

בג"ץ 4462/20

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

העותר: מוסטפא מוסא חסין עריקאת

נ ג ד

המשיבים: 1. המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון
2. שר הביטחון

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: ב' בכסלו התשפ"א (18.11.20)

מזכירת הרכב: רוני גל און

קלדנית: גלית / רינה

בשם העותר: עו"ד סאוסן זהר; עו"ד חסן ג'בארין

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

פרוטוקול

1

2

כבוד השופט נ' הנדל: סליחה על האחור. אחד השופטים היה בדיון עד לפני זמן קצר.

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

עו"ד מיליקובסקי: העתירה הזאת באופן ישיר, הסעד המבוקש בה הוא השבת הגופה הפרטנית, גופת המחבל מושא העתירה, כך גם בגוף העתירה, אך ברור שבגוף הדברים מבוקשת התערבות עקיפה בשיקול הדעת של הדרג המדיני המבוסס על עמדתו של הרמטכ"ל. יש לעשות שימוש בסמכותו מכוח תקנה 133. יש להתייחס לסוגיה הפרטנית אך גם לסוגיה הפרטנית. ככל שתבקש הצגת חומר חסוי במעמד צד אחד נמצאים פה גורמי הביטחון הרלבנטיים.

כבוד השופט נ' הנדל: אם בדעת אדוני להגיש חומר חסוי, שיוגש.

אתם מסכימים שעל פי הקריטריונים הישנים לא היה ניתן להחזיר את הגופה.

עו"ד מיליקובסקי: נכון.

כבוד השופט נ' הנדל: מדוע?

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37

עו"ד מיליקובסקי: החלטת הקבינט משנת 2017 קבעה כלל שגופות מחבלים תוחזרנה בכללים. אחד גופי מחבלים בשיוך חמאס יוחזקו, שנית, גופות מחבלים שביצעו אירוע טרור חריג במיוחד גם כן ניתן להחזיקן. הגופה זאת לא משויכת חמאס, אין על כך וויכוח. הרף גבוה. אמרנו שכשיש חוות דעת של שו"ן שאף על פי שהיא לא משויכת חמאס אך יש בה סמליות במאבק הפלסטיני ויש בכך שחמאס ירצה לפרוס חסותו על הגופה ולפדותה בבוא היום, אז ניתן להחזיק את הגופה בהיותה גופה בעלת הקשר מיוחד. נכון שחמאס ירצה לפדות את גופות משויכי חמאס בעודם בחיים, אך גם חלק מהעימות המזוין חמאס ירצה לבדוק אותם. כדי לקבל את חוות הדעת הזאת, פעמיים הצגנו מקרים כאלה, שתי גופות המחבלים קונבר וטוראירה היו בעלות הקשר מיוחד, על פי המתאם שון דאז. מאז יש עוד שני גופות כאלה וזה מתאם מחמיר. הדרג המדיני אמר שהוא רוצה לבחון אפשרות שיוחזקו גופות גם שאינן משויכות חמאס אך אינן עומדות ברף הזה וחמאס ירצה לפדותה עקב הסמליות, אך גם מחבלים שביצעו פעולות פחות מינוריים אך על בסיס העמדה המבצעית שגופות אלה יכולים לקדם את השבת גופות חללי צהל המחוזים בידי חמאס, גם זאת דרש הדרג המדיני שניתן יהיה להחזיקן. כיון שגופה זו אינה משויכת חמאס היתה נדרשת הרחבת תגובת המחבלים.

כבוד השופט נ' הנדל: נניח שיש מקרה שמישהו כבן 17 נהרג ועל גופו יש סכין או אבן. מדוע לפי מה שאמרת עכשיו, אני מניח של את בקשו, בהעדר כל נתון אחר, את החזרת גופתו. זה בגלל שהוא לא נכנס לקטגוריה המיוחדת?

עו"ד מיליקובסקי: אם הוא לא משויך חמאס, וזה היה נסיון פיגוע, והוא מחבל.

כבוד השופט נ' הנדל: מה שקורה זה שמישהו מכניס ידו לכיס, ורוצה להוציא משהו ממתחת למעיל שלו, ומאז הוא נהרג. ומה שהוא רצה להוציא / להחזיק זה היה סכין או אבן. יש סמכות לפי החלטת הקבינט החדשה למנוע / לעכב את החזרת גופתו? אתה אמר מחבל, מה ההגדרה של מחבל. לא ברור איך הענין "מחבל" נכנס לתוך זה?

עו"ד מיליקובסקי:

זה תלוי על פניו אך לא ניתן לשלול את האפשרות שיהיה צורך לשמור את הגופה בידי ישראל.

כבוד השופט נ' הנדל: קיבלתי תשובה, האם יוצא מכך שיש שיקול דעת מוחלט בכל מה שמישהו רוצה לעשות פיגוע, והאם גם אם אתה אומר החריגים, האם זה לא היה נכון יותר, מידתי יותר לאור הקריטריונים. מה שאתם אומרים קודם היו תנאים. עכשיו אין תנאים. אם האיש עשה כך וכך וזה לא חשוב מה, יש את השיקולים. אז השאלה אם מבחינת המידתיות תוכנית כזו מתאימה. אני לא אומר שזו הבעיה היחידה. כרגע, נגיע לנושא העתירה, השאלה אם לא מידתי יותר? בעבר היו קריטריונים בתוך ההחלטות. צריך להיות חמאס או ארוע חריג. נניח שנקבל את

1 האפשרות לשנות את התנאים. גם אם נשנה, יש קריטריונים. כרגע אין את הכל. זה כולל את
2 כולם והשאלה אם זה לא נופל מבחינת המידתיות.

3
4 כבוד השופט י' עמית: אני עוד בשלב לפני כן. לא הבנתי את התכלית. מה התכלית בהרחבה?

5
6 עו"ד מיליקובסקי: אשיב ראשית לשתי השאלות הקונקרטיות. מהשנים 2017-2020 חל היפוך
7 בין החרג לכולל. אם בשנת 2017 הכלל היה שמחזירים, אלא אם יש שני תנאים, הכלל הוא שלא
8 מחזירים אלא אם יש חריגים. מפנה לפסק דין עוויסאת 4274/18. שיהיה ברור הבחינה היא לא
9 פרט אינדיווידואלי לכל מקרה ומקרה. מה באשר לגופת קטין שהיא שונה מגופת מחבל איו"ש
10 שהוא ביצע תפקיד מינורי. כן חייב להיות שיקול דעת אינדיווידואלי פרטני לכל מקרה ומקרה.

11
12 כבוד השופט נ' הנדל: אתה אמר עכשיו אין קריטריונים. אתם לא רק אומרים אנו רוצים
13 קריטריונים שונים. אתם אומרים אנו לא רוצים קריטריונים בכלל. יש הרבה טענות מהצד
14 שכנגד. אני רק רוצה לתפוס את השור בקרניו ואז אשיב לבקשת השופט עמית. למה לא לתפוס
15 זאת כמתאים לקביעת מדיניות?

16
17 עו"ד מיליקובסקי:

18 מדינת ישראל ביקשה דיון חוזר והיא גם ציינה זאת. לא כל יום ניתן ללכת לדיון נוסף. מקרה
19 חקיקה לא מתאים. פתאום יש גופה משוייכת חמאס אך היא גופה שמתאה את מותו.

20
21 כבוד השופט נ' הנדל: זו לא הבעיה. חייתם עם זה. השאלה מדוע עכשיו זה כל כך רחב וכל כך
22 ללא קריטריון.

23
24 עו"ד מיליקובסקי:

25 התשובה ברורה, וספק אם תניח את דעתו של כובדו. יש את מציאות השו"ן. כיום אנו לא במצב
26 של 2017 וככל שיהיה צורך נבקש להציג את הדברים במעמד צד אחד.

27
28 כבוד השופט נ' הנדל: לצורך הצד שכנגד, למה אתה מתכוון במשפט אחד או שניים? כי יש
29 שאלה נוספת מדוע שיניתם את ההחלטה? מה גרם לכם לשנות?

30
31 עו"ד מיליקובסקי:

32 היו מקרים כאלה. אין גופה שנופלת מכוחות הבטחון, ויש להחליט אם היא נופלת או מוחזקת.
33 היא לא מגיעה לעמדת הגורמים הבכירים יותר בשב"כ ומגיעה לשר הבטחון. זו עמדה מובנת
34 מאליה. מישור הדעת המידתי מובן מאליו. כל גופה מופעל לגביה שיקול דעת על ידי שר
35 הביטחון. מגיעות גופות כאלה, בענין כזה, גופת סמרה ואחרים, היועמ"ש אמר לדרג המדיני לפי
36 הקריטריונים דהיום הגופה הזאת צריכה להיות מוחזרת. מה הדרך לעשות זאת? הוא מפעיל
37 דעתו בהנחיית הדרג המדיני. לשם כך התכנס הקבינט והחליט את שהחליט. השבת גופות חללי
38 צה"ל בידי חמאס דירגנו זאת בשני שלבים. א' קידום המו"מ ויכולת להגיע להפקעה. ב' אם

1 בשלב מסויים יופקע שלב זה, סיוע בהטעמת פרטי התמליל, ככל שניתן לתת יותר גופות, אולי
2 אפשר לחסוך בנכסים אחרים.

3
4 כבוד השופט י' עמית: השאלה אם זו לא הסיסמה. לומר הרוח של מו"מ ריחפה מעל הדיון
5 הנוסף. השופטת חיות מזכירה זאת בדעת הרוב, חברי מזכיר זאת בדעת הרוב. אני מזכיר זאת
6 בדעת הרוב. איזה מו"מ ומה הקשר בין מי שכלל לא משויך לחמאס לבין החמאס. עוד לא ידוע
7 לי שארגונים שכל כך אוהבים זה את זה.

8 מה שאתם בעצם אומרים כאן, כל גופת מפגע אתם לא מחזירים, למה?

9
10 כבוד השופט נ' הנדל: זה כפוף לשיקול דעת.

11
12 עו"ד מיליקובסקי:

13 הניסוח פה מאוד זהיר. הבדיקה האינדיווידואלית החלק העיקרי בה המחבל. מפנה לענין גולדין
14 862/17. משפחת גולדין ביקשה ביקורת שיפוטית שמדינת ישראל לא מחזירה בטעות. אחת
15 הגופות שהחזרנו היה ספק לגביה, היא נהרגה במגע עם כוחות הביטחון, אך לא היה בטוח כי
16 מדובר במחבל. אז הגופה הוחזרה. אחר כך קריטריון של פצעו או פגעו.

17
18 כבוד השופט נ' הנדל: אפשר לחשוב שעצם זה שמישהו עשה פיגוע הוא מחבל. אפשר לחשוב
19 שאם הוא הולך אף אחד לא יגע בו גם אם הוא שייך לחמאס. אם אחד מהפצועים הוא מחבל,
20 מה זה מחבל?

21
22 כבוד השופט נ' הנדל: זו שאלה שאותי פחות מטרידה. יודעים מיהו מחבל.

23
24 כבוד השופט נ' הנדל: אני שמח שזה לא מטריד את חברי, אותי זה מטריד.

25
26 עו"ד מיליקובסקי:

27 על פי פרשנות כללית, זו נורמה שהיא החלטת ממשלה שהיא החלטת ממשלה בדרג הבכיר
28 ביותר. יודעים לפרש החלטות ממשלה.

29
30 כבוד השופט נ' הנדל: מה הפירוש?

31
32 עו"ד מיליקובסקי:

33 התשובה השלישית כיצד בוחנים אם משהו הוא מחבל נסביר זאת בדיון החסוי. כבודכם אם
34 יחשוב שזה יוצא בפרפרזה, זה לא הליך ייחודי להחזרת גופות. זה מתעורר בהליכים מנהליים,
35 בבקשות מעצר, בהריסת בתים. מתעוררת השאלה האם אדם זה היה ערב מותו מחבל היא
36 שאלה יום יומית. המצב קשה יותר בהליך זה כי מצד אחד בהגדרה אם הוא בהליך הזה הוא
37 כבר מת ולא ניתן לעשות חקירה של מבצע הפיגוע עצמו, מי שנחשד כמחבל. שנית, אדם לא
38 מחזיק בידיו תעודת חברות עליה הוא משלם דמי חבר, לכן הקושי הוא יותר גדול.

1
2 כבוד השופט נ' הנדל: כפי שידוע לאדוני אנו יושבים הרבה בתיקים מעין אלה. לעיתים מביאים
3 מידע שמי ששייך לארגון חמאס הם מפרטים זאת. אז יש דרך להראות שהוא היה מחבל. ושיוך
4 שלטוני תומך בכך. פה יש לי חוסר קשר בין למשל הדוגמא שנתתי. כלומר אם מישהו שייך
5 לחמאס ואז הוא עושה פעולה כפי שתיארתי בנוגע לנער בן 14, זה הדבר היחיד שאתה מצמצם.
6 בכל זאת אם זה חלק מהקריטריון אני לא צריך לחשוף את הכל. זו שאלה מבחינתי פתוחה.

7
8 עו"ד מיליקובסקי:

9 ראשית, מבלי להרחיק עדותי למקרים אחרים, במקרה זה נרמז מכתבי הטענות שהעותרים
10 חלוקים על עצם היותו של מבצע הארוע הזה מחבל. חברי חולקת על כך שהיה באותו יום ניסיון
11 לדרוס את המשיב. מציג חוות דעת, ממנה עולה כי הוא מחבל.

12
13 כבוד השופט נ' הנדל: אתה מוכיח לגבי שיוך עברייני, לגבי עברו, או לגבי עצם המעשה. הצגת
14 את ה מונח מחבל כדרך לצמצם את הרשימה. אם הדרך לצמצם זאת יכול להיות או השיוך או
15 העבר או המעשה, המעשה כולל גם החזקת נשק קר. עצם זה שעשית את המעשה כאן, הוא רצה
16 לדרוס את השוטרת, אז הוא מחבל. זה לא עוזר לי. זה לא משנה שכתוב מחבל. אם מחבל הוא
17 מי שעשה את המעשה, שיש התייחסות אליו בתוך ההחלטה זה לא מוסיף.

18
19 עו"ד מיליקובסקי:

20 תרחיש הפיגועים בהם הרבה פעמים נופלים כוחות הביטחון הוא לא ירי תלוי עזה. הוא ירי
21 שלעיתים נתפסים במחסום, מנסים לדקור וכן הלאה. מדובר בגל הפיגועים שהחל בשנת 2014-
22 2016 שלא דווקא משויכים פיגועים בחייהם.

23
24 כבוד השופט נ' הנדל: נניח שתאמר לא חמאס, אך אתה מדבר על תנאי ללא כל קשר.
25 אדוני יתייחס לגופה מושא הבקשה.

26
27 עו"ד מיליקובסקי:

28 הביקורת השיפוטית על המחבל המסוים הזה האם הוא עונה לתנאים שהוגדרו הוא לא ידווחו
29 למקרה. מדובר במה שנעשה פה בהליכים ביטחוניים כדבר של יום ביומו.

30
31 כבוד השופט נ' הנדל: יש גם טענה לגבי הסמכות, כפי שאדוני יודע, ויש להתייחס לענין
32 הרטרואקטיבי. אלה שתי הטענות שעומדות על השולחן.

33
34 עו"ד מיליקובסקי:

35 למרות המצג שניסו חבריי להציג, כאילו המדינה עומדת על תלם שלא נחרש בעליאן. רוב
36 האלמנטים הם ביקורת שיפוטית. הוכרעו אז. עם כל הכבוד אנו בדלתא יחסית מינורית מבלי
37 להקל ראש. סמוכת הרשת ולקבוע אתה קבועה מכוח תקנה 23 לא השתנתה. היא עמדה בבסיס
38 ההחלטה משנת 2017 וגם בבסיסי ההנחיה הנוכחית. אף אפשר להגדיל ו לומר כי היתה סמכות

1 מאז ימים ימימה והמדינה כבר עשתה בה שימוש. שאלת התכלית לא שונה. ביתה משפט הכריע
2 בסמכות אך הוא הכריע בקידום מו"מ על גופות ועל העברתם ארצה. השאיפה שתכלית זו תושג
3 ברבותה ימים.

4 השאלה אם ניתן להעביר גופות. כי 2 מתוך 4 הגופות אושר. מדובר בפיגוע בה נהרגו 4 ילדים.
5 ומי שרצח את הלל במיטתה הן לא גופות משויכות חמאס. במישור המידתיות היום לא עומדת
6 להכרעה עצם האיזון המשפחתי בענין כבוד המת. כל גופה עולה השאלה איך קוברים אותה?
7 הדברים הללו נשארו אז כהיום לא השתנו. המדינה קיבלה החלטה על פי פסיקת בית המשפט
8 הנכבד.

9
10 כבוד השופט נ' הנדל: אתה צודק שיש אפשרות אחרת. מסלול נוסף בהיות המחבל שייך לחמאס
11 וכך שמדובר בארוע גדול. ברגע שהשענו את ההחלטה הקודמת, זה מאפשר אירועים חליפיים.
12 יכול להיות שזה לא בהכרח מוות, אלא גם פציעה ויכול להיות שזו גם לא פציעה. נניח שמדובר
13 במחבל, שמוסכם שהוא מחבל, מעצם זה שהוא מחזיק נשק קר או חס. אז עולה השאלה שזו
14 הרחבה וההרכב שן בענין דן במלול אחר. לא באת זה אומר שניתן לשלול את ההרחבה. מאחר
15 וכל שפטי הרוב התערבות בכל ענן של מידתיות, זה לא אומר שכל מבחן שתבע עומד בענין
16 המידתיות. אני פה לא מדבר על נער בן 16 אלא על מישהו מבוגר יותר. האם הוא ביצע אם הוא
17 נגע באף אחד אחר. מספיק שהוא מחזיק ומכבד.

18
19 עו"ד זהר: התכלית היא לא עונשית וגם לא הרתעתי. נניח שיש גורם שלוחץ על חמאס להשיג
20 את הגופה. עדיין היא תהיה גופה הרבה יותר משמעותית מניח מחבל שביצע מעשה חמור יותר,
21 אך לא ניתן להניח שהוא יעניין את חמאס. הדברים צריכים להתגבר בפרשנותה.

22
23 כבוד השופט נ' הנדל: אם יש למישהו זיקה מיוחדת, אפשר לקבל זאת. אם נקבל שזו מטר
24 הלגיטימית לנהל את המו"מ, צריך שתהיה זיכה לכך.

25
26 כבוד השופט י' עמית: להפך, מה שאמר אדוני נכנס לעתירה הקודמת.
27 לצורך זה לא היה צריך לקבל החלטת קבינט שונה לחלוטין. החלטת הקבינט, כפי שחברי אומר
28 היא לא הצבת השולחנות ולא לעשות כלום.

29
30 עו"ד מיליקובסקי:

31 המדינה היתה במצב שאמרנו מה אלה גופות בעלי הקשר מיוחד? גופות עם אותה סמליות להם
32 ארגוני הטרור עשויים להקנות חשיבות מיוחדת בגיבוש מתווה לעסקת שון. זה רף גבוה יחסית.
33 המדינה על בסיס מצג זה שבית המשפט הנכבד אישר, ניגשת בכל מקרה ומקרה למתאם שון,
34 ושואלת האם הרף הוצג. אני למשל יודע להסביר את המלים שלח שבות מיוחדת.

35 אם זה המצג שהמדינה נתנה, מה היא תעשה? כיון שזה לא שינוי חוק והיא לא צריכה לפנות
36 לכנסת היא משנה את החוק. המדינה עשתה בו שימוש אחר. כולם היו מסורבי חמאס. הגורמים
37 המשפטיים אומרים לשר המשפטים, שאתה צריך להחזיק תרופות נוספות? אני לא יודע לספק
38 זאת בחשיבות מיוחדת. אך אם לא תסווגו א זה כך זה יהיה אחרת.

1
2 העובדה שכל גופה נדרשת למו"מ, אך כמובן יש סעיף חריגים, מפנה לענין קרני 921/20 .
3 לאחר שאמרנו שדבר לא השתנה. המדינה נתנה כוח בענין הסמכות, בענין התכלית בענין כבוד
4 המת ומשפחתו. מה בכל זאת השתנה? קשת המקרים בהם ניתן לעשות גופות הורחבה. מקרים
5 שלא נכנסו בהחלטת המדיניות הקודמת, כן ניתן להדחק בהם יותר. כל זאת למרות הקשיים לא
6 מביאה לפסלות ההחלטה. מדוע: במסגרת האיזון החוקתי יש לבדוק את תוספת התועלת
7 הבטחונית כתוצאה מעוד גופות. השאלה אם זה יעזור. בין היתר פגיעה בכבוד המת היא פגיעה
8 של נגזרת של הזכות. לא בלב הזכות כפי שצינו כבוד השופטים הלר ועמית.

9
10 כבוד השופט נ' הנדל: זה לא מה שכתוב. ההפך. הבאתי גם משפט עברי. גם לגבי גויים שהם
11 בסכסוך משפחה. זה פשוט קשור אליו ולא רק למשפחה שלו.

12
13 עו"ד מיליקובסקי:

14 ההחלטה הזאת מביאה לתוספת של תוספת פגיעה בכבוד המת ומשפחתו. העובדה שבית שמפט
15 שמך ידיו על המדיניות המצומצמת והמוגבלת שהוצגה בפניו אז לא שוללת את המדיניות הזו.
16 שנית לא יצאה החלטה שזה בקצה המידתיות ואי אפשר לזוז הצידה ממנו. לעולם החינה של
17 ההוצאות היא תלוויה. נשווה בדעתנו את אופן המצב הקיים. אני לא פסיכולוג ולא יכול
18 החלודות בל כך.

19 אז ברור שהתועלת הביטחונית בהגשת הגופה רבה מאוד ותעפיל על תוספת הפגיעה בכבוד המת
20 ומשפחתו. יש להבין מהי תוספת תועלת הבחינה הדיונית. אם לא היה מו"מ ולא היה חוק
21 שמאפשר זאת לא היה ניתן לעשות שימוש בתקנה 123. לעולם הדברים תלויים נסיבות.
22 גם לגופות מחבלים שאינן משויכות חמאס ואינן בעלות הקשר מיוחד, יש ערך לקידום הדבר.
23 נוכל להציג אתה דברים במ עמד צד אחד. בית המשפט יוכל לקבל הבהרות. אך זו העמדה
24 המקורית עליה נסמך הדרג המדיני בהחלטתו.
25 יש להתייחס גם לעמדת היועמ"ש.

26
27 כבוד השופט נ' הנדל: אפשר לבקש ממנו לעמוד בדרישות שלו, אך הוא לא יעשה זאת.

28
29 עו"ד מיליקובסקי:

30 עמדו 4 עמדות. עמדת שב"כ, עמדת שו"ן ועמדת היועמ"ש. אנו פונים בענין המידתיות
31 והסבירות. מבחינת היועמ"ש לא מדובר בבקשות פרטיות והוא מבקש לא לעמוד עליהן. עמדנו
32 על כך בסעיף 48. בית המשפט הנכבד סמך ידיו על החלטת קבינט מוגדרת מצומצמת. הרחבת
33 קשת המקרים למעט חריגים כרוכה בתופסת נזק, ויש לבחון האם התועלת הציבורית עולה על
34 נזק זה.

35 ההיבט השני, שהוא פחות מהותי מבחינת היועמ"ש ופחות מרכזי, כפי שצינו בפני הקבינט
36 עמדו דעות שונות ואף נוקדות. יש מחלוקות בענין זה.

כבוד השופט נ' הנדל : תציג את השאלה.

עו"ד מיליקובסקי :

היו שלוש עמדות מקצועיות. זו הרי סמכות מאוד מצומצם. הדרג המדיני קובע אילו תמורות מקבלים ועד לאן מדינת ישראל מוכנה ללכת? שיקול הדעת הוא בפני הדרג המדיני. כל שלושת הגורמים פרשו את המידע. אם הדרישות לא עונות לחמאס, יש תועלת שהוא מבקש שהמדינה תעשה בה שימוש. עמדות מתאם שו"ן ושב"כ הציגו עמדות שונות בהיבטים מסוימים. יש פה ניואנסים ויש בכיר של השב"כ וגם את מתאם שון בעצמו. עמדות אלה הוצגו בפני היועמ"ש. השאלה אם ניתן משקל מתאים לכל עמדה ועמדה. השאלה עד כמה זה יכול לסייע בקידום מו"מ. היועמ"ש בסופו של דבר סמך ידיו על הכרעת דרג הקבינט.

כבוד השופט נ' הנדל : אני מבין ששני הגורמים המכובדים האחרים הסתייגו מהעמדה.

עו"ד מיליקובסקי :

מפאת רגישות הענין, ומהאופן בו שני הגורמים האחרים צריכים לפעול מול צדדיים שלישיים, נבקש לומר זאת במעמד צד אח.

כבוד השופט נ' הנדל : אני שואל לגבי המחלוקת.

עו"ד מיליקובסקי :

העמדה שהוצגה ב-2017 מתארת את עצם הערכיות של החזקת גופות מחבלים, בוודאי סומכים. לגבי הדלתא, אושרו דעות שונות ואף נוגדות. זה לא חלילה וחס יישמע ששב"כ ומתאם שון חוזרים בהם. יש ניואנסים. גם הבינו מקבל שתי עמדות ובסוף הוא צריך להכריע באחת מהן.

כבוד השופט נ' הנדל : אז מה באמת הפריע ליועמ"ש?

במבחן השלישי של המידתיות יש שאלה מה גובר על מה?

עו"ד מיליקובסקי : היועץ סמך ידיו על דעה שמאשרת את עצם החזקת הגופות עם דם על הידיים. האיזון יותר קשה כי אנו עוסקים בדלתא. היועץ מבקש שלא תהיה התערבות. כל גומרים ביקשו להגיע עד אותם קריטריונים יותר קל ליועץ. עצם המחלוקת יותר קל. האם בסופו של דבר היועמ"ש רואה בכך עמדה משפטית? חד וחלק לא. היועץ גם סבור שהמקור לביקורת השיפוטית צריך להיות בקיום החריגים.

כבוד השופט ד' מינץ :

רק כדי להבהיר, אמרת שהיו שלוש עמדות? האם העמדה השלישית היא של השב"כ?

עו"ד מיליקובסקי :

זו עמדת הרמטכ"ל. הדברים באמת יכולים להיות יותר ברורים לכבודכם.

1
2 כבוד השופט נ' הנדל: אני הבנתי שיש דעות שונות ואף מנוגדות ויש שוני מסוים או שוני
3 בניואנס בין שני הגורמים האחרים. כך הבנתי ממה שאמרת עכשיו? יש טענה שהגופה מוחזקת
4 מתאריך אחד.

5
6 עו"ד מיליקובסקי:

7 אין הכרעה שיפוטית. החלטת הקבינט הקודמת או הנוכחי, נטענו הטענות, המדינה השיבה. כלה
8 מקרה לא הגיעו להכרעה שיפוטית. אך מדובר פה על שאלת התחולה של החלטה מנהלת. אמנם
9 הקבינט המדיני ביטחוני, אך בסופו של דבר ביתה משפט הנכבד מתמודד עם השאלה הזאת
10 בפסק דין ארביב.

11 כדי לשאול מהי תחולת הזמן, יש לשאול כנגד אי החלה לאחור שצריכה להיות מבוססת על
12 איזה אינטרס. האם מחבל שקם בבוקר ומחליט לבצע פיגוע, האם זה יהיה בערב השו"ן? אז
13 נכנס ביצע את ביצוע הדריסה. המדינה בוחנת זאת ואז היא החליטה בין אם לפי צרכי השו"ן
14 לשנות אתה החלטה, איזו זכות קנויה יש למבצע הפיגוע שהוא הלך וביצע את הפיגוע על סמך
15 שיובחנו אותן שתי גופות. אם הדרישה נדרשת היא נדרשת. אחרת היא צריכה להיות מוחזרת.
16 לוקחים כמה ימים, יש לבדוק שיוך חמאס והקשר מיוחד. זה ממילא דבר שלוקח סדר גודל של
17 חודשים רבים. אז יש חוסר צדק במו"מ. האם בשל כך הגופה הזאת תצטרך להיות מוחזרת?
18 בוודאי שלא.

19
20 כבוד השופט י' עמית: אפשר להסתכל על כך מזווית של אדוני, שאני מסכים שלא קיימת. אנחנו
21 יודעים שבכל מיני ענפים של המשפט אנו נותנים לעיתים משקל למשהו שאנו יכולים להכשיר
22 בדיעבד, למשהו שנעשה שלא כדין. נניח בתחום דיני המעצרים, אם יש מישהו שהוא עצור שלא
23 כדין כמה ימים, זו לא עילה לשחררו, אך זה נלקח במסגרת השיקולים. לדוגמא.

24
25 כבוד השופט נ' הנדל: אגב, הוא נפטר ביום 23/06 והחלטת הקבינט התקבלה ב-02/09.

26
27 עו"ד מיליקובסקי:

28 מרגע שהודענו לבית המשפט המצב הוא אחר.

29
30 כבוד השופט נ' הנדל: אדוני בחר בטווח של שבוע. אז מחליטים ביום 28/06 מחליטים מהר. פה
31 אפשר לומר שחודשיים וחצי זו תקופת זמן ארוכה יותר. הוא מציג פסיקה שלפי התאריך לא
32 יכולתם, אז הייתם צריכים לשחררו. זה בהיבט האחר של הקושי.

33
34 עו"ד מיליקובסקי:

35 קשה לטעון לאינטרס הסתכמות במקרה זה. יש קושי להוציא צו קבורה. במקרים כאלה הרבה
36 פעמים משפחות המחבלים מבקשות לא להוציא מיד צו קבורה ולא לקבור, אלא שראשית תהיה
37 ביקורת שיפוטית. אז יש תקופה מסוימת שנקרא לה סמכות עזר, למרות שאני לא בטוח
38 שהביטוי הזה מתאים, האם מדינת ישראל צריכה להחזיק את הגופה בהתאם לפרמטרים

1 המדיניים. זה לוקח זמן. יש לעשות סבב עמדות שעולה לדרג המדיני. יש לשאול האם חלוף
 2 הזמן נכון שתיקח ימים, שבועות או חודשיים וחצי כמו במקרה זה. אנו לא סבורים שבמקרה
 3 שלה מעצרים זה צריך להביא לעיון, אך זו בפירוש שאלה שצריכה להישאל. במקרה זה לקח
 4 ימים או שבועות להחליט שהיא לא נכנסת להחלטת הקבינט הראשונה. לאחר מכן, הדבר עלה
 5 לדרג המדיני. זו החלטה מדינית פראקסלנס. הדרג המדיני לא רוצה להיכנס לשאלה מה לתת או
 6 לקחת. הוא פועל מטעם הדרג המדיני. לקח זמן ששר הביטחון, זו תקופה מרובת משימות, לקח
 7 זמן עד שהוא החליט, הציגו לי עמדה שלא ניתן להחזיק מכוח ההחלטה המדינית. אניס בור
 8 שאני רוצה לשנות את החלטת הקבינט המדיני. יש מגעים בין הגורמים. כל זאת שיקפנו. דיון
 9 ראשון היה צריך להיות עד סוף יולי. שר הביטחון הוא זה ששיקול דעתו מופעל כאן. זה חלק
 10 מהפעלת שיקול הדעת. הגיעו הדברים לידי כך שרק ביום 02/09 עלה בידי הקבינט לשחרר זאת.
 11 המועד שנקבע בסוף התנגש עם איחוד האמירויות.

12
 13 כבוד השופט נ' הנדל: זה שהמשפחה ביקשה לעכב את צו הקבורה האם זה רלבנטי?

14
 15 כבוד השופט ד' מינץ:

16 האם יש משקל למעבר זמן? כלומר אדוני אומר זה היה במקרה הטוב חודשיים וחצי. נניח שזה
 17 היה לוקח שנה. יש לכך משקל?

18
 19 עו"ד מיליקובסקי: יש משקל לכמה זמן מוחזקת גופה. את ענין חלוף הזמן יש לקחת בנסיבות
 20 הענין במובן הבא. בעסקאות שבויים ונעדרים אי אפשר להיות עם אקדח לרכה. לא יהיה את
 21 הכלי לקבוע את התמליל שיוחזר במסגרת העסקה. הזכרנו איך הדברים עובדים בעסקאות שון.
 22 נניח נחתם ההסכם בין, אני מקצין לצורך הענין, אולי לצורך האנקדוטה, נחתם הסכם בין
 23 הנשיא טרמפ לצפון קוריאנה ואחד התנאים היה החזרת גופות מחבלים לפני עשורים רבים. אם
 24 צד אחד היה מחזיר את הגופות הללו לא יכלו לעמוד לרשותו. יש משמעות לחלוף הזמן.
 25 בהחלט. מכאן נגזר שיש לבחון את הדברים מעת לעת. אך זה צריך להילקח בחשבון. אנו עכשיו
 26 ממועד נפילתם של חללי צהל שבידי חמאס. אף מעט מכך. התקופה שגלעד שליט היה בשבי עד
 27 שהושגה פריצת דרך היו 5 שנים. זה שונה בציר הזמן. התשובה היא שזה כן נלקח בחשבון.
 28 החקירה האם מדובר בפיגוע או בדריסה תמימה היא חקירה של גורמי הבטחון ולא קוראת על
 29 הסעד המבוקש פה. מדובר בפיגוע במסגרתו עלה בידי השוטר לפגוע באמצעות דריסה ברכב. בין
 30 היתר באופן גלוי ניתן להתייחס לצוואת המחבל. ניתן להתייחס לכך שיש בידי גורמי הבטחון
 31 צילום וידאו של הארוע. ככל שהענין הזה במחלוקת. כלומר האם הוא נכנס לתנאי הסף
 32 בהחלטת הקבינט הוא דבר שאפשר להציגו, מעבר לכך יש לנו חוות דעת של גורמי הבטחון שאנו
 33 מבקשים להציג במעמד צד אחד.

34
 35 כבוד השופט נ' הנדל: מה שאדוני טוען שזה נכנס לתוך ההחלטה החדשה. המקרה הזה. הגם
 36 שיש סמכות / שיקול דעת בנושא. אתה חושב שזה מקרה שיש למנוע את קבורתו בבדיקה
 37 הפרטנית? מה יש במעשה שמטה את הכף לכיוון אי החזרת גופתו לעומת האפשרות האחרת?

38

עו"ד מיליקובסקי :

בא הרמטכ"ל ואומר אני סבור שגם גופות אחרות ואני מצטט מתוך החלטת הקבינט אם אנשים רצחו או פצעו אדם גם הוא מקיים את התועלת הביטחונית. בודק המפקד האם אחד מהקריטריונים האלה מתקיים, הוא פצע אדם. נפצעה פה שוטר מג"ב. מאותו רגע הדרג המדיני גם סמך ידיו על כך. אם מדובר בתאונת דרכים תמימה, והאם הוא פצע אדם. כל זאת ניתן להציג במסגרת חוות דעת שב"כ שתוצג במעמד צד אחד. ככל שיהיה צריך נביא את תיעוד הפיגוע.

כבוד השופט נ' הנדל: אני מסכם זאת, שזה לא היה סוג של תאונת דרכים או רשלנות, אלא פעולה מכוונת לפגוע בה. על סמך זה אתה מסיק שהוא מחבל. מניעת העברת גופתו תתרום למו"מ?

עו"ד מיליקובסקי :

אכן.

כבוד השופט נ' הנדל: מה הנזק שנגרם לשוטר?

עו"ד מיליקובסקי :

נמסר לי שהיא נפצעה קל.

כבוד השופט נ' הנדל: איזה משקל אתה נותן לכך?

עו"ד מיליקובסקי :

בדיוק שאלת המשקל היום בדיונים שהובאו גם לפתחו של היועמ"ש במקרה שנקרא בג"ץ עוויסאת 4274/18 ומעשה שהיה כך היה, כבוד השופט מינץ אם אני זוכר גם כבודו היה בתיק של גופת האסיר, ביחד עם כבודה שופטים ברק ארז ומזוז. הסיפור שם הוא כך: מוחזקת גופת מחבל שגם מורשע במזרח מחבל מזרח ירושלמי שהורשע בדין פלילי בערעור בפני ביתה משפט הנכבד לאחר שביצע מעשים חמורים ביותר של פיצוץ בלוני גז. לעמדת המדינה הוא משויך חמאס. הוא מצא את מותו בהיותו בכלא הישראלי בשנת 2008 לאחר החלטת הקבינט וגם שם נטענה טענת הרטרואקטיביות. הוא ביצע את המעשים עוד לפני 2018. זו טענה קצת שונה. העלו שופטי ההרכב שאלה כמו שיש לתת במישור המידתיות להיותו אסיר ערב מותו. או לדברים אחרים שאפשר לחשוב עליהם, קריטריונים אחרים שנשקלים במידתיות, קופת קטין וכו'. שאלת המשקל, שאינה שונה במידתיות, יש לאזן אותה מול היותו משויך חמאס, מול התועלת הבטחונית.

כבוד השופט ד' מינץ :

השאלה שם היא קשר סיבתי בין המוות שלו לבין המקרה. זה שונה מאשר כאן?

עו"ד מיליקובסקי :

עלתה שם שאלה, נניח מחבל נפצע קשה והיה במשמורת חמאס ומת בהיותו בכלא, עדיין מחובת
מדינת ישראל לאסירים, זה נשקל במישור המידתיות.

אם צריך לחדד את סוגיית המידתיות, מהו המשקל שניתן להיותו קטין, או למידת הפגיעה, היא
נדונה בתכלית ההרתעתית של 2019. האם רק מחבלים שרצחו ניתן להחזיק. ככל שיידרש אבקש
להשלים את הטיעון בכלב. בהמשך החודש אנו צריכים להגיש תגובה על תנאי.

כבוד השופט נ' הנדל: האם לפי מה שאתה אמר גיבוש העמדה יכול להשפיע?

עו"ד מיליקובסקי :

מאז התקבלה החלטת הקבינט הזאת, מושא התאריך 2.9 כבר יש 5-6 מקרים שהתקבלו בהם
החלטות מכוח החלטת הקבינט החדשה. רק מה? המקרה נוכחי של תקופת עריקאת עומד
לביקורת שיפוטית.

כבוד השופט נ' הנדל: רצינו לתת לתיק הזה קדימות בשל המצב.

עו"ד מיליקובסקי :

יש עוד מקרה של גופת המחבל סמארה שקבוע להמשך החודש. יש גופה נוספת 6535/20 זעורה
שקבועה יש מקרה נוסף. בכל התיקים הללו שלא הגיעו לתשובה סופית, הדברים הללו נלקחים
בחשבון.

כבוד השופט נ' הנדל: האם אפשר לנוכח גיבוש העמדה שזה ישפיע על גיבוש העמדה שלכם כאן?

עו"ד מיליקובסקי :

בגופה הספציפית הזאת, זה לא נגמר בהרוגים, הכל נשקל וזו ההחלטה של הדרג המדיני וכך
הונחה המפקד הצבאי, לאחר שכל השיקולים היו לנגד עיניו. בתיק נוסף שם מחבלת נשאה
סכין, זה לא נגמר.

כבוד השופט נ' הנדל: יש שיאמרו שלא משנה אם מישהו נפצע או לא. יכול להיות שיאמרו
שמישהו נפצע. מדוע אין לשקול את הענין מחדש עם הקריטריון החדש? עדיין ניתן לשנות זאת.
זה לא הגיוני שרק בשל המקרה הראשון, שאם תקבע עמד מיטבה עם עמדת העותר, אז אני
כשלעצמי לא רואה מדוע לא לשקול זאת? אחרת לשם מה לדחות?

עו"ד מיליקובסקי: אענה בשני היבטים.

כבוד השופט נ' הנדל: פה יש היבטים נוספים. פה יש פתיחות מסוימת. אנו גם הגענו לאותה
תוצאה אף על פי כן.

1 כן נשאלת שאלה בהיבט הקבלה הסופית. השיקול הביא בענין קעבנה להחלטה סופית להחזיר
2 את הגופה. בענין עריקאת נקבע לאחר ששמענו את הערות כבודכם והוחלט שזה לא משנה. כל
3 הסוגיה הרחבה יותר, לא השאלה אם זה נגמר בפציעה, איך צריך להתבצע האיזון, היא שאלה
4 שמונחת בפני הגורמים המטפלים.

5
6 כבוד השופט נ' הנדל: לכן, את ההחלטה השניה אסור לפתוח.

7
8 עו"ד מיליקובסקי: אנסה לדיוק. האם במסגרת כלל המאפיינים של הפיגוע הזה, עלתה בפני כלל
9 הגורמים שאלה, בהינתן שהחלטת הקבינט מאושרת, האם זה בלתי סביר להכניס זאת למישור
10 החריגים, האם שאלה זו נבחנת? היא נבחנת בתיק אחר או במספר תיקים אחרים.

11
12 כבוד השופט נ' הנדל: לכן, יכול להיות שיש לשקול זאת מחדש. מנהלי זה סביר ונכון. אחרת
13 יטענו זאת. לא מדובר בשנים. אם שוקלים מחדש ועדיין לא ניתן פסק דין, עדיין ניתן לשקול
14 זאת.

15
16 עו"ד מיליקובסקי:
17 השאלה של הפרמטרים של כניסה למתחם החדשים נבחנת על רקע אותו בג"ץ עוויסאת. כן.
18 נעשית בחינה בענין הזה. האם הדרג המדיני מכוחו המפקד הצבאי ראה אפשרות כזו? לא.

19
20 כבוד השופט נ' הנדל: נראה לי שאז יש לשקול האם זה משפיע או לא.
21 אני רק אומר שיהיה סוג של עקביות. אין בעמדה זו פניה שתשנו את ההחלטה. אני רק אומר אם
22 תקבעו קריטריון.

23
24 עו"ד מיליקובסקי:
25 עמדת המדינה לעולם לא נעולה. ככל שהמדינה הפעילה את שיקול דעתה עד כה, המדניות היא
26 סופית.

27
28 כבוד השופט נ' הנדל: אין לי טענה, רק פתיחות.

29
30 עו"ד מיליקובסקי:
31 הוחלט שקעבנה כן צריכה להיכנס לסעיף החריגים.

32
33 כבוד השופט נ' הנדל: אם הוא לא היה פוגע בה?

34
35 עו"ד מיליקובסקי:
36 זה תכלית עונש. זו לא תכלית הרתעתית. יש מקרה שעומד בפני בית המשפט הנכבד. עוד לא
37 הגיעה עד כה מועד ההגשה. מה שנמסר לנו שכרגע באותו אירוע על אף שהוא נגמר ללא פצועים

1 הוחלט להחזיק. מעבר לכך בענין קעבנה 962/20 שם המחבלת רק ניסתה לפגוע הגופה הוחזרה.
2 זה מאוד תלוי נסיבות.

3
4 כבוד השופט ד' מינץ :

5 עמדת הקורבן במקרה זה נשקל או לא נשקל?

6
7 עו"ד מיליקובסקי :

8 זה אחד הדברים שעמדו לנגד עיניו של הצוות. הונחו על שולחנו.

9
10 כבוד השופט נ' הנדל : האם פעם עכבתם החזרת גופה במקרה של תוצאה קטלנית?

11
12 עו"ד מיליקובסקי :

13 מחבל ביצע מעשה מאוד מינורי וידוע שלמשפחתו יש אפשרות להפעיל לחץ ולבקש את הגופה,
14 מחבל זה יהיה יותר ערכי ממחבל שביצע מעשה חמור ולא שייך לחמאס.

15 לענין היקף ההתערבות, סוגיית היקף ההתערבות פה כפולה. מצד אחד זו התערבות מבוקשת
16 בהחלטת קבינט גם אם לא הסעד הבכיר ביותר שהובאה לפתחו לאחר שהוא שמע את כלל
17 העובדות והכריע ביניהם. מעבר לכך מבוקשת כאן התערבות בשיקול של הגורם הרם דרג ביותר.
18 זה היקף התערבות מצומם. מעבר לכך ניסינו לעשות כמיטבנו. מעבר לכך יש חומר חסוי כתוב
19 וחומר חסוי בע"פ אותו נרצה להציג.

20
21 כבוד השופט נ' הנדל : נצא להתייעצות.

22
23 לאחר הפסקה ;

24
25 עו"ד סאוסן : אני אטען ועו"ד ג'בארין ישלים.

26
27 כבוד השופט נ' הנדל : אנו לא רוצים לשמוע טיעון כפול. אנו מכירים את החלוקה ביניכם.

28
29 עו"ד סאוסן : אחדד טיעונים שעלו בעתירה המתוקנת וגם בכתב הערעור.

30 הטיעון שלנו ברור, בגינו קיבלנו צו על תנאי. אשיב למכלול התשובות שחברי עו"ד מיליקובסקי
31 טען. לא רק במישור המשפטי יש חוסר וודאות, אלא גם במישור העובדתי. התשתית העובדתית
32 היה בה הרבה זיג זג מבחינת המדינה שהובילה גם לזיג זג בתשתית המשפטית. אסביר.

33 אתחיל במנוח, בנו של העותר. זה לא במקרה שלא פרטנו את נסיבות הארוע. המשפחה כפי
34 שצינו בעתירה המתוקנת שדובר על תצהיר מטעם האב, היא לא היתה מודעת למאומה ממה
35 שהבן התכוון או לא התכוון. הם לא מודעים לנסיבות. מבחינתם אין ולא היה כל שיוך לארגון
36 חמאס. זה היה מגובה בהגשת העתירה המקורית. כל שידוע למשפחה שהעותר נורה בגב כשיצא
37 מהרכב בשל אותו סרטון שראה. וכל שידוע שלא הבן ולא ה משפחה אין להם שיוך לאף ארגון
38 כלשהו. עובדה שבית האבלים שפתחה המשפחה וגם התהלכות שהם עשו וכל נסיון אחר לנסות

1 גם להיות בקשר טלפוני דרך נציג המשפחה עם נציגי המפקד הצבאי היו אך ורק דרך המשפחה
 2 ונציגות של המשפחה. בית האבלים היה פרטי ולא היה שום קשר. אני יכולה להביא צילום
 3 מבית האבלים, שאף המשפחה נוהגת, אם האדם משויך לחמאס הארגון מוציא הודעת אבל.
 4 במקרה זה פורסם הפוך. אנחנו יודעים מה העובדות. אנו דנים האם הוא ענה לקריטריונים או
 5 לא ענה. למזלנו בהקשר הספציפי הזה הוא לא ענה והמדינה לא הביאה כל ספק לגבי המעורבות
 6 שלו בארוע זה או אחר.
 7 למה עמדת המדינה ושיוכו לחמאס כל פעם מחדש חשובה? כי אם היה סיכון לתוספת תועלת
 8 בטחונית כלשהי, כפי שעכשיו אומרים, שזה שנוי חזית מבחינתנו, הם יכלו להעלות את הספק
 9 הזה בהימצאותו של תוספת כלשהי.
 10
 11 כבוד השופט י' עמית: המדינה הגיעה למסקנה, כך היא אומרת שהיא זקוקה לעוד גופות.
 12 המדינה רוצה לצבור גופות. אני אומר זאת בכוונה בצורה בוטה, בלי קשר לשיוך הארגוני. למה?
 13 יבוא יום והחמאס ירצה להראות הישג אז הוא יציג 100 גופות. לכן המדינה צוברת גופות. אנו
 14 רוצים כמות גדולה יותר, אולי כך אני מבין אתה דברים, אולי אבין אחרת.
 15
 16 עו"ד סאוסן: השאלה אם היא יכולה לעשות זאת? ולכן אנו כאן. האם זו תכלית ראויה? האם
 17 היא מידתית. זה נקבע בחוק ובהלכה ולכן אנו כאן. המדינה יכולה לומר שהיא רוצה גם גופות
 18 אזרחים. השאלה אם זה יעבור את מבחן בג"ץ ואני רוצה לשכנע שזה לא עובר את מבחן בג"ץ.
 19 בג"ץ יסטה מההלכה שהוא בעצמו קבע. אני רוצה להמשיך להתייחס לשנויים העובדתיים.
 20 החלטת הקבינט היא בעצם הציבה תנאים, לא רוצה לחזור, כולנו יודעים בע"פ מה שתי
 21 החלטות אלה אמרות? החלטה זו ניתנה על סמך חוות דעת מזוז משנת 2004. היועמ"ש בעצם גם
 22 הוא זיגוג בעמדות שלו. היום אנו במצב שהיועמ"ש בדיון שהיה ביום 25/08 לאחר כתב
 23 התשובה, היתה עמדה מטעם היועמ"ש שבעצם יש הצדקה לצו מוחלט אך בואו נראה מה
 24 החלטת הקבינט החדשה. זו החלטה שבית המשפט הנכבד נתן את ההחלטה בלב מלא, כפי שאף
 25 נכתב. היום בתצהיר התשובה לעתירה המתוקנת, היועמ"ש לא שינה דעה, כלומר הוא לא חורג
 26 ולא סוטה מהחלטת מזוז משנת 2004 שאומרת לא מחזיקים בגופות באופן ערטילאי. זה מלשון
 27 החלטת מזוז. היום מנדלבליט אומר יש עדיין קשיים משפטיים, אך לגבי הגופה הספציפית אתיר
 28 את ההחזרה. כלומר החלטת מזוז עדיין אל שונתה. מה ששונה זה רק החלטת הקבינט משנת
 29 2019 ל-2020 ומנדלבליט עד היום לא זיקק אותה ולא ביטל אותה.
 30 עד היום אנחנו כבר 3 דיונים עם עתירה מתוקנת תצהיר תשובה ואנו עוד לומדים דברים
 31 חדשים. איך זה שקיבלו את ההחלטה משנת 2020. אני מודעת לעובדה שאין לנו גישה לחומר
 32 זה. עדיין להבין את הנקודות הללו גם ברמה הכללית, והתשתית משליכה על הגורפות. עד היום
 33 אנו למדים שעמדת היועמ"ש היתה במובן הצר.
 34 עד היום אנו יודעים שניתן לשקול מחדש לפי הענין האם פציעת החיילת היתה קלה או לא קלה,
 35 ולאור הערות בית המשפט אולי נשקול, אולי נבדוק. כלומר יש דברים שהם בגדר חוסר וודאות
 36 שמחייבים התערבות בית המשפט בהקשר זה.
 37 השאלה הכי חשובה כאן, היא האם יש הסמכה. האם הם יכולים להחזיק כל גופה. אנו סבורים
 38 שלא. גם בית המשפט סבור שלא. אמנם יש לנו הסמכה בדנג"ץ גם השופט הנדל והשופט מזוז

1 היו בדעת רוב. מעולם לא אמרו שניתן להחזיק כל גופה. מעולם לא אמרו שהחלטה מדינית יש
2 בה להשפיע על הוראות החוק.

3 הטיעון הדומיננטי היה בהקשר להחלטת 2017. כלומר אנחנו מחזיקים מי שהיה משויך עם
4 חמאס. לראיה, יש לי עותקים כאן ומטעמי נוחיות אני מבקשת להחזיר לכבודכם. זו השלמת
5 טיעון מטעם העותרים מיוני 2018. הבאנו את הציטוט לכך בעיקרי הטיעון בעמ' 3.

קלדנית: גלית

9 עו"ד סאוסן: הפסקה הזאת היא פסקה 38 בעמ' 14 להשלמת הטיעון מטעם המשיבים. הם
10 מבקשים להפנות את בית המשפט, בדונו עם הסמכות בשילוב התכלית, אי אפשר להפריד
11 ביניהם במקרה זה והם אומרים במפורש (מצטטת), "בשיוך חמאס" הודגשה במקור ולא על
12 דינו. גם כשהתייחסו לתנאי השני בהחלטת 2017 למקרים החריגים, אמרו: נכון שהיתה מטרה
13 אך הכל עדיין צריך להיבחן בהקשר של אותה תכלית שהיא מו"מ עם חמאס. שיוך לחמאס היה
14 דומיננטי ולאור התכלית שהמדינה ביקשה להתמקד בה, בית המשפט נתן את הקביעה שהוא
15 נתן. זה גם עולה מקביעותיהם של יתר שופטי הרוב. כבוד הנשיאה אי חיות בפסקה 29 אומרת
16 במפורש, הבאתי את זה בעתירה המתוקנת (מצטטת).

17 זה מה שטענו בעיקרי הטיעון, גם אם בית המשפט בחן את לשון תקנה 133 ונתן קביעה, בחינת
18 ההסמכה לפי הלשון לא הופרדה מפרשנות התכליתית לפי החלטת 2017 וזה גם הניתוח שהיה
19 אצל כב' השופט הנדל.

21 כבוד השופט יי עמית: זה נכון שהחזקה אינה יכולה להיות ערטילאית, גם היום הם אומרים
22 את זה. בית המשפט חוזר על זה שתכלית החזקה צריכה להיות תרומה למו"מ. הצד השני של
23 השולחן אומר כל גופת מחבל, אנחנו צוברים גופות, בכוונה אני אומר זאת בצורה בוטה. פעם,
24 לפני שלוש שנים חשבנו גופות בשיוך חמאס, היום אנו חושבים על הדלתא הנוספת, וכמה היא
25 שווה, אם יהיו עוד גופות וזה נותן לנו. לכאורה, אנחנו עדיין בתכלית, גם אני אמרתי את זה וגם
26 חברי וכו', כל הזמן תרומה למו"מ.

28 עו"ד סאוסן: חברי, עו"ד ג'בארין ישלים כנראה. זו לא פעם ראשונה שבית המשפט דן בניסיון
29 להביא החלטה, כביכול מטעמים ביטחוניים, וזה נופל מהגשר של בית המשפט. בין אם שר
30 הביטחון שביקש חוק, ולא החלטה מינהלית יש למנוע באופן גורף להגיש בקשות וזה בוטל,
31 לאחרונה, לפני שנתיים, אחרי שהחלו תהלוכות בעזה - השיבה במרץ - היה תיק פרטני, יוסוף
32 קרונוס. יוסוף נפצע מירי צלפים והעבירו אותו. הוא, כמו במקרה של עריקאת, גם שם אמרו
33 שהוא עונה לנוהל ולקריטריונים אך איננו רוצים להכניס אותו כי אנו רוצים שכולם ילמדו את
34 הלקח. בית המשפט התערב בשיקול הדעת גם אם היה אפילו החלטת שר הביטחון. עניין
35 הגורפות של ההחלטה, היעדר קריטריונים, התשובות שנתן חברי רק מחזקות שהיישום שלה
36 הוא שרירותי.

37

1 כבוד השופט יי עמית: את מתחברת לדברי חברי למעשה. לשיטתך, יש לכאורה - שיטתית אך
2 היא לא מידתית.

3
4 עו"ד ג'בארין: עם התכלית הזאת הם מכסים עצמם מהמשפט הבינלאומי. איך דנג"ץ והמדינה
5 אמרה שבמשפט הבינלאומי יש לוחמה, לוחמים מול לוחמים, מה שנקרא על ידי המדינה עקרון
6 ההדדיות. בהחלטת המיעוט של כבוד השופט נ' הנדל שנהפכה בדנג"ץ ציין שהוא רוצה לקרוא
7 תכליות, מודע למכשולים במשפט הבינלאומי. יש לי משהו ספציפי שהצד השני מחזיק בחיילים
8 שלי ואני מחזיק חלק מאלה ששייכים אליו. בהקשר זה, עקרון ההדדיות כיסה אותו כב' השופט
9 הנדל. התכלית שכב' עמית מציין, אנו סבורים שהיא התכלית החדשה, איסורים - מוחלט. אסור
10 להם בשום אופן! גם חוות הדעת של כב' השופט הנדל, ציינה, אני מודה שאסור להחזיק כל
11 גופה, גם המשפט הבינלאומי, כאשר מדובר על אוכלוסייה בוגרת. לא מדברים על גופות
12 מדנמרק, אלא על אוכלוסייה מוגנת. השופט הנדל שאל את עצמו, אני צריך להישאר בתחום
13 הלגיטימיות בתחום הבינלאומיות, אז מנה את השש והתייחס אחת אחת. היועמ"ש אמר שיש
14 לכם בעיה עם החלטתו של כב' השופט הנדל, כדי לחזק את עקרון ההדדיות.

15
16 כבוד השופט יי עמית: לשיטת המדינה, הדדיות זה חמאס מול חמאס. החזרת גופות שלנו
17 והחזרת גופות פלסטיניות, הם הרחיבו את ההגדרה.

18
19 עו"ד ג'בארין: אמרו בבג"צים שעקרון ההדדיות לא תופס. בחוות דעתו של כב' השופט דנציגר
20 צוין, החלטת חוות הדעת של המיעוט, כב' השופט הנדל, בתנאי ישראל שאני חי בהם, השיקול
21 הביטחוני מספיק. מה אמרה המדינה לתכלית? מה שהעבירה חברתי, עו"ד וואהר, לא שכל גופה
22 מותר. אלא להיות צמודים להחלטה ויש לה שלושה מרכיבים: תכלית השבת ישראלי, תכלית
23 ראויה, כך המדינה. איני אומרת שכל האמצעים מקדשים את המטרה. אני מצמצם לשתי
24 תכליות. אם מדובר בשיוך חמאס והשניה חקיינות. אני רוצה למנוע פעולה שיש בה פיגוע סמלי.
25 אומרים לבית המשפט אל תיכנס לתכליות נוספות. אנחנו אומרים הן הסמכה והן בתחום
26 העיסוק.

27
28 עו"ד סאוסן: העניין שגם כב' השופט הנדל בהקשר של ההסמכה, בפסק הדין הראשון ובדנג"ץ
29 בפסקה 11 קבע שהוא מקבל את טענת המדינה, הם טענו שזה חריג שבחריג. לכן, אם בית
30 המשפט רוצה והמדינה רוצה להגיד שהחלטת דנג"ץ חלה על ההחלטה החדשה, זה מחייב בחינה
31 מחודשת. לטעמנו, בית המשפט לא יכול לצאת מנקודת הנחה שהדנג"ץ אכן חל, שם היו עובדות
32 אחרות והיא לא חלה מבחינתנו. אם בית המשפט יחשוב כי אכן, צריך לצאת מנקודת הנחה
33 שמופיעה בדנג"ץ, אני טוענת שחוקים שבד"כ, חוקים שפוגעים בזכויות יסוד, זכויות אדם, בית
34 המשפט מפרש בפרשנות מצמצמת. בעניין אבו ערפי, זה היה גם בפסק דין אחר וברור מקל
35 וחומר, פסק דינו של בית המשפט הנכבד. בית המשפט לא צריך לתת פרשנות מצמצמת לקביעות
36 שלו. הבאנו דוגמא בעניין ירידור, שהוביל ללא חוק, באופן תקדימי, אז לא נחקק לא לכנסת,
37 הגיע אזנימן הראשון. לדוגמא, בעצם, הקביעה בדנג"ץ שניתנה בעניין זה צריכה להתפרש כי
38 צריך לחול עליה פרשנות תכליתית אף היא. התשובות שנתן חברי, ב"כ המדינה, מבלי להיכנס

1 לכן או לא, הן ממחישות את שרירות הבקשה, בוחנים, בית המשפט שואל, חוזרים בהם, לא
 2 יודעים אם פצע חמור נכנס, סכין נכנס, לא יודעים. לא ידעו להשיב אם פציעה של אף אחד -
 3 החלטה תחול. הם טענו שיש בדיקה אינדיווידואלית ואני טוענת שאי אפשר לומר על חריג
 4 שמאפשר בחינת החזרת גופה, בשורה התחתונה של החלטה 2020 כאילו הוא מאפשר בחינה
 5 פרטנית. החריג צריך להיות במקרים חריגים ותוך נימוק. כאן הם מבקשים להפוך את העולמות
 6 בניגוד להלכה הפסוקה. גם בדנג"ץ, גם כבוד השופט נ' הנדל, גם כבוד השופט י' עמית וגם כבוד
 7 הנשיאה א' חיות ציינו זאת. כבוד הנשיאה א' חיות ציינה במפורש והבאנו את הציטוטים שלה
 8 בעתירה המתוקנת בסעיף 52 ו-53 (מצטטת). כי היו שני תנאים בלבד וזה היה החריג והכלל היה
 9 מחזירים כל גופה. הבאנו את פסיקת כבוד השופט נ' הנדל בסעיף 54 לעתירה המתוקנת
 10 (מצטטת). אם בית המשפט יקבל את טיעונו של חברי, הוא יסטה מן ההלכה הפסוקה, המשפט
 11 המינהלי אוסר מתן שיקול דעת גורף לרשות המינהלית. פסק דין שניצר מחזק הלכה זו שלא
 12 ניתן בשום פנים ואופן, אחרת נהיה בדיקטטורה, כך במילותיו של בית המשפט.

13 לגבי רטרואקטיביות – לא הובאה על ידי המדינה אף טענה משפטית המצדיקה לפי חוק או
 14 ההלכה סטייה מחזקת תחולה רטרואקטיבית של החלטה מינהלית. הוספנו גם בעיקרי הטיעון
 15 שהחזקה היא שאין תחולה רטרואקטיבית בפרט כאשר העניין נוגע לפגיעה בזכויות אדם.
 16 המשיבים צריכים להראות שני דברים: הראשון, שיש הסמכה בחוק. השני, לפי פסק דין עע"מ
 17 וועד מקומי – טעמים מיוחדים והם לא עמדו בנטל לסתור את ההלכה. אין הסמכה בחוק
 18 להחזיק כל גופה באופן גורף, תקנה 133 לא מעניקה תקנה זו והדנג"ץ לא קבע את זה. אין
 19 הסמכה בחוק להחזיק גופה באופן רטרואקטיבי. לגבי טעמים מיוחדים, כל מה שנפרש מבחינה
 20 עובדתית מאז החלו לחשוב על הרחבת ההנחיה לא מביא לטעם מיוחד. אין הסבר למה, אהיה
 21 בוטה ואומר: למה עשר גופות לא מספיקות ו-11 כן מספיקות? אפשר להסתפק במספר הגופות
 22 שבידי ישראל, מספר שעולה על 100. לא הבהירו מדוע עוד תוספת של עוד חמש גופות יש בהן
 23 להצדיק תחולה רטרואקטיבית. המדינה ציינה כי יש גופות מ-2014 וגם לאחר מכן. אין הסבר,
 24 אין צידוק וגם לגבי הוכחת מה זאת תוספת תועלת ביטחונית, נרטיב של בחינת המידתיות הצר.
 25 לא בודקים אם יש או אין תועלת, בעצם הם טוענים שכדאי להשאיר את הגופה אצלנו, כפי
 26 שציין כבוד השופט י' עמית, באופן בוטה, למען הזהירות בלבד. זה לא נרטיב ולא חלק מבחינת
 27 הבדיקה לבחון מהי תכלית ראויה, צריכה להיבחן כפי שקבע כבוד השופט י' עמית בפסק הדין
 28 לעניין הפליטים, סעיף 4 לחוק מניעת הסתננות. יש הלכה ברורה על איך בוחנים תכלית ראויה.
 29 רגישות לאינטרס הציבורי, לזכויות אדם, ובאף אחד ממבחנים אלה, בפרט פסק דין מועצת חוף
 30 עזה, שם הרחיב בית המשפט, אין את בדיקת התועלת שבודקים בסוף לגבי המבחן הצר. אזכיר
 31 כי ליועמ"ש מנדלבלית היתה בעיה בהקשר למידתיות בהקשר הצר, כלומר התועלת.

32
 33 עו"ד ג'בארין: לגבי תוספת ביטחונית, הפסיקה קובעת, לא יודע אם ניתן לומר, זה עלה בדיון
 34 פילוסופי פסק דין משפחות, לבוא ולומר יש לי כאן תוספת ביטחונית במבחן הצר. צריך לציין כי
 35 המקרה הספציפי הוא מביא לך את התוספת ולא הכמות לא אם אני אוסף 20 גופות. אני מסכים
 36 שאם תיקח 1,000 גופות פלסטיניות יעזור לך יותר. 2,000? עוד יעזור לך. תוספת ביטחונית
 37 להחזקת גופת בנו של העותר, איך? זה חשוב לציין.

1 לגבי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, כלל גדול שהדגיש בית המשפט העליון באחד מפסקי הדין
 2 החשובים שניתנו מאז 67', הוא עניין המגן האנושי, לא להשתמש באזרחים כמגן אנושי. אתה
 3 לא צריך להשתמש באוכלוסייה לצרכיך. פסק דין הדנג"ץ היה מודע ואמר שהוא מצמצם את
 4 השימוש. שני שופטים כאן הסכימו שאולי לנו יש בעיה של הסתמכות אבל סוגיה עולה כשאתה
 5 מחזיק שלא כדין תקופה מסוימת. אתה מחזיק בניגוד לשלטון החוק, ההחזקה היא מייצרת
 6 זכות אזרח למי שנפגע. זה כאילו ללא קשר למשפט החוקתי, עקרון חוקיות המינהלית לפי
 7 בז'רנו, אמרו אם אתה עושה דבר בניגוד לשלטון החוק, אתה לו מייצר זכות. נפגע שלטון החוק
 8 כאן. דבר חשוב שאזכיר לכולם. אנחנו לא מדברים על חקיקה ראשית.

9
 10 כבוד השופט י' עמית: זה ברור.

11
 12 עו"ד ג'בארין: אנחנו מדברים על קמצוץ הגנה, פסק דין ארבעה שופטים נגד שלושה. המדינה
 13 מתייחסת לתקנה כאילו היא חוק. אדמיין לעצמי מצב קשה לנו ובעיקר למשיבים. נניח היו
 14 מחוקקים חוק שאומר, ב-2020, במאי, לפני שהחזיקו את הגופה ואומרים למען ביטחון
 15 המדינה. אני מניח שכל בית המשפט, תשעה שופטים, מקל וחומר תקנות וזה לא חוק. לא
 16 במקרה בית המשפט ישב בהרכב מורחב. כל שופטים שנתנו את פסק הדין אתה רואה את הקושי
 17 האנושי. לכן, עניין רטרואקטיביות כאן הוא חשוב, החוק אמר מה אני מכשיר את הבדיעבד? יש
 18 החלטה מינהלית, לא שואלת על החוק ותקנה ברורה? היא תכשיר את הבדיעבד? בלתי אפשרי.
 19 חברתי הדגישה יפה את עניין הגורפות והמידתיות. כפי שצינו, עניין ההזנחה לא קל. השופטים
 20 ישבו על תקנה, אגב, התקנה לא מציינת גופה של מחבל וגם לא הוראה ארעית, אין דבר כזה
 21 בתקנה. בית המשפט אמר שיש נסיבות ותכלית מיוחדת ואני רוצה לקרוא את התקנה הזאת אך
 22 ורק לתכלית הזאת. לכן, אני מוסיף עליה את המילה מחבלים, אני מוסיף צורך במו"מ וארגון
 23 המוגדר טרור. כעותרים, ברור שהיינו בעמדה אחרת. לא נשתמש בניצחון הזה שגם בית המשפט
 24 בקושי למתוח. היום המתיחה בעייתית מאוד. ברשות בית המשפט, בקשה מיוחדת, לאפשר לאב
 25 לומר כמה מילים.

26
 27 כבוד השופט נ' הנדל: אין טעם בזה, הוא כאן, הגיש את העתירה, אנו מבינים שזה חשוב לו וזה
 28 לא הבסיס. מכבדים אותו וכו'. אנו מבינים שהוא רוצה לקבל. זה לא נהוג בתיקים האלה.
 29 נסתפק בכך שאנו מודעים לכך שהוא פה.
 30 מה לעמדת החומר החסוי?

31
 32 עו"ד ג'בארין: בתשובה של המדינה התייחסו בשתי פסקאות שונות לשני נושאים לחומר החסוי.
 33 אחד מהם לגבי שיקול הדעת והדיון שהתקיים ואחד ערטילאי כללי. לנו אין מניעה, אם כבודכם
 34 רואה, אם כי אנו רואים כי השאלה היא משפטית ברורה לחילוקי הדעות שהיו. איננו חושבים,
 35 אני מבין מדוע המדינה לא יכולה להצביע בפומביות, כי אז בציבוריות יבינו אחרת. אם בית
 36 המשפט רואה עניין זה לנכון אין לנו התנגדות להיחשף.

37
 38 כבוד השופט נ' הנדל: קשה לעשות הפרדה מלאכותית.

עו"ד ג'בארין : חשבתי על זה, זה הליך חריג.

כבוד השופט י' עמית : במשפט מינהלי זה לא חריג, כדאי לאדוני להסכים.

כבוד השופט נ' הנדל : לחלקים שונים יש לתת משקל שונה מראש.

עו"ד ג'בארין : אנו מסכימים.

מתקיים דיון במעמד צד אחד.

לאחר הפסקה ;

כבוד השופט נ' הנדל : כפי שאתם יכולים לראות, דיברנו הרבה. חלק מהעניין זה להתייחס לעמדות השונות, אנחנו רוצים ממש להיכנס לפרטים, והיה הרבה חומר. אנחנו כנראה בסיום הדיון ניתן החלטה ואנחנו גם ביקשנו מב"כ המדינה שישקול חשיפה מסוימת של הדברים שנאמרו. כפי שהבהרתי, אנו רוצים שישקלו את העמדה. הדברים לא פשוטים וגם הבהרנו שזה לא רק תלוי בהם. יכול להיות שנחליט בכל מה שקרה. כרגע ביקשנו מהם לשקול את הדבר.

כבוד השופט י' עמית : ביקשתי מחברכם שיאמר שני דברים : א' – בדיקה אינדיווידואלית מתקיימת ותמשיך להתקיים בכל מקרה. דבר שני, המקרה הנוכחי נכנס בגרעין הקשה של החלטת הממשלה החדשה.

כבוד השופט נ' הנדל : הם רואים את זה לא בגלל התוצאה אלא בגלל עצם המעשה. דיברנו על זה שגם אם יש בדיקות, הן ניטרליות, הם הסבירו את זה. בהמשך למה שאמרתי בתחילת הדיון, הם צריכים לשקול חשיפת דברים אלה. אנחנו בודקים כל דבר בלי להיכנס ולהרחיב על זה ולומר מה הם שוקלים, גם עניין זה הם יצטרכו להמשיך ולברר.

עו"ד ג'בארין : אחד הדברים שביקשתי מהאב לומר, אומר אותם. שאלתי אותו האם יש גורם פוליטי פלסטיני או גורם צבאי פלסטיני שיצר קשר עם המשפחה והגורם היחיד שיצר קשר עם המשפחה היה קרוב משפחה, סעיב עריקאת. חוץ ממנו לא היה גורם שיצר קשר עם המשפחה בנושא.

כבוד השופט י' עמית : כידוע לנו, גם סעיב עריקאת כבר לא בתמונה.

כבוד השופט נ' הנדל : כפי שאמרתי, הם רואים בחומרה בשל המעשה עצמו, מה שנעשה ומה שניסו לעשות. כל מה שאמרנו זה נרשם, אני מאוד מודה לכם על הטיעון הענייני.

נדחה לעיון ולמתן פסק דין שיישלח לצדדים.

קלדניות: גלית / רינה

1
2
3
4
5