

בית המשפט העליון  
בג"ץ 3583/99  
צ"ב נ. אלוף פיקוד מרכז  
תאריך הגשה: 30/05/99

בבית המשפט העליון  
כשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בעניין : 1. \_\_\_\_\_ צ"ב  
ת.ז. \_\_\_\_\_

2. \_\_\_\_\_ צ"ב  
ת.ז. \_\_\_\_\_

3. \_\_\_\_\_ צ"ב  
ת.ז. \_\_\_\_\_

שלושתם מדאהריה, נפת חברון

4. המוקד להגנת הפרט  
מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
עמותה רשומה מס' 580163517

כולם באמצעות ב"כ עו"ד אליהו אברם (מ.ר. 11851)  
ו/או הישאם שבאיטה (מ.ר. 17362)  
ו/או מיכל פינצ'וק (מ.ר. 21600)  
מהמוקד להגנת הפרט  
מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים  
טל': 02-6283555; פקס: 02-6276317

### העותרים

- נ ג ד -

אלוף פיקוד מרכז  
מפקדת פיקוד מרכז 64, ד.צ. 02367  
צה"ל

### המשיב

### עתירה לצו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו-על-תנאי המופנה אל המשיב, והמורה לו ליתן טעם מדוע לא יודיע לעותרים היכן מוחזקת גופתו של המנוח י \_\_\_\_\_ צ"ב ומדוע לא יעביר את הגופה לידי העותרים 1-3 לצורך קבורתה בבית הקברות בדאהריה.

## ואלה נימוקי העתירה:

### העותרים

1. העותר 1 הוא יליד שנת 1932 ותושב העיירה דאהריה שבנפת חברון. העותר 1 הוא אביו השכול של המנוח \_\_\_\_\_ צביח (להלן: "המנוח").
  2. העותרת 2, בת זוגו של העותר 1, היא ילידת שנת 1944 ותושבת העיירה דאהריה שבנפת חברון. העותרת 2 היא אמו של המנוח.
  3. העותר 3 הוא בנם של העותרים 1 ו-2 ואחיו של המנוח.
  4. העותרת 4 היא עמותה רשומה שמשרדיה במזרח ירושלים ומטרותיה, כפי שנקבעו בתקנונה:
- "לספק סיוע לאנשים שנפלו קורבן למעשי אלימות, התעמרות או קיפוח זכויות בסיסיות מצד רשויות המדינה, במיוחד לאלה הזקוקים לעזרה בהעברת תלונותיהם לרשויות אלה, וכן להגן על הזכויות הבסיסיות בכל דרך נוספת, כולל פנייה לערכאות, ובכלל זה – עתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, בין בשמו של אדם הטוען כי זכות בסיסית שלו נפגעה ובין כעותר ציבורי עצמאי".

### העובדות

5. לפני קרוב לארבע שנים, בתאריך 21.8.95, נהרג המנוח כאשר ביצע פיגוע התאבדות בקו אוטובוס מס' 26 בירושלים. מאז מחזיק המשיב בגופתו. העותרים אינם יודעים היכן מוחזקת הגופה. בני משפחתו של המנוח לא זכו לערוך לו לווייה ואף לא לקבורו, לא עלו על קברו ולא הציבו עליו מצבה. העותרים אף אינם יודעים איזה טקס קבורה (אם בכלל) נערך למנוח ואיזו מציבה (אם בכלל) הוקמה על קברו.
6. על יסוד נסיונות קודמים של העותרת 4 לאתר גופות של חללי אויב, מניחים העותרים, כי המנוח נקבר באחד מבתי הקברות לחללי אויב המופעלים ע"י צה"ל; כי שטח בית הקברות הוא שטח צבאי סגור; כי המנוח נקבר ע"י אנשי הרבנות הצבאית, שאינם אמונים על ההלכה המוסלמית; וכי קברו מצוין בשלט מתכת ועליו מספר סידורי.
7. לגבי זיהויה של גופת המנוח ייאמר, כי בתאריך 21.8.95 נבדקו במכון לרפואה משפטית באבו-כביר תלקי גופה שהובאו מזירת הפיצוץ שהיה באותו יום בקו 26 בירושלים. בתאריך 1.1.96 הושווה הפרופיל הגנטי של שרידי הגופה עם זה של העותרת 2, ונמצא כי העותרת 2 יכולה להיות אמו של ההרוג שחלקי גופתו נבדקו.

לעניין ההתאמה הגנטית מצורפים לעתירה העתק מחוות דעת מומחה של ד"ר

היס והעתק מחוות דעת מומחה של ד"ר מיה פרוינד, המסומנים ע/1 ו-ע/2 בהתאמה.

8. בתאריך 28.8.95 זומן מר מחמוד אלג'בארין, מוכתר בעיירה דאהריה, ע"י קצין המנהל האזרחי בדאהריה ונתבקש להביא עמו עוד מספר אנשים על מנת שיקבל את גופת המנוח לקבורה. המוכתר פעל בהתאם להנחיה זו, אולם, בסופו של דבר, לא נמסרה הגופה לידינו. הודעות דומות נמסרו למוכתר פעמיים נוספות במהלך החודשים אוגוסט וספטמבר 1995, אך בכל פעם, לא קיבלו בני משפחת העותרים את הגופה לקבורה.

9. בחודש פברואר 1996 שוב נתעוררו תקוות בקרב העותרים שהמנוח יובא למנוחת עולם בכפרו. בידיעות שנתפרסמו בעיתונות נאמר, כי מערכת הבטחון בוחנת החזרתן של שמונה גופות למשפחות, וביניהן גופת המנוח. עוד למדו העותרים מהעיתונות, כי עד אותו מועד היתה גופת המנוח מוחזקת במכון הפתולוגי באבו כביר, וטרם נקברה.

כתבה בעניין, שהתפרסמה בעיתון "הארץ" ב-8.2.96, מצורפת לעתירה כנספח ע/3.

10. עוד יצוין, כי ביתם של העותרים נהרס בחודש מרץ 1996 בעקבות פסק דינו של בית משפט נכבד זה (כנגד דעתה החולקת של כב' השופטת דורנר) בבג"צ 1730/96 סביח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נ(1) 353.

### מיצוי הליכים

11. בתאריך 14.2.96 פנתה העותרת 4 למר חיים ישראלי, מנהל לשכת שר הבטחון, וביקשה את העברת גופת המנוח לידי משפחתו, כדי שתובא לקבורה.

העתק ממכתב העותרת 4 מ-14.2.96 מצורף לעתירה כנספח ע/4.

12. בתאריך 19.3.96 השיב מר ישראלי לפניית העותרת 4, וכתב:

"... בדקתי עם הגורמים המוסמכים בצבא ועמדתם הינה כי הם מתנגדים להחזרת גופת הנדון. תשומת לבך המיוחדת מופנית להחלטת בג"צ 6807/94."

מכתבו של מר ישראלי מ-19.3.96 מצורף לעתירה כנספח ע/5.

13. בג"צ 6807/94 עבאס נ' מדינת ישראל (לא פורסם), אליו מפנה מר ישראלי, עניינו העברה לידי המשפחה של גופתו של \_\_\_ עבאס, שנהרג בירושלים בעת ביצוע פיגוע. המדינה התנתה את העברת הגופה לידי המשפחה בגילוי מקום קבורתו של החייל אילן סעדון. אלוף מאיר דגן הצהיר בתשובה לעתירה, כי מדינת ישראל עושה מאמצים בלתי נלאים לאיתור גופתו של סעדון, וכחלק ממאמצים אלו מחזיקה בידיה בגופותיהם של מי שנמנו עם הזרוע הצבאית של החמאס.

העתק תשובת המדינה לבג"צ 6807/94 מצורף לעתירה זו כנספח ע/6.  
פסק הדין שניתן בבג"צ 6807/94 מצורף לעתירה זו כנספח ע/7.

14. באוגוסט 1996 נתגלתה גופתו של החייל אילן סעדון.

בינואר 1997 הועברו גופתו של \_\_\_\_\_ עבאס וגופה נוספת לידי משפחות ההרוגים. בעקבות זאת ולאור תשובתו של מר ישראלי מיום 19.3.96 (ע/5), שבה ופנתה העותרת 4 בתאריך 13.1.97 למר ישראלי, מנהל לשכת שר הבטחון, בבקשה להעביר את גופת המנוח לידי משפחתו.

העתק מכתב העותרת 4 מתאריך 13.1.97 מצורף לעתירה כנספח ע/8.

מכתב זה לא נענה.

15. בתאריך 13.10.97 פנתה העותרת 4 לשר הבטחון, מר יצחק מרדכי, בעניין העברת גופת המנוח לידי משפחתו.

העתק מכתב העותרת 4 מתאריך 13.10.97 מצורף לעתירה כנספח ע/9.

16. בתאריך 18.11.97 השיב מר ישראלי מלשכת שר הבטחון כי:

"... עמדת צה"ל בנושא פניית המוקד להגנת הפרט היא כי בשלב זה אין להחזיר את גופתו של צביח".

לא הובאה הנמקה לעמדה זו.

מכתבו של מר ישראלי מ-18.11.97 מצורף ומסומן ע/10.

17. קרוב לשנה נוספת חלפה, והמשפחה טרם זכתה לקבור את בנה ולפקוד את קברו. בתאריך 26.8.98 שבה העותרת 4 ופנתה לשר הבטחון. העותרת 4 הדגישה את גישתו של בית משפט נכבד זה לעניין כבוד המת, וכן הביעה את תמיחתה על העדר ההנמקה לעמדת צה"ל, כפי שבאה לידי ביטוי במכתב מיום 18.11.97 (ע/10).

"לפיכך" כתבה העותרת 4 "נבקשך להנחות את הרשויות המוסמכות להחזיר את הגופה לידי בני המשפחה לשם קבורתה במקום הראוי. אם יש טעמים כלשהם לסרב לבקשה, אנו מבקשים לקבלם".

העתק מכתב העותרת 4 מ-26.8.98 מצורף כנספח ע/11 לעתירה.

18. תשובתו של מר ישראלי היא מתאריך 17.11.98:

"... אלוף פיקוד המרכז לאחר שבחן את עמדת הגורמים השונים החליט שלא לאשר, בשלב זה, החזרת הגופה".

גם בתשובה זו לא ניתנה כל הנמקה לעמדת המשיב.

מכתבו של מר ישראלי מ-17.11.98 מצורף כנספח ע/12.

### הטיעון המשפטי

#### המסגרת הנורמטיבית

19. המסגרת המשפטית לעתירה זו היא בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, (להלן: "התקנה") שזו לשונה:

"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".

תקנה 4(6) לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, מעניקה למפקד הצבאי סמכות לשנות מהוראה שניתנה ע"פ התקנה.

20. בהפעלת סמכותו ע"פ התקנה, על המשיב לאזן בין שיקולים הנוגעים לכבוד האדם, לרבות כבוד המת וכבוד בני משפחתו, לבין שיקולי בטחון.

בג"צ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו (5) 1.

העותרים יטענו, כי איזון מעין זה לא נעשה ע"י המשיב, וכי החלטתו פוגעת בהם באורח שהוא בלתי תכליתי ובלתי מידתי.

#### כבוד האדם

21. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את זכות היסוד לכבוד האדם. את השימוש שעושה המשיב בתקנה המנדטורית יש לפרש לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ואת הפעלת שיקול דעתו, בסירובו למסור את גופת המנוח לקבורה בידי משפחתו, יש לבחון בהתחשב בקיומה של תכלית ראויה למעשהו ופגיעה בכבוד האדם שאינה עולה על הנדרש.

ראו והשוו:

דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589, 653-654;

ולעניין תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945:

בג"צ 2722/92 אלעמרינ נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו (3) 693, 704-706;

דנג"צ 216/96 שריף נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נ (4) 485, 490-491;

בג"צ 2/97 אבו חלאווה נ' אלוף פיקוד העורף [טרם פורסם] בסעיף 8 לפסק הדין.

22. הערך של כבוד האדם, המוגן בחוק היסוד, כולל את כבוד האדם שהלך לעולמו ואת כבוד משפחת הנפטר.  
ע"א 506/88 יעל שפר (קטינה) נ' מ"י, פ"ד מח(1) 87, 102-103.

יתרה מכך, כבוד האדם מתבטא בזכות לקבורת האדם לאחר מותו:

"כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בלבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר - לעתים ראציונאלי ולעתים בלתי ראציונאלי - בין החיים לבין המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכנו ואשר הנותן ביטוי למאויי הנפש הנכספים. זוהי ה'יד' שהחיים מושיטים למתים. זהו הביטוי החיצוני המשקף את הקשרים הפנימיים בין הדורות".

(דברי כב' השופט ברק (כתוארו אז) בע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 523).

23. הזכות לקבורה, הנגזרת מכבוד האדם, כוללת בחובה את הזכות להיקבר בצורה מכובדת במקום מגוריו של הנפטר - "במקום שבו קבע את ביתו, ניהל את חייו וקשר עצמו ועתידו אליו" (בג"צ 18/82 חברה קדישא גחש"א ת"א נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה ת"א-יפו ואח' פ"ד לח(1) 701, 718).

24. הזכאות לקבורה ראויה במקום מגוריו של אדם קשורה קשר הדוק לזכותם של קרוביו ואוהביו לפקוד את הקבר ולכבד את זכרו של המנוח:

"כולי עלמא לא פליגי שזכותו של כל אדם לכבד בדרך נאותה את זכרו של אהוביו שהלכו לעולמם, בהתאם לאורח חייהם ולמסורתם כל זמן שדבר זה אינו פוגע ברגשות או באינטרסים לגיטימיים של הזולת. וברור גם ש'בית-קברות הינו מקום לא רק לקבורת המתים, אלא גם להבעת האהבה והכבוד שרוחשים החיים למתים'..."

(דברי כב' השופט עציוני בע"א 280/71 גדעון נ' חברה קדישא גחש"א ואח', פ"ד כז(1) 10, 23; וראו גם בג"צ 18/82 הנ"ל בעמ' 704).

25. זכותם של החיים לכבד את המתים ליד קברם עומדת ביסוד פסיקה עקבית של בית משפט נכבד זה, הדנה בדרכי קבורה וצורת המציבה:

ע"א 280/71 הנ"ל (איסור לציין תאריך לועזי על גבי מציבה נפסל בתור תנאי מקפח בחוזה אחיד);  
ע"א 294/91 הנ"ל (נפסל האיסור להשתמש בכיתוב לועזי על גבי מציבה);

בג"צ 1438/91 גנוסר נ' שר הבטחון ואח', פ"ד מה(2) 807 (רצון המשפחה השכולה לציין תאריך לועזי על מצבת בנם, שנפל בשירות צבאי, גובר על עקרון אחידות המציבות בבית קברות צבאי);  
דנג"צ 3299/93 ויכסלבאום ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד מט(2) 195 (שר הביטחון חויב להתקין כללים, אשר יאזנו כראוי בין אופיין האחיד והשוויוני של המציבות בבית קברות צבאי לבין זכותן של המשפחות השכולות להוסיף ביטוי אישי לכיתוב על גבי המציבה);  
בג"צ 5843/97 ברגור נ' שר הבטחון ואח', תקדין-על 98(3) 1192 (התקנות שהתקין שר הבטחון, בעקבות דנג"צ 3299/93 ותיקון מס' 3 לחוק בתי הקברות הצבאיים, עומדות במבחן האיזון הראוי בין מתן ביטוי אישי לבין שמירת אחידות המציבות).

26. המכנה המשותף לפסקי הדין הנ"ל, החשוב לענייננו, הינו חובת הרשות לגלות רגישות לקרובי הנפטר ולאפשר להם ביטויי שכול ויגון מוחשיים בקבורת המת. קברו של אדם עונה על צורך אנושי בסיסי - רגשי ותרבותי - להתייחד עם זכרם של מי שהלכו לעולמם:

"למשפחה השכולה ניתן אתר מוחשי של אפר ואבן כדי לענות על צרכיה להתאבל על יקירה".  
(דנג"צ 3299/93 הנ"ל בעמוד 208).

27. והנה, לעותרים לא ניתן אתר מוחשי של אפר ואבן כדי לענות על צרכיהם להתאבל על יקירם; לא ניתן להם להקים לו מציבה ולבטא את רגשותיהם בכיתוב שייחקק על גביה; לא ניתן להם אף לערוך למנוח לוויה או לעלות על קברו. ההיפך הוא הנכון: המנוח נקבר (אם נקבר) הרחק מכפר מגוריו, במקום נסתר ובטקס לא ידוע. קודם לכן הושהה המת באבו כביר משך חודשים ארוכים, והיום אם מונחת מציבה על קברו אין חקוק עליה אלא מספר שנקבע ע"י מי מטעמו של המשיב.

### איזון אינטרסים

28. פגיעה קשה מעין זו בכבוד המת ובכבוד משפחתו, ראוי לה שתוצדק ע"י שיקולים נגדיים כבדי משקל. בהקשר של תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, האינטרסים הבאים בחשבון הם מהתחום של בטחון המדינה והסדר הציבורי.

29. האיזון של אינטרסים מעין אלו כנגד כבוד המת וכבוד משפחתו נבחן בבג"צ 3933/92 ברכאת ואח' נ' אלוף פיקוד מרכז (פ"ד מו(5) 1). באותו עניין נפסק מפיו של כבוד השופט ברק (כתוארו אז):

"... לא כל שיקול של סדר וביטחון יש בכוחו להצדיק צמצום או פגיעה בכבוד המת או משפחתו. אכן, נדרש איזון ראוי בין שיקולים הקשורים בכבוד המת ומשפחתו מזה לבין שיקולים הקשורים בביטחון האזור והסדר בו מזה. איזון זה מכיר בעליונות השיקול הביטחוני, אך הוא קובע

אמות מידה באשר למצבים, אשר בהם עליונות זו משתכללת הלכה למעשה. איזון זה עוסק בעיקרו בשתי שאלות: האחת - מידת ההסתברות לפגיעה בביטחון, בשלום ובסדר הציבורי, אם תינתן מלוא ההכרה לשיקול בדבר כבוד המת ומשפחתו; השניה - מידת הנזק בביטחון, בשלום ובסדר הציבורי, המצדיקה צמצום או הגבלה של השיקול בדבר כבוד המת ומשפחתו...".

באותו עניין הציג המשיב חשש, מבוסס על נסיון העבר ועל מידע מודיעיני, שעניינו היה בהפרות סדר אלימות, חסימת צירי תנועה והתנגשויות עם כוחות הצבא, שעלולות להביא גם לפגיעה בשלוםם ובבטחונם של תושבי הכפר. התשש היה בדרגה של ודאות קרובה, והנזק הצפוי לבטחון ולסדר הציבורי היה ממשי, ניכר ומהותי. מנגד, הפגיעה בכבודם של המת ושל משפחתו לא היתה מוחלטת: קבורת המת לא נמנעה, נוכחות בני המשפחה לא נמנעה, והלוויה והקבורה נעשו לפי כל כללי המסורת.

בנסיבות אלו הכריע בית המשפט, כי החלטת המשיב הנה סבירה ואין מקום להתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק.

30. שונים הדברים בענייננו: כאן הפגיעה בכבוד המת ומשפחתו היא מוחלטת, ואילו שיקולי הבטחון של המשיב לא פורטו והבסיס העובדתי והראייתי עליו הם מושגים לא הוסבר.

31. ענייננו שונה גם מהעניין שנדון בבג"צ 6807/94 עבאס נ' מדינת ישראל ואח' (ע/7) שכבר הוזכר. בית המשפט הנכבד נמנע מלהתערב בהחלטת ראש הממשלה ושר הבטחון להשהות את העברת הגופה לידי משפחת ההרוג, עד אשר תימצא גופתו של החייל אילן סעדון. אלוף מאיר דגן מסר אז בתצהירו לבית המשפט, כי המדינה פועלת בכל עת ובכל דרך אפשרית באמצעים בלתי נלאים לאתר את גופו של סעדון. ואכן, גופתו של סעדון אותרה, ושנתיים ורבע לאחר שנהרג נמסרה גופתו של אחיו של העותר בבג"צ 6807/94 לידי משפחתו.

גופתו של המנוח מוחזקת ע"י המשיב כבר קרוב לארבע שנים ואין תכלית מוגדרת להחזקתו.

32. יהיה זה נכון ללמוד לעניין האיזון בין שיקולי בטחון ובין הזכות לקבורה גם מחוק איסור הקמת מצבות זיכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח-1998. חוק זה אוסר הקמת מצבות זיכרון לזכר מבצעי פעולות טרור ומורה על הסרת מצבות שהקמתן מהווה עבירה לפי סעיף 4 לפקודת מניעת טרור, התש"ח-1948. אולם הוראות אלו של החוק אינן חלות על הקבר ועל המציבה שעליו (סעיף 1 לחוק).

על הטעם לסייג זה ניתן ללמוד מדבריהם של חברי הכנסת בדיונים שהתקיימו בנוגע להצעת החוק.



כך, למשל, הסביר בעל ההצעה, ח"כ רן כהן, כי "...[ה]זכרון המשפחתי [...] הוא [ש]זכותה של כל משפחה, גם של משפחתו של רוצח... זכותה של משפחת ברוך גולדשטיין, גם אם הוא היה רוצח נקלה, שהיא תוכל לעלות לקבר ולקיים שם את המצוות שהיא מבינה שצריך לקיים". (פרוטוקול ישיבת הכנסת מתאריך 11.12.96, ע' 20-21).

בדיון לקראת ההצבעה בקריאה שנייה ושלישית אמר ח"כ סאלח טריף, כי "הקבר עצמו והמצבה באבן המונחת המכסה את הקבר - בהם כמובן אין לגעת" (פרוטוקול ישיבת הכנסת מ-2.6.98, ע' 162). וכן:

"לקבר זכאי כל אחד".

(שם, ע' 165).

ח"כ בנימין אלון הדגיש, כי "במצבה שעל הקבר אסור לגעת, גם לפי החוק הזה, גם בקבר אסור לגעת" (שם, ע' 171). בדומה לכך, אמר ח"כ ניסן סלומנסקי: "גם הסכמנו שבקבר עצמו לא נוגעים [...] לא נוגעים בקבר, לא בכיתוב שלו ולא בדברים שכבר נמצאים בקבר עצמו" (שם, ע' 185).

העמודים הרלוונטיים מפרוטוקולי הדיונים בכנסת מצורפים לעתירה ומסומנים ע/13.

33. הנה כי כן, קבע המחוקק, כי הזכות לקבר ולמציבה אינה ניתנת להפקעה אפילו ביצע המת מעשה טרור.

זהו המשקל שהעניק המחוקק לכבוד המת ולזכות המשפחה להתייחד עם זכרו, גם כשמדובר במבצע מעשה טרור. זהו גם המשקל שהיה צריך המשיב ליתן לזכויות העותרים כשהוא מפעיל את סמכויותיו לפי התקנה.

### תכליתיות ומידתיות

34. המשיב לא נימק את החלטתו לסרב להעביר את גופת המנוח לידי משפחתו. ממילא, אין העותרים יודעים איזו תכלית (אם בכלל) עמדה לנגד עיניו בפוגעו כך בזכויותיהם. אולם אף אם פעל המשיב למען תכלית כלשהי, ואפילו המדובר בתכלית ראויה, אין בכך כדי להצדיק את החלטתו. נחוץ עוד, כי יתקיים קשר רציונלי בין הפגיעה בזכויות העותרים לבין אותה תכלית, וכי לא ניתן היה להסתפק להשגת התכלית בפגיעה קטנה מזו. בנוסף, צריכה החלטת המשיב לעמוד במבחן המידתיות במובנה הצר, כלומר צריכה להתקיים פרופורציונליות בין התועלת שתנבע מהשארת גופת המנוח בידי המשיב לבין הפגיעה הקשה בכבוד האדם של העותרים. העותרים מתקשים לדמות מסכת עובדתית שתעמוד בדרישות אלו.

## העדר הנמקה

35. מה הם שיקולי הבטחון המנחים את המשיב בסירובו למסור את גופת המנוח לידי משפחתו גם היום? על אלו עובדות מבסס המשיב את שיקוליו? התשובות לשאלות אלו נצורות עם המשיב.

למרות בקשה מפורשת של העותרת 4 נמנע המשיב מלנמק את החלטתו.

36. סעיף 2(א) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, קובע:

"נתבקש עובד הציבור, בכתב, להשתמש בסמכות שניתנה לו על פי דין, יחליט בבקשה וישיב למבקש בכתב בהקדם [...]".

סעיף 2א לאותו חוק קובע:

"עובד הציבור שנתבקש כאמור בסעיף 2(א) וסירב לבקשה, יודיע למבקש בכתב את נימוקי סירובו".

סעיף 3 לאותו חוק פוטר את עובד הציבור מחובת ההנמקה במקרים מסוימים, אולם אז קמה החובה שבסעיף 4 לחוק להודיע למבקש את הטעם שעל פיו נמנע מלפרט נימוקי סירובו.

משלא מילא המשיב אחר החובה לנמק את סירובו או להודיע לעותרים את הטעם להימנעותו מהנמקה, הרי קובע סעיף 6(א) לאותו החוק, כי על המשיב הראיה כי החלטתו ניתנה כדין, וזאת "בכל הליך... לפני בית המשפט". די בכך שהסירוב לא היה מנומק, כדי שבית משפט נכבד זה יוציא צו-על-תנאי המכוון אל המשיב:

"מי שמגיש עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק נגד סירוב שאינו מנומק, אינו צריך להוכיח דבר בעתירה, והוא יקבל צו-על-תנאי שידרוש מהרשות להוכיח כי הסירוב נעשה כדין" (י. זמיר הסמכות המינהלית, כרך ב (נבו, תשנ"ו-1996) ע' 716).

## מילות סיום

37. כשנהרג שאול המלך בגלבוה כרתו הפלשתים את ראשו והציגוהו לראווה ברחבי הארץ, ואילו את גוויתו תקעו בחומת בית שאן. יושבי יבש גלעד יצאו לבית שאן בחשכת הלילה, לקחו את גווית שאול ואת גווית בניו והביאו לקבורה.

לא פעם אחת קם המלך שאול על דוד לרדפו ולהורגו, הוא אלצהו לגלות מארצו ולהסתתר במדבריות ואת מיכל, אשת דוד, נתן שאול לאדם אחר.

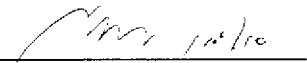
אף על פי כן אנו קוראים בספר שמואל:

"וישלח דוד מלאכים אל אנשי יבש גלעד, ויאמר אליהם: ברוכים אתם לה' אשר עשיתם חסד הזה עם אדוניכם עם שאול ותקברו אותו. ועתה יעשה ה' עמכם חסד ואמת, וגם אנוכי אעשה אתכם הטובה הזאת, אשר עשיתם הדבר הזה".  
(שמואל ב' 5-6).

מה שעשה המנוח - עשה. אך מגווייתו של המת אין לוקחים נקם. משפחת המנוח מבקשת לעשות עמו חסד של אמת. אל לו למשיב למנוע ממנה זאת.

מכל הטעמים הללו מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מתחת ידיו צו-על-תנאי כמבוקש בראש העתירה, ולאחר קבלת תשובתו של המשיב להפוך את הצו למוחלט.

ירושלים, היום 30 לחודש מאי, 1999.

  
אליהו אברם, עו"ד  
ב"כ העותרים

(ת.ש. 8600, מ"מ 22375)