

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 794/98

בפני: כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ש' לוי
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט י' אנגלרד

העותרים: 1. שייח עבדאל קארים עובייד
2. מוסטפה דיב מרעי דיראני

נ ג ד

המשיבים: 1. שר הבטחון
2. בתיה ארד
3. תמי ארד
4. חן ארד
5. דוד ארד

ד י ו ן

תאריך הישיבה: ט"ז בטבת התשס"א (11.1.2001)

בשם העותרים: עו"ד צבי ריש

בשם המשיב מס' 1: עו"ד שי ניצן

בשם המשיבים מס' 2-5: עו"ד אלעד אייזנברג; עו"ד עידו אורלנסקי

פ ס ק - ד י ן

הנשיא א' ברק:

1. העותרים נתונים במעצר מינהלי: עותר מס' 1 (עובייד) מאז 1989, עותר מס' 2 (דיראני) מאז 1994. חוקיות מעצרו המינהלי נבחנה בבתי המשפט. נקבע כי מעצרו המינהלי הוא כדיון, וכי בשחרורו טמונה לעת הזו, סכנה של גרימת נזק ממשי לבטחון המדינה ולשלום התושבים. מסוכנותם נלמדת הן מאופי פעילותם קודם

מעצרו, והן ממעמדם הבכיר בארגונים אליהם הם משתייכים (עמ"מ 5652/00 עוביד ואח' נ' שר הבטחון (טרם פורסם)). בעת שהותם במעצר מינהלי ביקשו העותרים כי יותר להם להיפגש עם נציגי הצלב האדום. בקשתם סורבה. כנגד החלטה זו הוגשה העתירה שלפנינו והוצא בה צו-על-תנאי. בעוד העתירה תלויה ועומדת, הודיע המשיב כי החליט לאפשר פגישות בין העותר מס' 1 (עובייד) לבין נציגי הצלב האדום. לאור הודעה זו נמחקה עתירתו של עובייד. המשכנו לשמוע את עתירתו של דיראני, תוך שהמתנו תחילה למתן פסק הדין (בעמ"מ 5652/00) באשר לחוקיות מעצרו המינהלי. לאחר שנקבע כי מעצר מינהלי זה תקף, המשכנו לשמוע את טענותיו באשר לפגישות עם נציגי הצלב האדום. על פי בקשתם צרפנו כמשיבים נוספים (2-5) את בני משפחת ארד. בעוד העתירה של דיראני תלויה ועומדת הוחלט שוב למנוע ביקורי הצלב האדום מעובייד. על פי בקשתו, החזרנו את עובייד כעותר בעתירה.

2. את עתירתו מבסס בא כוח העותרים על המשפט הבינלאומי ועל המשפט הפנימי שלנו. באשר למקור הראשון, הוא טוען לתחולתו של סעיף 143 לאמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה. כן טוען הוא, כי הוראה זו היא בעלת תוקף מנהגי, ועל כן מהווה היא חלק מהמשפט הפנימי של ישראל. כן נטען כי על פי המשפט הפנימי שלנו (תקנה 11 לתקנות סמכויות שעת-חירום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מינהלי)), התשמ"א 1981 - (להלן - התקנות)), יש להתיר את הביקורים המבוקשים.

3. מר ניצן, בשמו של המשיב מס' 1 טוען - ולטיעונים אלה הצטרף בא כוח המשיבים 2-5 - כי הוראתה של אמנת ז'נבה הרביעית בכלל, והוראת סעיף 143 לאמנה זו בפרט, הן בעלות תוקף הסכמי בלבד ואין הן מהוות, על כן, חלק ממשפטה של המדינה. כן נטען על ידו כי אפילו חלה הוראה זו בענייננו, הרי מכוח הוראת סעיף 5 רישא לאמנה, ניתן לשלול את "הזכויות וזכויות היתר הניתנים על ידה, אם הענקתן של זכויות אלה עלולה לפגוע בבטחון המדינה", וכזה הוא המקרה שלפנינו. אשר לתקנה 11 לתקנות, נטען בפנינו כי ההחלטה למנוע את המפגש של העותרים עם אנשי הצלב האדום היא סבירה. ביסוד החלטה זו מונחת עמדתו של המשיב מס' 1, לפיה קיום ביקורים של הצלב האדום אצל העותרים עלולה לפגוע בבטחון המדינה. לעניין זה שמענו, בהסכמת בא כוח העותרים ושלא בנוכחותם, מידע באשר לשיקולי הבטחון המונחים ביסוד עמדתו של המשיב מס' 1.

4. באשר לסבירות ההחלטה למנוע מפגש של העותרים עם אנשי הצלב האדום, חל שינוי בעמדת היועץ המשפטי לממשלה. תחילה נמסר לנו כי בעוד שראש המטה הכללי סבור שאין להתיר לעותרים מפגשים עם אנשי הצלב האדום, הרי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שונה. לדעתו של היועץ המשפטי לממשלה, בהתחשב במכלול נסיבות העניין, ובמיוחד בזמן שחלף מאז נעצרו העותרים, מן הדין לאפשר את מפגש נציגי

הצלב האדום עימם. היועץ המשפטי לממשלה הדגיש, כי "הזמן שחלף הוא גורם משמעותי. גורם נוסף הוא כי בסופו של יום, ישראל איננה דומה בהתנהגותה לשוביו של רון ארד. ישראל תעשה כמיטב יכולתה לפדותו, ולשם כך תמשיך לדרוש את החזקתם במעצר מינהלי של מי שהחזקתם יכולה לסייע בכך. אך דווקא בנסיבות כאלה, יש מקום להתיר את המפגש עם נציגי הצלב האדום". בסכמו את עמדתו, ציין היועץ המשפטי לממשלה, כי הגישה הסבירה הינה לשמר את מסגרת המעצר המינהלי ולאפשר לעותרים להיפגש עם נציגי הצלב האדום. "סבירות זו נלמדת מן המשקל שיש ליתן להיבט ההומניטרי מחד ומאידך... לאפשרות הממשית כי כיום בחלוף הזמן, מניעת הפגישה עם נציגי הצלב האדום, [לא], תסייע לעניינו של רון ארד בדרך כלשהי".

5. בעוד העתירה שלפנינו תלויה ועומדת, נחטפו (ביום 7.10.2000) שלושה חיילי צה"ל (סמ"ר אברהם בנימין, סמ"ר עומר סועאד וסמל עדי אביטן) על ידי החיזבאללה. כן נחטף אל"מ (מיל") אלחנן טננבאום בסמוך לאותו מועד. ארגון החיזבאללה מסרב להעביר לישראל מידע כלשהו אודות החטופים, שלומם ובריאותם. הוא גם מסרב לאפשר לנציגי הצלב האדום לבקר אצלם. על רקע זה הגיע היועץ המשפטי לממשלה למסקנה כי לעת הזו, לא יהיה זה סביר לאפשר לצלב האדום לקיים ביקורים אצל העותרים. היועץ המשפטי הדגיש בפנינו (בהודעה משלימה מיום 4.1.2001) כי "התפתחויות אלה מהוות שינוי נסיבות מהותי לעניין הסעד הנדרש בעתירה, שכן פשיטא הוא כי למדינת ישראל יש אינטרס עליון - וחובה עליונה - לעשות כל מאמץ לקבל מידע על שלומם ובריאותם של החטופים. על כן... לעת הזו, לא יהיה זה סביר לאפשר לצלב האדום לקיים ביקורים אצל העותרים". בכך הוא צירף עמדתו לעמדת הרמטכ"ל. בהקשר זה הודגש כי העותרים אינם מנותקים מהעולם החיצוני. הם נחשפו ברבים. הם צולמו על ידי כלי התקשורת. כל אלה הבהירו לכולי עלמא כי שלומם תקין וכי מצויים הם בקו הבריאות. הם נפגשים באופן סדיר עם עורך דינם. הם פונים לבתי המשפט בענייניהם. בנסיבות אלה, חשיבות התרת קיומם של ביקורי צלב האדום אצל העותרים הינה פחותה בהרבה, לעומת מצב שבו אין מאפשרים כל הצעדים הללו לאנשים המוחזקים במעצר.

6. טענות משפטיות מעניינות ומקיפות הושמעו בפנינו במהלך השיבויות בהן דנו בעתירה זו, על גלגוליה השונים. את מרביתן של טענות אלה מבקשים אנו להשאיר בצריך עיון. ביסוד עמדתנו זו מונחת התפיסה כי בסופו של יום, השאלה האמיתית הניצבת בפנינו היא סבירות ההחלטה שלא לאפשר לעותרים מפגש עם נציגי הצלב האדום. בוודאי כך הוא הדבר אם לכללי המשפט הבינלאומי אין תחולה בענייננו, וההכרעה צריכה ליפול על פי הפעלת שיקול הדעת של גורמי הבטחון על פי תקנה 11א(2) לתקנות הקובעות:

"(א) עצור יורשה לקבל מבקרים במקום שיקבע המפקד למשך חצי שעה כמפורט להלן:

(1) ביקור אחד של בני משפחה אחת לשבועיים...

(2) במבקר בדרגה אחרת של קרבת משפחה או כל מבקר אחר שתקנה 12 [העוסקת בביקור עורך דין] איננה חלה עליו - ברשות מיוחדת שהמפקד רשאי לתתה לפי שיקול דעתו".

גם אם לכללי המשפט הבינלאומי תחולה בענייננו, הרי הפעלתם של שיקולי הבטחון (על פי הוראת סעיף 5 לאמנת ז'נבה הרביעית) צריכה להעשות במסגרת מתחם הסבירות. הנה כי כן, שאלת המפתח הינה אם ההחלטה שלא לאפשר לעותרים להיפגש עם נציגי הצלב האדום היא סבירה, אם לאו.

7. בקביעת סבירותה של החלטה זו יש לאזן בין שני שיקולים נוגדים: האחד, השיקול ההומניטרי הקשור בביקורים של אנשי הצלב האדום אצל העותרים. האחר, השיקול הבטחוני, אשר עליו קיבלנו מידע ואשר נוגע למידע בדבר הנווט ארד וארבעת השבויים שלנו ושאת תוכנו המפורט איננו רשאים לחשוף. אף כאן, נוכל להשאיר בצריך עיון מה היה האיזון הראוי בין שיקולים נוגדים אלה שעה שעמדת המשיב מס' 1 היתה כי יש להמשיך ולמנוע את הביקורים (ב1998-) או שעה שחל שינוי בעמדת היועץ המשפטי לממשלה (בתחילת 2001). עלינו להחליט מהו האיזון הראוי עתה, בחלוף שלוש שנים מקבלת ההחלטה הראשונה, ובחלוף למעלה מחצי שנה מאז חל שינוי בעמדת היועץ המשפטי לממשלה. כל זאת, על רקע מעצר מינהלי ממושך ביותר. על שאלה זו תשובתנו הינה, כי עתה שוב אין כל אפשרות להצדיק את מניעת המפגש של העותרים עם נציגי הצלב האדום. עם חלוף השנים והחודשים, הופך השיקול ההומניטרי כבד יותר ויותר. לעומת זאת, חלוף הזמן, הולך ומקטין את משקלו של השיקול הבטחוני. בעניין זה שאלנו את נציגי הצבא שהופיעו בפנינו ובדקנו השיקולים בדוק היטב. שוכנענו כי באיזון הראוי בין השיקולים ההומניטריים לבין שיקולי הבטחון, יד השיקולים ההומניטריים על העליונה.

8. ישאל השואל: וכי זכאים הם העותרים כי ישקלו בעניינם שיקולים הומניטריים? חברים הם בארגוני טרור שההומניות מהם והלאה ושפגיעות באנשים חפים מפשע הן לחם חוקם. האם ראויים העותרים כי ישקלו בעניינם שיקולים הומניטריים, שעה שחיילים ואזרחים ישראלים המוחזקים בידי ארגונים אליהם משתייכים העותרים, ואלה אינם שוקלים כלל שיקולים הומניטריים, ומסרבים למסור כל מידע על אנשינו המוחזקים בידם? על שאלות אלה תשובתנו היא זו: מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה, משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית; שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבינו (השוו בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הבטחון, פ"ד לה(3) 113, 132). מודעים אנו לכך, כי גישה זו מעניקה, לכאורה, "יתרון" לארגוני טרור שההומניות מהם והלאה. אך זהו "יתרון" חולף. גישתנו

המוסרית, ההומניות שבעמדתנו, שלטון החוק שמדריך אותנו - כל אלה הם מרכיב חשוב של בטחוננו ושל כוחנו. בסופו של יום, זהו יתרונו שלנו. יפים לכאן דברים שנאמרו במקום אחר:

"מודעים אנו לכך כי פסק דינו זה אינו מקל את ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפנייה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845).

9. לא קל היה לנו להגיע להחלטתנו. מודעים אנו למאמצים המושקעים בעניינו של רון ארד ושל חיילינו ואזרחינו החטופים. משוכנעים אנו, כי אין בפסק דינו זה כדי לפגוע במאמצים אלה. שכנוע זה, הוא המאפשר לנו, באיזון הכולל, לקבוע כי ידם של השיקולים ההומניטריים על העליונה. מודעים אנו לכך, כי רבים - שהחומר הבטחוני שהיה לנגד עינינו לא היה לנגד עיניהם - עשויים לסבור אחרת. אין לנו, אלא לחזור כאן על דבריו של מ"מ הנשיא, השופט לנדוי, היפים גם לענייננו:

"... יש לנו מקורות כשרים לפסיקתנו ואין לנו צורך, ואף אסור לנו בשבתנו לדין, לערב בה את השקפותינו האישיות כאזרחי המדינה. אבל עדיין רב החשש שבית המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתנו לפסוק על פי הדין בכל עניין המובא לפני בית משפט כדיון, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים (בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, בעמ' 4)" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 846).

התוצאה היא כי אנו מקבלים העתירה, במובן זה שעל המשיב מס' 1 לעשות הסידורים המקובלים שיאפשרו ביקור נציגי הצלב האדום אצל העותרים.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא ש' לוי:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

השופט ת' אור:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט מ' חשין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' אנגלרד:

מדינת ישראל עומדת במאבק קשה עם ארגוני טרור של קנאים, שבשם הדת פורקים במעשיהם כל עול מוסרי, ובכך מוציאים את עצמם מקרב בני האומות הגדורות בדתות. שני העותרים נמנים עם כוחות אלה, והם נמצאים במעצר מנהלי בישראל זה שנים רבות. עותר 1 עצור מאז שנת 1989, דהיינו כשתים עשרה שנה; עותר 2 מאז שנת 1994. השאלה העומדת בפנינו היא, האם לאפשר ביקורי הצלב האדום אצלם.

הלב מתקומם נגד ההתנהגות הבלתי אנושית והצינית של ארגוני הטרור הגורמת תוספת צער וכאב למשפחות החטופים שאינם יודעים דבר על גורל יקיריהם. ליבנו גם עם משפחת ארד שגורל הבן נסתר ממנה על ידי ארגון הטרור והממשלים העומדים מאחוריו. התנהגות זו, לא זו בלבד שאין היא התנהגות אנושית, התנהגות של בן תרבות, אלא שעומדת במפורש בניגוד לאמנות בינלאומיות, וספק אם הארגונים הבינלאומיים והמדינות הנאורות עושים די כדי להביא לתיקון המצב הבלתי-נסבל.

כל זה עומד ברקע ההחלטות של גורמי הבטחון, המנסים בכל דרך להביא לידי פתרון הבעיה האנושית והמדינית של חטיפת חיילים ואזרחים ושביים מצד ארגוני טרור, הפועלים בניגוד לכל הכללים ההומניטריים. אמונתם הכנה של גורמי מדינת ישראל היא כי מניעת הביקורים אצל העותרים עשויה להועיל במאבק על זכויותיהם הבסיסיות של החטופים. לולא התקווה כי הלחץ של מניעת הביקורים יביא לידי היענות דומה מצד ארגוני הטרור, לא היה עולה על דעת גורמי הביטחון לנקוט צעד כזה כלפי העותרים.

ביקורי הצלב האדום הם עניין הומניטרי מובהק, שמדינת ישראל רואה את עצמה מחוייבת לו, כפי שפירט חברי הנשיא ברק, וזאת כמובן בכפוף לצרכי ביטחון דחופים וחיוניים. ברצוני להוסיף מספר הערות

מתוך השקפת היהדות, כפי שבאה לידי ביטוי במסורת ההלכתית. נפסק להלכה בשולחן ערוך, יורה דעה, ס' רנ"ב, א', כי "אין מצווה גדולה כפדיון שבויים" וכי

המעלים עיניו מפדיון שבויים, עובר על לא תאמץ את לבבך (דברים טו, ז). ועל לא תקפוץ את ירך (דברים טו, ז). ועל לא תעמוד על דם רעך (ויקרא יט, טז). ועל לא ירדנו בפרך לעיניך (ויקרא כה, נג). ובטל מצות פתוח תפתח את ירך לו (דברים טו, ח). ומצות וחי אחיך עמך (ויקרא כה, לו). ואהבת לרעך כמוך (ויקרא יט, יח). והצל לקוחים למות (משלי כד, יא). והרבה דברים כאלו (שולחן ערוך יורה דעה סימן רנב סעיף ב).

כן נפסק כי "כל רגע שמאחר לפדות השבויים, היכא דאפשר להקדים, הוי כאילו שופך דמים" (שם, סעיף ג').

עם כל החשיבות העצומה של מצוות פדיון שבויים, ההלכה היהודית קבעה סייגים לגבי מהות הדרכים של שחרור השבויים. כך נפסק (בעקבות התנא קמא במשנה, גיטין, פרק ד', משנה ו'; גיטין, מה, א; רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פ"ח, ה"ב), כי "אין מבריחין השבויים, מפני תיקון העולם, שלא יהיו האויבים מכבידים עולם עליהם ומרבים בשמירתם" (שו"ע, שם, סעיף ה'). כלומר, בבחירת הדרך לשיחרור השבוי, עלינו לשקול גם שיקולים רחבים יותר, כגון ההשפעה של מעשה השיחרור על שבויים עתידיים שיפלו בידי אנשי הרשע. (השווה גם שו"ע, שם, סעיף ד; ועל הסוגיה ראה עוד ירושלמי, גיטין, פ"ד, ה"ו; המאירי, בית הבחירה, על מסכת גיטין, ק' שלזינגר, מהדורה רביעית, תשכ"ד, בעמ' 188; בית יוסף, טור חושן משפט, רנ"ב, ה). בימינו אנו, גם השמירה על הכללים ההומניטריים, להם אנו רואים את עצמנו מחוייבים, היא בבחינת תיקון העולם במובן הרחב. ואין צורך להרחיב על כך. בנסיבות המיוחדות של המקרה לפנינו נראה כי, לעת הזאת, שיקול זה מחייב מתן רשות לביקור הצלב האדום אצל העותרים.

לכן מצטרף אני למסקנתו של חברי הנשיא א' ברק.

שׁוֹפֵט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, ד' באלול התשס"א (23.8.2001).

ה נ ש י א המשנה לנשיא ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

העתק מתאים למקור A24.98007940 /דז/
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה טרם פרסומו
בקובץ פסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל.

שמריהו כהן - מזכיר ראשי

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444