



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6139/19

לפני: כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט ד' מינץ

העותר: ראאד מוחמד סלימאן אלענקאוי

נגד

המשיבים: 1. מפקד כוחות צה"ל באיו"ש  
2. מדינת ישראל

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: א' בשבט התש"פ (27.1.2020)

בשם העותר: עו"ד מוחמד אבו סנינה

בשם המשיבים: עו"ד אבי מיליקובסקי; עו"ד סיון דגן

### פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. העותר מבקש להשיב אליו את גופת בנו, שנהרג בפאתי הכפר נעמה שבאזור יהודה ושומרון ביום 4.3.2019, לאחר שהמכונית שבה נסע דרסה חייל (שנפצע באורח קשה) ולוחם מג"ב (שנפצע באורח קל).

2. עתירה קודמת שהגיש העותר (בג"ץ 1895/19) נדחתה ביום 7.4.2019, מחמת אי-מיצוי הליכים. ביום 18.9.2019 הגיש העותר את העתירה דנן. בתגובתה לעתירה טענה המדינה כי דינה להידחות. לצד זאת ציינה, כי אף שהעתירה הוגשה 9 ימים לאחר שניתן פסק הדין בדנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון נ' עליאן (9.9.2019) (להלן: דנג"ץ 10190/17) – שבו נקבע ברוב דעות כי יש בידי המדינה סמכות להחזיק בגופות מחבלים לצרכי משא ומתן, ולהורות על קבורה ארעית מכוח תקנה

133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 – לא ניתן היה למצוא בה התייחסות לקביעות העקרוניות שניתנו בפסק הדין. בנסיבות אלה הציעה המדינה לאפשר לעותר לתקן את עתירתו, בשים לב לפסק הדין שניתן בדיון הנוסף, וליתן לה רשות להגיש תגובה מתוקנת מטעמה. בהחלטת המשנה לנשיאה ח' מלצר מיום 14.11.2019 נקבע כי העותר יתקן את עתירתו, והמדינה תוכל להגיב על העתירה המתוקנת. בד בבד נקבע, כי הגופה לא תיקבר לעת הזו – עד למתן החלטה אחרת.

3. ביום 14.1.2020 הגיש העותר עתירה מתוקנת. לטענתו, ההחלטה להחזיק את גופת בנו בלתי סבירה, בהיותה מבוססת על שיקולים זרים – שימוש בגופה כ'קלף מיקוח' לצרכים פוליטיים, ופוגעת באופן בלתי מידתי בזכותם של המנוח ומשפחתו לכבוד. כמו כן טוען העותר, כי ההחלטה להחזיק בגופת בנו אינה עומדת בתבחינים שנקבעו לעניין זה בהחלטת הקבינט, שכן בנו מעולם לא היה משויך לחמאס, ונסיבות האירוע שבהן נהרג מעוררות ספק ממשי בדבר כוונה לבצע פיגוע. לחלופין מבקש העותר לאפשר לבני המשפחה הקרובה לערוך טקס קבורה מצומצם, בנוכחות איש דת, דבר שאינו מעורר סיכון ביטחוני.

4. בתגובתה לעתירה המתוקנת טוענת המדינה, כי דינה להידחות. ההחלטה להחזיק בגופת המחבל, בנו של העותר, התקבלה בסמכות, בהתאם לפסק הדין שניתן בדנג"ץ 10190/17, ועונה על התבחינים שנקבעו לעניין זה בהחלטת הקבינט. מידע חסוי (שאותו תציג המדינה ככל שתידרש לכך), מלמד כי בנו של העותר הוא פעיל חמאס, שפעל בשם חמאס. בהקשר זה צוין, כי טענות העותר באשר לנסיבות האירוע שבו נהרג בנו לוקות באי-מיצוי הליכים, שכן מעולם לא הופנו לגורמים הרלבנטיים במדינה, וגם מטעם זה דינן להידחות.

5. אשר לסעד החלופי שנתבקש – עריכת טקס קבורה בנוכחות המשפחה המצומצמת ואיש דת – טוענת המדינה כי דינו להידחות. בעניין זה ציטטה המדינה בהרחבה מהודעה שהגישה ביום 10.8.2018 במסגרת דנג"ץ 10190/17, ובה התייחסה לסוגיית השתתפותם של בני משפחה בהליך הקבורה. על-פי האמור שם, עמדתו המקצועית של מתאם שו"ן (שבויים ונעדרים) במשרד ראש הממשלה – המקובלת על שר הביטחון וראש הממשלה – היא כי לעת הזו מניעת השתתפותם של בני המשפחה בהליך הקבורה "נדרשת כחלק ממנופי הלחץ שנועדו לסייע בקידום המאמץ להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי החמאס". בהקשר זה הודגש, "כי מניעת אפשרות ממשפחות מחבלים לפקוד את קברי מתיהם וליטול חלק בהליך הקבורה, אינה מהווה מנוף לחץ נפרד לקידום הסדר כאמור, העומד בפני עצמו, אלא היא מהווה נגזרת של עיכוב השבת גופות המחבלים, ונועדה לשמר את עצם האפקטיביות של צעד זה, לעת הזו, כמידת הניתן"

(ההדגשות במקור – נ' ס'). עמדה מקצועית זו נבחנה על-ידי הגורמים המשפטיים הרלבנטיים, ונמצא כי "המניעה האמורה עומדת במבחני המידתיות והסבירות". סוגיה זו, של ביקור בקברי מחבלים והשתתפות בקבורתם, לא הוכרעה לבסוף במסגרת הדיון הנוסף, ונקבע כי טענות הצדדים שמורות להם. בתגובתה לפנינו, שבה אפוא המדינה על עמדתה העקרונית כפי שהוצגה שם, וטוענת כי עודנה רלבנטית בעת הזו, גם ביחס לגופת המחבל דנן.

6. ביום 27.1.2020 קיימנו דיון במעמד הצדדים. עיקרו של הדיון התמקד בסעד החלופי שנתבקש, השתתפות בטקס הקבורה. נציגי המדינה, ובהם מתאם שו"ן במשרד ראש הממשלה, הציגו לעיוננו במעמד צד אחד את החומר החסוי, עמדו על התועלת הגלומה במניעת האפשרות להשתתף בטקס הקבורה ולפקוד את הקברים, והדגישו כי מדובר בצעד חיוני שבלעדיו תיפגע יעילותה של המדיניות להחזיק בגופות המחבלים. מנגד טען העותר, כי מניעת האפשרות לערוך טקס קבורה בנוכחות המשפחה מהווה הרחבה של הסמכות שניתנה למדינה במסגרת דנג"ץ 10190/17, להחזיק בגופות מחבלים לצורכי משא ומתן. לשיטתו, הפגיעה בזכות לכבוד, של המנוח ומשפחתו, מחייבת לצמצם סמכות זו, ולא להרחיבה.

7. בפתח הדברים, יש לדחות את טענות העותר באשר לנסיבות האירוע שבהן נהרג בנו. כאמור בתגובת המדינה, העותר לא מיצה הליכים בהקשר זה, גם לא לאחר שנדחתה עתירתו הקודמת (בג"ץ 1895/19), מטעם זה בדיוק. כזכור, הופנה ב"כ העותר לפרקליטות לעניינים מבצעיים, אך הוא נמנע מלעשות כן, והדבר אומר דרשני. כתובת ניתנה לו, כאמור שם; עליו לפנות; על הנמענים להשיב; זהו מיצוי הליכים, ובלעדיו – אין.

8. לגופם של דברים. הסמכות להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא ומתן – נתונה; כך הוכרע לא מכבר, כאמור, בדנג"ץ 10190/17. ההחלטה שלא לאפשר לבני משפחות מחבלים להשתתף בקבורתם ולפקוד את קבריהם איננה הרחבה של סמכות זו, כי אם נגזרת שלה. כפי שהראנו לדעת מתאם שו"ן במשרד ראש הממשלה – בכתב ובעל-פה, בדברים שניתן לומר בגלוי ובמידע חסוי שלגביו לא ניתן להרחיב את הדיבור – מניעת האפשרות להשתתף בהליך הקבורה ולפקוד את הקברים, פועלת את פעולתה בקידום המאמץ להשבת אזרחי ישראל וחללי צה"ל המוחזקים בידי ארגוני הטרור. אלמלא מניעה זו, תיפגע יעילותה של המדיניות כולה, לעכב השבת גופות המחבלים. הגבלות ומניעות שכאלו, אינן מעשה של 'ענישה קולקטיבית', כטענת העותר, גם לא נקמנות גרידא חלילה. במציאות מתוקנת, לא היינו נצרכים להידרש לכך, 'סחר-מכר' בגופות אדם (יהיו מעשיו רעים ומתועבים כאשר יהיו). "אין זאת אלא מן הפירות

הבאושים של הטרור הרצחני, בעטיו של האויב האכזרי, שמוכרחים אנחנו כך לעשות, שימוש שכזה בגופות מחבלים, כדי לקדם את שובם הביתה של אזרחי ישראל ואת הבאתם של חללי צה"ל למנוחה נכונה" (פסקה 5 לחוות דעתי בדנג"ץ 10190/17).

9. אשר על כן, אציע לחברי לדחות את העתירה.

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה עם חברי השופט נ' סולברג כי דין העתירה להידחות – בהתחשב בהלכה שנקבעה בדנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן (9.9.2019). בהינתן בסיס זה – המחייב אותי להשיג אחור את עמדתי השונה בשאלת הסמכות – אינני סבורה כי בנסיבות העניין נפל פגם בשיקול הדעת שביסוד ההחלטה שהתקבלה.

ש ו פ ט ת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, ז' באדר התש"פ (3.3.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט