

העותרים:

1. חמד, ת"ז
2. חמד, ת"ז

3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר, ע"ר 580163517

ע"י ב"כ עו"ד עידו בלום
עידו בלום, משרד עורכי דין
רח' שפע טל 1, תל-אביב
טל': 03-7444070; פקס: 03-7444170

- נגד -

המשיבים:

1. המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית
2. שר הביטחון
3. מדינת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המופנה על המשיבים ומורה להם לבוא וליתן טעם, מדוע לא תועבר גופתו של המנוח עאצם חמד, בנה של העותרת 1 ואחיו של העותר 2, לידי בני משפחתו לצורך קבורתה בבית קברות באזור מגוריהם, על פי אמונתם ודתם.

כבר לפני שנים הודיעו המשיבים כי בכפוף לזיהויה המדעי של גופת הבן לא תהיה מניעה להשבתה לידי בני המשפחה, ואף היום עניין זה אינו שנוי במחלוקת. אך במשך זמן רב משתהים ומתמהמהים המשיבים בבירור מקום קבורתו, ועד היום לא הושבה גופת הבן המנוח לידי בני המשפחה.

מבוא

1. עתירה זו הינה עתירה נוספת בסדרה של עתירות אשר הוגשו על ידי בני משפחותיהם של פלסטינים אשר גופותיהם מוחזקות בידי ישראל, לאחר שהמשיבים כשלו משך זמן רב מלאתר את מקום קבורתן ולהשיבן למשפחות.

2. בנסיבות אלה הוגשו בין היתר העתירות שהוגשו בבג"ץ 1173/13, בג"ץ 1797/13, בג"ץ 2380/16 (אשר נמחקו זה מכבר לאחר שהמשיבים הודיעו סופית כי כשלו מלאתר את מקום קבורת הגופות), וכן העתירות שהוגשו בג"ץ 4235/15, בג"ץ 3678/15, בג"ץ 4421/15, בג"ץ 3677/15, בג"ץ 4241/15, בג"ץ 3348/15 ובג"ץ 4422/15 – אשר עודן תלויות ועומדות.

3. למרבה הצער הצטברות המקרים מעידה על מחדל חמור ומתמשך מצד המשיבים ויתר הגורמים הרלבנטיים, בטיפול ובהבאה לקבורה של גופות פלסטיניים, בתיעוד ורישום מקומות הקבורה, ובהקפדה על ניהול ראוי של בתי העלמין הרלבנטיים – באופן אשר הביא ל"היעלמותם" של קברים רבים ול"אבדן" גופותיהם של פלסטינים אשר הובאו לקבורה ע"י ישראל, ואשר היום אין איש יודע כיצד והיכן נקברו.

4. וכבר נפסק בהקשר אחר של "היעלמות קברים" כי –

"עניין לנו במעשה רשלני מובהק של רשות ציבורית, שמופקדת, בין היתר, על ניהול רישום של חלקות קבר ומעקב אחר מיקומן המדויק (ולעניין זה אין רלבנטיות לשאלה האם הוקמו מצבות אם לאו), אשר כשלה במילוי חובה בסיסית זו [...]"

זכאים בני המשפחה להניח ולצפות שקברי יקיריהם יישמרו, יהיה עליהם מעקב שוטף וסדר ישרור בבתי הקברות, באופן שכאשר יחליטו בני משפחה או ידידים לעלות לקבר, גם אם כעבור שנים רבות ממועד הפטירה, וגם כעבור דורות רבים, תימצא חלקת הקבר, תהא דרך לאתר את מיקומה המדויק וניתן יהיה לחלוק כבוד למת ולהתייחד עם זכרו" (רע"א 2946/12 המועצה הדתית עכו נ' תורג'מן 5-4 (פורסם בנבו, 5.6.12)).

העובדות

הצדדים

5. העותרים 1-2 הם אמו ואחיו של חמד, ת"ז (להלן "המנוח"), יליד 1981, אשר מצא את מותו ביום 12.12.01, כאשר למשפחה נאמר כי נהרג מירי כוחות הביטחון לאחר שהיה מעורב בביצוע פיגוע כנגד אוטובוס בסמוך לעמנואל.

מאז מוחזקת גופתו בידי המשיבים.

יצוין, כי בראשית חודש אוגוסט 2002 הרסו כוחות צבא את בית המשפחה.

6. העותרת 3, המוקד להגנת הפרט (להלן גם "המוקד") היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.

7. המשיב 1, המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, הוא האחראי על אזור הגדה המערבית מטעמה של מדינת ישראל, המשיבה 3, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה ארבעים ותשע שנים.

8. המשיב 2 אחראי על קביעת המדיניות על פיה נוהג המשיב 1 בנושא החזרת גופות של פלסטינים הנמצאות בידי ישראל לידי בני משפחותיהם.

פניות העותרים למשיבים

9. ביום 20.3.05 פנה המוקד להגנת הפרט ללשכת יועמ"ש המשיב 1, בבקשה להשיב את גופת המנוח לידי בני המשפחה.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט מיום 20.3.05 מצורף ומסומן ע/1

10. משלא נענתה הפנייה, שלח המוקד ביום 17.4.05 תזכורת מקובצת של 17 פניות דומות אשר טרם נענו אז.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט מיום 17.4.05 מצורף ומסומן ע/2

11. ביום 17.5.05 השיב סגן הראל וינברג מלשכת יועמ"ש המשיב 1, כי יש לתאם מועד ודרך לביצוע זיהוי מדעי מול המכון הלאומי לרפואה משפטית באבו כביר. עוד נכתב כי "עמדתו של המפקד הצבאי לעניין זה הינה, כי בכפוף לזיהוין המדעי של גופות המפגעים שבנדון, לא תהא מניעה עקרונית להשבת הגופות לידי משפחותיהם" (ההדגשה הוספה).

העתק תשובת יועמ"ש המשיב 1 מיום 17.5.05 מצורף ומסומן ע/3

12. במהלך השנים 2006-2011 "הקפיאו" המשיבים באופן זמני את כלל הטיפול בהשבת גופות פלסטינים, בהתאם לעמדתם לפיה "לאור האירועים... בהם נחטפו שלושת חיילי צה"ל (גלעד שליט, אלדד רגב ואהוד גולדווסר)... ולנוכח הסבירות הגבוהה כי ייעשה בגופות המפגעים שימוש במסגרת משא ומתן לצרכי השבת החטופים, הוחלט כי יש לעכב, לעת הזו, את העברת גופות המפגעים למשפחותיהם, עד לפתרון סוגיית החטופים" (הודעה מטעם המשיבים מיום 4.1.07, במסגרת בג"ץ 8086/05 מצרי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית).

13. כידוע, ביום 16.7.08 הושבו לישראל גופותיהם של אלדד רגב ואהוד גולדווסר ז"ל במסגרת עסקה בין ישראל לבין ארגון החזבאללה, וביום 18.10.11 הוחזר גלעד שליט לביתו, במסגרת עסקה בין ישראל לבין ארגון החמאס.

14. בעקבות זאת, במהלך שנת 2012 חזרה המדינה להשיב גופות פלסטינים לידי בני משפחותיהם, כפי שהודיעה במסגרת בג"ץ 8086/05 הנ"ל: "הדרג המדיני הבכיר החליט על ביצועו של מהלך מדיני מול הרשות הפלסטינית, במסגרתו תועברנה לידי הרשות הפלסטינית גופותיהם של מחבלים פלסטינים המצויות בשליטת המדינה... בהתאם להחלטת הדרג המדיני האמורה, ביום 31.5.12 כבר הועברו לידי הרשות הפלסטינית גופותיהם של 91 מחבלים [...] בהתאם להנחיית הדרג המדיני, מתנהלים מגעים מול הרשות הפלסטינית במטרה לבחון את האפשרות להעביר גופות נוספות לידי הרשות הפלסטינית" (הודעת עדכון מטעם המדינה מיום 2.7.12 במסגרת בג"ץ 8086/05 הנ"ל ועתירות נוספות)

15. בהתאם לכך, אכן חזרה מדינת ישראל במהלך השנים האחרונות להשיב גופות פלסטינים לידי בני משפחותיהם, ועצם השאלה העקרונית אינה עומדת עוד במחלוקת. אלא שהשבת הגופות עדיין נתקלת במכשולים משמעותיים:

ראשית, המשיבים מתמהמהים מאוד בטיפול בסוגיה ונוקטים בסחבת מתמשכת בהליך איתורן של הגופות והשבתן לידי בני משפחותיהם – כאשר על אף שקיימת הסכמה להשבת הגופה עם איתורה וזיהויה, נאלצות המשפחות להמתין שנים על גבי שנים עד למימושה של הסכמה זו.

שנית, התברר כי הליך קבורת פלסטינים בידי הגורמים הרלבנטיים בישראל היה כרוך בסדרה של כשלים ומחדלים ביחס לכל תהליך ההבאה לקבורה, תיעוד ורישום מקומות הקבורה, ההקפדה על ניהול ראוי של בתי העלמין הרלבנטיים וכיוב' – באופן אשר הביא ל"היעלמותם" של קברים רבים ול"אבדן" גופותיהם של פלסטינים אשר הובאו לקבורה ע"י ישראל, ואשר היום אין איש יודע כיצד והיכן נקברו.

16. על כל פנים, לאחר שהוסרה המחלוקת העקרונית בעניין עצם השבת גופות בנסיבות דומות, ביום 24.5.16 שב ופנה המוקד להגנת הפרט ללשכת יועמ"ש המשיב 1 בעניינם של העותרים, וביקש כי המשיבים יפעלו להשבת גופת המנוח לידי משפחתו.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט מיום 24.5.16 מצורף ומסומן ע/4

17. ביום 30.5.16 התקבלה תשובת יועמ"ש המשיב 1 המאשרת את קבלת הפניה, ומודיעה כי "אנו פועלים לבירור הטענות העולות בפניותכם".

העתק מכתב יועמ"ש המשיב 1 מיום 30.5.16 מצורף ומסומן ע/5

18. ביום 12.7.16 שב ופנה המוקד להגנת הפרט ליועמ"ש המשיב 1, ציין כי "למעלה מחודש ומחצה חלפו מאז מסרתם כי אתם פועלים לבירור הטענות בפניה" וביקש לקבל מענה ענייני לפנייתו.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט מיום 12.7.16 מצורף ומסומן ע/6

19. משלא התקבל מענה כלשהו, פנה המוקד להגנת הפרט פעם נוספת ביום 22.8.16 וביקש לקבל מענה לפנייתו.

העתק פניית המוקד להגנת הפרט מיום 22.8.16 מצורף ומסומן ע/7

20. בחלוף ארבעה וחצי חודשים מפנייתם הנוכחית של העותרים (ובחלוף שנים מפנייתם המקורית), ובהעדר מענה ענייני – קל וחומר בהעדר הודעה על פעולות לאיתור גופת המנוח לצורך השבתה לידי המשפחה – לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט הנכבד.

הטיעון המשפטי

כבוד המת וכבוד משפחת המת

21. המשפט הישראלי מכיר הן בכבוד המת והן בכבוד משפחת המת כחלק מזכות היסוד החוקתית לכבוד האדם. כפי שנפסק:

"טקס הקבורה, חלקת הקבר והמצבה שעליה, טכסי האזכרה וההתייחדות עם הנפטר, מגשימים גם את אינטרס המשפחה בכבוד זכרו של הנפטר, השלוב בכבודם שלהם [...]"

ערך כבוד המת הוא חלק ממושג כבוד האדם, הזוכה בשיטתנו המשפטית להגנה חוקתית. הוא מתמזג עם ערך כבוד האדם בחייו, ומהווה חלק בלתי נפרד ממנו. הוא מושג המתפרש לא רק על כבודו של הנפטר עצמו אלא הוא מקרין לכבודם של הקרובים לו ובני משפחתו. הוא נוגע בציבור כולו, שחובתו להגן על ערך זה מאפיינת את התפיסה הערכית והמוסרית המייחדת אותו (בג"ץ 52/06 **חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp**, 67-64, פורסם בנבו, 29.10.08).

22. בדומה לכך נפסק כי:

"עקרון כיבוד המת, לא רק כציווי דתי אלא גם כנורמה וחובה חברתית, עניינו גם במתן האפשרות לאלה החיים – קרוביו, שארי בשרו, חבריו ומוקירי זכרו - לכבד את זכרו ולהתייחד עמו במקום בו הובא למנוחת עולם" (בגץ 4638/07 **חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת חשמל לישראל** 24, פורסם בנבו, 29.10.07).

23. וכן:

"לבני משפחת הנפטר עומדות הזכות והחירות, כי זכרו של יקירם יכובד בדרך הנראית להם כראויה, וכי תינתן להם האפשרות להביע את רגשותיהם כלפיו באופן הנראה להם כמתאים... עמד על כך השופט ש' אשר בבית המשפט המחוזי בפרשה נושא ע"א 280/71, באומרו:

"החירויות של אזרח במדינה דמוקרטית כוללות, בין היתר, גם חופש לכבד את זכרם של אבותיו באופן ובדרך הנראים לו - כל עוד שהדבר אינו מתנגד, ואינו מסכן, את טובת הכלל" (מצוטט בע"א 280/71, בעמ' 14).

[...] היטיב להביע זאת השופט עציוני בע"א 280/71, בעמ' 23, בציינו:

יכולי עלמא לא פליגי שזכותו של כל אדם לכבד בדרך נאותה את זכרם של אהוביו שהלכו לעולמם. בהתאם לאורח חייהם ולמסורתם כל זמן שדבר זה אינו פוגע ברגשות או באינטרסים לגיטימיים של הזולת. וברור גם שיבת-קברות הינו מקום לא רק לקבורת מתים, אלא גם להבעת האהבה והכבוד שרוחשים החיים למתים" (ע"א 1294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 522 (1992))

24. עוד נפסק, כי אין לקשור בין זהותו של הנפטר או המעשים שביצע בחייו לבין החובה לשמור על כבוד המת :

"אין לקבל את התזה הגורפת המשתמעת מטענת המערער, שלפיה פגיעה בקברים של אנשים מסוימים, כגון אנשים שביצעו בחייהם פשעים חמורים, או מי שמסמלים בעיני הציבור או חלקו תופעות שליליות ומגונות, הינה מותרת [...] הסעיף אוסר לנהוג ב"מת" באשר הוא שלא בכבוד... איסור זה משתלב עם התפיסה בדבר חשיבות השמירה על כבוד המת באמצעות הבטחת קבורה נאותה, כפי שהיא נלמדת מהוראות חוק נוספות במשפטנו ומפסיקתו של בית-משפט זה [...]"

גישת המחוקק היא אפוא כי זהותם של נפטרים וטיב המעשים שביצעו בחייהם אינם מהווים היתר לפגיעה בקבריהם ולהפיכתם להפקר. ודוק: אין באמור לעיל כדי להצדיק, בדרך כלשהי, פעילות להנצחת זכרם ולהאדרתו של מי שביצעו פשעים בחייהם או כדי לפגוע בזכות הבסיסית של כל אדם למחות נגד מעשי פשע ונגד מי שביצע אותם. אולם יש להבחין בין שלילת פעילות הנצחה מן הסוג האמור לבין כיבוד המת והימנעות מפגיעה בקברו... הזכות להוקיע מעשים שעשה הנפטר בחייו ולמחות נגדם היא זכות המוכרת כחלק מחירות הביטוי הנתונה לכל אדם. אולם אין לערב בינה לבין הזכות הבסיסית לקבורה ולכיבוד מקום הקבורה הנגזרת מכבוד האדם ושמורה לכל אדם באשר הוא (ע"פ 338/99 **פקוביץ נ' מדינת ישראל** 701-700 (פורסם בנבו, 20.12.00))

25. עוד נפסק כי חובת המשיבים לשמור על כבוד המת ביחס לתושבי השטחים – בין שהיו מעורבים בלחימה ובין שמדובר באזרחים תמימים – מהווה חלק מחובותיו של המפקד הצבאי המעוגנות במשפט הבינלאומי :

"נקודת המוצא העקרונית הינה כי בנסיבות המקרה האחריות לאיתור הגופות, זיהוין, פינוין וקבורתן מוטלת על המשיבים. זו חובתם על-פי הדינים של המשפט הבינלאומי. עמדה זו מקובלת על המשיבים, והיא המדריכה אותם בפעולתם [...] פעולות אלה ייעשו במהירות האפשרית – והכול תוך כיבוד המת ושמירה על ביטחון הכוחות הפועלים. גישה זו מקובלת גם על העותרים.

עם סיום הליכי הזיהוי יחל שלב הקבורה. עמדת המשיבים הינה כי הקבורה תיעשה במהירות על-ידי הגורמים הפלסטיניים. הביצוע יחייב, כמובן, הסכמה

בין המשיבים לבין הגורמים הפלסטיניים. אם יתברר כי הגורמים הפלסטיניים נמנעים מהבאת הגופות לקבורה מיידית, תישקל האפשרות – בשל החשש כי הדבר יפגע בביטחון – לפעול להבאת הגופות לקבורה מיידית על-ידי המשיבים. למותר לומר, כי עמדת המשיבים הינה כי הקבורה תיעשה בדרך מכובדת ונאותה תוך שמירה על כבוד המת. לעניין זה לא תיעשה כל הבחנה בין הגופות שאותרו, ולא תיערך כל הבחנה בין מחבלים חמושים לבין גופות אזרחים. גישה זו מקובלת על העותרים.

...איתור הגופות, זיהוין וקבורתן הן פעולות הומניטריות חשובות ביותר. הן נגזרות מכבוד המת, כבודו של כל מת. הן מונחות בבסיס היותנו מדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים. המשיבים הצהירו כי פועלים הם על-פי גישה זו, וגישתם נראית לנו" (בג"ץ 3114/02 ח"כ ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11, 15 (2002)).

26. ובמקום אחר נאמר :

"נקודת המוצא הינה כי הכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, שלפיו יש להגן על כבודם של התושבים המקומיים, משתרע לא רק על התושבים המקומיים החיים, אלא גם על המתים (השוו סעיף 130 לאמנת ג'נבה הרביעית; ראו פיקטה, בעמ' 506; ראו גם בג"ץ 3436/02 הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה נ' ממשלת ישראל, בעמ' 25). כבוד האדם הוא כבודו של החי וכבודו של המת... "ההגנה על המת וכבודו כמוה כהגנה על החי וכבודו..." (השופט טירקל בבג"ץ 66/81 המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט בית-משפט השלום ברמלה מר ביזר, בעמ' 353). חובתו של המפקד הצבאי הינה לאתר את גופות המתים (ראו בג"ץ 3117/02 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, בעמ' 18). לאחר שגופות נמצאו מחובתו לדאוג לקיומה של קבורה מכובדת" (בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 403 (2004)).

27. כל האמור לעיל ביחס לכבוד המת וכבוד משפחתו מובא על מנת לפרוש את המסגרת הנורמטיבית – שכן כאמור לעיל, אין מחלוקת עקרונית בנוגע להשבת גופת המנוח למשפחתו.

28. אלא שהדבר אינו יוצא לפועל – תוך פגיעה בכבוד המת ובכבוד בני משפחתו – בשל התנהלותם של המשיבים אשר נוקטים בסחבת ממושכת באיתור הגופה ובטיפול בעניין.

החובה לפעול במהירות ראויה

29. מזה קרוב לחמש-עשרה שנה מחזיקים המשיבים בגופת בנה של העותרת 1 – אחיו של העותר 2. המשיבים אינם חולקים על זכותם של בני המשפחה לקבל את גופת המנוח ולהביאה לקבורה ראויה על פי דתם ואמונתם, אך נוקטים בסחבת קיצונית בטיפול בכך, אשר גורמת לפגיעה קשה וחמורה בבני המשפחה.

30. כלל ידוע הוא כי "החובה לפעול במהירות הראויה היא מן המושכלות הראשוניים של מינהל תקין" (י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 717).

וראו בעניין זה:

בג"ץ 6300/93 **המכון להכשרת טוענות נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מח(4) 451, 441 (1994);

בג"ץ 7198/93 **מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מח(2) 853, 844 (1994);

בג"ץ 5931/04 **מזורסקי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך**, פ"ד נט(3) 782, 769 (2004);

בג"ץ 4212/06 **Avocats Sans Frontieres נ' אלוף פיקוד הדרום** (2006).

31. נפסק כי –

"כאשר מדובר בזכויות אדם... מקבל מושג 'הזמן הסביר' לביצוע הפעולה משמעות מיוחדת" (בג"ץ 1999/07 **גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006**, ס' 8 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 19.4.07);

וכי בעניינים הנוגעים לזכויות אדם –

"יש מקום לצפות להסדרה מהירה יותר של העניין [...] התמשכות פגיעה בזכויות אדם מחמירה לא פעם את היקף הפגיעה ותוצאתה עלולה להיות שחיקה של הזכות כמו גם פגיעה קשה ומתמשכת בפרט" (בג"ץ 8060/03 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, עמ' 780 (2006)).

32. בהתמהמהותם הקיצונית באיתור גופת המנוח והשבתה לידי בני המשפחה גורמים המשיבים לפגיעה קשה בזכויותיהם של בני המשפחה, ואף לפגיעה בכבוד המת ללא כל הצדקה.

33. אין כל הצדקה לכך שאיתור מקום קבורת המנוח יארך יותר ממספר ימים או לכל היותר מספר שבועות. קל וחומר שאין כל הצדקה לכך שיתפרש על פני תקופות של חודשים ושנים.

34. ככל שהתנהלות לקויה בתהליך הבאת המנוח לקבורה היא אשר מקשה על איתור מקום הקבורה (אף שהדבר לא נטען) – הרי שאין להטיל זאת על כתפי העותרים תוך התמשכות הפגיעה בהם, וחובת המשיבים היא להשקיע את מירב המשאבים הנדרשים לצורך איתור גופת המנוח והשבתה לידי המשפחה.

35. לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר תשובת המשיבים להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד להשית על המשיבים את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.