

בית המשפט העליון

1. אבו מיזר, ת"ז _____
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה ולצברגר ע"י ב"כ עוה"ד אנדרה רוזנטל ו/או מוסטפא יחיא מרח' אריסטובלוס 4, ירושלים 94234 טלפון 6250458 פקסימיליה 6259626

העובדות

נגד

מדינת ישראל
ע"י פרקליטות המדינה

המשיבה

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להזמין את המשיבה לבוא וליתן טעם מדוע אין היא מאתרת את גופת אבי עותר מספר 1 ולאחר זיהוי וודאי מעבירה אותה לעותר מספר 1 לקבורה כדת וכדין.

ואלה נימוקי העתירה:

1. א. עותר מספר 1 הינו תושב חברון, יליד 1970, ובנו של המנוח _____ אבו מיזר, אזרח ירדני, יליד 1935. 6.11.1935 מחברון. העתק דפי דרכונו רצ"ב ומסומן באות ע' 1.
- ב. אביו של עותר מספר 1 יצא את הגדה המערבית עוד לפני כניסת כוחות צה"ל. ביום 4.2.1971 הוא נהרג, ככל הנראה, על ידי כוחות צה"ל בעת היתקלות בהר חברון.
- ג. עותר מספר 1 פנה לעו"ד צמל, ב"כ דאז, אשר פנתה ליועמ"ש של המשיב בשנת 1994 בבקשה לאתר את גופת אביו כדי להביאו לקבורה. לבסוף, ביום 27.11.1995 הודיעה סגן נטע כהן, עוזרת היועמ"ש של המשיב, כלהלן:

1. "נתבקשתי להודיעך כי מפקד כוחות צה"ל באיו"ש אישר את החזרת הגופה למשפחה.
2. החזרת הגופה תעשה בתאום עם המנהל האזרחי על פי הנהלים, בתקופה הקרובה."

- העתק תשובה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 2.
2. בסוף שנת 1999 פנה עותר מספר 1 אל עותרת מספר 2 בבקשה לסייע בקבלת גופת אביו. תצהיר העותר רצ"ב ומסומן באות ע' 3. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל התצהיר ששוגר באמצעות פקסימיליה ונחתם בפני עו"ד נור עבו מיזר, בחברון, ביום 3.10.2001.

3. ביום 26.12.1999 פנתה עותרת מספר 2 אל ראש מדור ארגונים בינלאומיים בלשכת היועמ"ש של מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית בבקשה להוציא לפועל את החלטת המפקד 27.11.1995. העתק פנייה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 4.
 4. עותרת מספר 2 פנתה ביום 26.6.2000 אל ראש ענף דין בינלאומי בלשכת הפצ"ר בבקשה להוציא לפועל את החלטת מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית מיום 27.11.1995. העתק פנייה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 5.
 - יצויין כי נפלה טעות בסעיף 2 למכתבה של עותרת מספר 2 בו צוין תאריך הריגתו של אבי עותר מספר 1 כיום 4.7.72. טעות זו תוקנה במכתב נוסף מעותרת מספר 2 מיום 10.8.2000 אל סגן ווהבי קצין ייעוץ בשם ע' הפצ"ר לדין בין-לאומי, עת ששוגרו גורי עיתונים משנת 1971. העתק פנייה נוספת זו רצ"ב ומסומן באות ע' 6. גורי העיתונות רצ"ב ומסומנים באותיות ע' 7א' - 7ג'.
 5. ביום 21.2.2001 נמסר לעותרת מספר 2 מאת סגן ווהבי, במענה לפנייה שבנדון וכן לפנייה נוספת בנושא דומה, כלהלן:
3. "לצערנו, גורמים אלה, לאחר השקעת מאמצים רבים בנושא, הודיעונו כי שתי הגופות האמורות אינן מוכרות כלל לצה"ל ולפיכך גם לא הצליחו לאתרן. עוד נמסר לנו, כי באותה תקופה (כזכור, לפי הטענה האנשים הנ"ל נהרגו בשנת 1968 ו-1972) נושא הגופות לא היה באחריות צה"ל, אלא ככל הנראה באחריות הלשכה לתפקידים מיוחדים במשטרת ישראל (בתקופה הרלבנטית לשכה זו היתה ככל הנראה בעכו)."
- העתק תשובה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 8.
 6. עותרת מספר 2 פנתה למפקד"ל המשטרה, סמוך לאחר קבלת המכתב הנ"ל. לבסוף, ביום 29.8.2001 נמסר ע"י נצ"מ ניסים מור, עוזר המפקד"ל כדלקמן:
- "בהמשך להתכתבותנו בנושא שבנדון, בבדיקה עם הגורמים הנוגעים הבדיקות העלו חרס.
צר לנו על שאיננו אנשי בשורה בשלב זה.
לשרותך."
- העתק תשובה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 9.
 7. ביום 28.8.2001 פנה ב"כ העותרים אל המרכז הלאומי לרפואה משפטית כדי לדעת האם גופת אבי העותר הועברה למרכז לצרכי נתיחה לאחר המוות. ביום 4.9.2001 נמסר כי "ברשומנו לא מופיע שם המנוח/ה הנ"ל."
 - העתק תשובה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 10.

8. העותרים מפנים לסעיפים 16 ו-17 לאמנת ג'נבה מיום 12.8.1949, סעיף 16 לאמנה ג'נבה הקובע, בין היתר, כלהלן:

"Parties to the conflict shall record as soon as possible, in respect of each wounded, sick or dead person of the adverse Party falling into their hands, any particulars which may assist in his identification.

סעיף 17 לאמנת ג'נבה הקובע, בין היתר, כלהלן:

"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.

They shall further ensure that the dead are honourably interred, if possible according to the rites of the religions to which they belonged, that their graves are respected, grouped if possible according to the nationality, properly maintained and marked so that they may always be found. For this purpose, they shall organize at the commencement of hostilities an Official Graves Registration Service, to allow subsequent exhumations and to ensure the identification of bodies, whatever the site of the graves, and the possible transportation to the home country.

העותרים מציינים כי ב-1.9.1976 הוצאה פקודת מטכ"ל מספר 38.0109, אשר כותרתה "חללי צבא אויב - נוהל זיהוי, טיפול בחפצים, דיווח וקבורה בזמן קרבות". פקודה זו "מושתתת על עקרונות אמנת ג'נבה מיום 12 באוג' 1949, בדבר הטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב, ומבוססת בעיקר על סעיפים 15, 16 ו-17 הדנים בטיפול בחללים, זיהויים וקבורתם."

9. מהמסמכים שצורפו לעתירה זו עולה כי מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית אישר את החזרת גופת בן העותר בשנת 1995, אך לא מצליח למצוא אותה כדי להוציא לפועל את החלטתו. עוד עולה ממכתבו של סגן ווהבי מיום 21.2.2001 כי צה"ל בכלל לא היה

הגורם האחראי לטיפול בגופותיהם של חללי אויב שנהרגו בעת קרבות, דבר אשר הינו כשלעצמו תמוה, והעביר את האחריות למשטרת ישראל. לבסוף, גם משטרת ישראל התנערה מאחריות וקבעה שאין בידיה הגופה.

10. העותרים מפנים לבג"צ 5688/92 ש' ויכסלבאום ואח' נ' שר הבטחון ואח', פסקי דין, כרך מז, חלק שני, 812 שם כתב השופט ברק (כתוארו אז) בעמ' 828 את הדברים הבאים:

"12. כבוד האדם הוא, כפי שראינו, כבודו של הנפטר עצמו. "השאיפה לקבורה ראויה היא טבעית לאדם בתור שכזה" (ע"א 294/91 (3) הנ"ל, בעמ' 520). זהו גם כבודו של משפחת הנפטר (ראה בג"צ 3933/92 מוסטפה בראכאת ואח' נ' אלון פיקוד המרכז (להלן – פרשת בראכאת (15)). עמדתי על כך בע"א 294/91 (3), בציני, בעמ' 520:

"לבני משפחת הנפטר עומדות הזכות והחירות, כי זכרו של יקירם יכובד בדרך הנראית להם כראויה, וכי תינתן להם האפשרות להביע את רגשותיהם כלפיו באופן הנראה להם כמתאים."

ברוח דומה ציין השופט עזיוני בפרשה אחרת:

"כולי עלמא לא פליגי שזכותו של כל אדם לכבד בדרך נאותה את זכרם של אהוביו שהלכו לעולמם, בהתאם לאורח חייהם ולמסורתם כל זמן שדבר זה אינו פוגע ברגשות או באינטרסים לגיטימיים של הזולת. וברור גם ש"בית קברות הינו מקום לא רק לקבורת המתים, אלא גם להבעת האהבה והכבוד שרוחשים החיים למתים..." (ע"א 280/71 גרעון נ' חברת קדישא חש"א ואח' (16), בעמ' 23).

ועל אותו רעיון חזר המשנה לנשיא, השופט אלון, בציני:

"ואף זו הלכה פסוקה היא, כי "כבוד האדם" בעניינו משמעו, בראש וראשונה כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר" (ע"א 1482/92 א' הגר נ' ח' הגר ואח' וערעור שכנגד (17), בעמ' 802-801). "

זכותו של עותר מספר 1 לקבור את אביו במקום בחירתו ע"פ דתו ואמונתו כל עוד אין בזה פגיעה בזולת.

11. אשר-על-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הצו המבוקש ולהורות למשיבה לאתר את גופת בן עותר מספר 1 ולאחר זיהוי וודאי מעביר אותה לעותר מספר 1 לקבורה כדת וכדין.

ירושלים, 10 אוקטובר, 2001

אנדרה רוזנטל, עו"ד
ב"כ העותרים