



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 9446/09

בג"ץ 9554/09

בפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

העותרים בבג"ץ 9446/09 : 1. רון קרמן
2. יוסי צור
3. יוסי מנדלביץ
4. אלמגור ארגון נפגעי הטרור

העותר בבג"ץ 9554/09 : ח"כ יעקב כץ

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 9446/09 : 1. בנימין נתניהו ראש ממשלת ישראל
2. ממשלת ישראל
3. הצנזורה הצבאית

המשיבים בבג"ץ 9554/09 : 1. בנימין נתניהו ראש ממשלת ישראל
2. אהוד ברק שר הביטחון
3. הוועדה לקביעת עקרונות לניהול מו"מ לפדיון שבויים ונעדרים

עתירות למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : י"ג בכסלו התש"ע (30/11/2009)

בשם העותרים 1-3
בבג"ץ 9446/09 : בעצמם

בשם העותר 4 בבג"ץ
9446/09 והעותר
בבג"ץ 9554/09 : עו"ד נפתלי ורצברגר

בשם המשיבים בבג"ץ 9446/09
ובבג"ץ 9554/09 : עו"ד ענר הלמן ; עו"ד גלעד שירמן

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

1. הרקע לעתירות שלפנינו הינו בידיעות שהתפרסמו בכל אמצעי התקשורת בדבר הכוונה לשחרר את החייל החטוף גלעד שליט, המוחזק בידי ארגון החמא"ס מאז 25.6.2006, בעסקה אשר במסגרתה ישוחררו אסירים המעורבים בביצוע מעשי רצח וטרור חמורים. העותרים בעתירה בבג"ץ 9446/09 הינם שלושה אבות שכולים ששכלו את ילדיהם בפיגוע טרור מחריד בהתפוצץ מחבל באוטובוס בחיפה בתאריך 5.3.2003 וכן עותר עימם "אלמגור ארגון נפגעי הטרור". שני סעדים נתבקשו בעתירה זו: האחד - פרסום "הקריטריונים התקפים לשחרור אסירים במסגרת העסקה המתקמת עם החמא"ס - ובתמורה לשחרורו של החייל החטוף גלעד שליט"; השני - הינו "לחדול משימוש בסמכויות הצנזורה הראשית למניעת פרסום חופשי באמצעי התקשורת של הידיעות בקשר לעסקה ולמו"מ סביבה, באורח שיאפשר דיון ציבורי בלתי מוטה בסוגיות הדורשות הכרעה, טרם מימוש העסקה".

העתירה הנוספת בבג"ץ 9554/09, שהיתה אמורה להישמע במאוחד, הוגשה בידי חה"כ יעקב כץ ובה נתבקש פרסום מסקנותיה והמלצותיה של ועדה מיוחדת, אשר מונתה בידי שר הביטחון לקביעת כללים בנוגע לניהול ואישור משאים ומתנים לשחרור שבויים ונעדרים ישראליים מידי האויב. עתירה זו הוגשה מתוך הנחה כי אכן גובשו המלצות לכללים בידי אותה ועדה אשר בראשות נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), מאיר שמגר. מתשובת המדינה הסתבר כי המלצות אלה, שלא נועדו מלכתחילה להתייחס לעניינו של המשא-ומתן בעניין גלעד שליט, טרם גובשו. לפיכך לא עמד בא-כוח העותר על העתירה והיא נמחקה. הדיון בפנינו התקיים, אפוא, בעתירה בבג"ץ 9446/09 בלבד.

2. בא-כוח העותרים, עו"ד נ' ורצברגר, עמד בטיעונו לפנינו על הצורך לחשוף את פרטי העסקה המיועדת, כשהוא מדגיש את החשש כי "הקווים האדומים" לאותה עסקה לא ילובנו די הצורך בדיון ציבורי; בהמשך, טען בא-כוח העותרים כי נוכח הידיעות לפיהן עומדים להשתחרר ממאסרם מחבלים שהם מתכנני פיגועים רצחניים ומבצעים, זכאיות המשפחות השכולות שיקיריהן היו קורבנות לטרור לקבל מידע בעוד מועד על מנת שתהיה להן הזדמנות להשמיע את עמדתן והתנגדותן לשחרור

הצפוי של המחבלים. יתרה מזו, לשיטתו, זכאים העותרים ומשפחות שכולות אחרות להביע עמדה ביחס לחנינה הצפויה למחבלים שפגעו באכזריות במשפחותיהם וזאת על פי חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001 (להלן: חוק זכויות נפגעי עבירה).

בין היתר, טען עו"ד ורצברגר, כי המנגנון שנקבע על פי הנחייתו של בית משפט זה בדבר פרסום שמות המשוחררים 48 שעות לפני ביצוע השחרור כדי לאפשר התנגדות לשחרורים קונקרטיים אינו מתאים להליך הנוכחי. זאת, בהתחשב בכך שהמדינה אישרה בתשובתה לעתירה כי מספר האסירים הצפויים להשתחרר הינו רב ביותר. עוד טען עו"ד ורצברגר, כי יש להקפיד על כך שתהליך קבלת ההחלטות ייעשה בשקיפות כיאה להליכים הדמוקרטיים. כמו-כן, טען כי הצנזורה הצבאית מונעת את השיח החופשי בנושא ואינה מקיימת את המבחן שקבע בית משפט זה בפסק הדין בעניין שניצר (בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989) (להלן: עניין שניצר)), ולפיו רק אם קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון ניתן יהיה לעשות שימוש בצנזורה הצבאית. המצב לפיו המידע מצוי בידי אויבי ישראל ומדינות זרות אך אינו מובא בפני אזרחי ישראל - כך הטענה - אינו מתקבל על הדעת. בתום דברי בא-כוח העותרים טען בפנינו עותר 3, אב שכול אשר חייו של בנו תלמיד בית ספר, קופחו בפיגוע טרור בו נרצחו 17 נוסעים מהם 9 תלמידי בית ספר בדרכם לביתם באוטובוס בחיפה. העותר 3 נשא דברים באוזנינו כשקולו חנוק מדמעות; הדברים היו סדורים וערוכים ואין שומע להם אשר הכאב לא יחדור לנימי נפשו. בדבריו עמד על כך כי הדיון הציבורי היום אינו אמיתי וניזון משברי מידע המועברים מאמצעי תקשורת זרים, והמשפחות השכולות חשות נבגדות בידי המדינה.

3. יצוין כי בתשובתה בכתב לעתירה, הודיעה המדינה על מספרם הרב של המועמדים לשחרור, כ-450 אסירים, ש"שמותיהם מועברים על ידי החמא"ס ואשר אפשרות שחרורם נבחנת באופן פרטני בהתאם לשיקולים שונים ועל בסיס רציונאל ביטחוני ערכי". מטבע הדברים בהקשר זה, אין מדובר בקריטריונים שהמדינה קובעת לשם נקיטה בצעד מדיני אלא בבחינה פרטנית של דרישה תלויה ועומדת הנבחנת במהלך מיקוח. עוד הודיעה המדינה בתשובתה על אפשרות לשחרור מאוחר יותר של 530 מחבלים נוספים כמחווה לרשות הפלשתינית, אך אלה אסירים שעניינם טרם נידון וטרם נקבעו הקריטריונים לשחרורם. בתשובת המדינה אף נאמר כי כל השיקולים וכל המידע הרלוונטי יובאו בפני הממשלה לשם הפעלת שיקול דעתה בטרם תתקבל החלטתם. שוכנענו כי בעניין זה יעמוד לנגד עיני המשיבים פסק דינה של השופטת ע' ארבל בבג"ץ 10578/08 משל"ט - מכון שיפוטי לחקר טרור נ' ממשלת ישראל (טרם

פורסם, 3.11.2009), באשר לצורך של מקבלי ההחלטה להתייחס להערכת הנתונים בדבר הסיכונים הצפויים מהשחרור בטרם קבלת ההחלטה.

4. בדיון לפנינו השיב בא-כוח המדינה, עו"ד ע' הלמן, לטיעוני העותרים וניכר בו כי קשים עליו הדברים מול פניהם של העותרים-האבות השכולים. בטיעוניו הבהיר כי העניין שלפנינו שונה משחרורי מחבלים שבאו בפני בית משפט זה בעבר, כאשר דובר במחווה מדינית או בצעד מדיני, שכן מדובר בהליך לשחרור של חייל שנחטף בפעולת טרור בה גם נהרגו שניים מחיילי צה"ל, סגן חנן ברק ז"ל וסמ"ר פבל סלוצקר ז"ל. הוא עמד על כך שהצנזורה פועלת בעניין זה על פי שיקול דעת הצנזורת הראשית, כאשר כל פרסום נבחן לגופו, וכי אין מדיניות של הטלת איפול כללי על כל הנושא. לטענתו, פסילות הצנזורה נעשות מכוח סמכותה לפי תקנה 87(1) לתקנות הגנה שעת חירום, 1945, ואף הוא - כמו בא-כוח העותרים - הסתמך לעניין זה על המבחן שנקבע בבג"ץ שניצר לעניין "הצורך בוודאות קרובה של פגיעה ממשית בביטחון" על מנת להגביל את חופש הביטוי. לעניין הזכות על פי חוק נפגעי עבירה, טען כי אין מדובר בחנינה רגילה על רקע פלילי שבה השיקולים נוגעים לעניינו של האסיר ולנסיבותיו האישיות הנשקלות לצורך החנינה, אלא זוהי חנינה שהשיקולים לה שונים. לפיכך טען כי אין להחיל על ההסדר את ההוראה הקבועה בסעיף 20 לחוק זכויות נפגעי עבירה המקנה לנפגע עבירה מעמד בטרם נשקלת חנינה. בסיום דבריו, הוסיף בא-כוח המדינה וטען כי לא ניתן לפרט את הנימוקים הביטחוניים שביסוד הצורך להימנע ממסירת פרטים על המו"מ המתנהל אלא בדיון בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד.

5. יאמר תחילה, כי לאחר ששמענו את טענות הצדדים, הטרידה אותנו שאלת השימוש בצנזורה הצבאית והחיסיון על פרסום הפרטים מתוך המשא-ומתן המתנהל. העותרים ובא-כוחם הסכימו להצעת המדינה כי נשמע את הסבריה במעמד צד אחד. לפיכך, התייצב לפנינו גורם מוסמך הבקיא בעובדות הקשורות במשא-ומתן וב"עסקה" המיועדת. שמענו את הסבריו שעה ארוכה ואף לא חסכנו שאלות הבהרה, במיוחד בסוגיה הנוגעת למניעת פרסומים מן הטעם הביטחוני. מדיון זה הובהר לנו אופיו המיוחד של ההליך, אשר יש בו רגישות מיוחדת נוכח הצורך להשיג את שחרור החייל החטוף בלי לסכן את חייו מזה, ונוכח המאמץ הנדרש כדי ש"מחיר העסקה" לא יפגע בצורה ממשית ומשמעותית בביטחון המדינה, מזה. ברי, כי על כף המאזניים מונח גורל חיי אדם במובנו הברור והמוחשי ביותר.

בדיון החסוי נמסר לנו כי עדיין אין עסקה וכי העסקה המיועדת היא מורכבת ולא מוסכמת. כן נמסר, כי ישנם פערים בין הצדדים ו"יכול להיות שלא תהיה עסקה". במצב דברים זה הובהר לנו מדוע לא ניתן לפרסם את הפרטים לעת הזו. מתברר, כי טענת העותרים כי הכול ידוע לכל המעורבים, מלבד לאזרחי ישראל, אינה נכונה. אשר לטענה כי פרטי העסקה נלמדים מפרסומים זרים, נטען בפנינו כי בעניין זה יש להביא בחשבון כי עקב מעורבותם של גורמים שונים ובעלי אינטרסים שונים במהלך, הרי שיש בפרסומים הזרים כר מניפולטיבי נרחב ובהתאם לכך יש להתייחס אליהם.

6. לאחר שמיעת כל הטענות בדיון הגלוי והחסוי ולאחר הבאה בחשבון של השיקולים המצויים לפני הכרעה כיום, ניתן לומר ללא ספק כי המהלכים הננקטים לשחרורו של גלעד שליט מעוררים קשיים ודילמות מורכבות מההיבט האנושי, המוסרי, הביטחוני, המדיני והציבורי ואלה מצדיקים דיון ציבורי; עם זאת אי אפשר להתעלם מהאופי הקשה והמיוחד של ההליך שעניינים כה רגישים וקשים טרם הוכרעו בו. אשר לשאלת הגבלת השיח הציבורי, הודיעו המשיבים, על דעת הצנזורית הצבאית שנכחה בדיון, כי לא מוטלת צנזורה על פרסום ידיעות שמקורן בפרסומים זרים. כן הובהר שאין ולא תהיה צנזורה על התבטאויות של משפחות הנפגעים ושל כל מי שמבקש לפרסם דברים בהתייחס לאסירים שעלולים להיות משוחררים. בנסיבות אלה נראה כי לא יימנע הדיון הציבורי העקרוני וגם תתאפשר הצגת עמדתם של המתנגדים לעסקה. לעת הזו אין בידינו להתערב בהפעלת שיקול הדעת מעבר לכך, שכן שוכנענו כי שיקולי ביטחון מובהקים מצויים בפרטים הנשמרים חסויים.

אשר למתן הזדמנות למשפחות השכולות להציג את התנגדותן הקונקרטית לשחרורם של המחבלים, נמסר לנו מטעם המשיבים כי משפחות של נפגעי טרור רשאיות לפנות למחלקת החנינות במשרד המשפטים, ובלי קשר לידוע על העסקה תוכלנה לקבל פרטים המזהים את המחבל שהורשע בפיגוע שבו נפגעו יקיריהם. על יסוד הפרטים שבידיהן יכולות המשפחות להעביר את התנגדותן מראש לשחרור. מנהלת מחלקת החנינות אף התחייבה בפנינו כי תעביר את עמדת המתנגדים לגורמים המופקדים על החנינה, שר המשפטים ונשיא המדינה או אלוף הפיקוד והרמטכ"ל, לפי העניין.

נעיר בעניין זה, כי אף שאין מדובר בהסדר האופטימלי למתן הזדמנות להעלות התנגדויות לשחרור, הרי שבנתונים הקיימים יש בו משום תחליף להזדמנות שיש ליתן לנפגעי עבירה לממש את זכותם לפי סעיף 20 לחוק זכויות נפגעי עבירה, כך שיוכלו

להביע את התנגדותם מראש למהלך באופן קונקרטי. עוד הודיעו המשיבים, כי אם תחליט הממשלה על קיום העסקה קיימת כוונה לשמור על הכלל שהותווה בבית משפט זה, לפיו יינתנו לפחות 48 שעות ממועד פרסום שמות האסירים הצפויים להשתחרר ועד לביצוע השחרור (ראו למשל בג"ץ 1539/05 משל"ט - מכון משפטי לחקר טרור וסיוע לנפגעים ואח' נ' אריאל שרון – ראש הממשלה ואח' (טרם פורסם, 17.2.2005)). כן יפורסמו המעשים המיוחסים להם, כך שניתן יהיה להציג את ההתנגדות לשחרור. אין ספק, שבנסיבות העניין זהו זמן קצר. אם ניתן יהיה להאריך את הזמן בלא סיכונים ממשיים תהיה, ככל הנראה, נכונות ליתן זמן נוסף. משך הזמן שינתן לאחר פרסום השמות הוא תלוי נסיבות.

7. לסיום הדיון שהתקיים לפנינו אין לנו אלא לומר כי התחזקה בליבנו התחושה הקשה המלווה אותנו בדיונים מסוג זה, אשר כבר נחשפנו להם בעבר. 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.

על יסוד כל האמור לעיל העתירה נדחית.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינה של כב' הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, י"ד בכסלו התש"ע (01.12.2009).

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה