

בעניין:

1. _____ דמיאטי, ת"ז _____
2. _____ דמיאטי, ת"ז _____
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר

ע"י ב"כ עוה"ד סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או נועה דיאמונד
(מ"ר 54665) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או דניאל
שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088)
ו/או בילאל סביחאת (מ"ר 49838) ו/או טל שטיינר (מ"ר
62448) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל': 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

1. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית
2. שר הביטחון
3. מדינת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן
טעם, מדוע לא תועבר גופתו של המנוח, _____, בנם של העותרים 1-2, לידי בני
משפחתו, לצורך קבורתה בבית הקברות באיזור מגוריהם, על פי אמונתם ודתם.

התשתית העובדתית

עניינה של העתירה

1. עניינה של העתירה הוא בהימנעות המשיבים, במשך 11 שנה, מלהחזיר לעותרים 2-1 (להלן: **העותרים**) את גופת בנם, על מנת שיוכלו סוף סוף להביאה לקבורה על פי מסורתם ואמונתם, להתאבל על מותו ולהמשיך בחייהם.

הצדדים

2. העותרת 1, ילידת 1958, היא אימו של המנוח _____, ת"ז _____, שנהרג, ככל הנראה, בחודש אוקטובר 2002, ומאז מוחזקת גופתו בידי המשיבים. העותר 2, יליד 1956, הוא אבי המנוח.
3. העותר 3, המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד**), הוא ארגון זכויות אדם שמושבו בירושלים.
4. המשיב 1, מפקד הצבא באיזור הגדה המערבית, מחזיק בשטחי הגדה המערבית תחת החזקה לוחמתית. הוא האחראי למימוש זכויות האדם של תושבי השטח הכבוש שתחת אחריותו. זאת בהתאם למשפט הבינלאומי ההומניטארי, למשפט זכויות האדם הבינלאומי ולמשפט החוקתי והמינהלי הישראליים.
5. כידוע, ביום כ"ט בנובמבר 2012 החליטה העצרת הכללית של האו"ם להעניק לפלסטין מעמד של מדינה משקיפה שאינה חברה באו"ם (החלטה מס' A/RES/67/19). ברור כי גם לאחר החלטת העצרת הכללית, ממשיך המפקד הצבאי לשאת בכל החובות החלות עליו על פי המשפט הבינלאומי, ככוח כובש המחזיק בשטח.
6. המשיבים 2-3, שר הביטחון ומדינת ישראל, אחראים על קביעת המדיניות על פיה נוהג המפקד הצבאי בנושא החזרת גופות של פלסטינים הנמצאות בידיו לבני משפחותיהם.

הרקע העובדתי

7. עקבותיו של _____, בנם של העותרים, יליד 1980, נעלמו ביום 1.10.2002.
8. משפחתו פנתה למוקד בבקשה לאתרו וכשנסיונות המוקד לא צלחו, הוגשה בשמו של הנעדר עתירת הביאס קורפוס (בג"ץ 8648/02 _____ **דימיאטי ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, לא פורסם).

9. במסגרת העתירה הודיעה המדינה ביום 13.10.2002 כי "למכון הפתולוגי הגיעה לפני מספר ימים גופת אלמוני אשר, ככל הנראה, הינה גופתו של העותר" דהיינו, בנם של העותרים בעתירה.

העתק הודעת המדינה מיום 13.10.2002 בבג"ץ 8648/02 מצ"ב ומסומן ע/1.

10. בהודעה משלימה הודיעה המדינה כי ביום 1.10.2002 נורה ונהרג אדם בהיתקלות עם כוח משטרה בסמוך לעיירה טייבה וכי גופתו הועברה למכון לרפואה משפטית.

העתק הודעת המדינה מיום 11.11.2002 בבג"ץ 8648/02 מצ"ב ומסומן ע/2.

11. ביום 3.3.2005 פנה המוקד להגנת הפרט בשם משפחת המנוח ללשכת יועמ"ש המשיב 1 בבקשה להחזיר את גופת המנוח לבני משפחתו.

העתק מכתב המוקד ליועמ"ש המשיב 1 מיום 3.3.2005 מצ"ב ומסומן ע/3.

12. ביום 14.3.2005 ניתנה תשובתו של יועמ"ש המשיב 1 בנוגע לכמה גופות, ובכלל זאת גופת בנם של העותרים. בתשובה נמסר כי ככלל, עמדת המפקד הצבאי היא להחזיר את הגופות וכי בכפוף לזיהוין לא תהיה מניעה עקרונית להשבת הגופה.

העתק מכתבו של יועמ"ש המשיב 1 מיום 14.3.05 מצ"ב ומסומן ע/4.

13. ואולם, בעקבות תפיסתם של 3 חיילים ישראלים בעזה ובלבנון בחודשים יוני ויולי 2006, השתנתה המדיניות. בין השאר, הודיעה המדינה על עמדתה החדשה במסגרת עתירות שהוגשו על ידי המוקד להגנת הפרט לבית המשפט העליון, שתיים מהן, בג"ץ 9025/01 _____ **עוודאללה נ' המפקד הצבאי** ובג"ץ 8086/05 _____ **מצרי נגד המפקד הצבאי**, עדיין תלויות ועומדות.

14. ביום 4.1.2007 הודיעה המדינה במסגרת עתירות אלה כדלקמן:

... לאור האירועים בחודשים האחרונים, בהם נחטפו שלושת חיילי צה"ל ... ולנוכח הסבירות הגבוהה כי ייעשה בגופות המפגעים שימוש במסגרת משא ומתן לצרכי השבת החטופים, הוחלט כי יש לעכב, **לעת הזו** (ההדגשה במקור, הח"מ), את העברת גופות המפגעים למשפחותיהם, עד לפתרון סוגיית החטופים. עמדת המשיבים הינה כי החזקת גופות המפגעים נשוא עתירה זו תוכל לסייע בצורה ממשית לקידום המשא ומתן לצרכי השבת החטופים וכי מטעם זה יש לעכב את החזרתם למשפחותיהם.

העתק הודעת המדינה מיום 4.1.2007 במסגרת בג"ץ 8086/05 ואח' מצ"ב ומסומן ע/5.

מהודעה זו עולה, כי גם **לשיטתו של המשיב, מדובר בעיכוב זמני, לעת הזו לדבריו, נוכח הנסיבות המיוחדות.**

15. לאורך השנים שבה המדינה וחזרה על עמדתה, כי "בשים לב למאמצים הנמשכים לשחרור החייל החטוף גלעד שליט, אין מקום לעת הזאת להעביר גופות המצויות בשליטת המדינה של מחבלים תושבי איו"ש מארגוני הטרור החמא"ס והג'יהאד האיסלאמי לידי משפחותיהם של המחבלים".

מצ"ב העתק הודעת עדכון מטעם המדינה בבג"ץ 8086/05 ואח' מיום 19.2.2009 מסומן ע/6.

16. עם זאת שבה המדינה והדגישה את רצונה להחזיר את הגופות למשפחות וכי נוכח הנסיבות אין העיתוי מאפשר זאת. להלן דברי ב"כ המשיבים, עו"ד הלמן, בפרוטוקול דיון שנערך ביום 12.10.2009:

... נעשתה עבודת מטה ... אנחנו הודענו שאנחנו רוצים להחזיר, זה רק עניין של עיתוי ... זה אנשים של ארגון חמא"ס, בכירים, שכנראה במסגרת המו"מ הדבר הזה יכולה להיות לו חשיבות רבה ... אנחנו צריכים לתת עוד זמן כדי לראות מה תהיה ההתפתחות. אנחנו מבינים את מצוקת המשפחות ... (עמ' 2 לפרוטוקול).

ועוד הוסיף:

הערכה שלי שאם לא היו נחטפים שלושת החיילים התיקים האלה לא היו (עמ' 5 לפרוטוקול).

מצ"ב העתק דבריו של עו"ד הלמן מטעם המדינה כפי שנרשמו בפרוטוקול הדיון בבג"ץ 8086/05 ואח' מיום 12.10.2009 מסומן ע/7.

17. בתאריך 18.10.2011 הוחזר גלעד שליט לביתו, במסגרת עיסקה שערכה ישראל עם החמאס. בתמורה לשחרורו, שחררה ישראל 1027 אסירים ביטחוניים. אף לא גופה אחת הוחזרה במסגרת העיסקה.

18. ביום 20.12.2011 הודיעה המדינה, במסגרת הודעה מעדכנת בעתירות התלויות ועומדות, כי עיסקת שליט הסתיימה בימים אלה וכי לאחר השלמת העיסקה יש כוונה לקיים הערכת מצב, לשם גיבוש עמדתה העקרונית של המדינה בסוגיית

החזרת גופות המחבלים לידי בני משפחותיהם. המדינה חזרה וביקשה הארכות מועד לצורך גיבוש עמדתה.

מצ"ב העתק ההודעה המעדכנת מטעם המדינה מיום 20.12.2011 מסומן ע/8.

19. בחודש מאי 2012 העבירה ישראל 91 גופות של פלסטינים שהוחזקו על ידה לידי הרשות הפלסטינית, כמחווה של רצון טוב, ובכללן גופות של מפגעים שהשתייכו לארגון החמאס.

20. ביום 2.7.2012, במסגרת הודעת עדכון נוספת מטעם המדינה בעתירות התלויות ועומדות, נכתב כדלקמן:

המדינה תבקש לעדכן את בית המשפט הנכבד, כי הדרג המדיני הבכיר החליט על ביצועו של מהלך מדיני מול הרשות הפלסטינית, במסגרתו תועברנה לידי הרשות הפלסטינית גופותיהם של מחבלים פלסטינים המצויות בשליטת המדינה ... בהתאם להחלטה ... כבר הועברו לידי הרשות הפלסטינית גופותיהם של 91 מחבלים ... המדינה תבקש לעדכן את בית המשפט הנכבד, כי בהתאם להנחיית הדרג המדיני, מתנהלים מגעים מול הרשות הפלסטינית במטרה לבחון את האפשרות להעביר גופות נוספות לידי הרשות הפלסטינית.

מצ"ב העתק ההודעה המעדכנת מטעם המדינה מיום 2.7.2012 מסומן ע/9.

21. ביום 16.8.2012 עדכנה המדינה כדלקמן:

המדינה תבקש לעדכן את בית המשפט הנכבד, כי בהתאם להנחיית הדרג המדיני, המגעים מול הרשות הפלסטינית ממשיכים להתנהל, במטרה לבחון את האפשרות להעביר בצורה מכובדת ומסודרת גופות מחבלים נוספות לידי הרשות הפלסטינית.

מצ"ב העתק ההודעה המעדכנת מיום 16.8.2012 מסומן ע/10.

22. ביום 5.12.2012 עדכנה המדינה את בית המשפט הנכבד כי:

המגעים מול הרשות הפלסטינית להמשך המהלך להחזרה מכובדת ומסודרת של גופות מחבלים, בהתאם להנחיית הדרג המדיני, טרם צלחו, ונדרש זמן נוסף לשם מיצוי של המהלך.

כן ביקשה המדינה לקבוע את העתירות להמשך דיון במהלך חודש מאי.

23. הדיון בעתירות נקבע ליום 23.5.2013.

מיצוי ההליכים

24. ביום 26.10.2011, לאחר שחרורו של גלעד שליט וחזרתו לביתו, פנה המוקד להגנת הפרט ליועץ המשפטי לגדה המערבית במכתב, שכותרתו "חידוש הבקשה להחזרת גופות של פלסטינים המצויות בידי ישראל למשפחותיהם". בפנייה ציין המוקד כדלקמן:

נוכח שינוי הנסיבות וחזרתו של גלעד שליט לביתו, אנו פונים אליך בשם משפחות מהגדה, שגופות יקיריהן נמצאות בידי ישראל והמפקד הצבאי נתן בעבר אישור עקרוני להחזרתן, בבקשה לסיים במהירות את הליך העברתן לחיק המשפחות.

העתק מכתב המוקד למפקד הצבאי מיום 26.10.2011 מצ"ב ומסומן ע/11.

25. ביום 4.12.2011 נשלחה תזכורת ליועמ"ש הגדה המערבית (בתוספת בקשה להחזרת גופות מטעמן של 6 משפחות נוספות).

העתק מכתב התזכורת מיום 4.12.2011 מצ"ב ומסומן ע/12.

26. ביום 12.12.2011 נתקבל במוקד מכתבו של ק' יעוץ מדור ביטחון ופלילי, בשם היועץ המשפטי, המאשר קבלת פניות המוקד. כן נכתב, כי הפניות הועברו לגורמים האמונים על הנושא, לשם ביצוע הבירורים הנדרשים וכי עם תום הטיפול ישיבנו.

העתק מענה היומ"ש מיום 12.12.2011 מצ"ב ומסומן ע/13.

27. ביום 1.2.2012 נשלח מכתב נוסף מהמוקד להגנת הפרט ובו בקשה למענה ענייני.

העתק המכתב מהמוקד מיום 1.2.2012 מצ"ב ומסומן ע/14.

28. ביום 27.3.12 התקבל מכתבו של ק' יעוץ מדור ביטחון ופלילי, בשם היועץ המשפטי של המשיב 1 ועל פיו המדינה טרם גיבשה את עמדתה העדכנית בסוגייה והם ישובו ויעדכנו בהתאם להתפתחויות בעניין.

העתק מענה יועמ"ש המשיב מיום 27.3.12 מצ"ב ומסומן ע/15.

29. ביום 10.10.2012 נשלחה תזכורת נוספת, בה צוין כי חלפה שנה מהפנייה המקורית וטרם ניתן מענה.

העתק מכתב התזכורת מהמוקד מיום 10.10.2012 מצ"ב ומסומן ע/16.

30. כל מענה לא התקבל. משכך, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית משפט נכבד זה.

הטיעון האנושי – עד מתי?

31. העותרים, הוריו של הנפטר ובני משפחתו האחרים, ממתינים 11 שנה לקבל את גופת יקירם ולהביאה לקבורה על פי דתם ואמונתם.

32. עד מתי ימתינו? מה נדרש על מנת שהמשיבים ימלאו אחר צורך ראשוני ובסיסי זה של אדם, לקבור את יקירו באופן ראוי ומכובד?

33. עד מתי ימשיכו המשיבים לומר כי אין להם התנגדות עקרונית להחזרת הגופות וכי מדיניותם הינה להחזיר גופות ובו בזמן למנוע – משך 11 שנה – את העברת גופתו של בן העותרים למשפחתו?

34. עד מתי ייתלו המשיבים במהלכים מדיניים ושיקולי מדיניות מול הרשות הפלסטינית? עד מתי ימתין העותר למחווה של מדינת ישראל כלפי הרשות הפלסטינית, תוך תקווה שהפעם תיכלל גופת בנו במחווה הללו? מה לעותר – המבקש לקבור את בנו בכבוד ולסיים פרק זה בחייו – ולשיקולי מדיניות של מדינת ישראל מזה ושל הרשות הפלסטינית מזה?

35. הנה דברים שאמרה העותרת 1 בתצהירה המצורף לעתירה:

אני וכל המשפחה חיים בציפייה מתמדת לקבל את גופת הבן ולקבור אותו. עד שזה לא יקרה נמשיך לחיות בציפייה, ללא מנוחה. אני רוצה לקבור את בני על פי ההלכה המוסלמית. קשה לי עם הידיעה שהוא קבור במקום זר. אני גם חוששת שככל שיעבור הזמן, זיהוי הגופה יהיה קשה יותר.

במהלך השנים פגשתי לפחות מ-5 אנשים שטענו שראו את בני ____ כשהוא קטוע רגל. אני חיה בספק הזה כל הזמן. מחד התקווה שהוא עדיין חי ומאידך הידיעה שהוא נפטר. עד שלא אקבל את גופתו לא ייעלם הספק הזה מליבי.

... כאשר נקבל את הגופה נקיים הלווייה מכובדת, נקים סוכת אבלים ונתחיל לחוות את מות הבן באופן מוחשי שהרי, עד כה, הכל היה רק מפי השמועה. קבלת הגופה תיצור עובדה מוגמרת וקץ למחשבות המטרידות באשר לגורלו והאופן בו הוא קבור. לאחר

קבלת הגופה וקבורתה אני מקווה שיהיה לנו סוף סוף שקט נפשי ויסיימו פרק האי ודאות, הציפייה והשאלות. נלמד לחיות עם מותו של הבן.

אנחנו יודעים שהרשות עושה מאמץ להחזיר את הגופות אבל יש הבדל בין פקיד רשות שנושא ונותן עם הישראלים לבין ההורים והמשפחה של ההרוג שחיים את הנושא מידי יום. אנחנו מקווים כי הנושא לא יורד מסדר היום אבל אין לנו כל שליטה על התנהלות הדברים.

אני אמא שבנה נהרג. כל רצוני הוא לראות את גופתו, לדעת שהוא אכן מת ולקבור אותו. עד אז אין לא תהיה לי מנוחה. לילותיי מלאים בחלומות ובסיוטים.

הטיעון המשפטי

כבוד האדם, כבוד המת וכבוד בני משפחת המת

36. על ערך כבוד המת נאמר בבית משפט נכבד זה כדלקמן:

ערך זה חוצה ימים ויבשות, ועוגן במסורות חברתיות, דתיות ומשפטיות שונות, כחלק מן האתוס החברתי של תרבויות העולם במזרח ובמערב. (בג"ץ 52/06 **חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נגד Simon Wiesenthal Center Museum Corp**, פורסם בנבו, פס' 135 לדברי כב' הש' פרוקצה להלן: **פרשת אלאקסא**).

37. בית המשפט העליון חוזר ומדגיש, כי הזכות החוקתית לכבוד האדם כוללת גם את כבוד האדם שהלך לעולמו וגם את כבוד משפחת הנפטר. השניים משולבים זה בזה ולא ניתן להפריד ביניהם:

ערך כבוד המת הוא חלק ממושג כבוד האדם, הזוכה בשיטתנו המשפטית להגנה חוקתית. הוא מתמזג עם ערך כבוד האדם בחייו, ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו. הוא מושג המתפרש לא רק על כבודו של הנפטר עצמו אלא הוא מקרין לכבודם של הקרובים לו ובני משפחתו. הוא נוגע בציבור כולו, שחובתו להגן על ערך זה מאפיינת

את התפיסה הערכית והמוסרית המיוחדת אותו (פרשת אלאקסא, ס' 156 לדברי כב' הש' פרוקצ'ה).

ועוד נאמר :

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 ובטיפול הקבר. זהו אותו קשר – לעתים רציונאלי ולעתים בלתי רציונאלי – בין החיים לבין המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכנו והנותן ביטוי למאויי הנפש הנכספים. זוהי היד שהחיים מושיטים למתים. זהו הביטוי החיצוני המשקף את הקשרים הפנימיים בין הדורות (ע"א 294/91 **חברת קדישא גשח"א "קהילת ירושלים נגד קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, בעמ' 523, להלן : **פרשת קסטנבאום**).

על אותו רעיון חזר המשנה לנשיא, השופט המנוח אלון, בצינו :

ואף זו הלכה פסוקה היא, כי כבוד האדם בענייננו משמעו, בראש וראשונה, כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר (ע"א 1482/92 **א' הגר נ' ח' הגר ואח'**, פ"ד מז(2), 793, עמ' 801-802).

38. לא אחת עלתה בפני בית משפט נכבד זה שאלת זכותה של משפחת הנפטר לזכור את הנפטר ולכבדו באופן הנראה לה ולקבור אותו בהתאם לדתם ולמסורתם :

לבני משפחת הנפטר עומדות הזכות והחירות, כי זכרו של יקירם יכובד בדרך הנראית להם כראויה, וכי תינתן להם האפשרות להביע את רגשותיהם כלפיו באופן הנראה להם כמתאים (פרשת קסטנבאום, פס' 6 לדברי הש' ברק).

ועוד נאמר :

כולי עלמא לא פליגי שזכותו של כל אדם לכבד בדרך נאותה את זכרם של אהוביו שהלכו לעולמם, בהתאם לאורח חייהם ולמסורתם כל זמן שדבר זה אינו פוגע ברגשות או באינטרסים לגיטימיים של הזולת. וברור גם ש"בית-קברות הינו מקום לא רק לקבורת המתים,

אלא גם להבעת האהבה והכבוד שרוחשים החיים למתים" (דברי
הש' עצינוני בע"א 280/71 **גדעון נ' חברה קדישא גחש"א ואח', פ"ד**
כז(1), 10, 23).

קבורה בבית קברות מוכר, בהתאם לדת ולמסורת

39. בחשיבות הרבה שיש להקמת קבר לנפטר, בבית קברות מוכר, לעריכת טקס
קבורה ולעלייה לקבר, עוסקת באריכות כב' הש' פרוקצ'ה בפרשת אל אקסא :

... טקס הקבורה, חלקת הקבר והמצבה שעליה, טכסי האזכרה
וההתייחדות עם הנפטר, מגשימים גם את אינטרס המשפחה בכיבוד
זכרו של הנפטר, השלוב בכבודם שלהם. על מקום הקבר כתב השופט
מ' חשין: "זכות עומדת לו לאדם - זכותו בחייו וזכותם של בני
משפחתו, של קרוביו, של ידידיו ושל החברה בכללה לאחר פטירתו -
כי יזכה לאחר פטירתו בחלקת קבר, במקום קבורה, ובמצבה שעל-
קבר. כבודו של אדם הוא, כבודו של המת הוא, כבודו של החי הוא,
כנושא את כבוד המת ... 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... (פס' 149 ואילך לדברי כב' הש' פרוקצ'ה).

40. התייחסה לכך גם כב' השופטת ארבל באומרה :

כבוד המת הוא חלק מעקרון כבוד האדם ... ככזה הגשמתו מצריכה
לעתים פגיעה באינטרסים אחרים ... 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 ש'משולבת בה רגישות אישית ו'נשמתית' מיוחדת' ... (בג"ץ
4638/07 **חברת אלאקסא אלמובראק בע"מ ואח' נגד חברת החשמל**
לישראל ואח', פורסם בנבו, פס' 1 לדברי כב' הש' ארבל).

גם אם המת הוא רוצח נתעב, אין לפגוע בכבודו ובכבוד קרוביו החיים

41. בהקשר של כיבוד זכויות משפחת המת לקבור ולכבד את הנפטר, אין כל
רלוונטיות לשאלה מי היה המת ומה היו מעשיו בחייו.

42. **בחוק איסור הקמת מצבות זיכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח-1998**, קבע המחוקק כי הזכות לקבר ולמציבה אינה ניתנת להפקעה, אפילו ביצע הנפטר מעשה טרור. החוק אוסר על הקמת מצבות זיכרון לזכר מבצעי מעשי טרור ומורה על הסרתן, אולם הוראותיו אינן חלות על הקבר ועל המצבה שעליו.

43. ברוח זו, מבדיל כב' הש' חשין בין מצבת זיכרון לבין קבר, בפסק דינו בעתירה שהגישה משפחת הנפטר ברוך גולדשטיין כנגד המפקד הצבאי, שביקש להרוס את מצבת הזיכרון שהוקמה סביב הקבר :

אכן, כבוד האדם – כבוד החי וכבוד המת – עיקרי-יסוד הם במשפטנו, והרי גם החוק וגם ההלכה הכירו, וחזרו והכירו – לא אחת ולא שתיים – בחובה הקטיגורית המוטלת עלינו להכיר בהם כבני-תוקף במשפט הנוהג. כך בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וכך בהלכה ... אף החוק, הוא עצמו, מכיר בכבוד המת, בקובעו – במפורש – כי תוסר ממקומה "מצבת זכרון", וכי "מצבת זכרון" היא "למעט הקבר והמצבה שעליו". החוק אוסר על הקמתה – ומורה על הסרתה – של אנדרטה לזכר מבצע מעשה טרור, אך לא על הקמתו של קבר ולא על הצבתה של מצבה-על-קבר. האומנם זכות-יסוד היא לאדם, כי תוצב על קברו אנדרטה-של-כבוד, כי ייזכר במצבת-זיכרון מפוארת? גם חברי-הכנסת עמדו על כך – ובמפורש – לעת הדיון בכנסת. כך, למשל, אמר חבר-הכנסת רן כהן, יוזם החוק, לעת הציגו את הצעת החוק לפני הכנסת (ישיבת הכנסת מיום 25.3.1997), וכבר קראנו דברים אלה למעלה: אדוני היושב-ראש, אני רוצה שיהיה ברור, אמרתי את זה ואני חוזר ואומר: **לכל אדם, גם לרוצח נתעב, מגיע קבר, ולכל משפחה של רוצח מגיע קבר, כדי שתוכל לעלות אליו.** (בג"ץ 6195/98 גולדשטיין נגד אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נג(5) 317; ההדגשות של הח"מ).

44. עוד דברים בהקשר זה נאמרו מפיה של כב' הש' בייניש :

איסור זה (הקבוע בס' 172 לחוק העונשין בנוגע להפרעה או פגיעה ברגשות במקום פולחן או קבורה – הח"מ), משתלב עם התפיסה בדבר חשיבות השמירה על כבוד המת באמצעות הבטחת קבורה נאותה, כפי שהיא נלמדת מהוראות חוק נוספות במשפטנו ומפסיקתו של בית-משפט זה ... גישת המחוקק היא אפוא כי **זהותם של נפטרים וטיב המעשים שביצעו בחייהם אינם מהווים היתר לפגיעה בקבריהם ולהפיכתם להפקר** ... הזכות להוקיע מעשים שעשה

הנפטר בחייו ולמחות נגדם היא זכות המוכרת כחלק מחירות הביטוי הנתונה לכל אדם. אולם אין לערב בינה לבין הזכות הבסיסית לקבורה ולכיבוד מקום הקבורה הנגזרת מכבוד האדם ושמורה לכל אדם באשר הוא (ע"פ 3338/99 דמיאן פקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 317, פס' 16 לדברי כב' הש' ביניש; ההדגשות של הח"מ).

כבוד המת במשפט הבינלאומי

45. באשר לחובת כיבוד המת ומשפחתו במשפט הבינלאומי, אין לנו אלא לצטט מדבריה של כב' הש' פרוקציה בפרשת אלאקסא :

בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949, נקבעה חובה להגן על כבודם של התושבים המקומיים. בפסיקת בית משפט זה נקבע, כי הוראה זו משתרעת לא רק על שמירת כבודם של החיים אלא גם על כבוד המתים: "נקודת המוצא הינה, כי הכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, לפיו יש להגן על כבודם של התושבים המקומיים, משתרע לא רק על התושבים המקומיים החיים, אלא גם על המתים ... כבוד האדם הוא כבודו של החי וכבודו של המת ... " (בג"צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פד"י נח (5) 385 (2004), פסקה 27 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק).

סעיף 130 לאמנת ג'נבה הרביעית עוסק במפורש בכבודם של המתים בקובעו: The detaining authorities shall ensure that internees who die while interned are honorably buried, if possible according to the rites of the religion to which they belonged and that their graves are respected, properly maintained, and marked in such a way that they can always be recognized. המלומד פיקטה כתב לעניין זה, כי Respect for the dead is one of the most ancient ideas of civilization. (J.S. Pictet, Commentary IV Geneva Convention - Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1958), 506) (ס' 190 ואילך לדבריה).

סמכות המפקד הצבאי ואופן הפעלתה

46. תקנה 133 (3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, קובעת כדלקמן:

למרות כל הכלול בכל חוק, יהיה מותר למפקד צבאי לצוות כי גוייתו של כל אדם תיקבר באותו מקום שהמפקד הצבאי יורה. המפקד הצבאי רשאי באותו צו להורות מי-ומי יקבור אותה גויה ובאיזו שעה תיקבר. הצו האמור יהיה הרשאה מלאה ומספקת לקבורתה של אותה גויה, וכל אדם העובר על אותו צו או מפריע לו יאשם בעבירה על התקנות האלה.

תקנה 4(6) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, מעניקה למפקד הצבאי סמכות לשנות מהוראה שניתנה ע"פ התקנה.

47. עקרון החזרת גופות מוכר על ידי המשיבים, כפי שעולה גם מסעיף 42-44 לפקודת

מטכ"ל מספר 38.0109 – חללי צבא אויב – נוהל זיהוי, טיפול בחפצים, דיווח וקבורה בזמן קרבות. על פי סעיפים אלה, יש להעביר חללי צבא אויב לרשות צבא האויב. על עקרון זה לחול גם אם לא מדובר בגופות המשתייכות ל"צבא אויב", אלא לישות אחרת.

העתק החלק הרלוונטי בפקודת מטכ"ל 38.01.09 חללי צבא אויב – נוהל זיהוי, טיפול בחפצים, דיווח וקבורה בזמן קרבות – מצ"ב ומסומן ע/17.

48. גופת בנם של העותרים נמצאת בידי המשיבים מזה 11 שנים תמימות. לבני המשפחה אין תעודת פטירה ואין קבר. פגיעה קשה כל כך בכבוד המת ובכבוד משפחתו צריכה להיות מוצדקת ע"י שיקולים כבדי משקל. בהקשר של תקנות ההגנה, מדובר על שיקולי ביטחון ושיקולים הנוגעים לסדר הציבורי.

49. בבג"ץ 3933/92 **ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז**, פ"ד מו(5) 1 (להלן: **פרשת ברכאת**), עוסק בית המשפט בשיקולים שעל המפקד הצבאי לשקול בבואו להציב תנאים לאופן קבורת גופתו של פלסטיני שישראל עומדת להחזירה למשפחתו:

מהי המסגרת הנורמטיבית, אשר בה חייב המפקד הצבאי להפעיל את שיקול דעתו? על המפקד הצבאי לקחת בחשבון, מחד גיסא, שיקולים הקשורים בכבוד האדם. שיקול זה כפול הוא, והוא משתרע על כבודו של הנפטר וכבוד משפחתו. בקבורתו המכובדת והנאותה של נפטר מקיימים את כבוד המת ואת כבוד החי גם יחד (פס' 11 לדברי כב' הש' ברק).

50. בהמשך מתייחס כב' הש' ברק לאיזון שעל המפקד הצבאי לערוך בין כבוד האדם לבין שיקולי ביטחון :

בהתנגשות "חזיתית" בין שיקולים נוגדים אלה - כבוד המת ומשפחתו מזה וביטחון, סדר ושלוש הציבור באיזור מזה - יד שיקולי הסדר והביטחון על העליונה. דבר זה נובע מהכוחות הנתונים למפקד הצבאי באיזור. עם זאת, לא כל שיקול של סדר וביטחון יש בכוחו להצדיק צמצום או פגיעה בכבוד המת ומשפחתו. אכן, נדרש איזון ראוי בין שיקולים הקשורים בכבוד המת ומשפחתו מזה לבין שיקולים הקשורים בביטחון האזור והסדר בו מזה. איזון זה מכיר בעליונות השיקול הביטחוני, אך הוא קובע אמות מידה באשר למצבים, אשר בהם עליונות זו משתכללת הלכה למעשה. איזון זה עוסק בעיקרו בשתי שאלות: האחת - מידת ההסתברות לפגיעה בביטחון, בשלוש ובסדר הציבורי, אם תינתן מלוא ההכרה לשיקול בדבר כבוד המת ומשפחתו; השנייה - מידת הנזק בביטחון, בשלוש ובסדר הציבורי, המצדיקה צמצום או הגבלה של השיקול בדבר כבוד המת ומשפחתו.

51. במקרה של ברכאת הציג המשיב חשש, המבוסס על ניסיון העבר ועל מידע מודיעיני שעניינו היה בהפרות סדר ואלימות, חסימת צירי תנועה והתנגשויות עם כוחות הצבא, שעלולות להביא לפגיעה בביטחון. החשש היה בדרגה של ודאות קרובה, והנזק הצפוי לביטחון ולסדר הציבורי היה ממשי, ניכר ומהותי. מנגד, הפגיעה בכבודם של המת ושל משפחתו לא היתה מוחלטת: קבורת המת לא נמנעה, נוכחות בני המשפחה לא נמנעה, וההלווייה והקבורה נעשו לפי כללי המסורת. בנסיבות אלה החליט בית המשפט כי החלטת המשיב להורות על קיום הקבורה בשעות הלילה, ותוך השתתפות בני המשפחה בלבד, הנה סבירה ואין להתערב בה.

52. שונים הדברים במקרה שלנו: כאן הפגיעה בכבוד המת ובני משפחתו היא מוחלטת וממושכת ביותר וכאן אין המדינה טוענת לשיקולי ביטחון העומדים מנגד.

תכליתיות ומידתיות

53. כל נורמה משפטית, ובכלל זאת תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, תיבחן ותפורש לאור חוקי היסוד הנוגעים לזכויות האדם והמבחנים שנקבעו בעקבותיהם:

עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם חל שינוי מהותי בשדה המשפט בישראל. כל צמח משפטי שבו מושפע משינוי זה. רק כך יושגו הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באחד הכלים הללו משפיע על כלל הכלים. אין כל אפשרות להבחין בין דין ישן לדין חדש באשר להשפעות הפרשניות של חוק היסוד. אכן, כל שיקול-דעת מינהלי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; כל שיקול-דעת שיפוטי המוענק על-פי הדין הישן, יש להפעילו ברוח חוקי היסוד; ובכלל, כל נורמה חקוקה צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד (דברי כ' הש' ברק בדנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל** פ"ד מט(4) 589, עמ' 653).

54. פגיעה בכבוד המת ובני משפחתו מחייבת עמידה בתנאי פסקת ההגבלה:

במשפט הישראלי, מוכר ערך כבוד המת כזכות חוקתית הראויה להגנה בהיבטים שונים. הזכות לכבוד המת מהווה חלק מובנה מזכות היסוד לכבוד האדם, אשר זכתה לעיגון חוקתי סטטוטורי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, הזכות לכבוד המת אינה זכות מוחלטת, ופגיעה בה, בין על-ידי רשות שלטונית, ובין על-ידי פעולתו של פרט, מותנית בעמידה בתנאי פסקת ההגבלה לצורך הכשרתה (פרשת אלאקסא, פס' 187).

55. עמידה במבחני התכליתיות והמידתיות מחייבת גם את המפקד הצבאי בבואו לפעול על פי תקנות ההגנה:

יש לפרש את הסמכות הנתונה בתקנות ההגנה (שעת חירום) ברוח ההוראות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ... על-כן, בטרם יפעיל בעל הסמכות את הכוח הנתון לו בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), עליו להעמיד לנגד עיניו תכלית ראויה ... על בעל הסמכות לפעול "במידה שאינה עולה על הנדרש". זהו מבחן של מידתיות. האמצעי הננקט צריך להוביל באופן ראציונאלי להגשמתה של המטרה הראויה; האמצעי הננקט צריך לפגוע בזכות האדם המוגנת ... במידה הפחותה האפשרית להשגת המטרה ... האמצעי שננקט צריך לעמוד ביחס ראוי למטרה הראויה (ראה ע"א 6821/93, רע"א 3363, 1908/94 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח'). זוהי ההשראה הפרשנית הנובעת מחוק היסוד (דנג"ץ 2161/96).

שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ(4) 485, עמ' 488, דב' כב' הנשיא (בדימוס) ברק).

56. אם כך, השאלה הראשונה שיש לשאול במסגרת מבחני המידתיות היא האם המשיב, בהחזיקו בגופת בן העותרים, במשך 11 שנה, בהימנעו מלהחזירה למשפחה, עומד במבחן התכלית הראויה.

57. בשנים האחרונות, ועד חזרתו של גלעד שליט לביתו, באוקטובר 2011, טענו המשיבים כי לסירובם להחזיר את הגופה יש תכלית ברורה: השלמת העיסקה להחזרת שליט לביתו. מאז הושלמה עיסקת שליט, לפני כשנה, לא הציגו המשיבים תכלית אחרת להמשך סירובם להעביר את גופת המנוח. לעותרים אין שמץ של מושג מה יכולה להיות תכלית "ראויה" זו. יצוין, כי היעדר ההנמקה הינה הפרת חובה בפני עצמה.

58. אם יטען המשיב, כי המשך החזקתו בגופה נועד לתכלית מדינית, הקשורה בהפעלת לחץ על הרשות הפלסטינית, או השגת שיתוף פעולה ביטחוני עימה, או אינטרסים אחרים כיוצא באלה מול הרשות, הרי שאין מדובר בתכלית ראויה.

59. בית משפט נכבד זה חזר והדגיש בפסיקתו, כי המפקד הצבאי אינו רשאי לשקול את השיקולים המדיניים של מדינתו ולא את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, והסוציאליים שלה:

שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באיזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית באיזור מזה. אלה כאלה מכוונים כלפי האיזור. אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באיזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב ... (בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד הצבא, פ"ד לז(4) 785, עמ' 794-795).

ועוד מפי כב' הנשיא (בדימוס) ברק:

על המפקד הצבאי של שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית למצוא איזון בין צורכי הצבא, מזה, לבין צורכי התושבים המקומיים, מזה. במסגרת איזון עדין זה אין מקום למערכת שיקולים נוספת שעניינה

שיקולים מדיניים ... (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נגד ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, עמ' 830).

וראו גם בג"ץ 10356/02 הס נגד המפקד הצבאי ובג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית סירא נגד שר הביטחון (פורסמו בנבו).

60. לצורך המשך הדיון במבחני המידתיות נניח כי התכלית למענה פועל המשיב, תכלית שכאמור אינה ידועה לעותרים, הינה תכלית ראויה.

61. ואולם, גם אם היו המשיבים מציגים תכלית ראויה, אין די בכך להצדקת הפגיעה הקשה בעותרים. על פי מבחני המידתיות, נדרש גם קשר רציונאלי בין הפגיעה בזכויות לבין אותה תכלית וכן שלא ניתן להסתפק בפגיעה קטנה יותר לצורך השגת התכלית. בנוסף – צריכה החלטת המשיב לעמוד במבחן המידתיות במובן הצר, כלומר צריכה להתקיים פרופרציונאליות בין התועלת שנובעת מהמשך ההחזקה בגופה על ידי המשיב לבין הפגיעה הקשה בכבוד העותרים.

62. קשה לעותרים לחשוב שהפגיעה הקשה והממושכת בעותרים אכן יכולה לעמוד בדרישות אלה.

מילות סיום

63. כשנהרג שאול המלך בגלבע, כרתו הפלשתים את ראשו והציגוהו לראווה ברחבי הארץ ואילו את גווייתו תקעו בחומת בית שאן. יושבי יבש גלעד יצאו לבית שאן בחשכת הלילה, לקחו את גוויית שאול ואת גוויית בניו והביאו אותן לקבורה.

64. לא פעם קם המלך שאול על דוד לרדפו ולהורגו. שאול אילץ את דוד לגלות מארצו, להסתתר במדבריות, ואת מיכל, אשת דוד, נתן שאול לאדם אחר.

65. אף על פי כן, אנו קוראים בספר שמואל: "וישלח דוד מלאכים אל אנשי יבש גלעד ויאמר אליהם: ברוכים אתם לה' אשר עשיתם חסד הזה עם אדוניכם עם שאול ותקברו אותו. ועתה יעשה ה' עמכם חסד ואמת, וגם אנוכי אעשה אתכם הטובה הזאת, אשר עשיתם הדבר הזה (שמואל ב' 5-6).

66. מה שעשה המנוח – עשה. אך מגווייתו של המת אין לוקחים נקם. משפחת המנוח מבקשת להביאו לקבורה. אסור למשיבים למנוע זאת ממנה.

67. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

12 לפברואר 2013

סיגי בן ארי, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 23524]