

בעניין:

מוסטפא מוסא חסין עריקאת ת.ז. [REDACTED]

ע"י ב"כ עו"ד סאוסן זחר ו/או חסן ג'בארין ו/או
סוהאד בשארה ו/או מאיסאנה מוראני ו/או
נארימאן שחאדה-זועבי ו/או איה תאגי עודה
מעדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, חיפה
טל: 04-9501610; נייד: 052-6399147; פקס: 04-9503140
דואר אלקטרוני: sawsan@adalah.org

העותר

נגד

1. המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון
2. שר הביטחון

ע"י פרקליטות המדינה – משרד המשפטים
רחוב צלאח אלדין 29, ירושלים
טל: 073-39253542; פקס: 02-6467011

דואר אלקטרוני: HJC-dep@justice.gov.il

המשיבים

עתירה מתוקנת ובקשה לקיום דיון דחוף

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 23.9.2020, מוגשת בזאת עתירה מתוקנת שבה מתבקש בית המשפט הנכבד להפוך את הצו על תנאי שניתן ביום 22.7.2020 שהופנה למשיבים ואשר הורה להם "לבוא ולנמק מדוע לא ימסרו לעותר בהקדם האפשרי את גופת בנו אחמד עריקאת ת.ז. [REDACTED], תושב אבו דיס, על מנת להביאו לקבורה מיידית בבית הקברות באבו דיס על ידי המשפחה" – לצו מוחלט וכן לחייב את המשיבים בהוצאות משפט.

בקשה לקיום דיון דחוף ושקילת הרחבת ההרכב

1. ביום 23.6.2020 נורה אחמד מוסטפא עריקאת, בנו של העותר, ונהרג ומאז מוחזקת גופתו על ידי המשיבים. העתירה המקורית להשבת גופתו הוגשה ביום 30.6.2020, היינו מספר ימים לאחר הריגתו והתקיימו שני דיונים דחופים בפני בית המשפט: ביום 22.7.2020 וב- 25.8.2020. בעתירה מתוקנת זו טוען העותר כי

החזקת גופת בנו פוגעת בזכויות החוקתיות לכבוד באופן גורף וכי אין כל הסמכה בחוק המסמיכה את המשיבים להמשיך ולהחזיק את הגופה. ביום 22.7.2020 הוציא בית המשפט הנכבד צו על תנאי כדלקמן:
"ניתן בזה צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא ולנמק מדוע לא ימסרו לעותר בהקדם האפשרי את גופת בנו, אחמד עריקאת, תושב אבו דיס, על מנת להביאו לקבורה מיידית בבית הקברות באבו דיס על ידי המשפחה.
תשובת המשיבים תוגש תוך 14 יום, ולאחר מכן יקבע מיועד דיון."

2. לאור העובדה שניתן בעתירה זו ניתן צו על תנאי ביום 22.7.2020 ולאור חשיבות הנושא ואופן הפגיעה בזכויות היסוד וכפי שנהג בית המשפט הנכבד בעתירה זו, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע מועד דיון דחוף בעתירה ולשקול את הרחבת ההרכב.

3. מאחר ומדובר בעתירה מתוקנת – שבאופייה היא עתירת המשך - וכדי לא ליצור הכבדה ולמען הנוחיות, היא תישען על המסמכים המונחים בפני בית המשפט הנכבד מבלי לצרפם אלא אם בית המשפט הנכבד ראה אחרת.

4. השתלשלות העניינים מפורטת ברקע העובדתי שלהלן ובית המשפט הנכבד מתבקש לראות בנימוקי עתירה מתוקנת זו כאל נימוקי בקשה זו.

ואלה הם נימוקי העתירה

רקע עובדתי: החזקת הגופה והגשת העתירה המקורית

5. המנוח אחמד עריקאת, יליד שנת 1993 ותושב אבו דיס (המנוח), נורה ביום 23.6.2020 על ידי שוטרי מג"ב וזאת לאחר כפי שנמסר על ידי משטרת ישראל כי הוא נחשד שניסה לדרוס את החיילים שעמדו מתסום אבו דיס (המכונה מתסום "הקונטיינר"). העותר הינו אביו של המנוח, יליד שנת 1961 ותושב אבו דיס.

6. למען השקיפות, יצוין כבר עתה כי משפחת המנוח חולקת על גרסת המשטרה והיא לא מתארת את המנוח בתור מי שניסה לבצע פיגוע ואת עמדתה זו המתנגדת לכינויו כמפגע הסבירה בתקשורת הערבית והזרה. המשפחה גם קיימה בית אבלים פרטי.

7. לאחר שהניסיונות החוזרים והנשנים של בני המשפחה לביורר מועד מסירת הגופה, לא צלחו כלל, פנתה ב"כ העותר ביום 25.6.2020 אל המשיב מס' 1 בדרישה למסור את הגופה לצורך קבורה מיידית על ידי המשפחה. עותק מפנייה זו נשלח גם אל פרקליטות המדינה, מחלקת הבג"צים. פנייה זו נשלחה מספר פעמים באותו יום באמצעות הפקס והדואר האלקטרוני ולמרות שנמסר על ידי המשיבה מס' 1 כי ימסרו מענה בהקדם. לאחר שהפניות לא קיבלו כל התייחסות ולאור דחיפות העניין, נשלחה למחרת, 26.6.2020 תזכורת למשיבה 1. עם זאת, וגם אז לא נתקבלה תשובה עניינית מטעמה. ביום 28.6.2020, ניסתה המתמחה של ב"כ העותר, גבי עדן טאטור, ליצור קשר טלפוני עם המשיבה מס' 1 כדי לברר אודות פנייתם. לגבי טאטור נמסר כי

הבקשה בטיפול ותשובה תתקבל "בקרוב". כאשר ביקשה להבין סד זמנים יותר מדויק, נמסר לה כי מועד מסירת מענה אינו יודע: "יתכן באותו יום ויתכן בימים הקרובים". לאחר שלא נתקבל כל מענה ענייני אודות גורל גופת בנו של העותר, הגיש העותר ביום 30.6.2020 עתירה דחופה למתן צו על תנאי וקיום דיון דחוף (להלן: "העתירה המקורית").

== העותר מפנה לכתב העתירה המקורי כולל נספחיו, המצוי בתיק בית המשפט.

8. בעתירה המקורית נתבקש בית המשפט להורות למשיבים למסור לעותר בהקדם האפשרי את גופת בנו על מנת להביאו לקבורה מיידית בבית הקברות באבו דיס על ידי המשפחה. כידוע, העתירה הוגשה על רקע החלטת בית המשפט הנכבד בדנג"ץ 10190/17 **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נגד עליאן** (פסק דין מיום 9.9.19) (להלן: **דנג"ץ הגופות**). ההחלטה בדנג"ץ **הגופות** דנה בחוקיות מדיניות המפקד הצבאי לפיה הוחזקו גופות בהתאם להחלטת הקבינט המדיני ב/171 מיום 1.1.2017 (להלן: **החלטת הקבינט משנת 2017**). לפי החלטה זו נקבע:

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."

9. בעתירה המקורית נטען כי החזקת הגופה פוגעת בזכויות החוקתיות לכבוד המת וכבוד משפחתו באופן בלתי מידתי. וכן נטען כי החזקת גופתו של המנוח נעשית בחוסר סמכות ובאופן שרירותי שכן המקרה של הריגת המנוח אינו עונה הן על פסק הדין של שופטי הרוב בענין **דנג"ץ הגופות** והן על הקריטריונים שנקבעו בהחלטת הקבינט משנת 2017 (ראו פסקאות 15-17 לעתירה המקורית).

10. ערב הדיון הראשון שהתקיים ביום 22.7.2020, הגישו המשיבים בקשה לדחיית מועד הדיון בטענה ששר הביטחון שוקל לשנות את החלטת הקבינט משנת 2017 ועל כן ביקשו דחיית המועד עד לשינוי המדיניות על ידי השר. כבר אז, התנגד העותר לעצם הגשת הבקשה ולנימוקיה. העותר טען בתגובתו לבקשה כי המקרה של ההרוג אינו עונה על התנאים שאושרו על ידי שופטי הרוב בדנג"ץ **הגופות** שכן המנוח אינו משויך לארגון חמאס ולא לאף ארגון אחר וכי הארוע שבו היה מעורב, לגרסת הצבא, אינו נחשב לארוע חריג במיוחד, שכן לא היו בו הרוגים או פצועים. לכן נטען כי החזקת הגופה אינה כדין וטיעון המשיבים להמשך החזקת הגופה נעדר כל סמכות.

11. מאוד חשוב להדגיש את ההתפתחויות בתיק זה. עוד מתחילת ההליך המשפטי בעתירה המקורית הודו המשיבים הלכה למעשה כי החזקת הגופה מעוררת קשיים משפטיים ואכן לא ניסו בהגינותם לבסס את ההחזקה על טיעון משפטי כלשהו וגם הודו במהלך הדיונים כי החזקת הגופה אינה בבחינת קו אדום. אכן התברר במהלך הדיונים שמשמעות הדברים היתה כי אין כל אינטרס ביטחוני הנוגע באופן ישיר בהחזקה הקונקרטי של גופתו של המנוח עריקאת. היינו היתה הודאה מפורשת שאין קשר קונקרטי בין החזקת

הגופה הנדונה לבין האינטרס הביטחוני. אף לא צוין דבר ותצי דבר בדיונים אלה כי מטרת החזקת הגופה היא לצורך שימוש בה כקלף מיקוח.

12. כך, בדיון שנקבע ליום 22.7.2020 ניתנה הודאה מפורשת מטעם המשיבים לפיה אין בהחזקת הגופה הספציפית כאן כל מטרה ביטחונית קונקרטי מיוחדת. במילים אחרות, המשיבים הודו כי הבחינה הפרטנית מעידה שאין אינטרס קונקרטי בהחזקת גופתו של המנוח עריקאת. בנוסף, ב"כ המשיבים השיב במהלך הדיון לשאלת בית המשפט הנכבד כי גופתו של עריקאת אינה עונה על התנאים שנקבעו בהחלטת הקבינט מיום 1.1.2017 (שיוך לתנועת חמאס והארוע היה "חריג במיוחד") וכך היו הדברים בפרוטוקול:

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

...
"כבוד השופט י' עמית: אדוני אומר שכאשר נכנס רובריקה של חמאס או הקשר מיוחד – היה עיכוב. מאחר שיש שינוי מדיניות – אולי זה ייכנס. העובדה שאין עדיין החלטה, היא כשלעצמה החלטה.
עו"ד מיליקובסקי:
מבחינתנו זה מאוד לא נעים להגיע לדיון בלי החלטה סופית, אבל זו הסיטואציה."

ראו: שורות 22-27 עמוד 3 לפרוטוקול הדיון מיום 22.7.2020.

13. משמעות הדברים היתה כפי שהובאה במהלך הדיון ביום 22.7.2020 הינה כי המשיבים הודו שאין כל אינטרס ביטחוני קונקרטי או אחר בהמשך החזקת הגופה עצמה. על כך הצביע ב"כ העותר במהלך הדיון:
"אם אקח כל מה שאמר חברי – הוא אומר, אין לי אחיזה משפטית להחזקת הגופה... חברי אומר, שחררו את הגופה – זה לא כל כך בוער לנו. זה הסאבטקסט של חברי. הגופה זה לא קו אדום. אבל עדיף שיחזיקו, כי לא קיבלנו."
שורות 7-12 עמוד 5 לפרוטוקול הדיון מיום 22.7.2020.

על דברים אלו, המשיבים לא התנגדו ולא הביעו כל הסתייגות.

14. בעקבות הדיון ובאותו יום, הוציא בית המשפט הנכבד צו על תנאי כדלקמן:
"ניתן בזה צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא ולנמק מדוע לא ימסרו לעותר בהקדם האפשרי את גופת בנו, אחמד עריקאת, תושב אבו דיס, על מנת להביאו לקבורה מיידיית בבית הקברות באבו דיס על ידי המשפחה.
תשובת המשיבים תוגש תוך 14 יום, ולאחר מכן יקבע מיועד דיון."

15. גם במסגרת כתב התשובה לצו על תנאי מיום 23.8.2020, נכללה בכתב הודעה נדירה שהביאה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בפני בית המשפט לפיה, יסכים להפיכת צו על התנאי לצו מוחלט אם לא תהיה החלטה מדינית ובקרום. בכתב התשובה הני"ל, חזרו המשיבים על העמדה לפיה המנוח עריקאת אינו עונה על הקריטריונים שבהחלטת הקבינט מ-1.1.2017. בפסקה 17 לכתב התשובה נכללה עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה:

"לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, קיים קושי ברור בהמשך עיכוב השבת הגופה, שעה שטרם שונה החלטת הקבינט; ...

לפיכך, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי יש מקום להימנע מהפיכת הצו על תנאי מוחלט בשלב זה, טרם כינוס הקבינט המדיני-ביטחוני, וראוי לאפשר למדינה להגיש הודעה מעדכנת עד ליום 3.9.2020, בדבר תוצאות ישיבת הקבינט האמורה, שצפויה להתקיים לפי הנמטר, ביום 31.8.2020.

ככל שלא יהא בידה של המדינה להציג בפני בית המשפט הנכבד בהודעה שתוגש עד ליום 3.9.20 שינוי של החלטת הקבינט המדיני-ביטחוני, באופן שיאפשר עיכוב של השבת הגופה הספציפית מושא העתירה – סבור היועץ המשפטי לממשלה שלא יהא מנוס מלהפוך את הצו על תנאי שהוצא – לצו מוחלט.

יודגש פעם נוספת, כי אין באמור כל הבעת עמדה משפטית בנוגע לתוכן הצעת החלטה שתובא בפני הקבינט, ככל שתובא, בשים לב לעמדות הדרג המדיני והגורמים המקצועיים הנוגעים בדבר; שכן, הצעת החלטה בנושא ממילא טרם הוצגה בפני הגורמים המשפטיים." (ההדגשה אינה במקור)

16. במהלך הדיון שהתקיים ביום 25.8.2020 ציין המשנה של הנשיאה השופט הנדל (בעמוד 2, שורה 29):

"גם הם אומרים בסעיף 17 כי המשמעות שיש להפוך את הצו על תנאי להרכב של שלושה לצו מוחלט. זה כתוב וזה נדיר. השאלה אם יש לתת להם את הזמן הנוסף? הם אומרים בפה מלא שזה לא לפי אמות המידה. לכן, פסק הדין בוודאי לצדך בשלב זה, האם לתת ארכה לכמה ימים?" (ההדגשה אינה במקור)

17. עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה גם בהחלטת בית המשפט הנכבד בסיום הדיון ביום 25.8.2020 ובה הפנה כבוד ההרכב למשמעות אי הגשת עמדה מטעם המשיבים לפי גישת היועץ המשפטי לממשלה. ולאחר הקראת ההחלטה בפני הצדדים ציין יו"ר ההרכב, כב' השופט הנדל, בפני ב"כ הצדדים כי "נתנו את הדחיה לא בלב קל. יש פה קושי כפי שנאמר בתחילת הדברים. ניתנה דחיה קצרה. תשומת הלב לסעיף 17." (ההדגשה אינה במקור).

18. יתר על כן, במהלך הדיון העלה השופט עמית שאלה הנוגעות לתחולה הרטרואקטיבית של החלטת הקבינט החדשה וזאת כאשר שאל את ב"כ המדינה אם "נתתם דעתכם לשאלת הרטרואקטיביות?" (שורה 32, עמוד 3 לפרוטוקול הדיון מיום 25.8.2020). ב"כ המשיבים השיב: "שאלת הרטרואקטיביות טרם הוכרעה." (שורה 36-37, עמוד 3 לפרוטוקול). לאחר מכן, העיר השופט הנדל: "יש אפשרות שתרחיבו, ויש אפשרות שתשיבו לסוגיה מה המשמעות של הרטרואקטיביות בין היתר. מה שחשוב שגם לכך יש לבוא מוכן בכפוף לכמה אפשרויות."

19. בסוף הדיון ניתנה החלטת בית המשפט לפיה:

"לנוכח תקופת הדחיה הקצרה המבוקשת – ישיבת קבינט בתאריך 31.8.2020 והודעת עדכון עד 3.9.2020 – אנו נעתרים לבקשה.

משיבי המדינה יגישו הודעת עדכון עד לתאריך 3.9.2020. תשומת הלב לעמדת משיבי המדינה בסעיף 17 פסקה 3 של התגובה בדבר ההשלכות של אי הגשת הודעת עדכון – וזאת לפי עמדת היועץ המשפטי לממשלה."

20. יודגש שוב, כי לפי עמדת היועץ המשפטי לממשלה כפי שהובאה בתצהיר התשובה מטעם המשיבים, הודגש כי אין בכך כדי להביע עמדה על תוכן הצעת החלטה של הקבינט וכי ממילא טרם הוצגה ההצעה בפני הגורמים המשפטיים. היינו, שעצם קבלת החלטה חדשה על ידי הקבינט המדיני, אין משמעה הסכמה אוטומטית מצד היועץ המשפטי על תוכנה.

21. ביום 6.9.2020 הגישו המשיבים הודעת עדכון בה הודיעו כי ביום 2.9.2020 התקבלה החלטת קבינט שנוסחה כדלקמן (פסקה 7 להודעת העדכון):

"מ ח ל י ט י ס, לעדכן את החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מס' 117/ב מיום 1.1.2017 ולהוסיף כי יש למנוע התזרת גופות מחבלים, ללא קשר לשיוך הארגוני, זאת, אם המחבלים רצחו או פצעו אדם, או נשאו אמצעי לחימה (קראו חס).
לכשתיפטר סוגיית השו"ן, תיבחן ההחלטה מחדש בהתאם ובכפוף להערכת מצב.
בסמכותו של שר הביטחון לחרוג ממדיניות זו במקרים מיוחדים."
(להלן: "החלטת הקבינט החדשה").

22. בהתאם לכך, עדכנו המשיבים וביקשו כדלקמן:

א. "בהתאם לכללים שהותוו בהחלטת הקבינט החדשה, ובתום בחינה זו הוחלט כי המפקד הצבאי יורה על המשך עיכוב השבת הגופה." (פסקה 8 להודעת העדכון);
ב. "ככל שיורה על כך בית המשפט הנכבד, ובהסכמת העותר, תציג המדינה במעמד צד אחד בפני בית המשפט הנכבד את התומר החסוי מושא ענייננו." (פסקה 8 להודעת העדכון);
ג. "סבורים המשיבים כי דין הצו על תנאי אשר ניתן ביום 22.7.20 – להתבטל; בנסיבות העניין, מוצע כי תינתן לעותר רשות לתקן את עתירתו נוכח המפורט במסגרת ההודעה המעדכנת דנן..." (פסקה 9 להודעת העדכון).

23. ודוק, ולפני שנתקדם בהסברים ובטיעונים, החלטת הקבינט החדשה היא שרירותית על פניה וכשלעצמה בהיותה לא עומדת בכללי המשפט המינהלי: היא לא מנמקת מהו הצורך בהחזקת הגופות; היא לא מנמקת מדוע אירע השינוי בהחלטה מן החזקת גופות של משויכי חמאס להחלטה שמציינת שלא קשור מהו השיוך הארגוני – היינו היא מתייחסת להחזקת כל גופה ללא שום נימוק לכך כולל מקרה של נהרג שלא שייך לחמאס ואף יכול להיות יריבו הפוליטי של חמאס. היא לא מנמקת מהו הבסיס המשפטי לקבלת ההחלטה במיוחד לאור העובדה כי הפסיקה כולל עמדת הרוב בדנג"ץ הגופות מציינת שהחזקת גופות כשלעצמה פוגעת בזכויות אדם. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה שהיא התקבלה במהלך הדיונים בעתירה המקורית כאן ועל רקע הערות כב' השופטים ועל רקע שאלות שביקשו להבהיר את ענין התחולה הרטרואקטיבית. בנוסף, בהודעת העדכון לא ציינו המשיבים את מה שהבטיחו בפני בית המשפט כי ההחלטה מבחינתם תהיה בתוקף רק לאחר בחינת היבטיה המשפטיים.

24. העותר התנגד לכל המבוקש בהודעת העדכון מטעם המשיבים מיום 6.9.202. אמנם בית המשפט הורה על עתירה מתוקנת אך לא נענה לבקשת ביטול הצו על תנאי.

25. העותר טען בתגובתו להודעת העדכון מטעם המשיבים שהוגשה ביום 17.9.2020 כי לאורך כל ההליך המשפטי, המשיבים הודו כי אין כל אינטרס ביטחוני או אחר בהמשך החזקת גופתו של עריקאת וזאת כפי שהתבטאה מתצהיר התשובה לצו על תנאי שהוגש על ידי המשיבים ועמדת היועץ המשפטי שנכללה בתצהיר זה; וכן נטען כי החלת החלטת הקבינט החדש על מקרהו של ההרוג הינה בלתי חוקית. העותר פירט כי פסק דין הרוב בדנג"ץ הגופות לא אפשר החזקה גורפת של כל גופה אלא הוא נבחן על סמך החלטת הקבינט משנת 2017 ועל בסיס מבחן המידתיות המוצא קשר ענייני בין החזקת גופה קונקרטי לבין השימוש בה כקלף מיקוח לניהול מו"מ מול חמאס; וכן פירט כי בכל מקרה החלטת הקבינט החדשה הינה גורפת ובלתי מידתית וכי לא ניתן להחיל אותה באופן רטרואקטיבי על המקרה של המנוח כאן. לסיכום נטען ע"י העותר בתגובתו להודעת העדכון מטעם המדינה בפסקה 22-23 כדלקמן:

"המצב המשפטי והעובדתי הינו ההפך המוחלט מכפי שהוצג על ידי המדינה באופן שמחייב את קבלת העתירה והפיכת הצו על תנאי למוחלט. שכן, המצב העובדתי והמשפטי נותר כמו שהוא: גופתו של עריקאת מוחזקת שלא כדין על ידי המשיבים! עצם העובדה כי ישנה החלטת קבינט חדשה, אינו מכשיר באופן רטרואקטיבי את החזקת הגופה. ובכל מקרה, החלת החלטת הקבינט החדשה על המקרה של עריקאת הוא בלתי חוקתי בהעדר הסמכה בחוק ובהיותה גורפת וזאת כפי שפורט לעיל, מכאן שהמצב המשפטי נותר כפי שהוא ולפיו אין כל בסיס משפטי להמשך החזקת הגופה! הדברים מקבלים משנה תוקף לאור הודעותיהם והצהרותיהם הקודמות של המשיבים בפני בית משפט נכבד זה לפיהן עלה בבירור כי אין למשיבים ענין ספציפי וקונקרטי השייך להחזקת גופתו של עריקאת.

אנו מצויים בשלב שלאחר הוצאת צו על תנאי. היינו, נטל ההוכחה והצידוק המשפטי עובר כולו על שכמי המשיבים. ואולם, הודעת העדכון מטעם המשיבים אינה עומדת בנטל זה. שכן, לא רק שהמשיבים הודו בדיונים הקודמים שקיים קושי משפטי מובהק בהחזקת הגופה של המנוח עריקאת וכי אין קשר רציונלי בין תכלית ביטחונית קונקרטי לבין החזקתה של גופה זו, אלא גם לא הצליחו כעת להביא אסמכתא משפטית אחת שתצביע על מקור הסמכות המצדיק והמאשר את החזקת הגופה. כמו כן, הם לא הצדיקו את תחולתה הרטרואקטיבית של החלטת הקבינט החדשה ואף לא התיימרו להוכיח כי החזקת הגופה עומדת במבחני המידתיות. וכפי שצוין לעיל עצם העובדה שהתקבלה החלטה מדינית כללית אינה יכולה כשלעצמה לגבור על שלטון החוק. לכן יש לדחות את ההודעה של המשיבים על הסף."

26. עוד יצויין כאן, כי בהודעת העדכון מטעם המשיבים, לא צוין כי ההחלטה ניתנה לאחר מתן חוות דעת משפטית מטעם היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לתוכן החלטת הקבינט. כל שצויין בפסקה 8 להודעת העדכון הוא שעניין החזקת גופת המנוח נבחן לאור החלטת הקבינט החדשה והוחלט כי "המפקד הצבאי יורה על עיכוב השבת הגופה." הודעת העדכון לא התייחסה לשאלה מדוע וכיצד יש להחיל את החלטת הקבינט החדשה על גופתו של המנוח וגם לא הובאה ההצדקה המשפטית לפי עמדת היועץ המשפטי לממשלה להכללת המנוח במסגרת החלטת חדשה זו. לא זו בלבד, אלא שפתאום צץ לו חומר חסוי שהמשיבים ביקשו להגיש לעיון בית המשפט וזאת מבלי להסביר כיצד צץ לו חומר חסוי כזה הנוגע למנוח כאשר מתחילת ההליך המשפטי טוענת המדינה כי אין אינטרס ביטחוני להמשך החזקת הגופה. לכן אין אלא להסיק, שהחלטת הקבינט הוצגה במטרה להחזיק את הגופה באופן שרירותי, רק מהטעם שהיא ממילא מוחזקת כבר על ידי המדינה ולא מכל נימוק אחר.

27. למרות ששאלת התחולה הרטרואקטיבי של החלטת הקבינט החדשה הועלתה בדיון ביום 25.8.2020 על ידי כבי' ההרכב וב"כ המשיבים ענה כי הסוגיה טרם הוכרעה, הרי בהודעת העדכון מטעם המשיבים הם לא נתנו

דעתם כפי שנתבקשו על ידי כבי' ההרכב בנוגע לקשוי החוקתי בהחלה רטרואקטיבית של החלטת הקבינט החדשה.

28. לאחר הגשת תגובת העותר, החליט בית המשפט ביום 23.9.2020 כי העותר רשאי להגיש עתירה מתוקנת והוסיף:

"בעתירה שלפנינו ניתן, ביום 22.7.2020, צו על תנאי המורה למשיבים לנמק "מדוע לא ימסרו לעותר בהקדם האפשרי את גופת בנו". זאת, בין היתר, על רקע החריגה מן הקריטריונים שנקבעו בהחלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (להלן: הקבינט), ואושרו בדנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן (9.9.2019). כעת, נוצר מצב חריג, שכן לאחר מתן הצו – ולאחר הגשת תצהיר התשובה מטעם המשיבים – הודיעו האחרונים כי הקבינט "עדכן" את מדיניות הטיפול בגופות מחבלים, כך שכעת באה בגדריה גם גופת בנו של העותר. בתגובתו להודעת עדכון זו, תקף העותר את המדיניות החדשה, בשל אופייה הגורף – והוסיף, כי בכל מקרה אין לייחס לה השפעה רטרואקטיבית על ענייננו. החלטת הקבינט מיום 2.9.2020 מהווה, אפוא, התפתחות מהותית ורלוונטית ביחס לעתירה דנן."

29. מכאן מוגשת עתירה מתוקנת זו.

הטיעון המשפטי

30. העותר טוען כי החזקת גופת המנוח פוגעת בזכויות החוקתיות באופן גורף ובלתי מידתי. אין כל הסמכה מפורשת בחוק להמשך החזקת הגופה. החלטת הקבינט החדשה דווקא מחזקת את טיעוני העותר בדבר ההחזקה השרירותית של הגופה.

31. לפני שנתקדם בטיעון החוקתי, נתייחס לפגמים המינהליים היורדים לשורשו של ענין בהחלטת הקבינט החדשה. כאמור ברקע העובדתי, החלטת הקבינט אינה מפורטת ומנומקת, אינה מבססת את התשתית העובדתית והראייתית שיש בה הצדקה להחזקה גורפת של כל גופה; היא אינה מנמקת מהם הטעמים המיוחדים להחזקת כל גופה; היא לא מנמקת את אי קיומם של תריגים וגם היא אינה מנמקת את הצורך בשינוי החלטת הקבינט והיא אינה מנמקת את הבסיס המשפטי לקבלת ההחלטה. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה כי היא התקבלה לאחר מתן צו על תנאי בעתירה זו ולאחר מתן הערות כבי' ההרכב בדבר הצורך במתן הדעת בעניינים המשפטיים הנוגעים לסוגיות משפטיות כגון הרטרואקטיביות וגם לאחר הודעת נציג היועץ המשפטי לממשלה שבה הצהיר כי יתן חוות דעת משפטית לבחינת ההחלטה בטרם אישורה. לכן החלטת הקבינט הנדונה אמורה להיבחן על רקע דברים אלה ולא כמו החלטה כללית שנוחתת משום מקום. לכן הנמקתה של החלטה זו הינה חובה, הסברים לצידוקיה גם הם חובה והנמקה מסוימת בדבר השינוי שהיא מבצעת מול ההחלטה הקודמת גם היא חובה.

32. ללא קשר לעמדת בייכ העותר המתנגדת לעקרון החזקת גופות, אי חוקיות החלטת הקבינט החדשה מקבלת משנה תוקף לאור העובדה כי קיימת חוות דעת אחת של היועץ המשפטי לשעבר מ' מזוז משנת 2004 אשר אמורה להנחות את הקבינט, אם בכלל, ולפיה כפי שנפרט להלן, קיים איסור להחזקת גופות אלא אם צוינו טעמים מיוחדים לכך. החלטת הקבינט הנדונה לא עומדת בתנאי חוות דעת זו שאושרה בדנג"ץ הגופות והיא אף

מנוגדת חזיתית אליה. שכן, חוות הדעת מציינת מפורשות כי "אין להחזיק בגופות מחבלים בהתבסס על צורך ערטילאי של שמירת 'קלפי מיקוח' לצורך משא ומתן עתידי". החלטת הקבינט החדשה הפכה את החריג לכלל לפיה החזקת גופות מותרת כשלעצמה. לעניין הפיכת החריג לכלל ובהעדר הנמקה מיוחדת בגוף החלטת הקבינט, מתאימים דבריו של השופט הנדל בדג"ץ הגופות לפיהם קבע כי "במישור זה, נודעת חשיבות מיוחדת למתווה המדויק של מדיניות המשיבים, על פיו – כפי שהבהיר ב"כ המדינה – החזקת גופות המחבלים היא בגדר חריג שבחריג." (פסקה 11 לפסק דינו של המשנה לנשיא הנדל).

הפגיעה בזכויות חוקתיות

33. החזקת גופתו של המנוח ומניעת קבורתו על ידי משפחתו פוגעת בכבוד המת ובזכות החוקתית של משפחתו לכבוד. שכן, זכותו של כל אדם לקבורה מהירה, מכובדת ונאותה הינה חלק בלתי נפרד מזכותו לכבוד, שכן כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו, אלא גם כבודו של אדם לאחר מותו. זכות האדם המת וזכות יקיריו בהקשר זה לכבוד הוכרה בפסיקה כחלק מזכות האדם לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (לעניין זה ראו: ע"א 91/294 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992); ע"א 97/6024 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600 (1999); בג"ץ 94/6126 סגש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999); בג"ץ 06/52 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp. (פורסם בנבו, 29.10.2008); בג"ץ 98/7583 בכרך נ' שר הפנים, פ"ד נד(5) 832 (2000)).

34. בהקשר של כיבוד זכויות משפחת המת לקבורה וכיבוד הנפטר, הפסיקה העליונה התייחסה לחשיבות הרבה שיש להקמת קבר לנפטר, בבית קברות מוכר, ולעריכת טקס קבורה ולעלייה לקבר (בג"ץ 07/4638 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל (טרם פורסם, 29.10.2007)).

35. כמו כן, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע חובה להגן על כבוד התושבים המקומיים. בהקשר לסעיף זה נקבע בעניין אלאקסא כי הוראה זו משתרעת לא רק על שמירת כבודם של החיים אלא גם על כבודם של המתים (ראו: בג"ץ 07/4638 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נגד חברת החשמל לישראל (פורסם בנבו, 29.10.2007)).

36. עוד נציין כי, החזקת גופתו של המנוח מפרה את האיסור המעוגן במשפט הבינלאומי ובראשם האמנה הבינלאומית האוסרת על עינויים ויחס אכזרי ובלתי אנושי כלפי בני אדם. לא בכדי המליצה ועדת האו"ם האמונה על בדיקת יישום האמנה במסגרת דו"ח מסקנותיה בעניין יישום האמנה על ידי מדינת ישראל ואשר פורסם ביום 3.6.2016 כי על מדינת ישראל לנקוט בכל הצעדים הנדרשים ולהשיב את הגופות למשפחות בהקדם האפשרי. יודגש, כי וועדת האו"ם הגיעה למסקנה זו גם בגלל התחייבות ישראל מולה להחזרת הגופות, וכך בלשון הדו"ח בפסקאות 42-43:

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

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

(ההדגשה במקור). הדו"ח ניתן לעיון בלינק הבא :

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsmEKqNhdzbr4kqou1ZPE79BvBJe97SSM1KP2v4ng3Dhx74ohsby7x4AIegvGhwtvav7rPvZmtwpwObldkyK%2BM9cNY7svWLIYmp6PB4chW8O>

העדר הסמכה מפורשת בחוק

37. החזקת גופתו של המנוח בידי המשיבים תורגת מסמכות. על אף הדיונים וההחלטות הרבות בתיק זה כולל תצהיר התשובה לצו על תנאי והודעת העדכון מיום 6.9.2020, המשיבים לא מציינים מהי הוראת החוק וגם לא יצליחו אם ינסו – להראות כי החזקת הגופה הקונקרטיה נשענת על הסמכה בחוק. לכל הדעות החלטת קבינט כשלעצמה אינה מכשירה מעשה או החלטה כלשהי במיוחד כאשר היא פוגעת בזכויות אדם. כלל גדול הוא שחל מימים ימימה והחל מבג"ץ 1/49 בז'רנו נגד שר המשטר, פד" ב 80 (1949) כי לא פוגעים בזכויות קנויות אלא על בסיס תיקיה מפורשת שאינה משתמעת לשתי פנים. זוהי גם הוראת סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המורה כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."

38. לכל הדעות, החלטת הקבינט החדשה אינה מבססת את הטענה כי מדובר "בהסמכה בחוק" ובוודאי המשך החזקת גופת בנו של העותר אינה יכולה להישען על דג"ץ הגופות. למותר לציין כי גם עמדת היועץ המשפטי לממשלה כפי שהובאה בתצהיר התשובה לצו על תנאי משמעה, ראשית, שהמנוח אינו נכלל באלמנטים של החלטת הקבינט משנת 2017, שהיא ההחלטה התקפה במועד החזקת הגופה. שנית, במישור הבחינה הפרטנית, אין מניעה ביטחונית – קונקרטיה משחרור הגופה שכן וכפי שהובהר בדיונים ומפיו של נציג היועץ המשפטי לממשלה, אין סיבה קונקרטיה שנוגעת לגופה נשוא העתירה שיצדיק את החזקתה.

39. מעולם לא נקבע על ידי בית משפט נכבד זה כי קיימת סמכות להחזיק כל גופה באשר היא. מעולם לא ניתן פסק דין לפיו ניתן להחזיק כל גופה של כל אדם גם אם הוא לא משויך לארגון זה או אחר. מעולם לא נקבע כי קיימת סמכות למשיבים להחליט כדעתם ולפי שיקול דעתם המוחלט מתי יחזיקו גופה ומתי ישחררו אותה. פשוט אין פסק דין כזה בפני בית המשפט העליון. אחרת הוא יתנגש חזיתית גם עם המשפט הישראלי וגם עם המשפט הבינלאומי.

40. למען הבהירות, אם המשיבים ינסו לטעון כי תקנה כלשהי מתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 מסמיכה החזקת גופת העותר ו/או מכשירה את החלטת הקבינט החדשה שהיא שונה מהחלטת הקבינט הנדונה בדנג"ץ הגופות, העותר ישמור לעצמו את הזכות לטעון כי אותה תקנה הינה בטלה לאור סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. סעיף זה הוא סעיף חי ורלבנטי שמאפשר בחינת תקנות ההגנה בכל עת באם הם מתאימים לשינויים משפטיים חדשים. לכל הדעות חוקי היסוד משנת 1992 הם בבחינת שינויים רציניים בתורת המשפט.

41. פסק הדין בעניין דנג"ץ הגופות אינו רלבנטי למקרה הנדון. הוא ניתן בהקשר ליישום מדיניות המפקד הצבאי שנקבעה במסגרת החלטת הקבינט מינואר 2017 ואשר התבססה על חוות דעתו של היועמ"ש לשעבר מ' מזוז משנת 2004. לפי חוות דעתו של היועמ"ש משנת 2004 "אין להחזיק בגופות מחבלים בהתבסס על צורך ערטילאי של שמירת 'קלפי מיקוח' לצורך משא ומתן עתידי, אך אין לשלול אפשרות כזו ככל שיש טעמים מיוחדים להחזקת הגופות ובכללם עסקה קונקרטיה לחילופי גופות עם האויב או חשש קונקרטי כי החזרת גופה מסוימת תסכן, ברמת הסתברות גבוהה, את בטחון האזור."

42. על סמך חוות דעת זו ניתנה החלטת הקבינט מינואר 2017 ואשר כאמור ברקע העובדתי לעיל, קבעה ככלל כי גופות יימסרו לקבורה בתנאים מגבילים כאשר החריגים לכך הם שניים: שיוך לחמאס והיות האירוע חריג במיוחד. ביצוע מדיניות זו נסמכה על הוראת תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. לכן השאלה המשפטית שעמדה בדנג"ץ הגופות היתה האם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה זמנית לצורכי משא ומתן כאשר בחינת שאלה זו בוצעה על רקע מדיניות החזקת הגופות לפי החלטת הקבינט משנת 2017.

43. החלטת הקבינט החדשה אינה עונה על השאלה שהיתה בפני דנג"ץ הגופות שהתייחסה לסמכות בדבר החזקת גופות באופן זמני כקלף מיקוח ולצורך ניהול מו"מ מול חמאס. כים לחמאס לצורך מו"מ. וגם דנג"ץ הגופות כי קיימת להחזיק כל גופה וגם שאלת הסמכות נתחמה לתנאים שנקבעו בחוות הדעת של היועמ"ש. כך בפסק דינה של הנשיאה חיות נקבע בפסקה 29 לפסק דינה:

"אכן, הפעלתה של סמכות זו יש בה מידה של פגיעה בכבוד המת ובכבוד משפחתו. על כן, יש לתחום ולגדור את הסמכות ולהפעילה במגבלות ובאיזונים מתאימים אשר נקבעו, בין היתר, בחוות דעתו של היוע"מ המשפטי לממשלה משנת 2004." (ההדגשה אינה במקור)

ובפסקה 35 בעמוד 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות, קבעה:

"לגישתי, החזקת גופות מחבלים בהתאם להחלטת הקבינט, המיועדת לצרכי משא ומתן להשבת חיילי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור, נמנית אף היא באותה קטגוריה בטחונית, בהיותה אמצעי משמעותי לקידום משא ומתן כאמור." (ההדגשה אינה במקור)

וכך גם נימק השופט עמית בדעת הרוב בפסקה 3 לפסק דינו:

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

44. המשיבים מנסים כנראה למתוח את הקביעות בדנג"ץ הגופות ולהציג כאילו קביעות הרוב מאשרת החזקת כל גופה. גם אם לדעת ב"כ העותר פסק הדין של הרוב הינו בעייתי, הצגתו באופן כזה הינה מוטעית והמשיבים מנסים להפוך את דנג"ץ הגופות לפסק דין בלתי חוקי בעליל.

45. חשוב גם להדגיש, כי דנג"ץ הגופות נתקבל על חודו של קול וברוב של 4 נגד 3. קביעות שופטי המיעוט – כב' השופטים קרא, ברק ארזי ופוגלמן – קבעה כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה אינה מהווה הסמכה בחוק למפקד הצבאי להחזיק גופות בדרך של קבורה ארעית. השופט קרא הדגיש בסוף קביעתו כי "לפיכך, המפקד הצבאי אינו רשאי להורות על החזקת גופות מחבלים שמהן עצמן לא נשקפת סכנה והן מהוות אך 'קלף מיקוח' למדינה בתקווה כי הן תוכלנה לשמש 'תמורה' בעסקת חילופי גופות או שבויים." (פסקה 29 לפסק דינו של השופט קרא). כמו כן השופטת ברק-ארזי קבעה: "לשיטתי, סמכותו של המפקד הצבאי אינה רחבה כפי שטוענת המדינה, ואין לפרש את תקנה 133(3) לתקנות ההגנה כמשתרעת גם על סמכות לתת הוראות בעניין קבורת גופותיהם של מי שהיו תושבי ישראל או אזורים אחרים הנשלטים על-ידה, במקרה זה אזור יהודה ושומרון, מטעמים הנוגעים למשא ומתן עתידי עם ממשל החמאס בעזה. הוראה מסוג זה חייבת להיות מבוססת, למצער, על הסדר חקיקתי מיוחד וחד-משמעי, המפרט את הכללים החלים על הפעלתו." (פסקה 3 לפסק דינה של השופטת ברק-ארזי. וכך גם השופט פוגלמן אשר קבע "בהינתן נקודת המוצא הפרשנית, והטעמים המפורטים בחוות דעתם, גם להשקפתי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (החלה הן בישראל והן באזור יהודה ושומרון), אינה מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לשם החזקתן לצרכי משא ומתן." (פסקה 2 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

46. הנה כי כן, החלטת הקבינט החדשה המאפשרת החזקת כל גופה שמוחזקת בעקבות כל ארוע, אינה יכולה להתבסס על מרכיב ההסמכה בחוק שאושר בעניין דנג"ץ הגופות שכן החלטת הדנג"ץ ניתנה על רקע החלטת אחרת שאינה רלוונטית כבר למקרה של החזקת גופת המנוח.

47. יוצא כי כפי שהחזקת הגופה של המנוח עריקאת היתה מתחילתה ללא הסמכה בחוק (כפי שעולה גם מההודאה המשתמעת מטעם המשיבים), עצם קבלת החלטה מדינית כללית חדשה לא הופכת אותה כנסמכת על חקיקה כלשהי.

החלטת הקבינט החדשה גורפת – הפגיעה בזכויות החוקתיות אינה מידתית

48. למרות שהחלטת הקבינט החדשה צוטטה לעיל, לשונה הגורף ונעדר כל חריג מחייב הבאתו לשון ההחלטה שוב כאן:

"מ ח ל י ט י ם, לעדכן את החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מס' ב/117 מיום 1.1.2017 ולהוסיף כי יש למנוע החזרת גופות מחבלים, ללא קשר לשיוך הארגוני, זאת, אם המחבלים רצחו או פצעו אדם, או נשאו אמצעי לחימה (קר או חם).
לכשתיפטר סוגיית השו"ן, תיבחן ההחלטה מחדש בהתאם ובכפוף להערכת מצב.
בסמכותו של שר הביטחון לחרוג ממדיניות זו במקרים מיוחדים."

49. עיון בהחלטה מראה כי מדובר בהחלטה גורפת ביותר. מקום בו החלטת הקבינט משנת 2017 - שהיא בעייתית כשלעצמה כפי שציינה עמדת המיעוט - אפשרה ככלל מסירת גופות למשפחות, אם כי עם הגבלות על תנאי הקבורה, היא החריגה את המסירה לשני תנאים: שיוך לחמאס והיות האירוע חריג במיוחד. אך החלטת הקבינט החדשה, הפכה את החריג לכלל ומסרה שיקול דעת מוחלט לשר להחליט על חריגים.

50. החלטה כזו חוסמת בחינה פרטנית של כל מקרה ומקרה ומסמיכה את המפקד הצבאי להחזיק כל גופה ללא קשר לנסיבות. החלטה כזו מעניקה למעשה שיקול דעת גורף למפקד הצבאי וזאת בניגוד לפסיקה העליונה שאוסרת על מתן שיקול דעת מוחלט וגורף במיוחד כאשר החלטה הגורפת גורמת לפגיעה החלטית בזכויות אדם. בהקשר זה חפים דבריו של השופט דאז ברק בעניין שניצר אשר התייחס לפסול בשיקול דעת מוחלט לרשות:

"שיקול-דעת סובייקטיבי חייב להיות מופעל בדל"ת אמותיו של החוק המסמך. עמד על כך הנשיא אגרנט, בבג"צ 60/241 [40], בעמ' 1162:
"העקרון הכללי הוא, כי כל רשות מינהלית חייבת לפעול בתוך ד' אמותיה של המטרה שלשמה הקנה לה החוק את הסמכות הנדונה; ודין זה חל גם על סמכות שהיא רשאית להפעילה לפי שיקול-דעתה המוחלט".
ועל אותו רעיון חזר השופט זוסמן בד"צ 39/61/16 [39], בעמ' 1216:
"אך שיקול-דעת שניתן לרשות מינהלית - אפילו הוא מוחלט - צמוד תמיד לחובה שהרשות חייבת למלאה, היינו לתפקידי המינהל שלמענם הוסמכה הרשות לפעול לפי שיקול-דעתה. ככל שהחופש לבחור יכול להיות גדול, לעולם לא יהא בלתי-מוגבל".
"אכן, שיקול-דעת סטטוטורי יכול שיהא רחב ויכול שיהא צר, אך לעולם הוא מוגבל. מספר האפשרויות, העומדות לפני בעל החלטת, יכול שיהא רב ויכול שיהא מועט, אך לעולם אינו בלתי מוגבל. בכך מבטיח הדין את חירותו של הפרט... גם המוחלט בשיקולי הדעת חייב לרסן עצמו למסגרתו של החוק אשר נפח בו חיים" (בג"צ 84/742 [41], בעמ' 92).
על-כן, מי שניתנה לו סמכות על-פי תקנות ההגנה, רשאי להפעיל סמכות זו להגשמת המטרות העומדות ביסוד תקנות ההגנה, ולא להגשמתן של מטרות זרות (ראה h.w.r. wade, (.,th, ed 5,oxford administrative law 394)1982".

בג"ץ 680/88 שניצר נגד הצנזור הצבאי הראשי, מר יצחק שני, פד"י מב(4) 617, 635 (1989).

51. יודגש שוב, כי שופטי הרוב בדג"ץ הגופות בחנו את סוגיית מידתיות הפגיעה בזכויות החוקתיות בהסתמך על החלטת הקבינט משנת 2017 והתנאים החריגים שנקבעו בה. הן הנשיאה חיות והן המשנה לנשיאה השופט הנדל קבעו שם, כי החזקת הגופות אינה מותרת משום שהיא נשענת על החלטה מדינית אלא לדידם היא חייבת להסתמך על חקיקה המאפשרת קבורה זמנית לצורך ניהול מו"מ והיא צריכה להיות מידתית

והעונה על מבחני הבדיקה הפרטנית לפיה כל גופה נבחנת בעצמה אם היא שייכת לפעיל תמאס שמולו ינוהל מו"מ. אחרת החזקת הגופה בכל מצב תיהפך לשרירותית ובלתי מידתית ראו פסקה 36 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

52. הנשיאה חיות התייחסה לחשיבות הבחינה הפרטנית של כל מקרה לגופו בהקשר להחלטת הקבינט משנת 2017 בפסק דינה ובזו הלשון:

"ודוק: קיומה של סמכות אינו מכשיר בהכרח את הפעלתה לכל מטרה ומטרה. הדברים צריכים להיבחן לגופם, תוך איזון מול הפגיעה לכל מטרה ומטרה. הדברים צריכים להיבחן לגופם, תוך איזון אל מול הפגיעה בכבוד המת ומשפחתו וברוח חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה משנת 2004." (פסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

53. כמו כן, בפסקה המסכמת בפסק דינה של הנשיאה חיות היא קבעה כי לא מדובר באמצעי שרירותי וכי מבחן הקשר הרציונאלי חייב להתקיים, כך קבעה בפסקה 36:

"על כן, ניתן לקבוע כי אין מדובר באמצעי שרירותי או מחוסר היגיון וכי מתקיים קשר רציונאלי בין החזקת גופות מחבלים בקבורת ארעי ובין הצורך לקדם משא ומתן עם ארגוני הטרור על השבת חיילי וחללי צה"ל ואזרחים ישראלים המוחזקים על – ידם."

54. והמשנה לנשיאה השופט הנדל קבע באותו הקשר של בחינת כל מקרה לגופו ומזעור הפגיעה בזכויות החוקתיות, כך:

"במישור זה, נודעת חשיבות מיוחדת למתווה המדויק של מדיניות המשיבים, על פיו – כפי שהבהיר ב"כ המדינה – החזקת גופות המחבלים היא בגדר חריג שבחריג. משמע, גם גופות מחבלים המשתייכים לשתי הקטגוריות הרלוונטיות ייקברו ארעית רק על רקע משא ומתן קונקרטי להשבת אזרחים וגופות חללים המוחזקים בידי ארגוני הטרור. אין למנוע העברת גופה לקראת הבאות. גורמי הביטחון אמורים, כפי שנהגו כאן, להפעיל שיקול דעת אינדיבידואלי בדבר קידום המשא ומתן להשבת האזרחים וחללי צה"ל המוחזקים בידי תמאס. עניין זה עדין מאוד... החשוב הוא כי במקרה שאכן אין משא ומתן, ולא מתקיימים מגעים קונקרטיים כלשהם לקיום עסקה, יוחזרו הגופות. אך כל עוד יש סיכוי שאינו תיאורטי או דחוק לקידום המשא ומתן אין חובה להחזיר. נקודה חשובה נוספת היא, כפי שהובהר לעיל, שכבוד המת כרוך בקבורתו. המצב בו מוחזקת גופות מחבלים לאורך זמן שלא בדרך של קבורה – אף אם, כמו במקרים שלפנינו, הדבר נובע מבקשת המשפחות – עלול לפגוע יתר על המידה בכבוד המת ובעקרונות המחויבים על ידי המשפט הבינלאומי. אין צורך במקרה זה לכמת ולשרטט גבולות זמן, אך כאמור ככל שחולף הזמן גובר הצורך בקבורת הגופה, וממד הזמן אף מהווה שיקול ביחס למועד החזרתה." (פסקה 11 בעמוד 92 לפסק הדין).

55. למותר לחדד שוב, כי בניגוד לעמדת הרוב בדין"ץ הגופות, החלטת הקבינט החדשה מאפשרת החזקת של כל גופה באופן גורף ללא בדיקה פרטנית המייצרת קשר ישיר וקונקרטי עם אינטרס ביטחוני ענייני ומובהק. החלטה זו עומדת בניגוד מוחלט לפסיקה העליונה המחייבת בחינה פרטנית ואוסרת על פגיעה גורפת בזכויות חוקתיות. ראו בהקשר זה: בג"ץ 8276/05 עדאלה נגד שר הבטחון (ניתן ביום 12.12.2006), שם קבע הנשיא ברק דאז בפסקה 37 לפסק דינו כדלקמן:

"אכן, הדרך המידתית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה. בחינה זו תבדוק אם המקרה נופל לגדרה של "פעולה מלחמתית", תהא הגדרתה אשר תהא. ניתן להרחיב הגדרה זו, אך אין להחליף בדיקה אינדיבידואלית זו בשלילת אחריות גורפת."

ראו גם בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נגד הכנסת (ניתן ביום 9.6.2020) שם ציינה הנשיאה חיות בפסקה 93 לפסק דינה כי: "החובה לנקוט אמצעי שפגיעתו פחותה משמעותה, בין היתר, הימנעות משימוש בהסדר גורף והעדפת אמצעי הכרוך בבדיקה אינדיבידואלית." ראו גם בהקשר לבחינה הפרטנית את בג"ץ 10662/04 סלאח חסן נגד המוסד לביטוח לאומי (ניתן ביום 28.2.2012).

56. לכן המשך החזקת הגופה אך ורק מהטעם שהתקבלה החלטה מדינית כללית, אינו כדין. שכן משמעו שהחלטה מדינית גוברת על שלטון החוק גם כאשר מדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות. יודגש, כי מעולם לא ניתן פסק דין שמצדיק את הפגיעה בשלטון החוק או בזכויות חוקתיות אך ורק משום שהתקבלה החלטה מדינית כללית. החזקת הגופה מטעם מדיני היא פגיעה בזכות החוקתית לכבוד הן של המנוח והן של משפחתו וזאת בהעדר הסמכה בחוק.

57. ללא קשר לעמדת באי כוח העותר לפיה החזקת כל גופה באשר היא הינה מנוגדת למשפט הבינלאומי כפי שציינו בטענותיהם בדג"ץ הגופות, העותר, אביו של המנוח, מבקש להדגיש בפני בית משפט נכבד זה כי בנו לא מוגדר בעיני המשפחה בתור מי שניסה לבצע פיגוע, וכי הגופה היא עניינה הפרטי של המשפחה וכי אין בנם שייך לארגון כלשהו כדי להשתמש בגופת בנם כקלף מיקוח מולו וכי המשפחה הכריזה שבנם לא מפגע והאבל הוא פרטי ולא ציבורי.

== רצ"ב תצהיר מטעם העותר המאשר את העובדות בעתירה זו.

לא ניתן להחיל את החלטת הקבינט החדשה באופן רטרואקטיבי

58. בנוסף לאמור לעיל, הרי החלטת החלטת הקבינט החדשה באופן רטרואקטיבי על המקרה של המנוח, זאת כאשר מתחילת ההליך נטען על ידי המשיבים כי אין הצדקה משפטית ואין אינטרס ביטחוני להמשך החזקת הגופה, מתזקת את גורפות הפגיעה בזכויות החוקתיות וכי החלטה באופן רטרואקטיבי הינו שרירותי וגורף.

59. עניין שלילת התחולה הרטרואקטיביות על המקרה דן שנוגע לזכויות אדם מתבקשת גם מכוח עקרון שלטון החוק ועקרון החוקיות. בעניין החלטה רטרואקטיבית של החלטה מנהלית נקבע כי:

"ככלל, פוגעות נורמות רטרואקטיביות "בעקרונות יסוד של צדק והגינות; ביכולת "ההסתמכות וביציבות המשפטית; וכפועל יוצא גם באמון הציבור במוסדות השלטון" (..) פעולות מנהליות החלות למפרע כפופות למבחן כפול של סמכות וסבירות, ואף אם קיימת סמכות לביצוע הפעולה הרטרואקטיבית, נקודת המוצא היא כי מדובר בהחלטה פסולה ובלתי סבירה."

בג"ץ 8134/11 עו"ד ורו"ח משה אשר נ' שר האוצר, ד"ר יובל שטייניץ (פורסם בבנו, 29.01.2012), פס' 19 לפסק דינו של כב' השופט ריבלין.

60. ראו עוד בהקשר לתחולה רטרואקטיבית של חוק, מקל וחומר החלטה מנהלית, עניין **ילנה גניס** : בג"ץ 9098/01 **ילנה גניס נגד משרד הבינוי והשיכון**, נט(4) 241, פסקה 23 לחוות הדעת של השופט חשין (2004), שם נקבע:

"החזקה (הפרזומפציה) הינה, כי חוק אינו פועל למפרע... תפיסת היסוד הינה, כי "החלת חוק חדש על עיסקה שתמה ונשלמה לפני צאת החוק, והנוגעים בדבר עשו והשלימו אותה בסומכם על הדין שהיה נוהג אותה שעה, עלולה לגרום עוול ואי-צדק"... חקיקה רטרואקטיבית או רטרואקטיבית נוגדת "מושגים מקובלים של צדק"... והחזקה נגד חקיקה זו דרושה למען עשיית צדק. עקרון שלטון החוק דורש ודאות וביטחון ביחסים הבין-אישיים. חקיקה למפרע פוגמת בשני אלה... היא אינה מאפשרת תכנון מראש של ההתנהגות, ולפיכך פוגעת גם ביציבות של המשפט..."

61. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה כי החלטת הקבינט ניתנה לאחר תקופה ארוכה ממועד החזקת הגופה וגם לאחר הוצאת צו על תנאי. היינו, במועד צו על התנאי שהוא המועד הרלבנטי לדיון בסוגיית החוקיות, החזקת הגופה כשלעצמה לא היתה חוקית כי לא רק שאין חקיקה שהסמיכה זאת אלא גם לא היתה החלטה מדינית בעניין שתנסה לכאורה להכשיר זאת.

62. העותר ידגיש, כי ככל שעוצמת הפגיעה בזכות החוקתית היא גבוהה יותר, כך הופכת החלת ההחלטה הרטרואקטיבית לבלתי חוקית. בהקשר דנו, מדובר בפגיעה החוקתית לכבוד המגיעה לכדי עינוי שנאסר לפי האמנה הבינלאומית נגד עינויים. וכאמור לעיל, הוועדה האחראית על יישום אמנה זו בהקשר לביקורת שהעבירה על יישום האמנה על ידי ישראל, קבעה באופן מפורש שלאור הזכויות המעוגנות באמנה זו, אליהן התחייבה ישראל, יש להחזיר את הגופות המוחזקות על ידה למשפחות.

63. למותר לציין כי המשיבים לא הסבירו את עמדתם לנושא הרטרואקטיביות למרות שבית המשפט הנכבד עמד על כך בדיון שהתקיים ביום 25.8.2020.

64. התחולה בדיעבד כאן הינה מנוגדת להלכה הפסוקה הקובעת כי ראשית חזקה שאין פגיעה בזכויות באופן רטרואקטיבי; ושנית אם הרשות מבקשת לבצע מהלך זה עליה להצביע על טעמיה המיוחדים שיצדיקו באופן חריג את התחולה. תנאים אלה לא קוימו כאן. בהקשר זה ראו הפסיקה העליונה שקבעה בהקשר זה כדלקמן:


"בנוגע לחקיקת משנה ולהחלטות מינהליות, רשות מינהלית חייבת לעבור שתי משוכות על-מנת לסתור את החזקה נגד תחולה רטרואקטיבית: להראות שהיא הוסמכה בחוק להחיל את ההחלטה רטרואקטיבית; להראות שהיא הפעילה שיקול דעת תקין בהחלת ההחלטה רטרואקטיבית, וכי יש טעמים מיוחדים המצדיקים זאת. החזקה נגד תחולה למפרע של חיובי ארנונה ניתנת לסתירה. בענייננו, לא נמצא טעם לסטות מהחזקה של אי-תחולה רטרואקטיבית של החלטה מינהלית. אף אין בטענה ל"תיקון טעות" כדי להצדיק הטלת ארנונה באופן רטרואקטיבי".
עע"מ 13/6704 **ועד מקומי תנובות נ' תוסף קומפאונדס בע"מ** (פורסם בנבו, 08.07.2015).

65. לבסוף יטען העותר וידגיש, כי גם לפי הזכות החוקתית לגישה לערכאות אשר כוללת קבלת סעד אפקטיבי במועד, אין מקום במקרה זה להכשיר את התחולה בדיעבד שכן, הן התשתית העובדתית והן התשתית המשפטית הנוגעות למועד הוצאת צו על תנאי הן אלו האמורות לתול כאן במיוחד משום שהתחולה בדיעבד להחלטת הקבינט פוגעת בגרעין זכויות האדם. לכן, תחולתה הרטרואקטיבית של החלטת הקבינט החדשה

במקרה הנדון, תפגע הן בזכותו החוקתית של העותר לגישה לערכאות והן ביציבות המשפטית והן בשלטון החוק ועשיית צדק.

לאור האמור לעיל, מתבקש בית להורות על קיום דיון דחוף וכן הוצאת צו על תנאי כמפורט במבוא לעתירה.


סאוסן זהר, עורכת דין


חסן גיבארין, עו"ד

ב"כ העותר

חיפה, 22.10.2020

תצהיר

הנני הח"מ מוסטפא מוסא חסין עריקאת ת.ז. 930221601 תושב אבו דיס, לאחר שהוזהרתי כי עלי להצהיר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר כדלקמן:

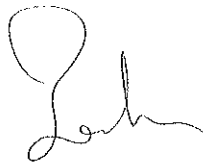
1. הנני נותן תצהירי זה בתמיכה לעתירה המתוקנת המוגשת בדרישה למסור לי את גופת בני המנוח, אחמד עריקאת אשר נהרג על ידי שוטרי משמר הגבול ביום 23.6.2020 ומאז מוחזקת גופתו על ידי המפקד הצבאי (בג"ץ 4462/20).

2. אני מאשר את העובדות המצויינות בעתירה המתוקנת, במיוחד את סעיפים 5 עד 7 וסעיף 57 וכן את העובדות שצויינו בעתירה המקורית.

3. זהו שמי וזו חתימתי ותוכן תצהירי נכון ואמת.

אישור

הריני עו"ד סאוסן זהר מאשרת כי ביום 21.10.2020 בשעה 18:00 הופיע לפניי מר מוסטפא עריקאת ת.ז. 930221601 שזוהה על-ידי בהיוועדות חזותית. ההופעה לפניי בוצעה באמצעות היוועדות חזותית ת.ז. 930221601 כאשר המצהיר מופיע לפניי על גבי הצג, עת הצהרתו מושא האימות לפניו והוא מצהיר בפניי כי הוא מצוי בשטח אבו דיס בזמן החתימה והאימות והוא מסכים לתיעוד החזותי ועשיית השימוש בו. לאחר שהוזהרתי את המצהיר, כי עליו להצהיר את האמת, וכי הוא צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן, אישר הנ"ל את נכונות הצהרתו אשר הוצגה לי במלואה במסגרת ההיוועדות החזותית וחתם עליה מולי.



חתימת עו"ד סאוסן זהר
מסי רישיון 24026