

בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

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: ה' באלול התש"ף (25.8.20)

מזכירת הרכב: רוני גל און

קלדנית: גלית טובינה

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

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

פרוטוקול

כבוד השופט נ' הנדל: אנו מבינים שיש בקשה לדחיה.

עו"ד מיליקובסקי: אנו חוזרים על האמור בכתב התביעה. מדובר על 31/08 לכינוס קבינט ואנו מבקשים להגיש הודעה מעדכנת בדבר הישיבה כדי להימנע מהפיכת הצו.

עו"ד ג'בארין: אנו מתנגדים לעתירה כי הבקשה הוגשה בחודש יוני. גם אז המשיבים ציינו כי עמדת היועמ"ש מציינת שאכן יש בעייתיות ויש קושי רציני מבחינה משפטית באחזקת הגופה.

כבוד השופט נ' הנדל: יש שני פריטים שנקבעו והם לא נכסים. זה תואם את הקושי.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11

1 עו"ד ג'בארין: הם מציינים שאף היועמ"ש מציין כי יש קושי רציני בהמשך החזקת הגופה. בית
2 המשפט המחוזי הוצא צו על תנאי בו צוין שאכן צריכה להתקבל תשובה בהקדם, גם בענין
3 המדיניות. אנו היום לאחר חודשיים ויש בקשה נוספת.

4 אם אני רוצה לבחון, המצב המשפטי שהשתכלל מאז ועד היום, אנו רואים את הדבר הזה שלפי
5 פסק הדין המנתה בענין השבת גופות, עליאן שניתן על ידי 7 שופטים, יש לקרוא אותו שהוא
6 פסק דין שבו הרוב תמך בעמדה בפסק דינו של השופט הנדל. כך קבעה כבוד השופטת חיות, מה
7 היתה עמדת השופט הנדל עליה הוא חזר, כי הסמכות לפי תקנה 173 היא לקבורה זמנית לצורך
8 מו"מ קונקרטי להשבת הגופה. זה חלקו הראשון של פסק הדין. כלומר יש סמכות, אך לא
9 סמכות כללית שהמפקד הכללי תופס כל גופה. הסמכות תחומה לקבורה כללית לצורך השבת
10 גופה. זה החלק הראשון. החלק השני של פסק הדין אומר לא די בכך שיש סמכות, אלא צריך
11 להתקיים מבחן המידתיות. ומהו מבחן המידתיות? יש מלחמה בין חמאס והאסלאם ויש
12 שבויים בצד השני ויש קשר ענייני להחזקת הגופות. בית המשפט ציין שיש אפשרות גם למשפחות
13 לקבל מידע ואף להיות במידה מסוימת אם התנאים הביטחוניים מאפשרים בחלק מהקבורה.
14 היום אף אחד משני הקריטריונים לא התקיים. פסק דין זה הוא חריג.

15
16 כבוד השופט נ' הנדל: לא ביקשנו מאדוני לטעון. הטיעון מאוד ברור. אם לא תינתן דחיה נשמע
17 טיעון.

18
19 עו"ד ג'בארין: אגיע לכך. כיון שייצגתי, חזרת על פסק הדין הזה אולי בפעם הרביעית. כבוד
20 השופט הנדל מציין, שבפסקה האחרונה בפסק הדין שלו, מה התפיסה של עמדת הרוב. תפיסת
21 הרוב בפסק הדין שצינתי בפסקה 11 לפסק הדין של כבוד השופט הנדל בדיון הנוסף, מציין כי
22 נודעת חשיבות מיוחדת למתווה הנוסף של מדניות המשיבים (מצטט מפסק הדין) כלומר כבוד
23 השופט הנדל מציין שאם הדבר לא נופל מהקריטריונים הללו שנקבעו, שהם חריג בחריג אין
24 להחזיר גופה. זו עמדת הרוב שאישרה את עמדת כבוד השופט הנדל. עמדת הרוב מציננת כי פסק
25 הדין שלנו חריג. היום, הפרשנות של המשיבים למרות שהם לא מציינים זאת מפורשות. עצם
26 העובדה שהם ממשיכים להחזיק את הגופה הם ממשיכים למתוח את פרשנות פסק הדין כאילו
27 הוא מאשר תמיד השבת גופות.

28
29 כבוד השופט נ' הנדל: גם הם אומרים בסעיף 17 כי המשמעות שיש להפוך את הצו על תנאי
30 להרכב של שלושה לצו מוחלט. זה כתוב וזה נדיר. השאלה אם יש לתת להם את הזמן הנוסף?
31 הם אומרים בפה מלא שזה לא לפי אמות המידה. לכן, פסק הדין בוודאי לצדך בשלב זה, האם
32 לתת ארכה לכמה ימים?

33
34 עו"ד ג'בארין:
35 הם מציעים שאף אם תקבע מדניות חדשה על ידי הקבינט או על ידי שר הביטחון, לא בהכרח
36 שהיועמ"ש יקבל את העמדה מבחינה משפטית. אנו מדברים על מקרה שנניח שיקרה כמו שהם
37 מציינים, הם מציינים בסעיף 17 שלא בהכרח העמדה שלנו תתמוך. כלומר, גם אם נלך יד ביד
38 בעמדת המשיבים הם מציינים שזה לא סוף פסוק. לא בהכרח שהשר יאמר שיש מדניות חדשה.

כבוד השופט ד' מינץ :
הפוך. זה לטובתך. זה כן סוף פסוק.

עו"ד גיבארין : זה לטובתי שלא צריך לקבל את העמדה שלהם ולתת צו מוחלט, כי העמדה שלהם היא סוף פסוק.

כבוד השופט נ' הנדל : אם לא תינתן עמדה הצו על תנאי יהיה צו מוחלט. אם יש עמדה לענין הדחיה נשמע.

עו"ד גיבארין :

העמדה שלהם שיש תקינות מסוימת. לא בהכרח שתהיה עמדה ב-03/09 כי לא בהכרח שב-03/09 תהיה מדניות חדשה. גם אם היא תחול רטרואקטיבית זו גם בעיה. יש לשים לב להשתמש במילה "הנזיפה" של ההרכב הקודם שאתם מבקשים אורכות ואורכות נוספות ולא נותנים לנו זמן. זה גם צריך להיות שיקול חשוב מבחינת אלמנט הזמן. זה מה שאני יכול לטעון כעת למה אנו מתנגדים להארכה על רקע התנגדות המשיבים. אנו מתנגדים לארכה כיון שהיא צופה פני עתיד פתוח. היועמ"ש לא יודע להיכן הדברים יובילו כי הוא לא מעודכן. אנו במשך חודשיים במצב בלתי חוקתי. כשבית המשפט הגיע למצב שהמקרה הקונקרטי שבפניו חסר סמכות ואין סמכות, הוא נתן פסק דין מידי. זה היה פסק דין גיבארין שבית המשפט נתן. כבוד השופט הנדל וכבוד השופט עמית עשו הבחנה בין מקרה זה לבין מקרה גיבארין. אציין שבמקרה גיבארין אכן אין סמכות. היום המקרה החדש הזה דומה לגיבארין במקרה זה. לא במקרה מצוין שיש קושי רציני.

דיברנו עם ההורים היום. גם הסברנו להם את פסק הדין של הדיון הנוסף. אנו לא הגשנו לבית המשפט בקשה שתהיה אפשרות להורים לבוא לראות את הגופה ולבחון את מצבה, כי גם במקרה הספציפי הזה על רקע המשפחה, אבקש שהדבר יאריך וההורים יבואו לבחון את הגופה. פסק הדין של השופט הנדל ציין כי הדבר מידתי כיון שאני נותן כבוד למשפחה. אני נותן להם אפשרות אם תוגש בקשה קונקרטית. פסק הדין שאישר החזקת הגופות מדבר על קבורה זמנית. אנו אף לא מדברים על קבורה זמנית במקרה.

כבוד השופט י' עמית : עו"ד מיליקובסקי, הרי לפי סעיף 17 אין לנו מושג מה תהיה הצעת ההחלטה. נניח שיורחבו הקריטריונים ויהיו קריטריונים אחרים שייחדו את הסיטואציה שבפנינו. נתתם דעתכם לשאלת הרטרואקטיביות?

עו"ד מיליקובסקי : נעשו הכנת להכנת הקבינט. בהמשך השבוע צפוי דיון במל"ל כך שתהיה החלטה לקראת ה-31/08. לא יוצגה הצעה מסוימת. נובע מכך שקשה לגבש דעה ולקבוע מסמרות בשאלת הרטרואקטיביות כי זו ביצה שלא נולדה. שאלת הרטרואקטיביות טרם הוכרעה. מדובר על גופות ישנות שבעיקרן מתחילת האינתיפאדה השניה אותרו עתה. אז נודע שהחלטת הקבינט משנת 2017 לא חלה עליהם כי היא מאוחרת למועד הטרור מושא נפילת

1 הגופות. המדינה טענה לגבי החלטת הקבינט מ-2017 שהרטרואקטיביות אינה מהווה בעיה ואין
2 לאדם בעת שמבצע עבירת טרור שגופתו תושב.

3
4 כבוד השופט נ' הנדל: יש אפשרות אחת שלא תחליטו בכלל אז היועמ"ש יאמר את שיאמר. יש
5 החלטה שלא תרחיבו בכלל וזה יוביל לתוצאה מסוימת. יש אפשרות שתרחיבו, ויש אפשרות
6 שתשיבו לסוגיה מה המשמעות של הרטרואקטיביות בין היתר. מה שחשוב שגם לכך יש לבוא
7 מוכן בכפוף לכמה אפשרויות. זה לא מה שעומד במרכז. השאלה מה תחליטו עד 01/09/2020.

8
9 עו"ד מיליקובסקי: כל השאלה היא במישור שיקול הדעת.

10
11 כבוד השופט נ' הנדל: אנו רוצים להחליט לאן פנינו ואז תחליטו אתה וחברך. נצא לכמה דקות
12 להתייעצות.

13
14 לאחר הפסקה;

15
16 ניתנה החלטה.

17
18 כבוד השופט נ' הנדל: נתנו את הדחיה לא בלב קל. יש פה קושי כפי שנאמר בתחילת הדברים.
19 ניתנה דחיה קצרה. תשומת הלב לסעיף 17.

20
21 קלדנית: גלית