

- העותרים :**
1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
 2. קאנון - LAW - הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם והסביבה

כולם ע"י ב"כ עוה"ד ג'מיל דקואר ו/או חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן
ו/או מרואן דלאל ו/או מוראד אל-סאנע ו/או סוהאד בשארה;
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל; ת.ד.
520, שפרעם 20200 טל': 9501610-04 פקס: 9503140-04 נייד:
852552-052

- נ ג ד -

המשיב: מפקד כוחות צה"ל באיזור הגדה המערבית
לשכת אלוף פקמ"ז 64, ד"צ 02367, צה"ל

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן צו על תנאי, המורה למשיב לבוא וליתן טעם כדלקמן:

1. מדוע לא להימנע מהבאתם לקבורה המונית של הרוגים פלסטינים במחנה הפליטים ג'נין ובאזור בקעת הירדן;
2. מדוע לא לאפשר לצוותים רפואיים של הסהר האדום והצלב האדום להגיע אל מחנה הפליטים ג'נין על מנת לפנות גופות של הרוגים פלסטינים לבתי חולים;
3. מדוע לא לאפשר לבני משפחות ההרוגים במחנה הפליטים ג'נין להביאם לקבורה מהירה, נאותה ומכובדת;
4. מדוע לא יאפשר הבאת הרוגים פלסטינים לקבורה מהירה באזורים הנתונים תחת עוצר מלא ובשליטת כוחות הצבא וימנע מלנקוט בשיטת עיכוב הבאת הרוגים לקבורה מהירה, נאותה ומכובדת בנוכחות בני משפחתם;

בקשה להוצאת צו ביניים ולקיום דיון דחוף ביותר

1. עתירה זו עניינה מדיניות כוחות הצבא באזור מחנה הפליטים ג'נין אשר לפיה גופות של לוחמים חמושים שנהרגו בלחימה מובאים לקבורה המונית במחנה הפליטים ג'נין וכן בבקעת הירדן. מדובר בפגיעה קשה, אנושה ומוחלטת בזכותם של הרוגים פלסטינים שנפגעו כתוצאה מפעולות הצבא באזור מחנה הפליטים ג'נין לקבורה מהירה, מכובדת ונאותה. בשבוע האחרון נמנעה האפשרות להביא לקבורה מכובדת הרוגים שנותרו ימים

רבים ברחובות מחנה הפליטים ג'נין ואף מתחת להריסות הבתים שנהרסו על יושביהם. מאות הרוגים נותרו ברחובות ללא שניתן לבני משפחותיהם או לכוחות הצלב האדום ולצוותים רפואיים לפנותם ולהביאם לקבורה אנושית ומכובדת.

2. על פי מידע שהגיע אל העותרות מכמה מקורות במחנה הפליטים ג'נין, ואשר אומת על ידי דיווחים עיתונאיים עולה, כי כוחות הצבא במחנה הפליטים ג'נין החלו לאסוף את גופות ההרוגים ולקבור אותם בקבורה המונית באמצעות דחפורים צבאיים. עשרות גופות כבר נקברו בקברי אחים המוניים וכוחות הצבא ממשיכים לקבור גופות אחרות ללא שהגופות זוהו ומבלי לאפשר לגופים בינלאומיים להגיע לאזור במטרה לפעול לפינוי הגופות וזיהוין בטרם הבאתם לקבורה מכובדת ונאותה.

3. **היום (יום ו' 12.4.02) דווח במהדורת האינטרנט של עיתון "הארץ" על ידי העיתונאים ענת ציגלמן, עמוס הראל ועמירה הס, כי "צה"ל מתכוון לקבור היום את גופות ההרוגים הפלשתינאים במחנה. לפי הערכות, בקרבות נהרגו כ-200 פלשתינאים, אך לא ידוע כמה מהגופות אפשר לפנות. מקורות צבאיים אמרו שצה"ל טרם עשה דבר לקבורת גופות. לדבריהם, הבוקר יעברו במחנה שתי פלוגות חי"ר ואנשי הרבנות הצבאית לאסוף את הגופות – הרוגים שיזוהו כאזרחים יועברו לבית החולים בג'נין ואחר-כך לקבורה, ואלו שיזוהו על ידי צה"ל כמחבלים ייקברו בבית קברות מיוחד בבקעת הירדן."**

העתק מכתבת מהודרת האינטרנט של עיתון "הארץ" מצורפת לעתירה ומסומנת באות ע/1.

4. מדיניות המשיב למנוע ולעכב הבאת הרוגים, אזרחים ולוחמים פלסטינים כאחד, לקבורה מכובדת ונאותה לא פסחה על מחנה הפליטים ג'נין אלא החלה עם כיבושם מחדש של שטחי הרשות הפלסטינית על ידי כוחות הצבא.

5. ביום ג' 2.4.02 משפחת עאבדה מבית לחם איבדה שניים מבני המשפחה כתוצאה מהפגזה של טנקים ישראלים במקום: האם סומיה עאבדה בת 62 ובנה אבראהים עאבדה בן 36. גופותיהם נותרו בבית המשפחה בבית לחם, שכן אזור מגורי המשפחה היה נתון תחת עוצר שעליו הכריזו כוחות הצבא שאינם מאפשרים לתושבים לצאת מבתיהם. רק כעבור יומיים ולאחר שצילומי ההרוגים בביתם התפרסמו באמצעי התקשורת התאפשרה העברת הגופות לבית החולים בבית לחם.

6. ביום א' 1.4.02 נטמנו בקבר אחים בחצרו של בית חולים הממשלתי ברמאללה גופותיהם של 28 הרוגים וזאת לאחר שחדר המתים התמלא בגופות וכוחות הצבא מנעו את הבאתם לקבורה בבית הקברות הסמוך לבית החולים. למותר לציין, כי פנייתה של העותרת 2 למחלקת הבג"צים בעניין הזה לא קיבלה כל התייחסות ותשובה.

7. סירוב המשיב לאפשר לבני משפחות ההרוגים הפלסטינים להביאם לקבורה מהירה ומכובדת גורמת לפגיעה אנושה בזכותם החוקתית של המתים לכבוד. פגיעה זו מגיעה כדי חילול כבודם כמתים הראויים ליחס של כבוד מינימאלי אחרון. זאת ועוד, סירוב המשיב להביא את ההרוגים לקבורה מהירה משפיל את בני משפחותיהם ופוגע במידה העולה על הנדרש בזכויות היסוד שלהם כבני אדם הזכאים להביא את יקיריהם לקבורה אנושית ולהתאבל על מותם.

8. סירוב המשיב להביא את ההרוגים לקבורה מהירה ומכובדת אינו פרופורציונלי לחלוטין, הוא מהווה אקט שרירותי הנשען על גישה נקמנית חסרת כל רגש אנושי וללא כל הצדקה מבחינה בטחונית, שכן הלחימה באזור מחנה הפליטים ג'נין דעכה אם לא נאמר פסקה לחלוטין. מדובר במדיניות השפלה פסולה וחסרת כל תקדים שאינה מסתפקת בפגיעה האנושה בזכות המתים לכבוד לאחר שאיבדו את חייהם אלא היא נועדה להענישם בפעם השניה ובכך לשלוח מסר שלפיו הפלסטינים הנהרגים כתוצאה מפעולות הצבא לא יזכו לכבוד האחרון מצד בני משפחותיהם, חבריהם ומוכירי זכרם.

9. אשר על כן, בשל חומרת הפגיעה המגיעה כדי פגיעה מוחלטת בכבודם של ההרוגים ובזכויות בני משפחותיהם מתבקש בית המשפט להוציא צו ביניים שימנע פינוי גופות של הרוגים ולקיים דיון דחוף ביותר עוד במהלך סוף השבוע, שכן אחרת העתירה וצו הביניים לא יהיה בהם עוד כדי למנוע את הבאתם של ההרוגים לקבורה המונית.

ואלה נימוקי העתירה:

העותרים

העותר מס' 1 הינו ארגון זכויות אדם הפועל במישור המשפטי לקידום זכויות המיעוט הערבי בישראל.

העותרת מס' 2 הינה עמותה הרשומה כדין הפועלת למען הגנה על זכויות האדם והסביבה בגדה המערבית.

פניות העותרת

א. ביום 12.4.02 פנה הח"מ בשם העותרים אל עו"ד ערן הלמן ממחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה ודרש את התערבותו המיידית בכדי לאפשר פינוי גופותיהם של הרוגים לבתי חולים ומשם לקבורה מכובדת ונאותה. כמו כן, הפניה כללה דרישה למנוע את הבאתם לקבורה של ההרוגים הפלסטינים בקבורה המונית ומחוץ לאזור מחנה הפליטים ג'נין. למותר לציין, כי העתק מהפנייה למחלקת הבג"צים נשלח בפקס ליועץ המשפטי של המשיב, עו"ד פוליטיס. פניות אלה לא נענו כלל.
העתק מפניית העותרים מצ"ב ומסומנת כנספח ע/2.

ב. יצויין, כי כבר בימים 5.4.02 ובתאריך 7.4.02 פנתה העותרת 2 אל מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה וביקשה את התערבותה המיידית בכדי לאפשר פינוי פצועים והבאה לקבורה של הרוגים פלסטינים באזור שכס וגנין, אך דבר לא נעשה והרוגים רבים נקברו בקברי אחים ופצועים רבים איבדו את חייהם בהעדר טיפול רפואי מהיר.

העתק מפניית העותרת מיום 7.4.02 מצורפת לעתירה ומסומנת כנספח ע/3.

החלק המשפטי

10. בעתירות קודמות דומות שהוגשה בתחילת שבוע זה, בעניין מניעת פינוי פצועים לקבלת טיפול רפואי וכן מניעת פינוי גופות והבאתם לבתי חולים ומשם לקבורה תי קבורות, קבעה כב' השופטת דורנר:

"באין אפשרות להתייחס לאירועים הספציפיים המוזכרים בעתירות, שעל-פניהם נראים קשים, רואים אנו להדגיש כי כוחותינו הלוחמים מחויבים לקיים את הכללים ההומניטריים הנוגעים לטיפול בפצועים, בחולים ובגופות הרוגים. השימוש לרעה שנעשה בצוותים רפואיים בבתי-חולים ובאמבולנסים מחייב את צה"ל לפעול למניעת פעילות כזאת, אך כשלעצמו אינו מתיר הפרה גורפת של הכללים ההומניטריים. ואכן, זוהי גם עמדתה המוצהרת של המדינה. עמדה זו מתבקשת לא רק מן המשפט הבינלאומי, שעליו מסתמכים העותרים, אלא גם מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מחויבות זו של כוחותינו, על ביסוסה המשפטי והמוסרי - ולדברי המדינה אף התועלתני - יש לחזור ולהציג בפני הכוחות הלוחמים עד לדרג של החייל הבודד בשטח, תוך מתן הנחיות קונקרטיות, שימנעו, ככל הניתן אף במצבים קשים, פעילות שאינה מתיישבת עם כללי הסיוע ההומניטרי."

ראו: בג"צ 2936/02 עמותת רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, טרם פורסם, ניתן ביום 8.4.02.

11. המשיב מפר את התחייבותו שניתנה בפני בית משפט נכבד זה, להימנע מהפרת המשפט ההומניטרי וגורם לביזיון בית המשפט הנכבד בזמן שהמצב באזור מחנה הפליטים ג'נין אינו כפי שהיה בזמן שהוגשו העתירות הקודמות ולכן אין כל הצדקה להפרה גורפת של הכללים ההומניטריים.

12. מדיניות כוחות הצבא בעניין מניעת פינוי הרוגים ממחנה הפליטים ג'נין אל בתי החולים על ידי צוותים רפואיים לצורך הבאתם לקבורה מכובדת ונאותה ככל הניתן, ותחת זאת הבאתם לקבורה המונית הינה מדיניות בלתי חוקית בעליל המנוגדת הן למשפט הישראלי והן לכללי המשפט הבינלאומי, המנהגי וההסכמי כאחד ועומדת בסתירה לדיני המלחמה וכללי המשפט ההומניטארי המעוגנים באמנות ג'נבה.

13. מדינת ישראל וכוחותיה הצבאיים נטלו על עצמם מחויבויות במישור הבינלאומי בדבר ההגנה על זכויות האדם. נוכח ההפרות הבוטות האחרונות והמתמשכות של זכויות האדם בשטחים הכבושים, המהוות צורות של פשעי מלחמה, מחויבויות אלה עומדות בימים אלה במבחן האמת וביתר תקיפות לעומת שנותיו הרבות של הכיבוש הישראלי, שכן על פשעי מלחמה ועל ההפרות הבוטות של זכויות האדם אין יותר פטור מעונש (Impunity).

14. הוראות סעיפים 15 ו-17 לאמנת ג'נבה הרביעית העוסקות בעניין טיפול ופינוי של פצועים והבאה לקבורה של הרוגים הינם המקור המרכזי למחויבותן של כוחות הצבא באזורי מחנה הפליטים ג'נין לאפשר פינוי גופותיהם של הרוגים והבאתם לקבורה מכובדת ונאותה. הוראת סעיף 15 לאמנת ג'נבה הרביעית קובעת, בין היתר:

“At all times, and particularly after an engagement, Parties to the conflict shall, without delay, take all possible measures to search for and collect the wounded and sick, to protect them against pillage and ill-treatment, to ensure their adequate care, and to search for the dead and prevent their being despoiled.”

15. הוראת סעיף 17 לאמנת ג'נבה הרביעית קובעת:

“Parties to the conflict shall ensure that burial or cremation of the dead, carried out individually as far as circumstances permit, is preceded by a careful examination, if possible by a medical examination, of the bodies, with a view to confirming death, establishing identity and enabling a report to be made.”

16. אין להכביר מלים על הפגיעה האנושה והמוחלטת בכבודם של ההרוגים הפלסטינים כאשר אין מאפשרים הבאתם לקבורה מהירה ומכובדת. מדיניות הצבא פוגעת מעל הנדרש בזכות החוקתית לכבוד של ההרוגים הפלסטינים בניגוד להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

17. הפרת הזכות החוקתית לכבוד המת

א. זכותו של כל אדם לקבורה מהירה, מכובדת ונאותה הינה חלק בלתי נפרד מזכותו לכבוד, שכן כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו, אלא גם כבודו של אדם לאחר מותו. זכות האדם המת לכבוד הוכרה בפסיקה כחלק מזכות האדם החוקתית לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ראו :

ע"א 294/91 חברה 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, פ"ד נג(3) 600.

בג"ץ 6126/94 ג'ורא סנש נ' רשות השידור, תק-על 99(2), 806.

ג. בית המשפט העליון התייחס להכרה בזכות החוקתית לכבוד של המת בעצם הקמת מצבה לזכרו, וכיבוד רצונו ורצון משפחתו וקרוביו לשמור ולטפח את קברו בדרך הנראית להם ראויה בכדי לכבד את זכרו. מקל וחומר, מקבלת הזכות החוקתית לכבוד משנה תוקף כאשר מדובר בזכות המת לקבורה מהירה, נאותה ומכובדת של גופתו, שכן קבורה שכזו נועדה בראש ובראשונה לשמור על כבודו של האדם לבל תחולל גופתו.

ד. לא זו אף זו, זכות המת לקבורה נאותה ומהירה אינה רק חלק מזכותו לכבוד כאדם מת, אלא היא חלק מזכותם לכבוד של החיים מקרב בני משפחתו, קרוביו ויקיריו כנושאים את כבודו. כדברי כב' השופט חשין :

"זכות עומדת לו לאדם - זכותו בחייו וזכותם של בני משפחתו, של קרוביו, של ידידיו ושל החברה בכללה לאחר פטירתו - כי יזכה לאחר פטירתו בחלקת-קבר, במקום קבורה ובמצבה-שעל-קבר. כבודו של אדם הוא, כבודו של המת הוא, כבודו של החי כנושא את כבוד המת"

בג"ץ 7583/98 לאה בכרך נ' שר הפנים, תק-על 2000(3), 3007, עמ' 3012.

ד. בית משפט נכבד זה נדרש בעבר לסוגייה דומה שהתייחסה לחוקיות קיום הלוויה בשעות הלילה של פעיל פלסטיני שנהרג לאחר שעונה בחקירתו על ידי גורמי הבטחון. השופט (כתוארו דאז) ברק הדגיש, כי על המפקד הצבאי לקחת בחשבון שיקולים הקשורים בכבוד האדם, וכי שיקול זה כפול הוא, והוא משתרע על כבודו של הנפטר וכבוד משפחתו. השופט ברק הוסיף כי :

"בקבורתו המכובדת והנאותה של נפטר מקיימים את כבוד המת ואת כבוד החי גם יחד"

בג"ץ 3933/92 מוסטפה ברכאת ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, עמ' 6.

18. החובה לדאוג לטובת האוכלוסיה

א. אין המפקד הצבאי יוצא ידי חובתו בדאגה לבטחון האזור בלבד. תקנה 43 לתקנות האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה משנת 1907 קובעת, כי המשיב אחראי על שמירת הסדר הציבורי והבטחת ניהול חיים תקינים של האוכלוסיה האזרחית ככל האפשר, באיזור שבשליטתו האפקטיבית. על המפקד הצבאי באזור האחריות לחיי התושבים ולאיכות חייהם מכל ההיבטים של חיי אדם בחברה מודרנית. הזכות לקבורה נאותה ומכובדת של

ההרוגים נמנה על צרכיה הבסיסיים של החברה והוא כולל באופן מיוחד גם את הצורך בתנועה תקינה של צוותים רפואיים לצורך העברת גופות ההרוגים למוסד רפואי ומשם לקבורה בבתי הקברות.

בג"צ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4) 785, 798.
 בבג"צ 202/81 טביב ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לו(2) 622, 629.
 בג"צ 493, 69/81 אבו עיטה ואח' נגד המפקד איו"ש ואח', פ"ד לז(2) 197, 309 - 310.
 בג"צ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, 6.

19. המבחן לפגיעה בזכות החוקתית לכבוד

א. סמכותו של המשיב למנוע או לעכב הבאת גופות של הרוגים לקבורה נאותה, מהירה ומכובדת איננה סמכות גורפת אלא היא חייבת לעמוד במבחני המשפט הציבורי ובכלל זה מבחן הודאות הקרובה. יתר על כן, הואיל ומדובר בהפרת הזכות החוקתית לכבוד, פעולותיו של המשיב חייבות להיבחן בהתאם למבחן המידתיות.

ב. לפיכך, לא די בכך שהמשיב יצביע על קיומו של צורך בטחוני על מנת להתיר את הפגיעה בזכות ההרוגים לקבורה נאותה ומכובדת אלא עליו להוכיח, כי קיימת למעלה מודאות קרובה כי הבאת ההרוגים לקבורה מהירה, מכובדת ונאותה יביאו לנזק של ממש לשמירה על הסדר והביטחון באזור שכם וג'נין. **דרישת העותרים אינה לקיים הלוויות המוניות אלא למנוע קבורות המוניות ללא זיהוי ותוך פגיעה אנושה בזכותם של המתים והחיים כאחד.**

ג. יתרה מזאת, על המשיב להוכיח, כי הפגיעה בכבוד ההרוגים ובני משפחתם לשם השמירה על פעילות צבאית באזור שכם וג'נין אינה אמצעי ראשון אלא אחרון, כדברי כב' השופט ברק בפס"ד ברכאת:

"אכן, פגיעה בכבוד המת ומשפחתו לשם שמירה על הביטחון והשלום

אינה צריכה להיות אמצעי ראשון אלא אחרון"

בעמ" 7 לפס"ד.

20. מבחן המידתיות

א. החלטתו של המשיב למנוע ו/או לעכב את הבאתם לקבורה נאותה ומכובדת של ההרוגים איננה עומדת במבחן המידתיות, שכן הפגיעה בכבוד ההרוגים ובני משפחותיהם הינה מוחלטת ומעל הנדרש, שכן כוחות הצבא הביאו ככל הנראה כבר לקבורה המונית גופות של הרוגים. מדיניות זו לוקה בחוסר סבירות ובחוסר-מידתיות קיצוניים.

ב. הלכה פסוקה היא, שעל פעולות הרשות המנהלית הפוגעות בזכויות אדם חוקתיות, לעמוד במבחן המידתיות. יפים כאן דבריו של כב' השופט חשין בפרשת סטמקה, לאמור:

"כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמת הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת

הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות"

בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, נג(2) 728, עמ' 777.

ג. מדיניות המשיב בעניין מניעת ו/או עיכוב הבאתם של הרוגים לקבורה מהירה, נאותה ומכובדת איננה בגדר פגיעה בנוחות אלא פגיעה בזכויות אדם בסיסיות. המשיב לא שקל את הפגיעה הקשה בזכויות אדם עקב מצבים שבהם בני המשפחה צופים בגופת יקירם ואין ביכולתם לעשות דבר שכן כל נסיון מצדם לצאת מחוץ לבית עלול לסכן את חייהם וכן את המצבים שבהם גופות של הרוגים נקברות בקברים המונויים או באזור רחוק ממגורי בני המשפחה ללא שהגופות זוהו.

ד. באיזון בין צרכי הבטחון, ואפשר גם בין הצורך התועלתני להימנע מחשיפת הגופות מפני אמצעי התקשורת שנאסרה כניסתם למקום, לבין זכותם של ההרוגים לקבורה מהירה, נאותה ומכובדת, ככל האפשר בנסיבות העניין, ולמרות המצב הביטחוני, נקט המשיב בצעדים חריפים ופוגעים מעבר למידה הראויה.

בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז ואח', פ"ד מג(2) 529, 538ה.

ה. ככל שתקופת הזמן שבה המשיב מונע ומעכב את פינוי גופות ההרוגים לצורך הבאתם לקבורה מכובדת ונאותה מתארכת, כך הופכת הפגיעה בזכות החוקתית למוחלטת שאינה יכולה להתאזן עם אינטרסים ושיקולים אחרים של המשיב.

על יסוד כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש ולקיים דיון דחוף בעתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב להפכו מוחלט.

גימיל דקואר, עו"ד
ב"כ העותרים