

בבית המשפט העליון בירושלים

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

דנג"ץ 21/

בעניין:

מוסטפא מוסא חסין עיריקאת ת.ז. 160221039

ע"י ב"כ עוני סואן זהר ו/או חסן גיבארין ו/או
סוהאד בשארה ו/או מאיסאנא מורהאני ו/או נארימאן
שחאהדה זועבי ו/או עדוי מנוסר
معدалаה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, חיפה
טל: 04-9501610 ; נייד: 052-6399147 ; פקס: 04-9503140
דו"ר אלקטרוני: sawsanzaher@gmail.com

המבקש

נגד

המפקד הצבאי לאזרור יהודית ושותמראון

1. שר הביטחון

ע"י פרקליטות המדינה – משרד המשפטים
רחוב צלאת אלדין 29, ירושלים
טל: 02-6467011 פקס: 02-39253542

דו"ר אלקטרוני: HCJ-dep@justice.gov.il

המשיבים

עתירה לקיים דין נסך

МОГОСТЬ БОЗАТ БКШЕ ЛФИ САУФ 30(б) ЛХОК БТИ МШПТ [НОСЧ МШОЛВ], ХТШМ"Д-1984 ЛКИОМ ДИОН НОСЧ БПСК
ДИНО ШЛ БТИ МШПТ ННБД БУНИИН БГ"ץ 4462/20 УРЛКАТАН НГД ГМФКД ГЦВАИ ЛАОЗОР ИЮДАШ ВШОМРАОН ННТИН БИОМ
18.8.2021 УЛ ИДИ ДУАТ ХРОВШ ШЛ МНШНАШ ШЛ ННСИАШ ХШОПТ ННДЛ ВШОПТ МИНЧ МОЛ ДУАТ МИУОТШ ШЛ ХШОПТ
УМИТ (ЛХЛН: "ПСК ДИОН").

БКШЕ ЗО МОГОСТЬ БМОУД ЗО ЛАХОР САБИ' ГРШМ РОН ГОЛДШТИИН АИШР БШТИ ХЧЛТОТИО МТАРИКИМ 29.9.2021 ו-
24.10.2021 ББШГ"ץ 6378/21 АТ АРСОТШ МОУД ЛХГШТ БКШЕ ЗО.

== מצ"ב העתק מפסק הדין נשוא בקשה זו ומסומן א'.

== מצ"ב העתקים מהחלטות כב' הרשם גולדשטיין מТАРИКИМ 24.9.2021 ו- 24.10.2021 בעניין הארכות המועד
והמסומנים ב'.

בבקשה זו טוען המבוקש כי פסק הדין סטה באופן קיצוני מהלכה פטוקה קיימת הנוגעת לשירות למימוש עקרון שלטון החוק ועל כן מתבקש לקיים דין נוסף נסף בשתי השאלות המשפטיות שלහלן:

1. דעת הרוב בפסק הדין מהויה סטייה מהותית מעקרון חוקיות המינהל המושרש בהלכה הפטוקה והמחייב כי ככל שהפגיעה בזכויות יסוד הינה קיצונית, חובה שהסמכות תהייה ברורה ומפורטת בדיון עת מימוש הסמכות. لكن השאלה היא האם דעת הרוב (המשנה לנשאה הנדל והשופט מינץ) סטתה מההלכה הפטוקה בדבר חוקיות המינהל כאשר קבעה כי המשיבים מוסמכים היו להחזיק בגופה בנו של העוטר גם כאשר הדיון בעת החזקתו הגופה לא אפשר ואות זו שאלת הנוגעת בעיקר למועד הבסיסי של שלטון החוק.

2. דעת הרוב בפסק הדין גם סטייה מהותית מההלכה שנקבעה בדנ"ץ עליאן. האם דעת הרוב של השופטים בפסק הדין, לפיו החלטת הקבינט שאושרה כחדשיים לאחר תפיסת הגוף ואשר מעניקה שיקול דעת גורף למשיבים להחזיק כל גופה כרצונם, מנוגדת לקביעת הרוב בדנ"ץ עליאן אשר אישרת את הפעלת הסמכות מכח תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, בנסיבות של תנאים קונקרטיים מסוימים השוללים את קיומו של שיקול דעת גורף?

תמצית הרקע העובדתי עד למתן פסק דין

1. ביום 9.9.2019 הוציא בית המשפט הנכבד פסק דין בעניין דנ"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזר יהודה ושומרון נגד עליאן (להלן: "דנ"ץ עליאן") ואשר דין בחוקיות החלטת הקבינט המדיני ב/171 מיום 1.1.2017 (להלן: **ההחלטה הקבינטית משנת 2017**). ברוב של 4 כנגד 3, נקבע כי החזקת גופות הינה חוקית כי מתקיימים בעניינה שני תנאים הקשורים אחד לשני והם עניין הסמכות והפעלת שיקול הדעת. שכן תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 מסמיקה את המפקד הצבאי להחזיק גופות באופן זמני וכי החזקתו תהיה לפי התנאים שנקבעו בהחלטה הקבינט משנת 2017 אשר מגבילה את השימוש לתנאים מפורטים. היינו, ולא קשר לעמדתנו החולקת על דנ"ץ עליאן, הדין הרלבנטי הוא לא רק בגל קיומה של סמכות לפי תקנה 133(3) אלא בגל שהפעלה מותנית בחריגים ובתנאים שנקבעו בהחלטה הקבינט משנת 2017.

2. ההחלטה הקבינטית משנת 2017 קבעה בכלל כי ניתן להחזיר גופות של הרוגים למעט במקרים של שני חריגים הנוגעים לשיקוך הארגוני של ההרוג ולחומרת האירוע שבו היה ההרוג מעורב. כך לשון ההחלטה:

"א. גופות מחבלים ותומצנה בתנאים מגבילים שנקבעים על ידי גורמי הביטחון.

ב. גופות מחבלים בשיווך חמאס יוחזקו בידי ישראלי.

ג. גופות מחבלים שביצעו אירוע טורר חריג מיוחד יוחזקו בידי ישראלי."

3. ביום 23.6.2020 נהרג אחמד מוסטפא ערייקאת (להלן: המנוח), בנו של המבוקש ותושב ابوディס, על ידי הצבע ומאז מוחזקת גופתו על ידי המשיבים. לאחר סיורם המשיבים למסור את הגוף למשפחה לצורך

קבורתה באבו דיס, הגיע האב ביום 30.6.2020 עתירה לבית המשפט הנקבז. המנוח לא היה משוייך לאָרגון והairoע בו היה מעורב לפי חשד המשיבים, לא היה "חריג במוחך".

4. בעתירה נטען, כי החזקת הגוף פוגעת בזכויות החוקתיות לכבוד המת וכבוד משפחתו וכי החזקת גופתו של המנוח נעשתה בחוסר סמכות ובאופן שרירותי שכן היא לא ענתה על הדין שנקבע בדנ"ץ עליאן שבבטיסו הוא הקרייטריונים שנקבעו בהחלטת הקבינט המדיני משנת 2017.

5. יודגש, כי במהלך ההליך המשפטי בפני בג"ץ, המדינה אישרה כי אכן המנוח לא ענה על הקרייטריונים הקבועים בהחלטת הקבינט משנת 2017 אך כבר בתגובה המקדמית שהוגשה לפני הדיון הראשון בקשה המדינה שבית המשפט לא יתערב בעתירה וזאת לאור קיומו של הליך בוחנת שינוייה של החלטת הקבינט משנת 2017.

6. לא זו בלבד, במהלך הדיון הראשון שהתקיים ביום 22.7.2020 הודהגש כי המדינה לא ראתה כי יש כל אינטנסיביון הנוגע באופן ישיר בהחזקת הקונקרטיב של גופתו של המנוח עריקאת ולשאלת כבוד השופט עמיה, השיב ב"כ המשיבים באותו דיון כדלקמן:

"כבוד השופט עמיה: ... המקרה הזה נכנס או שזה לא בטוח?
עו"ד מיליקובסקי: לפי עדות גורמי המקצוע, שזה גורמי בטחון שיקבעו אם זה חמאס או לא – לא נמצא עיגון בהחלטת הקבינט הנוכחית לצורך עיכוב ההשבה...". (סוף עמוד 1 – תחילת עמוד 2 לפרטוקול הדיון מיום 22.7.2020).

...
"כבוד השופט יי' עמיה: אדוני אומר שכasher נכנס רובייקה של חמאס או הקשר מיוחד – היה עיקוב. מאחר שיש שינוי מדיניות – אולי זה ייכנס. העובדה שאין עדין החלטה, היא כשלעצמה החלטה.
עו"ד מיליקובסקי:

מביחנתנו זה מאוד לא נעים להגיע לדין בלי החלטה סופית, אבל זו הסיטהוציה".
שורות 22-27 עמוד 3 לפרטוקול הדיון מיום 22.7.2020.

7. בסוף הדיון הוציא בית המשפט צו על תנאי שזה לשונו:
"ניתן זה צו על תנאי המונפה אל המשיבים והמוראה להם לבוא ולنمוק מדוע לא ימסרו לעוטר בהקדם האפשרי את גופת בנו, אחמד עריקאת, תושב ابو דיס, על מנת להביאו לקבורה מיידית בבית הקברות באבו דיס על ידי המשפטה.
תשובה המשיבים תוגש תוך 14 יום, ולאחר מכן יקבע מועד דין."

8. גם במסגרת כתוב התשובה לצו על תנאי מיום 23.8.2020, נכללה עמדתו הייחודית של היועץ המשפטי לממשלה לפיה, יסכים להפיקת הצו על תנאי לצו מוחלט אם לא תהיה החלטה מדינית ובקרה. בפסקה 17 לተichier התשובה נכתב: "על מנת הייעץ המשפטי לממשלה, קיים קושי ברור בהמשך עיכוב השבת הגוף, שעה שטרם שונתה החלטת הקבינט; ... ככל שלא יהיה של המדינה להציג בפני בית המשפט הנקבז בהזדעה שתוגש עד ליום 3.9.2020 שינוי של החלטת הקבינט המדיני-ביטחוני, באופן שיאפשר עיכוב של השבת הגוף הSPECIFIT מושא העתירה – סבור הייעץ המשפטי לממשלה שלא יהיה מנוס מהפוך את הצו על תנאי שהוצע – לצו מוחלט".

9. בעקבות זאת נתקשו המשיבים להגיש הודעת עדכון עד ליום 3.9.2020 ובהודעה שהוגשה עוכן כי ביום 2.9.2020 התקבלה החלטת קבינט חדשה שנוסחה כדלקמן (פסקה 7 להודעת העוכן):

"מ' ח' י' ט' י' ס', לעוכן את החלטת ועדת השירותים לענייני ביטחון לאומי מס' ב/117 מיום 1.1.2017 ולஹסיף כי יש למנוע החזרת גופות מוחבלים, ללא קשר לשיקוק הארגוני, זאת, אם המוחבלים רצח או פצעו אדם, או נשאו אמצעי לחימה (קר או חם).
לשתיפטר סוגיות השווין, תיבחן ההחלטה מחדש בהתאם ובכפוף להערכת מצב.
במסכומו של שר הביטחון לחרוג ממדיניות זו במקרים מיוחדים."
(להלן: "ההחלטה החדשה").

10. בעקבות זאת הורה בית המשפט על הגשת עתירה מתוקנת. בעтиירה המתוקנת הדגיש העוטר כי החלטת הקבינט החדשה על מקרהו של החรอง הינה בלתי חוקית. ראשית, החזקת הגוף היתה בניגוד לדין קיים ועל כן היא מנוגדת לעקרון החוקיות שכן במועד תפיסת הגוף לא הייתה למשיבים סמכות לפועל. העוטר פירט כי פסק הדין של דעת הרוב בדנג"ץ עליון לא מאפשר החזקה גורפת של כל גופה כי שאלת ההסתמכתה נבחנה על סמך ההחלטה הקבינט מישנת 2017 ועל בסיס מבחן המידתיות הבוחן קשר ענייני בין החזקת הגוף קונקרטית לבין השימוש בה כקלף מיקוח לניהול מו"מ מול חמאס. שניית, ההחלטה הקבינט החדשה הינה גורפת ובלתי מידתי והיא הפכה את החריג לכל לפחות החזקת גופות מותרת כשלעצמה ובכל מקרה ולפי שיקול דעתו המוחלט של המשיב מס' 1.

11. הודגש בעтиירה המתוקנת, כי מעולם לא נקבע על ידי בית משפט נכבד זה כי קיימת סמכות להחזיק כל גופה באשר היא. מעולם לא ניתן פסק דין לפיו ניתן להחזיק כל גופה של כל אדם גם אם הוא לא משוייך לארגון זה או אחר. מעולם לא נקבע כי קיימת סמכות למשיבים להחלטת דעתם ולפי שיקול דעתם המוחלט מתי יחזקו בגופה ומתי ישחררו אותה. אך שההחלטה החדשה מנוגדת לפסיקתו של בית המשפט הנכבד בשל גורפותה.

12. בעקבות זאת ולביקשת בית המשפט הציגו המשיבים בפניו – בהסתמכת ב"כ העוטר – חומר חסוי הנוגע לנוהל ואמות מידיה ליישום ההחלטה הקבינט החדשה. פרטזה של חומר זה הועברה לב"כ העוטר והרכבת השופטים הסביר לב"כ העותרים כי למעשה, לפי הפרטזה ניתן להחזיק כל גופה ללא קשר לעניין הקונקרטי השעיר לגופה עצמה. פרטזה זו חיזקה למעשה את עמדת העוטר כי ההחלטה הקבינט החדשה הינה גורפת. (וזו), גם אם נקבעו כללים לבחינה קונקרטית ליישום ההחלטה שהרי מדובר בנהל פנימי סודי ונסתור שנינו לשונו בכל רגע על ידי המשיבים). לפי דנג"ץ עליון, הטענה להחזיק גופות היא חריג וכי הכל הוא שחרור גופות אך כתחריג נחפק לכל ולפיו לא ישחררו גופות אלא בהתאם לשיקול הדעת המוחלט של המשיבים. אכן לפי ההחלטה הקבינט החדשה שאושרה על ידי פסק הדין, "הכללי" הוא החזקת גופות וכי שחרורו הוא החריג.

תקביעות בפסק דין

13. ביום 18.8.2021 ניתן פסק הדין ובו נדחתה העטירה ברוב של המשנה לנשיאה הנדל והשופט מינץ בנגד דעת המיעוט של השופט עמיית. דעת המיעוט קבעה כי החזקת גופת עריקאת נעשתה מחוסר סמכות תוך הפרת עקרון החוקיות, וכך בלשון השופט עמיית:

"אין חולק כי עניינו של עריקאת לא נפל בוגדרה של החלטת הקבינט הראשונה, וככפי שאישרו המשיבים בתשובתם לצו על תנאי, "בתום בחינה זו נמצא כי הגוף אינה עומדת בתנאים הקבועים בהחלטת הקבינט הניל [...] אין מחלוקת כי המשך עיקוב השbetaה של הגוף שבנדון מחייב את שינוייה של ההחלטה הקבינט הנווכחית מיום 1.1.2017.".

יש להניח שכאשר עריקאת ביצעה את ניסיון פגוע הדזריטה, הוא לא כלכל את מעשיו מתוך מחשבה לגבי מה שיעשה או לא יעשה בגופתו, כך שאין להכיר בטענת "הסתמכות" שלו או של בני משפחתו על החלטת הקבינט הראשונה. אך החשוב לעניינו הוא, שכאשר המפקד הצבאי המשיך להחזיק בגופתו של עריקאת, הוא עשה זאת בגין החלטת הקבינט הראשונה, שעמדה בתוקפה עד ליום 2.9.2020, שאז החליט הקבינט הביטחוני להרחב את הקriterיוונים להחזקת גופות מוחבלים על כל מחלבל, ללא קשר לשיאכו הארגוני, אם רצח או פצע אדם או נשא אמצעי לחימה קר או חם". (פסקה 4, עמוד 9 לפסק הדין).

השופט עמית הוסיף בפסקה 5 לפסק דין:

"ההחלטה הממשלה באמצעות הקבינט המדיני-ביטחוני מחייבת את הדרוג הצבאי, אשר אמור לישם את מדיניות הדרוג המדיני, בכפוף לעקרונות המשפט המינימלי. כפי שגורם מינימלי אמור לפעול על פי הנקודות הפנימיות שבתקוף, ולא על פי הנקודות חדשות שנוצרו לאחר או בעקבות הפעולה מושאה ההנחיה המינימלית, כך גם במקרה דן. הדרוגים פשוטים ונוגעים בעיקרו בנסיבות חוקיות המינימל ולפיו פעולה מינימלית אינה יכולה להיעשות ללא הסמכה, וכי גודל הפגיעה בזוכות כך גודל החסכמה הנדרשת" (דברי השופט פוגלמן בעניין עליאן, בפסקה 3 לפסק דין)."

ובהמשך פסקה 5, קבע:

"... המקרה שלפניו לא הצדיק, לטעמי, סטייה מהחלטה הקבינט הראשונה, כך שההלך למעשה למעשה, גופתו של עריקאת הוחזקה שלא כדי ממש לעלה מחדש מוחדים על ידי המפקד הצבאי עד שהתקבלה החלטת הקבינט הנווכחית".

14. לעומת זאת, עמדת הרוב שנומקה על ידי המשנה לנשיאה הנדל ואליה הצליף השופט מינץ קבעה כי המפקד הצבאי יונק את סמכותו מכח תקנה 133(3) לתקנות ההגנה ובהתאם לקביעה בציג"ץ עליאן, תקנה זו מעניקה סמכות למפקד הצבאי להחזיק גופות וכך לפי פסקה 7, עמוד 6 לפסק דין:

"לאחר שקרהתי את חוות דעת חברי, השופט י' עמיית, אציג כי להשპט עקרון חוקיות המינימל – יולפיו פעולה מינימלית אינה יכולה להיעשות ללא הסמכה" – לא הופר בעניינו. כאמור, סמכותו של המפקד הצבאי להורות על החזקת גופות מוחבלים משיקולי ביטחון מעוגנת בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה, ואני יונקת מהחלטות הקבינט. החלטות אלה משליכות, כמובן, על אופן הפעלת שיקול הדעת של המפקד, אך אין בכך כדי להזכיר את היקף הסמכות שהקנה לו המחוקק, ומ██ך ברי כי החלטתו בעניין עריקת התקבלה בסמכות – גם אם חריגה מן המדיניות שהתוודה ההחלטה המקורית".

15. באשר להחלטת הקבינט החדשה, קבע השופט הנדל כי במשור הסמכות, תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מעניקה הסמכה לפעול ולהחזיק גופות בכל מצב וזאת בהדר התיחסות בתקנה לשיז' הארגוני או לתוצאות הפעולה. כמו כן יש לבחון את החלטת הקבינט החדשה במשור שיקול הדעת ומצא כי על אף שפיקול הדעת בהחלטה החדשה הורחב, אין בו כדי להביא למסקנה כי קיימת חריגה מ מבחני הסבירות והמידתיות, וכך לפי פסקה 5 לפסק דין של השופט הנדל:

"לפייך – ומאחר שאין בלשון תקנה 133(3), או בלשון הפרשנות שניתנה לה, כל עיגון לטענה שסמכות המפקד הצבאי מושפעת מישוכו הארגוני של המחבר, או מנסיבות פעולה טרור שביצע – אין במידניות החדשagem במשור הסמכות.

השאלות המרכיבות יותר מטעורויות במשור שיקול הדעת – שכן ההחלטה החדשאה מרחיבה את היקף החזקת גופות המחברים ביחס לקודמותה, והופכת את חריג החזקה לכלל. אף על פי כן, אין בשאלות אלה כדי להוביל למסקנה שההחלטה להחזק בגופת עריקאת חורגת, בשל זה, ממחמי הסבירות והמידתיות."

16. השופט הנדל נימק כי ברגע שנקבע שיש למפקד הצבאי הסמכה לפעול ולהחזיק גופות במשור העקרוני מכוח תקנה 133(3), הרי מותר לו להפעיל שיקול דעת חדש ולערוך בחינה מתחדשת שתביא לשינוי ההחלטה. לפי השופט הנדל, מערך הליך בتحינה עמוק ויכולו חריגים לבחינה פרטנית ועל כן ההחלטה החדשאה צולחת את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (סוף עמוד 5 לפסק הדין). ובאשר לבחן ה策 נקבע תוך הפניה למסקנת הנשיאה חייה בעניין דנג"ץ עליאן כי ההחלטה החדשאה עומדת גם ב מבחן הנזק מול התועלת. (עמוד 6 לפסק הדין).

הסוגיות הנוגעות לדין הגוסך

הסוגיה הראשונה: דעת הרוב סטתה מההלכה הפסוקה לפיה רשות מנהלית אינה יכולה לחרוג מעקרון חוקיות המינהל לא כל שכן כאשר ישנה פגיעה קשה בזכות יסוד.

17. לפי גישת הרוב בפסק הדין הנדון, המפקד הצבאי רשאי להחזיק כל גופה ללא קשר לשיז' ארגוני וזאת רק במקרים שהוא מוסמך להחזיק גופות. לא רק שקייעה זו מעולם לא נקבעה בדנג"ץ עליאן אלא לא הייתה דעת אחת מבין שופטי הרכבת המורחב שקבעה כי די בכך שהמפקד הצבאי מוסמך על פי דין כדי לאשר את הפעלת הסמכות בכלל מצב.

18. המבקש טוען כי דעת הרוב בפסק דין סטתה מההלכה הפסוקה לפיה רשות מנהלית רשאית לפעול רק במסגרת הסתמכת שהעניקה לה דין וזאת בהתאם לעקרון החוקיות שהושרש בפסיקותיו הרבות של בית המשפט הנכבד. לכן כאשר תפיסת הגוף של המנוח והחזקתה התבכעו על אף אי העמידה בקריטריונים של ההחלטה הקבינט משנת 2017 שהיתה בתוקף אז ואושרה כלשונו של השופט הנדל בדנג"ץ עליאן "כחריג שבחരיגים", הרי הפעולה המנהלית נעשתה באופן בלתי חוקי ותוך חריגה מסמכות. לא בכדי ניתן צו על תנאי בענירה ולא בכדי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה קבעה כי יש להפוך את הצו על תנאי למוחלט כל עוד לא שונתה ההחלטה הקבינט.

19. עמדת המיעוט של השופט עמיות אינה נוגעת לחלוקת בפרשנותן של העובדות או בתנאי יישום הדין אלא בשאלת משפטית מובהקת לפיה החלטה הפסקה היא ככל שהפגיעה בסיסית בזכות יסוד, חובה משפטית להකפיד על קיומו של הדין השורר שעליו להיות ברור ומפורט בעת מימוש הסמכות.

20. ככל גודל הוא שחל מימים ימימה שעקרון חוקיות המינהל כפוף לדין הקובלע גם את אמות המידה בדבר הפעלת הסמכות. דין במקור דין הוא לא רק לשון החוק המסתמך אלא גם אמות המידה שנקבעו בדינ"ץ עליון בדבר הפעלת הסמכות עצמה. הפרשנות שניתנה על ידי שופט הרוב בדינ"ץ עליון היא שלא מדובר בסמכות מוחלטת למפקד הצבא אלא היא תלולה באמות מידת שנקבעו בדבר הפעלה.

21. בבג"ץ 3390/16 **עדالة נגד הכנסת**, פסקה 46 לפסק דין של השופט ברק-ארז (פסק דין מיום 8.7.2021) אשר דין בחקתיות תיקון מס' 120 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 שאפשר שלילת צבאות סוציאליות מהורים לאטיירים שהורשו בעבירות ביטחון, נקבע כי "תנאי ההטמלה המפורשת, שננהנה מעמיד של בכורה בשיטתנו, וביטה את המתחייב מעקרון חוקיות המינהל ביחס לפגיעה בזכויות אף עבר לחיקיתו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו". בעניין מנאע דין בחקתיות מדיניות הצבת מוסומי גביה לא הסכמה בחוק, קבע השופט פוגלמן כי גם אם מותר לרשות המסים לגבות מסים אך הפעלת הסמכות צריכה להיות מפורשת וברורה "הרשות המינלאית רשאית לפעול רק בתוך דיל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק, והיא אינה מורשתית לבצע פעולה שהיא לא הוסמכת במפורש לעשotta". (בג"ץ 6824/07 **מנאע נגד רשות המסים**, פד"י סד(2) 479, פסקה 13 לקביעת השופט פוגלמן (2010)). ראו גם עניין **שב"ס נגד פרש** שם חזר המשנה לשיאה מלצר על החלטה לפיה "עקרון חוקיות המנהל, לפחות מינלאית אינה יכולה להיעשות ללא הסכמה, בפרט כאשר היא פוגעת בזכויות הפרט". (רע"ב 6976/18 **שירותות בתיה הסוחר ני' אברהאם פרש**, פסקה 4 לקביעת השופט מלצר (פסק דין מיום 16.06.2021)). גם לאחרונה חזר בית המשפט העליון על הלהה זו בהקשר למשמעותו של עקרון חוקיות זואת בעניין **יחד נגד ועדת הכספיים של הכנסת**, דין בחריגת ועדת הכספיים של הכנסת מסמכותה עת הפעלה שיקול דעת מהותי בנוגע לאיסור ההכרה בעותרת כמוסד ציבורי מכת סעיף 46 (א) לפקודת מס הכנסת, נקבע כי "נקודות המוצה לדין היא כי מתוקף עקרון חוקיות המינהל מוגבלת פעילותה של כל רשות שלטונית לדיל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק, כך שהיא אינה מורשתית לבצע פעולה שלא חוסמכת במפורש לעשotta". (בג"ץ 2334/17 **יחד, רמת השון נגד ועדת הכספיים של הכנסת**, פסקה 82 לקביעת השופט ברק-ארז (ניתן ביום 15.6.2021)).

22. כמו כן, נקבע כי ככל שהפגעה הינה בזכות יסוד, כך תגדל התקפודה על הדרישת לקומה של הסכמה ברורה ומפורשת. כך נקבע בעניין **עמותת הפורים החילוני** דין בבחינת חוקיות המדיניות שאסורה על הכנסת מօצרי חמץ לבתי חולים במהלך חג הפסח: "ככל שזכות היסוד שעלולה להיגע בעלת זיקה עניינית והזוקה לזכויות אדם מוגנות, כך יש לנוהג ביתר הקפדה בפירוש הדרישת לקומה של הסכמה מפורשת". בג"ץ 1550/18 **עמותת הפורים החילוני ני' שר הבריאות**, פסקה 32 לפסק דין של השופט פוגלמן (פסק דין מיום 30.4.2020). ראו גם דברי השופט פוגלמן בעניין **אבי ערפת** דין בחקתיות שלילת תושבות הקובלע של תושבי מזרח ירושלים שם הדגיש: "לפי עמדת זו – שאומצת בהמשך על ידי בית משפט זה כהלה מחייבת – ככל שהזכות חשובה יותר והפגיעה בה חמורה יותר, כך ימודד בית המשפט בדוקנות רבת יותר על דרישת

ההסכמה ויפרשה בנסיבות." בג"ץ 7803/03 **אבו ערפה נגד שר הפנים**, פסקה 52 לקבעת השופט פוגלמן (פסק דין מיום 13.9.2017).

23. יישום ההלכה הפסוקה על ענייננו היה אמור להוביל לאיומץ עדות המיעוט של השופט עמיה שכאן היה מישימת את ההלכה הפסוקה הקיימת של בית המשפט הנכבד. לא כל שכן, כאשר מדובר בהחלטה מנהלית שחרוגה מסמכות תוך פגעה בזכויות יסוד.

24. החזקת גופתו של המנוח מפרה את האיסור המועגן במשפט הבינלאומי ובראשם האמנה הבינלאומית האוסרת על עינויים ויחס אכזרי ובלתי אנושי כלפי בני אדם. לא בכדי המליצה ועדת האו"ם האמונה על בדיקת יישום האמנה במסגרת דו"ח מסקנותיה בעניין יישום האמנה על ידי מדינת ישראל ואשר פורסם ביום 3.6.2016 כי על מדינת ישראל לנקטו בכל הנסיבות הנדרשים ולהשיב את הגופות למשפחות בהקדם האפשרי. יודגש, כי ועדת האו"ם הגיעו למסקנה זו גם בгал התחייבות ישראל מולה להחזות הגוף, וכן בלשון הדוח' בפסקאות 42-43:

"The Committee is concerned at information that, at the time of the dialogue, the State party was postponing, on the basis of security concerns the return of the bodies of 18 Palestinians to their families. In this respect, the Committee notes the information provided by the delegation that, after a new evaluation of all the relevant circumstances, the State party has agreed to initiate the return of the bodies for the purpose of burial, subject to arrangements to guarantee that the burial process would be conducted in a secure and non-violent manner (art. 16).

The State party should take the measures necessary to return the bodies of the Palestinians that have not yet been returned to their relatives as soon as possible so they can be buried in accordance with their traditions and religious customs, and to avoid that similar situations are repeated in the future."

(הזהגה במקורו). הדוח' ניתן לעיון בlienck הבא:

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsmEKqNhdzbzr4kgou1ZPE79BvBJe97SSM1KP2v4ng3Dhx74ohsby7x4AIegvGhwtvav7rPvZmtwpwObldkyK%2BM9cNY7svWLjYmp6PB4chW8O>

26. לסיום סוגיה זו, יטען העותר כי עדות הרוב סטתה מההלכה הפסוקה בסוגיה יישומו של עקרון חוקיות המינהל כי עקרון זה מתיחס לדין הרלבנטי שלא מסתפק בהסתמכת פורמלית אלא כפוף להפעלה בהתאם לתנאים שנקבעו על ידי החלטת הממשלה משנת 2017. لكن החזקת הגוף הייתה בניגוד לדין שר עת הפעלת הסמכות.

הסוגיה השנייה: דעת הרוב סטתה מתחלה הפסוקה שנקבעה בדנג"ץ עליאן עת קבעה כי החלטת הקבינט החדשית המעניינה שיקול דעת מוחלט הינה מידתית ויונקת את סמכותה מכח תקנה 133(3) לתקנות ההגנה.

27. הקביעה בדנג"ץ עליאן אינה יכולה לחול על החלטת הקבינט החדשה. הקביעה בדנג"ץ עליאן ניתנה בהקשר ליישום מדיניות המפקד הצבאי שנקבעה במסגרת החלטת הקבינט מינואר 2017 ואשר התבבסה על חוות דעתו של היועמ"ש לשעבר מי מזור משנת 2004. לפי חוות דעתו של היועמ"ש משנת 2004 "אין להחזיק בגופות מחבלים בהתבסס על צורך עריטליאי של שמירת 'קלפי מיקוח' לצורךnesia ומתן עתידי, אך אין שלול אפשרות כזו ככל שיש טעמי מיזדיים להחזקת הגוף ובכללים עסקה קונקרטית לחילופי גופות עם האויב או חשש קוונטרטי כי החזרת גופה מסויימת תשכנן, ברמת הסתרות גבוהה, את בטחון האזור".

28. על סמך חוות דעת היועמ"ש אושרה החלטת הקבינט מינואר 2017 ואשר קבעה כאמור לעיל כי ככל גופות יימטרו לקובורה בתנאים מגבלים כאשר חרייגים לכך הם שניים: שיווק לחמאס והיות האירוע חריג במיוחד. ביצוע מדיניות זו נסמכה על הוראת תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת תירום), 1945. לכן השאלה המשפטית שעד מה בדנג"ץ עליאן הייתה האם האם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מסמוכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה זמנית לצורכי נשא ומתן כאשר שיקול הדעת בדבר מימוש הסמכות מותנה בחרייגים שנקבעו בהחלטה הקבינט משנת 2017. מכאן שעצם אישור החלטת הקבינט החדשה אינה הופכת אותה כשלעצמה לנסמכת על אותה תקנת הגנה. לעומת זאת בדנג"ץ עליאן לא קבע כי מימוש הסמכות יהיה לפי שיקול דעת כמעט מוחלט.

29. כך למשל בפסק דין של הנשייה חיות נקבע בפסקה 29 לפסק דין:

"אכן, הפעלה של סמכות זו יש בה מידת פגיעה בכבוד המת ובכבוד משפטו. על כן, יש לתחרום ולגדור את הסמכות ולהפעילה במוגבלות ובאיוונים מתאימים אשר נקבעו, בין היתר, בחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה משנת 2004." (ההדגשה אינה במקור)

ובפסקה 35 בעמוד 32 לפסק דין של הנשייה חיות, קבעה:

"לגיishi, החזקת גופות מחבלים בהתאם להחלטת הקבינט, המיעדת לצרכי נשא ומתן להשבת חילי וחילאי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרוור, נמנית אף היא באותו קטגוריה בטחונית, בהיותה אמצעי שימושי לקידום נשא ומתן כאמור."
(ההדגשה אינה במקור)

וכך גם נימק השופט עמיית בדעת הרוב בפסקה 3 לפסק דין:

"הדברים צריכים מהבחן גופם, תוך איזון אל מול הפגיעה בכבוד המת ומשפטו וברוח חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה משנת 2004." (ההדגשה אינה במקור)

30. חשוב גם להזכיר, כי דנג"ץ עליאן נתקבל על חודו של קול וברוב של 4 נגד 3. קביעות שופטי המיעוט – כבי השופטים קרא, ברק ארzo ופוגלמן – קבעה כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה אינה מהוות הסמכתה

בחקוק למפקד הצבאי להחזיק גופות בדרך של קבורה ארעית. השופט קרא הדגש בסוף קביעתו כי "לפיכך, המפקד הצבאי אינו רשאי להוראות על החזקת גופות מחייבים שמהן עצמן לא נשקפת סכנתה והן מהוות אך 'קלף מיקוח' למדינה בתקופה כי הן תוכלנה לשמש 'תמורה' בעסקת חילופי גופות או שבויים." (פסקה 29 לפסק דיןו של השופט קרא). כמו כן השופטת ברק-ארוז קבעה: "לשיטתי, סמכותנו של המפקד הצבאי אינה רחבה כפי שטוענת המדינה, ואין לפרש את תקנה 133(3) לתקנות ההגנה כמשמעות גם על סמכות למתת הוראות בעניין קבורת גופותיהם של מי שהיו תושבי ישראל או אזרחים אחרים הנשלטים על-ידה, במקרה זה אזרח יהוד וושומרון, מטעמים הנוגעים למשא ומתן עתידי עם משל החמאס בעזה. הוראה מסווג זה חייבת להיות מבוססת, לפחות, על הסדר חוקתי מיוחד וחיד-משמעותי, המפרט את הכללים החלים על הפעלו." (פסקה 3 לפסק דין של השופטת ברק-ארоз. וכן גם קבע השופט פוגלמן: "בהתנחת נקודת המוצא הפרשנית, והטעמים המפורטים בתקנות דעתם, גם להשקפות תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (החליה הן בישראל והן באזרח יהוד וושומרון), אינה מסמיקה את המפקד הצבאי להוראות על קבורה ארעית של גופות מחייבים לשם החזקתן לצרכי משא ומתן." (פסקה 2 לפסק דין של השופט פוגלמן).

31. החלטת הקבינט החדש היא החלטה קיצונית בכך שהיא את החריג לכלל ומעניקה שיקול דעת גורף למשיבים. העובדה שהמדינה הציגה נוהל ליישום פרטני של ההחלטה אינה הופכת אותה למידתית כפי שנקבע על ידי שופטי הרוב בפסק הדין שהרי מדובר בנוהל טובי ונستر שניתן לשנותו בכל רגע נתון על ידי המשיבים. لكن מדובר בפגיעה בעקרון שלטון החוק.

32. בהקשר זה יפים דבריו של השופט (כטואוו אז) אהרון ברק בעניין **שניצר** אשר התיחס לפסול בשיקול דעת מוחלט לרשות:

"**שיקול-דעת טובי** חייב להיות מופעל בדילית אמותיו של החוק המسمיך. עדיף על כך הנשיא אגרנט, בג"ץ 60/241 [40], עמ' 1162 :

"העקרון הכללי הוא, כי כל רשות מינהלית חייבת לפעול בתחום די אמותיה של המטרתה לשלהمة הקנה לה החוק את הסמכות הנדרונה; ודין זה חל גם על סמכות שהיא רשאית להפעילה לפי **'שיקול-דעתה המוחלט'**".

ועל אותו רעיון חזר השופט זוסמן בד"ע 61/39 [39], עמ' 1216 :

"**אך** שיקול-דעת שנייתן לרשות מינהלית - אפללו הוא מוחלט - צמוד תמיד לחובה שחרשות חייבות מלאה, היינו לתקידי המינהל של מענים הוסמכת הרשות לפעול לפי שיקול-דעתה. ככל שהחופש לבחור יכול להיות גדול, לעולם לא יהיה בלתי-מוגבל".

"**אכן**, שיקול-דעת סטוטורי יכול שיאה רחਬ ויכול שיא נר, אך לעולם הוא מוגבל. מספר האפשרויות, העומדות לפני בעל ההחלטה, יכול שיאא רב וככל שיאא מועט, אך לעולם איןו בלתי מוגבל. בכך מבטיח הדין את חירותו של הפרט... גם המוחלט בשיקולי הדעת חייב לרשן עצמו למסגרתו של החוק אשר נפח בו חייטס" (בג"ץ 84/742 [41], עמ' 92).

על-כן, מי שניתנה לו סמכות על-פי תקנות ההגנה, ולא להגשהמן של מטרות זוROT (ראה h.w.r. wade, (.,th, ed 5,oxford 1982) administrative law 394).

בג"ץ 88/880 **שניצר נגד הצנזור הצבאי הראשי**, מר יצחק שני, פדיי מב(4) (1989) 635 , 617 .

33. יודגש שוב, כי שופטי הרוב בבנג"ץ עליין בחנו את סוגיות מידתיות הפגיעה בזכויות החוקתיות בהסתמך על החלטת הקבינט משנת 2017 והתנאים החריגים שנקבעו בה. לפי עמדתה של הנשיא חיות, נקבע כי החזקת הגופות חייבת להסתמך על חקיקה המכירה קבורה זמנית לצורך ניהול מוו"ם והוא צריכה להיות מידתית והעוגה על מבחני הבדיקה הפרטנית לפיה כל גופה נבחנת עצמה אם היא שיכת

לפעיל חמאס שמולו ינווהל מօ"מ. אחרית החזקת הגוף בכל מצב תייחך לשדרורותית ובלתי מידתית (ראו פסקה 36 לפסק דעתה של הנשיאה חיות).

34. הנשיאה חיות התייחסה בדנ"ץ עליון לחשיבות הבדיקה הפרטנית של כל מקרה לגוף בהקשר להחלטת הקבינט משנת 2017 בפסק דין ובעוז הלשון :

"ודוק: קיומה של סמכות אינו מכשור בהכרח את הפעלה לכל מטרה ומטרה. הדברים צריכים להיבחן לגופם, תוך איזון מול הפגיעה לכל מטרה ומטרה. הדברים צריכים להיבחן לגופם, תוך איזון אל מול הפגיעה בכבוד המת ומשמעותו וברוח חווות דעת היועץ המשפטי לממשלה משנת 2004." (פסקה 3 לפסק דעתה של הנשיאה חיות).

35. כמו כן, בפסקה המשכמת בפסק דין הנשיאה חיות נקבע כי לא מדובר באמצעות שדרורתי וכי מבחןקשר הרצionarioלי חייב להתקיים, כך קבעה בפסקה 36 :

"על כן, ניתן לקבוע כי אין מדובר באמצעות שדרורתי או מהוסר היגיון וכי מתקיים קשר רצionarioלי בין החזקת גופות מוחבלים בקבורת ארעי ובין הצורך לקדם משא ומתן עם ארגוני הטרוור על חשבת חיליל וחיליל צה"ל ואזרחים ישראליים המוחזקים על – ידים."

36. והנה, בוגיון לעדתו בדעת הרוב בפסק הדין, התייחס השופט הנדל בדנ"ץ עליון לחשיבות הבדיקה כל מקרה לגופו ומצער הפגיעה בזכויות החוקתיות ואף הדגיש כי החזקת הגוף היא "חריג שבתריאג", כך :

"במישור זה, נודעת חשיבות מיוחדת למטרות המדויק של מדיניות המשובים, על פי – כפי שהבהיר ב"ב המדינה – החזקת גופות המוחבלים היא בגדר חריג שבחריג. משמע, גם גופות מוחבלים המשתייכים לשתי הקטגוריות הרלוונטיות ייקברו ארעית רק על רקע משא ומtan קונקרטי להשנת אזרחים וגופות חלליים המוחזקים בידי ארגוני הטרוור. אין למגעו העברת גופה לקרהת הבאות. גורמי הביטחון אמורים, כפי שנagara כאן, להפעיל שיקול דעת אינדיבידואלי בדבר קידום המשא ומtan להשנת האזרחים וחיליל צה"ל המוחזקים בידי חמאס. עניין זה עדין מאד... החשוב הוא כי במקרה שאין משא ומtan, ולא מתקנים מוגעים קונקרטיים לשיטת לקיום עסקה, יוחזרו הגופות. אך ככל שיש סיכון שאינו תיאורטי או דחוק לקידום המשא ומtan אין חובה להחזירן. נקודה חשובה נוספת היא, כפי שהובחר לעיל, שכבוד המת כרוך בקבורותנו. המצב בו מוחזקת גופות מוחבלים לאורך זמן שלא בדרך של קבורה – אף אם, כמו במקרים שלפנינו, הדבר נובע מבקשת המשפחות – עלול לגרום יתר על המידה בכבוד המת ובעקונות המחויבים על ידי המשפט הבינלאומי. אין צורך במקורה זה לכמת ולשרטט גבולות זמן, אך כאמור ככל שחולף הזמן גובר הצורך בקבורת הגוף, וממד הזמן אף מהו שיקול ביחס למועד החזרתנה". (פסקה 11 בעמוד 92 בפסק הדין).

37. לכן, הקביעה של שופטי הרוב לפיה ההחלטה החדשה מידתית ובכל מקרה יונקת את סמכותה מכח תקנה 133(3) לתקנות ההגנה סוטה מהתלכה הפסוקה הקיימת כיום. ראשית, השינוי בחילטה והפיקת חריג של מסירת גופות לכל משנה באופן מוחלט את התשתיות העובdotיות שנבחנה בדנ"ץ עליון והיה מתחייב לבחון את שאלת ההסכמה מכח התקנה לאור התשתיות העובdotיות החדשה. שנית, תשתיית חדשה זו מובילה למסקנה שהחלטת הקבינט החדשה מעניקה שיקול דעת גורף ועל כן היא בלתי מידתית. החלטה הפסוקה בהקשר זה קובעת כי שיקול דעת גורף הופך אותה לבלתוי חוקית זאת במיחוד כאשר ישנה פגעה בזכויות יסוד.

38. ראו בהקשר זה בג"ץ 8276/05 **עדالة נגד שר הבטחון** (ניתן ביום 12.12.2006), שם קבע הנשיה (בdimos) בראק בפסקה 37 לפסק דין כדלקמן:

"אכן, הדרך המידנית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה. במקרים זו תבחן אם המקרה נופל לגדולה של "פעלה מלחמתית", תהא הגדרתה אשר תהא. ניתן להרחיב הגדרה זו, אך אין להחליף בדיקה אינדיבידואלית זו בשלילת אחריות גורפת."

ראו גם בג"ץ 1308/17 **עיריית סלווד נגד המגנט** (ניתן ביום 9.6.2020) שם ציינה הנשיה חיות בפסקה 93 לפסק דין כי: "החוobaה לנוקוט אמצעי שפגיעתו פחותה משמעותה, בין היתר, הימנעות משימוש בהסדר גורף והעדפת אמצעי החוץ בבדיקה אינדיבידואלית". ראו גם בהקשר לבחינה הפרטנית את בג"ץ 10662/04 **סלאח חסן נגד המוסד לביטוח לאומי** (ניתן ביום 28.2.2012).

39. לא בצד שהשופט עמית התייחס בעמדתו להלכה הנוגעת לאיסור על החלטות גורפות והפנה לצורך כך לעניין צiams. במקרה זה דו בג"ץ בעתרת חמשת תושבות רצועת עזה שנזקקו לטיפול רפואי מציל חיים, לאור מחולתן בסרטן ושיינו זמין ברצועת עזה. העתירה הוגשה לאחר שהמדינה סירבה לבקשתן להיכנס לישראל מן הטעם שהן קרובות משפחה מדרגה ראשונה של אנשי חמאס. המדינה טענה כי קירבתן המשפחתיות של העוטרות לאנשים המזוינים עם ארגון חמאס מספקת כדי לתיגען עם ארגון חמאס ולתחוץ בכך על הארגון באמצעות איסור יציאתן מרצועת עזה לצורך קבלת טיפול רפואי. בג"ץ דחפה את עמדת המדינה הגורפת וקבע כי אינה עולה בקנה אחד עם הבדיקה הפרטנית.

... ניתן אפוא לקבוע כי מטרתה של המניעה אינה נוגעת לבקשת הכניסה ואינה נוגעת מסקל ראוי לגורלו ולהשפעת הסירוב על מצבו הרפואי. מנתה זו אינה עולה בקנה אחד עם פסיקתנו כפי שהובאה לעיל.

הgem שאין חולק כי ממשלה ישראל רשאית לנוקוט את מירב האמצעים כדי לקדם את השבתם של שבויים ונעדרים ישראלים המוחזקים על ידי ארגון חמאס; וכי מדובר בתכilit וראיה שיש לחזור לאוות להגשמה – הרוי שאין בכוחה של תכילת זו להצדיק הסדר השולל אפשרות לקבל טיפול רפואי מציל חיים בישראל מבן משפחה של איש חמאס. זאת, הגם שמן החולה עצמו לא נשקפת טכנית ולא מיויחסת לו כל פעילות אסורה. ההכרה בקדחת ערך חי האדם מחייבת כי בקשה להיכנס לשירות רפואי לצורך קבלת טיפול רפואי הומניטרי מציל חיים תיבחן באופן פרטני. לא ניתן לסרב לבקשתה מסווג זה על בסיס גורף כשמזובר במאי שלא נשקפת ממנו סכנה ביטחונית מבלי שנבחנו, בין היתר, מצבו הרפואי העדכני של מבקש הכניסה; החולפות הרפואיות האפקטיביות העומדות לרשותו; והשפעת חלוף הזמן – בין היתר עקב הידרשות לחולפה טיפולית רחוקה מישראל – על מצבו הרפואי. התעלמות מכל אלה וביסוס החלטה על פעילות אסורה של בן משפחה, שאינו כל טענה כי החולה מעורב בה או מודיע לה, מנוגדת למושכלות היסוד שבחן אנו מתחייבים".

בג"ץ 18/5693 **סמייה צiams נגד ראש הממשלה**, פסקאות 23-24 לפסק הדין של הש"י פוגלמן (פסק דין מיום .(26.8.2018

40. הלכה זו יושמה במקרים נוספים. במקרה של ابو דקה חורה בג"ץ למדינה לאפשר למטופלים תושבי רצועת עזה, ככל הניתן להיכנס לישראל לצורך קיום דיונים בתביעותיהם. בית המשפט קבע שצריך לסייע ככל שניתן למטופלים להגיש את תביעותיהם ולנהל אותן בפני בתים המשפט ובדברי השופט רובינשטיין:

"הגישה הפרקטית ממשמעה בחינה של הנוהל וההנחיה בפועל, קרי, על העותרים לлечט במסלול שבנהול ובנהנחיה, כדי שניתן יהיה לעמוד עיל טיב יישומו. לטעמו לא הסמנטיקה של אי ראיית התביעה כתעט הומנטרי חריג עיקר, אלא מימושה של האפשרות לתבוע. מדובר בשני מסלולים האמורים להיפגש, גם אם הדברים אינם פשוטים טכנית. מחד גיסא, מתחייבת המדינה לעשותות מאמצים להקל על התובעים על-ידי החקלות הפרוצדורליות שהזוכרו מעלה, ומайдך גיסא, על התובעים לפעול לפי הנוהל ולמצות את האפשריות בו, הכוללות פניה למתק"ק באמצעות הוועדה האזרחות הפלטינאית, וככל שיש מנגעה להגשה דרוכה, ישירות למתק"ק; ניתן לעורר על החלטת סירוב בפניו מתק"ק, ולאחר מכן ישנה אפשרות לעתירה מינוחלית בבית המשפט לעניינים מינוחיים בואר שבע ואפ' לעורר בבית משפט זה. ראוי כמובן לעשותות כל מאמץ שלא להגיע לכל שורת ההליכים, אלא כי גורמי המדינה י��ו ככל הניתן תוך השרה מירבית של מחסומים טכניים- פרוצדורליים בגדדי הביטחון, וכמובן אין בכך כדי לומר דבר על התקיים לגופם".

בג"ץ 12/7042 **מאחר אסמעיל ابو דקה נגד שר הפנים**, פסקה כי לפסק הדין של הש' רובינשטיין (פסק דין מיום 16.12.2014).

41. יתר על כן, ראו פסק דין בעניין **יוסוף ברן**, שם נדונה עתירה נגד משרד הביטחון בדרישה לאפשר לעוטר לצאת מרצעת עזה אל הגדר המערבית לצורך קבלת טיפול רפואי לאחר פצעתו מירי הצלפים במהלך צעדת השיבה הגדולה בעזה בשנת 2018. בתגובה שהוגשה לבית המשפט על ידי המש��בים, צוין כי שר הביטחון דוחה מתן היתר לכל פצוע, ולא קשור לשינויו הארגוני, לצאת מרצעת עזה לצורך קבלת טיפול רפואי שאינו זמין ברצואה רק בשל העובדה כי אותו אדם השתתף בהפגנות על הגבול בין הרצועה לישראל. גם כאן דוחה בג"ץ את עמדת שר הביטחון הגורפת בזו הלשון:

"עם זאת, כידוע, על הרשות המינוחלית מוטלת החובה לבדוק האם נסיבותיו המיוחדות וחיריגות של המקהלה הנדון, איןן מצדיקות סטייה מהנהלים וההנחיות הכלליות (ראו: **בג"ץ 6867/96 המועצה המקומית כפר-כנא נ' שר הפנים**, פ"ד נב(3) 111, 115 (1998); **בג"ץ 96/7053** אמ庫ור בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד נג(1) 213, 193 (1999); דפנה ברק-ארז משפט מינחלי כרך א 250 (2010) (להלן: ברק-ארז)). בנוסך לכך, הפעלת שיקול דעת לצורך יישומו של נוהל מינוחלי בעניינו של אדם צריכה להתבצע לאחר בדיקת נסיבותיו הקונקרטיות והרלוונטיות לשם קבלת ההחלטה. אף במקרים בהם מבשת הרשות המינוחלית מדיניות כללית, עליה לבחון האם ראוי לישם אותה בשים לב למערכת העובדות בכל מקרה (ראו: **בג"ץ 17/3758** הסתדרות העובדים הכללית החדשנית נ' הנהלת בתי המשפט, פסקה 29 (20.07.2017); ברק-ארז, 201-206, 440-439).

לא שוכנענו מטעוני המשיבה כי בעת הפעלת שיקול הדעת טרם קיבלת החלטה בעניינו של העוטר 1 נבחנה השאלה האם נסיבותיו המיוחדות וחיריגות של המקהלה הנדון, איןן מצדיקות סטייה מהנהלים וההנחיות הכלליות, או כי נרכחה בתינה קונקרטית של נסיבותיו הפרטניות של העוטר 1, ובכלל זה – מצבו הרפואי וההשלכות הקשות של היעדר מתן היתר מעבר לרמאללה על מצבו".

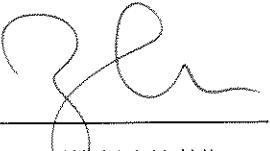
בג"ץ 18/2777 **ברן נגד מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פסקאות 8-9 (פסק דין מיום 16.4.2018).

42. לכן המשך החזקת הגוף אך ורק מהטעם שהתקבלה החלטה מדינית כללית, איןו בדיון. שכן ממשמעו שהחלטה מדינית גוברת על שלטון החוק גם כאשר מדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות. יודגששוב, כי מעולם לא ניתן פסק דין שמצויך את הפגיעה בשלטון החוק או בזכויות חוקתיות אך ורק משום

שהתקבלה החלטה מדינית כללית. החזקת הגוף מטעם מדיני היא פגעה בזכות החוקתית לכבוד חן של המנוח והן של משפטתו וזאת בהעדר הסמכה בחוק.

43. אי לכך, גם בהקשר לסוגיה השנייה המועלית בקשה זו, עולה כי עדמת הרוב סוטה מחלוקת הפסקה של בית המשפט.

לאור האמור לעיל, מתבקש בית להורות על קבלת בקשה זו ועל קיומם דין נטף בפסק הדין.



שלמה זוהר, עורך דין



חנן גיבארון, עורך דין

ב"כ העותר

31.10.2021
חיפה,



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4462/20

לפני :
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמיית
כבוד השופט ד' מינץ

העוטר :
מוסטפא מוסא חסין ערייקאת

נ ג ד

המשיבים :
1. המפקד הצבאי לאזרור יהודה ושרמן
2. שר הביטחון

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך היישיבה :
ה' בניסן התשפ"א (18.03.2021)

בשם העוטר :
עו"ד סאוסן זהר; עו"ד חנן גיבארין

בשם המשיבים :
עו"ד אבי מיליקובסקי; עו"ד שרון אבירם

פסק דין

השופט נ' הנדל:

1. ביום 1.1.2017 קיבלת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי החלטה בדבר " מדיניות אחידה בטיפול בגופות מחבלים" (ב/171) (נוסח לא מסוג), לפיה –

"א. גופות מחבלים מוחזקנה בתנאים מגבלים הנקבעים על ידי גורמי הביטחון.

ב. גופות מחבלים בשיווק חמאס יוחזקו בידי ישראל.

ג. גופות מחבלים שביצעו אירוע טרור חריג בנסיבות יוחזקו בידי ישראל" (להלן: ההחלטה המקורית).

עתירות שהוגשו נגד ההחלטה זו התקבלו תחילתה, אך בדיון הנוסף אימץ הרכב מורחב של בית משפט זה את עמדתי בג"ץ 4466/16 עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

(14.12.2017) (להלן: עניין עליאן), והכריע כי תקנה 3(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה), "משמעות המפקד הצבאי להורוח על קבורה ארעית של גופות מחבלים או חללי אויב משיקולים של ביטחון המדינה ושלום אזרחייה, תוך שמירה על כבוד המת ומשפחותו, לצורכי משא ומתן להשבת חילוי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור" (חתימת דנג"ץ 10/190 מפקד כוחות צה"ל באזרור יהודה והשומרון נ' עליאן (9.9.2019);להלן: דנג"ץ עליאן).

2. ביום 23.6.2020 נורה אחמד מוסטפא ערייקאת (להלן: שדיקת) על ידי כוחות הביטחון, "אנב ביצוע פיגוע דריסה, בו נפצעה שוטרת מג"ב", כלשון המשיבים – ומהזם מחזיקים בגופתו. שבוע ימים לאחר מותו של ערייקאת בבקשת להורוח על השבת גופת בנו, וטען כי "החזקת הגוף במקרה דנן לא עונת על החנאים שצינו" בדנג"ץ עליאן. במהלך הדיון הראשון בעתירה (השופט י' נעית, השופטה ע' ברון והשופט ע' גודסקובף), אישר ב"כ המשיבים כי "לא נמצא עיגון בהחלטת הקבינט הנוכחית לצורך עיבוב השבה" (עמוד 2, שורות 2-1 לפרטוקול הדיון מיום 22.7.2020); ציין כי ישנה כוונה לשנות החלטה זו; והודיע כי טרם התקבלה החלטה סופית לגבי המשך חזקה גופת ערייקאת. בו ביום, ניתן צו על תנאי, המורה למשיבים לנמק "מדובר לא ימסרו לעוטר בהקדם האפשרי את גופת בנו".

בתחair התשובה ביקש היועץ המשפטי לממשלה להעניק למשיבים הזדמנות להביא את הסוגיה לפני הקבינט, והדגיש כי אם ההחלטה המקורית לא תשתנה בתוך זמן קצוב, הרי "שלא יהיה מנوس מהפוך את הצו על תנאי שהוצא – לצו מוחלט". הארכה המבוקשת ניתנה, וביום 7.9.2020 מסרו המשיבים כי הקבינט החליט –

"לעדכן את ההחלטה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מס' ב/171 מיום 1.1.2017 ולהוסיף כי יש למנוע החזרת גופות מחבלים, ללא קשר לשיקון הארגוני, זאת, אם המחלבים רצחו או פצעו אדם, או נשאו אמצעי לחימה (קר או חם)."

לכשתייחס סוגיות השו"ן, תיבחן ההחלטה מחדש בהתאם ובכפוף להערכת מצב. בסמכותו של שר הביטחון לחרוג מדיניות זו במקרים מיוחדים" (להלן: ההחלטה החדשה).

עוד נמסר כי עניינה של גופת ערייקאת נבחן בראוי ההחלטה החדשה, והוא החלט שאין להшибה.

2. בעקבות המפתחויות אלה, חיקן העותר את העתירה. לדבריו, ההחלטה החדשה אינה מנומקת; נטולת תשתית עובדתית ונורמטיבית; אופייה הגורף מנוגד לעמדת שגיבש היועץ המשפטי לממשלה בשנת 2004; היא נוגעת בחירגה מסמכות; פורצת לחולוטין את האיזונים שניצבו ביסוד הכרעת הרוב בדנג"ץ עליאן, ופוגעת בזכויות היסוד בצוות לא מידית. במשורר אחר, העותר השיג על הקביעה שעריקאת ניטה לבצע פיגוע, וטען שאין להחיל על גופתו, באופן רטרואקטיבי, את ההחלטה החדשה. מנגד, המשיבים, שהגישו תצהיר תשובה מתוקן, סברו כי העתירה אינה מוגלה עיליה. שאלת הסמכות הוכרעה בדנג"ץ עליאן, וההחלטה החדשה אינה חרוגת ממתחמי הסבירות והמידיות: חכליתה זהה לשול קודמתה; היא נועדה לפחות חליפין קונקרטית; והיא מותירה מקום רב לשיקול דעת פרטני. לפיכך, לאור היקף המוצמצם של ההתערבות השיפוטית בהחלטות הממשלה, אין להחערב בה. אשר לגופת עריקאת, המשיבים טוענים שאין מניעה להחיל עיליה את המדייניות החדשה, הוואיל ואין לבני המשפחה "זכות קניה' או 'סתמכות' לכך שההחלטה על השבת גופתו [...] תתקבל בהתאם למדייניות השוו'".
הנווגת בעת ביצוע הפיגוע.

3. בדיעון השלישי בעתירה הוצג לנו – במעמד צד אחד, ובהסכמה העותר – חומר הנוגע למדייניות הכללית ולענינו הפרטני של עריקאת, ובעקבותיו נדרשו המשיבים לעדכן לגבי תוכאות מהליך "שעניינו קביעה כללית ביחס להחלטה הרלוונטית לעתידה". ביום 20.12.2020 הודיעו המשיבים על גיבוש הנחיות המבahirות את "סדר הפעולות והמידע שיש להביא בפניו שר הביטחון, על מנת שייקבע, בהתאם להחלטת הממשלה, אם גופת מחבל עומדת בתנאים להחזקתה", ואת אמות המידה המהוות להפעלת סמכות الشر. להודעה צורף גם נוסח גלוי מוקוצר של חוות דעת הרמטכ"ל שהוצעה לקבינט – וה看望ים הדגישו כי על אף שהוזכר בה "שיעור משני" נוסף, הרי שההחלטה החדשנית "התקבלה לצורך תכילת שו"ן", ובהתאם הגוף הקונקרטית מושא העתירה שבכורתה מוחזקת לתקילה שו"ן בלבד". בד בבד, מסרו המשיבים כי בتحינה נוספת בענינו של עריקאת הובילה למסקנה שהוא אינו בא בוגדי החירגים להחזקת גופות מחבלים – ודחו את טענות העותר במישור התחוללה הרטרואקטיבית. זאת, בין היתר, משום שעוזר לפני מותו של עריקאת נמסר, במסגרת הליך משפטי אחר (בג"ץ 921/20), על הבדיקה המחדשת של מדייניות החזקה.

4. בדיעון האחרון שהתקיים בעתירה, ביום 18.3.2021, הוצגו – אף זאת במעמד צד אחד, ובהסכמה העותר – ההנחה והג�ל שגובשו, ומידע קונקרטי ביחס לעריקאת, ונמסר עדכון לגבי מצב כלל הגוף שעניין נבחן בהתאם לאמות המידה שנקבעו. מן העבר השני, העותר ביקש להציג "דו"ח מצאים של חברה מאוד ידועה", השולל את

סיווגו של עירקאת כמחבל, וטען כי גופתו מוחזקת משיקולים זרים. בעקבות הדיון הוגשה, ביום 1.7.2021, הودעת עדכון נוספת, ובה "פרפרזה גלויה ביחס לאמות המידה החטויות": "אמות המידה הן חסויות, אולם ניתן לציין כי במסגרת התהילה שמתבצע לצורך קבלת החלטה ביחס לכל גופה, נשקלים קריטריונים הנוגעים לנטיות הפיגוע וחותאותיו; אפייניו המחבל; ונסיבות הקשורתו למשא וממן להשבת אזרחי מדינת ישראל וחילו צה"ל". להודעה צורפו גם תרשימים של הליך קבלת ההחלטה, והודעת עדכון חסוייה מטעם ראש אגף המבצעים באח"ל – שורתה התחתונה היא כי המשך החזקה גופות המחבלים "היונית" במילויו "בעת זו".

5. לאור התפתחויות שפורטו לעיל, יצא לחברתי לדוחות את העתירה, משום שהיא אינה מגלת עילית הטעבות בהחלטה להחזיק, בשלב זה, בגופת עירקאת.

תקנה 133(3) לתקנות ההגנה קובעת כי, "למרות כל הכלול בכל חוק, יהיה מותר למפקד צבאי לצוות כי גופתו של כל אדם תיקבר באותו מקום שהמפקד הצבאי יורה. המפקד הצבאי רשאי באותו צו להורות מי-ומי יקבר אותה גופיה ובאיזה שעה תיקבר. הצו האמור יהיה הרשאה מלאה ומספקת לקבורהה של אותה גופיה, וכל אדם העובר על אותו צו או מפיע לו יאשם בעבירה על התקנות האלה". בהתאם להכרעת הרוב בדנג"ץ מליאן, אותה ציטתי בפתח חוות דעת, תקנה זו "מסמיכת המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים או חללי אויב משיקולים של ביטחון המדינה ושלומ אזרחיה, תוך שמירה על כבוד המת ומשפחותו, לצורכי משא ומתן להשבת חיליל וחיליל צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור". כאמור, המשיבים הבאהו שלא חל שינוי ב��ילתה של ההחלטה החדשה, וכי, קודמתה, היא מתמקדת בקיום המשא ומתן להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי ארגון טרור. לפיכך – ולאחר שאין בלשון תקנה 133(3), או בלשון הפרשנות שניתנה לה, כל עיגון לטענה שסמכות המפקד הצבאי מושפעת משיקומו הארגוני של המחבל, או מתוך פולחת הטרור שביקש לבצע – אין במדיניות החדש פגם במישור הסמכות.

6. השאלה המורכבות יותר מתעוררות במישור שיקול הדעת – שכן ההחלטה החדש מרチיבה את היקף החזקה גופות המחבלים ביחס לקודמתה, והופכת את חריג החזקה לכלל. אף על פי כן, אין בשאלות אלה כדי להוביל למסקנה שההחלטה להחזיק בגופת עירקאת חורגת, בשלב זה, מתחמי הנסיבות והמידות.

ראשית,指出 כי הבדיקה המחדשת של ההחלטה המקורית רואה, כשלעצמה, וועלה בקנה אחד עם הוראת בית משפט זה, לפיה "על הרשות המוסמכות לשוב ולבחון

לעתים מזומנת את הניסיבות המשתנות. זאת, הן ביחס למדיניות הכללית (קרי, מידת היקונקרטיות' של עסקת חיליפין אפשרית), והן ביחס ל'ערך' של החזקת מחבלים ספציפיים על הגורמים המוסכמים" (ענין נלייאן, פסקה 23 לחוות דעת, דנג"ץ נלייאן, פסקה 36 לחוות דעת הנשיה א' חוות). אולם, במקרה הנוכחי בחינה זו הובילה דווקא להרחבת מדיניות ההחזקה. אולם, בתוצאה זו אין פסול איינהרנטי, שהרי המזיאות המשתנה עשויה להשפיע על האיזון הרואוי לכאן ולכאן.

שנית, מן ההודעה שהגישיו מшибיו המדינה במסגרת בג"ץ 921/20 כנאננה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, כבר ביום 15.3.2020 – כשייה חדשם עובר לקבלת ההחלטה החדשה – עולה שההחלטה החדשת התקבלה בתחום תחילה ממושך. נמסר כי תחילה זה כלל עבודת מטה מקדימה, ו"שייח'" בין משרד הביטחון והמטה לביטחון לאומי (פסקאות 13-12 לחשיבות המדינה לעתירה המקורית), וכי בסיוםו הוצגו לחברי הקבינט "دعות מקצועיות שונות ואף מגודדות" מטעם הרמטכ"ל, נציג השב"כ ומתחם השבויים והנעדרים במשרד ראש הממשלה (פסקאות 35 ו-46 לתחביר התשובה לעתירה המתוκנת). מדובר, אפוא, בהחלטה שהתקבלה בהליך תקין ועל יסוד שתית עובדתית מקיפה. לא זו בלבד – החומר שהוצע לפניו במעטץ אחד, בהסכמה העותר, מעיד כי לפחות בנקודת הזמן הנוכחית קיים קשר רצינומי בין ההחלטה החדשה על הרחבת היקף החזקה גופות המחבלים ובין תכלית השבת האזרחים וגופות החללים.

זאת ועוד, כבר נקבע כי "הנסיבות שתצדקנה קבורה ארעית של גופה [...] יכולות למצוא את הסדרותן בנסיבות הנוגעים להבניה שיקול דעתו של המפקד הצבאי, ככל ועד כמה שיש אפשרות לצפות מראש את התהווישים הצריכים לעניין. זאת מתוך הכרה בכך שלא ניתן לכبول מראש את שיקול הדעת של המפקד הצבאי לפרקי זמן קשים או לרשימה סגורה של תcheinים, בשל המטריה אשר מעצם טيبة כרוכה בנסיבות דינמיות ומשתנות הקשורות, בין היתר, לתחליק המשא ומתן מול ארגון הטrror הרלוונטי" (דנג"ץ נלייאן, פסקה 28 לחוות דעת הנשיה). בעקבות העורחותנו בדין, המשיבים הבנו את שיקול דעת הגורמים המוסכמים באמצעות הנחיות הפורטאות את השיקולים הרלוונטיים, ואת ההייררכיה ביניהם (ראו לעיל, פסקה 4) – ובchner מחדש את גורל כל הגוף שהוחזקו בידייהם בראשות מידה אלה. הכרה זו בקיים חריגים, ובבחינה הפרטנית הנדרשת בעניינה של כל גופה, מאפשרת להחלטה החדשת לצלוח גם את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. אולם, פגיעה של ההחלטה המקורית במחבלים ובבני משפחותיהם מצומצמת יותר, אך המזיאות העגומה מעידה שכ' גם תרומה להשתתת הרכזיה – ולכן היא אינה מהוות תלופה רלוונטית.

אשר ל מבחן המדיניות במובן הצר, אומר רק שהחומר שהוצע בפנינו מאפשר

לקבוע כי בעת זו –

"החלטות המפקד הצבאי עומדות אף בבחן של נזק מול תועלת [...] מדובר בהחלטות שפגיעתן בזכות המתים ומשפחותיהם לכבוד מצומצמת יחסית – ואני ממודדת במרכזה הוצאות. עניינו בקבורה ארעית במהותה, שאיןנה – מנחת את זיקתם של בני משפחות המחללים למתחם – ואני מונעת מהם, בהכרח, לפוך את הקברים הארעיים, ואף ליטול חלק בקבורה (בכפוף, כמובן, לשיקולי ביטחון רלוונטיים). קבורות המחללים בצורה רואיה, בהתאם למנחי הדתם, ובאופן המאפשר זיהוי עתיקי של גופותיהם, מצמצמת עוד יותר את הפגיעה בכבודם. אשר על כן, באיזו בין פגיעה זו לבין הצלילות הביטחונית המהותיות הניצבות בסיסו המדיני שמכוחה התקבלו החלטות המפקד הצבאי, הcpu נוטה, מן הבדיקה העקרונית, לזכות האחראות" (ענין עליאן, פסקה 24 לחווות דעת; דנג'ץ עליאן, פסקה 36 לחווות דעת הנשיאה א' חיות).

ההחלטה החדשה אמונה מעניקה משקל רב יותר לשיקולי הביטחון ופדיון השבוים, על פני כבוד המחלל המת ובוני משפחתו, אך לא שוכנעתי כי החלטת המפקד הצבאי לפעול על פיה ולהחזיק בגופת עריקאת חורגת – במקרה הנוכחית – ממתחמי הסבירות והמידתיות.

7. אם יש במאפייניו הפרטניים של עיריקת כדי לגלות עילית התערבות בהחלטת המפקד הצבאי? התשובה לכך שלילית. העותר לא מצביע על עילית התערבות בנסיבות העובדות של המשיבים לגבי אופי האירוע שבו נמצא עריקאת את מותו – וגם בטענות כלפי מועד חholת ההחלטה אין ממש. המפקד הצבאי יונק את סמכותו מתקנה 133(3) לתקנות ההגנה, אף שהפעלת הסמכות בניגוד להחלטה המקורית הייתה מעוררת קושי רב (כפי שהבהיר, כאמור, גם היועץ המשפטי לממשלה), התמונה שונה כשמדבר בעיכוב זמני של הגופה לצורך מצוריה המחדשת של המדיניות, שהחלה חודשים לפני מות עריקאת. בכלל מקרה, אין בעיכוב זה כדי לשמות את הקרן מתחת המשך החזקת הגוף, לאחר השלמת הבדיקה וגיבוש המדיניות הקבועה.

לאחר שקרהתי את חוות דעת חברי, השופט י' עמית, אציג כי להשפט עקרון חוקיות המינהל – "ולפיו פולח מינהלית אינה יכולה להישות ללא הסמכה" – לא הופר בעוויומו. כאמור, סמכותו של המפקד הצבאי להורות על החזקה גופות מחללים משיקולי ביטחון מעוגנת בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה, ואני יונקת מהחלטות הקבינט. החלטות

אליה משליכות, כמו כן, על אופן הפעלת שיקול הדעת של המפקד, אך אין בכך כדי להציג את היקף הסמכות שהקנה לו המחוקק, ומשכך ברי כי החלטתו בעניין עיריקאת התקבלה בסמכות – גם אם חריגה מן המידניות שהחותמה ההחלטה המקורית.

למעלה מכך, אזכיר כי "הלכה נושנה במשפטנו היא, המוכרת כהלהת מיכלין, כי משעה ניקח המחוקק במישרין לפיקד ציבור סמכות שהשימוש בה כרוך בהפעלת שיקול דעת [...] חiyibat הרשות המוסמכת להשתמש בה לפי שיקול דעתה היא, מבלי שתהיה כפופה להוראות מחייבות מצד המונחים עליה" (רע"א 4696/19 פלונית נ' קצין התגמולים, פסקה 17 (12.12.2019); להלן: עניין פלונית). מבלי להידרש לגבולותיה המדוייקים של הלכה זו, שזכתה לביקורת בספרות המשפטית (ראו, למשל, יצחק זמיר הסמכות המינוחלית כרך ב 941-946 (מהדורה שנייה מורחבת, 2011)), די לומר כי המפקד הצבאי " רשאי להתחשב במידגיות שנקבעה בתחום הנדון, וכן להיעזר בעצם של אחרים, אך ההחלטה הסופית היא שלו, בכפוף להוראות החוק שהסמכו" (عنيין פלונית, בפסקה 17, וההפניות שם). נמצא כי בהחלטתו של המפקד הצבאי לעכב את גופת עיריקאת – מתוך מודעות לכך שהקבינט בוחן מחדש את המידניות שشرطטה ההחלטה המקורית, לאור השינויים בתשתיית העובדתית הרלוונטי – לא נפל פגם המצדיק התערבות שיפוטית.

8. אשר על כן, יצא לחבריי לדוחות את העתירה ולבטל את הצו על תנאי שנינתן בה. ביסוד הכרעה זו ניצב השיקול כי בתקופה הנוכחית אין עילה להחערב בעניין. בד בבד, ניתנת לעותר אפשרות לשוב ולהעלות את השגותיו לגבי מרכיב שיקול הדעת בהחלטת המפקד הצבאי בעניין עיריקאת – וההחלטה החדשנית שעליה היא מבוססת – בחולף שישה חודשים ממועד מתן פסק דיןנו.

שופט

השופט י' טמייה:

1. אחמד מוסטפא עיריקאת (להלן: עיריקאת) נורה ביום 23.6.2020 אגב ביצוע ניסיון לפגוע דריסה. זו המסקנה אליה הגיעו גורמי הביטחון וכן גם עליה מהחומר שהונח לפניו. מכאן, שיש לראות בעיריקאת מחבר וזו נקודת המוצא של דיונו.

גופתו של עיריקאת מוחזקת במקרר מזה למעלה משנה. לו דעתך תישמע, היה מקום לעשות את הזו למוחלט כבד בסמוך לאחר שנחנן הזו על תנאי ביום 22.7.2020, ובוודאיبعث, בחלוּף תקופה כה ארוכה. אונק בקצחה את מסקנתי.

2. החזקת גופות המחלבים בהתאם להחלטות הקבינט הביטחוני קשורה קשר הדוק לנושא השו"ן – השבויים והנעדרים. ארגון החמאס מחזיק בשני אזרחים, שבנסיבותיהם האישיות חזו את הגבול לרצועת עזה, והם אבראה מגניסטו בחודש ספטמבר 2014 והישאם שעבאן א-סיד בחודש אפריל 2015. ארגון החמאס מחזיק מזה שבע שנים גם בשתי גופות של חללי צה"ל שנפלו במהלך מבצע "צוק איתן" בקייז 2014, והם טגן הדר גולדין ז"ל וסם"ר אורון שאול ז"ל.

ב הסכמת העותרים, שמענו במעמד צד אחד את גורמי הביטחון הדרוזניים. כשלעצמו, התקשייתי לשתקנע מההסבירים ומהחומריים שהוצעו לפניינו על ידי הגורמים השונים, אך מטבע הדברים לא ניתן לפרט בנושא זה, ולא על כך אשתייך את ההחלטה. אסתפק בהערה כי גם הדיון בדנ"ץ 10/190 מפקד כוחות צה"ל באזרע יהודה והשומרו נ' עליאן (9.9.2017) (להלן: עניין עליאן) נערך תחת הנהנча של החזקת גופות מחלבים חרומה אפשרית לקידום המשא ומתן להחרת האזרחים וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי חמאס, ומאו חלפו כארבע שנים. מכל מקום, גם במשפט החוקתי וגם במשפט המינהלי שניינו ולמדנו כי "לא נדרש כי האמצעי שנבחר יגשים באופן מוחלט וודאי את המטרה" (בג"ץ 6427/02 התנוועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 706 (2006)), כך שהעובדת כי המו"מ עם החמאס טרם הניב פרי, אינה שיקול מכירע.

3. אין חולק כי על מדינת ישראל חובה מוסרית להחזיר את אזרחיה ואם חלליה. דורות של חילימ התהנו ו אף הקריבו את חייהם ואת שלמות גופם על האתוס שלא משאים חבר, חי או מת, בשדה הקרב. המדיניות הנוגעת להחזקת גופות מחלבים לא נועדה לצורכי ענישה אלא לצורכי משא ומתן. מדיניות זו היא לאחר האמצעים שבהם נוקתה המדינה, בלית ברידה, על מנת להסביר את חילוי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור. אך לצורך המקרה שלפניינו אני נדרש לבחון את מכלול השאלה האתית-מוסרית-ערפית הנוגעת למדיניות של החזקת גופות מחלבים ולשימוש בהן כ"קלפי מיקוח" אל מול ארגון החמאס.

4. בעת שעריקאת ביצעה את ניסיון פיגוע הדריש, עמדה בתוקף החלטת הקבינט המדיני-ביטחוני מיום 1.1.2017 (להלן: החלטת הקבינט הראשונה) לפיה גופות מחלבים

בשיעור חמאס או גופות מחבלים שביצעו אירוע חריג במילוח, יוחזקו בידי ישראל. הרצינול מאחרורי החלטה זו היה שאין משקל גופת מחבל עם שיווק ארגוני לחמאס או גופת מחבל שביצע פיגוע חריג כמשקל גופת מחבל בודד ללא שיווק ארגוני. בדומה, בגג"ץ 17/6314 נmons נ' ממשלה ישראל (4.6.2019), שם נדונה ההחלטה למנוע ביקורי משפחתות אצל אסירים ביטחוניים מעוז המשתייכים לארגון חמאס, נתען על ידי המדינה כי יש "שוני רלוונטי בין קבוצת האסירים השוכנים לארגון הטרור חמאס אשר מחזיק בגופות חיללי צה"ל ובאזוריהם ישראלים ברצעת עזה, לבין האסירים האחרים".

אין חולק כי עניינו של עיריקאת לא נפל בוגדרה של החלטת הקבינט הראשונה, וכי אישרו המש��בים בנסיבות לצו על תנאי, "בתום בחינה זו נמצא כי הגוף אינה עומדת בתנאים הקבועים בהחלטת הקבינט הנ"ל [...]. אין מחלוקת כי המשך עיכוב השבתה של הגוף שבנדון מצריך את שינויו של החלטת הקabinet הנוכחית מיום 1.1.17".

יש להניח שכאשר עיריקאת ביצעה את ניסיון פיגוע הדרישת, הוא לא כלכל את מעשו מחוק מחשבה לגבי מה שייעשה או לא ייעשה עם גופתו, כך שאין להכיר בטענה "הסתמכות" שלו או של בני משפחתו על החלטת הקabinet הראשונה. אך החשוב לעניינו הוא, שכאשר המפקד הצבאי המשיך להחזיק בגופתו של עיריקאת, הוא עשה זאת בגין החלטת הקabinet הראשונה, שעד תוקפה עד ליום 2.9.2020, אז החליטה הקabinet הביטחוני להרחיב את הקרייטריונים להחזקת גופות מחבלים על כל מחבל, ללא קשר לשיוכו הארגוני, אם רצח או פצע אדם או נשא אמצעי לחימה קר או חם (להלן: ההחלטה הקabinet הנוכחית). ההחלטה הקabinet הנוכחית מצטרפת לשורה של אמצעים וצדדים שבהם נקבעה המדינה על מנת לקדם משא ומתן אפקטיבי עם ארגון החמאס לשחרור אבראה מגיסטו ושבaan א-סיד ולהשבת גופותיהם של סגן הדר גולדין ז"ל ולסם"ר אורון שאול ז"ל.

5. ההחלטה הממשלה באמצעות הקabinet המדיני-ביטחוני מחייבת את הדרג הצבאי, אשר אמור ליישם את מדיניות הדרג המדיני, בכפוף לעקרונות המשפט המינמלי. כפי שנורם מינימי אמור לפעול על פי הנחיות הפנימיות שבתוכף, ולא על פי הנחיות חדשות שנוצרו לאחר או בעקבות הפעולה מושא הנהניה המינימלית, כך גם במקרה דנן. הדברים פשוטים ונובעים מעקרון חוקיות המינימל ולפיו פעולה מינימלית אינה יכולה להיות ללא הסמכה, וכך "כגדול הפגיעה בזכות כך גודל ההסכמה הנדרשת" (דברי השופט פוגלמן בעניין עליואן, בפסקה 3 לפסק דין).

ודוק: אני נכוֹן להניח כי יתכן מקרים חריגים שבהם יש להביא בחשבון שינוי של המצב המשפטי, בשל החלטה או הנחיה שאמורה להיכנס לתוקף בתוך זמן קצר. אך במקרה שלפנינו לא הצדיק, לטעמי, סטיה מההחלטה הקabinet הראשונה, כך שהלכה למעשה, גופתו של עיריקאת הוחזקה שלא כדין משך למעלה חודשים אחדים על ידי המפקד הצבאי עד שהתקבלה החלטת הקabinet הנווכחית. במקרה אחר, גם שם ניתן להפעלה "מנופי לחץ" על חמאס - האיסור על קרובות משפחה מדרגה ראשונה של אנשי חמאס להיכנס לישראל לקבעת טיפול מציל חיים - נאמר כי "תכלית השו"ן", על אף חשיבותה הרבה שאינה שנויה בחלוקת, אינה יכולה להצדיק כל אמצעי באשר הוא" (בג"ץ 18/18 5693 ציאם נ' דאש הממשלת, פסקה 29 (26.8.2018)).

ובעניננו, בהינתן שגופתו של עיריקאת הוחזקה שלא כדין ושלא בוגדר החלטת הקabinet הראשונה, אני סבור כי יש לעשות את הזו לモוחלט ולהוראות על השבת הגוף. זאת, מבלי לגרוע מסמכות המפקד הצבאי לקבוע תנאים מגבלים שיבטחו את שמירת הסדר הציבורי בעת החזרת הגוף או קבורתו.

שׁוֹפֵט

השופט ד' מינק:

מסכימים אני להחות דעתו של חברי השופט נ' הנזל כי דין העתירה להידחות תוך ביטול הזו על תנאי שנחין בה.

1. נקודת המוצא היא כפי שהצביע חברי השופט הנזל, כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 מסמיכה את המפקד הצבאי להוראות על קבורה ארעית של גופת מחבל משיקולים של ביטחון המדינה ושלום אזרחה. השאלה אםתי הקבורה הארעית מקדמת את התכליות הביטחונית מסורת לשיקול דעתו של המפקד הצבאי (דנג"ץ 10190 מפקד כוחות צה"ל באזרור יהודה ושומרון נ' עליאן, פסקה 35 לחות דעתה של הנשיה א' חיות (9.9.2017) (להלן: עניין עליאן), כאשר השיקולים הם שיקולים שבמורמחיות צבאית וביטחונית (השו: בג"ץ 8414/05 יאסין, דאש המועצה הcejת בילען נ' ממשלה ישראל, פ"ד סב(2) 844, 822 (2007) והאסמכתאות שם). תפקיד הקabinet

המדיני-ביטחוני (להלן: הקבינט) הוא להבנות את שיקול הדעת של המפקד הצבאי ולתת לו קווים מוחדים לאופן הפעלת שיקול הדעת. על כן, גם במקרה שהוחזקה גופת מחבל שלא על פי הנחיות הקבינט, אין מדובר בהחזקה שלא כדי כוברי חילי השופט י' נעית, הינו לא סמכות, אלא בטעות באופן הפעלת הסמכות (וראו לעניין זה: בג"ץ 1827/92 2959/17 התאחדות התנשׁיינים בישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(4) 368, 383 (1992); בג"ץ 3199/20 רע"פ 20.11.2017 זייצב נ' מדינת ישראל, פסקה 1 לחוות דעתך (12.8.2021)); ובמקרה זה במלאת האיזון הנדרש בין השיקולים הביטחוניים מצד אחד לבין כבוד המת וכבוד משפחתו מצד שני (ענין טליון, פסקאות 13, 29 לחוות דעתה של הנשיאה).

2. זאת ועוד, הקושי העיקרי שמצא כוברי השופט נעית במקרה זה נועד בכך שענינו של עיראק לא מצור בגדעה של החלטת הקבינט הראשונה מיום 1.1.2017 אלא בהחלטה השנייה מיום 2.9.2020 (להלן: ההחלטה הקבינט השניה). על כן להשיקpto של כוברי, גופתו הוחזקה שלא כדי החל ממועד חפיסה ועד למועד קבלת ההחלטה השניה. ברם, חרף העובדה שאינה שונות בחלוקת שעריקאת לא השתייך לארגון טרור, החומר הסודי שהוגש לעונינו מציבע על כך שיש להגדרו כמחבל, והחזקתו גופתו על ידי המפקד הצבאי מקדמת על פי התרומות את ה��לית הביטחונית לשלהמה היא מוחזקת. ואת על אף שמדובר מותו קדם למבחן ההחלטה השניה. בכל מקרה, אף אם ישנו מקום לאמץ את הגישה המחייבת יותר, עדין אני רואה מקום להורות על החזרת הגוף ויש לנוקוט בגישה מהותנה יותר של שימוש בדוקטרינה הבטלוות היחסית (וראו: בג"ץ 16/7647 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט, פסקאות 81-82 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (13.5.2020)).

3. ומעבר לכל האמור, מוצא אני קושי בהתחרבות בשיקול דעתם של הקבינט ושל המפקד הצבאי. לטעם של אלה קיימת תועלת בהחזקה גופות מחבלים על אף שאין להם שיווק ארגוני. תועלת זו שבلتני ניתנת לעת הזאת למדידה, עשויה להוביל לקידום משא ומתן להשבת אזרחי ישראל וחללי צה"ל לשבי ארגון החמאם. על כן במלול השיקולים ונוכח ההלכה שיש לנוקוט בריטון מרבי בביטחון השיפוטית המופעלת על החלטת הקבינט שעה שהוא מקבל החלטה מדינית-ביטחונית מובהקת (וראו: בג"ץ 9594/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, פסקה 13 (21.4.2010)), הפטرون שמצויע כוברי השופט הנדל, על פיו לעת הזאת העתירהמידחה ובuchid לבוא ניתן לבדוק את מאוזן האינטרסים בשנית, הוא פטורן ראוי ונכון. ככלות הכל, כנגד עיקרונו שמירה על כבוד המת של עיריקאת מוצבה השמירה על כבוד המת של חללי צה"ל המוחזקים בידי החמאם. וכן נגד כבוד המת של עיריקאת מוצב עיקרונו פדיון

השכויים המוחזקים בידי החמאס. וכפי שהטיב לומר זאת חברי השופט הנדל בבג"ץ
4466/16 נליין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדרה המערבית, פסקה 15 לחוות דעתו
(14.12.2017):

"תכלית כללית נוספת הנגזרת מערכי היטור של המדינה
היא ערך 'פדיון השבויים'. בין אם מדובר ברכיב אינטגרלי של 'ביטחונן המדינה', ובין אם לאו, קשה
לפקפק במשמעות שיוחסה לערך זה במסורת היהודית –
כמו גם באתוס הישראלי. כפי שהטיב לתאר המשנה
לנשיא מ' חшин בעניין דנו"פ 7048/97 פלונים נ' שר
הביטחונן, פ"ד נד(1) 721 (2000):

ילא בכדי נקבעה המצווה של פדיון שבויים –
והיא מצויה נעה-מכל-געלה – והרוי כל
ישראל (ולעניןנו שלנו: לא רק ישראל) ערבי
זה-בזה. כוחו של צבא הוא באחוות-הלווחמים
בו, ואחוות-لوוחמים היא אהוה מעשה-
מייקה, לעת קרב ובגפו לוחם בשבי האויב.
וכשבועת שלושת המוסkitרים, כפי
שאלכסנדר דיומה (Alexandre Dumas) שם
בפייהם: "Tous pour tous, tous pour un.".
הלווחם יילחם בידיעו כי לא לבדר הוא, כי
לעת צרה ייחלצו חבריו להצילו. מצוינים
ועומדים אנו שלא ננטוש פצוע בשדה, וכמותו
של פצוע לא נש��וט עד לשחרור שבויינו
משבויים. לווחמים היו כמטפסי-הרים הקשורים
אללה-אל-אללה בחבל ובגורל, ומטפס שידו
שמטה וגופו נזק אל-תחום, חבריו יצילוهو
(עמ' 747)."

כל המוסיף גורע.

אשר על כן, הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט נ' הנדל, אליה האטרף השופט ד' מינץ כנגד דעתו החולקה של השופט י' עמית.

ניתן היום, יי' באלוול התשפ"א (18.8.2021).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

מוא 20044620_Z24.docx
מרכז מידע, טל: 3852,077-2703333 ; אוצר אינטראקט, *3852,
<https://supreme.court.gov.il>



בבית המשפט העליון

בשג"ץ 6378/21

לפני : כבוד הרשם רון גולדשטיין

ה המבקש : מושטפא מוסא חסין עיריקאת

נ.ג.ד

- המשיבים :
1. המפקד הצבאי לאזרור יהודה ושותמן
 2. מדינת ישראל

בקשה להארצת موعد להגשת בקשה לדין נסף

החלטה

בניגוד לנטען בבקשתו, ימי הפגרה נמנימים במנין הימים להגשת בקשה לדין נסף (ראן, בש"א 11/6927 דוכמן נ' קיבוץ מנניה, פיסקאות 10-11 (24.1.2012) ; בש"א 12/7622 לוי נ' מנורה חברה לביטוח בעמ', פיסקה 5 (11.11.2012)).

עם זאת, נוכח עדמת המדינה לפיה "המדינה תותר את ההכרעה בבקשתו [להארצת موعد – ר' ג'] לשיקול דעת בית המשפט הנכבד, מבלי לגרוע מכל טענה, ובבלתי שתהיה בכך התייחסות לגורוף של דברים", נurther אני לבקשתו להארצת موعد. המועד להגשת בקשה לדין נסף על פסק-דיןנו של בית משפט בכב"ץ 4462/20 עיריקאת נ' המפקד הצבאי לאזרור יהודה ושותמן (18.8.2021), יוארך אפוא בזאת, כמבוקש, עד ליום .21.10.2021

דבר הארכה יצוין בפתח ההליך, ככל שיוגש, והחלטה זו תצורף כנספה.

ניתנה היום, כ"ג בחשוון התשפ"ב (29.9.2021).

رون גולדשטיין, שופט

ר.ש.ם



בבית המשפט העליון

בשג"ץ 6378/21

לפני: כבוד הרשם רון גולדשטיין

ה牒בוקש: מוסטפא מוסא חסין ערייקאת

נ ג ד

- המשיבים:
1. המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון
 2. מדינת ישראל

**בקשה נוספת להארצת מועד להגשת בקשה
לדין גוף**

תחולתה

כמבוקש, המועד להגשת ההליך יוארך עד ליום 31.10.2021, וזאת בהיעדר
התנגדות מטעם המשיבים.

דבר הארכה יצוין בפתח ההליך, ככל שיוגש, והחלטתי זו תצורף כנספה.

ניתנה היום, י"ח בחשוון החשפ"ב (24.10.2021).

רון גולדשטיין, שופט

ר ש מ