

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4462/20

מוסטפא מוסא חסין עריקאת

כולם על-ידי ב"כ עו"ד סאוסן זהר ואח'
עדאללה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, חיפה
טלפון: 04-9501610; נייד: 052-6399147 פקס': 04-9503140
דוא"ל: sawsan@adalah.org

העותר

נ ג ד

1. המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון

2. שר הביטחון

כולם על-ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466590; פקס': 02-6467011

המשיבים

הודעה מעדכנת מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 24.11.20, ובכפוף להכרעה בבקשת ארכה מיום 17.12.20, מוגשת בזאת הודעה מעדכנת מטעם המשיבים, כדלקמן.

2. כזכור, ביום 18.11.20 התקיים דיון בהתנגדות לצו על תנאי בעתירה שבכותרת. בעקבות זאת, ביום 24.11.20, ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד המורה כדלקמן:

"התקיים דיון ארוך, שבו שמענו את באי כוח הצדדים, ואת המשיבים וגורמי בטחון שונים במעמד צד אחד. בסיום הדיון הבהרנו לצדדים כי נבקש עדכון בנושאים שונים, לרבות דברי בא כוח משיבי המדינה כי יש תהליך שאמור להסתיים בקרוב, שעניינו קביעת כללים ביחס להחלטה החדשה הרלוונטית לעתירה. החומר יוגש עד לתאריך 17.12.2020. עם קבלת החומר התיק יובא לראש ההרכב באופן מידי, על מנת להמשיך את הטיפול בו, לרבות קבלת תגובה מטעם העותרים.

לנוכח רגישות הסוגיה מושא העתירה והשתלשלות ההליך, על המשיבים לעמוד בלוח הזמנים שנקבע."

3. לאור האמור, נתייחס עתה לעניין קביעת הכללים הנזכרת לעיל, וכן לסוגיות הנוספות אשר הועלו במסגרת הדיון בהתנגדות למתן צו-על-תנאי.

אמות מידה באשר ל"מקרים מיוחדים" שבהם מוסמך שר הביטחון להורות על השבת גופה של

מחבל

4. כזכור, ביום 2.9.20 התקיימה ישיבת הקבינט המדיני-ביטחוני ובסיומה התקבלה החלטת קבינט בדבר עדכון מדיניות הטיפול בגופות מחבלים, שנוסחה הוא כדלקמן (להלן: **החלטת הקבינט החדשה**):

"מ ח ל י ט י ם, לעדכן את החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מס' 171/ב 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."

5. אשר לסיפת החלטת הקבינט החדשה, לפיה "בסמכותו של שר הביטחון לחרוג ממדיניות זו במקרים מיוחדים":

כפי שעדכנה המדינה עוד במסגרת הדיון (ראו, למשל, עמ' 12-13 לפרוטוקול הדיון), שאלת קיומם של קריטריונים שצריכים להילקח בחשבון לצורך החלטה על השבת גופת מחבל, נדונה לאחרונה בידי גורמי המדינה השונים (על רקע תיק אחר תלוי ועומד שעניינו בהחזקת גופת מחבל – בג"ץ 4274/18 פלוני נ' משטרת ישראל).

בהמשך לאמור, ועל רקע הדיון שהתקיים בעתירה שבכותרת ביום 18.11.20, ולאור החלטת בית המשפט הנכבד בענייננו, נערכה בשבועות האחרונים עבודת מטה במערכת הביטחון, שתכליתה להבהיר את אמות המידה שלפיהן מפעיל שר הביטחון את סמכותו להורות על החזקת גופת מחבל ואת סמכותו להורות על השבת "מקרים מיוחדים". בסיומה של עבודת מטה זו גובשו הנחיה בחתימת רמ"טית שר הביטחון ונוהל פנימי מיישם בצה"ל, אשר מוסיפים ומחדדים על הנהלים הקיימים בצה"ל בנושא החזקת גופות מחבלים.

עניינם של הנחיה ונוהל אלה בשני היבטים.

ראשית, בתמצית, הנוהל הצבאי הפנימי מחדד את סדר הפעולות והמידע שיש להביא בפני שר הביטחון, על מנת שיקבע, בהתאם להחלטת הקבינט, אם גופת מחבל עומדת בתנאים להחזקתה בידי מדינת ישראל, ויורה למפקד הצבאי להחזיקה. בהתאם, ולנוכח העובדה כי שר הביטחון נדרש מלכתחילה לשאלת החזקתה של גופה מסוימת רק לאחר השלמת "סבב עמדות" במערכת הביטחון, הנוהל מבהיר לגופים המשתתפים בסבב זה איזה מידע עליהם להביא בפני שר הביטחון לצורך הפעלת סמכותו (בעניין החלטת הקבינט החדשה - האם מדובר במקרה שבו המחבל רצח או פצע אדם או נשא אמצעי לחימה חם או קר).

שנית, ובכך העיקר לענייננו, נדרשים ההנחיה ובהתאמה גם הנוהל, לאמות המידה שלאורן ישקול שר הביטחון אם להפעיל את סמכותו, הקבועה בהחלטת הקבינט החדשה, להורות על השבת גופות מחבלים ב"מקרים מיוחדים". נוכח העובדה כי שר הביטחון נדרש גם לשאלה זו רק לאחר השלמת "סבב עמדות" במערכת הביטחון, ההנחיה והנוהל מבהירים לגופים השונים המשתתפים בסבב זה, לאילו אמות מידה עליהם להתייחס בבואם להמליץ לשר הביטחון אם מדובר ב"מקרה מיוחד", שבו מסמיכה אותו החלטת הקבינט החדשה להורות על השבתה של גופת מחבל. ההנחיה והנוהל מדגישים עוד כי ההכרעה אם מדובר ב"מקרה מיוחד" אם לאו, תתבצע בסיומה של בחינה כוללת ומקיפה, הלוקחת בחשבון את כלל השיקולים הרלוונטיים. אף אמת מידה אינה עומדת לבדה, וההכרעה נעשית בראי צורכי השו"ן. כן עולה מן ההנחיה והנוהל כי ההחלטה בנושא תתקבל תמיד לאחר בחינה פרטנית של כל מקרה, על נסיבותיו הספציפיות וכי החלטה סופית בכל מקרה ומקרה תתקבל על ידי שר הביטחון.

ההנחיה והנוהל שגובשו אושרו על ידי שר הביטחון על דעת הרמטכ"ל, ולעמדת היועץ המשפטי לממשלה אין מניעה לאמצם.

ככל שיורה על כך בית המשפט הנכבד, ובהסכמת העותר, תציג המדינה את ההנחיה והנוהל לעיון בית המשפט הנכבד במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות. בכלל זאת, תבקש המדינה להציג את אמות המידה שגובשו לעניין בחינת האפשרות להורות על השבת גופת מחבל, במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות. לנוכח הקשר ההדוק בין ההנחיה והנוהל לבין צורכי השו"ן, גורמי הביטחון סבורים כי קיים קושי ממשי להציג את אמות המידה האמורות באופן גלוי. זאת, בשים לב לצרכי המשא ומתן להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל הנתונים בידי ארגון הטרור חמאס, ובדומה לפרטי מידע אחרים בהקשר זה שאינם גלויים.

ענייניהן של גופות מחבלים פרטניות המוחזקות בידי מערכת הביטחון

6. בהמשך למפורט לעיל, ועל רקע השלמת גיבושן של אמות המידה האמורות, נבחן בימים האחרונים עניינן של מספר גופות מחבלים שהוחזקו מכוח החלטות הקבינט. במסגרת זאת, החליט שר הביטחון, בשים לב לאמות המידה האמורות, להורות על השבת גופתו של המחבל מאהר זעאתרה, שעניינו תלוי ועומד בבג"ץ 6535/20 זעאתרה נ' מפקד כוחות צה"ל. המדינה הודיעה על החלטה זו לבית המשפט הנכבד ביום 15.12.20.

7. כאמור, מערכת הביטחון מוסיפה לבחון את עניינן של גופות מחבלים נוספות, בראי אמות המידה האמורות.

8. בתוך כך, בימים האחרונים נערכה בחינה נוספת בעניינו של המחבל מושא העתירה שבכותרת, וזאת על רקע הדיון שנערך ביום 18.11.20 והחלטת בית המשפט הנכבד מיום 24.11.20, ובשים לב לאמות המידה שגובשו. בסיומה של בחינה זו מצא שר הביטחון כי עניינו של המחבל מושא העתירה עומד בתנאי החלטת הקבינט מיום 2.9.20 להחזקת

הגופה, וכי אין זה "מקרה מיוחד" שבו יש להורות על השבת הגופה. לפיכך, עמדת המדינה, אף לאחר הבחינה הנוספת שנערכה, היא כי אין מקום להתערבות בהחלטה על החזקת הגופה, וכי דין העתירה להידחות.

9. עתה נידרש למספר סוגיות נוספות שהועלו במסגרת הדיון מיום 18.11.20, כדלקמן.

שאלת תחולתה על ציר הזמן של החלטת הקבינט (סוגיית ה"רטרואקטיביות")

10. כזכור, עמדת המדינה לעניין תחולתה של החלטת הקבינט החדשה בעניין גופות אשר הוחזקו עובר לקבלתה, פורטה במסגרת מספר תגובות שהוגשו על-ידיה בהליכים דומים להליך דנן והעוסקים בהחלטת הקבינט ב/171 מיום 1.1.17. לאחרונה אף הוצגה עמדה זו במסגרת "תצהיר התשובה המתוקן מטעם המדינה לעתירה המתקנת מיום 22.10.20" בהליך שבכותרת, מיום 13.11.20, לעניין החלטת הקבינט החדשה.

11. עמדת המדינה, בתמצית, היא כי החלטות הקבינט האמורות חלות על מחבלים שעוכב השבת גופותיהם עשוי לסייע לקידום הסדר להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי חמאס, ולהתוויית פרטי הסדר עתידי שיושג. זאת, בין אם פעילות הטרור שבה היו מעורבים מחבלים אלו אירעה לפני שהתקבלו החלטות הקבינט האמורות, ובין אם אחריהן.

12. נזכיר, כי לעמדת המדינה, המתחייבת מלשון החלטות הקבינט ומתכליתן, לשאלה אם המחבל מצא את מותו, או ביצע את פעילות הטרור לפני או אחרי מועד החלטות הקבינט, אין רלוונטיות לעניין תכלית החלטות הקבינט, העוסקת בסוגיית עיכוב השבת גופותיהם של מחבלים, המצויות בידי המדינה בעת הזו; ובערך הטמון בעצם החזקה זו לצורך משא ומתן עתידי. אם כן, נקודת הכובד הרלוונטית לדיון זה טמונה בעצם תכליתה של החלטת הקבינט, הצופה פני עתיד, ולא שאלת מועד אירוע מותו של המחבל מושא ענייננו או של בני משפחתו. מעבר לכך, ברי כי לא ניתן לטעון ל"זכות קנויה" או "הסתמכות" של משפחת המחבל או בני משפחתו לכך שהחלטה על השבת גופתו תתקבל בהתאם למדיניות הנוהגת בעת ביצוע הפיגוע, ולא בהתאם למדיניות השו"ן התקפה לעת הזו (לאור זאת, ספק אם המונח "רטרואקטיביות" שבו משתמש העותר בטענותיו, הוא הרלוונטי לענייננו; אולם אין צורך למצות טענות בהקשר זה לעת הזו, והמדינה שומרת על כלל טענותיה בנושא).

13. לפיכך, טענה המדינה כי בנסיבות העניין הרי שלא קמה לבני משפחת המחבל טענת "הסתמכות" או "זכות קנויה" כי גופת מחבל תועבר לידם, וזאת נוכח עצם סמכות המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית כאמור הקיימת ועומדת בדיון, כמו גם אופן יישומה לאורך השנים, ובפרט במציאות הקיימת נכון להיום ואשר הוצגה לבית המשפט הנכבד. עמדה זו מתחדדת ביתר שאת מקום בו המדובר ממילא בסוגיה אשר הוצגה בפני בית המשפט הנכבד, תוך שהמדינה הצהירה בפני בית המשפט הנכבד על בחינה הנעשית של אפשרות שינוי החלטת הקבינט הקודמת, עוד בטרם קרות אירוע הטרור במסגרתו מצא את מותו

המחבל מושא העתירה שבכותרת, במסגרת ההליכים מושא בג"ץ 921/20 **מחמד יוסף אחמד כעאבנה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (13.10.20) (להלן: **בג"ץ כעאבנה**).

14. לעניין זה, ובשים לב להערות בית המשפט הנכבד במהלך הדיון (ראו, שורות 20-23 בעמוד 9 לפרוטוקול), נבקש להזכיר כי בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד במסגרת הדיון העקרוני בדנג"ץ 10190/17 **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' מוחמד עליאן** (9.9.19) (להלן: **הדיון הנוסף**), נתונה למפקד הצבאי סמכות להחזיק בגופות מחבלים לצרכי משא ומתן, ולהורות על קבורה ארעית, מכוח תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, (שעת-חירום), 1945. מכאן, שהסמכות להורות על החזקת גופת המחבל מושא ענייננו, הייתה קיימת גם עובר למועד ביצוע הפיגוע ולמועד קבלת החלטת הקבינט החדשה, ואין ענייננו במצב דברים בו התקבלה החלטה מינהלית בחוסר סמכות ובניגוד לעקרון חוקיות המינהל (למען הסר ספק, גם מהערות בית המשפט הנכבד במהלך הדיון, לא עלה כי המדובר בהחלטה שהתקבלה בחוסר סמכות). ענייננו הוא במישור הפעלת שיקול הדעת, ובו בלבד.

15. יתר על כן, ראוי להזכיר – מבלי לגרוע, חלילה, מהערותינו של בית המשפט הנכבד – כי פער הזמנים בין מועד תחילת החזקת הגופה על ידי כוחות הביטחון בענייננו (מועד ביצוע הפיגוע 23.6.20) לבין מועד קבלת החלטת הקבינט החדשה שאיפשרה קבלת החלטה על החזקת הגופה (2.9.20), אינו נובע מגילוי פגם בהליך המינהלי בדיעבד, או מחוסר מעש של הגורמים המוסמכים בתקופה שבין קרות הפיגוע ועד קבלת החלטת הקבינט החדשה.

נזכיר כי הליך בחינת עדכון מדיניות הטיפול בגופות מחבלים, והצפי לאפשרות שינויה של מדיניות זו, הובאו לידיעת בית המשפט הנכבד, עוד בראשית הדברים, וקודם למועד ביצוע הפיגוע מושא ענייננו, זאת במסגרת הבקשה המוסכמת לביטול דיון ולדחיית מועד הגשת התגובה **בבג"ץ כעאבנה**, מיום 15.3.20. כך עדכנה המדינה לעניין זה:

4. "בהמשך לאמור בבקשה המדינה מיום 25.2.20, נבקש לעדכן כי היועץ המשפטי לממשלה קיים שיח עם שר הביטחון [שר הביטחון הקודם, ח"כ נפתלי בנט – הח"מ] בעניין הנדון; בעקבות שיח זה, נמסר משר הביטחון כי בכוונתו להביא לדיון בפני ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-בטחוני) הצעה לשינוי המדיניות המעוגנת כיום בהחלטת הקבינט ב/171 מיום 1.1.2017 בנושא 'מדיניות אחידה לטיפול בגופות מחבלים', אשר הוצגה בפני בית המשפט הנכבד במסגרת ההליכים מושא הדנג"ץ 10190/17 **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן** (ניתן ביום 9.9.19), ובמסגרת ההליכים הפרטניים שנדונו בעקבותיו.

5. מטבע הדברים, בחינה של שינוי מדיניות אפשרי כאמור, כרוכה בעבודת מטה רלוונטית של הגורמים המקצועיים, וכן של גורמי המשפט והמדיניות הרלוונטיים; לפי הנמסר, בהתחשב במהות העניין הכוונה היא להשלים את עבודת המטה הרלוונטית בהקדם האפשרי, ואולם מובן כי הדברים צורכים את עתותיהם, זאת בוודאי שעה שלוחות הזמנים של גורמים רלוונטיים שונים שעמדתם נדרשת לעניין בחינת אפשרות לשינוי החלטת הקבינט, מושפעים בימים אלה מהתמודדות גופי המדינה עם אירועי השעה בהיבטי בריאות הציבור".

16. העתירה מושא ענייננו זה, הוגשה ביום 30.6.20 אגב פיגוע הדריסה אשר בוצע ביום 23.6.20. החל מראשיתו של ההליך ועד למועד החלטת הקבינט החדשה ביום 2.9.20, חלפו – מבלי להקל בכך ראש – פחות מחודשיים ומחצה ימים. במהלך תקופה זו, פירטה המדינה במסגרת כתבי בי-דין שהוגשו בטעמה וכן במסגרת הדיונים בפני בית המשפט הנכבד מיום 22.7.20 ומיום 25.8.20, על אודות הניסיונות לקדם עדכון של מדיניות הטיפול בגופות מחבלים, בדמות הבאת הנושא בפני הקבינט המדיני-ביטחוני, באופן שיהיה רלוונטי גם לעניינה של הגופה מושא העתירה שבכותרת. יוזכר, כי הליכים אלו קודמו ואושרו על-ידי הדרג המדיני הבכיר, במהלך החודשים יולי-אוגוסט 2020, ובמקביל להתמודדות הממשלה עם התפשטות נגיף הקורונה בישראל.

ראו, לדוגמא את בקשת המדינה לדחיית מועד דיון מיום 21.7.20, שם ציינה המדינה כי "[...] השר עודנו פועל להעלאת סוגיית שינוי המדיניות המעוגנת כיום בהחלטת הקבינט המדיני-ביטחוני מיום 1.1.17, לבחינה מחודשת בקבינט המדיני-ביטחוני. בכלל זה נציין כי נערכה בנושא פניה למל"ל, וכי ביום 16.7.20 נדונה הסוגיה במהלך שיח בין שר הביטחון ליועץ המשפטי לממשלה. זאת, מבלי שתהיה בכך 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."

עוד ראו את שפורט במסגרת כתב תשובה מטעם המדינה מיום 23.8.20, במסגרתו נמסר בין היתר, כי "ביום 20.8.20 התקיים דיון בין רמ"טית שר הביטחון לבין ראש אגף מודיעין, אינטגרציה ו-ועדות שרים במל"ל. בהמשך לכך, סוכם בין לשכת שר הביטחון לבין המל"ל לוח זמנים קצר ביותר להכנה לדיון קבינט בנושא גופות מחבלים ולקיומו של דיון כאמור בקבינט המדיני הביטחוני ביום 31.8.2020."

17. מכל מקום, בראי הערותיו של בית המשפט הנכבד שניתנו בדיון, נבקש לחדד כי כל האמור לעיל אינו מובא כדי לטעון שניתן היה להמשיך ולהחזיק את גופת המחבל מושא ענייננו לפרק זמן בלתי מוגבל בלא עדכונה של החלטת הקבינט. נזכיר, כי היועץ המשפטי לממשלה גילה דעתו כי "ככל שלא יהא בידה של המדינה להציג בפני בית המשפט הנכבד בהודעה שתוגש עד ליום 6.9.20 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". מהצהרה מפורשת זאת עולה, כי גם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ראוי היה לתחום את משך הזמן שעד לקבלת החלטת קבינט חדשה; לעמדת המדינה, משעה שבסופו של דבר אכן התקבלה החלטה כזאת ביום 2.9.20, הרי שפרק הזמן שחלף עד קבלתה, בנסיבות ענייננו, לא עולה כדי פגם שנפל בהחלטת המשיבים, ובוודאי לא כדי פגם שבידו להביא לבטלות ההחלטה על החזקת הגופה.

18. למען שלמות התמונה, נזכיר כי קיימות גופות מחבלים נוספות אשר מוחזקות ממועד שקודם להחלטת הקבינט החדשה, וההחלטה בעניינן נבחנה או התקבלה מכוח החלטת הקבינט החדשה, ובהן גופות שבהקשרן תלויות ועומדות עתירות נוספות בפני בית המשפט הנכבד (ראו בהקשר זה: בג"ץ 4799/20 **איאד עדנאן סרחאן סמארה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**; בג"ץ 4719/20 **נואף עבד אלחלים עבד אלמג'יד ח'ואגה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**; בג"ץ 2852/19 **"מחמד פוזי" חליל שוויקי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** - עתירות שבהן הודיעה המדינה כי הוחלט על החזקת הגופות מושא אותם הליכים מכוח החלטת הקבינט החדשה, והגופות הוחזקו עוד טרם החלטת קבינט זו; וכן בג"ץ **זעאתרה הנזכר לעיל**, שבו הוחלט להורות על החזרת הגופה; כן ראו בהקשר: בג"ץ 6108/20 **ריס חליל אבו גזר נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון**, שבו טרם הודיעה המדינה על החלטה סופית בעניין הגופה מושא ההליך (שם). לפיכך, קביעה כי החלטת הקבינט החדשה – גם אם לא נפל בה פגם לגופם של דברים – אינה מחילה עצמה – מבחינת תחולה על ציר הזמן – על הגופה מושא ענייננו, תהא בעלת השלכות רחב גם ביחס לגופות נוספות, ולא תצטמצם לענייניו של המקרה הפרטני מושא ענייננו.

לאור כל האמור לעיל, המדינה תשוב על עמדתה כי דין טענות העותר במישור התחולה על ציר הזמן של החלטת הקבינט – להידחות, וכי עמדת המדינה נותרה בעינה, לפיה החלטת הקבינט מושא ענייננו מחילה עצמה גם על הגופה מושא העתירה.

חוות דעתו החסויה של הרמטכ"ל

19. לבסוף, ובהתאם להערות בית המשפט הנכבד במסגרת הדיון מיום 18.11.20, נעדכן כי סוגיית היקף גילויה של חוות דעתו המקצועית והמודיעינית החסויה של הרמטכ"ל, אשר הוצגה בפני בית המשפט הנכבד במסגרת הדיון במעמד צד אחד – נבחנה, לאור הערות בית המשפט הנכבד, על ידי הגורמים הרלוונטיים. בעקבות בחינה זו, אושר גילויה של הפראפרזה שלהלן, ביחס לחוות הדעת:

"ביום 2 בספטמבר 2020 קבעה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני) עילות נוספות להחזקתן של גופות מחבלים. בבסיס ההחלטה ניצבת הערכה מודיעינית-מקצועית, שלפיה להחזרת גופות מחבלים השלכות ביטחוניות שליליות. לבית המשפט העליון הוצגה, במעמד צד אחד, חוות דעת חסויה של הרמטכ"ל המפרטת הערכה מקצועית זו. כשיקול מרכזי, חוות הדעת קובעת כי, נכון להיום, החזרת גופות מחבלים עלולה לפגוע במשא ומתן להשבת האזרחים הישראלים אברה מנגיסטו והישאם שעאבן א-סייד, וגופותיהם של חללי צה"ל, סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר אורון שאול ז"ל, המוחזקים בידי ארגון הטרור חמאס. חוות הדעת מפרטת, מסבירה ומבססת הערכה מקצועית זו. חוות הדעת נסמכת על חומרים מסווגים וגלויים, ובהם חומרים מודיעיניים; מתייחסת להסכמי עבר להחזרת שבויים וגופות ישראלים שהוחזקו בידי ארגוני טרור, לרבות הסכמים שבהם השיבה מדינת ישראל גופות מחבלים; ומפרטת את הטעמים שבבסיס ההערכה המקצועית.

כמו כן, כשיקול משני, חוות הדעת מציינת כי ארגוני הטרור מנצלים החזרת גופות להאדרת פעילותם וגיוס מחבלים. מסיבות של שמירה על ביטחון מידע, לא ניתן לפרט את תוכנה של חוות הדעת מעבר לכך."

לעמדת המדינה, כפי שהוצגה בהרחבה בתצהיר התשובה המתוקן וכן בדיון שהתקיים בפני בית המשפט הנכבד, חוות הדעת החסויה במלואה, אשר הוצגה לבית המשפט הנכבד במעמד צד אחד, ואשר לעיל מובאת פרפראזה שלה, מצביעה על כך שהתועלת הביטחונית הנובעת מהרחבת קשת המקרים שבהם ניתן לעכב השבת גופות מחבלים לצרכי משא ומתן, ביחס לקריטריונים שנקבעו בהחלטת הקבינט הראשונה, עומדת במבחני המידתיות, וגוברת על הפגיעה בכבוד המת ומשפחתו הנגרמת במקרים שהתווספו כתוצאה מההרחבה.

20. אשר לשיקול המשני הנזכר בחוות דעת הרמטכ"ל, נציין למען הזהירות כי החלטת הקבינט מושא ענייננו התקבלה לצורך תכלית שו"ן, ובהתאם הגופה הקונקרטית מושא העתירה שבכותרת מוחזקת לתכלית שו"ן בלבד. לפיכך, המדינה אינה רואה צורך בהכרעה שיפוטית בכל הנוגע לתכליות אחרות הנוגעות לסמכות השימוש בתקנה 133(3). נשוב בהקשר זה על דברים שכתבה המדינה בהשלמת טיעון במסגרת הדיון הנוסף:

"נזכיר כי התכלית שהוצגה על ידי המדינה לשימוש בתקנה 133(3) בעתירות מושא ענייננו, היתה אחת ויחידה – סיוע בקידום הסדר להשבת אזרחים ישראלים וגופות חללי צה"ל המוחזקים על ידי החמאס ברצועת עזה, ובהתוויית פרטי ההסדר שייקבע. כאמור, דעת הרוב בפסק הדין, כלל לא נדרשה לשאלת יישום התכלית, וממילא אין בנמצא קביעות שלה בסוגיה זו.

נציין, למען הזהירות, ולמעלה מן הנדרש, כי לעמדת המדינה, לא ניתן לשלול כי ייעשה בעתיד שימוש בתקנה 133(3) אף לתכליות אחרות, החורגות מגדר התכלית האמורה. בהקשר זה, תפנה המדינה לדברי כב' השופט הנדל, בדבריו בדעת המיעוט בפסק הדין (ראו, סעיף 10 לחוות דעתו), כי 'מבלי לקבוע מסמרות, אפשר ותקנה 133(3) לתקנות ההגנה – הפוגעת, בראש ובראשונה, בסביבתו הבלתי מעורבת של המחבל המת – טומנת בחובה גם תכלית הרתעתית דומה'; אף המדינה סבורה כי לצורך ההכרעה בדיון הנוסף שלפנינו, אין צורך לקבוע מסמרות בסוגיה זו. המדינה תשוב ותפנה לאמור בסיכום הדיון אצל היועץ המשפטי לממשלה דאז מזוז, מיום 30.8.2004 (הוגש לבית המשפט הנכבד במסגרת ההליכים מושא הדיון הנוסף, ביום 27.9.18), שם צוין כי 'תנאי לפגיעה הטמונה במניעת החזרת גופת מחבלים היא הוכחה, ברמת הסתברות גבוהה, כי צעד זה דרוש לצרכי ביטחון. אין די אפוא בשיקולי הרתעה ערטילאיים' – זאת, להבדיל משיקולים קונקרטיים. מכל מקום, הדברים נכתבים למעלה מן הנדרש ואינם דורשים הכרעה בענייננו, שעה שכלל גופות המחבלים שעניינן נדון כעת, מוחזקות לתכלית של קידום הסדר להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל, המצויים בידי חמאס.

עוד יצוין, בהקשר זה, למען הזהירות, כי החלטת הקבינט מושא ענייננו קובעת, כזכור, כי ככלל, גופות מחבלים תוחזרנה למשפחותיהם בתנאים מגבילים הנקבעים על ידי גורמי הביטחון, ואולם, לכך נקבעו, כזכור,

שני חריגים - גופות מחבלים בשיוך חמאס, וגופות מחבלים שביצעו אירוע טרור חריג במיוחד ('גופות בעלות הקשר מיוחד'), תוחזקה בידי ישראל באמצעות קבורה. החלטת הקבינט מושה עניינו, בנוסחה המלא והמסווג, נוקבת בתכלית של קידום משא ומתן להשבת שבויים ונעדרים (אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המצויים בידי חמאס), כתכלית היחידה לצורך עיכוב השבת גופות מחבלים בשיוך חמאס, ואולם לגבי גופות מחבלים שביצעו אירוע טרור חריג במיוחד ('גופות בעלות הקשר מיוחד'), ההחלטה מציינת כי הללו תוחזקה בידי ישראל 'על מנת למנוע שימוש בהן כסמל במאבק הלאומי הפלשתיני' ו'כדי למנוע תופעת חקיינות', זאת במשולב עם תכלית החזקתן לקידום משא ומתן להשבת שבויים ונעדרים (אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המצויים בידי חמאס). יחד עם זאת יודגש, עמדת המדינה, לאחר שהדברים נבחנו על ידי כלל הגורמים הרלוונטיים, היא כי החלטת הקבינט מושה עניינו נועדה לתכלית של קידום הסדר להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המצויים בידי חמאס, וכי נושא מניעת החקיינות הוא בהקשר לאותה תכלית, ואין המדובר בתכלית נוספת נפרדת.

מכל מקום, נדגיש, למען הסר ספק, כי כלל הגופות שהשבתן מעוכבת, מושה דיון נוסף זה – מוחזקות לתכלית של קידום הסדר להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המוחזקות בידי ארגון הטרור חמאס. זה היה מצב הדברים בעת מתן פסק הדין מושה עניינו, וזהו מצב הדברים אף כיום. זאת ועוד, גם הגופות האחרות מגל הטרור הנוכחי, שמעוכבת השבתן החל מסמוך לאחר החלטת הקבינט ועד שעת כתיבת שורות אלו (קרי: גופות מושה הליכים אחרים תלויים ועומדים שפורטו לעיל, וכן גופות שלא מתנהלים בעניינן הליכים משפטיים), מוחזקות בידי ישראל אך ורק לתכלית של קידום השבת גופות חללי צה"ל וכן השבת אזרחים ישראלים המוחזקים על ידי חמאס ברצועת עזה. נוסף על כך, גם הגופות שמוחזקות בידי ישראל וטרם התקבלה החלטה סופית בעניינן - הרי ששאלת החזקתן נבחנת בראי התכלית האמורה של קידום הסדר להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל, בלבד. לפיכך, כאמור, אין צורך בגדרי דיון נוסף זה להכריע בעניינן של תכליות אחרות שמכוחן עשויות להיות מוחזקות גופות מחבלים בידי ישראל, לעתיד לבוא, מכוח תקנה 133(3).

נזכיר, בהקשר זה, כי בפסיקת בית המשפט הנכבד עובר למתן פסק הדין מושה עניינו – שעה שעלה מן הפסיקה כי קנויה סמכות בידי המפקד הצבאי לעכב השבת גופות מחבלים מכוח תקנה 133(3) – כבר אושרה החזקת גופות מחבלים בידי מכוח תקנה 133(3) אף לתכליות שאינן קידום הסדר להשבת שבויים ונעדרים (ראו לדוגמה בלבד: בג"ץ 7947/15 אלרוב נ' צבא הגנה לישראל (פורסם באר"ש; 2015), הנזכרת בסעיף 28 לתצהיר תשובה מטעם המדינה מיום 21.6.17 בהליכים מושה דיון נוסף זה; פסיקתו של כבוד הנשיא ברק בבג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד מו(5) 1 (1992) הנזכרת בבקשה לקיום דיון נוסף). מכל מקום, כאמור, הדברים נכתבים למעלה מן הנדרש.

יצוין כי המדינה היתה ערוכה להציג לבית המשפט הנכבד את נוסחה המלא והמסווג של החלטת הקבינט מושה עניינו במסגרת הדיון שהתקיים במעמד צד אחד בלבד בעתירות מושה דיון נוסף זה. אולם, בסופו של דבר, בית המשפט הנכבד לא נדרש לנוסח המלא של ההחלטה במהלך הדיון שהתקיים במעמד צד אחד. המדינה תיערך כמובן להציג

את הנוסח המלא של החלטת הקבינט האמורה לבית המשפט הנכבד גם במסגרת הדיון הנוסף הקבוע ליום 17.7.18.

סיכומם של דברים בהקשר זה: המדינה סבורה כי אין צורך או עילה להידרש בגדרי הליך נוסף זה לתכליות החורגות מסוגיית החזקת גופות מחבלים לצורך קידום הסדר להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המצויים בידי חמאס, והיא מבקשת, כי ייקבע כי התכלית האמורה, שהיא שהוצגה בעניינן של הגופות מושא ענייננו, היא תכלית ראויה, מבלי צורך לקבוע מסמרות בעניינן של תכליות אחרות, שאין גופה קונקרטיה המוחזקת לצרכיהן לעת הזו.

ואכן, בעקבות זאת קבעה כב' הנשיאה חיות בפסק הדין בדיון הנוסף, בסעיף 9:

"בבחינת למעלה מן הצורך, מציינת המדינה כי אין לשלול את האפשרות שבעתיד ייעשה שימוש בתקנה אף לתכליות אחרות החורגות מהחזרת שבויים חיים או גופות של חיילים ואזרחים ישראלים. עוד מציינת המדינה למען הזהירות כי החלטת הקבינט בנוסחה המלא והמסווג מתייחסת לתכלית של קידום משא ומתן כתכלית יחידה לצורך עיכוב השבת מחבלים בשיוך חמאס. ולגבי גופות מחבלים שביצעו אירוע טרור חריג במיוחד, ההחלטה מציינת כי הללו תוחזקנה על מנת למנוע שימוש בהן כסמל במאבק וכדי למנוע תופעת חקיינות, במשולב עם תכלית ההחזקה לצרכי משא ומתן."

והוסיפה בהמשך:

"תכלית נוספת עליה עמד השופט נ' הנדל, המסתעפת לדבריו 'מתכלית השמירה על ביטחון המדינה והסדר הציבורי, היא יצירת הרתעה אישית וסביבתית' (פסקה 10 לחוות דעתו). המדינה מצידה טוענת כי היא אינה מחזיקה בגופות לתכלית הרתעתית (פסקה 38 להשלמת הטיעון של העותרת מיום 8.6.2018), אך אינה מסתייגת מקביעה זו. הקביעה כי החזקת גופות אפשרית גם לתכלית הרתעתית היא שאלה נכבדה המעוררת קשיים לא מעטים (ראו, ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 85, 187 (2016)) אך נוכח עמדת המדינה לפיה היא אינה מחזיקה בגופות לתכלית זו, לא ראיתי מקום לטעת בה מסמרות."

21. לעמדת המדינה, דברים אלה יפים גם לענייננו – קרי, משעה שהחלטת הקבינט החדשה התקבלה לתכלית שו"ן, ולשם כך אף מוחזקת הגופה הקונקרטיה מושא ענייננו – אין צורך לקבוע כל מסמרות ביחס לתכליות אפשריות אחרות של הפעלת תקנה 133(3).

22. סיכומם של דברים הוא כי לעמדת המדינה, על בסיס האמור בתצהיר התשובה המתוקן מטעמה, ועל בסיס האמור לעיל, דין הצו על תנאי להתבטל, ודין העתירה להידחות, וכי אין מקום למתן הסעד המבוקש, קרי להתערבות בהחלטה הפרטנית על עיכוב השבת גופת המחבל מושא ענייננו – החלטה שהתקבלה בהתאם להחלטת הקבינט החדשה; למעלה מן הנדרש, סבורה המדינה כי אין מקום להתערבות בהחלטת הקבינט החדשה.

כאמור בתצהיר התשובה המתוקן, הדברים אמורים בשים לב למתחם ההתערבות המצומצם והמרוסן ביותר בכגון דא, ובשים לב לכך שהחלטת הקבינט החדשה - הנסמכת על עמדתו המקצועית של הרמטכ"ל - אינה חורגת ממתחמי המידתיות והסבירות, והיא אינה לוקה ב"רטרואקטיביות" אסורה, בניגוד לטענת העותר; עוד כאמור בתצהיר התשובה המתוקן, עמדתה זו של המדינה מבוססת על מכלול השיקולים הרלוונטיים לענייננו, ובשים לב לתכלית החלטה שהיא קידום משא ומתן להשבת אזרחי ישראל וחללי צה"ל הנתונים בידי ארגון הטרור חמאס.


על כל פנים, לעמדת המדינה, על מוקד הביקורת השיפוטית בענייננו להיות נעוץ בהחלטות הקונקרטריות המתקבלות בעניינה של כל גופה וגופה מכוח החלטות הקבינט, שעומדות או תעמודנה לביקורתו השיפוטית של בית המשפט הנכבד במסגרת הליכים פרטניים, חלף התערבות בהנחיה הכללית של הקבינט המדיני-ביטחוני. **הדברים נכונים על דרך קל וחומר, שעה שכאמור לעיל, בעקבות עבודת מטה שנערכה, גובשה רשימת אמות מידה לעניין התקיימותן של נסיבות מיוחדות העשויות להצדיק השבה של גופת מחבל (כאמור, ככל שיורה על כך בית המשפט הנכבד, ובהסכמת העותר, יוצגו הדברים במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות).**


23. כאמור, עניינה של הגופה מושא העתירה נבחן פעם נוספת, ושר הביטחון מצא כי גופת המחבל מושא העתירה דן עונה על תנאי החלטת הקבינט החדשה, וכי לא מתקיימות בעניינה נסיבות מיוחדות המצדיקות את החזרתה, ועל-כן יש להמשיך ולהחזיקה לטובת התכלית העומדת בבסיס החלטת הקבינט האמורה. נוכח האמור לעיל, יטענו המשיבים כי דין העתירה להידחות, כאמור.

24. העובדות המפורטות בהודעה מעדכנת זו והנוגעות לגורמי צה"ל, נתמכות בתצהירו של סא"ל איילון פרץ, רז"ר מרכז באגף המבצעים של צה"ל; העובדות המפורטות בתגובה זו והנוגעות לאמות המידה שאושרו בנוגע לסמכותו של שר הביטחון להורות על השבת גופת מחבל בהתקיים נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, נתמכות בתצהירה של גבי מעיין ישראל, רמ"טית שר הביטחון.

היום, ה' בטבת, תשפ"א

20 בדצמבר, 2020


שרון אמיר, עו"ד
סגנית במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה


אבי מיליקובסקי, עו"ד
ממונה על ענייני בג"צים (בפועל)
בפרקליטות המדינה

תצהיר

אני הח"מ, גיאן סרף, לאחר שהזהרתי כי עליי לומר את האמת וכי אם לא אעשה כן אחיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר בזאת כלהלן:

1. אני משמש בתפקיד רצף הגרנט סאלז.
2. תצהירי זה ניתן לתמיכה בהודעה המועדכנת מטעם המשיבים בבג"ץ 4462/20 (להלן: הודעת המשיבים).
3. העובדות המפורטות בהודעת המשיבים והנוגעות לגורמי צה"ל, הן אמת למיטב ידיעתי ואמונתי, וידועות לי מתוקף תפקידי.
4. זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.



אישור

אני הח"מ, אסתר ארליך, עו"ד, מאשר בזה כי ביום 27.12.2020 הופיע בפניי מר גיאן סרף, המוכר לי אישית, ולאחר שהזהרתיו כי עליו לומר את האמת, שאם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, חתם בפני על תצהירו.



גיאן סרף
84543 ל.ה.

תצהיר

אני הח"מ, אמין יואל, לאחר שהוזהרתי כי עליי לומר את האמת וכי אם לא אעשה כן אהיה צפוייה לעונשים הקבועים בחוק, מצהירה בזאת כלהלן:

1. אני משמשת בתפקיד (מ"ל) לנהל
2. תצהירי זה ניתן לתמיכה בהודעה המעדכנת מטעם המשיבים בבג"ץ 4462/20 (להלן: **הודעת המשיבים**).
3. העובדות המפורטות בהודעת המשיבים והנוגעות לאמות המידה שאושרו בנוגע לסמכותו של שר הביטחון להורות על השבת גופת מחבל בהתקיים נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, הן אמת למיטב ידיעתי ואמונתי, וידועות לי מתוקף תפקידי.
4. זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.



אישור

אני הח"מ, ל מלכה, עו"ד, מאשר בזה כי ביום 17.12.20 הופיע בפני גב' אמין יואל, המוכרת לי אישית, ולאחר שהוזהרתי כי עליה לומר את האמת, שאם לא יעשה כן תהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, חתם בפני על תצהירו.

שי מרצבי, עו"ד מ.ג. 75674
אגף הדין המשפטי למערכת הביטחון

