

1. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
2. משטרת ישראל
3. פרקליטות המדינה
4. מדינת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טל: 02-6466590; פקס: 02-64667011

המבקשים

נ ג ד

1. מוחמד עליאן
2. סאהר חסונה
3. עבד אבו גזאלה
4. גמאל קאלותי
5. סאלח אבו חרווב
6. זיאד אבו ח'לף

המשיבים 1-6 ע"י ב"כ עו"ד מוחמד מחמוד
טל: 054-4288485; פקס: 02-6563337

7. מוחמד אבו סרור

ע"י ב"כ עו"ד פאדי ח'ורי ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה
ו/או סאוסן זהר ו/או מונא חדאד ו/או מאיסאנא מוראני
ו/או מוחמד בסאם
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090
טל: 04-9501610; פקס: 04-9503140

8. סביח אבו סביח

ע"י ב"כ עו"ד מוחמד מחמוד
טל: 054-4288485; פקס: 02-6563337

9. יוסף עבד אלרחים אבו סאלח
10. מוחמד זעים עלי אלעורתאני
11. יוסרא חסן מחמד אלפקיה
12. נאסר מוחמד אלטראירה
13. מחמד אחמד קנבר

המשיבים 9-13 ע"י ב"כ עו"ד מחמד אבו סנינה ו/או סלימאן שאהין ואח'
טל: 02-6272982; פקס: 02-6264770

המשיבים

תגובה מטעם המשיבים לבקשה לדיון נוסף

בהתאם להחלטת נשיאת בית המשפט השופטת א. חיות, מיום 29.01.2018, המורה על הגשת תגובת המשיבים עד ליום 07.02.2018, מוגשת בזאת תגובתם של המשיבים, לבקשה לדיון נוסף (להלן: **הבקשה**).

בתגובה זו מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את בקשת המבקשים לקיום דיון נוסף על הסף וכן לדחות את בקשתם לעיכוב ביצוע פסק הדין.

הטיעונים בתמצית:

1. ביום 14.12.2017 התקבל פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 4466/16 מוחמד עליאן נ' משטרת ישראל (להלן: **פסק הדין**), ובמסגרתו נתקבלו עתירות המשיבים לקבלת גופות בניהם, המוחזקים בידי רשויות המדינה, לצורך קבורתם, וזאת לאחר שנקבע כי החזקתם בידי המדינה לוקה בחוסר סמכות. בית המשפט הנכבד קבע בעניין זה, כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה שעת חירום, 1945 (להלן: **התקנה**), אינה מהווה מקור סמכות להחזקת גופות לצורכי משא ומתן על ידי המדינה.
2. נציין, כי גופות בניהם של המשיבים מוחזקות בידי המדינה למעלה משנה ובחלק מהמקרים כמעט שנתיים. התקופה הממושכת הנ"ל אמורה להשליך, בין היתר וכפי שנפרט בפרק האחרון בתגובה זו, על בקשת המבקשים לעיכוב ביצוע פסק הדין.
3. לטענת המבקשים, פסק הדין קובע הלכה חדשה שמעוררת שאלות ציבוריות חשובות ומייצרת קשיים באופן שמצדיק הכרעה מחודשת בה במסגרת דיון נוסף בהרכב מורחב. יתרה מכך, טוענים המבקשים כי הכרעת בית המשפט בפסק הדין, הבוחרת באפיק של פרשנות מצמצמת לתקנה 133(3) הנ"ל, "מרחיבה את היקף הביקורת השיפוטית על חקיקה החוסה תחת הוראת 'שמירת הדינים' הקבועה בסעיף 10 לחוק היסוד" במיוחד כאשר מדובר בתקנות ההגנה שעת חירום (1945) האמורות לספק מרחב רחב לכוחות הביטחון.
4. ייטען כאן כי פסק דינו של בית המשפט הנכבד אינו קובע הלכה חדשה ואין בו כל חידוש משפטי, אלא רק מחיל עקרונות יסוד משפטיים הנוהגים מימים ימימה בשיטת המשפט הישראלית, לרבות עיקרון חוקיות המינהל ושלטון החוק, על העניין הפרטני שבבסיס העתירות מושא פסק הדין. הרציו של פסק הדין דגן נשען על שורה ארוכה של הלכות שקבעו כי פגיעה בזכויות יסוד חייבת קודם כל להישען על חקיקה ברורה ומפורשת.
5. כך היה הדין, למשל, בבג"ץ 5887/17 ג'בארין נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 25.07.2017) (להלן: עניין ג'בארין) שהוא הקרוב ביותר במישור הפרטני והעובדתי למקרה דגן. שם טענה המדינה שיש לה סמכות לעכב מסירת גופות לצורך ניהול משא ומתן על תנאי הקבורה, ולצורך כך היא נשענה בעיקר על הוראות בפקודת המשטרה. המדינה ציינה בכתב תשובתה בעניין ג'בארין, בין היתר, כי קיימת סמכות כזו גם לפי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, אך בית המשפט הנכבד קבע ובפה אחד (כבוד השופטים דנציגר, ברק-ארז ומינץ) כי לא קיימת סמכות בדין הישראלי המאפשרת למדינה החזקת גופות כקלף מיקוח לקביעת תנאי קבורה, וכי כשמדובר בפגיעה בזכות לכבוד האדם חייבת הרשות להישען על חקיקה אשר מסמיכה אותה באופן ברור ומפורש לעשות שימוש כזה בהחזקת הגופות.
6. לא במקרה על כן הבקשה דגן אינה מקיימת את התנאי העיקרי לפי סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד – 1984 הקובע, בין היתר, כי תקום עילה לקיום דיון נוסף "אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון...". ואכן המבקשים עצמם מציינים

מפורשות כי פסק הדין הנדון אינו עומד בסתירה להלכות קודמות, וכדבריהם בפסקה 5 לבקשתם "...ההלכה שנפסקה אינה סותרת במישרין הלכה קודמת של בית המשפט הנכבד" ובפסקה 11 לבקשה הם שוב מוסיפים כי בפסק הדין "אין סתירה של ממש" של פסיקות קודמות של בית המשפט הנכבד.

7. ולמרות זאת, בבקשה נטען כי פסק הדין אינו "עולה בקנה אחד עם רוח פסיקות קודמות שעניינן אי השבת גופות" (פסקה 5 לבקשה), אך כשבודקים מהי כוונת מילים אלו, מתברר כי, לדעת המבקשים, עצם הימשכות הדיונים בעתירות קודמות מעידה כשלעצמה על נפקות משפטית. לטענתם, הם העלו בעתירות אחרות את הטענה שיש להם סמכות לעכב את מסירת הגופות ללא תנאים לפי תקנה 133(3) וכי אמנם בית המשפט הנכבד לא הכריע בכך, אך עצם העובדה שהמשיכו במהלך הדיונים להחזיק בגופות עד שהגיעו הצדדים להסכמה על תנאי הקבורה מעידה על "רוח פסיקות אלה". לא מצאנו בספרות המשפטית או בפסיקה קביעה שמציינת כי "הימשכות הדיונים" מעידה על כוונת השופטים לקבל את טיעוני המשיבים גם בהעדר הכרעה. למותר לציין, כי אם טיעון תמוה זה נושא נפקות משפטית כלשהי הרי הוא משרת דווקא את עמדת המשיבים ובבחינת: על אף שבעתירות קודמות העלו המבקשים את טענת הסמכות לפי תקנה 133(3), בג"ץ לא קיבל אותה על אף שהיתה הזדמנות לכך לאור הימשכות הדיונים.

8. בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את הבקשה על הסף, וזאת לא רק משום שהיא נכשלת בלשכנע כי פסק הדין עומד בסתירה להלכות קודמות אלא גם מפני שהיא עצמה חותרת לשינוי הדין הקיים מימים ימימה ובכמה מישורים עיקריים. ראשית, היא למעשה מבקשת לקבוע הלכה חדשה לפיה די בכך שנקבעה פסיקה ראשונית בסוגיה פרטנית ללא קשר בשאלה אם היא סותרת את הדין הקיים והשורר, ומסתפקת ברף נמוך זה כדי להסיק קבלת "הלכה חדשה" המצדיקה דיון נוסף. כך מציינת הבקשה בפסקה 17: "הפעם פסק בית המשפט הנכבד לראשונה הלכה בנושא... הנה כי כן לפנינו הלכה חדשה שנפסקה בפסק-הדין בשאלת סמכותו של המפקד הצבאי לפי תקנה 133 (3)...". אולם וכפי שיובהר בהמשך, על אף שבית המשפט הנכבד קובע באופן תדיר פסיקות ראשוניות בנושאים פרטניים, פסיקה זו מעולם לא הוכרה כ"הלכה חדשה" המצדיקה את קיומו של דיון נוסף. כך למשל קבע הנשיא שמגר בדנ"פ 4274/94 לורנס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 02.08.1994) בעמ' 1:

"מעולם לא קיבלנו את התיזה כי כל אימת והלכה פלונית היא בגדר פסיקה ראשונה מסוגה עליה גם לעבור מניה וביה תהליך של דיון נוסף. לו היינו נוהגים כך היינו מקיימים כל שנה דיונים נוספים לעשרותיהם והופכים את הדיון הנוסף, במקום הליך יוצא דופן, להליך מן השורה."

9. שנית, הבקשה מבקשת להפוך את ההלכה הפסוקה שנקבעה בעניין **גנימאת** ובהרכב מורחב ולפיה, הוראת "שמירת הדינים" שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינה מקפידה את כללי הפרשנות על פי עקרונות יסוד וכי כל חקיקה קודמת לחוקי היסוד חייבת להתפרש ברוח עקרונות חוקי היסוד. הלכה זו מהווה אבן דרך בכללי הפרשנות שחלים על חקיקה שנחקקה לפני חוקי היסוד. (בש"פ 537/95 **גנימאת נ'** **מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, 412 (1995)).

10. שלישית, והחשוב מכל, הבקשה מבקשת לעשות "החרגה" לכללי הפרשנות לתקנות ההגנה שעת חירום (1945) בטענה כי כללי הפרשנות המצמצמת המיועדים להגן על עקרונות יסוד לא חלה עליהן. טענה זו מתנגשת עם כל הפסיקה, כולל זו שנקבעה עובר לקבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, החל מבג"ץ 7/48

אלכרבוטלי נגד שר הביטחון, פ"ד ב(5) (1949) אשר החיל את עקרון הפרשנות הדווקנית והמצמצמת על השימוש בסמכות על פי תקנות אלה, עובר בבג"ץ 680/88 **שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי**, פ"ד מב(4) 617, 628 (1989) (להלן: **בג"ץ שניצר**) משנת 1989 אשר קבע כי העובדה שתקנות מנדטוריות אלה הינן דרקוניות וקולוניאליות במהותן מחייבת כי כללי פרשנותן יתנו משקל רציני לערכים דמוקרטיים ולזכויות האדם.

11. בבחינת למעלה מן הצורך ובקליפת אגוז, ייטען כי התוצאה של פסק הדין שקיבלה את העתירות הינה נכונה הן לפי דיני החוקה הישראליים והן לפי המשפט הבינלאומי החל על הגדה המערבית. ייטען בקצרה בהמשך, כי לא קיימת סמכות לרשות כלשהי להחזיק גופה ולקבור אותה באופן ארעי כקלף מיקוח בין אם מדובר בגופה של אזרח או תושב של מדינת ישראל או גופה של תושב הגדה המערבית. ודוק, תקנה 133(3) לתקנות ההגנה שעת חירום, 1945 חלה על כל שטחי השיפוט של המשטר הישראלי (בקו הירוק, ירושלים ובגדה המערבית) ועל כן פרשנותה חייבת להיות אחידה גם בהתאם למשפט החוקתי הישראלי וגם בהתאם לדיני המלחמה ומשפט זכויות האדם שחל על הגדה המערבית. ויטען עוד כי השימוש בגופות על ידי המפקד הצבאי כקלף מיקוח נופל באיסורים המוחלטים לפי הדין שחל על הגדה המערבית.

12. לבסוף וכפי שיפורט, בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את הבקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין. אין כל הצדקה, בנסיבות העניין, לעיכוב ביצוע פסק הדין רק בשל הגשת בקשה לדיון נוסף כאשר בפסק הדין גופו ניתנה למבקשים שהות של שישה חודשים לצורך התארגנות וכי הנזק שנגרם למשיבים במקרה דנן עולה לאין שיעור על זה של המבקשים ובמיוחד כאשר רוב הגופות מוחזקות קרוב לשנתיים.

להלן פירוט הטיעונים :

13. יש לדחות את טענתם העיקרית של המבקשים לפיה פסק הדין מושא בקשה זו קובע הלכה חדשה. המסגור האמור של קביעת בית המשפט הנכבד הינו שגוי. שכן, במקרה שלפנינו בית המשפט, לכל היותר, החיל עקרונות משפטיים שרירים וקיימים מימים ימימה בשיטת המשפט הישראלית על הסוגיה הקונקרטית שהתעוררה בפסק הדין. כך, שייתכן ופסק הדין נותן מענה לשאלה שטרם נאלץ לומר את דברו לגביה, ואולם תשובתו זו נסמכה על הלכות קיימות ומושרשות בפסיקותיו לאורך השנים ביחס לנפקות עקרונות מתחום המשפט המינהלי, לרבות עיקרון חוקיות המינהל ועיקרון שלטון החוק. בהקשר זה, יפים לעניינו קביעותיו של כבוד השופט מ' חשין, בשינויים המחויבים, בדנ"פ 02/983 **יעקובוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 385 (2002) (להלן: **דנ"פ יעקובוב**):

"אכן, זו היא הפעם הראשונה לבית-המשפט העליון שמחיל הוא את עקרוני-היסוד של דין הרשלנות על אחריותו ועל חובותיו של בעל מכה ועל אישה מוכה השולחת יד בנפשה, ואולם בכך אין די לקיומו של דיון נוסף. לא כל פסיקה חדשה מצדיקה דיון נוסף בה....אכן, ניתן לומר על הילכת בית-המשפט העליון בענייננו שהלכה 'חדשה' היא, ואולם בעיקרי הדברים אין בה באותה הלכה אלא יישום עקרוני-היסוד על מערכת העובדות שהוצגה לפני בית-המשפט. מכלול הדברים אינו מצדיק קיומו של דיון נוסף בהלכה שנקבעה"

דנ"פ **יעקובוב**, בעמ' 395-396.

14. אף חשוב מכך; הדרישה לקיומו של מקור סמכות ייעודי, הנובע מעיקרון חוקיות המינהל, לצורך החזקת גופה והשהיית הבאתה לקבורה לצורכי מיקוח על תנאי הקבורה, הובעה בפסיקתו של בית משפט נכבד זה אף בעניין **ג'בארין**, ונקבע מפורשות כי אין בדין הישראלי סמכות כאמור. אותם עקרונות, ללא חידושים או שינויים כלשהם, הם אלה שעמדו בבסיס פסק הדין מושא בקשה זו. בשני המקרים התוצאה היתה פרי של קביעה לפיה פגיעה בזכויות יסוד מחייבת הסמכה מפורשת וברורה.

15. ובאופן דומה, גם בדנ"פ 7048/97 **פלוניס נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721 (2000) (להלן: **עניין פלוניס**), נקבע כי אסור להשתמש בזכויות אדם כקלף מיקוח, במיוחד בהעדר חקיקה ברורה ישירה ומפורשת לכך. במסגרת דיון נוסף, נידונה השאלה אם חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 מעניק לשר הביטחון סמכות להשתמש בכלי של מעצר מינהלי כדי לעצור בני אדם כקלפי מיקוח במשא ומתן עתידי. בניגוד לעמדת המבקשים, מקרה זה לא יכול לשמש הצדקה לקיום דיון נוסף בשאלה אם המפקד רשאי להחזיק גופות כקלפי מיקוח. אם כבר, יש בהכרעה שם כדי ללמד על השאלה כאן, הוא שנדרשת סמכות מפורשת לשם כך, והתכלית הביטחונית שעומדת בבסיס הכלים המוענקים במסגרת סמכויות החירום אינה מצדיקה שימוש באותם כלים לשם השגת תכליות אחרות, לרבות השגת יתרון במשא ומתן עתידי. ההלכה שנקבעה לפני 18 שנים בעניין **פלוניס** מלמדת כי השאלות העקרוניות המונחות בבסיס פסק הדין מושא בקשה זו הוכרעו ואך יושמו על נתוניו הקונקרטיים של המקרה דנן.

16. פרשנותו של פסק הדין הנדון לתקנה 133 (3) משתלבת בשרשרת ארוכה של פסיקה הממשיכה את ההלכה הפסוקה המורשת מאז ד"נ 16/61 **כרדוש נגד רשם החברות**, פ"ד טז 1209 (1962) (להלן: **הלכת כרדוש**) שאף היא נקבעה בדיון נוסף ולפיה, הסמכות אינה נגזרת אך ורק מעצם עיגונה הערטילאי אלא היא צריכה להיות מפורשת וברורה ותוחמת את שיקול הדעת. בעניין **כרדוש** פעל רשם החברות על פי חקיקה מנדטורית שמסמיכה אותו לסרב, לפי שיקול דעתו הרחב, לרשום חברה. ואכן הוא סירב לרשום חברה מטעמים ביטחוניים. אך על אף עיגון הסמכות בחקיקה, בית המשפט העליון, בהליך דיון נוסף, קבע שהרשם פעל מחוסר סמכות כי אין חקיקה מפורשת וברורה שאינה משתמעת לשתי פנים המסמיכה אותו לפסול רישום חברה מטעמים ביטחוניים. באופן דומה ניתן להתייחס גם לבג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד(2) 479 (2010), שם נגעה הסוגיה להיקף סמכות הגבייה של רשויות המס – סמכות שאין חולקים על עצם קיומה אלא על היקפה – והאם היא כללה את הסמכות "לגבות חובות מס וביטוח לאומי באמצעות עיכוב החייבים במחסומי דרכים שהוצבו לצרכים מבצעיים על-ידי כוחות שיטור, ועיקול רכבו של חייב שאינו משלם את חובו על אתר". על ידי פרשנות של סעיפי הסמכות הרלבנטיים, תוך בחינת התכליות הסובייקטיביות והאובייקטיביות של דברי החקיקה הנוגעים בדבר, הגיע כבוד השופט ע' פוגלמן למסקנה כי סמכויות הגבייה הכלליות אינן כוללות בתוכם את האמצעי שעמד במחלוקת, והכריז על הפרקטיקה כבלתי חוקית. המתודולוגיה הפרשנית בהלכת **כרדוש** ובבג"ץ **מנאע** היא אותה מתודולוגיה ששימשה את בית המשפט בפסק הדין בענייננו, והובילה כאן, כמו שם, להכרזה על היקפה הראוי של הסמכות המדוברת, וזאת על יסוד עקרונות המשפט ותכליותיו, באופן שמלמד על כך שהרשויות חרגו מסמכותן.

17. תמוהה היא טענת המבקשים לפיה "במהלך השנים, הציגה המדינה את תקנה 133(3) כמקור לסמכותו של המפקד הצבאי להורות על החזקת גופות מחבלים באמצעות קבורתן, בין היתר לצורך ניהול משא-ומתן קונקרטי להחזרת שבויים וחללים ישראלים". טענה זו אינה מלמדת על חידוש כלשהו בפסק הדין, שכאמור לעיל אין בו כל חידוש משפטי, אלא על כך שהמדינה פעלה בניגוד לעיקרון החוקיות לאורך כל התקופה

שקדמה להחלת עיקרון זה על המקרה הקונקרטי של החזקת גופות על ידי המפקד הצבאי כקלפי מיקוח לצרכי ניהול משא ומתן. אין באי הידרשות בית המשפט לסוגיה בעבר כדי להצדיק את תפישת הידרשותו לה במקרה הנוכחי כחידוש כלשהו במצב המשפטי או בהלכות משפטיות.

18. יש לדחות את טענת המבקשים כי ההלכה שעולה מפסק הדין הינה "קשה וחשובה" אשר מצדיקה קיומה של עילה לדיון נוסף. את החשיבות תולים המבקשים באינטרס של השבת אזרחים וגופות חיילים המוחזקים בידי חמאס ברצועת עזה, ואת הקושי מסבירים המבקשים בכך שפסק הדין נוטל מידיהם כלי-עבודה לצורך החתירה להגשמת האינטרס האמור. גם כאן ייטען כי אפיון ההלכה הינו שגוי בהתאם לאמור לעיל, והקשיים עליהם מצביעים המשיבים כולם נוגעים לתוצאה המתקבלת מהחלת ההלכות הדורשות קיומו של מקור הסמכה מפורש בדין, דהיינו עיקרון החוקיות. עם זאת, אין הקשיים העולים מיישום עקרונות המשפט המינהלי, לרבות עיקרון החוקיות ועיקרון שלטון החוק, יכולים להצדיק את אינונם, ובהחלט שאין בהם כדי להצדיק בקשה שכל תכליתה היא לרוקנם מתוכן (ראו: דנ"א 2485/95, אפרופים שיכון ויזום נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 04.07.1995)).

19. נוסף על האמור, אף טענת המבקשים לפיה "זוהי סוגיה הדוקרת את ליבה של החברה הישראלית, ויש בכך כדי להשליך אף על חשיבותן של ההלכות המשפטיות הנקבעות בהקשרה" (פס' 24 לבקשה) אינה מלמדת על עילה שמצדיקה קיום דיון נוסף. בהקשר זה, בית המשפט הבחין בעבר בין העניין הציבורי שיש בסוגיה כלשהי לבין דרישות הדין:

"גם היותה של סוגיה בעלת תהודה ציבורית או תקשורתית אינה בגדר עילה משפטית לקיום דיון נוסף. יש להבחין בענייננו בין העניין הציבורי לבין דרישות הדין. בית המשפט לא יורה על קיום דיון נוסף מקום שאין הצדקה משפטית לעשות כן, יהיה העניין הציבורי רב ככל שיהיה"

דנ"פ 1329/16 זדורוב נ' מדינת ישראל, פס' 34 להחלטה (פורסם בנבו, 05.07.2016) (להלן: עניין זדורוב).

20. יש לדחות את טענת המבקשים לפיה טעה פסק הדין כשאימץ גישה פרשנית מצמצמת ודווקנית לתקנות ההגנה המנדטוריות במקום גישה מרחיבה העונה על תכליות תקנות אלה והמותירה ארסנל רחב למפקד הצבאי לפעול נגד ארגוני טרור. גם כאן, גישתם של המבקשים מתנגשת עם מסורת משפטית מושרשת שהתפתחה בפסיקה החל מפסק הדין הראשון בשנת 1948 ואשר ראתה בתקנות אלו כחקיקה קולוניאלית ודרקונית שפרשנותן מחייבת מתן משקל לעקרון שלטון החוק ולזכויות אדם. הלכת שניצר היא המובילה בעניין הקובעת בעמ' 628:

"הפירוש שיש ליתן לתקנות ההגנה במדינת ישראל אינו זהה לפירוש שהיה מקום ליתן להן בתקופת המנדט. תקנות ההגנה הן כיום חלק ממדינה של מדינה דמוקרטית. הן צריכות להתפרש על רקע עקרונות היסוד של מערכת המשפט הישראלית. כך נהג בית-משפט זה ברשימה ארוכה של דברי חקיקה מנדטוריים (...). אמת, תקנות ההגנה עניינן ביטחון המדינה. לעובדה זו השפעה על האופן שבו מופעלים עקרונות היסוד של השיטה. לעובדה זו אין השפעה על עצם תחולתם של עקרונות היסוד. אכן, כל דבר חקיקה - בין שמקורו בתקופת המנדט ובין שהוא מקורי ישראלי, בין שעניינו ביטחון המדינה ובין שעניינו אינו ביטחון המדינה - מתפרש על רקע עקרונותיה הכלליים של השיטה.

ביטחון המדינה והסדר הציבורי אינם דוחקים ואינם שוללים את תחולתם של ערכי היסוד. הם משתזרים בתוכם, משפיעים על עיצובם ומתאזנים במסגרתם.

ראו גם: בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, מו(3) 693, 705 (1992); בג"ץ 6893/05 ח"כ לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876 (2005).

21. יש לדחות את טענת המבקשים כי פסק הדין למעשה מהווה עקיפה להוראת "שמירת הדינים" שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (פס' 25 לבקשה). המתודולוגיה הפרשנית שהנחתה את בית המשפט בפסק הדין אין בה שום דבר חדש. בית המשפט הנכבד לא "המציא" דבר בפסק דינו והלכה ידועה היא כי "פיסקת שמירת הדינים [...] לא ניתקה את הדין הישן מגוף הדין הישראלי. אכן, כל הוראת חוק – בין שהיא דין ישן ובין שהיא דין חדש [...] אשר תוקפה נשמר חרף פגיעתה בזכות אדם המוגנת בחוקי היסוד, צריכה להתפרש ברוח הוראות חוק היסוד" (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 412 (1995)).

22. יש לדחות את טענת המבקשים לפיה יש לתת משקל לעובדה שפסק הדין מושא בקשתם ניתן בדעת רוב. ידוע הוא כי חילוקי דעות בין שופטי ההרכב אינם עילה לקיום דיון נוסף. וכפי שנקבע "בעצם קיומם של חילוקי דעות בקרב שופטי ההרכב אין כדי להוות כשלעצמם עילה לעריכת דיון נוסף" (עניין זדורוב, בפס' 33). כך גם נקבע בדנג"ץ 1063/07 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 09.03.2008). חשוב לא פחות לענייננו כאן, המשנה לנשיאה, כבוד השופט א' ריבלין, הבהיר כי המחלוקת המשפטית בין שופטי ההרכב בפסק הדין מושא הבקשה בדנג"ץ פורום משפטי למען ארץ ישראל נשענה, כבענייננו, על אותו מתווה נורמטיבי, שעקרונותיו לובנו ובוארו במשך שנים בפסיקה שנבנתה "נדבך-אחר-נדבך" וההבדל בין עמדות השופטים נטוע במסקנות שונות ונבדלות "באשר לאיזון הראוי בין השיקולים השונים בנסיבות העניין" (דנג"ץ פורום משפטי למען ארץ ישראל, פס' 15).

23. יוצא ולכל היותר, כי טענות המבקשים ביחס למשקל הראוי שיש ליתן לזכויות היסוד, לרבות כבוד המת, ולהתנגשות ביניהן לבין האינטרס של המדינה במשא ומתן, הן טענות בעלות אופי "ערעורי" החולקות על אופן יישום העקרונות המשפטיים, המשקל שניתן לשיקולים השונים על ידי בית המשפט הנכבד והאיזון שערך ביניהם בקביעת היקף הסמכות הקבועה בתקנה 133(3). הגם שהמשיבים חולקים על טענות אלה לגופם של דברים ואינם מקבלים את הניתוח המובא בבקשת המבקשים, לענייננו יודגש כי הלכה היא שמוסד הדיון הנוסף אינו מיועד לאפשר ערעור נוסף על קביעות בית המשפט (ראו: ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 456 (1989); דנ"א 2485/95, אפרופים שיכון וייזום נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 04.07.1995)), ולו בשל כך, ולנוכח אופיין "הערעורי" של טענות המבקשים במישור זה, דין הבקשה להידחות.

24. מסקנה היא, אפוא, כי קביעות בית המשפט הנכבד בפסק הדין מושא בקשה זו אין בהן סטייה מהלכה קודמת, חידוש, קשיות או חשיבות בהיקף ובמובן הנדרש לצורך קיומו של דיון נוסף על פי סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

לחילופין: תוצאת פסק הדין מתיישבת עם הדין החוקתי:

25. מעל לצורך ייטען להלן לגופם של דברים, במידה ויוחלט לקיים דיון נוסף בפסק הדין מושא בקשה זו, כי לא קיימת סמכות בידי המפקד הצבאי להחזיק גופה בקבורה ארעית כקלפי מיקוח לצורכי מו"מ.
26. בהקשר זה, יודגש כי המשיבים סומכים את ידיהם על פסק דינו של בית המשפט הנכבד, ובעיקר בכל הנוגע לפרשנות הסמכות המעוגנת בתקנה 133(3) כפי שהוצגה בפסק דינו של כבוד השופט דנציגר. בשורות הבאות, יוצגו בקצרה טיעוניהם של המשיבים לגופם של דברים, ככל שהם נוגעים למדיניות הנוהגת והבלתי חוקית של ההשיית העברת גופות בניהם לידיהם לצורך קבורה, והכל בנימוק של החזקתה בקבורה ארעית כקלף מיקוח לצורך ניהול משא ומתן.

פגיעה בזכויות:

27. התנהלותם של המבקשים מהווה הפרה בוטה לזכויותיהם של המנוחים ובני משפחותיהם 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 לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (לעניין זה ראו: ע"א 91/294 **חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992); ע"א 97/6024 **פרדריקה שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ**, פ"ד נג(3) 600 (1999); בג"ץ 6126/94 **גיאורא סנש נ' רשות השידור**, נג(3) 817 (1999); בג"ץ 52/06 **חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp.** (פורסם בנבו, 29.10.2008) ובג"ץ 98/7583 **לאה בכרך נ' שר הפנים**, פ"ד נד(5) 832 (2000)).
28. בהקשר של כיבוד זכויות משפחת המת לקבורה וכיבוד הנפטר, הפסיקה העליונה התייחסה לחשיבות הרבה שיש להקמת קבר לנפטר, בבית קברות מוכר, ולעריכת טקס קבורה ולעלייה לקבר (בג"ץ 07/4638 **חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ ואח' נ' חברת החשמל לישראל ואח'**, (טרם פורסם, 29.10.2007)).

הפגיעה אינה על פי חוק - חוסר סמכות:

29. פגיעה בזכויות יסוד מחייבת קודם כל שהפגיעה תעוגן בחקיקה מפורשת וברורה וזהו למעשה עיקרון החוקיות שהינו ממושכלות היסוד שאין בלתם, ולפיו "הרשות המינהלית רשאית ומוסמכת לעשות רק אותן פעולות שהחוק הסמיך אותה לעשותן." (דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 97 (2010)). עיקרון זה מקבל משנה תוקף כאשר יש בפעולת הרשות משום פגיעה בזכות יסוד. ראו פסק דינו של השופט חשין בבג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נגד ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סא (1) (1) 2 (2006).
30. כאמור לעיל, המשיבים חולקים על המבקשים שמגמדים את הפגיעה בזכויותיהם ובכבוד בניהם המנוחים על מנת להצדיק את המדיניות שלהם תוך הפנייה לסמכות בלתי מפורשת, עמומה ורחבה. ואולם דווקא בשל הפגיעה החמורה והקשה בזכויות, כפי שתואר לעיל, אין מקום לגזור את הסמכות הקונקרטיה להחזיק

גופות כקלפי מיקוח מהסמכות של המפקד הצבאי להורות על קבורת גופות על פי תקנה 133(3). לענין זה יפות קביעותיה של הנשיאה דאז, ביניש, בבג"ץ **מנאע** בעמ' 582 באשר לזהירות המתבקשת מגזירת סמכויות, במיוחד כשיש בהן משום פגיעה בזכויות יסוד :

"יש לפרש סמכויות אכיפה פוגעניות המקנות לרשות כח כפייה באופן מצמצם המחייב קיומה של הסמכה מפורשת. במקרים מעין אלה יש לעשות שימוש זהיר, אם בכלל, בפרשנויות מן הסוג של "קל וחומר" – במיוחד מקום בו קיים ספק האם אכן מדובר בסמכויות אכיפה הנגזרות ונלמדות מן הסמכות המקורית".

31. פרשנות תכליתית של הסמכות (הבעייתית) המוענקת בתקנה 133(3), שמתחשבת בזכויות אדם, במעמדן ובעקרונות יסוד של השיטה, מובילה למסקנה אליה הגיע בית המשפט הנכבד ולפיה היא אינה מיועדת לאפשר קבורה ארעית של גופות כקלפי מיקוח לצרכי קבלת יתרון כלשהו במשא ומתן עתידי עם חמאס. בית המשפט מתבקש, ככל שיוורה על קיום דיון נוסף, להורות, בשנית, כי המדיניות של החזקת גופות כקלפי מיקוח נעדרת כל סמכות בחוק, ועל כן אינה חוקית.

32. לא למותר לציין כי טענת המבקשים לפיה אין "איסור חרות על החזקת גופות במסגרת עימות מזוין", וללא קשר לנכונותה של טענה זו, השאלה חייבת להיות באם הדין הבינלאומי שמסדיר את סמכויות המפקד הצבאי מסמיכו ומתיר לו להחזיק גופות למטרה האמורה. התשובה היא שאין בדין הבינלאומי מקור סמכות כאמור.

תכלית בלתי ראויה :

33. המשיבים יטענו כי החזקת הגופות היא לתכלית בלתי ראויה, כי כיבוד זכויות אדם אינו סובל להיות במעמד של מיקוח. כידוע, ככל שהזכויות הנפגעות נמצאות ברמה גבוהה יותר במדרג זכויות היסוד, 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 5587/02 **מנור ואח' נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2004)).

34. בנסיבות העניין, אין ספק כי השימוש בהחזקת הגופות כאמצעי לחץ או קלף מיקוח, שמיועד ליצור יתרון במשא ומתן מול גורם שלישי, מלמד על האופי הקולקטיבי של המדיניות באופן שהופך אותה לענישה קבוצתית, שבפני עצמה אמורה להוביל למסקנה כי התכלית של המדיניות האמורה אינה ראויה.

35. יובהר כי אין כל טענה כי עצם מסירת הגופות למשפחותיהם יכולה להביא לפגיעה במאן דהוא ואין כל אינדיקציה שהבאת הגופות לקבורה בידי המשפחות תוביל לתוצאות של פגיעה בביטחון או בציבור. במקרים בהם עצם המימוש של זכויות הפרט כרוך בפגיעה בזכויות של פרטים אחרים ניתן להצדיק דיבור על איזון אופקי, ואולם במקרה דנן לא כך הם פני הדברים, שכן הפגיעה המתוארת לעיל בזכויות נשענת על רצון המדינה לתור אחר אסטרטגיה שלגישתה תוביל לשחרור גופות ושבוים ישראלים בידי החמאס. אין זיקה ישירה ומיידית בין הדברים בשביל להצדיק יצירת איזון אופקי כטענת המבקשים.

36. מכאן שתמוהה היא טענת המבקשים המפחיתה מחומרת הפגיעה בזכויות המשיבים ומשפחותיהם, ובזכויות המנוחים, תוך הוזלתן והגברת חשיבותו של האינטרס של המבקשים אותו הם מבקשים להגשים באמצעות החזקת הגופות.

הפרת עיקרון המידתיות:

37. מבחן הקשר הרציונאלי אינו מתקיים: ככל שתימצא תכלית ראויה לפיה הפרקטיקה האמורה מיועדת להגשים אינטרס של החזרת שבויים וגופות המוחזקים בידי חמאס, הרי שאין האמצעי שנבחר - החזקת גופות ופגיעה בזכויות המשפחות - יכול להגשים אותה, מאחר ואין קשר ישיר בין הפגיעה במשפחות ובזכויות המתים לכבוד לבין יצירת לחץ על גורם שלישי, לרבות חמאס. יצוין כי הנטל הוא על המבקשים בהקשר זה להוכיח שקיים קשר רציונאלי שכזה.

38. מבחן הפגיעה הפחותה אינו מתקיים: הפגיעה בזכויות המשפחות ובכבוד המת הינה גורפת ואין לקבל בהקשר זה את טענות המבקשים בדבר קיומו של איזון. שכן המדיניות מובילה למצב שבו המשפחות מנועות באופן גורף ממימוש זכויותיהן לקבורת בניהן. פגיעה גורפת כאמור מפרה את מבחן הפגיעה הפחותה. ובוודאי שניתן לחשוב על חלופות פחות פוגעניות להשגת התכלית של החזרת השבויים והגופות המוחזקים בידי חמאס, וחזקה על המבקשים לפעול בדרכים אלו, גם אם מחירן לגישה, גבוה יותר מהמחיר של החזקת גופת המנוח במקרה דנן.

39. גם מבחן המידתיות במובנו הצר איננו מתקיים לנוכח הפגיעה הקשה והמוחלטת בכבוד המנוח ובני משפחתו, אשר איננה פרופורציונאלית לתועלת המשוערת שיכולה לנבוע, אם בכלל, מהמשך החזקתה ומניעת קבורתה על ידי בני המשפחה.

תוצאת פסק הדין מתיישבת עם המשפט הבינלאומי שחל על הגדה המערבית:

40. בהמשך לדיון המפורט שבפסק הדין בעניין האיסורים על פי המשפט הבינלאומי להשתמש בגופות למטרות מיקוח, נבקש כאן לחדד ולטעון בקצרה כי שימוש זה נופל בגדר האיסורים המוחלטים.

41. בניגוד לעמדת המבקשים המבקשת להצר את הדיון למסגרת "עימות מזוין" הנוגע למצב של מלחמה, המשפט הבינלאומי ההומניטארי ומשפט זכויות האדם הם אשר חלים על הגדה המערבית. לעניין זה ראו בג"ץ 04/7957 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492 (2005).

42. ייטען ובקצרה, כי המפקד הצבאי בגדה המערבית יונק את סמכותו מן המשפט הבינלאומי. וכפי שנקבע, בתור הגורם שמנהל את חיי היומיום של התושבים, על המפקד הצבאי לדאוג ולפעול קודם כל לטובת האוכלוסייה האזרחית, וזאת כפי שנקבע בתקנה 43 לתקנות האג המהווה את מקור הסמכות ותוחמת את השיקולים הרלבנטיים שעליו לשקול. לפי ההלכה הפסוקה, שיקולי הביטחון שאמורים להנחות אותו אינם שיקול מדיניות ממשלתו וגם לא שיקולי ביטחון במובן הרחב, וכפי שנקבע:

"אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס

הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכיו הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב. אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר.

בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאווניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 794-795 (1983).

ראו לעניין זה גם: עניין מראעבה; בג"ץ 2150/07 אבו צפייה נ' שר הבטחון, פ"ד סג (3) 331 (2009).

43. בניגוד להלכה הפסוקה ולעקרונות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, במקרה דנן המפקד הצבאי אימץ את המדיניות שנקבעה על ידי ממשלת ישראל בעניין השימוש בגופות כקלף מיקוח ובכך איין את שיקול דעתו שאמור להיות מונחה אך ורק על פי עקרונות המשפט הבינלאומי שחל על הגדה המערבית. מדיניות הממשלה שנקבעה בעניין שימוש בגופות כקלפי מיקוח אינה מתיישבת עם האינטרס המרכזי בדבר הבטחת צרכיה של האוכלוסייה המקומית, ואשר אמור ליתן משקל מכריע לזכויות המשפחות בתור אוכלוסייה מוגנת שמבקשות לקבור את יקיריהם בכבוד ובהקדם.

44. בניגוד לבג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, נו (6) 352 (2002) (להלן: בג"ץ עג'ורי) אשר אסר על השימוש או הפגיעה בזכויות המשפחות רק משום שאחד מבניהן הינו בגדר לוחם כהגדרתו על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, במקרה דנן, ומקל וחומר כאשר הבן כבר מת ונהפך לגופה, המפקד הצבאי מפר את עקרון ההבחנה ופוגע באינטרסים ובזכויות המשפחות שהן בבחינת אוכלוסייה מוגנת. לעניין זה יפים דבריו של הנשיא א' ברק (כתוארו אז) בבג"ץ עג'ורי בדבר השימוש בשיקול דעת של המפקד הצבאי ביחס אל המשפחות:

"אין לתחום מקום מגורים של אדם תמים שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים. כמו כן אין לתחום מקום מגורים של מי שאינו תמים ופעל פעולות הפוגעות בביטחון, כאשר בנסיבות העניין שוב אין נשקפת ממנו כל סכנה. על-כן אם פלוני ביצע פעולות טרור, ותיחום מגוריו יפחית את הסכנה הנשקפת ממנו, ניתן לתחם את מקום מגוריו. לא ניתן לתחם את מקום מגוריו של בן משפחה תמים שלא שיתף פעולה עם פלוני, או של בן משפחה לא תמים אשר אין נשקפת ממנו סכנה לאזור. זאת, גם אם יוכח כי תיחום מקום המגורים של בן המשפחה עשוי להרתיע מחבלים אחרים מביצוע פעולות טרור."

בג"ץ עג'ורי, בעמ' 370.

45. לא זו בלבד; המדיניות שנקבעה על ידי הממשלה נופלת בתחום האיסורים המוחלטים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי אשר אוסרים על המפקד הצבאי להשתמש באנשים ובזכויותיהם כחלק ממאמצו הצבאי. במקרה דנן, המפקד הצבאי משתמש בגופות וממשיך לפגוע באינטרסים המוגנים של המשפחות על מנת לקדם "מאמץ הביטחוני" שאף אינו נופל בגדר צורך צבאי מיידי. בהקשר הזה יפות הקביעות של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלון פיקוד מרכז בצה"ל, ס(3) 67 (2005) (להלן: בג"ץ מגנים אנושיים) ביחס לשימוש בתושבים מקומיים כמגנים אנושים. שם, קבע בג"ץ כי גם כאשר הדבר נוגע לביטחונו של החייל וגם כאשר התושב מסכים לשימוש ועל אף קיומו של צורך ביטחוני מיידי, הפרקטיקה האמורה נופלת בגדר האיסורים המוחלטים. הדברים חלים בענייננו בבחינת מקל וחומר. לעניין זה מתאימים קביעותיו של הנשיא א' ברק (כתוארו אז):

"באיזון בין שיקולים נוגדים אלה ידו של מי על העליונה? לדעתך, ידם של השיקולים האוסרים על הצבא לעשות שימוש בתושב מקומי על העליונה. ביסוד השקפתי זו מונחים כמה טעמים עקרוניים. ראשית, עיקרון בסיסי העובר כחוט השני בדיני התפיסה הלוחמתית הוא האיסור על שימוש בתושבים מוגנים כחלק מהמאמץ המלחמתי של הצבא התופס. אין לנצל את האוכלוסייה האזרחית לצרכיו הצבאיים של הצבא התופס (ראו פלק [5], בעמ' 218). אין "לנדב" אותם לשיתוף פעולה עם הצבא (ראו: תקנה 23(b) לתקנות האג [10] וסעיף 51 לאמנת גינבה הרביעית. ראו גם פיקטה [7], בעמ' 292). מעיקרון כללי זה נגזר האיסור הספציפי של שימוש בתושבים מקומיים כ"מגן אנושי". כן נגזר מעיקרון זה איסור השימוש בכפייה (גופנית או מוסרית) כלפי אנשים מוגנים לשם השגת ידיעות (סעיף 31 לאמנת גינבה הרביעית; פיקטה [7], בעמ' 219). נראה לי כי מעיקרון כללי זה יש לגזור גם את האיסור לעשות שימוש בתושבים מקומיים כמעבירים אזהרה מהצבא אל מי שהצבא מבקש לעוצרו. שנית, עיקרון אחר של המשפט ההומניטרי הוא שיש לעשות הכול להפרדה בין האוכלוסייה האזרחית לבין הפעילות הצבאית (ראו פלק [5], בעמ' 169). התחולה המרכזית של כלל זה היא בחובה להרחיק תושבים מקומיים תמימים מתחום פעולות האיבה (ראו כלל 24 למשפט הבין-לאומי ההומניטרי [6]). עם זאת מתבקשת מכלל זה הגישה כי אין להכניס תושב מקומי, אף לא בהסכמתו, אל תוך התחום שבו מתקיימת פעולה לחימתית. שלישיית, בשל חוסר השוויון בין הכוח התופס לבין התושב המקומי אין לצפות כי התושב המקומי יתנגד לבקשה להעביר אזהרה למי שמבקשים לעוצרו. אין לבסס נוהל על הסכמה כאשר ברבים מהמקרים זו לא תהא אמיתית (ראו פלק [5], בעמ' 252). יש להימנע מכניסה למצב שבו תתבקש הסכמה זו. לבסוף אין לדעת מראש אם העברתה של האזהרה כרוכה בסיכון לתושב המקומי המעביר אותה. היכולת להעריך נכונה קיומה של סכנה בתנאי הלחימה היא קשה, ואין לבנות נוהל המבוסס על הצורך להניח היעדר סכנה כאשר הנחה זו לעתים אינה מבוססת. לעניין זה יש להתחשב לא רק בסיכון הפיזי של פגיעה מירי שיבוא מהמקום שבו העצור נתון או ממלכודות שונות, אלא גם בסיכון הרחב יותר הצפוי לתושב המקומי "המשתף פעולה" עם הצבא התופס".

בג"ץ **מגנים אנושיים**, בעמ' 81.

46. כלל זה ניתן לחלץ מבג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, נג(4) 817 (1999) (בג"ץ איסור עינויים) שאסר על שימוש בגופו של אדם גם כאשר קיים צורך צבאי מייד בדבר קבלת מידע חיוני. לא במקרה על כן ממשלת ישראל התחייבה בפני ועדת האו"ם לעניין יישום האמנה הבינלאומית בדבר איסור עינויים שלא להשתמש בגופות כקלף מיקוח ולהשיב אותן למשפחות בהקדם האפשרי (ראו התייחסות קצרה לעניין זה בפסק הדין בפס' 33).

47. הנה כי כן, השימוש בגופות כקלף מיקוח לא רק שאינו נוגע או מגן על צורך צבאי מייד כמשמעותו לפי המשפט הבינלאומי ההומניטארי אלא הוא נופל בגדר האיסורים המוחלטים בגדה המערבית.

דין הבקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין להידחות:

48. המשיבים יטענו כי ככל ותידחה הבקשה לקיום דיון נוסף, כפי שראוי לעשות בנסיבות העניין, אין שום הצדקה לקבל את הבקשה המצורפת לעיכוב ביצוע פסק הדין במועדו, וזאת לפי הוראות הרישא של סעיף 14 לתקנות סדר הדין בדיון נוסף, התשמ"ד-1984.

"הדין הישראלי אינו מקנה למפקד הצבאי סמכות להחזיק גופות של מחבלים לצרכי משא-ומתן, בדרך של קבורה ארעית או בכל דרך אחרת...במישור צופה פני עבר, המסקנה היא שצווי הקבורה מושא העתירות הונפקו על-ידי המפקד הצבאי שלא כדין. סעד אפשרי בנסיבות אלה הוא להורות על בטלות מלאה של צווי הקבורה שהונפקו, שמשמעה היא שגופות המחבלים תוחזרנה לבני משפחותיהם לאלתר. יחד עם זאת, **בשים לב למכלול הזכויות והאינטרסים שניצבים על הפרק, דעתי היא שככל שהמדינה חפצה בכך יש לתת לה הזדמנות לגבש הסדר חוקי מלא ושלם, בחקיקה ראשית מפורשת וספציפית, אשר עומדת בסטנדרטים המשפטיים הרלבנטיים, שתיועד ותיחזק לנושא החזקת גופות לתכליות המבוקשות, ואשר תיתן משקל להערות שהועלו בפסק דין זה. אמנם, תוצאה שלפיה מדינת ישראל תמשיך להחזיק בגופות גם לאחר קביעה שיפוטית שלפיה פעולה זו נעשית בהיעדר סמכות אינה פשוטה, אך דומני כי מדובר בתוצאה מאוזנת וראויה במכלול הנסיבות [...].** לנוכח האמור, ולו תישמע דעתי, אציע לחבריי לקבל את העתירות, להפוך את הצווים המותנים שהוצאו במסגרתן לצווים מוחלטים, ולהורות על מתן סעד של בטלות מושעית, שיקנה למדינה שהות לגבש הסדר חוק מלא בתוך שישה חודשים ממועד מתן פסק דין זה. ככל שהמדינה לא תגבש הסדר עד למועד זה, יוחזרו גופות המחבלים שעניינם נדון בעתירות לבני משפחותיהם" (ההדגשות הוספו).

פס' 45 לפסק הדין.

50. בנסיבות העניין, אין מקום ליתן למבקשים שהות נוספת להמשיך בהחזקת הגופות כקלפי מיקוח באופן שהוא מנוגד לחוק, מעבר לתקופת הזמן המנויה בפסק הדין. במהלך התקופה האמורה, שבה שורר מצב המנוגד לחוק, כפי שנקבע על ידי בית המשפט הנכבד, דחיית ביצוע מידי של פסק הדין "אינה פשוטה" ממילא, שלגישת המשיבים לא היה מקום להעניקה מלכתחילה, וכל דחייה נוספת מהווה פגיעה נוספת במשיבים ובמשפחותיהם ללא כל הצדקה. ברי כי על המבקשים היה לכלכל את צעדיהם בהתאם ובתוך פרק הזמן הנדיב שניתן להם במסגרת פסק הדין.

51. וכעניין שבמדיניות שיפוטית, קביעה לפיה בעצם הגשת הבקשה לקיום דיון נוסף, גם אם תידחה, יש כדי לאפשר עיכוב ביצוע, עלולה להוביל לשימוש לרעה ומניפולטיבי במוסד הדיון הנוסף כאמצעי לקניית זמן תוך הארכת משכו של מצב הדברים הבלתי חוקי. זאת, כאמור, במיוחד על רקע העובדה שבית המשפט לקח בחשבון את משך הזמן הנדרש עבור המבקשים להתארגן ולתקן את המצב הבלתי חוקי שבעטיו פעלו המבקשים עד כה.

52. חשוב להדגיש שוב, החזקת גופות בניהם של המשיבים נמשכת כבר תקופות ארוכות, המגיעות בחלק מהמקרים כדי קרוב לשנתיים (לדוגמא גופת המשיב 7 מוחזקת מאז אפריל 2016). זוהי תקופה כה ארוכה אשר פגעה באופן הקשה ביותר בכבודם של המשיבים ובני משפחותיהם וברגשותיהם. לאור נסיבות אלה, עיכוב פסק הדין - שמשמעותו המשך החזקת הגופה - יהיה בלתי מידתי ויפר את מאזן הנוחות בין הצדדים בכך שהנזק שנגרם וייגרם למשיבים עולה לאי שיעור על הנזק, אם בכלל, אשר ייגרם למבקשים. חשוב לציין, כי תקופה ממושכת זו יכולה ליפול, גם על פי הפסיקה אליה התייחסנו בנושא המשפט הבינלאומי לעיל, למעשה "ברברי ואכזרי" שהוא כשלעצמו הופך את המשכיות החזקת הגופה לאסור באופן מוחלט.

53. למותר לציין, כי בקשת המבקשים כאן מנוגדת גם להבטחת המדינה שניתנה בפני ועדת האו"ם ליישום האמנה הבינלאומית נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, בה הבטיחה המדינה כי תפעל להשבת הגופות בהקדם האפשרי, וכך גם היתה המלצת הוועדה (ראו פסקה 33 לפסק הדין).

54. על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את הבקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין.

על רקע המובא לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את בקשת המבקשים לקיום דיון נוסף ואת הבקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין, וככל שייעתר לה, לקבוע לגופו של עניין כי המבקשים אינם מוסמכים להחזיק גופות כקלפי מיקוח לצרכי משא ומתן.

חסן ג'בארין, עו"ד

פאדי ח'ורי, עו"ד

באי כוח המשיב מס' 7

סלימאן שאהין, עו"ד

מחמד אבו סנינה, עו"ד

באי כוח המשיבים 9-13

מוחמד מחמוד, עו"ד

ב"כ המשיבים 106 ו- 8

חיפה, 7.2.2018