



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4462/20

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

העותר: מוסטפא מוסא חסין עריקאת

נגד

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

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: ה' בניסן התשפ"א (18.03.2021)

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

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

### פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. ביום 1.1.2017 קיבלה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי החלטה בדבר "מדיניות אחידה בטיפול בגופות מחבלים" (ב/171) (נוסח לא מסווג), לפיה –

- "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" (להלן: ההחלטה המקורית).

עתירות שהוגשו נגד החלטה זו התקבלו תחילה, אך בדיון הנוסף אימץ הרכב מורחב של בית משפט זה את עמדתי בבג"ץ 4466/16 עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

(14.12.2017) (להלן: עניין עליאן), והכריע כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה), "מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים או חללי אויב משיקולים של ביטחון המדינה ושלוש אזרחיה, תוך שמירה על כבוד המת ומשפחתו, לצורכי משא ומתן להשבת חיילי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור" (חתימת דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן (9.9.2019); להלן: דנג"ץ עליאן).

2. ביום 23.6.2020 נורה אחמד מוסטפא עריקאת (להלן: עריקאת) על ידי כוחות הביטחון, "אגב ביצוע פיגוע דריסה, בו נפצעה שוטר מג"ב", כלשון המשיבים – ומאז הם מחזיקים בגופתו. שבוע ימים לאחר מכן עתר אביו של עריקאת בבקשה להורות על השבת גופת בנו, וטען כי "החזקת הגופה במקרה דנן לא עונה על התנאים שצוינו" בדנג"ץ עליאן. במהלך הדיון הראשון בעתירה (השופט י' עמית, השופטת ע' ברון והשופט ע' גרוסקופף), אישר ב"כ המשיבים כי "לא נמצא עיגון בהחלטת הקבינט הנוכחית לצורך עיכוב ההשבה" (עמוד 2, שורות 1-2 לפרוטוקול הדיון מיום 22.7.2020); ציין כי ישנה כוונה לשנות החלטה זו; והודיע כי טרם התקבלה החלטה סופית לגבי המשך החזקת גופת עריקאת. בו ביום, ניתן צו על תנאי, המורה למשיבים לנמק "מדוע לא ימסרו לעותר בהקדם האפשרי את גופת בנו".

בתצהיר התשובה ביקש היועץ המשפטי לממשלה להעניק למשיבים הזדמנות להביא את הסוגיה לפני הקבינט, והדגיש כי אם ההחלטה המקורית לא תשונה בתוך זמן קצוב, הרי "שלא יהא מנוס מלהפוך את הצו על תנאי שהוצא – לצו מוחלט". הארכה המבוקשת ניתנה, וביום 7.9.2020 מסרו המשיבים כי הקבינט החליט –

"לעדכן את החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מס' ב/171 מיום 1.1.2017 ולהוסיף כי יש למנוע החזרת גופות מחבלים, ללא קשר לשיוכן הארגוני, זאת, אם המחבלים רצחו או פצעו אדם, או נשאו אמצעי לחימה (קר או חם).  
לכשתיפטר סוגיית השו"ן, תיבחן ההחלטה מחדש בהתאם ובכפוף להערכת מצב.  
בסמכותו של שר הביטחון לחרוג ממדיניות זו במקרים מיוחדים" (להלן: ההחלטה החדשה).

עוד נמסר כי עניינה של גופת עריקאת נבחן בראי ההחלטה החדשה, והוחלט שאין להשיבה.

2. בעקבות התפתחויות אלה, תיקן העותר את העתירה. לדבריו, ההחלטה החדשה אינה מנומקת; נטולת תשתית עובדתית ונורמטיבית; אופייה הגורף מנוגד לעמדה שגיבש היועץ המשפטי לממשלה בשנת 2004; היא נגועה בחריגה מסמכות; פורצת לחלוטין את האיזונים שניצבו ביסוד הכרעת הרוב בדנג"ץ עליאן, ופוגעת בזכויות היסוד בצורה לא מידתית. במישור אחר, העותר השיג על הקביעה שעריקאת ניסה לבצע פיגוע, וטען שאין להחיל על גופתו, באופן רטרואקטיבי, את ההחלטה החדשה. מנגד, המשיבים, שהגישו תצהיר תשובה מתוקן, סברו כי העתירה אינה מגלה עילה. שאלת הסמכות הוכרעה בדנג"ץ עליאן, וההחלטה החדשה אינה חורגת ממתחמי הסבירות והמידתיות: תכלית זהה לשל קודמתה; היא נועדה לקדם עסקת חליפין קונקרטי; והיא מותרת מקום רב לשיקול דעת פרטני. לפיכך, ולאור ההיקף המצומצם של ההתערבות השיפוטית בהחלטות הקבינט, אין להתערב בה. אשר לגופת עריקאת, המשיבים טוענים שאין מניעה להחיל עליה את המדיניות החדשה, הואיל ואין לבני המשפחה "זכות קנויה" או 'הסתמכות' לכך שההחלטה על השבת גופתו [...] תתקבל בהתאם למדיניות השו"ן הנוהגת בעת ביצוע הפיגוע".

3. בדיון השלישי בעתירה הוצג לנו – במעמד צד אחד, ובהסכמת העותר – חומר הנוגע למדיניות הכללית ולענייני הפרטני של עריקאת, ובעקבותיו נדרשו המשיבים לעדכן לגבי תוצאות תהליך "שעניינו קביעת כללים ביחס להחלטה החדשה הרלוונטית לעתירה". ביום 20.12.2020 הודיעו המשיבים על גיבוש הנחיות המבהירות את "סדר הפעולות והמידע שיש להביא בפני שר הביטחון, על מנת שיקבע, בהתאם להחלטת הקבינט, אם גופת מחבל עומדת בתנאים להחזקתה", ואת אמות המידה המהותיות להפעלת סמכות השר. להודעה צורף גם נוסח גלוי מקוצר של חוות דעת הרמטכ"ל שהוצגה לקבינט – והמשיבים הדגישו כי על אף שהוזכר בה "שיקול משני" נוסף, הרי שההחלטה החדשה "התקבלה לצורך תכלית שו"ן, ובהתאם הגופה הקונקרטי מושא העתירה שבכותרת מוחזקת לתכלית שו"ן בלבד". בד בבד, מסרו המשיבים כי בחינה נוספת בעניינו של עריקאת הובילה למסקנה שהוא אינו בא בגדרי החריגים להחזקת גופות מחבלים – ודחו את טענות העותר במישור התחולה הרטרואקטיבית. זאת, בין היתר, משום שעוד לפני מותו של עריקאת נמסר, במסגרת הליך משפטי אחר (בג"ץ 921/20), על הבחינה המחודשת של מדיניות החזקה.

4. בדיון האחרון שהתקיים בעתירה, ביום 18.3.2021, הוצגו – אף זאת במעמד צד אחד, ובהסכמת העותר – ההנחיה והנוהל שגובשו, ומידע קונקרטי ביחס לעריקאת, ונמסר עדכון לגבי מצב כלל הגופות שעניינן נבחן בהתאם לאמות המידה שנקבעו. מן העבר השני, העותר ביקש להציג "דו"ח ממצאים של חברה מאוד ידועה", השולל את

סיווגו של עריקאת כמחבל, וטען כי גופתו מוחזקת משיקולים זרים. בעקבות הדיון הוגשה, ביום 1.7.2021, הודעת עדכון נוספת, ובה "פרפרזה גלויה ביחס לאמות המידה החסויות": "אמות המידה הן חסויות, אולם ניתן לציין כי במסגרת התהליך שמתבצע לצורך קבלת החלטה ביחס לכל גופה, נשקלים קריטריונים הנוגעים לנסיבות הפיגוע ותוצאותיו; מאפייני המחבל; ונסיבות הקשורות למשא ומתן להשבת אזרחי מדינת ישראל וחללי צה"ל". להודעה צורפו גם תרשים של הליך קבלת ההחלטה, והודעת עדכון חסויה מטעם ראש אגף המבצעים בצה"ל – ששורתה התחתונה היא כי המשך החזקת גופות המחבלים "חיונית" במיוחד "בעת זו".

5. לאור ההתפתחויות שפורטו לעיל, אציע לחבריי לדחות את העתירה, משום שהיא אינה מגלה עילת התערבות בהחלטה להחזיק, בשלב זה, בגופת עריקאת.

תקנה 133(3) לתקנות ההגנה קובעת כי, "למרות כל הכלול בכל חוק, יהיה מותר למפקד צבאי לצוות כי גוויתו של כל אדם תיקבר באותו מקום שהמפקד הצבאי יורה. המפקד הצבאי רשאי באותו צו להורות מי-ומי יקבור אותה גוויה ובאיזו שעה תיקבר. הצו האמור יהיה הרשאה מלאה ומספקת לקבורתה של אותה גוויה, וכל אדם העובר על אותו צו או מפריע לו יאשם בעבירה על התקנות האלה". בהתאם להכרעת הרוב בדנג"ץ עליאן, אותה ציטטתי בפתח חוות דעתי, תקנה זו "מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים או חללי אויב משיקולים של ביטחון המדינה ושלום אזרחיה, תוך שמירה על כבוד המת ומשפחתו, לצורכי משא ומתן להשבת חיילי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור". כאמור, המשיבים הבהירו שלא חל שינוי בתכליתה של ההחלטה החדשה, וכי, כקודמתה, היא מתמקדת בקידום המשא ומתן להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי ארגון טרור. לפיכך – ומאחר שאין בלשון תקנה 133(3), או בלשון הפרשנות שניתנה לה, כל עיגון לטענה שסמכות המפקד הצבאי מושפעת משיוכו הארגוני של המחבל, או מתוצאות פעולת הטרור שביקש לבצע – אין במדיניות החדשה פגם במישור הסמכות.

6. השאלות המורכבות יותר מתעוררות במישור שיקול הדעת – שכן ההחלטה החדשה מרחיבה את היקף החזקת גופות המחבלים ביחס לקודמתה, והופכת את חריג ההחזקה לכלל. אף על פי כן, אין בשאלות אלה כדי להוביל למסקנה שההחלטה להחזיק בגופת עריקאת חורגת, בשלב זה, ממתחמי הסבירות והמידתיות.

ראשית, יצוין כי הבחינה המחודשת של ההחלטה המקורית ראויה, כשלעצמה, ועולה בקנה אחד עם הוראת בית משפט זה, לפיה "על הרשויות המוסמכות לשוב ולבחון

לעיתים מזומנות את הנסיבות המשתנות. זאת, הן ביחס למדיניות הכללית (קרי, מידת ה'קונקרטיות' של עסקת חליפין אפשרית), והן ביחס ל'ערך' של החזקת מחבלים ספציפיים על הגורמים המוסמכים" (עניין עליאן, פסקה 23 לחוות דעתי, דנג"ץ עליאן, פסקה 36 לחוות דעת הנשיאה א' חיות). אמנם, במקרה הנוכחי בחינה זו הובילה דווקא להרחבת מדיניות החזקה. אולם, בתוצאה זו אין פסול אינהרנטי, שהרי המציאות המשתנה עשויה להשפיע על האיזון הראוי לכאן ולכאן.

שנית, מן ההודעה שהגישו משיבי המדינה במסגרת בג"ץ 921/20 כעאבנה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, כבר ביום 15.3.2020 – כשישה חודשים עובר לקבלת ההחלטה החדשה – עולה שההחלטה החדשה התקבלה בתום תהליך ממושך. נמסר כי תהליך זה כלל עבודת מטה מקדימה, ו"שיח" בין משרד הביטחון והמטה לביטחון לאומי (פסקאות 12-13 לתשובת המדינה לעתירה המקורית), וכי בסיומו הוצגו לחברי הקבינט "דעות מקצועיות שונות ואף מנוגדות" מטעם הרמטכ"ל, נציג השב"כ ומתאם השבויים והנעדרים במשרד ראש הממשלה (פסקאות 35 ו-46 לתצהיר התשובה לעתירה המתוקנת). מדובר, אפוא, בהחלטה שהתקבלה בהליך תקין ועל יסוד תשתית עובדתית מקיפה. לא זו בלבד – החומר שהוצג לפנינו במעמד צד אחד, בהסכמת העותר, מעיד כי לפחות בנקודת הזמן הנוכחית קיים קשר רצינוני בין ההחלטה החדשה על הרחבת היקף החזקת גופות המחבלים ובין תכלית השבת האזרחים וגופות החללים.

זאת ועוד, כבר נקבע כי "הנסיבות שתצדקנה קבורה ארעית של גופה [...] יכולות למצוא את הסדרתן בכללים הנוגעים להבניית שיקול דעתו של המפקד הצבאי, ככל ועד כמה שיש אפשרות לצפות מראש את התרחישים הצריכים לעניין. זאת מתוך הכרה בכך שלא ניתן לכבול מראש את שיקול הדעת של המפקד הצבאי לפרק זמן קשיח או לרשימה סגורה של תרחישים, בשל המאטריה אשר מעצם טיבה כרוכה בנסיבות דינאמיות ומשתנות הקשורות, בין היתר, לתהליך המשא ומתן מול ארגון הטרור הרלוונטי" (דנג"ץ עליאן, פסקה 28 לחוות דעת הנשיאה). בעקבות הערותינו בדיון, המשיבים הבנו את שיקול דעת הגורמים המוסמכים באמצעות הנחיות הפורטות את השיקולים הרלוונטיים, ואת ההיררכיה ביניהם (ראו לעיל, פסקה 4) – ובחנו מחדש את גורל כלל הגופות שהוחזקו בידיהם בראי אמות מידה אלה. הכרה זו בקיום חריגים, ובבחינה הפרטנית הנדרשת בעניינה של כל גופה, מאפשרת להחלטה החדשה לצלוח גם את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. אמנם, פגיעתה של ההחלטה המקורית במחבלים ובני משפחותיהם מצומצמת יותר, אך המציאות העגומה מעידה שכך גם תרומתה להשגת התכלית הרצויה – ולכן היא אינה מהווה חלופה רלוונטית.

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

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

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

7. האם יש במאפייניו הפרטניים של עריקאת כדי לגלות עילת התערבות בהחלטת המפקד הצבאי? התשובה לכך שלילית. העותר לא הצביע על עילת התערבות בקביעות העובדתיות של המשיבים לגבי אופי האירוע שבו מצא עריקאת את מותו – וגם בטענות כלפי מועד תחולת ההחלטה החדשה אין ממש. המפקד הצבאי יונק את סמכותו מתקנה 133(3) לתקנות ההגנה, ואף שהפעלת הסמכות בניגוד להחלטה המקורית הייתה מעוררת קושי רב (כפי שהבהיר, כאמור, גם היועץ המשפטי לממשלה), התמונה שונה כשמדובר בעיכוב זמני של הגופה לצורך מיצוי הבחינה המחודשת של המדיניות, שהחלה חודשים לפני מות עריקאת. בכל מקרה, אין בעיכוב זה כדי לשמוט את הקרקע מתחת להמשך החזקת הגופה, לאחר השלמת הבחינה וגיבוש המדיניות הקבועה.

לאחר שקראתי את חוות דעת חברי, השופט י’ עמית, אדגיש כי להשקפתי עקרון חוקיות המינהל – “ולפיו פעולה מינהלית אינה יכולה להיעשות ללא הסמכה” – לא הופר בענייננו. כאמור, סמכותו של המפקד הצבאי להורות על החזקת גופות מחבלים משיקולי ביטחון מעוגנת בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה, ואינה יונקת מהחלטות הקבינט. החלטות

אלה משליכות, כמובן, על אופן הפעלת שיקול הדעת של המפקד, אך אין בהן כדי להצר את היקף הסמכות שהקנה לו המחוקק, ומשכך ברי כי החלטתו בעניין עריקאת התקבלה בסמכות – גם אם חרגה מן המדיניות שהתוותה ההחלטה המקורית.

למעלה מכך, אזכיר כי "הלכה נושנה במשפטנו היא, המוכרת כהלכת מיכלין, כי משהעניק המחוקק במישרין לפקיד ציבור סמכות שהשימוש בה כרוך בהפעלת שיקול דעת [...] חייבת הרשות המוסמכת להשתמש בה לפי שיקול דעתה היא, מבלי שתהיה כפופה להוראות מחייבות מצד הממונים עליה" (רע"א 4696/19 פלונית נ' קצין התגמולים, פסקה 17 (12.12.2019); להלן: עניין פלונית). מבלי להידרש לגבולותיה המדויקים של הלכה זו, שזכתה לביקורת בספרות המשפטית (ראו, למשל, יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 941-946 (מהדורה שנייה מורחבת, 2011)), די לומר כי המפקד הצבאי "רשאי להתחשב במדיניות שנקבעה בתחום הנדון, וכן להיעזר בעצתם של אחרים, אך ההחלטה הסופית היא שלו, בכפוף להוראות החוק שהסמיכו" (עניין פלונית, בפסקה 17, וההפניות שם). נמצא כי בהחלטתו של המפקד הצבאי לעכב את גופת עריקאת – מתוך מודעות לכך שהקבינט בוחן מחדש את המדיניות ששרטטה ההחלטה המקורית, לאור השינויים בתשתית העובדתית הרלוונטית – לא נפל פגם המצדיק התערבות שיפוטית.

8. אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את העתירה ולבטל את הצו על תנאי שניתן בה. ביסוד הכרעה זו ניצב השיקול כי בתקופה הנוכחית אין עילה להתערב בעניין. בד בבד, ניתנת לעותר אפשרות לשוב ולהעלות את השגותיו לגבי מרכיב שיקול הדעת בהחלטת המפקד הצבאי בעניין עריקאת – וההחלטה החדשה שעליה היא מבוססת – בחלוף שישה חודשים ממועד מתן פסק דינו.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. אחמד מוסטפא עריקאת (להלן: עריקאת) נורה ביום 23.6.2020 אגב ביצוע ניסיון לפיגוע דריסה. זו המסקנה אליה הגיעו גורמי הביטחון וכך גם עולה מהחומר שהונח לפנינו. מכאן, שיש לראות בעריקאת מחבל וזו נקודת המוצא של דיונו.

גופתו של עריקאת מוחזקת במקרר מזה למעלה משנה. לו דעתי תישמע, היה מקום לעשות את הצו למוחלט כבר בסמוך לאחר שניתן הצו על תנאי ביום 22.7.2020, ובוודאי כעת, בחלוף תקופה כה ארוכה. אנמק בקצרה את מסקנתי.

2. החזקת גופות המחבלים בהתאם להחלטות הקבינט הביטחוני קשורה קשר הדוק לנושא השו"ן – השבויים והנעדרים. ארגון החמאס מחזיק בשני אזרחים, שבנסיבותיהם האישיות חצו את הגבול לרצועת עזה, והם אברה מנגיסטו בחודש ספטמבר 2014 והישאם שעבאן א-סייד בחודש אפריל 2015. ארגון החמאס מחזיק מזה שבע שנים גם בשתי גופות של חללי צה"ל שנפלו במהלך מבצע "צוק איתן" בקיץ 2014, והם סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר ארון שאול ז"ל.

בהסכמת העותרים, שמענו במעמד צד אחד את גורמי הביטחון הרלוונטיים. כשלעצמי, התקשיתי להשתכנע מההסברים ומהחומרים שהוצגו לפנינו על ידי הגורמים השונים, אך מטבע הדברים לא ניתן לפרט בנושא זה, ולא על כך אשתית את החלטתי. אסתפק בהערה כי גם הדיון בדנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן (9.9.2017) (להלן: עניין עליאן) נערך תחת ההנחה שלהחזקת גופות מחבלים תרומה אפשרית לקידום המשא ומתן להחזרת האזרחים וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי חמאס, ומאז חלפו כארבע שנים. מכל מקום, גם במשפט החוקתי וגם במשפט המינהלי שנינו ולמדנו כי "לא נדרש כי האמצעי שנבחר יגשים באופן מוחלט וודאי את המטרה" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 706 (2006)), כך שהעובדה כי המו"מ עם החמאס טרם הניב פרי, אינה שיקול מכריע.

3. אין חולק כי על מדינת ישראל חובה מוסרית להחזיר את אזרחיה ואת חלליה. דורות של חיילים התחנכו ואף הקריבו את חייהם ואת שלמות גופם על האתוס שלא משאירים חבר, חי או מת, בשדה הקרב. המדיניות הנוגעת להחזקת גופות מחבלים לא נועדה לצורכי ענישה אלא לצורכי משא ומתן. מדיניות זו היא אחד האמצעים שבהם נוקטת המדינה, בלית ברירה, על מנת להשיב את חיילי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור. אך לצורך המקרה שלפנינו איני נדרש לבחון את מכלול השאלות האתיות-מוסריות-ערכיות הנוגעות למדיניות של החזקת גופות מחבלים ולשימוש בהן כ"קלפי מיקוח" אל מול ארגון החמאס.

4. בעת שעריקאת ביצע את ניסיון פיגוע הדריסה, עמדה בתוקף החלטת הקבינט המדיני-ביטחוני מיום 1.1.2017 (להלן: החלטת הקבינט הראשונה) לפיה גופות מחבלים



בשיוך חמאס או גופות מחבלים שביצעו אירוע טרור חריג במיוחד, יוחזקו בידי ישראל. הרציונל מאחורי החלטה זו היה שאין משקל גופת מחבל עם שיוך ארגוני לחמאס או גופת מחבל שביצע פיגוע חריג כמשקל גופת מחבל בודד ללא שיוך ארגוני. בדומה, בבג"ץ 6314/17 נמנס נ' ממשלת ישראל (4.6.2019), שם נדונה ההחלטה למנוע ביקורי משפחות אצל אסירים ביטחוניים מעזה המשתייכים לארגון חמאס, נטען על ידי המדינה כי יש "שוני רלוונטי בין קבוצת האסירים השייכים לארגון הטרור חמאס אשר מחזיק בגופות חיילי צה"ל ובאזרחים ישראלים ברצועת עזה, לבין האסירים האחרים".

אין חולק כי עניינו של עריקאת לא נפל בגדרה של החלטת הקבינט הראשונה, וכפי שאישרו המשיבים בתשובתם לצו על תנאי, "בתום בחינה זו נמצא כי הגופה אינה עומדת בתנאים הקבועים בהחלטת הקבינט הנ"ל [...] אין מחלוקת כי המשך עיכוב השבתה של הגופה שבנדון מצריך את שינויה של החלטת הקבינט הנוכחית מיום 1.1.17".

יש להניח שכאשר עריקאת ביצע את ניסיון פיגוע הדריסה, הוא לא כלכל את מעשיו מתוך מחשבה לגבי מה שיעשה או לא ייעשה עם גופתו, כך שאין להכיר בטענת "הסתמכות" שלו או של בני משפחתו על החלטת הקבינט הראשונה. אך החשוב לעניינו הוא, שכאשר המפקד הצבאי המשיך להחזיק בגופתו של עריקאת, הוא עשה זאת בניגוד להחלטת הקבינט הראשונה, שעמדה בתוקפה עד ליום 2.9.2020, שאז החליט הקבינט הביטחוני להרחיב את הקריטריונים להחזקת גופות מחבלים על כל מחבל, ללא קשר לשיוכו הארגוני, אם רצח או פצע אדם או נשא אמצעי לחימה קר או חם (להלן: החלטת הקבינט הנוכחית). החלטת הקבינט הנוכחית מצטרפת לשורה של אמצעים וצעדים שבהם נקטה המדינה על מנת לקדם משא ומתן אפקטיבי עם ארגון החמאס לשחרור אברה מנגיסטו ושעבאן א-סייד ולהשבת גופותיהם של סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר אורון שאול ז"ל.

5. החלטת הממשלה באמצעות הקבינט המדיני-ביטחוני מחייבת את הדרג הצבאי, אשר אמור ליישם את מדיניות הדרג המדיני, בכפוף לעקרונות המשפט המינהלי. כפי שגורם מינהלי אמור לפעול על פי ההנחיות הפנימיות שבתוקף, ולא על פי הנחיות חדשות שנוצרו לאחר או בעקבות הפעולה מושא ההנחיה המינהלית, כך גם במקרה דנן. הדברים פשוטים ונובעים מעקרון חוקיות המינהל ולפיו פעולה מינהלית אינה יכולה להיעשות ללא הסמכה, ו"כגודל הפגיעה בזכות כך גודל ההסמכה הנדרשת" (דברי השופט פוגלמן בעניין עליאן, בפסקה 3 לפסק דינו).

ודוק: אני נכון להניח כי ייתכנו מקרים חריגים שבהם יש להביא בחשבון שינוי של המצב המשפטי, בשל החלטה או הנחייה שאמורה להיכנס לתוקף בתוך זמן קצר. אך המקרה שלפנינו לא הצדיק, לטעמי, סטייה מהחלטת הקבינט הראשונה, כך שהלכה למעשה, גופתו של עריקאת הוחזקה שלא כדין משך למעלה מחודשיים על ידי המפקד הצבאי עד שהתקבלה החלטת הקבינט הנוכחית. במקרה אחר, גם שם נטען להפעלת "מנופי לחץ" על חמאס - האיסור על קרובות משפחה מדרגה ראשונה של אנשי חמאס להיכנס לישראל לקבלת טיפול מציל חיים - נאמר כי "תכלית השו"ן, על אף חשיבותה הרבה שאינה שנויה במחלוקת, אינה יכולה להצדיק כל אמצעי באשר הוא" (בג"ץ 5693/18 ציאם נ' ראש הממשלה, פסקה 29 (26.8.2018)).

ובענייננו, בהינתן שגופתו של עריקאת הוחזקה שלא כדין ושלא בגדר החלטת הקבינט הראשונה, אני סבור כי יש לעשות את הצו למוחלט ולהורות על השבת הגופה. זאת, מבלי לגרוע מסמכות המפקד הצבאי לקבוע תנאים מגבילים שיבטיחו את שמירת הסדר הציבורי בעת החזרת הגופה או קבורתה.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

מסכים אני לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל כי דין העתירה להידחות תוך ביטול הצו על תנאי שניתן בה.

1. נקודת המוצא היא כפי שהצביע חברי השופט הנדל, כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופת מחבל משיקולים של ביטחון המדינה ושלום אזרחיה. השאלה אימתי הקבורה הארעית מקדמת את התכלית הביטחונית מסורה לשיקול דעתו של המפקד הצבאי (דנג"ץ 10190 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון נ' עליאן, פסקה 35 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות (9.9.2017) (להלן: עניין עליאן), כאשר השיקולים הם שיקולים שבמומחיות צבאית וביטחונית (השוו: בג"ץ 8414/05 יאסין, ראש המועצה הכפרית בילעין נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(2) 822, 844 (2007) והאסמכתאות שם). תפקיד הקבינט

המדיני-ביטחוני (להלן: הקבינט) הוא להבנות את שיקול הדעת של המפקד הצבאי ולתת לו קווים מנחים לאופן הפעלת שיקול הדעת. על כן, גם במקרה שהוחזקה גופת מחבל שלא על פי הנחיות הקבינט, אין המדובר בהחזקה שלא כדין כדברי חברי השופט 'עמית, היינו ללא סמכות, אלא בטעות באופן הפעלת הסמכות (וראו לעניין זה: בג"ץ 1827/92 התאחדות התעשיינים בישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(4) 383, 368 (1992); בג"ץ 2959/17 אלשוואמרה נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (20.11.2017); רע"פ 3199/20 זייצב נ' מדינת ישראל, פסקה 1 לחוות דעתי (12.8.2021)); ובמקרה זה במלאכת האיזון הנדרש בין השיקולים הביטחוניים מצד אחד לבין כבוד המת וכבוד משפחתו מצד שני (עניין עליאן, פסקאות 13, 29 לחוות דעתה של הנשיאה).

2. זאת ועוד, הקושי העיקרי שמצא חברי השופט עמית במקרה זה נעוץ בכך שעניינו של עריקאת לא מצוי בגדרה של החלטת הקבינט הראשונה מיום 1.1.2017 אלא בהחלטה השנייה מיום 2.9.2020 (להלן: החלטת הקבינט השנייה). על כן להשקפתו של חברי, גופתו הוחזקה שלא כדין החל ממועד תפיסתה ועד למועד קבלת ההחלטה השנייה. ברם, חרף העובדה שאינה שנויה במחלוקת שעריקאת לא השתייך לארגון טרור, החומר הסודי שהוגש לעיונינו מצביע על כך שיש להגדירו כמחבל, והחזקת גופתו על ידי המפקד הצבאי מקדמת על פי התרשמותי את התכלית הביטחונית שלשמה היא מוחזקת. זאת על אף שמועד מותו קדם למתן החלטת הקבינט השנייה. בכל מקרה, אף אם ישנו מקום לאמץ את הגישה המחמירה יותר, עדיין איני רואה מקום להורות על החזרת הגופה ויש לנקוט בגישה מתונה יותר של שימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית (וראו: בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט, פסקאות 81-82 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (13.5.2020)).

3. ומעבר לכל האמור, מוצא אני קושי בהתערבות בשיקול דעתם של הקבינט ושל המפקד הצבאי. לטעמם של אלה קיימת תועלת בהחזקת גופות מחבלים על אף שאין להם שיוך ארגוני. תועלת זו שבלתי ניתנת לעת הזאת למדידה, עשויה להוביל לקידום משא ומתן להשבת אזרחי ישראל וחללי צה"ל משבי ארגון החמאס. על כן במכלול השיקולים ונוכח ההלכה שיש לנקוט בריסון מרבי בביקורת השיפוטית המופעלת על החלטות הקבינט שעה שהוא מקבל החלטה מדינית-ביטחונית מובהקת (וראו: בג"ץ 9594/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, פסקה 13 (21.4.2010)), הפתרון שמציע חברי השופט הנדל, על פיו לעת הזאת העתירה תידחה ובעתיד לבוא ניתן לבדוק את מאזן האינטרסים בשנית, הוא פתרון ראוי ונכון. ככלות הכל, כנגד עיקרון שמירה על כבוד המת של עריקאת מוצבת השמירה על כבוד המת של חללי צה"ל המוחזקים בידי החמאס. וכנגד כבוד המת של עריקאת מוצב עיקרון פדיון

השבויים המוחזקים בידי החמאס. וכפי שהטיב לומר זאת חברי השופט הנדל בבג"ץ  
 4466/16 עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 15 לחוות דעתו  
 (14.12.2017):

"תכלית כללית נוספת הנגזרת מערכי היסוד של המדינה  
 היא ערך 'פדיון השבויים'. בין אם מדובר ברכיב  
 אינטגרלי של 'ביטחון המדינה', ובין אם לאו, קשה  
 לפקפק במשמעות שיוחסה לערך זה במסורת היהודית –  
 כמו גם באתוס הישראלי. כפי שהיטיב לתאר המשנה  
 לנשיא מ' חשין בעניין דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר  
 הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000):

'לא בכדי נקבעה המצווה של פדיון שבויים –  
 והיא מצווה נעלה-מכל-נעלה – והרי כל  
 ישראל (ולענייננו שלנו: לא רק ישראל) ערבין  
 זה-בזה. כוחו של צבא הוא באחוות-הלוחמים  
 בו, ואחוות-לוחמים היא אחווה מעשה-  
 מיקשה, לעת קרב ובנפול לוחם בשבי האויב.  
 וכשבועת שלושת המוסקיטרים, כפי  
 שאלכסנדר דיומה (Alexandre Dumas) שם  
 בפיהם: "Tous pour un, un pour tous".  
 הלוחם יילחם ביודעו כי לא לבדד הוא, כי  
 לעת צרה ייחלצו חבריו להצילו. מצוונים  
 ועומדים אנו שלא ננטוש פצוע בשדה, וכמותו  
 של פצוע לא נשקוט עד לשחרור שבויינו  
 משביים. לוחמים היו כמטפסי-הרים הקשורים  
 אלה-אל-אלה בחבל ובגורל, ומטפס שידו  
 שמטה וגופו נזרק אל-תהום, חבריו יצילוהו  
 (עמ' 747).

כל המוסיף גורע.

אשר על כן, הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט נ' הנדל, אליה הצטרף השופט ד' מינץ כנגד דעתו החולקת של השופט י' עמית.

ניתן היום, י' באלול התשפ"א (18.8.2021).

שופט

שופט

שופט

---

מא 20044620\_Z24.docx  
מרכז מידע, טל' 077-2703333 \*3852 ; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il>