



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6385/21

לפני: כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט א' שטיין

העותר: מוהנד זוהדי טוויל

נ ג ד

המשיבות: 1. משטרת ישראל
2. מדינת ישראל

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: ה' בחשוון התשפ"ב (11.10.21)

בשם העותר: עו"ד מוחמד אבו סנינה

בשם המשיבות: עו"ד מיכל דניאלי

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

עניינה של העתירה בבקשת העותר כי גופת בנו, זוהדי טוויל (להלן: טוויל), המוחזקת על ידי המשיבים, תועבר לידו על מנת לקברו. טוויל נורה ביום 24.5.2021 על ידי כוחות הביטחון לאחר שביצע פיגוע דקירה בסמוך לגבעת התחמושת בירושלים – פיגוע שכתוצאה ממנו נפצע חייל באורח קשה ונפצע אזור באורח בינוני.

1. לטענת העותר, המשך ההחזקה בגופת בנו מהווה פגיעה בלתי חוקית וללא סמכות בעקרונות יסוד של הדין הבינלאומי, בזכותו החוקתית לכבוד המת וכבוד המשפחה ויש בה משום ענישה קולקטיבית של כל בני המשפחה. כמו כן החלטת המשיבים להחזיק בגופת בנו אינה מתיישבת עם הקריטריונים שנקבעו לעניין זה, שכן מדובר בקטין והנסיבות בהן נהרג בנו טוויל מעלות ספק ממשי אם מדובר היה בפיגוע

או אם היה טוויל משויך לארגון טרור. בנוסף העלה העותר טענות שונות בעניין החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מיום 2.9.2020 (להלן: ההחלטה המעודכנת), אשר עדכנה את החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מיום 1.1.2017 בדבר "מדיניות אחידה בטיפול בגופות מחבלים" (ב/171) (להלן: ההחלטה המקורית), וקבעה כי ניתן להחזיק בגופת מחבל גם אם אינו משויך לארגון טרור. ההחלטה המעודכנת היא גורפת ושרירותית, נפלו בקבלתה פגמים רבים היורדים לשורשו של עניין, והיא אינה עומדת בכללי המשפט המנהלי.

2. המשיבים טענו כי ההחלטה שלא להשיב את גופתו של טוויל ניתנה לאחר בחינת כל נסיבות העניין, ובהתאם לאמות המידה שנקבעו, וזאת הן לאור שיוכו של טוויל לארגון החמאס והן לאור העובדה שהפיגוע שביצע כלל החזקת אמל"ח והביא לפציעתם של אנשים. עוד נטען כי העתירה אינה מבוססת על תשתית נורמטיבית עדכנית, שכן היא אינה מתייחסת כלל לפסק הדין שניתן בבג"ץ 4462/20 עריקאת נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (18.8.2021) (להלן: עניין עריקאת)), במסגרתו גם הוכרעו הסוגיות אותן מעורר העותר, נגד הסמכות שעמדה בבסיס ההחלטה המעודכנת, ונגד מידתיותה, סבירותה וחוקיותה של אותה החלטה. לפיכך טענו המשיבים כי אין מקום כלל להידרש לעתירה אלא אם תתוקן ותבוסס על תשתית עובדתית רלוונטית.

3. ביום 1.1.2017 התקבלה ההחלטה המקורית, לפיה:

"א. גופות מחבלים תוחזרנה בתנאים מגבילים הנקבעים על ידי גורמי הביטחון.
ב. גופות מחבלים בשיוך חמאס יוחזקו בידי ישראל.
ג. גופות מחבלים שביצעו אירוע טרור חריג במיוחד יוחזקו בידי ישראל."

ההחלטה התקבלה על רקע הסמכות הנתונה למפקד הצבאי לפי סעיף 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה) ליתן הוראות בעניין קבורתה של גופה. בתחילה עתירות שהוגשו נגד החלטה זו התקבלו (בג"ץ 4466/16 עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (14.12.2017) (להלן: בג"ץ עליאן)). אלא שלאחר שהתקיים דיון נוסף בסוגיה, נקבע כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מסמיכה את המפקד הצבאי "להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים או חללי אויב משיקולים של ביטחון המדינה ושלום אזרחיה, תוך שמירה על כבוד המת ומשפחתו, לצורכי משא ומתן להשבת חיילי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני טרור" (דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון נ' עליאן (9.9.2019) (להלן: דנג"ץ עליאן)).

4. ביום 2.9.2020 התקבלה ההחלטה המעודכנת, במסגרתה הוחלט:

"לעדכן את החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מס' ב/171 מיום 1.1.2017 ולהוסיף כי יש למנוע החזרת גופות מחבלים, ללא קשר לשיוכן הארגוני, זאת אם המחבלים רצחו או פצעו אדם, או נשאו אמצעי לחימה (קר או חם)".

היינו, ניתן למנוע החזרת גופות מחבלים, גם ללא קשר לשיוכם הארגוני של מחבלים שהיו מעורבים ברצח או פציעת אדם, או נשאו אמצעי לחימה.

5. לאחר שהתקבלה ההחלטה המעודכנת, ורק לאחרונה, ביום 18.8.2021 נדחתה במסגרת עניין עריקאת עתירה שהוגשה נגד החזקת גופת מחבל אשר לא הייתה מחלוקת כי הוא לא השתייך לארגון טרור כלשהו. במסגרת אותו עניין, נבחנה ההחלטה המעודכנת ונקבע כי לא נפל בה פגם, לא במישור הסמכות ולא במישור שיקול הדעת. צוין כי אין בלשון תקנה 133(3) לתקנות ההגנה כל עיגון לטענה שסמכות להורות על החזקת גופה מושפעת משיוכו הארגוני של המחבל. כמו כן, נקבע כי ההחלטה המעודכנת התקבלה בהליך תקין ועל יסוד תשתית עובדתית מקיפה.

6. ומכאן לענייננו. החלק הארי של עתירת העותר נסוב על טענות עקרוניות-כלליות נגד מדיניות מניעת השבת גופות מחבלים באשר היא, כמו גם נגד ההחלטה המעודכנת. ברם, כאמור הסוגיה העקרונית בקשר למניעת השבת גופות מחבלים, נדונה והוכרעה לא מכבר לאחרונה, הן בדנג"ץ עליאן והן בעניין עריקאת. נקודת המוצא הובהרה בדנג"ץ עליאן, והיא כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופת מחבל משיקולים של ביטחון המדינה ושלוש אזרחיה. השאלה אימתי הקבורה הארעית מקדמת את התכלית הביטחונית מסורה לשיקול דעתו של המפקד הצבאי, כאשר מדובר בשיקולים שבמומחיות צבאית וביטחונית (דנג"ץ עליאן, פסקה 35 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות).

7. העותר טוען כי אין מדובר בסמכות רחבה שניתן להפעילה בשרירותיות וללא מעצורים. אולם גם בכך אין כל חידוש. כפי שנקבע לא מכבר, הפעלת סמכות זו כוללת בחובה מידה מסוימת של פגיעה בכבוד המת ובכבוד משפחתו, ועל כן יש לתחמה במגבלות ובאיזונים מתאימים עם הצרכים הביטחוניים השונים (דנג"ץ עליאן, פסקה 29 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות). אולם לא ניתן לומר כי מדובר באמצעי שרירותי או

מחוסר היגיון או כי לא מתקיים קשר רציונאלי בין החזקת גופות מחבלים לבין הצורך לקדם משא ומתן עם ארגוני טרור על השבת חיילי וחללי צה"ל ואזרחים ישראלים המוחזקים על ידם (דנג"ץ עליאן, פסקה 36 לפסק דינה של הנשיאה חיות). גם אין לקבל את נסיונו של העותר להסתמך על הדין הבינלאומי. צוין כי אין בדין הבינלאומי "איסור תרות על החזקת גופות במסגרת עימות מזוין" (דנג"ץ עליאן, פסקה 31 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות). טענותיו הכלליות של העותר בהקשר זה אינן אפוא אלא ניסיון להשיב את הגלגל לאחור, ולהעלות לדיון נוסף-חוזר סוגיות אשר ניתנה עליהן הדעת זה מכבר, ונסתם עליהם הגולל, במסגרת דנג"ץ עליאן.

8. באופן דומה יש לדחות את טענות העותר בקשר להחלטה המעודכנת, אשר הרחיבה את היקף המקרים המאפשרים החזקת גופת מחבל, גם בהיעדר שייכות ארגונית כלשהי. כך נקבע לא מכבר בעניין עריקאת, כי מדובר בהחלטה שהתקבלה בסמכות, בהליך תקין שכלל עבודת מטה מקיפה ועל בסיס תשתית עובדתית נרחבת. נקבע גם כי באותה נקודת זמן, נמצא קשר רציונלי בין הרחבת היקף החזקת גופות המחבלים לבין תכלית השבת האזרחים וגופות החללים. כפי שצינתי בעניין עריקאת:

"ככלות הכל, כנגד עיקרון שמירה על כבוד המת [...] מוצבת השמירה על כבוד המת של חללי צה"ל המוחזקים בידי החמאס. וכנגד כבוד המת [...] מוצב עיקרון פידיון השבויים המוחזקים בידי חמאס" (פסקה 3).

9. משנדונו בהרחבה הטענות העקרוניות נגד ההחלטה המעודכנת במסגרת עניין עריקאת, בפסק דין שניתן רק לאחרונה, בצדק טענו המשיבים כי אין מקום בעת הזו לדון בטענות אלו של העותר. לא למותר לציין כי במסגרת ההליך בעניין עריקאת, הציגה המדינה הנחיה ונוהל שגובשו, המבהירים את "סדר הפעולות והמידע שיש להביא בפני שר הביטחון, על מנת שיקבע, בהתאם להחלטת הקבינט, אם גופת מחבל עומדת בתנאים להחזקתה" (פסקה 3 לפסק דינו של השופט נ' הנדל), כאשר צוין כי מדובר בהנחיה ונוהל המפרטים את אמות המידה לאורן ישקול שר הביטחון אם להפעיל את סמכותו. גם בכך יש כדי לתמוך במסקנה שאופן יישומה של ההחלטה המעודכנת עולה בקנה אחד עם כללי מנהל תקין.

10. יצוין כי בשולי העתירה (אשר בה צוינו כמשיבים "משטרת ישראל" ו-"מדינת ישראל") טען העותר, כי אין מקור סמכות המתיר למשטרת ישראל להחזיק את גופת טוויל, תושב מזרח ירושלים, בהפנותו לפקודת המשטרה (נוסח חדש), התשל"א-1971. לפיכך, לשיטתו, ההחלטה להחזיק בגופה לוקה ב"חוסר סמכות קיצוני ביותר". אולם,

כפי שציינו המשיבים בבקשתם מיום 7.10.2021 שנתמכה בתצהיר, גופת טוויל מוחזקת בידי המפקד הצבאי. העותר לא הניח תשתית לטענה כי אין למפקד הצבאי סמכות במקרה זה. בבג"ץ עליאן נקבע, מבלי שהייתה מחלוקת בסוגיה זו, כי ההכרעה בשאלת סמכותו של המפקד הצבאי מכוח תקנות ההגנה רלוונטית גם ביחס לגופות מחבלים ממזרח ירושלים (פסקה 46 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; פסקה 20 לפסק דינו של השופט נ' הנדל; וראו למשל, לעניין תחולת תקנה 119 לתקנות ההגנה: בג"ץ 8084/02 עבאטי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 60 (2003); בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 5 (5.1.2009); בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 1 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (2015); בג"ץ 5376/16 אבו חדיר נ' שר הביטחון, פסקה ל"ב לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (4.7.2017); וראו סמכות מקבילה בחלקה, להורות על עיכוב במסירת גופה, הנתונה לפי סעיף 70א ו-סעיף 70ב לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 למפקד מחוז). גם דין טענה זו אם כן, להידחות.

11. גם באשר לעניינו הפרטני של טוויל, העותר לא הצביע על עילת התערבות לגבי קביעות המשיבים באשר לאופי האירוע אשר בו מצא טוויל את מותו או לגבי הקשר שלו לארגון חמאס, קביעה הנתמכת על פניה בחומר החסוי שהוצג לפנינו במהלך הדיון. ממילא גם מן טעם זה, אין מקום לדיון בטענות העותר נגד ההחלטה המעודכנת, שעניינה כאמור בהרחבת היקף המקרים בהם ניתן למנוע השבת גופה גם כאשר מדובר במחבל הנעדר השתייכות ארגונית. מכל מקום, לא הונחה על ידי העותר, מלבד העלאת טענה כללית ובלתי מבוססת, תשתית בסיסית ביותר שיהיה בה כדי לערער את קביעת המשיב בדבר הנסיבות בהן מצא טוויל את מותו. ובשולי הדברים יוער, כי העובדה שמדובר בקטין, גם היא אין בה כדי להטות את הכף, בהתייחס לשיקולים הביטחוניים ולאיוונים אשר צריכים להיעשות במקרה הנתון.

העתירה נדחת.

ניתן היום, ו' בחשון התשפ"ב (12.10.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט