

2 בספטמבר 2024

לכבוד
עו"ד גלי בהרב מיארה
היועצת המשפטית לממשלה

שלום רב,

הנדון: החלטת הקבינט הבטחוני-מדיני מיום 30.8.2024

אנו פונות אליך בשם **מטה המשפחות להחזרת החטופים והנעדרים**, בנוגע להחלטת הקבינט הבטחוני-מדיני מיום 30.8.24 באשר להישארות בציר פילדלפי. בהחלטה זו נפלו פגמים קשים במישור הסמכות, ההליך ושיקול הדעת, אשר מובילים לבטלותה.

התערבותך נדרשת בדחיפות, שכן על פי הפרסומים, לפחות שלושה מבין החטופים שנרצחו לאחרונה ממש ושגופותיהם התגלו ביום 31.8.24 – עדן ירושלמי, אלמוג סרוסי, כרמל גת, הרש גולדברג פולין, אלכסנדר לובנוב ואורי דנינו, זכרם לברכה – אמורים היו להיכלל במשוחררים בעיסקה ההומניטרית, אשר ההחלטה שבנדון מונעת.¹

לפי סעיף 40(א) לחוק-יסוד: הממשלה "המדינה לא תפתח במלחמה ולא תנקוט פעולה צבאית משמעותית העלולה להוביל, ברמת הסתברות קרובה לוודאי, למלחמה, אלא מכוח החלטת הממשלה". הרציונל העומד ביסוד הסעיף הוא כי החלטה הרת גורל כזו צריכה להתקבל על-ידי קודקוד הרשות המבצעת – הממשלה במליאתה. כמו כל החלטה מינהלית, קל וחומר שהחלטה בסדר גודל כזה צריכה להתקבל על פי כללי המשפט המינהלי בכללותם. דהיינו, בהליך ראוי, המבוסס על תשתית עובדתית מלאה ולאחר היוועצות כדין עם כל הגורמים המקצועיים. הליך תקין כזה אמור למקסם את היותה של ההחלטה החלטה ראויה – שבה שיקול הדעת מופעל כדין על פי מכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, במנותק משיקולים זרים, בסבירות ובמידתיות.

¹ איתי בלומנטל " במערכת הביטחון מעריכים: החטופים נרצחו שלשום או אתמול" **כאן** 11 (1.9.24)

[/https://www.kan.org.il/content/kan-news/defense/794857](https://www.kan.org.il/content/kan-news/defense/794857)

אבי אשכנזי "גורם במשא ומתן: ששת החטופים נרצחו בגלל ההתעקשות על ציר פילדלפי" **מעריב** (1.9.24)
<https://www.maariv.co.il/news/military/Article-1129211>

אנו פונות אליך משום שעל פי הדיווחים העולים מכלי התקשורת (לצערנו הרב, בשל היעדר שקיפות גם באתר משרד רוה"מ קשה למצוא אסמכתא להחלטה זו) עולה חשש כבד כי בהחלטה נפלו פגמים קשים בכל המישורים: החל בסמכות, המשך בהליך וכלה בשיקול הדעת.

ראשית, לעניין **הסמכות**. כאמור, הדעת נותנת כי אם החלטה לפתיחת מלחמה נתונה לממשלה במליאתה הרי שגם החלטה על המשך לחימה, או על צעדים קריטיים במהלך מלחמה, נתונה לאותו גורם. דיון במליאת הממשלה אמור להתקבל על פי הכללים שמתווה תקנון הממשלה, אשר כוללים חובה לאפשר לגורמי המקצוע להציג את עמדתם המנומקת ולהשיב לשאלות השרים, וכן חובה לקבל ייעוץ משפטי לפני ההחלטה. דיון במליאת הממשלה – אשר כוללת את כל השרים על העניינים שהם מופקדים עליהם – מאפשר תכלול של כל היבטיה של הסוגייה וכל האינטרסים העומדים על הפרק. בנוסף דיון בממשלה מאפשר שקיפות – שככל שאינה פוגעת בביטחון המדינה – הרי שיש לשמרה כערך עליון במדינה דמוקרטית.

אכן, הממשלה רשאית לאצול את סמכותה מכוח סעיף 40(א) לחוק-יסוד: הממשלה לקבינט המדיני-בטחוני, אך דומה כי מפאת חשיבותה של ההחלטה וההשפעה הישירה על חי אזרחים אשר ממשלת ישראל אחראית לשלומם – ראוי היה לפי כל קנה מידה כי החלטה הרת גורל כזו תובא בפני מליאת הממשלה. בעניין זה תלויה ועומדת בבית המשפט העליון עתירה, אשר הוגשה על-ידי עו"ד מורן סבוראי, בשמן של משפחות חטופים רבות. מכתבנו מתייחב להחלטה הספציפית שהתקבלה ביום 30.8.24, אשר מעבר לשאלת הסמכות לוקה בפגמים קשים אחרים.

שנית, כאמור, גם אם נסכים כי ההחלטה שבנדון ניתנה בסמכות, הרי שבהליך **קבלת ההחלטה** נפלו פגמים קשים היורדים לשורש העניין.

החלטה זו התקבלה ללא **תשתית עובדתית מלאה**. חובת הנאמנות החלה על כל רשות מינהלית ובוודאי על הממשלה, מחייבת שכל פעולה תהיה לטובת הציבור. חובה זו משמיעה את הצורך של הרשות המינהלית לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים ולנהוג כרשות רציונלית – דהיינו לקבל את ההחלטה על בסיס תשתית עובדתית מלאה ולוודא שהתשתית הרלוונטית אכן תומכת בהחלטה שהתקבלה.

החלטה המתייחסת לגזרה הצרה של הישארות בציר פילדלפי ללא התייחסות לתשתית העובדתית המלאה, הכוללת את משמעות ההחלטה עבור עסקת חטופים אפשרית, וההערכות הגורמים הביטחוניים כי הישארות בציר מסכנת את שלומם של החטופים – משמעה התייחסות חלקית אל הסוגייה והתעלמות מהשלכותיה הרחבות. לא בכדי גם סעיף 8 לחוק הממשלה, התשס"א-2001 מקנה את הסמכות לדיון בשחרור שבויים וחטופים לממשלה במליאתה. הדעת נותנת כי הגוף המקבל החלטה על המשך לחימה צריך לקחת בחשבון את התשתית העובדתית הנוגעת למכלול ההיבטים, לרבות אלה הקשורים לעיסקה להחזרת החטופים.

יתרה מזאת, על פי דיווחים מכלי התקשורת ההחלטה עלתה לדיון והצבעה באופן מפתיע, כך שספק אם כלל היה ביכולתם של השותפים לקבלת ההחלטה להתייעץ ולשקול את מכלול השיקולים הרלוונטיים, בטרם נאלצו להצביע בשאלה הרת גורל זו. ממילא לא היו רשאים להחליט בלא שהוצגה בפניהם תשתית כזו.

בנוסף, ההחלטה לוקה בפגמים קשים הנוגעים להיוועצות עם גורמי הביטחון. הרציונלים של היוועצות מורכבים ומשלבים את טיוב ההחלטה מבחינת מקבל העצה על ידי שיפור המידע שבידיו, הגנה על האינטרסים של נותן העצה או מי שהוא מייצג ועידוד השקיפות והדיון הציבורי. נראה שההחלטה התקבלה גם בלא שניתנה הזדמנות למטה לביטחון לאומי להציג בפני הממשלה את מכלול השיקולים הרלוונטיים. ההחלטה מבטאת הפרה של סעיף 2(א)(2) לחוק המטה לביטחון לאומי, התשס"ח-2008, שלפיו על המטה "להכין את דיוני הממשלה וועדותיה [בענייני חוץ וביטחון], להציג את החלופות לגבי נושאי הדיון, נוסף על הצגתן על ידי הגופים הנוגעים בדבר, את ההבדלים בין החלופות ואת משמעותם, כפי שנבחנו על ידיו, וכן את המלצתו המנומקת לחלופה הנבחרת". חובתו זו של המטה אינה יכולה להתמשש אם ראש הממשלה מונע ממנו להציג בפני הממשלה או הקבינט את מלוא המידע הרלוונטי שחובה על המטה להציג בטרם מתקבלות החלטות בנושאים של חוץ וביטחון, בוודאי נושאים קריטיים כמו אלה שבהם מדובר כאן. קיימות אינדיקציות חיצוניות רבות לכך שההחלטה התקבלה ללא פתיחות. כאמור, מקבלי ההחלטה לא קיבלו זמן מספיק לשקול את העצה של גורמי הבטחון ולגבש עמדה ואף לא עמדה לנגד עינים תשתית עובדתית מספקת על מנת לשקול אותה.

הפגמים ההליכיים מובילים לפגמים ישירים במישור שיקול הדעת. כלל הוא כי רשות מוסמכת חייבת ליתן משקל ראוי להתייעצות עם גופים מייעצים, שהמלצתם היא חלק מהליך הפעלת הסמכות. המשקל של עמדת הגוף המייעץ, תלוי בנסיבות המקרה, ובין השאר הוא תלוי במהות העניין הנדון, בלשון ובתכלית של הסמכות, במעמד ובמומחיות של הגוף המייעץ, ובכשירות ובניסיון של הרשות המתייעצת. ככל שהגופים המייעצים מקצועיים יותר, כך גם משקל העצה שלהם גדול יותר ונדרשים שיקולים כבדי משקל על מנת לסטות ממנה.

והנה לפי דיווחים בתקשורת מלשכתו של רה"מ בנימין נתניהו נמסר כי "המפות החלופיות של צה"ל שהוצגו בישיבה כללו נסיגה מציר פילדלפי. נתניהו ורוב מוחלט של הקבינט לא קיבל את עמדת שר הביטחון גלנט והצבא בעניין זה"². יתירה מזאת, מהדיווחים עולה כי שר הביטחון זעם על החלטת הקבינט הלילה להישאר בציר פילדלפי: "מה קרה לנו? אנחנו מדברים על אנשים שנחטפו ממיטותיהם"; ואף ראש המוסד התנגד להחלטה ואמר "אין בהצבעה היגיון". הרמטכ"ל רב-אלוף הרצי הלוי ציין: "צה"ל יידע להיכנס ולחזור לפילדלפי בתום שישה שבועות של הפסקת אש. יש מספיק אילוצים למו"מ, לא צריך להוסיף." וראש המוסד דדי ברנע הוסיף: "אין בהצבעה הזאת היגיון, ממילא המו"מ מתמקד במנגנון העסקה ולא בציר פילדלפי."³ דהיינו לא זו בלבד שההחלטה התקבלה בניגוד לעמדת הגורמים המייעצים המקצועיים, אלא שהיא התקבלה בניגוד לעמדת

קונצנזוס של מומחים מטעם המדינה ובהתעלמות משיקולים רלוונטיים. החלטה כזו הופכת להיות בלתי סבירה בעליל.

חוסר הסבירות של ההחלטה קיבל משמעות מצמררת במבחן התוצאה כאמור בראשית מכתבנו זה.

מטה המשפחות מתריע מזה חודשים כי הזמן הולך ואוזל וחיי החטופים הנותרים בסכנה עצומה ומיידית. אכן, האשם המרכזי הוא ארגון החמאס הרצחני והעומדים בראשו. אך לא הם האחראים לביטחון אזרחי מדינת ישראל. החטופים נפגעו אך ורק בשל הימצאותם בשטח מדינת ישראל. מדינת ישראל כשלה בשמירה על שלומם בזמן הפגיעה הראשונית ואף כשלה בהשיבם לבתיהם במשך כמעט שנה. מכאן – חובתה הכפולה והמכופלת של המדינה כלפיהם. בנסיבות אלה, הפגיעה בהם היא מתמשכת וחשש מהותי קיים לחייהם של החטופים שעודם בחיים. אל מול זכותם לחיים של החטופים וחובתה הפוזיטיבית של המדינה להגן על חיים אלה, עומד לכאורה תרחיש היפותטי עתידי של חשש בשל נסיגה מציר. באיזון זה אין ספק כי הזכות לחיים גוברת.

² "גלנט על החלטת הקבינט: זו הייתה הכרעה בין 30 החטופים בפעימה ההומניטרית לבין ציר פילדלפי" כלכליסט ו-ynet (30.8.24) https://www.calcalist.co.il/local_news/article/b1penp0sr
³ שם.

אנו פונות אליך כיועצת המשפטית לממשלה להודיע לממשלה את העובדה כי נפלו פגמים קשים בהליך קבלת ההחלטה אשר יורדים לשורש העניין, ואשר בגינם ההחלטה אינה תקפה. כן מוטלת על הממשלה החובה להתכנס ולדון בעניין, תוך מתן הזדמנות נאותה למטה לביטחון לאומי ולראשי מערכת הביטחון להציג באופן מפורט את השיקולים השונים הנוגעים לעניין ואת המלצתם, ולאפשר לשרים הזדמנות נאותה לגבש את עמדתם ולקיים הצבעה.

משמעותם של הפגמים אשר נפלו בהחלטה היא אובדן חיי אדם וקיימת דחיפות רבה בפעולה בעניין.

QNG SIN



פרופ' דנה פוג'י, עו"ד

פרופ' מיכל טמיר, עו"ד

בשם מטה המשפחות להחזרת החטופים והנעדרים

