרר, ניתנה להם כאמור ההזדמנות להביע התנגדות לכך מראש.

על אף האמור, שקלנו אם לא ניתן היה להיעתר לבקשה לדחות – ולו בזמן מה – את השחרור כמבוקש על ידי העותרים. אולם, נמסר לנו על ידי המדינה כי לוח הזמנים הינו חלק מן ההסכם. עתה, אולי יותר מבעבר, ברור כי בשעות אלה תלוי גורלו של גלעד שליט וכל שינוי בהסכם עלול לסכל את הוצאת ההסכם לפועל ואף עלול לסכן את חייו של גלעד.

בנסיבות אלה, לא מצאנו כי יש בידינו להתערב בהחלטת הממשלה. אשר על כן, העתירות נידחות.

ניתן היום, י"ט בתשרי התשע"ב (17.10.2011).

ח' מלצר 54678313-7523/11

ה נ ש י א ה המשנה לנשיאה ש ו פ ט

_____
העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 11075230_N05.doc דז

ח' מלצר 54678313-7523/11
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה