

בבית המשפט העליון בירושלים

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בעניין:

מוסטפא מוסא חסין עריקאת

ע"י ב"כ עו"ד סאוסן זהר ו/או חסן ג'בארין ואחרים
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: HCJ-dep@justice.gov.il

המשיבים

תגובה מטעם העותר

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 7.9.2020 מתכבד העותר להגיש את תגובתו להודעה המעדכנת מטעם המשיב שהוגשה לבג"ץ ביום 6.9.2020 וזאת כדלקמן:

1. כזכור, עניינה של עתירה דחופה זו היא במסירת גופת המנוח אחמד עריקאת שנהרג ביום 23.6.2020 למשפחתו לצורך קבורה מיידית. ביום 22.7.2020 ובעקבות דיון שהתקיים, 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. ביום 6.9.2020 הגישו המשיבים הודעת עדכון מטעמם 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' 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 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").

3. 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 שיוורה על כך בית המשפט הנכבד, ובהסכמת העותר, תציג המדינה במעמד צד אחד בפני בית המשפט הנכבד את החומר 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).

4. העותר מתנגד לכל האמור בהודעת העדכון מטעם המשיבים מיום 6.9.202 מהנימוקים הבאים:

5. חשוב להדגיש את הערך של הדיונים שכבר התקיימו עד כה. כבר קיימת הודאה מפורשת מטעם המשיבים לפיה אין בהחזקת הגופה הספציפית כאן כל מטרה ביטחונית קונקרטית מיוחדת. במילים אחרות, המשיבים הודו כי הבחינה הפרטנית מעידה שאין אינטרס קונקרטי בהחזקת גופתו של המנוח עריקאת. כבר בדיון הראשון שהתקיים בפני בית המשפט הנכבד ביום 22.7.2020 ולשאלת בית המשפט הנכבד הדגיש ב"כ המשיבים 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 יי 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." (שורות 22-27 עמוד 3 לפרוטוקול הדיון מיום 22.7.2020).

6. אכן במהלך הדיונים ובתגובות של ב"כ המשיבים התברר כי משמעות הדברים כפי שהובאה במהלך הדיון ביום 22.7.2020 הינה כי המשיבים מודים 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 בווער 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.

7. בעקבות הדיון הוצא צו על תנאי. הנה, מלכתחילה המשיבים הודו לאורך כל ההליך כי אין בסיס משפטי לסירוב השבת גופתו של עריקאת וגם החזקתה אינה בבחינת קו אדום. עד כדי שמשמעות הדברים היתה כי אין כל אינטרס ביטחוני הנוגע באופן ישיר בהחזקה הקונקרטית של גופתו של המנוח עריקאת. לא במקרה, במסגרת כתב התשובה לצו על תנאי מיום 23.8.2020, נכללה בכתב הודעה נדירה המביעה עמדת היועץ המשפטי לממשלה בפני בית המשפט לפיה, יסכים להפיכת צו על התנאי לצו מוחלט אם לא תהיה החלטה מדינית ובקרו. בכתב התשובה הנ"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 למוחלט 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 הנמסר, ביום 31.8.2020.

ככל שלא יהא בידיה 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." (ההדגשה אינה במקור)

8. במהלך הדיון שהתקיים ביום 25.8.2020 ציין המשנה של הנשיאה השופט הנדל:

"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)

9. עמדתו של היועמ"ש הובאה גם בהחלטת בית המשפט הנכבד בסיום הדיון ביום 25.8.2020 ובה הפנה כבוד ההרכב למשמעות אי הגשת עמדה מטעם משיבי המדינה לפי גישת היועץ המשפטי לממשלה. ולאחר הקראת ההחלטה בפני הצדדים ציין אב 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)
10. הנה כי כן, המשמעות הלכה למעשה מעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה היא ראשית, שהמנוח אינו נכלל באלמנטים של החלטת הקבינט משנת 2017. שנית, במישור הבחינה הפרטנית, אין מניעה ביטחונית – קונקרטי משחרור הגופה שכן אין כל חומר מודיעיני קונקרטי הנוגע לגופה נשוא העתירה שיצדיק את החזקתה.
11. יוצא כי לפי הדיונים שהיו עד כה, עולה מעמדת המשיבים לא רק שאין סמכות חוקית להחזקת הגופה אלא גם אין אינטרס ביטחוני קונקרטי הנוגע לה.
12. לכן המשך החזקת הגופה אך ורק מהטעם שהתקבלה החלטה מדינית כללית, אינו כדן. 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.
13. בהקשר זה יצוין כי גם הנשיאה חיות וגם המשנה לנשיאה השופט הנדל קבעו בעניין דנג"ץ עליאן 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 חמאס שמולו ינוהל מו"מ. אחרת החזקת הגופה בכל מצב תיהפך לשרירותית ובלתי מידתית ראו: דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון נגד עליאן, פסקה 36 לחוות הדעת של הנשיאה חיות (ניתן ביום 9.9.2019).
14. ודוק, החלטת הקבינט החדשה המאפשרת החזקת כל גופה שמוחזק בעקבות כל ארוע, אינה יכולה להתבסס על מרכיב ההסמכה בחוק שאושר בעניין דנג"ץ עליאן.
15. **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.**
16. למותר לחדד שוב, כי החלטת הקבינט החדשה מאפשרת החזקה 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 דאו
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 **עירית 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).

17. מעבר לנדרש, העותר טוען כי בכל מקרה לא ניתן להחיל את החלטת הקבינט החדשה באופן
רטרואקטיבי על גופת בנו של העותר. קיים קושי חוקתי רציני ביותר להחיל החלטה מדינית באופן
רטרואקטיבי על זכויות יסוד. עניין שלילת התחולה הרטרואקטיביות על המקרה דן שנוגע לזכויות
אדם מתבקשת גם מכוח עקרון שלטון החוק ועקרון החוקיות. בענין החלה רטרואקטיבית של החלטה
מנהלית נקבע **בעניין אשר** 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 בנבו,
29.01.2012), פסי' 19 לפסק דינו של כבי' השופט ריבלין.

18. 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
רטרוספקטיבית 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..."

19. הקושי החוקתי בהחלה רטרואקטיבית של החלטת הקבינט החדשה, הוזכרה גם במהלך הדיון שנתקיים
ביום 25.8.2020. השופט עמית שאל את ב"כ המדינה אם "נתתם דעתכם לשאלת הרטרואקטיביות?"
(שורה 32, עמוד 3 לפרוטוקול הדיון מיום 25.8.2020). ב"כ משיבי המדינה השיב: "שאלת

הרטוראקטיביות טרם הוכרעה. " (שורה 36-37, עמוד 3 לפרוטוקול). לאחר מכן, העיר השופט הנדל: "יש אפשרות שתרחיבו, ויש אפשרות שתשיבו לסוגיה מה המשמעות של הרטוראקטיביות בין היתר. מה שחשוב שגם לכך יש לבוא מוכן בכפוף לכמה אפשרויות."

20. והנה בהודעת העדכון מטעם המשיבים, לא רק שמשיבי המדינה הודיעו על המשך החזקת הגופה בניגוד לדין ובניגוד לקביעת דנג"ץ עליאן, אלא גם לא נתנו דעתם כפי שהתבקשו על ידי בית משפט נכבד זה על הקושי החוקתי בהחלה רטוראקטיבית של החלטת הקבינט החדשה.

21. בהקשר זה חשוב לציין את קביעותיו של השופט עמית בעניין השבת גופתו של יעקוב אבו אלקיעאן מכפר אום אלחירן, שם המדינה ביקשה את החזקת גופתו ואי השבתה לצורכי קבורה בטענה כי קיים חומר חסוי בעניין. העותרים לא הסכימו לעיון בחומר החסוי והשופט עמית לא קיבל את עמדת המדינה כי אי עיון בחומר חסוי מקים חזקה שהחלטת המדינה להמשיך ולהחזיק בגופה היא כשרה ותקינה. השופט עמית נימק כי מאחר והעותרים הביאו עדויות שסתרו את חזקת הכשרות של ההחלטה המנהלית להחזיק בגופה, אי עיון בחומר החסוי לא יהווה עילה המקימה את החזקה בדבר כשרות ותקינות ההחלטה המנהלית (ראו: בג"ץ 708/17 **ראבעה אבו אל קיעאן נגד משטרת ישראל** (פסק דין מיום 23.1.2017). מקל וחומר לענייננו שכאן אנחנו לא רק בשלב לאחר הוצאת צו על תנאי שמעביר את הנטל על המשיבים אלא גם מההודעות שהגישו ומן ההצהרות שהעלו מטעם המשיבים בפני בית המשפט הנכבד עולה בבירור כי החזקת הגופה אינה בבחינת קו אדום וכי אין אינטרס ביטחוני ענייני וישיר המצדיק את החזקת הגופה.

לסיכום

22. 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 רטוראקטיבי את החזקת הגופה. ובכל מקרה, החלטת 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.

23. 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 קונקרטית 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 הרטוראקטיבית 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.

לאור האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להפוך את הצו על תנאי למוחלט ולחייב את המשיבים בהוצאות משפט.

סאוסן זהר, עורכת דין

חסן ג'בארין, עו"ד

ב"כ העותרים

חיפה, 17.9.2020