

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6195/98

בפני: המשנה לנשיא ש' לזין
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת ד' ביניש

העותרים: 1. ישראל גולדשטיין
2. מרים גולדשטיין

נגד

המשיבים: 1. אלוף פיקוד המרכז -
משה (בוגי) יעלון
2. שר הביטחון - מר יצחק מרדכי
3. היועץ המשפטי לממשלה -
מר אליקים רובינשטיין

תאריך הישיבה: כ"ו באלול התשנ"ט (7.9.99)

בשם העותרים: עו"ד נפתלי ורצברגר

בשם המשיבים: עו"ד מלכיאל בלס

תשובה לצו על-תנאי

פסק-דין

השופט מ' חשין:

ביום י"ד באדר תשנ"ד, 25 בפברואר 1994, היה הטבח הנורא במערת המכפלה שבחברון.

בעקבות הטבח החליטה הממשלה - בתוקף סמכותה לפי סעיף 4 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968 - על הקמתה של ועדת חקירה, והטילה על אותה ועדה לחקור ולקבוע "מימצאים ומסקנות באשר לעובדות ולנסיבות הקשורות לטבח האמור". הוועדה ישבה על המדוכה וכתבה דין-וחשבון ארוך, מקיף ומפורט. ואלה דברים אמרה ועדת החקירה בדו"ח:

"ביום השישי, י"ד באדר התשנ"ד - 25 בפברואר 1994, הוא היום החמישה-עשר לרמאדן, שנת 1414 להג'רה, בשעות הבוקר המוקדמות, התפללו כחמש מאות גברים מוסלמים באולם יצחק אשר במערת המכפלה בחברון ... כשלוש מאות נשים מוסלמיות התפללו אותה שעה באולם הג'ואליה שבמערה ... בסביבות השעה 05:30 נורו באולם יצחק - במספר צורות מנשק אוטומטי - למעלה ממאה יריות, לעבר המתפללים שהיו בתחילת התפילה, בשלב המעבר לכריעה, כאשר גבם לעבר מקור הירי. כתוצאה מן הירי נהרגו 29 מתפללים ונפצעו, לפי הידוע לנו, 125 מתפללים.

לפי דבריהם של אחדים מעדי הראייה מבין המתפללים המוסלמים, ולפי הראיות הנסיבתיות שהובאו בפני הוועדה, בוצע הירי על-ידי ד"ר ברוך גולדשטיין, רופא, תושב קרית ארבע. גולדשטיין נהרג באולם יצחק בידי אחדים מן המתפללים המוסלמים, לאחר שהוציאו את רובהו מידי, הפילוהו ארצה, מחצו את ראשו במוטות ברזל, המשמשים את המבדלות, המוקמות מעת לעת באולם יצחק, כדי לחצוץ בין היהודים לבין המוסלמים." (בעמ' 15 לדו"ח)

אשר לאחראים למעשה הטבח, כך אמרה הוועדה:

"ד"ר ברוך גולדשטיין נושא באחריות ישירה לטבח, כי הראיות מצביעות באופן חד משמעי על כך שהוא ביצע אותו.

... כל שליבי הפעולה, לרבות הכנותיו והתנהגותו בבוקרו של יום 25 בפברואר 1994, ... מצביעים על כך שהוא תכנן את המעשה מראש." (בעמ' 222 לדו"ח)

וב"סוף דבר":

"הטבח במערת המכפלה בחברון היה מעשה קטל שפל של חפים מפשע, שעה שכרעו בתפילה לבוראם. היה זה מעשה שלא יכופר, אשר גרם סבל שאין לו נחמה למשפחותיהם של הקורבנות שנהרגו ולפצועים, שאחדים מהם הפכו נכים לכל ימי חייהם." (בעמ' 253 לדו"ח)
עתירה זו שלפנינו הינה מעין הד ובת-קול לאותו טבח.

2. גולדשטיין נקבר בכניסה לתחום המועצה המקומית קרית-ארבע, לאחר שרשויות הצבא לא התירו

לקבורו בבית הקברות היהודי בחברון. מקום הקבורה נמצא בתחום שנתפש בשעתו לצורכי הצבא, והוא מנוהל

בידי המימשל הצבאי ומשמש פארק וחניון לפיקניקים ולאוהלים. לאחר זמן נתגלה כי באתר הקבורה וסביב

המצבה שהוצבה על הקבר, הוקם מישטח מרוצף, הוצבו כוור, ארון לספרים ועוד, והכל בלא היתר שנדרש על-

פי הדין החל במקום. הוצא צו להפסקת עבודה, ואולם לאחר-מכן הוציאה הרשות המוסמכת - בדיעבד - היתר

לעבודות הבניה שנעשו במקום.

המצבה שעל הקבר, הריצוף והמיבנים שניבנו סביבו משווים למקום פאר והדר להיותו אתר הנצחה רב-רושם לגולדשטיין. חלקת הקבר מצויה בהמשך לפארק הציבורי ומהווה, למעשה, חלק מן הפארק. שדרת-הפארק טובלת בצמחיה-לרוב ושביל החוצה אותה מוליך אל רחבת הקבר המרוצפת, ובמרכזה של הרחבה קיברו של גולדשטיין ועליו מצבה. סביב הרחבה פזורים מיתקנים המשווים הדר למקום, ובהם עמודי-תאורה, ברזיה לנטילת ידיים, ספסלים, ארון-ספרים וארון נרות. מיתקנים אלה כולם משתלבים עם מיתקני הפארק והיו לאחדים עימהם. כל כך באשר למראה הקבר וסביבתו.

3. אשר למצבה שעל הקבר, על זו הונח לוח שיש ועליו נכתב כך:

" פ"נ

הקדוש

הרופא ר' ברוך קאפל גולדשטיין

זצוק"ל הי"ד

בן ר' ישראל יבדלחט"א

דור שביעי לאדמו"ר הזקן 'בעל התניא'

ר' שניאור זלמן מליאדי

מסר נפשו למען עם ישראל תורתו וארצו

'נקי כפים ובר-לבב'

נולד ה' בטבת תשי"ז

נרצח על קידוש ה'

י"ד באדר, פורים תשנ"ד

תנצב"ה "

4. קיברו של גולדשטיין אינו קבר-בין-קברים. אין הוא קבר מן-המנין. קיברו של גולדשטיין הוא אתר מפואר ורב-מימדים. במהלך השנים הפך הקבר מקום משיכה למבקרים, וכלשון התצהיר שהוגש מטעם המדינה: מקום עליה לרגל של "אנשים הסוגדים לגולדשטיין ורואים במעשה הטבח שביצע משום דבר חיובי

שראוי היה לעשותו ... בקבר יש נוכחות יומיומית, בין היתר, של פעילי 'כך' ושל מעריצי גולדשטיין, לרבות תמהונים, אשר עולים לקבר מתוך אמונה כי יקבלו שם ברכה."

הפעילות שרחשה סביב קיברו של גולדשטיין עוררה דאגה בקרב רשויות הביטחון, ואלו ביקשו לעשות לצימצום הסיכון והרעה הטמונים בכך. לשם כך אף פנו הרשויות אל משפחת גולדשטיין, בנסיון להגיע להסדר מוסכם.

5. ביני-לביני חקקה הכנסת את חוק איסור הקמת מצבות זיכרון לזכר מבצעי מעשי טירור, התשנ"ח1998-. החוק פורסם ביום 12.6.98, ומספר שבועות לאחר מכן, ביום 1.7.98, כתב רב-סרן יאיר קולס, ראש לישכת מפקד כוחות צה"ל באזור, אל משפחת גולדשטיין מכתב בזו הלשון:

" 1. בהתאם להוראתו של שר הבטחון למפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, ליישום החוק בדבר איסור הקמת מצבות זכרון לזכר מבצעי מעשי טירור, התשנ"ח1998-, כלפי אתר הקבר של ברוך גולדשטיין, ויתר סמכויותיו על פי דין ותחיקת בטחון, נמסרת בזאת הודעה כי בכוונת מפקד כוחות צה"ל באזור לפעול כלפי מצבת הזכרון שהוקמה באתר הקבר של ברוך גולדשטיין בקרית ארבע, כדלקמן:

א. כל המרכיבים שמסביב לקבר, המתוחמים בקו שחור והמוצללים בקווים מלוכסנים בתצלום המצורף להודעה זו, יוסרו ממקומם.

ב. המלים הבאות החרותות על גבי האבן המכסה את הקבר - תימחקנה: 'הקדוש', 'זצוק"ל הי"ד', 'מסר נפשו למען עם ישראל תורתו וארצו', 'נרצח על קידוש ה'".

ג. ההיתר שניתן למר ישראל גולדשטיין ביום 23/11/94 על ידי הממונה למתן היתרים לעבודות בשטחים תפוסים לצרכים צבאיים (צו מס' 997) - יבוטל.

ד. תוקם מחיצה אשר תחצוץ בין הקבר לבין השדרה שבגן הסמוכה לקבר.

2. אם ברצון מי ממשפחתו של ברוך גולדשטיין, להציג טענה או השגה נגד כוונתו של מפקד כוחות צה"ל באזור, כמפורט לעיל, ובכלל זה העלאת הצעה חלופית לכיתוב שעל גבי האבן המכסה את הקבר וסידורים להחלפתה, הריהו מוזמן בזאת לפרטה בכתב ולהעבירה אלי, ללשכת אלוף פיקוד המרכז בירושלים, תוך 14 יום ממסירת הודעה זו."

למכתבו של רס"ן קולס צורפה תמונת אתר הקבר ובה סומנו המרכיבים המיועדים להסרה. מרכיבים אלה הינם משטח הריצוף - לרבות השביל המרוצף המוליך אל הקבר - הברזיה, הארונות ועמודי התאורה.

העותרים לפנינו, אימו ואביו של גולדשטיין, התנגדו לצו מפקד האזור, ובא-כוחם העלה את טיעוניהם המפורטים על הכתב. טיעונים אלה זכו לתגובה עניינית ומפורטת במכתבו (מיום 1.10.98) של אלוף-מישנה

שלמה פוליטיס, היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון - ונידחו לגופם. באותו מכתב הודיע אלוף-מישנה פוליטיס לבא-כוח העותרים כי מפקד האזור החליט, לפני משורת הדין, לפעול בשלב ראשון רק להסרתם של המרכיבים שמסביב לקבר, לביטול היתר הבניה ולהקמת המחיצה בין הקבר לבין הפארק, והכל כאמור בפיסקאות א' ג' ו-ד' למכתבו של רס"ן קולס מיום 1.7.98. לשון אחר: המפקד הצבאי אמר שלא לגעת, בשלב ראשון, בכיתוב שעל המצבה. טעם הדבר: "... על מנת להמשיך ולנסות למצות ערוצי הידברות עם משפחתו של ברוך גולדשטיין, מתוך מגמה להגיע עימה להסכמה באשר לאופן הסרת קטעי הכיתוב, מצד אחד, והצעת כיתוב ראוי על ידי המשפחה מצד שני ...".

6. כשבוע לאחר יום כתיבתו של אותו מכתב, ביום 6.10.98, פנו העותרים - אביו ואימו של גולדשטיין - בעתירתם הנוכחית לבית-המשפט, וביום 3.12.98 זכו לצו על-תנאי המורה את המשיבים - המפקד הצבאי, שר הביטחון והיועץ המשפטי לממשלה - לבוא וליתן טעם כלהלן:

"מדוע לא ימנעו מפגיעה במצבה שעל קברו של ד"ר ברוך גולדשטיין ובריצוף המתקנים הסמוכים לה אשר נבנו והותקנו על-פי היתר בניה שניתן לעותרים ביום 23.11.94.

מדוע לא ינחה המשיב 3 את המשיב 2 להימנע מכל פעולה על פי חוק איסור הקמת מצבות זיכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח-1998, בהיות חוק זה בטל."

המשיבים הגישו את תשובתם לבית-המשפט, ובטיעוניהם - למותר לומר - כופרים הם בטיעוני העותרים ומלמדים הם זכות על צו המפקד הצבאי.

7. בישיבת בית-המשפט מיום 7.9.99 היצענו לבא-כוח בעלי-הדין כי נדון ונכריע אך בשאלת סילוק המרכיבים מסביב לקבר, ובנושאי ביטול היתר הבניה והקמת המחיצה, וכי נושא הכיתוב שעל המצבה יידחה למועד מאוחר יותר. המדינה נענתה להצעתנו וכך רשמנו בפרוטוקול בית-המשפט מפיו של בא-כוחה, עורך-דין מלכיאל בלס:

"בהיענות להצעת בית המשפט אנו מסכימים לפצל את פעולותינו באופן שבשלב הראשון יוסרו המרכיבים מסביב לקבר ותוקם מחיצה בין הקבר לשדרה בגין הסמוך, ויבוטל היתר הבניה.

לאחר שישה חדשים מיום ביצוע הפעולות הנ"ל, נשקול שנית את עמדתנו לענין הסרת הכיתוב על המצבה, ואם נחליט לעמוד על מחיקת הכיתוב על המצבה נודיע לעותרים שיוכלו לפנות שוב לבית המשפט.

אין צורך לומר שלא חזרנו בנו מעמדתנו לעניין תכנו של הכיתוב על המצבה, ואנו סבורים כיום, כפי שסברנו בעבר, שיש בכיתוב האמור עבירה לפי סעיף 4 לפקודה למניעת טרור".

עורך-דין ורצברגר, בא-כוח העותרים, סירב להיעתר להצעתנו, וכך השיב לנו:

"אנו איננו מסכימים לאמור בהצהרה. אנו מבקשים שתהיה הכרעה לכאן או לכאן. כך ביקשו אותי העותרים."

עמדתו של עורך-דין ורצברגר אינה מקובלת עלינו. משהודיעה המדינה כי משעה היא את החלטת המפקד לעניין הכיתוב על המצבה; כי לאחר שישה חודשים תישקל שוב ההחלטה להסיר את הכיתוב מעל המצבה; וכי זכויותיהם של העותרים שמורות להם לשוב ולפנות לבית-המשפט אם יעמוד המפקד הצבאי על החלטתו; ממילא אין מקום כי נדון בנושא הכיתוב. דיון בכיתוב כיום הינו דיון קודם זמנו. בחוות דעתנו שלהלן לא נידרש, איפוא, לנושא הכיתוב שעל המצבה; נידרש אך לנושא סילוק המיתקנים השונים שמסביב לקבר, לביטול היתר הבניה ולבניית המחיצה בין הקבר לבין הפארק.

על רקע דברים אלה הבה נשרטט את המיתווה הנורמטיבי ולאחר מכן נדון בטיעוניהם של העותרים.

המיתווה הנורמטיבי

8. במרכז הדיון עומד-ניצב חוק איסור הקמת מצבות זיכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח1998- (להלן נכנה אותו - החוק או חוק איסור מצבות). על חוק זה נסמך צו המפקד הצבאי ועל-כן שומה עלינו להכירו מקרוב וללמוד את הוראותיו. וזה לשון החוק במלואו (לאחר תיקון טעות שנפלה בו):

"חוק איסור הקמת מצבות זכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח1998-

הגדרות
1. בחוק זה - 'אזור' - כהגדרתו בתוספת לחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה

משפטית), התשכ"ח1967-.

מצבת זכרון - למעט הקבר והמצבה שעליו.

2. לא תוקם מצבת זכרון לזכר מבצע מעשה טרור.

איסור

3. מצבת זכרון שהקמתה מהווה עבירה לפי סעיף 4 לפקודת מניעת טרור, התש"ח1948-, תוסר ממקומה.

הקמה

חובת

הסרה

4. שר הפנים ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי להתקין תקנות לביצועו.

ביצוע

ותקנות

5. הוראות חוק זה יחולו גם על מצבות זכרון שהוקמו לפני תחילתו של חוק זה.

תחולה

6. שר הבטחון יורה למפקד כוחות צבא ההגנה לישראל באזור, להורות על הסרת מצבות זכרון שהוקמו באזור ושהקמתן מהווה עבירה כאמור בסעיף 3.

הרחבת

תחולה

החוק מדבר בעד עצמו, והקורא בו ידע כי אך מעט נדרש להסבר תוכנו ותכליתו. וכלשון דברי ההסבר להצעת

החוק (ה"ח לשנת תשנ"ז, 232):

"מטרתו של החוק המוצע לאסור בחוק הקמת אנדרטאות ומצבות זכרון לזכר רוצחים ומבצעי מעשי טרור רצחניים, החורגות ממצבה רגילה בבית קברות, וזאת על מנת למנוע הסתה ועידוד למעשים נפשעים."

הצעת החוק הועלתה בידי חבר הכנסת רן כהן מטעם ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת, ובהצגו את

ההצעה לפני הכנסת, בקריאה ראשונה, אמר ח"כ כהן דברים אלה (ישיבת הכנסת מיום 25.3.97):

"אדוני היושב ראש, החוק הזה בא בעקבות שני אירועי רצח נתעבים, האחד של ברוך גולדשטיין, שרצח כ-30 איש במערת-המכפלה ופצע למעלה מ-100, שחלקם הגדול נכים עד היום, והאירוע השני הוא הפיגוע באוטובוס מס' 4 בלבה של תל-אביב, על-ידי הרוצח הנתעב סלאח נזאל, מאחד היישובים בגדה המערבית. לזכר שניהם נעשו ניסיונות להקים אנדרטה, כדי שרוצחים נתעבים נוספים ילכו בדרכם.

האנדרטה לזכרו של גולדשטיין עומדת בכניסה לקרית-ארבע, בניגוד לרצונו של רוב עצום בעם, ולדעתי, גם בקריית-ארבע עצמה, ובכל זאת האנדרטה הזו עומדת שם ומשמשת מוקד לעלייה לרגל, לחינוך, להתלהמות, לקריאה לרצח ולמעשי טרור נוספים. אני לא בטוח שלא יהיו, כמו בעניין סלאח נזאל, עוד ניסיונות מהצד הערבי להקים אנדרטאות, כדי להאדיר את שמם של רוצחים נתעבים.

אדוני היושב-ראש, אני רוצה שיהיה ברור, אמרתי את זה ואני חוזר ואומר: לכל אדם, גם לרוצח נתעב, מגיע קבר, ולכל משפחה של רוצח מגיע קבר, כדי שתוכל לעלות אליו. אבל כאן לא מדובר על קבר ולא מדובר על מצבה רגילה. מדובר על אנדרטה מיוחדת, גדולה במיוחד, עם קריאה לעלות אליה כדי להתחנך ולחנך 'לחושך' האדם שקבור שם.

לכן אנחנו צריכים לעשות מעשה ולמנוע מצב שבארץ שלנו יוכלו להתקיים אתרים כאלה. עצם המקום וצורתו, ההשקעה בו והקריאה לעלות אליו, משמשים מוקד לחיקוי ולעלייה לרגל, על מנת ללכת בדרך הרוצח הקבור שם ולרצוח אנשים נוספים. ...

אדוני היושב-ראש, האנדרטה הזאת של ברוך גולדשטיין עוד זוכה לתהילה רבה, משום שהיא ממוקמת בצמוד לפארק, בכניסה לקריית-ארבע, פארק שמטפחת המועצה המקומית. העולים לרגל באים לפארק, לא רק לאנדרטה עם ספסלים, תאורה, שיש וכתובות. יש כאילו תחושה שהם מקבלים את ברכת הדרך להיות מה שהם. יש המוני עולים לרגל, לדאבני. הם עולים לשם ביחידים ובקבוצות, ביום ובלילה, בכל מיני שעות ובכל מיני הרכבים: צעירים, ילדים, נערים ומבוגרים, וכולם יוצאים משם עם רצון יותר גדול ללכת ולרצוח. "

דברים באותה רוח השמיענו חבר הכנסת סאלח טריף, יושב-ראש ועדת הפנים ואיכות הסביבה, בהציגו את

הצעת החוק לפני הכנסת לקריאה שניה ולקריאה שלישית (ישיבת הכנסת מיום 2.6.99):

" אני רוצה []להזכיר לחברי הכנסת שמה שקרה באותו יום נורא, ב- 25 בפברואר 1994, במערת המכפלה לא נמחק מהזיכרון ... אומנם לקבר זכאי כל אחד, אבל ... לא צריך להיות לו שום מקום שיהווה השראה או מקום עלייה לרגל של בני נוער שיקבלו שם חומר הסתה. זה מה שקרה באותו פארק ציבורי שליד הקבר. אנחנו צריכים למנוע את זה, וטוב עשה חבר הכנסת רן כהן שהביא את החוק הזה. עבדנו עליו זמן רב מאוד עד שהגענו עד הלום. ניסינו בשיא האחריות, בשיא הרגישות לתאם עם כל הגורמים, עם כל האנשים, אבל לדאבוננו נאלצנו להביא את העניין לחקיקה כדי לגמור עם הבעיה הנוראית שתקפה את כולנו."

ובמקום אחר:

"יש לציין כי הצעת חוק זו מתייחסת, בין היתר, לקומפלקס שנבנה סביב קברו של ברוך גולדשטיין בקריית-ארבע. לפיכך נכללת בהצעת חוק זו הוראה בסעיף 6 להצעה, כי שר הביטחון יורה למפקד כוחות צה"ל ביהודה, שומרון וחבל-עזה להסיר את הקומפלקס סביב קברו של ברוך גולדשטיין, וזאת לאור העובדה כי חוקי הכנסת אינם חלים באזורים אלה אלא בצו אלוף הפיקוד."

דומה כי אין צורך להוסיף, שהמוסיף יכול שיגרע. וניתן דעתנו לדבר: המחוקק מכיר, מכיר היטב, בזכותו של

אדם - של כל אדם - לדל"ת אמות של קבר. מטעם זה הורנו כי "מצבת זיכרון" אשר תוסר ממקומה - כהוראת

סעיף 3 לחוק - אינה כוללת לא את הקבר ולא את המצבה שעליו. ואולם, כדבריו של חבר הכנסת בנימין אלון בכנסת (בישיבת הכנסת מיום 2.6.99):

"כל מה שהוא מחוץ לקבר ולמצבה, אם יש בו מעין אנדרטה ואם הוא מיועד לזכרו של מי שעשה מבצע של מעשי טרור, הוא הרג חפים מפשע - צריך להסיר."

על הבחנה זו שבין קבר ומצבה לבין מצבת זכרון - שאחרונה תוסר וראשונה תישאר על תילה - עמד גם חבר הכנסת ניסן סלומינסקי, שאמר בכנסת דברים אלה (ישיבת הכנסת מיום 2.6.98):

"... כולנו חושבים שמי שמבצע מעשה טרור, וזה לא משנה אם זה נגד יהודים או נגד ערבים או נגד כל אחד אחר - זה דבר חמור מאין כמוהו, ואסור שמקום קבורתו ייהפך למקום עלייה לרגל וחגיגה. גם הסכמנו שבקבר עצמו לא נוגעים, מאחר שזה דין ישראל אנחנו לא נוגעים בקבר..."

המיתווה הנורמטיבי וענייננו-שלנו

9. ומכאן - לענייננו-שלנו. נבחן-נא את צו המפקד הצבאי על רקע החוק, ונשאל: האם ייגלה בו בצו המפקד הצבאי פגם או חסר כלשהם? התשובה לשאלה היא - כחזות פני הדברים - בשלילה. עיקר הוא בסעיף 3 לחוק, ולפיו יש להסיר ממקומה מצבת זכרון "שהקמתה מהווה עבירה לפי סעיף 4 לפקודת מניעת טרור, התש"ח 1948-". סעיף 4 לפקודת מניעת טרור קובע, בין השאר, כי:

"תמיכה באירגון טרוריסטי"

4. אדם -
(א) המפרסם, בכתב או בעל פה, דברי שבח, אהדה או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיומים במעשי-אלימות כאלה ...

.....

י'אשם בעבירה, ובצאתו חייב בד'ין, יהא צפוי לעונש מאסר עד שלוש שנים או לקנס ... או לשני העונשים גם יחד."

השאלה הנשאלת היא, איפוא, זו: האם יש בה באחוזת הקבר של גולדשטיין, באשר היא - במתכונתה דהיום, על הריצוף והמיבנים המיוחדים שבה - דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה האלימות של גולדשטיין? התשובה לשאלה טמונה בשאלה, והיא בחיוב. הפאר וההדר של האתר, על המיבנים שבו - בוודאי כך בתוספת הכיתוב על המצבה המתאר את גולדשטיין כ"קדוש", כ"זצוק"ל הי"ד", כמי ש"מסר נפשו למען עם ישראל תורתו וארצו" וכמי ש"נרצח על קידוש ה'" - כל אלה יש בהם, ובשפע, כדי לפרסם דברי שבח ואהדה לגולדשטיין האיש, וכמסקנה נדרשת מאליה - שבח, אהדה ועידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם, קרא: למעשים כמעשיו של גולדשטיין. נדע מכאן, כי כל אותם מיבנים שהמפקד הצבאי הורה על הסרתם - הריצוף, הברזיה, הארונות, המנורות - הינם, אמנם, "מצבת זכרון" שעל-פי הוראת סעיף 3 לחוק יש להסירה ממקומה. אכן, החוק אינו חל מעצמו באזור, והוראת סעיף 3 לחוק אינה ישימה במישרין על אחוזת הקבר של גולדשטיין. ואולם, כדבר סעיף 6 לחוק וכאמור במכתב מיום 1.7.98, הורה שר הביטחון את מפקד האזור "להורות על הסרת מצבות זכרון שהוקמו באזור ושהקמתן מהווה עבירה כאמור בסעיף 3". נמצא לנו, איפוא, כי על פני הדברים, למיצער, אין פגם בצו המפקד הצבאי, לא מצידו הפורמלי ולא מצידו המהותי.

10. בא-כוח העותרים אינו משלים עם מסקנה-לכאורה זו, ובפיו כמה וכמה טענות שלגירסתו יש בהן כדי לקעקע את תשתיתו של צו המפקד הצבאי. נקרב איפוא מבטנו אל טענות אלו ונבחן אותן לגופן, אחת לאחת.

11. ראשית לכל משיגים העותרים על החוק גופו, שלטענתם אין הוא עומד במיבחי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ומשאין הוא עומד במיבחים אלה, ממילא בטל הוא ומבוטל. ומדוע נכשל הוא במיבחי חוק היסוד, אלא שלטענת העותרים פוגע החוק בכבודו של המת ובכבוד משפחתו במידה העולה על הנדרש. ובלשונם: "העותרים יטענו כי חקיקה שתכליתה גרימה של 'קבורת חמור' בדרך המבזה את המת ואת בני משפחתו, הינה חורגת במידה בלתי סבירה מערכי היסוד של החברה בישראל, המכבדת כל מת באשר הוא."

טענה זו יפה וראוי היה לה שלא נטענה משנטענה. אכן, כבוד האדם - כבוד החי וכבוד המת - עיקרי-יסוד הם במשפטנו, והרי גם החוק וגם ההלכה הכירו, וחזרו והכירו - לא אחת ולא שתיים - בחובה הקטיגורית המוטלת עלינו להכיר בהם כבני-תוקף במשפט הנוהג. כך בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וכך בהלכה; ראו, למשל: בג"ץ 6126/94, 6143 גיורא סנש נ' רשות השידור (טרם פורסם); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464; ע"א 6024/97 פרדריקה שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ (טרם פורסם) והאסמכתאות הרבות הנזכרות בהם. אף החוק, הוא עצמו, מכיר בכבוד המת, בקובעו - במפורש - כי תוסר ממקומה "מצבת זכרון", וכי "מצבת זכרון" היא "למעט הקבר והמצבה שעליו". החוק אוסר

על הקמתה - ומורה על הסרתה - של אנדרטה לזכר מבצע מעשה טרור, אך לא על הקמתו של קבר ולא על הצבתה של מצבה-על-קבר. האמנם זכות-יסוד היא לאדם כי תוצב על קיברו אנדרטה-של-כבוד, כי יזכר במצבת-זכרון מפוארת? גם חברי הכנסת עמדו על-כך - ובמפורש - לעת הדין בכנסת. כך, למשל, אמר חבר הכנסת רן כהן, יוזם החוק, לעת הציגו את הצעת החוק לפני הכנסת (ישיבת הכנסת מיום 25.3.97), וכבר קראנו דברים אלה למעלה:

"אדוני היושב-ראש, אני רוצה שיהיה ברור, אמרתי את זה ואני חוזר ואומר: לכל אדם, מגיע קבר, ולכל משפחה של רוצח מגיע קבר, כדי שתוכל לעלות אליו. אבל כאן לא מדובר על קבר ולא מדובר על מצבה רגילה. מדובר על אנדרטה מיוחדת, גדולה במיוחד, מפוארת במיוחד, עם קריאה לעלות אליה כדי להתחנך ולחנך 'לחושך' האדם שקבור שם."

אכן, צו המפקד הצבאי אומר להסיר את הקומפלקס שסביב הקבר, ולא נמצא לנו כי צו זה פוגע בכבוד המת בכל דרך שהיא. ראוי כי נזכור, נזכור ולא נשכח - בראש ובראשונה - את כבודם של עשרים ותשעה האנשים שגולדשטיין נטל את נפשם. האם מכבדים אנו את זיכרם על דרך הקמת אנדרטה מפוארת למי שקיפח את חייהם? ראו עוד והשוו: בג"ץ 4763/97 חכים נ' המועצה המקומית מזכרת בתיה (טרם פורסם).

12. סעיף 4 לחוק מסמיך את שר הפנים להתקין תקנות לביצועו, אלא ששר הפנים טרם התקין תקנות ביצוע כסמכותו. על רקע דברים אלה טוענים העותרים כך: בהיעדר תקנות ביצוע אין החוק ניתן להפעלה, וממילא נעדר היה המפקד הצבאי סמכות להורות את שהורה. טענה זו אין בה ממש. אכן, יש שחוק תולה את ביצועו בתקנות שתותקנה מכוחו, ובאין תקנות אין החוק ניתן לביצוע. ראו, למשל: בג"ץ 303,313/63 הרמתי נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד יח(2) 356; בג"ץ 129/59 לנגה נ' שר המשפטים, פ"ד יג 2138; ברכה, משפט מינהלי (תשמ"ז1986-, כרך ראשון) 184-185, ה"ש 15. ויש שחוק ניתן לביצוע אף באין תקנות ביצוע שהותקנו מכוחו. התשובה לשאלה אם באין תקנות ביצוע ניתן חוק פלוני - או אין הוא ניתן - לביצוע, טמונה בראש ובראשונה בניסוחו של החוק, אם תולה הוא עצמו אם לאו בהתקנתן של תקנות ביצוע. ראו, למשל: ד"ר ה' קלינגהופר, "שלטון החוק וחקיקת משנה", הד המשפט (תשי"ז1957-) 202, 222, 224:

"השאלה אם ובאיזו מידה אי-שימוש בסמכות של חקיקת משנה עשוי לגרום לחוסר אפשרות לבצע את החוק או הוראות מסויימות אשר בו, תלויה בנוסחו של החוק ובמה שמשמע ממנו. בדרך כלל ניתן לומר כי אי-התקנת תקנות מסוג תקנות-ביצוע לא יהיה בה כדי להביא לידי עיכוב בהפעלת החוק עצמו. הרי יש והמינהל נמנע מלהשתמש בסמכותו להתקין תקנות-ביצוע ובכל זאת לא התעורר ולא הורגש כל קושי באשר לביצוע החוק."

אשר לענייננו: החוק ניתן לביצוע אף באין תקנות, אלא שבביצועו שומה עליה על הרשות לשמור ולהקפיד, כמובן, על קיומן של חובות מן-ההלכה, כגון חובת שמיעתו של הצד העלול להיפגע. חובת השמיעה (כמשל) קויימה במלואה בענייננו, ולא שמענו על חובת-הלכה אחרת שלא קויימה.

ואולם, גם אם אמרנו כי החוק אינו ניתן לביצוע באין תקנות שהתקין שר הפנים, אין בכך כדי להעלות או להוריד לענייננו-שלנו. תקנות כי יתקין שר הפנים, חלותן של אותן תקנות תהיה בתחומי מדינת ישראל בלבד - בתחומיה של המדינה ולא באזור. משידענו כך, נעמוד ונשאל: מה-לי תקנות שהותקנו מה-לי תקנות שלא הותקנו, והרי ממילא תקנות אלו לא תחולנה באזור. מכאן: אי-התקנת תקנות אין בה כדי להעלות או להוריד לעניין ביצועו של החוק באיזור. בין כך ובין אחרת, החלטתו של החוק בתחומי יהודה, שומרון וחבל עזה עומדת לעצמה ואין היא תלויה בביצועו של החוק בתחומי ישראל. סעיף 6 לחוק מסמיך את שר הביטחון להורות את מפקד האזור להורות על הסרת מצבות זכרון שהקמתן מהווה עבירה כאמור בסעיף 3 לחוק, וצירופן של שתי הוראות חוק אלו זו-אל-זו (ונספח אליהן סעיף ההגדרות) יוצר קומפלקס עצמאי החי את חייו אף בנפרד משאר הוראות החוק. הסמכתו של שר הפנים להתקין תקנות אין היא נוגעת כלל לאזור, ומסקנה נדרשת מאליה היא שאי התקנת תקנות - כמוה כהתקנת תקנות - כזו-כזו השתיים אינן משפיעות לא על סמכותו של שר הביטחון להורות את מפקד האזור ולא על סמכותו של מפקד האזור להורות על הסרת מצבות זכרון מסויימות; והכל כהוראת סעיף 6 לחוק.

13. מוסיפים העותרים וטוענים, כי אותם מיבנים ואותו ריצוף-סביב-הקבר שהמפקד הצבאי הורה על הסרתם, אינם כלל "מצבת זכרון" כהוראתה בחוק, ומכאן שלא היה זה בסמכות שר הביטחון להורות את מפקד האזור - ולא היה זה מסמכותו של מפקד האזור - להורות את שהורו. ומדוע כך? טוענים העותרים: מצבת זכרון משמעה אנדרטה, גלעד, שכמותם פזורים בכל רחבי הארץ; ואילו ריצוף הסמוך לקבר, וכמותו ארון ספרים, ברזיה ומתקן לנרות אינם כלל מצבת זכרון אלא "מתקנים המצויים בכל בית קברות יהודי...".

טענה זו לא ירדתי לחיקרה. המושג "מצבת זכרון" - כהוראתו בסעיף 1 לחוק - מוגדר כמצבת זכרון "למעט הקבר והמצבה שעליו". המושג מצבת זכרון נועד איפוא, מעיקרו, לזיכרו של נפטר, ופורש הוא עצמו על משהו שהוא לבר הקבר והמצבה שעליו. השאלה אם מיבנה פלוני הינו "מצבת זכרון", אם לאו, הינה שאלה-שבעובדה והכרעה-שבהתרשמות, ובענייננו-שלנו אין ספק כי כל שמפקד האזור הורה על הסרתו - כל שניבנה והותקן סביב הקבר - הינו מצבת זכרון לכל דבר ועניין. המושג "מצבת זכרון" יש לפרשו, כמקובל, פירוש תכליתי, וביודענו את תכלית החוק אין ספק קל בדעתנו כי מפקד האזור ציווה על הסרתה של "מצבת זכרון".

המיתקנים והריצוף סביב הקבר, מתוך זיקתם אלה-אל-אלה ואל הקבר, כולם יחד הינם מצבת זכרון לזיכרו של גולדשטיין.

14. עוד טוענים העותרים, שהקביעה המשתמעת מתוך צו המפקד הצבאי - כי גולדשטיין היה בגדר "מבצע מעשה טרור" - "אינה נסמכת על מימצאים שנקבעו בידי בית-משפט מוסמך...", ומכאן שצו ההסרה אינו חוקי. טענה זו מוזרה, בתיתנו דעתנו לדו"ח המקיף ולמימצאיה של ועדת החקירה. גם נתקשינו להבין את טענת העותרים על דבר הצורך, כביכול, בהכרעת בית-משפט. וכי מי לדעת העותרים אמור היה לעמוד לדין כדי שבית-משפט יקבע את שלטענת העותרים אמור הוא לקבוע? אכן, אין ספק שניתן להוציא צו הסרת מצבת הזכרון על יסוד ראיות מינהליות כשרות ותוך שמירת כללי הצדק הטבעי; ראיות מינהליות כשרות היו בענייננו למכביר, וכללי הצדק הטבעי נשמרו בקפדנות. יתר-על-כן: אין ספק שהכנסת נתכוונה להחיל את החוק על מצבת הזכרון של גולדשטיין - הדבר נזכר שוב ושוב בנאומיהם של חברי הכנסת - והטענה כי החוק אינו חל על מצבת זכרון זו יש לדחותה מכל-וכל.

15. עוד טוענים העותרים - זו הפעם לעניין ביטול היתר הבניה - כי הרשות המוסמכת לא היתה רשאית לחזור בה מהיתר הבניה שנתנה. טענה זו נתקשינו להבין. החוק בגופו מורה על הסרתן של מצבות זכרון מסוימות, ואין הוא תולה עצמו כלל בשאלה אם ניתן ואם לא ניתן היתר בניה להקמתה של מצבת זכרון פלונית. מבחינתו של החוק, שאלה זו הינה בלתי רלבנטית בעליל. אכן, רק כך ניתן למלא תוכן את הוראת סעיף 5 לחוק, ולפיו "הוראות חוק זה יחולו גם על מצבות זכרון שהוקמו לפני תחילתו של חוק זה", קרא: מצבות זכרון כהוראת סעיף 3 לחוק תוסרנה ממקומן בין אם ניתן היתר להקמתן ובין אם לא ניתן היתר להקמתן. כך הוא החוק בגופו, וכמותו היא סמכותו של מפקד האזור להורות על הסרת מצבת זכרון בין אם ניתן ובין אם לא ניתן היתר בניה להקמתה.

ולענייננו: סמכותו של מפקד האזור עומדת לו להורות על הסרת מצבת זכרון, גם אם ניתן היתר לבנותה; ומשמורת מצבת הזכרון ממקומה, נותר לעצמו אך היתר הבניה שניתן להקמתה. בנסיבות אלו יחול הכלל הרגיל, והוא: הפה שהתיר הוא הפה שיאסור, לאמור: הכלל המקובל במשפט המינהלי ולפיו מוסמכת היא רשות שנתנה היתר לבטל אותו היתר מטעמים ראויים ותוך שימת-לב לזכויות שנרכשו מאז ניתן ההיתר. ראו, למשל: בג"ץ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי יריה, פ"ד (1) 317; בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז ת"א, פ"ד מ(2) 397, 401. היש ספק כי בענייננו-שלנו רשאית היא הרשות לחזור בה מהיתר הבניה שנתנה? אכן, לא זו בלבד שרשות המוסמכת ליתן היתר או רשיון מוסמכת - על דרך העיקרון - אף לבטל או להשעות היתר או רשיון שנתנה, אלא שבענייננו קמו ונתייצבו נסיבות המצדיקות את ביטול היתר הבניה. גם

אם מלכתחילה סברה הרשות כי אין רע בהענקת היתר בניה לכל אותם מיתקנים סביב הקבר - ונזכור כי ההיתר הוענק למיקצת מן הבניה רק בדיעבד - הנה לאחר שאחוזת הקבר הפכה להיותה מוקד משיכה מסוכן לעליה לרגל - ובלשונו של אלוף-מישנה פוליטיס, במכתבו מיום 1 באוקטובר 1998: "לחזיון העוועים המאפיין היום את מצבת הזיכרון" - רשאית היתה הרשות לשקול בשנית את החלטתה. יתר-על-כן: מה טעם בקיומו של היתר הבניה אם בניה על-פיו תביא להורייה על הריסה בשנית? אין זאת אלא שבנסיבותיו המיוחדות של ענייננו מתרוקן ההיתר - כמו מעצמו - מכל תוכן, וממילא אין כל מניעה שהרשות תבטלו, ולו כדי להסיר מכשלה לעתיד.

16. אשר לקיר-החציצה שהמשיבים מבקשים להקים בין הקבר לבין הפארק, תמהני מה זכות יש להם לעותרים למנוע את המשיבים מְקַיִם את רצונם. הקרקע היא קרקע הציבור, השטח נתפש זה-מכבר לצרכים צבאיים, ולא שמענו על מניעה כלשהי הניצבת על דרכם של המשיבים - לא מצד הדין ולא מכל צד אחר - לבנות אותו קיר-מחיצה שהם מבקשים לבנות. שלא כטענתם, איש לא ימנע את העותרים מעלות על קבר בנם, והקיר כשהוא לעצמו לא יחסום את דרכם להגיע אל הקבר.

17. דבר אחרון. דיברנו כל העת בסמכותו - שמא נאמר: בחובתו - של מפקד האיזור להורות על הסרתה של מצבת הזיכרון על-פי חוק איסור מצבות. ואולם מפקד האזור פעל, כאמור במכתב שנשלח אל העותרים ביום 1.7.98, גם על-פי "יתר סמכויותיו על פי דין ותחיקת ביטחון". ואמנם, נראה כי בתיתנו דעתנו לאשר אירע ברחבת הקבר מאז הוקמה, קנה מפקד האיזור סמכות להורות על הסרת המיתקנים גם על-פי סמכויותיו העצמאיות כמפקד האיזור. השליטה באיזור נתונה למפקד הצבאי והוא הנושא באחריות לסדר הציבורי ולמימשל התקין: בג"ץ 619/78 "אל-טליעה" שבועון נ' שר הבטחון, פ"ד לג(3), 505, 510. עיקר-העיקרים בשטח שנתפס בתפישת-לוחמה - נורמת-העל - הוא בהבטחת הסדר וביטחון הציבור. ה-"public order" כלשונה של תקנה 43 לתקנות האג משנת 1907:

"The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore and ensure, as far as possible, public order and civil life, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country"

"מפקד האזור נושא באחריות לביטחון ולסדר הציבורי באיזור, אשר עליו הוא מופקד ... קיום הסדר והביטחון ושמירתו הלכה למעשה הם, לפי המשפט הבינלאומי הפומבי, מתפקידיו המרכזיים של המימשל הצבאי": בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2), 529, 539. ראו עוד: בג"ץ 24/91

תימרוז נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מה(2) 325. הוראה זו מטילה על המפקד הצבאי אחריות להשלטת סדר בשטח המוחזק ו"לקדם את פני הסכנות הנשקפות מתוך שטח זה לשטח המוחזק עצמו ולמדינה עצמה": בג"ץ 606,610/78 אויב נ' שר הבטחון, פ"ד לג(2) 113, 117. הוראת סעיף 43 הינה הוראת-מיסגרת, והמיסגרת תימלא תוכן על-פי עקרון היסוד. וכלשונו של השופט ברק בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלעתאוניה אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה ושומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 798:

"מטבע הדברים שתקנה 43 קובעת אך נוסחה כללית, ואין בה כל פירוט של פתרונות ספציפיים לבעיות קונקרטיות... עלינו איפוא לצקת תוכן ממשי להוראתה הכללית של התקנה, וזאת על רקע הפארמטרים המשפטיים העקרוניים, התוחמים את גבולות הסמכות של הממשל הצבאי."

מכאן: המפקד הצבאי מופקד על קיום הסדר הציבורי והביטחון, והאמצעים שינקוט בהם ייגזרו מן הנסיבות בשטח. נדע מכאן, כי "היקפם של הצעדים הננקטים ליישום של אינטרס מהותי זה [לשמירה על בטחון כוחות צה"ל והתושבים] ושיעורם, הם פועל יוצא של הצורך למנוע פשיעה, אנרכיה וסיכון חיי אדם": בג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626, 638. שיקול הדעת למפקד הצבאי ניתן באלו אמצעים ינקוט, והגם שהחלטותיו ניתנות, כעיקרון, לביקורת בית-המשפט, לא יטה בית המשפט להתערב בשיקוליו. ראו: בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נ(1) 353, 368; בג"ץ 369/79 פרופ' טבגר בן ציון נ' מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(1) 145, 147; בג"ץ 72/86 חסן זלום נ' המפקד הצבאי לאיזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1) 528, 532. בכלל האמצעים שרשאי הוא המפקד הצבאי לנקוט בהם, כלול האמצעי של הריסת מיבנים, הגם שהמפקד לא ימהר לעשות שימוש בסמכות כה דרסטית שבידו. ראו עוד והשוו: פרשת תימרוז; בג"ץ 401/88 מחמד אבו ריאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(2) 767; בג"ץ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח, שם. חייב שיהיה "יחס סביר בין המטרה הצבאית לבין הפעולה הננקטת" (פרשת תימרוז, 335), והאמצעי הננקט חייב "להתאים לגודל הסכנה תוך התחשבות בסיכוי התרחשותה" (פרשת זלום, לעיל). למותר לומר כי עוצמת זכותו של הנפגע-בכוח תקרין על סבירות פעילותו של המפקד.

בעניינינו-שלנו, דומה כי האירועים סביב אחזת הקבר של גולדשטיין נתנו סמכות בידיו של המפקד הצבאי להורות על הסרת המיתקנים שסביב לקבר. אחזת הקבר במתכונתה דהיום מהווה מוקד סכנה להתפרצויות אלימות, ואחריותו של המפקד היא לשמור על השקט ועל שלום הציבור.

הערה לסיום

18. לסיום נעיר הערה זו: העותרים, הוריו של גולדשטיין, כתבו אל בית-המשפט - בהסכמתנו - מכתב-של-הורים, ובדבריהם חוזרים הם על מיקצת מן הטענות שהעלה בא-כוחם לפנינו. באותו מכתב טוענים העותרים כי הסכימו עד-כה לפשרות עוד ועוד, ולקראת סיום המכתב כותבים הם כי נכונים הם להסכים להקמתו של קיר-מחיצה ואולם אין הם נכונים לכל פשרה אחרת. ובלשונם (ההדגשה במקור):

“Now, in a final effort to obtain closure and put an end to our family’s ongoing heartache, **we are prepared to make an additional and final compromise**. That is, if this will at long last put the matter to rest once and for all, we are prepared to erect a wall which will separate the gravesite from the park nearby in a respectful manner.

Please understand that we can go no further.”

מטעמים שהיסברנו באריכות לא נוכל להיענות לבקשת ההורים. נוסף ונאמר אך זאת, כי להתרשמותנו היה זה דווקא מפקד האיזור שביקש והסכים להידבר עם העותרים שוב ושוב, אלא שאלה לא שיתפו עימו פעולה כראוי ולסופם של דברים אף עתרו לבית-המשפט בעתירתם הנוכחית.

כללם של דברים

19. סוף דבר: אנו מחליטים לבטל את הצו על תנאי ולדחות את העתירה. בנסיבות העניין לא נעשה צו להוצאות.

שׁוֹפֵט

המשנה לנשיא ש' לזין:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

השופטת ד' ביניש:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט מ' חשין.

היום, ה' בכסלו התש"ס (14.11.99).

שופטת

שופט

משנה לנשיא

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
G13.98061950