

תאריך הגזירה: 10/08/97

1

בית המשפט העליון

כנ"צ 197 / 4883

כבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

1. בעניין: _____, סובח, בעל רשיון נהיגה ירדני מס' _____

2. _____ נעסאן, בעת ת"י מספר

מכפר מגיד רמאללה _____

3. המוקד לתגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

ע"י ב"כ עוה"ד אנדרה רוזנטל /או מוסטפא יחיא

מספר רישיון 11864 ומספר 20107

מרח' אריסטובלוס 4, ירושלים 94234

העותרים

טלפון 6250458, פקסימיליה 6259626

נגד

המשיב

שר הבטחון

עתירה סמטן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להזמין את המשיב לברא וליחן טעם מדוע אין הוא מעמיד לרשותם של העותרים את הממצאים אשר הובילו לזיהוי גופת אחיהם של העותרים מספר 1 ו-2, אשר נהרג לפני 13 שנה; וכן, אם אין ברשותו ממצאים אלו, מדוע אין הוא מסכים לבצע בדיקת רקמות DNA כדי לוודא את זהות הגופה.

ואלה נימוקי העתירה:

1. עותר מספר 1, אורח ותושב ירדני, הינו אחיו של _____ סובח אשר נהרג, ככל הנראה, לפני 13 שנה יחד עם שניים אחרים, עת שניסה להסתנן לישראל מירדן. תצהיר העותר רצ"ב ומסומן באות ע' 1.
2. עותרת מספר 2, תושבת הגדה המערבית, הינה אחותו של _____ סובח. תצהיר העותרת רצ"ב ומסומן באות ע' 2.
3. ביום 12.1.1994 פנתה עותרת מספר 3 אל דובר צה"ל. במכתב זה נמסר כי ככל הנראה הסתנן _____ סובח מירדן לישראל ביום 14.9.1984, יחד עם שניים אחרים. למשפחה החיה בשטחים המוחזקים הגיעו שמועות כי הוא עורנו בחיים ומוחזק בכלא עתלית או בכלא אל חיאם בדרום לבנון. העתק פנייה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 3.

4. במענה לפנייה זו נמסר לעותרת מספר 3 כלהלן:
 "בתאריך 14 ספטמבר 1984 אירעה חדירה של 3 מחבלים מירדן.
 סובח נהרג ונקבר בישראל בבית קברות לחללי אויב ליד גשר אדם."
 העתק תשובה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 4.
5. לאחר חילופי מכתבים נוספים נמסר לעותרת מספר 3 כי _____ סובח "קבור בבית הקברות לחללי אויב בגשר "אדם". מס"ד 29 חלקה ב' מס' קבר 5028א". העתק מכתב רס"ן פרידמן מלשכת ראש אכ"א רצ"ב ומסומן באות ע' 5.
6. ביום 2.1995 עותרת מספר 3 פנתה לאלוף הרב גד נבון, מהרבנות הצבאית הראשית, בבקשה לסייע בעניין זיהוי הגופה והעברתה לקרובי משפחה לאחר מכן. העתק פנייה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 6. למכתב זה לא נתקבל כל מענה.
7. ביום 26.11.1995 הועבר הטיפול בתיק למשרדו של הח"מ והוא פנה לעוזר הפצ"ר לדין בינלאומי, סא"ל רייזנר, בבקשה להמציא את המסמכים אשר שימשו לזיהוי החלל, ואת בהתאם לפקודת המטכ"ל מספר 38.0109 מיום 1.9.1976, המסדירה הטיפול בחללים, זיהויים וקבורתם. על פי אותה פקודה יש לרכז מסמכי החללים, הפציהם ואמצעי זיהוי כמעטפות נפרדות (ס' 19 ח'). ס' 32 חוזר ומדגיש כי
 "מפקד חוליית בית קברות להלל אויב אחראי לאיסוף אמצעי הזיהוי וביצוע פועלות רישום כלהלן:
 ...
 ב. לכל חלל ימולא "כרטיס אישי - חלל צבא אויב" ב-2 עותקים. המקור יוכנס למעטפה עם חפצי החלל, והעתק ייגנו ביחידת הקבורה. ...
 יתר הסעיפים בפרק זה, למעט סעיף 35, אינם בידיעתו של הח"מ בשל פועלת הצנזור הצבאית.
 ס' 40 גם מחייחס למבוקשתנו בזו הלשון:
 "הדר"ח שיוכן ע"י שלי"ר יכלול את הפרטים הר"מ:-
 ...
 ט. פירוט מסמכים והחפצים שנמצאו אצל החלל (לא נמצאו מסמכים או חפצים, יצוין הדבר בדר"ח)."
 העתק הפנייה לסא"ל רייזנר רצ"ב ומסומן באות ע' 7.
 העתק הפקודה, מצונורת, רצ"ב ומסומן באות ע' 8.
 ביום 22.10.1996 הגיע מכתב מענף הדין הבינלאומי בו נכתב:
 7. "... מברירר שעשינו עם אמ"ן אין כידי צה"ל מידע על ציוד ומסמכים שהיו ברשות הנ"ל עת

נהרג במהלך חדירה מירדן ב-14 לספט' 1984.

העתק מכתב זה רצ"ב ומסומן באות ע' 9.

8. כיום 19.2.1997 פנה ב"כ העותרים אל ענף הדין הבינלאומי וביקש לקבל לירו המסמכים

המזוהים את החלל. במכתב נרמז כי התיק אחר, לא צויין מספרו, אך המזוהה היא להג"צ

526/192 אביריגיה נ' שר הבטחון ואח', אשר טרם הסתיים, נטען תחילה ע"י ענף הדין

הבינלאומי כי אין מסמכים המזוהים את המנוח, אולם כעבור שלוש שנים נמצאו מסמכים

מזוהים. העותרים שם ביקשו שתבוצע בדיקת רקמות להם ולגופה, לשם השוואה. בדיקת

הרקמות בוצעה על חשבון העותרים בארצות הברית, בשל העובדה כי בזמנו לא ניתן היה

לבצע בדיקה מסוג זה בארץ. הבדיקה העלתה כי הגופה, שחמשיב טען כי היא גופת בן

העותרת, אינה גופת הבן.

העתק מכתב זה רצ"ב ומסומן באות ע' 10.

9. כיום 6.4.1997 השיב סא"ל רייזנר, עוזר הפרקליט הצבאי הראשי לדין בינלאומי כי:

"... אין באפשרותנו לשחזר כיום, 13 שנים לאחר קבורת גופתו של המחבל, מה היה ההלך

שהוביל, בשעתו, לזיהוי הגופה כ____ סובח."

העתק תשובה זו רצ"ב ומסומן באות ע' 11.

10. כיום 1.5.1997 פנה בפעם האחרונה ב"כ העותרים אל סא"ל רייזנר וצייין כי לאור העובדה

שפקודות המטכ"ל, ככל הנראה, לא כוכרו, מתבקשת בדיקת השוואתית בין רקמות ה-DNA

של הגופה והעותרים 1 ו-2 או אמם. מכתב אחרון זה לא זכה להתייחסות כלשהי. העתק

הפנייה רצ"ב ומסומן באות ע' 12.

11. אמנת ג'נבה הראשונה קובעת בסעיף 16 את דרכי טיפול ואיסוף מידע לגבי נפטרים, ושמה

דגש על פריטים היכולים לעזור בזיהוי הגופה, לאמור:

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.

ובהמשך:

They [parties to the conflict] shall likewise collect and forward through the same bureau one half of a double identity disc, money and in general all articles of an intrinsic or sentimental value, which are found on the dead.

פקודת המטכ"ל, אשר צוטטה בסעיף 6 לעיל, מיישמת למעשה את הוראות הדין הבינלאומי לעניין הטיפול בגופות.
סעיף 17 לאמנה קובע לאמור:

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.

פיקטט, בע' 177 ל-Commentary, מדגיש, תחת הכותרת identification כי:

The next thing to be done is to examine the papers found in the clothing of the dead man, in order to establish his identity with as much certainty as possible. In the absence of papers recourse must be had to other methods which will make it possible for the adverse Party itself to establish his identity, c.g. measurements and description of the body and its physical features, examination of the teeth, fingerprints, photographs, etc.

The paragraph goes on to say that, when identity has been established, "a report is to be made". This means a minute mentioning not only the identity papers found on the body and the information contained in them, but also the possessions which the deceased carried on his person, together with a statement of the date of death or, where the date is only presumed, the reasons for this presumption. ...

הוראות אלה, ולמעשה הוראות פקודת המטכ"ל שצוטטה לעיל, לא כוברו כלל בעניינו של אחיהם של העותרים 1 ו-2.

העותרים טוענים כי בנסיבות שנוצרו כיום, כאשר המשיב קובע כי המדובר בגופת אחיהם

של עותרים 1 ו-2 אך אינו מצביע על ממצאים כלשהם התומכים בקביעה זו, יש לדרוש ביצוע בדיקת השוואת רקמות ה-DNA של הגופה עם העותרים עצמם או אמם, כדי לוודא שהמדובר בגופת אחיהם ולא באדם אחר.

העותרים טוענים כי על המשיב מוטלת החובה הגישפטית לבצע כל הבדיקות הדרושות, הקבועות כאמור באמנת ג'נבה וכן בפקודת המטכ"ל, על מנת שניתן יהיה לזהות בוודאות את גופת החלל. המשיב מוסר כי מבחינתו הוא ביצע את הבדיקות הנחוצות לו וכי הוא זיהה את הגופה כאחיהם של עותרים 1 ו-2. כאשר התבקש המשיב לזמציא אותן בדיקות וממצאי בריקה אשר הובילו אותו לזיהוי זה, הוא טען כי אם חלוף חזמן אין ביכולתו לשחזר הנעשה לפני 13 שנה.

אין לקבל טענה זו בשל היותה בלתי סבירה באופן קיצוני. הרי זיהוי הגופה על פי מראה לא ניתן לבצע, קרוב לוודאי לא נשאר הרכה מגוף האדם שנקבר בשנת 1984. דרישת העותרים הינה סבירה לחלוטין: הם מבקשים הוכחות כי בגופת _____ סובח מדובר ולא בגופתו של אחר.

כיום ניתן לוודא זהותו של החלל, למרות הזמן הרב שחלף מאז מותו וקבורתו, ומשלא עלה בידי המשיב להמציא ההוכחות המבוקשות, יש להורות לו לבצע בדיקת השוואת רקמות DNA.

12. אשר-על-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הצו המבוקש ולהופכו להחלטי.

ירושלים, ה-28.7.1997

אנדרה רוזנטל

אנדרה רוזנטל, עו"ד

ב"כ העותרים