

בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בעניין: 1. אבו סמה, ת"ז

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

ע"י ב"כ עו"ד אנדרה רוזנטל, מספר רישיון 11864

מרח' צלאח א-דין 15, ת"ד 19405, ירושלים 91194

טלפון 6250458, פקסימיליה 6221148

העותרים

נגד

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להזמין את המשיב לכוא וליתן טעם מדוע אין הוא מחזיר את גופת בנו של העותר 1, אבו סמה, ת"ז, אשר נהרג ביום 19.3.2002 בעת ביצוע פיגוע בבית שמש, למשפחתו לשם קבורתו.

ואלה נימוקי העתירה:

1. עותר מספר 1 הינו אביו של אבו סמה, ת"ז, אשר נהרג ביום 19.3.2002 בעת ביצוע פיגוע בבית שמש. העותר מעוניין לקבור את בנו. תצהירו של עותר מספר 1 רצ"ב ומסומן ע' 1.
2. עותר מספר 2 הנו ארגון זכויות אדם, אשר שם לו למטרה, בין השאר, לסייע לתושבים פלסטינים שנפלו קורבן להתעמרות או קיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על מעמדם וזכויותיהם בפני ערכאות, בין בשמו כעותר ציבורי ובין כמייצג אנשים שזכויותיהם נפגעו.
3. ביום 27.2.2005 פנה עותר מספר 2 אל סגן הראל וינברג מהלשכה המשפטית של המשיב, בבקשה להחזיר את הגופה נושא עתירה זו למשפחתו לשם קבורתה. העתק מפנייה זו רצ"ב ומסומן ע' 2.
4. כמענה לפנייה זו השיב סגן וינברג ביום 14.3.2005, כי –

4. נציין, כי עמדתו של המפקד הצבאי לעניין זה הינה, כי בכפוף לזיהוין המדעי של גופות המפגעים שכנדון, לא תהא מניעה עקרונית להשבת הגופות ליד משפחותיהם. עוד נציין, כי ייתכן והשבת הגופות תותנה בהסדרים ביטחוניים כאלה ואחרים, לשם מניעת הפרות סדר במהלך הלוויות.
- העתק מתשובה זו רצ"ב ומסומן ע' 3.
5. במהלך אותה שנה, 2005, ביקש הח"מ לקבל פירוט אודות סדר הפעולות הננקטות מטעם המשיב בטיפול בגופת מפגע. ביום 11.9.2005 סגן וינברג מסר את המבוקש. על פי הנוהל שנמסר, עם קבלת הגופה לידי הרכנות הראשית, לאחר העברתה למכון הלאומי לרפואה משפטית, יבוצעו, בין היתר, הפעולות הבאות:
 וידוא הימצאות תעודת פטירה החתומה על ידי רופא;
 מיספור הגופה;
 רישום ביומן חללי מחבלים;
 צילום הגופה, כולל מספר החלל;
 הקבורה תירשם במפת ביח"ק על ידי רישום מס' החלל במשכצת המתאימה לקבר בו נקבר;
 הכנת דו"ח קבורה.
- העתק ממכתבו של סגן וינברג עם פירוט מלא של הנוהל רצ"ב ומסומן ע' 4.
6. בזמנו לא בוצע זיהוי מדעי של הגופה – דבר המהווה תנאי של המשיב להחזרת הגופה לקבורה על ידי המשפחה.
7. ביום 17.9.2015 פנה כ"כ העותרים אל לשכת היועמ"ש של המשיב בבית אל, על מנת שתוצא אל הפועל הסכמתו של המשיב להחזרת הגופה לקבורה על ידי המשפחה. בסעיף 4 למכתב, המצ"ב ומסומן ע' 5, נרשם כלהלן:
 אבקש להוציא כוונה זו אל הפועל. אודה אם תוכל להדריך אותנו כיצד לעשות כן.
- לכאורה, לאור הנוהל שפורט במכתבו של סגן וינברג, נספח ע' 4 לעתירה, ובמיוחד ההוראה בדבר רישום מספר חלל במפת בית הקברות, מכתב זה לא היה אמור לעורר קושי כלשהו.
8. ביום 6.10.2015 נמסר ע"י הלשכה המשפטית של המשיב כי "בימים אלו אנו פועלים לבירור פניויתך. עם תום הבירור נשייך". העתק תשובה זו רצ"ב ומסומן ע' 6.

9. כעבור מספר חודשים, ביום 17.4.2016, משלא נתקבלה כל התייחסות מטעם הלשכה המשפטית של המשיב, שב ופנה ב"כ העותרים בבקשה כי תוצא אל הפועל הסכמת המשיב משנת 2005.
- העתק מפנייה זו רצ"ב ומסומן ע' 7.
10. ביום 18.5.2016 פנה ב"כ העותרים אל לשכה המשפטית של המשיב בעניינן של הגופות שבטיפולו בבקשה לדעת האם אותרו הגופות. העתק פנייה זו רצ"ב ומסומן ע' 8.
11. ביום 5.6.2016 שיגר ב"כ העותרים מכתב מקובץ בעניינן של הגופות שבטיפולו של הח"מ. שם נכתב –
1. הריני לאשר קבלת מכתבך מיום 1.5.2016 ממנו אנו למדים שלא אותרו הגופות. נכון?
 2. אבקש מענה ענייני ולא התחמקות על מנת לכלכל את צעדינו.
- העתק ממכתב זה רצ"ב ומסומן ע' 9.
- לפנייה אחרונה זו לא נתקבלה כל תשובה.

קבורה

12. העותרים טוענים כי הזכות לקבור את בני משפחותיהם המתים הינה זכות אוניברסאלית ואין עליה עוררין. העותרים מפנים לבג"ץ 5688/92 ש' ויכסלכאום ואח' נ' שר הבטחון ואח' (פסקי דין, כרך מז, חלק שני, 812), שם, בעמ' 829, כתב השופט (כתוארו אז) ברק את הדברים הבאים:

12. כבוד האדם הוא, כפי שראינו, כבודו של הנפטר עצמו. "השאיפה לקבורה ראויה היא טבעית לאדם בחור שכוה" (ע"א 294/91 [3] הנ"ל, בעמ' 520). זהו גם כבודה של משפחת הנפטר (ראה בג"צ 3933/92 מוסטפה ברכאת ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז (להלן – פרשת ברכאת [15])). עמדתי על כך בע"א 294/91 [3], בצייני, בעמ' 520:

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.

ברוח דומה ציין השופט עציוני בפרשה אחרת:

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... (ע"א 280/71 גרעון נ' חברה קדישא גחש"א ואח' [16], כעמ 23).

ועל אותו רעיון חזר המשנה לנשיא, השופט אלון, בציינו: ואף זו הלכה פסוקה היא, כי "כבוד האדם" בעניינינו משמעו, בראש וראשונה כבוד המת, דהיינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואוהביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר (ע"א 1482/92 א' הגר נ' ח' הגר ואח' וערעור שכנגד [17], כעמ' 801-802).

13. המשיב הוא זה אשר הורה על מקום קבורתו של בנו של העותר, בהתאם לסמכותו בתקנה

133(3) לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945; שם נקבע כלהלן:

(3) למרות כל הכלול בכל חוק, יהיה מותר למפקד צבאי לצוות כי גוויתו של כל אדם תיקבר באותו מקום שהמפקד הצבאי יורה. המפקד הצבאי רשאי באותו צו להורות מי-ומי יקבור אותה גוויה וכאיוו 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.

כלל לא ברור הקושי של המשיב או מי מטעמו להשיב לפניות העותרים לאור הוראות תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 וכן לאור ה"נוהל" שפורט בסעיף 5 לעיל. עולה הרושם כי המשיב מועל בתפקידו בכל הקשור לקבורת גופותיהם של חללי ה"אחר", וזאת להבדיל אלף הבדלות מיחסו לקבורת חלליו שלו.

התייחסות המשיב לפניות אליו

14. בעניין יחסה של לשכת היועמ"ש של המשיב לפניות העותרים ואי-מתן מענה לאותן פניות, מפנים העותרים לדברי כבוד השופט חשין בעל"ע 2443/04 הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין נ' בלום, כאשר לטענה כי העבירה של "אי מתן מענה" על ידי עורך דין הינה עניין של מה בכך. וכך נקבע בסעיף 54 לפסק הדין:

סיכום הדברים הוא אפוא זה, שעבירת אי-מתן מענה לקובל, אין היא עבירה טפלה או נספחת לעבירה אחרת. עבירה היא העומדת על רגליה-שלה, ועשויה היא לנשוך מי שהורשע בה אף בעונש של השעייה. אכן, המזלזל במוסדות הלישכה – למיצער לעניין אי-מתן תגובה לקובלנה – ניתן להעלות עליו כי באותה דרך של זלזול נוהג הוא גם בהקשרים אחרים: למשל, כלפי לקוחותיו. תכונת-האופי תכונה אחת היא, ולישכת עורכי הדין חייבת להגן על היחיד ועל הכלל מפני עורכי-דין שכך מזלזלים בזולת. בענייננו-שלנו, לא הוכיח בלום כי עומדת לו הגנה בפני האשמות אי-מתן תגובה ללישכה, וראוי הוא כי יוטל עליו עונש הולם.

15. במקרה אחר, קרוב יותר לענייננו, בבג"ץ 5890/15 עכיד נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה

המערבית, ציין כבוד המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין, כלהלן:

בשולי הדברים נציין, כי במקרה זה כמו במקרים לא מעטים אחרים השתתה המענה לעותר. לא אחת לצערנו מוגשות עתירות נוכח אי מתן מענה, ועם הגשתן ונוכח הצורך להגיב לבית המשפט מוסדר העניין, ואם כך מדוע להטריח את כל המעורבים מגדולם ועד קטנם, בזמן ובממון. ראוי שהגורמים הרלבנטיים יתנו דעתם לכך.

כאמור, העתירה נמחקת.

16. העותרים חוששים, כי הסיבה האמיתית לאי-מתן מענה על ידי המשיב לפניות ב"כ

העותרים בקשר לגופה נושא עתירה זו, היא שאין למשיב מושג היכן קבורה גופתו של אח העותר. רושם זה מתחזק מתגובותיו של המשיב בעתירות שהוגשו לאחרונה ע"י עותר מספר 2, המוקד להגנת הפרט, בהן התבקש המשיב למסור גופות של מפגעים לקבורה על ידי בני משפחותיהם בגדה המערבית. מתגובות אלה עולה, כי על אף שהסמכות והאחריות לקבורת הגופות הינן בידי המשיב על פי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, המשיב מעל בתפקידו, והעביר את עניין הקבורה ל"חברות פרטיות", ולמעשה לא עקב אחרי הנעשה.

ר' תגובה מקדמית מטעם המשיבים בבג"ץ 4235/15 סיפין ואח' נ' מפקד כוחות הצבא

בגדה המערבית ואח', מיום 29.12.2015, רצ"ב ומסומן ע' 10.

כן ר' תגובות המדינה בעתירות הבאות:

בג"ץ 3677/15 קואסמה ו-2 אח' נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית ואח' ;

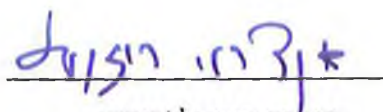
בג"ץ 3678/15 שכוכאני ואח' נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית ואח' ;

בג"ץ 4421/15 בדראן ואח' נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית ואח' ;

בג"ץ 6796/12 מוצלח ואח' נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית;
בג"ץ 1173/13 צאלח ואח' נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית;
בג"ץ 1797/13 ח'נפר ואח' נ' מפקד כוחות צבא בגדה המערבית.

- ככל הנראה המשיב, או מי מטעמו, לא פעל בהתאם להנחיות שפורטו במכתבו של סרן וינברג משנת 2005 (נספח ע' 4 לעתירה):
- א. לעותרים לא נמסרה תעודת פטירה חתומה על ידי רופא;
 - ב. ככל הנראה, גופת בנו של עותר מספר 1 לא קיבלה מספר זיהוי מתוך המיספור הרץ של בית הקברות למחבלים או מסתננים; וכלל לא ברור אם גופה זו נקברה בבית הקברות למחבלים או מסתננים;
 - ג. ככל הנראה לא הוצמדה לגופה אצעדה עם מספר רץ;
 - ד. לא נמסר לעותרים כי קיים רישום כלשהו בעניין ביומן חללי מחבלים או מסתננים;
 - ה. אם קיימים צילומים של גופת בנו של עותר מספר 1, מן החזית ומן הצד ועם מספר החלל, אלה לא נמסרו לעותרים;
 - ו. ככל הנראה לא נפתח כרטיס אישי לגופת בנו של עותר מספר 1, ובתיק הקבורה לא תויק דו"ח המכון הלאומי לרפואה משפטית;
 - ז. הקבורה, בהנחה שהייתה, ככל הנראה לא נרשמה במפה של בית הקברות – לא בבית הקברות לחללי האויב ולא בבית קברות אזרחי. לא נרשם מספר החלל כמשבצת המתאימה באותה מפה.
17. מדינת ישראל עושה כל שביכולתה כדי להחזיר את גופותיהם של חלליה לקבורה על ידי בני משפחותיהם; אך יחסה של המדינה לחללו של "האחר", הוא עותר מספר 1, והתייחסותה של לשכת היועמ"ש לפניות מטעמו, אינם הולמים מדינה המתיימרת להיות "יהודית ודמוקרטית".
18. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הצו המבוקש ולאחר דיון בעתירה להופכו להחלטי.

ירושלים, היום ה-22 ספטמבר, 2016


אנדרה רוזנטל | עו"ד
ב"כ העותרים