

1. סנא דקה

2. אסעד דקה

על-ידי עוה"ד סוהאד בשארה ו/או חסן ג'בארין ואח'
מעדאלה – הרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 4, ת"ד 54, חיפה 3109001

העותרים

טל': 04-9501610 ; פקס': 04-9503140 ; דוא"ל: adalah@adalah.org

נ ג ד

1. מר קובי יעקובי, ממלא מקום נציב שירות בתי הסוהר

2. ניצב דני לוי, מפקד מחוז חוף

3. מר יעקב שבתאי, מפכ"ל המשטרה

4. היועצת המשפטית לממשלה

5. שר הביטחון

על ידי מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה, משרד המשפטים

מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים 97110

טל': 073-3925590 ; פקס': 02-6467011

המשיבים

הודעת עדכון מטעם המדינה

1. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופט ח' כבוב) מיום 20.5.24, ולארכות שניתנו,

מוגשת בזאת הודעת עדכון מטעם המדינה, לקראת הדיון הקבוע בעתירה ליום 13.6.24.

2. עניינה של העתירה בבקשת העותרים כי תימסר להם לשם קבורתה גופת המחבל ואליד

דקה, שמת ביום 7.4.24, בעת היותו במשמורת שב"ס (להלן גם: **המחבל**). בתגובה מקדמית

מטעם המדינה מיום 21.4.24 (להלן: **התגובה**) פירטה המדינה על אודות הרשעותיו של

המחבל, בין היתר בגין כך שהיה אחראי על החוליה שחטפה ורצחה את החייל משה תמס

ז"ל, וכי המחבל הוא שהעביר את ההוראה לרצוח את החייל לאחר שהורה גם על חטיפתו.

כפי שמסרו המשיבים בתגובה, מאז מות המחבל מוחזקת גופתו בידי רשויות המדינה.

3. כפי שיפורט להלן, ביום 6.6.24 החליט שר הביטחון, על יסוד בחינת עמדות מקצועיות

שונות, כי מדובר במקרה חריג ביותר המצדיק את עיכוב השבת גופת המחבל לתכלית שו"ן,

לאור החריג הקבוע בסיכום אשר למדיניות עליו פירטו המשיבים בהודעה מטעמם מיום

19.5.24 ; וביום 9.6.24 אושררה החלטה זו בהחלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי

(להלן: **הקבינט המדיני-ביטחוני או הקבינט**).

ההחלטה על החזקת גופת המחבל התקבלה בשל שיקולי שו"ן, שהם בעלי משקל מיוחד

ומשמעותי בעת הזו, לאור הערכה כי הדבר יכול לסייע בקידום המשא ומתן להחזרת

אזרחים וחיילים חטופים המוחזקים ברצועת עזה, כמו גם גופות חללי צה"ל ואזרחים

ישראלים המוחזקים ברצועה.

החלטה זו נטועה בלב ליבה של מדיניות הביטחון של ישראל, והיא אושרה על ידי הקבינט המדיני-ביטחוני, האחראי על גיבוש מדיניות הממשלה בנושאים הקשורים לביטחון וליחסי החוץ של המדינה.

ההחלטה מבוססת על בחינה עדכנית מעמיקה, הן רוחבית ביחס לשינוי שמהווה החלטה זו מן המדיניות הכללית שנהגה עד כה בהקשר להחזקת גופות מחבלים אזרחי ישראל לתכלית שו"ן, ולמיהותו ולהשלכותיו של שינוי זה; הן פרטנית ביחס לערך השו"ן בהחזקת הגופה הקונקרטית, ועל רקע מציאות השו"ן העדכנית, שלמרבית הצער השתנתה באופן דרמטי מאז יום 7.10.23.

לעמדת המדינה המדובר בהחלטה מידתית וסבירה, המגלמת איזון ראוי בין כלל השיקולים ונסיבות העניין – הן תכלית השו"ן הראשונה במעלה ויתר השיקולים המדיניים-הביטחוניים הנוגעים לעניין, והן מנגד, הפגיעה בכבוד המת ומשפחתו של אזרחי ישראלים במקרה זה. בשים לב לכלל נסיבות העניין, סבורים המשיבים כי ההחלטה אינה מגלה כל עילה להתערבות שיפוטית.

המשיבים ערוכים להציג לבית המשפט הנכבד במעמד צד אחד, ובהסכמת העותרים, את החומרים החסויים הרלוונטיים לענייננו, לרבות חוות דעת פרטנית של מפקד מפקדת השו"ן בצה"ל, בעניין הערך של הגופה הקונקרטית מושא ענייננו לתכלית שו"ן.

4. בדוק. בתגובה נמסר שלאחר מותו של המחבל, מצאו גורמי המדינה להידרש ראשית לכל לשאלת המדיניות הרוחבית של החזקת גופת מחבל אזרחי ישראלים מכוח סמכות המפקד הצבאי המעוגנת בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן, בהתאמה, **תקנה 133 ותקנות ההגנה**), להחזיק בגופות מחבלים לתכלית של השבת שבויים ונעדרים (לעיל ולהלן: **תכלית שו"ן**), בנסיבות התקופה הנוכחית, על רקע מלחמת "חרבות ברזל" ומציאות השו"ן העדכנית, שכידוע, למרבית הצער, חל בהקשרה שינוי נסיבות קיצוני לרעה מאז יום 7.10.23. בנוסף מסרו המשיבים כי בהתאם לתוצאות הבחינה אם יש מקום לשנות מהמדיניות הנוהגת בעניין זה, יתברר האם יש צורך לבחון את שאלת החזקתה של הגופה הקונקרטית מושא ענייננו לתכלית זו, ואזי, ככל שהדבר יידרש, יגבש שר הביטחון את החלטתו הסופית אם יש מקום להנחות את המפקד הצבאי לעשות שימוש בסמכותו האמורה בעניין החזקת גופת המחבל.

5. המשיבים עדכנו בהמשך, בהודעתם מיום 19.5.24, על קידומה של הבחינה הרוחבית והפרטנית. בין היתר, נמסר כי לנוכח בקשת שר הביטחון, הוביל המטה לביטחון לאומי (להלן: **המל"ל**) תהליך לבחינת המדיניות העקרונית באשר להחזקת גופת מחבל אזרחי ישראלים מכוח סמכות המפקד הצבאי המעוגנת בתקנה 133 לתקנות ההגנה להחזיק בגופות מחבלים לתכלית שו"ן; וכי "בתום עבודת מטה שנערכה בידי המל"ל, אשר כללה בקשה לקבלת עמדות מגורמי המדינה הנוגעים בדבר ובחינה של העמדות שהתקבלו, סיכם המל"ל המלצותיו, בין היתר, כי ככלל, יש לשמר את המדיניות הנוכחית שלא להחזיק גופות מחבלים אזרחי ישראל לתכלית שו"ן, בהיעדר חוות דעת ביטחונית התומכת בכך, וזאת

בכפוף וכמפורט בסיכום מסווג שמור בעניין זה, ולרבות האפשרות לבחון במקרים חריגים מאוד, אשר מפורטים באותו סיכום, החזקת גופות מחבלים של אזרחים ישראלים" (להלן גם: **הסיכום אשר למדיניות**). כן נמסר, כי שר הביטחון הנחה לפעול בהתאם לסיכום האמור. במקרה הקונקרטי של גופת המחבל, סבר שר הביטחון כי נכון לקיים בעניין זה דיון בקבינט המדיני-ביטחוני בהקדם, וזאת נוכח נסיבותיו הייחודיות של המקרה.

6. כעת יבקשו המשיבים לעדכן, כי ביום 30.5.24 פנה המל"ל לקבלת עמדות נוספות בנוגע למקרה הקונקרטי של גופת המחבל. ביום 6.6.24, לאחר שענין בחוות הדעת המקצועיות של גורמי הביטחון הרלוונטיים, לרבות מפקדת השו"ן בצה"ל ומסמך הרמטכ"ל בנושא שבנדון, ניתנה החלטת שר הביטחון, לפיה הוא מקבל את המדיניות הקיימת להימנע מהחזקת גופות מחבלים אזרחי ישראל, הנשענת בין היתר על הנגזרות החברתיות-ציבוריות של שינוי המדיניות, כפי שתוקפה באחרונה בהמלצות המל"ל ועל-ידיו; וכי בצד זאת סבור שר הביטחון כי המקרה של המחבל ואליד דקה מגלם נסיבות חריגות, קרי, כי מדובר במקרה חריג ביותר המצדיק את עיכוב השבת גופת המחבל, לאור הסיכום אשר למדיניות כאמור. זאת, לאור הערך של החזקת גופתו במציאות הנוכחית בהיבטי שו"ן. אשר על כן, הנחה שר הביטחון את המפקד הצבאי להורות על המשך עיכוב השבת גופת המחבל, בהתאם לסמכות הנתונה בידו מכוח תקנה 133 לתקנות ההגנה.

7. עוד יבקשו המשיבים לעדכן כי ביום 9.6.24, בישיבת הקבינט המדיני-ביטחוני, אישר הקבינט את החלטת שר הביטחון להמשיך ולהחזיק בגופת המחבל ואליד דקה לתכלית שו"ן.

צילום החלטה ב/94 של הקבינט המדיני-ביטחוני מיום 9.6.2024 מצורף ומסומן **מש/1**.

8. יצוין, שבצד זאת, דן הקבינט גם בסוגיה הרוחבית באשר למדיניות החזקת גופות מחבלים אזרחי ישראל, אך הדיון בנושא זה טרם מוצה, ונקבע כי עד לקיום דיון עקרוני בנושא, יעוכבו בידי רשויות המדינה גופות נוספות של מחבלים אזרחי ישראל.

יובהר, כי שעה שטרם התקבלה החלטה סופית לגבי המדיניות הרוחבית, ממילא, מטבע הדברים, החלטה כאמור טרם נבחנה על-ידי הייעוץ המשפטי לממשלה. זאת, בניגוד לסוגיה הקונקרטית בעניין גופת המחבל ואליד דקה, שבהקשרה התקבלה כאמור החלטה סופית, והעמדה לגביה מוצגת בהודעה זו.

9. כאמור, עמדת המדינה היא כי דין העתירה להידחות, בהיעדר עילת התערבות בהחלטת שר הביטחון, שאושרה בהחלטת הקבינט המדיני-ביטחוני, להנחות את המפקד הצבאי לעכב את השבת גופת המחבל לתכלית שו"ן, מכוח הסמכות הקבועה בתקנה 133 לתקנות ההגנה – החלטה המבוססת על טעמי ביטחון, לאחר שנשקלו תוצרי עבודת המטה בעניין המדיניות העקרונית, בהתייחס הן לצרכים הביטחוניים והן לנגזרות החברתיות-ציבוריות של הנושא, ולאחר שנשקלו נסיבותיו של המקרה הפרטני מושא העתירה, על בסיס תוצרי עבודת מטה שנערכה לגביו, והכול על רקע נסיבות השו"ן העדכניות. זאת, כאשר הלכה למעשה,

ההחלטה עולה בקנה אחד גם עם התנאים הקבועים בהחלטת הקבינט המדיני-ביטחוני מיום 2.9.20, באשר למניעת החזרת גופות מחבלים, ללא קשר לשיוכן הארגוני, בנסיבות של רצח אדם, פציעת אדם או נשיאת אמל"ח; ואף עם התנאים הקבועים בהחלטת הקבינט המדיני-ביטחוני מיום 1.1.2017 לעניין גופות בעלות "הקשר מיוחד". הכול, מבלי לגרוע מכך שעד כה, המדיניות הנוהגת היתה שלא להחיל את החלטות הקבינט הנ"ל בעניין גופות מחבלים אזרחי ישראל; ולאור החריג הקבוע בסיכום אשר למדיניות כאמור. חריגותו של המקרה שלפנינו, על רקע נסיבות השו"ן הנוכחיות והעמדה המקצועית שהונחה בפני השר, הביאה להחלטה על החזקת הגופה לתכלית שו"ן.

הכול, כפי שיפורט.

תמצית הרקע הנורמטיבי

10. ביום 1.1.17 התקבלה החלטת הקבינט המדיני-ביטחוני ב/171 בנושא "מדיניות אחידה לטיפול בגופות מחבלים" (להלן: **החלטת הקבינט משנת 2017 או החלטת הקבינט הראשונה**), אשר הנחתה, בחלקה הגלוי, כך:

"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."

11. ביום 9.9.19 ניתן פסק דינו העקרוני של בית המשפט הנכבד בסוגיית השבת גופות מחבלים (דנג"ץ 10190/17 **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן**, בעניין בג"ץ 4466/16 **עליאן נ' משטרת ישראל** (14.12.17), להלן: **דנג"ץ עליאן**). בפסק הדין התקבלה ברוב דעות עמדת המדינה (דעת הרוב של כב' הנשיאה א' חיות בהסכמת כב' השופטים הנדל, עמית וסולברג, כנגד דעתם החולקת של כב' השופטים פוגלמן, ברק-ארז וקרא), לפיה יש בידי המדינה **סמכות** להחזיק בגופות מחבלים לצרכי משא ומתן להשבת חיילי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור, ולהורות על קבורה ארעית, מכוח תקנה 133 לתקנות ההגנה.

12. ביום 2.9.20 התקבלה החלטת הקבינט ב/10, בדבר עדכון מדיניות הטיפול בגופות מחבלים והרחבתה גם למקרים בהם לא מדובר במחבלים בשיוך חמאס או שהם בעלי "הקשר מיוחד", בהם התוצאה היתה רצח או פציעה או כללו נשיאה של אמצעי לחימה (ללהלן: **החלטת הקבינט משנת 2020 או החלטת הקבינט השנייה**), שנוסחה כדלקמן:

"מחליטים, לעדכן את החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מס' 171/ב 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."

13. אם כן, על המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו מכוח תקנה 133, הן בהתאם להנחיה שנקבעה בהחלטת הקבינט משנת 2017, והן בהתאם להנחיה שנקבעה בהחלטת הקבינט משנת 2020, ובהתאם לכך הוא פועל.

14. ביום 18.8.21 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4462/20 **עריקאת נ' המפקד הצבאי** (להלן: **עניין עריקאת**), שם עמדה לביקורתו השיפוטית של בית המשפט הנכבד החלטת הקבינט משנת 2020, ובמסגרתו הוחלט לדחות את העתירה, ברוב דעות מפי כב' השופט (כתוארו אז) הנדל וכב' השופט מינץ, כנגד דעתו החולקת של כב' השופט עמית. בפסק דינו **בעניין עריקאת** בדעת רוב, לא מצא בית המשפט הנכבד מקום להתערב בהחלטה על החזקת הגופה שעניינה נדון שם, וכמו כן נמנע בית המשפט הנכבד מהתערבות שיפוטית בהחלטת הקבינט משנת 2020, בהתאם למפורט שם.

15. יודגש, כי החלטת הקבינט משנת 2020 עדכנה את החלטת הקבינט משנת 2017, שעודנה בתוקף, והוסיפה עליה, אך לא החליפה אותה. כפי שניתן לראות מנוסחה, ההחלטה משנת 2020 הרחיבה את קשת המקרים שבהם מונחה המפקד הצבאי להורות על עיכוב השבת גופות מחבלים, זאת בהשוואה ובנוסף להחלטת הקבינט הקודמת, שעמדה כאמור לנגד עיניו של בית המשפט הנכבד במסגרת **דנג"ץ עליאן**.

16. במסגרת ההליך **בעניין עריקאת**, הציגה המדינה בפני בית המשפט הנכבד את החלטת הקבינט משנת 2020, וכן הציגה במעמד צד אחד את התשתית העובדתית שעמדה בבסיסה; כן הציגה המדינה במעמד צד אחד הנחיה ונוהל שגובשו המבהירים את "סדר הפעולות והמידע שיש להביא בפני שר הביטחון, על מנת שיקבע, בהתאם להחלטת הקבינט, אם גופת מחבל עומדת בתנאים להחזקתה" (סעיף 3 לפסק הדין **בעניין עריקאת**). הנחיה ונוהל אלו מפרטים את אמות המידה שלאורן ישקול שר הביטחון אם להפעיל את סמכותו, הקבועה בהחלטת הקבינט משנת 2020, להנחות בדבר השבת גופות מחבלים ב"מקרים מיוחדים", גם כאשר מקרה קונקרטי עונה על התנאים המופיעים בהחלטות הקבינט לעניין החזקת גופות מחבלים לצורכי שו"ן. כן הציגה המדינה בהודעתה מיום 1.7.21 במסגרת **עניין עריקאת**, "פרפראזה גלויה ביחס לאמות המידה החסויות".

17. **במישור הסמכות** קבעה דעת הרוב **בעניין עריקאת** כי אין פגם במדיניות שנקבעה במסגרת החלטת הקבינט משנת 2020, בהתאם לקביעות בית המשפט הנכבד בדנג"ץ **עליאן**. בעניין זה קבע כב' השופט (כתוארו אז) הנדל, בין היתר, כי:

"תקנה 133(3) לתקנות ההגנה קובעת 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". בהתאם להכרעת הרוב בדנג"ץ **עליאן**, אותה ציטטתי בפתח חוות דעתי, תקנה זו "מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים או חללי אויב משיקולים של ביטחון המדינה ושלוש אזרחיה, תוך שמירה על כבוד המת ומשפחתו, לצורכי משא

ומתן להשבת חיילי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור". כאמור, המשיבים הבהירו שלא חל שינוי בתכליתה של ההחלטה החדשה, וכי, כקודמתה, היא מתמקדת בקידום המשא ומתן להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי ארגוני טרור. לפיכך – ומאחר שאין בלשון תקנה 133(3), או בלשון הפרשנות שניתנה לה, כל עיגון לטענה שסמכות המפקד הצבאי מושפעת משיוכו הארגוני של המחבל, או מתוצאות פעולת הטרור שביקש לבצע – אין במדיניות החדשה פגם במישור הסמכות".

[ההדגשות כאן ולהלן אינן במקור, אלא אם ייאמר אחרת.]

18. למען שלמות התמונה, יצוין, כי במסגרת דעת המיעוט סבר כב' השופט עמית כי יש מקום להפוך את הצו על-תנאי שהוצא באותו עניין למוחלט ולהורות על השבת גופתו של עריקאת, וזאת בשים לב לנסיבות הפרטניות של ההחלטה בעניינו, מקום שבו לעמדת כב' השופט עמית "גופתו של עריקאת הוחזקה שלא כדין ושלא בגדר החלטת הקבינט הראשונה", וזאת ביחס לתקופה שבין ההחלטה לעכב את גופת עריקאת ועד שהתקבלה החלטת הקבינט משנת 2020 כאמור.

19. בהקשר זה, ושוב לעניין מישור הסמכות, קבע כב' השופט מינץ כי :

"נקודת המוצא היא כפי שהצביע חברי השופט הנדל, כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופת מחבל משיקולים של ביטחון המדינה ושלוש אזרחיה. השאלה אימתי הקבורה הארעית מקדמת את התכלית הביטחונית מסורה לשיקול דעתו של המפקד הצבאי [...], כאשר השיקולים הם שיקולים שבמומחיות צבאית וביטחונית [...]. תפקיד הקבינט המדיני-ביטחוני [...] הוא להבנות את שיקול הדעת של המפקד הצבאי ולתת לו קווים מנחים לאופן הפעלת שיקול הדעת. על כן, גם במקרה שהוחזקה גופת מחבל שלא על פי הנחיות הקבינט, אין המדובר בהחזקה שלא כדין כדברי חברי השופט י' עמית, היינו ללא סמכות, אלא בטעות באופן הפעלת הסמכות [...]; ובמקרה זה במלאכת האיוון הנדרש בין השיקולים הביטחוניים מצד אחד לבין כבוד המת וכבוד משפחתו מצד שני [...]"

20. במישור שיקול הדעת קבעה דעת הרוב כי ההחלטה להחזיק בגופת עריקאת לא חרגה ממתחמי הסבירות והמידתיות. בהקשר זה, וכן באשר לנסיבות החריגות המצדיקות השבת גופה, קבע כב' השופט (כתוארו אז) הנדל, כדלקמן :

6. [...] כבר נקבע כי "הנסיבות שתצדקנה קבורה ארעית של גופה [...] יכולות למצוא את הסדרתן בכללים הנוגעים להבניית שיקול דעתו של המפקד הצבאי, ככל ועד כמה שיש אפשרות לצפות מראש את התרחישים הצריכים לעניין. זאת מתוך הכרה בכך שלא ניתן לכבול מראש את שיקול הדעת של המפקד הצבאי לפרק זמן קשיח או לרשימה סגורה של תרחישים, בשל המאטריה אשר מעצם טיבה כרוכה בנסיבות דינאמיות ומשתנות הקשורות, בין היתר, לתהליך המשא ומתן מול ארגון הטרור הרלוונטי" (דנג"ץ עליאן, פסקה 28 לחוות דעת הנשיאה). בעקבות הערותינו בדיון, המשיבים הבנו את שיקול דעת הגורמים המוסמכים באמצעות הנחיות הפורטות את השיקולים הרלוונטיים, ואת ההיררכיה ביניהם [...] – ובחנו מחדש את גורל

כלל הגופות שהוחזקו בידיהם בראי אמות מידה אלה. הכרה זו בקיום חריגים, ובבחינה הפרטנית הנדרשת בעניינה של כל גופה, מאפשרת להחלטה החדשה לצלוח גם את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. אמנם, פגיעתה של ההחלטה המקורית במחבלים ובני משפחותיהם מצומצמת יותר, אך המציאות העגומה מעידה שכך גם תרומתה להשגת התכלית הרצויה – ולכן היא אינה מהווה חלופה רלוונטית.

אשר למבחן המידתיות במובן הצר, אומר רק שהחומר שהוצג בפנינו מאפשר לקבוע כי בעת הזו –

“החלטות המפקד הצבאי עומדות אף במבחן של נזק מול תועלת [...] מדובר בהחלטות שפגיעתן בזכות המתים ומשפחותיהם לכבוד מצומצמת יחסית – ואינה ממוקדת במרכז הזכות. ענייננו בקבורה ארעית במהותה, שאינה מנתקת את זיקתם של בני משפחות המחבלים למתיהם – ואינה מונעת מהם, בהכרח, לפקוד את הקברים הארעיים, ואף ליטול חלק בקבורה (בכפוף, כמובן, לשיקולי ביטחון רלוונטיים). קבורת המחבלים בצורה ראויה, בהתאם למנהגי דתם, ובאופן המאפשר זיהוי עתידי של גופותיהם, מצמצמת עוד יותר את הפגיעה בכבודם. אשר על כן, באיזון בין פגיעה זו לבין התכליות הביטחוניות המהותיות הניצבות ביסוד המדיניות שמכוחה התקבלו החלטות המפקד הצבאי, הכף נוטה, מן הבחינה העקרונית, לזכות האחרונות” (עניין עליאן, פסקה 24 לחוות דעתי; דנג”ץ עליאן, פסקה 36 לחוות דעת הנשיאה א’ חיות).

ההחלטה החדשה אמנם מעניקה משקל רב יותר לשיקולי הביטחון ופדיון השבויים, על פני כבוד המחבל המת ובני משפחתו, אך לא שוכנעתי כי החלטת המפקד הצבאי לפעול על פיה ולהחזיק בגופת עריקאת חורגת – במציאות הנוכחית – ממתחמי הסבירות והמידתיות”.

כב' השופט מינץ קבע בסוגיה זו, כי:

“3. ומעבר לכל האמור, מוצא אני קושי בהתערבות בשיקול דעתם של הקבינט ושל המפקד הצבאי. לטעמם של אלה קיימת תועלת בהחזקת גופות מחבלים על אף שאין להם שיוך ארגוני. תועלת זו שבלתי ניתנת לעת הזאת למדידה, עשויה להוביל לקידום משא ומתן להשבת אזרחי ישראל וחללי צה”ל משבי ארגון החמאס. על כן במכלול השיקולים ונוכח ההלכה שיש לנקוט בריסון מרבי בביקורת השיפוטית המופעלת על החלטות הקבינט שעה שהוא מקבל החלטה מדינית-ביטחונית מובהקת [...] הפתרון שמציע חברי השופט הנדל, על פיו לעת הזאת העתירה תידחה ובעתיד לבוא ניתן לבדוק את מאזן האינטרסים בשנית, הוא פתרון ראוי ונכון. ככלות הכול, כנגד עיקרון שמירה על כבוד המת של עריקאת מוצבת השמירה על כבוד המת של חללי צה”ל המוחזקים בידי החמאס. וכנגד כבוד המת של עריקאת מוצב עיקרון פדיון השבויים המוחזקים בידי החמאס”.

בהמשך לכך קבעה דעת הרוב, כאמור, כי אין במאפייניו הפרטניים של עריקאת כדי לגלות עילת התערבות בהחלטת המפקד הצבאי, ולצד זאת נקבע כי “בד בבד, ניתנת לעותר אפשרות לשוב ולהעלות את השגותיו לגבי מרכיב שיקול הדעת בהחלטת המפקד הצבאי בעניין עריקאת – וההחלטה החדשה שעליה היא מבוססת – בחלוף שישה חודשים ממועד מתן פסק דינו”.

21. ביום 31.10.21 הוגשה בקשה לדיון נוסף בעניין עריקאת, וביום 21.12.21 הוגשה תגובת המדינה לבקשה. ביום 31.1.22 דחתה כב' הנשיאה א' חיות את הבקשה לדיון נוסף, בקבעה כי בפסק הדין נושא הבקשה לא נקבעה כל הלכה, ועל כן, לא מתקיים התנאי הבסיסי לקיום דיון נוסף, תוך שהבהירה כי אף המבקש לא טען כי נקבעה בפסק הדין הלכה חדשה, אלא כי הוא סבור שפסק הדין סוטה מן ההלכות הקיימות. כב' הנשיאה חזרה על הפסיקה המושרשת לפיה "דיון נוסף אינו ערעור נוסף", וכי גם אם כטענת המבקש נפלה שגגה בפסק הדין ביחס ליישום ההלכה הנוהגת, אין בכך כדי להצדיק דיון נוסף (פסקאות 8-10 להחלטה בדנג"ץ 7324/21 עריקאת נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון, 31.1.22).

השתלשלות הדברים הצריכה לעניין

22. כאמור, עניינה של העתירה בבקשת העותרים כי תימסר להם לשם קבורתה גופת המחבל ואליד דקה, שמת ביום 7.4.24, בעת היותו במשמורת שב"ס.

23. המחבל, אזרח ישראלי, נדון בבית המשפט הצבאי בלוד למאסר עולם (שריצה מאז חודש מרץ 1986, ושנקצב בשנת 2012 ל-37 שנים) בגין הרשעתו ביום 1.3.87 בעבירות של ירי לעבר בני אדם, חברות בהתאגדות אסורה, אימונים צבאיים ללא היתר וביצוע שירות עבור התאגדות אסורה, משנקבע, בין היתר, כי המחבל היה אחראי על החוליה שחטפה ורצחה ביום 8.8.84 את החייל משה תמס ז"ל, וכי המחבל הוא שהעביר את ההוראה לרצוח את החייל לאחר שהורה גם על חטיפתו. עוד נקבע, כי אחריותו של המחבל אינה נופלת מאחריותם של היורים בפועל, בהיותו אחראי על החוליה ומעביר ההוראות (במל"ד 55/86).

בנוסף נדון המחבל בבית המשפט המחוזי בבאר שבע, בין היתר, למאסר בפועל של שנתיים נוספות בגין הרשעתו ביום 28.5.18 בעבירה של ניסיון להעברת ציוד קצה רט"ן ובעבירה של ניסיון למתן אמצעים לביצוע מעשה טרור (תפ"ח 23497-08-17).

העתקי פסקי הדין בבמל"ד 55/86 ו-תפ"ח 23497-08-17 מצורפים ומסומנים מש/2.

24. מאז מות המחבל מוחזקת גופתו בידי רשויות המדינה.

25. העתירה דן הוגשה ביום 16.4.24. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופט ח' כבוב) מאותו יום, הוגשה ביום 21.4.24 התגובה המקדמית מטעם המדינה, בסעיף 5 לה צוין:

"לפי הנמסר, לאחר מותו של המחבל מצאו גורמי המדינה להידרש ראשית לכל לשאלת המדיניות הרוחבית של החזקת גופת מחבל אזרח ישראלי מכוח סמכות המפקד הצבאי המעוגנת בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, להחזיק בגופות מחבלים לתכלית של השבת שבויים ונעדרים (להלן: תכלית שו"ן) (ראו לעניין סמכות המפקד הצבאי בעניין זה: דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון נ' עליאן (9.9.19) ובג"ץ 4462/20 עריקאת נ' המפקד הצבאי (18.8.21)) בנסיבות התקופה

הנוכחית. זאת, על רקע מלחמת "חרבות ברזל" ומציאות השו"ן העדכנית, שכידוע, למרבה הצער, חל בהקשרה שינוי נסיבות קיצוני לרעה מאז יום 7.10.23. לפי הנמסר, בחינה כאמור, אשר מערבת גורמי ביטחון, לרבות גורמים העוסקים בסוגיית השבויים והנעדרים, שהעומס הכבד על כתפיהם בימים אלה ידוע, מצריכה פרק זמן לשם השלמתה. בהתאם לתוצאות הבחינה אם יש מקום לשנות מהמדיניות הנוהגת בעניין זה, ומבלי לקבוע מסמרות באשר לתוצאותיה, יתברר האם יש צורך לבחון את שאלת החזקתה של הגופה הקונקרטית מושא ענייננו לתכלית זו, ואזי, ככל שהדבר יידרש, יגבש שר הביטחון את החלטתו הסופית אם יש מקום להנחות את המפקד הצבאי לעשות שימוש בסמכותו האמורה בעניין החזקת גופת המחבל.

עד להשלמת התהליך ומתן החלטה סופית (וכל עוד העתירה דנן תלויה ועומדת), הגופה מושא העתירה תוחזק בידי רשויות המדינה, ולא תיקבר.

רק לאחר שתסתיים הבחינה, ואם יוחלט כי אין מקום להחזיק את גופת המחבל לתכלית שו"ן (בין אם על רקע הכרעה רוחבית בשים לב להיותו של המחבל אזרח ישראלי, ובין אם על רקע עניינה של הגופה הקונקרטית), יהיה מקום להידרש לשאלת הצבת תנאים לקיום ההלוויה לבני משפחת המחבל, ובמידה ולא תושג הסכמה על תנאים מסוג זה, לשקול הפעלת סמכות משטרת ישראל מכוח סעיפים 70 ו-70א לחוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016 בעניין צו הגבלה לעניין לוויית מפגע וצו לעיכוב מסירת גופת מפגע, אליהם התייחסה העתירה."

בנסיבות אלה, הציעה המדינה כי תינתן רשות בידה לעדכן את בית המשפט הנכבד, תוך שלאחר מכן יוכל בית המשפט הנכבד להחליט על אופן המשך הטיפול בעתירה, לרבות אפשרות למתן רשות לעותרים לתקן את עתירתם, ככל שיידרש (זאת כמובן בלי להביע כל עמדה בדבר תוכנה של ההחלטה הסופית שתתקבל).

26. ביום 21.4.24 ניתנה החלטתו האמורה של בית המשפט הנכבד (כב' השופט ח' כבוב), לפיה "אך בשים לב לאמור בפסקה 5 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים כמבוקש; המשיבים יגישו הודעת עדכון עד ליום 05.05.2024".

27. ביום 5.5.24 הוגשה בקשת ארכה מטעם המדינה, במסגרתה צוין כי "מגורמי המשיבים נמסר כי הבחינה האמורה מצויה בעיצומה, ונעשים מאמצים לשם השלמתה בהקדם, אולם נדרש עוד פרק זמן לשם השלמת הבחינה, בשל עומס כבד וקיצוני של משימות בתקופה זו, כעולה מן המפורט לעיל [...]".

28. ביום 7.5.24, ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופט ח' כבוב), לפיה:

"בנסיבות העניין החריגות, משני צדי המתרחש, ולא בלי התלבטות, ניתנת בזאת ארכה עד ליום 19.05.2024, שעה 14:00.

יצוין, כי אם לא תוצג התקדמות ממשית בשאלת המדיניות הרוחבית או החלטה לגופו של עניין עד למועד הנקוב, אשקול להעביר את העתירה לדיון בפני הרכב כבר בשלב זה, וזאת בפרט בשים לב לשאלת הסמכות שעל הפרק."

29. בהמשך לכך הוגשה ביום 19.5.24 הודעת עדכון מטעם המדינה, במסגרתה עדכנו המשיבים, כי:

"[...] חלה התקדמות ממשית בשאלת בחינת המדיניות הרוחבית, כאמור, ונפרט על כך במידת האפשר בהודעה גלויה זו.

לנוכח בקשת שר הביטחון, הוביל המטה לביטחון לאומי (להלן: המ"ל) תהליך לבחינת המדיניות העקרונית באשר להחזקת גופת מחבל אזרחי ישראלי מכוח סמכות המפקד הצבאי המעוגנת בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, להחזיק בגופות מחבלים לתכלית של השבת שבויים ונעדרים (להלן: תכלית שו"ן).

בתום עבודת מטה שנערכה בידי המ"ל, אשר כללה בקשה לקבלת עמדות מגורמי המדינה הנוגעים בדבר ובחינה של העמדות שהתקבלו, סיכם המ"ל המלצותיו, בין היתר, כי ככלל, יש לשמר את המדיניות הנוכחית שלא להחזיק גופות מחבלים אזרחי ישראל לתכלית שו"ן, בהיעדר חוות דעת ביטחונית התומכת בכך, וזאת בכפוף וכמפורט בסיכום מסווג שמור בעניין זה, ולרבות האפשרות לבחון במקרים חריגים מאד, אשר מפורטים באותו סיכום, החזקת גופות מחבלים של אזרחים ישראלים. בהמשך לאמור, שר הביטחון הנחה לפעול בהתאם לסיכום האמור.

10. לצד האמור יעדכנו המשיבים לעניין קידומה של החלטה לגופו של העניין הנדון בעתירה שבכותרת, כי במקרה הקונקרטי של גופת המחבל, סבור שר הביטחון כי נכון לקיים בעניין זה דיון בוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (להלן: הקבינט המדיני-ביטחוני), בהקדם, וזאת נוכח נסיבותיו הייחודיות של המקרה."

בנסיבות אלה, בהן "חלה לעמדת המדינה התקדמות ממשית בשאלת בחינת המדיניות הרוחבית, כלשון החלטת בית המשפט הנכבד מיום 5.5.24; וכן מקודמת החלטה לגופו של העניין הקונקרטי הנדון, ולאור הדיון שהתבקש לקיים בעניין בקבינט המדיני-ביטחוני", הציעו המשיבים כי יותר להם להגיש הודעת עדכון נוספת בנושא.

30. ביום 20.5.24, ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופט ח' כבוב), לפיה:

"בנסיבות העניין, לאחר שנתתי דעתי לאמור בסעיפים 9-13 להודעת העדכון ולבקשה להתרת תגובה מטעם העותרים, מצאתי להורות כדלהלן:
א. המשיבים יגישו הודעת עדכון ביחס למקרה הקונקרטי עד יום 30.05.2024 שעה 14:00.

ב. העתירה תיקבע לדיון בפני הרכב במחצית הראשונה של חודש יוני 2024.

ג. העותרים רשאים להגיש תשובה מטעמם עד 48 שעות לפני מועד הדיון שייקבע."

31. דיון בעתירה נקבע ליום 13.6.24 בשעה 9:00, בפני הרכב כב' השופטים י' עמית, א' שטיין ו-ח' כבוב.

32. אשר להודעת העדכון מטעם המשיבים ביחס למקרה הקונקרטי, ביקשו המשיבים כי המועד שנקבע להגשתה יוארך, על מנת לאפשר את מיצויה של הבחינה בענייננו, ולהביא בפני בית המשפט הנכבד תמונת מצב עדכנית ככל הניתן.

33. כעת יעדכנו המשיבים, כי ביום 30.5.24 פנה המל"ל לקבלת עמדות נוספות בנוגע למקרה הקונקרטי של גופת המחבל.

34. ביום 6.6.24, לאחר שעיין בחוות הדעת המקצועית של גורמי הביטחון הרלוונטיים, לרבות מפקדת השו"ן בצה"ל, ניתנה החלטת שר הביטחון, כי הגם שהוא מקבל את המדיניות הקיימת להימנע מהחזקת גופות מחבלים אזרחי ישראל, הנשענת בין היתר על הנגזרות החברתיות-ציבוריות של שינוי המדיניות, כפי שתוקפה באחרונה בהמלצות המל"ל ועל-ידיו, סבור שר הביטחון כי המקרה של המחבל מגלם נסיבות חריגות, קרי כי מדובר במקרה חריג ביותר המצדיק את עיכוב השבת גופת המחבל, לאור החריג הקבוע בסיכום האמור אשר למדיניות. זאת, לאור הערך של החזקת גופת המחבל בהיבטי שו"ן במציאות הנוכחית. אשר על כן, הנחה שר הביטחון את המפקד הצבאי להורות על המשך עיכוב השבת גופת המחבל, בהתאם לסמכות הנתונה בידו מכוח תקנה 133 לתקנות ההגנה.

35. יצוין, כי ההחלטה התקבלה בתום תהליך ממושך, שכלל כאמור עבודת מטה שרוכזה בידי המל"ל, במהלכה הוצגו דעות מקצועיות שונות ואף מנוגדות מטעם גופים רלוונטיים שונים. לבסוף, ולאחר איזון בין אינטרסים ביטחוניים שונים ונגזרות חברתיות-ציבוריות, ולאור החריג הקבוע בסיכום האמור אשר למדיניות, נתקבלה החלטת השר להחזיק בגופת המחבל לתכלית שו"ן.

36. עוד יעדכנו המשיבים כי ביום 9.6.24, אישרר הקבינט המדיני-ביטחוני את החלטת שר הביטחון להמשיך ולהחזיק בגופת המחבל לתכלית שו"ן, בהחלטה ב/94 בנושא "**החזקת גופת המחבל, אזרח ישראל, וליד דקה**", לפיה "**מ ח ל י ט י ם, לאשרר את החלטת שר הביטחון להמשיך ולהחזיק בגופת המחבל האזרח הישראלי וליד דקה**".

העתק החלטת הקבינט המדיני-ביטחוני מיום 9.6.24 לאשרר ההחלטה להחזיק במחבל צורף וסומן נספח **מש/1**, כאמור.

37. בצד זאת, דן הקבינט גם בסוגיה הרוחבית באשר למדיניות החזקת גופות מחבלים אזרחי ישראל, אך הדיון בנושא זה טרם מוצה, ונקבע כי עד לקיום דיון עקרוני בנושא, יעוכבו בידי רשויות המדינה גופות נוספות של מחבלים אזרחי ישראל.

שוב ונבהיר, כי שעה שטרם התקבלה החלטה סופית לגבי המדיניות הרוחבית, ממילא, מטבע הדברים, החלטה כאמור טרם נבחנה על-ידי הייעוץ המשפטי לממשלה. זאת, בניגוד לסוגיה הקונקרטית בעניין גופת המחבל ואליד דקה, שבהקשרה התקבלה החלטה סופית והעמדה לגביה, מוצגת בהודעה זו.

38. ככל שיוורה על כך בית המשפט הנכבד, ובהסכמת העותרים, תציג המדינה במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות את המסמכים החסויים הרלוונטיים ועמדות הגורמים המקצועיים השונים, ולרבות חוות דעת חסויה מטעם מפקד מפקדת השו"ן בצה"ל, אלוף ניצן אלו, אשר עומדת על השיקולים הביטחוניים שבבסיס ההחלטה על החזקת הגופה, הנוגעים לצורך בהחזקת הגופה לתכלית שו"ן.

עמדת המדינה

39. עמדת המדינה היא כי דין העתירה להידחות, בהיעדר עילת התערבות בהחלטת שר הביטחון, שאושררה בהחלטת הקבינט המדיני-ביטחוני, להנחות את המפקד הצבאי לעכב את השבת גופת המחבל לתכלית שו"ן מכוח הסמכות הקבועה בתקנה 133 לתקנות ההגנה – החלטה המבוססת על טעמי ביטחון, לאחר שנשקלו תוצרי עבודת המטה בעניין המדיניות העקרונית, בהתייחס הן לצרכים הביטחוניים והן לנגזרות החברתיות-ציבוריות של הנושא, ולאחר שנשקלו נסיבותיו של המקרה הפרטני מושא העתירה, על בסיס תוצרי עבודת מטה שנערכה לגביו, והכול על רקע נסיבות השו"ן העדכניות. זאת, כאשר הלכה למעשה, ההחלטה עולה בקנה אחד גם עם התנאים הקבועים בהחלטת הקבינט המדיני-ביטחוני משנת 2020, באשר למניעת החזרת גופות מחבלים, ללא קשר לשיוכן הארגוני, בנסיבות של רצח אדם, פציעת אדם או נשיאת אמל"ח; ואף עם התנאים הקבועים בהחלטת הקבינט המדיני ביטחוני משנת 2017 לעניין גופות בעלות "הקשר מיוחד". הכול, מבלי לגרוע מכך שעד כה, המדיניות הנוהגת היתה שלא להחיל את החלטות הקבינט הנ"ל בעניין גופות מחבלים אזרחי ישראל; ולאור החריג הקבוע בסיכום אשר למדיניות כאמור. חריגותו של המקרה שלפנינו, על רקע נסיבות השו"ן הנוכחיות והעמדה המקצועית שהונחה בפני השר, הביאו להחלטה על החזקת הגופה לתכלית שו"ן.

40. לאור הנטען על-ידי העותרים בתגובותיהם בהליך דנן, כי לכאורה אין סמכות להחזקת גופת המחבל בהיותו אזרחי ישראלי, יובהר כי על-פי המצב החוקי החל, תקנה 133 לתקנות ההגנה מקנה סמכות גם בעניין זה.

ככלל, למעט מקרים שבהם נקבעה בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: **חוק המאבק בטרור**) הוראה חלופית, תקנות ההגנה, שעודן בתוקף, חלות הן בתחומי מדינת ישראל, מכוח ההוראות בדבר המשכיות הדין כביטויין בסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948; הן בתחומי יהודה ושומרון, כל עוד שלא בוטלו בדין האזור (ראו, למשל, בג"ץ 358/88 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז**, פ"ד מג(2) 529, 533-532 (1989)). מכאן, שניתן להחיל את תקנות ההגנה הן על תושבי אזור יהודה

ושומרון (להלן: **האזור**), והן על אזרחי ותושבי ישראל (כאשר בישראל, סמכות המפקד הצבאי לצוות על קבורה נתונה למפקד פיקוד העורף).

ראו והשוו ענייננו לשנקבע, ביחס להפעלת סמכות מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה, בבג"ץ 5389/15 **סידר נ' מפקדת כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פסקה 1 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) ע' פוגלמן (15.10.15):

"תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: התקנות) מעניקה למשיבים את הסמכות להחרים, להרוס ולאטום בתיים של חשודים במעורבות בפעילות עוינת בחלופות שאותן היא מונה. הסמכות המוקנית בתקנה זו, שהיא דבר חקיקה מנדטורי, מופעלת הן בתחומי מדינת ישראל, הן באזור יהודה והשומרון. בישראל תוקף התקנה אינו נתון לתקיפה חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בהיותה "דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד" (סעיף 10 לחוק זה), אך פסיקתנו הכירה בכך שיש לפרשה – ככל דין שקדם לחוק זה – בהתאם לאמור בחוק היסוד. על כן הפעלת הסמכות מכוח התקנה נדרשה ועודנה נדרשת לעמוד במבחני המידתיות (ראו למשל בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה י"ח (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט)). [...]"

כן ראו את שנקבע בבג"ץ 5376/16 **אבו חדיר נ' שר הביטחון**, פסקה לב לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (בדימו') א' רובינשטיין (4.7.17):

"ואולם, לטעמנו אין לראות את ההחלטות הללו כמוציאות חלילה את ההיבט העקרוני, של אי הבחנה בין דם לדם, אלא כמבטאות קונקרטיזציה של מצב עובדתי. אנו מבטאים גישה עקרונית המשווה בין דם לדם, תוך הותרת מרחב יישומי. ודוקו בהקשר זה: אם יסבור המפקד הצבאי כי הפעלת סמכותו מכוח תקנה 119 כלפי בתיים של מחבלים יהודים תעלה בקנה אחד עם תכליתה – דהיינו, תתרום להרתעתם של מפגעים יהודים פוטנציאליים מפני ביצוע פעולות טרור – עליו לעשות בה שימוש בדומה לאופן שבו הוא מפעיל את התקנה ביחס לבתיים של מחבלים ערבים. לשון אחר: אין בעובדה שאירוע טרור נעשה על-ידי יהודים, אזרחי המדינה או תושביה, כשלעצמה, כדי למנוע שימוש בתקנה 119, אף כשמדובר בהרתעת מעטים. הסמכות מוקנית מכוח תקנה 119 גם בתחומי מדינת ישראל (בג"צ 5839/15 **סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פסקה 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2015) (להלן עניין סידר)), ומכל מקום קיימת הסמכות להפעילה, והיא חלה הן ביחס למפגעים ערבים והן ביחס למפגעים יהודים, הכל בשים לב למערכת האיזונים ולאמות המידה שהותוו בפסיקה ביחס להפעלתה. אכן, על דרך העיקרון – כאמור – אין בית משפט זה מחליף את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו. הסמכות מסורה לידי המפקד הצבאי, וחזקה עליו שיפעילה בהתאם להוראות הדין; אך עליו להתוות את דרכו ברוח דברים אלה, כמובן כחלק ממכלול השיקולים".

בפרט, לגבי הסוגיה של החזקת גופות מחבלים, נקבע כי "[...] הדין הפנימי החל הן בישראל והן באזור מקנה למפקד הצבאי בתקנה 133(3) סמכות להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים והחזקתן לצרכי משא-ומתן [...]", וכי "[...] אין יסוד להבחנה בין גופות של מחבלים תושבי האזור או תושבי ישראל – וסמכותו של המפקד הצבאי תקפה ביחס לכולן" (דינג"ץ

עליאן, פסקה 30 לפסק דינה של כב' הנשיאה א' חיות, שבו צוטטה בהסכמה פסקה 20 מפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) נ' הנדל).

מן האמור עולה, כי במישור הסמכות תקנות ההגנה אינן מבחינות בין גופות מחבלים ישראלים לשאינם ישראלים ולפיכך אין מניעה עקרונית להחזיק בגופות מחבלים אזרחי ישראל לצרכי שו"ן, ומוקד ענייננו, בניגוד לעולה מטענות העותרים, אינו בשאלת הסמכות כי אם בשאלת שיקול הדעת הנוגע להפעלתה.

עם זאת, יצוין, למען הסדר הטוב, כי עד כה לא נדרשה ביקורת שיפוטית של בית המשפט הנכבד על החזקת גופת מחבל אזרחי ישראלי, משעה שלא עמדה לביקורת שיפוטית החלטה קונקרטית לעשות כן; וכי בדנג"ץ **עליאן**, כב' השופטת ד' ברק-ארז (שהייתה בדעת מיעוט לעניין עצם סמכות השימוש בתקנה 133), ציינה בחוות דעתה כי פרשנות שלפיה קיימת סמכות מכוח תקנה 133 לתקנות ההגנה ביחס לגופות מחבלים אזרחי ישראל מהווה "תוצאה פרשנית קשה" (שם, פסקה 23). משעה שכעניין של מדיניות לא הוחלט עד כה להחזיק לתכלית זו בגופת מחבל אזרחי ישראלי, פסיקת בית המשפט הנכבד נגעה לתושבי אזור יהודה ושומרון (להלן: **האזור**) וכן לתושבי מזרח ירושלים (כך למשל, בין הגופות הקונקרטיות שעניינן נדון בפני בית המשפט הנכבד בהרכב מורחב בדנג"ץ **עליאן**, היו ארבע גופות של תושבי האזור, וכן שתי גופות של תושבי מזרח ירושלים). בהקשר זה ראו דנג"ץ **עליאן**, בג"ץ 6385/21 **טוויל נ' משטרת ישראל** (12.10.21, להלן **עניין טוויל**) ובג"ץ 6788/23 **זעאנין נ' משטרת ישראל** (6.6.24), שם אושרה החזקת גופות מחבלים תושבי מזרח ירושלים. וכך נקבע בעניין **טוויל**:

10. יצוין כי בשולי העתירה (אשר בה צוינו כמשיבים "משטרת ישראל" ו-"מדינת ישראל") טען העותר, כי אין מקור סמכות המתיר למשטרת ישראל להחזיק את גופת טוויל, תושב מזרח ירושלים, בהפנותו לפקודת המשטרה (נוסח חדש), התשל"א-1971. לפיכך, לשיטתו, ההחלטה להחזיק בגופה לוקה ב"חוסר סמכות קיצוני ביותר". אולם, כפי שציינו המשיבים בבקשתם מיום 7.10.2021 שנתמכה בתצהיר, גופת טוויל מוחזקת בידי המפקד הצבאי. העותר לא הניח תשתית לטענה כי אין למפקד הצבאי סמכות במקרה זה. **בבג"ץ עליאן נקבע, מבלי שהייתה מחלוקת בסוגיה זו, כי ההכרעה בשאלת סמכותו של המפקד הצבאי מכוח תקנות ההגנה רלוונטיות גם ביחס לגופות מחבלים ממזרח ירושלים** (פסקה 46 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; פסקה 20 לפסק דינו של השופט נ' הנדל; וראו למשל, לעניין תחולת תקנה 119 לתקנות ההגנה: בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 60 (2003); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 5 (5.1.2009); בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 1 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (2015); בג"ץ 5376/16 אבו חדיר נ' שר הביטחון, פסקה ל"ב לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (4.7.2017); וראו סמכות מקבילה בחלקה, להורות על עיכוב במסירת גופה, הנתונה לפי סעיף 70א ו-סעיף 70 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 למפקד מחוז). גם דין טענה זו אם כן, להידחות."

בסיכומו של דבר, ביחס לאזור, תקנה 133 מהווה הסדר שהיה חלק מן הדין הקיים עובר לכניסת צה"ל לאזור, והוא משתלב במארג הדינים הכללי החל באזור. בכל הנוגע להפעלתו בשטח מדינת ישראל, ההסדר נהנה מהגנת שמירת הדינים המעוגנת בסעיף 10 לחוק-יסוד:

כבוד האדם וחירותו. בצד זאת, פרשנותה ויישומה של התקנה, הן בישראל הן בשטחי האזור, נבחנים על פי הדין המינהלי ולאור הפגיעה בזכויות הכרוכה בה. בתוך כך נקבע כי "כובד המשקל הפרשני, כפי שנפסק לא אחת בנוגע ל'אחיותיה' של אותה התקנה, מצוי במישור שיקול הדעת והוא מחייב הקפדה על האיזונים הנדרשים ועל מידתיות ראוייה בהפעלת הסמכות" (דנג"ץ עליאן, פסקאות 15-16 ו-36 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות). זאת, הן ברמת המדיניות הכללית שלאורה מופעלת הסמכות, הן ברמת ההחלטות הקונקרטיות שמתקבלות למימוש המדיניות.

41. הנה כי כן, גם בהינתן קיומה של הסמכות להחזקת גופות מחבלים אזרחי ישראל לצרכי שו"ן, ודאי שבמישור שיקול הדעת, יש צורך לבחון אם החלטה כזו עומדת במבחני המידתיות וביתר כללי המשפט המינהלי. בענייננו, כעולה מן המפורט לעיל, נערכה עבודת מטה ביחס לסוגיה הרוחבית וביחס לסוגיה הפרטנית, אותה ניתן יהיה להציג בפני בית המשפט במעמד צד אחד. בתוך כך, ניתנה הדעת לכך שהחזקת גופת המחבל מהווה, הלכה למעשה, שינוי במדיניות שנהגה עד כה, וכן נבחן ונמצא שישנו ערך מבוסס דיו להחזקת הגופה לצורך משא ומתן לצרכי שו"ן, המצדיק החזקתה, אף אם ישנם גם שיקולים נוגדים. החלטת שר הביטחון ניתנה לאחר שקילת הנתונים הצריכים לעניין, בחינת עמדות הגורמים השונים ואיזון השיקולים הצריכים לעניין, ובפרט נסיבות השו"ן העדכניות, שהשתנו באופן דרמטי, למרבה הצער, מאז יום 7.10.23 ופרוץ מלחמת "חרבות ברזל". כאמור, החלטת שר הביטחון אושררה בהחלטת הקבינט המדיני-ביטחוני. לעמדת המשיבים, המדובר בהחלטה סבירה ומידתית, שנוגעת לעניינים מדיניים וביטחוניים ראשונים במעלה, אשר אינה מקימה עילת התערבות שיפוטית.

42. המדיניות הנוהגת עד כה, לפיה חרף קיומה של סמכות עקרונית לכך, אין מחזיקים בגופות של אזרחי ישראל, התבססה על העמדה שהוצגה עד כה על-ידי גורמי הביטחון ביחס להשלכות עניין זה, עליה יוכלו המשיבים להרחיב במעמד צד אחד. דוגמאות למדיניות זו, ניתן למצוא במקרים שונים שאירעו מאז גיבוש המדיניות הכוללת להחזקת גופות בשנת 2017, אשר בכולם הוחלט שלא להחזיק בגופות המחבלים (ראו למשל את המקרים שנדונו בבג"ץ 5887/17 ג'בארין נ' משטרת ישראל (25.7.17) – שם מוקד העניין היה בבחינת התנאים לקיום לוויה; בג"ץ 1135/20 שאדי נ' משטרת ישראל (13.2.20)). בהינתן קיומה של מדיניות כאמור, הגם שלא עוגנה במפורש בהחלטות הקבינט משנים 2017 ו-2020, נמצא כי ככל שיבוקש לשקול לסטות מן המדיניות הנוהגת בנושא זה, יהיה מקום כי הדרג המדיני יידרש לחוות דעת עדכנית של גורמי הביטחון לגבי ההצדקה והצורך בשינוי המדיניות, בה ייבחנו שיקולים ביטחוניים ומדיניים רלוונטיים. זאת, במסגרת החובה שחלה על הרשות המינהלית לקבל החלטותיה בהתבסס על תשתית עובדתית עדכנית ורלוונטית, בפרט מקום שבו יש בהחלטה המינהלית משום פגיעה בזכויות יסוד; וכאשר רק לאור התשתית העובדתית ומתן החלטה על יסודה, ניתן יהיה לבחון את ההיבטים המשפטיים הכרוכים בדבר, בדגש על היבטי הסבירות והמידתיות.

43. בהתאם לאמור, כפי שנמסר, משמצאו גורמי המדינה, על רקע נסיבות התקופה הנוכחית, להידרש לשאלת החזקת גופת המחבל, נזקקו הם להידרש ראשית לכל לשאלת המדיניות

הרוחבית של החזקת גופות מחבלים אזרחי ישראל לתכלית שו"ן. כך, כפי שנמסר בהודעה מיום 19.5.24 :

"[...] לנוכח בקשת שר הביטחון, הוביל המטה לביטחון לאומי (להלן: המל"ל) תהליך לבחינת המדיניות העקרונית באשר להחזקת גופת מחבל אזרחי מכוון סמכות המפקד הצבאי המעוגנת בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, להחזיק בגופות מחבלים לתכלית של השבת שבויים ונעדרים (להלן: תכלית שו"ן).

בתום עבודת מטה שנערכה בידי המל"ל, אשר כללה בקשה לקבלת עמדות מגורמי המדינה הנוגעים בדבר ובחינה של העמדות שהתקבלו, סיכם המל"ל המלצותיו, בין היתר, כי ככלל, יש לשמר את המדיניות הנוכחית שלא להחזיק גופות מחבלים אזרחי ישראל לתכלית שו"ן, בהיעדר חוות דעת ביטחונית התומכת בכך, וזאת בכפוף וכמפורט בסיכום מסווג שמור בעניין זה, ולרבות האפשרות לבחון במקרים חריגים מאד, אשר מפורטים באותו סיכום, החזקת גופות מחבלים של אזרחים ישראלים. בהמשך לאמור, שר הביטחון הנחה לפעול בהתאם לסיכום האמור.

10. לצד האמור יעדכנו המשיבים לעניין קידומה של החלטה לגופו של העניין הנדון בעתירה שבכותרת, כי במקרה הקונקרטי של גופת המחבל, סבור שר הביטחון כי נכון לקיים בעניין זה דיון בוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (להלן: הקבינט המדיני-ביטחוני), בהקדם, וזאת נוכח נסיבותיו הייחודיות של המקרה."

44. משהנחה שר הביטחון לפעול בהתאם לסיכום ההמלצות, ובהתאם לאפשרות לשקילת מקרים חריגים מאד, והגם שבמסגרת התהליך לבחינה שהוביל המל"ל נתקבלו גם עמדות ביחס למקרה הקונקרטי, נמצא שיש מקום להעמיק את הבחינה, וכאמור, ביום 30.5.23 שב המל"ל ופנה לקבלת עמדות נוספות בנוגע למקרה הקונקרטי של גופת המחבל. זאת, גם על רקע עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה ביחס לצורך בבחינה מקצועית עדכנית הנדרשת לצורך ביסוסו של שינוי במדיניות שנהגה בעניין הנדון, אל מול השלכותיה האפשריות.

45. יצוין, כי כאמור לעיל, ההחלטה התקבלה בתום תהליך ממושך, שכלל כאמור עבודת מטה, במהלכה הוצגו דעות מקצועיות שונות ואף מנוגדות מטעם גופים רלוונטיים שונים.

46. לבסוף, ולאחר איזון בין אינטרסים שונים, נתקבלה ביום 6.6.24 החלטת השר להחזיק בגופת המחבל לתכלית שו"ן. זאת, לאחר שעניין בחוות הדעת המקצועיות של גורמי הביטחון הרלוונטיים לרבות מפקדת השו"ן בצה"ל ובמסמך הרמטכ"ל בנושא שבנדון, ותוך ששר הביטחון קבע, בהמשך להנחייתו לפעול בהתאם לסיכום עבודת המטה שריכז המל"ל והמלצותיו, כי ככלל, יש לשמר את המדיניות הנוכחית שלא להחזיק גופות מחבלים אזרחי ישראל לתכלית שו"ן, בהתבסס בין היתר על הנגזרות החברתיות-ציבוריות של שינוי המדיניות – הרי שהמקרה של המחבל מגלם נסיבות חריגות, קרי כי מדובר במקרה חריג ביותר המצדיק את עיכוב השבת גופת המחבל, זאת בהתאם למפורט בסיכום האמור. זאת, על יסוד חוות דעת ביטחונית-מקצועית מטעם ראש מפקדת השו"ן בצה"ל, ביחס לערך

בהחזקת גופת המחבל במציאות הנוכחית, מטעמי שו"ן. אשר על כן הנחה שר הביטחון את המפקד הצבאי להורות על המשך עיכוב השבת גופת המחבל, בהתאם לסמכות הנתונה בידו מכוח תקנה 133 לתקנות ההגנה – והחלטה זו אושרה כאמור בהחלטת הקבינט המדיני-ביטחוני מיום 9.6.24.

47. כך ביחס למקרה הקונקרטי, כאשר כאמור טרם מוצה הדיון בקבינט בסוגיה הרוחבית, וממילא העמדה הרוחבית תיבחן על ידי היעוץ המשפטי לממשלה רק לאחר סיום גיבוש עמדה בסוגיה הרוחבית, ואולם עניין זה חורג מעניינה של עתירה זו.

48. אשר להחלטה שעל הפרק ביחס לגופה מושא העתירה, במישור הפעלת שיקול הדעת, לאחר בחינת מכלול השיקולים הביטחוניים והמדיניים השונים, סבורים המשיבים כי ישנו ביסוס מקצועי ועובדתי במידה הנדרשת של הערך השו"ני שבהחזקת גופת המחבל, שניתן על-ידי גורמי הביטחון הרלוונטיים האמונים על תחום השו"ן.

49. ויודגש: האיזון שנערך בענייננו מביא בחשבון גם את הפגיעה בכבוד המת ומשפחתו, על רקע פסיקת בית המשפט הנכבד בדנ"ץ עליאן ובעניין עריקאת, ובשים לב לכך שזו הפעם ענייננו בגופת מחבל אזרחי ישראלי, על כל המשתמע מכך, וכן בשים לב לאינטרסים הביטחוניים והציבוריים-חברתיים הנוגעים בדבר, בהינתן כאמור שהמדובר בגופת מחבל אזרחי ישראלי.

50. ועוד יודגש: גם לאחר תחילתה של מלחמת "חרבות ברזל", ועל רקע נסיבות השו"ן העדכניות, גופות של מחבלים אזרחי ישראל הושבו למשפחותיהן לצורך קבורתן, משעה שלא היה מדובר במקרה חריג מאוד דוגמת נסיבות ענייננו של המחבל ואליד דקה, והרלוונטיות של גופתו לתכלית שו"ן (ראו למשל, בג"ץ 2833/24 אבו אלהיג'א נ' היועצת המשפטית לממשלה (15.5.24), בג"ץ 3528/24 שביטה נ' מפכ"ל המשטרה (16.5.24)), שם עדכנה המדינה על ההחלטה להחזיר גופות מחבלים אזרחי ישראל למשפחותיהן. אולם ענייננו של המחבל ואליד דקה הוא חריג, בפרט בשל העיתוי הנוכחי על רקע עסקת שו"ן אפשרית, ובענייננו – בניגוד למקרים קודמים – ניתנה חוות דעת ביטחונית-מקצועית פרטנית המצביעה על הערך הגלום בהחזקת הגופה לתכלית שו"ן, ולפיכך, ולאור החריג הקבוע בסיכום אשר למדיניות כאמור, התקבלה בענייננו ההחלטה שהתקבלה.

51. אשר לבחינת מידתיות ההחלטה, הרי שעל יסוד תשתית עובדתית-מקצועית זו, מתקיימים לעומדת המשיבים במקרה חריג זה כלל מבחני המידתיות, ונפנה למפורט בפסקי הדיון בדנ"ץ עליאן ובעניין עריקאת בהקשר זה; ובפרט מתקיים מבחן הקשר הרציונלי שבין אמצעי החזקת גופת המחבל, לבין התכלית של קידום משא ומתן להשבת חללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור. זאת, כחלק מבחינת מידתיות השימוש בסמכות. גם במישור הסבירות, הגם שמדובר בהחלטה שמטבעה יש בה פגיעה בכבוד המת ומשפחתו, שהם כאמור אזרחים ישראלים, הרי שבשים לב לנסיבות העניין, לרבות מעשה הטרור בו הורשע המחבל, בחטיפתו ורציחתו של החייל משה תמם ז"ל, למאפייניו של המחבל ולערך השו"ן בהחזקת גופתו, ועל רקע השינוי הדרמטי שחל, למרבה הצער,

במציאות השו"ן, מאז 7.10.23 – סבורים המשיבים כי המדובר בהחלטה סבירה ומידתית, שנוגעת לעניינים מדיניים וביטחוניים ראשוניים במעלה, אשר אינה מקימה עילת התערבות שיפוטית.

52. ודוק: ברי כי למציאות השו"ן העדכנית, ישנה רלוונטיות לענייננו, והיא מהותית להחלטה כי ישנו ערך שו"ן המצדיק החזקת גופת המחבל, כמקרה חריג מאד, והגם שהדבר מהווה שינוי מהמדיניות שנהגה עד כה בעניין זה. על התכלית להיבחן, כידוע, על רקע התשתית העובדתית הרלוונטית והעדכנית, ויוזכר בהקשר זה כי החלטות הקבינט המדיני מהשנים 2017 ו-2020, שעד כה לא הוחלו על גופות מחבלים אזרחי ישראל, התקבלו על רקע מציאות השו"ן שקדמה ל-7.10.23.

53. כידוע, ביום 7.10.23 החלה מתקפת טרור רצחנית מרצועת עזה, במסגרתה פלשו אלפי פעילי חמאס, הג'יהאד האסלמי הפלסטיני וגורמים נוספים לשטח ישראל, כאשר הם חודרים ליישובי עוטף עזה והדרום מן היבשה, האוויר והים. עם חדירתם לישראל, בבוקרו של יום שבת, ביצעו גורמי טרור אלה מעשי רצח וזוועה ביישובים, ירו על כלי רכב ומבנים, טבחו בגברים, נשים קשישים וטף, וביצעו מספר רב של פיגועי חטיפה ולקיחת בני ערובה. במקביל לכך, ביצעו גורמי הטרור הללו ירי מאסיבי של רקטות ופצצות מרגמה לעבר ערי ישראל.

מתקפה רצחנית זו גבתה את חייהם של המוני בני אדם (בהם אזרחים, חיילים ואנשי כוחות הביטחון וההצלה), והביאה לפציעתם של אלפים, מהם רבים פצועים קשה ואנוש. כמו-כן, במסגרת מתקפת הטרור נחטפו כ-240 בני אדם לתוך שטח הרצועה.

בשל המלחמה שנכפתה על מדינת ישראל ואזרחיה, ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי החליטה על נקיטת פעולות צבאיות משמעותיות מכוח הסמכות הנתונה לה בסעיפים 40(א) ו-40(א1) לחוק-יסוד: הממשלה. בנוסף, שר הביטחון הכריז על מצב מיוחד בעורף, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 9(ב) לחוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951.

מאז יום 7.10.23, מדינת ישראל מנהלת מלחמה קשה מול ארגוני הטרור ברצועת עזה, כאשר ברקע מתקיימות פעולות לחימה גם בזירת הצפון, ממנו פונו תושבי יישובים רבים הממוקמים בקרבה לגדר הגבול. ראו לעניין זה גם את סעיף 8 לפסק הדין שניתן בבג"ץ 7439/23 **אלואחד נ' צבא הגנה לישראל** (31.10.23): "בימים נוראים אלה, מנהלת מדינת ישראל מערכה קשה נגד מבקשי נפשה מארגון חמאס השולט ברצועת עזה, אשר שלח את מרצחיו, ועימו 'ערב רב', אספסוף צמא-דם, בבוקר יום 7.10.2023 (חג שמחת תורה) – להשמיד להרוג ולאבד, מנער ועד זקן, טף ונשים". כן ראו את סעיף 14 לפסק הדין בבג"ץ 7287/23 **גידאן נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית** (11.10.23), ובבג"ץ 8007/23 **מפלגת חד"ש – החזית הדמוקרטית לשלום ולשוויון** (8.11.23). כן ראו סעיף 2 לפסק הדין בבג"ץ 7460/23 **האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון לאומי** (30.10.23).

ההחלטה בעניין הגופה מושא ענייננו ניתנה על רקע התשתית העובדתית העדכנית הנוגעת לסוגיית השו"ן, שהשתנתה באופן קיצוני, למרבה הצער, מאז תחילתה של המלחמה המתנהלת. כאמור, עם פרוץ המלחמה, במתקפת טרור רצחנית, ישראלים רבים – בהם גברים, נשים, קשישים וטף – נחטפו על-ידי ארגוני הטרור ברצועת עזה. חלקם שב לישראל במסגרת עסקה, או במסגרת פשיטות כוחות הביטחון. חלקם עודם מוחזקים שם בעת כתיבת שורות אלה.

כמובן, לכך השלכה ברורה על אופן בחינת השימוש בתקנה 133 לתכלית של השבת שו"ן בענייננו; בהקשר זה נפנה לפסקה 7 לפסק הדין בבג"ץ 2869/23 **מוחמד פאיז מוחמד גטאס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (2.1.24), שם צוין כי בשם המזכיר הצבאי של ראש הממשלה, נמסר שהתכלית שביסוד החלטות הממשלה משנים 2017 ו-2020 – שחרורם של שבויים ונעדרים – רלבנטית גם בימים אלו, בעיצומה של מלחמת "חרבות ברזל". בנסיבות אלה, לעמדת המשיבים, ועל יסוד חוות הדעת המקצועית-ביטחונית הפרטנית מטעם מפקד מפקדת השו"ן בצה"ל, ההחלטה לעכב את השבת גופת המחבל מושא העתירה אינה מצדיקה כל התערבות שיפוטית.

54. למען הסדר הטוב, בשים לב להיות המחבל אסיר ביטחוני במשמורת שב"ס בעת מותו, יובהר גם, כי לעמדת המדינה, הסמכות להחזקת גופות מחבלים לצרכי שו"ן, חלה **בין אם המחבל מצא את מותו תוך כדי ביצוע מעשה הטרור ובין אם לאו**.

כך הבהירה המדינה לעניין זה, בבג"ץ 4274/18 **עויסאת נ' משטרת ישראל** (14.4.22); להלן **עניין עויסאת**), שם ניתן ביום 23.8.20 "צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא ולנמק מדוע לא ימסרו לידי העותרים את גופת המנוח עזיז עויסאת, על מנת להביאה לקבורה, בין השאר בהתחשב בכך שמותו היה בעת ששהה במשמורת מדינת ישראל ולא בסמוך לאירוע שבגיניו הושם במשמורת או בקשר אליו".

במסגרת תצהיר התשובה מטעמה **בעניין עויסאת** הבהירה המדינה עמדתה כי: "[...] עובדת קרות מותו של המחבל מושא ענייננו, "בעת ששהה במשמורת מדינת ישראל ולא בסמוך לאירוע שבגיניו הושם במשמורת או בקשר אליו", אינה מונעת את החזקת גופתו בידי המפקד הצבאי לצרכי משא ומתן להשבת השבויים והנעדרים, כל עוד עומד עניינו של המחבל בתנאים הקבועים בהחלטות הקבינט. לשון אחר – עמדת המדינה היא כי עצם היותו של מחבל נתון למשמורת שב"ס בשעת מותו, אינה שוללת או מחריגה, כשלעצמה, את הגופה מתחולת החלטת הקבינט, ואינה "מיטיבה" עם המחבל בהשוואה למצב דברים בו אותו מחבל היה מוצא את מותו במסגרת הפיגוע שביצע; יצוין כי אמות המידה לעניין מקרים מיוחדים שבהם תוחזר גופת מחבל על אף עמידתה בתנאי החלטת הקבינט, אינן כוללות התייחסות ישירה לשאלת היותו של המחבל אסיר במשמורת שב"ס בעת מותו. לצד זאת, וכחלק מהפעלת שיקול הדעת בבחינת נסיבותיו הפרטניות של כל מחבל, נבחנת גם עובדת היותו אסיר במשמורת שב"ס בעת מותו, זאת שעה שאמות המידה כוללות גם בחינה של מאפייני המחבל ונסיבות הפיגוע ותוצאותיו. על כל פנים, לאחר בחינת נסיבותיו הפרטניות של המחבל מושא העתירה נמצא כי אין בעובדת היותו אסיר בשעת מותו כדי

לגבור על הערך הקיים בעיכוב השבת גופתו לצרכי משא מתן, שתכליתו השבת אזורי המדינה וחללי צה"ל המוחזקים בידי ארגון הטרור חמאס (סעיף 9 לתצהיר התשובה שם).

כן הובהר כי "לעמדת המדינה, כאמור, המסקנה כי אין להחריג מחבלים שמתו במשמורת שב"ס מהחלטת הקבינט, **עולה בקנה אחד עם לשונה ותכליתה של החלטת הקבינט**. אילולא כך, הרי נמצאת לומר שעשויה להימצא בידי המדינה גופה שלדעת כלל הגורמים הרלוונטיים, לרבות גורמי הביטחון ומתאם שו"ן, עשויה לסייע בקידום משא מתן להשבת שבויים ונעדרים, ולקידום פרטיו של הסדר עתידי – אך המדינה תיאלץ להשיבה למשפחת המחבל, ולהימנע מקידום תכלית שו"ן, וזאת אך משום היותו של המחבל נתון במשמורת שב"ס ערב מותו; ובכך יהא דינה של הגופה שונה מגופת מחבל שמצא את מותו במהלך הפיגוע, או במהלך ניסיון מעצרו. לכך אין כל עיגון בהחלטת הקבינט, לא על פי לשונה, לא על פי תכליתה וגם לא על פי הגיונם של דברים. **אדרבה, ניתן להניח כי בנסיבות מסוימות דווקא גופותיהם של מחבלים אשר היו מצויים במשמורת שב"ס יהיו בעלי רלוונטיות רבה לתכלית השבת שבויים ונעדרים (למשל, בכירי ארגון חמאס שמתו בעת היותם במשמורת שב"ס)**. לעמדת המדינה, אין מקום לטעון כי הללו מוחרגים מהחלטת הקבינט, רק משום שערב מותם שהו במשמורת שב"ס" (סעיף 59 לתצהיר התשובה).

הדברים יפים גם לענייננו, בשינויים המחויבים.

העתירה בעניין **עויסאת** נדחתה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד (כב' השופטים ברק-ארז, ברון ושטיין) לפיו "בתיק זה שמענו טענות מפורטות וכן נמסרה פרפרזה עדכנית באשר לשיוך הארגוני של המנוח. בתום הדיון המלצנו על חזרה מן העתירה, בשים לב, בין היתר, לשאלות שהוצגו בדיון במעמד צד אחד בהסכמת העותרים. לאחר הפסקה בדיון הודיע בא-כוח העותרים כי הם מקבלים את ההמלצה. לפיכך העתירה נדחתה. אין צו להוצאות".

הנה כי כן, בית המשפט הנכבד נדרש לטענות בעניין שימוש בסמכות המפקד הצבאי מכוח תקנה 133 גם ביחס לאסיר שמת במשמורת, ולא קיבל אותן, משנדחתה העתירה בעניין **עויסאת**, ומשלא החליט בית המשפט הנכבד להפוך את הצו על-תנאי שניתן שם למוחלט. והדברים יפים לענייננו בשינויים המחויבים.

יצוין בהקשר זה כי המחבל מושא פסק הדין בעניין **עויסאת**, היה משויך לחמאס, ובכך שונה עניינו מענייננו, אך אין זה מעלה או מוריד בהקשר הנדון, שעה שעניינו הובא בפירוט לעיל משום היותו אסיר במשמורת שב"ס בשעת מותו, בדומה לענייננו, שבו היה המחבל אסיר בשעת מותו.

אין לכתוד, כי הסיטואציה שבה מצא המחבל מושא ענייננו את מותו, היא סיטואציה שאינה שגרתית, במובן זה שרוב גופות המחבלים המוחזקות מכוח החלטות הקבינט, הינן גופות של מחבלים שמצאו את מותם בשעת ביצוע מעשה טרור. ואולם, כפי שכבר ראינו, בעניין **עויסאת** לעיל, שנדון בפני בית המשפט הנכבד, ושבעניינו הוחלט על החזקת גופת אסיר שמת בעת היותו במשמורת, צלחה החלטת המפקד הצבאי את ביקורתו השיפוטית של בית

המשפט הנכבד. כמו כן, היו גם מקרים נוספים שבהם הוחזקו גופות מחבלים שמתו בעת שהיו במשמורת (וכן מקרים בהם הוחלט, לאחר בחינה פרטנית לאור החלטות הקבינט, על החזרת הגופות; כל מקרה על נסיבותיו); ויצוין למען שלמות התמונה כי עתירה נוספת בעניין החזקת גופת מחבל אשר מת במשמורת שב"ס תלויה ועומדת בבג"ץ 5789/23 מוסא נ' שר הביטחון, וקבועה לדיון ליום 11.11.24 (להלן: עניין מוסא).

מכל מקום, יוזכרו דברי הנשיאה חיות בדנג"ץ עליאן, היפים לענייננו: "הנסיבות שתצדקנה קבורה ארעית של גופה [...] יכולות למצוא את הסדרתן בכללים הנוגעים להבניית שיקול דעתו של המפקד הצבאי, ככל ועד כמה שיש אפשרות לצפות מראש את התרחישים הצריכים לעניין. זאת מתוך הכרה בכך שלא ניתן לכבול מראש את שיקול הדעת של המפקד הצבאי לפרק זמן קשיח או לרשימה סגורה של תרחישים, בשל המאטריה אשר מעצם טיבה כרוכה בנסיבות דינאמיות ומשתנות הקשורות, בין היתר, לתהליך המשא ומתן מול ארגון הטרור הרלוונטי" (פסקה 28 לחוות דעת הנשיאה).

55. יובהר, כי ההחלטה עולה בקנה אחד גם עם התנאים הקבועים בהחלטת הקבינט המדיני-ביטחוני משנת 2020, באשר למניעת החזרת גופות מחבלים, ללא קשר לשיוכן הארגוני, בנסיבות של רצח אדם, פציעת אדם או נשיאת אמל"ח. כאמור, המחבל הורשע בהליך פלילי תוך שנקבע, בין היתר, כי המחבל היה אחראי על החוליה שחטפה ורצחה ביום 8.8.84 את החייל משה תמם ז"ל, וכי המחבל הוא שהעביר את ההוראה לרצוח את החייל לאחר שהורה גם על חטיפתו. עוד נקבע, כי אחריותו של המחבל אינה נופלת מאחריותם של היורים בפועל, בהיותו אחראי על החוליה ומעביר ההוראות. בעת"א 18237-07-23 דקה נ' ועדת שחרורים מיוחדת במקום מושבה בבית המשפט השלום ברמלה (7.8.23), עתירה כנגד החלטת ועדת שחרורים מיוחדת שדחתה את בקשת המחבל לשחרור מוקדם מטעמים רפואיים לפי סעיף 7 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, נקבע כי העונש שנגזר על המחבל נגזר עליו בשל ביצוע עבירה של רצח, זאת לנוכח קביעות ברורות ומפורשות שנקבעו בהכרעת הדין ובגזר הדין; בקשת רשות ערעור שהגיש על כך המחבל – נדחתה (בר"מ 6322/23 פלוני נ' ועדת השחרורים המיוחדת (22.11.23)).

מכאן, ודאי שעונה המחבל על התנאים הקבועים בהחלטת הקבינט משנת 2020, לאור מעשה הטרור הרצחני שביצע. מנגד, אין ענייננו באותם מקרים מיוחדים בהם יש לחרוג מן המדיניות הקבועה בהחלטת הקבינט משנת 2020; ואף נמצא כאמור כי מדובר במקרה חריג מאד המצדיק חריגה מן המדיניות הכללית שנהגה עד כה בדבר החזקת גופות מחבלים אזרחי ישראל.

56. ודוק: גופת המחבל ואליד דקה אף עונה לתנאי שעניינו גופות בעלות "הקשר מיוחד", הקבוע בהחלטת הקבינט משנת 2017. כך, עמדת הגורמים האמונים על המו"מ להשבת שו"ן, היא כי לגופת המחבל יש "הקשר מיוחד" או "סמליות" בעיני חמאס, אשר עשויה להקנות לגופה חשיבות בגיבוש מתווה לעסקת שו"ן, גם אם הגופה אינה מזוהה עם ארגון חמאס (ראו בהקשר זה הערכת מתאם שו"ן שנמסרה לבית המשפט הנכבד במסגרת ההליכים מושא דנג"ץ עליאן, כפי שיפורט בהמשך, ושבהמשך לה החלטות המפקד הצבאי

על החזקת גופות מחבלים בעלות "הקשר מיוחד", קרי שאינן משויכות חמאס, צלחו את ביקורתן השיפוטית של בית המשפט הנכבד, הן במסגרת דנג"ץ עליאן, והן לאחר מכן; כפי שיפורט בהמשך).

יצוין, כי המדינה דיווחה לבית המשפט הנכבד במסגרת ההליכים מושא פרשת עליאן (בתצהיר תשובה מיום 21.6.17 במסגרת בג"ץ 4466/16 מושא הדיון הנוסף בדנג"ץ עליאן), ביחס להחלטת הקבינט משנת 2017, כי "עמדת המשיבים היא כי החזקת גופות של אותם מפגעים מזוהי חמא"ס או בעלי הקשר מיוחד, תוכל לסייע לקידום משא ומתן לצרכי השבת גופות חללי צה"ל ואזרחים ישראלים המוחזקים על ידי החמא"ס ברצועת עזה. כמו-כן עיכוב בהחזקת הגופות יוכל לסייע בהתוויית פרטי ההסדר שייקבע, ובכך טמונים שיקולי ביטחון משמעותיים". כן הוסיפה המדינה והדגישה כי "הערכת מתאם השו"ן היא כי השבת גופות בעלות "הקשר מיוחד" או "סמליות" עשויה להוות מרכיב נוסף שיסייע לישראל במשא ומתן עתידי לביצוע עסקת שו"ן מול חמאס ברצועת עזה, אם וכאשר. זאת, על סמך ההערכה כי קיימות גופות אשר לגביהן עשויים ארגוני הטרור להקנות חשיבות מיוחדת בגיבוש מתווה לעסקת שו"ן, גם אם הן אינן מזוהות עם הארגון הנושא והנותן. מטעמים אלה הוחלט בקבינט המדיני-בטחוני לעכב, לעת הזו, את השבת גופות המחבלים מזוהי חמא"ס או בעלי הקשר מיוחד".

לשלמות התמונה יצוין כי בית המשפט הנכבד כבר דחה בעבר עתירות בעניין גופות שהוחזקו מכוח התנאי הקבוע בהחלטת הקבינט משנת 2017, כי"בעלות הקשר מיוחד".

כך, למשל, שתיים מהגופות שעניינן נדון במסגרת ההליכים מושא דנג"ץ עליאן, ושהחלטות המדינה להחזיקן צלחו את ביקורתן השיפוטית של בית המשפט הנכבד, היו גופות בעלות הקשר מיוחד (המחבל מוחמד טראיירה, שרצח את הילדה הלל יפה ז"ל בעת שישנה במיטתה, והמחבל פאדי קונבר, שרצח ארבעה חיילים בפיגוע דריסה בחודש ינואר 2017); וראו סעיפים 22-24 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל בבג"ץ 4466/16 מושא הדיון הנוסף, אשר כב' הנשיאה א' חיות, בחוות דעתה העיקרית בדנג"ץ עליאן, קבעה כי הנימוקים המפורטים שם להתקיימות יתר מבחני המידתיות בעניין ההחלטות הקונקרטיות שנדונו שם מקובלים עליה במלואם (פסקה 36 לחוות דעתה).

כמו כן, גם בפסק הדין בבג"ץ 4143/20 נורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (27.1.20) (להלן עניין נורי) – עתירה פרטנית, אשר נדונה לאחר מתן פסק הדין בדנג"ץ עליאן, להשבת גופת המחבל סאמר נורי, שביצע פיגוע ביום 5.1.03 בתחנה המרכזית הישנה בתל-אביב בו נהרגו עשרים ושלושה ישראלים ונפצעו למעלה ממאה בני אדם – צלחה ההחלטה על החזקת גופתו של מחבל בעל הקשר מיוחד, את ביקורתן השיפוטית של בית המשפט הנכבד, והעתירה דשם נדחתה. עוד יצוין למען שלמות התמונה כי העתירה התלויה ועומדת בעניין מוסא עניינה גם בגופת מחבל בעלת הקשר מיוחד.

כמפורט לעיל, עמדת המדינה כפי שהובאה בפני בית המשפט הנכבד במסגרת הליכים שונים, לרבות במסגרת דנג"ץ עליאן, היא שהחזקת גופות בעלות הקשר מיוחד או סמליות,

תוכל לסייע לקידום משא ומתן לצרכי השבת גופות חללי צה"ל ואזרחים ישראלים המוחזקים על-ידי חמאס ברצועת עזה, וזאת על סמך ההערכה כי **קיימות גופות מחבלים אשר לגביהן עשויים ארגוני הטרור להקנות חשיבות מיוחדת בגיבוש מתווה לעסקת שו"ן, גם אם הן אינן מזוהות עם ארגון החמאס.**

עוד ראו לעניין התנאי של "הקשר מיוחד" הקבוע בהחלטת הקבינט הראשונה, ראו את שנקבע בסעיפים 22-24 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) נ' הנדל בבג"ץ 4466/16 מושא הדיון הנוסף – אשר כאמור, כב' הנשיאה א' חיות, בפסקה 36 לחוות דעתה העיקרית בדנג"ץ **עליאן**, קבעה כי הנימוקים המפורטים שם מקובלים עליה במלואם :

22. משהגעתי למסקנה כי המפקד הצבאי מוסמך לצוות על קבורת גופות מחבלים משיקולי ביטחון הקשורים במשא ומתן להשבת אזרחים וחללים – יש לבחון האם ההחלטות הקונקרטיות בעניין העותרים שלפנינו, על המדיניות הכללית שבבסיסן, עומדות במבחני הסבירות והמידתיות.

סבורני כי הפעלת הסמכות על ידי המפקד הצבאי, בהתאם למדיניות ועדת השרים, אינה נופלת מחוץ למתחם הסבירות – שעל גבולותיו ניתן לעמוד, למצער בהקשר של פגיעה בזכויות יסוד, גם באמצעות מבחני המידתיות (לדיון ביחס בין הסבירות למידתיות ראו בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 118 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן (31.10.2017), ובמקורות המוזכרים שם. בכל מקרה, יש שוני בין מבחן הסבירות ומבחן המידתיות, ובין מבחן המידתיות בכלל לבין מבחן המידתיות לפי סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). כך, החומר שהציגו המשיבים, הן בכתבי הטענות מטעמם והן במהלך הדיון שהתקיים במעמד צד אחד, מלמד כי מדיניות הקבורה מבוססת על הערכות גורמי הביטחון בדבר תרומתה האפשרית לקידום המשא ומתן להחזרת האזרחים וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי החמאס. ועדת השרים קיבלה את החלטתה לאחר מספר דיונים, במסגרתם הוצגו בפניה הערכות שירות הביטחון הכללי ומתאם שבויים ונעדרים במשרד ראש הממשלה, ונשמעו עמדות המועצה לביטחון לאומי וצה"ל. מהערכות אלה עולה שקבורתם בישראל של מחבלים "בשיוך חמאס", או כאלה שביצעו "אירוע טרור חריג במיוחד" ובעל משמעות סמלית מובהקת, תסייע בקידום המשא ומתן להשבת האזרחים אברה מנגיסטו והישאם אל סייד, וגופות חללי צה"ל סגן הדר גולדן ז"ל וסמ"ר אורון שאול ז"ל. זאת, גם אם המגעים לגיבוש עסקת חליפין טרם הגיעו לשלב מתקדם. כמו כן, ציינו המשיבים כי "הדרג המדיני מקיים, ועתיד לקיים, הערכות מצב עיתיות בסוגיה זו" – כמתחייב נוכח הפגיעה בכבוד המת וקרוביו (השוו עניין חמאד, פסקה 27).

אף ההחלטות הקונקרטיות מושא העתירות שלפנינו מבוססות על תשתית עובדתית הולמת בדבר שיוכם הארגוני של המחבלים, "סמליות" אירוע הטרור שבמהלכו מצאו את מותם – מנקודת מבטם של ארגוני הטרור – או שניהם גם יחד. [...] אשר לגופת בנו של עותר 4 בבג"ץ 8503/16, הובהר כי זו מעוכבת נוכח הנסיבות הקשות של הפיגוע שביצע – רצח הילדה הלל יפה אריאל ז"ל בעת שישנה במיטתה, בחודש יוני 2016 – וה"מעמד" לו זכה המחבל בקרב ארגוני הטרור. לבסוף, ההחלטה בעניינו של המחבל פאדי קונבר (בג"ץ 6524/17), שרצח ארבעה חיילים בפיגוע דריסה שביצע בחודש ינואר 2017, נשענת על הנסיבות הקשות של הפיגוע ועל נטילת האחריות לו בידי ארגון החמאס. כאמור, על פי הערכות גורמי הביטחון, ארגון החמאס מייחס חשיבות רבה יותר לגופות אנשיו, או לגופות מחבלים שביצעו

פיגועים חמורים במיוחד – כך שהחזקת גופות אלה מקדמת באופן אפקטיבי את המשא ומתן להשבת האזרחים וגופות החללים המוחזקים בידי הארגון.

בנסיבות אלה, אין ספק של ממש כי עיכוב גופות המחבלים נעשה לתכלית ראויה – קידום השבת האזרחים וחללי צה"ל המוחזקים בידי חמאס, והשפעה על המשא ומתן בעניין באופן שיצמצם את הפגיעה בביטחון המדינה ושלוש אזרחיה – ולא כאמצעי ענישה שרירותי. [...]"

57. בענייננו, אכן המדובר במחבל שאיננו משויך חמאס, אך על ההקשר המיוחד של גופה זו ועל סמליותה, ניתן ללמוד במצטבר הן מחומרת מעשה הטרור הרצחני שביצע ומכלול נסיבותיו, הן מחוות הדעת החסויה שתוצג לבית המשפט הנכבד במעמד צד אחד, ככל שיורה על כך בית המשפט הנכבד, והן ממקורות גלויים המתארים את יחס חמאס למחבל ואליד דקה, לפני ואחרי מותו.¹

58. נשוב ונציין כי החלטת השר, אשר נתקבלה לאחר עריכת איזון בין שיקולים ביטחוניים ומדיניים שונים, ולאור החריג הקבוע בסיכום אשר למדיניות כאמור, אושרה על-ידי הקבינט המדיני-ביטחוני. המדובר בהחלטה הנוגעת לשיקולים ביטחוניים ומדיניים ראשוניים במעלה, שכלל מרחב ההתערבות בהם מצומצם ביותר.

ההחלטה מושא ענייננו נטועה בלב ליבה של מדיניות הביטחון של ישראל, והיא אושרה על ידי הקבינט המדיני-ביטחוני, האחראי על גיבוש מדיניות הממשלה בנושאים הקשורים לביטחון וליחסי החוץ של המדינה. בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, החלטות שמתקבלות על ידי הקבינט מצויות, ככלל, בלב הפררוגטיבה של הרשות המבצעת, ובהתאם לכך מידת ההתערבות השיפוטית בהן היא, על פי רוב, מרוסנת ומצומצמת ביותר. משמעות מתן הסעד המבוקש בענייננו, על אף שלכאורה הוא מתייחס רק להחלטה הקונקרטית להמשיך ולהחזיק בגופה מושא העתירה, היא למעשה, התערבות בהחלטת הקבינט המדיני-ביטחוני לאשרר את החלטת שר הביטחון, להנחות את המפקד הצבאי להמשיך ולהחזיק בגופה. לעמדת המדינה, אין מקום להתערבות שכזו בענייננו.

59. על יסוד כלל האמור, המדינה סבורה כי ההחלטה להחזיק בגופת המחבל התקבלה כדיון, בהתאם לסמכות המפקד הצבאי הנתונה לו מכוח תקנה 133, וכאשר היא עולה בקנה אחד עם הקריטריונים שנקבעו בהחלטת הקבינט משנת 2020, ואף משנת 2017; והיא מבוססת על בחינה עדכנית מעמיקה, הן רוחבית ביחס לשינוי מן המדיניות הכללית בהקשר להחזקת גופות מחבלים אזרחי ישראל לתכלית שו"ן, ולמיהותו והשלכותיו של שינוי זה; הן פרטנית ביחס לערך השו"ן בהחזקת הגופה הקונקרטית, ועל רקע מציאות השו"ן העדכנית, שלמרבה הצער השתנתה באופן דרמטי מאז יום 7.10.23.

בתום בחינה זו, ולאחר שקילת כלל השיקולים הצריכים לעניין, החליט שר הביטחון, כי הגם שכלל הוא מקבל את המדיניות שנהגה עד כה, להימנע מהחזקת גופות מחבלים אזרחי ישראל, גופת המחבל הפרטנית מגלמת נסיבות חריגות, והיא מהווה מקרה חריג

¹ וראו לדוגמא בקישורים הבאים: <https://assabeel.net/609875>, <https://palinfo.com/news/2023/05/25/837883>, <http://www.almasryalyoum.com/news/details/3140768>

מאד המצדיק עיכוב השבת הגופה לתכלית שו"ן, לאור החריג הקבוע בסיכום אשר למדיניות כאמור, בהיותה בגדר נכס שו"ן במציאות הנוכחית. המדובר בהחלטה מידתית וסבירה, המקיימת לעמדת המשיבים גם את מבחן הקשר הרציונלי. כאמור, החלטת שר הביטחון להנחות את המפקד הצבאי לעכב את השבת גופת המחבל – הנוגעת לעניינים מדיניים וביטחוניים ראשוניים במעלה – אושרה על-ידי הקבינט המדיני-ביטחוני. אי לכך, עמדת המדינה היא כי העתירה דן אינה מקימה כל עילה להתערבות שיפוטית בהחלטה על עיכוב השבת גופת המחבל ואליד דקה.

יובהר, כי מטבעה של מדיניות השו"ן, כפי שאף עלה מפסיקות בית המשפט הנכבד **בעניין עליאן ובעניין עריקאת** – היא מדיניות שעליה להיבחן מעת לעת, בהתאם למצב הדברים העובדתי. אולם במצב הדברים הנוכחי, כאמור – אין מקום להתערבות בהחלטה על החזקת הגופה.

60. בטרם סיום, למען הסדר הטוב יצוין, כי בשים לב לאירועי ימים אלו, החלטת הקבינט המדיני-ביטחוני אשר אישרה את החלטת שר הביטחון להנחות את המפקד הצבאי לעכב את השבת גופת המחבל, נתקבלה רק בשעות הלילה של יום 9.6.24 והועברה לפרקליטות המדינה רק למחרת, ובשל הצורך בגיבוש הודעה עדכנית וקבלת כלל האישורים הנדרשים להגשתה, עלה בידי המשיבים, תוך מאמצים רבים, להגיש הודעה זו רק היום, 11.6.24, ערב חג השבועות. לפיכך באופן מעשי, לא נותר לעותרים זמן להגיש את תשובתם להודעת המשיבים, עד 48 שעות בטרם מועד הדיון, כפי שנקבע בהחלטת בית המשפט הנכבד. המשיבים מצרים על כך, ובנסיבות העניין הם אינם מתנגדים כי העותרים יוכלו להשלים את טיעוניהם בכתב גם אחר הדיון, ככל שיחפצו בכך.

סיכום

61. החלטת שר הביטחון, שאושרה על ידי הקבינט המדיני-ביטחוני, להנחות את המפקד הצבאי לעכב את השבת גופת המחבל ואליד דקה לתכלית שו"ן – הגם שהיא מהווה שינוי מן המדיניות שנהגה עד כה שלא לעכב השבת גופות מחבלים אזרחים ישראלים לתכלית זו – היא החלטה מידתית וסבירה, המגלמת איזון ראוי בין כלל השיקולים ונסיבות העניין – הן תכלית השו"ן הראשונה במעלה ויתר השיקולים המדיניים-הביטחוניים הנוגעים לעניין, והן, מנגד, הפגיעה בכבוד המת ומשפחתו של אזרחים ישראלים במקרה זה. ההחלטה התקבלה על רקע מציאות השו"ן הנוכחית, ועל בסיס חוות דעת פרטנית הנוגעת לערך של הגופה הקונקרטית לתכלית של השבת שו"ן – תכלית נשגבת וראשונה במעלה.

בשים לב לכלל נסיבות העניין, סבורים המשיבים כי ההחלטה אינה מגלה כל עילה להתערבות שיפוטית.

62. לאור כל האמור, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על דחיית העתירה.

63. העובדות המפורטות בתגובה נתמכות בתצהירו של שחר להב, עוזר המזכיר הצבאי לשר הביטחון.

היום, ה' בסיון התשפ"ד

11 ביוני 2024



מיכל דניאלי, עו"ד

סגנית בכירה במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה



אבי מיליקובסקי, עו"ד

ממונה על ענייני בג"צים
בפרקליטות המדינה

תצהיר

אני הח"מ, שחר להב מצהיר בזאת כדלקמן:

1. הנני משמש ע' מזכ"צ שר הבטחון.
2. תצהירי זה ניתן לתמיכה בהודעה מטעם המשיבים במסגרת בג"ץ 3289/24.
3. העובדות המפורטות בתגובה נכונות למיטב ידיעתי ומתוקף תפקידי.
4. הנני מצהיר כי זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.

סא"ל שחר להב
מ.א. 7328649
ע' מזכ"צ שחב"ט

אישור

אני הח"מ, האב אילן זמר, עו"ד, מאשר/ת בזה כי ביום 1-12-24 הופיע בפני שר הבטחון, המוכר לי אישית, ולאחר שהזהרתיו כי עליו לומר את האמת שאם לא יעשה כן יהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק, חתם בפני על תצהיר זה.

הילה ארליך, עו"ד
המסמך ליועץ המשפטי לממשלה-חיסון
מ.ר. 29984

תוכן עניינים

מס'	שם הנספח	עמ'
מש/1	צילום החלטה ב/94 של הקבינט המדיני-ביטחוני מיום 9.6.2024	30
מש/2	העתקי פסקי הדין בבמל"ד 55/86 ו-תפ"ח 23497-08-17	32

נספח מש/1

**צילום החלטה ב/94 של הקבינט
המדיני-ביטחוני מיום 9.6.2024**

עמ' 30



מזכירות הממשלה

בלמים

החלטה מספר 94/ב של ועדת שרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני) מיום
09.06.2024.

94/ב. החזקת גופת המחבל, אזורי ישראל, וליד דקה

דברי פתיחה

(פה אחד)

מ ח ל י ט י ס, לאשרר את החלטת שר הביטחון להמשיך ולהחזיק בגופת
המחבל האזורי הישראלי וליד דקה.

הערה

נספח מש/2

העתקי פסקי הדין בבמל"ד 55/86 ו-

תפ"ח 17-08-23497

עמ' 32

במל"ד/55/86

בלמ"ס

בבית המשפט הצבאי

על פי תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945

במושב בלוד

בפני השופטים: אל"מ אהרון אלפרן - נשיא
סא"ל מרדכי פלד - שופט
רס"ן יוסף רוטמן - שופט

מדינת ישראל - (ע"י התובע הצבאי) - המאשימה (ע"י ב"כ סגן ראובן וולף)

נגד הנאשמים

ת.ז. 5697747 ווליד נימר אסעד דקה - נאשם 2 (ע"י ב"כ עו"ד אניס ריאד)

ת.ז. 47549409 רושדי חמדן אבו מוך - נאשם 4 (ע"י ב"כ עו"ד דהמשה)

80-10-10102

הכרעת דין

זאת הכרעת דינם של נאשם 2-ווליד דקה המיוצג ע"י מר ריאד אניס ושל נאשם 4-רושדי אבו מוך המיוצג ע"י מר דהמשה.

המדובר בחטיפתו ורציחתו של החייל משה תמס ז"ל ב-8/8/84. נאשמים 1-אברהים ביאדסה ונאשם 3-אברהים אבו מוך הודו באשמות הקשורות בפרשה זאת ונדונו למאסר עולם כשתיקם נשא את הציון במל"ד/55/86 א.

לנאשם 2 מיוחסת התביעה את העבירות הבאות:

פרט 3-חברות בהתאגדות אסורה, לפי תקנה 85(1)(א) לתקנות ההגנה (שעת חרום) 1945 (להלן התקנות).

פרט 4-אמונים צבאיים, לפי תקנה 62(ב) לתקנות.

פרט 5-ביצוע שדות עבור התאגדות אסורה, לפי תקנה 85(1)(ג) לתקנות.

התביעה ביקשה בתחילת הדיון למחוק את המתייחס לנאשם 2 בפרט האישום ה-13.

בפרט 14- מיוחסת לנאשם 2 עבירה של יירי לעבר בני אדם לפי תקנה 58(א)

לתקנות וענינה רציחתו של החייל. על דעת הצדדים מוחק בית המשפט בסעיף משנה ב' של פרטי העבירה את המשפט האחרון המתחיל במילים: "נאשם 2 הבהיר וכו'".

לנאשם 4 מייחסת התביעה את ביצוע העבירות הבאות:
חברות בהתאגדות אסורה, לפי תקנה 85(1)(א) לתקנות.
פרט 13-נשיאת כלי יריה לפי תקנה 58(ג) לתקנות.
פרט 14-ירי לעבר בני אדם לפי תקנה 58(א) לתקנות.

בפרט ה-14 יחולו השינויים הבאים בפרטי העבירה וזאת על דעת הצדדים.
שינויים אלה נוגעים לחלקו של נאשם 4 בפרשה.
לשוננו של סעיף משנה י"ב תהיה: "תוך כדי נסיעה שלף נאשם 3 את האקדח שהיה ברשותו וכיוונו לעבר משה תמס ז"ל".
נאשמים 3 ו 4 כפתו את ידיו בחבל שהיה במכונית וכיסו עיניו בסמרטוט.

לשוננו של סעיף משנה י"ז תהיה: ביום ה-8 לאוגוסט 1984 בשעות הערב חזר נאשם 1 אל ביתו של נאשם 3 והודיע כי התכניה השתנתה וכי יש להעביר את החייל לג'נין. נאשם 1 הביע דעתו שיש להרוג את החייל החטוף בשל הסיכון הכרוך בהעברה זאת.

לשוננו של סעיף משנה י"ט תהיה: הארבעה נסעו לג'נין. במכונית נהג נאשם 4, כאשר בעת הנסיעה היה גלוי וידוע לנאשם זה כי בכוונת נאשם 1 היה לרצוח את החייל החטוף. (נעיר למען הסרת ספק כי נאשם 2 לא נכח בעת נסיעה זאת).

נאשם 2 מודה באשמה בעבירות המיוחסות לו פרט לפרט ה-14 עם חלוקים הצדדים עובדתית. המדובר בעיקר באמור בסעיף משנה ט"ז. לדעת התביעה יש ראיות שאכן הורה נאשם 2 לנאשם 1 להרוג את החייל אם יתעוררו "קשיים".

נאשם 4 מודה בעובדות שבכתב האישום אך כופר באשמה לגבי השלכות המשפטיות הנובעות מהן.

כתבקשנו ע"י מר דהמשה להפריד את ענין שולחו מעניינו של נאשם 2 אך סברנו שאין צורך לעשות זאת פורמאלית שהרי נתייחס מטבע הדברים לכל נאשם בנפרד.

הצדדים הגישו את סיכומיהם להכרעת הדין בכתב.

ענינו של נאשם 2 - וליד נימר | סעד דקה:

ראיות התביעה מצויות במסמכים הבאים שהוגשו ללא התנגדות..

- ת/1 - אמרת נאשם 1.
 ת/6 - תמליל שחזור של נאשם 1.
 ת/17 - אמרתו של נאשם 2.
 ת/18 - אמרתו של נאשם 2.
 ת/19 - אמרתו של נאשם 2.

לא היו ראיות מטעם ההגנה.

להלן תמצית ת/17 ומובאות ממסמכים אחרים.
 באמרתו ת/17 מוסר נאשם 2-ווליד דקה שבשנת 1983 גוייס ע"י אברהים ביאדסה לאחר שביאדסה הסדיר הפגשתו עם אדם שהעד מכנהו חוסאם ושלדברי ביאדסה הנו אחראי על ארגון החזית העממית מבחינת הגיוס. האיש אכן אמר לנאשם שהוא מגויס עתה לחזית העממית ושעליו לנסוע לקפריסין לאימונים. הנאשם טס לסוריה דרך קפריסין לאחר שקיבל 500 דולר מביאדסה. בסוריה הוא עבר אימונים בשימוש בנשק, חמרי חבלה וכן קיבל תדריך כיצד להפעיל חוליה. הוא קיבל הנחיות לחטוף חיילים ובמידת האפשר להעבירם חיים לסוריה או לחילופין להעביר את מסמכיהם לסוריה. נאמר לו לאחר תחנות הסעה של חיילים. כן נאמר לו שאם החוליה תחטוף חייל יש להעבירו לג'נין אך לחכות חודשים מאז שובו של הנאשם לישראל. הנאשם חזר לישראל, פגש את אברהים ביאדסה, אמר לו שהוא נהיה אחראי עליו מבחינה מבצעית והדבר הרגיש את ביאדסה. הוא מסר לאברהים את ההוראות שקיבל בדבר תכנית החטיפה וכן מסר לו שעליו לצרף את נאשם 3 ועוד אדם מחברי חוליתו של אברהים ואשר גוייס לארגון על ידו. הוא ערך סיור יחד עם ביאדסה ע"מ לבדוק תחנות הסעה מביט ליד עד חיפה. לדעתו הכביש המתאים ביותר הוא כביש חדרה בית ליד מאחר ובקרבתו יש פרדסים ולאחר החטיפה ניתן להכנס אליהם ע"מ להסתתר. כן נסע עם ביאדסה לנקודת משלש שמיקומה נמסר לו בסוריה ע"מ לחפש שם נשק אך המקום היה ריק גם בבדיקה נוספת. הוא אומר: "אמרתי לאברהים שהוא יחד עם אברהים נאיף אבו מוך ועוד מישהו יבצעו את החטיפה תוך יומיים". הנאשם עצמו מוסיף שאמר לאברהים ביאדסה שלא יוכל להשתתף בפועל בחטיפה כי הוא מצוי במעקב של השב"כ בשל נסיעתו לקפריסין. הנאשם עמד להיפגש עם חוסאם בטול כארם ע"מ להודיע שעומדים לבצע את החטיפה והוא אכן נפגש עימו וקיבל הוראה ממנו להעביר את החייל לג'נין כשיחטף. בידי איברהים ביאדסה היו שני אקדחים ונאשם 2 תדרכו בהפעלתם. הנאשם יעץ לביאדסה להשתמש באקדח פרבלום בשל הפעלתו הפשוטה. באותו מעמד אמר לו ביאדסה שלמחרת תבוצע החטיפה ואכן למחרת בשעה 23:00 בלילה בא אברהים לביתו והודיע לו שהם חטפו חייל. הנאשם הודיע לו שצריך להעביר את החייל על מסמכיו לג'נין. נצטט: "אני גם אמרתי לאברהים שאם לא יסתדר תוך כדי ההעברה לג'נין של החייל אז

צריך להרוג את החייל". (ת/17 גליון 4 שורה 17). הנאשם דיווח לחוסאם בטול כארם על החטיפה וקיבל את ההוראה החוזרת להעבירו לג'נין. כשנפגש עם אברהים ביאדסה זה הביע התנגדות להעברה באומרו שזה קשה והנאשם הבטיח לו שבפעם הבאה זה יהיה יותר קל. לשאלתו של אברהים מה לעשות אם יגלה החייל התנגדות אומר הנאשם בשורה 29 איברהים אמר "צריך להרוג אותו לפי ההוראות שקיבלנו מחוסאם". אין הוא אומר אומנם שאלה גם דבריו לאברהים אבל אין כל ספק שהוא הסכים והשלים עם דבריו אלה של ביאדסה. למחרת חזר אליו ביאדסה ואמר שקרתה להם תאונה והם היו מוכרחים לירות בחייל והוסיף שהם רוצים לשרוף את מסמכיו.

באמרה נוספת ת/19 מספר הנאשם על כוונתו לבצע פיגוע במכוניתו של אלוף פיקוד הצפון אך הדבר לא יצא לפועל בשל העדר חומרי חבלה. בת/1 מאשר נאשם 1 בגליון 5 שנאמר לו שנאשם 2 יהיה אחראי עליו. חוסאם המפקד של שניהם אמר לו אז: "לא חשוב מי אחראי, כולנו אחראים ושאני לא אכעס". כל זאת עוד לפני החטיפה. הוא מאשר שנאשם 2 לא יוכל להשתתף בחטיפה בשל היותו במעקב. נאשם 1 ערך סיורים עם נאשם 2 ולאחר החטיפה הוא נסע אליו ע"מ לדווח לו (לנאשם 2) "ושיגיד מה לעשות בדיוק עם החייל". נאשם 1 נפגש עם שני מפעיליו בטול כארם, המאם וחוסאם. נאשם 2 אמר לו שבעת ההעברה של החייל לג'נין יש להיזהר ממחסומים. בפגישה שניה ביניהם התאונן נאשם 1 על הקשיים שיתעוררו בעת ההעברה. נאשם 2 אמר לו שבפעם הבאה זה לא יקרה ועכשיו צריך להתמודד עם הבעיה. לאחר מכן הוא מספר שהחייל ידע שהוא נמצא בבקא אל גרביה וכי ראה את פניו של נאשם 3. לאחר הרצח הוא דיווח לנאשם 2 על מה שארע.

בת/6, בעמ' 6 ובעמ' 16 אומר נאשם 1 שההוראות היו ברורות. אם תהיה בעיה, יש לרצוח את החטוף. בעמ' 15 מורה ווליד לנאשם 1 לקחת את הרטוף לג'נין בהמשך להוראה שנמסרה לביאדסה ע"י המאם.

במצב דברים זה טוען התובע הצבאי, מבלי להצביע על תקדימים, שיש להסתמך על אמרת נאשם 2, ת/17, ולהעדיף את האמור שם על פני דברי נאשם 1 במסמכים דלעיל. לחלופין הוא מציע שנרשיע את הנאשם בהסתמך על הוראות סעיף 26(2) לחוק העונשין תשל"ז-1977 בכך שבהיותו ממונה מטעם הארגון על נאשם 1 הוא עבר עבירה של מחדל ולא מנע את רציחתו של החייל. לחילופי חילופין ניתן להרשיע את החייל בעבירת חברות בקבוצה לפי תקנה 58(ד) לתקנות.

מר אניס בסיכומיו לגבי הפרט ה-14 מבקש להסתמך על המסמכים שהוגשו בתיקם של נאשמים 1 ו-3 דהיינו: ת/1 ות/16, על אמרותיו של נאשם 2 ועל דוח ההפגשה

שלו עם חוסאם ששמו האמיתי הוא סמיר באעבאע (איש זה הכחיש בהפגשה שהוא חוסאם). ת/22.

לדבריו, ההנחיות ששולחו קיבל ושהוא העבירן לביאדסה היו: לחטוף חייל ולהעבירו לסוריה. ולא היתה הוראה לרצחו. הוא לא השתתף לא בחטיפה ולא ברציחה ואין לראות בו שותף לעבירה של האחרים. נאשם 1 אומר בדו"ח על רהפגשה (ת/22) שקיבל הוראות מחוסאם ולא נאמר שנאשם 2 מסר הוראה להרוג.

כפי שאנו רואים מתעלם מר אניס לחלוטין מדברי נאשם 2 בת/17: "אני אמרתי לאברתים שאם לא יסתדר... צריך להרוג אותו". (גליון 4 שורות 17 ואילך).

מר אניס ממשיך וסוען שמאחר והמדובר ברצח הדורש הוכחת כוונה מיוחדת אין להזדקק לפיקציה שעניינה-ידיעה בדבר אפשרות רצח של אדם חטוף כמוהה ככוונה לרצחו. הוא מצטט בהרחבה מההקדים הידוע: ערעור פלילי/552/68 כ"ג(1) 377 (אלוז ואליאס). בהמ"ש פסק שם בין היתר שעל התביעה להוכיח את "הרצון להרוג" בראיות ישירות או נסביבתיות של ממש ולא רק מכוח הפיקציה הכ"ל. לפיכך סבור מר אניס שאין להרשיע את נאשם 2 בעבירה של ירי לעבר בני אדם. הוא מגיש לעינינו את פס"ד בת.פ/176/83-חיפה. בית המשפט בתיק זה אימץ את האמור בהלכת אילוז לעיל.

התשובה היא כמובן שאין אנו דנים בעבירת רצח וכל הכרוך בכך. תקנה 58 דורשת לדעתנו הוכחה של כוונה גלילית רגילה ולא של כוונה מיוחדת. נעיר, שבית המשפט העיר בענין אילוז שע"מ להוכיח הריגה (להבדיל מרצח) די בידיעת המסייע על כוונת הרצח אצל העבריין העיקרי כדי להוכיח סיוע להריגה.

במקרה זה חלה אצל המסייע החפיפות מרוח החוק של הידיעה על מזימת העבריין העיקרי עם קיום הכוונה הפלילית (ע"מ 391) וראה: ע.פ/106/78 ל"ד (3) בעמ' 449 (בשירי).

הסוגיה הנ"ל אינה נוגעת לענין שבפנינו. נראה לנו שיש לקבוע עובדתית שנאשם 2 אכן הורה לנאשם 1 לרצוח את החייל אם לא "יסתדרו" תוך כדי ההעברה לג'נין. הפיסקה הרלוונטית בת/17 מהווה חלק מהאמרה שהוגשה ללא התנגדות כאשר אנו מתבקשים למעשה ע"י הצדדים לקבוע את העובדות על פיה. בת/17 בהמשך מדברים נאשמים 1 ו 2 על מה שיקרה אם החייל יתנגד ואז מדובר שוב על הצורך להורגו.

נאשם 1 באמרתו ובתמליל אינו חוזר מילולית על האמור לעיל כשהוא מציג את

עצמו כאחראי ויוזם של כל ההתרחשות. ברם, הוא מאשר שנאשם 2 מכר לו שהוא, נאשם 2, אחראי עליו לפי החלטת המפקדים ובכך יש תמיכה לאמור באמרתו של נאשם 2 בנדון.

כאמור, לא הועלו טענות כנגד משקלה של האמרה ת/17 ולפיכך סבורים אנו שיש לקבל ללא פיקפוק את העובדות המפורטות בה. אמרה זו היא בבחינת סיפור בעל רצף הגיוני כשמרבית האירועים בו מאושרים ע"י נאשם 1 ויש לקבוע את הממצא העובדתי הברור שאכן יעץ נאשם 2 לנאשם 1 לירות כלפי החייל במקרה "הצורך".

דרישותיה של תקנה 66(1) הדנה בשותפות לעבירה מולאו ע"י התביעה. התקנה דורשת הוכחת יעוץ או שידול ביודעין ובזדון. כידוע, בעבירות של שותפות על התביעה להוכיח את מעשה הסיוע או היעוץ וכן את התודעה הפלילית של המסייע הנלוות למעשה זה. אין חולק שהנאשם עשה זאת ביודעין ואשר "לזדון" הרי המושג פורש בע.פ/125/50 ו' עמ' 509 (יעקובוביץ). כללו של דבר, אם המעשה נעשה מרצון והעברין חזה מראש את התוצאה הקטלנית שצמחה ממעשהו בין כתוצאה ודאית ובין כתוצאה אפשרית הרי הוכח היסוד של זדון.

נאשם 2 המריץ את נאשם 1 לבצע מה שביצע בהעבירו לו "פקודה" ובהשאירו לו את ההחלטה בדבר המועד והנסיבות של ביצוע המעשה לפי ראות עיניו. ניתן גם להרשיע את הנאשם כשותף לעבירה בהתבסס על דיני הקשר כפי שנאמר בע.פ/476/79 ל"ה (1) בעמוד 816 (בולוס). ראה גם את האמור בע.פ/426/46 כ"ב (1) 481 (בארי). כללו של דבר, נפסק בתיקים אלה שהחלטה לבצע פשע המלווה בתודעה פלילית יש בה כדי להפוך את המסייע באחד השלבים לשותף לעבירה שבוצעה בעקבות ההחלטה אף כי לא בוצעה פיזית על ידו. לפיכך, יש לקבוע שנאשם 2 ביודעין ובזדון כלשון התקנה חיזק את ידיהם של אנשי הכנופיה במזימתם הרצחנית ויש להרשיעו בעבירה המיוחסת לו בפרט ה-14.

ענינו של נאשם 4-רושדי אבו מוך.

מר דהמשה הצהיר שלאחר תיקון כתב האישום מודה ההגנה בעובדות המפורטות בו. אמרת נאשם 4 ת/20 ותמליל השחזור עימו ת/21 יכולים לשמש כחומר רקע.

נאשם 4-רושדי אבו מוך מוסר בת/20 שגויס ע"י אברהים ביאדסה לחזית העממית לאחר שהיסס במשך מספר חודשים.

יצוין שגם נאשם 3-אברהים אבו מוך נמנה על חוליה זאת. ביאדסה הודיע לנאשם שהם צריכים לחטוף חייל יהודי ע"מ לשחרר את חברי הארגון האסורים

הנאשם אומר שהוא פחד ואמר "שאינו רוצה" אבל אברהים אמר לו "שהוא כבר יחד איתם" ושתפקידם הוא רק לחטוף חייל ולא יותר. אך הנאשם הסכים להשתתף בחטיפה. כשבוע אחרי השיחה הזאת נפגשו השלושה בביתו של איברהים אבו מוך והנאשם ראה אקדחים בידי האחרים. נאמר לו שבערב עומדים לחטוף חייל ואכן באותו ערב הם נפגשו כשביאדסה נוהג במכונית ואברהים אבו מוך על ידו. הנאשם ישב מאחור בצד שמאל. הוא ראה שבמכונית יש חבל, סמרטוט וסכין. "התכנית הכללית היתה לחטוף חייל". הוא מתאר לאחר מכן את חטיפת החייל כשאברהים אבו מוך מכוון את אקדחו אליו. מסמכיו של החייל נלקחו ממנו והוא הובא לביתו של אברהים אבו מוך בבקתה אל גרביה שם הוחזק כיומיים. נאשם 4 היה שומר עליו לכרוגין.

אברהים ביאדסה נסע למקום כלשהו וכשחזר הוא אמר "שלא באו האנשים לקחת את החייל וצריכים לקחת אותו". הנאשם לא רצה להכנס למכונית עם החייל באומרו שזה לא היה מוסכם. עולה מכאן בבירור שהנאשם ידע שעומדים לרצוח את החייל כי הוא ממשיך. "סוכם רק להביא אותו-את החייל ולא רציתי לנסוע איתם" ואז אנו שומעים שאיברהים ביאדסה אומר במפורש כי צריכים להרוג את החייל כי לא באו לקחתו.

הנאשם המשיך להתווכח כי "זה" לא היה בתכנון "וזה" לא היה התנאי. ביאדסה הרגיעו באומרו שהוא רק ינהג את המכונית. והם "ישימו" את החייל בשטח. היות והכל כבר היו במכונית לא היתה לנאשם ברירה, לדבריו, והוא נהג במכונית. ליד מושב דותן עצר הנאשם. שני האחרים הוציאו את החייל והלכו עימו. ביאדסה אמר לנאשם לעשות סיבוב ולחזור. הנאשם שמע שתי יריות, נסע וחזר כעבור מספר דקות והחזיר את שני האחרים לכפר. בדרך אמרו לו שירו בחייל ולאחר כמה ימים הם שרפו את מסמכיו של הקרבן בביתו של נאשם 4. בסוף אמרתו אומר נאשם 4 שניאלץ כביכול לעשות את מעשהו בשל לחץ ונסיבות וכי לא היה מדובר על רצח.

התובע הצבאי מסתמך על הודאת הנאשם בעובדות שבכתב האישום בנוסף לאמור באמרה. בהתאם לסעיף משנה י"ז הודיע נאשם 1 לנאשמים 3 ו 4 עוד לפני היציאה ברכב כי יש להרוג את החייל בשל הסיכון הכרוך בהעברתו. בעת הנסיעה היה גלוי וידוע לנאשם 4 על הכוונה לרצוח. הוא אימץ את החלטת נאשם 1 לרצוח את משה תמם ז"ל ולקח חלק בביצועה. לו היה מתנגד מילולית יתכן שנאשם 1 היה משנה את החלטתו.

כמו כן, יש לראות אז התוצאה, רציחת החייל כתוצאה מסתברת של החטיפה. הוא מצביע על פס"ד של ביז הלורדים באנגליה בעניין מקסוול.
MAXWELL V.D.P.P 1928.3 (ALL E.R) P.1140

בתיק זה הרשיע בית הלורדים באשמת הטלת פצצה את הנאשם אשר הסכים להוביל קבוצה של טרוריסטים מבלי לדעת במפורש לאיזו מטרה הם נוסעים. לחילופין מוצע להרשיע את הנאשם בעבירה של חברות בקבוצה לפי תקנה 58(ד) לתקנות. גם מר דהמשה מבקש שנרשיע את הנאשם בחברות בקבוצה לפי תקנה 58(ד) ביחס לפרט ה-13 שענינו נשיאת נשק. אשר לפרט ה-14 הרי הוא מבקש שנמיר את העבירה ונרשיעו בביצוע שרות עבור התאגדות אסורה, לפי תקנה 85(1)(ג) לתקנות.

פרט 13 מייחס לנאשמים 1, 3 ו 4 נשיאת שני אקדחים ללא היתר וזאת בעת החטיפה ובעת הנסיעה בה נרצח החייל. נאשם 4 לא החזיק פיזית בכלי נשק אלה שהיו ברשותם של שני האחרים.

אשר לפרט ה-14 הרי לא היתה כל התיעצות או תכנית משותפת לרצוח את החייל אלא נאשם 1 החליט על דעת עצמו. נאשם 4 לא ידע על כך כביכול אלא רק בעת הנסיעה. לפי כך, טוען הסניגור לא היתה לו הכונה הפלילית הדרושה לשם הרשעה. הסניגור משליך את יהבו על האמור במשפט אילוז ואליאס כפי שעשה זאת מר אניס. הערנו שם שאין המדובר פה בעבירת רצח שהוכחה דורשת קיומה של כוונה ספציפית ולא נחזור על כך. עד כאן טיעוניו של מר דהמשה.

הנאשם נלווה ביודעין ומתוך רצון חופשי הן לנסיעה בה נחטף החייל והן לנסיעה השניה בה נהג את הרכב וטען בחצי פה שהוא נאלץ וכו'. אך הנסיבות מצביעות בבירור שעשה מה שעשה מתוך התנדבות וללא כל לחץ או איומים גם אם הוא אומר פה ושם, לא רציתי, פחדתי, נאלצתי אין בכל אלה כדי לשנות את התמונה המתגבשת כאמור ממכלול הארועים כפי שמתואר באמרתו ובתמליל.

לא נטען כמו כן פטור מאחריות פלילית לפי סעיף 21 חוק העונשין תשל"ז-1977 התרשמותנו היא הפוכה. הנאשם ביצע בנפש די חפצה את כל מה שהוטל עליו לעשות.

ביחס לפרט 13 הרי הנאשם נלווה לשני חברי ארגונו הטרוריסטי ביודעו שהם נושאים נשק. נשיאת הנשק הייתה לשם קיום עבירות חמורות נגד בטחון המדינה ונעשתה תוך קשר פלילי בין המעורבים ובתנאי מחתרת ואי חוקיות. בנוסעו יחד איתם למטרות אלה היה הנאשם שותף לעבירה שהם ביצעו. היה בכך כדי עזרה וסיוע במזימותיהם כשמקננת בו התודעה הפלילית המשותפת לשלושתם. לפיכך יש לקבוע שהוא עבר את העבירה המיוחסת לו בפרט זה.

סבורים אנו על פי כל הנסיבות שקרוב לודאי שהנאשם ידע מלכתחילה שבסופו

של דבר החייל ירצח. גם אם אין הדבר נאמר במפורש. הסעתו את שני הרוצחים בפועל ואת החייל היתה בבחינת מעשה הכרחי לביצוע העבירה וניתן לכנות את מעשהו כמקרה קלאסי של סיוע.

גם אלמלא ידע הנאשם במפורש שעומדים לירות בחייל הרי מן הדין היה להרשיעו שהרי הירי בחייל הנו בבחינת תוצאה מסתברת ממכלול הנסיבות. זאת בהתאם להוראת סעיף 28 לחוק העונשין תשל"ז-1977. סעיף זה מצוי בחלק הראשון של חוק העונשין ובהתאם לאמור בסעיף 1 לאותו חוק יחולו הוראות חלק א' גם על עבירות שלא לפי חוק העונשין. (לענין זה ראה ע.פ. 377/67 כ"ג (1) 218 (דהאן ובן הרוש), ע.פ. 872/76 ל"א (3) 580 (ישראל), ע.פ. 308/76 ל"א (3) 767 (דניאל).

ברם, מעשית אין צורך להרחיב את היריעה בכוון זה שהרי הוכח לשביעות רצוננו שהנאשם הגיש סיוע לשני האחרים וזאת ביודעין ובזדון.

בהתאם להוראות תקנה 66(2) ניתן להאשים את השותפים לעבירה ולהרשיעם כאילו הם עצמם היו עבריינים עיקריים.

לפיכך מרשיע בית המשפט את הנאשמים בעבירות המיוחסות להם.

ניתנה פה אחד, היום 1/3/87.

שופט

שופט

נשיא

ג ז ר - ד י נ

עובדות הפרשה מפורטות בהכרעת הדין.

התובע הצבאי, סגן וולף, מבקש שנטייל על הנאשמים עונש של מאסר עולם. לדעתו אחריותו של נאשם 2 שווה לאחריותם של היורים בפועל בהיותו אחראי על החוליה ומעביר הוראות. נאשם 4 יצא מרצונו לנסיעה והיה שותף מלא לחטיפת החייל ולרציחתו. אין הצדקה להטלת עונש נמוך ממאסר עולם.

מר אניס מדגיש שנאשם 2 לא היה נוכח בשעת החטיפה והרצח. הוא מבקש שנתייחס לחלקו בפרשה כחלק חמור פחות מעניינם של נאשמים 1 ו 3. אין זה ברור כלל לדבריו, שנאשם 2 היה מפקד החוליה והמפקדים האחרים היו המאם וחוסאם. הפעולה עצמה נעשתה ע"י ביאדסה וזאת היתה החלטתו ואין לראות בנאשם 2

כנאשם עיקרי.

מר דהמשה טוען שהנאשם לא ידע על כוונת הרצח אלא תוך כדי הנסיעה, ועובדה זו משנה מבחינת העונש. הנסיבות, נכפף עליו ולאורך כל הדרך הוא אמר לאנשי החבורה: "לא רציתי לנסוע, אני פחדתי, זה לא היה מוסכם וכו'". למעשה הוא התנגד גם להסעת החייל ולא רק לרצח. טענת מר דהמשה היא שהנאשם אף לא הסכים להעברת החייל אלא נקלע לכל העניין באקראי ואף גוייס כשהוא נגרר למעשה זה. בתמליל ת/21 הוא אומר שהוכרח לצאת עם האחרים והכוונה היא ששכנעו והשפיעו עליו. יתר אנשי החבורה היו מיוודדים גם לפני המקרה. הדעת אינה סובלת שנתייחס אליו בצורה דומה לשני הנאשמים העיקריים. הוא מסב את תשומת ליבנו לתיקם של אליאס ואילוז בצטטו משם שרגש הצדק אינו משלים עם הגרסה שאדם אשר עשה מעשה כלשהו של סיוע לרצח אמנם ביודעין על כוונת הרצח של השני, בלי לרצות במות הקורבן, יהיה חייב גם הוא לשאת באותו עונש חובה. הוא מפנה את תשומת ליבנו לתקדימים בבית הדין לערעורים עבמ"צ/32/82 וכן עבמ"צ/35/76. עתירתו היא שניתן את הדעת לצורך באחדות הענישה ושלא נגזור על הנאשם עונש של מאסר עולם. עד כאן דברי הסניגור.

טענותיו אלו של הסניגור נסתרות לאור קביעותיו של בית המשפט בהכרעת הדין. כך נקבע כי נאשם 4 הושיט סיוע רחב היקף בכל הנוגע לחטיפת המנוח והשמירה עליו בעת שהוחזק ע"י אנשי הכנופיה. משבאו שאר אנשי הכנופיה, נאשמים 1 ו 3 ליטול עימם את המנוח נאמר לנאשם 4 כי לאור קשיים שנגרמו בהעברת החייל "צריכים להרוג את החייל". ראה ת/20 ע"מ 4 שורה 1. כפי שעולה מדברי הנאשם באמרתו זו (ת/20) והנבטאה מחאתו בכך, "אמרתי שזה לא היה בתכנון וזה לא היה התנאי. אך אמר לי אברהים ביאדסה שאני רק אנהג ושהם יעשו את זה". ... הנאשם בחר בכל זאת להצטרף לאותה נסיעה הרת אסון כשהוא נוהג בפועל במכונית, כל זאת מתוך מודעות ברורה שהוא מוביל את המנוח לקראת רציחתו על ידי שאר חברי הכנופיה. על כן, אין הוא יכול להתלונן ולהסתמך על אותו קול מחאה רפה שהביע עובר לכך, לאמור כי רציחת החייל סותרת תוכניות קודמות ותו לא. מההצטרף לאותה נסיעה כשהוא נוטל בה כאמור חלק הכרחי ופעיל שהתבטא בין השאר בנהיגת הרכב ובעצם נוכחותו, יש לראותו כמי שהשתתף באופן פעיל ואין לומר שמעמדו אינו כשל עבריין עיקרי.

מר דהמשה מצטט שוב את משפטם של אליאס ואילוז ומבקש ללמוד גזירה שווה מן הנאמר שם. העובדות שם היו שונות בהחלט. אין המדובר בהשתייכות לכנופיית פושעים אשר תיכננה מראש את מעשה החטיפה ואת הרצח אלא המקרה המתואר שם הוא של התפרצות יצרים מצד הרוצח וחולשת דעתו הריגעית של הנלווה אליו.

תארנו בהכרעת הדיון את חלקו של נאשם 2 אשר שימש כאחראי על אנשי החוליה ואשר העביר הוראה לרצוח את החייל לאחר שהורה גם על חטיפתו.

שני הנאשמים כאחד תרמו על כן תרומה ממשית ואף מכרעת לגבי גרימת מותו של החייל.

בנכיבות אלה אין אנר סבורים שיש מקום להבחנה כלשהי ברמת הענישה היא להם. על כן אנו גוזרים על כל אחד מהנאשמים בהתאם לעבירות המיוחסות להם עונש כולל של מאסר עולם בקבלנו את בקשת התביעה בנדון.

ניתן בנוכחות התובע הצבאי, מר דהמשת, מר אניס והנאשמים.

היום ל' בשבט תשמ"ז 1/3/87.

הודע על זכות ערעור תוך 15 יום.

שופט

שופט

נשיא



חתימת המגיה:



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 17-08-23497

28 מאי 2018

לפני כבוד השופט אריאל ואגו – אב"ד

כבוד השופט אלון אינפלד

כבוד השופט אריאל חזק

מדינת ישראל

המאשימה

נגד

הנאשמים

1. וליד דקה (אסיר) תושבי איו"ש 056977473
2. באסל ביזרה (אסיר) תושבי איו"ש 942249731

נוכחים:

ב"כ המאשימה עו"ד איילת קדוש
הנאשמים 1 ו 2 וב"כ עו"ד ג'ברין

«»

פרוטוקול

עו"ד ג'ברין:

לישיבת היום אני מייצג את שני הנאשמים.

הנאשם 2:

אני מאשר האמור.

התובעת:

הגענו להסדר טיעון. אנו מגישים כתב אישום מתוקן והודעה על הסדר.
יש הסכמה עונשית.

עו"ד ג'ברין:

הבהרתי לנאשמים שבית המשפט אינו כפוף להסדר הטיעון. מסכים להגשת כתב האישום המתוקן.
הנאשמים מודים בעובדות שם.
הם מבקשים לחזור בהם מהכפירה.

«»



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 23497-08-17

28 מאי 2018

לפני כבוד השופט אריאל ואגו – אב"ד

כבוד השופט אלון אינפלד

כבוד השופט אריאל חזק

החלטה

אנו מאפשרים חזרת הנאשמים בהם מכפירתם בכתב האישום המקורי ומקבלים את כתב האישום המתוקן אשר יסרק לתיק.

ניתן והודע היום י"ד סיוון תשע"ח, 28/05/2018 במעמד הנוכחים.

אריאל חזק, שופט

אלון אינפלד, שופט

אריאל ואגו, שופט
אב"ד

הנאשמים:

אנו יודעים שבית המשפט לא כפוף להסדר הטיעון. הסבירו לנו זאת. אנו מכירים את הכתוב בכתב האישום המתוקן, אנו מכירים את העובדות שקרו שם. זה נכון מה שקרה. שם.

הנאשם 1:

זה נכון שאני דיברתי עם ח"כ גטאס להכניס לכלא מכשיר טלפון נייד, וימסור לנאשם 2, זה נכון שקיבלתי ממנו ניירות, חומר כתוב.

הנאשם 2:

זה נכון שאני במפגש עם ח"כ גטאס קיבלתי ממנו את הציוד תקשורת.

הכרעת דין

על יסוד העובדות המפורטות בכתב האישום המתוקן שהוגש במסגרת הסדר טיעון, ואשר בהן הנאשמים הודו, אנו מרשיעים אותם באמור בכתב האישום המתוקן, בעבירות של ניסיון והעברת ציוד קצה רט"ן וניסיון למתן אמצעים לביצוע מעשה טרור.

ניתן והודע היום י"ד סיוון תשע"ח, 28/05/2018 במעמד הנוכחים.

אריאל חזק, שופט

אלון אינפלד, שופט

אריאל ואגו, שופט
אב"ד



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 23497-08-17

28 מאי 2018

לפני כבוד השופט אריאל ואגו – אב"ד

כבוד השופט אלון אינפלד

כבוד השופט אריאל חזק

התובעת:

יש ראיות לעונש. מגישה רישום פלילי של הנאשמים. (סומן ת/ו-1/א).
במסגרת ההסדר יש הסכמה עם חבריי שאנו נגיש לעיונו של בית המשפט מסמך בעניינו של הנאשם
2, לעיון בלבד שמנמק בין היתר את ההסדר.

לאחר עיון המסמך הוחזר לתובעת.

מדובר בתיקון כתב אישום לגבי שני הנאשמים. בסופו של יום העבירות שעליהם נותנים את הדין אלו
עבירות של 3 שנות מאסר ולגבי נאשם 1 – 5 שנות מאסר.
לבד מהמסמך שהוגש, פערי הענישה ביניהם נובעים גם מהאישומים השונים בגינם הורשעו, גם חלקו
של הנאשם 1, כעולה מכתב האישום המתוקן, הוא זה שהיה אמור להעביר את אותו ציוד רט"ן
לאסירים. חשוב לציין שח"כ גטאס, נדון בתיק זה לשנתיים מאסר, עם זאת הוא גם הורשע בעבירות
נוספות, אך מנגד עברו המשמעותי של הנאשם 1 ששפוט ל 37 שנים.
הנאשמים חסכו זמן שיפוטי והודו. אציין בעניינו של הנאשם 2 אנו מבקשים שהעונש שיוטל עליו זה
יתרת מאסרו, של הנאשם 2 מסתיימת ב 14.7 ואבקש שהעונש שיוטל עליו זה יתרת מאסרו, גם לאור
חלקו היחסי הקטן, וגם לאור הנימוקים שהוצגו ולכן אבקש לאמץ את ההסדר.

עו"ד ג'בארין:

בנוסף לחודשי המאסר שיוטלו על הנאשם 2, הוסכם על קנס של 60,000 ₪ שישולמו ב- 6 תשלומים
עוקבים.

עו"ד קדוש:

מאשרת האמור, נפלה טעות שהדבר הושמט מהנוסח שהוגש לבית משפט.

עו"ד ג'בארין:

אני מצטרף לדברי חברתי. בסופו של יום בנוסף למסמך שלא ראינו אותו של הנאשם 2, אנו מודעים
לרקע שבנינו נחתם ההסדר, מה גם שהנאשם 2 לא ידע מלכתחילה על עניין ההברחה, אלא היה מופתע
בעת שביקר אותו ח"כ.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 23497-08-17

28 מאי 2018

לפני כבוד השופט אריאל ואגו – אב"ד

כבוד השופט אלון אינפלד

כבוד השופט אריאל חזק

לגבי הנאשם 1 – מדובר בנאשם ששוהה 33 שנים בכלא, ונותרו ל 5 שנים. כמובן בנוסף הוא חולה, יש לו לחץ דם, אסטמה ועוד מחלה של מוח העצם, ומקבל כימותרפיה. ח"כ שהכניס את הפלאפונים וקיבל שנתיים, וקנס, ופה זה היה גם חלק משיקולים של ההסדר. בנוסף נחסך פה זמן שיפוטי. על כן מבקשים לאמץ את ההסדר. אני מבקש שהשוברים שיונפקו, יהיו כבר היום.

הנאשמים:

אין לנו מה להוסיף, מצטרפים למה שנאמר.

גזר דין

לאחר שהצדדים הגיעו להסדר טיעון שכלל הסכמה עונשית, הודו הנאשמים והורשעו בעובדות כתב אישום מתוקן שהוגש נגדם, והם הורשעו בעבירות של ניסיון להעברת ציוד קצה רט"ן – לפי סעיף 52(ב)(2)(ג) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ג - 1971 בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין תשל"ז - 1977 ונאשם 1 הורשע בנוסף גם בעבירת ניסיון למתן אמצעים לביצוע מעשה טרור, לפי סעיף 25(א)(2) לחוק המאבק בטרור, תשע"ב - 2016, בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין.

הפרשה המדוברת הינה ניסיון להברחת טלפונים ניידים וציוד נלווה לבית סוהר קציעות, כאשר שני הנאשמים הם אסירים ביטחוניים שפוטים. בפרשה היה מעורב גם ח"כ לשעבר גטאס, אשר נדון בהליך נפרד ונגזרו עליו שנתיים מאסר.

בתמצית יאמר שהנאשם 1 ביקש, בשנת 2016, מגאטס להכניס לכלא את ציוד הרט"ן ולמוסרו לנאשם 2 כדי שיעבירו אליו, ובהמשך התכוון הנאשם 1 להעביר את הציוד לאסירים ביטחוניים אחרים. הניסיון לבצע תוכנית זו נעשה בעת שביקר גטאס בכלא כדי להיפגש עם הנאשמים, והוא מסר את הציוד בפועל לנאשם 2, בעוד שמסר לנאשם 1 רק מסמכים שלא היתה להם משמעות ביטחונית. כאשר הנאשם 2 יצא מהמפגש עם גטאס, נתפס הציוד על גופו בעת חיפוש של הסוהרים.

הסדר הטיעון שאליו הגיעו הצדדים כלל הסכמה שלפיה יוטל על הנאשם 1 עונש של שנתיים במצטבר לתקופת מאסרו, ועל הנאשם 2 חודשיים בחופף לתקופת מאסרו, בנוסף למאסר מותנה לפי שיקול דעת בית המשפט, וכן הוסכם על הטלת קנס של 60,000 ₪ על הנאשם 2.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 17-08-23497

28 מאי 2018

לפני כבוד השופט אריאל ואגו – אב"ד

כבוד השופט אלון אינפלד

כבוד השופט אריאל חזק

הוגשו גיליונות רישום פלילי של שני הנאשמים (ת/1 ות/1 לעונש בהתאמה). הנאשם 1 מרצה עונש של 37 שנות מאסר ואילו הנאשם 2 מרצה מאסר של 15 שנה שעומד להסתיים בעוד חודשים ספורים. הסדר הטיעון נומק, הן בחיסכון בזמן שיפוטי ובהודאת הנאשמים, בגזירת פרופורציה עונשית ביחס למה שנגזר על השותף לעבירות, ח"כ לשעבר גטאס, וכן נומקו פערי הענישה המומלצים בין שני הנאשמים בחלקם היחסי בעבירות, ולגבי הנאשם 2, גם הוגש מסמך לעיון בית המשפט, ובו נסיבות המצביעות על ההצדקה להקלה מיוחדת לגביו.

הסנגור הוסיף וציין את מצבו הרפואי הלא פשוט של הנאשם 1, ומחלות שמהן הוא סובל.

הנאשמים הצטרפו לדברי ב"כ הצדדים ולא הוסיפו דבר.

לאחר ששקלו את הטיעונים, ונוכח הנסיבות שחלקן ייחודיות, החלטנו לאמץ את הסדר הטיעון, והנימוקים שניתנו להצדקת העונשים המומלצים סבירים בעינינו.

על כן, אנו דנים הנאשמים לעונשים הבאים:

נאשם 1:

1. מאסר בפועל של שנתיים אשר יצטבר למאסרו הנוכחי אותו הוא מרצה.
2. מאסר מותנה של 6 חודשים למשך 3 שנים מיום השחרור על כל עבירה שבה הורשע כעת, או על כל עבירת בטחון אחרת.

הנאשם 2:

1. מאסר בפועל של חודשיים אשר ירוצה בחופף למאסר הנוכחי שאותו הוא מרצה. מובהר, שרואים את תחילת ריצוי עונש המאסר החופף הזה כך שיחושב החל מיום 1.4.18, כך שלא תהיה מניעה לשחרורו מבית הסוהר מיד עם סיום ריצוי מאסרו המקורי שעליו הוא שפוט.
2. מאסר מותנה של 6 חודשים למשך 3 שנים מיום השחרור על כל עבירה שבה הורשע כעת, או על כל עבירת בטחון אחרת.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 23497-08-17

28 מאי 2018

לפני כבוד השופט אריאל ואגו – אב"ד

כבוד השופט אלון אינפלד

כבוד השופט אריאל חזק

3. קנס של 60,000 ₪ אשר ישולם ב- 6 שיעורים שווים ורצופים בכל חודש החל מיום 10.6.18 ובכל עשירי לחודש, או 3 חודשי מאסר בתמורה אם הקנס או חלקו לא ישולמו.

המזכירות מתבקשת לנפק שוברים עבור הקנס בהתאם ולמוסרם לסנגור, וככל הניתן עוד היום.

יש לסרוק את כתב האישום המתוקן והסדר הטיעון לתיק הנט.

הודעה זכות הערעור בתוך 45 יום לבית משפט העליון.

ניתן והודע היום י"ד סיוון תשע"ח, 28/05/2018 במעמד הנוכחים.

אריאל חזק, שופט

אלון אינפלד, שופט

אריאל ואגו, שופט
אב"ד

הוקלד על ידי מיטל פרוכט

