

1. **שלמה יוליס**

ת.ז. 626556
נוה דקלים
ד.נ. חוף עזה 79725

2. **יהודה היימנרט**

ת.ז. 12729240
נוה דקלים
ד.נ. חוף עזה 79725

3. **הילברג שמואל**

ת.ז. 013586490
נצר חזני
ד.נ. חוף עזה 79725

4. **דן ויהודית דוידוביץ**

ת.ז. 64441298, ת.ז. 42642546
בית מאיר

5. **יובל גבריאלי**

ת.ז. 55435523
עצמונה
ד.נ. חוף עזה 79725

6. **שלה רוזנק-שורשן**

ת.ז. 057677270
כפר אדומים
ד.נ. מזרח בנימין

7. **משה פריימן**

ת.ז. 345235
גני טל

ד.ג. חוף עזה 79725

8. **רומן בריקמן**

ת.ז. 312706260

הגלבוע 8/4 רעננה

9. **רחל אנדרי פרדג'**

ת.ז. 36824297

נוה דקלים

ד.ג. חוף עזה 79725

10. **דוד בונפד**

ת.ז. 613315620

נוה דקלים

ד.ג. חוף עזה 79725

11. **אברהם ברבי**

גדיד

ד.ג. חוף עזה 79725

ת.ז. 015296049

12. **נורית אביטן**

ת.ז. 027405497

נחל הבשור 7, בית שמש

13. **רבקה ביתן**

ת.ז. 312871320

נוה דקלים

ד.ג. חוף עזה 79725

14. **פאול בירנבאום**

ת.ז. 12531968

בילינסון 15/4 נתניה

15. **משה שטיין**

ת.ז. 12728655

גדיד

ד.נ. חוף עזה 79725

16. גבי אראמה

ת.ז. 77428357

נוה דקלים

ד.נ. חוף עזה 79725

17. דורון בן-שלומי

ת.ז. 25337031

תל קטיפא

ד.נ. חוף עזה 79725

באמצעות ב"כ עו"ד מרדכי מינצר

ממרכז עזריאלי 1, בניין עגול

קומה 39, תל אביב 67021

טל': 03-6074444, פקס: 03-6919110

העותרים

- נ ג ד -

- 1. ראש ממשלת ישראל, מר אריאל שרון**
- 2. שר הבטחון, מר שאול מופז**
- 3. המינהלה ליישום חוק תכנית ההתנתקות, משרד ראש הממשלה**

ע"י פרקליטות המדינה

רחוב צאלח א-דין 29, ירושלים

טל': 02-6466666, פקס': 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

הסעדים המבוקשים:

מוגשת בזה עתירה לבית משפט נכבד זה ולפיה מתבקש בית משפט נכבד זה:

1. לצוות על המשיבים לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא יבוטל סעיף 144(ב) לחוק ליישום תוכנית ההתנתקות התשס"ה – 2005,

המקנה למדינת ישראל רשות לפתוח קברי חללי צה"ל, נפגעי פעולות איבה ואזרחי

מדינת ישראל הקבורים בבית העלמין בנווה דקלים ולטפל בקבורה מחודשת שלהם

מבלי להזדקק להסכמת משפחות הנפטרים וקבלת רשותם לכך, וזאת עקב היותו

סותר את חוק היסוד כבוד האדם וחירותו ואי עמידתו בתנאי "פסקת ההגבלה",

סותר את עקרונות מגילת העצמאות וסותר את חוקי מדינת ישראל, הכל כמפורט

בגוף העתירה;

ב. מדוע לא יימנעו המשיבים מנקיטת פעולות הקשורות בפינוי הקברים בטרם

שמשפחות הנפטרים יחליטו בדבר מושב הקבע החדש שלהם עצמם לאחר עקירתם

מביתם ויודיעו על רצונם לגבי מתיחם, הכל בהתאם לנימוקים שבגוף העתירה;

ג. מדוע לא יקבלו עליהם המשיבים אחריות לנזקים הנפשיים והגופניים הקשים

שייגרמו לעותרים כתוצאה מעקירת הקברים.

2. כן יתבקש כבוד בית המשפט **להוציא צו ביניים** על פיו לא יעשו המשיבים כל פעולה בנוגע

לפינוי הקברים עד להחלטת בית המשפט הנכבד בעתירה זו.

3. כן יתבקש כבוד בית המשפט לחייב את המשיבים בהוצאות עתירה זו, ובשכר טרחת עורך דין

בצירוף מע"מ בגינה.

העותרים

העותרים בעתירה זו הם בן משפחה אחד שהנם קרובים מדרגה ראשונה לנפטרים בבית העלמין.

- א. העותר מס' 1, שלמה יוליס, הנו אביו של הנער איתי רפאל יוליס ז"ל, שנפטר בשנת תשנ"ג (1993) בגיל 14 וחצי לאחר שלוש שנות מאבק במחלת הלוקמיה. איתי רפאל ז"ל נטמן למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- ב. העותר מס' 2, יהודה היימנרט, הנו אביה של תפארת היימנרט ז"ל, שנהרגה בהתמוטטות אולם ורסאי בשנת תשס"א (2001). תפארת ז"ל נטמנה למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- ג. העותר מס' 3, שמואל הילברג, הנו אביו של לוחם השייטת יוחנן אברהם הילברג הי"ד שנפל בגי' באלול תשנ"ז (5.9.1997) באסון השייטת יחד עם אחד עשר מחבריו בפעולה מבצעית כשחיילי היחידה נקלעו למארב חיזבאללה בלבנון. יוחנן אברהם הי"ד נטמן למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- ד. העותרים מס' 4, דן ויהודית דוידוביץ, הם הוריה של אהובה אמרגי הי"ד, שנרצחה בשנת תשס"ב (2002) בכביש כיסופים בסמוך לביתה על ידי מחבלים בדרכה חזרה מעבודתה. היא הותירה אחריה בעל ושני פעוטות. אהובה הי"ד נטמנה למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- ה. העותרים מס' 5, הרב יובל גבריאלי, הנו אביו של התינוק מתנאל גבריאלי ז"ל, שנפטר בשנת תשנ"ג (1993). מתנאל ז"ל נטמן למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- ו. העותרת מס' 6, שלה רונוק-שורשן, היא אמה של הילדה טל שורשן שנפטרה בפתאומיות בגיל 6 3/1/94 כתוצאה מחיידק אלים. אביה של טל ז"ל, דורון שורשן הי"ד נרצח בפעולת בפיגוע ירי בכפר דרום שנתיים קודם לכן (1/1/92). טל ז"ל נטמנה למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- ז. העותר מס' 7, משה פריימן, הוא בנו של לאה פריימן ז"ל שנהרגה בתאונת דרכים בשנת תשנ"ו (1996). לאה ז"ל נטמנה למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- ח. העותר מס' 8, רומן בריקמן, הוא בנו של ולדימיר זאב בריקמן ז"ל, שנפטר ממחלת ריאות קשה בשנת תשס"ב (2001). ולדימיר זאב ז"ל נטמן למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.

- ט. העותרת מס' 9, רחל אנדרי פרדג', היא אלמנתו של רוגר אברהם פרדג' ז"ל, שנפטר ממחלת הסרטן בשנת תשנ"ד (1994). רוגר אברהם ז"ל נטמן למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- י. העותר מס' 10, דוד בונפד, הנו אביה של שמרית בונפד ז"ל, שנפטרה בפתאומיות ממחלה בשנת תשס"א (2001). שמרית ז"ל נטמנה למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- יא. העותר מס' 11, אברהם ברבי, הנו בנם של אסתר ברבי ז"ל, שנפטרה ממחלה בשנת תשנ"ח (1997) ושל דוד ברבי ז"ל, שנפטר לפני 30 שנה בצרפת והוא לקבורה בשנת תשס"ה (2004). אסתר ודוד ז"ל נטמנו זו לצד זה למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- יב. העותרת מס' 12, נורית אביטן, היא בתה של מזל ביטון ז"ל, שנפטרה ממחלה בשנת תשנ"ח (1998). מזל ז"ל נטמנה למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- יג. העותרת מס' 13, רבקה ביתן, היא אלמנתו של ניסים ביתן ז"ל, שנפטר ממחלה בשנת תשס"ד (2003). ניסים ז"ל נטמן למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- יד. העותר מס' 14, פאול בירנבאום, הוא אביו של הרב שמעון בירן הי"ד רבה של כפר דרום שנרצח על ידי מחבל בכ"ד אייר תשנ"ב (27/5/93) מול שער הישוב כפר דרום. הרב שמעון הי"ד נטמן למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- טו. העותר מס' 15, משה שטיין, הנו אביו של יעקב שטיין ז"ל, שנפטר בשנת תשס"ג (2003). יעקב ז"ל נטמן למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- טז. העותר מס' 16, גבי אראמה, הנו בנה של מזל אראמה ז"ל, שנפטרה ממחלה בשנת תשס"ג (2002). מזל ז"ל נטמנה למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.
- יז. העותר מס' 17, דורון בן-שלומי, הנו אביו של הילד אליה בן שלומי ז"ל, שנפטר ממחלה בשנת תש"ס (2000). אליה ז"ל נטמן למנוחת עולמים בבית העלמין בנוה דקלים.

המשיבים

- א. משיב מס' 1, מר אריאל שרון בתפקידו כראש הממשלה.
- ב. משיב מס' 2, מר שאול מופז, בתפקידו כשר ביטחון.
- ג. משיב מס' 3, המינהלה ליישום חוק תכנית ההתנתקות במשרד ראש הממשלה

ואלה נימוקי העתירה:

הקדמה

1. עתירה זו עוסקת **בדיני נפשות** – נפשות החיים העומדים להיעקר מבתיהם אותם בנו בעמל כפיהם במשך שנות דור, אשר כיום מגורשים על ידי המדינה אל הלא נודע, ונפשות יקיריהם המתים שהלכו לעולמם הקבורים בבית העלמין בנוה דקלים. כל אחד מהעותרים סובל בעצמו בצער העקירה מביתו הפרטי ואם אין די בכך, עומד להתווסף לו צער גדול לא פחות מכך והוא הפרעת מנוחת יקיריו, שנטמנו בכאב למנוחת עולמים, על ידי פתיחת קברם והעתקתם למקום אחר, כל זאת מבלי לקבל אישורן והסכמתן של המשפחות הקרובות.

חלק מהנפטרים הקבורים בבית העלמין, וביניהם קרוביהם של חלק מהעותרים בעתירה זו הינם חיילי צה"ל ונפגעי פעולות טרור שנפלו על קידוש ה' על מזבח ארץ ישראל – הרוגי מלכות שאין כל בריה יכולה לעמוד במחיצתם".

קבורה נכונה ובלתי מופרעת הוא כבודו של מת ("יקרא דשכבי") כשם שהוא כבודו של החי ("יקרא דחיי" – כלשון התלמוד במסכת סנהדרין דף מ"ו עמוד ב').

2. מלכתחילה ניתן היה לצפות כי לנושא כואב זה היו אמורים המשיבים – נציגי המדינה – להתייחס בתשומת לב מיוחדת וברגישות ראויה, אולם כפי שיראה להלן, כשם שהסעיף בחוק המתייחס לנושא העברת קברים נכתב בזריזות, בכוחניות ובחוסר רגישות משווע כלפי משפחות הנפטרים, כך גם הביצוע נעשה באופן שזכה. המדינה מתייחסת לקברים בבית העלמין כחפץ השייך לה בלבד, ועושה בנושא זה ככל העולה על רוחה!

3. העתקת הקברים תהווה השלמה לחזונו של המשורר הנחשב למשורר הלאומי הפלסטיני מוחמד אל דרוויש:

"אתם העוברים בים המילים החולפות
שאו שמותיכם והסתלקו. גנבו מה שתרצו
מתכול הים ומחולות הזיכרון...
אבל לא תדעו לעולם כיצד בונה אבן מאדמתנו את גג השמים...
לכו לאן שתרצו, אבל לא בינינו, בשום אופן!
הגיע הזמן שתסתלקו
שתמותו היכן שתרצו, אבל לא בינינו
צאו מכל דבר, צאו מפצעינו, מאדמתנו
צאו מהיבשה, מהים, מהכל...וטלו עמכם את מתיכם"...

העתירה

4. ביום ז' אדר א' תשס"ה (16.2.05) קיבלה הכנסת את החוק ליישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 (להלן: "החוק"). עתירה זו מתמקדת בסעיף בחוק המתייחס לנושא העתקת הקברים - הוא סעיף 144(ב) (להלן: "סעיף פינוי הקברים"). סעיף זה קובע בלשון קרה כדלקמן:

"המדינה תפעל להעתקת קברים של ישראלים הנמצאים בשטח מפונה, ותטפל בקבורה מחודשת במקום מחוץ לשטח כאמור בסעיף 3, בתיאום, ככל האפשר, עם המשפחות"

5. העותרים יטענו כי סעיף פינוי הקברים, שאינו דורש אישור או הסכמת המשפחות קודם לכל פעולה שתיעשה בקשר לקברי יקיריהם – פתיחת הקברים, העברת הנפטרים וקבורתם מחדש והפעולות הנובעות מכך, אלא דורש "תיאום" בלבד של מקום ההעברה – וגם הוא רק "במידת האפשר" - אינו חוקתי, אינו מוסרי ואף נוגד חוקים מפורשים מחוקי מדינת ישראל ואת דיני התורה.

6. העותרים יוסיפו ויטענו כי הטיפול בנושא רגיש זה אופייני לכל היחס המשפיל והמזלזל בתושבי חבל עזה. המשפחות, שחרב עליהן עולמן כבר בעצם גירושן מבתיהם, ציפו שנציגי הממשלה, שמסיבותיה שלה גזרה את הגירוש והריסת חבל הארץ הפורה, יבואו ויסבירו פעולות אלו. אך מעל ומעבר לפגיעה כללית זו היה על המדינה באמצעות המשיבים לדאוג למשפחות השכולות שכבר הקריבו את היקר להם על קרבן העם, המדינה והארץ - דבר שלא נעשה.

7. איש לא פנה למשפחות אלו. לא נשלחו אליהם פסיכולוגים, עובדי רווחה או רבנים כדי להכניסם לזעזוע הנפשי הכרוך בפתיחת הפצעים מחדש.

8. המדינה אינה לוקחת כל אחריות בקשר לפגיעה הקשה בעותרים. המשפחות נעזרות בפסיכולוגים ופסיכיאטרים מתנדבים - במקום שהמדינה תדאג לאותו סיוע נפשי. כאשר קורה אסון – נפילת חלל צה"ל, רצח אזרחים בפיגוע או כל מקרה דומה אחר – המדינה דואגת לאתר את המשפחות תוך שעות ופונה אליהן ברגישות הנדרשת להודיע להן על מות יקיריהן ומסייעת לבני המשפחות ברגעים הקשים הראשונים ולאחר מכן. דווקא במקרה זה - **בו המדינה חייבת לקחת אחריות על המתרחש, בהיותו יזום על ידה** - לא נשלחים קציני נפגעים למשפחות חללי צה"ל, לא נשלחים עובדי הביטוח הלאומי למשפחות נפגעי פעולות איבה ולא ניתן כל סיוע, הכנה או תמיכה למשפחות האחרות.

9. העותרים שומעים מידי יום בכלי התקשורת על ההכנות המדוקדקות של כוחות הביטחון לגירושם של העותרים מבתיהם ואת התרברבותם של קציני משטרה על המידע המדויק שנאסף לגבי כל אחת מהמשפחות שלהט חרב גזירת הגירוש המתהפכת מעל ראשם – אך איש מהמשיבים או מהפועלים מטעמם לא מצא לנכון לאתר אותם, להסביר להם את הסיבות לאסונם המחודש ולהכינם לבאות.

10. העותרים יוסיפו ויטענו כי סעיף פינוי הקברים נשוא עתירה זו הוא חלק לא מבוטל מהעוולות שקבע החוק בשרירות גסה ופוגענית. הורתו של החוק בכללותו, לידתו ודרך יישומו בחטא. בפני בית משפט נכבד זה תלויות ועומדות עתירות רבות התוקפות את תוקפו של החוק מאחר שהחוק מפר, לטענת העותרים באותן עתירות, (כמעט) את כל זכויות היסוד האפשריות, מנויות ושאינן מנויות, המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. החל מפגיעה בכבוד התושבים, דרך פגיעה בקניינם, בחירותם, בחופש התנועה ובחופש המחאה והביטוי שלהם, וכלה בפגיעה בפרטיותם ובזכותם להפגין, למחות ובחופש הדת והדיבור שלהם. כמו כן, לטענת אותם עותרים, פוגע החוק בפגיעה אנושה בחופש העיסוק של התושבים, המוגן בחוק-יסוד: חופש העיסוק. החוק אף נוגד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה ציונית, יהודית ודמוקרטית. הפגיעה של החוק כולו בזכויות העולות מחוקי היסוד היא שלא לתכלית ראויה, ולמצער - במידה העולה על הנדרש. העותרים בעתירה זו מצטרפים לכל טענותיהם של העותרים בעתירות האמורות, ובעיקר בבג"ץ 1661/05, המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח' ובבג"ץ 2252/05, בנימין יפת ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'.

סעיף פינוי הקברים נוגד את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו

11. העותרים יטענו כי מעשה חמור זה של הוצאת קרוביהם הנפטרים מקברם ללא קבלת רשות מפורשת מהמשפחות אינו חוקתי בהיותו נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהתאם להלכות ברורות שיצאו מפי כבוד בית המשפט העליון בשבתו כערכאה דיונית וכבית משפט גבוה לצדק, חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מגן הן על כבודו של הנפטר והן על כבודה של משפחת הנפטר המבקשת לכבד את זכרו ולהתאבל על אבדונו.

לעניין זה נאמר בצורה מפורשת על ידי כבוד השופט (כתוארו אז) אהרן ברק בע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה, פ"ד מו(2), 464, עמ' 524-525 שעסק בנושא עיצוב כיתוב מצבה בהתאם לבקשה מיוחדת של המשפחה:

"כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו השומרים את זכרו בליבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר - לעתים רציונלי ולעתים בלתי רציונלי - בין החיים לבין המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכנו, והנותן ביטוי למאויי הנפש הנכספים. זוהי ה"יד" שהחיים מושיטים למתים. זהו הביטוי החיצוני המשקף את הקשרים הפנימיים בין הדורות. הכרה בכבוד האדם מחייבת מתן חירות לאדם לעצב את כיתוב המצבה כפי שנראה לו כראוי. שלילתו של חופש עיצוב זה והטלת חובת השימוש בכיתוב עברי בלבד, יש בה פגיעה קשה וממשית בערך היסוד של כבוד האדם. ודוק: הפגיעה בכבוד האדם מקורה בשלילת החירות לעצב את תוכן המצבה כפי שהמנוח (בחייו) ומשפחתו (לאחר מותו) מבקשים לעצבה."

אם בנושא עיצוב כיתוב מצבה, שהוא נושא חשוב ורגיש בפני עצמו, נקבע כי שלילת חופש עיצוב הכיתוב מהווה פגיעה בכבוד האדם של הנפטר ושל משפחתו, קל וחומר שפתיחת קברי הנפטרים בכוח, ללא הסכמה וללא רשות משפחותיהם והעברת הנפטרים למקום אחר, מהווה פגיעה בכבוד האדם הן של הנפטרים והן של משפחותיהם.

12. בבג"צ 4225/01 דליה כהן ואח' נ' שר הבטחון / מדינת ישראל ואח', תקדין עליון 2004(1), 2758 (להלן: **"פרשת אח"י אילת"**) שניתן לאחרונה (25/3/04) ושנדון בפני שבעה שופטי בית המשפט הנכבד, נדונה בקשת משפחתו של סמ"ר מנחם כהן ז"ל מלוחמי אוניית אח"י אילת לפתוח חלקת האלמונים ולערוך בדיקות גנטיות על מנת שייקבע באופן וודאי אם אחת מן הגופות הקבורות בחלקת האלמונים היא גופתו של כהן ז"ל. המשיבים לעתירה, ביניהם משפחות שאר נעדרי אוניית אח"י אילת התנגדו בתוקף לפתיחת חלקת הקבר. בית המשפט העליון דחה עתירת משפחת כהן, וזאת בשל הפגיעה הקשה במשפחות המתנגדות לפתיחת חלקת הקבר.

13. בפרשת אח"י אילת, שלא כמו בענייננו בו המדינה מתייחסת באופן מזלזל למשפחות ולנפטרים, תמכה דווקא המדינה באמצעות משרד הביטחון וראש אכ"א במשפחות המתנגדות לפתיחת הקבר, וכטענת ראש אכ"א והפרקליטות הצבאית שצוטטו על ידי בית המשפט (עמ' 2761):

"ביום 17.7.00 שלח ראש אכ"א למר יוסי כהן, לבקשתו, את הטעמים להחלטה שהתקבלה בדיון שהתקיים בראשותו שלא לפתוח את הקבר. בתשובה נאמר:

"עיקרי נימוקי והמלצות הוועדה העלו, כי פתיחת קבר האחים יפתח מחדש את פצעי המשפחות השכולות ויגרום להם סבל מיותר ועל כן סברנו כי צריך הדבר

להיעשות בהסכמתן המלאה של כל המשפחות ובאין הסכמה לא יוכל צה"ל לפתוח את קבר האחים..."

פתיחת קבר האחים תפתח מחדש את פצעי המשפחות השכולות ותגרום להן סבל מיותר. פתיחת הקבר עלולה להשפיע על המשפחות הן מבחינה נפשית והן מבחינה גופנית, עד כדי גרימת בעיות פיסיוולוגיות אשר תבאנה לפגיעה בריאותית של ממש"

14. כבוד המשנה לנשיא תיאודור אור בפרשת אח"י אילת חזר על ההלכה כי "כבוד האדם" הוא ערך הפורש עצמו גם לאחר שהלך אדם לעולמו, וכדברי כב' המשנה לנשיא:

"בסוגיה שבפנינו מעורבות זכויות יסוד המוקנות הן לחיים והן למתים. על פי סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד) מחויבות כל רשויות השלטון, ובכלל זה צה"ל ורשויות הביטחון, להפעיל את שיקול דעתן באופן העולה בקנה אחד עם הוראות חוק היסוד והערכים המעוגנים בו. "כבוד האדם" הוא ערך הפורש עצמו גם לאחר שהלך אדם לעולמו. כפי שחזר והדגיש בית משפט זה, כבוד האדם כולל גם את כבודו של הנפטר עצמו, וגם את כבוד בני משפחתו המבקשים לכבד את זכרו ולהתאבל על אובדנו.

(ראו גם: ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793; בג"צ 5688/92 ויכסלבאום ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד מז(2) 812.)" (עמ' 2766)

בית המשפט בפרשת אח"י אילת המשיך וקבע באופן מפורש כי במבחן האיזונים יש להתייחס בראש ובראשונה לפגיעה הצפויה בזכות החללים שלא תוטרו מנוחתם ולא ייפגע כבודם ובשיקול הפגיעה במשפחות המתנגדות לפתיחת הקבר:

"אכן, הערך של זיהוי וקבורה אישית של חלל הוא ערך מרכזי וחשוב. ערך זה נכלל בזכות לכבוד של המנוח ובני משפחתו. עם זאת, אין הוא הערך היחיד שיש להתחשב בו בנסיבות העניין. היעדרות לדרישת העותרים לפתוח את חלקת הקבר ולבצע בדיקות גנטיות בשלוש הגופות הטמונות בה עלולה לפגוע אף היא בזכות לכבוד. קיים חשש לפגיעה בגופות חללים שאין להם זיקה לעותרים, שכן העותרים מבקשים לבצע בדיקות גנטיות בכל שלוש הגופות הטמונות בקבר, הגם שאין חולק, כי לפחות שתיים מבין שלוש הגופות בוודאות אינן של יקירם. לפיכך, עלולות להיפגע לפחות שתי גופות שאינן גופת יקירם של העותרים אלא גופות של יקירי שתיים מיתר 15 המשפחות האחרות, אשר מרביתן מתנגדות להליך בו יחשפו הקברים. בכך תיפגע זכות החללים שלא תוטרו מנוחתם. במקרה כזה תהיה פגיעה בזכות לכבוד של אותם חללים ובני משפחותיהם. הסיטואציה היא, אפוא, של

התנגשות בין זכויות, דומות או קרובות במהותן, אשר אחת מהן חייבת להיפגע,
במידה זו או אחרת, בהתאם להחלטה שתיפול. (עמ' 2769)

15. עוד הוסיף בית המשפט וקבע כי יש להתחשב בעובדה שפתיחת חלקת הקבר עלולה להשפיע באופן חמור על בריאותם הפיזית והנפשית של בני המשפחות המתנגדים לפתיחת חלקת הקבר:

בנוסף, היעדרות לדרישת העותרים עלולה להשפיע באופן קשה על בריאותם הפיזית והנפשית של בני משפחות הנעדרים המתנגדים לכך. הערכת גורמי המקצוע שעסקו בנושא היא, כי אין מדובר בעניין תיאורטי או בחשש לפגיעה ערטילאית, אלא בפגיעה ממשית שעלולה להיגרם לאנשים, שבחלקם הינם מבוגרים מאוד, המבקשים שלא ישונה דבר בחלקת הקבר שהם פוקדים מזה שנים. כך, למשל, ד"ר אלון פרס, מומחה לרפואה פנימית וגנטיקה רפואית, אשר ביקר במסגרת פרויקט צוות בית המשפחה אצל 14 ממשפחות החללים, סובר, כי פתיחת הקבר בניגוד לרצון חלק מבני המשפחות עלולה להשפיע קשות על מצב בריאותם ואף לגרום לקיצור חייהם (ראו גם חוות דעתו של פרופ' גליק, מומחה לרפואה פנימית ואנדוקרינולוגיה אשר מצטרף לחוות דעתו של ד"ר פרס בנוגע להשלכות הבריאותיות הקשות, עד כדי סכנת חיים, אשר עלולות להיות לפתיחת הקבר וביצוע בדיקות גנטיות על בני המשפחות המתנגדות או חלקם). ד"ר דן שרון, פסיכותרפיסט ועובד סוציאלי, אשר נמנה אף הוא על צוות בית המשפחה ובמסגרת זו ביקר אצל 14 ממשפחות הנעדרים סובר, כי ביצוע הפעולות המבוקשות על ידי העותרים עלול לגרום לבני המשפחות המתנגדות נזק נפשי קשה. לדעתו, החשש כבד במיוחד לגבי בני משפחה מבוגרים, הסובלים ממחלות רקע שונות, ולכן מצויים בסיכון גבוה יותר. מכול האמור עולה, כי קיים חשש ממשי לפגיעה קשה בבריאותם הפיזית ובחוסנם הנפשי של בני משפחות המתנגדים לפתיחת חלקת הקבר אם יוחלט להיעתר לבקשת העותרים. (שם)

16. העותרים, ברובם, הינם אנשים מבוגרים שחלקם סובלים ממחלות בריאותיות שונות. כבר כיום משפיע החשש מפני פתיחת קברי ילדיהם על מצבם הגופני ונפשי, ואם הדבר יגיע לכלל מעשה ח"ו, חוששים העותרים למצב בריאותם הן הגופני והן הנפשי עד כדי מוות ח"ו. לעולם לא ניתן יהיה לרפאות את הנזק והפגיעה שייגרם להן כתוצאה מפתיחת הפצעים מחדש באופן חמור ובלתי מתחשב כל כך, ללא הסכמתם ומתן רשותם. המדינה מתעלמת מכך ואינה לוקחת אחריות לנזקים אלו.

17. בית משפט נכבד זה קבע בסיכום פסק דינו בפרשת אח"י אילת את שהעותרים בענייננו מבקשים בעתירה זו, והוא כי יידרש מתן הסכמתם או מתן רשותם בטרם שייגעו בחלקת קבר יקיריהם:

התמונה הכללית העולה מהפסיקה הרלבנטית (בג"ץ טבי, בג"ץ גולן ובג"ץ לבנון שנזכרו בפסקה 15 לעיל) ומהחקיקה והפסיקה בנושאים קרובים (ראו פסקות 11-14 לעיל. וכן, לדוגמה, בג"ץ 754/03 משפחת שרחה יוסף נ' כב' השופט מינץ, דינים עליון, כרך סד, 865; חס"מ 105/98 משטרת ישראל נ' משפחת המנוח מלכי, תקדין שלום, כרך 98(3), תשנ"ח/תשנ"ט, עמ' 204), מצביעה בבירור על כך שהמחוקק, כמו גם בתי המשפט, מקנים חשיבות רבה לעמדת בני המשפחה בנושא של פתיחת קברים ועריכת בדיקות בגופות של בן משפחתם הטמונות בהן - האם הם מסכימים לכך אם לאו. גם במקרה דנן, היה על המשיבים להביא שיקול זה בחשבון ולייחס לו משקל רב כראוי לו. זאת במיוחד על רקע העובדה כי מרבית בני המשפחות התנגדו להליך ואין מדובר במיעוט קטן מביניהם. בכך אין כדי לקבוע כי כלל ההכרעה המתאים בסוגיות אלה יהיה תמיד כלל הכרעה של פה אחד. כזכור, בבג"ץ טבי ניתן תוקף להסדר פשרה בעניין פתיחת קבר, וזאת למרות התנגדות אם אחד החללים. עם זאת, השיקול של העדר הסכמת בני המשפחות הרלבנטיות, ולמיצער של רובם, הוא שיקול מרכזי בסוגיות אלו. (עמ' 2770)

במאמר מוסגר יש לציין כי האמור לגבי בג"ץ טבי (בג"ץ 4951/99 יורם גולן ואח'י נ' שר הבטחון ואח'י, תקדין עליון 99(2) 60) שעסק בלוחמי השייטת רז טבי וגיא גולן הי"ד (שהלוחם יוחנן אברהם הילברג בנו של עותר מס' 3 היה חברם לצוות ויצא עמם למשימה מהם לא שבו) בו ניתן תוקף להסדר פשרה בעניין פתיחת הקבר למרות התנגדות אמו של טבי היה אך ורק בשל העובדה שמלכתחילה חתמה אמו של רז טבי על הסכמה לפתיחת הקברים וידעה את ההשלכות העלולות לקרות אם יתגלה כי אירעה טעות בקבירתם, ולאחר שנפתח קברו של גיא גולן והתגלה הבלבול והטעות הנוראית של החלפת הגופות, סירבה לפתוח קבר בנה. בשלב כה מאוחר ("יתהליך שאי אפשר לקטוע אותו באמצע", כהגדרת בית המשפט) ולאור הסכמת האם שניתנה בתחילת ההליך והתחשבות במשפחת גולן דחה בית המשפט את בקשת אמו של טבי. ראה שם עמ' 63.

18. בבג"ץ 4236/96 יהושוע לבנון ו-39 אח'י נ' שר הביטחון, תקדין עליון 2003(1), 284 נדונה בקשת עותרים לפתיחת קבר אחים שבו קבורים בני משפחתם. בית המשפט המליץ לעותרים שם למחוק את העתירה, מן הסיבה היחידה כי קיימת התנגדות של מקצת מן המשפחות לפתיחת קבר האחים:

בעקבות הגשת העתירה, לפני כשבע שנים, בדקו המשיבים אם, ובאלו תנאים, ניתן להיענות למשאלותיהם של העותרים. בדיקות אלו כללו גם נקיטת מהלכים מעשיים. כל עוד נראה היה כי היענות לעתירה מותנית רק בהתגברות על מכשולים מקצועיים ומינהליים ועל אילוצים תקציביים, עודד בית המשפט את מהלכי המשיבים; ומתוך רגישות לכובדו וייחודו של הנושא העניק לבעלי הדין את כל הזמן שנראה היה שהוא דרוש להם במטרה להגיע לתכנית בת-ביצוע שתהיה מקובלת על שני הצדדים. כל זה היה נכון וראוי כל עוד סברנו - וכך ללא ספק סברו גם פרקליטי הצדדים - כי העמדה המוצגת בעתירה הינה מקובלת על כל המשפחות השכולות הנוגעות בדבר. אלא שבישיבת יום 25.9.01 התברר לבית המשפט כי חלק מבני המשפחות השכולות (בכללם מי שמלכתחילה נמנו עם העותרים ותמכו בעתירה) מתנגדים לפתיחתו של קבר האחים. עוד במהלכה של אותה ישיבה העמדנו את באי-כוח העותרים על כך, כי לדיננו, די בהתנגדותם של חלק מבני המשפחות השכולות לפתיחת קבר האחים כדי להוביל לדחיית העתירה. עמדה זו חזרנו והטעמנו בהחלטתנו מיום 18.11.01, וכן בהחלטתנו מיום 23.2.03, בה ציינו כי "על רקע האמור, ולאור רגישותו המיוחדת של הנושא, ייטיבו העותרים לעשות אם יחזרו בהם מן העתירה". (עמ' 284)

19. העותרים יטענו כי כבוד האדם כולל אף את כבוד החיים - דהיינו רצון משפחות הנפטרים, אוהביהם ואהוביהם, המבקשים לכבד את זכר הנפטרים. בית העלמין אינו רק מקום מטריאל לקבורת מתים, אלא הוא המקום להבעת האהבה והכבוד שרוחשים החיים למתים. סעיף 11 לחוק יסוד כבוד האדם מטיל חובה על כל רשות מרשויות השלטון לכבד את הזכויות המוקנות למשפחות כאמור.

20. בבג"צ 5688/92 שמואל ויכסלבאום ואחי' נ' שר הביטחון ואחי', פ"ד מז(2), 812 עסק בית המשפט הנכבד בבקשת משפחת החייל ערן ויכסלבאום ז"ל שנהרג באסון צאלים להוסיף כיתוב על מצבתו שבו יאוזכרו שמות אחיו יב"א. בית המשפט דחה ברוב דעות את העתירה, וכנגד דעת המיעוט של השופט (כתוארו אז) אהרן ברק וזאת בשל עיקרון האחידות והשוויוניות הנדרשת בבית קברות צבאי. למעט עניין ה"אחידות והשוויוניות" שהכריעה את הכף בפסק דין זה ושבו חלק השופט ברק על השופטים מלץ וגולדברג, דבריו הנחרצים של כבוד השופט ברק בפסק דינו שהתייחס לכבוד האדם בהקשר לנפטרים ובני משפחותיהם באופן כללי לא נחלקו על ידי השופטים האחרים, וראוי כי דעת השופט ברק בפסק הדין הנ"ל תישמע ותקבע בעניין נושא עתירה זו:

"נראה לי כי כנגד השיקול בדבר האחידות עומד השיקול בדבר כבוד האדם. אכן, כבוד האדם הינו ערך בסיסי במשפטנו. ראשית ההכרה בו בהלכה הפסוקה. זו

קבעה כי "כבוד האדם" היא זכות יסוד של האדם בישראל" (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ. קסטנבאום, פ"ד מו(519, 464) (2). "כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבוד האדם" (בג"צ 355/79 קטלן נ. שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 298, 294). כיום מעוגנת ההכרה בכבוד האדם כזכות יסוד בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק יסוד זה "מטרתו להגן על כבוד האדם" (סעיף 1). הוא קובע כי אין פוגעים "בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2), וכי כל אדם זכאי להגנה על כבודו (סעיף 4). בכך הוענק לכבוד האדם מעמד חוקתי, בעל עוצמה נורמטיבית "על-חוקית".

דבר חקיקה הפוגע בכבוד האדם - ושאינו מקיים דרישותיה של "פסקת ההגבלה" (סעיף 8) - עשוי להתבטל ...

העתירה שלפנינו מעוררת בעיה פרשנית. במסגרתה דין הוא כי כל דבר חקיקה - לרבות דבר חקיקה שההוראה בדבר שמירת דינים (סעיף 10) חלה עליה - יתפרש על רקע עקרונות היסוד הקבועים בחוק היסוד. במרכזם של אלה עומדת החובה לפרש כל חוק על רקע עקרון היסוד של כבוד האדם. על הפרשן להניח כי תכליתו (האובייקטיבית) של כל דבר חקיקה הינה להגשים את כבוד האדם.

11. כבוד האדם הוא עקרון מורכב. בגיבושו יש להתרחק מהנסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני. אין להפוך את כבוד האדם למושג קנטיאני, ואין לראות בו ביטוי לתפיסות אלו ואחרות של המשפט הטבעי. תכנון של "כבוד האדם" ייקבע על-פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בבסיסו של מושג זה עומדת ההכרה כי האדם הוא ייצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו וזאת במסגרת חברתית עמה הוא קשור ובה הוא תלוי. "כבוד האדם" משתרע על מגוון רחב של היבטים אנושיים. לענייננו בא לידי ביטוי כבוד האדם בכל הנוגע לכבודו של הנפטר ולכבוד משפחתו הרוצה להושיט לו יד ולהציב לו יד.

12. כבוד האדם הוא, כפי שראינו, כבודו של הנפטר עצמו. "השאיפה לקבורה ראויה היא טבעית לאדם בתור שכזה" (ע"א 294/91 הנ"ל, בעמ' 520). זהו גם כבודה של משפחת הנפטר (ראה בג"צ 3933/92 ברכאת נ. אלוף פיקוד המרכז (טרם פורסם). עמדתו על כך בפרשת קסטנבאום, בציני:

"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" (בעמ' 520).

ברוח דומה ציין השופט עציוני 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 שבית-קברות הינו מקום לא רק לקבורת מתים, אלא גם להבעת האהבה והכבוד שרוחשים החיים למתים" (ע"א 280/71 גדעון נ. חברת קדישא גחש"א, פ"ד כז(23, 10 (1)). ועל אותו רעיון חזר המשנה לנשיא, השופט אלון, בציינו:

"ואף זו הלכה פסוקה היא כי 'כבוד האדם' בעניינו משמעו, בראש וראשונה כבוד המת, דהיינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר" (ע"א 1482/92 הגר נ. הגר (טרם פורסם) " (עמ' 827-828)

השופט ברק קובע מיד לאחר מכן כי אין הבדל לעניין כבוד האדם של הנפטר ומשפחתו בין קבורה אזרחית לבין קבורה צבאית (למעט לעניין עקרון האחידות):

"אמרות אלה כווננו במקורן לקבורה "אזרחית". עם זאת, לעניין כבוד האדם של הנפטר ומשפחתו, אין כל הבדל בין קבורה אזרחית לבין קבורה צבאית. בזו כבזו בא לידי ביטוי הערך בדבר כבוד האדם של הנפטר ומשפחתו. בזו כבזו משמשת המצבה "סימן מקשר אישי בין החיים, השומרים בלבם זכר הנפטר, לבין מי שהלך לעולמו" (הנשיא שמגר בע"א 294/91 הנ"ל, בעמ' 482). השוני בין קבורה אזרחית לבין קבורה צבאית בא לידי ביטוי באיזון הראוי בין הערך בדבר כבוד האדם לבין עקרון האחידות. ...

14. כאשר ערכי יסוד - המהווים את תכליתו של דבר חקיקה - מתנגשים, על השופט לאזן ביניהם. אין השופט רשאי להתעלם מאחד מעקרונות היסוד. אכן, כל עוד אין הוראה מפורשת, ברורה וחד-משמעית, אין להתעלם מהשיקול בדבר כבוד האדם. בהתנגשות בין העקרונות השונים, על השופט ליתן ביטוי לערכי היסוד כולם, תוך מתן משקל לערכים השונים, ואיזון ביניהם על-פי משקלם. זוהי תרומתה המרכזית של פרשת קול העם (בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ. שר הפנים, פ"ד ז, 871) לתורת המשפט והשיפוט הישראלית. עמד על כך השופט אגרנט, בציינו: "תיחום התחומים, לשימוש בזכות לחופש הדיבור והפרסה (press) נעוץ, אפוא, בתהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם, לאחר שקילה של אלה אשר, לאור המסיבות, ידם על העליונה" (עמ' 879). (שם)

21. לצערם של העותרים, לנפטרים אין היום פה לדבר ולהביע מחאתם על הפרעת מנוחתם. משפחתם הקרובה שסובלת בכאב את צער אובדנם, בכל יום ובכל שעה, היא המשמשת כשופר עבורם. העותרים יטענו כי כבוד האדם של משפחת הנפטר אינה פחותה מזו משל הנפטר.

לגבי הצורך בשמירה על כבוד משפחת הנפטר ראו גם בג"ץ 4763/97 חכים נ' המועצה המקומית מזכרת בתיה, פ"ד נב(1) 35 שדן במקרה שבו התבקשה הסרת שמו של חייל שרצח את חברתו והתאבד מלוח זיכרון. בית המשפט דחה את העתירה וקבע כי:

"משנעשה הדבר, מהווה לוח הזיכרון מקום אליו נקשרו ובו הם מתייחדים עם זכרו של בנם. שי לא חדל להיות בנם המנוח. כאב אובדנו של בנם אינו קטן מכאבם של הורים שכולים אחרים, תהיה הסיבה למותו אשר תהיה. על הקשר בין החיים לבין יקיריהם אשר אינם עוד בין החיים, ועל כבוד האדם של הורים שכולים כבר נאמר:

"כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו... (צוטט לעיל מע"א 294/91)

בענייננו, יש אפוא לבחון האם החלטת המשיבים עולה בקנה אחד עם שמירת הערך של כבוד האדם במונח האמור. " (עמ' 44-43)

בהמשך פסק הדין הנ"ל, התייחס בית המשפט לפגיעה הקשה שתיגרם למשפחת הנפטר ובפרט כאשר מדובר במצב של "לאחר מעשה":

"אך הנסיבות בענייננו הן כאלה, ששמו של שי כבר נחקק על לוח הזיכרון ביחידתו. בפרק הזמן הניכר שחלף מאז, הפך המקום אתר התייחדות להוריו, הפוקדים בימי זיכרון את המקום ומעלים את זכרו של שי. סילוק שמו מלוח הזיכרון עתה, לאחר שכבר נחקק עליו, יהווה פגיעה קשה בהם, אשר אין להשוות את חומרתה למקרה בו שלטונות הצבא לא היו מנציחים את שמו מלכתחילה. על הבחנה זו, בין ההחלטה שניתן לקבל טרם מעשה לבין החלטה המתקבלת לאחר שכבר נעשה מעשה, עמד השופט ברק בבג"צ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(1) 5."
(שם)

אם סילוק שמו של אדם בדיעבד מלוח זיכרון מהווה פגיעה קשה במשפחתו, על אחת כמה וכמה שסילוק/עקיפת קברו של אדם בדיעבד מהווה פגיעה קשה במשפחות הנפטרים.

22. לעותרים בעתירה זו הייתה הזכות המלאה, הן החוקית והן המוסרית, להסתמך ולצפות לכך שיקיריהם ינחו מנוחת עולמים בקברם. בית העלמין בנוה דקלים הוקם באישור ובסמכות מדינת ישראל, וקודש על ידי הרבנות וחברה קדישא המקומית מלכתחילה כבית קברות קבע ולא ארעי. המתים הובאו בו למנוחת עולמים עד בוא משיח צדקנו ותחיית המתים בב"א, כפי שנקברים מתים אחרים בכל רחבי הארץ.

לגבי כל אחד מן הנפטרים הוצא רשיון קבורה כדין על ידי משרד הפנים. העותרים מבקשים להביא בפני בית המשפט הנכבד הסכם בין חברה קדישא מועצה אזורית חוף עזה לבין המוסד לביטוח לאומי משנת 1992 שהסדיר את הכללים בדבר טיפול בקבורת נפטרים ומתן שירותי קבורה בבית העלמין בנוה דקלים. הסכם זה לא היה על תנאי או באופן זמני, קבורת הנפטרים לא היתה על תנאי או באופן זמני ולמשפחות הייתה הזכות המלאה להסתמך על כך שמנוחתם של הנפטרים לא תופרע.

העתק ההסכם בין החברה קדישא לבין הביטוח הלאומי מצ"ב כנספח א' כחלק בלתי נפרד מן העתירה.

23. זאת ועוד, כלל נקוט בידנו מימים ימימה כי "מצווה לקיים דברי המת" (כתובות ע., גיטין י"ד:). כבוד האדם של הנפטרים הוא בראש ובראשונה כבודם ורצונם של הנפטרים טרם מותם. במקרה דנן חלק מהנפטרים עמדו על כך, קודם שנפטרו, שייטמנו למנוחת עולמים בבית העלמין בגוש קטיף והעותרים והחברה בכללותה מצווים לקיים את צוואתם. דוגמא מצמררת לכך היא הנער איתי רפאל יוליס ז"ל שנפטר בגיל 14 וחצי לאחר שלוש שנים של מאבק במחלת הלוקמיה, כשהבין שקרב סוף חייו בעולם זה ביקש מאביו, העותר מס' 1, לפני מותו בצורה מפורשת להיקבר בבית העלמין בנוה דקלים.

24. העותרים יוסיפו ויטענו כי אף אם חלו שינויים כלשהם בנסיבות מאז פטירת הנפטרים מן העולם, וקיים צורך מסיבה כלשהי לגעת בקברי יקיריהם, יש לקבל אישור המשפחות והסכמתן לכל דבר הקשור בכך בטרם נקיטת כל פעולה בעניין.

25. ניתן היה לצפות שהתכנון הטכני, הקר והמדוקדק של גירוש המשפחות מבתיהם והכנת הכוחות המשתתפים בביצוע גזירה זו – "במעגל הראשון, השני והשלישי" וכן הלאה – ישפיע גם על רמת תכנון הטיפול האנושי בילדים שהתייתמו מהוריהם, בנשים שהתאלמנו מבעליהן ובהורים שהקריבו את ילדיהם על מזבח מדינת ישראל לגבי הפגיעה בהם כתוצאה מהפרעת מנוחת העולמים של יקיריהם. לא נראה שהמדינה מוכנה לקחת אחריות על המעשה ותוצאותיו!.

26. אף אם תעלה הטענה כי הפגיעה בחוק היסוד אפשרית לאור פסקת ההגבלה – סעיף 8 לחוק היסוד – לטענת העותרים טענה זו לא תוכל לעמוד בפני אף אחת משלושת הדרישות המצטברות שבפסקת ההגבלה, מהסיבות כדלהלן.

27. **הלימת ערכי מדינת ישראל** – העותרים יטענו כי סעיף פינוי הקברים אינו הולם את ערכי מדינת ישראל. התנאי הראשון מהתנאים המצטברים שבסעיף 8 לחוק היסוד, קובע כי ניתן לפגוע בזכויות שבחוק זה רק בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל והכוונה לערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. מאפייניה הגרעיניים של המדינה כמדינה יהודית "הם בעלי היבט ציוני ומורשתי יחד" (ר' בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, (פ"ד נד 1) 281, 258). עוגן לערכי מדינת ישראל האמורים בחוק היסוד הוא מגילת העצמאות, שכפי שייטען לקמן, היות המדינה מוגדרת במגילת העצמאות כיהודית ודמוקרטית סותרת את מהות סעיף פינוי הקברים בשל הכפייה הדתית הכרוכה במעשה זה. בית משפט נכבד זה קבע בעבר כי "מדינה יהודית מחויבת להיות רגישה לרגשות הדת של כל אחד מבניה" (בג"צ 5016/96 פ"ד נא(4), 1 עמ' 42-43).

האם הריסת בתי עלמין והוצאת מתים מקברם, וביניהם ישראלים שנרצחו בידי מחבלים, הינה התחשבות ברגשות הדת או ברגשות האדם בכלל?

28. **תכלית ראויה** – העותרים יטענו כי סעיף פינוי הקברים נחקק שלא לתכלית ראויה. בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, השאלה אם תכלית היא ראויה, אם לאו, נבחנת בשני מישורים: המישור האחד, בוחן את התוכן של התכלית; המישור השני בוחן את מידת הצורך בהגשמתה. באשר לסעיף פינוי הקברים, לא הובא כל הסבר על ידי המדינה לתכליתו, ובפרט שהסעיף כלל לא היה ולא נברא בהצעת החוק ובדברי ההסבר, ולפיכך לא ניתן לבחון תוכן של תכלית שאינה קיימת. אף אם קיימת תכלית מסוימת לסעיף פינוי הקברים, הרי שלטענת העותרים לא נבחנה כלל או לא נבחנה דיו מידת הצורך בהגשמת התכלית העלומה. לא נבחנה האפשרות שלא להפריע למתים במנוחתם עד שיתברר למשפחותיהם המגורשות מביתן היכן יהיו מגורי הקבע שלהן. לא נבחנה האפשרות להשאיר בית העלמין על כנו אף לאחר הגירוש ח"ו עד לקבלת הוראות המשפחות תוך אבטחה צבאית. העותרים יוסיפו ויציינו כי לעניין התכלית הראויה הכללית של החוק נטענו טענות מהותיות בבג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נגד כנסת ישראל ואח', שבית המשפט הנכבד טרם הכריע בהן, והעותרים מבקשים לסמוך ידיהם על טענות אלו.

29. **מידתיות** - העותרים יטענו כי סעיף פינוי הקברים אינו מידתי והפגיעה בכבוד האדם של המשפחות ושל הנפטרים עולה הרבה על הנדרש. למבחן המידתיות שבפסקת ההגבלה שלושה מבחני משנה. מבחן המשנה הראשון הינו, כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי השלטוני צריך להיות מותאם להשגת המטרה אותה השלטון מבקש להשיג. האמצעי שהשלטון נוקט בו צריך להוביל, באופן רציונלי, להגשמתה של המטרה ("מבחן הקשר הרציונלי"). מבחן המשנה השני הינו, שהאמצעי השלטוני צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה

ביותר. האמצעי השלטוני הוא ראוי, רק אם לא ניתן להשיג את המטרה על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר ("מבחן הפגיעה הפחותה"). מבחן המשנה השלישי קובע, כי האמצעי שהשלטון בוחר אינו ראוי, אם פגיעתו בזכות הפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת, שהוא מביא בהגשמת התכלית ("מבחן המידתיות במובן הצר").

30. העותרים יטענו כי סעיף פינוי הקברים איננו מידתי בכל אחד משלושת מבחני המשנה.

באשר למבחן המשנה הראשון, לא ברור מהי המטרה אותו מנסה המדינה להשיג/להגשים בפינוי הקברים. בוודאי שפינוי קברים בכוח ללא הסכמת המשפחות אינה אמצעי מתאים למטרה מקודשת ככל שתהא.

באשר למבחן המשנה השני, יזעקו העותרים - האם האמצעי השלטוני הקיים בסעיף פינוי הקברים, דהיינו פינוי קברים בכוח ללא הסכמת המשפחות פוגע בפרט-במשפחות במידה הקטנה ביותר?

האם דרישת הסכמה או רשות של המשפחות אינה הדרישה המינימלית האפשרית למצב חמור זה?

לטענת העותרים אין ספק שניתן היה להשיג את המטרה העלומה שבסעיף פינוי הקברים על ידי אמצעי אחר שפגיעתו בזכות האדם שלהם ושל הנפטרים הינה פחותה יותר – השארת המתים במקומם אף לאחר הגירוש ח"ו תוך אבטחה צבאית עד שיתברר למשפחותיהם המגורשות מביתן היכן יהיו מגורי הקבע שלהן ועד שבני המשפחות יביעו את רצונם לשייעשה עם מתיהם.

באשר למבחן המשנה השלישי, לטענת העותרים הפגיעה שתיגרם לכבודם שלהם ושל הנפטרים בפתיחת הקברים ללא הסכמת המשפחות, הפגיעה החמורה שבפתיחת הפצעים מחדש וסיכון בריאותם הנפשית והגופנית של המשפחות – כל אלו פגיעות שאינן עומדות ביחס מתאים ל"תועלת שבהגשמת התכלית", כאשר כאמור לעיל, תכלית סעיף פינוי הקברים כלל אינו ברורה.

31. לא ידוע לעותרים על כל תקדים בו מדינה כלשהי, ובוודאי לא מדינת ישראל, חיללה את קברות חלליה בהעתיקה אותם ללא הסכמת המשפחות.

32. לסיכום, מבקשים כאן העותרים לזעוק זעקת יקיריהם הטמונים בבית העלמין ולטעון בשם עצמם ובשם הנפטרים כי כל פעולה שתיעשה בקשר לסעיף פינני הקברים ללא הסכמתם ו/או ללא אישורם מהווה פגיעה אנושה, חמורה ובלתי ניתנת לריפוי של כבוד האדם שלהם, תגרום לעותרים סבל נפשי וגופני קשה ביותר בפתיחת הפצעים מחדש ותערער מנוחת יקיריהם.

סעיף פינני הקברים נוגד את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית

33. העותרים יטענו כי הוצאת הנפטרים מקברם על ידי מדינת ישראל מבלי לקבל את אישור המשפחות נוגד אף את ערכי מדינת ישראל האמורים במגילת העצמאות כמדינה יהודית ודמוקרטית. המשפחות שמתיהן קבורים בבית הקברות למנוחת עולמים הינן ברובן שומרי תורה ומצוות הנשמעים לרבנים שלהם בעניינים הלכתיים, ובודאי בעניין חמור זה, ועל פי פסיקת הרבנים שלהם בעניין זה - אסור עקרונית על פי ההלכה היהודית להוציא מתים מקברם.

34. ככלל, ענייני קבורת נפטרים יהודים וכל הפעולות הנובעות מכך נעשים מכוח הלכות הדת היהודית ופסיקות הרבנים של משפחות הנפטרים. אפשר לראות זאת כמעין דבר המצוי בסמכותה הכמעט-ייחודית של ההלכה בהתאם לפסיקת הרבנים של המשפחות בעניין. הוצאת הנפטרים מקברם בעל כורחן של המשפחות ובניגוד לאמונתם הדתית, מעבר להיותו מעשה טראומתי שישאיר עליהם את אותותיו עד סוף החיים, הינו כפייה דתית ועושק המנוגדים לערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית.

35. אף במקרים קיצוניים בהם ביקשה משפחת המת עצמה, מתוך בחירתה החופשית, להעביר קברו של המת, מה שלא מתקיים בעניין נשוא עתירה זו, ההלכה קובעת כללים לגבי פינני הקברים וליקוט העצמות וכן נקבעו דינים לגבי חידוש אבלותם של קרובי הנפטרים – כולל קריעת הבגדים ומנהגי האבלות האחרים. דינים אלו גם תלויים במנהגים השונים של עדות ישראל ועל המשיבים להתחשב בדעתו של כל בן משפחה לאחר שיתיעץ כרצונו במורה ההלכה שלו.

סעיף פינני הקברים נוגד את המוסר האנושי

36. העותרים יוסיפו ויטענו כי סעיף פינני הקברים אף אינו מוסרי ובשל כך דינו להתבטל. רבים מן הנפטרים הקבורים נפלו קרבן לרצח בידי טרוריסטים פלסטינאיים. לא די בכך שיתקיים ברוצחים הביטוי: " הַרְצַחְתָּ, וְגַם-יִרְשָׁתָּ " (מלכים א', כ"א, י"ט) בכך שיקבלו למגוריהם את

בתייהם של הנרצחים והנפגעים, אלא שגם יירשו את בתי הקברות בהם קבורים קדושי ישראל – אותם קדושים שחירפו נפשם להגנת מדינת ישראל או שנרצחו על ידי אותם מרצחים שפלים ושהקריבו חייהם על מזבח העם והארץ במלוא המשמעות, כשכל אשמת הקורבנות הייתה בהיותם יהודים ואזרחי ישראל. כל בר דעת מבין זאת. היכן הצדק והיכן המוסר בכך שרוצחיה של אהובה אמרגי הי"ד, בתם של העותר מס' 4 אם לשני פעוטות, שנרצחה בציר כיסופים בסמוך לביתה וקבורה בבית העלמין, יירשו את בית העלמין ויהפכו אותו לגן המשחקים של ילדיהם!?

למותר להרחיב הדיבור על היות המעשה מנוגד למוסר ולצדק האנושי. בית משפט זה הינו בית משפט גבוה לצדק. בבואו ליתן את הדין בעתירה זו על בית המשפט לדון משפט של צדק – האם פינוי קברי הקורבנות שהקריבו נפשם למען ארצם לטובת רוצחיהם הינו צדק?!

סעיף פינוי הקברים נוגד את חוקי מדינת ישראל

37. בטרם שניגע בחוקי מדינת ישראל הסותרים מהותית את סעיף פינוי הקברים, נביא בקצירת האומר את אופן קבלת סעיף פינוי הקברים על ידי הכנסת, דבר המבטא לכשעצמו את קלות הדעת הבלתי נסבלת בה נקטה הכנסת בחקיקתה סעיף פינוי הקברים.

38. סעיף פינוי הקברים לא היה קיים בהצעת החוק, "שכחו" אותו, כביכול הדבר כלל אינו חשוב וניתן לעשות בקברים ככל שרוצים בלי חוק. בסופו של דבר, בשל דרישת נציג פורום המשפטנים למען ארץ ישראל שישב בוועדת המשנה של ועדת הכספים שהוקמה לצורך החוק ושיבקש לדאוג למשפחות המסכנות שיקיריהם קבורים בבית העלמין בנוה דקלים ואשר "נשכחו" על ידי המחוקק, הוכנס בזריזות סעיף פינוי הקברים, כמובן מבלי שהייתה התייעצות ובדיקה רצינית בעניין, אשר תוצאתו היא פגיעה אנושה במשפחות הנפטרים. בדיעבד, נוסח הסעיף הוא לעג לרש במלוא מובנו, ומוטב היה אילו הסעיף לא היה נכתב כלל!

39. העותרים יטענו כי סעיף פינוי הקברים, שמעגן בתוכו את המעשה החמור של הוצאת הנפטרים מקברם ללא הסכמת וללא אישור קרובי משפחתם, מנוגד לחוקי מדינת ישראל מפורשים וספציפיים בעניין.

40. בעתירה זו "דמים בדמים נגעו" (הושע ד,ב) - מעורבים בה הן משפחות חללי צה"ל ונפגעי פעולות איבה והן משפחות שאיבדו את היקר להם כתוצאה ממחלה, תאונה או שיבה טובה.

41. חלק מהעותרים, קרובי הנפטרים בבית העלמין בנוה דקלים, וביניהם עותר מס' 3 שמואל הילברג, אביו של לוחם השייטת יוחנן הי"ד, הם הורים לחללי צה"ל הקבורים בחלקה הצבאית שבבית העלמין בנוה דקלים.

כאמור לעיל, לדעת הנשיא ברק שציטט את הנשיא שמגר בפרשת קסטנבאום שהוזכרה לעיל -

"לעניין כבוד האדם של הנפטר ומשפחתו, אין כל הבדל בין קבורה אזרחית לבין קבורה צבאית. בזו כבזו בא לידי ביטוי הערך בדבר כבוד האדם של הנפטר ומשפחתו. בזו כבזו משמשת המצבה "סימן מקשר אישי בין החיים, השומרים בלבם זכר הנפטר, לבין מי שהלך לעולמו" (הנשיא שמגר בע"א 294/91 הנ"ל, בעמ' 482).

לטענת העותרים, על בית המשפט ללמוד גזירה שווה מקברים של חללי צה"ל לקברים האחרים בבית העלמין, ולכל הפחות להתייחס באופן נפרד לעותרים שיקריהם קבורים בקברים הצבאיים המצויים בבית העלמין, וזאת בהתאם לחוק הספציפי שמתייחס לקברים צבאיים, כפי שיובא להלן.

42. חוק בתי הקברות הצבאיים, תשי"ז-1950, עוסק באופן ספציפי בדרך הבאתם למנוחת עולמים של חללי צה"ל והעברתם גופותיהם במקרה הצורך. סעיף 6 לחוק הנ"ל קובע באופן מפורש:

6. העברת גופות [תיקון: תשנ"ו]

(א) רשות מוסמכת רשאית, בהסכמת מנהל השירותים הרפואיים או בא כוחו המוסמך ובהתייעצות עם הרב הצבאי הראשי, לצוות על העברת גופה -

(1) מקבר צבאי הנמצא מחוץ לבית קברות צבאי - לבית קברות צבאי.

(2) מבית קברות צבאי אחד למשנהו.

חלקות קבריהם של חללי צה"ל בבית העלמין בנוה דקלים נכנסים בוודאי בגדר ס"ק 1: "קבר צבאי הנמצא מחוץ לבית קברות צבאי" ("קבר צבאי" מוגדר בסעיף הפרשנות לחוק הנ"ל כ"קבר של חייל שנפטר", "חייל" מוגדר שם כ"אדם בשירות צבאי").

לטענת העותרים, קברי חללי צה"ל בבית העלמין נכנסים אף בגדר ס"ק 2 - הפסיקה שעסקה בפתיחת קברים לא דקדקה בבחינת הקבר הצבאי האם הוא מצוי בתוך בית קברות צבאי שהוכרז ברשומות על ידי שר הביטחון (בהתאם לדרישת סעיף 3 לחוק הנ"ל) לבין קבר צבאי אחר - ראה הדוגמא המצערת שהובאה לעיל בעניין קברו של לוחם השייטת גיא גולן שנקבר בקבר צבאי בקיבוץ חצור, שלמיטב ידיעת העותרים לא הוכרז בית קברות צבאי בקיבוץ זה.

בעניין נשוא עתירה זו, לא ידוע לעותרים אם המדינה קיבלה את הסכמת מנהל השירותים הרפואיים ואם התקיימה התייעצות עם הרב הצבאי הראשי בעניין. בהתאם לסעיף 7 לחוק הנ"ל אף נדרשת קבלת רשיון מיוחד לצורך הוצאת גופה מקבר צבאי.

43. מעבר לכך, באותו סעיף 6 בחוק בתי קברות צבאיים, קבע המחוקק כי הרשות מוסמכת להעביר גופה מבית קברות צבאי אחד למשנהו רק אם יש סיבה מיוחדת לכך, ובכל מקרה אסור להעביר גופת חייל שנפטר (ודוק, החוק מדגיש דווקא: "חייל שנפטר" בין אם קבור בבית קברות צבאי ובין אם לאו) אלא אם ניתנה הסכמת קרוביו:

(ג) לא תעביר רשות מוסמכת גופה מבית קברות צבאי אחד למשנהו, אלא אם כן היא סבורה שיש סיבה מיוחדת לכך.

(ד) רשות מוסמכת לא תעביר לפי סעיף קטן (א) גופה של חייל נפטר שיש אחריו קרוב הנמצא במדינה, אלא בהסכמת אותו קרוב.

"קרוב" מוגדר בחוק הנ"ל כמי שרשום בכרטיס האישי של החייל שנפטר כאדם הקרוב לו ביותר ובאין רישום כזה – הקרוב לו ביותר בהתאם לתוספת לחוק (בן זוגו, בניו ובנותיו, הוריו, אחיו ואחיותיו, אחי הוריו ואחיותיהם)

44. בענייננו, אף נציג של המדינה לא בא להסביר למשפחות מהי ה"סיבה המיוחדת" שבגינה נדרשת הפרעת מנוחת יקיריהם, דבר שכאמור יפגע אנושות פיזית ונפשית במשפחות הכואבות והינו בלתי מוסרי בעליל. בוודאי שאף אחד לא קיבל את הסכמת המשפחות להעברת גופת יקיריהם כנדרש על פי חוק.

45. תקנות בריאות העם (קבורה מחדש), 1941 אוסרות על הוצאת גופות מקבריהן וקבירתם מחדש ללא קבלת רשות מרופא ממשלתי (סעיף 3) אשר רשאי ליתן רשות רק אם חלפה שנה מיום המוות, אלא אם ניתן אישור מיוחד שיכול שיותנה בכהן הדת (במקרה שלנו הרבנים) שאליה השתייך הנפטר, באישור משטרת ישראל ובדרישות תברואה, כפי שימצא לנכון.

46. בפועל, למיטב ידיעת העותרים, קיים איסור גורף של משרד הבריאות להעברת גופות בטרם שעבר שנה מיום המוות. בבית העלמין בנוה דקלים ישנם 6 קברים שנכרו בשנה האחרונה. כעקרון, ללא האישור המיוחד אשר אף אם יינתן יהווה חריגה מהנורמה הקיימת בעניין, אסור לפתוח קברים אלו.

47. יודגש כעת, אמנם בהתאם לכללי הפרשנות המקובלים במדינת ישראל, במקרה של סתירה בין הוראת חוק קודמת להוראת חוק מאוחרת ידו של החוק המאוחר תהיה על העליונה, אך קיים חריג אחד לכלל זה, והוא במקרה שבו החוק המוקדם הוא מיוחד וספציפי והחוק המאוחר הוא כללי, שאז גובר החוק המוקדם והספציפי על המאוחר והכללי.

חוק בתי קברות צבאיים עוסק ספציפית בפתיחת קברי חללי צה"ל והעברת גופותיהם, קיימים בו סעיפים מפורטים ומיוחדים לעניין העברת גופות חללי צה"ל במקרה הצורך, סעיפים שאין דומה להם בחוקי מדינת ישראל בקשר לנפטרים שאינם חללי צה"ל, והוא חוק מיוחד הגובר על הוראות סעיף פינוי הקברים שהנו חוק כללי המאוחר לו שקובע באופן סתמי: "המדינה תפעל להענקתם של קברים של ישראלים הנמצאים בשטח מפונה...".

לעניין זה, ראה דברי כבוד הנשיא ברק בספרו פרשנות במשפט, כרך ראשון עמ' 569 :

"הכלל הוא, כי חוק מאוחר מבטל (במפורש או מכללא) חוק קודם, כאשר קיימת ביניהם סתירה שאין ליישבה. כלל זה איננו חל מקום שההוראה המוקדמת היא מיוחדת (ספציפית) וההוראה המאוחרת היא כללית. הוראה מאוחרת וכללית הסותרת הוראה מוקדמת וספציפית אינה מבטלת את ההוראה הספציפית: "דין מיוחד דוחה דין כללי": *Generalia specialibus non derogant*. דין פלוני הוא מיוחד (ספציפי) ביחס לדין אלמוני, אם דין פלוני כולל את כל המרכיבים של דין אלמוני, בתוספת מרכיב נוסף. הטעם לגישה זו נעוץ בעובדה, כי בהעדר הוראה ביטול מפורשת, היה זה מתכליתה של הנורמה המאוחרת לחיות בצד הנורמה המוקדמת, באופן שההוראה הכללית תמשיך לחול על כל דבר ועניין למעט העניינים המכוסים על ידי ההוראה המיוחדת. מנקודת מבטה של תכלית החקיקה ניתן ליישב בין השתיים, ואין מקום לבטל מכללא את ההוראה הראשונה. דא עקא, שלשנו הגורפת של החוק הכללי והמאוחר אינה מאפשרת פירושו בדרך מצמצמת המוציאה מתחום תחולתו את המצב המיוחד. במצב דברים זה חל כלל ברירת הדין לפיו, כעניין של פיתוח המשפט וכפיתרון של סתירות בין חוקים, החוק הכללי והמאוחר אין בכוחו לבטל במשתמע את החוק המוקדם והמיוחד".

כן ראה פסק דינו של כבוד השופט טירקל בבג"ץ 4445/02 ורדה מור ו-2 אח' נ' ראש עיריית הרצליה, תקדין עליון 2002(3), 122 שעסק בסתירה שבין חוקי עזר שונים, ובו קבע בית המשפט הנכבד כי נורמה מיוחדת מוקדמת עדיפה על נורמה רגילה ובפרט כאשר הנורמה המוקדמת מקלה. עוד נקבע כי הרשות אינה רשאית לקבוע לפי שיקול דעתה איזו נורמה יש להחיל:

”בסיכום: נורמה מיוחדת עדיפה על נורמה רגילה; בין שתי נורמות אפשריות יש לבחור בנורמה המקלה; הרשות אינה רשאית לקבוע לפי שיקול דעתה איזו נורמה יש להחיל.” (עמ’ 126)

עוד לעניין זה, דברי כב' הנשיא שמגר בבג"צ 428/86 יצחק ברזילי נ' ממשלת ישראל ו-52 אח', פ"ד מ(3), 505 בנושא סמכות החנינה בפרשת קו 300, שמשמש כעוגן בפסקי דין שונים העוסקים במקרים של סתירות בין נורמות חקיקה מקבילות:

”במשטר השוקד על שלטון החוק ובתוך כך על זכויותיו של הפרט לא תהיה נטייה לאמץ פרשנות, המכירה בשחיקת קיומה ובאיונה של סמכות שנועדה במידה רבה למען הפרט. וזאת אף אם מוכח קיומם של מוסדות מקבילים, אשר סמכויותיהם זהות.

מן האמור לעיל נלמדים הדברים הבאים: ראשית, לפי המקובל עלינו אין ההקבלה, ואף הכפילות שבחקיקה, מבטלת חוק קיים או סמכות קיימת.

שנית, התוקף של הוראת חוק גם אינו מתבטל עקב אי השימוש בהוראותיו או עקב שימוש מועט בהוראותיו.” (עמ' 539-538).

48. זאת ועוד, במקום שבו רצה המחוקק בחוק ליישום תוכנית ההתנתקות לבטל או לשנות חוק קודם בשל סתירה אפשרית עם החוק החדש, עשה זאת במפורש. לכל אורך החוק החדש, ניתן לראות ביטולים ספציפיים מפורשים של חוקים קודמים העלולים לסתור את החוק החדש, ראה לדוגמא סעיף 147(תיקון חוק הביטוח הלאומי מס' 78), סעיף 148 (תיקון חוק ביטוח בריאות ממלכתי מס' 29), סעיפים 149-150, 30(ד). חזקה על המחוקק שאם רצה לבטל את החוקים המוקדמים העוסקים בנושא, ובפרט כאשר מדובר בחוקים ספציפיים ופרטניים, היה עליו לחוקק סעיף תיקון בעניין. משלא עשה המחוקק כן, קיים הסדר שלילי לפיו עומדים החוקים המוקדמים על כנם.

49. העותרים יוסיפו ויטענו כי סעיף פינוי הקברים עומד בסתירה פרשנית מול חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג – 1953, שאמנם עוסק בנתיחת גופות ואינו עוסק במישרין בפתיחת קברים והעברת נפטרים, אך לצורך פסיקת בית המשפט הנכבד בפרשת אח"י אילת נלמד מחוק זה יחסו של המחוקק לצורך בהסכמת בני המשפחה. במקרה הנ"ל דובר על פתיחת הקבר לצורך בדיקה גנטית של הגופות, אך העותרים סבורים כי הפגיעה בפתיחת הקבר לצורך העברתו למקום אחר הינה פגיעה חמורה לא פחות.

סעיף 6א לחוק הנ"ל קובע:

א.6. (א) השאיר הנפטר בני משפחה, לא תנותח גוויתו לפי סעיף 6 – למעט ניתוח בנסיבות כאמור בסעיף 6(ג) – אלא אם נתקיימו גם שתי אלה:

(1) הסכים לכך בן זוגו של הנפטר, ובהעדר בן זוג – ילדיו, ובהעדר ילדים – הוריו, ובהעדר הורים – אחיו או אחותו;

(2) לא התנגד לכך בכתב בן משפחה שבאותה דרגת קרבה של מי שהסכים כאמור, או בן-משפחה שבדרגת קרבה שלאחריו בנסיבות המקרה בהתאם לסדר דרגות הקרבה שבפסקה (1).

הסעיף האמור דורש הן את הסכמת הקרוב והן את חוסר התנגדות של קרובו של הנפטר לנתיחת גוויתו, ולטענת העותרים בהתאם לפסיקת פרשת אח"י אילת, אין כל סיבה הגיונית כי פתיחת קבר והעברת הנפטר לא תזדקק לקבלת אישור והסכמת קרובי הנפטר לכך.

50. העותרים מבקשים מבית המשפט שיורה למשיבים לחכות ולדחות ביצוע כל פעולה הקשורה בסעיף פינוי הקברים לפחות עד להחלטת המשפחות בדבר מקום מגוריהם הקבוע לאחר ביצוע הגירוש חי"ו. העותרים סבורים כי בקשה זו היא מינימלית ומחויבת המציאות - קשה לצפות ממשפחות דואבות להחליט מה יעשו עם מתיהם טרם התברר למדינה מה היא מציעה לחיים. המדינה טרם גיבשה את פתרונות מגורי הקבע החדשים אותם היא מתכננת עבור העקורים החיים, ואין לאף אחד מן העותרים את היכולת המעשית, אף אם היה רוצה בכך, להחליט דבר כלשהו בקשר לקרוביו המתים.

51. המשפחות תוהות מדוע המשנה לראש הממשלה, שלפי הפרסומים עוסק בתיאום הקמת כפר נופש למרצחים על בתי הקרבנות, אינו יכול לתאם גם את נושא השארת בית הקברות על כנו, ולו זמנית בלבד – לפי רצון המשפחות - תוך שמירה עליו ואפשרות גישה למשפחות להגיע לקברי יקיריהם.

52. העותרים יוסיפו ויציינו כי מפרסומים בלתי רשמיים שיצאו מתוך מינהלת סל"ע עולה כי נשקלה הצעה להעביר את הקברים באישון לילה לבית קברות זמני עד שיחליטו המשפחות לאן להעבירם למנוחת עולמים (בפעם השניה!), כך תהיה המדינה ב"עמדה עדיפה" על המשפחות שצפויות להתנגד לפינוי הקברים – המשפחות נדהמו מן ההצעה אשר רק אדם ללא לב יכול היה להציעה!

53. בני המשפחות, וביניהן העותרים, אינם ישנים בלילות מרוב דאגה שמא המדינה תעיז לפתוח הקברים באישון לילה והם מקיימים מעקב לילי על בית העלמין. המשפחות איבדו את אמונם במשיבים לאור הזלזול המתמשך המתבטא הן ביחס לחיים ובין ביחס למתים וחוששות מאד לגורל יקיריהם. כל בר דעת יודע כי פעולות שכאלו מנוגדות לחוק, לצדק ולמוסר אנושי, אך לצערם של העותרים, המשיבים איבדו זה מכבר כל רגש ומוסר ולא ניתן לסמוך עליהם בעניין זה. תימוכין לחשש המשפחות ניתן למצוא בכתבה שהתפרסה בעיתון מעריב ביום 4/4/05 על ה"יחידה הסודית" שהוקמה לצורך פינוי הקברים באישון לילה.

מצ"ב כנספח ב' כתבה מעיתון מעריב מיום 4/4/04 כחלק בלתי נפרד מהעתירה.

54. בהשלמה, יטענו העותרים כי המשיבים, ובפרט המשיב 3 – מינהלת סל"ע – מתייחסים לנושא הקברים בכלל ואל המשפחות בפרט באופן מזלזל, בוטה וחסר רגישות. כאמור לעיל, עד ליום הגשת העתירה לא פנו המשיבים ישירות למשפחות אשר איבדו את יקיריהם, דבר מינימלי שעל המדינה לעשות. המדינה אף לא שלחה רבנים או פסיכולוגים שידריכו את המשפחות הכואבות. רוב המשפחות קראו רק באמצעי התקשורת על מכתבו של מר בשיא שנשלח אליהם דווקא בערב יום השואה והגבורה אך מעולם לא הגיע לתיבות הדואר שלהם. העותר מס' 4, דן דוידוביץ', ששיכל את בתו אהובה אמרגי הי"ד אם לשתי פעוטות בפיגוע טרור בסמוך לביתה, איבד שבעה מאחיו בשואה - ודווקא ביום כואב זה בחרה מנהלת סל"ע לפרסם מכתב למשפחות עם הצעה לפינוי קבריהם לקיבוץ ניצנים.

55. תוכן המכתב שנשלח על ידי מינהלת סל"ע למשפחות אף הוא מלמד על חוסר רגישותה המשווע של מינהלת סל"ע – המינהלת הציעה במכתבה למשפחות שיעבירו מתיהם לבית הקברות בקיבוץ ניצנים, כאשר היא מציינת כי אמנם בבית הקברות הנ"ל הקבורה נעשית במסורת של קבורה חילונית ומשפחות גוש קטיף ברובן דתיות, אך תושבי הקיבוץ ניצנים הואילו להסכים לכך שמתו גוש קטיף ייקברו שם, ובתנאי שתיבנה גדר שתחצוץ בינם לבין מתו גוש קטיף כאשר מתו גוש קטיף ייקברו "מחוץ לגדר" של בית הקברות שלהם. האין גבול לחוצפה ולעזות המצח?!

56. עוד העיזה מנהלת סל"ע לשקר למשפחות ולכתוב כי הצעתה במכתב נעשתה בעצה אחת עם החברא קדישא של גוש קטיף. עוד ביום פרסום המכתב (יום השואה) הוציא חברא קדישא גוש קטיף מכתב למינהלת סל"ע, עליו חתומים כל חבריו, ובו נכתב כי לא התייעצו עמם ולא קיבלו הסכמתם לאמור במכתב והתריעו כי יגישו תביעת נגד מינהלת סל"ע בגין הוצאת דיבה אם לא תצא התנצלות בעניין.

מצ"ב כנספח ג' מכתב מנהלת סל"ע למשפחות מערב יום השואה וכנספח ד' מכתב חברה קדישא גוש קטיף.

57. העותרים לא יתפלאו אם המשיבים, שפועלים כל העת בחוסר רגישות, יראו במכתב מינהלת סל"ע הנ"ל, שנשלח למשפחות באמצעות התקשורת, עמידה בדרישת סעיף פינוי הקברים של "תיאום ככל האפשר עם המשפחות". משלא נענתה מנהלת סל"ע למכתבה או נענתה בשלילה, יכולה כעת המדינה לרחוץ בניקיון כפיה מאחר ולטעון כי התקיים ה"תיאום" הנדרש וכעת יכולה המדינה להוציא את הקברים באישון לילה וללא הסכמת המשפחות לבית קברות אחר.

58. העותרים פנו למשיבים, באמצעות הח"מ, במכתב מיום 10/5/05 ובו פירטו את דרישתם כי תינתן הסכמתם ומתן רשותם קודם לכל פעולה שתיעשה בקשר לקברים וביקשו כי המשיבים יאשרו תוך שבעה ימים כי אכן כך יפעלו. המשיבים אישרו טלפונית עוד באותו יום את קבלת המכתב, אך עד ליום זה, ועל אף שעברו למעלה מ- 12 ימים מיום קבלת המכתב על ידם, לא קיבלו העותרים או הח"מ כל מענה מהמשיבים. כנראה הנושא והעובדה שהמשפחות אינן עוצמות עיניהן בלילה מחשש שמא ייפתחו קברי יקיריהם ללא רשותם, אינו מספיק חשוב בעיניהם.

מצ"ב כנספח ה' מכתב הח"מ למשיבים מיום 10/5/05.

59. בתשובת המדינה הראשונה לבג"ץ 2252/05 הנ"ל מודה המדינה שאין בדעתה להישמע לרצון המשפחות בדבר העתקת קברי יקיריהם אלא רק ל"תאם ככל האפשר" עם המשפחות. המדינה אף אמרה במפורש כי תעשה ככל העולה על דעתה באם המשפחות תסרבנה לשתף פעולה (סעיף 166 לתשובת המדינה הנ"ל).

60. בעניין לקיחת האחריות טוענת אף המדינה באותה תשובה כי אין בדעתה לפצות את המשפחות בגין נזקיהן הנפשיים והגופניים שנגרמו ושייגרמו כתוצאה מהתוכנית המחרידה לחילול קברי יקיריהן. וכך טוענת המדינה בציניות רבה: "לא נמצא מקום ליתן פיצויים בגין העתקת קברים ואנדרטאות, שכן זו תבוצע על פי החוק על ידי המדינה, ועל חשבונה", כאילו מאחורי כל נפטר לא קיימים בני משפחתו הנפגעים אנושות מעצם הרעיון שבחילול קברו וביותר מהמעשה עצמו.

העתירה למתן צו ביניים

61. כאמור ברישא לעתירה זו, עתירה זו עוסקת בדיני נפשות, הן נפשות החיים – העותרים בעתירה זו, והן נפשות המתים – יקיריהם של הנפטרים הקבורים למנוחת עולמים בבית העלמין.

62. מזה שנים עומדים העותרים בגבורה תחת אש ומסכנים חייהם ואת חיי משפחתם. הם עושים כן משום דבקותם בביתם תוך הקרבה לקדוש השם, העם והארץ. הם מוכנים לסכן חייהם במשך שנים ובלבד שלא לעזוב את ביתם. לא די בכך, אלא שכיום עומדת בפניהם צרה גדולה לא פחות - והיא האפשרות שקברי יקיריהם, שנקברו כל אחד בכאב רב, יחוללו וייפתחו על ידי המשיבים ושלוחיהם וגופות יקיריהם יועברו למקום אחר ללא הסכמת המשפחות וללא קבלת רשותם לכך.

63. כבר כיום, מצויים העותרים, שרובם בגיל מבוגר, במשבר נפשי וגופני עמוק עקב עקירתם מביתם אותו בנו במשך שנות דור בעשר אצבעותיהם ובו גידלו את ילדיהם ונכדיהם, אך סוגיית הקברים כבר כיום גורמת להם לשברון לב, לחששות מתמידים ולפגיעה גופנית ונפשית חמורים ובלתי הפיכים. סעיף פינוי הקברים שהסמיך את המדינה לפעול בקברים כברכוש השייך לה ללא קבלת אישור והסכמת המשפחות, אלא הסתפקות בתיאום בלבד של מקום ההעברה, הוא גורם משמעותי ביותר לחששותיהם של העותרים, הוא הדבר אותו רואים העותרים כגרוע מכל אף יותר מגירושם מביתם שלהם.

64. אין צורך להיות פסיכולוג או פסיכיאטר על מנת להבין שהתהליך אותו הם עוברים, ובפרט בעניין סעיף פינוי הקברים, הוא תהליך שסופו הוודאי נזק נפשי וגופני חמורים, עד כדי מוות.

65. כמובא בגוף העתירה, יחסם הכוחני, הבלתי מתחשב והאכזרי של המשיבים, ובפרט של מינהלת סלייע, כלפי העותרים והתייחסותם לנושא בית הקברות מוסיף שמן למדורה שבין כך בוערת בעצמותיהם של העותרים, ומוסיפה עוד יגון ואנחה.

66. כנטען בהרחבה בגוף העתירה, בקשת העותרים כי יתקבל הסכמתם ורשותם קודם לעשיית פעולות בקברי יקיריהם הינה מינימלית ומחויבת המציאות - קשה לצפות ממשפחות דואבות להחליט מה יעשו עם מתייהם טרם התברר למדינה מה היא מציעה לחיים. המדינה טרם גיבשה את פתרונות מגורי הקבע החדשים אותם היא מתכננת עבור העקורים החיים, ואין לאף אחד מן העותרים את היכולת המעשית, אף אם היה רוצה בכך, להחליט דבר כלשהו בקשר לקרוביו

המתים. אם לא יוצא צו ביניים, כל עוד העותרים לא יודעים מה ייעשה בחיים ומה רצונם שיעשה במתיהם, עלולים העותרים להידרש לקבל החלטות שיסבו נזק לגורלם. אף אדם לא יוכל לכלכל את צעדיו בצורה נורמאלית באופן שכזה.

67. מתן צו הביניים לא יפגע כהוא זה בתכנון המדינה לגירוש העותרים מבתיהם, באמצעות המשיבים ועוזריהם. המתים אינם יכולים להתנגד לפינוי ואין כל בהילות לנקוט בפעולות הקשורות לעניין כפי שהמשיבים ממשיכים לפעול כל העת, ללא יידוע המשפחות. מתן צו ביניים יקל, ולו במעט, את הסבל שעוברים המשפחות בין כה וכה ויאפשר להם לעצום עיניים בלילה מבלי שיפחדו שיגעו בקברי יקיריהם בלי לשאול את רשותם והסכמתם.

68. דומה כי, על פי הקריטריונים המקובלים בבית משפט נכבד זה להוצאת צווי ביניים, ולו מבחינה אנושית, אין ראוי מהעותרים לקבל צו ביניים.

69. אשר על כן מתבקש בית משפט נכבד זה להוציא צו ביניים על פיו לא יעשו כל פעולות מכוח סעיף פינוי הקברים ללא הסכמת ואישור המשפחות עד להחלטת בית המשפט בעניין זה. אין כל סיבה שבית משפט נכבד זה יאפשר לגרום לעותרים ולבני משפחותיהם נזק נפשי וגופני בלתי הפיך. ודאי שאין סיבה שבית משפט נכבד זה יאפשר לגרימת נזק שכזה למשפחות בתקופת הביניים, עד שבית משפט נכבד זה יכריע האם לקבל את העתירה שבפניו.

70. תצהיר מטעם העותר מס' 4, התומך בעתירה ובבקשה לצו הביניים, מצורף לעתירה זו.

71. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הסעדים המפורטים בתחילת העתירה.

מרדכי מינצר, עו"ד

בא-כוח העותרים