

בעניין:

מוסטפא מוסא חסין עריקאת ת.ז. 930221601

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: HCI-dep@justice.gov.il

המשיבים

עיקרי טיעון מטעם העותר

העותר מתכבד להגיש בזאת את עיקרי הטיעון מטעמו לקראת הדיון בפני בית המשפט הנכבד ביום 18.11.2020:

1. עניינה של העתירה המתוקנת הוא בבקשה מבית המשפט הנכבד להפוך את הצו על תנאי שניתן ביום 22.7.2020 שהופנה למשיבים ואשר הורה להם "לבוא ולנמק מדוע לא ימסרו לעותר בהקדם האפשרי את גופת בנו אחמד עריקאת ת.ז. 851434019, תושב אבו דיס, על מנת להביאו לקבורה מיידית בבית הקברות באבו דיס על ידי המשפחה" – לצו מוחלט וכן לחייב את המשיבים בהוצאות משפט.

2. עיקרי הטיעון מטעם העותר יסתמכו על הטיעונים המפורטים בעתירה המתוקנת שהם מקיפים וביכולתם לענות על טיעוני המשיבים שעלו בתצהיר תשובתם ועל כן נבקש להביא כאן התייחסות קצרה ביותר לטיעוני המדינה. כמו כן, נבקש להדגיש כי מפאת חוסר הזמן מיום הגשת תצהיר התשובה ועד ליום הגשת עיקרי הטיעון, יבקש העותר לחדד ולהשלים את טיעוניו בעל פה במהלך הדיון שיתקיים ביום 18.11.2020.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה החלטת הקבינט החדשה מעלה קשיים משפטיים

3. נבקש תחילה להדגיש את האמור לקראת סוף תצהיר התשובה לצו על תנאי הנוגע לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בנוגע להחלטת הקבינט החדשה מיום 2.9.2020 וכן להחזקת גופת המנוח אחמד עריקאת מושא העתירה המתוקנת. בפסקה 58 מביאה המדינה את עמדתו של היועץ המשפטי כדלקמן:

"יצוין כי לאור כל האמור לעיל, סבר היועץ המשפטי לממשלה כי אמנם, החלטת הקבינט החדשה כרוכה בקשיים משפטיים בלתי מבוטלים. ראשית, בעוד שבהחלטת הקבינט הקודמת הכלל הוא כי "גופות מחבלים תוחזרנה בתנאים מגבילים הנקבעים על ידי גורמי הביטחון", והחריג לכלל הוא כי גופות בשיוך חמאס או בעלות הקשר מיוחד – תוחזקנה, הרי שעל פי החלטת הקבינט החדשה – הכלל הוא הימנעות מהחזרת גופות מחבלים, תוך שמכלל זה ניתן לחרוג על פי החלטת שר הביטחון במקרים מיוחדים. דבר זה מעורר קושי במישור המידתיות, בשים לב לפסיקת בית המשפט הנכבד (דעת המיעוט של כב' השופט הנדל בבג"ץ מושא הדיון הנוסף; דעת הרוב בדיון הנוסף), אשר עמדה על היותה של מדיניות החזקת גופות המחבלים שהוצגה בפני בית המשפט הנכבד באותה עת, מצומצמת ומוגבלת; וכן במישור הפעלת שיקול הדעת, בשים לב לאמור בעמדותיהם השונות של גורמי המקצוע."

תצהיר התשובה המשיך וציין מדוע למרות העמדה העקרונית לעיל של היועץ המשפטי, הוא סבור כי "הקשיים המשפטיים הכרוכים בהחלטה אינם עולים כדי מניעה משפטית, ואין מקום להתערבות שיפוטית בה."

4. הנה כי כן, עמדתו העקרונית של היועץ המשפטי הינה כי החלטת הקבינט החדשה מיום 2.9.2020, מעלה קשיים משפטיים.

תשובת המדינה לטענת העדר הסמכה

5. להבדיל מהדיונים הקודמים בעתירה זו שבה המדינה הודתה בפני בית משפט נכבד זה כי החזקת הגופה הנדונה אינה עונה על פסק הדין בדנג"ץ עליאן (דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון נגד מוחמד עליאן (פסק דין מיום 9.9.2019) (להלן: דנג"ץ עליאן)), כעת משנה המדינה כיוון ותוך תקופה קצרה. המדינה טוענת היום כי למעשה תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת – חירום), 1945, המסמיכה את המפקד הצבאי להחזיק גופות לצורך קבורה ארעית, חלה גם על החלטת הקבינט החדשה מיום 2.9.2020 וכי החלטת הקבינט החדשה שמאפשרת להחזיק בכל גופה בכל נסיבה והפכה את החריג המאפשר החזקת גופה לצורך קבורה ארעית לכלל- היא מתיישבת עם דנג"ץ עליאן.

6. אין לקבל טיעון זה שכן ההחלטה בדנג"ץ עליאן נקבעה על רקע החלטת הקבינט הקודמת מיום 1.1.2017 אשר קבעה תנאים מסויימים להחזקת גופות: שיוך לחמאס והיות הארוע הביטחוני חרגי וקיצוני. לכן ההחלטה בדנג"ץ לא חלה באופן כוללני על החזקתה של גופה, אחרת המשמעות תהא גורפת ומנוגדת באופן קיצוני להלכה הפסוקה. בעתירה המתוקנת הפנה העותר לקביעות של שופטי הרוב בדנג"ץ עליאן, מהם עולה בבירור כי הקביעה של

בית המשפט בנוגע לקיומה של ההסמכה, נקבעה על רקע החלטת הקבינט וחוות דעת היועמ"ש מזוז משנת 2004.

7. המדינה מציגה את **דנג"ץ עליאן** באופן הקיצוני ביותר. אין אפשרות לקרוא את חוות הדעת של הרוב בדנג"ץ בתור זו הקובעת כי קיימת חקיקה בישראל הקובעת כי הצבא רשאי להחזיק בכל גופה לצורך מו"מ בין אם מדובר בגופה ששייכת לחמאס או אחרת ובין אם מדובר בגופת אזרח או אחר. קריאה כזו הופכת את פסק הדין לקיצוני ביותר שאין לו אחר ורע בעולם. מעולם לא התקיים דיון בפני שופטי **דנג"ץ עליאן** סביב שאלה זו.

8. יודגש, כי גם אם היו אמרות כאלה או אחרות על ידי שופטי הרוב בדנג"ץ **עליאן** לגבי ההסמכה לקבורה זמנית של כל גופה להבדל מגופות המשויכות עם ארגון חמאס, הרי הטיעון והדיון הדומיננטי שהיה בפני בית המשפט נגע להחזקת גופות המשויכות לארגון חמאס וזאת במסגרת החלטת הקבינט הקודמת שהתמקדה בהחזקת גופות חמאס ולא בהחזקת כל גופה ללא קשר לשיוך.

9. הדברים הודגשו גם על ידי המדינה בכתבי הטענות שהוגשו **דנג"ץ עליאן**. כך למשל בכתב בית הדין הנושא כותרת "השלמת טיעון מטעם המשיבים" שהוגש על ידי המדינה במסגרת **דנג"ץ עליאן** ביום 7.6.2018 נטען כדלקמן :

"החלטת הקבינט מושא ענייננו, בנוסחה המלא והמסווג, נוקבת בתכלית שי 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 תוחזקנה בידי ישראל "על מנת למנוע שימוש בהן כסמל במאבק הלאומי הפלשתיני" ו"כדי למנוע תופעות חקיינות", זאת במשולב עם תכלית החזקתן לקידום משא ומתן להשבת שבויים ונעדרים (אזרחי ישראל וגופות חללי צ"ל המצויים בידי חמאס). יחד עם זאת יודגש, עמדת המדינה, לאחר שהדברים נבחנו על ידי כלל הגורמים הרלוונטיים, היא כי החלטת הקבינט מושא ענייננו 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." (ההדגשה במקור) פסקה 38 עמוד 14 להשלמת הטיעון מטעם המשיבים תיק **דנג"ץ עליאן**.

10. התכלית החדשה שעולה על ידי המשיבים היום מעולם לא היתה התכלית הדומיננטית שנדונה בדנג"ץ **עליאן**. בעלי הדין, לרבות המשיבים בדנג"ץ לא התייחסו לתכלית רחבה זו במסגרת טיעוניהם. לכן התכלית שהמדינה במקשת להעלות כעת, שהיא החזקת כל גופה באשר היא, היא בבחינת תכלית חדשה שמעלה את השאלה: האם התקנה שתכליתה היא תכלית רחבה בדבר החזקת כל גופה לצורך מו"מ הינה לתכלית ראויה? העותר יטען כי מעולם לא נדונה תקנה כלשהי על בסיס תכלית רחבה זו ומעולם לא נקבע כי התקנה מסמיכה את המשיבים להחזיק גופה על בסיס כל תכלית שהם קובעים.

11. המשיבים מודים כי הם מרחיבים את המקרים אך לטענתם הרחבה זו אינה משפיעה על עצם קיומה של הסמכות כי היא שאלה למידתיות ולהפעלת שיקול הדעת. ללא קשר לנכונות טיעון זה, הרי גם הכמות משפיעה על האיכות, היינו הגורפות כשלעצמה הופכת את התכלית לבלתי ראויה. בהקשר זה נפנה לפסק דינו של השופט עמית שנקבע לאחרונה בעניין **גרסגהר** שדן בחוקתיותו של סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקון חקיקה והאות שעה), התשע"ה – 2014. שם קבע, כי במקרים מסויימים, במיוחד אלה בהם ישנה הצטברות של פגיעה בזכויות אדם, יש לבחון את חוקיות התכלית של החוק לאור ניתוח המידתיות שלו. לפי קביעתו זו של השופט עמית, בחינת התכלית אמורה להיעשות לאור חומרת הפגיעה ולא במנותק ממנה וכך בלשונו:

"התכלית של החוק אינה נבחנת אפוא בבדידותה, במנותק מהפגיעה בזכות החוקתית ומעוצמת הפגיעה. כעומק הזכות הנפגעת כך נדרשת תכלית חברתית חשובה וחיונית יותר להצדקתה."
בג"ץ 2293/17 **גרסגהר נגד הכנסת**, פסקה 9 לפסק הדין של השופט עמית (פסק דין מיום 23.4.2020).

12. ועוד, גם לאור הדעות השונות בדנג"ץ **עליאן** ולאור גם קיומה של עמדת מיעוט רחבה אז גם פרשנותו של פסק דין זה הנוגע לליבת זכויות האדם חייבת להיעשות באופן מצמצם ביותר. כך עשה בית המשפט הנכבד כאשר נתן פרשנותו לפסק דין **ירדור** בפרשת **נימן**. לכן הרחבת התכלית של התקנה הנדונה היא בבחינת התנגשות עם פרשנותו המצמצמת של **דנג"צ עליאן** (ראו: ע"ב 84/2 **משה נימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, לט(2) 225 (1985)).

13. על בסיס האמור לעיל יטען העותר כי אין סמכות להחזיק כל גופה ללא קשר לשיוך המפגע לצורכי מו"מ כי אין חקיקה מעין זו שאושרה על בסיס תכלית זו.

טענת המדינה לפיה החלטת הקבינט החדשה הינה מידתית

14. המשיבים לא מתמודדים עם טיעוני העתירה המתוקנת בעניין המידתיות. הם מסתפקים בטיעונים ערטילאיים וכלליים שמנסים לקדם את הטיעון כי די בכך שהגוף הביצועי קבע כי הדבר ישרת את הביטחון כדי לקבוע כי ההחלטה הינה סבירה ומידתית.

15. המשיבים לא מפרטים מהו הקשר הרציונלי בין החזקת כל גופה גם אם היא לא שייכת לחמאס לבין קידום המו"מ מול חמאס לצורך השבת גופות. ועוד, למרות שהם מציינים כי הם מרחיבים את המקרים, הם לא מציינים מדוע זה לגיטימי שכל האמצעים משרתים את המטרה והם לא מציינים מהם הקריטריונים לבחינה פרטנית דבר שמותירים אותו לשיקול דעת מוחלט. היינו, שלמעשה אין בדיקה פרטנית לפי המובן בפסיקה. בנוסף, הם גם לא מתגברים על הטענה כי גם אם קיימת "תוספת ביטחונית" מדוע היא מתאזנת מול הפגיעה בזכויות אדם לאור ההרחבה של המקרים.

16. לכן לאור התשובה הערטילאית כאן, אנו מפנים את בית המשפט הנכבד לעתירה המתוקנת.

החלת החלטת הקבינט החדשה באופן רטרואקטיבי

17. העותר יטען כי המדינה לא הביאה פסק דין אחד של בית המשפט הנכבד או אף מאמר אקדמי אחד שיגבה את עמדתה. כל שנטען על ידי המדינה הוא שקיימות עתירות אחרות תלויות ועומדות בהן הועלתה טענה איסור התחולה הרטרואקטיבית של החלטת הקבינט משנת 2017 אך בית המשפט הנכבד טרם הכריע בהן.

18. הטיעון היחיד שהם מעלים כי אין למשפחה זכות קנויה בהשבת הגופה. טיעון זה מתנגש חזיתית עם עמדת הפסיקה כפי שהובאה בעתירה המתוקנת ועם עמדת רוב השופטים בדנג"ץ עליאן שכן קיימת הסכמה רחבה כי החזקת גופה פוגעת גם בכבוד החי והמשפחה בהיותה בזכות חוקתית והיא גם מוכרת במשפט הבינלאומי ההומניטארי.

19. בעתירה המתוקנת העלינו פסיקה רחבה בנושא והמשיבים לא ענו עליה. נסיף על מה שצינו שם את דבריו של פרופ' אהרון ברק בספרו **פרשנות במשפט** בנוגע לאיסור תחולה רטרואקטיבי:

"החשיבות של עקרון שלטון החוק לפרשנות במובן שנותנים לו הפרופסורים רז, פולר ורובינשטיין מתבטא בכמה היבטים: הפרשנות של החוק צריכה להעשות על ידי בית-משפט ולא על-ידי הרשות המחוקקת; בית-המשפט צריך ליהנות מעצמאות ומאי-תלות, תוך נגישות הציבור אליו; הנורמה המשפטית (החקוקה או ההלכתית) צריכה להיות פומבית, ידועה ומפורסמת; הציבור צריך להבין את החוק מתוך העיון בו; יש למנוע סתירה פנימית בין נורמות; הנורמה המשפטית צריכה להיות יציבה ודאית; עליה להיות פרוספקטיבית ואסור שתדרוש להבטיח עצמאות ואי-תלות של הרשות השופטת נעמוד בנפרד. הצורך למנוע סתירות בין נורמות מוצא את ביטויו בהנחות פרשניות בעניין היחס בין נורמות שאינן מתיישבות ביין לבין עצמן. הנחות אלה משותפות לשיטות פרשנות שונות, ואין בהן כדי להכריע בין השיטות בריבות. הוא הדין בעניין איסור הרטרואקטיביות ויכולת הביצוע. שני אלה מתבטאים בפרזומפציות לגבי מובנה של הנורמה – חזקת אי-הרטרוספקטיביות, חזקת הסבירות – ואין להן השלכה ישירה על שיטת הפרשנות. כל שיטת פרשנות תשאף להגיע לתוצאה פרשנית זו, אם כי הטכניקה הפרשנית עשויה להיות שונה. נמצא, כי ההיבטים המיוחדים של שלטון החוק, שיש להם השלכה על בחירתה של שיטת פרשנות ראויה, הם פומביות החוק ודאות החוק. עיקר פועלם של שיקולים אלה הוא בתחום המשפט הציבורי, לעניין פרשנות חוקה וחוק: עם זאת, הם בעלי חשיבות – אם כי משנית – בתחום פרשנות מסמכים מהמשפט הפרטי, כגון חוזים, אכן, בכל מקום שבו קיימת הסתמכות (reliance) וציפיות של הזולת, יש חשיבות לגורם הפומביות. בדומה, הצורך להבטיח ודאות קיים בכל נורמה משפטית. על כן, יש לעיקרון שלטון החוק מקום גם במשפט הפרטי." (293 – 294)

אהרון ברק, **פרשנות במשפט כרך א תורת הפרשנות הכללית** (1992)

20. נבקש להוסיף עוד על מה שצוין בעתירה המתוקנת גם את דני"א 07/3993 **פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ** (פורסם בנבו, 14.07.2011), שם נקבע:

"החלת נורמה חדשה על פעולות שנעשו קודם להיכנסה לתוקף עלולה לגרום עוול ואי-צדק, שהרי החוק נועד לקבוע מה מותר ומה אסור, ולכוון בכך את הפעילות

האנושית. לפיכך, מוחזקת חקיקה למפרע כחקיקה הפוגעת בתפיסות יסוד חוקתיות, בעקרון שלטון החוק, בוודאות המשפט ובבטחון הציבור בו, ובאמון הציבור במוסדות השלטון (ענין **ארביב**, בעמ' 777; ענין **אי.בי.אי**, פסקה 13). כך בתחום המשפט האזרחי ובתחום המשפט הציבורי, ועל אחת כמה וכמה – בדיני העונשין. " (פסקה 32 לפסק הדין)

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

 ב/

חסן גיבארין, עו"ד



סאוסן זהר, עורכת דין

ב"כ העותר

חיפה, 17.11.2020