בית המשפט העליון

תקציר פסק הדין בדנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון נ' עליאן

תמצית פסק הדין

בית המשפט העליון קבע היום בהרכב מורחב של שבעה שופטים (בדעת רוב) כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא ומתן.

בכך, הפך בית המשפט העליון בדיון נוסף את פסק הדין שניתן בעניין זה ביום 14.12.2017 בבג"ץ 4466/16 , על ידי השופט (בדימוס) י' דנציגר בהסכמת השופט ג' קרא וכנגד דעתו החולקת של השופט נ' הנדל.

פסק הדין בדיון הנוסף נכתב על ידי הנשיאה א' חיות, אליה הצטרפו השופטים נ' הנדל, י' עמית ו-נ' סולברג, כנגד דעתם החולקת של השופטים ע' פוגלמן, ד' ברק-ארז ו-ג' קרא.

תאריך מתן פסק הדין: 9.9.2019

שופטי ההרכב: הנשיאה א' חיות והשופטים נ' הנדל, ע' פוגלמן, י' עמית, נ' סולברג, ד' ברק-ארז ו-ג' קרא

העותר: מדינת ישראל

המשיבים: מוחמד עליאן ו-12 אחרים

רקע: ביום 14.12.2017 ניתן פסק הדין בבג"ץ 4466/16 הנ"ל ובו נקבע כי תקנה 133(3) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 אינה מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא ומתן וכי ככל שהמדינה חפצה להוסיף ולעשות כן עליה להסדיר את הנושא בחוק מתאים שתחוקק הכנסת. את העתירה הגישו בני משפחה של שישה מחבלים שגופותיהם מוחזקות על ידי מדינת ישראל.

בחודש דצמבר 2018 קיבלה הנשיאה א' חיות את בקשת המדינה והורתה על קיום דיון נוסף בפסק הדין בפני מותב של שבעה שופטים. עוד הורתה הנשיאה כי ביצוע פסק הדין יעוכב עד להכרעה בדיון הנוסף.

<u>עיקרי פסק הדין בדיון הנוסף</u>

נפסק כי תקנה 133(3) לתקנות היא חלק מהדין הפנימי התקף במדינת ישראל וכן באזור יהודה ושומרון. עוד נפסק כי אחת התכליות שאותה מיועדת להגשים הסמכות המוקנית למפקד הצבאי בתקנה זו, היא הגנה על בטחון המדינה. הגנה זו משמעותה, בין היתר, חתירה נמשכת ונחושה להשבת חללי וחיילי צה"ל ואזרחי ישראל המוחזקים בידי ארגוני הטרור, הביתה. מתוך תכלית זו, כך נפסק, נגזרת המסקנה הפרשנית ולפיה יש בידי המפקד הצבאי הסמכות להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא ומתן עם ארגוני הטרור. בית המשפט ציין כי משהפעלתה של סמכות זו כרוכה במידה של פגיעה בכבוד המת ובכבוד משפחתו, יש לתחום ולגדור את הסמכות ולהפעילה במגבלות ובאיזונים מתאימים כמפורט, בין היתר, בחוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה משנת 2004.

עוד נפסק כי הדין הבינלאומי אינו מסתייג מהחזקת גופות במסגרת עימות מזוין וכי בניגוד לעמדה שביטאה דעת הרוב בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, אין בדין הבינלאומי עיגון לקושי משפטי הגלום בפרקטיקה זו.

השופטים נ' הנדל, י' עמית ו-נ' סולברג הסכימו לפסק-דינה של הנשיאה.

השופטים ע' פוגלמן, ד' ברק-ארז ו-ג' קרא סברו (בדעת מיעוט) כי תקנה 133(3) לתקנות אינה מסמיכה במפורש את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצרכי משא ומתן, ולכן נדרשת לצורך כך חקיקה כפי שנקבע בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. השופטת ברק-ארז סברה עם זאת בעמדת ביניים כי יש להבחין בהקשר זה בין מחבלים תושבי עזה שאת גופותיהם ניתן, לגישתה, להחזיק לצרכי משא ומתן גם לא מכוח חקיקה ספציפית, על-פי הדין הבינלאומי, וזאת בשונה מגופות של תושבי אזור יהודה ושומרון או תושבי ואזרחי מדינת ישראל.