

1. **סלוא סאלם-קובטי ת.ז. 020582599**
2. **סובחי מנסור ת.ז. 20582540**
ע"י ב"כ עו"ד סאוסן זהר ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד
בשארה ו/או מאיסאנא מוראני ו/או פאדי ח'ורי ו/או
רביע אגבריה ו/או נארימן שחאדה-זועבי ו/או סארי עראף
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
מרחוב יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090
טל: 04-9501610; נייד: 052-6399147; פקס: 04-9503140

נגד

1. **משרד הבטחון**
2. **משרד הפנים**
3. **רשות מקרקעי ישראל**
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רחוב צלאח אלדין 29, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

ובקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות למשיבים לבוא ולנמק:

- א. מדוע לא יתיר לעותרים גישה לבית הקברות הנוצרי במעלול (באזור בין נצרת, יפיע ומגדל העמק) לצורך ביקור קבר אביה של העותרת מס' 1 ויקיריה הקבורים שם;
- ב. מדוע לא יחייב את המשיבים 2 ו-3 לתחזק ולשמר את בית הקברות והמצבות שבבית הקברות הנוצרי במעלול מפני פגיעה וחילול ולחילופין מדוע לא לאפשר לעותרים או מי מטעמם לתחזק ולשמר את בית הקברות מפני פגיעה וחילול.

בקשה לקיום דיון דחוף

1. העותרת מס' 1 (להלן: "העותרת") נולדה ביום 31.7.1948 מספר חודשים לאחר שאביה נורה ונהרג ביום 24.3.1948 וכשאמה היתה בהיריון איתה. הכפר מעלול נכבש ע"י הצבא הישראלי, ביום 15.7.1948, כשבועיים לפני שהעותרת נולדה. לאחר כיבוש הכפר עברה העותרת עם אמה ומשפחתה להתגורר בנצרת, שם היא גדלה. היום העותרת היא תושבת כפר כנא בגליל. היא נשואה ואם לארבעה ילדים וסבתא לשני כדים.

2. מאז כיבוש הכפר עד היום, נחסמה הגישה אל בית הקברות ולא התאפשר לעותרת מיום לידתה עד יום זה לבקר את קבר אביה וקרוביה מדרגה ראשונה. במתחם בית הקברות הוקם בסיס של חיל האוויר לכן גישתם של בני משפחת הקבורים בבית הקבורים, לרבות העותרת נחסמה כליל. כתוצאה, נמנעו ביקורים בבית הקברות, בית הקברות נזנח ע"י הצבא שאף פגע בבית הקברות וחילל בו, הכל כפי שיפורט בעתירה.

3. במהלך השנים, ניסתה העותרת לקבל גישה אל בית הקברות לביקור יקיריה הקבורים שם. אביה של העותרת אותו לא הכירה, פארס סאלם ז"ל, נטמן בבית הקברות הנוצרי בכפר מעלול. כך גם סבה (סלאמה סאלם ז"ל) וכן אחותה ואח שלה התאומים שנפטרו בגיל 10 חודשים (סלמה וסלאמה סאלם ז"ל), שתי דודות מצד אבא, דוד מצד אבא (ח'ליל סלאמה סאלם ז"ל), בן דודה (יוסף אלם ז"ל), בן דוד של אביה (סלימאן ג'ראיסי באלם ז"ל) ובן דוד נוסף (אליאס סאבא סאלם ז"ל).

4. פניות הח"מ לרשויות, לרבות אל משרד הביטחון, לא נענו. גם קדם בג"ץ שהוגש, לא הניב כל תשובה עניינית מטעם הרשויות. יצוין כי אף גורם לא פירט והביע התנגדות ברורה לביקורה של העותרת, אך תגובותיהם מתאפיינות בסחבת שכל צד מן המשיבים מפנה את האחריות לקבלת החלטה לצד אחר. כן מהתגובות לתקשורת מתברר שאין לצבא התנגדות לביקורה של העותרת אך ההחלטה בידי שר הביטחון שלא נענה לפניות.

5. כיום, העותרת הינה בת 70 ומצבה הרפואי הולך ומידרדר. היא מרותקת לכסא גלגלים לאחר שבקיץ 2018 החלה לסבול בפצע בברך שמאל והרופאים נאלצו לכרות את רגלה. כל מבוקשה של העותרת היא לבקר את יקיריה, בעיקר אביה, בבית הקברות והיא מייחלת שזכותה לעשות זאת תממש לפני שיהיה מאוחר מדי.

6. העותר מס' 2, יליד שנת 1926 וכיום בן 93, הוא דודה של העותרת והוא היחיד מבין קרובי משפחתה של העותרת שנותר בחיים ויודע את המיקום המדויק של הקברים, לרבות קבר אביה של העותרת בבית הקברות הנוצרי במעלול. על כן הוא מצורף לעתירה על מנת שיתאפשר לעותרת לאתר את המיקום המדויק של קבר אביה, סבה ויתר קרוביה. על אף גילו המתקדם, העותר מס' 2 הינו צלול בדעתו וזוכר היטב את מיקום הקברים, שכן הוא השתתף בצעירותו, לפני כיבוש הכפר, בהלוויות של בני המשפחה.

7. המשיב מס' 1, מפעיל בסיס חיל אוויר בחלקת בית הקברות בבית העלמין הנוצרי במעלול. המשיב מס' 2, הוא האחראי על מתחמי בתי הקברות במדינה. המשיב מס' 3, אחראי על חלקת הקרקע בה ממוקם בית הקברות במעלול.

8. נימוקי הבקשה לקיום דיון דחוף נסמכים על הטענות המפורטים בכתב העתירה ועיקרם הם שקיום דיון דחוף במקרה דנן יאפשר את קיום הסעדים של העתירה וזאת על רקע גילו המתקדם של העותר מס' 2 וכן על רקע ממצבה הרפואי של העותרת מס' 1 שהולך ומחמיר.

9. לאור האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיום דיון דחוף בעתירה.

רקע עובדתי ומיצוי הליכים

10. בשנת 1968 ולאחר רכישת השכלה גבוהה, החלה העותרת לעבוד כעובדת סוציאלית במחלקת הרווחה בעיריית נצרת ובמקביל החלה את פעילותה הפוליטית במסגרת חד"ש. בשנת 1985 ולאחר נישואיה, היא עברה להתגורר בכפר כנא בגליל והמשיכה את חברותה הפוליטית בחד"ש בכפר כנא וכן במזכירות הארצית של חד"ש, מאז ועד היום. העותרת פעילה מזה 25 שנים בעמותה להחייאת מורשת הכפר מעלול. כמו כן בארבע השנים האחרונות היא משמשת כחברת הנהלה בוועד ההגנה על זכויות העקורים. במהלך חייה נהייתה העותרת לפעילה פמיניסטית ואקטיביסטית בולטת בכל הנוגע למאבק באלימות נגד נשים וקידום מעמד האשה הערבייה. כמו כן היא פעילה במאבק באלימות נגד ילדים וקידום זכויות ילדים בכלל. בין השנים 1975 עד 1985 היא שימשה כמזכירה בוועדה למניעת עבריינות ופשיעה בעיר נצרת.

11. הכפר מעלול נהרס כליל לאחר כיבושו למעט שתי כנסיות, מסגד ובית הקברות הנוצרי שנותרו על כנם. היום, לפליטי הכפר ישנה גישה אל שתי הכנסיות והמסגד. אך הגישה לבית הקברות הנוצרי נחסמה סמוך לאחר הריסת הכפר וזאת בשל הקמת בסיס של חיל אוויר במתחם בית הקברות.

12. להמחשה, להלן צילום השלט שהוצב ע"י הצבא בכניסה לבית הקברות בו צויין בערבית ובעברית: "מעלול// בית הקברות הנוצרי מאחורי הגדר הגישה אליו אסורה":



13. בתחילת שנות ה-2000 פנה חה"כ לשעבר מוחמד ברכה בשמה של העותרת אל מר מתן וילנאי, לשעבר סגן שר הביטחון בדרישה שתוכל לבקר את יקיריה בבית הקברות, אך ללא הועיל.

14. במהלך חודש אוקטובר 2008 התפרסם סיפורה של העותרת בעיתון "הארץ" לאחר שהכתב מר ג'קי חורי פנה לצבא כדי לקבל את עמדתו והתברר כי בצבא ממליצים לאשר לעותרת לבקר את אביה אך ההחלטה הסופית טרם נתקבלה ע"י שר הביטחון וכך פורסם בכתבה:

"בפנייה חוזרת לדובר צה"ל לפני מספר שבועות נמסר כי 'פנייתה של סלוא סאלס-קובטי מוכרת ומטופלת במלוא הרצינות ובצורה מקצועית על ידי כלל הגורמים הרלוונטיים. בשל המורכבות הכרוכה בפנייה, תהליך זה אורך זמן. מיד עם קבלת ההחלטה בעניינה, תעודכן הפונה שלא דרך אמצעי התקשורת'. יחד עם זאת נודע ל"הארץ" כי בצה"ל ממליצים לאשר לקובטי לבקר את אביה, אך הנושא הועבר לשולחנו של שר הביטחון שטרם קיבל החלטה בנידון. לדברי גומרים במשרד הביטחון, הסיבה לכך שהבקשה עדיין לא אושרה היא חשש מתקדים." (ההדגשה אינה במקור)

** רצ"ב העתק מהכתבה שפורסמה ביום 5.10.2008 בעיתון "הארץ" תחת הכותרת "תושבת כפר כנא ביקשה לעלות לקבר אביה הממוקם בבסיס צבאי, בצה"ל חוששים מתקדים", מסומנת ע/1.

15. במהלך שנת 2015 החליטה העותרת לפנות בעצמה ובאופן אישי אל בסיס חיל האוויר הממוקם בשטח בית הקברות בדרישה לאפשר לה לבקר את קברי יקיריה. במקרה, ולפנים משורת הדין, אפשר לה מפקד הבסיס להיכנס לבסיס אך לא התיר לה גישה אל בית הקברות. יחד עם זאת, מתוך הבסיס עצמו התגלה לעיני העותרת מהעמדה בה עמדה, כי באחד מצדי בית הקברות, השוכן על תל, בוצעו חפירות עד כדי כך שהם חיללו בקברים וניתן היה לראות ממרחק סביר מהבסיס את חלקי שלדי הגופות חשופות.

16. לאחר שכל ניסיונותיה של העותרת לא צלחו, היא פנתה ביום 24.9.2017 באמצעות מרכז עדאלה אל שר הדתות, הרב דוד אזולאי ומפקד פיקוד הצפון, מר יואל סטריק, בדרישה לאפשר לה לבקר את קברי יקיריה וכן בדרישה לפעול לתחזוקת בית הקברות והמצבות בו ולשמור עליהם מפני פגיעה וחילול.

** רצ"ב פניית מרכז עדאלה מיום 24.9.2017 אל משרד הדתות ומפקד פיקוד צפון, מסומנת ע/2.

17. יום למחרת, ב-25.9.2017 נתקבלה תגובת משרד הדתות בה נמסר כי "אבקש לעדכן כי הנושא איננו מטופל במשרדנו, עליך לפנות למשרד הפנים לאגף העדות הלא יהודיות ברשות מר יעקב סלאמה." ** רצ"ב תשובת משרד הדתות מיום 25.9.2017, מסומנת ע/3.

18. בעקבות זאת פנה מרכז עדאלה ביום 9.10.2017 אל מר יעקב סלאמה, מנהל אגף הדתות הלא יהודיות במשרד הפנים לקבלת התייחסותם לדרישת העותרת. ביום 15.10.2017 התקבלה תשובה מאת מר

יעקב סלאמה בה נמסר: "לא ברור מפנייתכם מי הגורם המנע מכם לבקר את בית העלמין, בכל מקרה בית העלמין בכפר מעלול באחריות רשות מקרקעי ישראל, ואינו באחריות משרד הפנים."

**** רצ"ב פניית מרכז עדאלה אל מר יעקב סלאמה מיום 9.10.2017 מסומנת ע/4.**

**** רצ"ב תשובת מר יעקב סלאמה אל מרכז עדאלה מיום 15.10.2017, מסומנת ע/5.**

19. ביום 8.11.2017 פנה מרכז עדאלה אל היועץ המשפטי ברשות מקרקעי ישראל ולפנייה זו צורפה הפנייה המקורית מיום 24.9.2017 כדי לקבל את התייחסות רשות מקרקעי ישראל לדרישת העותרת.

**** רצ"ב פניית מרכז עדאלה אל רשות מקרקעי ישראל מיום 8.11.2017, מסומנת ע/6.**

20. ביום 4.2.2018 נשלחה תשובה לוועדה לפניית הציבור בכנסת מאת עוזרת שר הביטחון, עו"ד רות בר, בה נמסר כי "נמסר מצה"ל כי בהנחה שקיימת בקשה ספציפית לבקר בקבר מסוים בתוך הבסיס, יש להעביר ללשכתנו בקשה מסודרת בה מצוין שם הנפטר. הבקשה תיבחן למול הגורמים הרלוונטיים בחה"א."

**** רצ"ב העתק תשובת עוזרת שר הביטחון מיום 4.2.2018 אל הוועדה לפניית הציבור בכנסת, מסומנת ע/7.**

21. אבל תזכורות בכתב שנשלחו אל משרד הביטחון ומרשות מקרקעי ישראל ע"י מרכז עדאלה בשם העותרת מתארכים 15.3.2018 ו- 24.4.2018, לא הניבו תגובה עניינית מטעם הרשויות.

**** רצ"ב מכתבי תזכורת מאת מרכז עדאלה מימים 15.3.2018 ו- 24.4.2018 מסומנים ע/8.**

22. במקביל פנה חה"כ יוסף גב'ארין בשם העותרת אל משרד הפנים בדרישה דומה. ביום 28.5.2018 התקבלה תשובת שר הפנים מר ארעי דרעי בה צויין כדלקמן:

"ראשית, לא נכתב במכתב מי מנע מהגב' סלוא סאלם – קובטי לבקר את קברי יקיריה בבית העלמין, במידה ומדובר בצבא – הצבא צריך לתת מענה לכך. שנית, בית העלמין במעלול הינו בית עלמין נטוש בכפר, ובאחריות מינהל למקרקעי ישראל ולא באחריות משרד הפנים."

**** רצ"ב העתק תשובת שר הפנים, מר אריה דרעי, אל חה"כ יוסף גב'ארין, מיום 28.5.2018, מסומן ע/9.**

23. לאחר שלא נתקבלה התייחסות עניינית לכל הפניות, פנה מרכז עדאלה ביום 24.7.2018 בקדם בג"ץ אל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה בתקווה לקבל עמדה מבלי להגיש עתירה בנושא. אולם גם לקדם בג"ץ זה לא נתקבלה כל התייחסות מפרקליטות המדינה.

**** רצ"ב קדם בג"ץ שנשלח מטעם עדאלה אל פרקליטות המדינה ביום 24.7.2018 מסומן ע/10.**

24. הנה כי כן, כל רשות מעבירה את האחריות לבחינת דרישת העותרת לרשות אחרת ואף רשות אינה עונה במישרין לדרישתה. מהשתלשלות הענייניים לעיל עולה, כי גורמים בצה"ל כנראה ממליצים על

התרת כניסתה של העותרת לבית הקברות. מצד שני, עולה מההתכתבויות שהובאו לעיל כי משרד הביטחון מוכן לבחון את האפשרות במידה ותועבר לידי פנייה ספציפית. יחד עם זאת פניות ספציפיות כאלו נשלחו מספר פעמים כשהאחרון בהם, קדם הבג"ץ, נשלח ביום 24.7.2018, אך הרשויות, לרבות משרד הביטחון טרם מצאו לנכון להשיב לעותרת או לב"כ.

25. כיום העותרת היא בת 70 ומצבה הרפואי הולך ומידרדר. הומלץ לה על כריתת רגל שמאל כפתרון היחיד להצלת חייה והיא נענתה לכך. מאז, היא עברה לשיקום במרכז הרפואי שוהם בפרדס חנה, שם היא מאושפזת וכעת היא מרותקת לכיסא גלגלים וכל משאלת ליבה ותקוותה כי תוכל לבקר את קבר אביה שלא הכירה מעולם וקברי יקיריה הנוספים הקבורים בבית הקברות הנוצרי במעלול.

** רצ"ב מסמכים רפואיים מטעם העותרת שהופקו הן ע"י בית חולים שיבא והן ע"י המרכז הרפואי שוהם, מסומנים ע/11.

== רצ"ב תצהיר מטעם העותרת מס' 1, מסומן א'.

== רצ"ב תצהיר מטעם העותר מס' 2, מסומן ב'.

הטיעון המשפטי

הפרת החובה למתן תשובה עניינית לאזרח במהירות הראויה

26. המשיב 1 הוא האחראי העיקרי למתן גישה לעותרים לבית הקברות. הוא לא טרח להשיב לב"כ העותרת ולהביע את עמדתו ביחס לדרישותיה כמפורט במבוא לעתירה זו, בכך הוא הפר חובתו בתור רשות מנהלית למתן מענה ענייני לאזרח, בכתב ובהקדם. כך גם המשיב מס' 3.

27. סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט – 1958 מחייב עובד ציבור שנתבקש בכתב להשתמש בסמכות שהוענקה לו על פי דין להחליט בבקשה ולהשיב בהקדם ולא יאוחר מ 45 ימים מיום קבלת הבקשה. סעיף 2א לאותו חוק מחייב גם שנימוקי הסירוב יובאו בכתב. גם סירוב או נימוקי סירוב לא ניתנו.

28. המשיבים 1 ו-3, הפרו חובה נוספת המוטלת עליהם: להחליט ולמסור את החלטתם **במהירות הראויה**. החובה להחליט במהירות הראויה מעוגנת בחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 הקובע בסעיף 11 כי "הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו — משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה ולחזור ולעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות."

29. בתי המשפט חזרו והדגישו את קיומה ומימושה של חובה זו ש"אינה אלא חובת התנהגות סבירה: היא דורשת כי הרשות המינהלית תפעל באורח רציני ואחראי בהתחשב בנסיבות ובמשאבים." (ראו: בג"ץ

93/7198 מישראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844, 853 (1994); בג"ץ 84/467 עזרא נגד עירית תל אביב יפו, פד"י לט(1) 745 (1985)). בעניין אחר נקבע, כי אי מתן החלטה סופית במהירות הראויה פוגעת באינטרס הציבורי, אותו אמורה הרשות המנהלית לשרת (ראו: בג"ץ 88/100 חברת גזית קונסיליום השקעות ופיתוח בע"מ נגד הועדה המקומית לתכנון ולבניה, רחובות, פ"ד מג (1) 29, 33)).

הפגיעה בזכויות חוקתיות

הפגיעה בזכות לכבוד של המת ושל החי

30. מניעת ביקורה של העותרת וחילול בית הקברות מהווים פגיעה בזכויות החוקתיות, לרבות הזכות החוקתית לכבוד, הן של המת והן של החי. בעניין קסטנבאום קבע בית המשפט העליון, כי:

"כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בלבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר – לעתים ראציונאלי ולעתים בלתי ראציונאלי – בין החיים לביים המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכו ואשר הנותן ביטוי למאווי הנפש הנכספים. זוהי ה"יד" שהחיים מושיטים למתים. זהו הביטוי החיצוני השמקף את הקשרים הפנימיים בין הדורות. ע"א 294/91 חברת קדישא נגד קסטנבאום, פד"י מו(2), 464, 525 (1992).

31. בעניין חברת אלאקסא נגד Simon Wisenthal Center Musuem Corp שדן בעניין הקמת מוזיאון הסובלנות הגובל בבית הקברות המוסלמי ממילא בירושלים, נקבע כי:

"כבודו של המת הוא עקרון חוקתי הנגזר כפועל יוצא מכבודו של האדם החי, ומזכותו לאוטונומיה אישית. אלה הם שניים שאינם ניתנים לניתוק ולהבדלה. אכן, "כבודם של אנשים מתים נגזר מכבודם של אנשים חיים", כדברי השופט זמיר בבג"צ 99/1113 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות (פורסם בנבו), 18.4.00); כבודו של האדם החי נפגע כאשר לא מובטחת לו עוד בחייו, הגנה ראויה על כבודו כאשר שוב לא יהיה בין החיים. פגיעה בכבוד המת היא, אפוא, פגיעה בכבודם של החיים, ובכך היא מהווה פגיעה בזכות חוקתית הראויה להגנה חוקתית. השקפת החברה האנושית על ערך כבוד המת כערך-על בחיי הפרט והכלל, וכחוליה מקשרת בין דורות שחלפו לדור ההווה ולדורות שיבואו, היא אחד המאפיינים לרציפות המתמשכת של הקיום האנושי. ערך זה חוצה ימים ויבשות, ועוגן במסורות חברתיות, דתיות ומשפטיות שונות, כחלק מן האתוס החברתי של תרבויות העולם במזרח ובמערב. תפיסה זו של כבוד המת עוגנה גם בתשתית החוקתית בישראל, כנגזרת ישירה מהזכות החוקתית לכבוד האדם בחייו."

בג"ץ 06/52 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp, פסקה 135 לפסק הדין של כבוד השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 29.10.2008) (להלן: "עניין מוזיאון הסובלנות").

32. ובעניין חברת אלאקסא נגד מושב אחיהוד נקבע כי "ההגנה החוקתית על ערך כבוד המת מקימה חובה להגן ולכבד אתרי קבורה – בין אתרים גלויים ובין סמויים מעין." בג"ץ 516/08 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נגד מושב אחיהוד – אגודה חקלאית, פסקה 17 (פסק דין מיום 18.6.2009).

33. הפסיקה הכירה באינטרס של משפחת הנפטר ושמירה על כבודה הכוללת לא רק קיום טקס קבורה, מצבה, טכסי אזכרה, אלא גם התייחדות עם הנפטר. לגבי הקשר בין המצבה לבין משפחתו, נקבע בעניין **מוזיאון הסובלנות** :

"החשיבות החברתית המיוחדת לכיתוב על מצבת הנפטר, והמשמעות הפרטית והכללית הניתנת לכך הן ביחס לנפטר עצמו, הן ביחס לבני משפחתו והן ביחס לציבור הרחב, משתקפת בפסיקת בתי המשפט לאורך השנים. הקבר והמצבה מסמלים את הקשר הנותר בין הנפטר לבין קרוביו ואוהביו ובינו לבין הציבור הרחב; משמעותם בתפיסה הדתית והרגשית של בני האדם מסמלת את הקשר בין עולם החיים לעולם המתים, ואת המשכיות הדורות ומחזוריות החיים. כדברי השופט ברק בפרשת **קסטנבאום** :

"כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו השומרים את זכרו בלבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון, ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר - לעיתים רציונלי ולעתים בלתי רציונלי - בין החיים לבין המתים... זהו הביטוי החיצוני המשקף את הקשרים הפנימיים בין הדורות" (עמ' 523 לפסק הדין. כן ראו עמ' 519-520)."

פסקה 153, עניין **מוזיאון הסובלנות**.

34. ובעניין **בכרך**, קבע השופט חשין :

"מקום קבורתו של אדם הוא מקום להתייחדות אוהביו ומקורביו עם זכרו; מקום שבו ייאספו בני משפחתו, קרוביו וידידיו, מקום שבו יזכרו אותו, יקראו בשמו, ידברו בו, יכבדו אותו, יאהבו אותו... אכן, צורך נפשי עמוק הוא - צורך נפשי השוכן בלב כל אחד מאיתנו - כי נעשה כמיטבנו לכבד את המת ואת זכרו..." (פרשת **בכרך**, שם, בעמ' 841 - 842) (הדגשה לא במקור).

בג"ץ 7583/98 **בכרך נגד שר הפנים**, פד"י נד(5) 832 (2000).

35. ובעניין **אלאקסא נגד חברת החשמל** נקבע :

"עקרון כיבוד המת, לא רק כציווי דתי אלא גם כנורמה וחובה חברתית, עניינו גם במתן האפשרות לאלה החיים - קרוביו, שארי בשרו, חבריו ומוקירי זכרו - לכבד את זכרו ולהתייחד עמו במקום בו הובא למנוחת עולם. מדובר בסוגיה שימשולבת בה רגישות אישית ו'נשמתי' מיוחדת'..."

בג"ץ 4638/07 **חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נגד חברת החשמל**, (פסק דין מיום 29.10.2007).

36. בנוסף, חילול בית הקברות ופגיעה בו והזנחתו וכן חסימת העותרת מגישה לבית הקברות לביקור יקיריה וביצוע פעולות תחזוקה ושימור של הקברים, מהווים פגיעה חמורה ברגשותיה ורגשות המשפחה והקהילה לה הנפטרים השתייכו.

37. לכן, חובה על המדינה לאפשר גישה לבתי קברות ולהימנע מחילול ופגיעה בהן. בעניין **מוזיאון הסובלנות**, נקבע כי חובתם של המדינה ושל הציבור לכבד זכרו של המת הכוללת מניעה מפני פגיעה או חילול:

"כשם שחברה חייבת בכיבוד הפרט בהיותו בחיים, כך היא מצווה לכבדו במותו. עליה לספק אמצעים מתאימים לביצוע הקבורה; עליה להקפיד על שמירת בתי הקברות מפני פגיעה או חילול; חילול כבוד המת הוגדר כפגיעה בציבור במסגרת נורמה פלילית שבסעיף 172 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ...

...
חילול או השחתה של חלקת קבר אינם פוגעים אך בזכרו של הנפטר וברגשותיהם של הקרובים לו. הם גורמים פגיעה "גם ברגשותיהם של רבים אחרים הפוקדים את בית העלמין, אשר חזותו המכובדת של המקום חשובה להם כחלק מהביטוי - הפרטי והציבורי - של שמירה על כבוד המת ועל כבוד החיים, מוקירי זכרו" (ע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל, ישראל, פד"י נה(2) 65, 87 (2001); ע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת ישראל ([פורסם בבנו], 20.12.00), פסקה 16). ההגנה על כבוד המת היא בעלת היבט ציבורי כללי ומבטאת המשכיות של יחס הכבוד שהחברה רוחשת לאדם בחייו ובמותו".
פסקאות 151-152, **עניין מוזיאון הסובלנות**.

38. בהקשר זה יצויין כי דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000, כלל ביקורת נוקבת על רשלנותם של מוסדות ממשלתיים בטיפולם במבני דת של מוסלמים ונוצרים וכנגד ההזנחה וחילול בתי תפילה ובתי קברות בשטחים הנמצאים בבעלות המדינה. בעמוד 55 לדו"ח צויין:

"הקובלנות הקשות ביותר נשמעו בסוגיית נכסי ההקדש. השליטה על מרבית נכסים אלה היתה בידי המדינה מראשיתה. במהלך השנים ניכרה תופעה של הזנחה של בתי תפילה ובתי עלמין בשטחים שהועברו לבעלות המדינה. היו מקרים לא מעטים של הרס או שימושים בבתי תפילה למטרות כמו גלריות, מסעדות, אורוות, מחסנים ובתי כנסת. זאת ועוד. משרד הדתות נמנע במשך שנים רבות מלתקצב באופן נאות את אחזקתם של בתי עלמין מוסלמיים ונוצריים... מצב לא-שוויוני זה חיזק את תחושת הקיפוח והזין את התביעות הגוברות לאוטונומיה תרבותית-דתית."

ובעמוד 35 לדו"ח צויין:

"... הרשות הציבורית נתפסת כנאמן של כלל הציבור. אסור לה להעדיף, בלא סיבה מוצדקת, מגזר אחד של הציבור על פני מגזר אחר... ההפליה הפסולה מתאפיינת ב"אי-הגינות שבנהיגת אי-שוויון בשווים (דברי השופט ויתקון בבג"ץ 30/55 ועדה להגנה על אדמות נצרת המופקעות נ' שר האוצר, פ"ד ט, בעמ' 1265), וכי ההפליה, "להבדיל מהבחנה בין פלוני למשנהו, משמעותה מנהג שרירותי של איפה ואיפה, שאין לו הצדקה בשל העדר שוני הגיוני משמעותי בנסיבות בין האחד למשנהו."

הפגיעה בזכויות הינה גורפת ובלתי מידתית

39. בחינת חוקתיות הפגיעה בזכויות החוקתיות נבחנת על פי פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו למשל את **עניין מוזיאון הסובלנות** ועניין **חברת אלאקסא נגד חברת החשמל**, שצוינו לעיל).

40. אין כל תכלית ראויה מאחורי אי מתן אפשרות לעותרת לבקר את קברי יקיריה ואף חילול בית הקברות, הפגיעה בו והזנחתו. הלכה פסוקה היא שתכלית שאינה נותנת משקל לזכויות אדם, אינה תכלית ראויה (ראו: בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 570 (2005); ראו גם: בג"ץ 95/4769 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נו(1) 235, 264 (2002); בג"ץ 02/5578 **מנור ואח' נ' שר האוצר ואח'**, פד"י נט(1) 729 (2004).

41. מכאן, שסירוב המשיבים לאפשר לעותרת גישה לבית הקברות וחסיומת גישתה כליל ואף חילולו, מצביעה על נקיטת אמצעי גורף מבלי לבצע את האיזונים הנדרשים ומבלי לבחון חלופות שיש בהם כדי להפחית את הפגיעה בזכויות החוקתיות.

42. על האיזונים הנעשים בין הזכויות החוקתיות לבין האינטרס הציבורי במקרים של פגיעה במתחמי בתי קברות ראו למשל: עניין **קסטנבאום; חברת אלאקסא נגד מושב אחיהוד; חברת אלאקסא נגד חברת החשמל ועניין מוזיאון הסובלנות** שצויינו לעיל וכן בג"ץ 6685/05 **חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נגד חברת י.ג. ארכיאולוגיה חוזית בע"מ** (פסק דין מיום 18.1.2007).

43. הפגיעה בזכויות החוקתיות מתעלמת מנסיבותיה האישיות של העותרת, מגילה, ממצבה הרפואי, מהשתלשלות העניינים שהובאה לעיל ומהצידוקים האנושים לאפשר לה לבקר את אביה ויקיריה. משמע הדברים כי המשיבים לא ביצעו אף בדיקה פרטני בהקשר של העותרת וזאת בניגוד גמור לחובתם לעשות כן ולהפעיל שיקול דעת מקצועי בהקשר לכל מקרה פרטני לגופו. חובה זו המוטלת על הרשויות מושרשת בפסיקה העליונה. כך למשל בעניין **עדאלה נגד שר הביטחון** נקבע:

"אכן, הדרך המידתית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה...אין להחליף בדיקה אינדיבידואלית זו בשלילת אחריות גורפת" (הדגשה לא במקור).

בג"ץ 8276/05 **עדאלה נגד שר הביטחון**, פסקה 37 (טרם פורסם, פסק דין מתאריך 12.12.06).

44. כך למשל, בעניין עתירתם של פורום המשפחות השכולות בה דרשו לאפשר את כניסתם של פלסטינים תושבי הגדה המערבית אל ישראל לצורך השתתפות בטקס זיכרון פרטי משותף לישראלים ופלסטינים שאורגן ע"י הפורום ונקבע שם כי בסירובו הגורף להתיר כניסת הפלסטינים לישראל לצורך ההשתתפות בטקס, משרד הביטחון לא שקל את שיקולים הנוגעים לרגשותיהן של המשפחות השכולות שביקשו לקיים את הטקס במתכונת הספציפית המתוכננת:

"כמו כן, מצאנו כי משיקול הדעת שהפעיל שר הביטחון נפקד לחלוטין מקומם של השיקולים הנוגעים לרגשותיהן של המשפחות השכולות המבקשות לקיים את הטקס במתכונת המתוכננת המשותפת לישראלים ופלסטינים. עוד נפקד משיקוליו של שר הביטחון מקומן של רגשות אותו החלק בציבור הישראלי התומך בקיומו של הטקס ומזדהה עם תכניו ועם מטרותיו."

בג"ץ 2964/18 **חוג הורים – פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נגד שר הביטחון**, פסקה 10 (פסק דין מיום 17.4.2018).

45. בית המשפט אף הצדיק סטייה מנהלים כתובים מהטעם שלא נעשתה בדיקה פרטנית הנותנת משקל רציני לנסיבות האישיות והקונקרטיות של העותר, וכך למשל נקבע בעניין **כרנז** שניתן לאחרונה:

”כידוע, על הרשות המינהלית מוטלת החובה לבחון האם נסיבותיו המיוחדות והחריגות של המקרה הנדון, אינן מצדיקות סטייה מהנהלים וההנחיות הכלליות...לא שוכנענו מטיעוני המשיבה כי בעת הפעלת שיקול הדעת טרם קבלת ההחלטה בעניינו של העותר 1 נבחנה השאלה האם נסיבותיו המיוחדות והחריגות של המקרה הנדון, אינן מצדיקות סטייה מהנהלים וההנחיות הכלליות, או כי נערכה בחינה קונקרטית של נסיבותיו הפרטניות של העותר 1.”

בג"ץ 2777/18 **כרנז נגד מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פסקאות 8-9 (פסק דין מיום 16.4.2018).

46. יודגש, כי מבחן הודאות הקרובה לוודאי הוא הרלבנטי לענייננו. לכן עצם קיומו של בסיס צבאי אינה מונעת את קבלת העתירה הרי עצם הביקור בבית הקברות שהוא בבחינת מתן ביטוי לרצון האישי ומימוש האוטונומיה האישית הינו רחוק מאוד מלקיים את נסיבות מבחן הודאות הקרובה לוודאי שהוא הרלבנטי ליישום חופש הביטוי על צורותיו השונות לבין אינטרס ציבורי מובהק (ראו ענין **קסטנבאום** בעמוד 520-522).

47. הנה כי כן, יוצא שהמשיבים כאן לא הפעילו שיקול דעת פרטני, לא התחשבו בנסיבות האישיות של העותרת, לא נתנו משקל כלשהו לפגיעה בזכויותיה ורגשותיה של העותרת, ועמדתם לא עומדת בשום אופן בתנאי מבחן הודאות הקרובה לוודאי.

48. לאור האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על מתן צו על תנאי כמבוקש במבוא לעתירה ז.

חיפה, 13.1.2019