

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 15/

בעניין:

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

ע"ר 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או בילאל סביחאת
(מ"ר 49838) ו/או חוה מטרוס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי
בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359) ו/או דניאל
שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או
עביר ג'ובראן-דכוור (מ"ר 44346)

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, משרד המשפטים
רח' צלאח אל-דין 29, ירושלים
טל: 02-6466590; פקס: 02-6467011

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, _____ קואסמה, בנם של העותרים 1-2, לידי בני משפחתו, לצורך קבורתה בבית קברות באיזור מגוריהם, על פי אמונתם ודתם.

התשתית העובדתית

עניינה של העתירה

1. עניינה של העתירה הוא בהימנעות המשיבים, במשך 12 שנה, מלהחזיר לעותרים 1-2 את גופת בנם, על מנת שיוכלו סוף סוף להביאה לקבורה על פי מסורתם ואמונתם, להתאבל על מותו ולהמשיך בחייהם.

הצדדים

2. העותרת 1 ילידת 1955, היא אימו של המנוח _____ קואסמה, ת"ז _____, שמצא את מותו בחודש מרץ 2003 ומאז מוחזקת גופתו בידי המשיבים. העותר 2, יליד 1950, הוא אביו של המנוח (להלן **העותרים**).

3. העותרת 3 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה רשומה שמושבה בירושלים, הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים בשטחים הכבושים.

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 בידי לבני משפחותיהם.

הרקע העובדתי

7. _____ קואסמה, בנם של העותרים, יליד 1983, נהרג במהלך פיגוע בו היה מעורב בחיפה, ביום 5.3.2003. מאז מוחזקת גופתו בידי ישראל (להלן: **המנוח**).

8. ביום 5.3.2003 הגיעו כוחות הצבא לבית המשפחה, עצרו שני אחיו של המנוח ורק אז נודע למשפחה על מותו של הבן. איש מעולם לא פנה אליהם בנוגע להחזרת הגופה.

9. ביום 3.3.2005 פנה המוקד להגנת הפרט 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/1.

10. ביום 14.3.2005 ניתנה תשובתו של יועמ"ש המשיב 1 בנוגע לכמה גופות, ובכלל זאת גופת בנם של העותרים. בתשובה נמסר כי אין מניעה עקרונית להחזרת הגופה, בכפוף לזיהוי מדעי.

העתק מכתבו של יועמ"ש המשיב 1 מיום 14.3.2005 מצ"ב ומסומן ע/2.

11. **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, בנושא החזרת גופותיהם של שני פלסטינים שמוחזקות ע"י המשיב (בג"ץ 9025/01 **שפאא עוודאללה נ' המפקד הצבאי ובג"ץ 8086/05 פאטמה מצרי נגד המפקד הצבאי**). בעקבות עתירות אלה החזירו המשיבים את הגופות לידי המשפחות (להלן: **עתירות המוקד**).

12. 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/3.

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

13. 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 העדכון המטעם המדינה בבג"ץ 8085/05 מיום 19.2.2009 מסומן ע/4.

14. 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 דיון בבג"ץ מיום 12.10.2009, מסומן ע/5.

15. 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.

16. ביום 20.12.2011 הודיעה המדינה, במסגרת הודעה מעדכנת בעתירות המוקד, 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/6.

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

18. ביום 2.7.2012, במסגרת הודעת עדכון נוספת מטעם המדינה בעתירות שהגיש המוקד בנושא החזרת הגופות, 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/7.

מיצוי ההליכים

19. 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/8.

20. 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/9.

21. 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/10.

22. 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/11.

23. ביום 27.3.2012 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 27.3.2012 מצ"ב ומסומן ע/12.

24. 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/13.

25. ביום 17.9.2013, בהמשך להודעת עדכון שהוגשה בבג"ץ 9025/01, הודיע ק' יעוץ מדור ביטחון ופלילי, סרן צבי מינץ, בשם היועץ המשפטי של המשיב 1, כי על בני משפחתו של המנוח להעביר אישורים להוצאת גופות בניהם מהקבר וביצוע בדיקות לאימות זיהוי

הגופה, לרבות דגימת DNA והעברת הגופה למקום קבורה חלופי עד להשלמת ההליך. כך, נתבקשו העותרים להתייצב במועדים קבועים מראש למתן דגימות ייחוס, לשם השוואתן לדגימות שיינטלו מהגופות.

העתק מכתב יועמ"ש המשיב מיום 17.9.2013 מצורף ומסומן ע/14.

26. ביום 29.9.2013 פנה המוקד לקי' יעוץ מדור ביטחון ופלילים בלשכת היועץ המשפטי לגדה המערבית. בפנייתו הדגיש המוקד את ההשלכות הדתיות והנפשיות הכרוכות בהוצאת גופה מהקבר ונטילת דגימה ממנה, ביקש לבחון באופן פרטני, ביחס לכל אחת ואחת מהגופות המבוקשות, את הצורך בזיהוי מדעי, הכולל הוצאת הגופה ומתן דגימות על ידי בני המשפחה, וביקש כי המשיב יתחייב לביצוע הבדיקות לזיהוי הגופה לאחר קבלת הסכמת המשפחות ונטילת דגימות הייחוס שלהם.

העתק פניית המוקד מיום 29.9.2013 ללשכת יועמ"ש המשיב מצורף ומסומן ע/15.

27. ביום 20.10.2013 פנה המוקד שוב ללשכת היועץ המשפטי לגדה המערבית, וביקש לקבל החלטה מפורשת והתחייבות להחזיר את הגופות לידי בני המשפחות מייד לאחר עריכת הבדיקות הנדרשות לשם זיהוי הגופות.

העתק פניית המוקד מיום 20.10.2013 ללשכת יועמ"ש המשיב מצורף ומסומן ע/16.

28. עשרה ימים עברו מיום פניית המוקד ותשובה – אין. לכן, ביום 29.10.2013 פנה המוקד שוב לסרון צבי מינץ, קצין יעוץ מדור ביטחון ופלילים. לפנייתו צירף המוקד רשימה של בני המשפחות שהביעו את הסכמתם להתייצב למתן דגימות ייחוס, על פי דרישת המשיבים. ברשימה הנ"ל הופיעו שמותיהם של העותרים (להלן: **הרשימה**).

העתק פניית המוקד מיום 29.10.2013 ללשכת יועמ"ש המשיב 1 מצורף ומסומן ע/17.

29. ביום 20.11.2013 הגישה המדינה לבית המשפט המחוזי בקשה דחופה למתן צו, על מנת להתיר לנציגי המשיב 1 והמרכז הלאומי לרפואה משפטית לפתוח את קבר המנוח וקברי הגופות המנויות ברשימה שצירף המוקד בפנייתו מיום 29.10.2013 (ע/17, הנזכר לעיל), ובמידת הצורך לערוך לגופות בדיקה גנטית (DNA) לשם זיהוין לצורך מסירתן לבני המשפחה.

העתק בקשת המדינה מיום 20.11.2013 לבית המשפט המחוזי בירושלים מצורף ומסומן

ע/18.

30. לאור בקשת המדינה והסכמת העותרים לבקשה, ביום 3.12.2013 הורה בית המשפט הנכבד על מתן צו כמבוקש, המתיר לנציגי המשיב 1 והמרכז הלאומי לרפואה משפטית לפתוח את קברי הגופות ובמידת הצורך לערוך לגופות בדיקה גנטית (DNA) לשם זיהוין, לצורך מסירתן לבני המשפחה.

העתק פס"ד של בית המשפט המחוזי מיום 3.12.2013 מצורף ומסומן ע/19.

31. בחודש אוקטובר 2013, התייצבו העותרים, יחד עם בנם, _____, ועוד עשרות בני משפחות שנזכרו ברשימת המוקד, במת"ק בשער אפריים, ומסרו דגימות ייחוס לשם השוואתן לדגימות שניטלו מהגופות.

32. בעקבות הליכים אלה הוחזרו כמה מהגופות, אשר בני המשפחה היו חלק מהליכי הזיהוי המתוארים לעיל. אולם גופת בנם של העותרים לא הוחזרה לבני המשפחה, ללא כל הסבר.

33. ביום 2.3.2015 פנה המוקד ליועמ"ש המשיב 1, אלי"מ אלי בר און, תיאר את השתלשלות העניין, ביקש לחדש את הליך החזרת הגופות לאלתר, וביקש לדעת מהי הסיבה שבשלה הופסקו ההליכים להחזרת גופת בנם של העותרים.

העתק פניית המוקד מיום 2.3.2015 ללשכת יועמ"ש המשיב 1 מצורף ומסומן ע/20.

34. מעל ארבעים יום עברו והמשיבים לא השיבו לפניית המוקד. משכך, פנה המוקד ביום 14.4.2015 בשנית ליועמ"ש המשיב, אלי"מ דורון בן ברק, וביקש שוב לחדש את הליך החזרת גופת המנוח יחד עם עוד ארבע גופות.

העתק פניית המוקד מיום 14.4.2015 ללשכת יועמ"ש המשיב 1 מצורף ומסומן ע/21.

35. עד היום טרם התקבל מענה ענייני מטעם המשיבים.

36. לאור התנהלותם המקוממת של המשיבים, הזמן שחלף מיום מתן החלטת בית המשפט המחוזי, המתירה למשיבים לפתוח קברי הגופות, והזמן שחלף מיום מסירת דגימות הייחוס של העותרים, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון האנושי – עד מתי?

37. העותרים 1 ו-2, הוריו של הנפטר, ממתנינים 12 שנה לקבל את גופת יקירם, להיפרד מבנם ולהביאו לקבורה על פי דתם ואמונתם.

38. עד מתי ימתינו? מה נדרש על מנת שהמשיבים ימלאו אחר צורך ראשוני ובסיסי זה של הורים, לקבור את בנם באופן ראוי ומכובד?

39. עד מתי ימשיכו המשיבים לומר כי אין להם התנגדות עקרונית להחזרת הגופות וכי מדיניותם הינה להחזיר גופות ובו בזמן למנוע – משך 12 שנה – את העברת גופת בנם של העותרים?

40. עד מתי ייתלו המשיבים במהלכים מדיניים ושיקולי מדיניות מול הרשות הפלסטינית? עד מתי ימתינו העותרים למחוות של מדינת ישראל כלפי הרשות הפלסטינית, תוך תקווה

שהפעם תיכלל גופת בנם במחוות הללו? מה לעותרים – המבקשים לקבור את בנם בכבוד ולסיים פרק זה בחייהם – ולשיקולי מדיניות של מדינת ישראל מזה ושל הרשות הפלסטינית מזה?

41. הנה דברים שאמר העותר 2 בתצהירו המצורף לעתירה:

לפני כשלוש שנים ישראל החזירה עשרות גופות של פלסטינים אך גופת בני לא הייתה כלולה בהם, חיכינו ללא סבלנות שבני יהיה בינם אך לצערי זה לא קרה.

בשנת 2013 הייתה רשימה של כשלושים גופות שישראל התכוונה להחזירם לידי בני משפחותיהם. בזמנו אני ואשתי נתנו דגימות ייחוס על מנת שיזהו את גופת בננו וזאת לבקשת הצד הישראלי, באותה תקופה הוחזרו הרבה גופות אך גופת בננו עדיין מוחזקת עד היום.

למרות המחשבה של מוות ואובדן אנחנו מעוניינים לקיים הלוויה מכובדת לבננו ורוצים לקבור אותו קרוב לנו לפי הדת האסלאמית, קשה לאבד בן יקר ומה שמקשה יותר שאין קבר לבננו.

העתק תצהיר העותר 2 מיום 6.5.2015 מצורף ומסומן ע/22.

(תרגום תצהיר לא פורמאלי מערבית לעברית נערך ע"י עובדת המוקד ; נ.ע.).

הטיעון המשפטי

כבוד האדם, כבוד המת וכבוד בני משפחת המת

42. 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**).

43. 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 מתמוזג 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 המייחדת אותו (**פרשת אלאקסא**, ס' 156 לדברי כב' הש' פרוקצה).

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 ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר – לעתים רציונאלי ולעתים בלתי רציונאלי – בין החיים לבין המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכנו והנותן ביטוי למאווי 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, בציינו:

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, עמודים 801-802).

44. 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' עציוני בע"א 280/71 גדעון נ' חברה קדישא גחש"א ואח', פ"ד כז(1), 10, 23).

קבורה בבית קברות מוכר, בהתאם לדת ולמסורת

45. 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, 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).

46. 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'נשמטית' 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

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

48. **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.

49. 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).

50. 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' בייניש; ההדגשות של הח"מ).

כבוד המת במשפט הבינלאומי

51. 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. 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

52. 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 גוויה ובאיזו שעה תיקבר. הצו האמור יהיה הרשאה מלאה ומספקת לקבורתה של אותה גוויה, 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.

53. 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/23.

54. גופת בנם של העותרים נמצאת בידי המשיבים מזה 12 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.

55. 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 (פסי' 11 לדברי כב' הש' ברק).

56. 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.

57. 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, וההלוויה 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.

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

תכליתיות ומידתיות

59. כל נורמה משפטית, ובכלל זאת תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, תיבחן ותפורש לאור חוקי היסוד הנוגעים לזכויות האדם והמבחינים 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 (כב' הש' ברק בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל פ"ד מט(4) 589, עמ' 653).

60. 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).

61. 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 הנקט צריך להוביל באופן ראציונאלי להגשמתה של המטרה הראויה; האמצעי הנקט צריך לפגוע בזכות האדם המוגנת ... במידה הפחותה האפשרית להשגת המטרה ... האמצעי שנקט צריך לעמוד ביחס ראוי למטרה הראויה (ראה ע"א 6821/93, רע"א 1908/94, 3363 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).

62. אם כך, השאלה הראשונה שיש לשאול במסגרת מבחני המידתיות היא האם המשיב, בהחזיקו בגופת בנם של העותרים במשך 12 שנים, ובהימנעו מלהחזירה למשפחה, עומד במבחן התכלית הראויה.

63. 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 עסקת 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.

64. 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.

65. 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, עמודים 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).

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

67. 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 מצומצמת יותר לצורך השגת התכלית. בנוסף – צריכה החלטת המשיב לעמוד במבחן המידתיות במובן הצר, כלומר צריכה להתקיים פרופרציונאליות בין התועלת שנובעת מהמשך החזקה בגופה על ידי המשיב לבין הפגיעה הקשה בכבוד העותרים.

68. קשה להעלות על הדעת שהפגיעה הקשה והממושכת בעותרים אכן יכולה לעמוד בדרישות אלה.

מילות סיום

69. כשנהרג שאול המלך בגלבו, 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.

70. 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.

71. אף על פי כן, אנו קוראים בספר שמואל: "וישלח דוד מלאכים אל אנשי יבש גלעד ויאמר אליהם: ברוכים אתם לה' אשר עשיתם החסד 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).

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

73. 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.

28 במאי 2015

נאסר עודה, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 28250]