

כבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט

1. בעניין: 1. נורי, ת"ז

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

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

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

טלפון 6250458, פקסימיליה 6221148

ה ע ו ת ר י ם

נגד

מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית

ע"י פרקליטות המדינה

משרד המשפטים, ירושלים

טלפון 6466590, פקס' 6467011

ה מ ש י ב

עחירה למחן צו על תנאי

בית משפט הנכבד מחבקש להזמין את המשיב לבוא וליתן טעם מדוע אין הוא מקיים
אח הבטחתו המנהלית ממאוס 2005 ומחזיר את גופת אחיו, נורי, לקבורה על ידו
לאחר שהגופה אותרה בינואר 2018.

ואלה נימוקי העתירה:

העובדות

1. עותר 1 הינו אחיו של , ח"ז , שנהרג לאחר ביצוע פיגוע
ביום 5.1.2003. כל עוד גופת אחיו לא תקבר על ידו לא יהיה סגירת מעגל.
תצהירי עותר 1 רצ"ב ומסומן באות ע' 1.
2. עותרת 2 הינה עמותה רשומה הפועלת לקידום זכויות האדם של פלסטינים
כשטחים הכבושים.
3. ביום 18.6.2015 הוגשה עתירה, בג"ץ 4241/15, ע"י אותם עותרים לאיתור מקום
קבורת הגופה ולהחזרתה לקבורה על ידי המשפחה. במסגרת עתירה זו פורטו

ההליכים שננקטו על ידי עותרת 2 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, כעבור כשנתיים וחצי לאחר הגשת העתירה ו-15 שנה לאחר מותו, נמסר כלהלן:

נבקש לעדכן כי מגורמי הרכות הצבאית נמסר כי תוצאות הליך

הבדיקה הן כי אכן אותרה גופתו של

יובהר כי בוצע זיהוי מדעי, בהתאם לדרישות המשיב.

4. ביום 8.8.2018 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 בעלת הקשר מיוחד, דהיינו גופה העונה לקריטריונים לעיכוב השבת גופות מחבלים, הקבועים בהחלטת הקבינט לעיל." (סעיף 5 להודעת עדכון מטעם המשיבים במסגרת בג"ץ 4241/15).
5. עוד במסגרת בג"ץ 4241/15 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 רטרואקטיבית. עוד הפנה ב"כ העותרים להנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 2004 בדבר קביעת קריטריונים להחזרת גופותיהם של מפגעים אשר היו כחוקף 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 ושלוש הציבור באיזור. לפיכך, יש להחזיר גופות מחבלים למשפחותיהם, אלא בהתקיים טעמים קונקרטיים מיוחדים המצדיקים סטייה מכך. כרוגמה לטעמים מעין אלו ניתן להביא עסקה קונקרטית של חילופי גופות ... או חשש קונקרטי כי החזרת גופה מסוימת תסכן, ברמת הסתברות גבוהה, את בטחון האזור.

6. בהתאם להנחייה זו, בעקבות פנייה עותרת 2 אל המשיב ביום 3.3.2005, 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 2 וההבטחה המנהלית של המשיב רצ"ב ומסומן כאותיות ע' 2 ו-ע' 3.

7. בפסק דין מיום 18.5.2020 החליט בית המשפט הנכבד כלהלן:
החלטנו אפוא למחוק את העתירה, והיא נמחקת בזאת, תוך שמירת זכותם של העותרים להגיש עתירה ביחס להחלטה הסופית לגבי גופת המחבת.

העתק פסק הדין כבג"ץ 4241/15 רצ"ב ומסומן באות ע' 4.

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 ויהוי הגופה ומיקום קבורתה כעת. העותרים מפנים לעע"מ 7275/10 הועדה המיוחדת לפי חוק יישום תכנית ההחנתקות, חתשס"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 הבא 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 שבנדרון, לא תהא 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 כמתן ההבטחה המנהלית המפקד הצבאי התכוון להקנות לה תוקף 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 דאז, 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 תוקף משפטי מחייב להתכטאויותיה, וכך מובנים דבריה על-ידי מקבל ההכטחה, קם האינטרס שהרשות תעמוד בדיבורה ותמלא את התחייבויותיה.
(סעיף לה, סיפא, ע' 20 לתרפ"ס פסק הדין.)

רטרואקטיביות

10. העותרים מוסיפים וטוענים כי הפעלת החלטת הממשלה משנת 2017 על מעשה שערה בשנת 2003 הינה הפעלה רטרואקטיבית אשר אינה מוכרת בשיטת המשפט הישראלי.

11. בבג"ץ 8134/11 אשר נ' שר האוצר (פורסם באחר נבו), קבע בית המשפט הנכבד הוה, 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' הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פס' 29 (פורסם כנבו), 30.11.2011), להלן: עניין אורט) – ומכאן הסתייגותו של המשפט מהן. פעולות מנהליות החלות למפרע כפופות למכתן 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: בבג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, 598-599 (1998)).

העותרים טוענים ככמקרה דנן, אי החזרת הגופה לקבורה בהתאם להחלטת הממשלה משנת 2017 על אירוע משנת 2003 כאשר המשיב הודיע בשנת 2005 כי הוא מוכן, בכסוף לתנאים שקוימו, להחזיר את הגופה לקבורה על ידי המשפחה הינו מעשה בלתי סביר בעליל.

12. בדנ"א 3993/07 פקיד השומח ירושלים נ' איקאפור בע"מ (פורסם באחר נבו) דן בית המשפט הנכבד הוה בעקרון היסוד של השיטה ככל הקשור לחוק עם תחולה

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

תחולתן בזמן של נורמות מינהליות
החזקה כנגד תקיקה רטרוספקטיבית יפה, מקל וחומר, גם ביחס לחקיקה
מישנה של רשויות מינהליות (ע"א 10/55 אל על בע"מ נ' עירית ת"א-
יפו, פ"ד י 1586, 1589 (1956); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב
965-964 (1996) (להלן: זמיר)). בהערר נסיבות מיוחדות או טעמים
מיוחדים, רואים תקנות כחלות מכאן ואילך אם אין הוראה אחרת בענין
זח (סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]); סעיף 22 לחוק הפרשנות,
התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפרשנות); סעיף 10 לפקודת סדרי השלטון
והמשפט, התש"ח-1948; כרוך ברכה משפט מינהלי 283-270 (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 חזקה אי-
הרטרוספקטיביות לגבי חקיקה ראשית וחקיקת משנה, ראו: בג"ץ
2933/94 רשוח 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 אדקו, פסקאות 5, 6, 13 לפסק דינה של הנשיאה כיניש; "חקיקת
משנה: נוהל והנחיות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.3100
(60.012), סעיף 20.3 (התשס"ד).

13. לטענת העותרים הכללים החלים על הכנסת, ככל 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 התלת רטרואקטיבית. החלטה כזו הינה בלתי סבירה
בעליל והינה בניגוד מוחלט לנורמות משפטיות של דיני מדינת ישראל.
14. לאור אמור לעיל, מתבקש בית מהפשוט הנכבד לתן את הצו המבוקש ולאחר
שמיעת טענות הצדדים להפכו להחלטי.

אנדרה רוזנטל

אנדרה רוזנטל | עו"ד

ב"כ העותרים

ירושלים, היום ה-21 יוני, 2020