**<u>בבית המשפט העליון</u>**

**דנג"ץ 7324/21**

| | |
|---|---|
| לפני: | כבוד הנשיאה א' חיות |
| המבקש: | מוסטפא מוסא חסין עריקאת |
| | נ ג ד |
| המשיבים: | 1. המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון<br>2. שר הביטחון |
| | בקשה לקיום דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 4462/20 מיום 18.8.2021 אשר ניתן על ידי השופט (כתוארו אז) נ' הנדל והשופטים י' עמית ו-ד' מינץ; תגובה מטעם המשיבים מיום 21.12.2021 |
| בשם המבקש: | עו"ד חסן ג'בארין; עו"ד סאוסן זהר |
| בשם המשיבים: | עו"ד אבי מיליקובסקי; עו"ד קובי עבדי |

## <u>החלטה</u>

בקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין של בית משפט זה (השופט (כתוארו אז) נ' הנדל, השופט י' עמית והשופט ד' מינץ) מיום 18.8.2021 בבג"ץ 4462/20 (להלן: פסק הדין), שבו נדחתה עתירת המבקש להשבת גופת בנו, שנורה על ידי כוחות הביטחון במהלך פיגוע דריסה שביצע.

רקע הדברים

1. ביום 23.6.2020 ביצע אחמד עריקאת (להלן: עריקאת) פיגוע דריסה שבו נפצעה שוטרת מג"ב. עריקאת נורה על ידי כוחות הביטחון במהלך האירוע וגופתו מוחזקת מאותה העת מכוח סמכותו של המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון (להלן: המפקד הצבאי) המעוגנת בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנה 133(3) ותקנות ההגנה) וקובעת כי:

> "למרות כל הכלול בכל חוק, יהיה מותר למפקד צבאי לצוות כי גוויתו של כל אדם תיקבר באותו מקום שהמפקד הצבאי יורה. המפקד הצבאי רשאי באותו צו להורות מי-ומי יקבור אותה גוויה ובאיזו שעה תיקבר. הצו האמור יהיה הרשאה מלאה ומספקת לקבורתה של אותה גוויה, וכל אדם העובר על אותו צו או מפריע לו יאשם בעבירה על התקנות האלה".

2. יוזכר כי לאורך השנים הסתמכה המדינה על תקנה 133(3) לשם קבורה ארעית של גופות מחבלים לצורכי משא ומתן עם ארגוני טרור, וביום 1.1.2017 קיבלה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (להלן: הקבינט) החלטה בדבר "מדיניות אחידה בטיפול בגופות מחבלים" (ב/171) (נוסח לא מסווג) (להלן: החלטת הקבינט הראשונה) כדלקמן:

> "מחליטים:
> א. גופות מחבלים תוחזרנה בתנאים מגבילים הנקבעים על ידי גורמי הביטחון.
> ב. גופות מחבלים בשיוך חמאס יוחזקו בידי ישראל.
> ג. גופות מחבלים שביצעו אירוע טרור חריג במיוחד יוחזקו בידי ישראל".

על פי ההחלטה, לא יוחזרו גופות מחבלים של ארגון חמאס ובנוסף לא יוחזרו גופות מחבלים שביצעו פיגוע טרור "חריג במיוחד". זאת משום שגופות אלה עשויות להיות בעלות "הקשר סמלי מיוחד" והחזקתן עשויה לסייע בהשגת הסכם להשבת חיילי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור. ביום 9.9.2019 קבע בית משפט זה בהרכב מורחב ובדעת רוב כי "תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים או חללי אויב משיקולים של ביטחון המדינה ושלום אזרחיה, תוך שמירה על כבוד המת ומשפחתו, לצורכי משא ומתן להשבת חיילי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור" (דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן, פסקה 38 לפסק דיני (להלן: דנג"ץ עליאן)). כמו כן נקבע באותו עניין כי במישור שיקול הדעת, הפעלת הסמכות הקבועה בתקנה 133(3) מחייבת הקפדה על האיזונים הנדרשים ועל מידתיותן של "החלטת הרשות המבצעת הקובעת את המדיניות בהקשר זה [...] [וה]החלטות הקונקרטיות שמקבל המפקד הצבאי לצורך יישום אותה מדיניות" (שם, בפסקה 36 לפסק דיני). אשר לששת המחבלים שעניינם נדון בדנג"ץ עליאן, נקבע כי ההחלטה להחזיק בגופותיהם בהתבסס על החלטת הקבינט הראשונה, התקבלה כדין.

3. ביום 30.6.2020 הוגשה העתירה נושא הבקשה לדיון נוסף ובמסגרתה ביקש אביו של עריקאת (להלן: המבקש) להורות על השבת גופת בנו לידי משפחתו, וטען בין היתר כי החזקת הגופה חורגת מהתנאים שנקבעו בדנג"ץ עליאן. במהלך הדיון הראשון

בעתירה ביום 22.7.2020 הודה בא כוח המשיבים כי לא נמצא עיגון בהחלטת הקבינט הראשונה לצורך עיכוב השבת גופתו של עריקאת, אך עדכן כי קיימת כוונה לשנות את החלטת הקבינט. בעקבות זאת ניתן צו על תנאי שהורה למשיבים לנמק "מדוע לא ימסרו לעותר בהקדם האפשרי את גופת בנו". בתצהיר התשובה הבהיר היועץ המשפטי לממשלה כי אם החלטת הקבינט הראשונה לא תשונה בתוך זמן קצוב, לא יהא מנוס מלהפוך את הצו על תנאי שהוצא לצו מוחלט. ביום 7.9.2020, עדכנו המשיבים כי הקבינט קיבל החלטה המעדכנת את החלטת הקבינט הראשונה ומתווספת אליה, ובמסגרתה הוחלט כך:

> "לעדכן את החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מס' ב/171 מיום 1.1.2017 ולהוסיף כי יש למנוע החזרת גופות מחבלים, ללא קשר לשיוכן הארגוני, זאת, אם המחבלים רצחו או פצעו אדם, או נשאו אמצעי לחימה (קר או חם).
> לכשתיפתר סוגיית השו"ן, תיבחן ההחלטה מחדש בהתאם ובכפוף להערכת מצב.
> בסמכותו של שר הביטחון לחרוג ממדיניות זו במקרים מיוחדים" (להלן: החלטת הקבינט החדשה).

כן נמסר כי עניינה של גופת עריקאת נבחן מחדש בראי החלטת הקבינט החדשה והוחלט שלא להשיבה.

4. בהמשך לכך, תיקן המבקש את עתירתו, ובעתירה המתוקנת טען, בין היתר, כי אין להחיל על גופת בנו, באופן רטרואקטיבי, את החלטת הקבינט החדשה, וכי החלטה זו של הקבינט נגועה בחריגה מסמכות, מנוגדת לאמור בדנג"ץ עליאן ופוגעת בזכויות יסוד בצורה לא מידתית. במהלך דיוני ההמשך בעתירה הוצגו לבית המשפט, במעמד צד אחד, הנחיה ונוהל שגובשו לצורך יישום החלטת הקבינט החדשה ועל מנת לבחון ביחס לכל גופת מחבל האם היא עומדת בתנאים להחזקתה. במסגרת פרפרזה גלויה הבהירו המשיבים ביום 1.7.2021 כי במסגרת קבלת ההחלטה ביחס לכל גופה "נשקלים קריטריונים הנוגעים לנסיבות הפיגוע ותוצאותיו; מאפייני המחבל; ונסיבות הקשורות למשא ומתן להשבת אזרחי מדינת ישראל וחללי צה"ל".

פסק הדין נושא הבקשה

5. ביום 18.8.2021 ניתן פסק הדין בעניין עריקאת, אשר דחה בדעת רוב את העתירה, כנגד דעתו החולקת של השופט עמית. השופט (כתוארו אז) הנדל ציין כי במישור הסמכות, החלטת הקבינט החדשה אינה מנוגדת ללשון תקנה 133(3) לתקנות ההגנה ולפרשנות שניתנה לה ולכן לא מתעורר כל פגם במישור זה. במישור שיקול הדעת,

ציין השופט הנדל כי אף שהחלטת הקבינט החדשה "מרחיבה את היקף החזקת גופות המחבלים ביחס לקודמתה, והופכת את חריג ההחזקה לכלל" – אין בכך "כדי להוביל למסקנה שההחלטה להחזיק בגופת עריקאת, חורגת, בשלב זה, ממתחמי הסבירות והמידתיות". השופט הנדל הסביר כי העותר לא הצביע על עילת התערבות בקביעות העובדתיות של המשיבים; וכי אף בטענותיו של העותר כלפי מועד תחולת החלטת הקבינט החדשה אין ממש, בהתחשב בכך שעיכוב הגופה נדרש לצורך השלמת בחינת המדיניות שהובילה להחלטה זו. בסיכום הדברים קבע השופט הנדל כי לעותר תינתן אפשרות לשוב ולהעלות השגותיו לגבי שיקול דעת המפקד הצבאי בעניינה של גופת בנו וכן בעניין החלטת הקבינט החדשה, וזאת בחלוף שישה חודשים ממועד מתן פסק הדין.

השופט עמית, בדעת מיעוט, ציין כי במהלך למעלה מחודשיים (עד לקבלת החלטת הקבינט החדשה) הוחזקה גופתו של עריקאת בניגוד להחלטת הקבינט שעמדה בתוקף באותה עת, ומשכך היה מקום לקבל את העתירה ולהורות על השבת הגופה. לעמדתו, מסקנה זו נובעת מעקרון חוקיות המנהל לפיו פעולה מנהלית אינה יכולה להיעשות ללא הסמכה. לאחר עיון בחוות דעתו של השופט עמית, הדגיש השופט הנדל כי סמכות המפקד הצבאי מעוגנת בתקנה 133(3) ואינה יונקת מהחלטות הקבינט שיש בהן כדי להשפיע על אופן הפעלת שיקול דעת המפקד, אך הן אינן מצרות את היקף סמכותו. השופט מינץ הצטרף לחוות דעתו של השופט הנדל וציין כי במקרה שבו הוחזקה גופה שלא על פי הנחיות הקבינט, אין מדובר בפעולה ללא סמכות, אלא "בטעות באופן הפעלת הסמכות". עוד ציין השופט מינץ כי אף אם תאומץ בהקשר זה גישה מחמירה, בנסיבות העניין אין להורות על החזרת הגופה, וזאת בהתבסס על שימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית.

מכאן הבקשה לדיון נוסף.

טענות הצדדים

6. המבקש טוען כי יש להורות על דיון נוסף בפסק הדין משני טעמים: ראשית, נטען כי פסק הדין משקף סטייה מהותית מעקרון חוקיות המנהל, לפיו כל רשות מנהלית חייבת לפעול בגדר הסמכות שהוקנתה לה בחוק, וככל שמדובר בפגיעה קשה בזכות יסוד יש להקפיד הקפדה יתרה על דרישה זו. לשיטת המבקש, החזקת גופת בנו שעה שהדין באותה עת לא אפשר זאת, מפרה באופן מובהק את עקרון חוקיות המנהל. שנית, לעמדת המבקש, קביעת דעת הרוב לפיה החלטת הקבינט החדשה – המותירה בידי המשיבים שיקול דעת גורף – היא מידתית, מנוגדת להלכה שנקבעה בדנג"ץ עליאן שבה אושרה

אמנם הפעלת סמכות המפקד הצבאי מכוח תקנה 133(3) לצורך קבורה ארעית של גופות מחבלים, אך זאת בהינתן קיומם של התנאים המגבילים שהיו קבועים בהחלטת הקבינט הראשונה.

7. המשיבים טוענים מנגד כי בפסק הדין נושא הדיון הנוסף כלל לא נפסקה הלכה, ודאי לא כזו אשר סותרת הלכה קודמת, ועל כן אין הצדקה לקיים דיון נוסף בעניין זה. לשיטת המשיבים, פסק הדין עוסק אך ביישום פרטני של הדין הקיים בכל הנוגע להפעלת שיקול הדעת המוקנה להם לעכב השבת גופות מחבלים מכוח תקנה 133(3), וזאת באופן שעולה בקנה אחד עם קביעות בית המשפט בדנג"ץ עליאן. המשיבים מוסיפים כי אף אם חלה טעות בהפעלת שיקול הדעת בנסיבות המקרה הספציפיות של עריקאת, מדובר בטענה ערעורית שאין בה כדי להצדיק קיומו של דיון נוסף.

דיון והכרעה

8. לאחר שבחנתי את הבקשה והתגובה לה, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות.

דיון נוסף הינו הליך נדיר וחריג, ותנאי לקיומו הוא שבפסק הדין נושא ההליך נפסקה הלכה אשר "עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בעניין" יש מקום לקיים בה דיון נוסף (ראו סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). בפסק הדין נושא הבקשה לא נקבעה כל הלכה, ועל כן לא מתקיים בענייננו התנאי הבסיסי לקיום דיון נוסף (דנג"ץ 1836/18 שמיר נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 9 (9.8.2018); דנג"ץ 912/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר האוצר, פסקה 7 (21.4.2021)).

9. דעת הרוב בפסק הדין בחנה את ההחלטה הקונקרטית בדבר החזקת גופתו של עריקאת, ועל בסיס פרשנות לתקנה 133(3) וההלכה שנקבעה בהקשר זה בדנג"ץ עליאן, הגיעה למסקנה כי אין מקום להתערבות שיפוטית. המחלוקת בין שופטי ההרכב התמקדה למעשה בפרק זמן של כחודשיים, במהלכם הוחזקה גופתו של עריקאת בניגוד לאמות המידה שנקבעו בהחלטת הקבינט הראשונה. בעוד שהשופט עמית סבר כי על המפקד הצבאי לפעול בהתאם להחלטת הקבינט שעמדה בתוקף במועד החלטתו, וכי "המקרה שלפנינו לא הצדיק [...] סטיה מהחלטת הקבינט הראשונה" (פסקה 5 לחוות דעתו), שופטי הרוב סברו כי אין די בכך לצורך התערבות שיפוטית. כך, השופט (כתוארו אז) הנדל סבר כי החלטת המפקד הצבאי ניתנה בסמכות ואינה "חורגת – במציאות הנוכחית

– ממתחמי הסבירות והמידתיות" (פסקה 6 לפסק דינו); ואילו השופט מינץ סבר כי אף אם נפל פגם בהחלטה, אין להורות על החזרת הגופה וזאת בהתבסס על דוקטרינת הבטלות היחסית.

10. הקביעה לפיה הפעלת סמכות בנסיבות ספציפיות אינה מצדיקה התערבות שיפוטית, אינה מהווה הלכה ואף אין בה כדי לשנות מן ההלכה הנוהגת. היא מגלמת הכרעה התחומה לדלת אמותיו של המקרה הפרטני שנבחן על ידי בית המשפט – זאת ותו לא (ראו והשוו: דנג"ץ 5924/20 המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון נ' אבו סוהילה, פסקה 8 (8.10.2020)). לפיכך, אין לומר שנקבעה במקרה דנן הלכה חדשה. למעשה, אף המבקש אינו טוען זאת, אלא הוא סבור שפסק הדין סוטה מן ההלכות הקיימות. אך כבר נפסק לא אחת ש"דיון נוסף אינו ערעור נוסף" (שם, בפסקה 9). על כן, אף אם כטענת המבקש נפלה שגגה בפסק הדין באשר ליישום ההלכה הנוהגת, אין בכך כדי להצדיק דיון נוסף.

עוד ראוי לציין כי על פי האמור בפסק-הדין עצמו, טענות העותר כנגד ההחלטה שמורות לו בחלוף 6 חודשים ממועד מתן פסק-הדין.

הבקשה נדחית, אפוא. אך בנסיבות העניין, לא ייעשה צו להוצאות.

ניתנה היום, כ"ט בשבט התשפ"ב (31.1.2022).

ה נ ש י א ה