

עלאן

ע"י ב"כ עוה"ד אנדרה רוזנטל ואח'
מרח' צלאח א-דין 15, ירושלים 95908
טל': 02-6280633 ; פקס': 02-6283312

העותרת

נ ג ד

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים

המשיב

הודעה מטעם פרקליטות המדינה

בחתימם להחלטת כבוד השופט חשין מיום 7.7.2003, ובחתימם להחלטה על הארכת המועד, מתכבדת פרקליטות המדינה להגיש את תגובתו המקדמית של המשיב לעתירה לבית דין על-תנאי, כדלהלן:

מבוא

1. עניינה של עתירה זו בבקשת העותרת כי בית המשפט הנכבד יורה למשיב להעביר את גופת בעלה, לקבורה בידי בני משפחתו באזור בית לחם.

2. המשיב יטען כי דין העתירה לחידוח. בהעדר כל עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטתו שלא להעביר, לעת הזו, את גופתו של עלאן, לקבורה בידי בני משפחתו באזור בית-לחם. וחלף זאת לקיבוץ כבית הקברות לחללי אויב באזור יהודה ושומרון, וזאת מן הטעמים שימורו בהרחבה להלן.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

3. מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלים בשטחי יהודה ושומרון אירועי לחימה רבים, ובוצעו למעלה מ-20,000 פגזים.
4. מאז תחילת האירועים בחי"ש 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 החמירו ביותר מאז חודש מרץ 2002, אשר בו לבדו נהרגו כמאה ועשרים אזרחים ישראלים בפגזים 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.
5. 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 וישוביה.
- 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.
6. במסגרת זו משתמש הצד הפלסטיני במאבקו במתבלים שאינם לובשי מדים; שמטרתם בין היתר פגיעה מכוונת באזרחים ותושבים חפים מפשע; מתבלים המסתתרים בתוך האוכלוסייה האזרחית; היוצאים ממקומות ישוב אזרחיים לביצוע מעשיהם הנפשעים; שמוצאים מקומות מסתור בבתי-חולים, אמבולנסים, כנסיות ומסגדים, ומפרים את חסינותם של אותם מקומות; מתבלים 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 כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 3; בג"צ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 28; בג"צ 3451/02 אלמזני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, בעמ' 36].
7. על המאבק בו נתונה מדינת ישראל עמד הנשיא ברק בגדרו של בג"ץ 015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על 2002(3), 1021, באומרו:

"מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה ושומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרתית. זהו סכסוך מזוין. במסגרתו בוצעו כ-14,000

פיגועים נגד החיים, הגוף והרכוש של אזרחים ותושבים ישראלים חפים 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 היו 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 לכתובתו של מסק דין זה, נהרגו 318 ישראלים ונפצעו למעלה מ-1,500. השכול והכאב שוטפים אותנו.

2. לחימתה של ישראל סבוכה 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 חרג ודם בערים וביושובים. אכן, הכוחות הנלחמים בישראל הם טורחיסטים; הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם לובשים מדים; הם מסותרים 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 חטורר היא נוקטת - מכוח זכותה לחגנה עצמית - במבצעי לחימה מיוחדים (מבצע "חומת מגן" שתחל במרץ 2002 ומבצע "דרך נחושה" שתחל ביוני 2002 וטרם הסתיים). מטרת המבצעים הייתה הכרעת תשתית חטורר הפלסטינית ומניעת הישנותם של פיגועי חטורר. במסגרת פעולות אלה נכנסו כוחות צה"ל לשטחים רבים שחיו בעבר בשליטתו מכוח תפיסה לוחמתית ואשר הועברו בחסכמים לשליטתה (המלאה או החלקית) של הרשות הפלסטינית. הצבא הטיל סגרים וכתרים על אזורים שונים. נאספו כלי נשק וחומרי חבלה. נעצרו מבוקשים. במסגרת מבצעים אלה גויסו כוחות מילואים רבים; חופעלו כלי נשק כבדים (טנקים, נגמשים) ובהם מסוקי קרב ומטוסים.

8. ונדגיש, בניגוד לצד הפלסטיני, ועל אף אופיו הרצחני של המאבק שנכפה על ישראל, צה"ל מקפיד לשמור על צלם אנוש ועל דיני המלחמה במהלך מלחמתו רחוקה הפלסטינים, ומשתדל להקטיט, ככל שניתן, בנסיבות הקשות, את הפגיעה באוכלוסיה האזרחית החפה מפשע.
9. משחלכו ותכפו פיגועי הטרור הרצחניים, ומשנמצא כי פעולות הלחימה בהן נקט צה"ל אינן נותנות מענה מספק לצורך המידי בהפסקת מעשי הטרור הקשים, ולאחר הווייזות עם הפרקליט הצבאי הראשי והיועץ המשפטי לממשלה, החליטה ביום 31.7.02 ועדת השרים לבטחון לאומי לנקוט בשורה של צעדים נוספים שנועדו לשם מניעת ביצועם של מעשי טרור נוספים, והרתעתם של מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע מעשיהם.
10. אחד מהצעדים עליהם הוחלט הינו קבורת גופותיהם של מתבלים, שהיו מעורביני במעשי טרור, ובעיקר בפיגועי התאבדות, כנגד מדינת ישראל ואזרחיה, בבית קברות לחי לי אויב, וזאת חלף העברתם לקבורה בידי בני משפחותיהם. צעד זה מופעל במקרים בהם מגיע המפקד הצבאי למסקנה כי צעד זה, יכול להתרוע מפני ביצוע פיגועי טרור עתידיים או למונעם.
11. על צעד זה הוחלט, שכן על פי הערכת הצבא ושירות הביטחון הכללי, במקרים שנסבותיהם ימורטו להלן, צעד זה יכול לתרום תרומה ממשית לכוחות הבטחון במאבקם נגד פיגועי הטרור, ולהציל חיי אדם, למיכך סברו גורמי הבטחון והדירג המדיני, כי יש חשיבות גדולה להוצאת הצעד האמור אל המועל. הטעמים המפורטים בעניין זה יובאו בהמשך.
12. יוטעם. כי החלטת הגורמים הביטחוניים הולאה זה מכבר לפתחו של היועץ המשפטי לממשלה, אשר הנחה 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 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה נקבע כי ההחלטה הפרטנית בכל מקרה ומקרה תתקבל על-ידי המפקד הצבאי (מפקד כוחות צה"ל באירוש או באזח"ע, לפי העניין) על-פי המלצות פורום הכולל נציגים של פיקוד המרכז או פיקוד הדרום, לפי העניין, והפרקליטות הצבאית.
13. חשוב לציין, כי החלטת המשיב הינה פועל יוצא מהאיוון שנערך על-ידו, בין כבודו של חמת וכבוד בני משפחתו. לבני השיכולים הביטחוניים מן המעלה הראשונה חקיימים בעניין זה. על מלאכת איוון זו בנסיבות דומות עמד בית המשפט הנכבד בבג"צ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5), 1, עמ' 6-7 (להלן: "פרשת ברכאת"), באומרו:

"על המפקד הצבאי לקחת בחשבון, מחד גיסא, שיקולים הקשורים בכבוד האדם. שיקול זה כפול הוא, והוא 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 והערבים והיהודים כאחד). עליו לקיים את הסדר הציבורי באזור ולאכוף בו את החוק.

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

14. בעניין זה נציין, כי ההחלטה 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 דנו הינה איזון שקול וסביר בין השיקולים השונים הצריכים לעניין, וזאת, בין היתר, נוכח מעורבות בעלה של העותרת בפעולות טרור, מחקשות שידעה מדינת ישראל בעימות הנוכחי.

15. על יסוד דברים אלו נבקש לבחון את פעילותו החבלנית של בעלה של העותרת, ואת הטעמים שעמדו ביסוד ההחלטה הקונקרטית שלא להעביר, לעת הזו, את גופתו לקבורה בידי בני משפחתו באזור יחודה ושומרון וחלף זאת לקבורו בבית הקברות לחללי אויב באזור יחודה ושומרון.

מעורבות בעלה של העותרת במיגועים נגד ישראל

16. בעלה של העותרת היה פעיל צבאי בכיר ביותר בארגון החמאס, וריכוז את פעילות החמאס הצבאי באזור יחודה. בעלה של העותרת הוכשר על-ידי ארגון החמאס כמהנדס חבלה בכיר, כאשר עם סיום הכשרתו, היה אחראי לתכשרת התשתיות הצבאיות של החמאס באזור בית לחם ותברון, אשר הוציאו לפועל שלושה פיגועי תופת קשים בישראל, במהלכם נהרגו 48 אזרחים ישראלים ונפצעו עשרות רבות.

בעלה של העותרת היה מעורב, בין היתר, בשלושת המיגועים הבאים: (1) פיגוע ההתאבדות באוטובוס שנסע בצומת פת בסמוך לשכונת גילה בירושלים ביום 18.6.2002, בו נהרגו 19 ישראלים ונפצעו 50 ישראלים; (2) פיגוע ההתאבדות באוטובוס שנסע בשכונת קרית

מנחם בירושלים ביום 21.11.2002, בן נהרגו 12 ישראלים ונפצעו 45 ישראלים, (3) פיגוע ההתאבדות באוטובוס בחיפה ביום 5.3.2003 בן נהרגו 17 ישראלים ונפצעו 42 ישראלים.

מן האמור עולה כי בעלה של העותרת היה מעורב בכמה מהפיגועים הקשים ביותר שידעה מדינת ישראל במהלך שלוש השנים האחרונות, ואשר הביאו למותם של עשרות אזרחים ישראלים ולפציעתם של רבים נוספים.

17. על מעורבותו של בעלה של העותרת בפיגועים האמורים ניתן ללמוד מכתבי אישום שהוגשו כנגד המעורבים באותם פיגועים. ראו, לדוגמא, את הפרט העשירי לכתב האישום שהוגש כנגד אבו-שרח' (בכל הנוגע לפיגוע ההתאבדות שבוצע בחיפה), ואת הפרט השני והפרט השביעי לכתב האישום שהוגש כנגד מעלא (בכל הנוגע לפיגוע ההתאבדות שבוצע בקרית מנחם בירושלים).

העתק המקטעים הרלבנטיים מכתבי האישום מצורפים ומסומנים מש/1.

למותר לציין כי ברשות גורמי הביטחון מידע רב נוסף בעניין פעילותו הטרוריסטית של בעלה של העותרת. מידע זה כולל הן מידע גלוי והן מידע חסוי וניתן לחצינו יהיה בפני בית המשפט הנכבד, אם וככל שיימצא זאת לנכון.

18. בעלה של העותרת נהרג ביום 18.3.2003. במהלך נסיון של גורמי הביטחון לעוצרו. יצוין כי במהלך נסיון זה התנחלו חילופי אש בין הצדדים, אשר הביאו למותו של חייל מילואים, רס"ל (מיל') כהן ז"ל, ולפציעתו של חייל נוסף.

19. למען השלמת התמונה יצוין כי בעבר, בין השנים 1994 - 1999, ריצת בעלה של העותרת בישראל עונש מאסר בישראל בגין חברות בארגון החמא"ס, ובגין פעילות צבאית במסגרת חוליה של ארגון החמא"ס.

עמדת המשיב

20. עמדת המשיב הינה כי, לעת הזו, ומן הטעמים שפורטו לחלן, אין מקום לאפשר את וחזרת גופת בעלה של העותרת לקבורה בידי משפחתו באזור יהודה ושומרון.

עמדה זו התקבלה לאחר שהעניין נבחן באופן פרטני, ונמצא כי נוכח פעילותו החמורה של בעלה של העותרת, ומעורבותו בהוצאתם לפועל של פיגועים קשים ביותר כנגד אזרחים ישראלים, יש מקום שלא להחזיר את גופתו, לעת הזו, לקבורה באזור יהודה ושומרון, וחלף זאת לקבורה בבית הקברות לחללי אויב. ההחלטה בעניין זה התקבלה על-ידי אלוף פיקוד המרכז, בהתאם להמלצת הצוות היעדי שהוקם לעניין זה, בחשתתפות נציג של פיקוד המרכז ונציג של לשכת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון.

21. יצויין כי לאור החלטת זו חוציא המפקד הצבאי צו לקבורת גופתו של בעלה של העותרת, מכוח הסמכות הנתונה לו בתקנה 133(3) לתקנות החגנה (שעת חירום), 1945. בהתאם לצו יח נקבר ביום 19.3.2003 בעלה של העותרת בבית קברות לחללי אויב באיר"ש.

חעתק הכו מצורף ומסומן מש/2.

המסגרת הנורמטיבית – הוראות הדין הבינלאומי והמשפט הפנימי

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

מישור המשפט הבינלאומי:

23. 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.

24. אשר על כן, בהעדר הסדר קונקרטי החל על קבורתו של מחבל, ניתן ללמוד בכפוף לשיוויים המחוייבים, מההסדרים החלים לעניין סוגיית קבורת גופותיהם של חיילים שנפלו בשדה הקרב, ולעניין קבורת גופותיהם של שבויים שנפטרו בעת שחייתם במשמורת בידי צד לסכסוך.

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

25. שאלת הטיפול בגופותיהם של חיילים שנפלו בשדה הקרב מוסדרת בסעיף 17 לאמנת ג'נבה הראשונה בדבר הטבת מצבם של פצועים וחללים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב משנת 1949 (להלן: "האמנה הראשונה"). סעיף זה קובע כי על צד לסכסוך מזוין מוטלת חובה לבדוק כל גופה שנמצאת ברשותו, לשם אישור המוות וקביעת זו"תו של חמת בהתאם 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 הנסיבות מאפשרות זאת, ולכל המאוחר בתום פעולות האיבה, רשימות חללים. כוללות פירוט של מקום קבורתם המדויק של חללי הצד השני לסכסוך וסימני ויחוי מדויקים של הקברים.

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

26. המשפט הבינלאומי אף אינו מטיל חובה על צד אחד להחזיר לצד השני את גופותיהם של שבויים שמתו בעת שהיו במשמורתו (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 להחזיר לצד השני את גופותיהם של עצורים מוגנים (נסעיפים 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.

27. הדברים האמורים לעיל זוכים לתמיכה אף מהוראת סעיף 34 לפרוטוקול הראשון של ארגון הצלב האדום הבינלאומי (פרוטוקול), 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 להחזיר את הגופות למולדתו.

במסגרת דברי הרשנות להוראות סעיף זה, נאמר באופן מפורש כי המדובר בסעיף הרשני, שכן אמנות גינבה אינן קובעות חובה חשבה 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.

28. מעבר לכך, אין במשפט הבינלאומי התייחסות לסוגיית החזרת גופותיהם של מבצעי פעילות טרור ונראה, כי הטיפול בהן כפוף לדין הפנימי בלבד של כל מדינה ומדינה.
29. מן האמור לעיל עולה כי לא מוטלת במסגרת המשפט הבינלאומי כל חובה על צד לסכסוך לתחזיר גופות שמצויות ברשותו לצד האחר לסכסוך.
30. 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 הבטחוני, ובין היתר, לאור החובה המוטלת עליו לשמור על הסדר הציבורי על הביטחון.

מישור הדין הפנימי

31. צעד זה בו נקט המפקד הצבאי עולה בקנה אחד אף עם הוראות הדין הפנימי, המתיר למפקד הצבאי למנוע החזרת גופתו של מחבל שהיה מעורב בפגיעה טרור (לרבות פגיעה התאבדות והקרבה) לקבורה בידי משפחתו באזור יחודה ושומרון. זאת, לאור הוראת תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, המסמיכה את המפקד הצבאי להורות על מקום קבורת גוויתו של אדם.
32. כאן המקום לציין כי עתירה דומה נדחתה על-ידי בית המשפט הנכבד בבג"ץ 6807/94 עבאס נ' מדינת ישראל, תק-על 195(1) 67, שם נדונה בקשת משפחתו של איש ארגון החמא"ס שנחרג 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 בעמדת המדינה, על-פיה אין להורות על החזרת הגופה כל עוד לא הוברר מכ"ס קבורתו של החייל. 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.
33. 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.
34. כעת נפנה לבחון את השיקולים הפרטניים שעמדו ביסוד החלטתו של המפקד הצבאי. ביסוד החלטת המשיב שלא לאפשר, לעת הזו, את החזרת גופת בעלה של העותרת לקבורה

באזור יהודה ושומרון - החלטה המבוטסת על חוות-דעתם המקצועית של גורמי הביטחון - מצויים הטעמים הבאים:

(א) השיקול החרתעתי:

35. חוות-דעתם המקצועית של גורמי הביטחון השונים, הינה כי במניעת קבורתם של מחבלים שהיו מעורבים בפיגועים, ובכלל זאת, בפיגועי התאבדות והקרבת, בידי משפחותיהם, וחלף זאת קבורתם בבית הקברות לחללי אויב, יש כדי להרתיע אחרים מפני ביצוע פיגועי התאבדות (בין באופן ישיר, ובין על-ידי לחץ שיופעל עליהם על-ידי בני משפחותיהם).

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

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

לאחר כל שאירע במהלך למעלה משלוש השנים האחרונות. עם התדרדרות המצב הביטחוני, התרבות הפיגועים, ובמיוחד התרבות השימוש במחבלים מתאבדים כפצצות חיות, הוחלט כי יש מקום לנקוט בצעדים נוספים שלא ננקטו בעבר לצורך הטלחמה בטרור, כדי לנסות ולמגר את חתופעה, ולהשיב את הסדר הציבורי על כנו. במסגרת זו הוחלט לנקוט בצעד זה. לטעמו של המשגיב, בצעד זה לא נפל כל פגם.

37. יצוין כי, השיקול החרתעתי אינו זר לשיטתנו המשפטית, ובנושא קרוב מאד לענייננו, ננקט צעד מקביל, הנועד לסייע למלחמה בטרור, משיקולי חרתעה טהורים בלבד, והדבר אפשר על ידי בית המשפט הנכבד. מונתנו היא לצעד של חריסת בתי מחבלים, הננקט לעתים משיקולי חרתעה טהורים, אשר אפשר על ידי בית המשפט פעמים רבות.

38. באופן עקבי, לאורך כל הפסיקה, קבע בית משפט נכבד זה כי אין כל מניעה לנקוט בפעולות שכאלה, הנושאות אופי חרתעני, אף אם פוגעות הן בבני משפחתו של מחבל שלא הוכח כי פעלו נגד הבטחון, שכן אין מדובר בפעולות המבוצעות לשם ענישה אלא בפעולות המבוצעות לשם חרתעת 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.

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

"אכן, לא לשם הענשתם של אלה באה הסנקציה, הקביעה בתקנה 119. אלא לשם הרגעתם של מפרי סדר, אשר בהתנהגותם גורמים לפגיעות קשות וקטלניות. באנשים אחרים, שאף הם חפים מפשע".

40. ברוח דומה קבע בית המשפט בבג"צ 693/85 מאזן עבדאללה סעיד זג'לס נ' ממקד כוחות צה"ל, פ"ד מ(2) 42, 44-45, כדלקמן:

"אין כל יסוד לקובלנות העותרים שהריסת הבתים יש בה משום ענישה קולקטיבית... מטרתה של התקנה היא "להשיג את האפקט החרתעתי"... ואפקט כזה, מטבע ברייתו, צריך לחול לא רק על המחבל עצמו, אלא על הסובבים אותו, בודאי על בני משפחתו תגרים עמו. עליו לדעת כי מעשיו הנפשעים יפגעו לא רק בו, אלא שעלולים הם להמיט סבל רב גם על בני משפחתו. מבחינה זו אין הסנקציה של ההריסת חני"ל שוגה מעונש מאסר חמוטל 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 להביא זאת בחשבון קודם לביצוע פשעיו ועליו לדעת כי אין בני משפחתו יאלצו לשאת ולסבול מתוצאות מעשיו. הוא חדין, כאמור, לגבי הסנקציה של החריסת. אין צורך לחסיף שאין בין המושג של "ענישה קולקטיבית" ובין הסנקציה של חריסתו של בית ולא כלום: במקרה שלפנינו ברי הדבר שהמתבלים יצאו מבתים מסוימים, ובתים אלה - ולא אחרים - עומדים להריסת. ממילא אין "העונש" מוטל על בתים אחרים של אנשים זרים לענין וקשה לראות מנין צמחה ועלתה הטענה שבעונש קולקטיבי עסקינן בתיק זה".

41. עוד נפנה לפסק דין שניתן בבג"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 לוחמה הצבא נוקט בשורה של פעולות לחימה, אשר מטרתן החזרת 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 ההריסת. ענין הוא לצבא, והרינו סהוה חלק מהפעילות המלחמתית הכוללת".

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

42. אם בשנים קודמות, כאשר תופעת ההתאבדות היתה אך בראשיתה, ולא הפכה ל"מכת מדינה" ממש, אישר בית המשפט כי הכרח הוא לנקוט בצעדי הרתעה כאמור, ק' וחומר כי כיום, לאחר שבתקופה של למעלה משלוש שנים אירעו מספר רב ביותר של פיגועי התאבדות, במהלכן נהרגו מאות אנשים ונפצעו 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.

43. כעולה גבירור מהפסיקה שהובאה לעיל, חרי שמטרה הרתעתית של פעילות מסוימת, הננקטת במסגרת המלחמה בטרור, איננה פוסלת 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 שחובען בפסיקה יפים ונכונים הם גם לענין דנו, ובפרט, הנסיבות העת הזו. כפי שנקבע בפרשת נזאל:

"חתיקף והסבירות של האמצעים שבידי חרשויות המוסמכות לנקוט לשם שמירת הבטחון, אינם יכולים לחמדד אלא על רקען של הנסיבות המשתנות".

כפי שהובהר בפיק. העובדה, הנסיגות הבטחוניות השוררות במקומותינו, השתנו בצורה דרמטית בשלוש השנים האחרונות ועל כן החליטה הממשלה להפעיל שורת צעדים למלחמה בטרור שלא חופעלו בעבר, זאת על דעת היועץ המשפטי לממשלה. במסגרת זו התקבלה החלטה לנקוט גם בצעד של מניעת קבורתם של מחבלים באזור, בידי בני משפחותיהם, וחלף זאת לקובדם 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 זמנם.

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

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

46. אם נפנה מן הכלל אל הפרט, הרי שבנסיבות המקרה דנן המשיב אינו בין הצורך הקריטי לנקוט בפעולות החינוכיות לדעתו למאבק בטרור, לבין הפגיעה העתידה להיגרם כתוצאה מאי קבורתו של בעלה של העותרת בידי בני משפחתו באזור אינ"ש, וחלף זאת קבורתו בבית הקברות לחללי אויב.

במסגרת איזון זה לקח בחשבון המשיב, בין היתר, את החומרה היתרה של הפיגועים לחם היה אחראי בעלה של העותרת, על תוצאתם הקשה, ואת פעילות הטרור הענפה בה נטל חלק. בנסיבות פרטניות אלו, באיזון שוערך בין חומרת מעשי בעלה של העותרת, לבין הפגיעה הצפויה בה, חניע 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 יו בקש בית המשפט שלא להתערב בה.

47. נוסף ונציין, כי אין המדובר בעותרת "תמת לב", ראשית נציין, כי לא מצאנו בכתב העתירה כל מילות גינוי מטעמה של העותרת למעשים חקשים שבוצעו על-ידי בעלה. בעניין זה נפנה לדבריו של כבוד השופט מצא בבג"ץ 7473/02 בחר ג' מפקד כוחות צה"ל בנדה, פ"ד נו(6), 488, עמ' 491-492.

"עובדה ראויה לציון היא שבכל העתירה כולה לא מצאנו מילת הסתייגות מפי מי מהעותרים מן המעשה הרצחני המתועב שעשו בני משפחותיהם. לא מצאנו שמי מהם מננה את המעשה, או שתוא מתבייש בביצועו על-ידי בן משפחתו. לאימו של המפגע בחר יוחסה, בכתבה בעיתון, האמירה "שהיא גאה בבנה והייתה הולכת בדרכו". לא מצאנו שאימו של המפגע בחר הכחישה את אמיתות הנרסום. העמדנו את עורך-דינם של העותרים על המעור מילת גינוי מפי שולחנו למעשה הרצחני... על-פי הלכותו העקבית של בית-משפט זה, שאלת ידיעתם של בני המשפחה על הכוונה החזונית של מפגע פוטנציאלי ואופי התייחסותם למעשה גופו, אינם (על-פי דעת רוב השופטים) תנאי בל-יעבור להפעלת הסמכות שבדי המפקד הצבאי להורות על חריסת בית מגוריו של המפגע. אך היעדרן של מילות הסתייגות וגינוי במקרה שלפנינו מוסיפה נופך מוסרי לעדקת הצו; שכן דינם של העותרים לעניין זה הוא בדין הפונה לבית המשפט הגבוה לצדק כשידיו אינן נקיות." (החדגשה הוספה – שלנו)

48. כן ראו דברי כבוד השופטים חשין ודורנר, בפרשה זו, כי:

"על-פי הראיות שהונחו לפנינו היו משפחות העותרים מודעות לאשר עלולים המפגעים-המתאבדים לעולל. לא נקבל אפוא את דבריהן כי היו תמות-לב וכי לא ידעו, כטענתן, דבר וחצי דבר על מזימותיהם הרעות של המפגעים. מטעם זה אנו מצרפים דעתנו לדעתו של חברנו, השופט מצא."

בנסיבות המקרה דנן, לא זו בלבד שהעותרת היתה מודעת למעשיה של בעלה, כי אם היא אף סייעה לו בביצוע פעולותיו החבלניות. בגין מעשים אלו העותרת עצמה הורשעה בבית המשפט הצבאי בבית-אל, בעבירה של ביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת, לפי תקנה 185(ג) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, בכך שסייעה בקיום מפגש בין בעלה לבין פעיל צבאי אחר של ארגון החמא"ס, ובכך שסייעה לו בהעברת איגרת ומידע בינו לבין פעיל צבאי אחר של ארגון החמא"ס. עמד על כך בית המשפט הצבאי בנזר דינה של העותרת, בצימו:

"הנאשמת הורשעה בכך בשלוש תודמנויות שונות במהלך
החודשים מאי עד יולי 2002 ביצעה שירותים עבור ארגון
החמא"ס. המדובר במספר שירותים שביצעה הנאשמת
עבור בעלה, שהיה פעיל צבאי של ארגון החמא"ס, ובשל כך
חיה מבוקש לכוחות הביטחון הישראליים ונוזקק לשירותים
שונים אשר יאפשרו את פעילותו כמסגרת זו.

נציין, כי במסגרת הסדר טיעון בין הצדדים הוטלו על העותרת מאסר בפועל לתקופה של
33 חודשי מאסר, מיום מעצרה, וכן 24 חודשי מאסר על תנאי, והתנאי הוא שבמשך 5
שנים מיום שחרורה לא תעבור עבירה לפי תקנה 85 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945.

העתק כתב האישום מצורף ומסומן מש/3.

העתק גזר הדין מצורף ומסומן מש/4.

49. ולא למותר יהיה לשוב לציין כי בנושא זה הדרך עצמו המשיב על פי הנחיות היועץ
המשפטי לממשלה, שהנחה 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, באיו"ש ובאזח"ע, וזאת כאשר נסיבותיהם שונות
באופן משמעותי לקולא מנסיבות המקרה דנן.

(ב) השיקול המניעתי:

50. לצד השיקול החרתעתי, שדי בו – לטעמו של המשיב – כדי לבסס את החלטתנו, מצוי
השיקול המניעתי הישיר והעקיף.

השיקול המניעתי הישיר

51. מן המפורסמות הוא, כי הלווייתנים של פעילי טרור כאלה ואחרים, מנוצלות בכלל,
ובשנים האחרונות בפרט, לשם קיומן של הפרות 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 לעצמו הרב התממש לא אחת, כי הלוויית אלו יתפתחו
לאירועי פח"ע בעלי היקף רחב, אשר עלולים להביא להתלקחות רחבה יותר בתחומי
האוויר, וכך על אחת כמה וכמה בימים אלו של מציאות ביטחונית קשה ומורכבת.

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

השיקול המניעתי העקיף

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

לעניין זה נזכר, כדוגמא בלבד, למסרה שבגינו חוגש כתב האישום כנגד אבו-ביד (קוואסמה) אשר הואשם בביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת (עבירה לפי תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 ובפגיעה בביטחון האזור (עבירה לפי צו בדבר חוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), תש"ל - 1970).

מכתב האישום עולה כי במהלך ביקור של הואשם בסוכת אבלים של מחבל אשר נהרג עת שביצע פיגוע התאבדות, הוא שוחח על מפגעים מתאבדים עם פעיל צבאי של ארגון החמאס ואף הביע בפניו את רצונו לבצע פיגוע התאבדות.

העתק כתב האישום מצורך ומסומן בש"פ.

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

54. מן האמור עולה כי ביסוד ההחלטה לקבור את גופת בעלה של העותרת בבית הקברות לחללי אויב, חלף קבורתה בידי בני המשפחה, לא מצוי אך ורק השיקול ההרתעת, שפורט לעיל, כי אם גם שיקול מניעתי ישיר ועקיף - שתכליתו למנוע קיומה של החלוקה ופתיחתה של סוכת האבלים המנוצלות, ראשית, לשם קיום הפרות סדר, ושנית, לשם עידוד פעילויות ההתאבדות כנגד מדינת ישראל וגיוס מחבלים מתאבדים נוספים. טעם זה הינו טעם רלבנטי, המבסס את החלטתו של המשיב.

55. עד כה עסקנו בשיקול החרתעתי ובשיקול המניעתי, אשר כל אחד מהם כשלעצמו, די בו בכדי להצדיק את החלטת המשיב. לצד האמור, נוסיף ונציין, למען השלמת התמונה, כי קיים שיקול נוסף, שאף בו יש כדי להצדיק את ההחלטה. 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 כפעיל 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 ב"ץ 6807/94 עבאס נ' מדינת ישראל תס-על 67 (1)95, שם נדונה בקשת משפחתו של איש ארגון החמאס 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-פיח אין לחזרת על החזרת הגופה כל עוד לא הוברר מקום קבורתו של החייל סעדון ז"ל, שנרצח בידי אנשים של ארגון החמאס.

56. יש לציין, כי התופעה של דרישת להחזרת גופות, במסגרת הסכמים להחזרת שבויים ונעדרים ישראלים, אינה זרה, והיינו עדים לה, במספר הזדמנויות בעשורים האחרונים. החזרת גופות מחבלים חיוותה נדבך, בתמורה ששילמה מדינת ישראל בעבר להחזרת חייליה ואזרחיה, שנשבו או נהרגו. אך לאחרונה במסגרת ההסכם האחרון שנערך עם ארגון החיזבאללה בחדש ינואר האחרון, מכוחו הושבו גופותיהם של שלושה חיילי צה"ל - בני אברהם ז"ל, עדי אביטן ז"ל ועומד סואהד ז"ל - והאזרח אלחנן טננבאום, הושבו ללבנון 60 גופות מחבלים.

סיכום

57. מדינת ישראל מצוייה כיום במאבק מזוין שנכפה עליה; במסגרת מאבק זה משתמש הצד הפלסטיני, בין היתר, במצוות-אדם מונחות, המגיעות לתחומה של ישראל ולתחומי ישובים ביהודה ושומרון וחבל עזה, והגיעות הרג ודם ברחובות עריה וישוביה.

ממשלת ישראל והקבינט החליטו על שורת צעדים, שנועדו להלחם 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 ארוב.

58. על צעד זה החליט הדרג המדיני - וראש הממשלה בראשו - שכן על פי הערכת הצבא ושירות הבטחון הכללי, שנמסרה לדרג המדיני, צעד זה יכול לתרום לכוחות הבטחון במאבקם נגד גל הפיגועים הדחחניים שהתרגש ובא על המדינה, ולהציל חיי אדם. לפיכך סברו גורמי הבטחון והדרג המדיני, כי יש חשיבות גדולה להוצאת הצעד האמור אל הפועל.

כפי שהובהר בהרחבה בתשובה זו, הנסיבות הבטחוניות השוררות במקומותינו, השתנו בצורה דרמטית בשלוש השנים האחרונות ועל כן החליטה הממשלה להפעיל גם אמצעים נוספים, זאת על דעת היועץ המשפטי לממשלה. במסגרת זו התקבלה החלטה לנקוט גם בצעד האמור, לאור השיקול החרתעתי, והשיקולים הנוספים שפורטו לעיל. כאמור לעיל, על-פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, הוחלט שלא לנקוט בעניין זה במדיניות כללית וגורפת, כי אם לבחון כל מקרה ומקרה לנסיבותיו.

כמסגרת מדיניות זו, נבחן עניין בעלה של העותרת, והוחלט כי לאור פעילותו החבלנית החמורה, ומעורבותו בכמה מפיגועי הטרור החמורים ביותר שאירעו בשלוש השנים האחרונות, 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 להורות על קבורת גופת בעלה של העותרת בבית הקברות לחללי אויב באיר"ש.

59. המשיבים סבורים כי בהחלטה זו אין פגם, כי המדובר בהחלטה סבירה ומידתית, המאזנת כראוי בין השיקולים השונים, וכי החלטה זו עולה בקנה אחד הן עם המשפט הפנימי והן עם המשפט הבינלאומי.

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

היום: כ"א אדר, תשס"ד

14 מרץ, 2004

יובל הויטמן, ע"ד
עוזר לפרקליטת המדינה