

העותר: **אחמד עוויסאת, ת"ז 080628043**
באמצעות עוה"ד נדים שחאדה ו/או סוהאד בשארה ו/או חסן
ג'בארין ו/או סאוסן זהר ו/או אראם מחאמיד ו/או מייסאנה
מוראני ו/או מונא חדאד ו/או מוחמד מחאגינה
מעדאלה: המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל.
ת"ד 94, חיפה; טל: 04-9501610; סלולרי: 054-2490669

- נ ג ד -

- המשיבים: 1. **משטרת ישראל**
2. **השר לביטחון פנים**
ע"י פרקליטות המדינה
רח' סלאח אלדין 29, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא ימסרו לעותר את גופת בנו הקטין מועתז עוויסאת ת.ז. 332792605 (להלן: "המנוח"), בתנאים אנושיים (ולא במצב של קפיאה כפי שהיה במקרים קודמים) על מנת לאפשר עריכת טקס קבורה לפי מסורתם ואמונתם של העותר ובני משפחתו.

ב. מדוע לא יבטלו את מדיניות החזקת גופות החשודים בביצוע עבירות בטחון, מבין תושבי מזרח ירושלים, אשר נהרגו מירי כוחות הבטחון או אזרחים.

בקשה לאיחוד דיון

בית המשפט הנכבד מתבקש לאחד את הדיון בעתירה דן עם הדיון בבג"ץ 2204/16 **מוחמד עליאן נ' משטרת ישראל** הקבוע ליום 18.4.2016 בפני כב' השופט רובינשטיין, כב' השופט עמית וכב' השופטת ברון.

העתירה דן והעתירה בבג"ץ 2204/16 הני"ל, מעלות סוגיות ושאלות משפטיות המתייחסות למדיניותה של משטרת ישראל והשר לבטחון פנים להחזיק בגופות ההרוגים ממזרח ירושלים אשר ביצעו או נחשדו בביצוע עבירות בטחון ומניעת קבורתן על ידי משפחותיהם.

על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לאחד את הדיון בשתי העתירות, מטעמי יעילות, וחסכון בזמנו היקר של בית המשפט הנכבד.

בקשה לקיום דיון דחוף

1. עניינה של עתירה זו הוא בהימנעות המשיבה, במשך כ- 5 חודשים, מלהחזיר לעותר את גופת בנו הקטין (מועתז אחמד עוויסאת ת.ז. 332792605) על מנת שיוכלו הוריו להביאו לקבורה לפי מסורתם ואמונתם.
2. העותר הינו אביו של המנוח והוא מבקש לקבל את גופת בנו על מנת שיתאפשר למשפחתו להביאו לקבורה. המנוח נהרג מיירי שוטרים ביום 17.10.2015 ומאז מוחזקת גופתו על ידי משטרת ישראל (להלן: "המשטרה"). עד כמה שידוע לעותר, גופת בנו המנוח מוחזקת בהקפאה במכון לרפואה משפטית אבו כביר.
3. עתירה זו באה לאחר חתימת נציג מטעם משפחת המנוח על הסכם לשחרור הגופה עוד ביום 29.2.2016, כאשר הגופה היתה אמורה להימסר למשפחת המנוח "בימים הקרובים" לאחר החתימה הנ"ל. מאז ועד לכתיבת שורות אלה, ובעבור יותר מחודש מאז ההסכם, טרם נמסרה הגופה כמתחייב וטרם התאפשר למשפחה לקבור את בנה הקטין.
4. המשך הסחבת בקיום ההסכם ומסירת הגופה למשפחתו של המנוח לשם קבורתה, יש בה פגיעה מתמשכת בכבודו של המת וכמו גם בכבוד בני משפחתו, הנמצאים בעינוי יומיומי כל עוד לא יתאפשר להם לקבור את בנם לפי מסורתם ואמונתם.
5. שיהוי בדיון בעתירה עלול לגרום לסיכול מטרתה העיקרית, קרי – להביא לקבורה מיידית ובהקדם של המנוח על ידי בני משפחתו.
6. נוכח האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיומו של דיון דחוף בעתירה.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

7. בנו הקטין של העותר נהרג ביום 17.10.2015 מיירי שוטרים, בטענה שהמנוח נחשד כי ניסה לדקור שוטר בהתנחלות ארמון הנציב במזרח ירושלים. מאז ועד לכתיבת שורות אלה, מוחזקת גופת המנוח בידי המשטרה בהקפאה, במכון הלאומי לרפואה משפטית אבו כביר.
8. ביום 29.02.2016, חתמו נציג המשפחה ונציג המשיבה מס' 1 על הסכם לשחרור גופת המנוח לידי הורין לשם קבורתה. על פי ההסכם, אמורה היתה המשטרה למסור את הגופה לידי הוריו של המנוח תוך מספר ימים, ובין היתר התחייבה המשפחה להעביר את גופת המנוח הישר לבית הקברות וכי הליך הקבורה יסתיים תוך שעה וחצי מאז קבלת הגופה. ההסכם גם מגביל את מספר הנוכחים בטקס הקבורה ל- 30 משתתפים בלבד. מאז החתימה על ההסכם, נמנעה המשטרה מלמסור את גופת המנוח והיא עדיין מוקפאת במכון הלאומי לרפואה משפטית.
9. מתשובות המשיבים להתכתבויות בעניין, כמו גם מתגובת הפרקליטות לבג"ץ 2204/16, עולה כי ההחלטה להימנע ממסירת הגופות לידי משפחות ההרוגים לשם קבורתן התקבלה על ידי הדרג

המדיני, דבר המסיר כל ספק מעל העובדה כי מדובר באקט ענישה קולקטיבית למשפחות ההרוגים, וזאת בניגוד הן למשפט הישראלי והן למשפט הבינלאומי.

10. נציין כבר בשלב הזה, כי אין סמכות למשטרה על פי החוק להחזיק את הגופה הנדונה. אין שום הסדר ראשוני המאשר את החזקת הגופה ולכן המשטרה פועלת מחוסר סמכות קיצוני ביותר.

11. לכן יטען העותר כי לא רק שהחזקת גופת המנוח, כמו גם גופותיהם של שאר ההרוגים מבין תושבי מזרח ירושלים, מהווה פגיעה בכבודם של המתים ובכבוד בני משפחותיהם, היא נעשית תוך חריגה קיצונית מסמכות, ללא תכלית ראויה ולגיטימית כלשהי ומתוך שיקולים זרים ביותר.

התשתית העובדתית

12. במסגרת מאמציו של העותר לקבל לידי את גופת בנו לשם קבורתה, הגיע נציג המשפחה, עו"ד מוחמד מחמוד, ביום 29.02.2016, לידי הסכמה עם המשטרה על התנאים להחזרת הגופה וקבורתה. על פי ההסכם, הסכימה המשטרה למסור את גופת המנוח לבני משפחתו "בימים הקרובים" לאחר החתימה על ההסכם ובתנאים להלן: מרגע קבלת הגופה לידי בני המשפחה היא תועבר ישירות ממקום המפגש לבית הקברות בג'בל אלמוכבר, בבית הקברות יהיו נוכחים לכל היותר 30 מקרובי המשפחה ואשר יבצעו את הקבורה, במהלך הקבורה לא יהיו קריאות הסתה, הליך הקבורה צריך להסתיים תוך שעה וחצי, ובסיום ההלוויה יצאו קרובי המשפחה ללא תהלוכה לביתם. להבטחת התנאים הנ"ל נדרשה המשפחה להפקיד 20 אלף ₪, אשר הופקדו בפועל כמוסכם. על ההסכם הנ"ל חתמו עו"ד מוחמד מחמוד ורפ"ק יגאל אלמליח מהמשטרה.

==העתק מההסכם החתום מיום 29.02.16 מצ"ב ומסומן **כנספח ע/1**.

13. יצוין, כי עניין החזקת גופתו של המנוח ומניעת קבורתה על ידי בני משפחתו, מצטרף לכשלון ואף סירוב הרשויות בחקירת סיבות מותו של המנוח, וזאת על אף דרישותיו החוזרות ונשנות של העותר בפני כל המוסמכים לעניין, כולל פניה לערכאות בנושא. כך הגיש העותר, ביום 25.10.15, לבית משפט השלום בירושלים, בקשה לפי חוק חקירת סיבות מוות, תשי"ח-1958, וזאת לחקירת סיבות מותו של בנו ולעריכת ניתוח גופתו לאחר המוות. בעקבות התנגדות המשיבה מס' 1 נדחתה הבקשה על ידי בית משפט השלום.

== העתק מפרוטוקול בית משפט השלום מיום 26.10.15 מצ"ב ומסומן **כנספח ע/2**.

14. ביום 4.11.15 פנה העותר למחלקה לחקירת שוטרים בבקשה להורות באופן מיידי על פתיחה בחקירה פלילית שתכלול נתיחת גופתו של המנוח לפני טמינתה, וזאת בנוכחות רופא מטעם המשפחה. עד למועד כתיבת שורות אלה, טרם התקבלה תשובה ממח"ש, ועד כמה שידוע לעותר, טרם החלה מח"ש בפעולות חקירה של האירוע. פניה בעניין ליועמ"ש לממשלה מיום 9.12.2015 אף היא טרם זכתה לכל התייחסות עניינית.

== העתק מפניית העותר למח"ש מיום 4.11.15 מצ"ב ומסומן **כנספח ע/3**.

== העתק מפניית העותר ליועמ"ש מיום 9.12.2015 מצ"ב ומסומן **כנספח ע/4**.

15. ביום 13.3.2016 נאלץ העותר לפנות בעתירה לבית משפט נכבד זה (בג"ץ 2086/16 **אחמד עוויסאת נ' משטרת ישראל**) על מנת שיתאפשר לו לנתח את גופת בנו באופן פרטי ועל חשבונו. בעקבות

העתירה, הסירה המשטרה את התנגדותה לנתיחה והגופה נותחה ביום 21.3.2016 אך טרם התקבל דו"ח הנתיחה אצל העותר.

מיצוי הליכים

16. התכתבויות רבות, במהלך החודשים אוקטובר ונובמבר, היו בין ב"כ העותר ושאר המשפחות אשר גופות בניהם מוחזקות בידי המשטרה אל המשיבים. כך פנו הנ"ל בתאריכים 18.10.2015, 29.10.2015, 5.11.2015, ו- 8.11.2015, אל היועץ המשפטי של משטרת ישראל וכן לפרקליטות המדינה. ביום 12.11.2015, פנה גם הח"מ הן ליועץ המשפטי לממשלה והן לשר לביטחון פנים בעניין.

==העתק מההתכתבויות מהתאריכים 18.10.2015, 29.10.2015, 3.11.2015, 5.11.2015, ו- 8.11.2015 מצ"ב ומסומן כנספח ע/5.

==העתק מהמכתב מיום 12.11.2015 מצ"ב ומסומן כנספח ע/6.

17. בתשובת המשיבה מס'1, לחלק מהפניות הנ"ל, הובהר כי ההחלטה בעניין העברת הגופות מסורה לידי הדרג המדיני ולא בידי המשטרה. לפי המשטרה, הדרג המדיני החליט כי לפי שעה לא יימסרו הגופות מתוך הבנה כי מסירת הגופות, שלאחריה באים קיום מסע ההלוויה והקבורה עלולים להאדיר את שמו של ההרוג ולהפכו למודל לחיקוי בעיני אחרים. וכי החלטה על אי מסירת הגופות מיד אחרי הפעולה עשויה להוות גורם מרתיע שיפחית את המוטיבציה לביצוע פעולות כאלה בעתיד.

== העתק מתגובות המשטרה מיום 25.10.15 ומיום 3.11.15 מצ"ב ומסומנים כנספח ע/7.

18. גם מתגובת פרקליטות המדינה לבג"ץ 2204/16 עולה באופן מפורש כי הקפאת החזרת גופות ההרוגים בשבוע האחרון, התקבלה על ידי הדרג המדיני (סעיף 12 לתגובת הפרקליטות בבג"ץ 2204/16, מיום 3.4.2016). עוד נטען בתגובת הפרקליטות, כי משיקולים מבצעיים ובהתאם להנחיות הדרג המדיני, שחרור הגופות נעשה בצורה הדרגתית (סעיף 14 לתגובת הפרקליטות בבג"ץ 2204/16, מיום 3.4.2016).

== העתק מתגובות פרקליטות המדינה לבג"ץ 2204/16 מצ"ב ומסומן כנספח ע/8.

19. עם זאת, זה המקום לציין כי בנוסף להחזרת רוב הגופות של ההרוגים מהגדה המערבית אשר הוחזקו על ידי הצבא, גם חלק מהגופות של תושבי מזרח ירושלים הוחזרו לאחרונה, כולל לאחר הגשת בג"ץ 2204/16, כפי שצויין בתגובת הפרקליטות (נספח ע/8), כאשר לא ברור כלל מהם השיקולים אשר עמדו בבסיס ההחלטה של הדרג המדיני, מהשבוע האחרון, להקפיא את החזרת הגופות.

הטיעון המשפטי

הימנעות המשיבים מלהחזיר את גופת המנוח פוגעת בזכויות החוקתיות של המנוח ושל העותר לכבוד. מדובר בהחלטה שמהווה, הלכה למעשה, ענישה קולקטיבית של משפחת המנוח, לרבות העותר, פוגעת בעקרונות המעוגנים היטב במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי וכן היא נעשית תוך חריגה קיצונית מסמכות, וללא תכלית ראויה ולגיטימית כלשהי ומתוך שיקולים זרים.

פגיעה בכבוד המת ובכבוד בני משפחתו

20. התנהלותם של המשיבים מהווה הפרה בוטה לזכויותיהם החוקתיות של המנוח ובני משפחתו לכבוד. זכותו של כל אדם לקבורה מהירה, מכובדת ונאותה הינה חלק בלתי נפרד מזכותו לכבוד, שכן כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו, אלא גם כבודו של אדם לאחר מותו. זכות האדם המת וזכות יקיריו בהקשר זה לכבוד הוכרה בפסיקה כחלק מזכות האדם החוקתית לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (לעניין זה ראו: ע"א 294/91 **חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ. קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992); ע"א 6024/97 **פרדריקה שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ**, פ"ד נג(3) 600 (1999); בג"ץ 6126/94 **גיאורא סנש נ' רשות השידור**, תק-על(2)99, 806 (1994); בג"צ 52/06 **חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp.** (לא פורסם, 29.10.08) ובג"ץ 7583/98 **לאה בכרך נ' שר הפנים**, פ"ד נד(5), 832 (2000)).

21. בהקשר של כיבוד זכויות משפחת המת לקבורה וכיבוד הנפטר, אין כל רלוונטיות לשאלה מה היו מעשיו בחייו (בג"ץ 6195/98 **גולדשטיין נ' אלוף פיקוד מרכז**, פ"ד נג(5) 317, 330 (1999); ע"פ 3338/99 **דמיאן פקוביץ נ' מדינת ישראל**, (לא פורסם, 20.12.2000)). הפסיקה העליונה התייחסה גם לחשיבות הרבה שיש להקמת קבר לנפטר, בבית קברות מוכר, ולעריכת טקס קבורה ולעלייה לקבר (בג"ץ 4638/07 **חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ ואח' נ' חברת החשמל לישראל ואח'**, (לא פורסם, 29.10.2007)).

22. חשיבות העברת הגופות ומתן אפשרות קבורה מיידית הוכרה על ידי בית המשפט העליון אף במהלך עיצומה של לחימה ופעילות מבצעית צבאית. כך למשל במסגרת עתירות לאיתור וקבורת גופות במחנה הפליטים גינין במסגרת הלחימה באפריל 2002, נקבע כי, "איתור הגופות, זיהוין וקבורתן הן פעולות הומניטריות חשובות ביותר. הן נגזרות מכבוד המת, כבודו של כל מת". עניין לנו בקביעה עקרונית אשר ניתנה במהלך לחימה בשטח כאשר כבודו של המת עמד כשיקול עיקרי ואף בלעדי בעניין זה, וכאשר נרשמה בפני בית המשפט התחייבות המדינה כי הדבר ייעשה במהירות (לעניין זה ראו בג"ץ 02/3114 **חברת הכנסת מוחמד ברכה נגד שר הביטחון ואח'**, פ"ד נו(3) 11, 15 (2002)). הדברים מקבלים משנה תוקף כשמדובר במקרה הנדון.

הפגיעה אינה על פי חוק ונעשית מחוסר סמכות

23. הלכה פסוקה היא, כי אין פוגעים בזכות יסוד חוקתיות ללא חקיקה ראשית מפורשת העומדת בתנאי פיסקת ההגבלה (בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל ואח' נ' ראש הממשלה**, פורסם במאגרים משפטיים (27.2.2006); בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' שירות הביטחון הכללי**, פ"ד נג (4) 817; בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב, 525-526, 481, (9.12.98).

24. אבן יסוד במשפט המינהלי הינה כי "רשות מינהלית נהנית אך מאותן סמכויות שהוענקו לה מכוח הדין. ללא הוראת הסמכה בת-תוקף אין בכוחה של הרשות לפעול. הדין הוא אביה מולידה של זו, ואין לה אלא מה שהראשון קצב לה. התיימרה הרשות לחרוג מהתחום המוקצב, יוצאת היא מתחום הכרתו של הדין, ומבחינתו של זה מעשיה כמוהם ולא היו." (ברוך ברכה **משפט מינהלי** כרך א' 35)

25. בחיפוש בדינים הרלוונטיים, כולל בפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: "פקודת המשטרה" או הפקודה"), לא נמצא כל סעיף המסמיך את המשטרה להחזיק את גופת המנוח ולמנוע את קבורתה. סעיף 3 לפקודת המשטרה מגדיר את התפקידים של משטרת ישראל וקובע, כי:

"משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש."

26. פרשנותו של הסעיף האמור תוביל למסקנה כי המשטרה אינה מוסמכת להחזיק בגופתו של המנוח. אף אין הדבר נגזר מתפקידה של המשטרה לדאוג לקיום "הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש". מסקנה זו מתבקשת גם נוכח הוראת סעיף 4 לפקודה, המפרט מהן סמכויות המשטרה הנובעות מחובתה ל"קיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש" ואינו קובע במסגרת זו כל סמכות להחזיק גופות ולמנוע את קבורתן.

27. הפקודה מפרטת את סמכויותיה של המשטרה במילוי תפקידיה וקובעת את תחום המותר בפעילות זו. חריגה מתחום הפעולות המותרות למילוי תפקידי המשטרה ותכליות סמכויותיה פוגעת היא בעקרון שלטון החוק שמהווה תכלית כללית בשיטת המשפט אשר יש לפרש לאורו כל דבר חקיקה (ע"א 3015/06 **מדינת ישראל נ' פנינה פינקלשטיין** (פורסם בנבו, 09.12.2008); בג"צ 1843/93 **פנחסי נ' כנסת ישראל**, פ"ד מט (1) 661 (1995)).

28. הנה כי כן, אין שום סעיף בחוק המעניק סמכות למשיבה להחזיק את הגופה הנדונה בתנאים הנדונים. לא במקרה המשיבים לא ציינו באף פנייה אליהם את החקיקה המסמיכה אותם להחזיק גופות בתנאים הנדונים. לא למותר לציין כי עניין כזה בהיותו נוגע לזכויות יסוד, אמור להיות מוסדר בהסדר ראשוני, אם בכלל. אין בחקיקה הראשית אזכור כלשהו לא ישיר ולא עקיף המאשר את סמכות המשיבה להחזיק את הגופה. לכן, המשיבה פועלת מחוסר סמכות קיצוני ביותר.

תכלית בלתי ראויה

29. העותר יטען, כי החזקת גופת המנוח היא לתכלית לא ראויה, בשל הפגיעה בזכויות החוקתיות כפי שפורט לעיל. היא לא משרתת שום ערך חברתי ראוי. נהפוך הוא פגיעתה בכבוד האדם הינה קיצונית ביותר. כידוע, ככל שהזכויות הנפגעות נמצאות ברמה גבוהה יותר במדרג הזכויות החוקתיות, הרי שאמת המידה לבחינת הצורך להגשמת התכלית אמורה להיות צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי (ראו: בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 549 (2005). ראו גם: בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 53 (1997); בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235, 264 (2002); בג"ץ 5578/02 **מנור ואח' נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2004)).

30. החזקת גופת המנוח נעשית משיקולים פוליטיים גרידא שהם זרים. ממכתב המשטרה לעיל לא עולה חשד קונקרטי כי בעצם קבורת גופת המנוח יש בכדי להביא לפגיעה מיידית או ממשית בביטחון הציבור, אם בכלל. לא במקרה שהמשטרה לא מציינת מהי הסכנה הקונקרטית והממשית מהחזרת הגופה, מלבד שקיום הלוויה כשלעצמה מהלל את זכרו של המת ולכל הדעות שיקול זה אינו שיקול לגיטימי המצדיק את אי החזרת הגופות. יתירה מכך, חשש זה של המשטרה, במידה והוא אכן קיים, מאויין בתנאי ההסכם אשר נחתם בין נציג העותר לבין המשיבה מס' 1 (**נספח ע/1**) ולפיו, כמפורט לעיל, מרגע קבלת הגופה על ידי בני המשפחה היא תועבר ישירות ממקום המפגש לבית הקברות בג'בל אלמוכבר, בבית הקברות יהיו נוכחים לכל היותר 30 מקרובי המשפחה ואשר יבצעו את הקבורה, במהלך הקבורה לא יהיו קריאות הסתה, הליך הקבורה צריך להסתיים תוך שעה וחצי, בסיום ההלוויה יצאו קרובי המשפחה ללא תהלוכה לביתם, ולהבטחת התנאים על המשפחה להפקיד 20 אלף ₪.

31. בנסיבות העניין ובהעדר שיקולים ענייניים, אין ספק כי השימוש בהחזקת הגופה מהווה אמצעי לחץ על דעת הקהל הפלסטינית או כקלף מיקוח מכל סוג שהוא למען שיקולים פוליטיים. שיקולי מדיניות ושיקולים פוליטיים כלליים מסוג זה הינם שיקולים זרים. להזכיר כי בית המשפט העליון ביטל צווי מעצר מנהליים שהוצאו כנגד אזרחי לבנון על מנת שישמשו כ"קלפי מיקוח" לשחרור שבויים ונעדרים. בית משפט נכבד זה קבע, כי אין לפגוע בזכויות חוקתיות מתוך שיקולים פוליטיים ושיקולי מדיניות כלליים שהינם זרים לסמכות שהוענקה ואשר לא מצביעים על סכנה ביטחונית ממשית וקונקרטית. הדברים הינם מקל וחומר לענייננו. (דני"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1), 721 (2000)). עניין לנו בשימוש בגופות הרוגים כאמצעי לחץ להשגת מטרות פוליטיות מסוימות, וללא ספק שימוש כזה הינו פגיעה בגרעין של כבוד האדם (לעניין זה ראו: בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד(2) (2010) 479).

32. יתירה מכך, החזקת הגופות והפגיעה בכבודם של המתים ובני משפחותיהם מהווה גם הפרה למשפט הבינלאומי החל, ובין היתר סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית אשר קובע את החובה לכבד את כבודם של התושבים המקומיים. בית משפט נכבד זה פירש כי הוראה זו כמשתרעת לא רק על שמירת כבודם של החיים אלא גם על כבוד המתים (בג"ץ 52/06 **חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp.** (לא פורסם), 29.10.08) פסקה 190 לפסק דינה של השופטת בדימוס פרוקצ'יה; בג"ץ 4764/04 **רופאים לזכויות**

אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004), פסקה 27 לפסק דינו של הנשיא בדימוס א. ברק). גם הוראת סעיף 130 לאמנת ג'נבה הרביעית מעגנת את כבודו של המת וכחלק מזה קבורתו בכבוד.

33. בנוסף, אי החזרת גופת המנוח לשם קבורה, מהווה, ללא ספק, ענישה קולקטיבית לכלל בני משפחתו של המנוח, וזאת בניגוד למשפט הבינלאומי (סעיף 50 לתקנות האג וסעיף 33 לאמנת ג'נבה הרביעית).

מבחן המידתיות

34. הקביעה שלפיה מדיניות אי החזרת הגופות נעשית מחוסר סמכות ולא לתכלית ראויה די בה בכדי לבסס טיעון של אי קיום תנאי פיסקת ההגבלה (אהרן ברק, **מידתיות במשפט** 143, 297 (2010)). יחד עם זאת, ולמעלה מן הצורך, יטען העותר כי החזקת גופת בנו הקטין על ידי המשיבה מס' 1 ומניעת קבורתה אינה עומדת גם במבחן המידתיות על שלושת מבחני המשנה שלו.

35. לא קיים כל קשר רציונאלי בין הפגיעה בזכות העותר ובנו המנוח לכבוד, לבין התכלית שעומדת בבסיס החזקת הגופות, במידה ואכן זו קיימת. שכן, וכפי שנוכחנו במקרים בהם שוחררו גופות הרוגים לקבורה במזרח ירושלים, לא היה בעצם השחרור והקבורה בכדי לפגוע בבטחון הציבור בכל דרך שהיא.

36. ועוד, מבחן הפגיעה המצומצמת יותר אינו מתקיים בענייננו. שכן, אף אם ישתכנע בית המשפט הנכבד בדבר קיומה של תכלית בטחונית בבסיס החזקת גופתו של המנוח, הרי תכלית זו מאויינת בתנאי ההסכם אשר נחתם, בלית ברירה, בין נציג העותר לבין נציג המשיבה מס' 1.

37. גם מבחן המידתיות במובנו הצר איננו מתקיים נוכח הפגיעה הקשה ומוחלטת בכבוד המנוח ובני משפחתו, אשר איננה פרופורציונאלית לתועלת שיכולה לנבוע, אם בכלל, מהמשך החזקת גופתו של המנוח ומניעת קבורתה על ידי בני משפחתו. אין שום ערך חברתי מוגן מהצורך בהמשך החזקת הגופה. נהפוך הוא, הדבר מעיד על שיקולים זרים ביותר.

לאור האמור לעיל מתבקש בזה בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפכו למוחלט.