

- העותר:
1. ג'בארין (ת.ז.) (
 2. ג'בארין (ת.ז.) (
 3. ג'בארין (ת.ז.) (

באמצעות עו"ד חסן ג'בארין /או מוחמד בסאם /או פאדי
חיורי /או מנוא חדאד /או סוהאד בשארה /או טאוסן זחר
/או מיסאנה מוראני
מעדאלה: המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל.
ת"ד 94, חיפה; טל: 04-9501610; סלולרי: 0525759086

- נ ג ד -

- חמשיבים:
1. משטרת ישראל
 2. המחלקה לחקירת שוטרים

ע"י פרקליטות חמודינה
רח' סלאח אלדין 29, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לקיום דיון ז'חוף

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המופנה אל חמשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא ימסרו לעותרים ובהקדם האפשרי את גופות שלושת הבנים שלהם על מנת להביאם
לקבורה לפי מסורתם ואמונתם של בני משפחותיהם. השמונת של בני העותרים הם:

1. ג'בארין (ת.ז.) (להלן: המנוח 1)
2. ג'בארין (ת.ז.) (להלן: המנוח 2)
3. ג'בארין (ת.ז.) (להלן: המנוח 3)

ב. מדוע לא יורו, כל אחד לפי סמכויותיו, על ביצוע נתיחוח שלאחר המוות בגופותיהם של המנוחים
2-3 ובהקדם האפשרי.

בקשה לקיום דיון דחוף

1. היות ועניינת העיקרי של עתירה זו הוא בהימנעות המשיבה מסי 1 מלהחזיר לעותרים את גופת שלושת המנוחים על מנת שיוכלו להביאם לקבורה לפי מסורתם ואמונתם, מתבקש בית המשפט הנכבד לקיים דיון דחוף ביותר לבירור העתירה.
2. שיהיו בדיון בעתירה עלול לגרום לסיכול מטרתה העיקרית, קרי – להביא את המנוחים לקבורה מיידית בהתאם למצוות דתם.
3. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה החשובה לפיה החזקת הגופות ואי מסירתם מונעת מתוך חוסר סמכות קיצונית. שכן, אין שום הוראה בחוק הממסמכה את המשיבות להחזיק את הגופות ולהימנע ממסירתם לחורים ובאופן מיידי. בהיבט זה, העתירה היא בבחינת תביאת קורפוס המתייבת דיון דחוף.
4. יצוין כי בבג"ץ 708/17 אבו אלקיעאן נ' במדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.1.17) (להלן: עניין אבו אלקיעאן) שגם בו התבקשה מסירת גופתו של המנוח יעקוב אבו אלקיעאן נקבע הדיון בעתירה שלושה ימים אחרי הגשתה (חמישה ימים אחרי האירוע שבו נהרג המנוח).
5. נוכח האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיומו של דיון דחוף בעתירה.

אלה נימוקי העתירה:

הצדדים:

6. העותר מסי 1 הוא אביו של המנוח מסי 1.
7. העותר מסי 2 הוא אביו של המנוח מסי 2.
8. העותר מסי 3 הוא אביו של המנוח מסי 3.
9. שלושת העותרים הינם תושבי אום אל פחם.
10. ביום 14.7.17 נורו שלושת המנוחים למוות על-ידי אנשי המשטרה במסגד אל-אלקצא ולפי גרסת המשטרה, הירי בוצע בתגובה לפיגוע הירי שהמנוחים היו מעורבים בו ואשר גרם להריגתם של שני השוטרים האיל טתאזי וכמיל שנאן.
11. נכון למועד הגשתה של עתירה זו, ועל אף פניותיהם ותכופות של העותרים, טרם התקבלה כל תגובה מהמשטרה לבקשות למסירת הגופות וטרם יצרה כל קשר עם הח"מ או בני משפחות המנוחים בכל דרך שהיא וזאת למרות שהגופות מוחזקות אצלה מאז האירוע הנ"ל.

12. חשוב לציין כי תחזקת הגופות ואי מסירתן באופן מיידי מתבצעת ללא סמכות, שכן אין תוראה בחוק המאפשרת למשיבים להחזיק את הגופות. תזכרים מקבלים משנה תוקף כאשר אי מסירת הגופות גורמת לפגיעה בזכויות היסוד של הזורים ובעיקר בזכותם לכבוד לקבור את בניהם באופן מיידי; כמו כן השיהוי חלא חוקי ואף חלא מוסבר במסירת הגופות גורר פגיעה במסורת הדתית של העותרים ואשר מחייבת קבורה מיידיית למת.

13. בנוסף לדרישה למסור את הגופות באופן מיידי, המשיבה 2 חתבקשה במסגרת סמכויותיה לתקירת אירועים שמעורבים בהם שוטרים וכאשר מדובר במקרה של מוות לא טבעי, לתורות על ביצוע נתיחה בגופותיהם של המנוחים 2 ו-3 וזאת לפי בקשת חוריהם על מנת לעמוד על חקר נסיבות מותם. הפנייה שתפורט בהמשך, הסתמכה בין היתר, על סרטון וידאו שמעיד לכאורה כי השוטרים ביצעו ירי קטלני ולא מיזוני כנגד בנו של העותר 2 למרות שבאותה נקודת זמן לפחות לא נשקפה מהמנוח סכנה המצדיקה את הירי הקטלני.

== הסרטון זמין ב: <https://www.youtube.com/watch?v=qufB2JvGtmw>

14. בשיחות הטלפוניות המיידיות שקיים ראש עיריית אום-אלפחם, מה חיאלד אגבאריה, עם מפקדים במשטרת ישראל הוא הבין כי אין למשטרה מניעה למסור את הגופות והיא אף מעדיפה למסור את הגופות באופן מיידי וכי הקבורה תבוצע בהקדם אך ההחלטה כפי שנמסר לו הינה בידי הדרג הפוליטי. בשיחות אלו הבהיר ראש עיריית אום אל פחם כי המשפחות ונושבי אום אל פחם מודעים לרגישות הציבורית של הנושא, אולם, עצם המשך תחזקת הגופות ללא סמכות וללא הטבר כלשהו יש בו פגיעה במשפחות, במסורת הדתית והוא אף מעלה את סף המתיחות הציבורית ומעלב את מהלך "הסופיות" שמתגלם בקבורה.

15. בעקבות שיחות אלו וביום 17.7.2017 פנה ראש עיריית אום אל פחם בכתב אל מפקד משטרת ישראל וציין כדלקמן:

"ברצוני לפנות לכבודו בבקשה לחזרת גופות שלושת הצעירים תושבי אום אל פחם, שנורו ביום שישי – 14/7/2017. בשיחות שקיימוני עם גורמים בכירים מהמשטרה נודע לנו שאין מניעה מצד משטרת ישראל להחזיר את הגופות למשפחות שלהן, ועל כן אבקשך לפעול באופן מידי למסירת הגופות למשפחות, שכן לפי המסורת הדתית צריך לקבור אותם באופן מידי וללא דיחוי. חשוב להדגיש שמאז האירועים העירייה ומשפחות ההרוגים וגם כלל תושבי אום אל פחם שמרו על הרגעת הרוחות ועל שיתוף הפעולה עם המשטרה. אני בדעה כי חזרת הגופות באופן מידי תוסיף גם להורדת המתחים וסיום הפרשה בהקדם האפשרי. אני חוזר על התחייבות עיריית אום אל פחם שהחלונות יעברו בטור תוך שמירה על שלום הציבור. כך גם היא מחויבות המשפחות."

== מכתב ראש עיריית אום אל-פחם, מר חיאלד אגבאריה, מיום 18.7.17 מצייב ומסומן כנספח ע/1.

16. מיצוי הליכים מטעם העותרים: למחרת האירוע, 15.7.17, ובשט הנריחם של שלושת המנוחים, פנו החיימ למשיבה 2 בדרישה לפתוח בחקירת האירוע וכן להורות על נתיחת גופותיהם של המנוחים 2 ו-3.

== שלוש הפניות למשיבה 2 בשם כל אחת מהמשפחות מצייב ומסומנות כ- 2/ע, 3/ע ו- 4/ע בהתאמה.

17. ביום 16.7.17 פנו החיימ בשם העותרים למשטרה בדרישה למסור את שלוש הגופות באופן מיידי.

== שלוש הפניות למשיבה 1 בשם כל את מהמשפחות מצייב ומסומנות כ- 5/ע, 6/ע ו- 7/ע בהתאמה.

18. ביום 17.7.17 פנו החיימ בשם העותרים בקום בגיץ למנחלת מחלקת הבגייצים בפרקליטות המדינה, עו"ד אסנת מגדל, בבקשה להתערב ולהורות למשיבות 1 ו-2 להיעתר לבקשת העותרים, אחרת יאלצו לפנות לערכאות ביום 19.7.17.

== פניית העותרים לפרקליטות המדינה מיום 17.7.17 מצייב ומסומנת כנספח 8/ע.

19. ביום 18.7.17 התקבלו תשובותיהן התמציתיות של המשיבה 2 ושל פרקליטות המדינה. המשיבה 2 ציינה בתשובתה כי: "כמקובל במקרים מעין אלה, מתבצעת במתייש לעת הזו בדיקה ראשונית של האירוע, בסיומה ינתן לכם מענה"; פרקליטות המדינה השיבה כי מכתב העווננים: "הועבר לטיפול הגורמים הרלוונטיים, ונמסר כי הסוגיה מצויה בבחינתם. הגורמים הרלוונטיים ישיבו דבר בהקדם האפשרי".

== תשובת המשיבה 2 ותשובת פרקליטות המדינה מיום 18.7.17 מצייב ומסומנות כנספח 9/ע ו- 10/ע.

20. בעקבות תשובת הפרקליטות פנו העותרים אליהם בערב אותו יום והודיעו כי הם דוחים את מועד הגשת תעתיקה ביום אחד – דהיינו עד ליום 20.7.17, וזאת בתקווה שעד אז ייעתרו המשיבים לבקשותיהם.

== מכתב העותרים השני לפרקליטות המדינה מיום 18.7.17 מצייב ומסומן כנספח 11/ע.

21. הנה כי כן, על אף הפניות הרבות אל המשיבים ולמרות שעברה תקופת לא מבוטלת מאז החזקת הגופות ועל אף שאי נסירת הגופות מתבצעת בניגוד לחוק, פוגעת בזכויות יסוד ואף תורמת למתיחות ציבורית, המשיבות לא מספקות ולו הסבר רציונלי אחד הן בדבר אי נסירת הגופות והן בדבר אי ביצוע נתיחה בגופות על פי החוק. על אף התשובה החלקית של המשיבה 2 לפיה היא מתכוונת לבצע בדיקה ראשונית, ועל אף דרישת החורים, המשיבה 2 טרם הורתה על נתיחת הגופות של המנוחים 2 ו-3.

הטיעון המשפטי

הימנעות המשיבות מחחירת גופות המנוחים פוגעת בזכויותיהם ובזכויות העותרים החוקתיות לכבוד. החזקת הגופות והשהיית קבורתן משוללת כל הצדקה, פוגעת בעקרונות המעוגנים במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי, נעשית בחוסר סמכות קיצוני, היורד לשורש ההחלטה, ולוקה באי-חוקתיות באופן המתייב את התערבותו המיידית של בית המשפט הנכבד. כמו כן, הימנעות המשיבות 1-2 לנתח את גופות המנוחים 2 ו-3 פוגעת בזכויות המשפחות לדעת את נטיבות מות יקיריהן, ובאינטרס הציבורי שבגילוי האמת.

העדר סמכות בהחזקת הגופות:

22. התנהלותם של המשיבים מהווה הפרה בוטה לזכויותיהם החוקתיות של המנוחים ובני משפחותיהם לכבוד. זכותו של כל אדם לקבורה מהירה, מכובדת ונאותה הינה חלק בלתי נפרד מזכותו לכבוד, שכן כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו, אלא גם כבודו של אדם לאחר מותו. זכות האדם חמת וזכות יקיריו בהקשר זה לכבוד הוכרה בפסיקה כחלק מזכות האדם החוקתית לכבוד ומעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (לעניין זה ראו: ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ. קטטנבאום, פ"ד (2) 464 (1992); ע"א 6024/97 פודריקה שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשלי"צ, פ"ד (3) 600 (1999); בג"ץ 6126/94 גיורא סגש נ' רשות השידור, תק-על (2) 99, 806 (1994); בג"ץ 52/06 חבדת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp. (לא פורסם, 29.10.08) ובג"ץ 7583/98 לאת בדרך נ' ש' הפנייה, פ"ד (5) 832 (2000)).

23. אין בדין הישראלי ולו מקור נורמטיבי אחד שעליו החלטת המשיבה 1 להשהות את שחרור גופותיהם של המנוחים יכולה להישען. מדובר בהחלטה הלוקה בהיעדר סמכות, ועל כן חוטאת היא לשלטון החוק, ודינה פסלות.

24. עיקרון החוקיות הינו מנושכלות היסוד שאין בלתם, ולפיו "הרשות המינהלית רשאית ומוסמכת לעשות רק אותן פעולות שהחוק הסמיך אותה לעשותן." (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 97 (2010)); ראו עוד: יצחק זמיר **תסמכות המינהלית** כרך א 49 (מהדורה ראשונה, 1996)). עיקרון זה מקבל משנה תוקף כאשר יש בפעולת הרשות משום פגיעה בזכות יסוד, כבמקרה דנן.

25. בחיפוש בדינים תרלוונטיים, כולל בפקודת המשטרה (נוסח חדש), תש"א-1971 (להלן: "פקודת המשטרה" או "פקודה"), לא נמצא כל סעיף המסמיך את המשטרה להחזיק את גופות המנוחים ולמנוע את קבורתם. סעיף 3 לפקודת המשטרה מגדיר את התפקידים של משטרת ישראל וקובע,

כי:

"משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילוי, בתפיסת עבריינים
ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר
הציבורי ובטחון הנפש והרכוש."

26. לכן, המשיבה 1 אינה מוסמכת להחזיק בגופות של בני העותרים. הפקודה מפרטת את סמכויותיה של המשטרה כמילוי תפקידיה וקובעת את תחום המותר בפעילות זו. הריגה מתחום הפעולות המותרות למילוי תפקידי המשטרה ותכליות סמכויותיה פוגעת היא בעקרון שלטון החוק שמחווה תכלית כללית בשיטת המשפט אשר יש לפרש לאורו כל דבר הקיפה (ע"א 3015/06 מדינת ישראל נ' פנינה פינקלשטיין (פורסם בנבו, 09.12.2008); כ"צ 1843/93 מנחסי נ' מנסת ישראל, פ"ד מט (1) 661 (1995)).

27. יודגש כי אף אין מקום לגזור סמכות כאמור מעצם סמכויותיה הכלליות "בקיום הסדר הציבורי", כפי שטענו המשיבים בתגובתם מיום 23.1.2017. כ"צ 708/17 אבו אל קיעאן נ' משטרת ישראל (להלן: אבו אל קיעאן). יפים לעניין זה דברי השופט פוגלמן בכ"צ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (2010) (להלן: עניין מנאע):

"תחולתו של עיקרון חוקיות המינהל אינה מצטמצמת למצבים שבהם פוגעת הרשות בפעולתה. [...] עם זאת, כשפעולתה של הרשות עלולה להביא לפגיעה בזכות יסוד מוכרת, מקבלת ההקפדה על עיקרון זה משנה חשיבות. לפיכך, נקבע כי כאשר הפעולה המינהלית שבנדון עלולה להביא לפגיעה בזכויות הפרט, אין הרשות יוצאת ידי חובתה בהצבעה על הוראת חוק כללית שיכולה להתפרש כמקור הסמכה לפעולתה." (עניין מנאע, פ"ד 14 פסק דינו של השופט פוגלמן)

28. גם דברי הנשיאה ביניש, כתוארה דאז, יפים לעניינו באשר לזהירות המתבקשת מגזירת סמכויות, במיוחד כשיש בהן משום פגיעה בזכויות יסוד:

"אני טבורה שככלל יש לפרש סמכויות אכיפה פוגעניות המקנות לרשות כח כפייה באופן מצמצם המחייב קיומה של הסמכה מפורשת. במקרים מעין אלה יש לעשות שימוש זהיר, אם בכלל, בפרשנויות מן הסוג של "קל וחומר" – במיוחד מקום בו קיים ספק האם אכן מדובר בסמכויות אכיפה הנגזרות ונלמדות מן הסמכות המקוריות." (עניין מנאע, פסק דינה של הנשיאה (דאז) ביניש).

29. למותר לציין כי מעבר להעדר הסמכות, החזקת גופות המנוחים היא לתכלית לא ראויה, בשל הפגיעה בזכויות החוקתיות כפי שפורט לעיל. היא לא משרתת שום ערך חברתי ראוי. נהפוך הוא, פגיעתה בכבוד האדם הינה קיצונית ביותר. כידוע, ככל שהזכויות הנפגעות נמצאות ברמה גבוהה יותר במדרג הזכויות החוקתיות, הרי שאמת המידה לבחינת הצורך להגשמת התכלית אמורה להיות צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מתותי (ראו: כ"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' מנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 549 (2005). ראו גם: כ"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53 (1997); כ"צ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 264 (2002); כ"צ 5578/02 מנור ואח' נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004)).

הסידור לביצוע נתיחה לאחר המוות -

30. סעיף 49ט לפקודת המשטרה מקנה למשיבח 2 (מח"ש) את הסמכות לחקור בעבירות שבביצוען

חשוד שוטר ובזו הלשון:

"על אף האמור בכל דין, חקירה של עבירה כמשמעותה בתוספת הראשונה, אשר בביצועה חשוד שוטר, לא תיערך בידי משטרת ישראל, אלא בידי המחלקה לחקירת שוטרים שבמשרד המשפטים (להלן - המחלקה)".

כמו כן, סעיף 49 (א) לפקודת קובע כי "לצורך מילוי תפקויהם לפי פרק זה, יהיו למחלקה ולמי שנמנה עמה, הסמכויות והחטינויות של המשטרה ושל שוטר, לפי העניין".

שילוב שתי הוראות חוק אלו מוביל אותנו למסקנה כי המשיבח 2 היא הגוף האמור לחקור את נסיבות האירוע בו עסקינן ובמסגרת זו עליה להפעיל את כל הסמכויות שהוקנו למשיבה 1 ושיש בכוחם כדי לגלות את האמת, לרבות נתיחת הגופות, ובמיוחד כאשר למשפחות המנוחים אין הונגדות והן אף ביקשו את הנתיחה.

31. אי ביצוע נתיחה לגופות המנוחים מונע מהמשפחות און האפשרות לעמוד על טיבות ונסיבות הריגת בניהם. יצוין בחקשר זה כי, טענת המשטרה שהירי על המנוחים התבקש או היה הכרחי לאור טכנה שנבעה מהם, אינה יכולה לעמוד בפני זכותם של חורי המנוחים לנתח את גופות יקיריהם ולעמוד על חקר האמת.

32. וחרי הבדיקה הראשונית שמבוצעת כרגע על ידי המשיבה 2, וזאת בהתאם לתשובתה מיום 18.7.2017 (ראו ע/9), מלמדת כי נסיבות מותם של המנוחים (חוקיות התנהלות כחות חביטון מצריכות נקיטה בפעולות תקירה ראשוניות, ואין זה ברור מדוע טרם בוצעה נתיחה שלאחר המוות בגופות המנוחים 2-3.

33. לא למותר לציין כי עקרון חקר האמת וחשיפתה עד תומה, מהווה עקרון מרכזי וחשוב לעשיית צדק. עקרון זה מבטא הן את אינטרס המשפחות והן את האינטרס של הציבור כולו.

34. גילוי האמת משקף בנסיבות עניינו באופן המובהק ביותר את זכונו של המת ושל בני משפחתו לכבוד. ניתן להקיש לעניינו מפסיקת בית המשפט העליון אשר הכירה בהגנה שיש לאזים המת על פרטיותו ובזכותם של בני משפחתו החיים לעמוד על הגנות אלה של בן משפחתם המת (בגיץ 6126/94 סגש נ' רשות השידור, פ"ד נגן) 817 (3) 1999; ראו לנושא זה גם: עניין אלאקסא, עמ' 62).

35. אף המדינה מציינת בתביעות רבות שניתוח הגופות הינו מתחייב לפי עקרון שלטון החוק. במסגרת תביעות נגד המדינה של משפחות נפטרים אשר גופותיהם נותרו ללא הסכמתם, טוענת בד"כ המדינה, כי הנתיחה נועדה לעזור בחקירת נסיבות מותו של המנוח וכי בכך היא משרתת את

כבודו (ראו, לדוגמא, ת"א 5340/03 ליה עטרת בן צבי נ' פלופ' יהודה היס ואח' (פורסם במאגרים המשפטיים, 11.3.2008).

36. חשוב לציין כי אי ביצוע נתיחה לגופות כמבוקש הינו לא לתכלית ראויה. שכן, הוא לא משרת שום אינטרס ציבורי לגיטימי, פוגע בזכות המשפחות לדעת נטיבות מות יקיריהן, פוגע בחקירת האירוע, ומנוגד לעקרון שלטון החוק.

על יסוד האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש ולאחר קבלת ונשובת המשיבים להפכו למוחלט וכן לחייב את המשיבים בהוצאות משפט.

מוחמד בסאם, עו"ד

פאזי חור, עו"ד

חסן ג'בארין, עו"ד

ב"כ העותרים

20.7.17
ח'פ'ה