

בעניין:

1. _____ בדיר, ת"ז _____
2. 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 מטרס-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 גיבוראן-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, _____ בדיר, בנה של העותרת 1, 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 13 שנה, מלהחזיר לעותרת 1 את גופת בנה, על מנת שבני משפחתו יוכלו סוף סוף להביאה לקבורה על פי מסורתם ואמונתם, להתאבל על מותו ולהמשיך בחייהם.

הצדדים

2. העותרת 1 (להלן: **העותרת**), ילידת 1954, היא אמו של המנוח ____ בדיר, ת"ז _____, שמצא את מותו בחודש מאי 2002 ומאז מוחזקת גופתו בידי המשיבים.
3. העותרת 2 (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. ____ בדיר, בנה של העותרת 1, יליד 1985, מצא את מותו במהלך פיגוע בו היה מעורב בראשלי"צ ביום 22.5.2002. מאז מוחזקת גופתו בידי ישראל (להלן: **המנוח**).
8. על מות הבן שמעה משפחתו באמצעי התקשורת. איש מעולם לא פנה אליהם בנוגע להחזרת הגופה.
9. ביום 13.8.2002 הרס הצבא את בית משפחתו של המנוח.
10. ביום 3.7.2002 פנה ח"כ אחמד טיבי, בשמה של משפחת המנוח, לשר הביטחון, מר בנימין בן-אליעזר, בבקשה להחזרת גופת בנם ____ בדיר לידי משפחתו.

11. בחודש אוגוסט 2002 ניתנה תשובה ע"י מי שהיה שר הביטחון אז – מר בנימין בן-אליעזר, ובה מסר האחרון כי גופת המנוח טרם זוהתה, וכי בעקבות הפנייה של ח"כ טיבי פיקוד המרכז פועל להעברת הגופה לקבורה לידי המשפחה.

העתק מכתב שר הביטחון מחודש אוגוסט 2002 מצורף ומסומן ע/1.

12. חלפו למעלה משנים עשרה שנה מיום הפנייה הראשונה בעניין החזרת גופתו של המנוח, אך בניגוד להתחייבות המדינה, טרם הוחזרה גופתו.

13. יצוין, כי 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.

14. ועוד, במחצית הראשונה של שנת 2014 השיבה ישראל 26 גופות של פלסטינים שהוחזקו על ידה לידי בני משפחותיהם. זאת במסגרת פניות ועתירות של המוקד להגנת הפרט למען החזרתן של הגופות והבאתן לקבורה על פי המסורת והדת.

מיצוי הליכים

15. ביום 2.3.2014 פנה המוקד להגנת הפרט ללשכת יועמ"ש המשיב 1, אל"מ דורון בן ברק, בבקשה להחזיר את גופת המנוח לבני משפחתו.

העתק מכתב המוקד ליועמ"ש המשיב 1 מיום 2.3.2014 מצורף ומסומן ע/2.

16. שנה עברה מיום פניית המוקד הראשונה ותשובה – אין. לאור זאת, ביום 1.3.2015 פנה המוקד בשנית ליועמ"ש המשיב 1, וביקש שוב כי גופת המנוח תוחזר לידי משפחתו.

העתק מכתב המוקד ליועמ"ש המשיב 1 מיום 1.3.2015 מצורף ומסומן ע/3.

17. כחודש ומחצה עברו מיום פניית המוקד האחרונה והתייחסות עניינית לפנייה – אין. לאור זאת, ביום 14.4.2015 פנה המוקד בשלישית ליועמ"ש המשיב 1, אל"מ דורון בן ברק, ביקש להחזיר את גופת המנוח לידי משפחתו ולקבל תשובה בהקדם על מנת לשקול את צעדיו.

העתק מכתב המוקד ליועמ"ש המשיב 1 מיום 14.4.2015 מצורף ומסומן ע/4.

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

הטיעון האנושי – עד מתי?

19. העותרת 1, אמו של הנפטר, ובני משפחתו ממתינים 13 שנה לקבל את גופת יקירם, להיפרד מבנם ולהביאו לקבורה על פי דתם ואמונתם.

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

21. עד מתי ימשיכו המשיבים להחזיק בגופת בנה של העותרת, בניגוד להבטחת שר הביטחון במכתבו משנת 2002 (ע/1 הנזכר לעיל), שבו מסר כי פיקוד המרכז פועל להעברת הגופה לקבורה לידי בני המשפחה ?

22. הנה דברים שאמרה העותרת בתצהירה המצורף לעתירה :

בעלי, מר עבד רבו בדיר, הוא עיוור וסובל ממחלה קשה, לפני שישה חודשים לקה האב בשבץ מוחי מה שגרם לו לשיתוק בגופו, השפיע על יכולת הדיבור והאכילה ומאכילים אותו דרך הוריד, והוא מקווה שיקבור את בנו הקטן בעודו בחיים.

כל פעם שמחזירים גופותיהם של אחרים תוקף אותי כאב רב ונזכרת בבני שלא הצלחנו להחזיר את גופתו עד היום, כשנקבל את הגופה נקיים הלוויה מכובדת וסוכת אבלים ואז נרגיש שבנו קבור בצורה מכובדת לפי ההלכה האסלאמית.

בני יקר ללבי. טבעי וזכותה של כל אמא שתוחזר לה גופת בנה בשביל לקבור אותו קרוב אליה, ברצוני שיהיה קבר לבני שאוכל לבקר אותו כל בוקר, וכדי להקל על כאבי המתמשך. אין אמא בעולם שהייתה רוצה שבנה יהיה קבור במקום זר עם מספרים לא מוכרים, זה עונש לי ולמשפחתי.

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

הטיעון המשפטי

כבוד האדם, כבוד המת וכבוד בני משפחת המת

23. 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**).

24. 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 ובטיפול 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, בצינינו:

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).

25. 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

26. 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).

27. 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

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

29. **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.

30. 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).

31. 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

32. 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) (סי' 190 ואילך לדבריה).

סמכות המפקד הצבאי ואופן הפעלתה

33. 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.

34. 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/5.

35. גופת בנה של העותרת 1 נמצאת בידי המשיבים מזה 13 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.

36. 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).

37. 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.

38. 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 ממש, 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.

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

תכליתיות ומידתיות

40. 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 (כב' הש' ברק בדנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל** פ"ד מט(4) 589, עמ' 653).

41. פגיעה בכבוד המת ובני משפחתו מחייבת עמידה בתנאי פיסקת 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 פיסקת ההגבלה לצורך הכשרתה (פרשת אלאקסא, פס' 187).

42. 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).

43. אם כך, השאלה הראשונה שיש לשאול במסגרת מבחני המידתיות היא האם המשיב, בהחזיקו בגופת בנה של העותרת במשך 13 שנים, ובהימנעו מלהחזירה למשפחה, עומד במבחן התכלית הראויה.

44. 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.

45. 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).

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

47. 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 העותרת.

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

מילות סיום

49. 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.

50. 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.

51. 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' ב' 5-6).

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

53. 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.

14 מאי 2015

נאסר עודה, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 81582]