

- העותר :
1. ראבעה עיסא אבו אלקיעאן, ת"ז 028380370
2. ח"כ טלב אבו עראר, ת"ז 59939058

באמצעות עוה"ד נדים שחאדה ו/או סוהאד בשארה ו/או חסן
ג'בארין ו/או סאוסן זהר ו/או מייסאנה מוראני ו/או מונא
חדאד ו/או מוחמד בסאם
מעדאלה : המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל.
ת"ד 94, חיפה; טל: 04-9501610; סלולרי: 052-3973030

וכן ע"י ב"כ עוה"ד מחאמיד מוסטפא ו/או ח'מאיסי עומר
ו/או מוחמד אגבאריה ו/או טבאג'א חסאן ואח'
מארגון מייזאן לזכויות האדם – נצרת
ת.ד 10343, נצרת 16000
טל: 04-6471471 – פקס: 04-6559992

- נ ג ד -

- המשיבים :
1. משטרת ישראל
2. השר לביטחון פנים

ע"י פרקליטות המדינה
רח' סלאח אלדין 29, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא
ימסרו לעותרים את גופת המנוח יעקוב מוסא אבו אלקיעאן ת.ז. 02762397 (להלן: "המנוח"), על מנת
לאפשר עריכת טקס קבורה לפי מסורתם ואמונתם של בני משפחתו.

בקשה לקיום דיון דחוף

1. עניינה של עתירה זו הוא בהימנעות המשיבה מס' 1 (להלן: "המשיבה"), במשך כשלושה ימים,
מלהחזיר לעותרים את גופת המנוח על מנת שיוכלו בני משפחתו להביאו לקבורה לפי מסורתם
ואמונתם.

2. העותרת מס' 1 (להלן: "העותרת") הינה אשתו של המנוח והיא מבקשת לקבל את גופת בעלה על מנת שיתאפשר למשפחתו להביאו לקבורה. המנוח נהרג מירי שוטרים ביום 18.1.2017 ומאז מוחזקת גופתו על ידי המשיבה.
3. עתירה זו מוגשת לאחר פנייה דחופה למשטרת ישראל ולפרקליטות המדינה בשם העותרת וכן לאחר כישלון המגעים בין משפחת המנוח והעותר מס' 2 (להלן: "העותר") לבין משטרה. עותק מהפנייה למשטרה ולפרקליטות המדינה מיום 19.1.2017 מצורף לעתירה ומסומן ע/1.
4. שיהוי בדיון בעתירה עלול לגרום לסיכול מטרתה העיקרית, קרי – להביא לקבורה מיידית ובהקדם של המנוח על ידי בני משפחתו.
5. נוכח האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיומו של דיון דחוף בעתירה.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

6. המנוח נהרג ביום 18.1.2017 מירי שוטרים בכפר הבדואי אום אלחיראן שבנגב. הירי בוצע במהלך ההכנות להריסת מבנים בכפר. מאז ועד לכתבת שורות אלה, מוחזקת גופת המנוח בידי המשטרה.
7. אין סמכות למשטרה על פי החוק להחזיק את הגופה הנדונה. אין שום הסדר ראשוני המאשר את החזקת הגופה ולכן המשטרה פועלת מחוסר סמכות קיצוני ביותר.
8. לכן יטענו העותרים כי לא רק שהחזקת גופת המנוח מהווה פגיעה בכבודו של המת ובכבוד בני משפחתו, היא נעשית תוך חריגה קיצונית מסמכות, ללא תכלית ראויה ולגיטימית כלשהי ומתוך שיקולים זרים ביותר.

התשתית העובדתית

9. כאמור מגעים שהתנהלו בין משפחתו של המנוח והעותר לבין המשיבה לשחרור הגופה לשם קבורה לא צלחו והמשטרה עודנה עומדת בסירובה למסור את הגופה לקבורה כפי שמבקשת המשפחה. התנאים שהוצבו על ידי המשטרה ובין היתר, מסירת הגופה בשעות הלילה הקטנות, קיום ההלוויה באחד המסגדים שבחורה בלבד והגבלת מספר הנוכחים בהלוויה, לא היו מקובלים על ידי בני משפחתו של המנוח.
10. נציין כי, עוד באותו יום בו נהרג המנוח הוגשה תלונה בשם בני משפחתו למחלקה לחקירות שוטרים. שכן תיעוד ויזואלי של האירוע וכן עדויות מהשטח מלמדים באופן ברור ביותר כי לא הייתה כל הצדקה לירי לעבר המנוח. עותק מהתלונה שהוגשה למח"ש ביום 18.1.2017, מצורפת לעתירה זו ומסומנת ע/2.

מיצוי הליכים

11. כאמור לעיל, פנייה בעניין למשיבה ולפרקליטות המדינה נעשתה ביום 19.1.2017 אך עד לכתיבת שורות אלה, טרם התקבלה כל תגובה (ראו נספח ע/1)

הטיעון המשפטי

הימנעות המשיבים מלהחזיר את גופת המנוח פוגעת בזכויות החוקתיות של המנוח ושל העותרת לכבוד. מדובר בהחלטה שפוגעת בעקרונות המעוגנים היטב במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי וכן היא נעשית תוך חריגה קיצונית מסמכות, וללא תכלית ראויה ולגיטימית כלשהי ומתוך שיקולים זרים.

פגיעה בכבוד המת ובכבוד בני משפחתו

12. התנהלותם של המשיבים מהווה הפרה בוטה לזכויותיהם החוקתיות של המנוח ובני משפחתו לכבוד. זכותו של כל אדם לקבורה מהירה, מכובדת ונאותה הינה חלק בלתי נפרד מזכותו לכבוד, שכן כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו, אלא גם כבודו של אדם לאחר מותו. זכות האדם המת וזכות יקיריו בהקשר זה לכבוד הוכרה בפסיקה כחלק מזכות האדם החוקתית לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (לעניין זה ראו: ע"א 294/91 **חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ. קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992); ע"א 6024/97 **פרדריקה שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ**, פ"ד נג(3) 600 (1999); בג"ץ 6126/94 **גיאורא סנש נ' רשות השידור**, תק-על(2) 806 (1994); בג"ץ 52/06 **חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp.** (לא פורסם, 29.10.08) ובג"ץ 7583/98 **לאה בכרך נ' שר הפנים**, פ"ד נד(5) 832 (2000)).

13. בהקשר של כיבוד זכויות משפחת המת לקבורה וכיבוד הנפטר, הפסיקה העליונה התייחסה לחשיבות הרבה שיש להקמת קבר לנפטר, בבית קברות מוכר, ולעריכת טקס קבורה ולעלייה לקבר (בג"ץ 4638/07 **חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ ואח' נ' חברת החשמל לישראל ואח'**, (לא פורסם, 29.10.2007)).

פסקת ההגבלה

הפגיעה אינה על פי חוק ונעשית מחוסר סמכות

14. הלכה פסוקה היא, כי אין פוגעים בזכות יסוד חוקתיות ללא חקיקה ראשית מפורשת העומדת בתנאי פיסקת ההגבלה (בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל ואח' נ' ראש הממשלה**, פורסם במאגרים משפטיים (27.2.2006); בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' שירות הביטחון הכללי**, פ"ד נג(4) 817; בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב, 525-526, 481 (9.12.98)).

15. אבן יסוד במשפט המינהלי הינה כי "רשות מינהלית נהנית אך מאותן סמכויות שהוענקו לה מכוח הדין. ללא הוראת הסמכה בת-תוקף אין בכוחה של הרשות לפעול. הדין הוא אביה מולידה של זו, ואין לה אלא מה שהראשון קצב לה. התיימרה הרשות לחרוג מהתחום המוקצב, יוצאת היא

מתחום הכרתו של הדין, ומבחינתו של זה מעשיה כמוהם ולא היו." (ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א' 35)

16. בחיפוש בדינים הרלוונטיים, כולל בפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: "פקודת המשטרה" או הפקודה"), לא נמצא כל סעיף המסמיך את המשטרה להחזיק את גופת המנוח ולמנוע את קבורתה. סעיף 3 לפקודת המשטרה מגדיר את התפקידים של משטרת ישראל וקובע, כי:

"משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילוי, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש."

17. פרשנותו של הסעיף האמור תוביל למסקנה כי המשטרה אינה מוסמכת להחזיק בגופתו של המנוח. אף אין הדבר נגזר מתפקידה של המשטרה לדאוג לקיום "הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש". מסקנה זו מתבקשת גם נוכח הוראת סעיף 4 לפקודה, המפרט מהן סמכויות המשטרה הנובעות מחובתה ל"קיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש" ואינו קובע במסגרת זו כל סמכות להחזיק גופות ולמנוע את קבורתן.

18. הפקודה מפרטת את סמכויותיה של המשטרה במילוי תפקידיה וקובעת את תחום המותר בפעילות זו. חריגה מתחום הפעולות המותרות למילוי תפקידי המשטרה ותכליות סמכויותיה פוגעת היא בעקרון שלטון החוק שמהווה תכלית כללית בשיטת המשפט אשר יש לפרש לאורו כל דבר חקיקה (ע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פנינה פינקלשטיין (פורסם בנבו, 09.12.2008); בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט (1) 661 (1995)).

19. הנה כי כן, אין שום סעיף בחוק המעניק סמכות למשיבה להחזיק את הגופה הנדונה בתנאים הנדונים. לא למותר לציין כי עניין כזה בהיותו נוגע לזכויות יסוד, אמור להיות מוסדר בהסדר ראשוני, אם בכלל. אין בחקיקה הראשית אזכור כלשהו לא ישיר ולא עקיף המאשר את סמכות המשיבה להחזיק את הגופה. לכן, המשיבה פועלת מחוסר סמכות קיצוני ביותר.

תכלית בלתי ראויה

20. העותרים יטענו, כי החזקת גופת המנוח היא לתכלית לא ראויה, בשל הפגיעה בזכויות החוקתיות כפי שפורט לעיל. היא לא משרתת שום ערך חברתי ראוי. נהפוך הוא פגיעתה בכבוד האדם הינה קיצונית ביותר. כידוע, ככל שהזכויות הנפגעות נמצאות ברמה גבוהה יותר במדרג הזכויות החוקתיות, הרי שאמת המידה לבחינת הצורך להגשמת התכלית אמורה להיות צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי (ראו: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 549 (2005). ראו גם: בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53 (1997); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 264 (2002); בג"ץ 5578/02 מנור ואח' נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004)).

21. בנסיבות העניין, אין ספק כי השימוש בהחזקת הגופה מהווה אמצעי לחץ או קלף מיקוח מכל סוג שהוא למען שיקולים פוליטיים שהינם שיקולים זרים.

22. הקביעה שלפיה החזקת הגופה נעשית מחוסר סמכות ולא לתכלית ראויה די בה בכדי לבסס טיעון של אי קיום תנאי פיסקת ההגבלה (אהרן ברק, **מידתיות במשפט** 143, 297 (2010)). יחד עם זאת, ולמעלה מן הצורך, יטענו העותרים כי החזקת גופת המנוח על ידי המשיבה ומניעת קבורתה אינה עומדת גם במבחן המידתיות על שלושת מבחני המשנה שלו.

23. לא קיים כל קשר רציונאלי בין הפגיעה בזכות העותרת ובעלה המנוח לכבוד, לבין התכלית שעומדת בבסיס החזקת הגופה, במידה ואכן זו קיימת. ועוד, מבחן הפגיעה המצומצמת יותר אינו מתקיים בענייננו. שכן, אף אם ישתכנע בית המשפט הנכבד בדבר קיומה של תכלית של ביטחון הציבור בבסיס החזקת גופתו של המנוח.

24. גם מבחן המידתיות במובנו הצר איננו מתקיים נוכח הפגיעה הקשה ומוחלטת בכבוד המנוח ובני משפחתו, אשר איננה פרופורציונאלית לתועלת שיכולה לנבוע, אם בכלל, מהמשך החזקת גופתו של המנוח ומניעת קבורתה על ידי בני משפחתו. אין שום ערך חברתי מוגן מהצורך בהמשך החזקת הגופה. נהפוך הוא, הדבר מעיד על שיקולים זרים ביותר.

לאור האמור לעיל מתבקש בזה בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפכו למוחלט.

עומר חי'מאיסי, עו"ד

נדים שחאדה, עו"ד

ב"כ העותרים