

1. _____ ג'אנס

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר ז"ל

ע"י ב"כ עוה"ד א' רוזנטל ואח'

מרח' צאלח א-דין 15, ירושלים 95908

טלפון: 02-6280633 ; פקס: 02-6383312

העותרים

נ ג ד

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים ירושלים

ח מ ש י ב

הודעה מטעם פרקליטות המדינה

פרקליטות המדינה מתכבדת להגיש את תגובתו המקדמית של המשיב לעתירה למתן צו על-תנאי, כדלהלן:

מבוא

1. עניינה של עתירה זו בבקשת העותר כי בית המשפט הנכבד יורה למשיב להעביר את גופת בנו, _____ ג'אנס, לקבורה בידי בני משפחתו באזור יחודה וחשומרון.

2. המשיב יטען כי דין העתירה להיזחזח, בהעדר כל עלה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטתו שלא להעביר, לעת הזו, את גופתו של _____ ג'אנס, לקבורה בידי בני משפחתו באזור יחודה וחשומרון, וחלף זאת לקברו בבית הקברות לחללי אויב, וזאת מן הסעמים שיפורטו בהרחבה להלן.

3. בפתח הדברים המשיב יבקש לציין, כי נוכח עמדתו העקרונית שלא להעביר, לעת הזו, את גופת בנו של העותר לקבורה באזור יחודה וחשומרון, אין הוא נדרש לטענותיו של העותר

באשר ליהוי הנדרש לצורך העברת הגופה לקבורה באזור, והינו שומר לעצמו את הזכות להוסיף על טענותיו בעניין זה, ככל שהדבר יידרש.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

4. מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתגחלים בשטחי יהודה והשומרון אירועי לחימה רבים, ובוצעו למעלה מ-20,000 פיגועים.
5. מאז תחילת האירועים בחודש ספטמבר 2000 נהרגו 920 אזרחים ותושבים של מדינת ישראל ונפצעו למעלה מ-6,100, חלקם באורח קשה ביותר. כן נהרגו ונפצעו במהלך האירועים פלסטינים רבים. אירועים אילו התמירו ביותר מאז חודש מרץ 2002, אשר בו לבדו נהרגו כמאה ועשרים אזרחים ישראלים בפיגועים שביצעו פלסטינים, ומאות נפצעו. יצוין, כי מאז פרוץ האירועים הצליחו כוחות הביטחון לסכל למעלה ממאה וחמישים פיגועי התאבדות, שאילו יצאו אל הפועל, היו יכולים להביא להרג ולשכול רבים יותר.
6. מדינת ישראל מצוייה כיום במאבק מזוין שנכפה עליה. במסגרת מאבק זה משתמש הצד הפלסטיני, בין היתר, בפצצות-אדם מונחות, המגיעות לתחומה של ישראל ולתחומי ישובים ביהודה ושומרון וחבל עזה, וזורעות הרג ודם ברחובות עריה יישוביה.
- לא זו אף זו, אין מדובר במאבק מקובל בין שני עמים ושני צבאות סדירים, הנוהגים שניהם בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי המינהגי, אלא במציאות בה הצד הפלסטיני מפר את כל דיני המלחמה הנוהגים, ומבצע פשעי מלחמה ואף פשעים נגד האנושות.
7. במסגרת זו משתמש הצד הפלסטיני במאבקו במתבלים שאינם לובשי מדים; שמטרתם בין היתר פגיעה מכוונת באזרחים ותושבים חפים מפשע; מחבלים המסתתרים בתוך האוכלוסייה האזרחית; היוצאים ממקומות ישוב אזרחיים לביצוע מעשיהם הנפשעים; שמוצאים מקומות מסתור בבת-חולים, אמבולנסים, כנסיות ומסגדים, ומפרים את חסינותם של אותם מקומות; מחבלים הזוכים לתמיכה - אקטיבית או פאסיבית - מחלק ניכר מהאוכלוסייה; ואף זוכים לסיוע רב מחלק מתושבי האזור, ובכלל זה מבני משפחותיהם הקרובים [לעניינים אלה ר' : בג"צ 2936/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד בוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד (נו) 3, בג"צ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד בוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד (נו) 3, 28; בג"צ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד (נו) 30, בעמ' 36].
8. על המאבק בו נתונה מדינת ישראל עמד הנשיא ברק בגדרו של בג"צ 7015/02 עגורני נ' מפקד בוחות צה"ל, ונק-על 2002(3), 1021, באומר:

"מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנחלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרתית. זהו סכסוך מזויין. במסגרתו בוצעו כ-14,000 פינועים נגד החיים, הגוף והרכוש של אזרחים ותושבים ישראלים הפים מפשע ובהם זקנים וילדים, גברים ונשים. למעלה מ-600 אזרחים ותושבים של מדינת ישראל נהרגו. למעלה מ-4,500 נפצעו, חלקם באורח קשה ביותר. המוות והפגיעות חיו גם מנת חלקם של הפלסטינים. רבים מהם נהרגו ונפצעו מאז ספטמבר 2000. זאת ועוד: בחודש אחד בלבד - הוא חודש מרס 2002 - נהרגו 120 ישראלים בפיגועים ומאות נפצעו. מאז מרס 2002 ועד לכתיבתו של פסק דין זה, נהרגו 318 ישראלים ונפצעו למעלה מ-1,500. השכול והכאב שוטפים אותנו.

2. לחימתה של ישראל טבוכה היא. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות-אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים (בתחומי מדינת ישראל ובתחומי הישובים היהודיים באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה). הם זורעים הרג ודם בערים ובישובים. אכן, הכוחות הנלחמים בישראל הם טרוריסטים; הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם לובשים מדים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסיה הפלסטינית האזרחית באזור, לרבות במקומות קדושים; הם זוכים לתמיכת חלק מהאוכלוסיה האזרחית בכלל וכן לתמיכתם של בני משפחה וקרובים בפרט. מציאות חדשה וקשה ניצבת בפני מדינת ישראל, הנלחמת על ביטחונה וביטחון אזרחיה. מציאות זו מצאה לא פעם את דרכה לבית משפט זה...

3. במאבקה של ישראל כנגד הטרור היא נוקסת - מכוח זכותה להגנה עצמית - במבצעי לחימה מיוחדים (מבצע "חומת מגן" שהחל במרץ 2002 ומבצע "דרך נחושה" שהחל ביוני 2002 וטרם הסתיים). מטרת המבצעים הזתה חכרעת תשתית הטרור הפלסטינית ומניעת הישנותם של פיגועי הטרור. במסגרת פעולות אלה נכנסו כוחות צה"ל לשטחים רבים שחיו בעבר בשליטתו מכוח תפיסה לחמתית ואשר הועברו בהסכמים לשליטתה (המלאה או החלקית) של הרשות הפלסטינית. הצבא חטיל סגרים וכתרים על אזורים שונים. נאספו כלי נשק וחומרי חבלה. נעצרו מבוקשים. במסגרת מבצעים אלה גוייסו כוחות

מילואים רביים; הופעלו כלי נשק כבדים (טנקים,
נגמ"שים), ובהם מסוקי קרב ומטוסים."

9. ונדגיש, בניגוד לצד הפלסטיני, ועל אף אופיו הרצחני של המאבק שנכפה על ישראל, צה"ל מקפיד לשמור על צלם אנוש ועל דיני המלחמה במהלך מלחמותו במחבלים הפלסטינים, ומשתדל להמעיט, ככל שניתן בנסיבות תקשורת, את הפגיעה באוכלוסייה האזרחית החפה מפשע.

10. משהלכו ותכפו פיגועי הטרור הרצחניים, ומשנמצא כי פעולות חלחימה בהן נקט צה"ל אינן נותנות מענה מספק לצורך המידי בחפסקת מעשי הטרור הקשים, ולאחר התייעצות עם הפרקליט הצבאי הראשי והיועץ המשפטי לממשלה, החליטה ביום 31.7.02 ועדת חשרים לבטחון לאומי לנקוט בשורה של צעדים נוספים שנועדו לשם מניעת ביצועם של מעשי טרור נוספים, והרתעתם של מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע מעשיהם.

11. אחד מהצעדים עליהם הוחלט הינו קבורת גופותיהם של מחבלים, שהיו מעורבים במעשי טרור, ובעיקר בפיגועי התאבדות, כנגד מדינת ישראל ואזרחיה, בבית קברות לחללי אויב, וזאת חלף העברתם לקבורה בידי בני משפחותיהם. צעד זה מופעל במקרים בהם מגיע המפקד הצבאי למסקנה כי צעד זה, יכול לרתיע מפני ביצוע פיגועי טרור עתידיים או למונעם.

12. על צעד זה הוחלט, שכן על פי הערכת הצבא ושירות הביטחון הכללי, במקרים שנסיעותיהם יפורטו להלן, צעד זה יכול לתרום תרומה ממשית לכוחות הבטחון במאבקם נגד פיגועי הטרור, ולהציל חיי אדם. לפיכך סברו גורמי הבטחון והדרג המדיני, כי יש העיבות גדולה להוצאת הצעד האמור אל הפועל. הטעמים המפורטים בעניין זה יובאו בהמשך.

13. יוטעם, כי החלטת הגורמים הביטחוניים חובאה זה מכבד לפתחו של היועץ המשפטי לממשלה, אשר חנחה כי אין לנקוט בעניין זה מדיניות כללית וגורפת, אלא יש לבחון כל מקרה ומקרה באופן פרטני, לנסיבותיו, ולבדוק האם יש הצדקה, מהטעמים המפורטים, להורות על קבורת גופת המחבל בבית הקברות לחללי אויב. בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה נקבע כי ההחלטה הפרטנית בכל מקרה ומקרה תתקבל על-ידי המפקד הצבאי (מפקד כוחות צה"ל באר"ש או באזח"ע, לפי העניין) על-פי המלצת פורום היכולל נציגים של פיקוד המרכז או פיקוד הדרום, לפי העניין, והפרקליטות הצבאית.

14. תשוב לציון, כי החלטת המשיב הינה פועל יוצא מהאיוון שנערך על-ידו, בין כבודו של המת וכבוד בני משפחתו, לבין השיקולים הביטחוניים מן המעלה הראשונה הקיימים בעניין זה. על מלאכת איוון זו בנסיבות דומות עמד בית המשפט הנכבד בבני"צ 3933/92 ברפאת נ' אלון פיקוד המרכז, פ"ד מו(5), 1, עמ' 6-7 (להלן: "פרשת ברפאת"), באומרו:

"על המפקד הצבאי לקחת בחשבון, מחד גיסא, שיקולים הקשורים בכבוד האדם. שיקול זה כפול הוא, וחזו משתרע על כבודו של הנפטר וכבוד משפחתו... שיקול זה חשוב הוא, ועל המפקד הצבאי ליתן לו משקל ניכר. מאידך גיסא, על המפקד הצבאי להתחשב בצורך לקיים סדר ובטחון באזור. עליו לשמור על שלומם של כוחות הבטחון, ועליו לשמור על בטחונם של תושבי האזור (הערבים והיהודים כאחד). עליו לקיים את הסדר הציבורי באזור ולאכוף בו את החוק.

בהתנגשות "חזיתית" בין שיקולים נוגדים אלה - כבוד המת ומשפחתו מזה ובטחון, סדר ושלוש הציבור באזור מזה - יד שיקולי הסדר והבטחון על העליונה. דבר זה נובע מחכונות הנתונים למפקד הצבאי באזור."

15. בעניין זה נציין, כי החחלטה שלא לנקוט במדיניות כללית וגורפת בנושא זה, אלא לבחון כל מקרה לנסיבותיו, יש בה כדי לשקף את האיזון שנערך על-ידי המשיב בין שיקולים ואינטרסים אלו. לטעמו של המשיב, המדובר בהחלטה סבירה, שאין יסוד להתערבות בה. יתר על כן, לטעמו של המשיב, החלטתו בנסיבות המקרה דן חינה איזון שקול וסביר בין השיקולים השונים הצריכים לעניין.

16. על יסוד דברים אלו נפנה עתה להציג את עמדת המשיב, ואת הטעמים שעמדו ביסוד החחלטה הקונקרטית שלא להעביר, לעת הזו, את גופתו לקבורה בידי בני משפחתו באזור יהודה ושומרון וחלף זאת לקבורה בבית הקברות לחללי אויב.

עמדת המשיב

1. עמדת המשיב חינה כי, לעת הזו, ומן הטעמים שיפורטו לחלן, אין מקום לאפשר את החזרת גופת בנו של העותר לקבורה בידי משפחתו באזור יהודה ושומרון.

עמדה זו התקבלה לאחר שהעניין נבחן באופן פרטני, ונמצא כי נוכח העובדה שבנו של העותר הוא זה שביצע פיגוע התאבדות, מטעם אחרון הנ"ל איטלמי בבית הקפה "לונדון" כנתניה, בו נפגע קשה המאבטח שמר על בית הקפה, ונפצעו כ-60 אנשים נוספים, יש מקום שלא להחזיר את גופתו. לעת הזו, לקבורה באזור יהודה ושומרון, וחלף זאת לקבורה בבית הקברות לחללי אויב. החחלטה בעניין זה התקבלה על-ידי אלוף פיקוד המרכז. בהתאם להמלצת הצוות היעודי שהוקם לעניין זה, בהשתתפות נציג של פיקוד המרכז ונציג של לשכת היועץ המשפטי כאזור יהודה ושומרון.

המסגרת הנורמטיבית – הוראות הדין הבינלאומי והמשפט הפנימי

2. טרם שנפנה לטעמים שעמדו ביסוד החלטת המפקד הצבאי, חשוב להדגיש, כי צעד זה בו נקט המפקד הצבאי, עולה בקנה אחד הן עם הוראות המשפט הבינלאומי, והן עם הוראות הדין הפנימי. להלן נפרט.

משנר המשפט הבינלאומי:

3. המשפט הבינלאומי, אינו מתייחס, באופן מפורש, לשאלה האם מוטלת חובה על מדינה להחזיר גופת מחבל שביצע פעולה חבלנית בתחומה של אותה מדינה, לקבורה במדינת מוצאו.

4. אשר על כן, בהעדר הסדר קונקרטי החל על קבורתו של מחבל, ניתן ללמוד, בכפוף לשינויים המתווייבים, מהחסדרים החלים לעמין סוגיית קבורת גופותיהם של חיילים שנפלו בשדה הקרב, ולעניין קבורת גופותיהם של שבויים שנפטרו בעת שהייתם במשמורת בידי צד לסכסוך.

עיון בהוראות קבועות בעניינים אלו במשפט הבינלאומי מלמד כי לא קיימת חובה ספציפית להחזיר גופות שבויים או חללים שנפלו בשדה הקרב, לארץ מוצאם. בנוסף, אין כל חובה להחזיר גופות עצירים מוגנים לארץ מוצאם. חובות כאמור אינן קיימות במשפט הבינלאומי המנהלי, ויתרה מכך, אף אינן קבועות במסגרת המשפט הבינלאומי ההסכמי. להלן נפרט.

5. שאלת הטיפול בגופותיהם של חיילים שנפלו בשדה הקרב מוסדרת בסעיף 17 לאמנת ג'נבה הראשונה בדבר חטבת מצבם של פצועים וחללים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב משנת 1949 (להלן: "האמנה הראשונה"). סעיף זה קובע כי על צד לסכסוך מזויין מוטלת חובה לבדוק כל גופה שנמצאת ברשותו, לשם אישור המוות וקביעת זהותו של חמת בחתאם ללוחיות הזהות שהוא נושא. כן מוטלת על צד לסכסוך חובה לדאוג שהחללים ייקברו בכבוד, ואם אפשר, לפי מנהג דתם.

האמנה הראשונה אינה מטילה חובה על צד לסכסוך להחזיר לצד האחר לסכסוך, את גופות חלליו. כל שנקבע במסגרת האמנה הוא כי על הצדדים להחליף ביניהם, כאשר הנסיגות מאפשרות זאת, ולכל המאוחר בתום פעולות האיבה, רשימות חללים הכוללות פירוט של מקום קבורתם המדויק של חללי הצד השני לסכסוך וסימני זיהוי מדויקים של הקברים.

יצוין, כי המלומד Pictet, הפרשן הרשמי של אמנות ג'נבה מטעם ארגון הצלב האדום הבינלאומי, מציין בהקשר זה שמאחר והמדינות וחברות באמנה לא הגיעו להסכמות בשאלת החזרת גופות החללים לארץ מוצאם, הושאר נושא זה לשיקול דעת המדינות.

6. המשפט הבינלאומי אף אינו מטיל חובה על צד אחד לחזיר לצד השני את גופותיהם של שבויים שמתו בעת שהיו במשמורתן (ראו: סעיף 120 לאמנת גינבה השלישית בדבר הטיפול בשבויי מלחמה משנת 1949 (להלן: "האמנה השלישית")). בנוסף, המשפט הבינלאומי אף אינו מטיל חובה על צד אחד לחזיר לצד השני את גופותיהם של עצורים מוגנים (סעיפים 129-130 לאמנת גינבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: "האמנה הרביעית")). כל שנקבע במסגרת הוראות המשפט הבינלאומי בעניין זה, הוא כי יש לקבור את הגופות בכבוד, ובמידת האפשר, לפי מנהג דתם.

7. הדברים האמורים לעיל זוכים לתמיכה אף מהוראת סעיף 34 לפרוטוקול הראשון של ארגון הצלב האדום הבינלאומי (פריטוקול, אשר מדינת ישראל אינה חתומה עליו, ואשר לעמדתה חלק הוראותיו – ובכלל זאת סעיף 34 – אינן משקפות משפט בינלאומי מנהגי מחייב). סעיף זה עוסק בגופות נפטרים של צדדים לסכסוך מזויין, וקובע כי מיד לכשיאפשרו זאת הנסיבות והיחסים בין הצדדים לסכסוך, יגיעו הצדדים, אשר בגבולותיהם נקברו גופותיהם של מי שמתו כתוצאה מפעולות האיבה, כיבוש או מעצר, להסכמות על מנת לחזיר את הגופות למולדתן.

במסגרת דברי הפרשנות להוראות סעיף זה, נאמר באופן מפורש כי המדובר בסעיף חדשני, שכן אמנות גינבה אינן קובעות חובה השבה של גופות מתים, גם ביחס לאנשים הנופלים בקטיגוריות שעליהן חלות אמנות אלו, כדלהלן:

"It should be noted that the Conventions do not provide for the repatriation of the remains of deceased persons which are dealt with by specific provisions"

Y. Sandoz, et. al. (ed.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva, 1987), 337.

8. מעבר לכך, אין במשפט הבינלאומי חתייחטות לסוגיית החזרת גופותיהם של מבצעי פעילות טרור ונראה, כי הטיפול בתן כפוף לדין הפנימי בלבד של כל מדינה ומדינה.

9. מן האמור לעיל עולה כי לא מוטלת במסגרת המשפט הבינלאומי כל חובה על צד לסכסוך לחזיר גופות שמצומות ברשותו לצד האחר לסכסוך.

10. בהקשר זה נבקש לציין כי המשפט הבינלאומי מטיל על המפקד הצבאי חובה לשמור על הסדר הציבורי והבטחון באזור (ראו: תקנה 43 לתקנות האג). כאמור, על נקיטת צעד זה, של קבורת גופות מחבלים בבית קברות לחללי אויב (חלף קבורתם בידי משפחותיהם), על-

יסוד שיקול-דעת פרטני בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, החליט המשיב בשל
התדרדרות המצב תבטחוני, ובין היתר, לאור החובת המוטלת עליו לשמור על הסדר
הציבורי על הביטחון.

מישור הדין הפנימי:

11. צעד זה בו נקט המפקד הצבאי עולה בקנה אחד אף עם הוראות הדין הפנימי, המתיר
למפקד הצבאי למנוע חזרת גופתו של מחבל שהיה מעורב בפיועי טרור (לרבות פיועי
התאבדות והקרבה) לקבורה בידי משפחתו באזור יהודה ושומרון. זאת, לאור הוראת תקנת
133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, המסמיכה את המפקד הצבאי לחזרת על מקום
קבורת גוויתו של אדם.

12. כאן המקום לציין כי עתירה דומה נדחתה על-ידי בית המשפט הנכבד בבג"ץ 6807/94 עבאט
ג' מדינת ישראל הק-על (1)95, 67, שם נדונה בקשת משפחתו של איש ארגון החמא"ס
שנחרג בירושלים בעונ פעולת רצח שביצע, כי גופתו תוחזר לקבורה ברצועת עזה. בית
המשפט הנכבד, מפי כבוד הנשיא דאז שמגר, דחה את העתירה, בקובע כי לא נפל פגם
בעמדת המדינה, על-פיה אין להורות על החזרת הגופה כל עוד לא חוברד מקום קבורתו של
החייל אילן סעדון ז"ל, שנרצח בידי אנשים של ארגון החמא"ס. מפסק הדין עולה כי
מבחינת הדין הפנימי, אין כל פסול בנקיטת צעד זה בנסיבות המתאימות.

13. מן האמור לעיל עולה כי החלטתו של המפקד הצבאי נשוא עתירה זו עולה בקנה אחד הן
עם הוראות הדין הבינלאומי והן עם הוראות המשפט הפנימי.

14. כעת נפנה לבחון את השיקולים הפרטניים שעמדו ביסוד החלטתו של המפקד הצבאי. ביסוד
החלטת המשיב שלא לאפשר, לעת חזו, את החזרת גופת בנו של העותר לקבורה באזור
יחודה ושומרון - החלטת המבוססת על חוות-דעתם המקצועית של גורמי הביטחון -
מצויים הטעמים הבאים:

(א) השיקול ההרתעתי:

15. חוות-דעתם המקצועית של גורמי הביטחון השונים, הינח כי במניעת קבורתם של מחבלים
שהיו מעורבים בפיועים, ובכלל זאת, בפיועי התאבדות והקרבה, בידי משפחותיהם, וחלף
זאת קבורתם בבית הקברות לחללי אויב, יש כדי להרתיע אחרים מפני ביצוע פיועי
התאבדות (בין באופן ישיר, ובין על-ידי לחץ שמופעל עליהם על-ידי בני משפחותיהם).

16. כאמור לעיל, מדינת ישראל נמצאת כיום בעיצומה של פעילות לוחמה. לוחמה זו מופנית
כלפי ארגוני טרור אשר אינם בוחלים בשימוש באמצעים מזויעים, כגון ביצוע פיועי
התאבדות, הפוגעים, רוצחים ופוצעים אזרחים חפים מפשע - זקנים וילדים. גברים ונשים.

הצבא נוקט בשורה של פעולות לחימה, אשר מטרתן החזרת הבטחון לאזור ולמדינה ומניעת המשך פיגועים קשים אלה. במסגרתן של פעולות לחימה אלה נוקט הצבא הן בפעולות שנועדו למנוע אדם ספצימי מביצוע מעשי טרור, והן בפעולות שנועדו למנוע את הרבים מביצוע מעשי טרור. חלקן של פעולות מניעתיות אלה, הינן פעולות הרתעתיות באופיין. הרתעה שכזו אינה מטרה מסולה. הרתעה נועדה למנוע מן היחיד ומן הרבים מלהמשיך בפעולות חטור הקשות. על כן מדובר בפעולות שמטרתן לגיטימית, ובלבד שהן מותרות על פי הדין.

לאחר כל שאירע במהלך למעלה משלוש השנים האחרונות, עם התדרדרות המצב הבטחוני, התרבות הפיגועים, ובמיוחד התרבות השימוש במתבלים מתאבדים כ"פצצות חיות", הוחלט כי יש מקום לנקוט בצעדים נוספים שלא ננקטו בעבר לצורך המלחמה בטרור, כדי לנסות ולמגר את התופעה, ולהשיב את הסדר הציבורי על כנו. במסגרת זו הוחלט לנקוט בצעד זה. לטעמו של המשיב, בצעד זה לא נפל כל פגם.

17. יצוין כי, השיקול ההרתעתי אינו זר לשיטתנו המשפטית, ובושא קדוב מאד לענייננו, ננקט צעד מקביל, הנועד לסייע למלחמה בטרור, משיקולי הרתעה טהורים בלבד, והדבר אושר על ידי בית המשפט הנכבד. כוונתו היא לצעד של הריסת בתי מתבלים, הננקט לעתים משיקולי הרתעה טהורים, אשר אושר על ידי בית המשפט פעמים רבות.

18. באופן עקבי, לאורך כל הפסיקה, קבע בית משפט נכבד זה כי אין כל מניעה לנקוט בפעולות שכאלה, הנשאות אופי הרתעתי, אף אם פוגעות הן בבני משפחתו של מתבל שלא הוכח כי פעלו נגד הבטחון, שכן אין מדובר בפעולות המבוצעות לשם ענישה אלא בפעולות המבוצעות לשם הרתעת הרבים, קל וחומר במקרים כגון זה שפנינו, בהם מעורבים בני המשפחה במעשי טרור (ראו להלן). הפסיקה קבעה כי פעולות שכאלה, הננקטות למטרה זו, הינן הכרחיות לעתים, ועל כן אין בנקיטתן כל פגם.

19. לענין זה נפנה תחילה לבג"צ 126/83 בלאל מוחמד צאלח אבו עלאן נ' שר הבטחון, פ"ד לז(2), 169, 173, שם קובע כבי השופט ברק (כתוארו אז) כדלקמן:

"אכן, לא לשם הענשתם של אלה באח חסנקציה, חקבועה בתקנה 119, אלא לשם הרתעתם של מפרי סדר, אשר בחתנתותם גורמים לפגיעות קשות וקטלניות באנשים אחרים, שאף הם חפים מפשע".

20. ברוח דומה קבע בית המשפט בבג"צ 698/85 מאזן עבדאללה סעיד דג'לס נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מ(2) 42, 44-45, כדלקמן:

"אין כל יסוד לקובלנת העותרים שהריסת הבתים יש בה משום ענישה קולקטיבית... מטרתה של התקנה היא

"להשיג את האפקט ההרתעתני... ואפקט כזה, מטבע ברייתו, צריך לחול לא רק על המחבל עצמו, אלא על הסובבים אותו, בודאי על בני משפחתו הגרים עמו. עליו לדעת כי מעשיו הנפשעים יפגעו לא רק בו, אלא שעלולים הם לחמיט טבל רב גם על בני משפחתו. מבחינה זו אין חסנקציה של החריסה הנ"ל שונה מעונש מאסר המוטל על ראש משפחה, אב לילדים קטנים, שישארו ללא תומך וללא מפרנס. גם כאן נפגעים בני משפחה. ברם, ועל כך כבר עמדו בתי המשפט לא פעם בגזרי-דינם, על העותר מוטלת החובה לחביא זאת בחשבון קודם לביצוע פשעיו ועליו לדעת כי אף בני משפחתו יאלצו לשאת ולסבול מתוצאות מעשיו. הוא חזין, כאמור, לבני חסנקציה של החריסה. אין צורך לחוסף שאין בין המושג של "ענישה סולטיבית" ובין חסנקציה של חריסתו של בית ולא כלום: במקרה שלפנינו ברי הדבר שהמחבלים יצאו מבתים מסוימים, ובתים, אלה - ולא אחרים - עומדים לחריסה. ממילא אין "העונש" מוטל על בתים אחרים של אנשים זרים לענין וקשה לראות מנין צמחה ועלתה הטענה שבעונש קולקטיבי עסקינן בתיק זה".

21. עוד נפנה למסק דין שניתן בג"ץ 6696/02 עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 110, שם קבע כב' הנשיא ברק כדלקמן:

"מדינת ישראל נמצאת בעיצומה של פעילות לחמה. הצבא נוקט בשורה של פעולות לחימה, אשר מטרתן החוזרת הבטחון לאזור ולמדינה. במסגרתן של פעולות אלה - ובשל אופיין ההרתעתי - מבקש הצבא להרוס בתים בהם התגוררו מחבלים שזרעו חרג ושפכו דם. לא נתבקשנו ולא ננקוט כל עמדה באשר לנחיצותן וליעילותן של פעולות החריסה. ענין הוא לצבא, והריתו מתווה חלק מהפעילות המלחמתית הכוללת".

כן ראו: בג"ץ 6016/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יחודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (להלן: "פרשת נזאל"); בג"ץ 6288/03 סעאדה נ' אלון פיקוד העורף, (טרם פורסם); בג"ץ 8575/03 פהמי עזאדין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2003(3) 2271; בג"ץ 3363/03 בסר נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2003(3) 185.

22. אם בשנים קודמות, כאשר תופעת ההתאבדות חיתה אך בראשיתה, ולא הפכה ל"מכת מדינה" ממש, אישר בית המשפט כי הפרח הוא לנקוט בצעדי הרתעה כאמור, קל וחומר

כי כיום, לאחר שבתקופה של למעלה משלוש שנים אירעו מספר רב ביותר של פיגועי התאבדות במהלכן נהרגו מאות אנשים ונמצעו אלפים, הכרח מוחלט הוא לנקוט בצעדי הרתעה שונים, במגמה לעצור תופעה קטלנית זו שיש לה השלכות מרחיקות לכת על מדינת ישראל, בהיבט הביטחוני ובהיבטים נוספים.

23. כעולה בבירור מהפסיקה שהובאה לעיל, הרי שמטרה הרתעתית של פעילות מסוימת, הננקטת במסגרת המלחמה בטרור, איננה מוסלת את הפעולה. ההיפך הוא הנכון. מטרה זו נחשבת כמטרה לגיטימית וחוקית.

אכן, כל הפסיקה הרחבה שהובאה לעיל התייחסה לנושא של הריסת בתי מחבלים למטרות הרתעה, אולם כל הרציונלים שהובעו בפסיקה יפים ונכונים הם גם לענין דנו, ובפרט בנסיבות העת חזו. כפי שנקבע במרשת נזאל:

"ההיקף והסבירות של האמצעים שבדי הרשויות המוסמכות לנקוט לשם שמירת הבטחון, אינם יכולים להמזד אלא על רקען של הנסיבות המשתנות".

כפי שהובהר בפרק העובדתי, הנסיבות הבטחוניות השוררות במקומותינו, השתנו בצורה דרמטית בשלוש השנים האחרונות ועל כן החליטה הממשלה להפעיל גם שורת צעדים למלחמה בטרור שלא הופעלו בעבר, וזאת על דעת היועץ המשפטי לממשלה. במסגרת זו התקבלה החלטה לנקוט גם בצעד של מניעת קבורתם של מחבלים באזור, בידי בני משפחהיהם, וחלף זאת לקבורם בבית קברות לחללי אויב, לאחר בחינת נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה. זאת, על מנת ליצור לחץ של משפחות על בניהם השוקלים לבצע פיגועים, ולחץ על השוקלים לבצע פיגועים עצמם, מתוך הערכה מקצועית כי צעד זה יועיל להרתעת מפגעים בכוח מביצוע זממם.

24. כאמור, מאז תחילת האירועים בחודש ספטמבר 2000, בוצע מספר רב ביותר פיגועי התאבדות (בין באמצעות מטענים ובין בדרכים אחרות) במהלכם נהרגו מאות ישראלים ונפצעו אלפים אחרים. עשרות רבות של פיגועי התאבדות נוספים סוכלו "ברגע האחרון". פיגועי התאבדות זוכים לתמיכה רחבה וחסרת תסדים ברחוב הפלסטיני, ולסיוע מוראלי וככלכלי מצד ארגוני הטרור, מוסדות צדקה ב"שטחים", מדינות ונומכות טרור ומוסדות אחרים בחו"ל.

25. מול המניעים לביצוע פיגועים אלו (מניעים לאומיים, חברתיים, דתיים ואישיים), ומערכת התמיכה סביבם, מעטים הם הגורמים העשויים לבלום את התופעה. לדעת גורמי הביטחון, אחד הצעדים העשויים לבלום או להפחית את התופעה, הוא הצעד נשוא עתירה זו.

26. אם נפנה מן הכלל אל הפרט, הרי שבנסיבות המקרה דנו המשיב איזן בין הצורך הקריטי לנקוט בפעולות החיוניות לרעתו למאבק בטרור, לבין הפגיעה העתידה להיגרם כתוצאה

מאי קבורתו של בנו של העותר בידי בני משפחתו באזור איז"ש, וחלף זאת קבורתו בבית הקברות לחללי אויב.

במסגרת איזון זה לקח בחשבון המשיב, בין היתר, את החומרה היתרה שיש בעובדה שבנו של העותר ביצע פיגוע התאבדות, בו נפצעו עשרות אנשים. כנסיבות פרטניות אלו, באיזון שנערך בין חומרת מעשי בנו של העותר, לבין הפגיעה הצפויה בה, הגיע המשיב לכלל מסקנה כי אין מקום לאפשר לבני משפחתו של המחבל לקבור את הגופה, כי אם לקבורה בבית הקברות לחללי אויב. לדעת המשיב, החלטתו מאזנת כראוי בין השיקולים הללו, היא סבירה ומאוזנת, ועל כן יתבקש בית המשפט שלא להתערב בה.

27. ולא למותר יהיה לשוב לציין כי בנושא זה הודריך עצמו המשיב על פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, שהנתח לבחון כל מקרה ומקרה על-פי נסיבותיו הפרטניות. בגדר הנחיות אלה, הנחה היועץ המשפטי לממשלה את המשיב שלא לנקוט במדיניות גורפת וכללית, כי אם לבחון כל מקרה לנסיבותיו. על פי הנחיות אלו פעל ופועל המשיב, ואנו נטען כי בפעולתו לא נפל כל פגם. נציין, כי ישנם מקרים לא מעטים בהם מוחזרות גופות מחבלים לקבורה בידי משפחותיהם, באיז"ש ובאזח"ע, וזאת כאשר נסיבותיהם שונות באופן משמעותי לקולא מנסיבות המקרה דגן.

(ב) השיקול המניעתי:

28. לצד השיקול ההרתעתי, שדי בו – לטעמו של המשיב – כדי לבסס את החלטתו, מצוי השיקול המניעתי הישיר והעקיף.

השיקול המניעתי הישיר

29. מן המפורסמות הוא, כי הלוחמותיהם של פעילי טרור כאלה ואחרים, מנוצלות בכלל, ובשנים האחרונות בפרט, לשם קיומן של חפרות סדר נגד כוחות צה"ל ונגד ישראלים. הפרות סדר אלו, כוללות בחובן זריקת אבנים ויידוי בקבוקי תבערה לעבר כוחות צה"ל ולעבר צירים סמוכים, ירי באוויר ולעבר מטרות ישראליות, הסתה, נשיאת כרוזים, דגלים, וסמלים שונים של ארגוני טרור.

בנוסף לכך קיים חשש, אשר לצערנו הרב התממש לא אחת, כי חלוויות אלו יתפתחו לאירועי פח"ע בעלי היקף רחב, אשר עלולים להביא להתלקחות רחבה יותר בתחומי האזור, וכך על אחת כמה וכמה בימים אלו של מציאות ביטחונית קשה ומורכבת.

30. יודגש ויוטעם, כי שיקול זה, של ביטחון הציבור נוכח חפרות הסדר הצפויות, הוכר בעבר בפרשת ברכאת, כשיקול לגיטימי, אשר בגדרו, בסמכות המפקד. הצבאי להגביל את זכותו של המת ומשפחתו.

31. לצד השיקול המניעתי הישיר עומד גם השיקול המניעתי חעקיף. כוונתנו לכך שעל פי חוות-דעתם המקצועית של גורמי הביטחון השונים, הלוויית הנערכות בשטחי יהודה ושומרון וסוכות האבלים מנוצלות באופן ישיר על-ידי ארגוני הטרור לצורך עידוד פעולות החתאבדות כנגד ישראל, ואף משמשות לצורך גיוס מתאבדים נוספים. כך, קיים בידי רשויות הביטחון מידע המצביע על כך שמפעלים שונים שוכנעו לבצע פיגועים בעקבות הלוויית של פעילי טרור וסוכות אבלים שנפתחו לאחר מותם.

לעניין זה נפנה, כדוגמא בלבד, למקרה שבגיני הוגש כתב האישום _____ אבו-ביד (קוואסמה) אשר הואשם בביצוע שירות עבור החתאבדות בלתי מותרת (עבירה לפי תקנות החגנה (שעת חירום), 1945 ובפגיעה בביטחון האזור (עבירה לפי צו בדבר תוראות ביטחון (יחודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל - 1970).

מכתב האישום עולה כי במחלך ביקור של הנאשם בסוכות אבלים של מחבל אשר נהרג עת שביצע פיגוע החתאבדות, הוא שוחח על מפעלים מתאבדים עם פעיל צבאי של ארגון החמאס ואף הבלע בפניו את רצונו לבצע פיגוע החתאבדות.

בנוסף, בעניין זה קיים ברשות גורמי המודיעין חומר מודיעיני חסוי רב נוסף, אותו ניתן יהיה לחציג בפני בית המשפט במעמד צד אחד.

32. מן האמור עולה כי ביסוד החחלטה לקבור את גופת בנו של העותר בבית הקברות לחללי אויב, חלף קבורתו בידי בני המשפחה, לא מצוי אך ורק השיקול ההרתעתי, שפורט לעיל, כי גם שיקול מניעתי ישיר ועקיף – שתכליתו למנוע קיומח של החלוייה ופתיחתה של סוכת האבלים המנוצלות, ראשית, לשם קיום הפרות סדר, ושנית, לשם עידוד פעילויות החתאבדות כנגד מדינת ישראל וגיוס מחבלים מתאבדים נוספים. טעם זה הינו טעם רלבנטי, המבסס את החלטתו של המשיב.

33. עד כה עסקנו בשיקול חחרתעתי ובשיקול המניעתי, אשר כל אחד מהם כשלעצמו, די בו בכדי לחצדיק את החלטת המשיב. לצד האמור, נוסף ונציין, למען השלמות התמונה, כי קיים שיקול נוסף, שאף בו יש כדי לחצדיק את החחלטה. כוונתנו לכך שברשות גורמי הביטחון השונים מצוי מידע מודיעיני על כוונת ארגוני הטרור לבצע פיגוע חטיפה לצורך מיקוח על שחרור אסירים. עמדת גורמי הביטחון הינה כי, החזקת גופת בעלה של העותרת, אשר כאמור לעיל שימש כפעול צבאי בכיר של ארגון החמאס, בישראל, תוכל לסייע לקידום משא ומתן עתידי עם ארגוני הטרור, אם וככל שתצלח חלילה כוונתם לחטוף אזרח או חייל ישראלי לצורכי מיקוח.

יוטעם, כי שיקול זה נדון ואושר בגדרו של בג"ץ 6807/94 עבאס נ' מדינת ישראל, תק-על 95(1) 67, שם נדונת בקשת משפחתו של איש ארגון החמא"ס שנהרג בירושלים בעת פעולת

רצח שביצע, כי גופתו תוחזר לקבורה ברצועת עזה. בית המשפט הנכבד, מפי כבוד הנשיא דאז שמגר, דחה את העתירה, בקובע כי לא נפל פגם של העדר סבירות בעמדת המדינה, על-פיה אין להורות על החזרת הגופה כל עוד לא חובר מקום קבורתו של החייל אילן סעדון ז"ל, שטרצה בידי אנשים של ארגון החמא"ס.

34. יש לציין, כי התופעה של זרישת לחזרות גופות, במסגרת הסכמים לחזרת שבויים ונעדרים ישראלים, אינה זרה, והיינו עדים לה במספר חודמניות בעשורים האחרונים. החזרת גופות מחבלים חיותה נדבך בתמורה ששילמה מדינת ישראל בעבר להחזרת חייליה ואזרחיה, שנשבו או נהרגו. אך לאחרונה במסגרת החסכם האחרון שנערך עם ארגון החיובאללה בחודש ינואר האחרון, מכוחו חושבו גופותיהם של שלושה חיילי צה"ל - בני אברהם ח"ל, עדי אביטן ז"ל ועומד סואחד ז"ל - והאזרח אלחנן טננבאום, הושבו ללבנון 60 גופות מחבלים.

סיכום

35. מדינת ישראל מצויה ביום במאבק מזויין שנכפה עליה; במסגרת מאבק זה משתמש הצד הפלסטיני, בין היתר, בפצצות-אדם מונחות, המגיעות לתחומה של ישראל ולתחומי ישובים ביהודה ושומרון ותבל עזה, וזרעות חרף דם ברחובות עריה וישוביה.

ממשלת ישראל והקבינט החליטו על שורת צעדים, שנועדו לחלחם בתופעה קטלנית זו. אחד מהצעדים עליהם הוחלט הוא מניעת קבורת גופות מחבלים, שהיו מעורבים במעשי טרור כנגד מדינת ישראל ואזרחיה בידי משפחותיהם, וחלף זאת קבורתם בבית הקברות לחללי אויב.

36. על צעד זה החליט הדרג המדיני - וראש הממשלה בראשו - שפן על פי הערכת הצבא ושירות הבטחון הכללי, שנמסרה לדרג המדיני, צעד זה יכול לתרום לפחות הבטחון במאבקם נגד גל הפיגועים הרצחניים שהתרחש ובא על המדינה, ולהציל חיי אדם. לפיכך טברו גורמי הבטחון והדרג המדיני, כי יש חשיבות גדולה לחוצאת הצעד האמור אל הפועל.

כפי שחובתר בהרחבה בתשובה זו, הנסיבות הצטחוניות השורדות במקומותינו, השתנו בצורה דרמטית בשלוש השנים האחרונות ועל כן החליטו הממשלה להפעיל גם אמצעים נוספים, וזאת על דעת היועץ המשפטי לממשלה. במסגרת זו התקבלה החלטה לנקוט גם בצעד האמור, לאור השיקול החדתעתי, והשיקולים הנוספים שמורטו לעיל. כאמור לעיל, על-פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, הוחלט שלא לנקוט בעניין זה במדיניות כללית וגופת, כי אם לבחון כל מקרה ומקרה לנסיבותיו.

במסגרת מדיניות זו, נבחן עניין בנו של העותר, והוחלט כי לאור השתתפותו בביצוע פיגוע התאבדות, אין מקום להחזיר את גופתו לקבורה בידי בני משפחתו באזור יהודה ושומרון. החלטה זו התקבלה לאחר שנערך איזון בין השיקולים השונים הצריכים לעניין, ואשר

פורטו לעיל, ונמצא כי יש לחרות על קבורת גופת בנו של העותר בבית הקברות לחללי ארץ באיר"ש.

37. המשיבים טורחים כי בחלטה זו אין פגם, כי המדובר בהחלטה שבירה ומידתית, המאזנת כראוי בין השיקולים השונים, וכי החלטה זו עולה בקנה אחד הן עם המשפט הפנימי והן עם המשפט הבינלאומי.

38. אשר על כן, לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דחיית עתירה זו.

חיוס: ד' סיון תשס"ד

24 מאי 2004

יובל רייטמן, עו"ד

עוזר לפרקליטת המדינה