



בבית המשפט העליון

דנג"ץ 10190/17

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט ג' קרא

העותרים :

1. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון
2. פרקליטות המדינה
3. משטרת ישראל
4. מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים :

1. מוחמד עליאן
2. סאהר חסונה
3. עבד אבו גזאלה
4. גמאל קהלותי
5. סאלח אבו חרווב
6. זיאד אבו ח'ילף
7. מוחמד אבו סרור
8. סביח אבו סביח
9. יוסף אבו סאלח
10. מוחמד זעים עלי אלעורתאני
11. יוסרא חסן מחמד אלפקיה
12. נאסר מוחמד אלטראירה
13. מחמד אחמד קונבר

דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ
4466/16 מיום 14.12.2017 שניתן על ידי כב' השופטים
י' דנציגר, נ' הנדל וג' קרא.

ה' באב התשע"ח (17.07.18)

תאריך הישיבה :

עו"ד ענר הלמן ; עו"ד אבי מיליקובסקי ; עו"ד שרון
אבירם

בשם העותרים :

עו"ד מוחמד מחמוד

בשם המשיבים 1-6 ו-8 :

בשם המשיב 7 : עו"ד פאדי חירי ; עו"ד חסן ג'בארין ; עו"ד סוהאד בשארה

בשם המשיבים 13-9 : עו"ד מחמד אבו סנינה ; עו"ד סלימאן שאהין

פסק-דין

הנשיאה 'א' חיות:

האם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: התקנה ותקנות ההגנה) מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצורכי משא ומתן? זוהי השאלה המרכזית העומדת במוקד הדיון הנוסף על פסק הדין שניתן ביום 14.12.2017 בבג"ץ 4466/16 (השופט (בדימוס) י' דנציגר והשופט ג' קרא כנגד דעתו החולקת של השופט נ' הנדל) (להלן: פסק הדין).

רקע ופסק דינו של בית המשפט העליון

1. התגברות גל פיגועי הטרור מאז ראשית שנת 2015 הובילה את גורמי הביטחון ואת הדרג המדיני לשקול ולבחון מדיניות הנוגעת להחזקת גופות מחבלים לצורכי משא ומתן. בהתאם לכך קיימה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (להלן: הקבינט) דיון שבמהלכו הוצגו לה חוות דעת מקצועיות מטעם גורמי ביטחון שונים וכן מטעם גורמים משפטיים בכירים במשרד המשפטים וביום 1.1.2017, קיבל הקבינט החלטה בדבר "מדיניות אחידה בטיפול בגופות מחבלים" (ב/171) (נוסח לא מסווג) (להלן: החלטת הקבינט) כדלקמן:

מחליטים:

- 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.

על פי החלטת הקבינט, ככלל תוחזרנה גופות מחבלים למשפחותיהם בתנאים מגבילים שיבטיחו את שמירת הסדר הציבורי. עם זאת, לא יוחזרו גופות מחבלים של ארגון חמאס ובנוסף לא יוחזרו גופות מחבלים אשר ביצעו פיגוע טרור "חריג במיוחד". הקבינט סבר כי יש הצדקה להמשיך ולהחזיק בגופות אלה בקבורה ארעית, משום שהן

עשויות להיות בעלות "הקשר סמלי מיוחד" וקיימת אפשרות שהחזקתן תסייע למדינה להשיג הסכם להשבת חיילי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור. טרם קבלת ההחלטה, הוצגה בפני הקבינט חוות דעת משנת 2004 של היועץ המשפטי לממשלה דאז מ' מזוז, לפיה אין להחזיק בגופות מחבלים בהתבסס על צורך ערטילאי של שמירת "קלפי מיקוח" לצורך משא ומתן עתידי, אך אין לשלול אפשרות כזו ככל שיש טעמים מיוחדים להחזקת הגופות ובכללם עסקה קונקרטיה לחילופי גופות עם האויב או חשש קונקרטי כי החזרת גופה מסוימת תסכן, ברמת הסתברות גבוהה, את בטחון האזור (להלן: עמדת היועמ"ש מ-2004). בשנים עברו החזיקה מדינת ישראל בגופות מחבלים ובין השנים 1991-2008 ביצעה עסקאות חילופי שבויים ונעדריים עם ארגוני טרור שבמסגרתן העבירה לידיהם 405 גופות מחבלים וכן עצירים ואסירים חיים. על ההליכים המשפטיים שעסקו בעניינן של גופות אלו, נעמוד בהמשך הדברים.

ביצוע המדיניות שנקבעה בהחלטת הקבינט הוטל על העותר 1, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (להלן: המפקד הצבאי), וזאת בהתאם לסמכות הנתונה לו לפי תקנה 133(3) 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.

2. המשיבים הם בני משפחות של שישה מחבלים שגופותיהם מוחזקות בידי המדינה: המחבל פאדי אחמד חמדאן קונבר, תושב מזרח ירושלים, שביצע ביום 8.1.2017 פיגוע בטיילת ארמון הנציב בירושלים. הוא רצח את החיילים שירה צר, יעל יקותיאל, שיר חג'אג' וארז אורבך ז"ל ופצע 18 נוספים; המחבל מחמד טראירה, תושב האזור, שרצח את הנערה הלל יפה אריאל ז"ל ביום 30.6.2016 בקריית ארבע; המחבל מחמד אלפקיה, תושב האזור, שביום 1.7.2016 נטל חלק בפיגוע שבו נרצח הרב מיכאל מרק ז"ל ונפצעו בני משפחתו; המחבל מצבאח אבו סביח, תושב מזרח ירושלים, שביצע ביום 9.10.2016 פיגוע ירי שבו נרצחו לבנה מליחי ז"ל והשוטר יוסף קירמה ז"ל ונפצעו נוספים; המחבל עבד אלחמיד אבו סרור, תושב האזור, שביצע ביום 18.4.2016 פיגוע באוטובוס בירושלים שבו נפצעו עשרות אנשים והמחבל ראמי אלעורתאני, תושב האזור, שהיה מעורב בניסיון פיגוע ביום 31.7.2016. לטענת המדינה החזקת גופות ששת המחבלים עשויה לסייע בהשגת עסקה קונקרטיה לחילופי גופות ושבויים עם ארגון

חמאס אשר מחזיק בגופות חיילי צה"ל סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר ארון שאול ז"ל ובאזרחי ישראל אברה מנגיסטו והישאם אלסייד.

בהתאם, הוציא המפקד הצבאי צווי קבורה לגופות המחבלים. צווי הקבורה הוצאו מטעם מפקד פיקוד המרכז שהוא מפקד האזור, וכן מטעם מפקד פיקוד הצפון שבו נקברות גופותיהם וזו לשונם:

בתוקף סמכותי כמפקד צבאי באזור [המילה "באזור" הושמטה בנוסח הצו של מפקד פיקוד צפון], ובהתאם לתקנה 133 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ויתר סמכויותיי על פי כל דין ותחיקת ביטחון, הנני מצווה בזאת לאמור:

1. גווייתו של [שם המחבל] תיקבר בבית הקברות בעמיעד בשורה ... קבר מספר ...
2. הקבורה תתבצע ביום ... בין השעות ... בלבד, בנוכחות מי שיוורשו לכך על ידי או על ידי מי שהוסמך לכך מטעמי.
3. הגווייה תיקבר על ידי הרבנות הצבאית ותירשם על ידי במרשם/יומן בית-הקברות.
4. נטילת דגימת DNA מהגווייה תתבצע טרם הקבורה לשם זיהוי עתידי, בהתאם לכללי הפעלת הסמכות הנתונה לגוף ביטחון בישראל, כאמור בפרק ז' לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000.
5. הגווייה תיקבר בתוך ארון מתכת סגור.

לטענת המדינה, כפל הצווים נובע מכך שמטרת הצו של מפקד האזור היא למנוע את מסירת הגופה למשפחה, להוציא את הגופה מהמרחב שעליו הוא מופקד ולקיים את שיקולי הביטחון החלים באזור, ואילו תכליתו של הצו מטעם מפקד פיקוד הצפון היא לקבל את הגופה למרחב זה, לקבור אותה שם ולשקול את שיקולי הביטחון בנוגע למיקום ולאופי הקבורה בישראל (סעיף 63 לתצהיר התשובה מטעם המשיבים בבג"ץ 4466/16).

3. על ההחלטה להחזיק בשש גופות המחבלים הגישו המשיבים ארבע עתירות לבית משפט זה והדיון בהן אוחד. טענתם העיקרית של המשיבים הייתה כי החזקת גופות מחבלים בידי המדינה נעשית בחוסר סמכות וכי אין בדין הישראלי או הבינלאומי הסדר כלשהו המסמיך את המפקד הצבאי להחזיק גופות מחבלים לצרכי משא ומתן, בדרך של קבורה ארעית או בכל דרך אחרת. עוד נטען כי החזקת גופות מחבלים לצרכי משא ומתן היא פרקטיקה המהווה ענישה קולקטיבית, הפוגעת באופן לא מידתי בכבוד המתים

ובכבודם של בני המשפחות המבקשים להביאם לקבורה. המדינה טענה מנגד כי התקנה מסמיכה את המפקד הצבאי להחזיק בגופות מחבלים, וכי מההסמכה להורות על מקום קבורת הגופה נגזרת גם הסמכות להורות על קבורה ארעית לצורך משא ומתן. לגישת המדינה מקור הסמכות עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי והיא הוסיפה כי החזקת הגופות נעשית לתכלית ראויה ובמידתיות, בשים לב לכך שהיא נועדה לסייע להשיב שבויים ונעדרים ישראלים.

4. למען שלמות התמונה יצוין כי משפחתו של חלל צה"ל סגן הדר גולדין ז"ל, עתרה לבית המשפט וביקשה, בין היתר, כי מדינת ישראל תמלא אחר החלטת הקבינט ותחזיק בגופות מחבלים בעניין גולדין. ביום 11.10.2018 ניתן פסק דין בעתירה ונקבע כי מבלי להידרש לעניין הסמכות להחזיק בגופות מחבלים, המדינה נקטה את האמצעים הדרושים על מנת להבטיח את יישום החלטת הקבינט ואין להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי לגבי עיתוי השבת גופות מחבלים שאינן עומדות בקריטריונים הקבועים בהחלטה או להכפיפו לביקורת של העותרים באותו עניין.

עוד יצוין כי שתיים מתוך הגופות, של המחבל פאדי קונבר ושל המחבל מצבאח אבו סביח טרם נקברו, וזאת בהתאם לצו ביניים שניתן לבקשת משפחותיהם ביום 13.9.2017. כמו כן יצוין כי בהתאם להודעת העדכון של המדינה מיום 11.7.2018 היא מחזיקה בסך הכל 15 גופות של מחבלים תושבי האזור ומזרח ירושלים, לגבי שלוש מהן הודיעה המדינה במסגרת ההליך בבג"ץ 8627/17 גולדין נ' ממשלת ישראל (11.10.2018) (להלן: עניין גולדין) על הכוונה להחזירן משום שאינן עומדות בתנאים שהוצבו בהחלטת הקבינט. כמו כן, הודיעה המדינה כי בידיה 13 גופות מחבלים תושבי עזה שנתפסו לאחר מבצע צוק איתן. בעניינן של שלוש עשרה גופות מחבלים תלויים ועומדים הליכים בבית משפט זה, הממתינים להכרעה בדיון הנוסף (בג"ץ 2888/18; בג"ץ 4274/18; בג"ץ 4422/15; בג"ץ 7881/16; בג"ץ 9781/16; בג"ץ 7554/18; בג"ץ 7552/18; בג"ץ 8751/18; בג"ץ 2591/19; בג"ץ 2852/19; בג"ץ 1562/19; בג"ץ 1630/19; בג"ץ 877/19).

פסק הדין בעתירות

5. בית המשפט קיבל את העתירות וקבע בדעת רוב (השופט י' דנציגר בהסכמת השופט ג' קרא בניגוד לדעתו החולקת של השופט נ' הנדל), כי התקנה לא מסמיכה את המפקד הצבאי להחזיק בגופות מחבלים לצרכי משא ומתן. עוד נקבע כי ככל שהמדינה מעוניינת להחזיק בגופות כאלו עליה להסדיר את הנושא ב"הסדר חוקי מלא ושלם,

שיוקדש באופן ספציפי לנושא זה, בחקיקה ראשית ומפורשת אשר תעמוד בסטנדרטים המשפטיים הקיימים בדין הישראלי ותכתב עם הוראות הדין הבינלאומי" וזאת תוך שישה חודשים מיום מתן פסק הדין.

השופט י' דנציגר קבע כי פעולותיו של המפקד הצבאי כרוכות בפגיעה בזכויות אדם ובפרט בזכויות המת ובזכויות בני משפחתו להביא את גופת קרובם לקבורה נאותה שתאפשר התייחדות וזיכרון. לפיכך, כך נקבע, מקור סמכותו של המפקד הצבאי להחזיק בגופות המחבלים צריך להיות מעוגן בחקיקה ראשית, ספציפית ומפורשת. לשון התקנה, כך נקבע, מלמדת כי לא ניתן לראות בה מקור סמכות 'מפורש' לפעולת המפקד הצבאי. זאת, שכן התקנה מסמיכה את המפקד הצבאי שבידיו גווייה להנפיק צו קבורה הקובע את מקום הקבורה, זמן הקבורה וזהות הקברן, אך היא אינה מפרטת מה הנסיבות ולא מפורש בה האם הסמכות חלה רק ב"שעת חירום" או גם בהקשרים אחרים. עוד נקבע כי לא ברור האם הסמכות לקבל החלטות בהקשר זה היא רק כאשר לא ניתן להביא את המת לקבורה בדרך מקובלת ורגילה או גם בסיטואציות אחרות. ממילא, כך נקבע, לשון התקנה אינה מתייחסת לשאלה האם הסמכות נתונה למפקד הצבאי להורות על קבורה חלה גם על קבורה ארעית לצרכי משא ומתן.

השופט י' דנציגר הוסיף וקבע כי בחינת ההיסטוריה החקיקתית של התקנה שהותקנה בימי המנדט הבריטי מעידה כי בהליכי חקיקתה לא נשקלה כלל האפשרות שהמפקד הצבאי יוכל להורות על קבורה ארעית לצרכי משא ומתן. תכליתה ההיסטורית הייתה לטפל בעיקר במצבים שבהם נוצר קושי אובייקטיבי להשיב את גופת המת לקרוביו (למשל – אסירי המנדט שהוצאו להורג בירושלים ובעכו) משום שהקרובים לא דרשו את הגופה כי לא ידעו על גורלו של האסיר או מפאת חששם לפנות אל השלטונות המנדטוריים. עוד צוין כי גם אם תכליתה ההיסטורית של התקנה הייתה להקנות למפקד הצבאי 'כוח' כללי בעניין קבורות "קשה לאמץ מסקנה כי הכוונה בכך הייתה לאפשר לתת לו הוראות גם בסיטואציה של קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא ומתן" (פסקה 22 לפסק הדין). השופט י' דנציגר הוסיף וציין כי התקנה מופיעה תחת חלק י"ד לתקנות העוסק ב"הוראות שונות", כתקנה אחת מבין מספר תקנות משנה וסמכויות הקבורה בה אינן מהוות הסדר משפטי ייחודי, ספציפי ושלם המוקדש להחזקת גופות אויב לצרכי משא ומתן. על כן אין לראות בה "הסדר חקיקה מפורש". יישום חזקות התכלית הפרשניות המקובלות בשיטתנו, כך נקבע, מחזק אף הוא את המסקנה כי לא ניתן לפרש את התקנה באופן שמקנה למפקד הצבאי סמכות רחבה להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא ומתן. זאת, בשים לב לכך שהתקנה פוגעת בזכויות אדם ועל כן יש לפרש אותה באופן מצמצם ודווקני וכן בשים לב לקיומה של חזקת התכלית

שלפיה מטרתה של הוראת דין הוא למזער ככל הניתן את הפגיעה בזכויות אדם. חזקה פרשנית נוספת שעשויה לחול בענייננו, כך נקבע, היא התאמת הדין הפנימי לדין הבינלאומי.

6. השופט י' דנציגר התייחס בפסק דינו לכך שבעבר נפסק כי התקנה עשויה להוות מקור סמכות להחלטה על קיום הלוויה בשעה מסוימת (בג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד מו(5) 1, 5-6 (1992) (להלן: עניין ברכאת)) ובית המשפט אף אישר החלטה שלא להשיב לחמאס גופת מחבל עד שיימסר מידע לגבי מקום קבורתו של חלל צה"ל (בג"ץ 6807/94 עבאס נ' מדינת ישראל (2.2.1995)) (להלן: עניין עבאס). אך הוא הוסיף והדגיש כי פסקי דין אלו לא עסקו בשאלת הסמכות ואף שהמדינה הציגה בעתירות אחרות את עמדתה ביחס לתקנה, בית המשפט לא נדרש עד כה לדון בה במישרין שכן העתירות התייתרו. בהתייחסו לדנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000) (להלן: עניין קלפי המיקוח), בו נקבע כי לא ניתן להרחיב את גבולות הסמכות ולפרש את סעיף 2(א) לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 כאילו נועדה להקנות סמכויות מעצר גם בסיטואציות של קלפי מיקוח, קבע השופט י' דנציגר שהחזקת קלפי מיקוח חיים אינה דומה להחזקת גופות, אך ההלכה בעניין קלפי המיקוח תומכת באופן מובהק במסקנה כי החזקת גופות לצורכי משא ומתן צריכה להתבסס על סמכות שהוקנתה בחקיקה ראשית ומפורשת. אשר לעמדת היועמ"ש מ-2004, קבע השופט י' דנציגר כי היא אינה שוללת מכל וכל החזקת גופות לצרכי משא ומתן במצבים מיוחדים כמו עסקה קונקרטית, אך ציין כי עמדה זו נקבעה בהנחה שקיימת סמכות בחוק להחזיק בגופות וממילא יש לקרוא אותה לאור יתר הקביעות בחוות הדעת המסייגות את הסמכות ומגדרות אותה.

מכאן פנה השופט י' דנציגר לסקור את הדין הבינלאומי ואת המשפט המשווה וציין כי אף שהמדינה מבקשת לבסס את הסמכות על הדין הפנימי, לא מן הנמנע שביחס לחלק מגופות המחבלים קיימת תחולה של הוראות הדין הבינלאומי בהיותם בחייהם תושבי האזור. בנוסף, כך נקבע, הדיון בדין הבינלאומי מהווה חלק מהמלאכה הפרשנית והוא עשוי לתרום לעשיית סדר משפטי בעתיד ביחס לסיטואציות דומות. השופט י' דנציגר סקר בהרחבה את הוראות הדין הבינלאומי ההומניטארי, הדין הבינלאומי המנהגי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי וסיכם כי אף שאין בדין הבינלאומי ההומניטארי או במשפט זכויות האדם הבינלאומי איסור תרות על החזקת גופות במסגרת עימות מזוין, פרקטיקה זו זוכה להסתייגות וגלום בה קושי משפטי לא מבוטל. בחינת התקנה לאור הדין הבינלאומי מעוררת, כך נקבע, שאלות כבדות משקל שכן התקנה אינה מתייחסת להבחנות הרלוונטיות בדין הבינלאומי ואינה מתכתבת עמו. כך למשל, היא אינה

מתייחסת לחובות הרבות המוטלות על צדדים לעימותים מכוח הדין הבינלאומי ואינה משקללת את כלל ההבחנות הנדרשות בדין הבינלאומי לעניין החזקת גופות מחבלים, לרבות הבחנות בין מצבי לחימה שונים ובין מחבלים ממקומות שונים (מזרח ירושלים, האזור, אזרחי ישראל). השופט י' דנציגר סיכם, אפוא, כי בשים לב למכלול הזכויות והאינטרסים שעל הפרק, ככל שהמדינה חפצה בכך יש ליתן לה הזדמנות לגבש הסדר חוקי מלא ושלם בחקיקה ראשית מפורשת וספציפית העומדת בתנאים המשפטיים הרלוונטיים שתיועד ותיוחד לנושא החזקת גופות לתכליות המבוקשות ושיתן משקל להערות בפסק הדין וזאת בתוך שישה חודשים ממועד מתן פסק הדין. השופט ג' קרא הצטרף לפסק דינו של השופט י' דנציגר בצינו כי אין ללמוד מלשון התקנה על סמכות שניתנה למפקד הצבאי להחזיק בגווייה לאחר קבורתה ו"מ'שגבול הפרשנות הוא גבול הלשון' אין ללמוד מלשון התקנה על דרך פרשנות את מה שאין בה".

7. השופט נ' הנדל, בדעת מיעוט, סבר כי יש ערך בהסדרה חקיקתית מקיפה של הסמכות להחזקת גופות מחבלים, אך כבר היום התקנה מסמיכה את המפקד הצבאי לצוות על עיתוי ואופן קבורת גופות המחבלים. לגישתו בליבת הסמכות הזו מצויים שיקולים שעניינם שמירה על שלום הציבור וביטחוננו וכן הימצאות אזרחים או גופות בידי האויב. השופט נ' הנדל סבר כי מבחינה לשונית התקנה מקנה למפקד הצבאי שיקול דעת רחב ומאפשרת לו להורות היכן ומתי תיקבר גופת כל אדם ועל ידי מי. הטקסט, כך ציין, אינו מבחין בין קבורת קבע לקבורת ארעי והביטוי 'כל אדם' אינו מוציא מן הכלל גופות מחבלים. השופט נ' הנדל הוסיף כי סמכות המפקד הצבאי אינה מתמצה בהגבלת זהות או מספר משתתפי ההלוויה אלא נוגעת לזהות הגורם הקובר ומקנה לו קשת רחבה של סמכויות, החל בהוראה נקודתית לגבי שעת הקבורה וכלה בהכרעה משמעותית יותר בדבר זהות הקובר. עם זאת, השופט נ' הנדל הסכים עם השופט י' דנציגר כי התקנה אינה מתייחסת בצורה ישירה ומפורטת לאפשרות של קבורה ארעית על רקע קיום משא ומתן והוא היה נכון להניח כי אין בלשונה כדי להטות את הכף לטובת פרשנות המדינה. בהמשך לכך סקר השופט נ' הנדל בהרחבה את הרקע ההיסטורי בימי המנדט הבריטי להתקנת התקנה וציין כי המחוקק המנדטורי ראה בתקנות מארג חקיקתי שנועד להעניק לשלטונות סמכויות אפקטיביות למאבק בפעולות איבה שהופנו כלפיהם משני עברי המתרס הארץ ישראלי. תחילה הסתפקה התקנה בעיגון חריג ומצומצם לנורמה בדבר מסירת גופות אסירים לבני המשפחות, אך מאוחר יותר הורחב החריג לגופות המשתייכות, כפי שעולה מיתר רכיבי התקנה, למי שנהרגו על ידי "חילות הוד מלכותו" או לחלליהם של "חילות אלה". על כן, כך ציין השופט נ' הנדל, גם אם הרקע ההיסטורי והמשפטי של התקנה אינו מספק מענה ישיר לשאלה שבפנינו, הוא מלמד כי המחוקק המנדטורי ביקש להסמיך את המפקד הצבאי להימנע ממסירת גופות לידי קרובי משפחה

משיקולים של שמירה על שלום הציבור וביטחוננו, ו"מכאן ועד הקביעה כי שיקולים שעניינם שחרור גופות מחבלים או אזרחים חיים המוחזקים בשבי ארגוני טרור מצויים בליבת תכלית זו, הדרך קצרה". אשר לתכלית האובייקטיבית, ציין השופט נ' הנדל כי תכליתן של התקנות היא שמירה על בטחון המדינה, שלום הציבור והסדר הציבורי. הן מציידות את הרשויות בארגז כלים רחב ויש לפרש אותן על רקע התכלית של קידום מאבק שיטתי בטרור על מעגלי התמיכה והפעילות השונות שלו וייתכן כי היא אף טומנת בחובה תכלית הרתעתית. השופט נ' הנדל הוסיף וציין כי תכלית קונקרטית נוספת של התקנה היא הסדרת הטיפול בגופות חללי אויב, תוך הגנה על כבוד המת ומודעות לכך שברבות הימים יוצאו הגופות מקבריהן וימסרו לבני המשפחות (סעיף 17 לאמנת ג'נבה הרביעית). לגישתו תכלית זו אינה מתבטאת רק בפרקטיקה ארוכת שנים של החזקת גופות חללי ומחבלי אויב – נוהג שהוא בעל משקל פרשני לא מבוטל – אלא גם בכך שהתקנה לא בוטלה כאשר נחקק חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור).

אשר לפרשנות התקנה ברוח חוקי היסוד, סבר השופט נ' הנדל כי כבוד המת בתור שכזה מצוי במעמד נורמטיבי גבוה יותר מזה של כבוד משפחת המת, והוסיף כי היקפה של זכות המת ומשפחתו לכבוד, הוא רחב ונגזרת ממנה החובה למסור את גופת המת לקרוביו לצורך קבורתה. הבאת מתים לקבורה ראויה, כך צוין, מבטאת את ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית וערכים אלו אינם נסוגים בשל מעשיו השפלים של המת. תכליתה הכללית של התקנה חותרת לצמצום הפגיעה בכבוד המחבל המת וקרוביו, ובכך מבקשת לסייג את סמכות המפקד הצבאי להורות על קבורת הגופה במקום ובתנאים שיראה לנכון. ערך נוסף שלאורו יש לבחון את התקנה, כך ציין השופט נ' הנדל, הוא ערך פדיון השבויים. השופט נ' הנדל ציין כי קבורת חללי אויב על ידי המפקד הצבאי חלף מסירתן לקרובי המשפחה פוגעת בזכות המת וקרוביו לכבוד, אך הסמכות גם מגלמת בתוכה את ההגנה על זכות זו שכן הגופה לא תוחזק בתנאים לא ראויים. זאת ועוד – החזקת הגופות בישראל ככלי לקידום המשא ומתן נושאת אופי זמני ואל מול הפגיעה ניצבים שיקולים מצויים בליבת תכליותיה של התקנה והם הגנה על ביטחון המדינה ושלום הציבור מפני איום הטרור וכן השבת אזרחים וגופות חיילים הנמצאים בידי החמאס. איזון בין התכליות, כך לגישת השופט נ' הנדל, מלמד כי התקנה מסמיכה את המפקד הצבאי לצוות על קבורה ראויה של חללי אויב – מחבלים או חיילים סדירים – כאשר שיקולים של ביטחון המדינה ושלום הציבור מונעים את מסירתן לקרובי המשפחה. השופט נ' הנדל סיכם, אפוא, כי אף שהדברים אינם כתובים ב"רחל בתך הקטנה" בתקנה, פרשנות תכליתית שלה מלמדת שהמפקד הצבאי מוסמך להורות על קבורה ארעית של חללי אויב משיקולי ביטחון תוך שמירה על כבוד המת ומשפחתו.

במישור שיקול הדעת מצא השופט נ' הנדל כי מהחומר שהציגה המדינה הן בכתבי הטענות והן בדיון במעמד צד אחד, עולה כי מדיניות הקבורה הארעית מבוססת על הערכות גורמי הביטחון בדבר תרומתה האפשרית לקידום המשא ומתן להחזרת האזרחים וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי חמאס וסבר כי "אין ספק של ממש כי עיכוב גופות המחבלים נעשה לתכלית ראויה ... ולא כאמצעי ענישה שרירותי". השופט נ' הנדל ציין כי אין להשלים עם החזקה בלתי מוגבלת של גופות מחבלים ועל הרשויות לבחון לעתים מזומנות את הנסיבות המשתנות, הן ביחס למדיניות הכללית (עסקה על הפרק) והן ביחס לערך של החזקת המחבלים הספציפיים, אך מצא כי בשלב זה ההחלטה היא סבירה. השופט נ' הנדל הדגיש בהקשר זה כי המציאות מלמדת שבחלק הארי של המקרים גופות המחבלים הוחזרו למשפחותיהם, והמדינה נמנעה מאימוץ מדיניות גורפת בהקשר זה. הוא הוסיף כי גם במבחן הנזק מול התועלת ההחלטות פוגעות באופן מצומצם בזכות המתים ומשפחותיהם לכבוד ולא בליבת הזכות שכן מדובר בקבורה ארעית, ראויה, בהתאם למנהג הדת ובאופן המאפשר זיהוי עתידי.

8. על פסק דינו של בית המשפט העליון הגישה המדינה בקשה לקיום דיון נוסף ועמה בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין.

ביום 19.2.2018 הוריתי על קיום דיון נוסף בפסק הדין בפני מותב של שבעה שופטים. עוד הוריתי כי ביצוע פסק הדין יעוכב עד להכרעה בדיון הנוסף.

תמצית טענות הצדדים

9. המדינה סומכת ידיה על חוות דעתו של השופט נ' הנדל ומבקשת לאמצה. לטענת המדינה דעת הרוב בפסק הדין מצמצמת את הסמכות על פי התקנה עד כדי איונה בפועל, בדרך העוקפת למעשה את פיסקת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לטענת המדינה, דרישת ההסמכה המפורשת בחוק היא תלוית הקשר, ובשים לב לאופי ולעוצמת הפגיעה במקרה דנן (כבוד המת ומשפחתו) ההסדר הייעודי והקונקרטי בתקנה יכול בנקל לשאת על כתפיו את רמת המפורשות הנדרשת מהסמכה ראשית בענייננו. הדברים נכונים לגישת המדינה מקל וחומר, בהינתן העובדה שהיא פועלת לפי חוות דעת היועמ"ש מ-2004 ומשום שהאיזון הפרטני אינו רק בין הפגיעה בכבוד המת ומשפחתו ובין שיקולי ביטחון כלליים שאינם קונקרטיים, אלא מול פגיעה קונקרטית וקשה בזכותם החוקתית לכבוד ולחירות של אזרחי ישראל – אברה מנגיסטו והישאם אלסייד שבידי חמאס ובזכותם החוקתית לכבוד של חללי צה"ל גולדין ושאול ז"ל ובני משפחותיהם. המדינה מדגישה כי בפסק הדין נקבע שאין בדין הבינלאומי איסור חרות על החזקת גופות במסגרת עימות מזוין, ומכאן שלא ניתן לשלול סמכות לעשות כן

בהתאם למשפט הבינלאומי. לגישה, המשפט הבינלאומי מכיר בסמכותן של מדינות להחזיק בגופות חללים עד שיתקיימו נסיבות המאפשרות את החזרתן במסגרת הסכם בין הצדדים לעימות והוא אינו מחייב להשיב גופות באופן חד צדדי. עוד טוענת המדינה בהקשר זה כי יש להחיל את חזקת ההתאמה הפרשנית ולקרוא אל תוך התקנה את האבחנות וההסדרים הרלוונטיים הקיימים במשפט הבינלאומי.

בבחינת למעלה מן הצורך, מציינת המדינה כי אין לשלול את האפשרות שבעתיד ייעשה שימוש בתקנה אף לתכליות אחרות החורגות מהחזרת שבויים חיים או גופות של חיילים ואזרחים ישראלים. עוד מציינת המדינה למען הזהירות כי החלטת הקבינט בנוסחה המלא והמסווג מתייחסת לתכלית של קידום משא ומתן כתכלית יחידה לצורך עיכוב השבת מחבלים בשיוך חמאס. ולגבי גופות מחבלים שביצעו אירוע טרור חריג במיוחד, ההחלטה מציינת כי הללו תוחזקנה על מנת למנוע שימוש בהן כסמל במאבק וכדי למנוע תופעת חקיינות, במשולב עם תכלית ההחזקה לצרכי משא ומתן.

10. המשיבים מצידם סומכים ידיהם על פסק הדין. לטענתם הפרשנות שניתנה לתקנה הולמת את חוקי היסוד ואין לעשות שימוש בהחזקת גופות כאמצעי לחץ או כקלף מיקוח. לגישת המשיבים, מדובר בענישה קולקטיבית משום שאין קשר ישיר בין הפגיעה בכבוד המתים ומשפחותיהם ובין יצירת לחץ על ארגון החמאס, וניתן לחשוב על חלופות פוגעניות פחות. מכל מקום, כך נטען, הפגיעה הקשה בכבוד המת ומשפחתו אינה פרופורציונאלית לתועלת המשוערת שיכולה לנבוע, אם בכלל, מהמשך החזקתה ומניעת קבורת הגופה בידי המשפחה. עוד טוענים המשיבים כי החזקת הגופות אסורה על פי הדין הבינלאומי, שכן היא פוגעת באוכלוסייה מוגנת והמדינה אינה יכולה להגשים אינטרסים מדיניים תוך התעלמות מזכויותיה של אוכלוסייה זו.

11. במהלך הדיון שהתקיים בעתירה ביום 17.7.2018 נדרשה המדינה להתייחס לשאלה האם החלטת הקבינט חלה רק על מחבלים שמתו תוך כדי פיגוע טרור או גם, למשל, על מחבלים שמתו במהלך תקופת מאסרם בבית כלא ישראלי. בעניין זה השיבה המדינה כי גופת מחבל שעונה לאחד מהתנאים הקבועים בהחלטת הקבינט מקיימת את תכלית ההחלטה שעניינה קידום הסדר להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי חמאס, בין אם המחבל מצא את מותו תוך כדי פיגוע טרור ובין אם לאו (ראו גם פסקה 9 להודעת העדכון של המדינה מיום 29.7.2018 בבג"ץ 4274/18). הסוגיה השנייה לגביה נתבקשה תגובת המדינה היא מהי עמדתה ביחס לאמור בסעיף 24 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל שבה ציין:

“ענייננו בקבורה ארעית במהותה, שאינה מנתקת את זיקתם של בני משפחות המחבלים למתיהם – ואינה מונעת מהם, בהכרח, לפקוד את הקברים הארעיים, ואף ליטול חלק בקבורה (בכפוף, כמובן, לשיקולי ביטחון רלוונטיים). קבורת המחבלים בצורה ראויה, בהתאם למנהגי דתם, ובאופן המאפשר זיהוי עתידי של גופותיהם, מצמצמת עוד יותר את הפגיעה בכבודם.”

ביום 10.8.2018 הודיעה המדינה כי הדברים הנ"ל מקובלים עליה. עם זאת, במישור הקונקרטי של הגופות נושא הדיון הנוסף, סבורה המדינה כי אין לאפשר למשפחות לפקוד את הקברים או ליטול חלק בקבורה, שכן על פי עמדתו המקצועית של מתאם השבויים והנעדרים במשרד ראש הממשלה מניעת הביקורים נדרשת לעת הזו כחלק ממנופי הלחץ שנועדו לסייע בקידום המאמץ להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל השבויים בידי חמאס. לגישת המדינה עמדה מקצועית זו, המקובלת על הדרג המדיני-בטחוני, עומדת במבחני המידתיות והסבירות, כמפורט בהודעת המדינה.

המשיבים לעומת זאת טוענים בהקשר זה כי השעיית זכויות המשפחות ליטול חלק בהליך הקבורה ולפקוד את הקברים אף היא אינה נשענת על מקור סמכות מפורש ואינה מידתית.

דיון והכרעה

12. השאלה העיקרית המונחת לפתחנו במסגרת העתירה לדיון נוסף היא האם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא-ומתן מול ארגוני הטרור שמטרתו השבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המוחזקים על ידם. השופטים י' דנציגר ונ' הנדל העמיקו חקר בשאלה פרשנית זו, אך כמפורט לעיל, הגיעו למסקנות מנוגדות. אקדים ואומר כי לאחר שבחנתי את הסוגיה על מכלול היבטיה הגעתי לכלל מסקנה שיש להעדיף את דעת המיעוט של חברי השופט נ' הנדל על פני דעת שופטי הרוב (השופט (בדימוס) י' דנציגר וחברי השופט ג' קרא).

דרישת ההסמכה המפורשת

13. נקודת המוצא לדיון שעליה אין המדינה חולקת היא כי "מניעת השבת גופות מחבלים לקבורה בידי משפחותיהם כרוכה בפגיעה מסוימת בכבוד המת ומשפחתו" (פסקה 35 לבקשה; להרחבה אודות זכויות אלו באופן כללי ראו ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היט, פסקאות 29-34 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (7.7.2011); בג"ץ 52/06 חברת אלקטא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' **Simon Wiesenthal Center**

Museum Corp., בפס' 135-137 (29.10.2008); בג"ץ 4225/01 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(4) 155, 168-169 (2004); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 524 (1992); כן ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 383 (2014) והאסמכתאות הרבות המפורטות שם; מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא(1) 57 (2008); ניר שני "כבוד המת במשפט הבין-לאומי" משפט וצבא 21(א) (2015); אלון הראל "גופות, נוהגי הטיפול בגופה וחופש הביטוי: הזכות של אדם לספר את סיפור חייו במותו", מעשי משפט ז 165 (2015); כן ראו: פסקה 15 לפסק דינו של השופט י' דנציגר).

עוד מוסכם על כל הצדדים כי נוכח הפגיעה בזכויות אדם הכרוכה בפעולת המפקד הצבאי, עליה לעמוד בדרישת ההסמכה המפורשת. דרישה זו נקבעה בפסקי דינו של בית המשפט כבר בשנים הראשונות להיווסדו והיא משמיעה לנו כי "אין לפרש דבר חקיקה כמסמך פגיעה בזכויות יסוד, אלא אם כן ההסמכה לכך היא ברורה וחד-משמעית ומפורשת" (בג"ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581, 600 (1991) (להלן: עניין אביאל); כן ראו, למשל, בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר-הבטחון, פ"ד(ב) 5 (1949); בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, מר יצחק שני, פ"ד מב(4) 617 (1989) (להלן: עניין שניצר); בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר (10.4.1980)). עם זאת, כפי שכבר נפסק "הגישה שקדמה לחקיקת חוקי היסוד לא הייתה תמיד עקבית. לעתים הסתפקה הפסיקה בתקופה זו גם בהסמכה שאינה מפורשת, קרי הסמכה משתמעת מתכלית החוק הנוגע לעניין" (בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פסקה 20 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (2.7.2014) (להלן: עניין המרכז האקדמי)). לימים נקבעה דרישת ההסמכה המפורשת בפסקאות ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, הקובעות כי אין פוגעים בזכויות שלפי חוקי יסוד אלה (בשינויים המחוייבים) אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו (להרחבה ראו בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקאות 52-54 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (13.9.2017) (להלן: עניין אבו ערפה); כן ראו בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (2004)).

14. בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 824 (2008) עמדה הנשיאה ד' ביניש (בדעת מיעוט) על פרשנותה של דרישת "ההסמכה המפורשת" וקבעה כי היא תלויה הקשר וכי "ככל שהטעמים שבבסיס הזכות המוגנת הינם בעלי חשיבות חברתית נמוכה יחסית, וככל שעוצמת הפגיעה בזכות חלשה,

בהתחשב בהקשרה ובמכלול נסיבות העניין, כך ניתן יהיה לפרש את דרישת 'ההסמכה המפורשת' באופן גמיש ומרוכך יותר". עמדה זו אומצה כהלכה (בג"ץ 1800/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה (7.10.2008); דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (19.10.2009); רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (6.3.2012)), והיא סוכמה בבג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים (20.12.2010), (להלן: עניין מנאע) כך:

לכלל הפסיקתי בדבר הסמכה ברורה ומפורשת, יש ליתן פרשנות גמישה ו'הקשרית', שלפיה מידת דווקנותה של ההסמכה המפורשת הנדרשת תיגזר מן החשיבות היחסית של הזכות הנפגעת, מידת הפגיעה בה, תכלית החוק ומכלול הנסיבות (שם, בפסקה 17)

נוכח ההוראה בדבר שמירת הדינים (סעיף 10 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), דרישת ההסמכה המפורשת המעוגנת בפסקת ההגבלה שבחוקים אלה, אינה חלה במישרין על דברי חקיקה שהתקבלו קודם לחקיקת חוקי היסוד. עם זאת, נפסק כי גם בבואנו לפרש דברי חקיקה אלו יש מקום לפרשנות דומה ככל שהדבר נוגע לדרישת ההסמכה המפורשת (עניין מנאע, בחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש והשוו עניין המרכז האקדמי, בפסקה 21 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס).

האם ניתן למצוא בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה הסמכה מפורשת לפעולתו של המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא ומתן?

זוהי, כאמור, השאלה הפרשנית שעמדה במוקד פסק הדין נושא הדיון הנוסף, והיא זו העומדת עתה גם בפנינו.

פרשנות תקנות ההגנה – המסגרת הנורמטיבית

15. נקודת המוצא לפרשנות דברי חקיקה מנדטוריים היא שהוראות אלו נותרו גם בחלוף שנים כה רבות חלק מן הדין הישראלי הפוזיטיבי ועל כן בבוא בית המשפט לפרשם אין הוא רשאי לעשות כן באופן שירוקן אותם מכל תוכן ממשי. כך למשל נדחתה הטענה כי יש להורות על בטלות התקנות ולחלופין על בטלות תקנה 108 משום שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ונקבע:

... תקנות אלה אינן לתפארת מדינת ישראל; הן יציר כפיו של השלטון המנדטורי, ושימשו בידיו כלי להתמודדותם עם מאבקו של הישוב היהודי לעצמאות. שנה זו היא שנת

מלאת שבועים לתקנות אלה, והגיעה מזה עת רבה שעתן להתחלף בחקיקה ישראלית, וכך ראוי; זו תהא כפופה לביקורת שיפוטית יותר מאשר התקנות הללו, הכפופות לשמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ... ואולם, ההצעות הללו לא הבשילו לצערנו לכלל חקיקה, ועל כן תקנות ההגנה עודן דין במדינת ישראל ... לכן הניסיון להשיג על תקפותן של התקנות לא יצלח. (בג"ץ 703/15 דרויש נ' מפקד פיקוד העורף, פסקה י"א (19.03.2015))

כמו כן נדחו עתירות רבות נגד השימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה כמקור סמכות להריסת בתי מחבלים, ונקבע כי "הן...דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד' ... ועל-כן אין בכוחו של חוק היסוד לפגוע בתוקפן. ביטולן או שינוין של התקנות הוא אפוא למחוקק. עם זאת פירושן של התקנות צריך להיעשות על רקע חוקי היסוד" (בג"ץ 8084/02 עבאסי נ' אלוף פיקוד העורף, פ"ד נז(2) 55, 59 (2003); כן ראו: בג"ץ 7040/15 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית, פסקה 23 (12.11.2015); בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 17 (1.7.2014); בג"ץ 5290/14 קואסמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 22 (11.8.2014); בג"ץ 6745/15 אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה י"ב (1.12.2015)). עוד נפסק כי בית המשפט אינו רשאי להגביל "את יכולתם של המפקדים הצבאיים לפעול במסגרת התקנה במידה שתרוקן את הוראתה מתוכן ממשי. המחוקק העמיד כלי זה לרשות המפקדים הצבאיים על-מנת שישתמשו בו כאמצעי חירום לקיום הביטחון. וכל עוד נוהגים הם בהפעלתו של אמצעי זה בזהירות ובסבירות ואינם עוברים את גבול המידה הראויה, אין עמנו מקום להתערב בשיקול-דעתם" (בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338, 351 (1994); להרחבה ראו: גיא הרפז ועמיחי כהן "הריסת בתים בביקורת בג"ץ: יש (בית) שופטים בירושלים" משפט וממשל יט 43 (תשע"ח)).

באופן דומה דחה בית המשפט בדעת רוב בע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל (28.4.2010) (להלן: עניין אבן זוהר) את הטענה לפיה יש לקרוא חובת פיצוי ברוח חוקי היסוד לתוך תקנה 125 לתקנות, המאפשרת להוציא צווי סגירה, בהדגישו כי אמנם יש לפרש את התקנות, בפרט בכל הנוגע למובנן האובייקטיבי, ברוח ההצהרה הערכית-נורמטיבית בחוק היסוד, ולעתים תוך איזון מחודש של הערכים המצויים בדבר החקיקה. עם זאת, כך נפסק, "מדובר עדיין אך בכלי פרשני, שאין באפשרותו ליצוק לתוך החוק תוכן חדש, הנוגד את מובנו המקורי" (עניין אבן זוהר, בפסקה 5 לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן). הוסף כי אף שתקנה 125 היא תקנה "חריפה ואף דרקונית" וניתן להבין אותה "רק על רקע התקיימותם של צרכי ביטחון חריפים, דוגמת אלו שהתקיימו

בימי ראשיתה של המדינה" בכל מקרה, אין בכך "כדי להביא לשינוי מהותה של תקנה 125 באמצעות כלים פרשניים" (שם, בפסקה 7 לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן). השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן הוסיף והדגיש כי:

פרשנות זו כשמה כן היא – פרשנות ולא שכתוב. משנתקלים
אנו בחוק שאינו נתון לביקורת חוקתית, ואשר נובע ממנו
בצורה שאינה משתמעת לשני פנים כי מביא הוא לפגיעה
קשה ואף בלתי ראויה, אין בכוחנו לשנות מרוע הגזירה –
Dura lex sed lex (החוק קשה, אך עודנו החוק). [ההדגשה
לא במקור] (שם, בפסקה 10)

השופטת א' פרוקצ'יה הצטרפה לעמדתו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן והדגישה אף היא כי "קרני האור" הפרשניות ששולחים חוקי היסוד אל עבר החקיקה הישנה "אין בכוחן להפוך את יוצרותיה ולשנות את מהותה בגרעינה העמוק" (שם, בפסקה 10 לחוות דעתה).

16. נקודת המוצא היא, אם כן, כי תקנה 133(3) שרירה ותקפה בספר החוקים הישראלי וכי יש לפרשה, ככל דבר חקיקה מנדטורי אחר, בהתאם לכללי הפרשנות התכליתית הנקוטים בשיטתנו המשפטית. ראשיתו של המהלך הפרשני נטוע בלשון הנורמה שאותה מבקשים לפרש שכן "מלאכת הפרשנות יכולה לפרוש כנפיה – רחבות ככל שתהיינה – עד גבול הלשון" (בג"ץ 6301/18 השופטת רונית פוזנסקי כץ נ' שרת המשפטים, פסקה 34 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (27.12.2018)). מתוך מבחר האפשרויות הלשוניות יש לאמץ פרשנות שתגשים בצורה מיטבית את התכלית שהחוק נועד להגשים (דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל (12.09.2017) (להלן: עניין גיני)) ותכלית זו מורכבת, כידוע, מתכלית סובייקטיבית ומתכלית אובייקטיבית (ראו, בין רבים: בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 30 לפסק דיני והאסמכתאות הרבות שם (8.10.2017) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון)). ככל שלא ניתן ליישב בין התכלית הסובייקטיבית לאובייקטיבית, יש ליתן משקל מכריע לאחת מהן וזאת לפי שיקול דעת הפרשן ובשים לב למכלול הנסיבות הצריכות לעניין (עניין גיני, בפסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור; עניין אבו ערפה, בפסקאות 29-32; רע"א 3899/04 מדינת ישראל נ' אבן זוהר, פסקאות 14-19 (1.5.2006); עניין מנאע, בפסקה 19; אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 434-431 (2003) (להלן: פרשנות תכליתית במשפט)). העובדה שחלפו שנים רבות מאז התקנת ההוראה שאותה אנו נדרשים לפרש נושאת אף היא משקל במסגרת המהלך הפרשני וכבר נפסק בהקשר זה כי "החוק מדבר תמיד" (ע"א 105/92 דאם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 200 (1993)) והליך הפרשנות הוא דינאמי ונותן בכל נקודת זמן מובן עכשווי

ללשון החוק הישן תוך צמצום הפער בין החוק ובין המציאות (ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פסקה 35 (14.5.2012)). עוד נפסק כי הדרך ליישם עקרונות פרשניים אלה היא "להעביר את מרכז הכובד מבחינת כללי הפרשנות אל התכלית האובייקטיבית שאותה נועדה להגשים ההוראה העומדת לדיון" (עניין התנועה לאיכות השלטון, בפסקה 33). עמד על כך השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 763 (1993) (להלן: עניין אפרת), בציינו כי יש להעניק לדבר החקיקה המנדטורי "תכלית המאפיינת משטר דמוקרטי. אנו עושים כן לא משום כוונותיו הדמוקרטיות של הנציב העליון, אלא משום ערכיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל" (עניין אפרת, בעמ' 764; כן ראו: אהרון ברק פרשנות במשפט 265 ו-270 (כרך שני, 1993); עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקה 33).

ואמנם, בית משפט זה נדרש לא אחת לפרשנות של דברי חקיקה מנדטורים, לרבות תקנות ההגנה מושא דיונו, ונפסק כי אף שתקנות ההגנה הן חקיקה מנדטורית הן עומדות בתוקפן, ויש לפרשן על רקע עקרונות היסוד של מערכת המשפט הישראלית, ובאופן המשליך על היקף שיקול הדעת של מי שמפעילים את הסמכויות הנתונות להם בתקנות (בג"ץ 6893/05 ח"כ הרב יצחק לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 885-886 (2005) (להלן: עניין הרב יצחק לוי)).

פרשנות תכליתית של תקנה 133(3) לתקנות

17. תקנה 133(3) שפרשנותה היא העומדת במוקד ההליך דנן, כבר צוטטה לעיל ולמען נוחות הדיון מן הראוי לשוב ולצטט את נוסחה:

133(3) 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.

לשון התקנה קובעת, אפוא, כי למפקד הצבאי סמכות לקבוע בנוגע לגופתו של כל אדם את מקום הקבורה, זהות הקוברים והזמן שבו הקבורה תתבצע. לשון התקנה אינה מתייחסת לקבורה ארעית לצרכי משא ומתן, ובהקשר זה מקובלת עליי מסקנתם של

השופטים י' דנציגר ונ' הנדל כי הלשון אינה חד משמעית באופן המטה את הכף לפרשנות שמציעה המדינה. על כן, הפרשנות המצמצמת של התקנה שבה דוגלים המשיבים אף היא אפשרית מבחינת הלשון (פסקה 20 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; פסקה 5 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל). אך כפי שכבר צוין, המסע הפרשני שתחילתו ומגבולותיו נטועים בלשון ההוראה הנורמטיבית אינו מסתיים בנקודה זו וככל שהלשון מאפשרת פירושים שונים ואינה חד-משמעית יש להוסיף ולבחון את תכליתה, קרי: את הערכים, המטרות והמדיניות שאותם היא נועדה להגשים.

התכלית הטובייקטיבית

18. חברי, השופט נ' הנדל ציין בחוות דעתו כי הסקירה באשר לגלגוליה השונים של תקנה 133(3) מלמדת ש"המחוקק המנדטורי ביקש להסמיך את המפקד הצבאי להימנע, משיקולים של שמירה על שלום הציבורי וביטחון, ממסירת גופות לידי קרובי המשפחה – ולהסתפק בקבורתן בעיתוי, במקום ובמתכונת שימצא לנכון" (פסקה 7 לחוות דעתו).

למסקנתו זו של חברי אני שותפה.

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 הותקנו בישראל מכוח סימן 6 לדבר המלך במועצה (הגנה), 1937 אשר נחקק באנגליה בתקופת מלחמת העולם השנייה כחלק מחקיקת החירום. התקנות נקלטו במשפט הישראלי מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, וכפי שכבר נפסק, מאז הקמת המדינה הן מהוות "חקיקת חירום ביטחונית-צבאית, הכוללת סמכויות אכיפה נרחבות וכלים מגוונים, מינהליים ועונשיים, למאבק בטרור על כל סוגיו" (בג"ץ 3037/14 אבו ספא נ' משרד הפנים והמנהל האזרחי, פסקה 10 (7.6.2015); בג"ץ 2959/17 אלשואמרה נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (20.11.2017) (להלן: עניין אלשואמרה). הסוגיות שהוסדרו בתקנות עוסקות במעצר, גירוש, הפקעת רכוש או רכישתו, כניסה לרשות הפרט וחיפוש בה, הסמכה לתקן, להפסיק או להטיל כל חוק, קביעת הוראות בנוגע למיסים, תפיסה, שיפוט וענישה של מפרי התקנות וכן סדרי דין (עניין שניצר, בעמ' 624-628; מיכל צור תקנות ההגנה [שעת חירום] 1945-7 (1999)). התקנות חלות באזור בהיותן דבר חקיקה שהיה בתוקף שם ביום כניסת כוחות צה"ל אליו (7.6.1967) (בג"ץ 375/14 הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים נ' מועצה אזורית מגילות ים המלח, פסקה 11 (22.8.2016)). במקרה דנן המפקד הצבאי עשה שימוש בסמכותו הן על פי התקנה החלה באזור בצו של מפקד האזור והן כחקיקה פנימית ישראלית בצו של מפקד פיקוד צפון, שהורה כאמור בפתח הדברים על קבורת הגופה בשטח הפיקוד שבאחריותו (ראו לעיל פסקה 2).

19. השופטים י' דנציגר ונ' הנדל עמדו בפסק הדין, בהרחבה, על ההיסטוריה ועל גלגוליה השונים של תקנה 133(3) (פסקה 22 לפסק דינו של השופט י' דנציגר ופסקה 6 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל). סקירתם מלמדת כי בתחילת דרכה כתקנה 302 לתקנות משנת 1936, עסקה התקנה בקבורת אסירים שהוצאו להורג ואיש לא ביקש את גופתם. בשנת 1945 הוסבה תקנה 302 לתקנה 133 ובאותה עת, כך מציין השופט נ' הנדל, קבעו השלטונות המנדטוריים בחלק מהמקרים את מקום קבורתם של המוצאים להורג, תוך התעלמות מבקשות המשפחה והמתים עצמם (למשל, במקרה של שלושת עולי הגרדום, הנזכר בפסקה 6 לחוות דעתו). בחודש ינואר 1948 תוקנה תקנה 133(3) והסמכות שהוקנתה למפקד הצבאי הורחבה מ"גופות אסירים" ל"גוויתו של כל אדם"; ההוראה הדורשת לקבור את המת בבית הקברות של קהילתו הושמטה; והסמכות למנוע השבת גופה הועברה ממושלי המחוזות למפקד הצבאי (להרחבה ראו פסקאות 5-7 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל).

גלגוליה אלה של התקנה יש בהם כדי ללמד על הרחבת הסמכות הנוגעת לקבורה בתוך התקנות שהן כאמור בעלות תכלית בטחונית מובהקת. העברת הסמכות ממושלי המחוזות והפקדתה בידי המפקד הצבאי, מלמדת כי התכלית הסובייקטיבית של התקנה הינה מתן כלי גמיש בידי המפקד הצבאי בכל הנוגע לטיפול בענייני קבורה של גופות על רקע בטחוני. מסקנה זו נתמכת גם במה שאין בנמצא בחוק המאבק בטרור שנכנס לתוקפו ביום 1.11.2016. חוק זה מאגד מכלול של הוראות בתחום המשפט הפלילי והמינהלי שנועדו לייעל את המאבק בטרור ולקדמו (ע"פ 6434/15 מדינת ישראל נ' שביד, פסקה 51 (4.7.2017); עניין אלשוואמרה, פסקה 23). עם חקיקת חוק המאבק בטרור בוטלו תקנות רבות מתקנות ההגנה (ר' סעיפים 76(2) ו-3) לחוק המאבק בטרור), ובין היתר בוטלה גם תקנה 133(1) העוסקת בחקירת סיבות מוות. זאת בשל קיומו של הסדר חלופי בחוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958 (פרוטוקול מספר 185 משיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט, 23.5.2016, בעמ' 43 (להלן: פרוטוקול 185)). אך תקנה 133(3) לא בוטלה, והמדינה טוענת כי הסיבה לכך היא שנמצא כי יש להמשיך ולעשות בה שימוש לקבורת מחבלים וחללי אויב (כתב תשובה לצו על תנאי בבג"ץ 6524/17 ופסקה 33 לבקשה). בדיון שהתקיים בוועדת חוקה, חוק ומשפט בנושא זה, אף צוין הדבר מפורשות על ידי נציגת משרד המשפטים:

נעמה פויכטונגר: ... תקנה 133(1) – הזכרתי. היא מועמדת לביטול, בגלל שיש לה תחליף, בניגוד לפסקאות (2) ו-3) בתקנה שעדיין יש בהן שימוש ושאינן להן תחליף. אגב, הסעיפים האלה הם באמת המקור לסמכויות

שקשורות לשאלת הקבורה של גופות מחבלים וכל
ההסדרים האלה. היום, הן מכוח התקנה הזאת, ואין להן
מקור חוקי אחר. (פרוטוקול 185, בעמ' 45)

פרשנות אובייקטיבית של התקנה

20. תקנה 133 נכללת ב"חלק י"ד – הוראות שונות" של התקנות המאגד תקנות בנושאים שונים ומגוונים (מעצר חשודים, מניעת שימוש בטלפון וכו') וכותרתה "חקירת סיבות מוות". תקנה 133(1) אשר בוטלה בישראל עוסקת בפעולת חוקר סיבות מוות. תקנה 133(2) מקנה סמכות לרופא צבאי להוציא "תעודת אישור מיתה" לחלל של "חילות הממשלה בישראל" אשר תשמש הרשאה מספקת לקבור את גווייתו. תקנה 133(3) שהוראותיה נסקרו לעיל, מסמיכה את המפקד הצבאי לקבוע מי יקבור כל גופה, מתי והיכן ועל פי טענת המדינה הנסמכת, בין היתר, על הליכים שהתנהלו בבית משפט זה לאורך השנים, היא נקודת המשען שעליה נסמכת המדינה בפרקטיקה ארוכת שנים להחזקה בגופות מחבלים, בין היתר, לצורך משא ומתן להשבת שבויים וגופות חללים שהוחזקו בעבר ומוחזקים גם כיום בידי ארגוני הטרור.

21. בהתחקות אחר תכליתו האובייקטיבית של דבר חקיקה יש להידרש לעקרונות היסוד של השיטה "על רקע התפיסה, כי [החוק] נועד להגשים זכויות אדם, לקיים את שלטון החוק והפרדת הרשויות, להבטיח צדק ומוסר ולהגן על קיומה של המדינה וביטחונה" (עניין אפרת, בעמ' 769). באשר לתקנות ההגנה כבר נפסק כי הערכים והתכליות שעומדים ביסודן נוגעים בראש ובראשונה לשיקולים של ביטחון המדינה והסדר הציבורי (עניין הרב יצחק לוי, בעמ' 885-886).

בחוות דעתו עמד חברי השופט נ' הנדל על שלוש תכליות אובייקטיביות שאותן נועדה תקנה 133(3) להגשים: הראשונה והעיקרית נוגעת לשמירה על ביטחון המדינה תוך התמקדות במאבק בטרור; השנייה עניינה שיקולי הרתעה; והשלישית נוגעת להסדרת הטיפול בגופות חללי אויב – תוך הגנה על כבוד המת.

באשר לתכלית הראשונה. הטרור, כפי שכבר נפסק, "אינו מכבד למעשה שום כלל מכללי המשחק שקבע העולם הישן בדיני המלחמה, ומציאות זו מחייבת גם את המשפטנים ולא רק את כוחות הביטחון לחשיבה מחדש על-מנת לעצב באופן מעודכן דינים אלה ולהתאימם למציאות החדשה" (עניין המוקד להגנת הפרט, בפסקה 2 לחוות

דעתי; כן ראו דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני, פסקאות 46-49 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס; פסקה 8 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל; פסקה א' לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין (15.1.2015); ע"א 6982/12 עזבון המנוחה Rachel Aliene Corrie ז"ל נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, פסקה 11 (12.2.2015). על כן, גם אם המחוקק המנדטורי לא ראה לנגד עיניו סיטואציה של החזקת גופות לצורך משא ומתן מול ארגוני טרור, יש לבחון את תכליתה האובייקטיבית של התקנה בהתאם למציאות חיינו עתה ולא בגרם שהיא מציבה (ראו גם פסקה 9 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל). על התכלית הבטחונית במקרים כאלו עמד המשנה לנשיא מ' חשין בהקשר דומה, ביחס להחזקתם של מחבלים חיים מלבנון בשל צרכי ביטחון, ודבריו יפים לענייננו בבחינת קל וחומר:

כל עוד מחזיק ארגון החיזבאללה בלוחמים שאנו, העם והמדינה, שלחנו להגן עלינו, לא יעלה על דעתי כי נורה לשחרר את המערערים ממעצרם. אכן, ביטחון המדינה במובנו המצומצם – והוא היסוד לסמכותו של שר הביטחון – תובע במפגיע כי נמשיך להחזיק במערערים במעצר כל עוד לוחמינו מוחזקים בידי האויב. לא אקבל כי נשחרר את המערערים ממעצר ולאחר מכן נעמוד כעניים בפתח ונבקש ממנהיגי אויבינו כי יואילו לשחרר את אנשינו. אם שחרור חיילים שנפלו בידי האויב אינו 'ביטחון המדינה' המצדיק החזקתם של המערערים במעצר, ביטחון המדינה מהו – לא ידעתי [ההדגשה שלי-א.ח.]. (עמ"מ 5652/00 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 913, 924 (2001); כן ראו עניין קלפי המיקוח, בעמ' 744; בג"ץ 6314/17 נמנס נ' ממשלת ישראל, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט י' אלרון והאסמכתאות שם (4.6.2019)).

22. תכלית נוספת עליה עמד השופט נ' הנדל, המסתעפת לדבריו "מתכלית השמירה על ביטחון המדינה והסדר הציבורי, היא יצירת הרתעה אישית וסביבתית" (פסקה 10 לחוות דעתו). המדינה מצידה טוענת כי היא אינה מחזיקה בגופות לתכלית הרתעתית (פסקה 38 להשלמת הטיעון של העותרת מיום 8.6.2018), אך אינה מסתייגת מקביעה זו. הקביעה כי החזקת גופות אפשרית גם לתכלית הרתעתית היא שאלה נכבדה המעוררת קשיים לא מעטים (ראו, ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 85, 187 (2016)) אך נוכח עמדת המדינה לפיה היא אינה מחזיקה בגופות לתכלית זו, לא ראיתי מקום לטעת בה מסמרות.

תכלית אובייקטיבית שלישית היא השמירה על כבוד חללי האויב ובהקשר זה אני מצטרפת בהסכמה למסקנתו של השופט הנדל (בפסקאות 11-12 לחוות דעתו) לפיה:

מעבר לשיקולי הביטחון "במובן הצר", מבקשת, אפוא, התקנה להבטיח קבורה ארעית נאותה לחללי האויב, עד להשבתם האפשרית לארצותיהם ולמשפחותיהם ... תכלית אחרונה זו "מגשרת" בין התכליות הביטחוניות של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, ובין התכלית הכללית המיוחסת לכל דבר חקיקה – קרי, השמירה על זכויות היסוד.

וכל המוסיף גורע.

23. הנה כי כן, נמצאנו למדים שהתכלית האובייקטיבית של תקנות ההגנה היא ליתן בידי קברניטי המדינה כלים אפקטיביים למאבק בטרור ולשמירה על ביטחון המדינה ואזרחיה. החתירה המתמדת שאנו מחויבים בה להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל הנמצאים בידי ארגוני הטרור מצויה בליבת השמירה על בטחון המדינה ועל כן, היא בליבת התכלית האובייקטיבית של תקנה 133(3). להשקפתי, כחלק מתכלית זו, מעניקה תקנה 133(3) למפקד הצבאי סמכות לעכב בידי, גם באמצעות קבורה ארעית, גופות של מחבלים וזאת לצורך שמירה על ביטחון המדינה או שמירה על כבודם של חללי אויב אשר לא ניתן להשיבם. סמכות זו אינה בבחינת הרחבה פרשנית של התקנה – זוהי ליבת התקנה אשר כאמור נועדה לשמור ולהגן על ביטחון המדינה ואזרחיה. החתירה להשבת חיילי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור וכן ניהול משא ומתן עם ארגונים אלה על מנת להגיע להסדר בדבר השבתם לישראל כנגד השבת גופות מחבלים המוחזקות בידי המדינה, מגשימה במובהק את התכלית האובייקטיבית הזו.

24. תמיכה לגישה פרשנית זו ניתן למצוא בפרקטיקה ארוכת השנים של המדינה להחזיק גופות של חללי אויב ומחבלים בקבורה ארעית לצרכי משא ומתן עם ארגוני טרור (ראו פסקה 30 לעתירת המדינה לדיון נוסף; ראו גם פסקה 11 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל בפסק הדין). נקודת המוצא היא אמנם כי "ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה, היא בידי בית המשפט" (בג"ץ 306/81 שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 141 (1981)), וכי "פירוש החוק הוא מקצועו של בית המשפט, והאחריות המוטלת עליו מחייבת אותו ליתן אותו פירוש הנראה לו – לו ולא למאן דהוא אחר – כראוי" (בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 305 (1987) (להלן: עניין כהנא)). עם זאת, לא פעם נפסק כי אחד השיקולים שעל השופטים לשקול בעת שניצבים בפניהם שני פירושים אפשריים לדבר חקיקה הוא – עמדתה של הרשות הציבורית בדבר הפירוש הראוי והפרקטיקה שעל פיה פעלה בהקשר זה (עניין אפרת, בעמ' 761; בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (13.4.2016)); עניין אבו ערפה, פסקה 31 לפסק דינו

של השופט ע' פוגלמן (13.9.2017); ראו עוד אהרן ברק פרשנות במשפט – כרך שני: פרשנות החקיקה 792-799 (1993); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 550, 529 (1990); ראו עוד: David J. Bederman, Custom as a Source of Law 108-113 (2010); בג"ץ 7009/04 עיריית הרצליה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 27-28 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (5.2.2014)).

25. מזה שנים ארוכות מתמודדת מדינת ישראל עם הצורך ל"השיב בנים לגבולם" מידי ארגוני הטרור המחזיקים בהם. על מנת שתוכל לנהל משא ומתן אפקטיבי עם אותם ארגונים, החזיקה המדינה בגופות מחבלים ובעסקאות שונות שנעשו בעבר, ואשר על חלקן נעמוד להלן, אכן הוחלפו גופות אלה בחיילי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל שהוחזקו בידי ארגוני הטרור. לאורך השנים שבה המדינה והצהירה כי היא שואבת את סמכותה להחזיק בגופות המחבלים, כאמור, מתוקף תקנה 133(3) לתקנות ההגנה. כך, בעניין עבאט דחה בית משפט זה עתירה להשבת גופת מחבל תושב רצועת עזה, שהמדינה הצהירה כי היא מחזיקה בגופתו מכוח תקנה 133(3) לתקנות "כחלק מדרכי הפעולה לאיתור גופתו של החייל אילן סעדון ז"ל, שנחטף ונרצח על ידי מחבלי החמאס" (נספח לתגובת העותרים מיום 11.7.2018). כמו כן, התנהלו הליכים שונים בעניין החזקת גופות מחבלים מכוח התקנה לצורכי משא ומתן להשבת החייל החטוף גלעד שליט וגופות חללי צה"ל אהוד גולדווסר ואלדד רגב זכרם לברכה (בג"ץ 9025/01; בג"ץ 8027/06; בג"ץ 8086/05; בג"ץ 4118/07; בג"ץ 6796/12; בג"ץ 1173/13; בג"ץ 1177/13; בג"ץ 1797/13; בג"ץ 1804/13). בחלק מהמקרים שאליהם מתייחסות עתירות אחרונות אלה, החזקת הגופות לא נעשתה לכתחילה לצרכי משא ומתן, והמדינה הודיעה רק בשלב מאוחר יותר כי מתוקף הסמכות הנתונה למפקד הצבאי לפי תקנה 133(3) ופסק הדין בעניין עבאט, היא החליטה להחזיק בגופות נוכח ההערכה שהדבר יסייע בצורה ממשית לקידום המשא ומתן להשבת החיילים החטופים (סעיף 24 להודעת המדינה בבג"ץ 9025/01 מיום 11.1.2007). העתירות הנ"ל נותרו תלויות ועומדות ונמחקו בשנת 2014 מבלי שניתן בהן פסק דין, לאחר שהמדינה הודיעה ביום 20.5.2013 כי שר הביטחון הנחה להחזיר את הגופות לרשות הפלסטינית (בג"ץ 9025/01 עווד אללה נ. מפקד כוחות צה"ל ביו"ש (11.5.2014)). מקרה נוסף שעסק בסוגיית הסמכות הנתונה למפקד הצבאי על פי התקנה הוא פסק הדין בעניין ברכאת, הנזכר בפסק דינו של השופט י' דנציגר (פסקה 25) ובחוות דעתו של השופט נ' הנדל (פסקה 5). באותו עניין נדונה החלטת מפקד האזור להגביל את הלווייתו של חבר בחזית העממית אשר מת במהלך חקירה, לשעות הלילה בהשתתפות בני משפחתו בלבד. בית המשפט קבע כי "למפקד הצבאי נתונה הסמכות להורות, כי הלווייתו של מי שנפטר על רקע ביטחוני תתקיים בשעות הלילה ותוך השתתפות בני המשפחה בלבד. סמכות זו מקורה בסמכויות הכלליות של המפקד הצבאי

לשמור על הסדר והביטחון באזור. היא מעוגנת גם בהוראות תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 " (שם, פסקה 10).

26. כפי שכבר צוין, בשנת 2004 נדרש לנושא היועץ למשפטי לממשלה דאז, מנחם מזוז, ובתום ישיבה רבת משתתפים הגיע לכלל מסקנה כי:

"מדיניות שלפיה ניתן להחזיק בגופות מחבלים במקרים מסויימים ולא מעטים, אינה עולה בקנה אחד עם החובה לאזן בין כבוד המת ומשפחתו לבין שיקולי בטחון ושמירה על הסדר ושלום הציבור באזור. לפיכך, יש להחזיר גופות מחבלים למשפחותיהם, אלא בהתקיים טעמים קונקרטיים מיוחדים המצדיקים סטייה מכך. כדוגמא לטעמים מעין אלו ניתן להביא עסקה קונקרטית של חילופי גופות (פרשת עבאס לעיל), או חשש קונקרטי כי החזרת גופה מסויימת תסכן, ברמת הסתברות גבוהה, את בטחון האזור. בהקשר האחרון קיימת חשיבות, כמובן, למידתיות במימד הזמן, היות ולאחר חלוף הזמן מהאירוע אפקט ההשפעה ושלהוב היצרים של ההלוויה והאבל פוחת" (ההדגשות הוספו).

ובמילים אחרות, היועץ המשפטי לממשלה חיווה דעתו כי סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. היועץ אינו קובע אמנם מפורשות בחוות הדעת כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה היא מקור הסמכות להחזקת גופות מחבלים (ראו והשוו פסקה 26 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר בפסק הדין). ואולם ההתייחסות במסגרתה להליכים שבהם טענה המדינה במפורש להסתמכות על התקנה בהקשר זה, לא מותירה מקום לספק כי היועץ המשפטי לממשלה אכן שיווה לנגד עיניו את התקנה הנ"ל כמקור הסמכות ליישום מדיניות של החזקת גופות מחבלים לצרכי משא ומתן, במגבלות ובאיזונים שהותוו בחוות הדעת.

מאז שניתנה חוות דעת זו בשנת 2004, נסמכה הרשות המבצעת על חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה – כפרשן המוסמך של הדין עבודה – בהחלטות שקיבלה להחזיק בגופות מחבלים לצרכי משא-ומתן. השופט י' דנציגר ציין בפסקה 26 לפסק דינו כי חוות דעתו של היועץ משנת 2004 "מחזקת אף היא את המסקנה שקשה להלום פרשנות שלפיה תקנה 133(3) נועדה להקנות למפקד הצבאי סמכויות גורפות, כמעט בלתי מסויגות, להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצורכי משא-ומתן". ואולם, גם אם חוות הדעת מחזקת את המסקנה כי אין מדובר בסמכויות "גורפות כמעט בלתי מסויגות", היא מניחה כי תקנה 133(3) מקנה סמכות למפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצורכי משא ומתן, תוך תיחום הסמכות והגבלתה (ראו והשוו: עניין הרב יצחק לוי, בעמ' 889; בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון,

פסקאה י"ח (31.12.2014) (להלן: עניין המוקד להגנת הפרט); בג"ץ 1125/16 מדעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 10 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (31.3.2016)). חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה - אף שאינה חזות הכל (ראו בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' שלמה הלל - יושב ראש הכנסת, פ"ד ל"ט(3) 141, 152 (1985); כן ראו והשוו בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית, פסקה 24 לחוות דעתו של השופט א' שהם (בדעת מיעוט לעניין התוצאה) (6.6.2016); בג"ץ 869/92 זווילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מ"ו(2) 692, 712, 717 (1992) - אינה מחזקת, אפוא, את הגישה הפרשנית אשר בה דוגל השופט דנציגר. נהפוך הוא, היא מחזקת את המסקנה לפיה הסייגים והאיזונים להפעלת התקנה אינם במישור הסמכות אלא במישור שיקול הדעת הנתון למפקד הצבאי מכוחה להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים.

27. כפי שצוין לעיל, מידת הפירוט והפירוש של ההוראה המסמיכה אינה נושאת משמעות אחת ויחידה והיא תלויה נסיבות. בין היתר, יש לבחון מה טיב הפגיעה בזכות המוגנת, היקפה ועוצמתה. החזקת גופות המחבלים בידי ישראל כרוכה בפגיעה בכבוד המת ובכבוד משפחתו. ואולם, בענייננו אני סבורה כי אין המדובר בפגיעה בליבת הזכות לכבוד המתים או בליבת הזכות לכבוד המשפחה. יש לזכור כי החזקת הגופות היא ארעית. הן נקברות באופן מכבד בארון מתכת ובבית קברות תוך נטילת אמצעי זיהוי גנטיים לשם זיהוי המתים בעתיד. נסיבות אלו מקהות מעוצמת הפגיעה והיקפה. כמו כן, המדינה מסכימה לקביעתו העקרונית של השופט נ' הנדל כי הקבורה הארעית "אינה מנתקת את זיקתם של בני משפחות המחבלים למתיהם - ואינה מונעת מהם, בהכרח, לפקוד את הקברים הארעיים, ואף ליטול חלק בקבורה" (בכפוף לשיקולי ביטחון רלוונטיים ועדכניים - ראו בפסקה 24 לחוות דעתו ובפסקה 17 להודעה מטעם המדינה מיום 10.8.2018)). בכל הנוגע לביקור בקברים והשתתפות בקבורה יצוין כי לגישת המדינה אין לאפשר לעת הזו ביקורים של המשפחות בשל שיקולים ביטחוניים ומכל מקום, לא עומדת בפני המפקד הצבאי בקשה קונקרטיית להתיר לבני משפחה לפקוד את הקברים או להשתתף בקבורה, וסוגיה זו לא הועלתה כלל על ידי המשיבים בדיון הנוסף. על כן, לא ראיתי צורך להכריע בה וטענות הצדדים בהקשר זה שמורות להן.

28. אכן, תקנה 133(3) אינה קובעת בר'חל בתך הקטנה' מהן "הנסיבות שתצדקנה קבורה ארעית של גופה; פרק הזמן שבו ניתן יהיה להחזיק גופה בקבורה ארעית; הסמכות והעיתוי לעניין 'פתיחת הקבר' לאחר כריתת עסקה; חובות תיעוד ורישום בעניין הגופה והקבורה; חובות העברת מידע אודות הגופה" (פסקה 21 לפסק דינו של השופט י' דנציגר). ואולם, נראה כי העדרן של קביעות אלה מן התקנה אינה מחייבת את המסקנה

כי התקנה אינה מקנה סמכות למפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים כאשר יש לכך הצדקה מטעמי בטחון המדינה. סוגיות פרטניות אלה יכולות למצוא את הסדרתן בכללים הנוגעים להבניית שיקול דעתו של המפקד הצבאי, ככל ועד כמה שיש אפשרות לצפות מראש את התרחישים הצריכים לעניין. זאת מתוך הכרה בכך שלא ניתן לכבול מראש את שיקול הדעת של המפקד הצבאי לפרק זמן קשיח או לרשימה סגורה של תרחישים, בשל המאטריה אשר מעצם טיבה כרוכה בנסיבות דינאמיות ומשתנות הקשורות, בין היתר, לתהליך המשא ומתן מול ארגון הטרור הרלוונטי. לעומת זאת, בהחלט ניתן לכלול בכללים המבנים את שיקול הדעת הוראה הקובעת כי בחלוף פרק זמן נתון יהיה צורך לשוב ולבחון את נחיצות המשך הקבורה הארעית. יצוין כי בכך אין משום סתירה לפסק הדין בבג"ץ 5887/17 ג'בארין נ' משטרת ישראל (25.7.2017) (להלן: עניין ג'בארין) שאליו הפנו המשיבים, ומקובלים עליי בהקשר זה דבריו של חברי השופט נ' הנדל כי "בניגוד לעניין ג'בארין... המפקד הצבאי אינו מבקש להסתמך על הסמכה כללית לשמירה על הסדר, שאינה מכילה כל התייחסות קונקרטית לאפשרות של מניעת קבורה – או הגבלתה. לפנינו הוראה ייעודית בעניין הקבורה, ובמצב זה אין כל מניעה להידרש לפרשנות כדי לעמוד על היקפה המלא" (פסקה 17 לחוות דעתו).

סיכום המהלך הפרשני

29. לשונה של תקנה 133(3) וכן התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית שאותן היא מיועדת להגשים מוליכים אל המסקנה לפיה ניתנה בידי המפקד הצבאי הסמכות להורות מכוחה, בין היתר, על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא ומתן עם ארגוני הטרור. זאת, על מנת להגן על בטחון המדינה - וההגנה על בטחון המדינה משמעותה, בין היתר, חתירה נמשכת ונחושה להשבת חללי וחיילי צה"ל ואזרחי ישראל הנמצאים בידי ארגוני הטרור הביתה. אכן, הפעלתה של סמכות זו יש בה מידה של פגיעה בכבוד המת ובכבוד משפחתו. על כן, יש לתחום ולגדור את הסמכות ולהפעילה במגבלות ובאיזונים מתאימים אשר נקבעו, בין היתר, בחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה משנת 2004.

הדין הבינלאומי

30. משהגעתי למסקנה כי הדין הפנימי החל הן בישראל והן באזור מקנה למפקד הצבאי בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה סמכות להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים והחזקתן לצרכי משא-ומתן, יש להוסיף ולבחון האם הוראות הדין הבינלאומי מוליכות למסקנה אחרת. השופט י' דנציגר פרש בחוות דעתו תמונה כללית לעניין

הוראות הדין הבינלאומי וציין כי מערך הדינים שעשוי לחול בסיטואציות השונות הנוגעות להחזקת גופות בקבורה ארעית, הוא מורכב (פסקאות 28 ו-29 לפסק דינו). השופט דנציגר סקר בחוות דעתו מקורות שונים של הדין הבינלאומי ובכללם הוראות הדין הבינלאומי ההומניטארי העוסקות בעימות מזוין (International Humanitarian Law); הוראות העוסקות בעימות מזוין בין-מדינתי (International Armed Conflict) ואלה העוסקות בעימות מזוין שאינו בין-מדינתי (Non-international armed conflicts); הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי (Human Rights Law); הדין הבינלאומי המנהגי; ופסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם (ה-ECtHR) (פסקאות 29-36 לפסק דינו) ובסופו של דבר הגיע לכלל מסקנה כי:

מהסקירה שהוצגה, מצטיירת תמונת מצב שלפיה אף שאין בדין הבינלאומי ההומניטארי או במשפט זכויות האדם הבינלאומי איסור חרות על החזקת גופות במסגרת עימות מזוין, פרקטיקה זו זוכה להסתייגות וגלום בה קושי משפטי לא מבוטל. (פסקה 37 לפסק דינו)

חברי השופט הנדל הצטרף למסקנה זו ובלשונו:

אחתום את הדיון במישור הסמכות בהצטרפות לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט י' דנציגר, לפיה "[ש]אין בדין הבינלאומי ההומניטארי או במשפט זכויות האדם הבינלאומי איסור חרות על החזקת גופות במסגרת עימות מזוין" (פסקה 37 לחוות דעתו) – לבטח כשהדבר נחוץ לצורך ביטחוני נקודתי וממשי. משכך, ולאור תחולתן של תקנות ההגנה הן בתחומי מדינת ישראל והן באזור ... אין יסוד להבחנה בין גופות של מחבלים תושבי האזור או תושבי ישראל – וסמכותו של המפקד הצבאי תקפה ביחס לכולן. (פסקה 20 לחוות דעתו)

31. לא ראיתי מקום לדון בשאלה המורכבת מהו הדין הבינלאומי החל בכל אחת מן הסיטואציות האפשריות הכרוכות בקבורה ארעית ובהחזקת גופות מחבלים על ידי מדינת ישראל. ראשית, שאלה זו לא נדונה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף על ידי מי מהשופטים וכבר נפסק כי "הליך הדיון הנוסף מיועד לליבון ההלכה שנפסקה בפסק הדין, ולא לדיון במה שאין בו" (דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (26.10.2017)); כן ראו ד"נ 2/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 708 (1982); יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה – דיון נוסף בדיון הנוסף" ספר דורית ביניש 181, 264-265 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018) והאסמכתאות (שם). שנית, המסקנה שאליה הגיעו כל שופטי ההרכב כמפורט לעיל היא כי אין בדין הבינלאומי ההומניטארי או

במשפט זכויות האדם הבינלאומי איסור תרות על החזקת גופות במסגרת עימות מזוין. לפיכך הדיון וההכרעה בשאלה המורכבת הנ"ל אף אינה נדרשת. זאת ועוד, כפי שאפרט להלן למעלה מן הצורך, אמירתו של השופט דנציגר לפיה "פרקטיקה זו [של החזקת גופות במסגרת עימות מזוין-א.ח] זוכה להסתייגות וגלום בה קושי משפטי לא מבוטל" אין לה לטעמי עיגון מבוסס בדין הבינלאומי.

הדין הבינלאומי ההומניטארי החל בעימות מזוין בין-מדינתי קובע הסדרים נורמטיביים שונים בנושא של קבורה וטיפול בגופות, אשר נועדו להבטיח כי הצדדים לעימות יטפלו בגופות באופן הולם ומכבד, בין היתר, על מנת שניתן יהיה לגלות בעתיד מה עלה בגורלם של המתים. החובות המרכזיות בהקשר זה מצויות באמנות ג'נבה השונות והן עוסקות בין השאר בנושאים הקשורים לפינוי, תיעוד, זיהוי, רישום והעברת מידע וטיפול בגופות בשעת לחימה (להרחבה ראו פסקאות 30-31 לפסק דינו של השופט י' דנציגר; כמו כן ראו Anna Petrig, *The war dead and their gravesites*, 91 INT'L. REV. OF THE RED CROSS 341, 343 (2006) מאמר הנזכר גם בחוות דעתו של השופט י' דנציגר בפסקה 29 לפסק דינו; לעניין תחולת תקנות האג ראו: בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד ל"ז(4) 785, 793-795 (1983); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492 (2005); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 827 (2004); לעמדה הגורסת כי במרוצת השנים הפכו ההוראות הכלולות באמנות ג'נבה למנהגיות ראו ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 131-133 (2006) (להלן: בן-נפתלי ושני); לעמדה לפיה ההוראות באמנות ג'נבה בנושא קבורה וטיפול בגופות הן כלליות ומבוססות ככלל על הסכמה בין הצדדים לעימות ראו JEAN-MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD- BECK, *CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW*, VOL. I, 412 (2005) (להלן: HENCKAERTS AND LOUISE DOSWALD-BECK)).

32. ההוראה העיקרית הנוגעת לענייננו בהקשר זה היא סעיף 17 לאמנת ג'נבה הראשונה שכותרתה - "Prescriptions regarding the dead. Graves Registration" - Service". סעיף זה קובע בין השאר כי על צדדים לעימות להבטיח שקבורה או שריפה של גופות המתים תיעשה בצורה פרטנית ככל שהנסיבות מאפשרות זאת, ויקדמו לכך בדיקות שונות ונטילת אמצעי זיהוי. עוד קובע הסעיף כי על הצדדים לעימות להבטיח כי המתים נקברים בצורה מכובדת וככל הניתן בהתאם להוראות דתם, כי קברי המתים מקובצים ככל הניתן על-פי הלאום שאליו הם השתייכו וכי הקברים מסומנים ורשומים כך שניתן יהיה לאתרם כדי להבטיח את האפשרות להחזיר את גופות המתים לארצם. עוד מציין הסעיף כי כאשר הנסיבות יאפשרו זאת ועם סיום מעשי האיבה, על הצדדים

להחליף פרטים על מקומות קבורת המתים וזיהויים (לפרשנות וליישום של החובות הקבועות באמנה ראו פקודת מטכ"ל 38.0109 חללי צבא אויב – נוהל זיהוי, טיפול בחפצים, דיווח וקבורה בשעת חירום (להלן: פקודת מטכ"ל 38.0109).

סעיף 17 לאמנת ג'נבה הראשונה אינו כולל חובה להשיב גופות במסגרת עימות מזויין בין-מדינתי. אך השופט י' דנציגר מפנה בהקשר זה בפסק-דינו לפרשנות המפורטת בקומנטאר המעודכן של הצלב האדום לסעיף 17 לאמנת ג'נבה הראשונה ומציין כי זו "קובעת באופן חד-משמעי כי האופציה המועדפת היא השבת הגופות לבני משפחותיהם של החללים" (פסקה 31 לפסק-דינו). עיון בקומנטאר מלמד כי הצלב האדום מדגיש שניתן למלא בדרכים שונות אחר החובה הקבועה באמנת ג'נבה הראשונה - להבטיח כי גופות המתים נקברות או נשרפות. הקומנטאר אף מציין בהקשר זה כי ניתן למלא אחר החובה אם הצד המחזיק בגופות יקבור אותן בצורה מכובדת ולחלופין הוא "רשאי להשיב אותן" (may return the bodies) למשפחות לקבורה או שריפה. אכן, על-פי פרשנות הצלב האדום עדיף שהגופות תוחזרנה לידי המשפחות, ואולם המסקנה המתקבלת מן הקומנטאר היא כי אין מוטלת חובה כזו על פי אמנת ג'נבה הראשונה (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS COMMENTARY OF 2016 OF I GENEVA CONVENTION (1949) FOR THE AMELIORATION OF THE CONDITION OF THE WOUNDED AND SICK IN (ARMED FORCES IN THE FIELD 1643-1647 (2016)).

כמו כן מתייחס השופט י' דנציגר לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה (לתחולת הפרוטוקול בישראל ראו: בן-נפתלי ושני, בעמ' 131-133; רות לפידות, יובל שני ועדו רזנצווייג ישראל ושני הפרוטוקולים הנוספים לאמנות ז'נבה 9-10 (מחקר מדיניות 92, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011)) וקובע "אמנם, סעיפי הפרוטוקול קובעים כי הצדדים 'יגיעו להסכם' ואינם מטילים חובה בדבר השבת הגופות, אך הרוח הנושבת מהם ברורה". אכן, עיון בסעיפים 34(2)(c) ו-34(3) לפרוטוקול מלמד כי הם אינם מחייבים את החזרת הגופות. מצוין בהם כי בהזדמנות האפשרית הראשונה, על הצדדים לכרות הסכמים הכוללים, בין היתר, אפשרות לתחזוקת הקברים במקום שבו הם נמצאים או להחזרת הגופות לצד שכנגד. עוד מציין סעיף 34(3) לפרוטוקול כי בהיעדר הסכם, הצד שבשטחו הקברים רשאי להציע את השבתם באופן חד צדדי וככל שהצעתו לא התקבלה, הוא רשאי בחלוף חמש שנים לאמץ את ההסדרים הקבועים בחוקי המדינה שעניינם בתי קברות וקברים. כלל זה יושם לא אחת בעימותים מזוינים בין-מדינתיים (לדוגמת ראו HENCKAERTS AND LOUISE DOSWALD-BECK, בעמ' 412 ה"ש 43) והוא אינו קובע חובה מפורשת להחזרת הגופות בלא הסכם. לטעמי, אף אין לקרוא לתוכו חובת החזרה משתמעת.

33. מקור נוסף שאליו מתייחס השופט י' דנציגר הוא כלל 114 למחקר של הצלב האדום משנת 2005 באשר לדין המנהגי (HENCKAERTS AND LOUISE DOSWALD-BECK, בעמ' 411-414). הכלל מציין כי צדדים לעימות חייבים להתאמן לסייע בהשבת שרידי גופות בהתאם לבקשת הצד לעימות שלו הן שייכות או לבקשת קרובי משפחתן, וכי צדדים לעימות חייבים להשיב את הציוד האישי של המתים. כמפורט במחקר, הוראות דומות מצויות במספר מדריכים צבאיים בעולם (לעניין זה ראו גם: Susan Breau *State Practice, Customary Humnitarian Law And Civilian Casualties Of Armed Conflict*, 1(1) (2014) 45 STATE PRACTICE AND INTERNATIONAL LAW JOURNAL). עם זאת, ראוי לציין כי תוקפו של מחקר זה שנוי במחלוקת (ראו בהקשר זה את המחקר שאליו מפנה המדינה בפסקה 15 להשלמת הטיעון מיום 8.6.2018: John B. Bellinger and William J. Haynes, *A US government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law*, 89 INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS (2007) 444, 443, כמו כן ראו בג"ץ 5267/92 אביריגיה נ' שר הבטחון (15.11.2000) שאליו מפנה המחקר לעניין הפרקטיקה בישראל להשבת שרידי גופות הניתנות לזיהוי, אף שאין למצוא בפסק הדין האמור עיגון לאותה הקביעה. כמו כן ראו לעניין זה פסקה 17 להשלמת הטיעון מיום 8.6.2018 מטעם המדינה). מכל מקום, כלל 114 למחקר הצלב האדום אינו מחייב השבת שרידי גופות חללים והוא קובע חובה כזו רק לגבי ציוד אישי.

המשיבים מוסיפים ומפנים לשורה של החלטות שניתנו על ידי ועדת זכויות האדם של האו"ם (להלן: ועדת זכויות האדם) שנסקרו בפסקה 33 לפסק דינו של השופט י' דנציגר. ואולם, החלטות אלו עסקו באזרחי מדינות שהועמדו לדין פלילי, הורשעו והוצאו להורג בעקבות הליך משפטי פגום לכאורה, מבלי שמשפחותיהם ידעו מה עלה בגורלם. ההיקש מסוגיה זו לסוגייה שלפנינו הנוגעת לקבורה ארעית של גופות מחבלים והננקטת כחריג לצורכי משא ומתן קונקרטי, תוך יידוע מלא של משפחות המחבלים על אודות גורלם, הוא רחוק, רחוק מאוד מאותם המקרים.

אשר לפסקי הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם שעסקו בהחלטת הרשויות ברוסיה שלא להשיב גופות מחבלים לבני משפחותיהם (Maskhadova v. Russia, no.) (2013) 18071/05, ECHR; Sabanchiyeva v. Russia, no. 38450/05, ECHR (2013) מקובלת עליי מסקנתו של חברי השופט נ' הנדל ולפיה:

הפגיעה בזכויות מתעצמת מאחר והחלטת הרשויות הרוסיות מנתקת באופן מוחלט ובלתי הפיך את הקשר בין בני המשפחות לקברי יקיריהן – תוך הדרת המשפחות מטקסי הקבורה, והטלת חיסיון על אתר הקבורה. מובן כי מאפיינים אלה אינם רלוונטיים ביחס לדין הישראלי, שאינו שולל שיתוף של המשפחה בהליך הקבורה, מאפשר את חשיפת אתר הקבורה – ובוודאי שאינו מנתק באופן מוחלט את הזיקה בין המשפחה ליקירה המת. יתר על כן, ענייננו, כזכור, בקבורה ארעית במהותה, ומכאן שגופות המחבלים יוחזרו בעתיד לקרובים, אם במסגרת עסקת חילופין ואם לאחר שעסקה כזו תרד מעל הפרק.

...

חוסר המידתיות של החלטות הרשויות הרוסיות נובע מן האופי הגורף של החקיקה המקומית, השוללת מכל וכל, בצורה אוטומטית וללא התחשבות בנסיבות הקונקרטיות, את החזרת גופות המחבלים למשפחותיהם ... מכלל לאו אתה שומע הן: אין פסול אינהרנטי בקבורת גופות מחבלים על ידי הרשויות חלף מסירתן המיידית לקרובי המשפחה – ובלבד שהפעלת הסמכות נעשית על בסיס פרטני ומידתי, תוך בחינת מכלול שיקולי העניין (שם, בפסקה 20 לחוות דעתו).

עוד יש לזכור כי בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע שתכלית החוק הרוסי היא לגיטימית כשלעצמה והדיון שערך התמקד בשאלת המידתיות (ראו גם פסקה 34 לפסק דינו של השופט י' דנציגר). בכך יש כדי להשליך גם על הלגיטימיות של הפרשנות המקנה למפקד הצבאי סמכות להורות על קבורה ארעית מתוקף תקנה 133(3).

34. עם זאת, יש חשיבות לבחון את הדין הבינלאומי ולו בהיבט הפרשני, נוכח קיומה של 'חזקת ההתאמה' שבין הדין הפנימי להוראות המשפט הבינלאומי, המשמיעה לנו כי ככלל יש לפרש דבר חקיקה באופן העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי (בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פסקה 37 לפסק-דינו של השופט א' לוי והאסמכתאות שם (30.3.2006); פרשנות תכליתית במשפט, בעמ' 224). בהקשר זה הצהירה המדינה כי היא מוכנה לקבל על עצמה את הוראות הדין הבינלאומי הקשורות באופן החזקת הגופות וקבורתן, ככל שאלו אינן מפורטות בתקנה 133(3) (ראו לעניין זה גם פקודת מטכ"ל 38.0109).

אחר הדברים הללו

35. לאחר שהפצתי את חוות דעתי, קראתי את חוות הדעת של חבריי השופטים ע' פוגלמן, ד' ברק-ארז ו-ג' קרא הסבורים, כל אחד מטעמיו, כי תקנה 133(3) אינה מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים, לשם החזקתן לצרכי

משא ומתן. בעקבות האמור בחוות הדעת הללו בכל הנוגע לשיקולים שמוסמך המפקד הצבאי לשקול על פי הדין הבינלאומי (פסקאות 26-31 לחוות דעתה של השופטת ברק ארז ופסקה 17 לחוות דעתו של השופט ג' קרא), ראיתי לנכון להוסיף ולציין את שבית משפט זה כבר קבע ושב וקבע בפסיקתו כי "שיקולים שיש להם נפקות מחוץ לאזור, הקשורים להגנה על ביטחונה של מדינת ישראל, הינם שיקולים שבסמכות המפקד הצבאי לשקול. כמו כן, ברור כי המפקד הצבאי רשאי לקבוע נורמות שיש להן השלכה על תושבי האזור, גם שעה שאלה נמצאים מחוץ לאזור" (בג"ץ 5539/05 עטאללה נ' שר הבטחון, פסקה 8 (3.1.2008)). כך למשל, פסק בית משפט זה בעקביות כי המפקד הצבאי מוסמך על פי הדין הבינלאומי להקים את גדר ההפרדה גם אם זו נועדה לצרכים ביטחוניים של מדינת ישראל, שכן "ההחלטה העקרונית על הקמת גדר לא עלתה כרעיון פוליטי בדבר סיפוח שטחים אלא נבעה מצרכים צבאיים-ביטחוניים, וכאמצעי הכרחי להגנת המדינה ואזרחיה" [ההדגשה לא במקור] (בג"ץ 8414/05 יאסין נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב (2) 822, 847 (2007)).

לגישתי, החזקת גופות מחבלים בהתאם להחלטת הקבינט, המיועדת לצרכי משא ומתן להשבת חיילי וחללי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור, נמנית אף היא באותה קטגוריה בטחונית, בהיותה אמצעי משמעותי לקידום משא ומתן כאמור. העובדה כי מדובר באמצעי המתאפיין בזמניות, מקרינה אף היא על סמכות המפקד הצבאי להורות על החזקת הגופות (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס (2) 477, 548 (2005)).

ככל שהדבר נוגע להוראות הדין הבינלאומי, לא למותר לשוב ולהזכיר את שכבר נאמר בהקשר זה לעניין מציאות הטרור המקדימה את המשפט והמכה כיום מדינות בכל רחבי העולם:

"הדינים המוכרים שעל-פיהם נוהגות אומות העולם מותאמים במידה רבה למודל הישן והמוכר של מלחמה בין צבאות ואילו המציאות החדשה והאיומה שיצרו בארץ ובעולם ארגוני הטרור השונים וגם יחידים המבצעים פעולות טרור, אינה מתחשבת בגבולות טריטוריאליים אינה מבחינה בין זמן מלחמה לזמן שלום וכל שעה היא שעת כושר לזריעת הרס, אלימות ופחד ברוב המקרים ללא הבחנה בין אזרחים לחיילים. הטרור אינו מכבד למעשה שום כלל מכללי המשחק שקבע העולם הישן בדיני המלחמה, ומציאות זו מחייבת גם את המשפטנים ולא רק את כוחות הביטחון לחשיבה מחדש על-מנת לעצב באופן מעודכן דינים אלה ולהתאימם למציאות החדשה" (בג"ץ

8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הבטחון, פסקה 2 לחוות דעתי (31.12.2014).

וכל עוד לא התאימו עצמם הדינים הבינלאומיים למציאות חדשה זו, אני סבורה כי מן הראוי שנפרש את ההוראות הקיימות באופן "דינמי וקשוב לתמורות הזמן", כעצתו הטובה של חברי השופט נ' הנדל (פסקה 2 לחוות דעתו).

סיכום

36. סיכומם של דברים - תקנה 133(3) מעניקה למפקד סמכות להורות על מקום, זמן ודרך הבאתה לקבורה של כל גופה, לרבות קבורה ארעית של מחבלים לצרכי משא ומתן, ככל ששיקולי ביטחון מחייבים זאת. כובד המשקל הפרשני, כפי שנפסק לא אחת בנוגע ל"אחיותיה" של אותה התקנה, מצוי במישור שיקול הדעת והוא מחייב הקפדה על האיזונים הנדרשים ועל מידתיות ראויה בהפעלת הסמכות. זאת הן ככל שהדבר נוגע להחלטת הרשות המבצעת הקובעת את המדיניות בהקשר זה והן בהחלטות הקונקרטיות שמקבל המפקד הצבאי לצורך יישום אותה מדיניות. למרבה הצער, מדינת ישראל למודת ניסיון בעסקאות עם ארגוני מחבלים שבהן הוחזרו גופות שהוחזקו בקבורת ארעי כנגד החזרת חיילי וחללי צה"ל וכן אזרחים ישראלים. על כן, ניתן לקבוע כי אין מדובר באמצעי שרירותי או מחוסר היגיון וכי מתקיים קשר רציונאלי בין החזקת גופות מחבלים בקבורת ארעי ובין הצורך לקדם משא ומתן עם ארגוני הטרור על השבת חיילי וחללי צה"ל ואזרחים ישראלים המוחזקים על-ידם (למבחן הקשר הרציונאלי באופן כללי ראו בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל פסקות עט, קכז לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (11.9.2016); בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פסקה 25 (26.6.2006)). כך למשל, בעסקה משנת 1996 הוחזרו גופות 123 מחבלים מארגון חזבאללה כנגד השבת גופות שני חללי צה"ל יוסף פינק ורחמים אלשיך ז"ל (אלדד בק הקנצלרית - מרקל, ישראל והיהודים, בעמ' 237 (2017)) ובחודש יוני 1998 העבירה ישראל לחזבאללה 40 גופות מחבלים ובהן גופת בנו של מנהיג הארגון, כנגד השבת גופתו של חלל צה"ל איתמר אליה ז"ל שנהרג ב"אסון השייטת" בשנת 1997. השבת גופות חללי צה"ל גולדווסר ורגב ז"ל התאפשרה אף היא במסגרת עסקה עם ארגון חזבאללה שכללה השבת "גופות חודרים ומחבלים" (בג"ץ 6063/08 שחר נ' ממשלת ישראל (8.7.2008)).

לעניין התקיימות יתר מבחני המידתיות בענייננו מקובלים עליי במלואם הנימוקים שפירט חברי השופט נ' הנדל בחוות דעתו (ראו פסקאות 22-24 לחוות דעתו). אכן הכללים המגבילים שנקבעו בהחלטת הקבינט שעליהם עמדתי בפתח הדברים,

מחזקים אף הם את המסקנה כי מדובר בהחלטה מידתית, ולכך יש להוסיף את המגבלות והאיזונים שנקבעו בהקשר זה עוד בשנת 2004 בחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, העומדים בעינם.

37. סירובם של המשיבים לכך שהמדינה תציג בפנינו במעמד צד אחד את החומר החסוי המבסס לטענתה את הנחיצות בהחזקתן של הגופות לעת הזאת, אף שחומר זה הוצג במעמד צד אחד בפני ההרכב שנתן את פסק הדין, מוסיף ומקים חזקה הניתנת לסתירה לפיה ההחלטה להחזיק בגופותיהם של ששת המחבלים שעניינן נדון בהליכים אלה, התקבלה כדין בהתבסס על אותו החומר החסוי (בג"ץ 3003/18 יש דין – מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פסקה 9 לחוות דעתי (24.5.2018)), והמשיבים לא עמדו בנטל לסתור חזקה זו.

38. מן הטעמים המפורטים לעיל, אציע לחבריי לקבוע כי תקנה 133(3) 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 הטרור. בהינתן השאלה העקרונית שעמדה לדיון נוסף, אוסיף ואציע לחבריי כי לא ייעשה צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

השופט נ' סולברג:

1. דעתי כדעתה של חברתי הנשיאה א' חיות בדיון נוסף זה, וכדעתו של חברי השופט נ' הנדל בפסק הדין מושא הדיון הנוסף; אני שותף למסקנתם ולדרך הילוכם. כדבריהם, הממצים והנכוחים, אכן כן: תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, על-פי לשונה ולאור תכליותיה, מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא ומתן על מנת להגן על בטחון המדינה; המפקד הצבאי מחוייב לעשייה נחושה, מתמדת, להשבתם הביתה של אזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור, ועד אשר ינוחו חללי צה"ל שבחזקתם בשלום על משכבם.

2. גם הדין הבינלאומי איננו עומד למכשול, אלא מתיר לפעול; ואם נמצא חֶסֶר בחקיקה או בהלכה הפסוקה (כעולה מדעת הרוב בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, אך לדעתי לא כך), כי אז עלינו להיזקק לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל, כמצוות סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980; העקרונות הללו מורים על רום-מעמדה של מצוות פדיון שבויים (כדברי הרמב"ם: "אין לך מצווה גדולה כפדיון שבויים, שהשבוי הוא בכלל הרעבים והצמאים והערומים, ועומד בסכנת נפשות" משנה תורה, מתנות עניים, פרק ה, הלכה י), כפי שהראה חברי, השופט נ' הנדל.

3. שיקול הדעת בהפעלת הסמכות על-ידי המפקד הצבאי נעשה כהלכה, בהסתמך, מבחינה עובדתית ומבחינה משפטית, על ניסיון שנצבר ותקדימי העבר; ועל הערכה מודיעינית, מקצועית, לגבי התועלת שבהחזקת גופות המחבלים לקידום הסדר להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המוחזקים בידי החמאס ברצועת עזה, והתוויית פרטיו של הסדר שכזה.

4. בנסיבות העניין האנושי העומד על הפרק, דומני, כי יותר מרשאי היה המפקד הצבאי לעשות כן, הריהו חייב לעשות שימוש בסמכותו-זו; קרי – להורות על החזקת גופות מחבלים באמצעות קבורתן בשטח המדינה. ב"כ המשיבים הכבירו במילים על אודות הפגיעה ("באופן הקשה ביותר") בכבודם של המתים ובני משפחותיהם וברגשותיהם. תיאור הפגיעה – מופרז עד מאד (ראו פסקאות 22-24 לפסק דינו של חברי, השופט נ' הנדל, על ההסדר הפרטני, על הקבורה הראויה, ועל השמירה על כבוד המת). מכל מקום, דעת לנכון נקל, לא שקולה כלל וכלל פגיעה מסוימת, מתוחמת, בכבוד המחבלים המתים ובזכויות משפחותיהם באופן קבורתם הארעי, אל מול רווח והצלה שעשויים לעמוד לחיים ולמתים המוחזקים בידי ארגוני הטרור – להם, למשפחותיהם ולבטחון ישראל.

5. 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.

6. אחר הדברים האלה, קראתי את דברי חברי, השופט ג' קרא והשופטת ד' ברק-ארו. דבריהם לא הניחו את דעתי. מסקנתם, דומני, שגויה. "השאלה שעליה נדרשנו להשיב" – אומרת חברתי, השופטת ברק-ארו (פסקה 38 לחוות דעתה) – "לא היתה האם יש נסיבות שבהן תוכל המדינה להימנע מהשבת גופות במטרה לסייע בהשבת שבויים ונעדרים. השאלה המשפטית שהוצגה לנו היתה שונה וצרה בהרבה: האם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מאפשרת

זאת" (שם). על שאלה "צנועה ומצומצמת" זו, כלשון חברתי (פסקה 2), השיבו חברי ב"לא" רבתי.

7. תשובה זו, לטעמי, אינה יכולה לעמוד. אסביר: תקנה 133(3) מסמיכה את המפקד הצבאי לצוות על קבורת גופות המחבלים – בקבורת עולמים. רשאי המפקד הצבאי לעשות זאת גם כחלק מן המאבק בטרור, ולמען יראו ויִקְאוּ. מכל מקום, משקבורה קבועה בישראל, היא בגדר האפשר, הרי שאין מניעה גם לקבורה ארעית בישראל, משום ש"בכלל מאתיים מנה" (כבלי, סנהדרין לא, א) ובכלל קבוע – ארעי. נאמר זאת בפשטות: המפקד הצבאי מוסמך לצוות על קבורה בגדרי תקנה 133(3) – לתמיד. על כן, המפקד הצבאי מוסמך לצוות על קבורת גופות 6 המחבלים דנן – לעולם; ואם כך, לבטח הוא מוסמך להורות על קבורתן הארעית.

8. ודוק: אין מדובר בהחזקת גופות המחבלים במקרר, לא בפזיזור עצמותיהם כדומן על פני השדה, ולא בקבורת חמור. מדובר בקבורה מוקפדת, רשומה, מסודרת, בבית קברות, בארון, על-פי מנהגי הדת; תוך הקפדה על כבוד המת. בכל מה שנוגע לדרך ביצוע הקבורה, לרבות סדרי ההלוויה, מיקום הקבר וכו', אין ולא צריך להיות הבדל בין קבורת עולמים לבין קבורה ארעית. ההבדל היחיד הוא שהמפקד הצבאי – ובעצם הממשלה בהנחותה אותו – מגלים דעתם שלעתיד לבוא, וכחלק מהסדר שיכלול את השבת אזרחי ישראל וחללי צה"ל, אפשר ותוחזר גופת המחבל למשפחתו. מדוע לטעון שגילוי דעת זה הופך את הקבורה לפוגענית יותר בכבוד המת, מאשר קבורה לעולמים מבלעדי הצהרה על אפשרות למסירת הגופה בעתיד לידי משפחת המחבל?

9. חברי השופט ג' קרא מוצא תימוכין לשיטתו בסעיף 70 ב לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016, שכותרתו "צו לעיכוב מסירת גופת מפגע", שנועד להתמודד עם הפרות סדר חמורות בלוויות של מחבלים, עד כדי פגיעה בחיי אדם. מפקד המשטרה רשאי על-פי הסעיף להורות בצו על עיכוב מסירת גופת המפגע וקיום לווייתו, עד לעמידה בתנאים שנקבעו בצו ההגבלה. מן ה"הן" שם, ההסמכה המפורשת, מבקש חברי ללמוד "לאו" לכאן, שבהעדר הסמכה מפורשת, לא נתונה למפקד הצבאי סמכות להורות על קבורה ארעית (פסקה 20). לדעתי, ההיפך הוא הנכון, ומשם ראייה לצדקת עמדת-שלי. שם אכן מדובר בעיכוב מסירת גופת מפגע. אין ספק שבעיכוב קבורתו של מת, יש משום פגיעה בכבודו. ענין זה טעון הסדרה מפורשת בחוק. כאן, אין מדובר בעיכוב מסירת גופה. מדובר בקבורתה לכל דבר וענין, על-פי סמכותו של המפקד הצבאי המעוגנת היטב בתקנה 133(3).

10. מסקנת הדברים היא אפוא שאם מוסמך המפקד הצבאי לצוות על קבורה קבועה לעד, בלי אפשרות עתידית להוציא את הגופה מקברה, לבטח מוסמך המפקד הצבאי להורות גם על קבורה ארעית כבענייננו. בעתיד, אם יתגבש הסכם עם החמאס, או מטעם אחר, אם ירצה המפקד הצבאי להוציא מקברם את המחבלים המתים, ואם תהא התנגדות לכך מצד מי ממשפחות המחבלים – דיה לצרה בשעתה. הענין ידון אם וכאשר יעלה על הפרק. בשלב זה נעשית הקבורה כדת וכדין.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

השאלה

1. השאלה הניצבת לפנינו בדיון נוסף זה היא האם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן, בהתאמה: התקנה ותקנות ההגנה) מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לשם החזקתן לצרכי משא ומתן.

העובדות

2. החלטת הקבינט המדיני-ביטחוני (ועדת שרים לענייני ביטחון לאומי) בנושא "מדיניות אחידה בטיפול בגופות מחבלים" מינואר 2017, קבעה מדיניות (ממשלה) חדשה בעניין החזקת גופות מחבלים בידי המדינה לצרכי משא ומתן (להלן: החלטת הקבינט). לפי החלטת הקבינט, ככלל, יש להחזיר גופות מחבלים למשפחותיהם בתנאים מגבילים שיבטיחו את שמירת הסדר הציבורי. לכלל ההחזרה נקבעו שני חריגים אשר בהתקיימם גופות המחבלים תוחזקנה בידי המדינה בדרך של קבורה ארעית: הראשון, מחבלים המשתייכים לארגון חמאס. השני, כשמדובר במחבלים שביצעו אירוע טרור המוגדר "חריג במיוחד" (להלן: החריגים). ההצדקה לחריגים הוסברה בכך שיש אפשרות שהחזקתן של גופות כאלו תסייע למדינה להשיג הסכם לחילופי גופות או לחילופי שבויים עם גורמי אויב. ביצועה של החלטת הקבינט ויישומה הוטלו על המפקד הצבאי מכוח סמכותו בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה.

3. עמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז מ' מזוז משנת 2004, קבעה כי אין להחזיק גופות מחבלים על סמך צורך ערטילאי של שמירת "קלפי מיקוח" לצרכי משא ומתן

עתידי, אך אין לשלול זאת כשיש טעמים מיוחדים להחזקת הגופות, לרבות עסקה קונקרטיה לחילופי גופות עם גורמי אויב (להלן: עמדת היועמ"ש).

4. בני משפחותיהם של המחבלים שגופותיהם מוחזקות בידי מדינת ישראל הגישו עתירה בה ביקשו החזרת הגופות לידיהם לצורך קבורתן (להלן: העתירה). מנגד, טענה המדינה כי החזקת גופותיהם של המחבלים עשויה לסייע להשיג עסקה קונקרטיה לחילופי גופות או לחילופי שבויים עם ארגון הטרור חמאס אשר מחזיק בגופותיהם של חיילי צה"ל ובאזרחים ישראלים.

פסק הדין בעתירה

5. העתירה הוכרעה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף (בג"ץ 4466/16 עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (14.12.2017)), בו נחלקו הדעות. השופט (בדימוס) י' דנציגר, אליו צירפתי את דעתי (להלן: דעת הרוב בעתירה), קבע כי למפקד הצבאי אין סמכות בדין להחזיק גופות מחבלים לצרכי משא ומתן. פעולותיו של המפקד הצבאי כרוכות בפגיעה בזכות לכבוד האדם, ממנה נגזרות גם זכויות המת ובני משפחתו להביא את המת לקבורה מכובדת ונאותה. לפיכך, נדרש שהפעולות שהמפקד הצבאי מבקש לבצע יהיו מעוגנות בחקיקה ראשית, ספציפית ומפורשת. תקנה 133(3) היא כללית ובלתי מפורשת ואינה מהווה מקור סמכות כאמור. למסקנה זאת הגיעה דעת הרוב לאחר ניתוח מעמיק של לשון התקנה ותכליתה, ניתוח הפסיקה הקיימת ובחינת הדין הבינלאומי. השופט דנציגר קבע כי יש לגבש הסדר מלא ושלם בחקיקה ראשית ייעודית, מפורשת וספציפית שתסדיר את נושא החזקת גופות מחבלים ו"תכתב" עם הוראות הדין הבינלאומי. נקבע, כי יש לאפשר למדינה הזדמנות לחוקק הסדר כזה במשך שישה חודשים ובמידה שלא יתגבש הסדר חקיקתי, גופות המחבלים תוחזרנה.

השופט נ' הנדל (להלן: דעת המיעוט בעתירה) פסק כי התקנה מקנה את הסמכות הנטענת למפקד הצבאי. קבורת חללי אויב על ידי המפקד הצבאי, חלף מסירתן לקרובי המשפחה, פוגעת בזכותם של המת וקרוביו לכבוד. התקנה חוסה תחת הגנת פסקת שמירת הדינים הקבועה בסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולפיכך היא אינה כפופה לפסקת ההגבלה. עם זאת, דרישת ההסמכה המפורשת ההלכתית היא דרישה גמישה, כך שלשון התקנה אינה המכריעה ויש צורך בניתוח תכלית החקיקה. השופט הנדל קבע כי תכליותיה של התקנה הן שמירה על ביטחון המדינה ושלום הציבור, יצירת הרתעה והסדרת הטיפול בגופות חללי אויב תוך הגנה על כבוד המת. תכליותיה הכלליות של התקנה הן לצמצם את הפגיעה בכבוד המחבל המת ובקרוביו ובכך לסייג את סמכות

המפקד הצבאי להורות על קבורת הגופה במקום ובתנאים שיראה לנכון וכן תכלית הנגזרת מערך "פדיון השבויים". האיזון הראוי בין התכליות האלו מלמד כי התקנה מסמיכה את המפקד הצבאי לצוות על קבורה ראויה של חללי אויב, כאשר שיקולים של ביטחון המדינה ושלוש הציבור מונעים מסירתם לקרובי המשפחה, תוך שהמימד הביטחוני בתקנה מאפיל על זה ההומניטרי (בפס' 17 ו-21 לחוות דעתו של השופט הנדל). המחוקק הקנה למפקד הצבאי סמכות לשקול קשת רחבה של שיקולים ביטחוניים בהחלטה על הקבורה על אף הפגיעה המסוימת בכבוד המת ובקרוביו, הגם שנוסח התקנה איננו מפורש או ספציפי. זו אינה הסמכה כללית לשמירה על הסדר, אלא יש התייחסות קונקרטית למניעת קבורה כך שזו הוראה ייעודית. משהגיע למסקנה כי המפקד הצבאי מוסמך לצוות על מקום, עיתוי ומתכונת קבורתן של גופות חללי אויב – קבורה שבמקרים רבים היא ארעית מטבעה – כאשר שיקולי ביטחון מחייבים זאת, בחן השופט הנדל את סבירות ומידתיות ההחלטות הקונקרטיות. חוות דעתו של השופט הנדל התבססה על ההנחות הבאות: הקבורה היא ארעית במהותה; היא איננה מנתקת את זיקת משפחות המחבלים למתיהם; והיא איננה מונעת מהם בהכרח מלפקוד את הקברים הארעיים ומליטול חלק בהליך הקבורה בכפוף לשיקולי ביטחון (בפסקה 24 לחוות הדעת). הקבורה היא ראויה והיא נעשית באופן המאפשר זיהוי עתידי של הגופות, כך שהפגיעה בכבוד מצטמצמת. המדיניות הכללית שאומצה בהחלטת הקבינט היא מצומצמת ומוגבלת מעיקרה והיא תחול רק בהתקיים החריגים. משכך, קבע השופט הנדל שההחלטות שהתקבלו בענייננו הן סבירות ומידתיות.

על העדר סמכות להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לשם החזקתן לצרכי משא ומתן

6. בפסק הדין עליו נסוב דיון נוסף זה, הסכמתי עם חוות דעתו המלומדת של השופט י' דנציגר. עמדה זו לא שינתה.

7. תוקפה של החלטת הקבינט מחייבת כשל החלטת ממשלה. מדובר בהחלטת מדיניות של הרשות המבצעת שקבעה הממשלה באמצעות הקבינט המדיני-ביטחוני וככזו היא מחייבת את הדרג הצבאי ומפקדיו. עם זאת, גם כאשר המפקד הצבאי מיישם את מדיניות הדרג המדיני, הוא כפוף לעקרונות המשפט המינהלי כך שפעולותיו חייבות להיות מעוגנות במקור סמכות ספציפי. דרישה זו נגזרת מעקרון חוקיות המינהל (ראו: ההפניות בפס' 11-12 לפסק דינו של השופט דנציגר).

8. דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון תקנות ההגנה (שעת חירום) (ביטול תקנות), התשע"ג–2013 מיום 2.7.2013 מציינים כי תקנות ההגנה הותקנו בתקופת המנדט הבריטי על ידי עיגון מכלול סמכויות השלטון בתחומי הביטחון והסדר הציבורי והן נקלטו לדין הישראלי לאחר מכן (שם, בעמ' 992). תקנות ההגנה מהוות חקיקה ראשית והן בעלות מעמד קבוע, משמע תוקפן אינו מותנה בקיום הכרזה לגבי שעת חירום (ראו, למשל: דברי ההסבר לתקנות ההגנה הנ"ל, בעמ' 992).

א. התקנה פוגעת בזכות יסוד

9. הזכות החוקתית לכבוד כוללת את הזכות לכבוד המת ובני משפחתו, במסגרתה הם זכאים להביא את המת לקבורה ראויה (ראו, למשל: בג"ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת חשמל לישראל, בפס' 7 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן ובפס' 1 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (29.10.2007), בעניין ההגנה החוקתית על כבוד המת; בג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מ"ו(5), בפס' 11 (1992) (להלן: עניין ברכאת) ("בקבורתו המכובדת והנאותה של נפטר מקיימים את כבוד המת ואת כבוד החי גם יחד")). זכות יסוד זו נתונה לכל אדם (ראו, למשל: בג"צ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, בפסקה 36 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (13.4.2011)) ולפיכך היא נתונה לגבי מתים שהיו מחבלים או חיילי אויב.

בענייננו, פעולות המפקד הצבאי מכוח התקנה כרוכות בפגיעה בזכויות אדם. קבורת (החזקת) הגופות בידי המפקד הצבאי, חלף מסירתן למשפחה, פוגעת בזכויות המת וקרוביו לכבוד (ראו גם: בפסקה 17 לחוות דעתו של השופט הנדל).

ב. על דרישת ההסמכה המפורשת ופרשנות ההסדר החקיקתי

10. כאשר הפעולה המינהלית פוגעת בזכויות יסוד, ההוראה המסמיכה צריכה להיות מעוגנת בחקיקה ראשית ברורה ומפורשת (דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך א 121 (2010) (להלן: ברק-ארוז); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 345 (2011) (להלן: זמיר); בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, בפס' 52 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (13.9.2017) (להלן: עניין אבו ערפה) "... אין לפרש דבר חקיקה כמסמיך לפגיעה בזכויות יסוד אלא אם כן ההסמכה לכך היא ברורה, חד משמעית ומפורשת"). כדי למלא אחר דרישת ההסמכה המפורשת, אין הכרח בפירוש דווקני ו"נוכל אף להסתפק בהסמכה מפורשת, אשר עולה מתוך תכליתו החד משמעית של החוק המסמיך" (דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, בפסקה 21 (19.10.2009)). עם זאת,

הדרישה להסמכה ברורה ומפורשת מעלה את השאלה מה צריכה להיות מידת הספציפיות של ההסמכה כדי שזו תיחשב "מפורשת" (ברק-ארז, בעמ' 122). התשובה היא ש"מידת ההקפדה בדרישה להסמכה מפורשת משתנה בהתאם לחשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת ולמידת הפגיעה בה. ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר כן תתחזק הדרישה להסמכה מפורשת; ולהפך: ככל שהזכות היא חשובה פחות, ובמיוחד ככל שהפגיעה היא בשוליה, נחלשת מידת ההקפדה בבדיקת אופייה המפורש של ההסמכה" (ברק-ארז, בעמ' 122; עניין אבו ערפה, בפס' 52 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). הלכה פסוקה היא כי "מהותה של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בזכות משפיעות על האופן בו תיבחנה דרישותיה המהותיות של פסקת ההגבלה. היינו, ככל שהפגיעה בזכות הינה גדולה יותר, כך תידרשנה מטרות חשובות יותר על מנת לעמוד בדרישת התכלית הראויה, וכך ידרשו אינטרסים מהותיים יותר על מנת לעמוד בדרישת המידתיות" (עניין ארקו, בו נקבע כי "... הזכויות המוגנות השונות אינן בהכרח בעלות מעמד שווה, והן עשויות לזכות למידה שונה של הגנה. גם מעמדה של אותה זכות עצמה עשוי להיות שונה בהקשרים שונים, ומשכך לזכותה במידת הגנה שונה". שם, בפס' 9-10).

11. הנה כי כן, המחלוקת בעניין שלפנינו נעוצה בשאלה האם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מהווה הוראה חקיקתית ספציפית ומפורשת המתירה את הפגיעה בזכויות האדם, כך שהמפקד הצבאי מוסמך ליישם ולבצע את המדיניות שנקבעה בהחלטת הקבינט.

התקנה קובעת כדלקמן:

"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."
[ההדגשות הוספו]

כלומר, השאלה היא האם "קבורה" כוללת קבורה של גופות מחבלים שהיא ארעית ולמעשה משולה להחזקה, וזאת לצרכי משא ומתן. מענה על שאלה זו דורש פרשנות של ההוראה החקיקתית, כאשר בהתאם להלכה הפסוקה, מבין האפשרויות הלשוניות יש לבחור את זו המגשימה את תכלית החוק. לשם כך, יש לבחון תחילה את לשון החוק.

12. התקנה אינה מתייחסת ישירות לאפשרות של קבורה ארעית לצרכי קיום משא ומתן. לשון התקנה אינה מקנה סמכות מפורשת ופרטנית לקבורה שהיא ארעית. התקנה כוונה למצב הטבעי של קבורה – קבורה נצחית, קבורת עולמים. קבורה שהיא "ארעית" – אינה מהווה קבורה במובנה הטבעי והרגיל, אלא מדובר בפועל בהחזקה של הגופה בדרך של קבורה להשגת מטרת "חיצונית" וזרות לנסיבות בהן דרך כלל קוברים גופות.

יתר על כן, נראה כי מרכז הכובד של התקנה הוא ברישא לה, לפיה "יהיה מותר למפקד צבאי לצוות כי גוויתו של כל אדם תיקבר באותו מקום שהמפקד הצבאי יורה". התקנה אינה דנה במחבל דווקא אלא בכל אדם, כך שעולה כי מדובר בסמכות רחבה וכללית מאוד, המתרחקת משמעותית מדרישת ההסמכה המפורשת (השוו: בג"ץ 5887/17 ג'בארין נ' משטרת ישראל (25.7.2017) (להלן: עניין ג'בארין), בפס' 20 להלן, בו סעיף ההסמכה היה סעיף "סל" כללי). הרישא של התקנה אף עשוי ללמד שמוקד הסמכות "מתמרכז" בקביעת מיקומו הפיסי של הקבר. מכאן, שמתחזקת המסקנה שאין המדובר בסמכות המפורשת המתאימה למצבים של החזקת גופות בדרך של קבורה ארעית.

13. גם בהנחה שלשון התקנה היא עמומה ואיננה מפורשת די הצורך (וכאמור – לשון התקנה היא ברורה), מידת הספציפיות הנדרשת נגזרת גם מעוצמת הפגיעה בזכות היסוד. בענייננו, הפגיעה היא בליבת הזכות לכבוד המת ומשפחתו שכן הגופה אינה נמסרת למשפחה ויתרה מכך, כפי שיפורט בהמשך, המדינה הודתה כי בפועל בשום מקרה המשפחות אינן רשאיות להשתתף בלוויה ובמעמד הקבורה והן גם לא מקבלות זכויות ביקור בקבר. הגרעין "הקשה" של הזכות לכבוד נפגע ולכן הדרישה להסמכה מפורשת אינה מתרככת.

14. למעשה, גם לו ייקבע כי התקנה יכולה לחול גם על קבורה ארעית, הרי שהתקנה "שותקת" לגבי מגוון רחב של סוגיות קריטיות. כך, למשל, התקנה אינה מפרטת באילו נסיבות רשאי המפקד הצבאי להפעיל סמכותו לקבורה שהיא ארעית או האם הסמכות להורות על קבורה חלה על קבורה ארעית לצרכי משא ומתן. התקנה אינה מתייחסת למשך הזמן המאפשר החזקת גופה באמצעות קבורה – כלומר עד כמה מדובר בהחזקה שהיא אמנם "ארעית". התקנה גם "שותקת" בסוגיית הוצאת הגופות מקברן. מדובר בסוגיה רגישה ורבת פנים, כפי שממחיש תזכיר חוק השיפוט הצבאי (חקירה לזיהוי נקבר אלמוני), התשע"ח-2018. התזכיר מבקש לעגן בחקיקה את הסמכות לפתוח קבר לצרכי זיהוי נקבר אלמוני, שיש אפשרות שהוא חייל שנעדר או שנפטר ומקום קבורתו לא נודע, תוך מתן שיקול דעת לוועדה שתמונה לחקור בשאלת זהות הנקבר האלמוני ולהחליט על

עריכת בדיקה או ניתוח בנקבר לצורך זיהויו. כמוסבר בתזכיר, בבג"ץ 4225/01 כהן נ' שר הביטחון (25.3.2004) נקבע כי "...הנושא של הוצאת גופות מקברן למטרות זיהוי, ולקיחת דגימה גנטית שלהן – מורכב ורגיש מאין כמוהו. מעורבבים בו שיקולים רבים, וביניהם שיקולים אתיים – מוסריים, דתיים, רפואיים ואנושיים. לדאבוננו, מקרים בהם נדרשת הכרעה דומה, עלולים להתעורר גם בעתיד. הותרת ההכרעה בנושא כה קשה ורגיש בידי רשויות צה"ל ללא הנחיות נורמטיביות מתאימות, מטילה עליהן עול ואחריות כבדים. ראוי הדבר שהמחוקק יאמר את דברו בנושא" (שם, בפס' 38). אמנם, בענייננו אמור להתבצע זיהוי גנטי טרם קבורת הגופות, אך עדיין ניתן ללמוד מדברים אלו לענייננו ביחס למורכבות הסוגיה של הוצאת גופות מקברן ורגישותה. בנוסף, "זמניות" ההחזקה באמצעות קבורה ארעית היא אמורפית ואיננה מוגדרת ובפועל היא עלולה להיעשות החזקה שאיננה מוגבלת בזמן. גם טיב הקשר של החזקת הגופה לעסקה שהיא "קונקרטי" די הצורך העומדת על הפרק – איננה ברורה (השוו: השיקולים המוזכרים בעמדת היועמ"ש).

15. גם לו נניח שלשון התקנה עשויה "לסבול" פרשנות טכנית לפיה קבורה כוללת גם קבורה ארעית, יש לבחון את התכלית של התקנה. נוכח פסקת שמירת הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 10), פרשנות גבולות סמכותו של המפקד הצבאי תיעשה לפי העקרונות והערכים שהתווה חוק היסוד (ראו, למשל: עניין אבו ערפה נ' שר הפנים, בפס' 50 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). פסקת שמירת הדינים מעניקה הגנה לדין הישן כנגד כוחו של בית המשפט לקבוע כי תוקפו נפגע (ראו, למשל: אהרן ברק "שמירת הדינים" 59 דורית ביניש 413, 432 (2018)). ועדיין, הפרשנות שמציעה המדינה היא בעייתית ובמיוחד לאור ההלכה הפסוקה לפיה יש לפרש באופן מצמצם ודווקני דבר חקיקה הפוגע בזכויות אדם (ראו, למשל: עניין אבו ערפה, בפס' 46 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). פרשנות המדינה מרחיבה עד מאוד את גבולות הסמכות ולמעשה איננה מגבילה אותה. הפרשנות של המדינה מביאה למצב בלתי סביר, בו למרות שהפעלת הסמכות שבתקנה פוגעת בזכויות אדם, התקנה עצמה "מתעלמת" מכך ואינה קובעת כל איזון בין האינטרסים והזכויות המתנגשים.

16. בפסק הדין נשוא דיון נוסף זה, נסקרה בהרחבה ההיסטוריה החקיקתית והתכלית ההיסטורית של התקנה הן בדעת המיעוט והן בדעת הרוב. השופט דנציגר קבע כי התקנה חלה על מצבים בהם נוצר קושי אובייקטיבי להשיב את גופת המת לקרוביו, כאשר במצבים אלו "ניתנה למפקד הצבאי סמכות לקבל החלטות, מתוך הבנה כי הוא הגורם האחראי 'בשטח' שיוכל להבטיח קבורה נאותה ומכבדת" (בפסקה 22 לפסק דינו של השופט דנציגר). לעומת זאת, השופט הנדל קבע כי תכלית התקנה הייתה "להימנע, משיקולים של

שמירה על שלום הציבור וביטחוננו, ממסירת גופות לידי קרובי המשפחה – ולהסתפק בקבורתן בעיתוי, במקום ובמתכונת [המפקד הצבאי – ג'.ק.] ימצא לנכון. מכאן ועד הקביעה כי שיקולים שעניינם שחרור גופות חללים, או אזרחים חיים, המוחזקים בשבי ארגוני טרור מצויים בליבת תכלית זו, קצרה הדרך" (בפסקה 7 לפסק דינו של השופט הנדל; ראו גם: בפסקה 18 לפסק דינה של הנשיאה חיות בדיון נוסף זה). השופט הנדל קבע גם כי צמצום יכולתם של ארגוני טרור להשתמש ב"קלפי מיקוח" כדי להשיג הישגים, מהווה חלק בלתי נפרד ממאבק זה (שם, בפס' 9). המחוקק מקנה למפקד הצבאי "סמכות לשקול קשת רחבה של שיקולים ביטחוניים – ולהכריע בסוגיית הקבורה בהתבסס על שיקולים אלה..." (בפס' 17 לחוות דעתו של השופט הנדל).

בדיון נוסף זה, הנשיאה א' חיות קבעה כי ניהול משא ומתן עם ארגוני הטרור כדי להגיע להסדר בדבר השבת אזרחי ישראל וחייליה מגשימה במובהק את התכלית של שמירה על ביטחון המדינה: "סמכות זו אינה בבחינת הרחבה פרשנית של התקנה – זוהי ליבת התקנה אשר כאמור נועדה לשמור ולהגן על ביטחון המדינה ואזרחיה" (בפסקה 23 לחוות דעתה של הנשיאה חיות). לסיכום המהלך הפרשני, הנשיאה קבעה כי "לשונה של תקנה 133(3) וכן התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית שאותן היא מיועדת להגשים מוליכים אל המסקנה לפיה ניתנה בידי המפקד הצבאי הסמכות להורות מכוחה, בין היתר, על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא ומתן עם ארגוני הטרור. זאת, על מנת להגן על ביטחון המדינה – וההגנה על ביטחון המדינה משמעותה, בין היתר, חתירה נמשכת ונחושה להשבת חללי וחיילי צה"ל ואזרחי ישראל הנמצאים בידי ארגוני הטרור הביתה" (בפסקה 29 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

למסקנות אלו של חבריי הנשיאה חיות והשופט הנדל, בכל הכבוד, איני יכול לצרף דעתי. אין חולק כי תכליתן הכללית של תקנות ההגנה היא שמירה על ביטחון המדינה ושלום הציבור ובפרט המאבק בטרור: "...תקנות ההגנה הן חקיקת חירום ביטחונית-צבאית, הכוללת סמכויות אכיפה נרחבות וכלים מגוונים, מינהליים ועונשיים, למאבק בטרור על כל סוגיו..." (בג"ץ 3037/14 אבו ספא נ' משרד הפנים והמנהל האזרחי, בפסקה 10 (7.6.2015)). עם זאת, אני סבור כי תקנה 133 עצמה אינה משקפת תכלית ביטחונית ולכן גם אין לפרש אותה בהתאם לתכלית ביטחונית מסתברת. קביעה לפיה תכלית התקנה היא בהכרח ביטחונית נסמכת על תלים של פרשנות. מדובר בתקנה מהתקופה המנדטורית, אשר נחקקה למטרות שונות בתכלית מהמטרה של החזקה זמנית של גופות מחבלים לצרכי משא ומתן. התקנה לא צפתה מצב של החזקת גופות באופן זמני לשם שימוש בהן כ"קלפי מיקוח" לצרכי משא ומתן. בנוסף, תקנה 133 נמצאת בחלק י"ד – "הוראות שונות" לתקנות ההגנה וכותרתה "חקירות מקרי מוות וכו'". כותרת זו

והמיקום ה"גיאוגרפי" של התקנה מחזקים את המסקנה שמדובר בתקנה שתכליתה אינה ביטחונית.

מכל האמור עולה כי התקנה חלה על מצב בו קיימת גופה שאין פתרון לגביה ובמצב כזה המחוקק הקנה למפקד הצבאי את הסמכות להחליט כיצד, איפה וכיו"ב פרטים על קבורתה. "שתיקתה" המקורית של התקנה בעניינים אלו נובעת מתכלית זו של שמירה על הסדר הציבורי (לרבות בריאות הציבור) ואין לייחס לתקנה תכלית ביטחונית שאינה ניצבת בבסיס התקנה.

17. לחלופין, גם לו נניח שקיימת תכלית ביטחונית לתקנה, בנוסף לתכלית הדומיננטית של שמירה על הסדר הציבורי – עדיין אין התקנה מקנה סמכות להחזיק גופות. ויובהר, כי עצם העובדה שהחזקת הגופות מהווה "פרקטיקה" שאינה חדשה, אינה מחסנת את ה"פרקטיקה" מאי החוקיות הדבוק בה.

בעניין ברכאת נדונה סוגיית חוקיות הוראה של המפקד הצבאי כי הלווייתו של מי שנפטר על רקע ביטחוני תתקיים בשעות הלילה. יובהר, כי באותו עניין לא הועלתה טענה נגד סמכותו של המפקד הצבאי לעשות שימוש בתקנה ולהורות על קיומה של ההלוויה בלילה. המחלוקת נסבה על חוקיות שיקוליו של המפקד הצבאי. בית המשפט העליון קבע כי יד שיקולי הסדר והביטחון על העליונה וכי "עליו [על המפקד הצבאי] לקיים את הסדר הציבורי באזור ולאכוף בו את החוק". נקבע, כי הייתה קיימת ודאות קרובה כי התרת "לוויה פתוחה" תביא לנזק ממשי לביטחון ולסדר הציבורי ולפיכך נקבע שהחלטת המפקד הצבאי הייתה סבירה. מדובר באיזון בין כבוד הנפטר וכבוד משפחתו לבין הצורך לקיים סדר וביטחון באזור (לפסיקה בה איזון בית המשפט בין שמירה על ביטחון המדינה לבין הגנה על כבוד האדם וחירותו, ראו ההפניות בבג"ץ 6905/18 נאג"י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, בפסקה 26 לפסק דינה של השופטת י' וילנר (2.12.2018)).

מעניין ברכאת ניתן ללמוד לענייננו, כי גם אם מגולמת בתקנה 133(3) תכלית ביטחונית, הרי שזו תהא מצומצמת לשמירה על הביטחון והסדר "האזורים", להבדיל משקילת שיקולים "ארציים" ו"לבר אזורים" של ביטחון המדינה, כמו שיקולים של עסקאות של החזרת גופות חטופים ושבוים בתמורה לגופות המחבלים, מבלי שקיים קשר ישיר לגופות המחבלים שהמדינה מעוניינת להחזיק כ"אמצעי מיקוח".

תימוכין למסקנה זו ניתן ללמוד מבג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון (29.12.2009). באותו עניין, נדונה השאלה האם בהחלטתו להורות על הגבלת תנועה בכביש כך שתושבי האזור הפלסטיניים אינם מורשים באופן גורף לנוע עליו, פעל המפקד הצבאי בגדרי סמכותו. באותו עניין, לא היה חולק כי שיקולים ביטחוניים הם בליבת הסמכות של המפקד הצבאי (בניגוד לעניינינו לאור תכלית התקנה כפי שנקבעה בדעת הרוב בעתירה). ההלכה הפסוקה הכירה בסמכותו של המפקד הצבאי לסלול כבישים מטעמים ביטחוניים, ובכלל זה כדי להגן על אוכלוסייה אזרחית העושה בהם שימוש וכן בסמכותו של המפקד הצבאי להטיל מגבלות על תנועת כלי רכב. נקבע, כי מגבלות התנועה שהוטלו שמשמעותן איסור מוחלט של תנועת התושבים המוגנים על הכביש אינן יכולות לעמוד:

"לצד השיקולים שעניינם בשמירה על הסדר והביטחון באזור, והבטחת ביטחון התנועה, רשאי המפקד הצבאי לשקול שיקולים הנוגעים לביטחון מדינת ישראל ולהגנה מפני איום ביטחוני שמקורו באזור, המופנה כלפי מטרות בשטח ישראל... לפיכך, היה רשאי המפקד הצבאי להביא במניין שיקוליו את הערכתו כי קיים חשש לחדירת מפגעים לישראל, כתוצאה מתנועת כלי רכב פלסטיניים על הכביש. עם זאת, אין המפקד הצבאי רשאי להביא במניין שיקוליו אינטרסים אחרים של המדינה:

'...שיקוליו של המפקד הצבאי הם בהבטחת האינטרסים הביטחוניים שלו באזור מזה והבטחת האינטרסים של האוכלוסייה האזרחית באזור מזה. אלה כאלה מכוונים כלפי האזור. אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכי הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב" (בפס' 23 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן)

[ההדגשות הוספו]

בדומה, מסקנה פרשנית מרחיקת לכת היא לקבוע שבנושא של קבורת גופות, המפקד הצבאי יהיה מוסמך לשקול שיקולים של מדיניות ביטחונית כללית של המדינה בנושאים רגישים של "עסקאות" בגופות ובחטופים, וכל זאת דרך סמכות כללית שמאפשרת לו לקבוע הוראות לעניין קבורה של גופות, שהיא עניין נקודתי ו"אזורי". בעניינינו, נסמך המפקד הצבאי לצורך החזקת הגופות לצרכי משא ומתן, על התקיימותו של אינטרס "כללי" של ביטחון המדינה, כאשר אין טענה לפיה עצם ההחזרה של הגופות פוגע בביטחון, אלא התכלית הביטחונית הנטענת היא זו של יצירת "קלפי מיקוח" לצורך משא ומתן. כאמור, מדובר בהחזקה של הגופה בדרך של קבורה ארעית להשגת מטרות "חיצוניות" לנסיבות בהן דרך כלל קוברים גופות. כללי המשפט הציבורי אינם מאפשרים

“לפרוץ” את גדרי הסמכות החקיקתיים באופן כזה, וודאי כך כאשר הדבר נעשה תוך פגיעה קשה בזכויות אדם, אף אם לשון התקנה יכולה לכאורה “לסבול” בדוחק פרשנויות אחרות.

18. הנה כי כן, תכליתה של התקנה היא להקנות למפקד הצבאי את הסמכות לתת הוראות במקרים בהם נדרש לפעול באופן דחוף ומיידי לשם שמירה על הסדר הציבורי (או ביטחוןנו במוכן המצומצם לעיל) ובאופן הקשור ישירות לגופה הספציפית. התקנה לא נועדה לשמש מנגנון כללי לקבורת גופות באופן שאינו קבוע (קבורה ארעית) למטרות שאינן קשורות באופן ישיר לגופה הספציפית—אשר ממנה לא נשקפת סכנה מיידיית כאמור— כמו לצרכי “קלפי מיקוח”. המחוקק אינו “מסתיר פילים בחור-לעכברים” (השוו למשפט האמריקאי: *Elephants-in-Mouseholes Doctrine*; *FDA v. Brown & Williamson*; *Utility Air Regulatory Group v. Environmental Protection Agency*, 529 U.S. 120 (2000); *Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120 (2000); *Protection Agency*, 573 U.S. _ (2014)). בדומה, המפקד הצבאי אינו מוסמך להחזיק גופות מחבלים לצרכי משא ומתן ל“עסקאות” חילופין דרך תקנה זו.

19. עובדות המקרה שנדון בדנ”פ 7048/97 פלוניס נ’ שר הביטחון, פ”ד נד(1) 721 (2000) (להלן: עניין קלפי המיקוח) דומות לענייננו. באותו עניין, נדונה השאלה האם ניתן להחזיק במעצר מינהלי אדם שממנו עצמו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, כאשר מטרת המעצר היא שאותו אדם ישמש “קלף מיקוח” במשא ומתן לשחרור שבויים או נעדרים מקרב כוחות הביטחון. ההוראה החקיקתית הרלוונטית הסמיכה את שר הביטחון להורות על מעצר מינהלי של פלוני בהימצא יסוד סביר להניח כי טעמי “בטחון המדינה או בטחון הציבור” מחייבים זאת. הנשיא (בדימוס) א’ ברק, בדעת רוב, קבע כי אין להתחשב בהיבט הלשוני בלבד (שם, בעמ’ 739). נקבע כי הסוגיה המשפטית “לא עלתה לדיון כלל, ולא נבחנה, הלכה למעשה, על-ידי העוסקים במלאכת החקיקה” (שם, בעמ’ 739) ולפיכך התכלית הסובייקטיבית המורכבת מלשון החוק ומההיסטוריה החקיקתית אינה מעלה תמונה חד-משמעית. תכלית החקיקה היא כפולה: שמירה על ביטחון המדינה וביטחון הציבור ושמירה על כבודו וחירותו של הפרט. תכליות אלו מתנגשות באופן חריף ומשכך נדרש איזון. נקבע כי:

“איזון זה מניח – ובעתירה שלפנינו העניין לא עלה כלל – כי ניתן לאפשר – במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון – מעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אך אין להרחיב אפשרות זו לעבר מעצרו של אדם שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה והוא מהווה אך ‘קלף מיקוח.’” (שם, בעמ’ 741)

[ההדגשות הוספו]

הסיבות לכך הן שהפגיעה של מעצר מינהלי (כלומר, בלא משפט ובלא פסק-דין) בחירות ובכבוד של אדם שממנו עצמו אין נשקפת סכנה כאמור היא כה חריפה, עד כי הפרשן אינו רשאי להניח שהחוק נועד להשיג פגיעה קשה זו (שם, בעמ' 741-742). לכן, רק הוראה חקיקתית שתקבע במפורש את תחולת החוק על מי שממנו עצמו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, תוכל להוביל את הפרשן למסקנה אחרת (והוראה זו תהא כפופה לביקורת חוקתית). באותו עניין, הובהר גם כי החזקת בני-אדם כבני ערובה לרבות כ"קלפי מיקוח" היא אסורה לפי המשפט הבינלאומי (שם, בעמ' 742) ותכלית חוק צריכה להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ולהיות בהתאמה איתו. לסיכום, נקבע באותו עניין כי אין סמכות לעצור במעצר מינהלי אדם שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה והוא מהווה אך "קלף מיקוח".

למרות השינויים המחויבים, מסקנה זו יפה אף לענייננו, כפי שקבע השופט

דנציגר (בפס' 25 לחוות דעתו):

"אמת נכון הדבר, כי ההיקש מההלכה שנקבעה בפרשת קלפי המיקוח לענייננו אינו מהלך קל. אין לכחד כי החזקתם של עצירים חיים – החלטה אשר פוגעת בזכות לחירות במובן הגרעיני הצר – נושאת משקל שונה מהחלטה בעניין החזקה של גופות [...] עם זאת, וזהו העיקר לדידי, לא ניתן לחלוק על כך שההלכה שנקבעה ברוב דעות בדיון הנוסף בפרשת קלפי המיקוח, תומכת אף היא באופן מובהק במסקנה כי פעולות מהסוג האמור – כפי המדינה מבקשת לבצע גם במקרה שלפנינו באמצעות המפקד הצבאי – מוכרחות להתבסס על סמכות בחקיקה ראשית ומפורשת, שמיועדת להסדרת הסיטואציה העדינה והמורכבת של החזקת עצירים חיים, כגופות מחבלים, לצרכי משא-ומתן."

כמו כן, הבחנה נוספת היא שבעניין קלפי המיקוח, סמכותו של שר הביטחון לעצור אדם במעצר מינהלי קבועה בסעיף 2 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 אשר קובע במפורש "מטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור", להבדיל מהתקנה בענייננו שאינה קובעת תכליות אלו ואשר אינן ניצבות בבסיס התקנה.

20. ניתן ללמוד לענייננו גם מהצעת חוק המאבק בטרור (תיקון מס' 3), התשע"ח-2018 מיום 21.2.2018, במסגרתה הוסף סעיף 70 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור). סעיף 70 לחוק המאבק בטרור, שכותרתו "צו לעיכוב מסירת גופת מפגע", קובע כדלקמן:

"(א) היה למפקד המחוז חשש סביר כי בשל לווית מפגע תיגרם פגיעה בביטחון הנפש או יבוצע מעשה טרור, או שבמהלך הלוויה יבוצעו הסתר לטרור או גילוי הזדהות עם ארגון טרור או עם מעשה טרור, רשאי הוא, אם סבר כי הדבר דרוש באופן חיוני למניעת הפגיעה או המעשים האמורים וכי לא ניתן למנעם בדרך סבירה אחרת, להורות בצו על עיכוב מסירת גופת המפגע וקיום לוויתו, עד לעמידה בתנאים שנקבעו בצו ההגבלה לעניין לווית המפגע או עד תום 10 ימים מיום שניתן הצו לפי סעיף קטן זה, לפי המוקדם.

(ב) המפקד רשאי להורות על הארכת תקופת תוקפו של צו לעיכוב מסירת גופת מפגע כאמור בסעיף קטן (א), מעת לעת, עד לקיום התנאים שנקבעו בצו ההגבלה לעניין לווית המפגע."

דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון חוק המאבק בטרור הנ"ל פירטו את הרקע לתיקון החקיקתי המוצע: כדי להתמודד עם הפרות סדר חמורות שמתרחשות בלוויות של מחבלים, אשר עלולות להגיע לכדי פגיעה בחיי אדם, התנתה המשטרה תנאים שנועדו להבטיח את שלום הציבור וביטחונו. בהתאם לכך, הוחזקו לעיתים גופות המפגעים שביצעו את מעשי הטרור בידי המשטרה עד לקבלת התחייבות למילוי התנאים. המשטרה התבססה לצורך עיכוב השבת הגופות בעיקר על הסמכות הכללית הקבועה בסעיף 4 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971. בעניין ג'בארין, המשטרה התנתה העברת שלוש גופות מחבלים למשפחותיהם בהסכמתם לתנאים מגבילים שבהם ייערכו הלוויות, לרבות מספר המשתתפים ושעת קיומן. זאת, מטעמי שמירה על הסדר הציבורי. נקבע, כי המשטרה לא הצביעה על מקור סמכות המאפשר לה להחזיק בגופות כתנאי להסכמה על מתווה הלוויות. בית המשפט קבע כי עמדת המשטרה "אינה מתיישבת עם הדרישה להסמכה 'מפורשת' בכל הנוגע לפעולה הפוגעת בזכויות יסוד ... הדברים מקבלים משנה תוקף בשים לב לכך שסעיף 4 לפקודת המשטרה מקנה את הסמכות לכל 'שוטר', וממילא אין מקום להנחה שהמחוקק בחר להקנות סמכות כה רחבה בידיו של כל שוטר". כלומר, לא נמצאה הסמכות לעיכוב השבת הגופות והחזקתן בידי המשטרה משום שנדרשת הסמכה מפורשת כשמדובר בפעולה הפוגעת בזכויות יסוד (כבוד האדם). לכן, סמכות המשטרה מוגבלת רק לקביעת תנאים שנועדו להבטיח את הסדר הציבורי בעת קיום הלוויה.

לאור פסיקה זו ולאור פסה"ד שניתן בעתירה דנן, התיקון לחוק המאבק בטרור הנ"ל הקנה בהוראה חקיקתית מפורשת, סמכות למפקד מחוז במשטרה, לשם שמירה על שלום הציבור וביטחונו, להורות בצו על תנאים לעריכת לוויה של מפגע (צו הגבלה לעניין לווית מפגע) וכן "להורות בצו על עיכוב מסירת גופה מפגע וקיום לווית המפגע, אם היה לו חשש ממשי כי בשל ההסתה לטרור במהלך לווית המפגע, תתרחש פגיעה

חמורה בביטחון הנפש או יתבצע מעשה טרור וכי עיכוב כאמור דרוש באופן חיוני לצורך מניעת הפגיעה או המעשה כאמור ולא ניתן למנעם בדרך סבירה אחרת" (בעמ' 673 לדברי ההסבר לתיקון לחוק המאבק בטרור). מדובר בסמכות ספציפית וייעודית לעיכוב גופה כך שההוראה החקיקתית קובעת את התנאים להפעלת סמכות זו, לרבות את משך הזמן המאפשר את עיכוב הגופה.

21. כמפורט בחוות דעתה של הנשיאה חיות בדיון נוסף זה (שם, בפס' 30-31), אין איסור בדין הבינלאומי על החזקת גופות כבענייננו. הסכמת הכלל בפסק הדין בעתירה הייתה שאין בדין הבינלאומי ההומניטרי או במשפט זכויות האדם הבינלאומי איסור על החזקת גופות בעימות מזוין (ראו: בפסקה 37 לפסק דינו של השופט דנציגר ובפסקה 20 לפסק דינו של השופט הנדל) ולפיכך לא נחזור על דברים שנכתבו בחוות דעתם של חבריי לעניין הדין הבינלאומי החל. חרף היעדרו של איסור כאמור, ראוי להפנות לדברי השופט דנציגר שם כי "פרקטיקה זו זוכה להסתייגות וגלום בה קושי משפטי לא מבוטל" וכי "הדין הבינלאומי מורה במפורש כי האופציה המועדפת היא השבה של הגופות".

ג. מדיניות בעניין החזקת גופות מחבלים בדרך של קבורה ולצרכי משא ומתן מהווה הסדר ראשוני

22. החובה לעגן בחקיקה הסדרים ראשוניים מגבילה הפעלתן של סמכויות סטטוטוריות רחבות. הסדר ראשוני מתווה את העקרונות הכלליים בחקיקה ראשית (ברק-ארז, בעמ' 135; זמיר, בעמ' 215). לפי כלל פרשני זה, אין זה ראוי שרשויות מינהליות יקבעו הסדרים ראשוניים, כלומר הכרעות ערכיות ועקרוניות, רגישות, מורכבות ושנויות במחלוקת ציבורית. הכרעות אלו הן מתפקידה של הכנסת כרשות המחוקקת (ראו: עניין אבו ערפה, בפס' 55-56 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן; בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל, בפס' קכז לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין (27.3.2016) (מתווה הגז שהתקבל בהחלטת הממשלה מהווה "אסדרה של סוגיה מערכתית רב קדקודית רגישה, חשובה ובעלת השלכות אדירות". שם, בפס' קמג. וכן חוות דעתו של השופט נ' סולברג, לפיה "כאשר מדובר בהכרעות ערכיות קשות במיוחד, סוגיות השנויות במחלוקת ציבורית עזה, קיימת הצדקה רבה יותר להקשחת דרישת ההסמכה המפורשת". שם, בפס' 45; פסק הדין בעניין היקף ייצוא הגז הטבעי שהוא משאב מוגבל, שנדון בבג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, בפס' 17-27 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס ("על מנת להפריך את החזקה, יש להצביע על הסמכה של המחוקק המאפשרת לרשות המבצעת לקבוע הסדר ראשוני בנושא מסוים" שם, בפס' 26) וכן בפס' 19-32 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (2.7.2014).

באותו עניין, שלא כמו בענייננו, לא נמצאה פגיעה מסוימת וקונקרטיה בזכויות יסוד מוגנות וכן נקבע כי החלטת הממשלה אינה מיועדת להביא למיצוי מלא של משאב הגז הטבעי תוך שנים ספורות).

הסוגיה בענייננו רחבה ומקיפה מעל ומעבר לסמכות קבורה גרידא. קביעת מדיניות של החזקת גופות מחבלים לצרכי משא ומתן ל"עסקאות" חילופין – קשורה בטבורה להכרעות אתיות-מוסריות וערכיות מהמעלה הראשונה והנמצאות במחלוקת ציבורית ופוליטית. הסדר כה רגיש יש להתיר להסדרה חקיקתית. הסדר ראוי, יהיה הסדר ייעודי ומקיף אשר יאזן בין אינטרסים כמו ביטחון המדינה לבין זכויות האדם הנפגעות. כפי שהוסבר בפס' 14 לעיל, תקנה 133(3) היא כללית ורחבה והיא "שותקת" לגבי כל סוגיה מהותית אפשרית שעולה מהמדיניות שנקבעה בהחלטת הקבינט, למעט הפרטים ה"טכניים" בלבד של מיקום הקבר, מתי תיקבר הגופה וכדומה.

גם אין בענייננו שיקולים כמו דחיפות מיוחדת שמצריכה פעולת בזק בידי הרשות המבצעת. כמו כן, די בחקיקה ברמת הפשטה גבוהה יחסית מכיוון שלא מדובר בנושא מורכב מבחינה "טכנית" או מדעית הדורש רגולציה סבוכה מכוחו או מומחיות מקצועית מיוחדת של רשויות מדינתיות רלוונטיות (השוו: בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל, בפס' 3, 46 ו-51 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (27.3.2016)).

23. כך, למשל, בעניין אבו ערפה נדונה הוראת סעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לפיה "שר הפנים רשאי, לפי שיקול דעתו... (2) לבטל רשיון ישיבה שניתן לפי חוק זה". שר הפנים החליט שהוא רשאי לשלול מתושבי מזרח ירושלים את רישיון ישיבת הקבע שלהם בעילה של הפרת אמונים בהסתמך על לשון הסעיף הכללית והכוללנית "לפי שיקול דעתו". למרות שהחוק העניק במפורש שיקול דעת רחב מאוד לשר הפנים, סעיף 11(א) הנ"ל אינו כולל אמות מידה להפעלת הסמכות הפוגענית לבטל רישיון ישיבת קבע. דעת הרוב קבעה כי נדרש בעניין זה לקבוע הסדר ראשוני בחקיקה. הפגיעה בעניין זה קשה שכן מדובר בשלילת מעמד של תושבות קבע על סמך עילה עמומה של חובת נאמנות, שמעוררת אף קשיים בהיבט של המשפט הבינלאומי (ראו: חוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארד). שלילת מעמדו של אדם במקום לידתו נדרשת בוודאי לחקיקה ראשית מפורשת ומפורטת. נקבע כי

"...ההסמכה הניתנת לשר הפנים לשלול רישיון ישיבה, ובכלל זה רישיון לישיבת קבע, היא כללית ועמומה. הסעיף אינו מפרט, ולו בקווים כלליים, אילו שיקולים רשאי השר לשקול במסגרת סמכותו זו ומהם הטעמים

שבגינם רשאי הוא לשלול רישיון ישיבה, ובכלל זה רישיון לישיבת קבע. למעשה, מדובר בחקיקה סתומה (vague), אשר אינה כוללת הכוונה כלשהי של שיקול הדעת המינהלי...”
(בפס' 54 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן).

דברים אלו כמו נכתבו לענייננו. גם בענייננו, התקנה אינה מכוונית את שיקול הדעת של המפקד הצבאי והיא מעניקה למפקד הצבאי שיקול דעת נרחב מאוד בהסמכה עמומה שכוונה למצבים שונים בעליל. גם כאן, יש לקבוע את ההסדר הראשוני בחקיקה ראשית מפורשת.

24. מכל האמור לעיל עולה כי למפקד הצבאי לא נתונה הסמכות להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לשם החזקתן לצרכי משא ומתן. ממילא, גם לו הייתה נתונה לו סמכות כזו, היא הופעלה באופן שאינו סביר ושאינו מידתי במקרים הקונקרטיים, כפי שיובהר כעת.

על (א') סבירותו ו(א') מידתיותו של ההחלטות בענייננו

25. גם לו הייתי מניח כי למפקד הצבאי יש סמכות להורות על קבורה ארעית במסגרת התקנה – וכאמור אני סבור שאין לו סמכות כזו, הפעלת סמכותו של המפקד הצבאי תיבחן במבחני הסבירות והמידתיות בכל מקרה ומקרה לעניין אופן הפעלת שיקול דעתו, למשל בעניין זכויות הביקור בקבר והשתתפות המשפחה בלוויה. הפעלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי בענייננו אינה עולה בקנה אחד עם מבחני הסבירות והמידתיות כאחד.

26. השופט הנדל קבע בפסק דינו, כדלקמן (בפס' 20 ו-24):

”כאמור, המדיניות שאימצה ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, והחלטותיו הקונקרטיות של המפקד הצבאי, מבוססות על בחינת פרטנית של זהות המחבל ונסיבות האירוע, ואף אינן שוללות באופן אינהרנטי את השתתפות המשפחה בטקס הקבורה. כלל ובצידו חריג. חריג ולצידו בדיקה פרטנית. משכך, ובניגוד מובהק להסדר הרוסי, מדובר בהחלטות מידתיות שאין עילה להתערב בהן.

[...]

לבסוף, החלטות המפקד הצבאי עומדות אף במבחן של נזק מול תועלת. כפי שצינתי לעיל, מדובר בהחלטות שפגיעתן בזכות המתים ומשפחותיהם לכבוד מצומצמת יחסית – ואינה ממוקדת במרכז הזכות. ענייננו בקבורה ארעית במהותה, שאינה מנתקת את זיקתם של בני משפחות המחבלים למתיהם – ואינה מונעת מהם,

בהכרח, לפקוד את הקברים הארעיים, ואף ליטול חלק בקבורה (בכפוף, כמובן, לשיקולי ביטחון רלוונטיים). קבורת המחבלים בצורה ראויה, בהתאם למנהגי דתם, ובאופן המאפשר זיהוי עתידי של גופותיהם, מצמצמת עוד יותר את הפגיעה בכבודם. אשר על כן, באיזון בין פגיעה זו לבין התכליות הביטחוניות המהותיות הניצבות ביסוד המדיניות שמכוחה התקבלו החלטות המפקד הצבאי, הכף נוטה, מן הבחינה העקרונית, לזכות האחרונות.”

[ההדגשות הוספו]

בניגוד לקביעות אלו, הודעה מטעם המדינה מיום 10.8.2018, לעניין פסקה 24

לחות דעתו של השופט הנדל בעתירה, חשפה כי:

”עמדתו המקצועית של מתאם שו”ן, בתמצית, היא כי מניעת ביקורי משפחות מחבלים בקברים הארעיים ומניעת השתתפותם בהליך הקבורה, לעת הזו, נדרשת כחלק ממנופי הלחץ שנועדו לסייע בקידום המאמץ להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה”ל המוחזקים בידי החמאס.

[...]

לפיכך, עמדתו המקצועית של מתאם שו”ן היא כי אין מקום לעת הזו לאפשר למשפחות המחבלים להשתתף בהליך הקבורה או לפקוד את קבריהם הארעיים של המחבלים, בשים לב לניסיונות המתנהלים להשגת הסדר להשבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה”ל כאמור.”

המדינה הוסיפה כי:

”...מניעת אפשרות ממשפחות מחבלים לפקוד את קברי מתייהם 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.”

לפיכך, נכתב בהודעת המדינה, כי שיקולי ביטחון מחייבים למנוע ממשפחות

המחבלים לפקוד את קברי מתייהם או להשתתף בהליך הקבורה.

מכאן עולה, כי הקביעות עליהן התבססה חוות דעתו של חברי השופט הנדל

בעתירה סמכו עצמן על הנחות עובדתיות שגויות, כפי שהודתה המדינה בהליך הדיון הנוסף. בפועל, בני המשפחה לא הורשו להשתתף בלוויות ולא קיבלו זכויות ביקור בקברים לאחר מכן.

27. על המפקד הצבאי להפעיל סמכותו לפי עקרונות הסבירות והמידתיות (ראו, למשל: בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 511-507 (2005) וההפניות שם). כאשר החלטת המפקד הצבאי פוגעת בזכויות אדם, תיקבע מידתיות הפגיעה בהתאם למבחנים המקובלים (ראו, למשל: בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, בפסקה 71 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן ((31.10.2017)).

פועל יוצא של "כלל" גורף ופוגעני של מניעת ההשתתפות בקבורה ומניעת זכויות הביקור מהמשפחות לגבי כל הגופות שהוחלט שהן עולות בגדר החריגים – הוא כי החלטות אלו של המפקד הצבאי נגועות בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות מהותיים. קיומה בפועל של "מדיניות" זו שנקבעה מראש של העדר זכויות ביקור וזכות השתתפות בלוויה מתוך מטרה בלעדית ליצור כלי להפעלת לחץ נוסף, כך שלא תתאפשר בחינה פרטנית בכל מקרה ומקרה האם ניתן לאפשר זכויות השתתפות בלוויה וביקור בקבר למשפחות – מלמדת על הפעלה בלתי תקינה ושרירותית של שיקול הדעת המינהלי (על הסכנה שבפגיעות גורפות, השוו: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, בפסקה 21 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה ((14.5.2006)).

28. שומה עלינו לזכור כי "שיקולי ביטחון" אינם יכולים לשמש מילת קסם, באופן הגובר בכל מקרה על זכויות אדם. יפים לענייננו הדברים הבאים מפי הנשיא (בדימוס) אהרן ברק (אהרן ברק "זכויות אדם וביטחון לאומי" משפטים ל"ח(1) 29, 40 (תשס"ח)):

"לעתים קרובות נתקל בית המשפט בטענה של הרשות המבצעת כי שיקולי הביטחון הם שהביאו לפעולה השלטונית, תוך פנייה לבית המשפט להסתפק בכך. אין להיענות לבקשה זו. "שיקולי ביטחון" אינם מילת קסם, ועל בית המשפט לעמוד על כך כי שיקולי הביטחון יוצגו בפניו. עליו להשתכנע כי אכן שיקולי ביטחון עומדים ביסוד הפעילות נגד הטרור ולא שיקולים אחרים; עליו להשתכנע בכך שבמסגרת אמצעי הביטחון ננקטו האמצעים הפוגעים במידה פחותה בזכויות האדם. אכן, במשפטים הרבים בענייני ביטחון שהתנהלו בבית המשפט העליון שמענו לא פעם את עדויותיהם של בכירי המפקדים הצבאיים. גם ראשי שירותי הביטחון העידו בפנינו. את העתירה כנגד הפעילות הביטחונית דחינו רק אם שוכנענו, באיזון הכולל, כי השיקול הביטחוני הוא הדומיננטי, וכי האמצעי הביטחוני הוא מידתי."

29. לו תישמע דעתי, ייקבע כי אין סמכות למפקד הצבאי להורות על החזקת גופות מחבלים בדרך של קבורה ארעית מכוח תקנה 133(3) לתקנות ההגנה. לפיכך, המפקד הצבאי אינו רשאי להורות על החזקת גופות מחבלים שמהן עצמן לא נשקפת סכנה והן מהוות אך "קלף מיקוח" למדינה בתקווה כי הן תוכלנה לשמש "תמורה" בעסקת חילופי גופות או שבויים.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. כבר יותר מחמש שנים מוחזקות בידי חמאס בשטחה של רצועת עזה גופותיהם של חיילי צה"ל, סגן הדר גולדין וסמ"ר אורון שאול, זיכרונם לברכה, שנפלו במהלך המערכה בקיץ 2014. מאוחר יותר עברו את הגבול לעזה ומוחזקים בה, על-פי הידוע, גם שני אזרחים ישראלים חיים – אברה מנגיסטו, החל בחודש ספטמבר 2014, והישאם אל סייד, החל באפריל 2015. מצב דברים זה הוא קשה מנשוא – למשפחותיהם ולמדינת ישראל כולה. הבדידות הכפויה של הכלואים, אי-הידיעה וחוסר הוודאות האופפים את החיים והמתים גם יחד, כל אלה לא יכולים שלא להרעיד את הנפש, והם אכן מרעידים. תחושה קשה זו ליוותה את הדיון בעתירה, לאורך כל הדרך, ואינה נותנת מנוח.

2. ברור, אם כן, כי השאלה שהונחה לפתחנו איננה האם אנו מעוניינים בתיקונו של מצב דברים זה. כשופטים, השאלה שבה נדרשנו להכריע היא אחרת, צנועה ומצומצמת הרבה יותר: האם בגדרה של החקיקה הקיימת ישנה סמכות להורות על קבורה ארעית של מפגעים לצורך משא ומתן עתידי עם ממשל החמאס בעזה בעניין החזרתם של שבויים ישראלים או של גופותיהם. שאלה זו, שהיא שאלה משפטית מובהקת ומתוחמת בהיקפה, נסבה על פרשנותה של הוראת חוק שנחקקה בשנותיו האחרונות של המנדט הבריטי – תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה), ושעליה הצביעה המדינה כמקור הסמכות היחיד לצורך כך. על-פי תקנה זו, מוסמך המפקד הצבאי להורות על קבורתו של "כל אדם". השאלה היא אפוא האם הסמכות להורות על קבורה כוללת בחובה גם סמכות לעכב החזרתן של גופות לבני משפחותיהם של המתים וכן להורות תחת זאת על קבורה ארעית לצורך משא ומתן עתידי בעניין החזרתם של שבויים ישראלים או של גופותיהם, ועל הוצאת הגופות מהקבר במקרה שזה יצלח?

3. האתגר של מימוש מחויבותה של מדינת ישראל כלפי חייליה ואזרחיה הוא בראש ובראשונה עניין ערכי, רגיש וכואב. עם זאת, מנקודת מבטי, השאלה המשפטית שהעתירה מעוררת מורכבת פחות, ועמדתי בה שונה מזו של חברתי הנשיאה א' חיות. לשיטתי, סמכותו של המפקד הצבאי אינה רחבה כפי שטוענת המדינה, ואין לפרש את תקנה 133(3) לתקנות ההגנה כמשתרעת גם על סמכות לתת הוראות בעניין קבורת גופותיהם של מי שהיו תושבי ישראל או אזורים אחרים הנשלטים על-ידה, במקרה זה אזור יהודה ושומרון, מטעמים הנוגעים למשא ומתן עתידי עם ממשל החמאס בעזה. הוראה מסוג זה חייבת להיות מבוססת, למצער, על הסדר חקיקתי מיוחד וחד-משמעי, המפרט את הכללים החלים על הפעלתו.

4. לצד זאת, אטעים ואומר כבר עתה כי חוות דעתי אף אינה הולכת באופן מלא בתלם שנחרש בדעת הרוב בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, ובהמשך לכך גם לא בזה שבו צועדת חוות דעתו של חברי השופט ג' קרא. כפי שאפרט להלן, לשיטתי, הגופות שחל איסור על החזקתן לצרכי משא ומתן עתידי ללא הסמכה חקיקתית קונקרטית ברורה בדין הישראלי הן רק גופותיהם של מי שהיו תושבי ישראל או תושבי אזור יהודה ושומרון. עם זאת, החזקת גופותיהם של מפגעים שהגיעו לישראל מעזה או ממקומות אחרים שאינם כפופים למשפט הישראלי או לשלטון ישראלי צריכה להיות נדונה על-פי המשפט הבינלאומי, ולכן אינה נדרשת להסמכה קונקרטית כזו. ההסדרה של סוגיה זו בזירה הבינלאומית אינה מלמדת על קיומה של חובה להשיב גופות כאלה באופן חד-צדדי. על כן, ככל שמדובר במי שהיו מפגעים מעזה או ממדינת אויב זרה, ניתן לפעול אף ללא הסמכה מפורשת לכך בדין הישראלי. במובן זה אני סבורה שחוות דעתי משקפת גישת ביניים.

עקרון חוקיות המינהל ודרישת ההסמכה המפורשת

5. נקודת המוצא שעליה נדמה כי אין מחלוקת היא שהתשובה לשאלה שבפנינו נעוצה בעיקרון התשתיתי של המשפט המינהלי, שהוכר בפסיקה מאז ראשית ימיו של בית משפט זה – עקרון חוקיות המינהל. פעולה מינהלית אינה יכולה להיעשות ללא הסמכה, וכבר בראשית דרכו של המשפט הישראלי נדרשה הסמכה "ברורה וחד-משמעית" כאשר מדובר בפעולה אשר מעצם טיבה וטבעה פוגעת בזכויות אדם (ראו: בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד 80 (1949); בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד 399 (1951); בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 353, 360-359 (1983); בג"ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581 (1991); דפנה

ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 97-98 (2010)). למותר לציין כי פעולותיו של המפקד הצבאי באזור, ובכלל אלה ההחלטה שניצבת במרכזו של הליך זה, כפופות לעקרונות היסוד של המשפט הישראלי, ובראשם עקרון חוקיות המינהל (ראו למשל: בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, 538-539 (1989); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 519 (2005) (להלן: עניין חוף עזה)).

6. מאז חקיקתם של חוקי היסוד בשנת 1992 עקרון חוקיות המינהל אף זכה לעיגון נוסף, תוך הדגשה כי ההסמכה הברורה לפעולה הפוגעת בזכויות אף צריכה להיות מפורשת (ראו למשל: עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, נ(4) 136, 149-151 (1996); בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 685-687 (1999); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 762-763 (2004); עע"ם 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פסקה 16 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (24.3.2013); בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקאות 52-54 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (13.9.2017); רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון, פסקה 38 וההפניות שם (5.11.2017)).

7. מכל מקום, ההבחנה בין "מפורשת" לבין "ברורה וחד-משמעית" אינה עומדת במרכז הדיון שבפנינו. זאת, מאחר שתקנות ההגנה הן דבר חקיקה שעמד בתוקפו עובר לחקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכפוף לכך יש לפרש אותן ברוחו של חוק היסוד (ראו: דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, מט(4) 589 (1995) (להלן: הלכת גנימאת)). לכך ניתן להוסיף, כי בענייננו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נדרש במיוחד לצורך הדיון בגופותיהם של מי שהיו תושבי ישראל (מזרח ירושלים, שבה הוחל המשפט הישראלי במלואו. ראו והשוו: עניין חוף עזה, בעמ' 512-513)). זאת, מאחר שההגנה על זכויותיהם של תושבי האזור נבחנה בפסיקתו של בית משפט זה בעיקר מן הפרספקטיבה של מעמדם כ"תושבים מוגנים" לפי דיני התפיסה הלוחמתית והאמנות הרלוונטיות במשפט הבינלאומי, ובראשן אמנת ג'נבה בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1 559 (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית) (ראו: עניין חוף עזה, בעמ' 517 (2005); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492 (2005); בג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית טירא נ' שר הביטחון, פ"ד סג(3) 331, 352 (2009)). אעיר עוד, כבר כאן, כי מטעם זה עמדתו של המשפט הבינלאומי בסוגיה היא לכאורה בעלת משקל רב. אולם, על כך בהמשך.

8. אין מחלוקת כי ההחלטה שהתקבלה פוגעת בזכויות, והמדינה אף לא חלקה על כך שזו חייבת להתבסס על סמכות ספציפית המעוגנת בחקיקה ראשית (פסקה 16 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר בפסק הדין מושא הדיון הנוסף). על כן, עיגונה בהסמכה ברורה וחד-משמעית הוא הכרחי.

9. דבר החקיקה שעליו מבקשת המדינה להתבסס לצורך ההחזקה בגופות לשם ניהול משא ומתן מתייחס לסמכותו של המפקד הצבאי לצוות על קבורה. הא – ותו לא. וכך מורה תקנה 133(3) לתקנות ההגנה:

”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.”

לפי מיטב שיפוטי, ההוראה אינה מקנה למפקד הצבאי כל סמכות נוספת – לבטח לא כזו שמתירה לו להורות על הוצאת גופותיהם של אנשים מקבריהם למטרה זו או אחרת. והנה – ההחלטה שהתקבלה אינה כוללת רק מרכיב של מתן הוראה ביחס לקבורה (למשל, מתי תתבצע, או מי ינכח במהלך ביצועה), אלא גם מרכיב מובנה של הוצאתן של הגופות מן הקבר בסופו של דבר כחלק ממשא ומתן עתידי – לאחר קבורה זמנית. לכך לא מצאתי כל עיגון בנוסחה של התקנה. הסמכה להורות על קבורה – לחוד; הסמכה לקבורה שמוגדרת כזמנית על מנת לטלטל את הגופה בעתיד – לחוד.

10. אני סבורה כי עמדת המדינה חורגת מן העמדה הפרשנית של בית משפט זה ביחס לדרישת ההסמכה שלפיה כגודל הפגיעה – כך גודל ההסמכה הנדרשת. עמדה זו הותוותה, בין היתר, בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008), וחרף חילוקי הדעות שנסבו בו על יישומה באותו מקרה היא הוסיפה להנחות את המשך דרכה של הפסיקה בשנים שחלפו מאז ניתן אותו פסק דין (ראו למשל: בג"ץ 1800/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה, פסקה 7 (7.10.2008); דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, 57-58 (2009); בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פסקה 21 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (2.7.2014)). בשורה של פסקי דין שניתנו בבית משפט זה ביחס למקרים שונים נקבע כי פעולות שפוגעות בפרט אינן יכולות להיעשות ללא הסמכה מפורשת לכך. כך למשל, בבג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים,

פ"ד סד(2) 479 (2010) (להלן: עניין מנאע), שגם חברתי הנשיאה הזכירה, נפסק כי הסמכות לבצע בדיקות במחסומים משטרתיים אינה משתרעת מניה וביה על עיכובם של העוברים במחסומים לצורך גביית חובות מס. לשיטתי, ההסמכה בענייננו אינה מפורשת יותר מזו שהעניקו הסעיפים שנבחנו בעניין מנאע.

11. אחזור ואבהיר: השאלה שהונחה לפתחנו היא שאלה פרשנית. לא התבקשנו להכריע האם המדיניות שאומצה בנושא זה היא ראויה. התבקשנו לבחון האם קיימת סמכות לעשות כן בגדרה של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, וסמכות כזו לא מצאתי. חשוב להזכיר בהקשר זה מושכלות יסוד: צורך בטחוני, גם אם הוא חשוב ביותר, אינו מהווה כשלעצמו מקור סמכות. כך עולה מפסיקתו העקבית של בית משפט זה. בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999) הובהר כי גם חקירות של חשודים בביצוע פעילות טרור אינן מצדיקות שימוש באמצעים פיזיים שאינם מותרים בחקירות אחרות, וכי הדרישה להסמכה חקיקתית חלה גם בהקשר זה (החריג של "פצצה מתקתקת" שאוזכר בפסק הדין לא חל על הנהגת מדיניות של מלכתחילה, אלא נדון כאפשרות להצדקת ההתנהגות בדיעבד. שם, בעמ' 843-845). בפסיקה בעניין "קלפי המיקוח" (עמ"ם 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97 (1997); דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000)) התקבלה בסופו של דבר העמדה לפיה גם בשם המטרה הנעלה של שחרור שבוים והשבת בנים לגבולם, למעשה אותו עניין שעומד בפנינו, לא ניתן לפעול מחוץ למסגרת החוק, דהיינו להחזיק במעצר מינהלי מי שלא נשקפת ממנו סכנה (גם אם החזקתו יכולה להועיל למשא ומתן). אכן, הפגיעה הכרוכה בהחזקת גופות היא מצומצמת יותר מאשר הפגיעה הכרוכה בשלילת חירות מאנשים חיים. אולם, שיקולים חשובים אלה אינם נוגעים להכרעה בשאלת הסמכות.

הרמוניה עם דברי חקיקה ב"סביבה הפרשנית"

12. התפיסה לפיה הסמכות לקבור אדם לא כוללת, מניה וביה, סמכות להחליט על דרך ההחזקה של הגופות או על הקבורה הנמשכת שלהן, אינה רעיון "חדש". למעשה זוהי עמדה משפטית שיש לה עיגון ברור אף בדברי החקיקה הרלוונטיים לתקופה שבה נחקקו תקנות ההגנה.

13. דוגמאות לדברי חקיקה שכאלה הן פקודת בריאות העם, 1940 (להלן: פקודת בריאות העם) והתקנות שהוצאו על-פיה, ובאופן יותר ספציפי – תקנות בריאות העם (קבורה מחדש), 1941 (להלן: תקנות הקבורה מחדש). תקנות אלה שהוצאו מכוחה של

פקודת בריאות העם בסמוך לאחר חקיקתה, נועדו להסדיר את הטיפול בהוצאת גופה מקבר. לפעולה כזו אף נקבע מונח ספציפי ("Reinterment"). דומה אפוא שהמחוקק המנדטורי הבחין הבחין היטב בין מעשה הקבורה (שהוסדר בסעיף 8 לפקודת בריאות העם, וכן בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה) לבין פעולות והחלטות המאוחרות לו, ובכלל זה הוצאה מהקבר (שהוסדרו בתקנות הקבורה מחדש, מכוח חקיקה ראשית שהתייחסה לכך כסוגיה נפרדת – סעיף 9 לפקודת בריאות העם – שהסמיך התקנת תקנות בעניין "הובלת גופות לקבורה, הוצאתן מקברותיהן וקבורתן מחדש"). יצוין כי הוראות אלה אינן בבחינת אות מתה, והן אף זכו לדיון ואכיפה במקרים מתאימים. לא תישכח למשל הפרשה הקשה של קבורת תרזה אנגלוביץ ז"ל, שבה נדונה הדרישה לקבורתה מחדש על-פי הסדר זה (ראו: בג"ץ 637/85 חברה קדישא גחש"א נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מ(3) 785 (1986)).

14. בשונה מכך, תקנה 133(3) לתקנות ההגנה עוסקת רק בקבורה עצמה, ואין יסוד להניח שהיא מקנה למפקד הצבאי סמכות להחליט בעניינים החורגים מכך. בפסק הדין מושא הדיון הנוסף עמד השופט דנציגר בהרחבה על ההיסטוריה החקיקתית של ההסדר שבפנינו, התומכת אף היא במסקנה כי פרשנותה של המדינה זרה לתקנה. אני מבקשת לחזק את מסקנתו, ולהדגיש את העובדה כי עוד בתקופה המנדטורית עמדת המוצא של החקיקה הייתה שקבורת גופה, מצד אחד, והוצאתה מהקבר לצורך קבורתה מחדש, מצד שני, הן פעולות נפרדות המצריכות הסמכות נפרדות. אציין כי במהלך הטיעון בעל-פה הצגתי לבאי-כוח המדינה שאלה באשר לאופן שבו מתיישבת עמדתם עם התקנות האמורות. תשובה לא נתקבלה.

15. למעשה, ההבחנה בין הדרישה להסמכה מפורשת לקבורה לבין הסמכה מפורשת לקבורה זמנית לצורך הוצאה מן הקבר וקבורה מחדש (שלשיטתי אינה קיימת כאן) – היא הבחנה שיש לה שורשים עמוקים בהיסטוריה של החקיקה האנגלית גם מחוץ לישראל. המונחים באנגלית המשמשים לתיאור מצבים של הוצאה מן הקבר או קבורה מחדש הם exhume או reinterment. למעשה, החוק שהסדיר את ענייני הקבורה באנגליה כבר במחצית המאה התשע-עשרה – Burial Act, 1857 – כלל הסדרה נפרדת ומיוחדת ביחס לסוגיה של הוצאת גופה מקבר. לפי סעיף 25 לחוק זה הוצאת גופה מן הקבר היא עבירה, אלא אם כן ניתן לכך אישור (על-ידי הגורמים המפורטים – מטעם הכנסייה או המדינה). מבלי להידרש לפרטיהם של הסדרים אלה, שאינם מענייננו, ניתן לומר כי עולה מהם בפירוש התפיסה כי ההסמכה עבור פעולות שעניינן קבורה ארעית או קבורה מחדש – שונה מזו שנקבעה עבור קבורה "רגילה", קרי כזו שהיא אקט סופי ומוגמר. הדברים אינם טכניים, אלא מעוגנים ברקע התרבותי והדתי של החקיקה, הרואה בקבורה "מנוחה

אחרונה", במקרה הרגיל (להרחבה, ראו: SIDNEY PERLEY, MORTUARY LAW, 109-113 (1896); Steven Gallagher, *Raising the Dead: Exhumation and the Faculty* (2010). (Jurisdiction: Should We Presume To Exhume, 1 WEB JCLI (2010)

16. לכך יש להוסיף כי בשנים הרבות שחלפו מאז הסתיים השלטון המנדטורי בארץ, חוקקה כנסת ישראל דברי חקיקה רבים הנוגעים לאספקטים שונים של מוות וקבורה. בין השאר ניתן למנות כאן את חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 המקנה סמכויות שונות לניתוח גופות למטרות שונות – מדעיות ואחרות, והתקנות שהוסמכו מכוחו שנה לאחר מכן (ראו: תקנות האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ד-1954); חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958, אשר מקנה בין היתר את הסמכות לדחות קבורה לצורך ניתוח של גופה ואף פתיחה של הקבר לשם כך, וכן קובע זכות ערעור על החלטה כאמור (ראו בסעיפים 26 ו-27 לחוק זה); וכן חוק בתי קברות צבאיים, התש"י-1950, אשר קובע בין היתר את הסמכות לקבורת ארעי בתקופת לחימה (סעיף 4א), את הסמכות להעברת גופה שנקברה מבית קברות אחד לאחר (סעיפים 4ב, 4ג ו-6), ואת האיסור על הוצאת גופה מקבר אלא ברישיון (סעיפים 7 ו-10). כן ראו: סעיף 83 לחוק הספנות (ימאים), התשל"ג-1973, המקנה לבעל כלי שיט סמכות, בין היתר, להביא לקבורה גופת איש צוות שנפטר במהלך השיט, ובלבד שתהא "נאותה". להרחבה על החקיקה בנושא קבורה, ראו עוד: בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp, פסקאות 146-148 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (29.10.2008)). לדידי, מדברי חקיקה אלה ניתן ללמוד כי לאורך שנותיו של המשפט הישראלי כולן המחוקק הישראלי התייחס באופן עדין ורגיש להענקת סמכויות שעניינן קבורה. החקיקה בתחום זה מוסדרת ומוגדרת, נתנה דעתה לסיטואציות ספציפיות העשויות להיגזר ממנה והבחינה בין כל אחת ואחת מהן. בהינתן דברים אלה, קשה להלום הסמכה כללית כל כך. לא בתקופה המנדטורית, ולא בשבעים השנים ויותר שחלפו מאז הסתיימה.

העמדה הפרשנית ביחס לתקנות ההגנה

17. בית משפט זה חזר אמנם וקבע כי תקנות ההגנה שנחקקו בתקופת המנדט מוסיפות להיות חלק מן המשפט הישראלי, אך הנחות היסוד של שיטת המשפט הישראלית מחייבות כי פרשנותן תהיה מצמצמת. זאת, בהתחשב בכך שהשיטה המנדטורית הייתה בעלת מאפיינים של שלטון זר קולוניאלי או מעין-קולוניאלי ולא של שלטון דמוקרטי. על כן, גם סמכויות שהוכרו כבעלות תחולה רחבה יחסית בתקופת המנדט הופעלו בזהירות ובמתכונת מצמצמת בתקופה שלאחר הקמת המדינה, ולא כל

שכן ככל שנקפו השנים מאז. עיקרון פרשני זה חזר והודגש בפסיקה בהקשרים שונים – הן באשר לתקנות ההגנה עצמן (ראו בעיקר: בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 628-629 (1989)), והן בכל הנוגע לחקיקה מנדטורית "רגילה" (החל בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953). ראו גם: בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 32 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) חיות ופסקאות 7-10 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (8.10.2017)). הדברים עולים בקנה אחד כמובן גם עם הלכת גנימאת.

18. אני סבורה כי הפרשנות שהמדינה מבקשת ליתן לה תוקף היום חורגת ממסורת פסיקתית זו, ומנקודת המוצא שהנחתה את בית משפט זה עשרות שנים. המדינה לא הצביעה על כך שתקנות ההגנה פורשו או הופעלו בעבר, דהיינו בתקופת המנדט, באופן שאפשר שימוש בהן לצורך החזקה נמשכת בגופות שעל קבורתן הורה המפקד הצבאי. היא אף לא הצביעה על שימוש בפרקטיקה דומה בטריטוריות אחרות שנשלטו על-ידי האימפריה הבריטית באותן שנים, ובכללן מקומות נוספים שבהם התקיימו מאבקים עם האוכלוסיה המקומית.

19. סימני השאלה אף מתחדדים לנוכח העובדה שדווקא בתקופת המנדט הבריטי נהג בארץ-ישראל עונש מוות, שאף מומש מעת לעת, כידוע לנו, גם בהקשרים לאומיים כואבים. בהתאמה, דברי החקיקה באותה תקופה התייחסו לטיפול בגופותיהם של המוצאים להורג – לא אחת מי שלחמו בשלטון הבריטי. הסדרת הטיפול בגופותיהם נעשתה על-פי תקנות בתי הסוהר, משנת 1925, ואלה קבעו הסדר ברור של מסירת הגופה לידי קרובי המשפחה (תקנה 292 לנוסחן המקורי של התקנות. ראו גם: יהושע כספי "בתי-הסוהר בארץ-ישראל בתקופת המנדט הבריטי" קתדרה 32, 141, 171-172 (1984)).

20. אם כן, התוצאה היא שבפנינו מקרה יחידאי של שימוש בתקנות באופן רחב יותר מכפי שנעשה בתקופת המנדט.

21. להשלמת התמונה, יצוין כי אף בפרוטוקול הראשון שנוסף לארבע אמנות ג'נבה Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the 4 Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1125 (U.N.T.S. 3 (1977)), יוחדה התייחסות נפרדת למעשה הקבורה מצד אחד ולמעשה ההוצאה מן הקבר מצד שני. סעיף 34 לפרוטוקול, שכותרתו "שרידים של נפטרים" נחלק ל-4 תתי-סעיפים הנוגעים לפרוצדורות שונות שעניינן קבורת "שרידיהם של בני אדם שמתו מסיבות הקשורות בכיבוש, או במעצר כתוצאה מכיבוש, או ממעשי איבה ושל בני

אדם שאינם בעלי הלאום של המדינה בה מתו כתוצאה ממעשי האיבה". הסעיף הראשון עוסק בחובה כללית לכבד את שרידיהם של בני אדם, אלה, הסעיף השני עניינו במשא ומתן בין צדדים יריבים בשאלה מה יעלה בגורל הגופות והסעיף השלישי נועד להסדיר את המקרים שבהם לא נחתמים הסכמים מעין אלה. למעשה, רק תת-הסעיף האחרון מתייחס באופן נקודתי לפעולה של הוצאת הגופות מקברן, וזו לשונו:

"צד מתקשר שבשטחו מצויים אתרי הקבורה שסעיף זה מתייחס אליהם, יורשה להוציא את השרידים מקברם רק:

(א) בהתאם לפסקאות 2(ג) ו-3(3), או
 (ב) כאשר הוצאה מהקבר היא עניין של הכרח ציבורי עליון, לרבות מקרים של הכרח רפואי או חקירתי, ובמקרה כזה הצד המתקשר יכבד בכל עת את השרידים וייתן הודעה מתאימה לארץ המולדת בדבר כוונתו להוציא את השרידים מהקבר, יחד עם פרטים בדבר המקום המיועד לקבורה מחדש".

22. בהקשר הנוכחי, אינני נדרשת לשאלת סיווגה של הוראה זו, מהיבט ההבחנה בין נורמות מינהגיות לאחרות (ראו והשוו: בג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 548-549 (2006); בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, פ"ד סג(1) 521, 537 (2009)). כוונתי צנועה יותר: להצביע על כך שאף בעולמו של המשפט הבינלאומי יש משמעות להבחנה בין ההסדרה של קבורה שהיא "קבועה" או "חד פעמית", לבין ההסדרה שעניינה קבורה זמנית וקבורה מחדש. ובתמצית – קבורה לחוד, והוצאת גופה מקבר לחוד.

סמכות רחבה ביחס לכל אדם?

23. קושי נוסף בעמדת המדינה, מהיבט של הדרישה להסמכה ברורה וחד משמעית או אף מפורשת, מתחדד לנוכח הלשון הכללית שתקנה 133(3) לתקנות ההגנה נוקטת בה. לכאורה, המפקד הצבאי מוסמך לפעול מכוח הוראה זו בעניינו של "כל אדם". אם פרשנותה של המדינה נכונה, לא נדרש כי האדם שגופתו מוחזקת יהווה סיכון לחיי אדם, לביטחון המדינה או לשלום הציבור. ממילא לא נדרש אפוא שיהא פעיל טרור או חייל בשירות האויב. לכאורה ניתן לומר כי מכוח התקנה האמורה למפקד הצבאי נתונה הסמכות להחזיק גם בגופותיהם של אזרחי המדינה. הלוא תקנה 133(3) לתקנות ההגנה חלה גם בתחומיה של מדינת ישראל, והסמכות הקבועה בה חלה באופן עקרוני גם ביחס אליהם. אכן, לעת הזו, המדינה מעוניינת להפעיל את הסמכות רק בעניינם של מי שזוהו כמחבלים והם אינם אזרחי המדינה. אולם, כל זאת במישור שיקול הדעת. אם תתקבל

עמדתה הפרשנית של המדינה הרי שבמישור העקרוני הסמכות היא רחבה מיני ים, והמשמעות המשפטית של הדברים היא הכרה בסמכות רחבה להחזיק אף בגופות של אזרחי מדינת ישראל במתכונת של קבורה זמנית לצורך משא ומתן עתידי. בעיני, זוהי תוצאה פרשנית קשה (ראו והשוו: בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 277 (2004)).

מהן הנורמות הרלוונטיות מן המשפט הבינלאומי?

24. חלק לא מבוטל מטענותיה של המדינה הוקדש להסדרים מן המשפט הבינלאומי החלים על טיפול בגופות במצבים של עימות מזוין. בהקשר זה, המדינה הצביעה על כך שהמשפט הבינלאומי אינו כולל הוראות המחייבות השבתן של גופות לכוחות האויב, להבדיל מאשר הסדרים שעניינם קבורה נאותה שלהן. חברתי הנשיאה נוטה לעמדה זו בפסק דינה, אך מציינת כי הדיון בדברים הוא בשוליים ולמעלה מן הצורך, מאחר שמכל מקום מכריעה כאן ההסמכה הכלולה בתקנות ההגנה. עמדתי שונה.

25. ראשית, אני סבורה שהמשפט הבינלאומי הכרחי לדיון כאן מאחר שהקשיים העולים ממנו אמורים לאצול על פרשנותה של הסמכות ולשמש שיקול תומך נוסף השוקל כנגד פרשנות מרחיבה של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, וכל זאת על-פי חזקת ההתאמה בין החקיקה הפנימית לבין הנורמות המחייבות של המשפט הבינלאומי. מכוח חזקה זו, יש לפרש את החקיקה הישראלית כך שככל הניתן תעלה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי (ראו: ע"פ 131/67 קמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 112 ו-118 (1968); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 351-353 (2008); ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי, פסקה 27 (15.12.2011); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717, 744 (2013); בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 33 לחוות דעתו של השופט פוגלמן וההפניות שם (22.9.2014)).

26. שנית, לטעמי המדינה לא דקה פורתא בהתייחסותה למשקל שיש לייחס לעובדה שהחלטה חלה גם על תושבים של אזורים הנשלטים על-ידי ישראל, להבדיל מאשר חיילים או לוחמים של ישות זרה. המדינה הזכירה בטענותיה גם את הנורמות הרלוונטיות מאמנת ג'נבה הרביעית למשל, אך עשתה כן אגב סקירה כללית בדבר יחסו של המשפט הבינלאומי לקבורה, מבלי להתמקד במידה מספקת בהבחנה הנדרשת בין מי שהם תושבים "מוגנים" (קרי תושבי השטח המצוי ב"תפיסה לוחמתית" ולא איבדו זכויות בשל פעילות לחימה לפי סעיף 5 לאמנת ג'נבה הרביעית) לבין מי שהם תושביה של מדינת אויב שעמה מתקיים עימות. בני המשפחות המשיבים במסגרת הליך זה לא איבדו זכויות

המוענקות להם מכוח האמנה. הבאת הבחנות אלה בחשבון משפיעה על האיזונים שעליהם מורה המשפט הבינלאומי.

27. עמדתה היא אפוא זו: אכן, ככל שמדובר בגופות של לוחמים של כוח זר עוין, ללא נגיעה לתושבים או אזרחים הכפופים למרותה של מדינת ישראל, העקרונות החלים על השבת גופות מבוססים במידה רבה על היבטים שעניינם סיום פעולות האיבה והדדיות. לפיכך – כפי שהטעמתי בפתח הדברים – היעדרה של הסמכה מפורשת בדין הישראלי אינה מונעת מתן הוראות בעניין קבורתם של תושבי עזה שביצעו מעשי טרור וגופותיהם מוחזקות על-ידי ישראל, בין השאר לצורך ניהול משא ומתן עתידי בעניין השבת גופות או שבויים ונעדרים. אין בפסק דיני דבר כדי למנוע זאת. אולם, שונים הם פני הדברים בכל הנוגע להחזקה הנמשכת של גופות אנשים שהם ובני משפחתם הם תושבי אזור יהודה ושומרון או תושבי ישראל.

28. ככל שמדובר באזור יהודה ושומרון הפנייה למשפט הבינלאומי מחייבת להתייחס בראש ובראשונה לשני מקורות נורמטיביים: התקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 והוכרו כבעלות מעמד מינהגי (Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, Annexed to the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, 187 C.T.S. 227 (1907) (להלן: תקנות האג). ראו: בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאוניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 793 (1983)), ואמנת ג'נבה הרביעית, שכבר נזכרה לעיל, אשר מדינת ישראל מחויבת לכיבוד הוראותיה ההומניטריות בשטחי יהודה ושומרון (ראו: עניין חוף עזה, בעמ' 558-559).

29. ההוראות הרלוונטיות לענייננו הן בעיקר תקנה 46 לתקנות האג וסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית, המתייחסות לתושבי אזור יהודה ושומרון כאל תושבים מוגנים. תקנה 46 לתקנות האג קובעת כי "יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן", וסעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית מוסיף ברוח דומה כי "התושבים המוגנים זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך-ארץ לגופם, לכבודם, לזכויותיהם המשפחתיות, לאמונתם ולפולחנם, לנימוסיהם ולמנהגיהם. היחס אליהם יהא תמיד אנושי" (ראו והשוו: בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 836 (2004); בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844, 868 (2006)). אכן, זכויות אלה כפופות לסייגים שעניינם צורך ביטחוני, וכפי שהטעימה המדינה, סעיף 27 מבהיר כי "בעלי הסכסוך רשאים לנקוט, לגבי מוגנים, אותם אמצעי פיקוח וביטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה". אולם,

נקודת המוצא לענייננו היא שלתושבים מוגנים – והדגש מושם כאן לא במפגעים עצמם אלא בבני משפחותיהם – יש זכויות, ובכלל זה בכל הנוגע למנהגי קבורה ואבל.

30. בהקשר זה מן הראוי להזכיר גם את סעיף 130 לאמנת ג'נבה הרביעית, שהופיע אף הוא כתצהיר התשובה מטעם המדינה. סעיף זה המסדיר את הטיפול בגופותיהם של מי שמתו במהלך מעצרים, קובע כך:

“הרשויות העוצרות ידאגו לכך שהעצירים, שמתו במעצרים, ייקברו בכבוד, ואם אפשר – בהתאם לטקסי דתם, ושקבריהם יכובדו, יישמרו כראוי ויסומנו כדי אפשרות להכירם תמיד. עצירים שמתו, ייקברו איש איש בקברו, חוץ מבמקרה שנסיבות, שאין להימנע מהן, מחייבות קבורת משותפים. מותר לשרוף גוויות רק מטעמי הכרח של שמירת הבריאות או מטעמים שיסודם בדתו של הנפטר או לפי רצונו המפורש. שרפו גופה, תירשם העובדה ויצוינו הטעמים לכך בתעודת המוות של הנפטר. אפרו של הנפטר יושם במשמרת על ידי הרשויות העוצרות, ולבקשת שאר-בשרו הקרוב יועבר אליו בהקדם האפשרי. מיד לאחר שירשו זאת הנסיבות, ולא יאוחר מתום פעולות האיבה, תעביר המעצמה העוצרת, באמצעות לשכות המודיעין המוזכרות בסעיף 136, למעצמות, שהעצירים היו תלויים בהן, את רשימות קברי העצירים שנפטרו. רשימות אלה יכללו את כל הפרטים הדרושים לזיהוי העצירים שנפטרו ולקביעתם המדויקת של קבורותיהם.”

אם כן, אף סעיף זה אינו מסדיר את האפשרות של החזקת גופות לצרכים עתידיים ולהוצאתן מהקבר עבור קבורה מחדש.

31. האם משמעות הדברים היא שהחובה לשמור על זכויותיהם של קרובי המת מחייבת תמיד להשיב גופות של מי שביצעו מעשי טרור לצורך קבורה לפי בחירתם של בני משפחותיהם? התשובה שלילית. דיני התפיסה הלוחמתית מקנים למפקד הצבאי סמכויות נרחבות לשמור על ביטחון האזור. תקנה 43 לתקנות האג אומרת זאת במפורש (“בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך”). אף בסיפא של סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית מצוין כי “בעלי הסכסוך רשאים לנקוט, לגבי מוגנים, אותם אמצעי פיקוח וביטחון שיהיו דרושים כתוצאה מהמלחמה” (ראו והשוו: ע”פ 6659/06 פלוני נ’ מדינת ישראל, סב (4) 329, 361 (2008)). במסגרת סמכויות אלה המפקד הצבאי רשאי להשהות את משך הזמן שחולף עד למסירת הגופה למשפחתו של

המת, להגביל את מקום הקבורה ואת מועדה, וכן להורות מי ינכח בהלוויה לכשתתקיים, תוך צמצום של מספר המשתתפים בה למינימום, אם הנסיבות מחייבות זאת. כל אלה נכללים בסמכותו מכוח המשפט הבינלאומי, וגם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מתירה את הדבר במפורש (ראו: בג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, 6 (1992)). למעשה, בית משפט זה כבר עמד בעבר על החובות שחלות על המדינה בנוגע לקבורה של מחבלים באזור יהודה ושומרון, ועל ההגבלות שהיא רשאית להטיל ביחס לאופן הקבורה ולנוכחים במהלכה, לרבות בנוגע לאנשי ה"צלב האדום", מטעמי ביטחון (ראו: בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002), שנדון בעקבות קרבות באזור יהודה ושומרון, באותה עת בג'נין, והיה מבוסס על ההנחה בדבר תחולת ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה גם על קבורתם של מעורבים בלחימה). לא מיותר לציין כי בכל הנוגע לתושבי ישראל ואזרחיה, ההסמכה בדבר ההגבלות החלות על הסדרי הקבורה, ובכלל זה הוראות בדבר עיכוב במסירת הגופה למשפחה, מוסדרת בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016, בסעיפים 70א ו-70ב לו (שנוספו לחוק בעקבות פסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 5887/17 ג'בארין נ' משטרת ישראל (25.7.2017) (להלן: עניין ג'בארין)), שבחן אף הוא את הדברים מהיבט ההסמכה. ראו: חוק המאבק בטרור (תיקון מס' 3), התשע"ח-2018, ס"ח 292). מנגד, החזקתן של הגופות של תושבי האזור לצרכי משא ומתן בדבר חילופי שבויים עתידיים אינה מעוגנת בהסמכה חקיקתית ברורה, ולמצער מעוררת סימני שאלה.

32. ההבחנה בין העקרונות המשפטיים החלים על עניינם של תושבי רצועת עזה לבין העקרונות המשפטיים החלים בנוגע למי שמתגוררים בשטח הנמצא בשליטתה של מדינת ישראל, לא רק עוברת כחוט השני בפסיקתו של בית משפט זה, אלא משקפת את עמדתה של המדינה עצמה בשורה ארוכה של התדיינויות. בבג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש המחשלה (30.1.2008) (להלן: עניין אלבסיוני), עמדתה של המדינה הייתה כי החובות החלות עליה בשטח זה הן מצומצמות ונגזרות מדיני הלחימה, אך מכלול דיני התפיסה הלוחמתית אינו חל עליה עוד מאחר שהיא נעדרת שליטה אפקטיבית בשטח. בית משפט זה קיבל בעיקרו של דבר את העמדה האמורה. בפסק הדין נכתב, בין השאר, כך:

"מאז חודש ספטמבר 2005, אין עוד לישראל שליטה אפקטיבית בנעשה בשטח רצועת עזה. הממשל הצבאי שהוחל בשטח זה בעבר בוטל בהחלטת הממשלה, וחילים ישראלים אינם שוהים באזור זה באופן קבוע ואף אינם מנהלים את המתרחש בו. בנסיבות אלה, אין מוטלת על מדינת ישראל חובה כללית לדאוג לרווחת תושבי הרצועה ולשמור על הסדר הציבורי בתחומי רצועת עזה, לפי מכלול דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי.

לישראל אין גם יכולת אפקטיבית במעמדה הנוכחי להשליט סדר ולנהל את החיים האזרחיים ברצועת עזה. בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל" (שם, בפסקה 15).

33. אני סבורה שעמדה זו, אשר שבה ואושררה בשורה של פסקי דין נוספים (ראו: בג"ץ 5693/18 ציאם נ' ראש הממשלה, פסקה 16 (26.8.2018) (להלן: עניין ציאם); בג"ץ 3003/18 יש דין מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פסקה 51 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (24.5.2018) (להלן: עניין יש דין)), חייבת להיות מיושמת גם במקרה דנן.

34. אני מבקשת להבהיר: עיניי לא טחו מלראות כי לארגון חמאס השולט ברצועת עזה מאז שנת 2007, ישנם פעילים גם באזור יהודה ושומרון, וכי למצער חלק מן הגופות שבהן עוסק דיון זה שייכות למי שהיו מזוהים עמו ואף פעלו בשמו (ראו: עניין יש דין, פסקה 1 לחוות דעתה של הנשיאה חיות). עם זאת, עדיין יש משמעות משפטית להבחנה בין ההסדרים המשפטיים השונים ביחס לרצועת עזה, מחד גיסא, ולאזור יהודה ושומרון, מאידך גיסא. מן הטעם הזה, החזקתם במעצר של מפגעים הנמנים עם כוחות עוינים ברצועת עזה מבוססת על חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 (להלן: חוק לוחמים בלתי חוקיים). לעומת זאת, כאשר תושבי אזור יהודה ושומרון, או תושבי ישראל, לפי העניין, מוחזקים במעצר שאינו פלילי מעצר זה יכול להיעשות בגדרם של דיני המעצרים המינהליים בלבד (לפי תקנות ההגנה או חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979). זאת, גם אם האידאולוגיה שבה הם מחזיקים אינה שונה מזו של חברי הארגון בעזה. הוא הדין גם בכל הנוגע לאפשרות להחזיק בגופותיהם לאחר מותם. אם כן, הדין החל ביחס לנעשה ברצועת עזה וחובותיה של ישראל כלפי תושביה של רצועת עזה אינם זהים לאלה שחלים בישראל או באזור. בהתאמה, פעולות שהמשפט הבינלאומי אינו אוסר ביחס לעזה – אינן בהכרח מותרות באזור יהודה ושומרון, או בישראל גופה. זאת, גם כאשר עסקינן בשלילת חירות של אנשים חיים, וגם כאשר מדובר בהגבלות הנוגעות לקבורתם של מתים.

מה ניתן ללמוד מן המקרים שבהם נעשה בעבר שימוש בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה

35. המדינה טענה כי החזקת גופות לצורך ניהול משא ומתן עתידי היא פרקטיקה שהיועץ המשפטי לממשלה נתן לה גושפנקה, ולמעשה אף בית המשפט לא הסתייג ממנה במישרין (בעתירות שהוגשו בעבר ובהן התבקשה המדינה להגיב, אך בסופו של דבר נמחקו). אף חברתי הנשיאה מתייחסת לכך.

36. אני סבורה שלא ניתן ללמוד מן המקרים שעליהם הצביעה המדינה, ושבמרכזם עמדה חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה שניתנה לפני השינוי במעמדה של רצועת עזה, אך בסופו של דבר לא הוכרעו לגופם בבית משפט זה מאחר שהטיפול בהם הסתיים עם השבת הגופות לידי העותרים (ראו: בג"ץ 4118/07 חנבלי נ' מדינת ישראל (30.8.2015) והעתירות הנוספות הנזכרות בה). מתינות שיפוטית שהתבטאה בהימנעות מהכרעה בנסיבות שבהן זו התייתרה, אינה מלמדת כשלעצמה על דבר, ואף מסוכן להניח כי כך יהא בכל מקרה שבו בית המשפט אינו פוסק לגוף הדברים. למותר לציין, כי אין צריך לומר שחוות דעת שניתנו בעבר על-ידי היועץ המשפטי לממשלה אינן מחייבות כשלעצמן את בית המשפט הזה, הגם שמטבע הדברים אנו נדרשים להן ומתייחסים אליהן בכבוד המתחייב לצורך גיבוש עמדתנו. זאת ועוד: ניתן להתרשם כי הנסיבות שנבחנו בחוות הדעת לא היו בהכרח זהות לאלה שבפנינו – ובכלל זה ההבחנה בין טריטוריה הנשלטת בידי ישראל לבין המצב הנוכחי השורר ברצועת עזה הנמצאת תחת שלטון החמאס, ואינה מהווה חלק מאותה טריטוריה הנשלטת על-ידי המפקד הצבאי (כך, בפסיקה שקדמה ליציאת ישראל מעזה שבה הנחת המוצא הייתה כי יהודה, שומרון ועזה הן טריטוריה אחת. ראו: בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002). לעומת זאת, הפסיקה המאוחרת הבחינה בבירור בין שני האזורים, ראו: עניין ציאם; בג"ץ 2777/18 כרנו נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה (16.4.2018)). הבחנה זו היא העומדת ביסוד חוות דעתי.

החובה המוסרית להשיב שבויים ונעדרים

37. לא ניתן להתעלם מהשאלה העיקרית שמטילה את צלה המתמיד על הדיון – ומה בדבר גורלם של שבויים ונעדרים ישראלים בעזה? האם מדינת ישראל אינה מחויבת לעשות הכול למען השבתם הביתה? ויש המוסיפים: האין משמעות לכך שהפגיעה הנמשכת הכרוכה בהחזקתם של שבויים ונעדרים בידי שלטון חמאס מבלי שלמשפחותיהם יש כל ידיעה באשר לגורלם אינה חמורה מן הפגיעה הכרוכה באי-השבת הגופות שבידי מדינת ישראל? אין ספק שהצגת השאלות מזעזעת את הלב, שלא לומר את אמות הספים. היא אף זוכה, כשלעצמה, להסכמה בינלאומית רחבה, כפי שעולה

מהחלטתה של מועצת הביטחון מחודש יוני 2019 (S/Res/2474 (2019) 11 June 2019).

38. חשוב להזכיר, כפי שצוין בפתח הדברים, כי השאלה שעליה נדרשנו להשיב לא הייתה האם יש נסיבות שבהן תוכל המדינה להימנע מהשבת גופות במטרה לסייע בהשבת שבויים ונעדרים. השאלה המשפטית שהוצגה לנו הייתה שונה וצרה בהרבה: האם תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מאפשרת זאת, ללא כל מגבלות למעשה (לרבות בעניינם של אזרחים, בהתאם לרציונל הפרשני שלו טענה המדינה), או שמא – ככל שהמדינה מבקשת ללכת בדרך זו – עליה למצער ליזום חקיקה מפורשת שתסדיר את הנושא באופן מפורט ומדוקדק. דעת הרוב בפסק הדין מושא הדיון הנוסף השעתה את מועד תחילת תוקפו בששה חודשים על מנת לאפשר ליזום חקיקה מתאימה, ככל שיהיה עניין בכך. המדינה בחרה להגיש בקשה לדיון נוסף בפסק הדין ולא ללכת בדרך החקיקה. אכן, אם קיימת חקיקה מסמיכה אין צורך ליזום הליך חקיקה. אולם, כאשר מביאים בחשבון את השלכות הרוחב האפשריות של הכרה בסמכות במקרה דנן, ללא חקיקה שעומדת בדרישות ההסמכה כפי שזו פורשה עד כה, ניתן להצטער על כך.

39. הניסיון המצטבר מההתדיינות שנסבה בעבר על החזקת אזרחים של מדינת אויב או ישות עוינת זרה אחרת לצורך ניהול משא ומתן להחזרת שבויים ונעדרים, כמו גם זה של החקיקה שבאה בעקבותיה, מלמד על היתרונות המובהקים של חקיקה מדויקת בנושאים רגישים מסוג זה. חקיקת חוק לוחמים בלתי חוקיים בעקבות פרשת "קלפי המיקוח" לא הייתה לשווא, ואף לא "ביטלה" את הפסיקה בעניין. כאשר הכנסת נדרשה לנושא כליאתם של מי שמוחזקים בידי המדינה היא הבחינה הבחן היטב בין מי שהם לוחמים בלתי חוקיים לבין מי שאינם כאלה – הבחנה שלא בא זכרה בהחלטה המקורית להחזיק במעצר את אלה כמו גם את אלה. אם כן, דווקא ניסיון העבר מלמד כי יש ערך רב בחקיקה מדויקת שתסדיר את הנושא – תוך שמירה על הבחנות רלוונטיות.

40. חקיקה בנושא שבפנינו הייתה יכולה לתת מענה לשאלות חשובות נוספות. כך למשל, המדינה הדגישה בעמדתה כי היא מבקשת להשאיר בצריך עיון את השאלה של החזקה בגופותיהם של מפגעים לצרכי הרתעה, להבדיל מאשר לצורך ניהול משא ומתן לשחרור שבויים ונעדרים. לא ניתן לקבל גם עמדה זו. פרשנותה של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה היא שאלה עקרונית, שאינה תלויה בנסיבות היום והשעה. פרשנותה של תקנה 133(3) עומדת כיום בפנינו, ואני סבורה שעלינו להכריע בה בכללותה (במישור הסמכות, להבדיל מאשר במישור שיקול הדעת). אין מדובר בשאלות נפרדות, אלא בקביעת תחום פריסתה של הוראת חוק זו. כפי שהסברתי, לשיטתי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה אינה

מאפשרת כלל להחזיק בגופותיהם של מחבלים לאורך זמן – לא לצורכי הרתעה ולא לצרכים אחרים. מכל מקום, חקיקה הייתה מסלקת את העמימות גם בעניין זה. תועלת נוספת הגלומה בהליך חקיקה הוא היותו מסגרת מתאימה לבחינתה של שאלת האפקטיביות של החזקת של גופות לצורך קידום התכלית הראויה של השבת בנים לגבולם. בזהירות המתחייבת יש לומר כי שאלה זו כלל לא נדונה על-ידינו. מכל מקום: המחויבות המוסרית של מדינת ישראל לחייליה ואזרחיה אינה יכולה להיות תחליף להסדרה חוקית נאותה של סוגיות רגישות.

41. אני סבורה אפוא שטוב היינו עושים לו היינו מאפשרים למדינה לחזור ולשקול אם יש בדעתה לחוקק חקיקה מתוחמת בנושא, באופן שעומד בדרישותיו של עקרון חוקיות המינהל, כמו גם בהבחנות הרלוונטיות לפי המשפט הבינלאומי והמשפט הפנימי. אין צריך לומר שאינני נוקטת כל עמדה לגוף הדברים ככל שתונהג יוזמה חקיקתית כזו. במובן זה אני סבורה שדין העתירה לדיון נוסף להידחות בעיקרה, בכפוף לסיוג פסק הדין מושא הבקשה כך שלא תימנע החזקת גופותיהם של מחבלים שהיו תושבי עזה, מדינת אויב או ישות זרה אחרת, גם שלא מכוח חקיקה ספציפית.

42. למעשה, בחירתה של המדינה שלא ללכת בדרך החקיקה, אלא לעמוד על כך שהתקנה הקיימת היום היא שמאפשרת את החזקת גופות המחבלים, מציבה את בית משפט זה, שלא בטובתו, בין המצרים. אימוץ הפרשנות הרחבה שבה מצדדת המדינה עלול להיות בעל השלכות תקדימיות לא רצויות למקרים אחרים. לעומת זאת, דחיית פרשנות זו עלולה להתפרש, שלא בצדק, כניכור כלפי המאמץ הלאומי החשוב של השבת בנים לגבולם.

43. ועוד יש לומר: לאורך השנים הובעו גם בבית משפט זה וגם מחוצה לו עמדות שונות בכל הנוגע להיקף הראוי של ביקורת שיפוטית בכל הנוגע לביקורת סבירותו של שיקול הדעת המינהלי. אולם, תוך הפרדה ברורה ממחלוקת זו, מאז קום המדינה נשמרה תמימות הדעים ביחס לחשיבות הנודעת לקיומה של הסמכה ברורה וחד-משמעית לצורך פגיעה בזכויות, וזאת אף בגדרו של מה שמכונה "פורמליזם משפטי", ואולי במיוחד בגדרו. בעיצומה של מלחמת העצמאות ניתן פסק דין שקיבל עתירה נגד החזקתו של אדם במעצר מינהלי, מטעמים פורמליים הנוגעים למילוי תנאי הסמכות להורות על מעצר כזה, ובאופן יותר ספציפי קיומה של ועדה מייעצת הפועלת לצדו של נותן הצו (בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב 5 (1948)). מבלי לגרוע מן האתגרים הביטחוניים שעמם מתמודדת המדינה כעת, דומה שקשה להעלות על הדעת תקופה קשה יותר מימי הבראשית של המדינה. אולם, כבר אז הקפיד בית משפט זה בקלה כבחמורה, בכל הנוגע

להגבלתן של החלטות ביטחוניות לדל"ת אמות החקיקה, מתוך גישה פרשנית קפדנית. זו הדרך שבה שומה עלינו ללכת.

אחר הדברים האלה

44. בשלב זה, לאחר שנשלמה כתיבת הדברים, עיינתי בהתייחסותם של חבריי לחוות דעתי וסברתי כי זו מחייבת מספר הערות.

45. תחילה אדרש לעמדתו של חברי השופט נ' סולברג, הסבור כי מן העיקרון הגורס שהשלם כולל גם את חלקיו ניתן ללמוד שהסמכות להורות על קבורת קבע כוללת בחובה אף את הסמכות להורות על קבורת ארעי. אכן, לעתים מהלך פרשני יוביל למסקנה שהסמכות לפעול בדרך מסוימת כוללת בתוכה אף חלופה מקלה יותר (ראו והשוו לחוות דעתי בבג"ץ 6301/18 פוזננסקי כץ נ' שרת המשפטים (27.12.2018), שעליה חלקו בעניין זה חברי השופטים פוגלמן וסולברג). אולם, בענייננו, הדברים אינם קל וחומר, אלא להיפך: חומר וקל. האם מההכרה במוסד האימוץ ניתן להסיק בהכרח הכרה אף באימוץ לתקופה קצובה? דומה שהתשובה השלילית לכך מובנת מאליה.

46. בהמשך לכך, בהתייחס לדבריו של חברי השופט נ' הנדל, אבהיר כי חוות דעתי לא התבססה על כלל ההסדרים הראשוניים וממילא לא על הציפייה כי תקנה 133(ג) לתקנות ההגנה תכלול התייחסות קונקרטית לכל המצבים שבהם ניתן יהיה לעשות מכוחה שימוש. כשלעצמי, די היה לי בעקרון חוקיות המינהל ה"קלאסי", המחייב הסמכה ברורה ומפורשת להוצאה מהקבר, שהיא פעולה פוגענית ומובחנת מקבורה. אני אף חוששת כי משלא התקבלה דעתי, תקנה 133(3) עלולה להיחשב מקור סמכות אף ביחס לאזרחי ישראל, ככל שמדובר במי שיוגדרו כמפגעים.

47. כמו כן, על רקע ההפניות השונות שהובאו מעולמו של המשפט העברי, אבקש לחזור ולהזכיר את עמדת המוצא שלו לפיה אין מפנים את המת ואת העצמות מקבר לקבר, ואף לא "מבזוי למכובד" (ירושלמי, מסכת מועד קטן, פרק ב' הלכה ד'). אכן, לעיקרון זה נקבעו חריגים, ואינני עוסקת בו לגופו. אולם, יש בו כדי ללמד כי הסוגיה של הוצאה מן הקבר היא עניין המצריך התייחסות נפרדת, וכי ההנחה שהסמכות להורות על קבורת ארעי "נבלעת" בתוך הסמכות שעניינה קבורת עולמים אינה מובנת מאליה.

48. אסיים בהדגשה: מנקודת מבטי ההקפדה על דרישת הסמכות לא צריכה להיבחן רק מהיבטם של הנוגעים בדבר במקרה זה. היא חיונית למשפט הישראלי, ועוד יותר מכך

מבחינתה של החברה הישראלית כולה. יידעו אזרחי המדינה, תושביה וכל הבאים בשעריה, כי הפגיעה בזכויותיהם, כאשר תידרש, תיעשה רק על-פי חקיקה הכוללת הסמכה חד-משמעית הקובעת את התנאים לשימוש בה.

סוף דבר

49. מסקנתי היא אפוא זו: קול דמם של חיילינו אכן זועק מן האדמה, וקול השבויים והנעדרים זועק מבית כלאם. אולם, הקונפליקט בין אלה לבין שלטון החוק הוא מדומה. אין צורך לאמץ פרשנות מרחיבה ותקדימית ביחס לדברי חקיקה נושנים, אלא לפעול באופן ישיר להסדרה חקיקתית מתאימה ומידתית של הסוגיה שבפנינו, ככל שהדבר דרוש.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

במחלוקת שנפלה בין חברי, אני מצטרף לדעתה של חברתי הנשיאה א' חיות. אנמק את דעתי בקצרה על מנת לפשט את הנושא ואת נקודות המחלוקת.

1. תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה) קובעת כלהלן:

(3) 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.

דומה כי על כל חברי מקובלות הנקודות הבאות:

א. השאלה נשוא הדיון הנוסף היא אחת בלבד: האם התקנה מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לשם החזקתן לצרכי משא-ומתן. השאלה היא של סמכות בלבד ולא של שיקול דעת, ובמסגרת זו איננו נדרשים לבחון את סבירותה או תבונתה של המדיניות הנוגעת להחזרת גופות מחבלים.

ב. מעמדן של תקנות ההגנה הוא כשל חקיקה ראשית והן חלות גם בתחומי מדינת ישראל.

ג. איננו מהרהרים אחר עקרון חוקיות המינהל ודרישת ההסמכה המפורשת, ואיננו מהרהרים אחר העיקרון לפיו ההסמכה לפעולה הפוגעת בזכויות אדם צריכה להיות מפורשת, וכגודל הפגיעה – כך "גודל" ההסמכה הנדרשת.

2. על רקע נקודות מוצא אלה, נחזור ונעיין בתקנה 133(3) שאותה ניתן לתמצת במשפט אחד: למפקד הצבאי יש סמכות להורות על קבורה של אדם. סתם מתקין התקנות ולא פירש לאיזו מטרה ניתנה הסמכות, ומכאן המחלוקת שנתגלעה בין חברי ההרכב.

לדידי, אין רבותא בכך שהמחוקק המנדטורי לא פירט את המטרות. גם המחוקק בישראל, בוודאי בעבר הרחוק, לא הצהיר בכל חוק וחוק על מטרת החוק. ניקח לדוגמה את סמכות החנינה בחוק יסוד: נשיא המדינה. חוק יסוד זה נחקק בשנת 1964, וסעיף 11(ב) לחוק היסוד קובע כי "לנשיא המדינה נתונה הסמכות לחון עבריינים ולהקל בעונשים על ידי הפחתתם או המרתם". אין ספק שהכנסת, בכובעה כרשות מכוונת, התכוונה ליתן לנשיא סמכות לחון עבריינים בשל שיקולים הקשורים לעברייני עצמו, כמו שיקומו של העברייני או נסיבות אישיות מיוחדות. והנה, סמכות החנינה של הנשיא משמשת בימינו לחנינות המוניות-קולקטיביות במסגרת עסקאות שחרור מחבלים, דוגמת העסקה לשחרור החייל גלעד שליט. הכנסת, כרשות מכוונת, לא העלתה על דעתה כי החל מתחילת שנות התשעים, כשלושים שנה לאחר חקיקת חוק יסוד: נשיא המדינה, מדינת ישראל תתחיל לבצע עסקאות חילופי שבויים ונעדרים עם ארגוני אויב, וכי סמכות החנינה תשמש גם לשם כך. זאת, על אף ששחרור מחבלים רוצחים, פוגע במשפחות הנרצחים, שמא גם בכבודן. לפנינו דוגמה, בנושא הקרוב עד מאוד לענייננו, למטרה שהמחוקק לא צפה ולא פירט בחוק המסמיק.

3. מטרות החקיקה יכולות אפוא להשתנות על פי תנאי הזמן והמקום. כך לגבי חידושים טכנולוגיים ורפואיים שהחקיקה לא חזתה או טרם הסדירה, וכך גם לגבי מצבים שהמחוקק המנדטורי לא צפה. לכן, איני רואה כל רבותא בכך שהמחוקק המנדטורי לא נתן את דעתו לסיטואציה הקשורה להחזקה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא-ומתן.

כל שאמר לנו המחוקק המנדטורי הוא דבר אחד בלבד – למפקד הצבאי יש סמכות להורות על קבורת אדם. סמכות זו יכולה להיות מופעלת למטרות שונות ובמצבים שונים: כאשר הגופה אינה מזוהה; כאשר קרוביו של המת אינם מבקשים את הגופה בשל סיבות שונות; כאשר מסירת הגופה עלולה להביא להלוויה המונית תוך הפרות סדר, הסתה וגילויי האדרה והזדהות עם מעשיו הנפשעים של המת; כאשר המת נגוע במחלה מידבקת קשה שעלולה לגרום להתפרצות מחלות בקרב האוכלוסייה המוגנת; כאשר קבורת המת בקרב בני קהילתו עלולה להפוך את קברו למוקד עלייה לרגל על כל הכרוך בכך (אזכיר את אסאמה בן לאדן שגופתו הושלכה ללב ים); וכאשר הגופה נדרשת לצורך משא-ומתן על חילופי שבויים והחזרת גופות.

העובדה שהמחוקק המנדטורי לא מנה ולא פירט כמו כהן גדול ביום הכיפורים "אחת ואחת, אחת ושתיים, אחת ושלוש" את כל המטרות האפשריות, אין בה כדי לגרוע מהסמכות. כפי שהמחוקק המנדטורי לא מצא לפרט את המטרה של קבורה למניעת הפרות סדר במהלך הקבורה, כך לא מצא לפרט קבורה למטרה של חילופי שבויים והחזרת גופות. ודוק: קיומה של סמכות אינו מכשיר בהכרח את הפעלתה לכל מטרה ומטרה. הדברים צריכים להיבחן לגופם, תוך איזון אל מול הפגיעה בכבוד המת ומשפחתו וברוח חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה משנת 2004.

4. החשוב לענייננו הוא, שסמכותו של המפקד הצבאי צריכה להיות מופעלת למטרות שהן בסביבת "השדה המגנטי" של תקנות ההגנה, שהיא בגדר חקיקת חירום ביטחונית-צבאית. תקנות ההגנה נועדו לשמור על ביטחון המדינה, שלום הציבור והסדר הציבורי, והן כוללות "סמכויות אכיפה נרחבות וכלים מגוונים, מינהליים ועונשיים, למאבק בטרור על כל סוגיו..." (בג"ץ 3037/14 אבו ספא נ' משרד הפנים, פסקה 10 (7.6.2015)).

אין חולק שעסקת חילופי שבויים והחזרת גופות נופלת עמוק בתוך השדה המגנטי של ביטחון המדינה. מטעם זה, יש לאבחן את פסקי הדין בעניין ג'בארין ומנאע מענייננו (בג"ץ 5887/17 ג'בארין נ' משרתת ישראל (25.7.2017)); בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פ"ד סד(2) 479 (2010)). בעניין ג'בארין הגיע בית המשפט למסקנה כי הסמכות הכללית הנתונה למשטרה "בקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש" אינו מאפשר לה להחזיק בגופות מחבלים. אלא שהמרחק בין אמירה כללית בדבר "הסדר הציבורי" לבין החזקת גופות מחבלים על ידי המשטרה, אינו כמרחק שבין הוראה מפורשת וקונקרטית בנושא קבורה – כאמור בסעיף 133(3) לתקנות ההגנה – לקבורת גופות מחבלים. לכן, אין להקיש מעניין ג'בארין לענייננו, ובכלל, אם מקישים מעניין ג'בארין

לענייננו, יוצא כי למפקד הצבאי אין סמכות להורות על קבורה גם לשם שמירה על הסדר הציבורי, ותוצאה זו קשה להלום. לא למותר לציין כי גם בעניין ג'בארין, הדגש היה על הסמכות לא למסור את הגופות, להבדיל מסמכות המשטרה "להבטיח שההלוויות עצמן תערכנה תוך שמירה על הסדר הציבורי ולשם מניעת הפרות סדר ואלימות".

בדומה, גם עניין מנאע אינו יפה לענייננו. יש מרחק רב בין הסמכות להציב מחסומים לצרכי ביטחון וסדר ציבורי, לבין השימוש במחסום לשם גביית מיסים. לעומת זאת, אין כל מרחק בין הסמכות להורות על קבורה מטעמי ביטחון וסדר ציבורי לבין השימוש בסמכות זו כדי להורות על קבורה מטעמי ביטחון מובהקים כמו החזרת שבויים ונעדרים. לכן גם לא ניתן להקיש מעניין מנאע לענייננו.

5. תקנה 133(3) מקנה למפקד הצבאי קשת רחבה של סמכויות הנוגעות לקבורה, מבלי להבחין בין קבורת קבע לקבורת ארעי. חבריי, השופט ג' קרא והשופטת ברק-ארוז, העלו את הסוגיה של סמכות המפקד הצבאי להוצאת גופה. לדעתי, שאלה זו אינה צריכה להטרידנו. ככלל, הנחת המוצא היא שקבורה של חללי אויב היא ארעית מטבעה. מכל מקום, נניח שהמפקד הצבאי עושה שימוש בסמכותו לקבור אדם, מאחר שאותו אדם אינו מזהה. כעבור שנה מתבררת זהותו של אותו אדם ומשפחתו מבקשת את גופתו. פשיטא כי למפקד הצבאי סמכות להורות על הוצאת הגופה לשם החזרתה, מאחר שמדובר באקט נלווה לסמכות, אקט מיטיב, שאינו פוגע בזכויות אדם. על דרך ההיקש, הסמכות להיכנס לחצרים או לתפוס חפץ, כוללת מיניה וביה את הסמכות הנלווית לצאת מהחצרים או להחזיר את התפוס, שהרי פעולות אלה אינן פוגעות בזכויות אלא מיטיבות עם מי שנכנסו לחצרו או תפסו את חפציו. בדומה, גם הסמכות להורות על קבורת אדם משמיעה מיניה וביה את הסמכות להורות על הוצאת גופתו על מנת להחזירה למשפחתו.

6. בנקודה זו אנו מגיעים לטענה לפיה נוכח הפגיעה בזכות אדם, ההסמכה להורות על קבורה לשם משא-ומתן עתידי צריכה להיות מפורשת.

כבוד המת נגזר מהזכות החוקתית לכבוד. אי החזרת גופה פוגעת בכבוד המת עצמו, מאחר שאנו מניחים כי בחייו הוא היה מעוניין להיקבר בחיק קהילתו ומשפחתו. אי מילוי רצונו המשוער של המת הוא פגיעה בכבודו, ומסיבה זו, בדיני ירושה וצוואה, אנו מצווים לקיים את דברי המת ולרדת לאומד דעתו. אי החזרת גופה פוגעת גם בכבוד משפחת המת, נוכח הפגיעה בזכות המשפחה להתייחדות על קברו של המת ולהתרפקות על זכרו. אולם ליבת הזכות לכבוד של המת היא הקבורה בכבוד, שכוללת את האיסור

להלין את גופתו והחובה לדאוג לכך שהגופה לא תהא "כְּדָמָן עַל פְּנֵי הַשָּׂדֶה וּכְעָמִיר מֵאַתְרֵי הַקְּצֵר וְאֵין מְאֻסָּף" (ירמיהו ט, כא) (וראו בג"ץ 6167/09 אבני נ' מדינת ישראל (18.11.2009), שם נדחתה בקשת העותר כי אחרי מותו לא ייקבר אלא גופתו תינתן למאכל חיות). אני מסכים אפוא עם דברי חברי, השופט הנדל, בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, כי זכותם של בני המשפחה לקבוע את אופן הטיפול במת ולהתייחד עם זכרו במקום קבורתו היא במדרג נמוך יותר (שס, פסקה 12). מאחר שהפגיעה בזכות לכבוד המת, שהיא נגזרת מהזכות החוקתית לכבוד, אינה בליבת הזכות, איני סבור כי ההסמכה צריכה להיות מפורשת.

פסק דין בנושא קרוב עד מאוד לענייננו הוא עניין קלפי המיקוח (דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000)), שם נקבע כי הסמכות של שר הביטחון לעצור אדם "מטעמי בטחון המדינה או ביטחון הציבור", אינה כוללת מעצר כקלף מיקוח. ברם, אין להשוות את הפגיעה בליבת הזכות החוקתית לחירות של עצירים חיים, לפגיעה שלא בליבת הזכות לכבוד המת, הנובעת מהחזקת גופה.

7. בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, חברי, השופט הנדל, הגיע למסקנה כי מדיניותו של המפקד הצבאי, בגדר הוראת סעיף 133(3) לתקנות ההגנה, אינה בבחינת הסדר ראשוני (שס, פסקה 18).

כשלעצמי, איני משוכנע כי רצוי לקבוע בחוק ראשי הסדר ספציפי ומפורש בסיטואציה כה עדינה ומורכבת של משא-ומתן עם ארגוני טרור שאינם שומרים על "כללי המשחק". צא ולמד כי אין הסדר ראשוני בחקיקה לעצם הסמכות לשחרור אסירים ביטחוניים, אם כמחווה מדינית או במסגרת הסכמים לשחרור שבויים או להשבת גופות של חיילי צה"ל שהוחזקו בידי ארגוני טרור או מדינות אויב. כך, לדוגמה, המחוקק לא עיגן בחקיקה ראשית את ה"מחיר המכסימלי" שהמדינה מוסמכת לשלם לארגון טרור לצורך שחרור חייל שנפל בשבי או במקרים אחרים של פיגוע-מיקוח. שחרור מרצחים שהורשעו בדין ושעונשם נגזר על ידי בתי המשפט פוגע בערכי המשפט והצדק. למרות זאת, בית משפט זה לא פסל הסכמים אלה, הגם שלא נקבעו בחקיקה ראשית הסדרים ראשוניים לגביהם. בית המשפט גם נמנע מלהתערב בהסכמים מעין אלה בשל אופיים המדיני, ויפים לענייננו דברי הנשיאה ביניש בעתירה שנסבה על העסקה לשחרור החייל החטוף גלעד שליט:

"נוסיף עוד, כי המקרה שלפנינו ממחיש את הקושי הרב בקביעת קריטריונים מוסדרים מראש לניהול משא ומתן

מסוג זה. ראשית, אלה משאים ומתנים המתנהלים בתנאים של אילוץ ותוך מעורבות של גורמים זרים. שנית, וזה העיקר, כל הכרעה בעניין מסוג זה תלויה נסיבות ומחייבת שקילה של נתונים רבים העומדים זה מול זה, ואיזון ביניהם בהקשר קונקרטי ובזמן נתון. הגם שיש יתרון בהסדרת סוג השיקולים שיכול הגורם המחליט להביא בחשבון ובהסדרת ההליכים לקבלת ההחלטה לאישור ההסכם המוצע, ספק בעינינו אם יהיה בכך כדי להוביל לקביעה מדויקת של קריטריונים, כפי שביקשו העותרים, בתנאים שאינם ניתנים לצפייה מראש" (בג"ץ 7523/11 אלמגור ארגון נפגעי טרור נ' ראש הממשלה, פסקה 11 (17.10.2011)).

8. ניתן ללמוד לענייננו מהמשפט הבינלאומי לגבי החזרת שבויים וחללים. בתום פעולות האיבה, ומכוח עקרון ההדדיות, רשאית מדינה להמשיך להחזיק בשבויים ובגופות חללים עד להגעה להסדר חילופי שבויים והחזרת גופות. אם כך לגבי שבויים חיים, קל וחומר לגבי גופות.

ודוק: לא נעלם מעיני כי איננו עוסקים בדיני מלחמה ובעימות מזויין בין-מדינתי. אך המלחמות של פעם שינו את פניהן, והמאבק בטרור אינו יכול להיעשות על פי כלים ישנים של משפט, שנועדו מלכתחילה למלחמות בין מדינות (וראו עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים (2004)). במקרה דנן, דווקא ניתן לאמץ, ולו על דרך ההיקש, את דיני הלחימה והעימות בהקשר זה של הדדיות של חילופי שבויים והחזרת גופות. קשה להלום כי מצבו של החמאס יהיה טוב יותר מאשר מצבה של מדינה בעימות מזויין בין-מדינתי, שזכותה לקבל את חלליה מותנית בקיומו של הסדר הדדי. חשוב להדגיש כי מצב הדברים הוא שישראל והחמאס מחזיקים בגופות, להבדיל ממצב בו רק צד אחד מחזיק בגופות ומסרב להשיבן (כפי שנעשה על ידי רוסיה לגבי מחבלים מצ'צ'ניה – ראו בפסק הדין מושא הדיון הנוסף בפסקאות 34-35 לפסק דינו של השופט דנציגר ובפסקה 20 לפסק דינו של השופט הנדל).

9. ובנוסף לכל אלה, אין להתעלם גם מהפרקטיקה הנוהגת ומהלכות קודמות בנושאים קרובים. על אף שתקנה 133(3) אינה מזכירה את הסמכות להחזיק גופות מחבלים לצורך שמירה על הסדר הציבורי, בית משפט זה הכיר בכך שהתקנה עשויה להוות מקור סמכות להחלטתו של המפקד הצבאי להורות על קיום הלוויה בשעה מסוימת ובתנאים מסוימים על מנת למנוע התלהטות יצרים ופגיעה בסדר הציבורי (בג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מ(5) 1, 6 (1992)). ובדומה לענייננו, בית משפט זה דחה עתירה שנסבה על החלטה שלא להשיב לארגון חמאס גופת מחבל עד

שיימסר מידע לגבי מקום קבורתו של חלל צה"ל (בג"ץ 6897/94 עבאס נ' מדינת ישראל (2.2.1995)). גם לפרקטיקה הכללית ולתקדים המשפטי יש ליתן משקל.

10. לסיכום, תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מסמיכה במפורש את המפקד הצבאי להורות על קבורת אדם. סמכות זו יכולה להיות מופעלת במצבים שונים ולמטרות שונות, ובגדרה נתונה הסמכות להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לשם החזקתן לצרכי משא-ומתן.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

1. מחלוקת נתגלעה בשאלה שהועמדה להכרעתנו בעניין פרשנותה של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. נקודת המוצא לדיון מעוגנת היטב בפסיקתנו: אין לפרש דבר חקיקה כמסמיך לפגיעה בזכויות יסוד אלא אם כן ההסמכה לכך היא ברורה, חד משמעית ומפורשת (בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקה 52 לחוות דעתי (13.9.2017)). מידת ההקפדה בדרישה להסמכה מפורשת משתנה – בין היתר – בהתאם לחשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת (בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, 498 (2010); דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון פ"ד סג(3) 41, 63-64 (2009)).

2. מכאן מתפצלות דרכיהם של חבריי שעמדו בחוות דעת מנומקות על עמדתם הפרשנית. שקלתי את טיעוני הצדדים ואת חוות הדעת המקיפות של חברי המותבים השונים שדנו בפרשה זו. מצטרף אני להכרעתם של חבריי השופט (בדימ') י' דנציגר בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, השופט ג' קרא (בפסק הדין נושא הדיון הנוסף ובהליך שלפנינו) והשופטת ד' ברק-ארז. בהינתן נקודת המוצא הפרשנית, והטעמים המפורטים בחוות דעתם, גם להשקפתי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (החלה הן בישראל הן באזור יהודה והשומרון), אינה מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לשם החזקתן לצרכי משא ומתן. חוות הדעת ממצות ולמותר הוא להוסיף על ההנמקות המפורטות שבבסיסן.

3. בצד האמור, מבקש אני להוסיף הערות קצרות כלהלן.

חברי השופט נ' סולברג מציין כי משהוסמך המפקד הצבאי לצוות על קבורה לצמיתות ממילא מוסמך הוא להורות גם על קבורת ארעי. גם חברי השופט י' עמית מוסיף כי הוצאת גופה לשם החזרתה היא אקט נלווה לסמכות, שבמקרים מסוימים אף ניתן לראות בו אקט מיטיב שאינו פוגע בזכויות אדם.

גם אם אניח לצורך הדיון כי התקנה יכולה להוות מקור סמכות להורות על הוצאת הגופה מהקבר והחזרתה למשפחה בנסיבות מתאימות (בהן ניתן לראות בפעולה זו אקט מיטיב כהגדרתו של השופט י' עמית), אין לראות בתקנה מקור לסמכות למצב דברים שונה בתכלית, בו נמנעת קבורה על ידי המשפחה וניתנת הוראה על קבורה ארעית (כאשר לא מתאפשר לבני המשפחה ליטול חלק בקבורה או לפקוד את הקברים); זאת, ללא זיקה לטעמים קונקרטיים הקשורים לגופה עצמה או לנסיבות הספציפיות הכרוכות בקבורתה הזמנית. במצב דברים זה, שבו הגופה מוחזקת כ"קלף מיקוח", הפגיעה בכבוד מתעצמת. כפי ששינונו, כגודל הפגיעה בזכות כך גודל ההסמכה הנדרשת, ומכאן שבקטגוריה בה עסקינן אין לראות בתקנה מקור סמכות לצעד זה בהעדר הסמכה מפורשת לכך.

4. חברי השופט נ' סולברג, סבור כי הפגיעה בכבוד המחבלים ובני משפחותיהם, היא "מסויימת, מתוחמת" ואף מציין כי ההליך שלפנינו מתייחס לשש גופות מחבלים. למען שלמות התמונה אזכיר כי – כפי שמציינת חברתי הנשיאה א' חיות – המדינה מחזיקה 15 גופות מחבלים נוספות (ויש בדעתה להחזיר למשפחות שלוש מהן) תושבי האזור ומזרח ירושלים, ובנפרד גם 13 גופות מחבלים תושבי עזה שנתפסו לאחר מבצע צוק איתן. לכך יש להוסיף כי השלכתה של ההכרעה הפרשנית הצופה פני עתיד היא רחבה יותר, ומטבע הדברים חורגת מהנתונים הקיימים לפנינו כיום. אשר לפגיעה בכבוד – אי החזרת הגופה פוגעת הן בכבוד המת הן בכבוד משפחת המת – שלא מיוחסת לה מעורבות בפעילות טרור – ובזכותה להביא את המת לקבורה מכובדת ונאותה. בפסק הדין נושא הדיון הנוסף עמדו חבריי על כך שגם לנתעב שברוצחים יש זכות להיקבר, ולבני משפחתו יש זכות לקברו (פסקאות 14-11 לחות דעת השופט נ' הנדל; פסקה 15 לחוות דעת השופט י' דנציגר). הגם שתפיסה זו עשויה לעורר תחושות קשות, היא מתחייבת במשטר המכבד זכויות אדם (שם, פסקה 15). לדעתי, הפגיעה בכבוד מתוארת אפוא נכוחה על ידי חבריי השופטים ג' קרא וד' ברק-ארז.

5. עוד מבקש אני להתייחס לעקרון ההדדיות שעליו עומד חברי השופט י' עמית בחוות דעתו, אותו יש להחיל לטעמו גם בענייננו, בשינויים המחויבים, בשים לב לכך שארגון החמאס מסרב להשיב את גופות חיילינו. אינני סבור כי עקרון זה יכול לגבור על הנורמות בדין הפנימי של מדינת ישראל, כל עוד דין זה עומד בעינו במתכונתו הנוכחית

(ולעניין זה ראו הערתי להלן). זהו עוד אחד מהמקרים הקשים שלהם יפה אמירתו החשובה של הנשיא א' ברק:

"זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפנייה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845 (1999)).

6. חברתי, השופט ד' ברק-ארוז, מציינת כי הגופות שחל איסור על החזקתן לצרכי משא ומתן עתידי ללא הסמכה חקיקתית קונקרטית וברורה בדין הישראלי הן רק גופות של מי שהיו תושבי ישראל או תושבי האזור; וכי החזקת מחבלים שהגיעו מעזה או ממקומות אחרים שאינם כפופים לדין הישראלי צריכה להיות נדונה לפי המשפט הבינלאומי. חברתי אף מפרטת בחוות דעתה את התשתית הנורמטיבית הצריכה לאבחנה האמורה. הואיל וההליך שלפנינו נסב על גופות מי שהיו תושבי ישראל והאזור בלבד, אינני רואה לנקוט עמדה בשלב הנוכחי בסוגיה זו.

7. בטרם חתימה אוסיף כי אין באמור כדי לגרוע מההכרה בחובתה של המדינה לפעול להחזרת גופות חיילי צה"ל, סגן הדר גולדין וסמ"ר אורון שאול, זיכרונם לברכה, שנפלו במערכה, כמו גם להשבתם הביתה של אזרחי ישראל אברה מנגיסטו והישאם אל סייד. אחר חובתה זו על המדינה למלא בגדר הוראות הדין, עקרון שלטון החוק ועקרון חוקיות המינהל. מטעם זה הורה בית המשפט בפסק הדין נושא הדיון הנוסף (בדעת רוב) על סעד של בטלות מושעית, בגדרו ניתן למדינה פרק זמן מתאים שיאפשר שקילת תיקון חקיקה (בכפוף למגבלות החוקתיות המוכרות).

אילו דעתי היתה נשמעת, היינו מותירים תוצאה זו בעינה.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. מן הטעמים שפירטתי בהרחבה בחוות דעתי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף (להלן: פסק הדין), ובתוספת נימוקי חברתי, הנשיאה א' חיות, בחוות דעתה הרחבה והבהירה בהליך הנוכחי, אני עומד על דעתי, לפיה –

“פרשנות תכליתית של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מלמדת כי המפקד הצבאי מחזיק בסמכות רחבה להורות על קבורת גופות מחבלי או חללי אויב, משיקולים של הגנה על ביטחון המדינה ושלוש אזרחיה – ותוך שמירה על כבוד המת. אין ספק כי השבת אזרחים וחללי צה”ל המוחזקים בידי האויב, וצמצום המחיר הביטחוני הכרוך בכך, מצויים בליבת שיקולים אלה, ומכאן שהמפקד הצבאי מוסמך להורות על קבורת גופות מחבלים לצורך קידום התכלית האמורה” (פסקה 25 לחוות דעתי בפסק הדין).

בהעדר פגם במישור הסמכות, ומאחר ש”החלטות המפקד הצבאי העומדות לפנינו מבוססות על תשתית עובדתית מלאה ועדכנית, ועומדות במבחני הסבירות והמידתיות” (שם), סבורני כי דין העתירה לדיון נוסף להתקבל.

2. עם זאת, בעקבות קריאת חוות הדעת של חבריי, אבקש להתייחס בקצרה למספר נקודות.

שופטי המיעוט בהליך הנוכחי, השופטים ע' פוגלמן ו-ג' קרא, והשופטת ד' ברק-ארז, סבורים כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה אינה מכילה הסמכה מפורשת לקבורה ארעית של גופות מחבלים לצורך ניהול משא ומתן להשבת שבויים וחללים ישראלים, המוחזקים בידי ארגוני הטרור. בחוות דעתי בפסק הדין נדרשתי בהרחבה לסוגיה זו, וסיכמתי כי –

“תקנה 133(3) לתקנות ההגנה – שמעצם טבעה מתמקדת בשיקולי ביטחון סביבתיים, שהרי מן המתים לא נשקפת עוד סכנה – אינה מניחה כל יסוד להבחנה אקראית בין קבורת ארעי לקבורת קבע, או בין קבורת חללי צבאו הסדיר של האויב לקבורת מחבלים. השאיפה להרחבת ההגנה על כבוד המת ראויה, אך לא ניתן לבסס עליה תוצאה שרירותית, המבחינה באופן אקראי בין סיטואציות שונות – ולמעשה, דורשת מן המחוקק לפרט באופן נוקדני כל מצב שבו עלול המפקד הצבאי להיתקל, גם אם מן הבחינה המהותית אין בו כל ייחוד” (פסקה 20).

אכן, התקנה אינה מתייחסת באופן קונקרטי לקבורת גופות לצורך ניהול משא ומתן, אך יש לזכור כי מדובר בנורמה שבאה לעולמנו בעידן אחר – עידן שבו גופות לוחמים שנפלו, או אזרחים שחצו בשגגה את הגבול, לא שימשו כקלפי מיקוח בידי ארגון טרור הרסני, השולל את עצם קיומה של מדינת ישראל. הניסיון מלמד כי כללי המשחק שמכתיבים ארגוני הטרור משתנים תדירות לרעה, ויש שיאמרו שארגונים אלה אף מתנערים כליל מכללים כלשהם. לעומתם, המדינה כפופה במאבקה בטרור לשורה ארוכה של עקרונות והוראות, המעוגנים בדין הפנימי ובמשפט הבין-לאומי. כך יאה למדינה יהודית ודמוקרטית. המחיר של איבוד הזהות והענקת הכוח לארגוני הטרור לקבוע את הכללים עבור המדינה כמוהו כניצחון לצד שכנגד, ואפשרות זו אינה באה בחשבון. לצד שמירה על העקרונות המחייבים, על המדינה לפעול בחוכמה וביצירתיות בעולם המשתנה של המלחמה בטרור שלוח רסן.

על רקע האמור, הציפייה כי התקנה תכיל פירוט של מכלול הוריאציות שבהן קבורת גופות מחבלים עשויה למלא את התכלית העיקרית של תקנות ההגנה – קרי, מתן כלים למאבק בטרור, ולהגנה על ביטחון המדינה ושלומו הציבור – אינה תואמת את המציאות, ואף אינה ראויה (ראו והשוו, בג"ץ 4645/18 פלונית נ' שר הבריאות, פסקה 8 לחוות דעתי, ופסקאות 5-2 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז (13.2.2019)). להשקפתי, היא עלולה ליצור, שלא במכוון, סוג של שיתוק; לכבול את ידיה של המדינה, לשלול ממנה את הגמישות החיונית למאבק בארגוני טרור שאינם קופאים על השמרים בניסיון לפגוע ולחבל – ובמקרה שלנו, אף לרוקן מתוכן את הוראת שמירת הדינים, המגנה על תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מפני ביקורת חוקתית. דרישת ההסמכה המפורשת נועדה לשרת את עקרונות הפרדת ושלטון החוק, ואת חובת ההגינות השלטונית, והיא מחייבת, אפוא, זיהוי ברור של הסמכות לפגוע בזכויות, ושרטוט של "אמות המידה הכלליות" להפעלתה (בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקה 53 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (13.9.2017)). אולם, כאשר הסמכות והשיקולים המרכזיים ברורים – וזהו המצב בענייננו – אין לצפות כי המחוקק ימנה כרוכל את הקשת האינסופית של המצבים שבהם עשוי להתעורר צורך במימוש הסמכות. רוצה לומר, כאשר תקנה 133(3) מסמיכה מפורשות את המפקד הצבאי לצוות על קבורת גווייתו של כל אדם, והשיקולים המנחים את המפקד הצבאי בהפעלת שיקול דעתו עולים מן התקנה, מהקשרה, ומעקרונות היסוד של השיטה – די בכך כדי למלא אחר דרישת ההסמכה המפורשת והמפורטת, ולצאת ידי כלל ההסדרים הראשוניים. ודוקו, אין זה אומר כי הפעלת הסמכות חסינה מביקורת שיפוטית. זו אינה הגישה של המשפט הישראלי, המכפיף את מקבלי ההחלטות למבחן של דין ומידתיות. אף טרם מגיעים לבית המשפט מקבלי ההחלטות מלווים בבדיקה משפטית, לרבות עמדת היועץ המשפטי לממשלה. אולם, ביקורת שיפוטית לחוד ודרישה

לעיגון פרטני ודווקני של כל מרכיב בהסדר ראשוני לחוד. כלל ההסדרים הראשוניים מהווה כלל פרשני, שעל השימוש בו להיות דינמי וקשוב לתמורות הזמן.

3. חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, טוענת כי "לנוכח הלשון הכללית" שבה נוקטת תקנה 133(3) לתקנות ההגנה, הפרשנות שאימצה חברתי, הנשיאה א' חיות, מובילה לתוצאה קשה – ופותרת פתח להחזקת גופות של אזרחי ישראל שאינם פעילי טרור לצורכי משא ומתן (פסקה 23 לחוות דעתה).

דא עקא, דומה שדווקא חוסר הנוחות שתוצאה כזו מעוררת מבהיר שאין ממש בטענה. יש לזכור כי הרובד הלשוני אינו אלא נקודת הזינוק לתהליך הפרשני, וכי רק חלופות העולות בקנה אחד עם תכלית החוק יזכו למצוא את דרכן אל קו הסיום. במקרה שלפנינו, הביטוי "כל אדם" אמנם פורש רשת לשונית רחבה, אך על מנת לעמוד על משמעותו הממשית יש להעביר אותו במסגרת הפרשנות התכליתית, אשר מעניקה לו משמעות מצמצמת, התואמת את תכלית התקנה. כך, במישור התכלית הסובייקטיבית –

"המחוקק המנדטורי ראה בתקנות ההגנה – ובכללן, תקנה 133(3) – מארג חקיקתי שנועד להעניק לשלטונות (הצבאיים, בעיקרם) סמכויות אפקטיביות למאבק בטרור שהופנה כלפיהם משני עברי המתרס הארץ-ישראלי (תום שגב ימי הכלניות: ארץ ישראל בתקופת המנדט 387 (1999)). תחילה הסתפקה התקנה בעיגון חריג צר לנורמה בדבר מסירת גופות אסירים לבני המשפחות, אך מאוחר יותר הורחבה הסמכות, והוחלה גם על גופות אחרות – המשתייכות, כפי שמעידים יתר רכיבי תקנה 133, לטרוריסטים שנהרגו על ידי "חילות הוד רוממותו", או לחלילהם של "חילות" אלה (פסקה 7 לחוות דעתי בפסק הדין; ההדגשה אינה במקור).

אף במישור התכלית האובייקטיבית, יש לזכור כי לפנינו תכליות נוגדות – השמירה על ביטחון המדינה וערך פדיון השבויים מחד גיסא, וכבוד המת ומשפחתו מאידך גיסא (ראו פסקאות 17-9 לחוות דעתי). זיקוק תכליתה הסופית של תקנה 133(3) לתקנות ההגנה מחייב, אפוא, איזון בין התכליות הנוגדות, תוך התייחסות לחשיבות הזכות הנפגעת, מידת הפגיעה בה ומכלול נסיבות העניין (שם, פסקה 17). ממילא, גם אם לשון התקנה משתרעת, על פי פשוטה, על כל גופה שהיא, הפרשנות התכליתית דוחה אפשרות זו – שהרי מובן מאליו כי האיזון הראוי ביחס לקבורת גופתו של אזרח מן השורה שונה בצורה מהותית מן האיזון שנדרש לצורך הכרעה בעניינינו, ביחס לגופות מחבלים. בכל מקרה, ראוי להזכיר כי הפעלת סמכות המפקד הצבאי כפופה לעקרונות היסוד של המשפט

המינהלי, כך שגם בהנחה שהסמכות קיימת, החזקת גופות של בלתי מעורבים תעורר קושי רב, ואף למעלה מכך, במישור שיקול הדעת.

4. נקודה נוספת נוגעת להשלכות המשפט הביין-לאומי על הסוגיה שלפנינו. חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, הציגה בחוות דעתה גישת ביניים: היא מקבלת את עמדת שופטי הרוב בפסק הדין מושא הדיון הנוסף בדבר העדר הסמכה מפורשת בדין הישראלי – אך סבורה כי הסמכה כזו אינה נחוצה בנוגע למחבלים שהם, ובני משפחותיהם, אינם תושבי אזורים המצויים בשליטה ישראלית (דוגמת רצועת עזה). זאת, משום שהחזקת גופות המשתייכות לקבוצה זו נידונה על פי המשפט הביין-לאומי, ואינה מותנית בהסמכה בדין הישראלי הפנימי.

בעניין זה אעיר בקצרה כי לאור הכרעת שופטי הרוב בהליך דנן, הרי שהדין הפנימי הישראלי מכיל הסמכה מפורשת לקבורה ארעית של גופות מחבלים לצורך ניהול משא ומתן – ומשכך, אין כל משמעות למקום מוצאם של המחבל או בני משפחתו. בה בעת, כפי שציינתי בחוות דעתי בפסק הדין (פסקה 20) – וכפי שסבורים גם חבריי, הנשיאה א' חיות (פסקה 31 לחוות דעתה) והשופטים י' דנציגר (פסקה 37 לחוות דעתו בהליך הקודם), י' עמית (פסקה 8 לחוות דעתו), נ' סולברג (בפסקה השנייה לחוות דעתו) ו- ג' קרא (פסקה 21 לחוות דעתו בהליך הנוכחי) – יש טעם להדגיש כי המשפט הביין-לאומי משתלב עם הדין הישראלי הפנימי, ועולה עמו בקנה אחד. משמע – הוא אינו שולל את הפרקטיקה המעוגנת בתקנה 133(3) לתקנות ההגנה, ואינו מטיל כל איסור על קבורה ארעית של מחבלים וחיילי אויב עד להגעה להסכמות עתידיות.

במאמר מוסגר, אעיר כי ההבחנה שעורכת חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, על בסיס מקום מושבם של המחבל ובני משפחתו, אינה נקיה, להשקפתי, מספקות גם בהיבט נוסף: שעה שגופת המחבל נקברת על ידי הרשויות הישראליות בתוככי מדינת ישראל, תוך פגיעה מסוימת בכבוד המת, נדמה שיש להכפיף פעולה זו לעקרונות היסוד של הדין הפנימי, ללא קשר למקום המושב (והשוו, ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (11.6.2008)).

5. חברי, השופט ג' קרא, העיר בחוות דעתו כי בפסק הדין ייחסתי – במסגרת בחינת שיקול הדעת של המפקד הצבאי – משקל לכך שהחלטות אינן מנתקות את הזיקה בין בני משפחת המחבל ליקירם המת, ומאפשרות להם ליטול חלק בקבורה ולבקר בקברו. על כן, הוא סבור כי יש בהודעה שהוגשה בהליך הנוכחי, ובמסגרתה שללה המדינה זיקה

כזו, כדי להשליך על האיזון הכולל ולחייב בחינה מחודשת של אופן הפעלת הסמכות על ידי המפקד הצבאי.

אכן, ברי כי גישת המשפחות לקבר המחבל מהווה מרכיב רלוונטי להכרעה במישור הפעלת הסמכות, שהרי הכרעתי לגבי סבירות ומידתיות החלטות המפקד הצבאי נשענה על כך שמדובר –

”בקבורה ארעית במהותה, שאינה מנתקת את זיקתם של בני משפחות המחבלים למתיהם – ואינה מונעת מהם, בהכרח, לפקוד את הקברים הארעיים, ואף ליטול חלק בקבורה (בכפוף, כמובן, לשיקולי ביטחון רלוונטיים). קבורת המחבלים בצורה ראויה, בהתאם למנהגי דתם, ובאופן המאפשר זיהוי עתידי של גופותיהם, מצמצמת עוד יותר את הפגיעה בכבודם. אשר על כן, באיזון בין פגיעה זו לבין התכליות הביטחוניות המהותיות הניצבות ביסוד המדיניות שמכוחה התקבלו החלטות המפקד הצבאי, הכף נוטה, מן הבחינה העקרונית, לזכות האחרונות” (פסקה 24 לחוות דעתי; ההדגשות אינן במקור).

אף שופטי הרוב בהליך הנוכחי נתנו את הדעת על פגיעת הקבורה הארעית של המחבלים בישראל בכבוד המת, ובכבוד בני המשפחה (ראו, למשל, פסקה 27 לחוות דעתה של הנשיאה, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט י' עמית, ובשלהי חוות דעתו של השופט נ' סולברג).

נוכח חשיבות הסוגיה, התבקשה המדינה במהלך הדיון בפני ההרכב המורחב להגיש את עמדתה ביחס לאמור בפסקה 24 לחוות דעתי – והודיעה, בתגובה, כי הדברים מקובלים עליה במישור העקרוני (ראו התייחסותה של חברתי, הנשיאה א' חיות, בפסקה 27 לחוות דעתה). אמנם, המדינה גם מסרה כי בשלב זה שיקולי ביטחון שוללים מן המשיבים גישה לקברי יקיריהם, אך בשיקולים נקודתיים אלה אין כדי להשליך על הכרעתי – שבה הבהרתי מפורשות שגישת המשפחות תוכפף “לשיקולי ביטחון רלוונטיים”. גם כאשר נמנעת מן המשפחות השתתפות בהליך הקבורה, או גישה לקבר, הפרמטר המרכזי המבחין בין התנהלות המפקד הצבאי בענייננו לפסקי דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם (ECtHR) – הלא הוא אופייה הארעי של הקבורה, אל מול הניתוק המלא והמוחלט שגזרו הרשויות הרוסיות – עומד בעינו (ראו פסקה 20 לחוות דעתי בהליך הקודם, ופסקה 33 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות). יוצא כי המדינה מקבלת עקרונית את דבר זכויות קרובי המשפחה של המחבלים, אך רואה צורך בבדיקה פרטנית של מכלול השיקולים הרלוונטיים. כפי שהמדינה מסרה בהודעתה ביחס לפסקה 24: “אף

הסוגיה הקונקרטית מושא הודעה זו, כפופה לבחינה מעת לעת, ובהקשר זה מקובלת על המדינה קביעתו של כבוד השופט הנדל, לפיה "על הרשויות המוסמכות לשוב ולבחון לעיתים מזומנות את הנסיבות המשתנות (ראו פסקה 23 לפסק דינו)" (ההדגשות במקור). בכל מקרה, אין בכך לשלול את סבירות ומידתיות החלטת המפקד הצבאי בדבר עצם קבורת הגופות.

בה בעת, ראוי להדגיש כי – כפי שעולה גם מדברי חברתי, הנשיאה א' חיות (פסקה 27) – ההליך הנוכחי אינו מתאים לבירור העניין, משום שהמשיבים לא העלו כל טענה לגבי הסירוב לאפשר להם גישה לקברים. אך אדגיש כי הסוגיה כשלעצמה עשויה לעמוד לביקורת שיפוטית במקרה המתאים. נראה, אמנם, שהפגיעה בכבוד בני המשפחה בהיבט זה מצומצמת מהפגיעה הכרוכה בעצם הקבורה הארעית של יקירם בישראל – אלא שגם פגיעה מצומצמת פגיעה היא, ויהיה מקום לתת עליה את הדעת בהליך המתאים.

נסכם בדברים שאמרתי ביחס לסוגיית הקבורה, ורלוונטיים כאן –

"מובן שאין להשלים עם החזקה בלתי מוגבלת של גופות המחבלים, וכי על הרשויות המוסמכות לשוב ולבחון לעיתים מזומנות את הנסיבות המשתנות. זאת, הן ביחס למדיניות הכללית (קרי, מידת ה"קונקרטיות" של עסקת חליפין אפשרית), והן ביחס ל"ערך" של החזקת מחבלים ספציפיים (דהיינו, מידת חשיבותם העדכנית מנקודת המבט של ארגון החמאס) (פסקה 23 לחוות דעתי).

כאמור, הדברים מקובלים גם על המדינה.

6. אחתום את חוות דעתי בהבאת עמדת המשפט העברי בעניין קבורת חללי אויב, וערך פדיון השבויים. המשפט העברי מציג עמדה הלכתית ומעשית. הדברים הובאו בפסק הדין, אך בשל תרומתם לדיון – נוכח היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית – סבורני כי נכון יהיה, לשלמות התמונה, להציגם שוב.

בהתייחס לכבוד המת, ולחובת הקבורה של כל אדם, יהודי כנוכרי, ציינתי כי –

"מעניין להפנות בעניין זה למשפט העברי, שאף הוא מכיל מספר רבדים של זכות המת לכבוד. היבט אחד, מגולם בקביעה ההלכתית לפיה 'מצווה לקיים דברי המת' (בבלי, גיטין יד, ב). פרשנים רואים את החובה לכבד את רצונו האחרון של המת ולקיים את

צוואתו – לרבות בסוגיות שאינן קשורות בחלוקת הרכוש – כביטוי לכבוד האדם (הרב אשר וייס מנחת אשר – בראשית, פרשת ויחי, סימן סו, תלה-תלט (תשס"ב); ביחס לצוואת יעקב אבינו במסגרת הברכות לבניו, ולגבי מקום קבורתו [אל נא תקברני במצרים]). היבט אחר, בא לידי ביטוי בהוראה המקראית שלא להלין את המת, 'כי קללת אלהים תלוי' (דברים, כא, כג). רש"י (רבי שלמה יצחקי, מגדולי פרשני המקרא והתלמוד, שחי בצרפת בראשית האלף השני לספירה) פירש פסוק זה באופן הקושר בין כבוד האדם וכבוד האל: 'זלזולו של מלך הוא שאדם עשוי בדמות דיוקנו', ומכאן שכבוד האל מחייב את קבורתו המכובדת של האדם – גם אם חטא והוצא להורג. בהתאם, נקבע כי 'כל המלין את מתו, עובר עליו בלא תעשה' – אלא אם 'הלינו לכבודו להביא לו ארון ותכריכין' (סנהדרין, ו, ז). ודוקו, נקבע בתלמוד (בבלי, גיטין, סא, א) כי 'קוברין מתי נכרים עם מתי ישראל', ומכאן שמצוות הקבורה חלה על יהודי ועל לא יהודי כאחד (ראו פסיקתו של הרב שלמה גורן ז"ל – שניהן שנים ארוכות כרב הצבאי הראשי, וכרב הראשי לישראל – לגבי קבורת חיילים שאינם יהודים בבתי קברות צבאיים [תרומת הגורן כרך ב, סימן עט (תשע"ב); בעוז ותעצומות: אוטוביוגרפיה, 152-153 (2013)] (פסקה 13).

7. בהמשך הדברים, עמדתי בקצרה על ההכרה של המשפט העברי במעמד המשפט הבין-לאומי בדיני המלחמה –

"כפי שפסק הרב שאול ישראלי ז"ל (חתן פרס ישראל למדעי היהדות, ראש ישיבת מרכז הרב וחבר במועצת הרבנות הראשית, שהלך לעולמו בשנת 1995), המשפט העברי מייחס משקל רב להוראות המשפט הבינלאומי בכל הקשור לדיני המלחמה –

'ועל כן יש לראות הסכמת העמים שמלחמה היא אחד האמצעים החוקיים, כל עוד שהעמים הנלחמים שומרים על הנוהג המקובל בעמים ביחס למלחמה [...] ומעתה נאמר שדינא דמלכותא שבין מדינה למדינה הוא גם כן מטעם הסכמת בני המדינות, ואף על פי שזה נוגע לדיני נפשות הסכמתם מועילה. וזהו היסוד של חוקיות המלחמה' (עמוד הימיני, סימן טז, פרק ה (1992)).

המושג ההלכתי 'דינא דמלכותא דינא' חל, אפוא, גם במישור היחסים שבין המדינה לקהילייה הבינלאומית, ומטיל על מדינת ישראל חובה לפעול בהתאם לנורמות המעוגנות בדיני המלחמה – לרבות מתן כבוד אחרון לחללי האויב" (פסקה 14).

8. בד בבד, הבהרתי כי חובת הקבורה של חללי אויב יונקת משורשים עמוקים ועצמאיים של המשפט העברי, וכי ניתן לה ביטוי כבר במלחמות הראשונות של העם –

”מעבר למשקל שמעניק המשפט העברי להוראות המשפט הבינלאומי בהקשר זה, יש בו שורשים עתיקים, עמוקים ועצמאיים לחובת הקבורה של חללי האויב. כך, למשל, נאמר כי לאחר ניצחונם של בני ישראל השבים לארצם על מלכי כנען שנלחמו בהם, ציווה יהושע לקבור את הרוגי האויב בו ביום (יהושע, ה, כט; יהושע, י, כז). גם בספר יחזקאל (לט, יא) נאמר, בהתייחס למלחמת גוג ומגוג העתידה להתרחש באחרית הימים, 'והיה ביום ההוא אתן לגוג מקום שם קבר [...] וקברו שם את גוג ואת כל המונה וקראו גיא המון גוג'. על סמך התקדים שיצר יהושע, פסק הרמב”ן כי החובה הכללית לקבור את המת משתרעת גם על חללי האויב. הרב שלמה גורן, ששימש, כאמור, כרב הראשי הראשון של צה”ל, כתב בעניין זה כי –

’הקמנו בעת שרותי בצה”ל יחידות קבורה מיוחדות שתפקידם הוא לדאוג לזהויים ולקבורתם של חללי האויב, בעת מלחמה. וזה תואם עם ראשית מאמרנו זה שדברי הכתוב: 'כי בצלם אלקים עשה את האדם' (בראשית ט, ו) אמורים לגבי כל בן אדם ללא הבדלים בין עם לעם ובין גזע לגזע' (משיב מלחמה כרך א, מ (מהדורה שניה, תשנ”ד)).

נסיים בתשובתו של הרב נתן אורטנר, שכיהן בשעתו כרב העיר לוד, לשאלה שהציג בפניו חייל צה”ל בעיצומה של מלחמת שלום הגליל. אותו חייל סיפר כי פלוגתו פגעה בטנק סורי והרגה את החיילים שבתוכו, וביקש לדעת האם חלה עליו מצווה לקבור את הסורים שלחמו בחיילי צה”ל 'ורצו להשמידנו'. בתום דיון רחב, קבע הרב, תוך התייחסות לעמדת הרמב”ן שהוצגה לעיל, כי ניואנסים שונים מבדילים בין הגישות ההלכתיות הקיימות – אך כולן מכירות בחובת הקבורה של חללי האויב. בין אם מקור החיוב מהתורה, ובין אם מדרבנן, הלכה היא כי יש לקבור את חללי האויב, בוודאי כשגופותיהם מוטלות בתחומי ארץ ישראל (נתן אורטנר "קבורת חללי אויב" תחומין ד 97 (תשמ”ג); ראו גם מאמרו של הרב שלמה ברודי, העוסק בקבורת גופתו של המחבל שביצע, בשנת 2013, את הפיגוע במרתון בוסטון (Shlomo Brody, *Even Criminals Rest in Peace*, TABLET 9.5.2013) (פסקה 14).

הנה כי כן, יש קו ישיר ועקבי בין מלחמות יהושע בן נון המתוארות בתנ”ך ועד למלחמות של מדינת ישראל; ההלכה מכירה בצלם האנוש של האויב, ודורשת לקבור את חלליו.

9. אכן, המשפט העברי מלמד כי קבורה ארעית מעניקה, בנסיבות המתאימות, מענה הולם לחובת כבוד המת –

"[ו]להשלמת המבט של המשפט העברי, נזכיר פסיקה בתקופת מלחמת השחרור. הרב הראשי הספרדי הראשון של מדינת ישראל, הרב עוזיאל, התייחס למצב בו בשעת מלחמה ובשל אילוצי השעה נקבר חייל בקיבוץ איילת השחר, כאשר משפחתו ומרכז חייו מצויים בעיר תל אביב. נפסק כי, בהתאם לנסיבות, ניתן לראות בקבורה זו כקבורה זמנית, ויש מקום להעביר את הגופה לבית הקברות בנחלת יצחק (בן ציון מאיר חי עוזיאל פסקי עזיאל: בשאלות הזמן סימן לו (תשל"ז)). על אף השינויים הבולטים והברורים בין מקרה כזה לבין ענייננו יש בכך לחזק את המובן. קבר ארעי ממלא את הדרישה, ולו הראשונית, לחובת קבורת המת. כך, גם אם נוצרת פגיעה בכבוד המת ומשפחתו, המצדיקה את העברת הגופה בשלב מאוחר יותר" (פסקה 23).

לכך, יש השפעה על האיזון הכללי בין השיקולים הנוגדים.

10. המשפט העברי מעניק גם לשיקולים נוגדים אלה, ובראשם ערך פדיון השבויים, משקל רב –

"חשיבות מיוחדת מיוחסת במשפט העברי ל'פדיון שבויים' במובן של הבאת לוחמים לקבורה – מעבר לערך הכללי של שמירה על 'כבוד הבריות', עליו עמדתי לעיל. כך, למשל, פסק הרב שלמה זלמן אויערבאך, מגדולי פוסקי ההלכה במאה ה-20, כי הגם שפיקוח נפש דוחה את כל התורה כולה – ומכאן, לכאורה, שאין לסכן חיילים במשימת חילוץ חללים – 'הפגיעה המוראלית בחיילים שרואים שאם הם יפלו חללים הם ישכבו בצד ואף אחד לא יטפל בהם, הוא גורם חשוב ברוח הלחימה ולכן מהווה פיקוח נפש' (יהודה זולדן שבות יהודה וישראל: ארץ ישראל – גוש קטיף, מנהיגות וצבא, ציבור וחברה פרק כא(ב)4) (אייל פישלר עורך, תשס"ז)). בסוגיה שונה אך משיקה, פסק הרב שלמה גורן כי מותר לחלל את השבת על מנת לפנות גופות חללים מאזורי לחימה, משום 'שהשארת לוחמים הרוגים בשדות הקרב גורם להורדת מוראל הלוחמים' ו'בהתחשב ברגישות הנפשית המיוחדת שיש לנו כלפי בנינו הנופלים' (הרב רא"ם הכהן שו"ת בדי הארון: תשובות בנושאי השעה סימן ה' (אלעזר גולדשטיין, רועי גולדשמידט ושמעון פוגל עורכים, 2013))" (פסקה 16).

לאור הניתוח האמור, סיכמתי כי "בבואנו לפרש את תקנה 133(3) לתקנות ההגנה ביחס לקבורת המת וניהול משא ומתן לפדיון שבויים וחללים יש לתת, אפוא, את הדעת גם על ערכים יהודיים וישראליים מהותיים אלה". משמע – המשפט העברי מכיר אף הוא במורכבות הכרוכה בקבורה ארעית של גופות מחבלים לצורך קידום משא ומתן להשבת אזרחים וגופות חללים המוחזקים בידי ארגוני הטרור, ומצביע על הצורך לאזן בין שיקולי הביטחון ופדיון השבויים, ובין החובה לשמור על כבוד המת – לרבות אויב שמצא את מותו בשדות הטרור.

11. אסכם, אפוא, כי דעתי היא שהמפקד הצבאי מוסמך להחזיק בגופות מחבלים ולקבור אותן בקבורה ארעית לשם ניהול משא ומתן לקבלת גופות חללים ואזרחים ישראליים המוחזקים בידי ארגוני הטרור. בד בבד, על העותרים למזער ככל האפשר את הפגיעה בכבוד המת, ולהבטיח לו קבורה ראויה – גם אם ארעית. במסגרת זו, יש לתת את הדעת על שמירת הזיקה בין משפחת המחבל המת לקברו הארעי, ולבחון את מכלול השיקולים הרלוונטיים, לאור נסיבותיו הקונקרטיות של העניין. כפי שכתבתי בחוות דעתי בפסק הדין –

"תחילה נאמר את המובן מאליו, שעשוי ליפול בין הכיסאות והשולחן של הטרור: המצב המתבקש היה כי גופות מתים, לרבות מחבלים, יוחזרו למשפחותיהם – בהתאם לכלל שקבעה ועדת השרים, וללא חריגים. ואולם, הכיעור והאכזריות שמפגינים ארגוני הטרור, המחזיקים באזרחים ובגופות חללי צה"ל ודורשים מחיר לא רק עבור החיים שברשותם אלא גם בשל המתים, אינם מותרים מנוס. במציאות זו, שאף היא נכפית עלינו, יש לצעוד על חבל דק בין השגת היעד של החזרת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל, לבין שמירה על כבוד המת – אף של מחבלים. וכמובן, אם הדין מכיר ברגשות קרובי המחבלים, קל וחומר שזעקת המשפחות של החיים והמתים המוחזקים בידי החמאס לא תיתן לנו מנוח. לשון אחר: הכרה במציאות, הקשבה לקול החי שאינו במקומו ולקול דמי אחינו, שאף הם לא הגיעו למקומם, ושמירה על עקרונות היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

במישור זה, נודעת חשיבות מיוחדת למתווה המדויק של מדיניות המשיבים, על פיו – כפי שהבהיר ב"כ המדינה – החזקת גופות המחבלים היא בגדר חריג שבחריג. משמע, גם גופות מחבלים המשתייכים לשתי הקטגוריות הרלוונטיות ייקברו ארעית רק על רקע משא ומתן קונקרטי להשבת אזרחים וגופות חללים המוחזקים בידי ארגוני הטרור. אין למנוע העברת גופה לקראת הבאות. גורמי הביטחון אמורים, כפי שנהגו כאן, להפעיל שיקול דעת אינדיבידואלי בדבר קידום המשא ומתן להשבת האזרחים וחללי

צה"ל המוחזקים בידי החמאס. עניין זה עדין מאד. אל לנו לעצום עין מאופי המשא ומתן בנושאים כה רגישים בין המדינה לבין ארגון טרור, גם באמצעות צד ג'. יתכן מצב בו ארגון הטרור מכריז שלא מתנהל משא ומתן, אך בפועל זה אינו המצב אלא רק שלב נוסף במשא ומתן. החשוב הוא, כי במקרה שאכן אין משא ומתן, ולא מתקיימים מגעים קונקרטיים כלשהם לקיום עסקה, יוחזרו הגופות. אך כל עוד יש סיכוי שאינו תיאורטי או דחוק לקידום המשא ומתן אין חובה להחזירן. נקודה חשובה נוספת היא, כפי שהובהר לעיל, שכבוד המת כרוך בקבורתו. המצב בו מוחזקות גופות המחבלים לאורך זמן שלא בדרך של קבורה – אף אם, כמו במקרים שלפנינו, הדבר נובע מבקשת המשפחות – עלול לפגוע יתר על המידה בכבוד המת ובעקרונות המחויבים על ידי המשפט הבינלאומי. אין צורך במקרה זה לכמת ולשרטט גבולות זמן, אך כאמור ככל שחולף הזמן גובר הצורך בקבורת הגופה, וממד הזמן אף מהווה שיקול ביחס למועד החזרתה. ושוב, אין נוסחאות תחשיביות. העניין תלוי במגעים, במשא ומתן ובנקודה אליו הגיע. בענייננו, ועל סמך החומר שהוגש, עולה כי כך פועלים המשיבים במקרה זה – אם כי, להשקפתי הגיעה העת לקבור בקבורה ארעית את הגופות המוחזקות. מובן שעל ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, ועל המפקד הצבאי, לבחון באופן עיתי את המדיניות הקיימת – ואת אופן יישומה במקרים ספציפיים – ולהימנע מקבורתן בישראל של גופות מבלי שיהיה בכך כדי לקדם את המשא ומתן להשבת האזרחים והחללים המוחזקים בידי החמאס.

[...] לא נותר אלא לסיים בהבעת תקווה כי פרץ של אנושיות – או, למצער, אינטרס החמאס – יגבר על טירוף הטרור, ויאפשר למתים לנוח בשלום על משכבם. לו יהיה בהפעלת הסמכות לפי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה כדי להחיש את שובם בשלום של האזרחים אברה מנגיסטו והישאם אל סייד אל חיק משפחותיהם, ואת הבאתם של לוחמי צה"ל, סגן הדר גולדין ז"ל וסמ"ר אורון שאול ז"ל, לקבר ישראל – דיינו".

12. אני מצטרף, אפוא, לעמדת חברתי, הנשיאה א' חיות, בהליך הנוכחי.

הוחלט ברוב דעות (הנשיאה א' חיות בהסכמת השופטים נ' הנדל, י' עמית ו-נ' סולברג כנגד דעתם החולקת של השופטים ע' פוגלמן, ד' ברק-ארז ו-ג' קרא) 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 הטרור.

ניתן היום, ט' באלול התשע"ט (9.9.2019).

שופט

שופט

הנשיאה

שופטת

שופט

שופט

שופט