

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 10223/02

בפני: כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' טירקל

העותרות: 1. תמרה פיש-ליפשיץ
2. מרים גורוב

נגד

המשיב: היועץ המשפטי לממשלה

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ז באדר ב' התשס"ג (31.03.2003)

בשם העותרות: עו"ד ניצנה דרשן-לייטנר

בשם המשיב: עו"ד יוכי גנסיין

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

1. ביום 25.2.2002 נהג מר אברהם פיש ז"ל ברכבו. יחד עימו נסעו רעייתו, העותרת מס' 1, ומר אהרון גורוב ז"ל, בעלה של העותרת מס' 2. אל הרכב נפתחה אש מן המארב, סמוך לשוב נוקדים. מן האש נהרגו מר פיש ומר גורוב, ז"ל. עותרת מס' 1, שהיתה בהריון, נפצעה.

2. ביום 29.3.2002 החליטה ממשלת ישראל על פעולות לחימה בשטחי האיזור, במסגרת מבצע "חומת מגן". מטרת הפעולה היתה מניעת הישנותם של פעולות טרור בשטחי ישראל והאיזור. במסגרת הפעילות נכנסו כוחות צה"ל לעיר בית לחם. עם הפריצה, ותוך כדי ירי, פרצו לתוך מתחם כנסיית המולד בעיר כ-40-30 פלסטינים חמושים והתבצרו בבזיליקה שבכנסייה. בין המתבצרים היו גם איברהים מוסא אסלם עביאת, עבדול דאוד מוחמד עבדול קאדר, וענאן מוחמד חמיס טנג'ה (להלן: המבוקשים). המתבצרים – ובהם המבוקשים – הסתגרו בכנסייה זמן רב שעה ששהו בה גם אזרחים ואנשי כמורה ודת. במהלך תקופה זו, נוהל משא ומתן אינטנסיבי שמטרתו היתה מציאת פתרון של שלום שיאפשר יציאה של האזרחים ואנשי הדת שבמתחם, וכן יציאת המבוקשים ממנו וכל זאת מבלי לפרוץ בכוח לתוך הכנסייה, על המשמעות הבינלאומית והדתית שהיתה נלווית לפריצה מעין זו. בסופו של דבר הושג הסכם, בחסות ובתיווך בין לאומיים, לפיו המבוקשים יעזבו את המתחם ללא נשק, כאשר חלקם יועברו לעזה וחלק אחר (ובו המבוקשים) יועבר למספר מדינות זרות מבלי שיעצרו על ידי מדינת ישראל.

3. ביום 3.12.2002 פנו העותרות לבית משפט זה. בעתירה נטען כי בתחקיר שביצע צה"ל לאחר הפיגוע בו איבדו את יקיריהן נמצא כי המבוקשים היו אחראים לו וביצעו אותו. טענתם העיקרית היא כי למרות ההסכם לשחרורם של המבוקשים, חייבת היתה המדינה לבקש את הסגרתם לאחר שהועברו למדינות הזרות שהסכימו לקלוט אותם. כך, לא רק בשל המעשים החמורים שביצעו כנגד המנוחים (ונפגעים אחרים) אלא גם בשל השמירה על שלטון החוק והשוויון בפני החוק. המבוקשים לא נחוו ומעמדם כמבוקשים לא השתנה עקב ההסכם.

4. המשיב ביקש כי נדחה את העתירה. בפתח דבריו ציין המשיב כי אשר למבוקשים עצמם, הרי שבנוגע לענאן מוחמד חמיס טנג'ה, אין בידי גורמי הבטחון כל אינדיקציה הקושרת אותו למעורבות בביצוע הפיגוע המיוחס לו; אשר לעבדאללה דאוד מוחמד אלקאדר, הרי שאין בידי גורמי הבטחון כל ראיות על בסיסן ניתן להעמידו לדין פלילי בגין מעורבותו בפיגוע שיוחס לו; אשר לאברהים מוסא סלאם עביאת – הרי שיש ראיות הקושרות אותו לביצוע הפיגוע נשוא העתירה אולם נוכח ההסכם שמכוחו יצאו המבוקשים את כנסיית המולד, אין יסוד לבקש את הסגרתו כמו גם את הסגרת המבוקשים האחרים. בתשובתו עמד המשיב על הרקע להסכם שהושג בעניין פינוי המתבצרים – ובהם המבוקשים מן הכנסייה. ההסכם מכוחו התאפשרה יציאת

המבוקשים היה בחסות בין לאומית ובהתערבות הכס הקדוש. ההסכם היה מחוייב המציאות נוכח המשמעות של המשך המצור על הכנסיה והצורך במציאת פתרון שימנע נזק כבד. החלופה שנבחרה – של הרחקת המבוקשים – ולמעשה הגלייתם – נבדקה לעומקה ונמצאה מתאימה בייחוד נוכח המשמעות הקשה שלה מבחינה ענישתית עבור המבוקשים ומבחינה הרתעתית עבור אחרים. לטענת המשיב, המדובר בסנקציה קשה ממאסר. זאת ועוד: תוכנו של ההסכם שהושג אינו עולה בקנה אחד עם בקשה נוכחית של מדינת ישראל להסגיר את המבוקשים. כך, שכן חלק ממנו כולל "הבנה" לפיה המבוקשים לא יעסקו בטרור בעתיד וגם לא יחזרו לישראל או לאזור. על יסוד זה – ולמרות ההשתתפות ביגוןן של העותרות על אובדן יקיריהן – התבקשה דחיית העתירה.

5. לאחר שעיינו בחומר שבפנינו ובטענות הצדדים נחה דעתנו כי דין העתירה להידחות. אין חולק כי המציאות שהולידה את ההסכם שמכוחו יצאו המבקשים את מתחם כנסיית המולד היתה לא פשוטה, מטעמים הומניטריים, דתיים, מבצעיים ובין לאומיים. ביטוי למציאות בעייתית זו נמצא, בין היתר, בהליכים שהתקיימו בפני בית משפט זה (בג"ץ 3436/02 הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(3) 22, ובג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הבטחון, פ"ד נו(3) 30, 34-33). על רקע זה גובש ההסכם ליציאת המבוקשים והמתבצרים, תוך שקילת שיקולים מדיניים ובינלאומיים וכן אינטרסים בטחוניים והרתעתיים לטווח הקצר והארוך, לרבות חומרת הסנקציה של הרחקה מחוץ לגבולות ישראל. העותרות אינן טוענות למעשה כנגד תוקפו של הסכם זה אלא בעיקר כנגד אי בקשת ההסגרה, לאחר יישום ההסכם. אולם כעולה מתשובת המשיב, הדברים כרוכים זה בזה. ההחלטה על יציאת המתבצרים והמבוקשים היא במהותה החלטה שלא להעמידם לדין וממילא שלא לבקש את הסגרתם. כך לא רק הוחלט אלא גם הוסכם בחסות כל הגורמים הבינלאומיים שהיו שותפים להסכם. בנסיבות אלה על הרקע שבבסיסן, לא מצאנו עילה להתערבותנו בהחלטת המשיב שלא לפתוח בהליכי הסגרה כנגד המבקשים, שלגבי שניים מהם אף לא עמדה ממילא תשתית להעמדתם לדין (השוו בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפצ"ר, פ"ד נא(5) 67). אכן, המציאות בה מצויים אנו - מציאות של טרור ופיגועים - של שכול וכאב - מביאה לא פעם להחלטות המחייבות איזון בין שיקולים שונים תוך בחירה לא פעם, ברע במיעוטו. אין בהחלטות אלו תמיד בכדי לנחם את העותרות ואחרים שחבר עליהם עולמם. אולם כל עוד מבוססות החלטות אלה כנדרש והאיזון שבגדריהן ראוי הוא ועל פי הדין, אין הן מבססות עילה להתערבותו של בית משפט זה. אשר על כן, דין העתירה להידחות.

השופטת ד' דורנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט י' טירקל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, ז' בניסן התשס"ג (9.4.2003).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א