



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4466/16

בג"ץ 8503/16

בג"ץ 285/17

בג"ץ 6524/17

לפני: כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ג' קרא

העותרים בבג"ץ 4466/16: עליאן ו-6 אחרים
העותרים בבג"ץ 8503/16: אבו סאלח ו-3 אחרים
העותר בבג"ץ 285/17: אבו סביח
העותר בבג"ץ 6524/17: קונבר

נ ג ד

המשיבים בעתירות: 1. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית
2. משטרת ישראל
3. פרקליטות המדינה
4. מדינת ישראל

התנגדות לצווים על-תנאי

תאריכי הישיבות: 17.9.2017 ; 13.9.2017 ; 22.3.2017 ; 4.7.2016

בשם העותרים בבג"ץ 4466/16
והעותר בבג"ץ 285/17:

עו"ד מוחמד מחמוד

בשם העותרים בבג"ץ 8503/16
והעותר בבג"ץ 6524/17:

עו"ד מחמד אבו סנינה

בשם המשיבים: עו"ד אבי מיליקובסקי ; עו"ד אבינעם סגל-אלעד ; עו"ד שרון אבירם

פסק דין

השאלה הניצבת להכרעתנו היא האם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה) מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לשם החזקתן לצרכי משא-ומתן.

הרקע לעתירות

1. בשלהי שנת 2016 החליטה ממשלת ישראל לעדכן את מדיניותה בעניין השבת גופות מחבלים למשפחותיהם. ההחלטה נתקבלה על-ידי ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני) של ממשלת ישראל, והיא הועלתה על הכתב בהחלטתה בדבר "מדיניות אחידה בטיפול בגופות מחבלים" (ב/171) (נוסח גלוי) (1.1.2017) (להלן: החלטת הקבינט). במסגרת החלטת הקבינט נקבעה לראשונה מדיניות ברורה המסדירה את נושא החזקת גופות מחבלים בידי המדינה לצרכי משא-ומתן. מדיניות זו קובעת כי ככלל, גופות מחבלים תוחזרנה למשפחותיהם בתנאים מגבילים שיבטיחו את שמירת הסדר הציבורי. ואולם, לכלל האמור נקבעו שני חריגים, אשר בהתקיימם גופות המחבלים לא תוחזרנה למשפחות אלא תוחזקנה בידי מדינת ישראל בדרך של קבורה ארעית. החריג הראשון עניינו במחבלים אשר משתייכים לארגון חמאס. החריג השני עניינו בגופות של מחבלים אשר ביצעו אירוע טרור המוגדר כ"חריג במיוחד". הקבינט המדיני-ביטחוני סבר כי יש הצדקה להמשיך ולהחזיק דווקא בגופות אלה, משום שהן עשויות להיות בעלות "הקשר סמלי מיוחד", וקיימת אפשרות שהחזקתן תסייע למדינת ישראל בהשגת הסכם לחילופי גופות ושבויים עם גורמי אויב. החלטת הקבינט נקבעה כהחלטת מדיניות כללית, בעוד שביצוע המדיניות הוטל על המפקד הצבאי בהתאם לסמכות שנתונה לו בדין, בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה, להורות על מקום ושעת קבורתם של מתים.

2. החלטת הקבינט לא התקבלה בחלל ריק, יש להבינה על רקע ההקשר והעיתוי. החל מראשית שנת 2015 התמודדה מדינת ישראל עם גל פיגועי טרור שזכה לכינוי "אינתיפאדת היחידים". מציאות זו הובילה את הדרג המדיני ואת גורמי הביטחון בישראל לקבל החלטות שונות, ובתוך כך לשקול מחדש גם את המדיניות בעניין החזקת גופות מחבלים לצורכי משא-ומתן. בהתאם לכך קיים הקבינט הליך מינהלי, במהלכו הוצגו לו חוות-דעת מקצועיות והערכות שונות מטעם גורמים מדיניים וביטחוניים אשר מעורים במגעים עם גורמי אויב, בהם מתאם שבויים ונעדריים במשרד ראש הממשלה, גורמי שירות הביטחון הכללי, גורמי המטה לביטחון לאומי וגורמי צבא הגנה לישראל.

הגורמים המשפטיים הבכירים במשרד המשפטים נדרשו אף הם לנושא במספר ישיבות שקיימו. לפני מקבלי ההחלטות הונחה גם עמדה משנת 2004 של היועץ המשפטי לממשלה דאז מ' מוז. לטענת המדינה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה מוז קבעה כי אין להחזיק גופות מחבלים בהתבסס על צורך ערטילאי של שמירת "קלפי מיקוח" לצורכי משא-ומתן עתידי; ואולם אין לשלול אפשרות כזו ככל שיש טעמים מיוחדים להחזקת הגופות, ובכללן עסקה קונקרטית לחילופי גופות עם גורמי אויב (להלן: החלטת היועמ"ש משנת 2004).

3. מאז שנתקבלה החלטת הקבינט הוחזקו בידי מדינת ישראל כמה עשרות גופות של מחבלים. הגופות הוחזקו מכוח צווים או החלטות שהוציאו המפקדים הצבאיים או מפקדי המשטרה. הרוב המוחלט של הגופות – למעלה מארבעים גופות – הוחזרו למשפחות המחבלים על-פי הכלל שנקבע בהחלטת הקבינט. לצד זאת, מיעוט הגופות, אשר לפי טענת המדינה עונה להגדרת החריגים בהחלטת הקבינט, הוחזקו בידי המדינה. נכון לעת הזו מחזיקה מדינת ישראל בתשע גופות של מחבלים. שבע מהגופות נקברו באופן ארעי מכוח צווים שהנפיק המפקד הצבאי. שתיים מהגופות טרם נקברו לאחר שבהליכים המשפטיים בעניינן הוצאו צווי ביניים שמנעו את קבורתן. העותרים הם בני משפחותיהם של שישה מבין המחבלים שגופותיהם מוחזקות כיום בידי מדינת ישראל: פאדי אחמד חמדאן קונבר אשר ביצע ביום 8.1.2017 פיגוע בטיילת ארמון הנציב בירושלים בו נרצחו חיילי צבא הגנה לישראל שירה צור, יעל יקותיאל, שיר חג'אג' וארז אורבך ז"ל, ונפצעו 18 נוספים (בג"ץ 6524/17); מחמד טראירה אשר ביצע ביום 30.6.2016 פיגוע בקריית ארבע בו נרצחה הנערה הלל יפה אריאל ז"ל (בג"ץ 8503/16); מחמד אלפקיה, אשר השתתף ביום 1.7.2016 בביצוע פיגוע בו נרצחו הרב מיכאל מרק ז"ל ונפצעו בני משפחתו (בג"ץ 8503/16); מצבאח אבו סביח, אשר ביצע ביום 9.10.2016 פיגוע ירי בו נרצחו גב' לבנה מליחי ז"ל והשוטר רב-סמל יוסף קירמה ז"ל ונפצעו נוספים (בג"ץ 285/17); עבד אלחמיד אבו סרור, אשר ביצע ביום 18.4.2016 פיגוע באוטובוס בעיר ירושלים בו נפצעו עשרות אנשים (בג"ץ 4466/16); וראמי אלעורתאני אשר היה מעורב בניסיון פיגוע ביום 31.7.2016 (בג"ץ 8503/16).

מדינת ישראל טוענת כי החזקת גופותיהם של מחבלים אלו עשויה לסייע בהשגת עסקה קונקרטית לחילופי גופות ושבוים עם ארגון חמאס, אשר מחזיק בגופותיהם של חיילי צבא הגנה לישראל סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר אורון שאול ז"ל, ובאזרחי ישראל אברה מנגיסטו והישאם אל סיד.

4. להשלמת התמונה העובדתית יצוין כי מדינת ישראל ביצעה בעבר עסקאות עם ארגוני טרור לחילופי שבויים ונעדרים. חלק נכבד מהעסקאות כלל השבה של גופות של מחבלים המשתייכים לאותם הארגונים כחלק מ"רכיב התמורה" שאותו "שילמה" מדינת ישראל. בתצהיר גלוי שהגיש ראש מחלקת שבויים ונעדרים באגף המודיעין בצבא הגנה לישראל נמסר כי בשנים 1991, 1996, 1998, 2004, 2007 ו-2008 ביצעה מדינת ישראל עסקאות חילופי שבויים ונעדרים עם ארגוני אויב שבמסגרתן היא מסרה 405 גופות מחבלים, לצד עצירים ואסירים חיים. במסגרת עסקאות אלה השיבה מדינת ישראל לגבולותיה, בין היתר, את חללי צבא הגנה לישראל סמיר אסעד, יוסף פינק, רחמים אלשיך, איתמר איליה, בני אברהם, עומד סואעד, עדי אביטן, גביראל דוויט, אהוד גולדווסר ואלדד רגב זיכרוןם לברכה. נתונים אלו מתייחסים אך ורק לעסקאות שביצעה מדינת ישראל עם ארגוני טרור תת-מדינתיים, ולא לעסקאות שבוצעו עם מדינות אויב בתום מלחמות ומערכות ישראל.

טענות הצדדים וההליכים

5. הטענה המרכזית בעתירות היא שהחזקת גופות המחבלים בידי מדינת ישראל נעשית בהיעדר סמכות. העותרים טוענים כי אין בדין הישראלי או הבינלאומי הסדר כלשהו אשר מסמיך את המפקד הצבאי להחזיק גופות של מחבלים לצרכי משא-ומתן, בדרך של קבורה ארעית או בכל דרך אחרת. לצד טענה מרכזית זו, העותרים מוסיפים וטוענים כי החזקת גופות המחבלים לצרכי משא-ומתן היא פרקטיקה אשר פוגעת באופן בלתי מידתי בכבודם של המתים ובכבודם של בני משפחותיהם המבקשים להביאם לקבורה, ואשר מהווה ענישה קולקטיבית נגד בני משפחותיהם של המחבלים על לא עוול בכפם.

6. המדינה טוענת כי יש למפקד הצבאי סמכות להורות על קבורתם הארעית של מחבלים לצורך החזקתם לצרכי משא-ומתן. לשיטתה, תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על מקום קבורת גווייתו של אדם. מכך נגזרת גם סמכותו להורות על קבורתם הארעית של מחבלים שהיו מעורבים בפיגועי טרור באופן זמני לצורכי משא-ומתן. לפי עמדתה, מקור סמכות זה מהווה דבר חקיקה ראשי ומפורש במשפט הפנימי הישראלי שדי בו כדי לאפשר פעולה של המפקד הצבאי. לגישתה, מקור סמכות זה עולה בקנה אחד גם עם דיני המשפט הבינלאומי. המדינה מוסיפה כי החזקת גופות המחבלים נעשית לתכלית ראויה ובמידתיות, בשים לב לכך שפרקטיקה זו נועדה לסייע להשבת שבויים ונעדרים ישראליים.

7. מהלך הדיון בעתירות כלל מספר שלבים. בתמצית הדברים ייאמר כי התקיימו לפנינו מספר דיונים, בתחילה נשמעו העתירות בנפרד, במותבים שונים, ובהמשך הדיון בהן אוחד. בשלב מסוים הוצאו צווי ביניים ביחס לשתי גופות המחבלים שטרם נקברו, וכן הוצאו צווים על-תנאי בכלל העתירות. ניתנה למדינה אפשרות לשטוח את עמדתה במסגרת שני תצהירי תשובה נפרדים. לצד זאת, המדינה הגישה מספר הודעות מעדכנות והתייחסויות לשאלות שהופנו אליה מצדו של בית המשפט. לעת סיום ההליך השיפוטי, התלבנה יריעת המחלוקת והוגדרו השאלות הטעונות הכרעה, בהן אדון להלן.

דיון והכרעה

8. כמפורט לעיל, השאלה המרכזית הטעונה הכרעה בעתירה היא האם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות של מחבלים לשם החזקתן לצרכי משא-ומתן?

הערה מקדימה: על היחס בין החלטת הקבינט לבין סמכותו של המפקד הצבאי, ועל הדרישה למקור סמכות ספציפי לפעולת המפקד הצבאי

9. כאמור, בענייננו החלטת הקבינט המדיני-ביטחוני נקבעה כמדיניות כללית, בעוד שביצועה ויישומה הוטל על המפקד הצבאי לפי סמכות שנתונה לו, כנטען, בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה. מצב משפטי זה ראוי להתייחסות ולהבהרה מקדימה.

10. כידוע, ועדת שרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני) אחראית על גיבוש המדיניות של הממשלה בנושאים הקשורים לביטחון וליחסי החוץ של המדינה. הרכב חבריה כולל, בין היתר, את ראש הממשלה, שר הביטחון, שר המשפטים, שר החוץ, השר לביטחון הפנים ושר האוצר. הנורמות המשפטיות המרכזיות אשר מסדירות את פעילות הוועדה מצויות בסעיף 31(ה) לחוק-יסוד: הממשלה, בסעיף 6 לחוק הממשלה, התשס"א-2001 ובתקנון עבודת הממשלה. תחומי העיסוק של הוועדה נקבעים בהחלטת ממשלה ייעודית. נכון להיום, החלטה 41 של הממשלה ה-34 "ועדת שרים לענייני ביטחון לאומי ('הקבינט המדיני-ביטחוני')" (31.5.2015), קובעת כי הוועדה רשאית לעסוק במספר תחומים ובהם מדיניות הביטחון ויחסי החוץ של מדינת ישראל. תוקפה של החלטת הקבינט מחייב כמו של החלטת ממשלה, הוזה אומר: מדובר בהחלטות של הרשות המבצעת ולא בהוראות בעלות מעמד נורמטיבי כשל חוק היוצא תחת ידה של הרשות המחוקקת. עם זאת, יובהר כי החלטות שמתקבלות על-ידי הקבינט מצויות בלב הפרוגטיבה של הרשות המבצעת, ובהתאם

לכך מידת ההתערבות השיפוטית בהן היא על-פי-רוב מרוסנת ומצומצמת ביותר (ראו: בג"ץ 7893/09 אלמגור ארגון נפגעי הטרור (ע"ד) נ' ממשלת ישראל, פסקה 3 (1.10.2009); בג"ץ 6063/08 שחר נ' ממשלת ישראל, פסקה 4 (8.7.2008); בג"ץ 5856/08 פרהנגיאן נ' ממשלת ישראל, פסקה 5 (6.7.2008); בג"ץ 914/04 ארגון נפגעי הטרור הערבי הבינלאומי נ' ראש הממשלה, פסקה 2 (29.1.2004); בג"ץ 9290/99 מ.מ.ט. מטה מותקפי הטרור (ע"ד) נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(1) 8, 12 (2000)).

11. החלטות מדיניות שקובעת הממשלה באמצעות הקבינט המדיני-ביטחוני מנחות ומחייבות את זרועות הממשלה. אחת מזרועות אלה היא הממשל הצבאי ומפקדיו. לעיתים קרובות מיישם הדרג הצבאי ומפקדיו צווים בהתאם למדיניות שנקבעת על-ידי הדרג המדיני, תוך שהוא משמש במקרים אלו כזרועה הארוכה של הממשלה. בכך אין כל פסול, ובתנאי שפעולותיו של הדרג הצבאי ומפקדיו הן חוקיות כשלעצמן. ודוק: המפקד הצבאי, בהפעילו סמכויות שלטוניות, נדרש ליישם את מדיניות הדרג המדיני, ואולם בעשותו כן הוא נותר כפוף ומחויב לעקרונות המשפט המינהלי הישראלי. בכלל זה עליו לפעול בהתאם לכללי הסמכות המינהלית. כפי שנפסק בעבר: "המפקד הצבאי מוסמך ואף חייב לפעול באזור שמצוי תחת פיקודו באופן העולה בקנה אחד עם המדיניות שנקבעה על-ידי הממשלה ובלבד שבמסגרת שיקול דעתו הוא פועל בהתאם לסמכויות המוקנות לו על פי כל דין" (בג"ץ 9594/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, פסקה 15 (21.4.2010); וראו גם: בג"ץ 548/04 אמנה – תנועת ההתיישבות של גוש אמונים נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נח(3) 373, 379 (2004); בג"ץ 2717/96 וופא נ' שר הבטחון, פ"ד נ(2) 848, 855 (1996); בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 537-538 (1989)).

12. יובהר, כי במקרים רבים הממשלה מתווה את המדיניות לפעולות המינהל הציבורי, ואולם החלטתה אינה מחליפה את הצורך במקורות סמכות לדרגים המבצעים. הלכה למעשה, פעמים רבות הממשלה מחליטה על מדיניות כללית, שאמורה להתבצע בידי גורמים מינהליים לפי סמכויות ספציפיות המוקנות להם בדין. הממשלה קובעת מדיניות בנושא כלשהו, למשל: דיור, ביטחון, תמיכות, קצבאות, חינוך ועוד, ברם מובן כי לא כל גורם מינהלי הכפוף לממשלה יוכל לבצע פעולות למען יישומה, אלא רק גורמים שנתונות להם סמכויות לשם כך. בהתאם, נפסק למשל, שהממשלה רשאית להחליט כעניין שבמדיניות כי ברצונה לשחרר אסירים פלסטינים כחלק ממשא-ומתן עם גורמי אויב. ואולם נקבע, כי מדיניות זו אינה מחליפה את הצורך בפעולה על-ידי גורמים מינהליים לפי סמכויות הנתונות להם בדין. נקבע כי מדיניות הדרג המדיני

בעינה עומדת, ואולם "הסמכות להחליט באשר לשחרור האסירים קודם גמר ריצוי עונשם אינה מסורה לידי הממשלה", אלא היא נתונה לגורמים אחרים הנושאים בסמכויות ביצוע בהם נשיא המדינה והמפקדים הצבאיים. הובהר אפוא כי על מנת להורות על שחרור אסירים פלסטינים לא די בקביעת מדיניות בידי הממשלה, אלא נדרשת הפעלה של סמכות ספציפית הנתונה לדרג המבצע (בג"ץ 1539/05 משל"ט – מכון משפטי לחקר טרור וסיוע לנפגעים נ' ראש הממשלה, פסקה 3 (17.2.2005)).

13. הדרישה לקיומו של מקור סמכות ספציפי לפעולתו של המפקד הצבאי נגזרת משלטון החוק ומעקרון חוקיות המינהל. כל גורם מינהלי חייב לפעול בתוך דל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לו בחוק. עקרון זה הוא אבן הפינה של המשפט המינהלי. הוא מחייב את הגורמים המינהליים לפעול לפי חוק, ובכך הוא מגביל את כוחו של השלטון ומבטיח את חירויות הפרט. החובה המינהלית החלה על המפקד הצבאי לפעול בסמכות חלה ללא קשר לטיב ולתבונת החלטתו. גם פעולה מינהלית "טובה" או כזו שנעשית מתוך "צורך מינהלי" יכולה להימצא כבלתי חוקית אם אין לה מקור סמכות. בדומה, גם פעולה מינהלית שמוציאה אל הפועל מדיניות של הממשלה יכולה להימצא כבלתי חוקית אם אין לה מקור סמכות (ראו: רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון, פסקה 37 (5.11.2017); ע"א 7368/06 דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה, פסקה 33 (27.6.2011); בג"ץ 1640/95 אילנות הקריה (ישראל) בע"מ נ' ראש עיריית חולון, פ"ד מט(5) 582, 587 (1996); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 98-97 (2010); ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א 35 (1987); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 74-76 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר, הסמכות המינהלית)).

14. כאשר המעשה המינהלי פוגע בזכויות אדם, לא זו בלבד שהגורם המינהלי נדרש להצביע על מקור סמכות לפעולתו אלא גם שההוראה המסמיכה צריכה לעמוד בדרישות החוקתיות. בכלל זה עליה להיות מעוגנת בחקיקה ראשית, בהוראת חוק מיוחדת שנועדה להתיר את הפגיעה בזכות היסוד, ובנוסף עליה להיות ברורה, ספציפית ומפורשת. כך נפסק על-ידי בית משפט זה מימים-ימימה, ולימים עקרון זה אף עוגן בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המורה כי פגיעה בזכויות יסוד המוגנות לפי החוק תותר רק "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (ראו: בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (2010); דנג"צ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (19.10.2009); בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 762 (2004); בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 831 (6.9.1999) (להלן: עניין הוועד הציבורי); בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647, 653

(1995); בג"צ 3355/79 קטלן נ' שירותות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980); ע"פ 40/58 היועץ המשפטי נ' זיאד, פ"ד יב 1358 (1958)).

15. בענייננו, פעולותיו של המפקד הצבאי כרוכות בפגיעה בזכויות אדם. לא אחת נפסק כי מן הזכות לכבוד האדם נגזרות גם זכויות המת ובני משפחתו להביא את המת לקבורה מכובדת ונאותה, שתאפשר התייחדות וזיכרון. זכויות אלה הוכרו בפסיקה ללא קשר לשאלת זהותם של המתים, גם כאשר הם היו מחבלים וחיילי אויב. זאת, על רקע המוסכמה הכללית שלפיה זכויות אדם נתונות לכל בני האדם, כאשר הם, גם אם הם עונים להגדרת "אויב". אכן, מוסכמה היא לצורך ענייננו, שגם לנתעב שברוצחים יש זכות להיקבר, ולבני משפחתו יש זכות לקברו. מוסכמה זו אמנם עשויה לעורר תחושות קשות, בעיקר בקרב מי שנפגעו ממעשיו של המת, אך היא מתחייבת במשטר המכבד זכויות אדם, כפי שהוסבר פעמים רבות בפסיקה (ראו: רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני, פסקה 54 (18.7.2011); בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp., פסקאות 194-190 (29.10.2008); בג"ץ 3114/02 ח"כ ברכה נ' ראש-הממשלה, פ"ד נו(3) 11, 15 (2002) (להלן: עניין ברכה); בג"ץ 7583/98 בכרך נ' שר הפנים, פ"ד נד(5) 832, 842-841 (2000); בג"ץ 6195/98 גולדשטיין נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נג(5) 317, 330 (1999); בג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, 6 (1992) (להלן: עניין ברכאת); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 383-381 (2014)).

16. להשלמת התמונה יצוין כי המדינה לא חלקה על כך שפעולת המפקד הצבאי במקרה דנן מחויבת להתבסס על סמכות ספציפית המעוגנת בחקיקה ראשית ומפורשת. המדינה הסכימה לכך, והיא אף לא טענה כל טענה חילופית אחרת. בפרט, המדינה לא טענה כי פעולת המפקד הצבאי בענייננו יכולה להתבסס על סמכויות שירותיות או סמכויות עזר הנתונות לממשלה. בהקשר זה יוער, כי אמנם ניתן לחשוב על מצבים שבהם הממשלה תקבע מדיניות כללית, שחלק מהסמכויות הכרוכות בביצועה יהיו נתונות לה כסמכויות עזר. במצבים אלו, ייתכנו תרחישים שבהם יישום המדיניות יתבצע על-ידי גורם מינהלי, כזרוע ארוכה של הממשלה, גם בהיעדר מקור סמכות ספציפי בדין לפעולתו (ראו סעיף 3 לחוק יסוד: הממשלה; בג"ץ 11075/04 גרבי נ' שרת החינוך התרבות והספורט – יו"ר המועצה להשכלה גבוהה, פסקה 15 (5.12.2007); "הסמכות להתחייב בחוזה בשם המדינה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.2000 (15.5.2003); זמיר, הסמכות המינהלית, 423). יחד עם זאת, מדובר במצבים קונקרטיים ומוגדרים, בעוד שבמרבית המצבים – ובפרט במצבים שמעריכים פגיעה בזכויות אדם,

כמו בענייננו – לא ניתן להוציא אל הפועל מדיניות של הממשלה בהתבסס על סמכויות שיוריות הנתונות לה. כאמור, במקרה דנן המדינה אף לא העלתה טענה שכזו.

17. לסיכומה של הנקודה: החלטת הקבינט המדיני-ביטחוני נקבעה כמדיניות כללית, ואולם ביצועה ויישומה הוטל על המפקד הצבאי לפי סמכות שנתונה לו בדין. במצב משפטי זה עלינו לבחון האם אכן קיימת בדין הוראה אשר מסמיכה את המפקד הצבאי ליישם ולבצע את מדיניות הקבינט. בנוסף, ככל שקיימת הוראת דין מסמיכה, הרי שמכיוון שהפעולות שאותן מבקש המפקד הצבאי לבצע פוגעות בזכויות אדם, עלינו להוסיף ולבחון האם היא מעוגנת בחקיקה ראשית, ספציפית ומפורשת.

האם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מהווה מקור חקיקה ראשי, ספציפי ומפורש, אשר מסמין את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא-ומתן?

18. תקנה 133(3) לתקנות ההגנה קובעת כדלהלן:

133. (1) (בוטלה). חקירות מקרי
מוות וכו'

(2) למרות כל דבר הכלול בכל חוק – מקום שמת חבר לחילות הממשלה בישראל בכל דרך או בכל נסיבות שהן, יהיה מותר לרופא צבאי להוציא תעודת אישור-מיתה בדבר אותו אדם, ואותה תעודת-אישור – לאחר שתיחתם חתימת-אישור משם הקצין המפקד – תשמש הרשאה מלאה ומספקת כדי לקבור את גוויתו של אותו אדם.

(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 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.

19. כדי להשיב על השאלה האם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מסמיכה את המפקד הצבאי לקבל החלטה בעניין קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא-ומתן נדרשת מלאכת פרשנות. נקודת המוצא למלאכת הפרשנות היא אמנם לשון התקנה, אך כידוע אין מדובר בנקודת הסיום, כאשר מבין האפשרויות הלשוניות הקיימות, על

הפרשן לבחור בזו המגשימה באופן המיטבי את תכלית החוק. תכלית החקיקה היא המטרות, הערכים, המדיניות, הפונקציות החברתיות והאינטרסים, אשר דבר חקיקה נועד להגשימם. תכלית החקיקה היא מושג נורמטיבי, אשר מורכב מתכליתו הסובייקטיבית ומתכליתו האובייקטיבית של דבר החקיקה. התכלית הסובייקטיבית היא המטרה הספציפית שביקש המחוקק להגשים באמצעות החוק ("כוונת המחוקק"). התכלית האובייקטיבית היא התכלית שדבר החקיקה נועד להגשים בשיטת המשפט שלנו כשיטה הנוהגת בחברה דמוקרטית. שתי התכליות יכולות להילמד גם יחד מלשונו של החוק, מההיסטוריה החקיקתית שלו ואף ממקורות חיצוניים אחרים (בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 30 (8.10.2017); בג"ץ 962/07 לידן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 33-34 (1.4.2007); בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 764 (1993); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה (1992); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003) (להלן: ברק – פרשנות תכליתית)).

20. בחינת הלשון של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מובילה למסקנה כי לא ניתן לראות בה משום מקור סמכות "מפורש" לפעולת המפקד הצבאי. לשון התקנה מדברת על מצב שבו קיימת בידי גורמי הביטחון גווייה. במצב זה התקנה מסמיכה את המפקד הצבאי להנפיק צו קבורה ולצוות מי יקבור את הגווייה, באיזה מקום ובאיזו שעה היא תיקבר. אמנם, התקנה מעניקה למפקד הצבאי סמכות לתת הוראות כאמור ביחס לגווייתו של "כל אדם". ואולם, התקנה אינה מפרטת מה הן הנסיבות שאליהן מכוונת הסמכות. לא מפורש בה האם סמכותו של המפקד הצבאי לקבל החלטות על קבורתם של מתים חלה רק ב"שעת חירום", או שמא הכוונה היא שהסמכות קיימת גם בהקשרים אחרים. לא נהיר ממנה האם סמכותו של המפקד הצבאי לקבל החלטות בעניין קבורה קיימת רק כאשר אין אפשרות להביא את המת לקבורה בדרך המקובלת והרגילה, או שמא גם בסיטואציות אחרות. זאת ועוד, וכאן העיקר לענייננו: לשון התקנה אינה מתייחסת לשאלה האם הסמכות הנתונה למפקד הצבאי להורות על קבורה חלה גם על קבורה ארעית לצרכי משא-ומתן, שאינה מהווה כלל ועיקר קבורה במובנה המקובל, אלא החזקה של הגופה, החזקה שבקבורה, כשלא יכול להיות ספק שנסיבותיה ותכליתה שונות מאלה של פעולה קלאסית ורגילה של קבורה. בהקשר זה, לשון התקנה עמומה ולא ניתן לראות בה משום מקור סמכות מפורש.

21. בחינת התכלית של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מובילה למסקנה כי התקנה לא נועדה מעולם להסמיך את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא-ומתן. כפי שיפורט בהרחבה, התחקות אחר ההיסטוריה

החקיקתית של התקנה, בדיקת הגיונה הפנימי והחיצוני, יישום חזקות התכלית הפרשניות, ובחינת הדין הישראלי והדין הבינלאומי העוסקים בסוגיות קרובות של החזקת גופות, מגבשים יחדיו תמונה חדה וברורה: המחוקק המנדטורי, ולאחריו המחוקק הישראלי, מעולם לא נתנו את דעתם לסיטואציה הקשורה להחזקה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא-ומתן. הם לא שיערו בדעתם כי המפקד הצבאי יעשה שימוש בסמכות שהוקנתה לו לגבי מצב דברים כזה. ממילא, לא נכללים בתקנה 133(3) האיזונים הנדרשים בין האינטרסים והזכויות הסותרים בנדון. התקנה אף נעדרת התייחסות לנתונים הכרחיים הקשורים להפעלת הסמכות במצב הייחודי של קבורה ארעית של גופות לצורכי משא-ומתן, ובהם: נסיבות שתצדקנה קבורה ארעית של גופה; פרק הזמן שבו ניתן יהיה להחזיק גופה בקבורה ארעית; הסמכות והעיתוי לעניין "פתיחת הקבר" לאחר כריתת עסקה; חובות תיעוד ורישום בעניין הגופה והקבורה; חובות העברת מידע אודות הגופה; ועוד. התקנה שותקת שתיקה רועמת לגבי כל הנתונים הנ"ל, ולא ניתן ללמוד ממנה על כל כוונה של המחוקק להעניק למפקד הצבאי סמכות וכוח לעסוק בהם או לקבל החלטות לגביהם.

22. בחינת ההיסטוריה החקיקתית של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מלמדת כי תקנה זו מהווה למעשה גלגול מאוחר של תקנה 19 ג לתקנות לשעת חירום, 1936 (להלן: תקנות שעת חירום 1936). התחקות כרונולוגית אחר התפתחות נוסחה של התקנה מעלה כי התקנה ידעה מספר תמורות ושינויים. בנוסחה ההיסטורית, כפי הופעתה בתקנות שעת חירום משנת 1936, דיברה התקנה על סמכות קבורה בנסיבות מאוד ספציפיות. דובר היה בנסיבות שבהן אדם נתלה באחד משני בתי-הסוהר המרכזיים בערים עכו או ירושלים. ביחס לנסיבות אלה, קבעה התקנה, כפי שפורסם בעיתון הרשמי בשפה העברית כי "למרות כל דבר האמור בכל פקודה או חוק, רשאי מושל המחוז לצוות כי גופתו של כל אדם שנתלה בבית הסוהר המרכזי בעכו או בבית הסוהר המרכזי בירושלים תקבר בבית הקברות של העדה שאליה שייך אותו האדם...", ובנוסחה בשפה האנגלית, כפי שפורסם בעיתון הרשמי בשפה האנגלית, קבעה התקנה בדומה כי: "Notwithstanding anything contained in any Ordinance or law it shall be lawful for the District Commissioner to order that the body of any person who has been executed at the Central Prison, Acre, or the Central Prison, Jerusalem, shall be buried in such cemetery of the community to which such person belongs...". כותרת התקנה דאז הייתה "תעודות מות, חקירות בסיבות-מות וקבורות".

לימים, בשנת 1945, הועתקה תקנה 19 ג מתקנות שעת חירום 1936 לתקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות שעת חירום 1945). לשונה

של התקנה נותרה כפי שהייתה בשינויים מינוריים, ואולם מיקומה הועבר לחלק העוסק ב"הוראות שונות". בנוסף, כותרת התקנה קוצרה והוגדרה מחדש כ"חקירות מקרי מות וכו'". כמה שנים מאוחר יותר, בחודש ינואר 1948, תוקנה התקנה בפעם אחרונה ואז נתקבע נוסחה הנוכחי (להלן: תקנות ההגנה שעת חירום 1948). במסגרת זו הודיע הנציב העליון על החלטתו לשנות את התקנה כך שהגורם המינהלי בעל הסמכות יחלף ממושל המחוז למפקד הצבאי, והיקף סמכותו יורחב כך שהוא יוכל לצוות, בין היתר, על קבורת גווייתו של כל אדם – כלומר לא רק "אדם שנתלה בבית הסוהר"; ובכל מקום – כלומר לא רק "בבית הקברות של העדה". הנוסח החדש והעדכני של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה בעברית הוא זה שצוטט לעיל. התקנה המעודכנת פורסמה באופן רשמי על-ידי הנציב העליון גם בשפה האנגלית, כדלהלן: "Notwithstanding anything contained in any law it shall be lawful for the Military Commander to order that the dead body of any person shall be buried in such place as the Military Commander may direct. The Military Commander may by such order direct by whom and at what hour the said body shall be buried. The said order shall be full and sufficient authority for the burial of the said body, and any person who contravenes or obstructs such order shall be guilty of an offence against these Regulations".

(לפרסומים הרשמיים של נוסח התקנה, בשפה העברית ובשפה האנגלית, החל מהופעתה בתקנות שעת חירום, 1936, עובר להופעתה בתקנות ההגנה משנת 1945, וכלה בהופעתה בתקנות שעת חירום 1948 ראו: תוספת מספר 2 לעיתון הרשמי המיוחד בגיליונות מספר 584, 753 ו-825 (מימים 19.4.1936, 27.1.1938 ו-13.10.1938, בהתאמה) (דבר המלך על פלשתינה (א"י) (הגנה), 1931, 1937) (תקנות מאת הנציב העליון עפ"י סעיפים IV, 6 ו-10); תוספת מספר 2 לעיתון הרשמי המיוחד בגיליון מס' 1442 (מיום 27.9.1945) (תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945); תוספת מספר 2 לעיתון הרשמי המיוחד בגיליון מספר 1643 (מיום 22.1.1948) (דבר המלך על פלשתינה (א"י) (הגנה), 1937) (תקנות שהתקין הנציב העליון לפי סעיף 6) (תקנות ההגנה (שעת חירום), 1948; 19th; 584, 753, 825 (SUPPLEMENT N.2 TO THE PALESTINE GAZETTE N. APRIL 1936, 27th JANUARY, 1938, 13th OCTOBER 1938) (PALESTINE (DEFENSE) ORDER IN COUNCIL, 1931, 1937); SUPPLEMENT N.2 TO THE PALESTINE GAZETTE N. 1442 (27th SEPTEMBER, 1945) (THE DEFENSE (EMERGENCY) REGULATIONS, 1945); PALESTINE (DEFENSE) ORDER IN COUNCIL, 1937, REGULATIONS MADE BY THE HIGH COMMISSIONER UNDER ARTICLE 6. יוער כי העובדה שנוסח התקנה פורסם עוד למן תחילת הדרך במסגרת פרסומים מנדטוריים רשמיים גם בשפה העברית, מקלה על מלאכת הפרשנות, שכן היא מייתרת את הצורך בהתחקות אחר הליכי התרגום, והשוו:

ע"פ 1075/98 מדינת ישראל נ' אופנהיים, פ"ד נד(1) 303, 326 (2000); ע"פ 2013/92 מדינת ישראל נ' חוזה, פ"ד מח(2) 818, 825-826 (1994); ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, פ"ד טו 2193, 2206 (1961)).

בחינת ההיסטוריה החקיקתית של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מעידה כי בגדר הליכי חקיקתה לא נשקלה – ולו פעם אחת – האפשרות כי המפקד הצבאי יוכל להורות על קבורה ארעית של גופה לצרכי-משא ומתן. לעומת זאת, הנתונים הקיימים לפנינו מתיישבים יותר עם המסקנה כי התכלית ההיסטורית של התקנה הייתה לטפל בקבורות בעיקר במצבים שבהם נוצר קושי אובייקטיבי להשיב את גופת המת לקרוביו. ודוק, בתחילת דרכה התקנה הסמיכה את מפקד המחוז להורות על קבורת גופותיהם של אסירי המשטר המנדטורי אשר הוצאו להורג בבתי הסוהר המרכזיים בירושלים ובעכו. מטבע הדברים, שההוצאות להורג בבתי הסוהר הצריכו להסדיר את הטיפול בגופות. ואכן, השלטון המנדטורי פעל לפי כללים ברורים בהקשר זה: הכלל היה כי יש למסור את גופתו של מי שהוצא להורג לקרוביו לשם קבורה בדרך הרגילה לפי מנהגי המת. ואולם, לעיתים נוצר קושי אובייקטיבי להעביר את גופתו של המת לקרוביו. כך למשל, כאשר הקרובים לא דרשו את הגופה, בין אם משום שלא ידעו על מר גורלו (לדוגמה כי היה עולה בלתי לגאלי), ובין אם מפאת חששם לפנות לשלטונות המנדטוריים. במקרים אלו, המחוקק המנדטורי ביקש להבטיח כי המת יובא לקבורה שהסדריה נאותים ומכבדים, ודומים, ככל האפשר, לנוהגיו ומנהגיו (תקנה 19ג לתקנות שעת חירום 1936, הורתה לקבור את המנוח "בבית הקברות של העדה"). לשם כך הוקנו לגורמי המינהל המנדטורי סמכויות שונות. כך, תקנה 302 לתקנות בתי הסוהר, 1925, קבעה כי נציב בתי הסוהר יהא רשאי להורות על אופן הטיפול בגופה. בדומה, תקנה 19ג לתקנות שעת חירום 1936, שהועתקה בהמשך לתקנות שעת חירום 1945 ו-1948, הסמיכה את מושל המחוז להורות על קבורת הגופה. כך מתוארים הדברים על-ידי ד"ר יהושע כספי, במאמרו המקיף "בתי הסוהר בארץ ישראל בתקופת המנדט הבריטי" קתדרה – כתב עת לתולדות ארץ ישראל ויישובה ביד בן צבי, 32, 171-172 (1984):

"התליה בוצעה בדרך-כלל בחשאי, בשעות הלילה או בשעות הבוקר המוקדמות, כאשר יתר האסירים ישנו, לכל המאוחר עד 0800 בבוקר (תקנה 298). לאחר ביצוע התליה בדק הרופא, אם יצאה כבר נשמתו של הנידון. הגופה נשארה תלויה שעה אחת ואחר-כך נמסרה לקרובים לקבורה. אם לא רצו הקרובים בגופה, נקברה על-ידי השלטונות (תקנה 302) (ההדגשה הוספה – י.ד.)."

כאמור, ההקשר ההיסטורי של התקנה הולם יותר את המסקנה כי היא נועדה לטפל בעיקר במצבים חריגים שבהם לא ניתן היה להעביר את גופת המת לקרוביו. מסקנה זו נחזית להיות הגיונית גם ביחס לגלגוליה המאוחרים של התקנה. אמנם נוסח התקנה ידע שינויים במרוצת השנים; אך סביר להניח שהמחוקק המנדטורי לא ביקש לשנות את הכלל שלפיו, אם אפשר, יש למסור את גופת המנוח לידי קרוביו. הדברים יפים גם ביחס לנוסח התקנה משנת 1948. אמנם בתקופה זו נוסח התקנה השתנה ובעל הסמכות הוחלף, ואולם הדעת נותנת כי גם אז התקנה כיוונה בעיקר למצבים שבהם הייתה קיימת בידי כוחות הביטחון גופה, ומסיבות כאלה ואחרות, לא ניתן היה למסרה לקרובי המת. זאת, בין אם משום שלא ניתן היה לזהות את המת, בין אם מכיוון שלא היה דורש לגופה, ובין אם משום שהגופה הוחזקה בידי כוחות הביטחון במהלך עימותים. במצבים אלו, בהם לא היה ברור היכן ובאיזה אופן יש לקבור את הגופה, ניתנה למפקד הצבאי סמכות לקבל החלטות, מתוך הבנה כי הוא הגורם האחראי "בשטח" שיוכל להבטיח קבורה נאותה ומכבדת. קשה להלום מסקנה הפוכה, שלפיה תכלית הסמכות הייתה לתת למפקד הצבאי כוח "כללי" להורות על קבורת מתים בשלל נסיבות מגוונות, גם כאשר ניתן להעביר את גופת המתים לבני משפחותיהם. מכל מקום, וכאן הדגש, אף אם נניח כי תכליתה ההיסטורית של התקנה הייתה להקנות למפקד הצבאי כוח "כללי" בעניין קבורות, קשה לאמץ מסקנה כי הכוונה בכך הייתה לאפשר לו לתת הוראות גם בסיטואציה של קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא-ומתן.

23. מיקומה והקשרה של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה במארג החקיקה, תומך אף הוא במסקנה כי הסמכות לא נועדה להסמיך את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות של מחבלים לשם החזקתן לצרכי משא-ומתן. תקנה 133(3) מופיעה תחת חלק י"ד לתקנות ההגנה העוסק ב"הוראות שונות", כתקנה אחת מבין כמה תקנות משנה. סמכויות הקבורה המוקנות בה אינן מהוות הסדר משפטי ייחודי, ספציפי ושלם המוקדש להחזקת גופות אויב לצרכי משא-ומתן. ניתן היה לצפות כי שיטת משפט שחפצה לאמץ פרקטיקה של החזקת גופות מחבלים, מטעמים אלו ואחרים, תעשה כן באמצעות הסדר חקיקה ייחודי וקונקרטי, המוקדש כולו להסדרת הנושא. ברם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מקנה למפקד הצבאי – לכל היותר – סמכויות "כלליות" רחבות שמהן ניתן לגזור פעולה; ואף המדינה אינה חולקת על כך שהיא אינה מהווה הסדר משפטי ייעודי, המוקדש להסדרת הנושא של קבורה ארעית של גופות מחבלים. העובדה כי תקנה 133(3) מהווה לכל היותר הסדר "כללי" הקיים תחת "הוראות שונות", שומטת את הקרקע תחת טענת המדינה כי יש לראות בה משום הסדר חקיקה "מפורש". במאמר מוסגר יוער – ולכך עוד נשוב בהמשך – כי למעשה לא קיימות מדינות רבות בעולם

שכללו בקודקס החוקים שלהן הסדר חקיקה ייעודי שמטרתו לאפשר החזקה של גופות מחבלים; וגם המדינות שהחליטו לקבוע בקודקס החקיקה שלהן הסדר כזה, עשו זאת בהסדר חוק ייעודי וספציפי, השונה באופן קיצוני מזה הקיים בתקנות ההגנה.

24. יישום חזקות התכלית הפרשניות המקובלות בשיטת המשפט הישראלית מחזק אף הוא את המסקנה כי לא ניתן לפרש את תקנה 133(3) לתקנות ההגנה באופן שמקנה למפקד הצבאי סמכות רחבה להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא-ומתן. בשים לב לכך שהוראות ההסדר פוגעות בזכויות אדם, חל הכלל הפרשני שלפיו יש לפרש את הוראת הדין באופן מצמצם ודווקני. בנוסף מתקיימת חזקת התכלית שלפיה מטרתה של הוראת דין היא לפגוע באופן הפחות ביותר בזכויות אדם. בענייננו, כאמור לשון התקנה אינה קובעת סמכות מפורשת להורות על קבורה ארעית של מחבלים לצורכי משא-ומתן. בנסיבות אלה כללי הפרשנות הרגילים שעניינם בהגנה על זכויות אדם מתקיימים (לכללים ולחזקות הפרשניות שעניינם בשמירה על זכויות אדם, ראו: ברק – פרשנות תכליתית, 224; בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקה 46 (13.9.2017); רע"א 3899/04 מדינת ישראל נ' אבן זוהר, פ"ד סא(1) 301, 317 (2006); ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 561 (1991)). חזקה פרשנית נוספת שעשויה לחול בענייננו עוסקת בהתאמה של הדין הפנימי לדין הבינלאומי (ראו ברק, שם). כפי שאפרט, המקרה הנדון מעורר שאלות כבדות משקל באשר ליחס בין הדין הישראלי הפנימי לבין הדין הבינלאומי ההומניטארי העוסק בעימות מזוין ומשפט זכויות האדם הבינלאומי.

25. עיון בהלכות קודמות שנקבעו על-ידי בית משפט זה בהקשרים דומים מחזק אף הוא את המסקנה כי לא ניתן לפרש את תקנה 133(3) לתקנות ההגנה באופן המתבקש על-ידי המדינה. תחילה יצוין, כי לא קיימת פסיקה קודמת שעסקה במישרין בסמכותו של המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים מכוח התקנה. אמנם נפסק בעבר כי התקנה עשויה להוות מקור סמכות להחלטתו להורות על קיום הלוויה בשעה מסוימת (עניין ברכאת); ובית המשפט אף אישר החלטה שלא להשיב לארגון חמאס גופת מחבל עד שיימסר מידע לגבי מקום קבורתו של חלל צה"ל (בג"ץ 6807/94 עבאס נ' מדינת ישראל (2.2.1995)). ואולם, פסקי הדין הנ"ל לא עסקו בשאלת סמכותו של המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות לצרכי משא-ומתן. עוד יצוין, כי המדינה הציגה בעבר את עמדתה באשר לתקנה 133(3) לתקנות ההגנה, ואולם בית המשפט לא נדרש להביע דעה לגביה, משום שהעיתירות התייתרו (ראו: בג"ץ 4118/07 חנבלי נ' מדינת ישראל (30.8.2015); בג"ץ 9025/01 אללה נ')

מפקד כוחות צה"ל ביר"ש (11.5.2014); בג"ץ 8086/05 מצרי נ' מפקד כוחות צה"ל ביר"ש (11.5.2014); בג"ץ 8027/05 אבו סלים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (15.7.2012). על כל פנים, אף שלא קיימת פסיקה שעסקה במישרין בשאלת סמכותו של המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים מכוח תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, ניתן למצוא בפסיקה דיונים חשובים שנערכו בהקשרים דומים.

עיון בפסיקה הישראלית מלמד כי רוב העתירות הדומות לעתירה דנא עסקו בסיטואציות של החזקת גופות מחבלים לצורך שמירה על הסדר הציבורי. עמדת המדינה שהוצגה ביחס למצבים אלו לא התבססה על החלטת הקבינט ואף לא על תקנה 133(3) לתקנות ההגנה. המדינה טענה כי השבת גופות המחבלים לבני משפחותיהם עשויה לגרור הפרות סדר ועריכת הלוויות המוניות, אשר תגררנה גילויי האדרה והזדהות עם מעשי המחבלים ותהפוכנה למוקד הסתה (לדוגמאות מהעת האחרונה ראו: בג"ץ 5887/17 ג'בארין נ' משטרת ישראל (25.7.2017) (להלן: פרשת ג'בארין); בג"ץ 9108/16 שלודי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (29.1.2017); בג"ץ 9495/16 חגוג נ' מפקד כוחות צה"ל באיר"ש (7.12.2016); בג"ץ 2204/16 עליאן נ' משטרת ישראל (5.5.2016); בג"ץ 2882/16 עוויסאת נ' משטרת ישראל (5.5.2016); בג"ץ 7947/15 פלוני נ' צבא הגנה לישראל (16.12.2015)). המצבים שבהם החזקת גופות המחבלים נעשית לצורכי שמירה על הסדר הציבורי מעוררים שאלות מובחנות מענייננו, מה גם שכאמור הדיון בהם נסוב לרוב סביב מקורות סמכות אחרים. על כל פנים, וזהו העיקר, גם ביחס למצבים אלו הודגש בפסיקה, כי החזקת גופות המחבלים לא יכולה להתבצע בהיעדר מקור סמכות ספציפי, המעוגן בחקיקה ראשית ומפורשת.

חשובה בייחוד בהקשר זה הפסיקה שניתנה לאחרונה בפרשת ג'בארין. באותו המקרה נקבע כי משטרת ישראל אינה מוסמכת להחזיק בגופות מחבלים כתנאי להסכמת בני משפחותיהם לתנאים שבהם ייערכו הלוויות. הובהר, כי לצורך החזקת הגופות, משטרת ישראל מחויבת להצביע על מקור סמכות ייעודי וספציפי המעוגן בחקיקה ראשית ומפורשת. עמדת המשטרה בהליכים הייתה כי סעיפים 3 ו-4 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 מהווים מקור חקיקה מפורש כאמור. המשטרה הסבירה כי סעיף 3 לפקודה מעניק לה סמכות רחבה לעסוק "בקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש", וסעיף 4 לפקודה מסמיך כל שוטר "לעשות כל פעולה הדרושה באופן חיוני" לצורך מניעת פגיעה חמורה בביטחון הנפש והרכוש. לשיטתה, די היה בסמכויות כלליות ורחבות אלה כדי לאפשר לה להחזיק בגופות מחבלים. כאמור, עמדה זו נדחתה על-ידי בית המשפט, מאותו הנימוק שפורט לעיל לגבי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה. נפסק כי "עמדה זו של המשטרה אינה מתיישבת עם הדרישה להסמכה

'מפורשת' בכל הנוגע לפעולה הפוגעת בזכויות יסוד", כיוון שהסעיפים הקיימים בפקודת המשטרה הם כלליים ולא נועדו להקנות למשטרה סמכויות ספציפיות בעניין החזקת גופות (שס, פסקה 9). אשר על כן נקבע, כי המשטרה תשיב את גופות המחבלים לבני משפחותיהם. כאמור, חרף השוני בין הנסיבות שבהן עסקה פרשת ג'בארין לבין הנסיבות שבהן עוסק המקרה שלפנינו, ההנמקה לגבי דרישת הסמכות היא זהה.

פסיקה דומה בעניין הדרישה למקור סמכות, שניתן להקיש אף ממנה לענייננו, ניתנה בדנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000) (להלן: פרשת קלפי המיקוח). באותה הפרשה נדונה השאלה אם סעיף 2(א) לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, מהווה מקור סמכות להחזקת עצירים חיים כקלפי מיקוח. בית משפט זה פסק ברוב דעות – מפי השופטים א' ברק, ש' לוי, ת' אור, א' מצא, י' זמיר ו-ד' זורנר, ובניגוד לדעתם החולקת של השופטים מ' חשין, י' קדמי ו-י' טירקל – כי התשובה לשאלה היא שלילית. הוסבר כי אמנם לשון חוק המעצרים מעניקה לשר הביטחון סמכות כללית ורחבה לעצור אדם "מטעמי בטחון המדינה או ביטחון הציבור", באופן שעשוי להכיל גם פרשנות לפיה ברשותו לעצור עצירים כקלפי מיקוח. ואולם נקבע, כי אפשרות כזו "לא עלתה לדיון כלל, ולא נבחנה, הלכה למעשה, על-ידי העוסקים במלאכת החקיקה" (שס, 739). בנסיבות אלה נפסק כי לא ניתן להרחיב את גבולות הסמכות, ולפרש את הוראות חוק המעצרים כאילו הן נועדו להקנות סמכויות מעצר גם בסיטואציות כאלה. יצוין כי פסק הדין בפרשת קלפי המיקוח ניתן אף הוא כאשר ברקע ריחפה אפשרות להשגת עסקאות לחילופי שבויים ונעדרים. אף שכך, וחרף הקושי האנושי המובן, נפסק כי בהיעדר מקור סמכות ייעודי בחקיקה ראשית ומפורשת, לא ניתן להחזיק עצירים חיים כקלפי מיקוח. היטיב לסכם זאת בפסק דינו המשנה לנשיא ש' לוי: "יהיה זה תמים ואף מסוכן למנוע מן המדינה מכשיר ראוי כדי לשחרר את לוחמיה. דא עקא: החוק לא העמיד לרשותה מכשיר כזה; כדי להעמידו לרשותה היא נזקקת, לטעמי, למקור אחר המבסס את סמכותה או לחקיקה ראשית בעניין שהוא לכאורה בעל משמעות של הסדר ראשוני" (שס, 753).

אמת נכון הדבר, כי ההיקש מההלכה שנקבעה בפרשת קלפי המיקוח לענייננו אינו מהלך קל. אין לכחד כי החזקתם של עצירים חיים – החלטה אשר פוגעת בזכות לחירות במובן הגרעיני הצר – נושאת משקל שונה מהחלטה בעניין החזקה של גופות. עוד ראוי לזכור כי פסק הדין בפרשת קלפי המיקוח כלל גם דעת מיעוט שלא ניתן להתעלם ממנה, ולפיה אין מניעה לגזור מהסמכות הכללית בחוק המעצרים גם סמכות ספציפית להחזקת עצירים חיים, בנסיבות שבהן הצד השני לסכסוך מחזיק אף הוא בשבויים ונעדרים. בנוסף, ניצבות לנגד עינינו ביקורות שונות שנכתבו בספרות

המקצועית על פסק הדין ואף דיונים אקדמיים בנושא (ראו והשוו: עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים 287-259 (2004); איתן ברק "בחסות החשיכה: עשר שנות משחק בבני-אדם כב'קלפי מיקוח' ובית המשפט העליון" פלילים ח 77 (1999)). עם זאת, וזהו העיקר לדידי, לא ניתן לחלוק על כך שההלכה שנקבעה ברוב דעות בדיון הנוסף בפרשת קלפי המיקוח, תומכת אף היא באופן מובהק במסקנה כי פעולות מהסוג האמור – כפי שהמדינה מבקשת לבצע גם במקרה שלפנינו באמצעות המפקד הצבאי – מוכרחות להתבסס על סמכות בחקיקה ראשית ומפורשת, שמיועדת להסדרת הסיטואציה העדינה והמורכבת של החזקת עצירים חיים, כגופות מחבלים, לצרכי משא-ומתן.

26. עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, מ' מזוז, משנת 2004, מחזקת אף היא את המסקנה שקשה להלום פרשנות שלפיה תקנה 133(3) נועדה להקנות למפקד הצבאי סמכויות גורפות, כמעט בלתי מסויגות, להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצורכי משא-ומתן. כזכור, המדינה טענה כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה שאין להחזיק גופות מחבלים בהתבסס על צורך ערטילאי של שמירת "קלפי מיקוח" לצורכי משא-ומתן עתידי; ואולם אין לשלול אפשרות כזו ככל שיש טעמים מיוחדים להחזקת הגופות. עיון בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה מעלה כי הלה כלל לא נדרש לשאלת סמכותו של המפקד הצבאי מכוח תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, ולא קבע כל קביעה בהקשר זה. לעומת זאת, היועץ המשפטי לממשלה כן ציין כי "לא ניתן להגן על מדיניות כוללת" שלפיה לא תושבנה גופות מחבלים לבני משפחותיהם (פסקה 1 להחלטה); כי "לא ניתן להצדיק צעד של מניעת החזרת גופות בצורך ערטילאי לשמור קלפי מיקוח למשא-ומתן עתידי לגבי שבויים ונעדרים" (פסקה 7), וכי: "מדיניות שלפיה ניתן להחזיק בגופות מחבלים במקרים מסוימים ולא מעטים, אינה עולה בקנה אחד עם החובה לאזן בין כבוד המת ומשפחתו לבין שיקולי בטחון ושמירה על הסדר ושלוש הציבור באזור" (פסקה 8). אכן, עמדתו של היועץ המשפטי לא שללה מכל וכל צעד של החזקת גופות לצורכי משא-ומתן במצבים מיוחדים, כגון עסקה קונקרטית של חילופי גופות. ואולם כאמור, קביעה זו ניתנה מתוך נקודת הנחה ברורה כי קיימת סמכות בחוק להחזיק בגופות, וממילא יש לקראה לאור יתר הקביעות המופיעות בהחלטתו – שנדמה שהן העיקר – אשר מבקשות לסייג סמכות כאמור ולגדר אותה לנסיבות קונקרטיות ומסוימות.

27. סיכום ביניים: המסקנה הנובעת ממלאכת הפרשנות שבוצעה עד כה היא שתקנה 133(3) לתקנות ההגנה אינה מהווה מקור חקיקה ראשי, ספציפי ומפורש, אשר מסמיך את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות של מחבלים לצרכי משא-ומתן. מסקנה זו נלמדת בראש ובראשונה מלשון התקנה, שכפי שהוסבר היא לכל

היותר "כללית" ו"רחבה" באופן שאינו מתיישב עם הדרישה לחקיקה מפורשת. היא נובעת גם מתכלית התקנה, הנלמדת מהקשרה ההיסטורי, הגיונה הפנימי והחיצוני, והצבתה לצד הלכות שנקבעו בהקשרים דומים. כפי שהוסבר, המחוקק המנדטורי, ולאחריו המחוקק הישראלי, מעולם לא נתנו דעתם לסיטואציה הקשורה להחזקה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא-ומתן, ולא ביקשו לייצר הסדר ייחודי בדין לשם הקניית סמכויות בנדון. בחלקו הבא של פסק הדין, אוסיף ואסביר כי מסקנה פרשנית זו אך מתחזקת לדעתי לאור בחינת הוראות הדין הבינלאומי והמשפט המשווה העוסקות בסיטואציות של טיפול בגופות במהלך סכסוך או עימות מזוין.

דין בינלאומי ומשפט משווה

28. בענייננו קו הטיעון העקבי של המדינה התבסס על ההנחה שיש למפקד הצבאי מקור סמכות בדין הישראלי הפנימי. המדינה הבהירה כי היא אינה מבססת את עמדתה על הדין הבינלאומי. זאת, אף שהדגישה כי לדידה לא קיים בדין הבינלאומי איסור על החזקת הגופות. בחלקו הקודם של פסק הדין בחנתי את הוראות הדין הישראלי הפנימי, והגעתי למסקנה כי בחינה זו כשלעצמה מראה כי לא קיים בו מקור סמכות להחזקת גופות לצרכי משא ומתן ומיקוח. לצד זאת, סברתי כי יש מקום להוסיף ולהתייחס גם לסוגיות הקשורות לדין הבינלאומי, וזאת משלושה טעמים: ראשית, אף שהמדינה ביקשה לבסס את פעולתה על הדין הישראלי הפנימי בלבד, לא מן הנמנע כי למצער ביחס לחלק מהגופות קיימת תחולה של הוראות דין בינלאומי. בהקשר זה, אסתפק בלציין כי חלק מהמחבלים שגופותיהם מוחזקות בידי מדינת ישראל הם תושבי האזור אשר "משויכים" או "מזוהים" עם ארגון חמאס באופן שלכאורה מעורר שאלות ביחס לתחולת הדין הבינלאומי לגביהם. שנית, הדיון בדין הבינלאומי עשוי להוות חלק ממלאכת הפרשנות של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, שכן חזקת התכלית הפרשנית היא כי המחוקק התכוון להקנות למפקד הצבאי סמכויות אשר תואמות את הוראות הדין הבינלאומי. שלישית, הדיון בדין הבינלאומי נדרש גם מכיוון שהוא עשוי לתרום לעשיית סדר משפטי בעתיד ביחס לסיטואציות דומות של החזקת גופות. יודגש כי מטרת הדיון איננה לקבוע קביעות פוזיטיביות ביחס לתחולת הדין הבינלאומי בכל אחת מהסיטואציות האפשריות של החזקת גופות, אלא רק לפרוש תמונה כללית בנדון.

29. המצב העובדתי הוא שמדינת ישראל מבקשת להחזיק גופות מחבלים שביצעו מעשי טרור נגד אזרחיה. מערך הדינים שעשוי לחול בסיטואציה זו הוא מורכב. המסגרת הנורמטיבית עשויה להתבסס על הדין הישראלי הפנימי בלבד. כך למשל כאשר המחבל הוא אזרח ותושב ישראל שאינו משויך לאף ארגון טרור. במצבים

אחרים, המסגרת הנורמטיבית עשויה לכלול את הוראות הדין הבינלאומי ההומניטארי העוסקים בעימות מזוין (ה-International Humanitarian Law), וכך הוראות משלימות ממשפט זכויות האדם הבינלאומי (ה-Human Rights Law). ככל שמדובר בעימות מזוין, הוראות הדין עשויות להתייחס לעימות מזוין בין-מדינתי (International Armed Conflict), או לעימות מזוין שאינו בין-מדינתי (Non-international armed conflicts). בנסיבות מסוימות, למשל כשהמחבל הוא תושב אזור יהודה והשומרון, אפשר שיחולו במקביל גם דיני התפיסה הלוחמתית (Belligerent Occupation). לצד אלו, יש לזכור כי דיני העימות המזוין כוללים הבחנות דקות שעשויות אף הן להשליך על המצב המשפטי. בפרט ידועה ההבחנה בין לוחמים (combatants) לבין מי שאינם לוחמים (non-combatants), או אזרחים (civilians) (להרחבה בעניין מערכות הדינים שעשויות לחול לגבי סיטואציה של החזקת גופות, ראו: Anna Petrig, *The war dead and their gravesites*, 91 INT'L. REV. OF THE RED CROSS 341-369, 343 (2006) (להלן: Petrig); Thomas L. Muinzer, *The Law of the Dead: A Critical Review of Burial Law, with a View to its Development*, 34 OXFORD J. OF LEGAL STUD., 791-818 (2014)).

30. הדין הבינלאומי ההומניטארי החל בעימות מזוין כולל נורמות שונות בנושא קבורות וטיפול בגופות. ההוראות המרכזיות מעוגנות בארבע אמנות ג'נבה משנת 1949 ובשני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות משנת 1977. הרוב הגדול של ההוראות מהווה דין בינלאומי מנהגי, שהינו חלק מהמשפט הפנימי המחייב של מדינת ישראל. אין מחלוקת כי מדינת ישראל מחויבת לאמנות ג'נבה הראשונה, השנייה והשלישית. לעומת זאת, עמדתה המסורתית היא שדיני התפיסה הלוחמתית המצויים באמנת ג'נבה הרביעית אינם חלים בכל הנוגע לאזור יהודה והשומרון, אף שהיא מכבדת את ההוראות ההומניטאריות שכלולות בה. בנוסף, מדינת ישראל אינה צד לפרוטוקולים הנוספים. היא מסתייגת מחלק מהוראותיהם, אך רואה עצמה כפופה להוראות הדין המנהגיות שלהם (ראו: בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקאות 16-23 (14.12.2006); בג"ץ 7957/04 מדאעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492 (15.9.2005); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 827 (30.6.2004); בג"ץ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617 (4.12.1980) (להלן: עניין קוואסמה); ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום (2006); רות לפידות, יובל שני ועדן רוזנצוויג ישראל ושני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה (מחקר מדיניות 92, המכון הישראלי לדמוקרטיה) (2011); יורם דינשטיין דיני מלחמה (1983)).

(לאמנות ראו: אמנת ג'נבה הראשונה בעניין הטיפול בפצועים בשדה קרב: THE FIRST GENEVA CONVENTION FOR THE AMELIORATION OF THE CONDITION OF THE WOUNDED AND SICK IN ARMED FORCES IN THE FIELD; אמנת ג'נבה השנייה בעניין הטיפול בפצועים בעת לחימה בים: THE SECOND GENEVA CONVENTION FOR THE AMELIORATION OF THE CONDITION OF WOUNDED, SICK AND SHIPWRECKED MEMBERS OF ARMED FORCES AT SEA; אמנת ג'נבה השלישית בעניין הטיפול בשבויי מלחמה: THE THIRD GENEVA CONVENTION RELATIVE TO THE TREATMENT OF PRISONERS OF WAR; אמנת ג'נבה הרביעית בעניין מעמדם של גורמים שאינם מעורבים בלחימה: THE FOURTH GENEVA CONVENTION RELATIVE TO THE PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית). ולפרוטוקולים ראו: ADDITIONAL PROTOCOL TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949 RELATING TO THE PROTECTION OF VICTIMS OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS (PROTOCOLS I), 1977 (להלן: הפרוטוקול הראשון); ADDITIONAL PROTOCOL TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949 RELATING TO THE PROTECTION OF VICTIMS OF NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS (PROTOCOLS II), 1977 (להלן: הפרוטוקול השני)).

31. רוב הנורמות העוסקות בטיפול בגופות בדין הבינלאומי ההומניטארי מתייחסות למצב של עימות מזוין בין-מדינתי (International Armed Conflict). אמנות ג'נבה מטילות על צדדים לוחמים חובות שונות באשר לפינוי, תיעוד, זיהוי, רישום, העברת מידע וטיפול בגופות בשעת לחימה בשדה-הקרב. חובות אלה נועדו להבטיח כי הטיפול בגופות בשעת לחימה יהיה הולם ומכבד, ובעתיד הוא אף יאפשר לדעת מה עלה בגורלם של הנופלים. חובות אלה מעוגנות בין היתר בסעיפים 16-17 לאמנת ג'נבה הראשונה, בסעיפים 19-20 לאמנת ג'נבה השנייה, בסעיף 120 לאמנת ג'נבה השלישית ובסעיפים 27 ו-130 לאמנת ג'נבה הרביעית (להרחבה ראו: בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 401-404 (2004); עניין ברכה). אמנות ג'נבה אינן קובעות חובה להשיב גופות במסגרת עימות מזוין בין-מדינתי. הסיבה לכך היא שנציגי המשלחות שהשתתפו בגיבושן העדיפו להותיר אפשרות זו פתוחה, משום שחלק מהמשלחות העדיפו שהמתים ייקברו בזירת הקרב (ראו: J.S. PICTET COMMENTARY OF GENEVA CONVENTION (1949) FOR THE AMELIORATION OF THE CONDITION OF THE WOUNDED AND SICK IN ARMED FORCES IN THE FIELD, 181 (1952)). עם זאת, אף שלא כלולה באמנות חובה בדבר השבת גופות, הפרשנות המפורטת בקומנטאר המעודכן של הצלב האדום לאמנת ג'נבה הראשונה (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS COMMENTARY OF 2016 OF I GENEVA)

CONVENTION (1949) FOR THE AMELIORATION OF THE CONDITION OF THE WOUNDED
 -AND SICK IN ARMED FORCES IN THE FIELD 1643-1647 (2016), קובעת באופן חד-
 משמעי כי האופציה המועדפת היא השבת הגופות לבני משפחותיהם של החללים:

"The obligation to ensure that the dead are buried or cremated can be satisfied in different ways.

...The preferred option is the return of the remains of the deceased to their families so that they may bury or cremate them in accordance with their religious beliefs and practices. Another reason why this option is preferable is that it enables the families to mourn their loved ones. Indeed, return of the dead to their families can be considered a basic humanitarian goal, recognized in both conventional and customary humanitarian law."

זאת ועוד. פרוטוקול אמנת ג'נבה הראשון מוסיף ומעגן דרישה ספציפית להשבת גופות בנסיבות מסוימות. הפרוטוקול קובע כי גופות חללים שמתו כתוצאה ממצבי כיבוש או מעשי איבה תקברנה באופן מכבד, ומיד כשהנסיבות מאפשרות זאת הצדדים לסכסוך מצופים להגיע להסכם בדבר השבתן (Article 34 § 2(c)). עוד קובע הפרוטוקול, כי ככל שהסכם כאמור לא יושג, הצד המחזיק בגופות יוכל להציע להשיבן (Article 34 § 3). אמנם, סעיפי הפרוטוקול קובעים כי הצדדים "יגיעו להסכם" ואינם מטילים חובה בדבר השבת הגופות, אך הרוח הנושבת מהם ברורה. דברי הפרשנות לפרוטוקול אף מבהירים כי למרות שהסדר זה חל לכאורה בנסיבות מסוימות בלבד, הוא עשוי לשמש פלטפורמה טובה להשבת גופות גם בנסיבות נוספות (COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, PARA. 1330 (1977)). הנחיות ברוח דומה קיימות גם בפרשנות המקובלת לדין הבינלאומי המינהגי. כך, בכללי המחקר של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום מוסבר כי צד לעימות מזוין בין-מדינתי נדרש לעשות כל מאמץ כדי להקל על השבת שרידי המת לצד השני לפי בקשתו (ראו: JEAN-MARIE HENCKAERTS AND LOUISE DOSWALD, BECK, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, VOL. I: RULES, RULE 114, (2006), CAMBRIDGE UNI. PRESS, GENEVA). כעולה ממחקר זה, הוראות דומות כלולות במספר מדריכים צבאיים, לרבות בארצות-הברית, אשר הכריזה כי היא תומכת בכללי פרוטוקול אמנת ג'נבה הראשון בדבר השבת גופות בעימות מזוין בין-מדינתי.

32. לצד הוראות אלה, הדין הבינלאומי ההומניטארי כולל נורמות המתייחסות למצב של עימות מזוין שאינו בין-מדינתי (Non-international armed conflicts). בהקשר זה, אין לכתוד כי הדין הוא עמום יותר (ראו ביקורת בנדון אצל Petrig, 353); ואולם, אפשר שיחולו סעיף 3 המשותף לאמנות ג'נבה שעניינו בזכות לכבוד, כמו גם הוראות דין מסוימות בפרוטוקול אמנת ג'נבה השני. הוראות אלה אמנם אינן קובעות איסור מפורש על החזקת גופות, אך ניתן לגזור גם מהן חובות הקשורות לטיפול במתים ובגופות. עוד יצוין, כי גם בעימות מזוין שאינו בין-מדינתי עשויות לחול הוראות דין בינלאומי מינהגי. בהקשר זה מפרט המחקר שנערך על-ידי הוועד הבינלאומי של הצלב האדום (ICRC), כי למרות שהכללים החלים בעניין השבת גופות בעימות מזוין שאינו בין-מדינתי הם עמומים, קיימת עמדה ברורה בנדון מצד הגופים המשפטיים וההומניטאריים הבינלאומיים. כך לדוגמה, הוועידה ה-22 של הצלב האדום קבעה חובות שמטרתן להבטיח כי צדדים לעימות יעשו כל מאמץ על-מנת להקל על השבת שרידי המת לצד השני לעימות. החלטות דומות ניתנו על-ידי העצרת הכללית של האו"ם בשנת 1974, וכן על-ידי הוועידה ה-27 של הצלב האדום בשנת 1999, אשר קבעה כי כל הצדדים לסכסוך מזוין נדרשים להבטיח כי "every effort is made... to identify dead persons, inform their families and return their bodies to them". הוועד הבינלאומי הוסיף וציין, כי לטעמו הדבר נדרש לנוכח זכויות היסוד הנתונות למשפחות המתים (ICRC, בעמוד 414).

33. משפט זכויות האדם הבינלאומי – המשלים את דיני העימות המזוין – כולל אף הוא הוראות כלליות העוסקות בזכות לכבוד ובזכות לחיי משפחה אשר רלבנטיות לענייננו. הוראות אלה מעוגנות בין היתר באמנה האירופית לזכויות אדם: THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS; באמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים: CONVENTION AGAINST TORTURE AND OTHER CRUEL INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (להלן: האמנה נגד עינויים); ובאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות: INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS. הוראות אלה אינן קובעות איסור מפורש על החזקת גופות, אך ניתן ללמוד אף מהן על היחס המשפטי בנדון. יוער כי בהתאם להוראות הכלולות באמנות אלה, פרסמה נציבות זכויות האדם של האו"ם מספר החלטות נגד מדינות בלרוס, טג'יקיסטן ואוזבקיסטן, אשר קובעות כי סירובן להשיב גופות של חללים לבני משפחותיהם פוגע בזכויות (ראו: *Staselovich v. Belarus*, Communication No. 887/1999 (2003); *Bazarov v. Uzbekistan*, Communication No. 959/2000 (2006); *Sultanova v. Uzbekistan*, Communication No. 915/2000 (2006); *Khalilova v. Tajikistan*, Communication No. 973/2001 (2005);

(2006) 1042/2002 (Communication No. 1042/2002) *Shukurova v. Tajikistan*). עוד יצוין כי ועדת האו"ם האמונה על בדיקת יישום האמנה נגד עינויים, בחנה את מדיניות ממשלת ישראל בעניין עיכוב החזקת גופות מחבלים. במסקנותיה משנת 2016, המליצה הוועדה למדינת ישראל לנקוט בכל הצעדים הדרושים כדי להשיב את גופות המחבלים לבני משפחותיהם בהקדם (ראו: UN COMMITTEE AGAINST TORTURE (CAT), CONCLUDING OBSERVATIONS ON THE FIFTH PERIODIC REPORT OF ISRAEL, 42-43 (2016)). יוער כי עמדת ממשלת ישראל היא שהמלצות הוועדה אינן בעלות מעמד משפטי מחייב).

34. פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם (European Court of Human Rights – ECHR), מעידה אף היא כי החזקת גופות היא מהלך הנושא עמו קושי משפטי מהאספקלריה של משפט זכויות האדם. כך למשל, נפסק כי סירובה של מדינת רוסיה להשיב גופות של מחבלים לבני משפחותיהם בצ'צ'ניה עומדת בסתירה למספר הוראות באמנה האירופית לזכויות אדם (SABANCHIYEVA V. RUSSIA JUDGMENT ECHR 38450/05 (6/6/2013) (להלן: עניין SABANCHIYEVA V. RUSSIA); MASKHADOVA V. RUSSIA JUDGMENT ECHR 18071/05 (6/6/2013) (להלן: עניין MASKHADOVA V. RUSSIA); בית הדין האירופי הטעים כי החלטה השלטונות ברוסיה פוגעת בזכויות יסוד מוגנות, בהן הזכויות לחיי משפחה ולחיים בפרטיות, אשר מוגנות מכוח Article 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם. מסקנה זו בוססה על תקדימים קודמים, בהם ניתנה פרשנות מרחיבה לזכויות לחיי משפחה, ולאפשרות של קרובים להתייחד עם קרוביהם (ראו למשל: Pannulullo V. Pretty V. The United Kingdom ECHR 2346/02 (2002); Girard V. France ECHR 22590/04 (2011); France ECHR 37794/97 (2001); Hadri-Vionnet V. Switzerland; Dodsbo v. Sweden ECHR 61564/00 (2006) (ECHR 55525/00 (2008)). בית הדין האירופי קבע אמנם, כי החזקת גופות המחבלים בידי השלטונות ברוסיה נעשה "לפי חוק" שנכלל בדין הפנימי ברוסיה, כפי שנדרש ב- Article 8 לאמנה האירופית; והוא אף הסכים לראות במטרה שלשמה חוקק החוק בדין הפנימי הרוסי כמטרה לגיטימית כשלעצמה. יחד עם זאת, נקבע כי ההסדר הרוסי אינו עולה בקנה אחד עם דרישת המידתיות, בשל היותו גורף ומשום שאינו מאזן כדבעי בין האינטרסים והזכויות הסותרים.

35. אשר לפסיקת בית הדין האירופי בעניין ההסדר הרוסי, יוער במאמר מוסגר כי אף לו היה נמצא כי הסדר זה הוא חוקי, ממילא לא ניתן היה להקיש ממנו להסדר הישראלי. בניגוד לדין הישראלי, ההסדר הרוסי כלל הוראות חוק ייחודיות, קונקרטיות ומפורשות, שהטילו איסור פוזיטיבי על השבת גופות מחבלים. הסדר זה נכלל בחוק

שכותרתו FEDERAL INTERMENT AND BURIAL ACT, LAW NO. 8-FZ, ובצו שכותרתו DECREE NO. 164 OF THE GOVERNMENT OF THE RUSSIAN FEDERATION (20.3.2003). החוק הרוסי התיר במפורש פעולה נגד גופות של מחבלים שהוגדרו כ"טרוריסטים" גם בנסיבות שבהן אין מניעה אובייקטיבית להשיבן. הוא קבע ברחל בתך הקטנה כי גופותיהם לא תימסרנה לקבורה ולא יתגלה מקום קבורתם, כדלהלן:

The interment of persons against whom a criminal investigation in " connection with their terrorist activities has been closed because of their death following interception of the said terrorist act shall take place in accordance with the procedure established by the government of the Russian federation. Their bodies shall not be handed over for burial and the place of their burial shall not be revealed" (§4) (התרגום לאנגלית מפסק הדין בעניין SABANCHIYEVA). זאת ועוד, פעולת השלטונות ברוסיה עוגנה גם בצו מפורש, אשר מסדיר באופן מדויק ומוקפד את אופן ההחזקה של הגופות והסדרי הקבורה שלהן. עוד יוער כי במסגרת העתירות בעניין SABANCHIYEVA ובעניין MASKHADOVA נטען כי למעשה רוסיה היא המדינה היחידה לצד מדינת ישראל שיש לה מדיניות ברורה, המעוגנת כביכול בחוק, בעניין החזקת גופות של מחבלים. ממשלת ישראל לא חלקה על טענה זו בהליך השיפוטי שהתנהל לפנינו, והיא אף לא הצביעה על אף מדינה אחרת בעולם שיש לה הסדר דומה.

36. לצד זאת יש לציין, כי לצד דיני העימות המזוין ומשפט זכויות האדם, נכרתו לאורך ההיסטוריה הסדרי פיוס הסכמיים בין מדינות שכללו התייחסות לאופן הטיפול בגופות והשבתן למדינות מוצאן (ראו למשל בהסכם ורסאי, 1919, PEACE TREATY OF VERSAILLES, ב-ARTICLES 225-226).

37. מהסקירה שהוצגה, מצטיירת תמונת מצב שלפיה אף שאין בדין הבינלאומי ההומניטארי או במשפט זכויות האדם הבינלאומי איסור תרות על החזקת גופות במסגרת עימות מזוין, פרקטיקה זו זוכה להסתייגות וגלום בה קושי משפטי לא מבוטל. אמנם, ניתן לחשוב על מצבים שבהם האינטרס הביטחוני יצדיק החזקה של גופות לפרקי זמן מסוימים על-ידי צד לסכסוך במסגרת עימות מזוין. כך למשל כאשר הלחימה בשטח מתמשכת או שגופות מסוימות נדרשות לצרכי חקירה. כך בפרט בשעה שבה שני הצדדים לעימות מחזיקים סימולטאנית בגופות (אף שיובהר כי הציות לדין הבינלאומי והפעולה לפיו חלים על כל אחד מהצדדים בנפרד, והפרה על-ידי הצד אחד אינה יכולה להוות כשלעצמה הצדקה להפרה על-ידי הצד שכנגד). אכן, במצבים חריגים אלו, החזקה ארעית של גופות עשויה לשקף איזון ראוי בין אינטרסים ביטחוניים לבין זכויות

נוגדות ולהיות חוקית גם לפי הדין הבינלאומי. יחד עם זאת, חרף קיומם של מצבים חריגים אפשריים, הדין הבינלאומי מורה במפורש כי האופציה המועדפת היא השבה של הגופות. כללים ברורים ומפורשים מורים לצדדים לעימותים מזוינים לעשות כל מאמץ על מנת להשיב כל צד למשנהו את גופות חלליו. מסקנה זו נלמדת מהרוח החיה בהוראות חוק רבות באמנות ג'נבה, בפרוטוקולים הנוספים לאמנות ג'נבה, באמנות השונות לזכויות אדם, במשפט הבינלאומי המנהגי, בקבצי הפרשנות של הצלב האדום, בהחלטות שיפוטיות של טריבונאלים בינלאומיים, בספרות המקצועית העוסקת במשפט הבינלאומי ההומניטרי ובמשפט זכויות האדם ועוד.

38. אשר למקרה הפרטני של מדינת ישראל, הרי שכאמור, החלטתה להחזיק בגופות מחבלים אינה מבוססת על הדין הבינלאומי אלא על הדין הישראלי הפנימי. על כל פנים, נראה שגם בחינתה של החלטה זו לאור הדין הבינלאומי מעוררת שאלות כבדות משקל. המדינה מבקשת לפרש את תקנה 133(3) לתקנות ההגנה באופן שמקנה למפקד הצבאי סמכות רחבה להורות על קבורה של מחבלים לצורכי משא-ומתן; זאת בשעה שתקנה 133(3) לתקנות ההגנה כלל אינה מתייחסת להבחנות רלבנטיות בדין הבינלאומי ואינה מתכתבת עמו. התקנה חסרה התייחסות לחובות הרבות המוטלות על צדדים לעימותים מכוח הדין הבינלאומי בעניין פינוי, תיעוד, זיהוי, רישום, העברת מידע וטיפול בגופות. בנוסף, התקנה אינה משקללת את כלל ההבחנות הנדרשות בדין הבינלאומי לעניין סיטואציה של החזקת גופות מחבלים, לרבות הבחנות בין מצבי הלחימה השונים (שגרה, עימות מזוין וכו'); בין מחבלים שונים לפי סוגם (לוחמים, "משויכים", אזרחים וכו'); ובין מחבלים שונים לפי שיוכם במישור הטריטוריאלי (תושבי איו"ש, תושבי מזרח ירושלים, תושבי ישראל וכו'). תקנה 133(3) אינה מתכתבת עם הדין הבינלאומי בשלל הקשרים אלו, באופן שמעורר שאלות בדבר מידת התאמתה לדין הבינלאומי. גם החלטת הקבינט שותקת בשלל הקשרים אלו. עובדה זו משליכה, מטבע הדברים, גם על מלאכת הפרשנות של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, ויש בה כדי לחזק את המסקנה בדבר כלליותה, והיותה הוראת חוק בלתי מפורשת.

טענת ה"הדדיות" והשלכותיה לגבי ההכרעה

39. טענה שריחפה ברקע לעתירות – שמנותקת ממלאכת הפרשנות, ומצריכה לטעמי התייחסות נפרדת – היא טענת ההדדיות. טענה זו עניינה בכך שלמעשה מדינת ישראל מחזיקה בגופות מחבלים משום שארגון חמאס מחזיק בגופותיהם של חיילי צבא הגנה לישראל ובאזרחי ישראל. אילו לא היה ארגון חמאס מחזיק בגופות של חיילי צבא הגנה לישראל, מדינת ישראל אף היא לא הייתה מחזיקה בגופות של מחבלים

המשויכים לארגון חמאס. אין לכחד כי טענה זו מעוררת שאלות כבדות משקל במישור העקרוני ובוודאי במישור המוסרי. לא ניתן להתעלם מתחושת הבטן החזקה, עליה עמד גם השופט מ' חשין במסגרת דעת המיעוט בפרשת קלפי המיקוח, לפיה יש שוני מהותי ושורשי בין מצב דברים אחד שבו שני צדדים לעימות מחזיקים סימולטאנית בגופות, לבין מצב דברים שני שבו רק צד אחד לעימות מחזיק בגופות ומסרב להשיבן. יחד עם זאת, בנסיבות המקרה אינני סבור כי ניתן לתת משקל רב במישור המשפטי לטענת ההדדיות, ממספר סיבות מצטברות.

40. ראשית ועיקר, מובן כי טענת הדדיות לא יכולה להחליף דרישת סמכות. העובדה כי ארגון חמאס מחזיק בשבויים ונעדרים ישראלים, עשויה אולי להוות הצדקה מוסרית לפעולה הדדית, ברם היא לא מחליפה את החובה לפעול מכוח סמכות שבדין. כפי שהודגש, גם פעולה מינהלית מוצדקת יכולה להימצא בלתי חוקית אם אין לה מקור סמכות. דרישת הסמכות אינה יונקת את חיותה מצדקת הפעולה המינהלית, אלא מעקרון שלטון החוק וממטרות רחבות שעניינן הגבלת כוחו של השלטון והבטחת חירויות הפרט. עקרון שלטון החוק, ודרישת הסמכות הנגזרת ממנו, מנותקים משאלת מוסריותו של המעשה המינהלי הקונקרטי. מחויב להבחין בין הדברים. כמאמר השופט זמיר, העיקרון הדורש הסמכה בחוק "גובר על אינטרסים ציבוריים אחרים, לרבות אינטרסים מהמעלה הראשונה" – וגם אינטרס בטחוני חשוב לא יכול להכשיר מעשה מינהלי שאין לו הסמכה בחוק – "זהו שלטון החוק בשלטון" (זמיר, הסמכות המינהלית, 76). ודוק, החובה לפעול לפי חוק בו מוסדרת הפעלת הכוח השלטוני והמגבלות עליו חשובה בייחוד במסגרת הלחימה והמאבק בטרור, שאז הפעלת הכוח השלטוני מערבת פעמים קרובות שאלות הקשורות לזכויות אדם (ראו: Aharon Barak, *The Supreme Court and the Problem of Terrorism*, in JUDGMENTS OF THE ISRAEL SUPREME COURT: FIGHTING TERRORISM WITHIN THE LAW 9 (2005); בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 470, 467 (1991)). כאמור, דרישת ההסמכה בחוק עומדת בפני עצמה. טענת ההדדיות, מוצדקת ונכונה ככל שתהא במישור המוסרי, לא יכולה להכשיר את פעולת המפקד הצבאי בהיעדר הסמכה לפעולתו בחוק.

41. שנית, תקנה 133(3) לתקנות ההגנה כלל אינה קובעת כל תנאי של הדדיות. לא נקבע בה כי תנאי הכרחי להחזקת גופות הוא ששני הצדדים לעימות יחזיקו סימולטאנית בגופות, נהפוך הוא: לכאורה הסמכות העקרונית הנתונה מכוחה היא סמכות רחבה שאינה תלויה בקיומם של תנאים מקדימים כלשהם. גם החלטת הקבינט אינה מפורשת בהקשר זה. אמנם היא ניתנה באופן צופה פני עתיד ובזמן שארגון חמאס מחזיק בידי שבוים ונעדרים ישראלים, אך לא הובהר בה כי היא תקפה רק עד לשובם

הביתה. יצוין, כי לו היה קיים בדין הישראלי הסדר ראשוני ספציפי ומפורש אשר מסמיך גורם מינהלי להחזיק בגופות מחבלים לצרכי משא-ומתן, מן הראוי שתנאי ראשוני והכרחי בו היה תנאי של הדדיות. אכן, באם תכלית ההסדר היא לאפשר למדינת ישראל לקיים משא-ומתן עם גורמי אויב כדי להשיב את בניה-שלה, ואם מקובל על מדינת ישראל (כפי שהצהירה לפנינו) כי החזקת גופות מחבלים לצרכי משא-ומתן צריכה להישמר למצבים שבהם יש מגעים קונקרטיים לחילופי שבויים ונעדרים, הדעת נותנת כי סמכות להחזיק בגופות לצרכי משא-ומתן, תהא מותנית בכך ששני הצדדים לעימות יחזיקו סימולטאנית בשבויים ונעדרים. כאמור, תנאי כזה לא קיים בהחלטת הקבינט או בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה.

42. שלישית, במובן הכללי יותר, יש לזכור כי העובדה שהאויב פועל בדרכים מסוימות לא תמיד תהווה הצדקה לפעולה דומה. כמאמר הנשיא ברק: "זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור" (עניין הוועד הציבורי, 844-845). בהקשר זה כאמור, אף אם ניתן להעלות על הדעת סיטואציות שבהן מדינת ישראל תוכל להחזיק בגופות, ואף אם נקבל את טענת ההדדיות במובנים מסוימים, אין משמעות הדבר כי מדינת ישראל תוכל לבצע כל פעולה שמבוצעת על-ידי אויביה. "ההדדיות" אין משמעה בהכרח "הדדיות מלאה". אכן, גם אם מדינת ישראל תבקש להחזיק גופות מחבלים רק בשעה שאויביה מחזיקים סימולטאנית בשבויים ונעדרים ישראליים, היא עדיין תהא כפופה לנורמות פנימיות אשר מחייבות אותה, שהיא עצמה בחרה לפעול לאורן, ובכללן להיות פעולתה מוסדרת בחוק, עומדת בכללי מידתיות, תואמת חובות שונות בדין הפנימי ובדין הבינלאומי, מקפידה ושומרת על איזונים חוקתיים, ועוד. במובן זה, הנחה שלפיה האויב פועל לפי "נורמות אחרות", חלקן סותרות נורמות משפטיות ואנושיות בסיסיות, לא יכולה להוות הצדקה משפטית לאישור כל פעולה – כתמונת ראי – גם מצדה של מדינת ישראל.

43. לבסוף, טענת ההדדיות במקרה דנן מתעלמת מכך שהקשר בין המחבלים הספציפיים שגופותיהם מוחזקות בידי מדינת ישראל לבין ארגון חמאס אינו ברור. בעניין זה, המדינה הבהירה כי היא אינה טוענת שהמחבלים שגופותיהם מוחזקות בידיה הם לוחמי ארגון חמאס. לעומת זאת, נטען כי הם לכל היותר "משויכים" רעיונית או "מזוהים" עמו מבחינה אידאולוגית. אף אם נצא מנקודת הנחה כי ארגון חמאס אכן מעוניין לקיים משא-ומתן לגבי הגופות שבמחלוקת, מובן כי ניתן לחשוב על מצבים דומים בהם המשוואה בין מדינת ישראל לבין ארגון הטרור לא תהא פשוטה וברורה, וגם לכך יש לתת את הדעת בעת הבחינה של טענת ההדדיות.

44. כאמור, המסקנה היא שטענת ההדדיות לא יכולה לקבל משקל רב במסגרת הדיון המשפטי בעתירות, וכי אין בה כדי להשליך על ניתוח הסמכות שבנדון.

הסעד

45. כמפורט לעיל, הדין הישראלי אינו מקנה למפקד הצבאי סמכות להחזיק גופות של מחבלים לצרכי משא-ומתן, בדרך של קבורה ארעית או בכל דרך אחרת. תקנה 133(3) לתקנות ההגנה אינה מהווה מקור סמכות כאמור, מכיוון שמדובר בהוראת חוק כללית ובלתי מפורשת. במישור צופה פני עתיד, המסקנה היא שהמפקד הצבאי אינו רשאי לעשות שימוש בסמכותו מכוח התקנה כדי להחזיק גופות של מחבלים לצורכי משא-ומתן. במישור צופה פני עבר, המסקנה היא שצווי הקבורה מושא העתירות הונפקו על-ידי המפקד הצבאי שלא כדין. סעד אפשרי בנסיבות אלה הוא להורות על בטלות מלאה של צווי הקבורה שהונפקו, שמשמעה היא שגופות המחבלים תוחזרנה לבני משפחותיהם לאלתר. יחד עם זאת, בשים לב למכלול הזכויות והאינטרסים שניצבים על הפרק, דעתי היא שככל שהמדינה חפצה בכך יש לתת לה הזדמנות לגבש הסדר חוקי מלא ושלם, בחקיקה ראשית מפורשת וספציפית, אשר עומדת בסטנדרטים המשפטיים הרלבנטיים, שתיועד ותיוחד לנושא החזקת גופות לתכליות המבוקשות, ואשר תיתן משקל להערות שהועלו בפסק דין זה. אמנם, תוצאה שלפיה מדינת ישראל תמשיך להחזיק בגופות גם לאחר קביעה שיפוטית שלפיה פעולה זו נעשית בהיעדר סמכות אינה פשוטה, אך דומני כי מדובר בתוצאה מאוזנת וראויה במכלול הנסיבות (למתן סעד מסוג בטלות מושעית, ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי דיוני 430 (2017); יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2005)). לנוכח האמור, ולו תישמע דעתי, אציע לחבריי לקבל את העתירות, להפוך את הצווים המותנים שהוצאו במסגרתן לצווים מוחלטים, ולהורות על מתן סעד של בטלות מושעית, שיקנה למדינה שהות לגבש הסדר חוק מלא בתוך שישה חודשים ממועד מתן פסק דין זה. ככל שהמדינה לא תגבש הסדר עד למועד זה, יוחזרו גופות המחבלים שעניינם נדון בעתירות לבני משפחותיהם. עוד אציע לחבריי כי לא נעשה צו להוצאות בהליך זה.

הערות בשולי ההכרעה

46. נוכח הכרעתי לפיה תקנה 133(3) לתקנות ההגנה אינה מקנה למפקד הצבאי סמכות להחזיק בגופות מחבלים לצרכי משא-ומתן, אינני נדרש להתייחס לטענות נוספות שהעלו העותרים, לרבות אלה בדבר הפעלת שיקול הדעת של המפקד הצבאי, ותכלית פעולותיו. בפרט אציין, כי לא מצאתי צורך להידרש לטענת העותרים בדבר

התחולה הטריטוריאלית של תקנות ההגנה. בהקשר זה, העותרים טענו שאף אם היה נקבע כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מהווה מקור סמכות להחלטת המפקד הצבאי להחזיק גופות לצרכי משא ומתן, ממילא סמכות זו לא הייתה חלה ביחס לכל הגופות בעתירות. לדידם, הסמכות מכוח תקנות ההגנה חלה רק ביחס לגופות מחבלים שמקורם באיו"ש, ולא ביחס לגופות מחבלים שמקורם במזרח ירושלים. כאמור, אינני נדרש להכריע בטענה זו, אך אעיר, למעלה מן הצורך, כי על-פניו מדובר בטענה שגויה. תקנות ההגנה חלות גם במדינת ישראל שכן מדובר בחקיקה מנדטורית עוד מלפני קום המדינה, ולפיכך ההכרעה בשאלת סמכותו של המפקד הצבאי מכוון רלבנטית גם ביחס לגופות מחבלים ממזרח ירושלים (ראו והשוו: מיכל צור (בהנחיית פרופ' מ' קרמניצר) תקנות ההגנה [שעת חירום] 1945 המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה מס' 16, עמ' 11 (1999); בג"ץ 5376/16 אבו חדיר נ' שר הביטחון, פסקה ל"ב לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (4.7.2017); בג"צ 5839/15 טידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 1 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (2015)).

47. במסגרת הדיון בשאלת הסעד, קבעתי כי יש להורות על סעד של בטלות מושעית, כדי להקנות למדינה שהות מספקת כדי לגבש הסדר חוקי מלא ושלם בחקיקה ראשית. אבקש להדגיש, כי הגם שהחלטתי להורות על סעד סופי זה, אין בכך כדי להביע עמדה כלשהי לגבי החלטה, אם תתקבל, לגשת להליך חקיקה. החלטה לגשת להליך חקיקה נתונה לפתחו של המחוקק, על המשמעויות שעשויות להיות לה, וחזקה עליו שיפעיל את שיקול דעתו כחוכמתו. למותר לציין כי אינני מביע עמדה גם לגבי תוכנה של חקיקה כזו או אחרת, ככל שתגובש. קביעתי האופרטיבית היחידה בפסק דין זה היא הקביעה שלפיה תקנה 133(3) לתקנות ההגנה אינה מהווה מקור סמכות למפקד הצבאי להורות על החזקה של גופות מחבלים לצרכי משא-ומתן. פסק דיני מבוסס על קביעה זו ועליה בלבד. לעומת זאת, אין לקרוא לתוכו כל קביעה אחרת אשר עשויה לכבול את בית המשפט מלהביע עמדות לגבי חקיקה עתידית, לרבות סמכויות שתינתנה מכוחה, תכליותיה, הפעלת שיקול הדעת במסגרתה, מידתיותה ועוד. כמובן, ניתן להניח כי גם סוגיות אלה עשויות לעורר בעתיד שאלות משפטיות נכבדות.

סיכום

48. פסק דין זה עסק בשאלה אחת, ובה בלבד: האם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לשם החזקתן לצרכי משא-ומתן. כפי שהוסבר, תקנה 133(3) לתקנות ההגנה אינה מהווה מקור סמכות לפעולת המפקד הצבאי. מסקנה זו מתחייבת מכוח עקרון שלטון החוק ועקרון חוקיות המינהל. היא נובעת מניתוח פרשני של לשון התקנה, המלמד כי מדובר בתקנה

כללית ורחבה, שאינה יכולה להיחשב כחקיקה ספציפית ומפורשת. היא נלמדת גם מתכלית התקנה, הכוללת את הקשרה ההיסטורי, את הגיונה הפנימי והחיצוני, ואת יישום כללי הפרשנות הנוהגים בשיטת המשפט הישראלית. כמפורט בפסק הדין, המחוקק המנדטורי, ולאחריו המחוקק הישראלי, מעולם לא נתנו את דעתם לסיטואציה הקשורה להחזקה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא-ומתן, ולא ביקשו לייצר הסדר ייחודי לשם הקניית סמכויות בנדון. זאת ועוד, המסקנה בעניין הסמכות מתחזקת כאשר מציבים אותה לצד פסיקתו של בית משפט זה בהקשרים דומים אחרים של החזקת גופות מחבלים ושל החזקת עצירים חיים "כקלפי מיקוח"; כמו גם לצד הדין הבינלאומי ההומניטארי העוסק בדיני העימות המזוין ומשפט זכויות האדם הבינלאומי.

49. הלכה למעשה ניתן לתמצת את פסק דיני בדברים הבאים: מדינת ישראל – כמדינת חוק – לא יכולה להחזיק בידיה גופות של מחבלים לצרכי משא-ומתן בהעדר הוראת חוק מפורשת מסמיכה. אם המדינה חפצה בכך, עליה לגבש הסדר חוקי מלא ושלם, שיוקדש באופן ספציפי לנושא זה, בחקיקה ראשית ומפורשת אשר תעמוד בסטנדרטים המשפטיים הקיימים בדין הישראלי ותתכתב עם הוראות הדין הבינלאומי, בחלקו שאינו שנוי במחלוקת. היות שלא קיים בדין הישראלי הסדר חוק שכזה, אציע לחבריי לקבל את העתירות, להפוך את הצווים המותנים שהוצאו במסגרתן לצווים מוחלטים, ולהורות על מתן סעד של בטלות מושעית ביחס לצווי הקבורה, כך שהמדינה תוכל לגבש הסדר חוק ייעודי ומלא בתוך שישה חודשים ממועד מתן פסק דין זה. ככל שהמדינה לא תגבש הסדר חוק עד למועד זה, תושבנה גופות המחבלים שעניינם נדון בעתירות לבני משפחותיהם.

50. לקראת סיום, אך לא למעלה מן הצורך, ברצוני לציין שבכתיבת חוות דעתי ניצבו לנגד עיניי, כל העת, בני משפחותיהם של חיילי צבא הגנה לישראל סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר אורון שאול ז"ל, ואזרחי ישראל אברה מנגיסטו והישאם אל סייד; וכך גם קרוביהם של נפגעי פעולות האיבה שבוצעו על-ידי המחבלים שעניינם נדון בעתירות. אודה על האמת כי ההכרעה בעתירות אלה קשה לי עד מאוד. סבלם של השבויים והנעדרים הישראלים המוחזקים בשבי החמאס וכאבם של בני משפחותיהם, כבדים מנשוא. התוצאה האנושית קשה במיוחד בשעה שהמדינה מאמינה כי החזקת גופותיהם של המחבלים עשויה לסייע בהשגת עסקה להשבתם הביתה. יחד עם זאת כשופטים, תפקידנו לפסוק על-פי דין ובהתאם לכללים המשפטיים המחייבים, וכמאמר הנשיא ברק בפרשת קלפי המיקוח "ככל שחשובה המטרה של שחרור שבויים ונעדרים, אין בה – במסגרת החוק העומד לדיון בעתירה זו – כדי להכשיר את כל האמצעים" (שם, 744). כאמור, מדינת ישראל כמדינת חוק לא יכולה להחזיק בידיה גופות של

מחבלים לצרכי משא-ומתן בהיעדר סמכות. נתונה לה האפשרות להסדיר את הנושא בחוק, והתקווה היא – עם או בלי קשר לכך – שכל האמצעים החוקיים יאפשרו להשיב את השבויים והנעדרים הישראליים לביתם בהקדם האפשרי.

51. פסק דין זה אין לי אלא לסיימו בדבריו הנושנים של השופט ח' כהן בעניין קוואסמה, אותם נזדמן לי לצטט בעבר גם בדנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני (15.01.2015):

”מה נשתנתה לחימת המדינה מלחימת אויביה, שזו נלחמת תוך כדי שמירת החוק, ואלה נלחמים תוך כדי הפרת החוק. עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כל כולן בשמירתם על חוקי המדינה: בויתור על עוצמתה זו ועל צדקתה זו של לחימתה, משרתים השלטונות את מטרות האויב. הנשק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו – ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק.”

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים לאמור בחוות דעתו של חברי השופט י' דנציגר ואוסיף – תקנה 133 מסמיכה את המפקד הצבאי לצוות על מקום קבורת גווייתו של כל אדם, מי ומי יקבור אותה גווייה ובאיזה שעה תקבר, ואין ללמוד ממנה על קיום סמכות למפקד הצבאי להחזיק בגווייה לאחר קבורתה. מ"שגבול הפרשנות הוא גבול הלשון" אין ללמוד מלשון התקנה על דרך פרשנות את מה שאין בה.

ש ו פ ט

מדינת ישראל מצויה במצב חירום – פשוטו כמשמעו, אף מהבחינה המשפטית – מיום היווסדה. מצב חירום, לרבות מלחמה. דיני המלחמה, על מרכיביהם והיבטיהם השונים, אינם בגדר אוקסימורון, כי אם אתגר משפטי מתמיד שנכפה על המדינה מכורח הנסיבות. המציאות שמהווה את התשתית העובדתית, אינה מכתובה תוצאה לכאן או לכאן. תחום זה – דיני המלחמה – הינו אולי הקשה ביותר בין תחומי המשפט. לא תיאוריה, אלא שאלות קונקרטיות העומדות על כתפי שאלות נוספות, שחלקן בגדר קרקע בתולה; חיים ומוות, הגנה ומוסר, ואף הגדרה איזו חברה אנו ואיזו חברה אנו בוחרים להיות. נדרשים זהירות, רגישות וניתוח משפטי על פי כלליו. הכרעה בסוגיית הטיפול בגופות מחבלים מחייבת, אפוא, מסע משפטי מעמיק, מדוקדק וקפדני בשדות הנורמות והשיקולים הרלוונטיים – עליהם אעמוד בהרחבה בחוות דעתי.

1. ביום 1.1.2017 אימצה ממשלת ישראל – באמצעות ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי – מדיניות חדשה בכל הקשור לטיפול בגופות מחבלים. על פי ההחלטה, גופות אלה תוחזרנה, ככלל, לקרובי המשפחה "בתנאים מגבילים" שיקבעו גורמי הביטחון. אולם, לכלל זה חריג בדמות שתי קבוצות: גופות של מחבלים שהשתייכו לארגון הטרור חמאס (להלן: החמאס), או ביצעו "אירוע טרור חריג במיוחד", יוחזקו בידי ישראל בדרך של קבורה. החלטת ועדת השרים התבססה על הערכות מצב ביטחוניות, מהן עלה כי החזקת גופות מחבלים המשתייכים לשתי הקטגוריות האחרונות – ומשום כך, נודע להן "ערך" מנקודת מבטו של החמאס – "תוכל לסייע" בהשבת האזרחים וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי ארגון הטרור, ולקדם משא ומתן עתידי בעניין. למצער, עשויה החזקת גופות המחבלים לשפר את דמותה ומאפייניה של עסקת השבה עתידית – על ההשלכות הביטחוניות המשמעותיות הכרוכות בכך. הנה כי כן, המדיניות שאימצה ועדת השרים נועדה לקדם את השבתם בשלום של אזרחי ישראל אברה מנגיסטו והישאם אל סייד, ואת הבאתם לקבר ישראל של לוחמי צה"ל, סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר ארון שאול ז"ל – תוך הגנה על שלום הציבור הרחב וביטחונו.

בהתאם למדיניות זו, ומכוח צווי קבורה שניתנו על ידי המפקדים הצבאיים הרלוונטיים, נקברו בבית הקברות לחללי אויב בעמיעד ארבע גופות מחבלים – מהן נלקחו דגימות DNA, שיאפשרו זיהוי עתידי. שתי גופות מחבלים נוספות מוחזקות בידי משטרת ישראל, וטרם הוצאו לגביהן צווי קבורה. ביום 13.9.2017 נעתרנו לבקשת העותרים בבג"ץ 285/17 ובבג"ץ 6524/17, והורינו למשיבים – בהמשך להחלטות קודמות – שלא לקבור גופות אלה עד להכרעה בעתירות.

2. בעתירותיהם, מבקשים העותרים כי נורה למשיבים להחזיר את גופות קרוביהם, וטוענים כי החזקת הגופות פוגעת בזכות החוקתית – של המחבלים ובני משפחותיהם גם יחד – לכבוד, עולה כדי ענישה קולקטיבית ומנוגדת למשפט הבינלאומי. על פי גישת העותרים, מדיניות המשיבים אינה סבירה ואינה מידתית. יתר על כן, בהעדר עיגון מפורש בחקיקה ראשית, היא מנוגדת לעקרון חוקיות המינהל ואינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. מנגד, מצביעים המשיבים על תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה; התקנה, כלשונה, תוצג בהמשך) המסמיכה את המפקד הצבאי לצוות על מקום, עיתוי ומתכונת הקבורה של "כל אדם" – ויפה, אפוא, גם בעניינם של מחבלים. לדעת המשיבים, הפגיעה המסוימת בזכויות המחבלים המתים ומשפחותיהם סבירה ומידתית, ובנסיבות העניין – קרי, הימצאותם של אזרחים ישראלים וגופות חללים בידי החמאס – אף עולה בקנה אחד עם הוראותיו המחייבות של הדין הבינלאומי.

3. בחוות דעתו המקיפה, קובע חברי, השופט י' דנציגר, כי הימנעות ממסירת גופות המחבלים לידי משפחותיהם פוגעת בזכותם החוקתית לכבוד – שכן גם "הנתעב שברוצחים" זכאי לקבורה מכובדת ונאותה – ומכאן שנקיטת אמצעי זה מחייבת הסמכה "ברורה, ספציפית ומפורשת" בחקיקה ראשית. דא עקא, תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, שבה תמכו המשיבים את יתדותיהם, "אינה מהווה מקור חקיקה ראשי, ספציפי ומפורש, אשר מסמיך את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות של מחבלים לצרכי משא ומתן", ואילו סמכויותיה השיווריות של הממשלה אינן כוללות צעדים הפוגעים בזכויות יסוד. לפיכך, מציע חברי לקבל את העתירות שבכותרת, ולהורות על בטלות מושהית של צווי הקבורה הרלוונטיים – ככל שהמדינה לא תסדיר את הסוגיה בחקיקה מתאימה עד ליום 1.6.2018.

מקובלת עלי עמדת חברי לפיה יש ערך בהסדרה חקיקתית מקיפה של הסמכות להחזקת גופות מחבלים, תוך פירוט השיקולים והקריטריונים הרלוונטיים להפעלתה, ועיגון מתכונת ומגבלות ההחזקה. אף נכון אני לקבל כי הטיפול בגופות המחבלים עשוי לפגוע בזכות לכבוד. בעניין זה, אף יש משקל לדין והמנהג הבינלאומי הקיים. דהיינו, לא כל טיפול, יהיה אשר יהיה, חסין מביקורת שיפוטית. עם כל החומרה בפעילות המחבלים, לא ערכיהם ולא מעשיהם יכתיבו לנו את הנורמות המשפטיות המחייבות בשיטתנו. אך גם מנקודת מבט זו, להתנהלות החמאס וארגוני הטרור, והמצב הביטחוני השורר, שייכות בבחינת הפגיעה בזכות לכבוד ועוצמתה. בשל כך, אך לא

רק, הבאת גופות המחבלים לקבורה ראויה, הגם שבמתכונת שונה מזו שייחלו לה ערב יציאתם למסעות הרצח, מצמצמת מאד את הפגיעה.

בסופו של דיון, אין בידי להצטרף לתוצאה אליה הגיע חברי, ולהתנות את תוקף צווי הקבורה בהסדרה חקיקתית עתידית. מן הטעמים שאבהיר להלן, עמדתי היא כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מסמיכה את המפקד הצבאי לצוות על עיתוי, מקום ואופן קבורתן של גופות מחבלים, וכי שיקולים שעניינם שמירה על שלום הציבור וביטחוננו – לרבות על רקע הימצאות אזרחים, או גופות חללים, בידי האויב – מצויים בליבת סמכות זו. אין בשאיפה לקידום דין רצוי, קרי הסדר חקיקתי שלם ומקיף בסוגיה, כדי לטשטש את גרעין הסמכות שמפקיד בידי המפקד הצבאי הדין המצוי – תקנה 133(3) לתקנות ההגנה. בנסיבות אלה, הגם שהחזקת גופות המחבלים חורגת מגבולות הסמכות השיורית של ממשלת ישראל (ראו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 20 לחוות דעתו של המשנה לנשיא מ' חשין (27.2.2006)), לא מצאתי ממש בטענות העותרים במישור הסמכות.

4. בטרם אכנס בעובי קורת הפרשנות של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, יוזכר כי צורתה הנוכחית עוצבה בראשית שנת 1948 – אז הורחבו גבולותיה, והסמכות הופקדה בידי המפקד הצבאי (סעיף 2 לדבר המלך במועצה לפלשתינה (א"י) (הגנה), 1937, ע"ר תוס' 2, 66). משכך, התקנה והוראותיה חוסות תחת הגנת פסקת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואינן כפופות לתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, לרבות הדרישה כי הפגיעה בזכויות תיעשה "בחוק [...] או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

אכן, נפסק כי גם בהעדר תחולה ישירה לפסקת ההגבלה – אם מפני שהזכויות הנפגעות נטולות מעמד חוקתי, ואם משום שהפגיעה בהן אינה מעוגנת בחקיקת משנה – "אין לפרש דבר חקיקה כמסמיך לפגיעה בזכויות יסוד אלא אם כן ההסמכה לכך היא ברורה, חד משמעית ומפורשת" (בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקה 52 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (13.9.2017) (להלן: עניין אבו ערפה); רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פסקה 22 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (6.3.2012); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פסקה 14 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (20.12.2010) (להלן: עניין מנאע)). נוכח חשיבותן של זכויות היסוד, חזקה היא כי המחוקק לא ביקש להסמיך את הרשות המבצעת לפגוע בהן – אלא אם הדבר נאמר במפורש בחוק. חזקה פרשנית זו נשענת גם על הקשיים שמעוררת הסמכה כללית, משתמעת או מעורפלת, המכבידה על זיהוי מהות וגבולות הסמכות, ופותחת פתח

להפעלה שרירותית שלה (שם; בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 355-358 (1983)).

עם זאת, אין להעניק לדרישת ההסמכה המפורשת ההלכתית פרשנות מילולית נוקשה ודווקנית. אדרבה, מדובר בדרישה גמישה, שתוכנה הממשי משתנה בהתחשב "בטיב הזכות הנפגעת והטעמים שבבסיסה, חשיבותה החברתית היחסית של הזכות, השלכותיה החברתיות, מיהות הרשות הפוגעת ועוצמת הפגיעה הנגרמת לזכות המוגנת בהקשרם של הדברים". גם כאשר לשון החוק אינה מתווה בבירור את היקף הסמכות וגבולותיה, "די בכך שמתכליתו הפרטיקולרית [...] עולה באופן הכרחי קיומה של הסמכה לפגיעה בזכות היסוד" כדי למלא, במקרים המתאימים, אחר דרישת ההסמכה המפורשת (דנג"ץ ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פסקה 11 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (19.10.2009)).

דברים אלה נאמרו אמנם ביחס לדרישת ההסמכה המפורשת שבפסקת ההגבלה, אך הם יפים גם ביחס למקבילתה ההלכתית, שכן –

"מתן פרשנות 'גמישה' שאינה 'דווקנית' לכלל הפסיקתי בדבר הסמכה ברורה ומפורשת, ונקיטה בגישה 'הקשרית', שלפיה מידת ההקפדה בדרישה להסמכה מפורשת משתנה בהתאם לחשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת, למידת הפגיעה בה, לתכלית החוק ולמכלול הנסיבות, מקדמת הרמוניה פרשנית, והיא מוצדקת גם מטעמים מהותיים, באשר היא מתאפיינת בגמישות ובחוסר דוגמטיות, כמתחייב משיח הזכויות, ומאזנת בין הטעמים המצדיקים הגבלת זכויות אדם רק בחקיקה ראשית, לבין ערכים נגדיים של יעילות מינהלית ומרחב פעולה אפקטיבי" (עניין מנאע, פסקה 15; עניין אבו ערפה, שם; ראו והשוו ע"א 1600/08 מקסימדיה פרסום חוצות בע"מ נ' עיריית תל אביב-יפו, פסקאות 7-8, ו-12 (18.8.2011)).

השאלה האם חקיקה מסוימת מכילה הסמכה ברורה ומפורשת אם לאו, אינה יכולה לבוא, אפוא, על פתרונה באמצעות ניתוח מילולי גרידא. על הפרשן לצלול אל תכליות הנורמה הרלוונטית, ולבחון האם יש בהן, בהתחשב במכלול נסיבות העניין, כדי להעיד על כוונת המחוקק להסמיך את הרשות המבצעת לפגוע בזכויות היסוד שעל הפרק.

5. על רקע דברים אלה, אדרש כעת לפרשנות תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, המורה כי –

"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 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".

כידוע, "גבול הפרשנות הוא גבול הלשון" – ומכאן שיש לבחון תחילה את לשון הנורמה הרלוונטית, על רקע הקשרה, ולנפות פרשנויות שאינן מוצאות בה עיגון כלשהו (עניין מנאע, פס' 19; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 104 (1993) (להלן: פרשנות במשפט)). אין מקרא יוצא מדי פשוטו, ופשוטה של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה נוטה לעמדת המשיבים. התקנה מקנה למפקד הצבאי שיקול דעת רחב, ומאפשרת לו להורות היכן ומתי "תיקבר" גופתו של "כל אדם" – ועל ידי מי. אין בטקסט עדות כלשהי להבחנה בין קבורת קבע לקבורה ארעית – שכן במונח "קבורה" נעשה שימוש בשני ההקשרים (ראו, למשל, סעיפים 3א ו-4ב לחוק בתי קברות צבאיים, התש"י-1950; דורית גד "קבורה יהודית שנייה – 'ליקוט עצמות' יהדות חופשית 26-27 (2003)) – ובוודאי שהביטוי "כל אדם" אינו מוציא מן הכלל גופות מחבלים. יתר על כן, כפי שמלמדות המילים "מי-ומי יקבור אותה גוויה", סמכות המפקד הצבאי אינה מתמצה בהגבלת זהות או מספר משתתפי מסע ההלוויה (הגבלה שנדונה בבג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, 5-6 (1992); להלן: עניין ברכאת), אלא נוגעת גם לזהות הגורם הקובר – באופן המאפשר לסטות מן הנורמה בדבר מסירת הגופה למשפחה. התקנה מקנה, אפוא, למפקד הצבאי קשת רחבה של סמכויות, החל בהוראה נקודתית לגבי שעת הקבורה, וכלה בהכרעה משמעותית יותר בדבר זהות הקובר. מכל מקום, כפי שעולה גם מדברי חברי, התקנה אינה מתייחסת בצורה ישירה ומפורטת לאפשרות של קבורה ארעית על רקע קיום משא ומתן. משום כך, נכון אני להניח במסגרת הכרעה זו כי אין בלשונה כדי להטות את הכף לזכות המשיבים, וכי התקנה "סובלת" גם פרשנות מצומצמת יותר.

6. משכך, יש להמשיך אל השלב השני של התהליך הפרשני, ולבחון איזו מן החלופות המוצעות מגשימה באופן מיטבי את תכלית החקיקה, על שני רבדיה (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (1993); להלן: עניין אפרת). תחילה, יש להתחקות אחר התכלית הסובייקטיבית שביקש המחוקק לקדם – ועליה ניתן לעמוד, בין היתר, באמצעות ניתוח

הרקע החברתי והמשפטי לחקיקה, דברי ההסבר לה, וכן לשון החוק ומבנהו, ויחסי הגומלין בין הוראותיו השונות (שם, פס' 13-15; פרשנות במשפט, עמ' 201-202).

התייחסות רלוונטית ראשונה של החקיקה המנדטורית לסוגיה שבפנינו, הופיעה בתקנה 302 לתקנות בתי הסוהר, חא"י ג 2091 (חוקי ארץ ישראל משנת 1925), אשר הורתה כי לאחר תלייתם של אסירים שנידונו למיתה, "תהיה הגופה תלויה שעה אחת ולאח"כ יורידה וימסרוה לקרובים לקבורה. אם לא ירצו הקרובים לקבל את הגופה יקברוה בהוצאות הממשלה". במאמר מוסגר, מעניין לציין כי הוראה זו חורגת מן הדין שהיה מקובל בבריטניה עצמה באותה עת, ועל פיו, אסירים שהוצאו להורג נקברו בבתי הסוהר – ולא נמסרו למשפחותיהם (ראו, למשל, Caroline Sharples *Burying the Past? The Post-Execution History of Nazi War Criminals*, in *A Global History of Execution and the Criminal Corpse* 249, 250-251 (Richard Ward, ed., 2015). מכל מקום, תקנה 19 ג לתקנות שעת חירום, 1936 – כפי שתוקנה בחודש אוקטובר 1938, במסגרת דבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) (הגנה), 1937, ע"ר תוס' 2, 825, 1095 – הסמיכה את מושל המחוז לחרוג מהוראת תקנה 302 בדבר מסירת הגופה לקרובים, ולצוות, "למרות כל דבר האמור בכל פקודה או חוק [...] כי גופתו של כל אדם שנתלה בבית הסוהר המרכזי בעכו או בבית הסוהר המרכזי בירושלים תקבר בבית הקברות של העדה שאליה שייך אותו אדם".

לתיקון זה של תקנה 19 ג קדם תיקון נוסף, בראשית שנת 1938, במסגרתו הוסמך חוקר סיבות מוות "שלא לערוך חקירה בגופתו של אדם" שהתברר כי "נהרג כתוצאה מפעולות חילות הים, הצבא או חילות האויר של הוד מלכותו [...] לצורך דיכוי מהומות" (דבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) (הגנה), 1937, ע"ר תוס' 2, 753, 77). איגודן של שתי ההוראות הללו בתקנה אחת, תחת קורת הגג של תקנות שעת חירום, יוצר את הרושם שלפנינו הסדר כללי לגבי הטיפול בגופותיהם של בני אדם שנהרגו, או הוצאו להורג, על רקע עימותים עם כוחות הביטחון. רושם זה מתחזק נוכח המציאות החברתית שהובילה להתקנת תקנות שעת חירום – קרי, המרד הערבי שהתחולל בארץ ישראל בין השנים 1936 ו-1939, ונתקל בתגובה חריפה של השלטונות המנדטוריים. מלומדים מציינים כי עוצמתו הגוברת של העימות, הביאה לשינוי האיזון בין הרשויות האזרחיות והצבאיות בארץ, וכי בשלהי 1938 כבר נטתה הכף לטובת האחרונות, "leading to the implementation of complete military control in Palestine by October 1938" (Jacob Norris, *Repression and Rebellion: Britain's Response to the Arab Revolt in Palestine of 1936-9*, 36 *The Journal of Imperial and Commonwealth History* 25, 29 (2008)). יש לראות,

אפוא, את ההסדרים בדבר הטיפול בגופות חללים ומחבלים כחלק בלתי נפרד מן המאבק המתמשך של הרשויות הקולוניאליות בטרור, במסגרתו נעשה שימוש נרחב בכלים משפטיים שנועדו להרחבת סמכויותיהן "as a means of specifically combating the revolt" (שם, עמודים 29-30; לתיאור כללי של המאבק הקולוניאלי בהתקוממות המקומיים, ראו גם יהושע פורת ממהומות למרידה: התנועה הלאומית הערבית-הפלסטינית 1929-1939 (1979); יגאל אייל האנתיפאדה הראשונה: זיכוי המרד הערבי על-ידי הצבא הבריטי בארץ ישראל 1936-1939 (חגי פורשנר עורך, 1998)).

נמשיך בהצגת הרקע ההיסטורי החברתי-משפטי. שנים ספורות לאחר מכן – והפעם, על רקע המאבק היהודי המתעצם לעצמאות (ע"פ 6434/15 מדינת ישראל נ' שביר, פסקה ד לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (4.7.2017)) – החליפו תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, את התקנות משנת 1936, ותקנה 19 התגלגלה, על קרבה וכרעיה, בתקנה 133 לתקנות החדשות. רושמי קורות העיתים מציינים כי השלטונות המנדטוריים עשו שימוש בסמכות זו, והכתיבו, לעיתים, את מקום קבורתם של המוצאים להורג – תוך התעלמות מבקשות המשפחה, והמתים עצמם (כך, למשל, החליטו שלטונות המנדט לקבור את שלושת עולי הגרדום, אליעזר קשאני, מרדכי אלקחי ויחיאל דרזנר ז"ל, בצפת, אף שהשלושה הביעו את רצונם להיקבר בראש פינה, ולמרות בקשת משפחות אלקחי וקשאני לקבור את בניהן במקום מושבן בפתח תקווה (BRUCE HOFFMAN, ANONYMOUS SOLDIERS: THE STRUGGLE FOR ISRAEL) 1917-1947 530 (2015); *4 Hanged in secret at Acre: Funeral at Safad*, PALESTINE POST 17.4.1947; *Families were not told before*, PALESTINE POST 17.4.1947).

מכל מקום, בחודש ינואר 1948, לאחר שהתקבלה באו"ם החלטת החלוקה ויריותיה הראשונות של מלחמת השחרור נורו, בוצעו בסעיף קטן (3) לתקנה החדשה, העומד במוקד ענייננו, שינויים מהותיים: העיסוק המצומצם בקבורת אסירים שהוצאו להורג הומר בהתייחסות רחבה ל"גוויתו של כל אדם", והושמטה ההוראה הדורשת לקבור את המת בבית קברות של הקהילה אליה השתייך. משמע – הסמכות המקורית למנוע את השבת הגופה לקרובים הורחבה באופן ניכר, והועברה ממושלי המחוזות אל המפקד הצבאי. גם במקרה זה, הרחבת סמכויותיו של המפקד הצבאי אינה מנותקת מן ההקשר הביטחוני, קרי ההצטרפות הבריטית ללחימה שהתלקחה, בנובמבר 1947, בין היהודים לערבים (ראו ספרו של בני מוריס, פרופ' להיסטוריה באוניברסיטת בן גוריון, 1948: תולדות המלחמה הערבית-הישראלית הראשונה 97 (2010)).

7. הנה כי כן, המחוקק המנדטורי ראה בתקנות ההגנה – ובכללן, תקנה 133(3) – מארג חקיקתי שנועד להעניק לשלטונות (הצבאיים, בעיקרם) סמכויות אפקטיביות למאבק בטרור שהופנה כלפיהם משני עברי המתרס הארץ-ישראלי (תום שגב ימי הכלניות: ארץ ישראל בתקופת המנדט 387 (1999)). תחילה הסתפקה התקנה בעיגון חריג צר לנורמה בדבר מסירת גופות אסירים לבני המשפחות, אך מאוחר יותר הורחבה הסמכות, והוחלה גם על גופות אחרות – המשתייכות, כפי שמעידים יתר רכיבי תקנה 133, לטרוריסטים שנהרגו על ידי "חילות הוד רוממותו", או לחלליהם של "חילות" אלה. לפיכך, גם אם הרקע ההיסטורי והמשפטי לתקנה 133(3) לתקנות ההגנה אינו מספק מענה ישיר לשאלה שבפנינו, הוא מלמד כי המחוקק המנדטורי ביקש להסמיך את המפקד הצבאי להימנע, משיקולים של שמירה על שלום הציבורי וביטחוננו, ממסירת גופות לידי קרובי המשפחה – ולהסתפק בקבורתן בעיתוי, במקום ובמתכונת שימצא לנכון. מכאן ועד הקביעה כי שיקולים שעניינם שחרור גופות חללים, או אזרחים חיים, המוחזקים בשבי ארגוני טרור מצויים בליבת תכלית זו, קצרה הדרך.

8. אכן, בזיהוי כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק אין די – שכן תכליתו האובייקטיבית של החוק רחבה יותר, ונפסק כי "לא פעם יש לו לדבר חקיקה תכלית אובייקטיבית, שחברי הגוף המחוקק לא העלו כלל בדעתם" (עניין אפרת, פסקה 12). לתכלית זו משנה חשיבות בענייננו, שכן, כפי שציין בית משפט זה בהתייחסו להוראה אחרת של תקנות ההגנה –

"לא הרי פירושן של תקנות ההגנה בתקופת המנדט, שבה שלטו ערכים קולוניאליים, כהרי פירושן במדינת ישראל, שבה שולטים ערכים יהודיים ודמוקרטיים. תקנות ההגנה יפורשו אפוא על רקע עקרונות היסוד של מערכת המשפט הישראלית כפי התפתחותם במשך השנים" (בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, פסקה 9 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2005); להלן: עניין לוי).

יש לבחון, אפוא, את תכליתה האובייקטיבית של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, המורכבת מן התכלית הקונקרטית – הנובעת "מסוגו של דבר החקיקה, ומטיפוס הסדריו" – ומן התכלית הכללית, הנגזרת מערכי היסוד של השיטה ומהסדרים חקיקתיים "בעלי קרבה עניינית" (פרשנות במשפט, עמ' 202-203; ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פס' 98 (14.5.2012)).

9. ניתוח תקנות ההגנה מלמד כי תכליתן העיקרית והבלתי מעורערת היא שמירה על ביטחון המדינה, שלום הציבור והסדר הציבורי – תוך התמקדות במאבק בטרור:

“בראש ובראשונה עומדים שיקולים של ביטחון המדינה והסדר הציבורי. אלה הן התכליות הספציפיות המונחות ביסוד הפעלת הסמכות על-פי תקנות ההגנה. תכליות אלה נלמדות מהוראת דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (הגנה), אשר מכוחו הותקנו תקנות ההגנה. נקבע בדבר המלך כי התקנות נועדו ‘...להבטיח את בטחון הציבור, ההגנה על ארץ-ישראל, השלטת הסדר הציבורי ודיכוי התקוממות, מרד ופרעות וכדי לקיים את האספקה והשירותים שהם הכרחיים לצבור’ (סעיף 6). מטרת אלה עולות גם מעיון בתקנות ההגנה עצמן” (עניין לוי, בעמ’ 886; ראו גם בג”ץ 680/88 שניצר נ’ הצנזור הצבאי הראשי, פ”ד מב(4) 617, 628 (1989)).

ברוח זו, תוארו תקנות ההגנה, בעניין אבו ספא, כ”חקיקת חירום ביטחונית-צבאית, הכוללת סמכויות אכיפה נרחבות וכלים מגוונים, מינהליים ועונשיים, למאבק בטרור על כל סוגיו, לרבות בהיבט הכלכלי” (בג”ץ 3037/14 אבו ספא נ’ משרד הפנים, פסקה 10 (7.6.2015); ההדגשה אינה במקור).

תקנות ההגנה מעניקות פרשנות רחבה לתכלית השמירה על ביטחון המדינה ושלום הציבור. הן אינן מסתפקות במתן סמכויות הנוגעות למאבק הצבאי “הצר” והישיר בפעילי טרור חמושים, אלא מציינות את הרשויות בארגז כלים רחב בהרבה. כפי שנכתב:

“זה מכבר התגבשה ההבנה שהמלחמה בטרור אינה מתמזה בסיכולו של מפגע רגעים ספורים לפני שהוא מבצע את זממו. מדובר במאבק רחב שנועד לפגוע באופן תשתיתי בארגוני הטרור, במשאבים העומדים לרשותם ובפעילותם השוטפת. מאבק זה כולל אמצעים מגוונים, בהם אמצעים משפטיים [...] העבירה של מתן שירות לארגון טרור, כמו הוראות נוספות בתקנות ההגנה ובחוק המאבק בטרור, מבטאת את ההכרה בכך שהמאבק בטרור כולל גם פגיעה במעטפת של ארגוני הטרור. הדין מכיר בחשיבות הנודעת לנטרולה של פעילות טרוריסטית עוד כשהיא נמצאת באיבה, כמו גם בצורך לפגוע בתשתיות ובמנגנונים שמאפשרים את צמיחתה” (ע”פ 6434/15 מדינת ישראל נ’ שביר, פסקאות 59-60 לפסק דינה של השופטת ד’ ברק-ארז (4.7.2017)).

ברוח זו, תקנות 84 ו-120 לתקנות ההגנה מאפשרות למפקד הצבאי לפעול כנגד התשתית הכלכלית המניעה את מכונת הטרור, ולהחרים רכוש שיש לו – או לבעליו –

זיקה לפעולות אלה (על תקנות אלה, שאינן תקפות עוד בשטח מדינת ישראל, ראו בג"ץ 2959/17 אלשוואמרה נ' מדינת ישראל, פסקאות 12-23 (20.11.2017); להלן: עניין אלשוואמרה). באופן דומה, נקבע כי תקנה 125 לתקנות ההגנה מסמיכה את המפקד הצבאי להכריז בצו על שטח סגור לצורך "תיחום שטחי אימונים, הקמת מתקנים צבאיים, וכיוצא באלה" (ע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל, פסקה 5 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (28.4.2010), והשוו פסקה 9 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן באותו עניין; להלן: עניין אבן זוהר) – ולא דווקא לצורך מניעת עימות מידי (ראו עניין לוי, עמודים 892-893).

אף את תקנה 133(3), המהווה חלק בלתי נפרד מתקנות ההגנה, יש לפרש על רקע תכלית רחבה זו – קרי, קידום מאבק שיטתי בטרור, על מעגלי התמיכה והפעילות השונים שלו. אין צורך לומר שצמצום יכולתם של ארגוני טרור להשתמש בקלפי מיקוח כדי להשיג הישגים מהווה חלק בלתי נפרד ממאבק זה. המלחמה המתמשכת בטרור פושטת צורה ולובשת צורה, ועליה להתאים את עצמה לחידושי האויב. תגובה גוררת תגובה, וכך משתנה השרשרת. פנים חדשות ומכוערות לארגוני הטרור אינן בגדר חידוש. דרכי המאבק משתנות בתדירות גבוהה, והכיצד נכון להתעלם? ניתן לומר שקיימת זיקה ישירה בין רוחב המאבק בטרור לבין רוחב הפרשנות: כאשר הראשון מתרחב, על הפרשן להסיק את המסקנות המתבקשות ולהעניק לנורמה הרלוונטית פרשנות עכשווית, המבטאת את רוחה ותכליתה. תכלית תקנות ההגנה רחבה, ועל "תרגומה" המעשי להתאים עצמו למציאות המשתנה – בגבולות הסמכות שהתווה המחוקק. כך התכלית מתואמת מציאות ומשתלבת עם הסמכויות שניתנו למפקד הצבאי. התעלמות מן הצרכים המשתנים תדירות, חוטאת לתכליתן המובהקת והברורה של תקנות ההגנה – לרבות תקנה 133(3) העומדת במרכז ענייננו.

10. "ענף" המסתעף מתכלית השמירה על ביטחון המדינה והסדר הציבורי, הוא יצירת הרתעה אישית וסביבתית. לתכלית זו ניתן ביטוי בשורת סמכויות שהפקיד המחוקק המנדטורי בידי המפקד הצבאי, מתוך מחשבה שיהיה במימושן כדי "להרתיע מחבלים פוטנציאלים מלבצע פיגוע טרור וליטול חיי אדם" – אף שברי כי הן נטולות ערך צבאי ישיר ומוחשי (בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי, פסקה 21 (11.8.2014)).

תקנה 119 לתקנות ההגנה, המסמיכה את המפקד הצבאי להחרים ולהחריב בתו מחבלים, בולטת במיוחד בהקשר זה, שכן תכליתה – כך שב וקבע בית משפט זה – "אינה להעניש כי אם להרתיע" (ראו, לדוגמה, בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי,

פסקה 19 (1.7.2014)). כלומר, הצידוק להפעלת סמכות ההחרמה וההריסה "נעוץ, כל כולו, בהשפעתה המיוחלת על הסביבה ובייחוד על סביבתו של המחבל" (בג"ץ 5376/16 אבו חדיד נ' שר הביטחון, פסקה 3 לחוות דעתי (4.7.2017); להלן: עניין אבו חדיד), אף שאין להריסה ערך צבאי "טהור". תכלית דומה משתקפת בתקנה 120 לתקנות ההגנה, המסמיכה את המפקד הצבאי להחרים את כל רכושו של אדם שעבר על אחת מהוראות התקנות – גם בהעדר זיקה בין העבירות לרכוש, כך שלהחרמה אין כל "הצדקה מניעתית" (עניין אלשוואמרה, פסקאות 13-15). מבלי לקבוע מסמרות, אפשר ותקנה 133(3) לתקנות ההגנה – הפוגעת, בראש ובראשונה, בסביבתו הבלתי מעורבת של המחבל המת – טומנת בחובה גם תכלית הרתעתית דומה.

11. תכלית קונקרטית נוספת של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה הינה הסדרת הטיפול בגופות חללי אויב – תוך הגנה על כבוד המת. התקנה, שנוצרה, כאמור, על רקע הלחימה המתעצמת בגופי טרור ומיליציות מקומיות, משקפת את רוח סעיף 17 לאמנת ג'נבה להטבת מצבם של פצועים וחולים מביין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב, 1949, כ"א 1, 387, המטיל על בעלי הסכסוך להבטיח קבורה מכובדת לחללי האויב. משמע, המחוקק הסמיך את המפקד הצבאי לפעול לקבורת גופות אלה, מתוך מודעות לאפשרות שברבות הימים – או בלשון סעיף 17 האמור, "מיד לכשירשו הנסיבות ולא מאוחר מסופן של פעולות האיבה" – יוצאו הגופות מקבריהן ויימסרו לבני המשפחות. מטבע הדברים, קבורה זו נושאת אופי ארעי; היא נועדה להבטיח כי המת ינוח בכבוד על משכבו עד בוא העת – עת סיום הלחימה, או עת לעסקאות חילופין (שבמסגרתן, כפי שהצהירה המדינה, הוחזרו בעשורים האחרונים מאות גופות מחבלים).

תכלית זו של התקנה אינה מתבטאת רק בפרקטיקה ארוכת השנים של החזקת גופות חללי ומחבלי אויב – הגם שנוהג מסוג זה הוא בעל משקל פרשני לא מבוטל כשלעצמו (ראו והשוו בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 2 לחוות דעתי (13.4.2016)). עיון בסעיף 76 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016, במסגרתו בוטלו רבות מהוראות תקנות ההגנה, מלמד כי המחוקק בחר להותיר על כנה את תקנה 133(3) לתקנות. הדבר נובע, כפי שמלמדים דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון תקנות ההגנה (שעת חירום) (ביטול תקנות), התשע"ג-2013, ה"ח הממשלה, 782, 998, מתפיסתה של תקנה 133(3) כמקור סמכות חיוני, וחסר תחליף, "לקבורתם של חללי אויב" (פרטי הסמכות מוסדרים במקורות משניים שונים, דוגמת פקודת מטכ"ל 38.0109 "חללי צבא אויב – נוהל זיהוי, טיפול בחפצים, דיווח וקבורה בשעת חירום"). מעבר לשיקולי הביטחון "במובן הצר", מבקשת, אפוא, התקנה להבטיח קבורה ארעית נאותה לחללי האויב, עד להשבתם האפשרית לארצותיהם

ולמשפחותיהם. במאמר מוסגר יצוין כי הימנעות המחוקק מביטול התקנה משמעותית במיוחד נוכח הפרקטיקה הנוהגת של קבורת גופות אויבים בבתי קברות ייעודיים, ולאור הפסיקה שהכשירה בעבר החזקת גופות מחבלים משיקולים הקשורים במשא ומתן עם ארגוני טרור (בג"ץ 6807/94 עבאט נ' מדינת ישראל (2.2.1995)).

12. תכלית אחרונה זו "מגשרת" בין התכליות הביטחוניות של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, ובין התכלית הכללית המיוחסת לכל דבר חקיקה – קרי, השמירה על זכויות היסוד. נכון כי פסקת שמירת הדינים שומרת על תוקפן של תקנות ההגנה, ובכללן תקנה 133(3), ואולם –

"[ש]על פרשנותן, בפרט בכל הנוגע למובן האובייקטיבי, להיעשות ברוח ההצהרה הערכית-נורמטיבית שנעשתה בחוק היסוד, לעתים תוך איזון מחודש של הערכים המצויים בבסיס דבר החקיקה, ברוח האיזון החוקתי המחודש" (עניין אבן זוהר, פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ט' ג'ובראן).

במובן זה – פרשנות לעומת תקיפה ישירה – זכויות היסוד חוזרות לשולחן הדיון. קבורת המת בהתאם להעדפותיו ולהעדפות משפחתו מהווה חלק בלתי נפרד מזכות היסוד לכבוד – המכילה, בהקשר זה, שני ראשים: כבוד המת וכבוד משפחתו. כפי שציין בשעתו הנשיא א' ברק –

"כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקריו, השומרים את זכרו בליבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר" (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 523 (1992)).

עם כינון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו זכה עקרון "כבוד המת" למעמד חוקתי, שכן "כבודם של אנשים מתים נגזר מכבודם של אנשים חיים" [...] כבודו של האדם החי נפגע כאשר לא מובטחת לו עוד בחייו, הגנה ראויה על כבודו כאשר לא יהיה בין החיים" (בג"ץ 52/06 חברת אלאקטא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp., פסקה 135 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (29.10.2008) (להלן: עניין אלאקטא)). לצד היבט זה – אם כי נמוך ממנו במדרג הנורמטיבי (ע"א 7918/15 פלונית נ' פרידמן, פסקה 4 (24.11.2015); להלן: עניין פרידמן) – ניצבת, כאמור, זכותם של בני המשפחה לקבוע את אופן הטיפול במת

ובזכרו. ההנחה היא כי "פגיעה בזכרו ובכבודו אחוזה ושלובה בפגיעה בכבודם שלהם" (עניין אלאקסא, פסקה 139). תקנת הציבור, והערך שמייחסת החברה לטיפול במתיה, מגלים פנים נוספות בעקרון "כבוד המת" (שם, פסקה 151) – ובמקרים מסוימים אף עשויים לגבור על זכויותיהם ה"פרטיות" של המתים ובני משפחותיהם, ולהכתיב התעלמות מבחירותיהם לגבי אופן הטיפול בגופה (בג"ץ 6167/09 אבני נ' מדינת ישראל (18.11.2009); אך ראו ע"א 1835/11 אבני נ' מדינת ישראל (17.11.2011) ועניין פרידמן).

13. כשלעצמי, סבורני ש"כבוד המת", בתור שכזה, עומד על רגליו הוא, ומצוי במעמד נורמטיבי גבוה יותר מזה של "כבוד משפחת המת". השאלה המאתגרת יותר היא מה היסוד לעקרון "כבוד המת": האם מדובר בנגזרת של כבוד האדם – דהיינו, כשם שכבוד האדם הוא "נכס" של הפרט, כך גם כבוד המת הוא נכס של היחיד, ללא קשר לסביבה ולאלה שנותרו בחיים. או, שמא, השמירה על כבוד המת נועדה לשלוח מסר ברור לחיים, ולהבטיח להם כי כבודם יישמר לאחר מותם. כאמור לעיל, דומה כי שתי האפשרויות הללו מרכיבות יחדיו את התשובה.

מעניין להפנות בעניין זה למשפט העברי, שאף הוא מכיל מספר רבדים של זכות המת לכבוד. היבט אחד, מגולם בקביעה ההלכתית לפיה "מצווה לקיים דברי המת" (בבלי, גיטין יד, ב). פרשנים רואים את החובה לכבד את רצונו האחרון של המת ולקיים את צוואתו – לרבות בסוגיות שאינן קשורות בחלוקת הרכוש – כביטוי לכבוד האדם (הרב אשר וייס מנחת אשר – בראשית, פרשת ויחי, סימן סו, תלה-תלט (תשס"ב); ביחס לצוואת יעקב אבינו במסגרת הברכות לבניו, ולגבי מקום קבורתו [א"ל נא תקברני במצרים]). היבט אחר, בא לידי ביטוי בהוראה המקראית שלא להלין את המת, "כי קללת אלהים תלוי" (דברים, כא, כג). רש"י (רבי שלמה יצחקי, מגדולי פרשני המקרא והתלמוד, שחי בצרפת בראשית האלף השני לספירה) פירש פסוק זה באופן הקושר בין כבוד האדם וכבוד האל: "זלזולו של מלך הוא שאדם עשוי בדמות דיוקנו", ומכאן שכבוד האל מחייב את קבורתו המכובדת של האדם – גם אם חטא והוצא להורג. בהתאם, נקבע כי "כל המלין את מתו, עובר עליו בלא תעשה" – אלא אם "הלינו לכבודו להביא לו ארון ותכריכין" (סנהדרין, ו, ז). ודוקו, נקבע בתלמוד (בבלי, גיטין, סא, א) כי "קוברין מתי נכרים עם מתי ישראל", ומכאן שמצוות הקבורה חלה על יהודי ועל לא יהודי כאחד. (ראו פסיקתו של הרב שלמה גורן ז"ל – שכיחן שנים ארוכות כרב הצבאי הראשי, וכרב הראשי לישראל – לגבי קבורת חיילים שאינם יהודים בבתי קברות צבאיים [נתרומת הגורן כרך ב, סימן עט (תשע"ב); בעוז ותעצומות: אוטוביוגרפיה, 152-153 (2013)].

14. ובחזרה למשפט הישראלי: היקפה של זכות המת ומשפחתו לכבוד – רחב. היא פורשת את כנפיה על סוגיות דוגמת "טיפוח הקבר", או בחירת צורתו ותוכנו של הכיתוב שיופיע על מצבת החלל (ראו גם דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995)). נגזרת ממנה חובה למסור את גופת המת לקרוביו לצורך קבורתה.

אכן, בניתוח של תקנה 133(3) אין להתעלם מכך כי מדובר בכבוד המת גם ביחס לקבורת מחבלים שביצעו מסעות הרג חמורים. ברם, בפרספקטיבה של כבוד האדם, וברוח עמדת המשפט העברי – כפי שתוצג מיד – הבאת המתים לקבורה ראוייה מבטאת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ערכים אלה אינם נסוגים בשל מעשיו השפלים של המת, ואינם מבחינים בין אויב לאוהב, או בין יהודי לנוכרי. לא למותר להוסיף כי גם המשפט הבינלאומי – דוגמת סעיף 17 לאמנת ג'נבה להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב, 1949, שהוזכר לעיל (פסקה 10) – רואה חשיבות רבה בקבורת גופות המתים, על אף שטרם מותם לחמו בשורות האויב. כפי שפסק הרב שאול ישראלי ז"ל (חתן פרס ישראל למדעי היהדות, ראש ישיבת מרכז הרב וחבר במועצת הרבנות הראשית, שהלך לעולמו בשנת 1995), המשפט העברי מייחס משקל רב להוראות המשפט הבינלאומי בכל הקשור לדיני המלחמה –

"ועל כן יש לראות הסכמת העמים שמלחמה היא אחד האמצעים החוקיים, כל עוד שהעמים הנלחמים שומרים על הנוהג המקובל בעמים ביחס למלחמה [...] ומעתה נאמר שדינא דמלכותא שבין מדינה למדינה הוא גם כן מטעם הסכמת בני המדינות, ואף על פי שזה נוגע לדיני נפשות הסכמתם מועילה. וזהו היסוד של חוקיות המלחמה" (עמוד הימיני, סימן טז, פרק ה (1992)).

המושג ההלכתי "דינא דמלכותא דינא" חל, אפוא, גם במישור היחסים שבין המדינה לקהילייה הבינלאומית, ומטיל על מדינת ישראל חובה לפעול בהתאם לנורמות המעוגנות בדיני המלחמה – לרבות מתן כבוד אחרון לחללי האויב.

מעבר למשקל שמעניק המשפט העברי להוראות המשפט הבינלאומי בהקשר זה, יש בו שורשים עתיקים, עמוקים ועצמאיים לחובת הקבורה של חללי האויב. כך, למשל, נאמר כי לאחר ניצחונם של בני ישראל השבים לארצם על מלכי כנען שנלחמו בהם, ציווה יהושע לקבור את הרוגי האויב בו ביום (יהושע, ח, כט; יהושע, י, כז). גם

בספר יחזקאל (לט, יא) נאמר, בהתייחס למלחמת גוג ומגוג העתידה להתרחש באחרית הימים, "והיה ביום ההוא אתן לגוג מקום שם קבר [...] וקברו שם את גוג ואת כל המונה וקראו גיא המון גוג". על סמך התקדים שיצר יהושע, פסק הרמב"ן כי החובה הכללית לקבור את המת משתרעת גם על חללי האויב. הרב שלמה גורן, ששימש, כאמור, כרב הראשי הראשון של צה"ל, כתב בעניין זה כי –

"הקמנו בעת שרותי בצה"ל יחידות קבורה מיוחדות שתפקידם הוא לדאוג לזהויים ולקבורתם של חללי האויב, בעת מלחמה. וזה תואם עם ראשית מאמרנו זה שדברי הכתוב: "כי בצלם אלקים עשה את האדם" (בראשית ט, ו) אמורים לגבי כל בן אדם ללא הבדלים בין עם לעם ובין גזע לגזע" (משיב מלחמה כרך א, מ (מהדורה שניה, תשנ"ד)).

נסיים בתשובתו של הרב נתן אורטנר, שכיהן בשעתו כרב העיר לוד, לשאלה שהציג בפניו חייל צה"ל בעיצומה של מלחמת שלום הגליל. אותו חייל סיפר כי פלוגתו פגעה בטנק סורי והרגה את החיילים שבתוכו, וביקש לדעת האם חלה עליו מצווה לקבור את הסורים שלחמו בחיילי צה"ל "ורצו להשמידנו". בתום דיון רחב, קבע הרב, תוך התייחסות לעמדת הרמב"ן שהוצגה לעיל, כי ניואנסים שונים מבדילים בין הגישות ההלכתיות הקיימות – אך כולן מכירות בחובת הקבורה של חללי האויב. בין אם מקור החיוב מהתורה, ובין אם מדרבנן, הלכה היא כי יש לקבור את חללי האויב, בוודאי כשגופותיהם מוטלות בתחומי ארץ ישראל. (נתן אורטנר "קבורת חללי אויב" תחומין ד 97 (תשמ"ג); ראו גם מאמרו של הרב שלמה ברודי, העוסק בקבורת גופתו של המחבל שביצע, בשנת 2013, את הפיגוע במרתון בוסטון *Shlomo Brody, Even Criminals* (2013). *Rest in Peace*, TABLET 9.5.2013).

הנה כי כן, המשפט הישראלי, הדין הבינלאומי והמשפט העברי אמרו את דבריהם. עולה מהם כי תכליתה הכללית של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה חותרת לצמצום הפגיעה בכבוד המחבל המת וקרוביו, ובכך מבקשת לסייג את סמכות המפקד הצבאי להורות על קבורת הגופה במקום ובתנאים שיראה לנכון.

15. תכלית כללית נוספת הנגזרת מערכי היסוד של המדינה היא ערך "פדיון השבויים". בין אם מדובר ברכיב אינטגרלי של "ביטחון המדינה", ובין אם לאו, קשה לפקפק במשמעות שיוחסה לערך זה במסורת היהודית – כמו גם באתוס הישראלי. כפי שהיטיב לתאר המשנה לנשיא מ' חשין (הגם שבעניין פלוניס נותרה עמדתו הפרשנית במיעוט):

"לא בכדי נקבעה המצווה של פדיון שבויים – והיא מצווה נעלה-מכל-נעלה – והרי כל ישראל (ולענייננו שלנו: לא רק ישראל) ערבין זה-בזה. כוחו של צבא הוא באחוות-הלוחמים בו, ואחוות-לוחמים היא אחווה מעשה-מיקשה, לעת קרב ובנפול לוחם בשבי האויב. וכשבועת שלושת המוסקיטרים, כפי שאלכסנדר דיומה (Alexandre Dumas) שם בפיהם: "Tous pour un, un pour tous". הלוחם יילחם ביודעו כי לא לבדו הוא, כי לעת צרה ייחלצו חבריו להצילו. מצוונים ועומדים אנו שלא ננטוש פצוע בשדה, וכמותו של פצוע לא נשקוט עד לשחרור שבויינו משביים. לוחמים היו כמטפסי-הרים הקשורים אלה-אל-אלה בחבל ובגורל, ומטפס שידו שמטה וגופו נזרק אל-תהום, חבריו יצילוהו" (עמ' 747).

אכן, כפי שציין בשעתו השופט י' אנגלרד (בג"ץ 794/98 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נח(5) 769, 776-777 (2001)) –

"נפסק להלכה בשו"ע, יו"ד, רנב, א, כי 'אין מצווה גדולה כפדיון שבויים', וכי:
 'המעלים עיניו מפדיון שבויים, עובר על לא תאמץ את לבבך (דברים טו, ז). ועל לא תקפוץ את ידך (דברים טו, ז). ועל לא תעמוד על דם רעך (ויקרא יט, טז). ועל לא ירדנו בפרך לעיניך (ויקרא כה, נג). ובטל מצות פתוח תפתח את ידך לו (דברים טו, ח). ומצות וחי אחיך עמך (ויקרא כה, לו). ואהבת לרעך כמוך (ויקרא יט, יח). והצל לקוחים למות (משלי כד, יא). והרבה דברים כאלו" (שם, סעיף ב).
 כן נפסק כי 'כל רגע שמאחר לפדות השבויים, היכא דאפשר להקדים, הוי כאילו שופך דמים' (שם, סעיף ג)."

16. חשיבות מיוחדת מיוחסת במשפט העברי ל"פדיון שבויים" במוכן של הבאת לוחמים לקבורה – מעבר לערך הכללי של שמירה על "כבוד הבריות", עליו עמדתי לעיל. כך, למשל, פסק הרב שלמה זלמן אויערבאך, מגדולי פוסקי ההלכה במאה ה-20, כי הגם שפיקוח נפש דוחה את כל התורה כולה – ומכאן, לכאורה, שאין לסכן חיילים במשימת חילוץ חללים – "הפגיעה המוראלית בחיילים שרואים שאם הם יפלו חללים הם ישכבו בצד ואף אחד לא יטפל בהם, הוא גורם חשוב ברוח הלחימה ולכן מהווה פיקוח נפש" (יהודה זולדן שבות יהודה וישראל: ארץ ישראל – גוש קטיף, מנהיגות וצבא, ציבור וחברה פרק כא(ב)(4) (אייל פישלר עורך, תשס"ז)). בסוגיה שונה אך משיקה, פסק הרב שלמה גורן כי מותר לחלל את השבת על מנת לפנות גופות חללים מאזורי לחימה, משום "שהשארת לוחמים הרוגים בשדות הקרב גורם להורדת מוראל

הלוחמים" ו"בהתחשב ברגישות הנפשית המיוחדת שיש לנו כלפי בנינו הנופלים" (הרב רא"ם הכהן שו"ת בדי הארון: תשובות בנושאי השעה סימן ה' (אלעזר גולדשטיין, רועי גולדשמידט ושמעון פוגל עורכים, 2013)). בכואנו לפרש את תקנה 133(3) לתקנות ההגנה ביחס לקבורת המת וניהול משא ומתן לפדיון שבויים וחללים יש לתת, אפוא, את הדעת גם על ערכים יהודיים וישראליים מהותיים אלה.

17. מן האמור עולה כי בין תכליתיה השונות של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מתעורר קונפליקט מסוים, ומכאן שיש להמשיך אל השלב השלישי והאחרון של התהליך הפרשני – זיקוק תכליתיה הסופית של התקנה לאחר איזון בין התכליות הנוגדות, ובמסגרת גבולות הלשון. בשלב זה, "יילקחו בחשבון, בין היתר, חשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת, מידת הפגיעה בה ומכלול נסיבות העניין" (עניין מנאע, פסקה 47).

כאמור, קבורת חללי אויב – מחבלים, או חיילים סדירים – על ידי המפקד הצבאי, חלף מסירתן לקרובי המשפחה, פוגעת בזכותם של המת וקרוביו לכבוד. עם זאת, יש לזכור כי הסמכות שניתנה למפקד הצבאי מגלמת בתוכה את ההגנה על ליבת זכות זו; היא מורה לו להביא את הגופות לקבורה ראויה, ואינה מסמיכה אותו להחזיק אותן בתנאים לא ראויים. זאת ועוד, קבורת הגופות בישראל, ככלי לקידום משא ומתן להשבת אזרחים וחללים המוחזקים בידי האויב, נושאת מטבעה אופי זמני. לא מדובר, אפוא, בשלילה של אחוזת קבר משפחתית מן המרצחים – אלא בעיכוב הקמתה של אחת כזו, עד להתפוגגות שיקולי הביטחון הרלוונטיים (בין אם בשל הבשלת המשא ומתן, ואם מטעמים אחרים).

אל מול פגיעה מסוימת זו, ניצבים שיקולים המצויים בליבת תכליתיה של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה – קרי, הגנה על ביטחון המדינה ושלום הציבור מפני איום הטרור. השבת האזרחים המוחזקים בשבי החמאס, אברה מנגיסטו והישאם אל סייד, והבאת גופות חללי צה"ל, סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר אורון שאול ז"ל, לקבר ישראל, באות כשלעצמן בגדרי תכליות אלה. לא פחות מכך, להחזקת הגופות נודעת משמעות עקב השפעתה הפוטנציאלית על תוצאות המשא ומתן העתידי – תוצאות שעלולות להיות להן השלכות מרחיקות לכת על ביטחון הציבור הישראלי כולו (ראו, למשל, דברי השופט א' א' לוי בבג"ץ 914/04 ארגון נפגעי הטרור הערבי הבינלאומי נ' ראש הממשלה (29.1.2004); בבג"ץ 6063/08 שחר נ' ממשלת ישראל (8.7.2008)).

האיזון הראוי בין תכליות אלה מבהיר, אפוא, כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מבקשת להסמיך את המפקד הצבאי לצוות על קבורה ראויה של חללי אויב – יהיו אלה מחבלים או חיילים סדירים – כאשר שיקולים של ביטחון המדינה ושלום הציבור מונעים את מסירתן לקרובי המשפחה. יודגש: הסמכות שמקנה התקנה אינה מוגבלת למצבים בהם קיימת מניעה מעשית למסור את הגופות. התקנה אכן מבקשת למנוע את ניוולן של גופות חללי האויב, אך הממד הביטחוני בה מאפיל על זה ההומניטרי. המחוקק ביקש להקנות למפקד הצבאי סמכות לשקול קשת רחבה של שיקולים ביטחוניים – ולהכריע בסוגיית הקבורה בהתבסס על שיקולים אלה, למרות הפגיעה המסוימת בכבוד המת וקרוביו. כך, למשל, פסק הנשיא א' ברק בעניין ברכאת (עמ' 5-6) כי המפקד הצבאי מוסמך לצוות על מועד ומתכונת קבורתו של "מי שנפטר על רקע ביטחוני" – הגם שלא במסגרת עימות אלים עם כוחות הביטחון – אם סבר שהדבר נחוץ כדי למנוע התלהטות יצרים ופגיעה בסדר הציבורי:

"למפקד הצבאי נתונה הסמכות להורות, כי הלווייתו של מי שנפטר על רקע ביטחוני תתקיים בשעות הלילה ותוך השתתפות בני המשפחה בלבד. סמכות זו מקורה בסמכויות הכלליות של המפקד הצבאי לשמור על הסדר והביטחון באזור. היא מעוגנת גם בהוראות תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945."

חשובה עוד יותר לענייננו פסיקת בית משפט זה בעניין עבאס, שם קבע הנשיא מ' שמגר כי לא נפל פגם בשיקול הדעת של המפקד הצבאי עת התנה את השבת גופתו של מחבל חמאס בגילוי מקום קבורת החייל אילן סעדון ז"ל שנרצח בידי מחבלי הארגון (בג"ץ 6807/94 עבאס נ' מדינת ישראל (2.2.1995)). "סבירות" משמעה, "כי על הרשות לשקול את מלוא השיקולים הרלוונטיים הנגזרים מתכלית החוק, ואותם בלבד, ולהעניק לכל אחד מהם את משקלו הראוי" (בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 7 לחוות דעתי (13.4.2016)) – ומכאן שבעניין עבאס הוכרה סמכותו של המפקד הצבאי לשקול שיקולים מן הסוג העומד במוקד ההליכים שבכותרת.

הנה כי כן, גם אם הדברים אינם כתובים בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה בצורה מפורשת, ובוודאי לא "ברחל בתך הקטנה", פרשנות תכליתית של התקנה מבהירה כי המפקד הצבאי מוסמך להורות על קבורתם הארעית של חללי אויב – משיקולי ביטחון, ותוך גילוי כבוד למתים. אכן, בניגוד לעניין שנדון בבג"ץ ג'בארין (בג"ץ 5887/17 ג'בארין נ' ממשלת ישראל (25.7.2017)), המפקד הצבאי אינו מבקש להסתמך על הסמכה כללית לשמירה על הסדר, שאינה מכילה כל התייחסות קונקרטית לאפשרות של מניעת קבורה – או הגבלתה. לפנינו הוראה ייעודית בעניין הקבורה, ובמצב זה אין כל מניעה

להידרש לפרשנות כדי לעמוד על היקפה המלא (ראו והשוו בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 33-30 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (20.8.2008); בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 839-835 (1999)).

18. בטרם חתימת הדיון בשאלת הסמכות, אתייחס בקצרה למספר סוגיות. האחת – עניינה כלל ההסדרים הראשוניים, הקובע כי "בעניינים הנופלים בגדר 'הסדרים ראשוניים' רשות מנהלית אינה רשאית לפעול אלא על פי הסמכה ברורה של המחוקק" (יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379, 411 (2012)). במקרה שלפנינו, המחוקק הוא שהתווה את המדיניות העקרונית, וקבע כי המפקד הצבאי יוכל לצוות – משיקולי ביטחון – על מקום, עיתוי ומתכונת קבורתם של חללי אויב. בהיעדר מורכבות או מחלוקות חברתיות יוצאות דופן, לא ניתן, אפוא, לראות בהוצאת המדיניות אל הפועל במקרים העומדים לפנינו – קבורת גופות מחבלים, משיקולים ביטחוניים הקשורים במשא ומתן להשבת חטופים וחללים – משום הסדר ראשוני (ראו והשוו עניין אבו ערפה, פסקאות 63-57 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן; להתייחסות כללית לקשיי הזיהוי של הסדרים ראשוניים ראו, למשל, בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פסקה 19 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (2.7.2014)). מכל מקום, נוכח ההסמכה המפורשת העולה, כאמור, מתכלית תקנה 133(3) לתקנות ההגנה ולשונה, הרי שאין בכלל ההסדרים הראשוניים – גם אם אניח כי הוא רלוונטי לענייננו – כדי להשפיע על התוצאה (שם, פסקה 21; עניין מנאע, פסקאות 14-15). למעלה מן הצורך, אוסיף כי הרובד החוקתי שיש המייחסים לכלל זה (שם, פסקאות 22-25) אינו משליך על מעמד תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, החוסה תחת פסקת שמירת הדינים.

19. סוגיה נוספת קשורה בהשוואה האפשרית לפרשת "קלפי המיקוח", במסגרתה העניק בית משפט זה פרשנות מצמצמת לסעיף 2 לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, וקבע כי הוא אינו מסמיך את שר הביטחון להורות על מעצר אדם שלא נשקפת ממנו סכנה – גם אם הדבר עשוי לקדם משא ומתן לשחרור שבויים (דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000); להלן: עניין פלונים). בפתח הדברים אומר, כפי שציין גם חברי, השופט י' דנציגר (בפסקה 25 לחוות דעתו), כי ההשוואה בין עוצמת הפגיעה בכבודו וחירותו של אדם המוחזק במעצר, לזו הכרוכה בקבורת מחבל באופן שאינו הולם את משאלותיו, מעוררת קושי. מאחר ופרשנות הנורמה שעל הפרק מושפעת, במידה רבה, מטיב הזכות הנפגעת ומידת הפגיעה בה, הרי שלהבדל זה משמעות פרשנית שלא ניתן להתעלם ממנה. זאת ועוד, הפרשנות

המצמצמת שהועדפה בעניין פלונים מעוגנת בתכליות חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), ומשקפת הבחנה מהותית בין מעצר אדם המסכן את ביטחון המדינה – למעצר של אחר, אשר אינו מהווה, כשלעצמו, כל סיכון. מנגד, תקנה 133(3) לתקנות ההגנה – שמעצם טבעה מתמקדת בשיקולי ביטחון סביבתיים, שהרי מן המתים לא נשקפת עוד סכנה – אינה מניחה כל יסוד להבחנה אקראית בין קבורת ארעי לקבורת קבע, או בין קבורת חללי צבאו הסדיר של האויב לקבורת מחבלים. השאיפה להרחבת ההגנה על כבוד המת ראויה, אך לא ניתן לבסס עליה תוצאה שרירותית, המבחינה באופן אקראי בין סיטואציות שונות – ולמעשה, דורשת מן המחוקק לפרט באופן נוקדני כל מצב שבו עלול המפקד הצבאי להיתקל, גם אם מן הבחינה המהותית אין בו כל ייחוד. יש לזכור כי, כפי שהדגישו שופטי הרוב בעניין אבן זוהר –

”ממעמדה של זכות הקניין כזכות חוקתית נשלחות “קרני אור” פרשניות אל עבר החקיקה הישנה שקדמה לחוק היסוד, ובתוך כך גם לעבר תקנות ההגנה שחוקקו על ידי המחוקק המנדטורי בשנת 1945. עם זאת, השפעתן של אותן “קרני אור” פרשניות מוגבלת ומתוחמת לשוליה של הוראת החוק הישנה, ואין בכוחן להפוך את יוצרותיה, ולשנות את מהותה בגרעינה העמוק (פסקה 10 לחוות דעתה של השופטת א’ פרוקצ'יה [ההדגשה אינה במקור]; ראו והשוו פסקאות 5 ו-10 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן).

בהיעדר עיגון תכליתי להבחנה בין קבורת קבע לקבורת ארעי, או בין שיקולי ביטחון שעניינם הפרות סדר בטקס הקבורה לכאלה שעניינם השבת אזרחים המוחזקים בידי האויב, לא ניתן לשנות את מהותה של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה – על אף השינוי שחל במעמד “כבוד המת”.

20. אחתום את הדיון במישור הסמכות בהצטרפות לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט י' דנציגר, לפיה “[ש]אין בדין הבינלאומי ההומניטרי או במשפט זכויות האדם הבינלאומי איסור חרות על החזקת גופות במסגרת עימות מזוין” (פסקה 37 לחוות דעתו) – לבטח כשהדבר נחוץ לצורך ביטחוני נקודתי וממשי. משכך, ולאור תחולתן של תקנות ההגנה הן בתחומי מדינת ישראל והן באזור (ראו, למשל, בג”ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ”ד מג(2) 529, 532-533 (1989)), אין יסוד להבחנה בין גופות של מחבלים תושבי האזור או תושבי ישראל – וסמכותו של המפקד הצבאי תקפה ביחס לכולן.

אעיר רק כי פסיקות בית הדין האירופי לזכויות אדם אותן הזכיר חברי Maskhadova v. Russia, no. 18071/05, ECHR (2013); *Sabanchiyeva v.*) לגופות מחבלים תושבי ישראל. בפסקי הדין האמורים, נקבע כי החלטת הרשויות ברוסיה שאין להשיב גופות מחבלים לבני משפחותיהם פוגעת באופן בלתי מידתי בזכות לפרטיות ולחיי משפחה (המעוגנת בסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם, ה-ECHR). ברם, נימוקי בית הדין דווקא מבליטים את ההבדל המהותי בין המדיניות הרוסית שנפסלה, לבין תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, העומדת לדיון לפנינו. ראשית, בדונו בטענות בני המשפחות ציין בית הדין (שם, § 138) כי פגיעתו של ההסדר הרוסי חמורה במיוחד –

“In that it completely precluded them from any participation in the relevant funeral ceremonies and involved a ban on the disclosure of the location of the grave, thus permanently cutting the links between the applicants and the location of the deceased’s remains.”

משמע, הפגיעה בזכויות מתעצמת מאחר והחלטת הרשויות הרוסיות מנתקת באופן מוחלט ובלתי הפיך את הקשר בין בני המשפחות לקברי יקיריהן – תוך הדרת המשפחות מטקסי הקבורה, והטלת חיסיון על אתר הקבורה. מובן כי מאפיינים אלה אינם רלוונטיים ביחס לדין הישראלי, שאינו שולל שיתוף של המשפחה בהליך הקבורה, מאפשר את חשיפת אתר הקבורה – ובוודאי שאינו מנתק באופן מוחלט את הזיקה בין המשפחה ליקירה המת. יתר על כן, ענייננו, כזכור, בקבורה ארעית במהותה, ומכאן שגופות המחבלים יוחזרו בעתיד לקרובים, אם במסגרת עסקת חילופין ואם לאחר שעסקה כזו תרד מעל הפרק.

פסקי הדין של ה-ECtHR, שתוצאתם התבססה על אופיו הגורף והבלתי מידתי של ההסדר הרוסי, ממחישים גם את חשיבות ההבחנה בין מישורי הסמכות ושיקול הדעת – ומלמדים כי שאלת הסמכות לחוד (וכזו אכן נמצאה בהקשר הרוסי) ושאלת שיקול הדעת לחוד. יתר על כן, עולה מהם כי המתווה שגובש מכוח תקנה 133(3) לתקנות ההגנה עומד במבחני הסבירות והמידתיות. כפי שהדגיש בית הדין (שם, § 144-146; ראו גם פסקאות 233-238 בעניין Maskhadova) –

“The relevant official did not take the decision using a case-by-case approach and included no analysis which would take into account the

individual circumstances of each of the deceased and those of their family members [...] that was so because the applicable law treated all these questions as irrelevant, the decision of 15 May 2006 being a purely automatic measure [...] Having regard to the automatic nature of the measure, the authorities' failure to give due consideration to the principle of proportionality, the Court finds that the measure in question did not strike a fair balance between the applicants' right to the protection of private and family life, on the one hand, and the legitimate aims of public safety, prevention of disorder and the protection of the rights and freedoms of others on the other."

דהיינו, חוסר המידתיות של החלטות הרשויות הרוסיות נובע מן האופי הגורף של החקיקה המקומית, השוללת מכל וכל, בצורה אוטומטית וללא התחשבות בנסיבות הקונקרטיות, את החזרת גופות המחבלים למשפחותיהם, ומונעת אף "some kind of opportunity for paying their last respects to the deceased person" § 143). מכלל לאו אתה שומע הן: אין פסול אינהרנטי בקבורת גופות מחבלים על ידי הרשויות חלף מסירתן המיידית לקרובי המשפחה – ובלבד שהפעלת הסמכות נעשית על בסיס פרטני ומידתי, תוך בחינת מכלול שיקולי העניין. כאמור, המדיניות שאימצה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, והחלטותיו הקונקרטיות של המפקד הצבאי, מבוססות על בחינת פרטנית של זהות המחבל ונסיבות האירוע, ואף אינן שוללות באופן אינהרנטי את השתתפות המשפחה בטקס הקבורה. כלל ובצידו חריג. חריג ולצידו בדיקה פרטנית. משכך, ובניגוד מובהק להסדר הרוסי, מדובר בהחלטות מידתיות שאין עילה להתערב בהן.

21. הנה כי כן, המפקד הצבאי מוסמך לצוות על מקום, עיתוי ומתכונת קבורתן של גופות חללי אויב – קבורה שבמקרים רבים היא ארעית מטבעה – כאשר שיקולי ביטחון מחייבים זאת. מובן כי בהפעילו את שיקול דעתו על המפקד לאזן בין שיקולים אלה ובין זכויות המת וקרוביו לכבוד. אולם, כפי שהובהר לגבי מרכיבים אחרים של תקנות ההגנה, סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד (בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 20 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (31.3.2016); בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 23 (12.11.2015) [להלן: עניין חמאד]; עניין אלשוואמרה, פסקה 17), ואין במגבלות על אופן הפעלת שיקול הדעת כדי לטשטש את גבולות הסמכות.

22. משהגעתי למסקנה כי המפקד הצבאי מוסמך לצוות על קבורת גופות מחבלים משיקולי ביטחון הקשורים במשא ומתן להשבת אזרחים וחללים – יש לבחון האם ההחלטות הקונקרטיות בעניין העותרים שלפנינו, על המדיניות הכללית שבבסיסן, עומדות במבחני הסבירות והמידתיות.

סבורני כי הפעלת הסמכות על ידי המפקד הצבאי, בהתאם למדיניות ועדת השרים, אינה נופלת מחוץ למתחם הסבירות – שעל גבולותיו ניתן לעמוד, למצער בהקשר של פגיעה בזכויות יסוד, גם באמצעות מבחני המידתיות (לדיון ביחס בין הסבירות למידתיות ראו בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 118 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן (31.10.2017), ובמקורות המוזכרים שם. בכל מקרה, יש שוני בין מבחן הסבירות ומבחן המידתיות, ובין מבחן המידתיות בכלל לבין מבחן המידתיות לפי סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). כך, החומר שהציגו המשיבים, הן בכתבי הטענות מטעמם והן במהלך הדיון שהתקיים במעמד צד אחד, מלמד כי מדיניות הקבורה מבוססת על הערכות גורמי הביטחון בדבר תרומתה האפשרית לקידום המשא ומתן להחזרת האזרחים וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי החמאס. ועדת השרים קיבלה את החלטתה לאחר מספר דיונים במסגרתם הוצגו בפניה הערכות שירות הביטחון הכללי ומתאם שבויים ונעדרים במשרד ראש הממשלה, ונשמעו עמדות המועצה לביטחון לאומי וצה"ל. מהערכות אלה עולה שקבורתם בישראל של מחבלים "בשיוך חמאס", או כאלה שביצעו "אירוע טרור חריג במיוחד" ובעל משמעות סמלית מובהקת, תסייע בקידום המשא ומתן להשבת האזרחים אברה מנגיסטו והישאם אל סייד, וגופות חללי צה"ל סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר אורון שאול ז"ל. זאת, גם אם המגעים לגיבוש עסקת חליפין טרם הגיעו לשלב מתקדם. כמו כן, ציינו המשיבים כי "הדרג המדיני מקיים, ועתיד לקיים, הערכות מצב עיתיות בסוגיה זו" – כמתחייב נוכח הפגיעה בכבוד המת וקרוביו (השוו עניין חמאד, פסקה 27).

אף ההחלטות הקונקרטיות מושא העתירות שלפנינו מבוססות על תשתית עובדתית הולמת בדבר שיוכם הארגוני של המחבלים, "סמליות" אירוע הטרור שבמהלכו מצאו את מותם – מנקודת מבטם של ארגוני הטרור – או שניהם גם יחד. כך, המחבל מוסבאח אבו סביח, שרצח בחודש אוקטובר 2016 שוטר מג"ב ואזרחית ישראלית, מזוהה עם ארגון החמאס (בג"ץ 285/17) – כמוהו כבניהם של עותרים 2 ו-3 בבג"ץ 8503/16 (הראשון, שהיה מעורב בניסיון פיגוע בחודש יולי 2016, ורעהו שנמנה על רוצחי הרב מיכאל מרק ז"ל באותו חודש), ובנו של עותר 7 בבג"ץ 4466/16 (שביצע פיגוע התאבדות בירושלים בחודש אפריל 2016). אשר לגופת בנו של עותר 4

בבג"ץ 8503/16, הובהר כי זו מעוכבת נוכח הנסיבות הקשות של הפיגוע שביצע – רצח הילדה הלל יפה אריאל ז"ל בעת שישנה במיטתה, בחודש יוני 2016 – וה"מעמד" לו זכה המחבל בקרב ארגוני הטרור. לבסוף, ההחלטה בעניינו של המחבל פאדי קונבר (בג"ץ 6524/17), שרצח ארבעה חיילים בפיגוע דריסה שביצע בחודש ינואר 2017, נשענת על הנסיבות הקשות של הפיגוע ועל נטילת האחריות לו בידי ארגון החמאס. כאמור, על פי הערכות גורמי הביטחון, ארגון החמאס מייחס חשיבות רבה יותר לגופות אנשיו, או לגופות מחבלים שביצעו פיגועים חמורים במיוחד – כך שהחזקת גופות אלה מקדמת באופן אפקטיבי את המשא ומתן להשבת האזרחים וגופות החללים המוחזקים בידי הארגון.

בנסיבות אלה, אין ספק של ממש כי עיכוב גופות המחבלים נעשה לתכלית ראויה – קידום השבת האזרחים וחללי צה"ל המוחזקים בידי החמאס, והשפעה על המשא ומתן בעניין באופן שיצמצם את הפגיעה בביטחון המדינה ושלום אזרחיה – ולא כאמצעי ענישה שרירותי.

23. יתר על כן, די בתשתית העובדתית שהוצגה בפנינו כדי להצביע על סבירות האמצעים שבהם נקט – או מבקש לנקוט – המפקד הצבאי, בהתאם למדיניות ועדת השרים, לצורך קידום התכלית האמורה. עם זאת, הקשר בין האמצעים לתכלית עשוי להיחלש, ואף בצורה ניכרת, בהתאם לנסיבות המשתנות. כאמור, הגופות שבהן עוסקות העתירות שלפנינו מוחזקות בידי מדינת ישראל תקופה לא קצרה – המגיעה עד כדי 20 חודשים (בג"ץ 4466/16). אכן, שיקולי הביטחון העומדים בבסיס מדיניות ועדת השרים והחלטות המפקד הצבאי מחייבים הימנעות מקביעת "תאריך תפוגה" קשיח, שעם הגיעו יהיה על המשיבים להחזיר את גופות המחבלים למשפחותיהם. יתר על כן, ניסיון העבר מלמד כי לא ביום אחד נבנו רומא, או הגשר להסדר, ולא בשנה אחת הבשילו עסקאות לחילופי שבויים או גופות חללים (ראו, למשל, בג"ץ 7523/11 אלמגור ארגון נפגעי טרור נ' ראש המחשלה (17.10.2011) ובג"ץ 9446/09 קרמן נ' ראש ממשלת ישראל (1.12.2009), בנוגע להשבת החייל גלעד שליט). בה בעת, מובן שאין להשלים עם החזקה בלתי מוגבלת של גופות המחבלים, וכי על הרשויות המוסמכות לשוב ולבחון לעיתים מזומנות את הנסיבות המשתנות. זאת, הן ביחס למדיניות הכללית (קרי, מידת ה"קונקרטיות" של עסקת חליפין אפשרית), והן ביחס ל"ערך" של החזקת מחבלים ספציפיים (דהיינו, מידת חשיבותם העדכנית מנקודת המבט של ארגון החמאס). מבלי לקבוע, אפוא, סד זמנים מוגדר, ניתן לקבוע כי בשלב זה האמצעים בהם נקט המפקד הצבאי לצורך קידום התכלית הראויה של המדיניות העומדת בבסיס

פעולותיו מצויים במתחם הסבירות – בכפוף לבחינה עיתית מחודשת של הסוגיה, כפי שהתחייבו המשיבים.

נוכח הערכות גורמי הביטחון באשר לתרומתה האפשרית של המדיניות שעל הפרק לאינטרסים הביטחוניים (והמוסריים) הכרוכים בהשבתם ארצה של האזרחים וחללי צה"ל, הרי שלא הוצגה חלופה ממשית למדיניות זו, וליישומה במקרים שלפנינו, תוך צמצום הפגיעה בכבוד המת.

יודגש כי החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מורה כי גופות מחבלים יושבו לבני משפחותיהם – למעט במקרים נדירים יחסית. על כך מעיד גם מבחן התוצאה: חלק הארי של גופות המחבלים שנהרגו בשנים האחרונות במהלך פיגועי טרור הוחזרו למשפחותיהם, שעה שהעתירות שלפנינו עוסקות ב-6 גופות בלבד. כלומר, המשיבים נמנעו מאימוץ מדיניות גורפת ופוגענית של החזקת גופות מחבלים, והסתפקו בהסדר פרטני המעניק משקל לשיוכו הארגוני של כל מחבל, ולאופי הפיגוע שביצע. זאת ועוד, ועדת השרים והמפקד הצבאי הורו על קבורת הגופות הרלוונטיות – להבדיל מהחזקתן במתכונת אחרת, שפגיעתה בכבוד המת גדולה יותר.

אגב, ולהשלמת המבט של המשפט העברי, נזכיר פסיקה בתקופת מלחמת השחרור. הרב הראשי הספרדי הראשון של מדינת ישראל, הרב עוזיאל, התייחס למצב בו בשעת מלחמה ובשל אילוצי השעה נקבר חייל בקיבוץ איילת השחר, כאשר משפחתו ומרכז חייו מצויים בעיר תל אביב. נפסק כי, בהתאם לנסיבות, ניתן לראות בקבורה זו כקבורה זמנית, ויש מקום להעביר את הגופה לבית הקברות בנחלת יצחק (בן ציון מאיר חי עוזיאל פסקי עזיאל: בשאלות הזמן סימן לו (תשל"ז)). על אף השינויים הבולטים והברורים בין מקרה כזה לבין ענייננו יש בכך לחזק את המובן. קבר ארעי ממלא את הדרישה, ולו הראשונית, לחובת קבורת המת. כך, גם אם נוצרת פגיעה בכבוד המת ומשפחתו, המצדיקה את העברת הגופה בשלב מאוחר יותר.

24. לבסוף, החלטות המפקד הצבאי עומדות אף במבחן של נזק מול תועלת. כפי שצינתי לעיל, מדובר בהחלטות שפגיעתן בזכות המתים ומשפחותיהם לכבוד מצומצמת יחסית – ואינה ממוקדת במרכז הזכות. ענייננו בקבורה ארעית במהותה, שאינה מנתקת את זיקתם של בני משפחות המחבלים למתיהם – ואינה מונעת מהם, בהכרח, לפקוד את הקברים הארעיים, ואף ליטול חלק בקבורה (בכפוף, כמובן, לשיקולי ביטחון רלוונטיים). קבורת המחבלים בצורה ראויה, בהתאם למנהגי דתם, ובאופן המאפשר זיהוי עתידי של גופותיהם, מצמצמת עוד יותר את הפגיעה בכבודם.

אשר על כן, באיזון בין פגיעה זו לבין התכליות הביטחוניות המהותיות הניצבות ביסוד המדיניות שמכוחה התקבלו החלטות המפקד הצבאי, הכף נוטה, מן הבחינה העקרונית, לזכות האחרונות.

יש לזכור כי המדיניות שאימצה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, ולאורה פעל – ומבקש לפעול – המפקד הצבאי, מצומצמת ומוגבלת. היא מתייחסת רק לגופות מחבלים המזוהים עם החמאס, או שהפעולות האכזריות שביצעו הקנו להם "ערך" בעיני ארגון טרור זה. יתר על כן, החלטות המפקד הצבאי עוסקות במחבלים שיצאו למסעות הרג עיוורים ואכזריים – גם אם, למרבה המזל, בחלק מן המקרים לא עלה בידיהם להוציא את זממם אל הפועל (ראו והשוו, עניין אבו חדיר, פסקה לג לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין). כל עוד יש יסוד ממשי להניח כי החלטות המפקד הצבאי יעילות – במובן זה שיש בהן כדי לקדם את האינטרסים הביטחוניים הכרוכים בהשבת האזרחים וגופות החללים המוחזקים בידי החמאס, גם אם לא באופן מיידי ונראה לעין – הן מצויות בתוככי מתחמי הסבירות והמידתיות, ואין להתערב בהן.

25. סוף דבר, פרשנות תכליתית של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מלמדת כי המפקד הצבאי מחזיק בסמכות רחבה להורות על קבורת גופות מחבלי או חללי אויב, משיקולים של הגנה על ביטחון המדינה ושלום אזרחיה – ותוך שמירה על כבוד המת. אין ספק כי השבת אזרחים וחללי צה"ל המוחזקים בידי האויב, וצמצום המחיר הביטחוני הכרוך בכך, מצויים בליבת שיקולים אלה, ומכאן שהמפקד הצבאי מוסמך להורות על קבורת גופות מחבלים לצורך קידום התכלית האמורה. ההבחנה בין מישור הסמכות למישור שיקול הדעת מהותית. גם כאשר יש צידוק להגבלת אופן הפעלת הסמכות, לא ניתן להתעלם בהינף קולמוס מלשון הנורמה המסמיכה ותכליותיה ולהעניק לה "פרשנות" שרירותית מצמצמת. במקרים אלה, "קרני האור" שמשגרים חוקי היסוד ישליכו על מישור שיקול הדעת, אך אין בהן כדי לשנות את מהותה הבסיסית של הנורמה המסמיכה ולחתור תחת תכליותיה.

מן החומר שהוצג לפנינו, עולה כי החלטות המפקד הצבאי העומדות לפנינו מבוססות על תשתית עובדתית מלאה ועדכנית, ועומדות במבחני הסבירות והמידתיות. לפיכך, לו תישמע דעתי, נקבע כי המפקד הצבאי מוסמך להוסיף ולפעול באופן סביר ומידתי בגדרי סמכותו, ולצוות על קבורת גופות מחבלים.

26. נוכח חשיבות הדברים, וכדי למנוע אי הבנה בסוגיה רבת ניואנסים, אסכם את עמדתי ביחס למישור שיקול הדעת והפעלת הסמכות. תחילה נאמר את המובן מאליו, שעשוי ליפול בין הכיסאות והשולחן של הטרור: המצב המתבקש היה כי גופות מתים, לרבות מחבלים, יוחזרו למשפחותיהם – בהתאם לכלל שקבעה ועדת השרים, וללא חריגים. ואולם, הכיעור והאכזריות שמפגינים ארגוני הטרור, המחזיקים באזרחים ובגופות חללי צה"ל ודורשים מחיר לא רק עבור החיים שברשותם אלא גם בשל המתים, אינם מותירים מנוס. במציאות זו, שאף היא נכפית עלינו, יש לצעוד על חבל דק בין השגת היעד של החזרת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל, לבין שמירה על כבוד המת – אף של מחבלים. וכמובן, אם הדין מכיר ברגשות קרובי המחבלים, קל וחומר שזעקת המשפחות של החיים והמתים המוחזקים בידי החמאס לא תיתן לנו מנוח. לשון אחר: הכרה במציאות, הקשבה לקול החי שאינו במקומו ולקול דמי אחינו, שאף הם לא הגיעו למקומם, ושמירה על עקרונות היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

במישור זה, נודעת חשיבות מיוחדת למתווה המדויק של מדיניות המשיבים, על פיו – כפי שהבהיר ב"כ המדינה – החזקת גופות המחבלים היא בגדר חריג שבחריג. משמע, גם גופות מחבלים המשתייכים לשתי הקטגוריות הרלוונטיות ייקברו ארעית רק על רקע משא ומתן קונקרטי להשבת אזרחים וגופות חללים המוחזקים בידי ארגוני הטרור. אין למנוע העברת גופה לקראת הבאות. גורמי הביטחון אמורים, כפי שנהגו כאן, להפעיל שיקול דעת אינדיבידואלי בדבר קידום המשא ומתן להשבת האזרחים וחללי צה"ל המוחזקים בידי החמאס. עניין זה עדין מאד. אל לנו לעצום עין מאופי המשא ומתן בנושאים כה רגישים בין המדינה לבין ארגון טרור, גם באמצעות צד ג'. יתכן מצב בו ארגון הטרור מכריז שלא מתנהל משא ומתן, אך בפועל זה אינו המצב אלא רק שלב נוסף במשא ומתן. החשוב הוא, כי במקרה שאכן אין משא ומתן, ולא מתקיימים מגעים קונקרטיים כלשהם לקיום עסקה, יוחזרו הגופות. אך כל עוד יש סיכוי שאינו תיאורטי או דחוק לקידום המשא ומתן אין חובה להחזיר. נקודה חשובה נוספת היא, כפי שהובהר לעיל, שכבוד המת כרוך בקבורתו. המצב בו מוחזקות גופות המחבלים לאורך זמן שלא בדרך של קבורה – אף אם, כמו במקרים שלפנינו, הדבר נובע מבקשת המשפחות – עלול לפגוע יתר על המידה בכבוד המת ובעקרונות המחויבים על ידי המשפט הבינלאומי. אין צורך במקרה זה לכמת ולשרטט גבולות זמן, אך כאמור ככל שחולף הזמן גובר הצורך בקבורת הגופה, וממד הזמן אף מהווה שיקול ביחס למועד החזרתה. ושוב, אין נוסחאות תחשיביות. העניין תלוי במגעים, במשא ומתן ובנקודה אליו הגיע. בענייננו, ועל סמך החומר שהוגש, עולה כי כך פועלים המשיבים במקרה זה – אם כי, להשקפתי הגיעה העת לקבור בקבורה ארעית את הגופות

המוחזקות. מובן שעל ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, ועל המפקד הצבאי, לבחון באופן עיתי את המדיניות הקיימת – ואת אופן יישומה במקרים ספציפיים – ולהימנע מקבורתן בישראל של גופות מבלי שיהיה בכך כדי לקדם את המשא ומתן להשבת האזרחים והחללים המוחזקים בידי החמאס.

27. לא נותר אלא לסיים בהבעת תקווה כי פרץ של אנושיות – או, למצער, אינטרס החמאס – יגבר על טירוף הטרור, ויאפשר למתים לנוח בשלום על משכבם. לו יהיה בהפעלת הסמכות לפי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה כדי להחיש את שובם בשלום של האזרחים אברה מנגיסטו והישאם אל סייד אל חיק משפחותיהם, ואת הבאתם של לוחמי צה"ל, סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר אורון שאול ז"ל, לקבר ישראל – דיינו. הייתי דוחה את העתירה ללא צו להוצאות. להשקפתי, נכון יהיה לבטל את צו הביניים ולהביא בהקדם את שתי הגופות הנותרות לקבורה ארעית במקום שיקבע המפקד הצבאי.

ש ו פ ט

הוחלט לקבל את העתירות ברוב דעות השופטים י' דנציגר ו-ג' קרא, ובניגוד לדעתו החולקת של השופט נ' הנדל שלפיה דין העתירות להידחות.

ניתן היום, כ"ו בכסלו התשע"ח (14.12.2017).

ש ו פ ט

שופט

שופט