

בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה

בעניין: 1. הלאל

2. הלאל

3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ר"ר לוטה זלצברגר

ע"י ב"ב עו"ד אנדרה רוזנטל

מספר רשיון 11864

מרח' צלאח א-דין 15, ת"ד 19405, ירושלים 9119301

ה ע ו ת ר י ם

טלפון 6250458, פקסימיליה 6221148

נגד

מפקד כוחות צה"ל כגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה

משרד המשפטים, ירושלים

ה מ ש י ב

טלפון 6466590, פקס' 6467011

עחירה למתן צו על חנאי

בית משפט הנכבד מתבקש להזמין את המשיב לכוא וליתן טעם מדוע אין הוא מקיים את הכטחתו המנהלית מפברואר 2005 ומחזיר את גופת אחיהם, הלאל לקבורה על ידם לאחר שהגופה אותרה בינואר 2018.

ואלה נימוקי העתירה:

העובדות

1. העותרים 1 ו-2 הינם אחיו של הלאל, ת"ז , שנהרג על ידי כוח צה"ל ביום 18.4.2002. כל עוד גופת אחיהם לא תקבר על ידם לא יהיה סגירת מעגל. תצהירי עותרים 1 ו-2 רצ"ב ומסומנים באותיות ע' 1 ו-2 בהתאמה.
2. עותרת 3 הינה עמותה רשומה הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים כשטחים הכבושים.

3. ביום 25.6.2015 הוגשה עתירה, בג"ץ 4422/15, ע"י אותם עותרים לאיתור מקום קבורת הגופה ולהחזרתה לקבורה על ידי המשפחה. במסגרת עתירה זו פורטו ההליכים שננקטו על ידי עותרת 3 כדי להחזיר את הגופה למשפחה. יצוין כי במועד הגשת העתירה, שנת 2015, מיקום קבורתה של הגופה לא היה ידוע למשיב. רק בהודעה המדינה מיום 14.1.2018, קצת פחות משלוש שנים לאחר הגשת העתירה ו-16 שנה לאחר מותו, נמסר כלהלן:
- נבקש לעדכן כי מגורמי הרבות הצבאית נמסר כי תוצאות הליך הבדיקה הן כי אכן אוחרה גופתו של הלא. יובהר כי בוצע ויהוי מדעי, בהתאם לדרישות המשיב.
4. ביום 19.7.2018 הודיעה המדינה כי המשיב החליט, בהתאם להחלטת הקבינט, ב/171 מיום 1.1.2017, שלא להחזיר את הגופה לקבורה על ידי המשפחה. לטענת המדינה הגופה משוא עתירה זו הינה גופה המשויכת לחמאס.
5. עוד במסגרת בג"ץ 4422/15 ניסה ב"כ העותרים, בהגשת תגובה ביום 13.2.2020, לאחר קבלת רשות, לשכנע את בית המשפט הנכבד כי להחלטת הקבינט משנת 2017 אין תחולה רטוראקטיבית. עוד הפנה ב"כ העותרים להנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 2004 בדבר קביעת קריטריונים להחזרת גופותיהם של מפגעים אשר היו בחוקף עת נתנה ההבטחה המנהלית על ידי המשיב בשנת 2005. להלן נוסח הנחייה זו:
- 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 ושלום הציבור באזור. לפיכך, יש להחזיר גופות מחבלים למשפחותיהם, אלא בהתקיים טעמים קונקרטיים מיוחדים המצדיקים סטייה מכך. כדוגמה לטעמים מעין אלו ניתן להביא עסקה קונקרטיה של חילופי גופות ..., או חשש קונקרטי כי החזרת גופה מסוימת תסכן, ברמת הסתברות גבוהה, את בטחון האזור.
6. בהתאם להנחיה זו, בעקבות פנייה עותרת 3 אל המשיב ביום 27.2.2005, הודיע המשיב כלהלן:
- נציין, כי עמדתו של המפקד הצבאי לעניין זה הינה, כי בכפוף לזיהוין המדעי של גופות המפגעים שבנדון, לא תהא מניעה עקרונית להשבת הגופות לידי משפחותיהם.

העתק פנייה עותרת 3 וההבטחה המנהלית של המשיב רצ"ב ומסומן באותיות ע'
3 ו-ע' 4.

7. בפסק דין מיום 18.5.2020 החליט בית המשפט הנכבד כלהלן:
החלטנו אפוא למחק את העתירה, והיא נמחקת בזאת, תוך שמירת
זכותם של העותרים להגיש עתירה ביחס להחלטה הסופית לגבי גופת
המחבת.
העתק פסק הדין בבג"ץ 4422/15 רצ"ב ומסומן באות ע' 5.

הטיעון

הבטחה מנהלית

8. העותרים טוענים כי יש לקיים את הבטחת המשיב שנתנה בשנת 2005, לאחר
איתור מקום קבורתה של הגופה וזיהויה המדעית. כאמור אין חולק בדבר זיהוי
הגופה ומיקום קבורתה כעת. העותרים מפנים לעע"מ 7275/10 הועדה המיוחדת
לפי חוק יישום תכנית ההחנתקות, התשס"ה-2005 נ' עימרם שקד ו-18 אח'
(פורסם באתר נבו) בו בית משפט הנכבד פירט את התנאים בהם מתקיימת
הבטחה שלטונית.

- א. תחילה יש להוכיח כי מפקד כוחות צה"ל, המשיב, אכן הבטיח
להחזיר את הגופה. לדידם של העותרים נספח ע' 3 מוכיח זאת.
- ב. השלב הכה הוא להוכיח כי אותה הבטחה היתה מפורשת וברורה,
ולא מוטלת בספק. כאמור במכתב נרשם "כי עמדתו של המפקד הצבאי
לעניין זה, הינה כי בכפוף לזיהוין המדעי של גופות המפגעים שכנדרון,
לא תהיה מניעה עקרונית להשבת הגופות לידי משפחות." לדידם של
העותרים קשה להיות יותר ברור ומפורש.
- ג. אין חולק כי למפקד הצבאי הסמכות לתן אותה הבטחה.
- ד. אין ספק כי במתן ההבטחה המנהלית המפקד הצבאי התכוון להקנות
לה חוקף משפטי.
- ה. אין ספק כי המפקד הצבאי בעל יכולת למלא אחרי אותה הבטחה וכי
העותרים הבינו אותה כהבטחה מחייבת.

9. לטענת העותרים בהתאם להנחית היועץ המשפטי ראז, וכן הלכה הפסוקה של
בית המשפט הנכבד הזה, יש להורות על החזרת הגופה לקבורה על ידי עותרים 1

ו-2. כל עוד הגופה לא נקברה על ידי המשפחה, אין סגירת מעגל. וכפי שנאמר על ידי כבוד השופט רובינשטיין בע"מ 7275/10 – כאשר מתכוונת הרשות להקנות חוקף משפטי מחייב להתבטאויותיה, וכך מובנים דבריה על-ידי מקבל ההכטחה, קם האינטרס שהרשות תעמוד כדיבורה ותמלא את החייבויותיה. (סעיף לה, סיפא, ע' 20 לתדפיס פסק הדין.)

רטרואקטיביות

10. העותרים מוסיפים וטוענים כי הפעלת החלטת הממשלה משנת 2017 על מעשה שערה בשנת 2002 הינה הפעלה רטרואקטיבית אשר אינה מוכרת בשיטת המשפט הישראלי.

11. בכג"ץ 8134/11 אשר נ' שר האוצר (פורסם באתר נבו), קבע בית המשפט הנכבד הזה, בסעיף 19 לפסק הדין, כלהלן:

ככלל, פוגעות נורמות רטרואקטיביות "בעקרונות יסוד של צדק והגינות; ביכולת ההסתמכות וביציבות המשפטית; וכפועל יוצא גם באמון הציבור במוסדות השלטון" (ע"מ 7749/09 אורט ישראל נ' המחמנה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פס' 29 (פורסם בנבו), 30.11.2011), להלן: עניין אורט – ומכאן הסתייגותו של המשפט מהן. פעולות מנהליות החלות למפרע כפופות למבחן כפול של סמכות וסבירות, ואף אם קיימת סמכות לביצוע הפעולה הרטרואקטיבית, נקודת המוצא היא כי מדובר בהחלטה פסולה ובלתי סבירה. אין בכך כדי לומר כי בשום מקרה אין הרשות רשאית להחיל את החלטותיה למפרע, אלא שככלל שינויים במדיניות של הרשות ראוי שיהיו מכאן ולהבא (ראו: כג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, 598-599 (1998)).

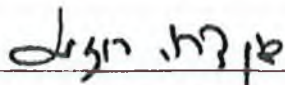
העותרים טוענים כבמקרה דנן, אי החזרת הגופה לקבורה בהתאם להחלטת הממשלה משנת 2017 על אירוע משנת 2002 כאשר המשיב הוריע בשנת 2005 כי הוא מוכן, בכפוף לתנאים שקוימו, להחזיר את הגופה לקבורה על ידי המשפחה הינו מעשה בלתי סביר בעליל.

12. בדנ"א 3993/07 פקיד השומה ירושלים נ' איקאפורד בע"מ (פורסם באתר נבו) דן בית המשפט הנכבד הזה בעקרון היסוד של השיטה בכל הקשור לחוק עם תחולה

רטרואקטיבית. בהמשך, דן בית המשפט בתחולה רטרואקטיבית על נורמות מנהליות. וכך קבע בית המשפט הנכבד הזה, סעיף 34 לפסק הדין:

תחולתן בזמן של נורמות מינהליות החזקה כנגד חקיקה רטרוספקטיבית יפה, מקל וחומר, גם ביחס לחקיקת מישנה של רשויות מינהליות (ע"א 10/55 אל על בע"מ נ' עיריית ת"א-יפו, פ"ד י 1586, 1589 (1956); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 964-965 (1996) (להלן: זמיר)). בהעדר נסיבות מיוחדות או טעמים מיוחדים, רואים תקנות כחלות מכאן ואילך אם אין הוראה אחרת בענין זה (סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]; סעיף 22 לתוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפרשנות); סעיף 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948; ברוך ברכה משפט מינהלי 270-283 (1986); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 359 (2010); בג"ץ 28/94 צרפתי נ' שר הבריאות, פ"ד מט(3) 804, 813 (1995); ליחס בין חזקת אי-הרטרוספקטיביות לגבי חקיקה ראשית וחקיקת משנה, ראו: בג"ץ 2933/94 רשות שדות התעופה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(3) 837, 858-865 (1996); בג"ץ 5290/97 עזרא – תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 410, 421-426 (1997); ענין ארקו, פסקאות 5, 6, 13 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; "חקיקת משנה: גוהל והנחיות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.3100 (60.012), סעיף 20.3 (התשס"ד)).

13. לטענת העותרים הכללים החלים על הכנסת, בכל הקשור לחקיקת חוקים למפרע, החלים גם לגבי המחוקק המשנה, חייבים לחול גם כלפי הרשות המבצעת, הממשלה. הסתמכותו של המשיב על החלטת הממשלה משנת 20017 על אירוע משנת 2002 הינה החלטת רטרואקטיבית. החלטה כזו הינה בלתי סבירה בעליל והינה בניגוד מוחלט לנורמות משפטיות של דיני מדינת ישראל.
14. לאור אמור לעיל, מחבקש בית מהפשט הנכבד לחן את הצו המבוקש ולאחר שמיעת טענות הצדדים להפכו להחלטי.



אנדרה רוזנטל | עו"ד

ב"כ העותרים

ירושלים, היום ה-15 יוני, 2020