جلسة إضافية لدى محكمة العدل العليا 10190/17

ملخص القرار:

يعالج هذا القرار مسألة على درجة عالية من الحساسية والتعقيد وترتبط بشكل رئيسي بكرامة الميت وكرامة ذويه، ومن جهة أخرى بأمن الدولة وبأسرى أحياء. موضوع القرار هو جثث الأسرى الذين تحتجزهم إسرائيل لديها من خلال الدفن المؤقت بهدف تعزيز عملية التفاوض لإعادة قتلاها وأسراها المحتجزون لدى حماس. نقطة الجدال المركزية التي دار حولها النقاش هي اللائحة 133 (3) من لوائح الدفاع الصادرة في زمن الانتداب البريطاني. هل تمنح هذه اللائحة الصلاحية والسلطة للقائد العسكري باحتجاز الجثث ودفنها بصورة مؤقتة لدعم التفاوض بشأن إعادة الاسرى والقتلى المحتجزين أم لا يوجد بها ما مثل هذا التفويض. موقف الدولة كان أن اللائحة تمنح القائد العسكري هذه الصلاحية لدفع عملية التفاوض، وفي الجهة المقابلة، موقف المستأنف ضدهم، وهم عائلات من تقوم إسرائيل باحتجاز جثثهم، والذي يرفض موقف الدولة ولا يجد في اللائحة ولا في أي تشريع أخر مصدرا يمنح القائد العسكري مثل هذه الصلاحية. تشعب النقاش من خلال وجهات نظر القضاة الى مجالات أخرى وهي موقف القانون الدولي والدولي الإنساني من المسألة، موقف الشريعة اليهودية، وضع اللوائح الدستوري. وتم التعرض بتوسع للتفسير اللغوي والتفسير الغائي. اتفق جميع القضاة على أن احتجاز الجثث والدفن المؤقت هو استثناء عن القاعدة التي تمليها أحكام القانون الأساس: **كرامة الانسان وحريته**، وان في هذه الممارسة انتهاك لكرامة الميت ولكرامة ذويه، واتفقوا أيضا على الأهمية العالية للحفاظ على أمن الدولة وسلامة الجمهور وعلى القيمة العالية لافتداء الاسرى واستعادة جثث قتلى جيش الدفاع، كما وتطابقت أرائهم حول ضرورة إعادة الجثث في المستقبل الى ذويهم، لكن الخلاف دار من جهة، حول فيما اذا كانت اللائحة تمنح مثل هذه الصلاحية وأيضا حول لأس جهة تميل كفة الميزان، للحق الدستوري والمقر به بكل التشريعات الدولية والداخلية بما في ذلك التشريع العبري المتمثل في التوراة ومصادر أخرى، أم لاعتبارات الأمن وسلام الجمهور؛ وعلى ذلك، اختلفت استنتاجات ، وبالتالي أحكام القضاة.

في قرار الحكم السابق الذي هو موضوع النقاش في جلسة الحكم الإضافية، تم قبول التماس الملتمسين ورفضت المحكمة برأي الأغلبية وجود تفويض في اللائحة يمنح بموجبه للقائد العسكري الصلاحية لإعطاء الأمر باحتجاز الجثث بصورة مؤقتة لأغراض التفاوض. وفي جلسة النقاش الإضافية التي اشتملت على هيئة موسعة جاء القرار موافقا لموقف الملتمسين (الدولة) وقضى بأن للقائد العسكري

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

السلطة لاحتجاز جثث المخربين بواسطة الدفن المؤقت وتعليق تسليمها لذويهم وذلك للأغراض التفاوض المستقبلي مع التنظيمات المعادية التي تحتجز لديها مواطنين إسرائيليين وجثثا لقتلى جيش الدفاع الإسرائيلي.

تنويه أخير يتعلق بوجهات نظر القضاة: غالب وجهات النظر مالت الى الترجيح ولم يكن هناك حسم مطلق. من كان مع الموقف التفسيري للدولة ترك نوافذ مفتوحة ومشرعة على المستقبل واقترح ضرورة المراجعة الدورية للقرارات الإدارية للقائد العسكري بهذا الخصوص. ومن كان ضد موقف الدولي اقترح البعض منح السلطة التشريعية ستة أشهر لمعالجة المسألة من خلال تشريع رئيسي يعالج المسألة بالتفصيل

في النهاية بقيت نقطة التوزان مفتوحة على المستجدات والمتغيرات المستقبلية.

تنبيه وإخلاء مسؤولية

إن هذا النص العربي هو ترجمة غير رسمية صادرة عن موقع" المرجع– جامعة القدس "وهو غير ملزم، حيث أن النص الأصلي باللغة العبرية هو النص الأصلي والملزم. يصدر موقع"المرجع– جامعة القدس "هذا النص فقط في سبيل نشر المعلومة، وهو ينأى بنفسه وبجامعة القدس وكافة معاهدها ومراكزها عن أية مسؤولية قانونية تنتج عن أي خطأ في الترجمة، علماً بأن الموقع قد بذل كل الجهد لتكون الترجمة في أفضل مستوى من الدقة. للاستفسار يرجى التواصل مع:

marje@law.alquds.edu

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

المحكمة العليا

جلسة إضافية لدى محكمة العدل العليا 10190/17

أمام: **حضرة الرئيسة أ' حيوت**
حضرة القاضي ن'هندل
حضرة القاضي ع' فوجلمان
حضرة القاضي ي' عميت
حضرة القاضي ن' سولبرج
حضرة القاضية د' برك ايريز
حضرة القاضي ج' قرا

المستأنفون:
1. **قائد قوات الجيش في منطقة يهودا والسامرة**
2. **نيابة الدولة**
3. **شرطة إسرائيل**
4. **دولة إسرائيل**

ضد

المستأنف ضدهم:
1. **محمد عليان**
2. **ساهر حسونة**
3. **عبد أبو غزالة**
4. **جمال كالوتي**
5. **صالح أبو خروب**
6. **زياد أبو خلف**
7. **محمد أبو سرور**
8. **صبيح أبو صبيح**

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic

المرجع AlMarje'

9. يوسف أبو صالح

10. محمد زعيم علي العورتاني

11. يسرى حسن محمد الفقيه

12. ناصر محمد الطرايرة

13. محمد أحمد قنبر

جلسة إضافية لقرار المحكمة العليا بصفتها محكمة عدل عليا 4466/16 بيوم 14.12.2017 والصادر عن القضاة، حضرة القاضي ي' دينتسيجر وحضرة القاضي ن' هندل والقاضي ج' قرا.

تاريخ الجلسة:	(17.07.18).
باسم المستأنفين:	المحامي عنار هلمن؛ المحامي أفي ميلكونفيسكي؛ المحامي شارون أفيرام.
باسم المستأنف ضدهم 1-6 و8:	المحامي محمد محمود
باسم المستأنف ضده 7:	المحامي فادي خوري؛ المحامي حسن حبارين؛ المحامية سهاد بشارة
باسم المستأنف ضدهم 9-13:	المحامي محمد أبو سنينة؛ المحامي سليمان شاهين

قرار الحكم

الرئيسة أ' حيوت:

هل اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع (قانون الطوارئ)، 1945 (أدناه: **لوائح ولوائح الدفاع**) تمنح القائد العسكري صلاحية إعطاء الأمر بالدفن المؤقت لجثث المخربين لأعراض التفاوض؟ هذا هو السؤال المركزي الذي يقع في أساس جلسة المناقشة الإضافية المتعلقة بقرار الحكم الصادر بيوم 14.12.2017 عن محكمة العدل العليا 4466/16 (القاضي (بديموس) **ي' دينتسيجر** والقاضي **ج' قرا** ضد الرأي المخالف للقاضي **ن' هندل)** (أدناه: **قرار الحكم**).

الخلفية وقار الحكم الصادر عن المحكمة العليا

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic

المرجع AlMarje'

1. تزايد الهجمات الإرهابية منذ بداية سنة 2015، دفع الأجهزة الأمنية والمستوى السياسي للنظر في وفحص السياسات المتعلقة بالاحتفاظ بجثث المخربين لأغراض التفاوض. ووفقا لذلك عقدت اللجنة الوزارية لمواضيع الأمن القومي (أدناه: الكابينت) جلسة عرضت خلالها وجهات نطر مختصة من قبل أجهزة أمنية متعددة وأيضا من قبل جهات قانونية رفيعة المستوى في وزارة العدل، وفي يوم 1.1.2017 اتخذ الكابينت قرارا بموضوع " سياسات موحدة في معالجة موضوع جثث المخربين" (ب/171) (نسخة عير نهائية) (أدناه: **قرار الكابينت**) كما هو أدناه:

نقرر كالتالي:

أ. إعادة جثث المخربين تتم وفقا لشروط تقيديه تقررها الأجهزة الأمنية.

ب. تحتجز إسرائيل جثث المخربين المنتمين لحماس.

ت. تحتجز إسرائيل جثث المخربين الذين نفذوا عمل إرهابي استثنائي بشكل خاص.

وفقا لقرار الكابينت، كقاعدة عامة، تتم إعادة جثث المخربين الى عائلاتهم بشروط مقيدة تضمن المحافظة على النظام العام. ومع ذلك، لا تتم إعادة جثث المخربين التابعين لتنظيم حماس، بالإضافة لذلك، لا تتم إعادة جثث المخربين الذين قاموا بتنفيذ عمل إرهابي "استثنائي بشكل خاص". اعتقد الكابينت بأنه من العدالة الاحتفاظ بهذه الجثث في مدافن مؤقتة، حيث إن هذه الجثث من شأنها لو تم تسليمها أن يكون لها "مكانة رمزية خاصة"، وباحتجازها تتوفر الامكانية لمساعدة الدولة في الوصول الى اتفاق يقضي بإعادة جنود من جيش الدفاع الإسرائيلي ومواطنين إسرائيليين محتجزين لدى تنظيمات إرهابية. قبل اتخاذ القرار، عرضت على الكابينت وجهة نظر تعود لسنة 2004 صادرة عن المستشار القانوني للحكومة وقت ذاك **م' مزوز**، والتي بموجبها، لا يجوز احتجاز جثث المخربين بالاستناد على حاجة مجردة من خلال الاحتفاظ بها ك "ورقة مساومة" لأغراض التفاوض في المستقبل، لكن، مع ذلك، لا تنتفي هذه الامكانية في حال توفرت أسباب خاصة لاحتجاز الجثث بما في ذلك عندما تكون هناك صفقة ملموسة لتبادل الجثث مع العدو أو بسبب وجود خشية ملموسة بأن يشكل إعادة جثة معينة خطورة، بدرجة عالية الاحتمالية، على أمن المنطقة (أدناه: **موقف المستشار القانوني للحكومة من سنة 2004**). في السنوات الماضية احتفظت دولة إسرائيل بجثث مخربين وبين السنوات 1991-2008 أبرمت صفات تبادل اسرى وغائبين مع تنظيمات إرهابية والتي في نطاقها قاموا بتسليمهم 405 جثة لمخربين وأيضا محتجزين وأسرى أحياء. سنتعرض للإجراءات القضائية في موضوع هذه الجثث ونناقشها لاحقا في هذا القرار.

تنفيذ السياسات التي تحددت في قرار الكابينت علقي على مقدم الالتماس1، قائد قوات الجيش في منطقة يهودا والسامرة (أدناه: القائد العسكري)، وذلك بموجب الصلاحيات الممنوحة له بحسب اللائحة 133(3) والتي كما يلي نصها:

على الرغم مما ورد كل قانون، يكون متاحا للقائد العسكري أن يعطي الأمر بأن تدفن جثة شخص ما في في المكان الذي يحدده القائد العسكري. للقائد العسكري الصلاحية أن يحدد في نفس الأمر، من

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

ومن سيقوم بدفن الجثة. وهذا الأمر يعتبر اذن كامل وكافي لدفن الجثة موضوع الأمر، وكل من يخالف هذا الأمر أو يعمل على منع تنفيذه يتهم بجريمة مخالفة هذه اللوائح.

2. المستأنف ضدهم هم أبناء عائلات ستة مخربين تم احتجاز جثثهم لدى إسرائيل: المخرب فادي أحمد حمدان قنبر، مقيم شرقي القدس، والذي في يوم 8.1.2017 فام بتنفيذ عملية في متنزه أرمونا نتسيف في القدس. والذي تسبب بقتل الجنود: شيرا تسار، يعل يكوتيال، شير حجياج وأورباخ رحمهم الله كما وتسبب بإصابة 18 أخرين؛ المخرب محمد طرايرة، مقيم المنطقة، الذي قتل الفتاة هلل يافا أريال رحمها الله في يوم 30.6.2016 في كريات أربع؛ المخرب محمد الفقيه، مقيم المنطقة، والذي في يوم 1.7.2016 ساهم في تنفيذ العملية الذي نجم عنه قتل الراب ميخال مرك رحمه الله واصابة أبناء عائلته؛ المخرب مصباح أبو صبيح، مقيم شرقي القدس، والذي نفذ في يوم 9.10.2016 عملية اطلاق نار نتج عنه قتل لبنة مليخي رحمها الله والشرطي يوسف قرمة رحمه الله وأيضا إصابة أخرين؛ المخرب عبد الحميد أبو سرور، مقيم المنطقة، الذي نفذ بيوم 18.4.2016 عملية داخل باص وتسبب بإصابة عشرات الأشخاص والمخرب رامي العورتاني، مقيم المنطقة الذي كان متورطا في محاولة تنفيذ عملية بيوم 31.7.2016. بحسب ادعاء الدولة، فان احتجاز جثث المخربين الستة من شأنه أن يساعد في الوصول الى صفقة ملموسة لتبادل الجثث ووالأسرى مع تنظيم حماس الذي يحتجز جنود من جيش الدفاع الإسرائيلي، الملازم أول جولدين رحمه الله، والرقيب أورون رحمه الله، ومن مواطني إسرائيل أفرا منجيستو وهشام السيد.

بموجب ذلك، أصدر القائد العسكري أوامر لدفن لجثث المخربين. أوامر الدفن صدرت عن قائد قيادة المركز والذي هو قائد المنطقة، وأيضا من قبل قائد قيادة الشمال حيث دفنت جثثهم وفيما يلي نصهم:

في حدود صلاحياتي كقائد عسكري للمنطقة (الكلمة " بالمنطقة" أسقطت من نسخة الامر الصادر عن قائد قيادة الشمال، وبحسب اللائحة 133 من لوائح الدفاع (قانون الطوارئ)، 1945، وباقي صلاحياتي بموجب كل قانون وتشريع، فإنني أعطي الأمر بما يلي:

1. **جثه (اسم المخرب) يتم دفنها في مقبرة عميعاد في الصف... قبر رقم...**
2. **يتم الدفن في يوم .... بين الساعات .... فقط، بحضور من يسمح له بأمر مني أو ممن قمت بتخويله القيام بذلك.**
3. **يتم دفن الجثث بواسطة الحاخامية العسكرية وتقوم بتسجيلها في سجل/يوميات الدفن.**
4. **تؤخذ عينة DNA من الجثة قبل دفنها لغاية التعرف عليها في المستقبل، بموجب قواعد تفعيل الصلاحيات الممنوحة لجهاز أمني في إسرائيل، كما ورد في الفصل ز' من قانون المعلومات الجينية، لسنة 2000.**
5. **يتم دفن الجثة في داخل نعش مغلق.**

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

بحسب ادعاء الدولة، مضاعفة الأوامر يرجع الى أن الغاية من أمر قائد المنطقة هي لمنع تسليم الجثة للعائلة، اخراج الجثة من الحيز المكاني الخاضع لمسؤوليته ولمراعاة الاعتبارات الأمنية السارية على المنطقة. وحيث أن الغاية من الأمر الصادر عن قائد قيادة الشمال هو استلام الجثة لوضعها في هذا الحيز المكاني. لدفنهم هناك ولمراعات الاعتبارات الأمنية الخاصة بالموقع وبطبيعة مراسيم الدفن في إسرائيل (البند 63 من تصريح المقيم من جانب المستـأنف ضدهم في ملف محكمة العدل العليا 4466/16).

3. ضد القرار باحتجاز ست جثث مخربين، قدم المستأنف ضدهم أربع التماسات إدارية لهذه المحكمة، وقد تم توحيد النظر في هذه الالتماسات الأربعة. ادعاء المستأنف ضدهم الرئيسي ارتكز على أن عملية احتجاز الجثث لدى دولة إسرائيل تم بدون صلاحية أو تخويل قانوني وبأنه لا يوجد في القانون الإسرائيلي أو القانون الدولي أي نظام يخول القائد العسكري القيام باحتجاز جثث مخربين لأغراض التفاوض، سواء عن طريق الدفن المؤقت أو أي طريقة أخرى. وأيضا تم الادعاء بأن احتجاز جثث مخربين لأغراض التفاوض هو ممارسة تشكل عقوبة جماعية، والتي تضر بشكل غير متناسب بكرامة الموتى وبكرامة عائلاتهم الذين يطالبون بجثثهم للقيام بدفنها. الدولة ادعت، في المقابل، بأن اللائحة تخول القائد العسكري القيام بالاحتفاظ بجثث المخربين، وأيضا تمنحه السلطة بإعطاء الأمر بتعيين مكان الدفن الجثث وتقررت أيضا صلاحيته لإعطاء أمر الدفن المؤقت لأغراض التفاوض. بحسب نهج الدولة فان أصل هذه الصلاحيات يأتي في نسق واحد مع القانون الدولي وأيضا أضافت بأن احتجاز الجثث تم لغايات ملائمة وبشكل متناسب، وذلك بالنظر الى أن هذا الحراء تم تخصيصه لغرض إعادة سجناء وعائبين .
4. من أجل اكمال الصورة، تجدر الإشارة الى أن عائلة الجندي الإسرائيلي الملازم أول جولدين رحمه الله، التمست الى المحكمة وطلبت، من بين أمور أخرى، أن تعمل الدول على تنفيد قرار الكابينت وتحتجز جثث المخربين **في موضوع جولدين**. في يوم 11.10.2018 تم إعطاء قرار حكم في الالتماس وتقرر بأنه بدون التطرق لموضوع الصلاحية للاحتفاظ بجثث المخربين، اتخذت الدولة الوسائل المطلوبة لغاية ضمان تطبيق قرار الكابينت ولا مجال للتدخل في تقديرات القائد العسكري بخصوص توقيت عودة جثث المخربين الغير مستوفية للمعايير المحددة في القرار أو اخضاعه لمراجعة ونقد الملتمسين في نفس الموضوع.

أيضا يشار الى أن اثنتين من بين الجثث ، الخاصة بالمخرب فادي قنبر والخاصة بالخرب مصباح أبو صبيح لم يتم دفنها بعد، وذلك بالتوافق مع الأمر المؤقت الذي أعطي بناء على طلب عائلاتهم بيوم 13.9.2017. وأيضا يشار الى أنه بحسب اشعار الحكومة حول المستجدات الصادر عن الحكومة بيوم 11.7.2018 فإنها تحتفظ بجثث ما مجموعه 15 مخرب من مقيمي المنطقة وشرق القدس، وبخصوص ثلاثة منهم أبلغت الدولة في نطاق القضية المنظورة أمام محكمة العدل العليا 8627/17 **جولدين ضد حكومة إسرائيل** (11.10.2018) (أدناه: **موضوع جولدين**) عن نيتها لإعادة هذه الجثث بسبب عدم استيفائها للشروط التي تحددت في قرار الكابينت. وأيضا، أعلمت الدولة بأنه يوجد لديها 13 جثة مخرب من مقيمي غزة والتي تم القبض عليها بعد عملية ايتان كليف. بخصوص الثلاث عشرة جثة الخاصة بالمخربين فان موضوعهم معلق وينظر فيه أمام

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

هذه المحكمة، في انتظار أن يصدر حكم في فضية أخرى (محكمة العدل العليا 2888/18؛ م ع"ع 4274/18؛ م ع"ع 4422/15؛ م ع"ع 7881/16؛ م ع"ع 9781/16؛ م ع"ع 7554/18؛ م ع"ع 7552/18؛ م ع"ع 8751/18؛ م ع"ع 2591/19؛ م ع"ع 2852/19؛ م ع"ع 1562/19؛ م ع"ع 1630/19؛ م ع"ع 877/19).

قرار الحكم في الالتماس

5. قبلت المحكمة الالتماسات وقررت برأي الأغلبية (القاضي **ي' دينتسيجر** بموافقة القاضي **ج' قرا** وبالتعارض مع الرأي المخالف للقاضي **ن' هندل**)، بأن اللائحة لا تخول القائد العسكري الاحتفاظ بجثث الخربين لأغراض التفاوض. وأيضا تقرر بأنه في حال كانت الدولة معنية باحتجاز هذه الجثث يتوجب عليها تنظيم الأمر بنظام قانوني كامل ووافي، بحيث يكرس بشكل خاص لهذا الموضوع، في تشريع رئيسي وصريح يستوفي المبادئ القانونية المعتمدة في القانون الإسرائيلي وأيضا يتطابق مع تعليمات القانون الدولي" وذلك خلال 6 أشهر من يوم صور قرار الحكم.

القاضي **ي' دينتسيجر** قرر بان أعمال القائد العسكري تنطوي على انتهاك لحقوق الانسان وبشكل خاص بحقوق الانسان الميت وبحقوق عائلته المتعلقة بجلب جثته ودفنها بصورة ملائمة تسمح بالتواصل الروحي واستمرار الحضور في الذاكرة. وعليه، هكذا تقرر، أصل صلاحياته للقائد العسكري لاحتجاز جثث المخربين ينبغي أن يكون منصوصا عليها بتشريع رئيسي، خاص وصريح. صياغة اللائحة، هكذا تقرر، تفيد بأنه لا يوجد ما يدل فيها على أنها تشكل أصلا "صريحا" لصلاحيات القائد العسكري يمنحه العمل بموجبها. صحيح أن هذا اللائحة تعطي للقائد العسكري الصلاحية بأن يصدر الأمر بالدفن يحدد فيه مكان الدفن ومكانه وهوية متعهد الدفن، لكنها لم تأت على تفصيل الظروف ولم يذكر بها صراحة فيما اذا كانت هذه الصلاحية تسري فقط في " حالة الطوارئ" أو أنها أيضا تسري في سياقات أخرى. وأيضا تقرر بأنه من غير الواضح فيما اذا كانت هذه الصلاحيات لاتخاذ قرارات في هذا السياق كانت بسبب أنه لم يكن ممكنا دفن الميت بطريقة مقبولة أو أيضا في أوضاع أخرى. على كل حال، هكذا تقرر، صياغة اللائحة لم تتطرق الى السؤال فيما اذا كانت هذه الصلاحية الممنوحة للقائد العسكري بإعطاء أمر الدفن سارية أيضا على **الدفن المؤقت** لأعراض التفاوض.

القاضي **ي' دينتسيجر** أضاف وقرر بأن فحص تاريخ التشريع الخاص بتنظيم اللوائح التي تم تحريرها زمن الانتداب البريطاني تفيد بأنه أثناء عملية التشريع لم ينظر على الاطلاق في إمكانية قيام القائد العسكري بأعطاء الأمر بالدفن المؤقت لأغراض التفاوض. الغاية التاريخية كانت في الأصل لمعالجة الحالات التي ظهرت فيها صعوبة عملية موضوعية لإعادة جثة الميت لأقربائه (على سبيل المثال – اعدام السجناء في القدس وفي عكا) بسبب أن الأقارب لم يطالبوا بالجثة كي لا يعرفوا مصير الأسير أو بسبب خشيتهم من التوجه لسلطات الانتداب. أيضا أشير الى أنه اذا كان الهدف من اللائحة هو إعطاء القائد العسكري صلاحية وقدرة عامة في موضوع الدفن " فانه من الصعب تبني الاستنتاج بان النية لذلك كانت السماح له بأعطاء الامر أيضا في وضعية الدفن المؤقت لجثث المخربين لأغراض التفاوض" (الفقرة 22 من قرار الحكم). القاضي

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

ي' دينتسيجر أضاف وأشار الى أن لوائح ثانوية وصلاحيات الدفن فيها لا تشكل تنظيم فريد، محدد وكامل ومكرس لاحتجاز جثث معادية لأغراض التفاوض. على ذلك، لا يمكن النظر اليها على أنها ، نظام قانوني صريح". تطبيق القرائن التفسيرية للغاية بحسب منهجنا ، هكذا تقرر، يدعم أيضا هو الاستنتاج بأنه لا يمكن تفسير اللائحة بشكل يمنح للقائد العسكري صلاحيات واسعة لإصدار الأمر بالدفن المؤقت لجثث المخربين لأغراض التفاوض. وبالنظر لكون اللائحة تنتهك أو تضر بحقوق الانسان فانه ينبغي تفسيرها في نطاق محدد ومقلص وأيضا بالنظر الى القرينة المصاحبة للغاية من اللائحة التي تقتضي التقليل قدر الإمكان من الاضرار بحقوق الانسان. قرينة تفسيرية إضافية والتي من شأنها أن تسري هنا على موضوعنا، هكذا تقرر، هي مطابقة القانون الداخلي مع القانون الدولي.

6. القاضي **ي' دينتسيجر** تطرق في قراره الى أنه في الماض تقرر بأن اللائحة من شانها أن تشكل مصدرا لصلاحية إعطاء قرار بإقامة جنازة في وقت محدد (م ع"ع 3933/92 **بركات ضد القيادة المركزية العامة**. ف"د (5) 1، 5-6 (1992) (أدناه: **موضوع بركات**) وصادقت المحكمة أيضا على القرار بعدم إعادة جثة مخرب لحماس حتى يتم الإبلاغ عن مكان دفن جندي جيش الدفاع الاسرائيل (م ع"ع 6807/94 **عباس ضد دولة إسرائيل** (2.2.1995) (أدناه: **موضوع عباس**). لكنه أضاف وأكد بأن قرارات الحكم هذه لم تتعامل مع مسألة التخويل، حتى عندما عرضت الدولة موقفها بخصوص اللائحة في التماسات أخرى، لم يطلب من المحكمة حتى اللحظة النظر والحكم بهذا الموضوع بشكل مباشر، حيث تم التنازل عن الالتماسات. بتطرقه الى القضية 7048/97 **مجهولون ضد وزير الأمن**، ف"د (1) 721 (2000) (أدناه: موضوع **بطاقات المساومة**) ، الذي به تقرر بأنه لا يمكن توسيع حدود الصلاحية وتفسير الفقرة 2(أ) من قانون السلطات في أوضاع الطوارئ (معتقلين)، لسنة 1979 كأنها خصصت لمنح صلاحية الاعتقال أيضا بأوضاع يكون فيها الاعتقال بطاقة مساومة، قرر القاضي **ي' دينتسيجر** بأن حيازة بطاقات مساومة حية لا يشبه حيازة أو احتجاز جثث، لكن الساري في موضوع بطاقات المساومة يدعم بشكل جلي الاستنتاج بأن احتجاز الجثث لأغراض التفاوض ينبغي تأسيسها على صلاحيات تم منحها بموجب تشريع رئيسي وصريح. وبالنسبة لموقف المستشار القانوني للحكومة من سنة 2004، قرر القاضي **ي' دينتسيجر** بأنها لا تسلب كليا احتجاز الجثث لأغراض التفاوض في حالات خاصة كصفقة ملموسة، لكن تجدر الإشارة الى أن هذا الموقف تقرر بناء على الافتراض بوجود صلاحيات منصوص عليها في القانون فيما يخص احتجاز الجثث، وعلى أي حال، يمكن قراءة هذا الموقف على ضوء باقي ما تم تحديده في وجهات نظر تصنف الصلاحيات وتحددها.

من هنا، توجه القاضي **ي' دينتسيجر** لمراجعة ل من القانون الدولي والقانون المقارن وأشار الى انه على الرغم من أن الدولة تسعى لتأسيس سلطتها على القانون المحلي، فان ذلك لا يمنع من تطبيق أحكام القانون الدولي بالنسبة لجزء من جثث المخربين بكونهم أثناء حياتهم كانوا من مقيمي المنطقة. بالإضافة لذلك، هكذا تقرر، تشكل مناقشة القانون الدولي عملا تفسيريا من شأنه أن يساهم في انتاج نظام قانوني في المستقبل بالنسبة لأوضاع مشابهة. قام القاضي **ي' دينتسيجر** بإجراء مراجعة موسعة لأحكام القانون الدولي الإنساني، القانون العرفي الدولي والقانون الدولي لحقوق الانسان وخلص الى نتيجة مفادها، أنه حتى

وان لم يرد في القانون الدولي الإنساني أو القانون الدولي لحقوق الانسان أي منع يقيد الحرية في القيام باحتجاز الجثث في اطار المواجهة المسلحة، فان هذه الممارسة تخضع للتحفظات وتتجسد بها صعوبة قانونية لا يمكن التغاضي عنها. يثير فحص اللائحة على ضوء القانون الدولي، هكذا تقرر، أسئلة ذات وزن بكون اللائحة لم تتعرض للعديد من الفروق ذات الصلة في القانون الدولي كما أنها لا تتوافق معه. فعلى سبيل المثال، لم تتطرق للالتزامات الكثيرة التي تقع على عاتق الأطراف في المواجهات وأيضا لم تأخذ بالاعتبار مجمل الفروق المطلوبة في القانون الدولي المتعلقة بموضوع احتجاز الجثث، بما يشمل الفروق بين أوضاع قتالية مختلفة وبين مخربين من أماكن مختلفة (شرق القدس، المنطقة، مواطني إسرائيل). القاضي **ي' دينتسيجر** خلص ، تبعا لذلك، الى أنه بالنظر الى مجمل الحقوق والمصالح التي تقع على المحك، بقدر ما ترغب الدولة بذلك، يجب اعطاءها الفرصة لبلورة نظام قانوني وافي وكامل ضمن تشريع رئيسي صريح ومحدد ويلبي الشروط القانونية ذات الصلة المعدة والمخصصة لموضوع احتجاز الجثث لتحقيق الأغراض المرجوة، وأن تعطي وزنا للملاحظات الواردة في قرار الحكم وذلك خلال سته أشهر من موعد صدور القرار. القاضي **ج' قرا** انضم في قراره لقرار القاضي **ي' دينتسيجر** مع اشارته الى انه لا يوجد ما يدل بحسب صياغة اللائحة على وجود صلاحيات ممنوحة للقائد العسكري تخوله القيام باحتجاز جثة بعد دفنها، وأشار أيضا بأن حدود التفسير ترتبط بلسان اللغة والقيود التي تخضع لها الصياغة في لغة ما، ولا ينبغي استنطاق لغة بما لا يحتمله لسانها.

7. القاضي **ن' هندل**، برأي الأقلية، اعتقد أنه توجد قيمة بتنظيم تشريع شامل بخصوص سلطة الاحتفاظ بجثث المخربين، لكن ما هو قائم فعليا هو أن اللائحة تخول القائد العسكري إعطاء الأمر بالدفن المؤقت واسلوب دفن جثث المخربين. بحسب نهجه، في صميم هذه السلطة أو الصلاحية توجد اعتبارات تتعلق بالحفاظ على سلام الجمهور وأمنه وأيضا واقع وجود مواطنين أو جثثهم لدى العدو. القاضي **ن' هندل**، اعتقد أنه من فحص لسان اللائحة يتبين أنها تمنح القائد العسكري سلطة تقديرية واسعة وتسمح له بأعطاء الأوامر بخصوص متى وأين تدفن جثة كل شخص ومن يقوم بدفنها. السياق، هكذا أشار، لا يميز بين دفن دائم ودفن مؤقت والتعبير " كل شخص" لا يستثني المخربين. القاضي **ن' هندل** أضاف أن صلاحيات القائد العسكري غير محصورة بقيد هوية وعدد المشاركين في الجنازة وانما تتعلق بهوية الجهة التي تقوم بالدفن وتمنحها نطاقا واسعا من الصلاحيات، يبدأ بتعليمات موضعية تتعلق بوقت الدفن وتنتهي بالقرار الأكثر أهمية المتعلق بمسألة هوية من سيقوم بالدفن. بالإضافة لذلك، القاضي **ن' هندل** وافق مع القاضي **ي' دينتسيجر** بأن اللائحة لم تتناول بصورة مباشرة ومفصلة إمكانية الدفن المؤقت على خلفية المفاوضات، وكان محقا في افتراضه بأنه لا يوجد في صياغة اللائحة ما يقلب الموازين لصالح تفسير الدولة. ولاحقا لذلك، استعرض القاضي **ن' هندل** بتوسع الخلفية التاريخية أيام الانتداب البريطاني لتنظيم هذه اللائحة، وأشار الى أن المشرع في عهد الانتداب قد رأى في اللوائح نسيج تشريعي تم تخصيصه لإعطاء السلطات صلاحيات فعالة لمقاومة الأعمال المعادية الموجهة ضدها من كلا حاجزي أرض إسرائيل. في البداية اقتصرت اللائحة على إرساء استثنائي ومحدود للقاعدة المتعلقة بتسليم جثث الاسرى لأبناء عائلاتهم، لكن، وفي وقت لاحق تم توسيع نطاق الاستثناء ليشمل الجثث العائدة، كم يتبين من باقي عناصر اللائحة، لمن قتل على يدي " جنود جلالة الملك" أو شهداء هذه القوات. على ذلك، هكذا أشار القاضي **ن'**

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

هندل، حتى لو لم تعط الخلفية التاريخية القانونية للائحة أي جواب مباشر بخصوص السؤال الذي أمامنا؛ فهو يدل على أن المشرع في عهد الانتداب طلب بأن تعطى للقائد العسكري الصلاحية بالامتناع عن تسليم الجثث الى أقرباء عائلاتهم لاعتبارات تتعلق بالمحافظة على سلام الجمهور وأمنه، ومن هنا وحتى التقرير بأن اعتبارات موضوعها تحرير جثث المخربين أو مواطنين أحياء المحتجزين في سجون تنظيمات إرهابية تقع في صميم هذه الغاية "الطريق قصيرة". بالنسبة للغاية الموضوعية، أشار القاضي ن' هندل أن الغاية من اللوائح هي الحفاظ على أمن الدولة، سلام الجمهور والنظام العام. وهذه اللوائح تجهز السلطات بحزمة كبيرة من الأدوات ويجب تفسيرها على أساس خلفية الغرض من تعزيز المواجهة المنهجية ضد الإرهاب في مختلف دوائر الدعم والأنشطة، مع ملاحظة أنها تنطوي على واجب تحقيق الهدف الردعي. القاضي ن' هندل أضاف وأشار الى أن الغرض الملموس من اللوائح هو تنظيم المعاملة مع جثث قتلى العدو، ضمن المحافظة على كرامة الميت ومن المعلوم أنه في غالب الأوقات يتم اخراج الجثث من قبورها وتسليمها لذويهم (البند 17 من اتفاقيه جنيف الرابعة). بحسب نهجه، لان هذه الغاية لا تجد التعبير عنها فقط في الممارسة لسنوات طويلة لعملية احتجاز جثث قتلى العدو – عرف عملي ذو وزن كبير لا يمكن التغاضي عنه – وانما أيضا بسبب أن اللائحة لم يحري الغائها عندما تم تشريع قانون مكافحة الإرهاب، سنة 2016 (أدناه: قانون مكافحة الإرهاب).

بخصوص تفسير اللائحة بروح القانون الأساس، اعتقد القاضي **ن' هندل** بأن كرامة واحترام الميت على هذا النحو يندرج في وضع معياري أعلى من الوضع الذي يخص كرامة عائلة الميت، وأضاف أن نطاق حق الميت وعائلته بالكرامة هو نطاق واسع، مما يستدعي واجب تسليم الميت لذويه لغرض دفنه. القيام بدفن الموتى بشكل مناسب، هكذا أشير، تعبر عن قيم دولة إسرائيل كدولة يهودية ديمقراطية، ولا يتم التراجع عن هذه القيم لمجرد قيام الميت أثناء حياته بأعمال مهينة. الغاية العامة من اللائحة تتجه للتقليل من الإساءة لكرامة الميت وكرامة ذويه، وبذلك تتجه نحو تقييد سلطة القائد العسكري في إعطائه الأوامر لدفن الجثة في المكان وضمن الشروط التي يجدها ملائمة. وهناك قيمة إضافية، يجب فحص اللائحة على ضوئها، هكذا أشار القاضي **ن' هندل**، وهي قيمة افتداء الأسرى. القاضي **ن' هندل**، أشار الى أن دفن قتلى الأعداء بواسطة القائد العسكري بدل تسليمهم الى ذويهم فيه انتهاك لكرامة الميت وكرامة أهله، لكن هذه السلطة التي منتحت للقائد العسكري تجسد في مضمونها الحفاظ على هذه الحق حيث إنها تشترط أن يتم احتجاز الجثة وفق شروط ملائمة. هذا وأكثر من ذلك، احتجاز الجثث في إسرائيل كأداة لتعزيز الموقف في التفاوض هي عملية ذات طبيعة مؤقتة وعلى الجهة المقابلة لانتهاك كرامة الميت وأهله تقف الاعتبارات التي تقع في صميم الغايات التي تنطوي عليها اللائحة وهي حماية والمحافظة على أمن الدولة وسلام الجمهور في مواجهة أي تهديد إرهابي وأيضا العمل على استعادة مواطنين وجثث جنود موجودين لدى حماس. اجراء توازن بين الأهداف، بحسب نهج القاضي **ن' هندل**، يفيد بأن اللائحة تخول القائد العسكري إعطاء الأمر بدفن قتلى الأعداء – مخربين أو جنود نظاميون – بصورة ملائمة، حيث إن اعتبارات أمن الدولة وسلام الجمهور تمنع تسليمهم لأقربائهم. القاضي **ن' هندل** خلص، نتيجة ذلك، الى أنه رغم أن هذه الأمور غير مكتوبة ب " رحيل ابنتك الصغيرة" (*أي محددة بشكل واضح لا لبس فيه* – *المترجم*) في اللائحة، الا أن تفسير الغايات منها يفيد بأن للقائد العسكري الصلاحية بإعطاء الأمر بالدفن المؤقت لقتلى الأعداء لاعتبارات الأمن مع المحافظة على كرامة الميت وذويه.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic

المرجع AlMarje'

على مستوى السلطة التقديرية، وجد القاضي **ن' هندل** أنه من المواد التي قدمتها الدولة سواء في لوائح الادعاء أو في الجلسات بحضور طرف واحد، تبين أن سياسات الدفن المؤقت تستند على تقديرات الأجهزة الأمنية بشأن مساهمتها الممكنة في انجاز التفاوض لاستعادة المواطنين وجثث فتلى جيش الدفاع الإسرائيلي المحتجزة لدى حماس، واعتقد بأن " لا يوجد شك حقيقي في أن حجز جثث المخربين قد تم لغرض ملائم... وليس كوسيلة عقاب تعسفية". القاضي **ن' هندل** أشار الى أنه لا يمكن التسليم مع احتجاز بدون قيود لجثث المخربين وعلى السلطات أن تفحص بانتظام الظروف المتغيرة. من جهة، فيما يتعلق بالسياسات العامة (عمل على المحك) ومن جهة أخر، فيما يتعلق بقيمة احتجاز مخربين محددين، لكنه وجد أنه في هذه المرحلة فان القرار معقول. القاضي **ن' هندل**، أكد في هذا السياق بأن الواقع يفيد بأنه في الغالبية العظمى من الحالات تم ارجاع جثث المخربين الى ذويهم، وامتنعت الدولة عن تبني سياسات جارفة في هذا السياق. وأضاف أيضا بأنه في فحص الضرر مقابل المنفعة من هذه القرارات فإنها تضر بشكل مقلص بحق كرامة الأموات وعائلاتهم ولا يقع الضرر في صميم هذا الحق حيث يتعلق الأمر بدفن مؤقت بصورة ملائمة، بالتوافق مع العرف الديني وبشكل يسمح بالتعرف عليهم في المستقبل.

8. ضد قرار المحكمة العليا تقدمت الدولة بطلب لإقامة جلسة إضافية وفي نفس الوقت طلب لتجميد تنفيذ فرار المحكمة. في يوم 19.2.2018 أمرت الأمر بعقد جلسة إضافية بخصوص قرار الحكم أمام هيئة تتكون من سبعة قضاة. وأيضا أعطت الأمر بأن يتم تجميد تنفيذ قرار الحكم حتى يتم الحسم في موضوع الجلسة الإضافية.

ملخص ادعاءات الأطراف

9. تستند الدولة على رأي القاضي **ن' هندل** وتطلب تبني رأيه. بحسب ادعاء الدولة فان رأي الأغلبية يقلص من السلطة الممنوحة بموجب اللائحة لدرجة الغاء وجودها فعليا، بطريقة تتجاوز في الواقع شرط حفظ القوانين كما ورد في المادة 10 من القانون الأساس: كرامة الانسان وحريته. بحسب ادعاء الدولة، فان متطلب منح الصلاحية بشكل صريح يعتمد على السياق، وبالنظر لطبيعة ولعظم الانتهاك في الحالة موضوع النقاش (كرامة الميت وعائلته) فان النظام المخصص والملموس في اللائحة يستطيع بسهولة أن يحمل على أكتافه مستوى الوضوح المطلوب فيما يتعلق بالسلطة الممنوحة في موضوعنا. الأمور، بحسب نهج الدولة، في نصابها (مبنى القانون وروحه)، بالنظر الى حقيقة أن الدولة تتصرف وتعمل بموجب وجهة نظر المستشار القانوني للحكومة الصادرة في سنة 2004، ومن جهة أن التوازن الفردي ليس فقط بين انتهاك كرامة الميت وكرامة عائلته وبين الاعتبارات الأمنية العامة والغير ملموسة، وانما أيضا في مواجهة الانتهاك الملموس والقاسي لحقوقهم القانونية لمواطني إسرائيل – أفرا منجيستو وهشام السيد الموجودون بأيدي حماس وبكرامة قتلى جيش الدفاع الإسرائيلي جولدين وشاؤول رحمهما الله وبكرامة أبناء عائلاتهم. وتؤكد الدولة على أنه بقرار الحكم قد تقرر بأنه لا يوجد في القانون الدولي منع أو تقييد للحرية في موضوع احتجاز الجثث في نطاق المواجهة المسلحة، ومن هنا لا يوجد ما ينكر ممارسة هذه الصلاحية وفقا للقانون الدولي. بحسب نهجها، يقر القانون الدولي بسلطة الدولة

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

وصلاحيتها للقيام باحتجاز جثث القتلى حتى تتوفر الظروف التي تسمح بإعادتهم في اطار اتفاق بين الأطراف المتواجهة وأيضا لا يلزم القانون الدولي إعادة الجثث بممارسة أحادية الجانب. وأيضا تدعي الدولة في هذا السياق أنه يجب تطبيق قرينة التطابق التفسيري وقراءة التمثيلات والترتيبات الموجودة في القانون الدولي كجزء من مضمون اللائحة.

بإخضاع الموضوع للفحص بما يزيد عن الحاجة، تشير الدولة بأنه لا ينبغي سلب إمكانية مستقبلية يتم فيها الاستفادة من ممارسة الصلاحيات الممنوحة في اللائحة لأغراض أخرى تتجاوز إعادة السجناء الأحياء أو جثث جنود ومواطنين إسرائيليين. وأيضا أشارت الدولة، توخيا للحذر، الى أن قرار الكابينت في نسخته الكاملة والمصنفة يتطرق الى هدف تعزيز المفاوضات كهدف وحيد لغرض تأخير إعادة جثث ينتمون الى حماس. وبخصوص جثث مخربين نفذوا أعمال إرهابية استثنائية بشكل خاص، يشير القرار الى أن احتجاز هذه الجثث هدفه منع استخدامهم كرموز في النضال وأيضا لغاية منع ظاهرة الاستدامة، ودمجها مع الغاية المتعلقة بالاحتجاز لأغراض التفاوض.

10. المستأنف ضدهم، من جهتهم، يعتمدون على قرار الحكم. بحسب ادعاءاتهم فان التفسيرات التي أعطيت للائحة تتوافق مع القوانين الأساسية ولا يمكن بموجب ذلك استخدام عملية احتجاز الجثث كوسائل ضغط أو كورقة مساومة. الامر يتعلق بعقوبة جماعية من حيث إنه لا توجد صلة مباشرة بين انتهاك كرامة الأموات وكرامة ذويهم وبين ممارسة ضغط على تنظيم حماس، ومن الممكن التفكير ببدائل أقل ضررا. بأي حال، هكذا تم الادعاء، الانتهاك الشديد بكرامة الميت وكرامة عائلته غير متناسب مع المنفعة المفترضة التي قد تنتج، ان تحققت، من استمرار احتجاز الجثث ومنع دفنها بأيدي عائلاتهم، ويدعي المستأنف ضدهم أيضا بأن احتجاز الجثث ممنوعة بموجب القانون الدولي، حيث أنها تسيئ الى فئة سكانية محمية وليس من حق الدولة أن تحقق مصالح سياسية ضمن تجاهل حقوق هذه الفئة السكانية.

11. خلال المناقشة التي جرت في جلسة الالتماس بيوم 17.7.2018 طلب من الدولة التطرق الى مسألة فيما اذا كان قرار الكابينت يسري فقط على المخربين الذين ماتوا أثناء تنفيذ العملية الإرهابية أم يسري أيضا، على سبيل المثال، على المخربين الذين ماتوا خلال فترة حبسهم في سجن إسرائيلي. في هذا الموضوع، أجابت الدولة بأن جثة مخرب تستوفي أحد الشروط التي تم تحديدها في قرار الكابينت تحقق الغاية من القرار والتي تتمثل في تعزيز التفاوض بشأن إعادة مواطني إسرائيل وجثث قتلى جيش الدفاع الإسرائيلي المحتجزين لدى حماس، سواء واجه المخرب موته أثناء تنفيذ العمل الإرهابي أو لم يمت أثناء ذلك (انظروا أيضا في الفقرة 9 من اشعار التحديث الصادر عن الدولة بيوم 29.7.2018 في م ع"ع 4274/18). القضية الثانية التي طلب من الدولة إعطاء إجابة حولها هي ما هو موقفها بخصوص ما ورد في الفقرة 24 من وجهة نظر القاضي **ن' هندل** والتي بها أورد:

" يتعلق الموضوع بجوهر الدفن المؤقت بحيث لا يقطع صلة عائلات الإرهابيين بميتهم – ولا يمنعهم بالضرورة من زيارة المقابر المؤقتة، بل والمشاركة في الدفن (بالخضوع، بطبيعة الحال،

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

للاعتبارات الأمنية ذات الصلة). إن دفن الإرهابيين على النحو الصحيح، وفقا لأعراف دينهم، وبطريقة تمكن من التعرف على جثثهم في المستقبل، يقلل من الأذى الذي يلحق بكرامتهم. "

في يوم 10.8.2018 أعلمت الدولة بأن الأمور المذكورة أعلاه مقبولة لديها. ومع ذلك، على المستوى الملموس بخصوص الجثث موضوع جلسة حلسة النقاش الإضافية ـ تعتقد الدولة بأنه لا يمكن السماح لعائلاتهم أن يزورا القبور أو أن يشاركوا في الدفن، حيث أنه وفقا لموقفه المهني لمكتب تنسيق موضوع الأسرى والغائبين في مكتب رئيس الحكومة فان منع الزيارة مطلوبة في هذا الوقت كجزء من رافعات الضغط للمساعدة بتعزيز الجهد لإعادة مواطني إسرائيل وجثث جنود جيش الدفاع الإسرائيلي المسجونون لدى حماس. بحسب نهج الدولة فان هذا الموقف المهني المقبول لدى المستوى السياسي – الأمني، يجيب على اختبارات التناسب والمعقولية، كما هو مفصل في الاشعار الصادر عن الدولة.

المستأنف ضدهم، في مقابل ذلك، يدعون بأن تعليق حقوق العائلة للمشاركة في الدفن وزيارة القبور لا يستند على مصدر واضح وصريح لهذه السلطة وهو اجراء غير متناسب.

النقاش والحسم

12. السؤال الرئيسي المطروح علينا في نطاق افتتاحية الالتماس لجلسة إضافية هو: هل اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع تخول القائد العسكري إعطاء الأمر بالدفن المؤقت لجثث مخربين لأغراض التفاوض في مواجهة التنظيمات الإرهابية والهدف من ذلك هو إعادة مواطني إسرائيل وجثث فتلى جيش الدفاع الإسرائيلي المحتجزين لدى التنظيمات الإرهابية. القضاة **י' דינטסיגר** و**נ' הנדל** أجروا بحثا معمقا حول هذه المسألة التفسيرية. لكن كما هو مفصل أعلاه، وصلوا لاستنتاجات متناقضة. أستبق الأمر وأقول بأنه بعد أن فحصت القضية من جميع جوانبها وصلت الى استنتاج مفاده أني أفضل رأي الأقلية الخاص بزميلي القاضي **נ' הנדל** على رأي الأغلبية (القاضي (بديموس) **י' דינטסיגר** وزميلي القاضي ج' قرا).

متطلب التخويل الصريح

13. نقطة الانطلاق في جلسة النقاش والتي لا تختلف حولها الدولة هي أن " الامتناع عن إعادة جثث المخربين لدفنهم بأيدي ذويهم تنطوي على نوع من الإساءة لكرامة الميت وكرامة عائلته" (الفقرة 35 من الطلب ؛ للتوسع حول هذه الحقوق أنظروا استئناف مدني 4576/08 **بن تسيفي ضد هيس**، الفقرات 29-34 من قرار حكم القائم مقام الرئيس **أ' ריבלין** (7.7.2011) م ع"ع 52/06 **شركة الكسا لتأمين الممتلكات المقدس الإسلامية ضد Simon Wiesenthal**

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

Center Museum Corp الفقرات 135-137 (29.10.2008)؛ م ع"ع 4225/01 **كوهن ضد وزير الأمن**، ف"د (4) 168،155-169 (2004)؛ استئناف مدني شركة קדישה גחש"א " مجتمع القدس" ضد كستنباوم، ف"د (2) 464، 524 (1992)؛ أنظروا في أهرون باراك **كرامة الانسان وحريته – الحقوق الدستورية والحقوق المتفرعة عنها** 383 (2014) والمرجعيات الكثيرة المفصلة هناك؛ ميخال بيرنهك " حقوق الموتى وحرية الحياة" **دراسات قانونية** (1) 57 (2008)؛ الورقة الثانية " كرامة الميت في القانون الدولي" **القانون والجيش** 21(أ) (2015) ؛ ألون هرئيل " الجثة، إجراءات العناية بالجثة وحرية التعبير: حق الانسان في سرد فصص حياته عند موته"، **الأحكام القضائية** ز 165 (2015)؛ أيضا أنظروا: الفقرة 15 من قرار حكم القاضي **ي' دينتسيجر**).

أيضا، متفق عليه من قبل جميع الأطراف بأنه على ضوء انتهاك حقوق الانسان المتضمن في عمل القائد العسكري، فان ممارسته (*المتعلقة باحتجاز الجثث موضوع النقاش- المترجم*) تستوجب استيفاء مطلب التخويل الصريح. وقد تم تحديد هذا المطلب في القرارات التي صدرت عن هذه المحكمة في السنوات الأولى من انشائها. وما ورد في هذه القرارات يفيد بأنه " لا يجوز تفسير نص تشريعي بأنه يخول انتهاك حقوق دستورية الا اذا كان هذا التخويل واضح وصريح وأحادي الدلالة" (م ع"ع 333/85 **أفيال ضد وزير العمل والرفاه**، ف"د (4) 581، 600 (1991) (أدناه: **موضوع أفيال**)؛ وأيضا أنظروا، على سبيل المثال، م ع"ع 7/48 **الكربوتلي ضد وزير الأمن**، ف"د (ب) 5 (1949)؛ م ع"ع 680/88 **شنيتسر ضد الرقيب العسكري الرئيسي، السيد إسحاق شني** ، ف"د م ب (4) 617 (1989) (أدناه: **موضوع شنيتسر**)؛ م ع"ع 355/79 **كتلان ضد خدمات السجون** (10.4.1980)). ومع ذلك، كما سبق وتقرر فيه " النهج الذي سبق تشريع قوانين الأساس متسقا ثابتا". في بعض الأحيان، اكتفت الأحكام بتخويل عير صريح. من الواضح أن التخويل هنا تضمنته الغاية من القانون الذي يعالج الموضوع" (م ع"ع 4491/13 **المركز الأكاديمي للقانون والأعمال ضد حكومة إسرائيل**، البند 20 من تقرير الرئيس أ' **جرونيس** (2.7.2014) (أدناه: **موضوع المركز الأكاديمي**)). لاحقا، وعلى مر الأيام، تم وضع شرط التخويل الصريح في البنود المقيدة في المادة 8 من القانون الأساس: **كرامة الانسان وحريته** وفي المادة 4 من القانون الأساس: **حرية العمل**، حيث تقرر بأنه لا يجوز انتهاك الحقوق التي أفرتها قوانين الأساس الا (مع اعتبار الاختلافات الملزمة بين القوانين) الا بقانون ملائم لقيم دولة إسرائيل، وتم تخصيصه لغاية مناسبة، وبدرجة لا تعلو عن الحاجة، أو بموجب قانون كما ورد ذكرة **بالاستناد الى تخويل صريح** (للتوسع أنظروا في قرار محكمة العدل العليا 7803/06 **أبو عرفة ضد وزير الداخلية**، الفقرات 52 -54 من قرار حكم القاضي **ع' فوجلمان** (13.9.2017) (أدناه: **موضوع أبو عرفة**)؛ وأيض أنظروا م ع"ع 1437/02 **الاحاد لحقوق المواطن في إسرائيل ضد وزير الأمن فنيس**. ف"د (2) 746 (2004)).

14. في قرار محكمة العدل العليا 10203/03 **"شركة التعداد الوطنية المحدودة ضد المستشار القانوني للحكومة**، ف"د س ب (4) 715، 824 (2008) جاء موقف الرئيسة **د' بينيش** (رأي الأقلية) مع تفسيرها لشرط " التخويل الصريح" وقررت بأنه يعتمد على السياق وأنه " ما دامت الأسباب الكامنة وراء الحق المحمي ذات أهمية اجتماعية منخفضة

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

نسبيا، وما دام مقدار الضرر في الحق ضئيل، في التفكير في السياق وفي مجمل ظروف الموضوع، هكذا، كان من الوارد تفسير شرط " التخويل الصريح" بشكل أكثر مرونة وليونة" هذا الموقف تم تبنيه كسابقة (م ع"ع 1800/07 **نقابة المحامين في إسرائيل ضد ديوان الخدمة المدنية** (7.10.2008)؛ جلسة إضافية لدى محكمة العدل العليا 9411/00 **أركو لإنتاج الكهرباء المحدودة ضد رئيس بلدية رشون لتسيون** (19.1.2009)؛ طلب استئناف جنائي 10141/09 **بن حاييم ضد دولة إسرائيل** 6.3.2012))، والذي تمت الموافقة عليه في م ع"ع 6824/07 **مناع ضد سلطة الضريبة** (20.12.2010)، (أدناه: **موضوع مناع**) هكذا:

كل قراراتي بشأن التخويل واضحة وصريحة، يجب إعطاء تفسير مرن " وضمن السياق"، والذي بموجبه تتحدد درجة دقة التخويل الصريح المطلوبة بالاعتماد على الأهمية النسبية للحق الذي جرى انتهاكه، غاية القانون ومجمل الظروف (هناك، الفقرة 17)

على ضوء التعليمات بشأن حماية القوانين (المادة 10 من القانون الأساس: كرامة الانسان وحريته)، متطلب التخويل الصريح المنصوص عليها في بند التقييد في هذه القوانين، لا يسري بشكل مباشر على النصوص التشريعية التي سبقت المصادقة عليها صدور قوانين الأساس. مع ذلك، تقرر أنه أيضا، ان جئنا وفسرنا تلك التشريعات، فانه يوجد مكان لتفسير مشابه ما دام الموضوع متصل بشرط التخويل الصريح (**موضوع مناع**، في وجهة نظر الرئيس **د' بينيش** وبالمقارنة مع **موضوع المركز الأكاديمي** ، الفقرة 21 من وجهة نظر الرئيس **أ' جرونيس**).

هل من الممكن إيجاد تخويل صريح لممارسة القائد العسكري في إعطاء التعليمات بالدفن المؤقت لجثث مخربين لأغراض التفاوض في اللائحة 133 (3) من لوائح الدفاع.

هذه، كما سبق ذكره، المسألة التفسيرية التي جاءت في مركز قرار الحكم موضوع جلسة الحكم الإضافية، وهي التي لا زالت في مركز الموضوع المعروض أمامنا.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

15. نقطة الانطلاق في تفسير الأحكام التشريعية منذ زمن الانتداب البريطاني هي تلك التعليمات التي بقيت سارية مع مرور السنوات، والكثير منها أصبح جزءا من القانون الإسرائيلي الوضعي، وعليه، بمجيئ المحكمة لتفسيرها، لا يحق لها أن تفعل ذلك بطريقة تفرغ هذا الأحكام التشريعية من أي محتوى فعلي. هكذا، على سبيل المثال، تم رفض الادعاء بأنه يجب إعطاء الأمر بإلغاء اللوائح أو بدلا من ذلك الغاء اللائحة 108 بسبب كونها لا تستجيب لشرط التقييد في القانون الأساس: كرامة المرء وحريته حيث تقرر فيه:

... هذه اللوائح ليست لمجد دولة إسرائيل؛ وانما هي نتاج جهود الحكم الانتدابي، وكانت بمثابه أداة في يديه للتعامل مع نضال الجالية اليهودية من أجل الاستقلال. وبهذا السنة اكتمل العام السبعون على تنظيم هذه اللوائح، وقد حان منذ زمن طويل الوقت لاستبدالها بتشريع إسرائيلي، وجدير بذلك؛ أن تصبح هذه *التعليمات الواردة في اللوائح بعد النص عليها في تشريع إسرائيلي* خاضعة للرقابة القضائية أكثر من كونها *مندرجة في لوائح تنتمي للعهد الانتدابي* وخاضعة لمبدأ حماية القوانين الوارد في المادة 10 من قانون الأساس: كرامة الانسان وحريته... ومع ذلك، لم تنضج للأسف مقترحات القوانين هذه لتصبح تشريعات، لذلك، المحاولة لإكساب هذه اللوائح الصلاحية لن ينجح. (م ع"ع 703/15 درويش ضد قائد قيادة الجبهة الداخلية، البند ي"أ (19.03.20159)).

وأيضا تم رفض عدة التماسات ضد استخدام اللائحة 119 من لوائح الدفاع كمصدر صلاحية لهدم منازل المخربين، وتقرر بأن " من جهة... 'تشريع كان قائما عشية بدء سريان قانون الأساس' ....، وعلى ذلك، ليس بمقدور قانون الأساس المساس بصلاحية هذا التشريع. الغاء اللوائح أو تغيرهن هو أمر يخص الهيئة التشريعية. ومع ذلك، فان تفسير اللوائح ينبغي القيام به على خلفية قوانين الأساس" (م ع"ع 4084/02 **عباسي ضد قيادة للجبهة الداخلية**، ف"د (2) 55، 59 (2003) ؛ وأيضا أنظروا م ع"ع 7040/15 **حماد ضد القائد العسكري في منطقة الضفة الغربية**، الفقرة 23 (12.11.2015) ؛ م ع"ع 4597/14 **عواودة ضد القائد العسكري لمنطقة الضفة الغربية**، الفقرة 17 (1.7.2014)؛ م ع"ع 5290/14 **قواسمي ضد القائد العسكري لمنطقة الضفة الغربية**، الفقرة 22 (11.8.2014)؛ م ع"ع 6745/15 **أبو حاشية ضد القائد العسكري لمنطقة الضفة الغربية**، الفقرة ي"ب (1.12.2015)). وأيضا تقرر أن المحكمة لا تملك الصلاحية " للحد من قدرة القادة العسكريين للعمل ضمن الاطار الذي حددته اللائحة بالدرجة التي تفرغ تعليمات هذه اللائحة من كل مضمون فعلي. المشرع وضع هذه الأدوات تحت سلطة القادة العسكريين لغاية استخدامها كإجراءات في حالات الطوارئ لتحقيق الأمن. وما داموا يمارسون هذه الوسائل بحذر ومعقولية وما داموا لا يتجاوزون الحد الملائم، لا يوجد لدينا مكان للتدخل في تقديرهم" (محكمة العدل العليا 6026/94 **نزال ضد قائد قوات جيش الدفاع الإسرائيلي في منطقة يهودا والسامرة**، ف"د (5) 338، 351

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

(1994)؛ للتوسع أنظروا: جيا هرفز وعميت كوهن " هدم منازل ضمن رقابة محكمة العدل العليا: يوجد (منزل) قضاة في القدس" **القانون والحكومة ي ت 43 (2009)).**

بصورة مشابهة رفضت المحكمة برأي الأغلبية في الاستئناف المدني 2281/06 **ابن زوهر ضد دولة إسرائيل** (28.4.2010) (أدناه: **موضوع ابن زوهر**) الادعاء الذي بموجبه يجب قراءة موضوع الالتزام بدفع التعويض الوارد في المادة 125 من اللوائح والذي يسمح بإصدار أوامر الاغلاق بروح قوانين الأساس، وذلك بتأكيده على أنه بالرغم من أنه يحب تفسير اللوائح، بشكل خاص، بكل ما يتصل بمفهومهم الموضوعي، بروح القيمة- المعيارية في القانون الأساس.، وأحيانا أثناء إعادة التوازن للقيم التي يتضمنها التشريع. مع ذلك، هكذا تقرر،" لا زال الحديث يدول حول أدوات التفسير، والتي ليس بإمكانها أن تدخل الى القانون مضمونا جديدا، يعارض دلالته الأصلية" (موضوع **ابن زوهر**، الفقرة 5 من قرار حكم القاضي (كما سيوصف بعد ذلك) **س' جبران**). وأضيف أنه بالرغم من أن اللائحة 125 هي لائحة " حادة وحتى ملتهبة" ومن الممكن فهمها " فقط على خلفية قيام الاحتياجات الأمنية الحادة، كتلك التي كانت في بدايات تأسيس الدولة"، فانه لا يمكن، بأي حال، احداث تغيير في جوهر اللائحة 125 من خلال أدوات تفسيرية" (هناك، الفقرة 7 من قرار حكم القاضي (كما سيوصف لاحقا) **س' جبران**). القاضي (كما سيوصف لاحقا) جبران أضاف وأكد أن:

> **هذه التفسيرات كما يدل عليها اسمها – تفسيرات وليس إعادة كتابة. عندما نتواجه مع قانون لا يخضع للرقابة الدستورية، والذي يستمد منه بشكل لا لبس فيه بأنه سيسبب ضررا جسيما عن غير استحقاق، لا يكون في مقدورنا تغير الشر الذي لا بد منه dura lex sed lex (القانون صعب لكنه القانون). { التأكيد ليس في الأصل}. (هناك، الفقرة 10)**

القاضية **أ' بروكتسيا** انضمت لموقف القاضي **س' جبران** وأكدت حتى هي على أن " أشعة الضوء" التفسيرية التي تبعثها القوانين الأساس نحو التشريع القديم : ليس بمقدورها قلب صورته وتغيير جوهره في نواته العميقة" (هناك، الفقرة 10 لوجهة النظر).

16. نقطة الانطلاق ، اذا كان الأمر كذلك، هي أن اللائحة 133 (3) تعسفية وسارية المفعول في مدونة القوانين الإسرائيلية وبأنه يجب تفسيرها ككل تشريع انتدابي أخر، بحسب قواعد التفسير الغائي المعتمدة في منهجنا القانوني. بداية حركة التفسير تتجذر في بنية اللغة التي انصاغ بها التشريع وبها قوام العملية التفسيرية، حيث إن ملكة التفسير تستطيع أن تبسط جناحيها بقدر ما تسمح به حدود العبارة اللغوية" (م ع"ع 6301/18 **القاضية رونيت فوزنسكي كتس ضد وزيرة العدل**، الفقرة 34 من قرار حكم القاضي **ع' فوجلمان** (27.12.2018)). من بين الخيارات اللغوية المحتملة، يجب تبني التفسير الذي يحقق بالصورة المثلى الغاية التي خصص لأجلها القانون (جلسة نقاش إضافية لدى محكمة العدل العليا

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

5026/16 **جيني ضد الحاخامية الرئيسية لإسرائيل** (12.09.2018) (أدناه: موضوع جيني)) وهذا الهدف، كما هو معروف، مركب من غاية ذاتية ومن غاية موضوعية (أنظروا بين قرارات عديدة: م ع"ع 6536/17 **الحركة من أجل كفاءة الحكم في إسرائيل ضد شرطة إسرائيل، الفقرة 30 من قرار حكمي المرجعيات الكثيرة هناك** (8.10.2017) (أدناه: **موضوع الحركة من أجل الكفاءة في الحكم**)). في حال أنه لم يكن في الإمكان التسوية بين الغاية الذاتية والغاية الموضوعية، يجب إعطاء وزن حاسم لاحداهن وذلك حسب تقدير المفسر وبالنظر لمجمل الظروف التي يتطلبها الموضوع (موضوع **جيني**، الفقرة 17 من قرار حكم الرئيسة **م' نؤور**؛ **موضوع أبو عرفة**، في الفقرات 29 -32 ؛ طلب استئناف مدني 3899/04 **دولة إسرائيل ضد أبو زوهر**، القرات 14 -19 (1.5.2006)؛ موضوع **مناع**، الفقرة 19، أهرون باراك **التفسير الغائي للقانون** 431 – 434 (2003) (أدناه: **التفسير الغائي للقانون**)). إن حقيقة مرور سنوات عديدة منذ سن الحكم الذي نحن مطالبون بتفسيره لها وزنها أيضًا في سياق الحركة التفسيرية، وقد تقرر بالفعل في هذا السياق أن "القانون يتحدث دائمًا" (استئناف مدني 105/92 **رام مهندسون مقاولون المحدودة ضد بلدية الناصرة عليت**، ف"د (5) 189، 200 (1993)) عملية التفسير هي عملية دينامية تعطي في كل مرحلة زمنية معنى ودلالة محتملة للغة القانون القديم ضمن تقليص الفجوة بين القانون والواقع (استئناف مدني 8622/07 **روتمان ضد دائرة الأشغال العامة – الشركة الوطنية للطرق في إسرائيل** ، الفقرة 35 (14.5.2012)). وأيضا تقرر أن الطريق لتطبيق هذه المبادئ التفسيرية هي " نقل مركز الثقل من حيث قواعد التفسير للغرض الموضوعي الذي خصصت لتحقيقه التعليمات *التي تضمنتها اللائحة* والتي هي قيد النقاش" (موضوع الحركة من أجل الكفاءة في الحكم، الفقرة 33). اعتمد ذات الرأي القاضي (كما سيوصف لاحقا) **أ' باراك** في م ع"ع 693/91 **افرات ضد المسؤول عن السجل السكاني في زوارة الداخلية**، ف"د (1) 749، 763 (1993) (أدناه: **موضوع افرات**)، في اشارته بأن يحب منح التشريع الانتدابي " هدف يحمل سمات النظام الديمقراطي. نحن نعمل على ذلك ليس بسبب التوجه الديمقراطي للمندوب السامي وانما بسبب القيم الديمقراطية لدولة إسرائيل" (موضوع **افرات**، في الصفحة 764؛ أيضا أنظروا: أهارون باراك **تفسيرات في القانون** 265 و – 270 (المجلد الثاني، 1993)؛ موضوع **الحركة من أجل الكفاءة في الحكم**، الفقرة 33).

في الحقيقة، طلب من هذه المحكمة، ليس فقط مرة واحدة ، تفسير نصوص تشريعية انتدابية ، بما فيها لوائح الدفاع موضوع نقاشنا في هذه الجلسة، وتقرر بأنه حتى لوائح الدفاع تعتبر تشريع انتدابي ومن جهة ثانية لا تزال سارية المفعول، ويجب تفسيرها على خلفية المبادئ الأساس للنظام القانوني الإسرائيلي، وبطريقة تؤثر على نطاق السلطة التقديرية لمن يمارس الصلاحيات الممنوحة بموجب اللوائح (م ع"ع 6893/05 **عضو الكنيست الراب يتسخق لفي ضد حكومة إسرائيل**، ف"د (2) 876، 885-886 (2005) (ادناه: موضوع **الراب يتسخق**)).

تفسير غائي للائحة 133(3) من اللوائح:

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic

المرجع AlMarje'

17. اللائحة 133 (3) التي يقع موضوع تفسيرها في أصل هذه القضية محل النظر، قد سبق عمليا اقتباس ما نود اقتباسه هنا، الا أنه من المناسب الرجوع واقتباسه هنا في هذا الصدد:

133 (3) على الرغم مما ورد كل قانون، يكون متاحا للقائد العسكري أن يعطي الأمر بأن تدفن جثة شخص ما في المكان الذي يحدده القائد العسكري. للقائد العسكري الصلاحية أن يحدد في نفس الأمر، من ومن سيقوم بدفن الجثة. وهذا الأمر يعتبر اذن كامل وكافي لدفن الجثة موضوع الأمر، وكل من يخالف هذا الأمر أو يعيق تنفيذه، يرتكب جريمة بموجب هذه اللوائح.

لغة اللائحة تقرر، بناء على ذلك، أن للقائد العسكري أن يحدد فيما يخص أي شخص، مكان الدفن، هوية الأقارب (*الذين سيشاركون في الدفن- المترجم*) ووقت الدفن. لغة اللائحة لا تتطرق الى دفن مؤقت لأغراض التفاوض، وفي هذا السياق مقبولة بالنسبة لي استنتاجات كل من القاضي **ي' دينتسيجر** والقاضي **ن' هندل** التي تقضي بأن لغة اللائحة لا تعطي دلالة قاطعة بحيث تميل الكفة للتفسير الذي تقترحه الدولة. وعلى ذلك، التفسير الضيق الذي يدعو اليه المستأنف ضدهم أيضا هو ممكن من الناحية اللغوية (الفقرة 20 لقرار حكم القاضي **ي' دينتسيجر**؛ فقرة 5 لوجهة نظر **القاضي ن' هندل**). لكن، كما تمت الإشارة اليه، الرحلة التفسيرية التي منطلقها ومقيداتها تجد جذورها في اللغة المعيارية للائحة لم تتطرق الى هذه النقطة، وفي حال أن اللغة تسمح بتفسيرات مختلفة وليست أحادية الدلالة؛ فانه يجب في هذه الحالة إضافة وفي نفس الوقت فحص الغاية من، وبالتأكيد: القيم والسياسات التي خصصت اللائحة لتحقيقها.

الغاية الذاتية

18. زميلي، القاضي ن' هندل أشار في تقرير وجهة النظر الخاص به الى أن مراجعة ومسح للتجسيدات المختلف للائحة 133(3) يفيد بأن "المشرع الانتدابي سعى لتفويض القائد العسكري، لاعتبارات الحفاظ على أمن وسلام الجمهور، بالامتناع عن تسليم الجثث لذويهم – والاكتفاء بدفنهم في الوقت، المكان والشكل الذي يراه مناسبا" (الفقرة 7 من تقرير وجهة النظر).

أشارك زميلي في هذا الاستنتاج.

تم تنظيم لوائح الدفاع (أوقات الطوارئ)، 1945 بالاستناد الى البند 6 من تشريع الملك الصادر عن المجلس الاستشاري الملكي (الدفاع)، 1937 والذي تم تشريعه في إنجلترا أثناء الحرب العالمية الثانية كجزء من تشريع الطوارئ. تم استيعاب

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

هذه اللوائح في القانون الإسرائيلي بالاستناد الى المادة 11 من مرسوم أنظمة الحكم والقانون، لسنة 1948، وكما تقرر بالفعل، منذ تأسيس الدولة، وتشكل هذه اللوائح تشريع طواري أمني – عسكري، وتشتمل على صلاحيات تنفيذية واسعة وأدوات متنوعة، إدارية وعقابية، من أجل مكافحة الإرهاب بكل أنواعه" (م ع"ع 3037/14 **أبو صفا ضد وزارة الداخلية والإدارة المدنية**، الفقرة 10 (7.6.2015) م ع"ع 2959/17 **الشوامرة ضد دولة إسرائيل**، الفقرة 10 (20.11.2017) (أدناه: **موضوع الشوامرة**). القضايا التي تم تنظيمها في اللوائح تتعلق بالاعتقال ، الابعاد، مصادرة الممتلكات وحيازتها، الدخول للمنطقة الخاصة لكل فرد وتفتيشها، صلاحية تعديل، تعليق تنفيذ أو فرض أي قانون، انشاء تعليمات في موضوع الضرائب، القاء القبض، محاكمة ومعاقبة المخالفين للوائح والأنظمة القانونية (موضوع **شنيتسر**، في الصفحات 624 – 628 ؛ ميخال تسور **لوائح الدفاع (أوقات الطوارئ)** 1945 7 – 8 (1999)). ويسري حيز نفاذ هذه اللوائح على المنطقة بكونها نصا تشريعية كان ساري المفعول عند دخول جيش الدفاع الإسرائيلي اليها (7.6.1967) (م ع"ع 375/14 **سلطة حماية الطبيعة والمنتزهات الوطنية ضد المجلس الإقليمي لمخطوطات البحر الميت**، الفقرة 11 (22.8.2016)). في الحالة موضوع النقاش، تصرف القائد العسكري ضمن صلاحياته بموجب اللائحة سارية المفعول في المنطقة بموجب أمر قائد المنطقة من جهة، ومن جهة أخرى كتشريع داخلي إسرائيلي بموجب أمر قائد قيادة الشمال، الذي أعطى أمره ، كما ورد في بداية الحديث، بدفن الجثة في المنطقة الخاضعة لمسؤوليته (أنظروا أعلاه، الفقرة 2).

19. القضاة ي' **دينتسيجر** والقاضي **ن' هندل** استعرضوا بتوسع في قرار الحكم تاريخ وتجسيدات اللائحة 133(3) (الفقرة 22 من قرار حكم القاضي ي' **دينتسيجر** والفقرة 6 من وجهة نظر القاضي **ن' هندل**). ومسحهم التاريخي لكلا القاضيين يفيد بأنه في بداية طريقها كلائحة 302 من اللوائح الصادرة في سنة 1936، تعلقت بدفن الاسرى الذين أعدموا ولم يطالب أحد بجثثهم. في سنة 1945 تم تعديل اللائحة 302 لتصبح اللائحة 133 وفي نفس الوقت، كما أشار القاضي **ن' هندل**، قررت السلطات الانتدابية في بعض الحالات مكان دفن جثث من تم اعدامهم، ضمن تجاهل مطالبات الأهل والأموات أنفسهم (على سبيل المثال، حالة المشنوقين الثلاثة، الواردة في الفقرة من 6 من وجهة نظره). في شهر يناير 1948 نظمت اللائحة 133(3) وبموجبها تم توسيع الصلاحيات التي تم منحها للقائد العسكري ليمتد نطاق تطبيقها من اقتصارها على جثث الأسرى لتشمل جثة كل شخص" ؛ وتم اسقاط التعليمات التي تتطلب دفن الميت في مقبرة عائلته ؛ وتم نقل هذه الصلاحية من حاكمي المقاطعات للقائد العسكري (للتوسع أنظروا الفقرات 5-7 من وجهة نظر القاضي **ن' هندل**).

يوجد في هذه التجسيدات للائحة ما يفيد بأن توسيع الصلاحيات المتصلة بالدفن ضمن اللوائح التي هي كما ذكر ذات هدف أمني واضح. نقل الصلاحيات من حكام المقاطعات ووضعها بأيدي القادة العسكريين، يفيد بأن الغاية الذاتية للائحة تعطي للقائد العسكري أدوات مرنة لكل ما يتعلق بمعالجة بمواضيع دفن الجثث على خلفية أمنية. هذا الاستنتاج تم دعمه أيضا بما ليس متاحا في قانون مكافحة الإرهاب والذي دخل حيز التنفيذ بيوم 1.11.2016. هذا القانون يوحد مجمل التعليمات في

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

المجال القانون الجنائي والقانون الإداري التي خصصت لتعزز وتساعد في مكافحة الإرهاب (استئناف اداري 6434/15 **دولة إسرائيل ضد شبير**، الفقرة 51 (4.7.2017)؛ موضوع **الشوامرة**، فقرة 23). مع تشريع قانون مكافحة الإرهاب الغي العديد من لوائح الدفاع (ر' المواد 76(2) و (3) من قانون مكافحة الإرهاب)، ومن بين هذه اللوائح تم الغاء اللائحة 133(1) التي تتعامل مع التحقيق في أسباب الموت. وذلك بسبب قيام نظام بديل يتمثل قفي قانون التحقيق في أسباب الموت، لسنة 1958 **(بروتوكول رقم 185** لاجتماع اللجنة الدستورية، القانون والقضاء، 23.5.2016 الصفحة 43 (ادناه: **بروتوكول الجلسة 185**)).

لكن اللائحة 133(3) لم يتم الغاؤها، وادعت الدولة بأن السبب لذلك بـانه يمكن استخدامها في موضوع دفن جثث المخربين وقتلى الأعداء (الكتاب الجوابي على الأمر المشروط في م ع"ع 6524/17 والفقرة 33 من الطلب). في الاجتماع الذي عقدته لجنة الدستور، القانون والقضاء في هذا الموضوع، أيضا تمت الإشارة بشكل صريح من قبل ممثلة وزارة العدل بما يلي:

> **نعمة فويكتونجر: ... اللائحة 133(1) – كما ذكرت. هي بصدد الإلغاء، بسبب توفر بديل عنها، بعكس الفقرات (2) و (3) من اللائحة التي لا زالت قيد الاستخدام ولا يوجد لها بديل، بمعنى أخر، هذه المواد تشكل مصدر الصلاحيات المتعلقة بجثث المخربين وكل الأنظمة الخاصة بهذا الموضوع. واليوم، تجد هذه الأنظمة والصلاحيات مصدرها في هذه اللائحة ولا يوجد أي مصدر أخر تستند اليه.(بروتكول 185، الصفحة 45)**

التفسير الموضوعي للائحة:

20. تضم اللائحة 133 في الجزء الرابع عشر – احكام مختلفة" للوائح توحد لوائح تعالج مواضيع مختلفة ومتنوعة (اعتقال مشتبه فيهم، منع استخدام التلفون وغير ذلك') وعنوانها " أسباب الموت". اللائحة 133(1) التي تم الغاؤها في إسرائيل تتناول التحقيق في أسباب الوفاه. اللائحة 133(2) تمنح صلاحيات للطبيب العسكري بإصدار " شهادة وفاه" لقتلى " قوات الحكومة الإسرائيلية" والتي تعتبر بمثابة إذن كافي لدفن الجثث. اللائحة 133(3) والتي تمت مراجعة تعليماتها أعلاه، تخول القائد العسكري تحديد من يقوم بدفن كل جثة، متى وأين، ووفقا لادعاء الدولة المستندة، بين أمور أخرى، على الإجراءات المتبعة في هذه المحكمة على مدى سنوات، هي نقطة الارتكاز التي اعتمدت عليها الدولة في الممارسة التي امتدت لسنوات بشأن احتجاز جثث المخربين، من بين أمور أخرى، لأغراض التفاوض بشأن ارجاع جثث القتلى الذين تم احتجازهم في الماضي وحتى اليوم بأيدي التنظيمات الإرهابية.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

21. في تتبع الغرض الموضوعي للتشريع، يتطلب الأمر استحضار المبادئ الأساسية للمنهج " على خلفية الادراك، بأن الغرض من [القانون] هو اعمال حقوق الانسان، تأسيس حكم القانون والفصل بين السلطات ، لضمان تحقيق العدالة والأخلاق وحماية وجود الدولة وأمنها" (موضوع **افرات**، الصفحة 769). بخصوص لوائح الدفاع ، فعليا، تقرر أن القيم والغايات التي تقع في أساسها تتعلق ابتداء وفي المقدمة بالتقديرات الخاصة بأمن الدولة والنظام العام (موضوع **الراب يتسحاق ليفي**، الصفحات 885 – 886).

في وجهة نظره وقف زميلي القاضي **ن' هندل** على الغايات الموضوعية التي خصصت اللائحة 133(3) لتحقيقهم: **الأولى** والاساسية تتعلق بالحفاظ على أمن الدولة ضمن التمركز في مكافحة الإرهاب؛ **الثانية** يتعلق موضوعها باعتبارات الردع؛ **والثالثة** تتصل بترتيبات معالجة جثث موتى العدو – ضمن الحفاظ على كرامة الميت.

فيما يتعلق بالغاية الأولى، الإرهاب، كما سبق وتقرر، " لا يحترم في الواقع أي مبدأ من مبادئ اللعبة التي وضعها العالم القديم في قوانين الحرب، وهذا الواقع يلزم ليس فقط قوات الأمن وانما أيضا القانونيين، بالتفكير من جديد لغاية العمل على تحديث قوانين تتناسب مع معطيات الواقع الجديدة" (موضوع **المركز لحماية الفرد**، الفقرة 2 من وجهة نظري؛ أنظروا أيضا جلسة نقاش إضافية في محاكمة مدنية 5698/11 **دولة إسرائيل ضد ديراني**، الفقرات 46 – 49 من قرار حكم الرئيس **أ' جرونيس**، الفقرة 8 من وجهة نظر القاضي **ن' هندل**؛ الفقرة أ' من وجهة نظر القاضي **أ' روبنشتاين** (15.1.2015)؛ استئناف مدني 6982/12 **تركة المتوفية** Rachel Aliene Corrie **وأخرون ضد دولة إسرائيل، وزارة العدل**، الفقرة 11 (12.2.2015)). على ذلك، أيضا اذا لم ير المشرع الانتدابي أمام عينة وضع احتجاز الجثث لأغراض التفاوض في مواجهة التنظيمات الإرهابية، فانه يحب فحص الغاية الموضوعية للائحة وفقا لواقع حياتنا الحالي والتحديات التي يطرحها علينا (أنظروا أيضا الى الفقرة 9 من وجهة نظر القاضي **ن' هندل**). وقد تعرض لموضوع الغاية الأمنية في مثل هذه الحالات، القائم مقام الرئيس **م' حشين** في سياق مشابه، بالنسبة لاحتجاز جثث مخربين من لبنان لأغراض الأمن، ولأقواله معنى في اطار موضوعنا من حيث اختبار السهل والصعب (*تحويل الحكم من حالة سهلة الى حالة صعبة أو العكس كالقياس في أصول الفقه – المترجم*) :

> **ما دام حزب الله يحتفظ بمحاربين قمنا نحن الشعب والدولة بأرسالهم لحمايتنا، ليس من المقبول أن نعطي الأمر بإطلاق سراح المستأنفين من سجونهم. في الواقع، أمن الدولة في مفهومه الضيق – وهو يشكل الأساس لصلاحيات وزير العدل – يدعو الى الاستمرار في احتجاز المستأنفين في الاعتقال ما دام محاربونا محتجزون بأيدي العدو. لا أقبل بأن تطلق سراح المستأنفين من الاعتقال وبعد ذلك نقف كالفقراء ونتوسل الى قادة عدونا بأن يوافقوا على إطلاق سراح رجالنا. اذا لم يكن اطلاق سراح الجنود الذين سقطوا بأيدي العدو من قضايا 'أمن الدولة' التي تبرر احتجاز المستأنفين في الاعتقال. ما هو اذا أمن الدولة – لا أعلم {التأكيد من قبلي أ.ح.} (استئناف اعتقال اداري 5652/00 عبيد ضد وزير الأمن، ف"د (4) 913، 924**

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

(2001)؛ أيضا أنظروا موضوع بطاقات المساومة، الصفحة 744؛ محكمة العدل العليا 6314/17 نمنم ضد حكومة إسرائيل، الفقرة 2 من وجهة نظر القاض ي' الرون والمرجعيات هناك (4.6.2019)).

22. غاية إضافية وقف عندها القاضي **ن' هندل**، والمتفرعة وفقا لكلامه " من هدف الحفاظ على أمن الدولة والنظام العام"، وهي خلق ردع شخصي ومحيطي" (الفقرة 10 من وجهة نظره). الدولة من جانبها ادعت بأنها لا تحتجز الجثث بهدف الردع (الفقرة 38 من استكمال الادعاءات الخاصة بالملتمسة بيوم 8.6.2018)، لكنها لا تعترض على هذا التحديد. التقرير بأن احتجاز الجثث ممكن أيضا لأغراض الردع هو سؤال جليل يثير صعوبات لا يستهان بها (أنظروا، باراك مدينة **قوانين حقوق الانسان في إسرائيل** 85، 187 (2016)) لكن على ضوء موقف الدولة الذي بموجبه لم تقم باحتجاز الجثث لهذه الغاية، لا أجد من الملائم أن نضع المسامير.

الهدف الموضوعي الثالث هو الحفاظ على كرامة قتلى العدو وفي هذا السياق أنضم بالموافقة لاستنتاج زميلي القاضي هندل (في الفقرات 11 -12 من وجهة نظره) والتي بموجبها:

فيما وراء الاعتبارات الأمنية " في المفهوم الضيق" تتطلب " اللائحة ضمان دفن مؤقت مناسب لقتلى العدو، حتى تتم اعادتهم لبلادهم ولعائلاتهم...هذه الغاية الأخيرة " تتوسط" بين الغايات الموضوعية للائحة 133(3) من لوائح الدفاع، وبين الغاية العامة لكل تشريع – بالتأكيد – الحفاظ على الحقوق الأساسية.

وكل ما يزيد عن ذلك ينقص منه.

23. وبالتالي، نجدنا قد تعلمنا أن الغاية الموضوعية للوائح الدفاع هي أعطاء أدوات موضوعية بأيدي نقباء الدولة لمكافحة الإرهاب والحفاظ على أمن الدولة وأمن مواطنيها. إن السعي المستمر الذي نلتزم فيه بإعادة المواطنين الإسرائيليين وجثث قتلى جيش الدفاع الإسرائيلي إلى أيدي التنظيمات الإرهابية هو في صميم الحفاظ على أمن الدولة ، وبالتالي فهو في صميم الهدف الموضوعي للائحة 133 (3). في تصوري، كجزء من هذه الغاية، تمنح اللائحة 133(3) للقائد العسكري الصلاحيات ليبقي تحت امرته أو من خلال دفن مؤقت، جثث المخربين، وذلك بغرض الحفاظ على أمن الدولة أو للحفاظ على احترام وكرامة قتلى العدو الذين لم يكن من الممكن اعادتهم. هذه الصلاحيات لم تتأت عن التوسع في تفسير اللائحة – هي في صميم اللائحة التي خصصت للحفاظ على ولحماية أمن الدولة ومواطنيها. التجديف لإعادة جنود وقتلى جيش الدفاع الإسرائيلي المحتجزين بـأيدي التنظيمات الإرهابية وبالتالي التفاوض مع هذه التنظيمات بهدف الوصول لاتفاق بشأن اعادتهم الى إسرائيل مقابل ارجاع جثث المخربين المحتجزين لدى الدولة، يجسد بوضوح الغاية الموضوعية.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

24. لتعزيز هذا المنهج التفسيري يمكن العثور في الممارسة طويلة الأمد من قيام الدولة باحتجاز جثث قتلى العدو ومخربين من خلال دفنهم دفنا مؤقتا وذلك لأغراض التفاوض مع تنظيمات إرهابية (أنظروا في الفقرة 30 من التماس الدولة لعقد حلسة نقاش إضافية؛ أنظروا أيضا في الفقرة 11 من وجهة نظر القاضي **ن' هندل** في قرار الحكم). نقطة الانطلاق هي بالفعل أن " القرار التفسيري النهائي والحاسم بخصوص قانون ساري المفعول في كل وقت هو بيد المحكمة" (م ع"ع 306/81 **شارون ضد لجنة الكنيست**، ف"د (4) 118، 141 (1981))، وأن تفسير القانون هو عمل واختصاص المحكمة، والمسؤولية الملقاة على عاتقها تلزمها بإعطاء التفسير الذي يتبدى لها – لها وليس لجهة أخرى، مناسبا" (م ع"ع 399/85 **كهانة ضد المجلس الإداري لسلطة الإذاعة الإسرائيلية**، ف"د (3) 255، 305 (1987) (أدناه: **موضوع كهانة**)). مع ذلك، ليس مرة واحدة تقرر بأن أحد الاعتبارات التي على القضاة أن ينظروا فيها عندما يواجهون تفسيرين ممكنين للتشريع معين وهو – موقف السلطة العامة بشان التفسير المناسب والممارسة العملية التي تصرفت بموجبها في هذا السياق (موضوع **افرات**، الصفحة 761؛ م ع"ع 3132/15 **حزب يوجد مستقبل ضد رئيس حكومة إسرائيل**، الفقرة 2 من وجهة نظر القاضي **ن' هندل** (13.4.2016)؛ موضوع **أبو عرفة**، الفقرة 31 من قرار حكم القاضي **ع' فوجلمان** (13.9.2017)؛ أنظروا أيضا اهارون باراك **تفسيرات في القانون – المجلد الثاني: تفسيرات التشريع** 792 – 799 (1993)؛ م ع"ع 142/89 **حركة قلب واحد وروح جديدة ضد رئيس الكنسيت**، ف"د (3) 529، 550 (1990)؛ أنظروا أيضا: **David J Bederman Custom as a Source of Law 108 – 113 (2010)**؛ م ع"ع 7009/04 **بلدية القدس ضد المستشار القانوني للحكومة**، الفقرات 27 – 28 من قرار حكم الرئيس أ' **جرونيس** (5.2.2014)).

25. منذ سنوات طويلة ودولة إسرائيل تتعامل مع الحاجة "لإعادة الأبناء لداخل حدودها" من ايدي التنظيمات الإرهابية التي تحتجزهم. حتى تتمكن من إدارة تفاوض فعال مع هذه التنظيمات الإرهابية، احتجزت الدولة جثث المخربين وفي اطار صفقات مختلفة عقدتها في الماضي، والتي سنستعرض بعضا منها أدناه، حصلت مبادلة هذه الجثث بجنود وقتلى جيش الدفاع الإسرائيلي ومواطني إسرائيل الذين كانوا محتجزين لدى التنظيمات الإرهابية. على مدى السنوات، عادت الدولة وصرحت بأنها استمدت سلطتها لحيازة جثث المخربين ، كما ذكر، من اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع. هكذا، في موضوع **عباس** رفضت المحكمة الالتماس لإعادة جثة مخرب من مقيمي قطاع غزة، والذي صرحت الدولة بأنها تحتجز جثته بالاستناد الى اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع " كجزء من طرق العمل لتحديد مكان جثة الجندي الراحل إيلان سعدون الطيب الذكر والذي تم اختطافه وقتله بأيدي إرهابي حماس" [ملحق للرد الجوابي للملتمسين من يوم 11.7.2018). أيضا، أجريت أعمال وأنشطة مختلفة في موضوع احتجاز جثث المخربين بالاستناد الى اللائحة لأغراض التفاوض لإعادة الجندي المختطف جلعاد شليط وجثث قتلى جيش الدفاع الإسرائيلي أهود جولدوسر وألدد رجب مباركي الذكر (م ع"ع 9025/01؛ م ع"ع 8027/06؛ م ع"ع 8086/05؛ م ع"ع 4118/07؛ م ع"ع

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

6796/12؛ م ع"ع 1173/13؛ م ع"ع 1177/13؛ م ع"ع 1797/13/، م ع"ع 1804/12). في جزء من الحالات التي تطرقت اليها هذه الالتماسات الأخيرة، احتجاز الجثث لم يكن في البداية لأغراض التفاوض، وقد أعلمت الدولة في مرحلة متأخرة بـأنه بحكم السلطة الممنوحة للقائد العسكري بموجب اللائحة 133(3) وقرار الحكم في موضوع **عباس**، قررت احتجاز جثث المخربين ضمن تقديرها بأن الأمر سيساعد بطريقة حقيقية على إنجاز التفاوض بشأن إعادة الجنود المختطفين (الفقرة 24 من اشعار الدولة في م ع"ع 9025/01 بيوم 11.1.2007). الالتماسات المذكورة أعلاه بقيت معلقة وقائمة حتى تم محوها في سنة 2014 بدون أن يصدر بشأنهم قرار حكم، بعد ان أبلغت الدولة بيوم 20.5.2013 بأن وزير الأمن أعطى تعليماته بإعادة الجثث الى السلطة الفلسطينية (م غ"غ 9025/01 **عوض الله ضد قائد قواد جيش الدفاع الإسرائيلي في الضفة الغربية** (11.5.2014)). حالة أخرى تعاملت مع قضية الصلاحيات الممنوحة للقائد العسكري وفقا للائحة ولقرار الحكم في موضوع **بركات**، المذكور في قرار حكم القاضي **ي' دينتسيجر** (القرة 25) وفي وجهة نطر القاضي **ن' هندل** (الفقرة 5). في ذات الموضوع نوقش قرار قائد المنطقة بتقييد جنازة عضو الجبهة الشعبية الذي مات أثناء التحقيق، بحيث تقام في ساعات الليل وبمشاركة أبناء عائلته فقط. قررت المحكمة بأن ل " القائد العسكري" الصلاحية بأن يعطي الأمر بأن جنازة من يكون موته على خلقية أمنية تجري في ساعات الليل وبمشاركة أبناء عائلته فقظ. هذه الصلاحيات تجد مصدرها في الصلاحيات العامة للقائد العسكري للحفاظ على النظام والأمن في المنطقة. ومنصوص عليها أيضا أحكام اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع (أوقات الطوارئ)، 1945" (هناك الفقرة 10).

26. بحسب ما تمت الإشارة اليه، في سنة 2004 طلب من المستشار القانوني للحكومة وقتذاك، مناحيم مزوز إعطاء رأيه في الموضوع، وفي نهاية جلسة متعددة المشاركين تم الوصول الى استنتاج مفاده،

> **"السياسات التي بموجبها يمكن احتجاز جثث المخربين في حالات معينة، وليست قليلة، لا تتسق مع واجب عمل التوازن بين كرامة الميت وعائلته وبين اعتبارات الأمن والحفاظ على النظام العام وسلام الجمهور. وعليه، يجب إعادة جثث المخربين لعائلاتهم، الا بوجود أسباب ملموسة وخاصة تبرر الانحراف عن ذلك. كنموذج لأسباب من هذا النوع يمكن استحضار صفقة ملموسة لتبادل جثث (قضية عباس المذكورة أعلاه)، أو خشية ملموسة من كون ارجاع جثة معينة من شأنه أن يخطر بدرجة احتمال عالية على أمن المنطقة. في هذا السياق هناك أهمية، بالطبع، لتناسب البعد الزمني، اذ بعد مرور الوقت على وقوع الحدث يخفت ويقل التأثر ووهج المشاعر المصاحب للجنازة والحداد"**

وبكلمات أخرى، المستشار القانوني للحكومة أعطى رأيه بأن الصلاحية الممنوحة أمر مستقل ومنفصل عن السلطة التقديرية التي هي شأن مستقل بذاته. المستشار لا يقرر في الواقع بشكل صريح في وجهة نظره بان اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع هي مصدر الصلاحية لاحتجاز جثث المخربين (أنظروا وقارنوا الفقرة 26 من قرار حكم القاضي **ي' دينتسيجر** في قرار

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

الحكم). ومع ذلك، تطرقه في وجهة نظره الى الإجراءات التي بها طعنت الدولة بشكل صريح الاستناد على اللائحة في هذا السياق، لا تترك مجالا للشك بأن المستشار القانوني للحكومة، فعليا، وضع أمام عينيه اللائحة المذكورة كمصدر الصلاحية لممارسة احتجاز جثث المخربين لأغراض التفاوض، ضمن القيود والتوازنات التي أوجزت في وجهة نظره.

منذ صدور وجهة النظر هذه في عام 2004، اعتمدت السلطة التنفيذية عليها - كتفسير معتمد قانونيا – في القرار الذي اتخذته باحتجاز جثث المخربين لأغراض التفاوض. القاضي **ي' دينتسيجر** أشار في الفقرة 26 من قرار حكمه بأن وجهة نظر المستشار القانوني للحكومة الصادرة في سنة 2004 " تعزز هي أيضا الاستنتاج بأن من الصعب أن نلائم تفسيرا تكون بموجبه اللائحة 133(3) قد خصصت لمنح القائد العسكري صلاحيات جارفة، تقريبا بدون تحفظات، لإعطاء الأمر بالدفن المؤقت لجثث المخربين لأغراض التفاوض". ومع ذلك، اذا كانت وجهة النظر تعزز الاستنتاج بأنه لا يتعلق الأمر بصلاحيات " جارفة تقريبا بدون تحفظات"، فهي تفترض بأن اللائحة 133(3) تمنح الصلاحية للقائد العسكري لإعطاء الأمر بالدفن المؤقت لجثث المخربين لأغراض التفاوض، ضمن ترسيم حدود الصلاحيات والقيود (أنظروا وقارنوا: موضوع **الراب يتسخاك ليفي**، الصفحة 889؛ م ع"ع 8091/14 **مركز حماية الفرد ضد وزير العدل**، الفقرة ي"خ (31.12.2014) (أدناه: **موضوع المركز لحماية الفرد**)؛ م ع"ع 1125/16 **مرعي ضد قائد قوات الجيش في الضفة الغربية**، الفقرة 10 لقرار حكم الرئيس **م' نيئور** (31.3.2016)). وجهة نظر المستشار القانوني للحكومة – حتى وان لم تكن الأشياء كما تبدوا ظاهريا (أنظروا م ع"ع 73/85 **حركة "كاح" ضد شلومو هلل – رئيس الكنيست**، ف"د (3) 141، 152 (1985)؛ وأيضا أنظروا وقارنوا م ع"ع 6494/14 **جيني ضد الربانية الرئيسية**، الفقرة 24 من وجهة نظر القاضي **أ' شهم** (برأي الأقلية بالنسبة للمحصلة) (6.6.2016)؛ م ع"ع 869/92 **زويلي ضد رئيس لجنة الانتخابات المركزية لدورة الكنيست الثالثة عشر**، ف"د (2) 692، 712)717 (1992)) – لا تعزز، بالتالي، النهج التفسيري الذي يؤيده القاضي دينتسيجر. على العكس من ذلك، تعزز الاستنتاج الذي بموجبه تكون التحفظات والتوازنات لتفعيل اللائحة ليست على مؤشر الصلاحيات وانما على مؤشر السلطة التقديرية الممنوحة للقائد العسكري وبالاستناد اليها فله السلطة بأعطاء الأمر بالدفن المؤقت لجثث المخربين.

27. كما تمت الإشارة اليه أعلاه، فان مستوى التفصيل والتفسير للأحكام المتعلقة بمنح الصلاحية لا يحمل دلالة واحدة ووحيدة بل يعتمد على الظروف. بين أمور أخرى، يجب فحص طبيعة الضرر الواقع على الحقوق المحمية، نطاقها وشدتها. احتجاز جثث المخربين لدى إسرائيل تنطوي على انتهاك لكرامة الميت وكرامة عائلته. ومع ذلك، في موضوعنا، أعتقد أن الانتهاك لا يمس صميم حق كرامة الميت أو حق كرامة عائلته. جدير بالذكر أن الاحتجاز هنا هو احتجاز مؤقت. يتم دفن هذه الجثث بتوقير في تابوت معدني وبمقبرة مع أخذ عينات جينية من هذه الجثث لغاية التعرف على هؤلاء الأموات في المستقبل. هذه الظروف تبهت (*تخفف من - المترجم*) شدة الانتهاك ونطاقه. وأيضا، توافق الدولة على تحديده الأساسي للقاضي **ن' هندل** بأن الدفن المؤقت " لا تقطع صلة عائلات المخربين بموتاهم – ولا تمنعهم، بالضرورة، من زيارة هذه المقابر المؤقتة وحتى المشاركة في الدفن" (بالخضوع للاعتبارات الأمنية ذات

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

الصلة والمستجدة – أنظروا في الفقرة 24 من وجهة نظره والفقرة 17 من الاشعار الصادر عن الدولة بيوم 10.8.2018)). في كل ما يتعلق بزيارة القبور والمشاركة في الدفن، تجدر الإشارة بأنه وفقا لنهج الدولة، لا يكمن السماح في الوقت الحاضر بزيارة العائلات لموتاهم بسبب الاعتبارات الأمنية وعلى أي حال لم يتلق القائد العسكري أي طلب فعلي للسماح لأبناء عائلات المخربين بزيارة هذه القبور أو المشاركة بدفن الجثث، وهذه المسالة لم يتم طرحها من قبل المستأنف ضدهم في جلسة النقاش الإضافية. على ذلك، لم أجد حاجة لأن أحسم في هذا الأمر مع الاحتفاظ في هذا السياق بحق الأطراف في الادعاء بها.

28. في الواقع، اللائحة 133(3) لا تقرر بأن 'رحيل هي أبنتك الصغيرة' (*أي لا تحسم بشكل مفصل وصريح ولا يحتمل الشك في المسألة – المترجم*). من هنا" الظروف التي تبرر دفنا مؤقتا للجثة ؛ الفترة الزمنية التي يمكن الاحتفاظ بالجثة في دفن مؤقت؛ الصلاحية والتوقيت لموضوع ' فتح القبر' بعد ابرام الصفقة، واجب التوثيق والتسجيل بشأن الجثة والدفن؛ واجب إعطاء معلومات حول الجثة" (الفقرة 21 من قرار حكم القاضي **ي' دينتسيجر**) ومع ذلك، فان غياب تحديد لهذه المسائل لا تلزم الاستنتاج بأن اللائحة لا تعطي الصلاحية للقائد العسكري لإعطاء الأمر بالدفن المؤقت لجثث المخربين عندما تكون هناك مبرر لأسباب تتعلق بأمن الدولة. هذه القضايا المفردة من الممكن أن تجد انتظامها في القواعد المتعلقة ببناء تقدير القائد العسكري، بقدر ما يكون هناك توقع من الأساس للسيناريوهات التي يتطلبها الموضوع. وذلك ضمن الإقرار بأنه ليس من الممكن تقييد السلطة التقديرية للقائد العسكري مسبقا بفترة زمنية صعبة أو بقائمة سيناريوهات مغلقة، بسبب الغاية التي بحكم طبيعتها مرتبطة بظروف دينامية ومتغيرة متصلة، بين أمور أخرى بعملية التفاوض أمام التنظيم الإرهابي ذي الصلة. مقابل ذلك، بشكل قطعي يمكن ادراج ضمن قواعد بناء السلطة التقديرية الحكم الذي يحدد بأنه بمرور فترة زمنية ينبغي فحص، مرة أخرى، ضرورات استمرار الدفن المؤقت. تجدر الإشارة الى أنه بهذا التضمين لا يوجد أي تناقض مع قرار حكم محكمة العدل العليا 5887/17 **جبارين ضد شرطة إسرائيل** (25.7.2017) (أدناه: **موضوع جبارين**) والذي اليه أحال المستأنف ضدهم. ومقبول علي في هذا السياق أقوال زميلي القاضي **ن' هندل** بأنه " بالتعارض مع موضوع **جبارين**... لا يسعى القائد العسكري إلى الاعتماد على سلطة عامة للحفاظ على النظام ، والتي لا تحتوي على أي إشارة ملموسة إلى إمكانية منع الدفن - أو الحد منه. أمامنا حكم مخصص لموضوع الدفن، وفي هذا الوضع لا يوجد أي مانع لطلب التفسير لغاية الوقوف على نطاقه الكامل" (الفقرة 17 من وجهة نظره).

تلخيص الاجراء التفسيري

29. لغة اللائحة 133(3) وأيضا الغاية الذاتية والموضوعية التي أدت اللائحة لتحقيق كلتيهما يؤدون الى الاستنتاج الذي بموجبه منح القائد العسكري الصلاحية لإعطاء الأمر بحكم هذه اللائحة، من بين مصادر أخرى، على الدفن المؤقت لجثث المخربين لأغراض التفاوض مع التنظيمات الإرهابية. وذلك لغاية حماية أمن الدولة – وحماية أمن الدولة يعني،

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

من بين أمور أخرى، السعي الدؤوب والمتواصل لإعادة قتلى وجنود جيش الدفاع الإسرائيلي الموجودون بأيدي التنظيمات الإرهابية المحلية. وفي الواقع، تفعيل وممارسة هذه الصلاحية يوجد به انتهاك بدرجة معينة لكرامة الميت وكرامة عائلته. وعليه، يجب تعيين مجال وحد هذه الصلاحيات وأيضا تفعيلها بقيود وبعمل توازنات مناسبة والتي سبق تحديدها ، من بين أمور أخرى، في وجهة نظر المستشار القانوني للحكومة لسنة 2004.

القانون الدولي

30. بوصولي للاستنتاج بأن القانون **الداخلي** سواء في إسرائيل أو في المنطقة يمنح للقائد العسكري بموجب اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع الصلاحية لإعطاء الأمر بالدفن المؤقت لجثث المخربين واحتجازهم لأغراض التفاوض، وجدت بأنه يجب فحص فيما اذا كانت أحكام القانون الدولي تقودنا الى استنتاج أخر. القاضي **ي' دينتسيجر** بسط في وجهة نظره صورة عامة لموضوع أحكام القانون الدولي وأشار الى النظام القانون المقرر تطبيقه في أوضاع مختلفة المتعلقة باحتجاز الجثث من خلال الدفن المؤقت، هو نظام مركب (الفقرة 28 و -29 من قرار حكمه). القاضي دينتسيجر في وجهة نظرة فام بمسح استعرض فيها مصادر القانون الدولي ومن ضمنهم أحكام القانون الدولي التي تتعلق بموضوع النزاع المسلح (International Humanitarian Law); والاحكام المتعلقة بالنزاع المسلحة بين الدول (Non-international armed conflicts); وأحكام قانون حقوق الانسان الدولي (Human Rights Law); والأعراف الدولية؛ وقرار المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان (ECtHR- ه) (الفقرات 29 -36 من قرار حكمه) وفي نهاية الأمر وصل الى استنتاج اجمالي وهو أن:

من هذا المسح الذي تم استعراضه، تتشكل صورة الوضع التي بموجبها، على الرغم من عدم وجود منع في كل من القانون الدولي الإنساني وفي شرعة حقوق الانسان للقيام باحتجاز الجثث في اطار النزاع المسلح، الا أن ممارسة الاحتجاز تخضع للتحفظات وتنطوي على صعوبة كبيرة. (فقرة 37 من كقرار حكمه).

زميلي القاضي هندل انضم الى هذا الاستنتاج وبحسب تعبيره:

أنهي هذه الجلسة بمستوى الصلاحية من خلال الانضمام الى النتيجة التي وصل اليها زميلي القاضي ي' دينتسيجر، والتي بموجبها " [حيث إنه] لا يوجد في القانون الدولي أو بالشرعة القانونية لحقوق الانسان منع للقيام باحتجاز الجثث في اطار النزاع المسلح"(الفقرة 37 من وجهة نظره) – بالتأكيد عندما تكون هناك ضرورة أمنية موضعية وفعلية. بذلك، على ضوء سريان لوائح الدفاع داخل المجال الحدودي لدولة اسرائيل وأيضا وسريانها أيضا على المنطقة... لا يوجد أساس للتمييز بين جثث مخربين

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

من مقيمي المنطقة أو مخربين من مقيمي إسرائيل - وصلاحيات القائد العسكري تسري على الجميع (الفقرة 20 من وجهة نظره).

31. لم أجد مكانا للحكم في السؤال المركب حول القانون الدولي الذي ينطبق على كل من الأوضاع الممكنة التي تنطوي عل الدفن المؤقت واحتجاز جثث المخربين من قبل دولة إسرائيل. في البداية، لم يتم الحكم بهذه المسألة التي هي موضوع جلسة النظر الإضافية بواسطة أي من القضاة وعمليا تقرر أن " الهدف من جلسة النقاش الإضافية هو تركيز الضوء على ما سبق وتقرر في قرار الحكم، وليس الحكم بما لم يرد فيه" (جلسة النقاش الإضافية 3660/17 **الرابطة العامة للتجار والمستقلين ضد وزير الداخلية**، الفقرة 16 من قرار حكم الرئيس ' **نيئور** (26.10.2017) ؛ وأيضا أنظروا جلسة حكم إضافية 2/82 **رسلر ضد وزير الأمن**، ف"د (1) 708 (1982) ؛ يجال مرزل " المادة 18 من قانون الأساس: القضاء – جلسة إضافية' في جلسة نقاش إضافية" **كتاب دوريت بينيش** 181، 264 – 265 (كيرن أزولاي ، آيتاي بار – سيمان – توف، أهارون باراك و شخر ليفشيتس، المحررون، 2018) والمرجعيات هناك). وثانيا، الاستنتاج الذي وصل اليه جميع قضاة الهيئة كما هو مفصل أعلاه هو أنه لا يوجد في القانون الدولي الإنساني أو بشرعة حقوق الانسان منع للقيام باحتجاز الجثث في اطار النزاع المسلح. وعليه، فان النقاش والحسم في المسألة المركبة المذكورة أعلاه ليس أمرا مطلوب الحسم فيه. بالإضافة الى ذلك، كما سأفصله لاحقا هو زائد عن الحاجة، وقول القاضي دينتسيجر الذي بموجبه " هذه الممارسة [لاحتجاز الجثث في اطار النزاع المسلح] خاضعة للتحفظات وتنطوي على صعوبة قانونية لا يمكن تجاهلها" ليس لها، من جهتي، أساس ترتكز عليه في القانون الدولي.

القانون الدولي الإنساني الذي تسري أحكامه على حالات النزاع المسلح بين الدول يحدد ترتيبات معيارية مختلفة بخصوص الدفن والتعامل مع الجثث، والتي خصصت لضمان تعامل أطراف النزاع مع الجثث بالطريقة الملائمة وبالتوقير اللازم، بين أمور أخرى، كي يكون ممكنا في المستقبل تبين ما حل بمصير الموتى. الواجبات الرئيسية في هذا السياق مبينة ومنصوص عليها في اتفاقيات جنيف المختلفة وهي تتعامل من بين أمور أخرى مع مواضيع تتعلق بإخلاء، بالتعرف، بتسجيل وتوثيق بإعطاء المعلومات ومعالجة الجثث في أوقات الحروب (للتوسع أنظروا في الفقرات 30 – 31 من قرار حكم القاضي **ي' دينتسيجر** ؛ وأيضا أنظروا في Anna Petrig, *The war dead and their gravesites*, 91 INT'L. REV. OF RED CROSS 341، 343 (2006) المقالة التي ورد ذكرها في وجهة نظر القاضي **ي' دينتسيجر** في الفقرة 29 من قرار حكمه ؛ لموضوع انطباق أنظمة لاهاي أنظروا: م ع"ع 393/82 **جمعية الإسكان ضد قائد قوات جيش الدفاع الإسرائيلي في منطقة يهودا والسامرة**، ف"د (4) 785، 793، 795 (1983) ؛ م ع"ع 7957/04 **مراعبة ضد رئيس حكومة إسرائيل**، ف"د (2) 477، 492 (2005)؛ م ع"ع 2056/04 **مجلس بلدة بيت سوريك ضد حكومة إسرائيل**، ف"د (5) 807، 827 (2004) للموقف الذي ثبت على مر السنوات تحولت الأحكام التي تضمنتها اتفاقيات جنيف الى تقاليد، انظروا أرنا بن- نفتالي

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

ويوفيل شني **القانون الدولي بين الحرب والسلام**، ف"د 131 -133 (2006) (أدناه: **بن نفتالي وشني**) ؛ للموقف الذي بموجبه، احكام باتفاقيات جنيف في موضوع الدفن والتعامل مع الجثث هي أحكام عام وتستند بشكل عام على الاتفاقات بين أطراف النزاع أنظروا JEAN-MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, CUSTOMARY (2006) INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, VOL. I, 412 (أدناه: HENCKAERTS AND LOUISE DOSWALD-BECK)).

32. التعليمات الرئيسية المتصلة بموضوعنا في هذا السياق هي التي وردت في الفقرة 17 من اتفاقية جنيف الأولى والتي عنوانها – "Prescriptions regarding the dead. Graves Registration Service". تقرر هذه المادة ، بين أمور أخرى، بأنه على أطراف النزاع أن يقدموا الضمان بأن يتم دفن أو حرق جثث الموتى بصورة منفردة بقدر ما تسمح الظروف بذلك، ويسبق عملية الدفن أو الحرق فحوصات مختلفة وأخذ عينات من الجثث للتعرف عليها لاحقا. وأيضا تقرر ذات المادة بأنه على أطراف النزاع أن يضمنوا أن يتم دفن الجثث بالوقار المطلوب وبقدر الإمكان وفقا لتعليمات دينهم، لان قبور الموتى يتم تقسيمها الى مجموعات بقدر الإمكان بحسب الانتماء القومي، وأيضا بأن تكون للقبور علامات واشارات بشكل يسمح بالعثور عليها ويضمن إمكانية إعادة جثث الموتى الى بلادهم. أيضا تشير المادة الى أنه في حال أتاحت الظروف ذلك ومع انتهاء الممارسات العدائية، على الأطراف تبادل التفاصيل حول أماكن دفن الموتى وعلامات التعرف عليهم (لتفسير وتطبيق الالتزامات المقررة للاتفاقية أنظروا في مرسوم هيئة الأركان العامة 38.0109 قتلى الجيش المعادي – اجراء تحديد الهوية، التعامل مع المواد والاشياء، التقرير والدفن في أوقات الطوارئ (أدناه: **مرسوم هيئة الأركان العامة 38.0109**).

المادة 17 من اتفاقية حنيف الأولى لا تشتمل على واجب إعادة جثث القتلى في اطار النزاع المسلح بين الدول. لكن القاضي **ي' دينتسيجر** يحيل في هذا السياق الى ما ورد في قرار حكمه حول التفسير المفصل في التعليق المستجد للصليب الأحمر للمادة 17 من اتفاقية جنيف الأولى ويشير الى أنها " تقرر بشكل أحادي الدلالة أن الخيار المفضل هو إعادة الجثث لذوي القتلى" (الفقرة 31 من قرار حكمه). معاينة للتعليق تفيد بأن الصليب الأحمر يؤكد أنه يمكن تحقيق ذلك **بطرق مختلفة** وفقًا للالتزام المنصوص عليه في اتفاقية جنيف الأولى - لضمان دفن جثث الموتى أو حرقها. يشير التعليق أيضا في هذا السياق الى أنه يمكن تحقيق هذا الالتزام اذا أراد الطرف المحتجز للجثث أن يقوم بذلك بطريقة تحفظ لعملية دقن الجثث وقارها أو بدلا من ذلك " له الخيار بإعادة الجثث" (may return the bodies) لعائلاتهم ليتولوا دفنهم أو حرقهم. في الواقع، وفقا لتفسير الصليب الأحمر، يفضل إعادة الجثث الى أقربائهم، ومع ذلك فان الاستنتاج الذي تم التوصل اليه من التعليق هو أنه لا تفرض اتفاقية جنيف الأولى مثل هذا الالتزام (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS COMMENTARY OF 2016 OF I GENEVA CONVENTION (1949) FOR THE AMELIORATION OF THE CONDITION OF THE WOUNDED AND SICK IN ARMED FORCES IN THE FIELD 1643-1647 (2016)).

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

وأيضا يتطرق القاضي **ي' دينتسيجر** الى البروتوكول الأول من اتفاقيات جنيف (لتطبيق البروتوكول في إسرائيل أنظروا: بن – **نفتالي وشني** الصفحات 131- 133 ؛ روت لفيدوت، يوفال شني وعدو روزن تسويج **إسرائيل والبروتوكولين الاضافيين لاتفاقيات جنيف** 9- 10 (بحوث السياسات 92، المعهد الإسرائيلي للديمقراطية، 2011)) ويقرر "في الواقع، تقرر مواد البروتوكول بان على الأطراف الوصول الى اتفاق' وهذه المواد لا تضع على الأطراف أي التزام بإعادة الجثث، لكن الرياح التي تهب منهم صافية" (*لكن روح هذا الالتزام تنبعث منها بوضوح- المترجم*). بذلك، بالنظر الى المواد34(2) (c) و – 34(3) من البروتوكول تفيد بأن هذه المواد لا تلزم بإعادة الجثث. ومشار في هذه المواد الى أنه في أول فرصة ممكنة، على الأطراف **ابرام اتفاقات** تتضمن، بين أمور أخرى، إمكانية صيانة القبور في المكان الموجودة فيه أو إعادة الجثث للطرف الاخر. وأيضا أشير في المادة 34(3) من البروتوكول بأنه في حال غياب اتفاق، فان الطرف الذي على أراضيه توجد القبور له الخيار بأن يعرض إعادة هذه الجثث من جانب واحد وفي حال لم تتم الاستجابة لعرضه، فان له الصلاحية بمرور خمس سنوات بأن يعمل وفق الترتيبات المقررة في قوانين الدولة والتي تتعلق ببيوت الدفن والمقابر. تم تطبيق هذه القاعدة أكثر من مرة في حالات النزاع المسلح بين الدول. (كنموذج أنظروا HENCKAERTS AND LOUISE DOSWALD-BECK، الصفحة 412 الهامش 43) وهو لا يقرر الزام صريح بإعادة الجثث بدون اتفاق، وأيضا لا يقرأ منها الزام ضمني بذلك.

33. مصدر أخر تطرق اليه القاضي **ي' دينتسيجر** وهو أن القاعدة 114 من أطروحة الصليب الأحمر لسنة 2005 بخصوص القانون العرفي (HENCKAERTS AND LOUISE DOSWALD-BECK ، الصفحات 411 – 414). تشير الى أن أطراف النزاع **ملزمون بالسعي نحو المساعدة** في إعادة رفات الجثث بناء على طلب الطرف الأخر في النزاع والذي اليه تنتمي هذه الجثث أو بناء على طلب أقربائهم، وبأن أطراف النزاع ملزمون **بإعادة المعدات الشخصية** الخاصة بالميت. كما هو مفصل في الأطروحة ، توجد أحكام مماثلة في عدد من نشرات الارشادات العسكرية في العالم (بخصوص هذا الموضوع أنظروا أيضا : Susan Bureau *State Practice, Customary Humnitarian Law And Civilian Casualties Of Armed Conflict*, 1(1) STATE PRACTICE AND INTERNATIONAL LAW JOURNAL 45 (2014)). بالإضافة لذلك، تجدر الإشارة الى صلاحية هذا الأطروحة هي موضوع خلاف (في هذا السياق، أنظروا في الأطروحة الذي اليه تحيل الدولة في الفقرة 15 من اكمال الادعاء بيوم 8.6.2018: John B. Bellinger and William J. Haynes, *A US government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law*, 89 INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS 443, 444 (2007)، وأيضا أنظروا في م غ"غ 5276/92 **أبيرجيه ضد وزير الأمن** (15.11.2000). والذي اليه يحيل الأطروحة في موضوع

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

الممارسة في إسرائيل لإعادة رفات الجثث التي يمكن التعرف عليها، على الرغم من عدم تضمن قرار الحكم المذكور لهذا التحديد، وأيضا أنظروا بخصوص هذا الموضوع في الفقرة 17 من كتاب اكمال الادعاءات من جانب الدولة بيوم 8.6.2018). بأي حال، القاعدة 114 من أطروحة الصليب الأحمر لا تلزم إعادة رفات جثث القتلى، كما وتقرر القاعدة أن هذا الالزام يكون فقط بخصوص المعدات الشخصية.

المستأنف ضدهم يضيفون ويحيلون الى سلسلة من القرارات التي صدرت عن لجنة حقوق الانسان التابعة للأمم المتحدة (أدناه: **لجنة حقوق الانسان**) والتي تم استعراضها في الفقرة 33 من قرار حكم القاضي **ي' دينتسيجر**. ومع ذلك، فان هذه القرارات تعاملت مع مواطني الدول التي تمت ملاحقتهم جنائيا، أدينوا وتم اعدامهم عقب اجراء قضائي معاب ظاهريا، بدون أن تعرف عائلاتهم ما حل بمصيرهم. الانتقال من هذه القضية الى القضية المعروضة أمامنا والمتعلقة بالدفن المؤقت لجثث المخربين التي اتخذت كاستثناء لأغراض تفاوض معين، ضمن معرفة كاملة لعائلات المخربين حول مصيرهم، هو بعيد وبعيد جدا عن تلك القضايا.

بالنسبة لقرارات الحكم الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان التي تعاملت مع قرارات السلطات في روسيا بعدم إعادة جثث الارهابين لأبناء عائلاتهم (Maskhadova v. Russia, no. 18071/05, ECHR (2013); Sabanchiyeva v. Russia, no. 38450/05, ECHR (2013)) فانه مقبول لي استنتاج زميلي القاضي **ن' هندل** والذي بموجبه:

> **انتهاك الحقوق قد زادت حدته بعد قرار السلطات الروسية الذي يقطع بشكل قطعي وبدون رجعة الصلة بين الأهل وبين قبور أعزاءهم – مع استبعاد عائلات الموتى من حضور مراسم الدفن، وفرض السرية على موقع الدفن. من المفهوم أن هذه السمات ليست ذا صلة بالقانون الإسرائيلي، الذي لا يمنع اشتراك الأهل في اجراء الدفن، ويسمح بالكشف عن موقع الدفن – وبالتأكيد، لا يقطع بشكل قطعي الصلة بين العائلة وعزيزهم الميت. وفوق ذلك، موضوعنا، كما هو مذكور، هو في الأساس يتعلق بالدفن المؤقت، وبالتالي فان جثث المخربين سيتم اعادتها في المستقبل الى ذويهم، سواء في اطار صفقة تبادل أو بعد أن تصبح الصفقة غير ذات جدوى.**
>
> **...**
>
> **فقدان التناسبية في قرارات السلطات الروسية ينبع من الطبيعة الجارفة للتشريع المحلي، التي تسلب بشكل جامع مانع وبصورة تلقائية وبدون اعتبار للظروف المادية، إمكانية إعادة جثث الارهابين الى ذويهم... اذا ذكر الجانب السلبي للشيء فإننا سنستدل منه على الجانب الإيجابي لذات الشيء: لا يوجد بطلان متأصل لدفن جثث المخربين بأيدي السلطات بدلا من تسليمها**

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

الفوري لعائلاتهم – بشرط تفعيل هذه الصلاحية بشكل فردي ومتناسب، وضمن فحص مجمل اعتبارات الموضوع (هناك، الفقرة 20 من وجهة نظره).

وجدير أيضا بالذكر أن المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان قررت بأن غاية القانون الروسي هي غاية مشروعة في حد ذاتها وان المناقشة التي جرت هناك ارتكزت حول سؤال التناسب (أنظروا أيضا في الفقرة 34 من قرار حكم القاضي **ي' دينتسيجر**). ولهذا الأمر تأثيره أيضا على شرعية التفسير للتشريع الذي يخول القائد العسكري إعطاء الأمر بالدفن المؤقت بموجب اللائحة 133(3) (أنظروا بخصوص هذا الموضوع أيضا مرسوم هيئة الأركان العامة 38.0109).

34. مع ذلك، توجد أهمية لفحص القانون الدولي ولو من الجانب التفسيري، نظراً لوجود «قرينة التوافق» ما بين القانون الداخلي وأحكام القانون الدولي، والتي يمكن الاستدلال منها على آنه بالعموم يجب تفسير التشريع بشكل منسجم مع أحكام القانون الدولي (محكمة العدل العليا 4542/02 جمعية خط للعامل ضد حكومة إسرائيل، فقرة 137 لقرار القاضي آ' **ليفي** والمرجعيات هناك (30.3.2006) **تفسير هادف للقانون** الصفحة 224). في هذا السياق صرحت الدولة آنها مستعدة آن تقبل على نفسها أحكام القانون الدولي المتعلقة في كيفية حفظ الجثث ودفنها، بما آنهم غير مفصلين في اللائحة 133(3) (أنظر في هذا الشأن أيضاً لمرسوم هيئة الأركان العامة 38.0109).

بعد كل هذه الأمور

35. بعد آن نشرت وجهة نظري، قرأت آراء زملائي القضاة **ع' فوجلمان، د' بارك ايريز، وج' قرا** الذين يعتقدون، كلٍ من جانبه، آن اللائحة 133(3) لا تمنح الصلاحية للقائد العسكري بإعطاء أوامر دفن مؤقت لجثث المخربين، من آجل الاحتفاظ بهم لأغراض التفاوض، تبعاً للمذكور في هذه الآراء بكل ما يتعلق في الاعتبارات التي من صلاحيات القائد العسكري أن ينظر فيها وفقاً للقانون الدولي (الفقرات 26-31) من راي القاضي باراك ايريز والفقرة 17 من راي القاضي **ج' قرا**)، رأيت من الصواب الإضافة والإشارة آن هذه المحكمة قررت سابقاً وعادت وقررت في حكمها آن « الاعتبارات التي لها تداعيات من خارج المنطقة، المتعلقة بحماية أمن دولة إسرائيل، هي من الاعتبارات التي من صلاحية القائد العسكري النظر فيها. وأيضا، من الواضح آن للقائد العسكري صلاحية تحديد المعايير التي من شانها التأثير على سكان المنطقة، حتى في أوقات تواجدهم خارج المنطقة» (محكمة العدل العليا 5539/05 **عطا الله ضد وزير الآمن** فقرة 8 (3.1.2008)) . فمثلا، قررت المحكمة بشكل مستمر أن للقائد العسكري صلاحية وفقاً للقانون الدولي لبناء جدار الفصل أيضا إذا كان هذا معد لدواعي أمنية لدولة إسرائيل، إذ أن. «قرار إقامة الجدار من حيث المبدأ لم تأت كفكرة سياسية هدفها ضم آراضي بل نبعت من دواعي عسكرية - أمنية، وكوسيلة اضطراريه لحماية الدولة ومواطنيها، [التشديد ليس من الأصل] (محكمة العدل العليا 8414/05 **ياسين ضد حكومة إسرائيل**، قرار الحكم (2) 822، 847 (2007)).

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic

المرجع AlMarje'

وفقا لنهجي، الاحتفاظ بجثث المخربين وفقاً لقرار مجلس الوزراء، والمعد لدواعي التفاوض من آجل استرجاع جنود وضحايا جيش الدفاع الإسرائيلي ومواطنين إسرائيل الموجودين في أيدي التنظيمات الإرهابية، مدرجة أيضا في نفس الفئة الأمنية، كونها وسيلة فعالة للتقدم في المفاوضات المذكورة، حقيقة آنها وسائل توصف بالمؤقتة، تدل هي أيضاً على صلاحية القائد العسكري بإعطاء أوامر الاحتفاظ بالجثث (محكمة العدل العليا 7975/04 **مراعبة ضد رئيس دولة إسرائيل** قرار حكم (2) 477، 548 (2005)).

بقدر ما يتصل الموضوع بأحكام القانون الدولي، ليس من الضروري إعادة ذكر ما سبق وقيل في هذا السياق بخصوص واقع الإرهاب السابق على القانون والذي يوجه اليوم ضرباته لكل أنحاء العالم:

> **"القوانين المعروفة التي بموجبها تتكيف ممارسات دول العالم إلى حد كبير مع النموذج القديم والمألوف للحرب بين الجيوش ، في حين أن الواقع الجديد والمرعب الذي أوجدته في البلاد وحول العالم التنظيمات الإرهابية المختلفة وأيضا أشخاص فرادى يقومون بتنفيذ أعمال إرهابية بحيث لا يلقون بالا للقيود الإقليمية ولا يميزون بين أوقات الحرب وأوقات السلام فكل وقت بالنسبة لهم هو وقت مناسب لنشر الدمار والعنف وبث الخوف في معظم الحالات وأيضا لا يميزون بين مواطنين وجنود. الإرهاب لا يحترم ، في الواقع، أي من قواعد اللعب التي قررها العالم القديم في قوانين الحرب، وهذا الواقع يلزم ليس فقط قوات الامن وانما رجال القانون للتفكير من جديد لإعادة صياغة القوانين وتحديثها للتكيف مع الواقع الجديد" م ع"ع 8091/14 المركز لحماية الفرد ضد وزير الأمن، الفقرة 2 من وجهة نظري (31.12.2014)).**

وما دام القانون الدولي لم يكيف نفسه مع هذا الواقع الجديد، فاني أعتقد بأنه من المناسب أن نفسر الأحكام الموجودة حاليا بشكل ديناميكي ومتيقظ لمتغيرات الوقت" ، وذلك كما في النصيحة الجيدة التي قدمها زميلي القاضي **ن' هندل** (الفقرة 2 من وجهة نظره).

تلخيص

36. تلخيص الأمور – اللائحة 133(3) تخول القائد العسكري صلاحيات لإصدار الأمر بشأن مكان، زمان والطريقة التي يتم بها دفن الجثة، بما يشمل الدفن المؤقت لمخربين لأغراض التفاوض، بقدر ما تفرض ذلك الدواعي الأمنية. الوزن التفسيري، كما سبق وتقرر لأكثر من مرة بالنسبة للوائح أقران هذه اللائحة، يجد مكانه على مؤشر السلطة التقديرية ويلزم

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

بالتقيد بالتوازن المطلوب والحفاظ على التناسب المناسب عند ممارسة الصلاحية. وهذا بقدر ما يتعلق الأمر بقرار السلطة التنفيذية التي تحدد السياسات في هذا السياق وأيضا بالقرارات الملموسة التي يتخذها القائد العسكري بغرض تطبيق هذه السياسات. للأسف الشديد، لدولة إسرائيل خبرة في اجراء الصفقات مع التنظيمات الإرهابية التي عبرها تم إعادة جثث كانت محتجزة في قبور مؤقتة مقابل إعادة جنود وقتلى قوات جيش الدفاع الإسرائيلي وأيضا مواطنين إسرائيليين. وعليه، يمكن التقرير بأن الأمر لا يتعلق بوسائل تعسفية أو عن غياب للمنطق، وبالتالي توجد علاقة منطقية بين احتجاز جثث المخربين من خلال الدفن المؤقت وبين الحاجة لإحراز تقدم في عملية التفاوض مع التنظيمات الإرهابية لغاية إعادة جنود وقتلى جيش الدفاع الإسرائيلي ومواطنين إسرائيليين المحتجزين لدى هذه التنظيمات (لاختبار العلاقة المنطقية بشكل عام، أنظروا الى م ع"ع 5304/15 **الهستدروت الطبي في إسرائيل ضد الكنيست الإسرائيلي**، من قرار حكم القائم مقام الرئيس أ' **روبنشتاين** (11.9.2016)؛ م ع"ع 9593/04 **مراد ضد قائد قوات جيش الدفاع الإسرائيلي في يهودا والسامرة**، الفقرة 25 (26.6.2016). على سبيل المثال، في صفقة من سنة 1996 تم ارجاع جثث 123 مخرب من منظمة حزب الله مقابل إعادة جثث اثنين من قتلى جيش الدفاع الإسرائيلي وهم يوسف فينك ورحميم الشيخ طيبي الذكر (الدد بيك **المستشارة – ميركل، إسرائيل واليهود**، الصفحة 237 (2017)) وفي شهر يونيو 1998 سلمت إسرائيل لحزب الله 40 جثة مخرب ومن بينهم جثة ابن قائد المنظمة مقابل إعادة جثة مقتول جيش الدفاع الإسرائيلي ائتمار أليه طيب الذكر الذي قتل في" كارثة الشيتت" في سنة 1997. إعادة جثث قتلى جيش الدفاع الإسرائيلي جولدوسر ورجل طيبي الذكر أمكن اعادتهم أيضا في اطار صفقة مع منظمة حزب الله والتي شملت إعادة " جثث دخلاء وارهابيين" (م ع"ع 6063/08 **سحر ضد حكومة إسرائيل** (8.7.2008)).

بخصوص تحقق باقي اختبارات التناسب في موضوعنا، مقبولة لي كامل التعليلات التي فصلها زميلي القاضي ن' هندل في وجهة نظره (انظروا الفقرات 22 – 24 من وجهة نظره). وبذلك، فان المبادئ المقيدة التي حددها الكابينت في قراره والتي وقفت عليها في بداية حديثي، تعزز هي أيضا الاستنتاج بأن الحديث يدور عن قرارات متناسبة، ولذلك يجب إضافة قيد التوازن الذي تحدد في هذا السياق أيضا في سنة 2004 في تقرير وجهة النظر الخاصة بالمستشار القانوني للحكومة، والتي لا زالت على حالها.

37. رفض المستأنف ضدهم أن تعرض الدولة أمامنا، بحضور طرف واحد، المواد السرية التي تؤسس ادعائها بضرورة احتجاز الجثث حتى هذا الوقت، وأيضا رفضهم ما قد تم عرضه من مواد سرية بحضور طرف واحد أمام الهيئة القضائية التي أعطت قرار الحكم، يضيف ويقيم قرينة قابلة لإثبات العكس والتي بموجبها يكون قرار احتجاز الجثث لستة المخربين موضوع النقاش في هذه القضية، قد تم اتخاذه بشكل قانوني بالاستناد على هذه المواد السرية (م ع"ع 3003/18 **مؤسسة يوجد قانون – متطوعون لحقوق الانسان ذد رئيس هيئة الأركان العامة للجيش الإسرائيلي** ، الفقرة 9 من وجهة نظري (24.5.2018))، والمستأنف ضدهم لم يحملوا عبئ اثبات عكس هذه القرينة.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

38. لما ذكر أعلاه من أسباب ، أعرض على زملائي بأن يقرروا أن اللائحة 133(3) تخول القائد العسكري بأن يعطي الأمر بالدفن المؤقت لجثث الخربين أو قتلى العدو لاعتبارات تتعلق بأمن الدولة وسلامة مواطنيها، ضمن الحفاظ على كرامة الميت وكرامة عائلته، وذلك لأغراض التفاوض وتوفير الامكانية لإعادة جنود وقتلى جيش الدفاع الإسرائيلي المحتجزين لدى التنظيمات الإرهابية. بالنظر إلى المسألة التي طرحت لجلسة مناقشة اضافية ، سأضيف وأقترح على زملائي عدم اتخاذ أي ترتيب للنفقات.

الرئيسة

القاضي ن' سولبرج:

1. رأي هو كرأي زميلتي الرئيسة **أ' حيوت** في جلسة النقاش الإضافية هذه، وكرأي زميلي القاضي **ن' هندل** في قرار الحكم موضوع جلسة النظر الإضافية؛ أشاركهم استنتاجهم والطريقة التي وصلوا بها الى استنتاجهم. كقولهم، العوادم والحاضر (الغياب والحضور)، فهو في الواقع: اللائحة 1333(3) من لوائح الدفاع (أوقات الطوارئ)، 1945، بحسب لغتها وعلى ضوء غاياتها، فهي تخول القائد العسكري بأعطاء الأمر بالدفن المؤقت لجثث المخربين لأغراض التفاوض لغاية حماية أمن الدولة؛ القائد العسكري ملتزم بالعمل بجهد دؤوب ومتواصل لإعادة المواطنين الإسرائيليين المحتجزين لدى المنظمات الإرهابية الى منازلهم ، وإلى أن يرتاح قتلى الجيش الإسرائيلي المحتجزون لدى هذه التنظيمات في مرقدهم بسلام.

2. وأيضا القانون الدولي لا يضع العقبات ، وانما يسمح بالعمل؛ واذا وجد نقص في التشريع أو في السوابق القضائية (كما يتبين من رأي الأغلبية في قرار الحكم موضوع جلسة النظر الإضافية، لكن بحسب رأي، ليس الأمر كذلك)، لإنه بسبب ذلك، علينا أن نستحضر المبادئ الأساسية للحرية، العدالة، الاستقامة والسلام للقانون العبري وتراث إسرائيل كوصايا المادة ا من قانون أسس القضاء، (وبحسب أقوال رمبام : **" ليس لديك وصية أعظم من افتداء الأسرى، حيث الأسير ، في الوضع العام، جائع، عطش وعاري، ويواجه خطر الموت"** مشناه التوراة، هدايا رديئة، القسم خ، المرحلة ي)، كما بين ذلك زميلي القاضي **ن' هندل.**

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

3. الرأي بتفعيل الصلاحيات على يد القائد العسكري اتخذ كسابقة، بالاستناد، من ناحية واقعية ومن ناحية قانونية، على الخبرة التي تراكمت والسوابق من الماضي؛ وعلى تقييم معلوماتي ومهني، بخصوص فائدة احتجاز جثث المخربين لانجاز ترتيب يتم من خلاله إعادة مواطني إسرائيل وجثث قتلى جيش الدفاع الإسرائيلي المحتجزون لدى حماس في قطاع غزة، وتحديد تفاصيل مثل هذا الترتيب.

4. بحسب ظروف الموضوع الإنساني المعروض على المحك، من الواضح لي، أن القائد العسكري كان بمقدوره أن يفعل أكثر مما هو مخول للقيام به، كان ملزما بان يستخدم هذه السلطة؛ أي – إعطاء الأمر باحتجاز الجثث من خلال دفنهم في منطقة إسرائيلية. ممثل المستأنف ضدهم شددوا بالكلمات على عظم الضرر (**" بأصعب طريقة"**) بكرامة الأموات وكرامة عائلاتهم وبمشاعرهم. وصف الاضرار - مفرط في المبالغة (انظروا الى الفرات 24 – 22 من قرار حكم زميلي، القاضي **ن' هندل**، حول الدفن الملائم، وحول الحفاظ على كرامة الميت). بأي حال، رأي سهل للفهم، لا يوجد على الاطلاق أي انتهاك محدد، وواضح المعالم، بكرامة المخربين الموتى وبحقوق عائلاتهم بطريقة دفنهم المؤقت، في مقابل الفائدة المتحققة بإنقاذ حياة من لازال على قيد الحياة والأموات المحتجزون بأيدي التنظيمات الإرهابية – لهم ولعائلاتهم ولأمن إسرائيل.

5. ليس هذا الا الثمرة المخزية للإرهاب القاتل، وبسبب العدو الوحشي، اجبرنا على التصرف بهذه الطريقة، واستخدام كهذا بجثث المخربين من شأنه تعزيز إمكانية عودة مواطني إسرائيل وأيضا اراحة قتلى جيش الدفاع الإسرائيلي وجلبهم ليرقدوا بسلام.

6. بعد هذه الأمور، قرأت أقوال زميلي، القاضي **ج' قرا** والقاضية **د' باراك – ايريز**. أقوالهم لم ترضيني. استنتاجاتهم، كما يبدو لي، خاطئة. **"المسألة التي تطلبت منا الإجابة"** تقول زميلتي، القاضية **باراك ايريز** (الفقرة 38 من وجهة نظرها) – **" لم تكن هناك ظروف يمكن فيها للدولة الامتناع عن إعادة الجثث للمساعدة في عودة الأسرى والمفقودين. كان السؤال القانوني المقدم إلينا مختلفًا كثيرًا وأضيق: هل تسمح المادة 133 (3) من لوائح الدفاع بذلك"** (في المرجع الأصلي). على السؤال **" المتواضع والمحدد"** كما ورد على لسان زميلتي (الفقرة 2)، أجابوا زملائي ب **"لا"** جماعية.

7. هذه الإجابة، من جهتي، لا يمكن لها أن تصمد. أوضح ذلك: اللائحة 133(3) تخول القائد العسكري لإعطاء الأمر بدفن جثث المخربين – دفنا أبديا . للقائد العسكري الخيار لفعل ذلك أيضا كجزء من مكافحة الإرهاب. من أجل أن ينظروا وينظر اليهم. على أي حال ، بما أن الدفن الدائم في إسرائيل ممكن ، فلا يوجد أي عائق أمام الدفن المؤقت في إسرائيل ، حيث إن **" قاعدة المائتين وجبة"** (*أي أن شهادة المائتين تشتمل أيضا على شهادة المائة أي أن الكل يشمل جميع أفراده– المترجم*) (تلمود ببلي ، سنهدرين) **وبقاعدة ثابت – مؤقت**. لنضع الأمر ببساطة: القائد العسكري مخول بأعطاء الأمر بالدفن في نطاق اللائحة 133(3) – الى الأبد. وعلى ذلك، القائد العسكري مخول

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

بإعطاء الأمر بدفن جثث المخربين الستة موضوع هذه الجلسة – الى الأبد؛ وبهذا يكون من المؤكد أن للقائد العسكري الصلاحية لإعطاء الأمر بالدفن المؤقت لهذه الجثث.

8. ملحوظة: لا يتعلق الأمر بحفظ جثث الإرهابيين في الثلاجة ، ولا نثر عظامهم مثل الدمية في جميع أنحاء الحقل ، ولا بدفن الحمار. وانما هو دفن يراعي التفاصيل والاعتبارات، مسجل ، منظم ، في مقبرة ، في نعش ، حسب العادات الدينية ؛ وضمن الحفاظ على كرامة الميت. فيما يتعلق بطريقة الدفن ، بما في ذلك ترتيبات الجنازة ، وموقع القبر ، وما إلى ذلك ، لا يوجد ولا ينبغي أن يكون هناك فرق بين الدفن الأبدي والدفن المؤقت. والفرق الوحيد هو أن القائد العسكري - وفي الواقع الحكومة في توجيهها له - يكشف عن رأيه في أنه في المستقبل القريب، وكجزء من ترتيب يشمل عودة المواطنين الإسرائيليين وقتلى الجيش الإسرائيلي ، قد يتم إعادة جثة المخرب إلى عائلته. لماذا الادعاء بأن التعبير عن هذا الرأي يجعل الدفن أكثر إهانة لكرامة الميت من الدفن إلى الأبد الذي يستبعد التصريح بإمكانية تسليم الجثة في المستقبل لأسرة الإرهابي؟

9. زميلي القاضي **ج' قرا** يجد التأييد لمنهجه في المادة 70ب من قانون مكافحة الإرهاب، الصادر سنة 2016، تحت عنوان **" أمر بتأخير تسليم جثة ارهابي"** ، المعد للتكيف مع خروقات خطيرة للنظام اثناء جنازات المخربين، والتي قد تصل الى تهديد حياة الأفراد. لقائد الشرطة الصلاحية وفقا لهذه المادة بإعطاء الأمر بتجميد تسليم جثة منفذ عملية تفجيرية وإقامة جنازته، وذلك حتى الالتزام بالشروط التي تقررت في أمر التقييد. من **"هن"** هناك، **التخويل الصريح**، يطلب زميلي بأن ننقل الحكم من الحالة أعلاه الى الحالة موضع النظر في الجلسة، *وبالتالي، الاستفادة مما ورد هناك واشتراط التصريح المباشر في حالة الدفن المؤقت كما في الحالة أعلاه*، حيث بدون التصريح المباشر لا يمكن للقائد العسكري إعطاء الأمر بالدفن المؤقت (فقرة 20). برأي أن العكس هو الصحيح، من الحالة هناك نقع على دليل يؤيد موقفي. يدور الحديث هناك عن تجميد لتسليم جثة منفذ التفجير، ولا يوجد شك بأن هذا التجميد لدفن الميت يوجد به نوع من الانتهاك لكرامة الميت موضوع كهذا يتطلب ترتيبا صريح في القانون، وهنا، لا يدور الحديث عن تجميد لتسليم الجثة. وانما يدور الحديث عن عملية دفن لجميع المقاصد والغايات. بناء على الصلاحيات الممنوحة للقائد العسكري المنصوص عليها في اللائحة 133(3).

10. الاستنتاج إذن هو للقائد العسكري الصلاحية بأن يأمر بدفن الجثة الى الأبد، دون الحديث عن إمكانية مستقبلية لإخراج الجثة من قبرها ، وبالتالي، من المؤكد، أن القائد العسكري مخول أن يأمر بالدفن المؤقت للجثة كما في حالتنا. في المستقبل ، إذا تم التوصل إلى اتفاق مع حماس ، أو لسبب أخر ، إذا أراد القائد العسكري إخراج جثث المخربين من قبورهم ، وإذا كانت هناك معارضة من بعض عائلات الإرهابيين، فان ذلك سيكون كافيا لإثارة المشاكل وقتها. والنظر في الموضوع ومناقشته في حال تم طرحه. أما في هذه المرحلة فقد تمت عملية الدفن بشكل قانوني ومتناسب مع الأحكام الدينية.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

قاضي

القاضي ج' قرا:

المسألة

1. السؤال المطروح أمامنا في جلسة النظر الإضافية هي فيما اذا كانت اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع (حالات الطوارئ)، 1945 (أدناه، على التوالي: **اللائحة ولوائح الدفاع**) تخول القائد العسكري أن يعطي الأمر بالدفن المؤقت لغاية احتجازها لأغراض التفاوض.

الوقائع

2. قرار الكابينت السياسي – الأمني (لجنة الوزراء لمواضيع الأمن القومي) في موضوع " سياسات موحدة في التعامل مع جثث المخربين" من شهر يناير 2017، وضع سياسات (حكومية) جديدة في موضوع احتجاز جثث مخربين لدى الدولة لأغراض التفاوض (أدناه: **قرار الكابينت**). وفقا لقرار الكابينت، كقاعدة، يجب إعادة جثث المخربين لذويهم بشروط مقيدة تضمن المحافظة على النظام العام. لقاعدة إعادة الجثث تم تحدد استثناءان بتحققهما يمكن للدولة احتجاز جثث المخربين من خلال الدفن المؤقت: الاستثناء الأل، مخربون ينتمون لتنظيم حماس. الثاني، مخربون قاموا بتنفيذ عمل إرهابي " استثنائي بشكل خاص" (أدناه: **الاستثناءات**). التبرير لهذه الاستثناءات تم شرحها بوجود إمكانية من خلال احتجاز هذه الجثث في المساعدة للوصول الى اتفاق تبادل للجثث أو لمبادلة أسرى مع تنظيمات معادية. تنفيذ قرار الكابينت وتطبيقه أنيطت بالقائد العسكري بموجب الصلاحيات الممنوحة له في اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع.

3. تفرر في موقف المستشار القانوني للحكومة في ذلك الوقت ، **ى' مزوز** ، منذ عام 2004 ، على أنه لا ينبغي احتجاز الهيئات الإرهابية على أساس الحاجة المجردة للاحتفاظ بـ "أوراق المساومة" لأغراض التفاوض المستقبلي، ولكن لا ينبغي سلب هذه الامكانية عند وجود أسباب خاصة تستدعي احتجاز الجثث ، بما يشمل ابرام صفقة ملموسة لتبادل الجثث مع تنظيمات معادية (أدناه: **موقف المستشار القانوني للحكومة**).

4. أبناء عائلات المخربين المحتجزة جثثهم لدى دولة إسرائيل تقدموا بالتماس طالبوا فيه بإعادة الجثث اليهم ليقوموا بدفنها (أدناه: **الالتماس**) في المقابل، طعنت الدولة بأن احتجاز جثث المخربين معدة للمساعدة في الوصول الى

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

صفقة ملموسة لتبادل الجثث أو لمبادلة أسرى مع تنظيم حماس الإرهابي الذي يحتجز لديه جثث جنود من جيش الدفاع الإسرائيلي ويحتجز أيضا مواطنين إسرائيليين.

قرار الحكم في الاستئناف

5. الالتماس قد تم البت فيه بقرار الحكم موضوع جلسة النظر الإضافية (م ع"ع 4466/16 **عليان ضد قائد قوات جيش الدفاع الإسرائيلي في الضفة الغربية** (14.12.2017)). وفي هذا القرار اختلفت أراء القضاة. القاضي (بديموس) **ي' دينتسيجر**، والذي اليه ضممت رأيي (أدناه: **رأي الأغلبية في الالتماس**)، قرر بأنه ليس للقائد العسكري صلاحية، بموجب القانون، لاحتجاز جثث مخربين لأغراض التفاوض. كما وتنطوي تصرفات القائد العسكري بهذا الصدد على انتهاك بحق كرامة الانسان، والذي تفرع عنه أيضا حق الميت وحق عائلته بإحضار الميت لدفن كريم ولائق. وعليه، اقتضى الأمر أن يأتي النص على الإجراءات التي يسعى القائد العسكري الى تنفيذها في تشريع رئيسي، بصورة محددة وصريحة. اللائحة 133(3) هي نص عام وغير صريح ولا تشكل، بالتالي، مصدر للصلاحيات المذكورة. توصلت الأغلبية لهذا الاستنتاج بعد تحليل معمق للغة اللائحة وغايتها، وبعد تحليل السوابق القضائية وفحص القانون الدولي. القاضي **دينتسيجر** قرر بأنه ينبغي صياغة ترتيب شامل ومكتمل بتشريع رئيسي ومخصص، صريح ومحدد بحيث ينظم موضوع احتجاز جثث المخربين وفي نفس الوقت "يتطابق" مع أحكام القانون الدولي. وقد تقرر أنه يجب منح الدولة فرصة لسن مثل هذا الترتيب لمدة ستة أشهر وفي حالة عدم صياغة ترتيب تشريعي ، ستتم إعادة جثث الإرهابيين.

القاضي **ن' هندل** (أدناه: **رأي الأقلية في الالتماس**) قرر بأن اللائحة تمنح الصلاحية، المدعى بها، للقائد العسكري. دفن قتلى العدو بواسطة القائد العسكري، بدل تسليم الجثث لأقارب الموتى ينتهك حق كرامة الميت وكرامة عائلته. اللائحة محصنة بالحماية بموجب قيد حماية القوانين المنصوص عليها في المادة 10 من القانون الأساس: كرامة الأنسان وحريته، وعليه، فهي غير خاضعة لشرط التقييد. ومع ذلك، متطلب التخويل الصريح الجاري هو متطلب مرن، حيث إن لغة اللائحة ليست حاسمة ويستدعي الأمر تحليل الغاية التشريعية للائحة. القاضي **هندل** قرر أن الغايات من اللائحة هي الحفاظ على أمن الدولة وسلام الجمهور، خلق الردع وترتيب التعامل مع جثث قتلى العدو ضمن الحفاظ على كرامة الميت. أهداف اللائحة العامة هي تقليص الضرر المتعلق بكرامة المخرب الميت وبعائلته وبالتالي تقييد صلاحيات القائد العسكري بإصدار الأمر بدفن الجثة في المكان وضمن الشروط التي يرى أنها مناسبة، وأيضا الغاية المشتقة من قيمة " **افتداء الأسرى**". التوازن المناسب بين هذه الغايات يفيد بأن اللائحة تخول القائد العسكري إعطاء الأمر بدفن مناسب لقتلى العدو، عندما تكون هناك اعتبارات تتعلق بأمن الدولة وسلام الجمهور، تمنع تسليم الجثث لذويهم، ضمن حقيقة أن البعد الأمني في اللائحة يطغى على البعد الإنساني (الفقرات 17 و-21 من وجهة نظر القاضي **هندل**). أعطى التشريع للقائد العسكري صلاحية النظر في مجموعة واسعة من الاعتبارات الأمنية في اتخاذه لقرار الدفن ، على الرغم من الحاق ضرر واضح بكرامة المتوفى وأقاربه ، على الرغم من أن

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

صياغة اللائحة ليست صريحة أو محددة. وهذا ليس تخويل عام للحفاظ على النظام، وانما يوجد تعرض ملموس بمنع الدفن بحيث يكون حكما مخصصا. بعد أن وصل الى الاستنتاج بأن للقائد العسكري الصلاحية لإعطاء الأمر بخصوص مكان الدفن، وقت وطريقة دفن جثث قتلى العدو- دفن هو في حالات كثيرة دفن مؤقت بحكم طبيعته – حيث إن الاعتبارات الأمنية تلزم ذلك، فحص القاضي **هندل** معقولية وتناسبية القرارات الملموسة. استندت وجهة نظر القاضي **هندل** على الافتراضات التالية؛ الدفن بحسب ماهيته هو دفن مؤقت؛ لا يقطع هذا الدفن صلة عائلات المخربين بموتاهم؛ وهو لا يمنع عنهم، بالضرورة، زيارة قبورهم المؤقتة ومن المشاركة في عملية الدفن بالخضوع للاعتبارات الأمنية (الفقرة 24 من وجهة النظر). الدفن هنا هو دفن ملائم ويجري بطريقة تسمح بالتعرف في المستقبل على الجثث، وبذلك يكون انتهاك كرامة الميت مقلصا. السياسات العامة المعتمدة في قرار مجلس الوزراء مقلصة ومحدودة من حيث المبدأ وتطبق فقط في الحالات الاستثنائية. من ذلك، قرر القاضي **هندل** بأن القرارات التي اتخذت في موضوعنا هي قرارات معقولة ومتناسبة.

حول غياب تخويل لإعطاء الأمر بالدفن المؤقت لجثث المخربين بهدف احتجازهم لأغراض التفاوض

6. في قرار الحكم الذي تدور حوله جلسة النقاش الإضافية، أتفق مع الرأي المدروس للقاضي **ي' دينتسيجر**. وهذا الموقف لم يتغير.

7. سريان قرار الكابينت يستلزم عدم نفاذ قرار الحكومة. يتعلق الأمر بقرار سياسات السلطة التنفيذية التي حددتها الحكومة من خلال الكابينت السياسي – الأمني، وعلى هذا النحو تلزم هذه السياسات المستوى العسكري وقادته. ومع ذلك، حتى عندما يمارس القائد العسكري سياسات المستوى السياسي، فانه يخضع لمبادئ القانون الإداري، مما يعني أن أفعاله يجب أن ترتكز على مصدر محدد للسلطة. وهذا الاشتراط تم اشتقاقه من مبدأ الشرعية الإدارية (أنظروا: الإحالة في الفقرات 11 – 12 من قرار القاضي دينتسيجر).

8. المذكرة التفسيرية لمشروع قانون تعديل أنظمة الدفاع (أوقات الطوارئ) (إلغاء اللوائح) ،2013 بتاريخ 2.7.2013 تشير الى أن لوائح الدفاع قد سُنَّت خلال حكم الانتداب البريطاني ضمن العمل على ترسيخ جميع سلطات الحكومة في مجالات الأمن والنظام العام والتي تم لاحقا دمجها في القانون الإسرائيلي (هناك ، ص 992.) تشكل لوائح الدفاع تشريعًا أوليًا وذا وضع دائم ، مما يعني أن صلاحيتها ليست مشروطة بوجود إعلان لحالة الطوارئ (انظر ، على سبيل المثال: الملاحظات التفسيرية لأنظمة الدفاع المذكورة أعلاه ، ص 992).

أ. اللائحة تنتهك حقوق أساسية

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

9. الحقوق الدستورية لكرامة الانسان تشمل حقوق كرامة الميت وأبناء عائلته، وبموجب هذه الحقوق فان للأهل الحق بجلب جثث أبنائهم لدفنهم بالصورة الملائمة (أنظروا، على سبيل المثال، م ع"ع 4638/07 **شركة الأقصى المبارك المحدودة ضد شركة الكهرباء الإسرائيلية**، في الفقرة 7 من قرا حكم القاضي **ع' فوجلمان** والفقرة 1 من قرار حكم القاضية **ع' أربل** (29.10.2007)، بموضوع الحماية الدستورية لكرامة الميت؛ م ع"ع 3933/92 **بركات ضد قائد قيادة المركز**، ف"د (5)، الفقرة 11 (1992) (أدناه: **موضوع بركات**) (" بدفنه الكريم واللائق للميت نحقق كرامة الميت وأيضا كرامة الحي معا)). حقوق الأساس هذه جدير بها كل شخص (أنظروا، على سبيل المثال، م ع"ع 11437/05 **خط العامل ضد وزارة الداخلية**، الفقرة 36 من قرار حكم القاضية **أ' فروكتشيا** (13.4.2011)) وعليه، هي حقوق للموتى الذين كانوا قبل موتهم مخربين أو من جنود العدو.

في موضوعنا، أفعال القائد العسكري بموجب اللائحة تنطوي على انتهاك لحقوق الانسان. دفن (احتجاز) الجثث بواسطة القائد العسكري، بدل تسليمها لذويهم، تنتهك حق الميت وحق عائلته بالكرامة (أنظروا أيضا: الفقرة 17 من وجهة نظر القاضي **هندل**).

ب. **حول متطلب التخويل الصريح وتفسير النظام التشريعي**

10. عندما يتسبب الفعل الإداري بانتهاك حقوق أساسية، ينبغي أن يرتكز الحكم الذي يخول القيام بهذه الأفعال على تشريع رئيسي **واضح وصريح** (دفنا باراك- ايريز **القضاء الإداري** المجلد الأول 121 (2010) (أدناه: **باراك ايريز**)؛ يتسحاق زمير **الصلاحيات الإدارية** المجلد الأول 345 (2011) (أدناه: **زمير**)؛ م ع"ع 7803/06 **أبو عرفة صد وزير الداخلية**، الصفحة 52 من قرار حكم القاضي **ع' فوجلمان** (13.9.2017) (أدناه: **موضوع أبو عرفة**) ("... لا ينبغي تفسير التشريع على أنه يجيز التعدي على الحقوق الأساسية ما لم يكن الإذن بالقيام بذلك واضحًا، قاطعًا وصريحا ")). من أجل الوفاء بمتطلبات التخويل الصريح ، ليس من الضروري أن يكون هناك تعريف محدد و "يمكننا الاكتفاء بتخويل صريح ، يتضح من الهدف القطعي الدلالة للقانون الذي يعطي التخويل بالفعل" (جلسة نقاش إضافية لقرار محكمة العدل العليا 9411/00 **أركو لإنتاج الكهرباء المحدودة ضد رئيس بلدية رشون لتسيون**، الفقرة 21 (19.10.200)). مع ذلك، متطلب التخويل الواضح والصريح يطرح سؤالا حول درجة التعيين والخصوصية للصلاحية الممنوحة حتى نعتبرها "صريحة" (باراك- ايريز، ص 122). الجواب هو أن مستوى التركيز على متطلب التخويل الصريح يتغير بحسب أهميتها النسبية للحقوق المنتهكة ولدرجة الاضرار بها. بقدر ما تكون الحقوق المنتهكة مهمة أكثر بقدر ما يكون التشديد على درجة التخويل الصريح أعلى؛ وبالعكس، بقدر ما تكون الحقوق أقل أهمية ، وبالأخص يكون الاضرار على هامش الحقوق المنتهكة، ، تتضاءل درجة التدقيق في فحص الطبيعة الصريحة للتخويل" (باراك ايريز، ص' 122؛ موضوع **أبو عرفة**، الفقرة 52 من قرار حكم القاضي **ع'**

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

فوجلمان). السابقة القضائية تقضي بأن " ماهية الحقوق المنتهكة وعظم الانتهاك للحقوق يؤثر على الشكل الذي يتم به فحص المتطلبات الأساسية لشرط التقييد. أي أنه كلما زاد انتهاك الحق ، كانت هناك حاجة إلى أهداف أكثر أهمية من أجل تلبية متطلبات الغرض المناسب ، وبالتالي ستكون هناك حاجة إلى المزيد من المصالح الجوهرية من أجل تلبية متطلبات التناسب" (موضوع **أركو**، والذي به تقرر أن "... لا تتمتع الحقوق المحمية المختلفة بالضرورة بوضع متساو ، وقد تتطلب درجة مختلفة من الحماية. وقد يختلف وضع نفس الحق أيضًا في سياقات مختلفة ، وبالتالي حقه في درجة مختلفة من الحماية". هناك، الصفحات 9 -10).

11. ولذلك، الخلاف في الموضوع المعروض أمامنا يكمن في السؤال حول ما اذا كانت اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع تشكل حكم تشريعي محدد وصريح ويسمح بانتهاك حقوق الانسان، بحيث يكون للقائد العسكري الصلاحية لممارسة وتنفيذ السياسات التي تم تحديدها في قرار الكابينت.

اللائحة تقرر ما يلي:

" بالرغم مما ورد في كل قانون اخر، يحق للقائد العسكري أن يعطي الأمر بأن تدفن جثة كل شخص في المكان الذي يأمر بأن تدفن فيه. القائد العسكري مخول بأن يحدد في نفس الأمر من يشارك في دفن الجثة وفي أي وقت سيتم الدفن. وهذا الأمر يكون تصريح كامل وكافي لدفن ذات الجثة، وكل شخص يخالف الأمر أو يعيق تنفيذه فانه يرتكب جريمة بموجب هذه اللوائح."

[التشديد مضاف]

كما هو وارد أعلاه، المسألة هي، هل " الدفن" هنا يشمل دفن جثث مخربين دفنا مؤقتا، وفي الواقع، كنوع من **الاحتجاز** لأغراض التفاوض. الجواب على هذه المسألة يتطلب تفسيرا للأحكام التشريعية، والذي وفقا للسابقة القضائية، من بين الاحتمالات اللغوية *التي يقتضيها التفسير* يجب اختيار تلك التي تحقق غاية القانون. للقيام بذلك، ينبغي، في البداية، فحص الصياغة اللغوية للقانون.

12. لا تتطرق اللائحة بشكل مباشر لاحتمال الدفن المؤقت لأغراض التفاوض. صياغة اللائحة لا تمنح صلاحيات صريحة وفردانية للدفن الذي هو دفن مؤقت. وجهة اللائحة هي الوضع الطبيعي للدفن – الدفن الدائم الأبدي. والدفن الذي هو دفن " مؤقت" لا يعتبر دفنا وفقا للمفهوم الطبيعي والعادي للدفن ، وانما يتعلق الأمر ب**احتجاز** للجثة بطريقة الدفن بغرض تحقيق أهداف خارجية وغريبة عن الظروف التي بها، بشكل عام، يتم دفن الجثث.

وفوق ذلك، يبدو أن مركز الثقل في اللائحة موجود في مقدمتها، والتي بموجبها " يكون مسموحا للقائد العسكري أن يأمر بدفن جثة شخص ما **في المكان** الذي يقرر أن تدفن فيه". اللائحة لا تضع حكمها لينطبق على المخرب وانما على كل شخص، حيث

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic

المرجع AlMarje'

يدور الحديث عن صلاحيات واسعة وعامة جدا، والتي تبتعد في هذا الصدد عن متطلب التخويل الصريح (قارنوا: م ع"ع 5887/17 **جبارين ضد شرطة إسرائيل** (25.7.2017) (أدناه: **موضوع جبارين**)، الفقرة 20 أدناه، وبه كانت مادة الصلاحية هي مادة وعاء عامة). أيضا مقدمة اللائحة تفيد أن مركز الصلاحية يقع في تحديد مكانه الفيزيائي للقبر. من هنا، يتعزز الاستنتاج بأن الأمر لا يتعلق بتخول صريح وملائم لأوضاع احتجاز للجثث من خلال الدفن المؤقت.

13. وأيضا بالافتراض أن صياغة اللائحة هي صياغة غامضة وليست صريحة بالقدر المطلوب (وكما هو مذكور، فان لغة اللائحة واضحة)، مستوى الخصوصية والتعيين المطلوب مشتق أيضا من عظم انتهاك الحقوق الأساسية. في موضوعنا، الانتهاك يقع في صميم حق كرامة الميت وعائلته حيث إنه لم يتم تسليم الجثة لعائلة الميت وأكثر من ذلك، كما سيتم تفصيله لاحقا، أقرت الدولة بأنه عمليا وفي أي حالة لن يسمح لعائلة الميت الاشتراك في الجنازة وأثناء الدفن وأيضا ليس لهم الحق بزيارة القبر. النواة **"الصلبة"** لحق الكرامة قد وقع عليها الانتهاك، ولذلك، فان متطلب التخويل الصريح ليس بصدد تخفيف مستوى شدته.

14. في الواقع، حتى وان تقرر أن اللائحة قد تنطبق على الدفن المؤقت، من الواضح أن اللائحة **"صامتة"** بخصوص مجموعة متنوعة وواسعة من القضايا الحرجة. هكذا، على سبيل المثال، لا تفصل اللائحة الظروف التي يستطيع القائد العسكري أن يمارس صلاحياته في الامر بالدفن الذي هو دفن مؤقت أو فيما اذا كانت صلاحية الأمر بالدفن المؤقت تنطبق على الدفن المؤقت لأغراض التفاوض. كما لا تتطرق اللائحة الى طول الفترة الزمنية المتاح خلالها احتجاز الجثة بواسطة الدفن المؤقت – أي إلى أي مدى يعتبر هذا الاحتجاز "مؤقتًا" بالفعل. اللائحة أيضا "صامتة" بشأن اخراج الجثث من قبورهن. يتعلق الأمر بقضية حساسة ومتعددة الأوجه، كما توضح ذلك مذكرة قانون القضاء العسكري (تحقيق لتحديد هوية مدفون مجهول الهوية) لسنة 2018. تطالب المذكرة بتخصيص تشريع يعالج مسألة فتح القبر لغرض تحديد هوية مدفون مجهول، حيث من المحتمل أن يكون المدفون المجهول جندي مفقود أو انه توفي ومكان قبره غير معروف، مع إعطاء ، ضمن هذا التشريع، سلطة تقديرية للجنة التي يتم تعيينها للتحقيق في مسالة هوية المدفون المجهول وأيضا لاتخاذ القرار بعمل فحص أو اجراء عملية للمدفون لغرض تحديد هويته. كما هو موضح في المذكرة، في م ع"ع 4225/01 **كوهن ضد وزير الأمن** (25.3.2004) تقرر أن "... **موضوع اخراج الجثة من قبرها لغرض تحديد هوية صاحب الجثة، وأخذ عينة جينية منها – معقد ومرهق ولا مثيل له. تتداخل فيه اعتبارات عديدة، ومن بينها اعتبارات أخلاقية – معنوية، دينية، طبية وإنسانية. للأسف، حالات اقتضت حسما مماثلا، قد تثار أيضا في المستقبل. وترك هذا الامر الصعب والمعقد بأيدي السلطات العسكرية بدون توجيهات معيارية مناسبة، من شأنه أن يلقي عليها عبئا ومسؤولية ثقيلين. ومن المناسب أن يكون للسلطة التشريعية رأيا في هذه المسألة"** (كما ورد في المصدر، الفقرة 38). في الواقع، في موضوعنا من المفترض اجراء التحديد الجيني قبل دفن الجثة، لكن لا يزال بإمكاننا التعلم والاستفادة ، في موضوعنا، من هذه الأمور فيما يخص تعقيد القضية الخاصة بإخراج الجثث من قبورها وحساسيتها. بالإضافة لذلك، "الطابع الزمني" للاحتجاز من خلال الدفن

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

المؤقت غير متبلور وغير محدد ، وعمليًا قد يصبح احتجازًا لا محدود زمنيا. وأيضا طبيعة الصلة التي تربط بين احتجاز الجثث وبين صفقة ذات " طابع ملموس" وضرورية بما يكفي وقيد العمل – غير واضحة (قارنوا: الاعتبارات المذكورة في **موقف المستشار القانوني للحكومة**).

15. وأيضا لو افترضنا ان لغة اللائحة مصاغة بطريقة "تحتمل" تفسيرات تقنية بموجبها يكون الدفن الوارد بها يشمل الدفن المؤقت، فانه يجب أن نفحص الغاية من اللائحة. على ضوء قيد حماية القوانين الوارد في قانون الأساس: كرامة الانسان وحريته (المادة 10)، قيود سلطة القائد العسكري تكون وفق المبادئ والقيم التي شكلت قانون الأساس (أنظروا، على سبيل المثال: موضوع: **أبو عرفة ذد وزير الداخلية**، ص' 50 من قرار حكم القاضي **ع' فوجلمان**). قيد حماية القوانين يمنح الحماية للقانون القديم ضد سلطة المحكمة لتقرير انتهاء صلاحيته (أنظروا، على سبيل المثال: أهارون باراك " حماية القوانين" **كتاب دوريت بينيش** 413، 432 (2018)). ولا زالت التفسيرات التي تقترحها الدولة إشكالية وبشكل خاص على ضوء السابقة القضائية والتي بموجبها ينبغي أن يكون التفسير مقلصا وموضعيا للحكم التشريعي الذي ينتهك حقوق الانسان (أنظروا، على سبيل المثال: موضوع **أبو عرفة**، الفقرة 46 من قرار حكم القاضي **ع' فوجلمان**). إن تفسير الدولة يوسع بشكل كبير حدود السلطة وفي الواقع لا يحد السلطة باي قيود. تفسير الدولة يضعنا أمام وضع يفتقد المعقولية، على الرغم من أن ممارسة الصلاحية التي وردت في اللائحة تنتهك حقوق الانسان، فان اللائحة نفسها "تتجاهل" ذلك ولا تقرر توازن بين المصالح والحقوق المتضاربة.

16. في قرار الحكم موضوع الجلسة الإضافية هذه، تم الاستعراض بتوسع للتاريخ التشريعي والغاية التاريخية من اللائحة برأي كل من الأقلية والأغلبية. القاضي **دينتسيجر** قرر أن اللائحة تسري على الأوضاع التي تمخضت عنها صعوبة موضوعية في إعادة جثة الميت الى عائلته ، حيث إنه في هذه الأوضاع " **أعطيت للقائد العسكري الصلاحية لاتخاذ القرارات، ضمن الفهم بانه المسؤول عن المنطقة بحيث يضمن عملية دفن كريمة ولائقة**" (الفقرة 22 من قرار حكم القاضي **دينتسيجر**). مقابل ذلك، القاضي **هندل** قرر بأن غاية اللائحة كانت " **الامتناع لدواعي تتعلق بالحفاظ على سلام الجمهور وأمنه، من تسليم الجثة لعائلة الميت – والاكتفاء بدفنهم في الوقت، المكان وبالطريقة التي يجدها القائد العسكري – ج'.ق.] ملائمة. من هنا وحتى القرار بأن الاعتبارات التي موضوعها تحرير جثث القتلى، أو مواطنين أحياء، المحتجزون في سجون التنظيمات الإرهابية توجد في صميم الهدف من اللائحة، الطريق قصيرة** " (الفقرة 7 من قرار حكم القاضي **هندل**؛ أنظروا أيضا: في الفقرة 18 من قرار حكم الرئيسة **حيوت** في جلسة النظر الاضافية هذه). القاضي **هندل** قرر أيضا أن تقليص قدرة المنظمات الإرهابية على استخدام "أوراق المساومة" لتحقيق الانجازات يشكل جزء لا يتجزأ من هذا النضال. (هناك، الفقرة 9). المشرع يمنح القائد العسكري "سلطة النظر في مجموعة واسعة من الاعتبارات الأمنية - والبت في مسألة الدفن على أساس هذه الاعتبارات ..." (الفقرة 17 من وجهة نظر القاضي **هندل**).

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

في جلسة النظر الإضافية هذه، قررت الرئيسة أ' **حيوت** بأن التفاوض مع التنظيمات الإرهابية بغرض الوصول الى ترتيب في مسألة إعادة مواطني إسرائيل وجنودها يجسد بشكل جلي غاية الحفاظ على أمن الدولة: **" ليست هذه الصلاحيات امتدادا تفسيريا للائحة – هي قلب هذه اللائحة حيث إنه، كما ذكر، أعدت للحفاظ على أمن الدولة ومواطنيها"** (الفقرة 23 من وجهة نظر الرئيسة **حيوت**). لتلخيص الاجراء التفسيري، قررت الرئيسة أن **" صياغة اللائحة 133(3) وأيضا الغاية الذاتية والموضوعية اللتان خصصت اللائحة لتحقيقهما بشكل يؤدي الى الاستنتاج يكون بموجبه للقائد العسكري الصلاحيات لإعطاء الأمر استنادا الى اللائحة ، من بين أمور أخرى، بالدفن المؤقت لجثث المخربين لأغراض التفاوض مع التنظيمات الإرهابية. وذلك، بغرض حماية أمن الدولة – وحماية أمن الدولة تعني ، من بين أمور أخرى ، السعي المستمر والحازم لإعادة شهداء وجنود جيش الدفاع الإسرائيلي والمواطنين الإسرائيليين الذين هم في أيدي المنظمات الإرهابية في الوطن"** (الفقرة 29 من قرار حكم الرئيسة **حيوت**).

لهذه الاستنتاجات التي توصل اليها كل من زملائي الرئيسة **حيوت** والقاضي **هندل**، مع كل الاحترام، لا يمكنني أن أضم رأيي. لا جدال في أن الغرض العام من أنظمة الدفاع هو الحفاظ على أمن الدولة والسلام العام وعلى وجه الخصوص مكافحة الإرهاب: "...لوائح الدفاع هي تشريع طوارئ **أمنية – عسكرية**، والتي تشتمل على صلاحيات تنفيذية واسعة وأدوات متنوعة، إدارية وعقابية، لمكافحة الإرهاب بكل أنواعه..." (م ع"ع 3037/14 **أبو صفا ضد وزارة الداخلية والإدارة المدنية**، الفقرة 10 (7.6.2015)). مع ذلك، أعتقد بأن اللائحة 133 لا تكشف عن غاية أمنية، ولذلك، لا يمكن أيضا تفسيرها على ضوء هدف أمني محتمل. وتحديد أن الغرض من التثبيت هو بالضرورة أمني، استند على اكوام من التفسيرات. يدور الحديث عن لائحة من الزمن الانتدابي، والتي تم سنها لأغراض مختلفة تماما عن غاية احتجاز مؤقت لجثث المخربين لأغار التفاوض. ولم يكن ضمن منظور اللائحة وضع احتجاز الجثث بشكل مؤقت لغرض استخدامهم ك " بطاقات مساومة" لأغراض التفاوض. بالإضافة لذلك، تندرج اللائحة 133 ضمن القسم الرابع عشر – " أحكام مختلفة " من لوائح الدفاع وعنوانها " تحقيقات في حالات الوفاة وما الى ذلك". هذا العنون وموقع اللائحة الجغرافي" يعزز الاستنتاج الذي يقضي بأن الهدف من اللائحة ليس هدفا أمنيا.

من كل ما هو مذكور، يتبين أن حكم اللائحة يسري على الوضع الذي به توجد جثة لا يوجد حل بخصوصها، وأمام هذا الوضع منح المشرع للقائد العسكري الصلاحية لأن يقرر كيف، أين وغير ذلك من تفاصيل دفنه. "صمتها" الأساسي للائحة عن هذه المواضيع ينبع من هذه الغاية المتعلقة بالحفاظ على النظام العام (بما يشمل الصحة العامة) ولا يجوز لنا أن ننسب للائحة غاية أمنية غير مثبتة في أساس اللائحة.

17. بدلا من ذلك، حتى لو افترضنا تضمن اللائحة لهدف أمني، بالإضافة الى الهدف المهيمن وهو الحفاظ على النظام العام – لا زالت اللائحة لا تمنح الصلاحية لاحتجاز الجثث. وللتوضيح، فان ذات حقيقة احتجاز الجثث تشكل "ممارسة" ليست جديدة، لا تحصن هذه الممارسة من عدم الشرعية الملتصقة بها.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

في موضوع **بركات** ، نوقشت مسألة قانونية تعليمات القائد العسكري بأن جنازة من كان موته على خلفية أمنية ستجري في ساعات الليل. وللتوضيح، في نفس الموضوع لم يطرح ادعاء ضد صلاحية القائد العسكري للقيام بالاستفادة من اللائحة وإعطاء الأمر بإجراء طقوس الجنازة في الليل. وقد دار الخلاف حول قانونية تقديرات القائد العسكري. كما وقضت المحكمة العليا في هذا الصدد أن لاعتبارات الأمن والنظام العام اليد العليا وأن " **عليه [على القائد العسكري] أن يقيم النظام العام في المنطقة وأن يفرض عليها القانون**". وقد تقرر أن هناك شبه يقين من أن السماح بـ "جنازة مفتوحة" من شأنه أن يؤدي إلى ضرر فعلي بالأمن والنظام العام ، وبالتالي، تقرر أن قرار القائد العسكري كان معقولاً. يتعلق الأمر بتوازن بين كرامة الميت وكرامة عائلته وبين ضرورة الحفاظ على النظام العام والأمن في المنطقة (وبحسب الحكم ، فقد وازنت المحكمة بين حماية أمن الدولة وحماية كرامة الإنسان وحريته، أنظروا الاحالات في م ع"ع 6905/18 **ناجي ضد القائد العسكري لمنطقة الضفة الغربية**، الفقرة 26 من قرار حكم القاضية **ي' فيلنر** (2.12.2018)).

من موضوع **بركات** يمكننا الاستفادة في الموضوع محل النقاش، بانه حتى وان كانت اللائحة 133(3) تنطوي على غاية أمنية، فإنها ستكون مقلصة في حدود الحفاظ على الأمن والنظام العام " الاقليميين"، لتمييزها عن النظر في اعتبارات "الوطنية" و"الحدودية" المتعلقة بأمن الدولة، كالاعتبارات الخاصة بالصفقات المتعلقة بإعادة جثث مخطوفين وأسرى مقابل جثث المخربين، بدون وجود صلة مباشرة لجثث المخربين التي تسعى الدولة الى احتجازها ك " وسيلة مساومة".

لدعم هذا الاستنتاج يمكننا الاستفادة من م ع"ع 2150/07 **رئيس مجلس قروي بيت سيرا ضد وزير الأمن** (29.12.2009). في ذات الموضوع، نوقشت المسألة فيما اذا كان القائد العسكري في قراره بتقييد الحركة في الشارع بسبب أنه غير مسموح لمقيمي المنطقة الفلسطينيين ،بشكل قاطع، التنقل عبره قد تصرف في نطاق صلاحياته. في ذات الموضوع، لم يكن هناك خلاف بأن الاعتبارات الأمنية كانت في صميم الصلاحيات الممنوحة للقائد العسكري (على العكس من الموضوع الذين نحن بصدده وذلك على ضوء الغاية من اللائحة كما تحددت في رأي الأغلبية في الالتماس). السابقة القضائية أقرت بصلاحية القائد العسكري لرصف شارع لدواعي أمنية، ومن ضمنها حماية السكان المدنيين الذين يستخدمونه وأيضا أقرت بصلاحيته لفرض قيود على حركة المركبات. تقرر أن القيود التي فرضت على الحركة التي دلالتها تفيد بحظر مطلق لحركة المقيمين المحميين لا تستطيع أن تصمد:

> **" إلى جانب الاعتبارات المتعلقة بالحفاظ على النظام والأمن في المنطقة، وضمان أمن حركة المرور ، للقائد العسكري أن يأخذ في الاعتبار الاعتبارات المتعلقة بأمن دولة إسرائيل والحماية من التهديدات الأمنية الناشئة في المنطقة والموجهة إلى أهداف في الأراضي الإسرائيلية ... وعليه، كان للقائد العسكري أين يأتي في عداد اعتباراته، خشيته من قيام مخربين باختراق دولة إسرائيل كنتيجة عن حركة المركبات الفلسطينية عبر الشارع. ومع ذلك، <u>لا يحق للقائد العسكري أن يضع ضمن اعتباراته مصالح أخرى للدولة:</u> "... الاعتبارات**

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

التي اعتمدها القائد العسكري هي، من جهة، ضمان مصالحه الأمنية في المنطقة، ومن جهة أخرى، ضمان مصالح السكان المدنيين في المنطقة. ليس للقائد العسكري أن يضع ضمن اعتباراته المصالح الوطنية، الاقتصادية، الاجتماعية لدولته ما دامت هذه المصالح لا تؤثر على مصلحته الأمنية في المنطقة أو على مصالح الساكنة المحلية. وحتى احتياجات الجيش هي احتياجات عسكرية وليست أمنية أو وطنية بمعناها الواسع" (الفقرة 23 من وجهة نظر القاضي **ع' فوجلمان**)

[التشديد مضاف]

وبالمثل، فان استنتاج تفسيري بعيد المدى/ هو التقرير بأنه فيما يتعلق بدفن الجثث ، سيكون القائد العسكري مخولا للنظر في اعتبارات السياسة الأمنية العامة للدولة بشأن القضايا الحساسة المتعلقة بـ "صفقات" بشأن الجثث المخطوفين ، كل ذلك من خلال سلطة عامة تسمح بأعطاء التعليمات بخصوص دفن الجثث الذي هو موضوع موضوعي و"إقليمي". في موضوعنا، اعتمد القائد العسكري في موضوع الحاجة لاحتجاز الجثث لأغراض التفاوض على وجود مصلحة "عامة" تخص أمن الدولة، وحيث لا يوجد ادعاء بموجبه تكون إعادة الجثث ذاتها تضر بالأمن، الا أن الهدف الأمني المطلوب يتمثل في إيجاد "أوراق مساومة" لأغراض التفاوض. كما هو مذكور، يتعلق الأمر ب**احتجاز** جثث من خلال الدفن المؤقت لتحقيق أهداف **"خارجية"** في الظروف التي يتم بها بالشكل المعتاد دفن الجثث. لا تسمح قواعد القانون العام ب "اختراق" حدود السلطة التشريعية بهذا الشكل، وبالتأكيد عندما ينتج عن الأمر انتهاك خطير بحقوق الانسان، حتى وان كانت لغة اللائحة ظاهريا "تحتمل" بشكل ضيق تفسيرات أخرى.

18. لذلك ، فإن الغرض من اللائحة هو إعطاء القائد العسكري سلطة إعطاء التعليمات في الحالات التي يكون فيها من الضروري التصرف بشكل **عاجل وفوري** من أجل الحفاظ على النظام العام (أو أمنه بالمعنى المحدود أعلاه) وبشكل يرتبط مباشرة بجثة معينة. اللائحة **غير معدة لاستخدام ألية عامة لدفن الجثث بشكل غير محدد (الدفن المؤقت) ضمن أهداف لا تتعلق مباشرة بجثة معينة – والتي لا ينكشف عنها خطر فوري كما هو مذكور – كالحاجة ل " بطاقات مساومة".** المشرع لا " يخفي الأفيال وراء الفئران" (قارنوا مع القانون الأمريكي: Elephants-in-Mouseholes Doctrine ;*FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120 (2000) ;*Utility Air Regulatory Group v. Environmental Protection Agency*, 573 U.S. _ (2014)). وبالمثل، لا يحق للقائد العسكري احتجاز جثث مخربين لأغراض التفاوض في "صفقات" التبادل بالاستناد الى هذه اللائحة.

19. وقائع الحالة التي تم النظر فيها في قضية جنائية أخرى 7048/97 مجهولون ضد وزير الدفاع، قرار حكم (1) 721 (2000) (ادناه: **موضوع أوراق المساومة**) مشابهة لموضوعنا. في نفس الموضوع، تم النظر بسؤال، هل يمكن الاحتجاز من خلال الاعتقال الإداري لشخص هو نفسه لا يشكل خطر على أمن الدولة، في حين أن هدف الاعتقال هو استخدام هذا الشخص "كورقة مساومة" في مفاوضات لتحرير أسرى أو مفقودين من القوات الأمنية.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

الأحكام التشريعية ذات الصلة التي تخول وزير الدفاع إعطاء أوامر باعتقال شخص ما إدارياً لوجود أساس معقول للافتراض أن دواعي " أمن الدولة أو أمن الجمهور " تستلزم ذلك. الرئيس آ براك (متقاعد)، برأي الأغلبية ، قرر أنه لا ينبغي أن يؤخذ الجانب اللغوي وحده بالاعتبار (هناك، بصفحة 739) تقرر أن المسألة القانونية " **ولم تتم مناقشتها إطلاقا ولم يتم فحصها في الواقع من قبل المشاركين في عمل التشريع ".** (هنالك بصفحة 739) ووفقاً لذلك فإن الغرض الذاتي المركب من لغة القانون والتاريخ التشريعي لا يرسم صورة حاسمة. الغرض من التشريع مزدوج: الحفاظ على أمن الدولة وأمن الجمهور والحفاظ على كرامة وحرية الفرد. هذه الأهداف تتضارب فيما بينها بشكل حاد ولذلك تطلب الأمر عمل توازن بين هذه الغايات. تقرر أن:

" هذا التوازن يفترض - وفي الالتماس المعروض علينا لم يثر على الإطلاق - أنه يمكن السماح - في دولة ديمقراطية تسعى للحرية والأمن - اعتقال إداري لشخص هو نفسه يشكل خطراً على أمن الدولة ، ولكن لا ينبغي التوسع بهذه الإمكانية في اتجاه اعتقال شخص لا يشكل خطر على أمن الدولة وانما فقط "ورقة مساومة" . (نفس المرجع ص 741).

(تم إضافة التشديد)

والأسباب في ذلك هي، الانتهاك الذي يشكله الاعتقال الإداري (أي، بدون محاكمة وبدون قرار حكم) بحرية وكرامة الشخص الذي لا يشكل هو نفسه خطراً على أمن الدولة هو انتهاك حاد، لدرجة آن المفسر غير مخول بالافتراض أن القانون معد لتحقيق هذا الانتهاك الجسيم (المرجع نفسه، ص 741-742) . لذلك، فقط حكم تشريعي هو الذي يحدد بشكل صريح تطبيق القانون على من لا يشكل خطراً على أمن الدولة ، من الممكن أن يقود المفسر الى استنتاج اخر (ويكون هذا الحكم خاضع للمراجعة الدستورية). في نفس الموضوع، تم التوضيح آن احتجاز شخص كرهينة بما في ذلك " كورقة مساومة" هي محظورة وفقاً للقانون الدولي (نفس المرجع صفحة 742) والغاية من القانون يجب آن تحقق أحكام القانون الدولي وان تكون متلائمة معها. وفي الختام، تقرر في نفس الموضوع آنه" لا يوجد صلاحية اعتقال إداري لشخص لا يشكل هو نفسه خطراً على آمن الدولة بل يشكل فقط ورقة مساومة".

رغماً عن الاختلافات الملزمة، فإن هذا الاستنتاج جميل في حالتنا، كما قرر القاضي **دينتسيجر** (في الفقرة 25 من وجهة نظره):

الأمر فعلا صحيح ، ان المقاربة بين التوجه الذي تم تحديده في قضية أوراق المساومة في موضوعنا ليس بالآمر البسيط. لا يمكن الإنكار آن احتجاز معتقلين أحياء هو قرار ينتهك الحق بالحرية بالمعنى النووي الضيق - له وزن مختلف عن قرار الاحتفاظ بالجثث (...)، مع ذلك، ، وهذا هو الأساس بالنسبة لي، لا يمكن الاختلاف على التوجه الذي تم تحديده بأغلبية الآراء في القضية الإضافية في مسألة أوراق المساومة، الذي يدعم هو أيضاً

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

بشكل واضح الاستنتاج في أن الأفعال من النوع المذكور - كما تطلب المدينة تنفيذها وأيضاً بالحالة التي أمامنا بواسطة القائد العسكري- تلزم الاستناد على صلاحية تشريعية رئيسية ومفصلة، بحيث تكون معدة لتنظيم الحالة الحساسة والمركبة لاحتجاز معتقلين أحياء، كجثث المخربين لدواعي المفاوضات"

تمييز آخر هو أنه فيما يتعلق ببطاقات المساومة ، فإن سلطة وزير الدفاع في احتجاز شخص ما رهن الاحتجاز الإداري الدائم في المادة 2 من قانون سلطات الطوارئ (الاعتقالات) لعام 1979 ، والتي تنص صراحة على "لأسباب تتعلق بالأمن القومي أو الأمن العام" ، على عكس اللائحة في حالتنا. وأيضا غير مثبتة في أساس اللائحة.

20. يمكننا الاستفادة في موضوعنا أيضا من مشروع قانون مكافحة الإرهاب (التعديل رقم 3)، لسنة 2018 بيوم 21.2.2018، والذي في نطاقة أضيفت المادة 70ب من قانون مكافحة الإرهاب، سنة 2016 (أدناه: قانون مكافحة الإرهاب). المادة 70 ب من قانون مكافحة الإرهاب، والتي عنوانها " أمر بتأخير تسليم جثة شخص خطر"، تقرر كالتالي:

" (أ) كان لدى قائد المنطقة خشية معقولة بأن جنازة شخص خطر قد تسبب ضرر على الأمن المعنوي أو قد يرتكب خلالها عمل إرهابي، أو أثناء الجنازة سيتم إخفاء معالم جريمة إرهابية أو إظهار تعاطف مع منظمة إرهابية أو عمل إرهابي. فانه يحق له، اذا اعتقد أن الأمر ضروري بشكل حيوي لمنع هذا الضرر أو تلك الأعمال المذكورة، وحيث لا يمكن منعها بطريقة أخرى، أن يصدر الأمر بتأخير تسليم جثة الشخص الخطر ومنع إقامة جنازته، حتى يتم الالتزام بالشروط التي تحددت في أمر التقييد بخصوص جنازة الشخص الخطر أو حتى انقضاء 10 أيام من يوم اصدار الأمر بحسب البند الفرعي للمادة ، كما سبق ذكره .

(ب) يحق للقائد العام لشرطة اسرائيل أن يأمر بتمديد فترة صلاحية الأمر بتأخير تسليم جثة الشخص الخطير كما هو مذكور في القسم الفرعي (أ) ، من وقت لآخر ، إلى أن يتم استيفاء الشروط المنصوص عليها في الأمر التقييدي بشأن جنازة الشخص الخطير".

المذكرة التفسيرية لمشروع القانون لتعديل فانون مكافحة الإرهاب المذكور أعلاه أوضحت خلفية تعديل التشريع المقترح: حتى تتكيف مع الخروقات الخطيرة للنظام والتي تحدث في جنازات المخربين، والتي من شأنها أن تخطر على حياة الأشخاص، فرضت الشرطة شروطا خصصت لضمان سلام الجمهور وأمنه. ووفقا لذلك، احتجزت في بعض الأوقات جثث الارهابين الذين نفدوا أعمال إرهابية لدى الشرطة حتى يتم الحصول على تعهد للالتزام بالشروط. واستندت الشرطة في تأخير إعادة الجثث بشكل رئيسي على الصلاحيات العامة المحددة في المادة 4 أ من مرسوم الشرطة [النسخة الجديدة]، لسنة 1971. في موضوع **جبارين**، فرضت الشرطة لنقل ثلاث جثث مخربين لعائلاتهم، الالتزام بالشروط التقييدية لتنظيم الجنازة، بما يشمل

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

عدد المشاركين ووقت قيامها. وذلك، بحسب رأيي، للحفاظ على النظام العام. تقرر أن الشرطة لم تشر الى مصدر الصلاحيات التي تسمح باحتجاز الجثث حتى تتم الموافقة على الخطوط العريضة لتنظيم الجنازة. وقررت المحكمة أن موقف الشرطة " **لا يتماشى مع متطلب التخويل 'الصريح' بكل ما يتعلق بالممارسات التي تنتهك الحقوق الأساسية... الأمور تأخذ معنى جديدا بالنظر الى ما ورد في المادة 4 من مرسوم الشرطة، حيث تمنح لكل ' شرطي' هذه الصلاحية، وعلى أي حال، ليس من الوارد أن يكون المشرع قد منح هذه الصلاحيات لكل شرطي**". أي ، لم يتم العثور على أي تخويل لتأخير عودة الجثث واحتجازها بأيدي الشرطة بسبب اشتراط التخويل الصريح عندما يتعلق الأمر بعمل ينتهك الحقوق الأساسية (كرامة الإنسان). لذلك ، تقتصر سلطة الشرطة فقط على وضع شروط تكون مخصصة لضمان النظام العام أثناء الجنازة.

على ضوء هذه السابقة القضائية وعلى ضوء قرار الحكم الذي صدر في الالتماس موضوع جلسة النقاش، فان التعديل لقانون مكافحة الإرهاب المذكور أعلاه منح **لقائد لواء الشرطة**، بموجب تعليمات تشريعية صريحة، بهدف الحفاظ على سلام الجمهور وأمنه، أن يعطي الأمر بشروط تنظيم جنازة منفذ عملية (*شخص خطير*) وأيضا اجراء جنازته (أمر تقيد بموضوع جنازة شخص خطير) وأيضا، " أن يعطي الأمر بتأخير تسليم جثة شخص خطير واجراء جنازته، اذا كان هناك خشية فعلية من وقوع تحريض على الإرهاب أثناء جنازته، مما ينشأ عنه اضرار خطير بالأمن المعنوي أو ارتكاب عمل إرهابي وبالتالي يكون التأخير في هذه الحالة مطلوب بشكل حيوي لمنع مثل هذا الضرر أو هذه الأعمال بحيث لا يمكن منعها بطريقة أخرى معقولة " (الصفحة 673 من المذكرة التفسيرية لتعديل قانون مكافحة الإرهاب). يتعلق الأمر بصلاحيات محددة ولغايات معينة لتأخير تسليم جثة، بحيث أن الأحكام التشريعية حددت الشروط لممارسة هذه الصلاحية، بما يشمل الفترة الزمنية التي يمكن خلالها تأخير تسليم الجثة.

21. كما ورد تفصيله في وجهة نظر الرئيسة **حيوت** في جلسة النظر الإضافية (هناك، الفقرات 30، 31)، لم يرد في القانون الدولي أي حظر على احتجاز الجثث كما في موضوعنا. كان الإجماع العام في الحكم في الالتماس هو أن القانون الدولي الإنساني أو القانون الدولي لحقوق الإنسان لا يحظران احتجاز الجثث في النزاع المسلح. (أنظروا: الفقرة 37 من قرار حكم القاضي **دينتسيجر** والفقرة 20 من قرار حكم **القاضي هندل**) وعليه، لن نعود على الأمور التي وردت في وجهة نظر زميلي في موضوع سريان القانون الدولي. بالرغم من غياب حظر كالمذكور، من المناسب الإحالة على أقوال القاضي **دينتسيجر** كما وردت في المصدر وهي أن " هذا الممارسة عرضة للتحفظات وتنطوي على صعوبة قانونية كبيرة "وأن" القانون الدولي ينص صراحة على أن الخيار المفضل هو اعادة الجثث".

ج- تشكل السياسة المتعلقة بحيازة جثث الإرهابيين عن طريق الدفن ولأغراض المفاوضات ترتيبًا أوليًا

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

22. الالزام بإرساء الترتيبات الأولية بتشريع يقيد ممارسة صلاحيات قانونية واسعة. ترتيب أولي يرسم المبادئ العامة في تشريع أولي (باراك – ايريز، الصفحة 135؛ زمير، الصفحة 215). وفقا لهذه القاعدة التفسيرية، من غير المناسب أن تحدد السلطات الإدارية ترتيبات أولية، أي، تحديد قيم ومبادئ حساسة، معقدة ومحل اختلاف عام. وتحديد هذه المبادئ والقيم هي وظيفة الكنسيت كسلطة تشريعية (انظروا: موضوع **أبو عرفة**، الفقرات 55، 56 من قرار حكم القاضي **ع' فوجلمان** ؛ م ع"ع 4347/15 **الحركة من أجل كفاءة الحكم ضد رئيس حكومة إسرائيل**، في الفقرات ق ك ز من وجهة نطر القائم مقام الرئيس (بديم') أ' **روبنشتاين** (27.3.2016) (يشكل مخطط الغاز المعتمد في قرار الحكومة "تنظيمًا لمسألة منهجية حساسة وهامة ومتعددة الجوانب ولها عواقب هائلة". كما ورد في المصدر، الفقرات ق م ج. وأيضا وجهة نظر القاضي **ن' سولبرج**، والتي بموجبها "حيث يتعلق الأمر بتحديدات قيمية ذات صعوبة بالغة، يتطلب الأمر تشديدا على متطلب التخويل الصريح". كما في المصدر، في الفقرة 45؛ قرار الحكم بموضوع حجم صادرات الغاز الطبيعي وهو مورد محدود، والذي نوقش في م ع"ع 4491/13 **المركز الأكاديمي للقانون والأعمال ضد حكومة إسرائيل**، الفقرات 17 – 27 من قرار حكم الرئيس أ' **جرونيس** (" من اجل دحض موضوع الاحتجاز، يجب التأكيد على تخويل السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية لتحديد ترتيب أولي في موضوع معين" كما ورد في المصدر، الفقرة 26) وأيضا في الفقرات 19 -32 من قرار حكم القاضي **س' جبران** (2.7.2014). في نفس الموضوع، وليس كما في موضوعنا لا يوجد انتهاك محدد وملموس بحقوق أساسية محمية وأيضا تقرر أيضا أن قرار الحكومة ليست معدة لاستنزاف جميع موارد الغاز الطبيعي في غضون بضع سنوات).

القضية في موضوعنا واسعة، شاملة، تتجاوز صلاحيات الدفن المجردة. تحديد سياسات احتجاز جثث المخربين لأغراض التفاوض في " صفقات " التبادل – مرتبطة بمركز التحديدات الأخلاقية – معنوية وقيمية على أعلى مستوى والتي هي محل نزاع عام وسياسي. ترتيب بهذه الدرجة من الحساسية يستدعي لتنظيمه بتشريع. تنظيم مناسب ومخصص وشامل بحيث يوازن بين مصالح كأمن الدولة وبين حقوق الانسان المنتهكة. كما تم شرحه أعلاه في الفقرة 14، اللائحة 133(3) هي لائحة عامة وواسعة وهي "صامتة" عن كل مسألة جوهرية وممكنة قد تتمخض عن السياسات التي تم تحديدها في قرار الكابينت، باستثناء ال "تفاصيل" التقنية فقط والخاصة بموقع ووقت دفن الجثة وما شابه ذلك.

وأيضا لا يوجد في موضوعنا اعتبارات مثل ضرورات ملحة تستدعي عملا سريعا من قبل السلطة التنفيذية. وأيضا، يمكن الاكتفاء بتشريعات ذات مستوى عالي نسبيًا من التجريد لأنها ليست مسألة معقدة "تقنيًا" أو علميًا وتتطلب تنظيمًا معقدًا بحكم طبيعتها أو خبرة مهنية خاصة لسلطات الدولة ذات الصلة. (قارنوا: م ع"ع 4374/15 **الحركة من أجل كفاءة الحكم ضد رئيس حكومة إسرائيل**، في الفقرة 3، 46 و- 51 من وجهة نظر القاضي **ن' سولبرج** (27.3.2016)).

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

23. هكذا، على سبيل المثال، في موضوع **أبو عرفة** نوقشت أحكام المادة 11(أ) من قانون الدخول لإسرائيل، الصادر سنة 1952، والتي بموجبها "يحق لوزير الداخلية، **وفقا لسلطته التقديرية**... (2) أن يلغي رخصة إقامة أعطيت بموجب هذا القانون " قرر وزير الداخلية بأنه يحق له أن يسلب رخصة الإقامة الدائمة من مقيمي شرق القدس بداعي خيانة الولاء بالاستناد الى لغة المادة العامة والشاملة " وفقا لسلطته التقديرية". على الرغم من أن القانون منح بشكل صريح سلطة تقديرية واسعة جدا لوزير الداخلية، فان المادة 11(أ) تشتمل على **معايير** لممارسة السلطة التعسفية لإلغاء رخصة الإقامة الدائمة. تقرر بحسب رأي الأغلبية أن الموضوع يتطلب تشريع يتحدد بموجبه الترتيب الأولي. الضرر الواقع في هذا الموضوع هو ضرر شديد ، حيث إنه يتعلق بسلب مكانة الاقامة الدائمة بالاستناد لعلة غامضة هي واجب الولاء، والتي تثير صعوبات في الشق المتعلق بالقانون الدولي (أنظروا: وجهة نظر القاضية **د' باراك – ايريز**). سلب مكانة شخص بمكان ولادته يتطلب بالتأكيد تشريع رئيسي صريح ومفصل. تقرر أن

> **"... التفويض الممنوح لوزير الداخلية بإلغاء تصريح الإقامة، بما يشمل رخصة الإقامة الدائمة، هو عام وغامض. المادة لا تفصل، ولا تتعرض حتى بخطوط عريضة أي الاعتبارات التي يحق للوزير أن يمارس في نطاقها سلطته التقديرية وما هي الأسباب التي لأجلها يكون للوزير الصلاحية لسلب الإقامة ، بما فيها رخصة الإقامة الدائمة. في الواقع، يتعلق الأمر بتشريع غامض (vague)، حيث أنه لا يشتمل على أي مقصد تتضمنه سلطة التقدير الإدارية..."**
>
> **(الفقرة 54 من قرار حكم القاضي ع' فوجلمان).**

هذه العبارات كما لو كانت مكتوبة لأجل موضوعنا. أيضا في موضوعنا، لا توجه اللائحة السلطة التقديرية للقائد العسكري كما وتمنحه سلطة تقديرية واسعة جدا بتفويض واسع جدا وخصصت لأوضاع مختلفة بشكل جلي. وأيضا هنا، يتوجب تحديد الترتيبات الأولية في تشريع رئيسي صريح.

24. من كل هو مذكور أعلاه. يتبين أنه لم تعط للقائد العسكري الصلاحية لإصدار الأمر بالدفن الموقت لجثث المخربين بنية احتجازهم لأغراض التفاوض. على أي حال، حتى لو تم منحه هذه السلطة ، لكانت قد مورست بطريقة غير معقولة وغير متناسبة في الحالات المحددة ، كما سيتم توضيحه الآن.

حول (عدم) المعقولية و (عدم) التناسب للقرارات التي في موضوعنا

25. حتى لو افترضت أن للقائد العسكري سلطة الأمر بدفن مؤقت في إطار اللائحة - وكما ذُكر ، أعتقد أنه ليس لديه مثل هذه السلطة، سيتم فحص ممارسة سلطة القائد العسكري على ضوء اختبارات المعقولية والتناسب في كل حالة على حدة فيما يتعلق بالطريقة التي يمارس بها سلطته التقديرية. على سبيل المثال، موضوع الحق بزيارة القبر ومشاركة العائلة في الجنازة. إن ممارسة السلطة التقديرية للقائد العسكري في حالتنا لا تتماشى مع اختبار المعقولية والتناسب.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

26. القاضي **هندل** قرر في قرار حكمه، كما يلي، (الفقرات 20 و – 24):

" كما هو مذكور، السياسات التي تبنتها لجنة الوزراء لمواضيع الأمن القومي، وقراره الملموس للقائد العسكري، تتأسس على فحص منفرد لهوية المخرب وظروف الحدث، وحتى أنها لا تسلب بشكل متأصل مشاركة العائلة في طقس الدفن. قاعدة وبجانبها استثناء. استثناء الى جانبه فحص منفرد. من ذلك، وبتعارض جلي مع النظام الروسي، يتعلق الأمر بقرار متناسب ولا يوجد سبب للتدخل فيه.

[...]

وفي النهاية، قرارات القائد العسكري تخضع أيضا لاختبار الضرر مقابل المصلحة. كما أشرت أعلاه، يتعلق الأمر بقرارات يكون فيها الحاق الضرر بحق الكرامة للميت ولعائلته مقلص نسبيا – ولا يقع في مركز هذا الحق. وموضوعنا المتعلق بالدفن المؤقت هو في جوهره لا يقطع الصلة بين أبناء عائلات المخربين بموتاهم – ولا يمنع عنهم، بالضرورة، زيارة القبور المؤقتة، ولا حتى المشاركة في عملية الدفن (بالخضوع، كأمر مفروغ منه، للاعتبارات الأمنية ذات الصلة). دفن المخربين بصورة ملائمة، وبحسب أعرافهم الدينية، وبشكل يسمح بالتعرف على جثثهم في المستقبل، تخفف أيضا من الضرر الواقع على كرامتهم. وبالتالي، بعمل التوازن بين الانتهاك وبين الغايات الأمنية الجوهرية الراسخة في أساس السياسات التي بموجبها اتخذت قرارات القائد العسكري، وكفة الميزان تميل، بحسب الفحص الأساسي الى الحقوق الأخيرة."

[التشديد مضاف]

خلافا لهذا القرارات، البلاغ الصادر عن الدولة بيوم 10.8.2018، في موضوع الفقرة 24 من وجهة نظر القاضي **هندل** في الالتماس، كشفت عن:

" موقفه المهني لمنسق...، من حيث الجوهر ، فإن منع زيارات عائلات الإرهابيين إلى المقابر المؤقتة ومنعهم من المشاركة في عملية الدفن ، في هذا الوقت ، هو أمر مطلوب كجزء من أدوات الضغط المخصصة للمساعدة في دفع جهود إعادة المواطنين الإسرائيليين وجثث القتلى من جيش الدفاع الإسرائيلي المحتجزة لدى حماس.

[...]

لذلك ، فإن الموقف المهني لمنسق ...هو أنه لا يوجد مجال في الوقت الحالي للسماح لعائلات الإرهابيين بالمشاركة في عملية الدفن أو زيارة المقابر المؤقتة للإرهابيين في ظل محاولات التوصل إلى اتفاق لإعادة المواطنين الإسرائيليين وقتلى جيش الدفاع الإسرائيلي.

أضافت الدولة أن:

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

"... إن منع احتمال زيارة عائلات الإرهابيين لمقابرهم والمشاركة في عملية الدفن يشكل أداة ضغط منفصلة لإنجاز الاتفاق كالمذكور، مستقل بذاته، بل هو أحد مشتقات تأخير عودة جثث الإرهابيين وأعدت للحفاظ على فعالية هذه الخطوة، بقدر الإمكان. "

وعليه، كما ورد في البيان الصادر عن الدولة ـ أن الاعتبارات الأمنية تلزم بمنع أبناء عائلات المخربين من زيارة قبور موتاهم او المشاركة في الدفن.

من هنا يتبين أن التحديدات التي عليها تأسست وجهة نظر زميلي **القاضي هندل** في الالتماس استندت على **افتراضات وقائعية مغلوطة**، كما أقرت الدولة في اطار الجلسة الإضافية. عمليا، لم يسمح لأبناء عائلات المخربين بالمشاركة بالجنازات ولم ينالوا لاحقا الحق بزيارة القبور.

27. يتوجب على القائد العسكري أن يمارس صلاحياته بحسب مبادئ المعقولية والتناسب (أنظروا، على سبيل المثال: م ع"ع 7957/04 **مراعبة ضد رئيس حكومة إسرائيل**، ف"د س(2) 477، 507 – 511 (2005) والاحالات هناك). عندما ينتهك قرار القائد العسكري حقوق الإنسان ، يتم تحديد تناسب الانتهاك وفقًا للاختبارات المقبولة. (أنظروا، على سبيل المثال: م ع"ع 794/17 **زيادة ضد قائد قوات جيش الدفاع الإسرائيلي في الضفة الغربية**، الفقرة 71 من قرار حكم القائم مقام الرئيس (بديمي') **س' جبران** (31.10.2014).

نتيجة منبثقة عن "القاعدة" الشاملة والمسيئة المتمثلة في الحرمان من المشاركة في الدفن وحرمان الأسر من حقوق الزيارة فيما يتعلق بجميع الجثث التي تقرر أن تندرج في نطاق الاستثناءات – هي أن قرارات القائد العسكري هذه مشوبة بعدم معقولية وعدم تناسب جوهريين. وجود هذه "السياسات" الفعلي والتي تحددت من البداية، والمتعلقة بفقدان الحق في الزيارة والحق في المشاركة في الجنازة في اطار هدف استثنائي لخلق أدوات لممارسة ضغط إضافي، دلالته أنه لن يكون متاحا فحص كل حالة على حدة، فيما اذا كان ممكنا السماح بالمشاركة في الجنازة وزيارة القبر من قبل العائلة – تفيد بممارسة غير سليمة وتعسفية للسلطة التقديرية الإدارية (حول الخطورة الناجمة عن الانتهاكات الخطيرة: م ع"ع 7052/03 **عدالة – المركز القانوني لحقوق الأقلية العربية ضد وزير الداخلية**، في الفقرة 21 من قرار حكم القاضية أ' **فروكتشيا** (14.5.2006)).

28. واجب علينا أن نتذكر بان " الاعتبارات الأمنية " ليست تميمة سحرية، بالشكل الذي يطغى في كل حالة على حقوق الانسان. مناسبة جدا الأقوال التي وردت على سلان الرئيس (بديموس) أهارون باراك (أهارون باراك " حقوق الانسان والأمن القومي" الجمل (1) 29، 40 :

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

" لأوقات قريبة تواجهت المحكمة مع ادعاء السلطة التنفيذية بأن الاعتبارات الأمنية أدت الى تحرك السلطة، ضمن توجه للمحكمة للاكتفاء بذلك. لا يمكن الاستجابة لهذا الطلب. "الاعتبارات الأمنية" لسيت تميمة سحرية، وعلى المحكمة أن تحرص على أن تعرض هذه الاعتبارات أمامها. عليها أن تقتنع أن الاعتبارات الأمنية فعلا تقع في أساس العمل ضد الإرهاب وليس اعتبارات أخرى؛ عل المحكمة أن تقتنع بأنه في نطاق الإجراءات الأمنية قد تم استخدام الإجراءات الأقل انتهاكا لحقوق الانسان. في الواقع، في القضايا الكثيرة المتعلقة بالمواضيع الأمنية التي نظرت أمام المحكمة العليا، سمعنا كثيرا شهادات ضباط كبار في الجيش. وأيضا رؤساء الأجهزة الأمنية قد شهدوا أمامنا. وكنا نرفض كل التماس ضد الأعمال الأمنية فقط في حال اقتنعنا، في اطار توازن يكون فيه الاعتبار الأمني هو الاعتبار المهيمن، وأن الإجراءات الأمنية هي إجراءات متناسبة".

الخاتمة

29. إذا تم سماع رأيي ، فيستقرر أن القائد العسكري لا يملك سلطة الأمر باحتجاز جثث مخربين عن طريق الدفن المؤقت بموجب المادة 133 (3) من أنظمة الدفاع. وعليه، لا يحق للقائد العسكري أن يعطي الأمر باحتجاز جثث مخربين لم تنبع منهم خطورة وفقط يشكلون " ورقة مساومة " تستخدمها الدولة ك " مقابل" في صفقة تبادل جثث أو أسرى.

قاضي

القاضية د' باراك – ايريز

1. لأكثر من خمس سنوات تقريبا وجثث جنود جيش الدفاع الإسرائيلي محتجزون لدى حماس في أراضي قطاع غزة، الملازم أول جولدين والرقيب أورون شاؤول، طيبوا الذكر، الذين سقطوا خلال حملة صيف 2014. في وقت لاحق ، عبروا الحدود إلى غزة ، وبقدر ما هو معروف ، هناك مواطنان إسرائيليان أحياء محتجزان هناك – أبراهام منغستو ، منذ سبتمبر 2014، وهشام السيد ، منذ أبريل 2015. هذا الوضع قاسي بشكل لا يطاق – لعائلاتهم ولدولة إسرائيل جميعها. الوحدة القسرية للسجناء ، والجهل وعدم اليقين الذي يحيط بكل من الأحياء والأموات ، كل هذا لا يسعه إلا أن يهز الروح ، وقد هزها فعلا.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

2. من الواضح إذن أن السؤال المطروح علينا ليس فيما إذا كنا مهتمين بتصحيح هذا الوضع. كقضاة، السؤال الذي طلب منا البت فيه هو سؤال اخر، متواضع ومقلص أكثر من ذلك: هل يوجد في نطاق التشريع القائم تخويل لإعطاء الأمر بالدفن المؤقت لجثث الارهابين لأغراض التفاوض المستقبلي مع حكم حماس في غزة فيما يتعلق بإعادة أسرى إسرائيليين أو جثثهم. هذه السؤال هو سؤال قانوني واضح ومقيد في النطاق القانوني، يدور حول تفسير أحد أحكام القانون الصادر في السنوات الأخيرة من حكم الانتداب البريطاني - اللائحة 133 (3) من أنظمة الدفاع (الطوارئ) لعام 1945 (أدناه: **لوائح الدفاع**)، والتي اليها أشارت الدولة كمصدر للصلاحية بتأخير إعادة جثث الموتى لذويهم وأيضا لإعطاء الأمر، بدلا من ذلك، بالدفن المؤقت لأغراض التفاوض المستقبلي لأجل إعادة أسرى إسرائيليين أو جثثهم، وأيضا بخصوص اخراج الجثث من القبر في حال نجح الأمر؟

3. إن التحدي المتمثل في تحقيق التزام دولة إسرائيل تجاه جنودها ومواطنيها هو أولاً وقبل كل شيء مسألة قيم حساسة ومؤلمة. ومع ذلك ، من وجهة نظري ، فإن السؤال القانوني الذي يثيره الالتماس أقل تعقيدًا ، وموقفي بشأنه يختلف عن موقف زميلي الرئيسة **أ' حيوت**. بحسب منهجي، صلاحيات القائد العسكري ليست واسعة كما تدعي الدولة، ومن غير الممكن تفسير اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع ليمتد نطاق تطبيقها أيضا على الصلاحية بإعطاء الأمر لدفن جثث تعود لمن هم مقيمي دولة إسرائيل او مقيمي مناطق أخرى تخضع لحكمها، في الحالة التي أمامنا، منطقة يهودا والسامرة، لأسباب تتعلق بالتفاوض المستقبلي مع حكم حماس في غزة. حكما من هذا النوع ينبغي أن يستند، للأسف، الى ترتيب تشريعي خاص وأحادي الدلالة، ويفصل كل القواعد التي تسري على ممارستها.

4. الى جانب ذلك، سأقول الآن إن رأيي لا يسير بالكامل في الأخدود الذي رسمته الأغلبية في الحكم الذي هو موضوع جلسة الاستماع الإضافية ، واستمرارا ذلك، ولا حتى في الاتجاه الذي يسير فيه رأي زميلي القاضي **ج' قرا.** كما سأفصل أدناه، بحسب منهجي، الجثث التي يسري عليها الحظر بشأن الاحتجاز لأغراض التفاوض المستقبلي بدون تخويل تشريعي محدد وواضح في القانون الإسرائيلي هي فقط حثث من هم مقيمي إسرائيل أو مقيمي منطقة يهودا والسامرة. مع ذلك، احتجاز جثث إرهابيين وصلوا لإسرائيل من غزة أو من مناطق أخرى لا يسري عليها القانون الإسرائيلي أو الحكم الإسرائيلي ينبغي النظر فيها وفقا للقانون الدولي، ولذلك، لا تحتاج الى تخويل صريح كهذا. تنظيم هذه القضية على الصعيد الدولي لا يفيد بأن هناك الزام بإعادة الجثث بشكل أجادي الجانب. وعليه، بقدر ما يكون الحديث متعلقا بإرهابين من غزة أو من دولة معادية، يكون بالإمكان فعل ذلك حتى بدون تخويل صريح لذلك في القانون الإسرائيلي. في هذا المفهوم، أعتقد أن رأيي يكشف عن منهج وسطي.

مبادئ القانون الإداري ومتطلب التخويل الصريح

5. نقطة البداية التي يبدو أنه لا يوجد خلاف بشأنها هي أن الإجابة على السؤال المطروح علينا تكمن في مبدأ البنية التحتية للقانون الإداري ، الذي تم الاعتراف به في السوابق القضائية منذ الأيام الأولى لهذه المحكمة – مبدأ دستورية الإدارة. لا يمكن القيام بفعل اداري بدون تخويل، ومنذ بداية القانون الإسرائيلي ، كانت هناك حاجة إلى تفويض" واضح وأحادي الدلالة " حين يتعلق الأمر بفعل

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

بحكم طبيعته وطبعه ينتهك حقوق الانسان (أنظروا: م ع"ع 1/49 **بزرنو ضد رئيس الشرطة** ، ف"د 80 (1949)؛ م ع"ع 144/50 **شايب ضد وزير الأمن**، ف"د ه 399 (1951)؛ م ع"ع 337/81 **ميطرني ضد وزير المواصلات**، ف"د ل ز(3) 337، 353 ، 359-360 (1983)، م ع"ع 333/85 **أفيال ضد وزير العمل**، ف"د م ه (4) (1991)؛ دفنا باراك ايريز **القضاء الإداري** المجلد الأول 97 -98 (2010)). وغني عن البيان، أن تصرفات القائد العسكري في المنطقة، ومن ضمنها القرار الذي يقع بمركز هذا الاجراء، تخضع للمبادئ الأساسية للقانون الإداري، وعلى رأسها مبدأ شرعية العمل الإداري (أنظروا على سبيل المثال: م ع"ع 358/88 **اتحاد حقوق المواطن في إسرائيل ضد قائد قيادة المركز**، ف"د (2) 529، 538 -539 (1989)؛ م ع"ع 1661/05 **المجلس الإقليمي لساحل غزة ضد الكنيست الإسرائيلي**، ف"د (2) 481، 519 (2005) (أدناه: موضوع **شاطئ غزة**)).

6. منذ سن القوانين الأساسية في عام 1992 ، تم ترسيخ مبدأ شرعية الإدارة بشكل أكبر ، مع التأكيد على أن التفويض الواضح للعمل الذي ينتهك الحقوق أيضا ينبغي أن تكون صريحا (أنظروا على سبيل المثال: استئناف على التماس اداري 94/ 4463 **جولان ضد خدمات السجون**، ن04) 136، 149 -151 (1996)؛ م ع"ع 5936/97 **لم ضد المدير التنفيذي لوزارة التربية والتعليم والرياضة**، ف"د (4) 673، 685 – 687 (1999)؛ م ع"ع 1437/02 **اتحاد حقوق المواطن في إسرائيل ضد وزير الأمن الداخلي**، ف"د (2) 746، 762 – 463 (2004)؛ استئناف على التماس اداري 3782/12 **قائد لواء تل ابيب – يافا في الشرطة الإسرائيلية ضد اتحاد الانترنت الإسرائيلي**، الفقرة 16 من وجهة نظر القاضي **ع' فوجلمان** (24.3.2013)؛ م ع"ع 7803/06 **أبو عرفة ضد وزير الداخلية**، الفقرات 52 -54 من وجهة نظر القاضي **فوجلمان** (13.9.2017)؛ طلب للنظر في استئناف مدني 2558/16 **مجهولون ضد الضابط المسؤول عن المكافئات في زوارة الامن**، الفقرة 38 والاحالات هناك (5.11.2017)).

7. على أي حال، التمييز بين " صريح " وبين " واضح – أحادي الدلالة " لا يقع في مركز النقاش في الموضوع المعروض علينا. هذا، لأن لوائح الدفاع هي تشريع كان ساري المفعول قبل سن القانون الأساس: كرامة الإنسان وحريته ، ويجب، وفقا لذلك، أن يتم تفسيرها وفقًا لروح القانون الأساسي (أنظروا: جلسة نظر إضافية في حكم جنائي 2316/95 **غنيمات ضد دولة إسرائيل**، م ت (4) 589 (1995) (أدناه: سابقة **غنيمات**). لهذا يمكن أن نضيف، في حالتنا ، قانون أساس: كرامة الإنسان وحريته مطلوب بشكل خاص للنظر في موضوع جثث أولئك الذين كانوا مقيمي إسرائيل (القدس الشرقية ، حيث يسري عليهم القانون الإسرائيلي بالكامل. أنظروا وقارنوا: موضوع **شاطئ غزة**، ص' 512 -513)). وذلك لأن حماية حقوق سكان المنطقة تم فحصها في حكم هذه المحكمة بشكل رئيسي من منظور وضعهم "كمقيمين محميين" بموجب قوانين الحرب والاتفاقيات ذات الصلة في القانون الدولي ، وخاصة اتفاقية جنيف للحماية المدنية في زمن الحرب. ك "أ 1 559 (أدناه: **اتفاقية جنيف الرابعة**) (أنظروا: موضوع **شاطئ غزة**، ص' 517 (2005)؛ م ع"ع 7957/04 **مراعبة ضد رئيس حكومة** إسرائيل، ف"د س(2) 477، 492 (2005)؛ م ع"ع 2150/07 **رئيس مجلس محلي بيت سيرا ضد وزير الأمن**، ف"د (3) 331، 352 (2009)). وأضيف ملاحظتي، وفعليا هنا، لهذا السبب فان موقف القانون الدولي في هذه القضية ذا وزن كبير. وربما نتعرض له لاحقا.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

8. لا خلاف حول أن القرار الذي تم اتخاذه ينتهك الحقوق، وأيضا الدولة لم تختلف حول أن الامر ينبغي أن يتأسس على تخويل محدد، منصوص عليه في تشريع رئيسي (الفقرة 16 من وجهة نظر القاضي **ي' دينتسيجر** في قرار الحكم موضع الجلسة الإضافية). على ذلك، من الضروري أن يستند القرار على تخويل واضح وأحادي الدلالة.

9. التشريع الذي تسعى الدولة الى الاستناد عليه لغرض احتجاز الجثث لأجل إدارة مفاوضات يتطرق الى صلاحية القائد العسكري لإعطاء الأمر بالدفن – هكذا وليس أكثر من ذلك. وعلى هذا تنص اللائحة 13303) من لوائح الدفاع:

> **" بالرغم مما ورد في كل قانون أخر، يكون للقائد العسكري أن يأمر بأن تدفن جثة شخص ما في المكان الذي يراه القائد مناسبا، للقائد العسكري الصلاحية بأن يحدد في نفس الأمر من ومن يقوم بدفن الجثة وبأي ساعة يتم الدفن. ويعتبر هذا الامر اذن كامل وكافي لدفن ذات الجثة وكل من يخالف هذا الأمر أو يعيق تنفيذه سيقع عليه الاتهام بارتكاب جريمة بموجب هذه اللوائح.**

بحسب معرفتي القضائية، الحكم في هذه اللائحة لا يمنح للقائد العسكري أي صلاحيات إضافية – بالتأكيد، ليس صلاحية كهذه والتي تسمح له بالأمر بإخراج جثث أشخاص من قبورهم لهذا الغرض أو لغيره. وهنا – القرار الذي تم اتخاذه لا يشتمل فقط على إعطاء الأمر بالدفن (على سبيل المثال، متى تتم عملية الدفن، أو من يحضر أثناء الدفن)، وانما أيضا، يتضمن عنصر أساسي أخر وهو اخراج الجثث من القبر في نهاية المطاف كجزء من تفاوض مستقبلي – بعد دفنه بصورة مؤقتة. لذلك لم أجد أي اسناد في صياغة اللائحة حول ذلك. التخويل بإعطاء الأمر بالدفن – هو أمر منفصل؛ والتخويل بالدفن المحدد كدفن مؤقت على أساس نقل الجثة في المستقبل – هو أمر منفصل.

10. أعتقد أن موقف الدولة ينحرف عن الموقف التفسيري لهذه المحكمة فيما يتعلق بمتطلب التخويل الذي بموجبه يكون مستوى التخويل بقدر حجم الانتهاك للحقوق. هذا الموقف تم رسم خطوطه العريضة، من بين أمور أخرى، في م ع"ع 10203/03 " **الوطنية للتعداد المحدودة ضد المستشار القانوني للحكومة**، ف"د (4) 715 (2008)، وعلى الرغم من اختلاف الأراء التي أحاطت بخصوص تطبيقه على نفس الحالة الا أنها استمرت في توجيه استمرار نفس المسار الذي حدده القرار لعدة سنوات تلت صدور القرار (أنظروا على سبيل المثال: م ع"ع 1800/07 **نقابة المحامين في إسرائيل ضد ديوان الخدمة المدنية**، الفقرة 7 (7.10.2008)؛ جلسة النقاش الإضافية للنظر في قرار محكمة العدل العليا 9411/00 **أركو لإنتاج الكهرباء المحدودة ضد رئيس بلدية رشون لتسيون**، ف"د (3) 41، 57- 58 (2009)؛ م ع"ع 4491/13 **المركز الأكاديمي للقانون والأعمال 1د حكومة إسرائيل**، الفقرة 21 كم وجهة نظر الرئيس **أ' جرونيس** (2.7.2014)). بسلسلة من قرارات الحكم التي صدرت عن هذه المحكمة بخصوص حالات مختلفة تقرر أن الأفعال التي تنتهك حقوق الفرد لا يمكن القيام بها بدون اذن صريح. هكذا على سبيل المثال، في م ع"ع 6824/07 **مناع ضد سلطة الضرائب**، ف"د (2) 479 (2010) (أدناه: موضوع **مناع**)، كما ذكرت زميلتي الرئيسة ، أنه تقرر بأن الصلاحيات لإجراء عمليات التفتيش عند نقاط التفتيش التابعة للشرطة لا تمتد إلى احتجاز المارة عند نقاط

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

التفتيش لغرض تحصيل الديون الضريبية. بحسب منهجي، التخويل في موضوعنا ليس صريحا أكثر من تلك التي قدمتها المواد القانونية التي تم فحصها في موضوع **مناع**.

11. أعود وأوضح: المسألة المطروحة علينا هي مسألة تفسيرية. لم يطلب منا البت في هل السياسات المعتمدة في هذا الموضوع هي سياسات مناسبة. طُلب منا فحص ما إذا كانت هناك سلطة للقيام بذلك بالمعنى المقصود في المادة 133 (3) من لوائح الدفاع ، ولم أجد مثل هذه السلطة. جدير بالذكر، في هذا السياق، نقاط تنوير أساسية: **الحاجة الأمنية، وأيضا اذا كانت ملحة، لا تشكل من ذاتها مصدرا للصلاحيات**. هذا ما يتضح من السابقة القضائية الثابتة لهذه المحكمة. في م ع"ع 5100/94 **اللجنة العامة لمناهضة التعذيب في إسرائيل ضد حكومة إسرائيل**، ف"د (4) 817 (1999) تم التوضيح أيضا بأنه حتى في التحقيق مع مشتبهين بارتكاب أعمال إرهابية لا يبرر استخدام وسائل جسدية غير مسموح استخدامها في تحقيقات أخرى، وبالتالي فان متطلب التخويل بموجب تشريع يسري في هذا السياق أيضا.(الاستثناء في موضوع " القنبلة الموقوتة " الذي ذكر في قرار الحكم لا يسري على تنفيذ السياسات في المقام الأمر، وانما تمت مناقشته كاحتمال لتبرير السلوكيات في وقت لاحق. هناك، ص' 843 – 845). في سابقة قضائية بموضوع " بطاقات المساومة " (استئناف على قرار بالحبس الإداري 10/94 **مجهولون ضد وزير الأمن** ، ف"د (1) 97 (1997)؛ جلسة إضافية جنائية 7048/97 **مجهولون ضد وزير الأمن**، ف"د (1)721 (2000)) في نهاية المطاف ، تم قبول الموقف القائل إنه حتى باسم الهدف السامي المتمثل في إطلاق سراح السجناء وإعادة الأبناء إلى حدودهم ، في الواقع نفس الأمر المعروض علينا ، لا يمكن التصرف خارج إطار القانون ، أي، الاحتجاز في حبس اداري لمن لم تتكشف عنه خطورة (حتى وان كان الاحتجاز من شأنه أن يكون ناجعا في التفاوض). في الواقع، فإن الضرر الذي ينطوي عليه احتجاز الجثث أقل من الضرر الناتج عن حرمان الأشخاص من الحرية. ومع ذلك فان هذه الاعتبارات المهمة غير ذات جدوى في الحسم بمسألة التخويل.

الانسجام مع التشريعات في "البيئة التفسيرية"

12. ان التصور الذي بموجبه أن سلطة دفن شخص ما لا تشمل، منها وبها ، سلطة اتخاذ القرار بشأن احتجاز الجثث أو استمرار دفنها ، ليس "جديدا". في الواقع ، هذا موقف قانوني له ثبات واضح حتى في التشريعات ذات الصلة فيما يتعلق بالفترة التي تم فيها سن لوائح الحماية.

13. ومن النماذج على هذه التشريعات قانون الصحة العامة لعام 1940 (أدناه: مرسوم الصحة العامة) واللوائح الصادرة بموجبه ، وبشكل أكثر تحديدًا - لوائح الصحة العامة (إعادة الدفن) لعام 1941 (فيما يلي: لوائح إعادة الدفن). كان الهدف من هذه اللوائح،

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

التي صدرت بموجب مرسوم الصحة العامة بعد وقت قصير من صدوره ، هو تنظيم معالجة اخراج الجثة من القبر. إجراء كهذا تعين له مصطلح محدد (" إعادة الدفن "). يبدو ، بالتالي ، أن الهيئة التشريعية الانتدابية ميزت تمييزًا واضحًا بين **فعل الدفن** (الذي تم تنظيمه في القسم 8 من قانون الصحة العامة ، وكذلك في اللائحة 133 (3) من أنظمة الدفاع) وبين الإجراءات والقرارات اللاحقة له، ومن ضمنها **الإخراج من القبر** (الذي تم تنظيم موضوعه في لوائح الدفن من جديد، بالاستناد الى تشريع أولي تطرقت للمسألة كقضية منفصلة – المادة 9 من مرسوم الصحة العامة – خولت سن لوائح بموضوع " نقل الجثث للدفن، إخراجها من قبورها ودفنها من جديد"). وتجدر الإشارة إلى أن هذه الأحكام ليست حبرا على ورق ، وحتى أنها تمت مناقشتها وتم تنفيذها في الحالات المناسبة. على سبيل المثال ، لن تُنسى الحالة الصعبة المتمثلة في دفن الراحلة تيريزا إنجلويتز، طيبة الذكر، حيث تمت مناقشة طلب إعادة دفنها بموجب هذا الترتيب (انظروا: م ع"ع 637/85 **جمعية قاديشا ضد مدير عام وزارة الصحة**، ف"د م (3) 785 (1986)).

14. في المقابل ، لا تتناول اللائحة 133 (3) من لوائح الدفاع إلا الدفن نفسه ، ولا يوجد أساس لافتراض أنها تمنح القائد العسكري سلطة اتخاذ قرار بشأن الأمور التي تتجاوز ذلك. في قرار الحكم موضوع جلسة النقاش الإضافية، وقف القاضي **دينتسيجر** بتوسع على التاريخ التشريعي للترتيب الذي أمامنا، الذي يدعم هو أيضا الاستنتاج بأن التفسير الذي قدمته الدولة غريب عن اللائحة. وانا أسعى لتعزيز استنتاجه، وتأكيد حقيقة أنه أيضا خلال فترة الانتداب ، كانت نقطة انطلاق التشريع هي أن دفن الجثة من ناحية ، وإخراجها من القبر لغرض إعادة الدفن ، من ناحية أخرى ، هي إجراءات منفصلة تتطلب لكل منها تخويل منفصل. وأشير الى أنه خلال المرافعات الشفهية طرحت على ممثلي الدولة سؤالا حول مدى توافق موقفهم مع اللوائح المذكورة. لم احصل على جواب.

15. في الواقع، التمييز بين متطلب التخويل الصريح للدفن وبين التخويل الصريح للدفن المؤقت بغرض إخراجها من القبر ودفنها من جديد (بحسب منهجي ليس هنا مكانها) – وهو تمييز له جذوره العميقة في التاريخ التشريعي الإنجليزي حتى خارج دولة إسرائيل. المصطلحات الإنجليزية المستخدمة لوصف أوضاع اخراج الجثة من القبر أو دفنها من جديد exhume أو reinterment. في الواقع، القانون الذي نظم مواضيع الدفن في بريطانيا في حدود منتصف القرن التاسع عشر - Burial Act, 1857- اشتمل على ترتيب منفرد وخاص بمسألة اخراج الجثة من القبر. وفقا للمادة 25 من هذا القانون، يعتبر اخراج الجثة من القبر جريمة، الا اذا أعطي الاذن بذلك (من قبل الأجهزة المحددة – من جهة الكنيسة أو من جهة الدولة). دون الحاجة إلى الخوض في تفاصيل هذه الترتيبات ، التي لا تهمنا ، يمكن القول إن المفهوم يظهر بوضوح أن التخويل بخصوص الإجراءات التي موضوعها هو الدفن المؤقت أو الدفن من جديد، تختلف عن تلك تقررت بخصوص الدفن "العادي" ، ومن الواضح أن الدفن المقصود هنا هو فعل نهائي ومكتمل. الأمور ليست فنية ، لكنها متأصلة في الخلفية الثقافية والدينية للتشريع ، الذي يعتبر الدفن "راحة أخيرة" ، في الوضع الطبيعي. (للتوسع أنظروا: SIDNEY PERLEY, MORTUARY LAW, 109-113 (1896); Steven Gallagher, *Raising the Dead: Exhumation and the Faculty Jurisdiction: Should We Presume To Exhume*, 1 WEB JCLI (2010)).

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic

المرجع AlMarje'

16. يجب أن نضيف أنه في السنوات العديدة التي مرت منذ نهاية حكم الانتداب في البلاد ، سن الكنيست الإسرائيلي العديد من التشريعات المتعلقة بجوانب مختلفة من موضوع الموت والدفن. من بين أمور أخرى ، يمكننا أن ذكر في هذا الصدد قانون التشريح وعلم الأمراض ، لسنة 1953 والذي يمنح صلاحيات مختلفة لتشريح الجثث لأغراض مختلفة – علمية وغيرها، واللوائح التي صدرت بالاستناد لهذا القانون سنة بعد ذلك (أنظروا: لوائح التشريح وعلم الأمراض – 1954)؛ قانون التحثيث في أسباب الموت – 1958، الذي يمنح من بين أمور أخرى الصلاحية لتأجيل الدفن لأغراض تشريح الجثة وأيضا فتح القبر لأجل هذه الغاية. وأيضا تقرر حق الاستئناف على قرار كالمذكور (أنظروا المواد 26 و – 27 من هذا القانون)؛ وأيضا قانون المدافن العسكرية، الصادرة سنة 1950، والذي يقرر، من بين أمور أخرى، الصلاحية للدفن المؤقت في أوقات الحرب (المادة 4أ)، والصلاحية لنقل الجثة التي تم دفنها في المدافن جثة الى جانب جثة (المواد 4ب، 4ج و – 6)، وحظر اخراج جثة من قبرها الا بتصريح (المواد 7 و – 10). أيضا انظروا المادة 83 من قانون الشحن (البحارة)، لسنة 1973، الذي يمنح لأصحاب السفن، من بين أمور أخرى، صلاحيات القيام بدفن جثة أحد أفراد الطاقم أثناء الإبحار، بشرط أن " تفي بالمتطلبات". لمعرفة المزيد عن التشريع بموضوع الدفن، أنظروا أيضا: م ع"ع 52/06 **شركة الأقصى لتطوير عقارات الوقف الإسلامي المحدودة ضد** Simon Wiesenthal Center Museum Corp, الفقرات 146 – 148 من قرار حكم القاضي **أ' بروكتشيا** (29.10.2008)). في رأيي ، يمكن أن نتعلم من هذه التشريعات أنه طوال سنوات سيادة القانون الإسرائيلي ، تعامل المشرع الإسرائيلي بلطف وحساسية مع منح الصلاحيات المتعلقة بالدفن. التشريع في هذا المجال منظم ومحدد، وأعطى حكمه في أوضاع محددة يمكن أن تستمد حكمها منه، وقد ورد التمييز بين كل وضع ووضع من بينها. أمام هذه المعطيات، من الصعب أن نلائم تخويل عام الى درجة كبيرة. ليس في فترة حكم الانتداب وليس في السنوات السبعين التي تلت انتهاء الحكم الانتدابي.

الموقف التفسيري بخصوص لوائح الدفاع

17. كررت هذه المحكمة التأكيد على أن لوائح الدفاع التي سُنَّت خلال فترة الانتداب لا تزال جزءًا من القانون الإسرائيلي، لكن التوجهات الأساسية لنهج القانون الإسرائيلي تلزم أن يكون التفسير ضيقا. هذا، وضمن الأخذ بالاعتبار أن نهج الانتداب البريطاني كان يحمل خصائص الحكم الاستعماري الخارجي أو شبه الاستعماري وليس خصائص الحكم الديمقراطي. على ذلك، حتى الصلاحيات التي تم الإقرار بأن لها نطاقًا واسعًا نسبيًا للتطبيق خلال فترة الانتداب كانت تُمارس أيضًا بحذر وبصيغة تقييدية في الفترة التي أعقبت إنشاء الدولة ، وان لم يكن بالقدر الدي كان عليه الحال في السنوات التي تلت ذلك منذ ذلك الحين. وقد أعيد التأكيد على هذا المبدأ التفسيري في السوابق القضائية في سياقات مختلفة - سواء فيما يتعلق بلوائح الحماية نفسها (انظروا بشكل رئيسي: م ع"ع 680/88 **شنيتسر ضد رئيس الرقابة العسكرية**، ف"د (4) 617، 628 – 629 (1989))، أو فيما يتعلق بالتشريع الانتدابي " العادي" (ابدأوا ب م ع"ع 73/53 **شركة صوت الأمة المحدودة ضد وزير الداخلية**، ف"د 871 (1953). أنظروا أيضا: م ع"ع 6536/17 **الحركة من أجل كفاءة الحكم في إسرائيل ضد شرطة إسرائيل**، الفقرة 32 من وجهة

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

نظر القاضية (كما وصفت وقت ذاك) **حيوت** والفقرات 7 – 10 من وجهة نظر القاضي **فوجلمان** (8.10.2017)). وهذه الأمور تسير باتجاه واحد مع سابقة **غنيمات**.

18. أعتقد أن التفسير الذي تسعى الدولة إلى إضفاء الشرعية عليه اليوم، يتجاوز هذا التقليد الفقهي ، ويتجاوز نقطة الانطلاق التي وجهتها المحكمة على مدى عقود. ولم تشر الدولة إلى أن لوائح الدفاع قد فُسرت أو طُبقت في الماضي ، أي خلال فترة الانتداب، بطريقة يمكن استخدامها لغرض استمرار حيازة الجثث التي أمر القائد العسكري بدفنها. ولم تشر حتى إلى استخدام ممارسة مماثلة في المناطق الأخرى التي حكمتها الإمبراطورية البريطانية في تلك السنوات ، بما في ذلك الأماكن الأخرى التي حدثت فيها صراعات مع السكان المحليين.

19. علامات الاستفهام أيضا تم شحذها على ضوء الحقيقة التي برزت خلال فترة الانتداب البريطاني وهي تطبيق حكم الإعدام في أرض إسرائيل، والذي تم تنفيذه من وقت لأخر، كما هو معروف لنا، أيضا في سياقات وطنية مؤلمة. بالتوازي، تطرقت الأحكام التشريعية في ذات الفترة للتعامل مع جثث من تم اعدامهم – ليس مرة واحدة - ممن حاربوا الحكم البريطاني. تنظيم التعامل مع جثثهم عمل به وفق لوائح السجون، لسنة 1952، وهذه اللوائح قد قررت ترتيب واضح بشأن تسليم الجثث لأقربائهم (اللائحة 292 حسب الصياغة الأصلي للوائح. أنظروا أيضا: يهوشع كسفي ضد " السجون في ارض إسرائيل أثناء فترة الانتداب البريطاني" 32 ،141، 171 – 172 (1984)).

20. إذا كان الأمر كذلك ، فإن النتيجة هي أن لدينا حالة فريدة لاستخدام اللوائح على نطاق أوسع مما تم القيام به خلال فترة الانتداب.

21. لإكمال الصورة، تجدر الإشارة الى أنه في البروتوكول الأول الذي أضيف لاتفاقيات جنيف الأربعة (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the 4 Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1125 U.N.T.S. 3 (1977)), تم التطرق بشكل خاص ومنفصل الى فعل الدفن من جهة والى اخراج الجثة من القبرة من جهة أخرى. المادة 34 من البروتوكول، والتي عنوانها " رفات الأشخاص الذين ماتوا لأسباب تتعلق بالاحتلال، أو أثناء الاعتقال نتيجة للاحتلال أو للأعمال العدائية ولأشخاص ليسوا من رعايا البلد الذي ماتوا فيه نتيجة للأعمال العدائية ". المادة الأولى تتعامل مع واجبات عامة لاحترام رفات هؤلاء الأشخاص، المادة الثانية والتي موضوعها المفاوضات بين الأطراف المتخاصمة حول ما سيحدث للجثث وخصصت المادة الثالثة لتنظيم الحالات التي لا يتم فيها توقيع مثل هذه الاتفاقيات. في الواقع ، المادية الفرعية الأخيرة فقط تشير تحديدًا إلى عملية إخراج الجثث من قبورهم ، وهذه نصة:

"يجوز للطرف المتعاقد الذي توجد في أراضيه مواقع الدفن المشار إليها في هذا القسم ، يسمح له بإزالة الرفات من قبورهم فقط:

(أ) بالتطابق مع الفقرات 2(ج) و-(3)، أو

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

(ب) عندما يكون موضوع اخراج الجثة من القبر هو موضوع ضرورة عامة وعليا، بما يشمل حالات الضرورة الطبية أو لأغراض التحقيق، في مثل هذه الحالة، على الشخص المتعاقد أن يحترم في كل وقت رفات الموتى وأن يعطي معلومات مناسبة لدولة المولد بمسألة نيته لإخراج الرفات من القبر، مع ذكر التفاصيل حول المكان المنوي دفن الرفات فيه من جديد".

22. في السياق الحالي، ليس مطلوبا مني الإجابة عن السؤال المتعلق بتصنيف هذا الحكم، في الشق المتعلق بالتمييز بين القواعد العرفية وبين أخرى (أنظروا وقارنوا: م ع"ع 769/02 **اللجنة العامة لمناهضة التعذيب في إسرائيل ضد رئيس الحكومة**، ف"د (1) 507، 548 * 549 (2006)؛ م ع"ع 201/09 **أطباء لحقوق الانسان ضد رئيس الحكومة** ، ف"د (1) 521، 537 (2009)). مقصدي أكثر تواضعا: تجدر الإشارة إلى أنه حتى في عالم القانون الدولي ، هناك أهمية للتمييز بين ترتيب الدفن "الدائم" أو "لمرة واحدة" ، والترتيب المتعلق بالدفن المؤقت وإعادة الدفن. وفي الجوهر - الدفن بشكل منفرد ، وإزالة الجثة من القبر أيضا بشكل منفرد.

صلاحية واسعة بخصوص كل شخص؟

23. صعوبة إضافية في موقف الدولة، من حيث شرط الحصول على إذن واضح وأحادي الدلالة أو حتى صريح ، يصبح الأمر أكثر وضوحًا في ضوء الصياغة العامة التي تعتمدها المادة 133 (3) من لوائح الدفاع. وظاهريا، يبدو أن القائد العسكري مخول بالتصرف بموجب هذا الحكم في موضوع " أي شخص". اذا كان تفسير الدولة صحيحا، لا يشترط أن من تحتجز جثته يشكل خطرا على حياة الأشخاص، على أمن الدولة أو سلام الجمهور. على أي حال ، لا يشترط، لذلك، أن يكون ناشطا إرهابيا أو جنديا في جيش العدو. وكما يبدوا ظاهريا يمكن للقائد العسكري بموجب هذه اللائحة أن يحتجز أيضا جثث مواطني الدولة. بعد كل شيء ، تسري اللائحة 133 (3) من أنظمة الدفاع أيضًا ضمن حدود دولة إسرائيل ، كما أن الصلاحيات المقررة فيها تنطبق بشكل مبدئي في هذا النطاق. وفي الواقع، في هذا الوقت ، تهتم الدولة بتفعيل هذه الصلاحيات فقط بخصوص أولئك الذين تم تحديدهم كإرهابيين وليسوا من مواطني الدولة. ومع ذلك، كل ذلك ضمن مؤشر السطلة التقديرية. في حال تم قبول موقف الدولة التفسيري، من حيث المبدأ، ستكون الصلاحيات واسعة النطاق، الدلالة القانونية لاتجاه الأمور ضمن هذا التفسير هي الإقرار بصلاحيات واسعة لاحتجاز حتى جثث مواطني دولة إسرائيل بوضعية الدفن المؤقت لأغراض التفاوض المستقبلي. بنظري، هذه نتيجة تفسيرية صعبة (أنظروا وقارنوا، م ع"ع 9098/01 **جنيس ضد وزارة الاعمار والإسكان**، ف"د (4) 241، 277 (2004)).

ما هي قواعد القانون الدولي ذات الصلة بموضوعنا؟

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

24. تم تكريس جزء لا يستهان به من ادعاءات الدولة للترتيبات التي وردت في القانون الدولي التي تنطبق على التعامل مع الجثث في أوضاع النزاع المسلح. في هذا السياق، أشارت الدولة الى أن القانون الدولي لا يشتمل على أحكام تلزم بإعادة الجثث للقوى المعادية، وللتمييز عن تلك الترتيبات التي موضوعها الدفن الملائم للجثث. زميلتي الرئيسة مالت الى هذا الموقف في قرار حكمها، لكنها تشير الى ان نقاش هذه الأمور يقع على هامش الموضوع الرئيسي وزائد عن الحاجة، لإنه ، بكل الأحوال، يحسم هنا التخويل العام الوارد في لوائح الدفاع. موقفي بهذا الصدد مختلف.

25. في البداية، أعتقد أن القانون الدولي ضروري في موضوع النقاش هنا، حيث إن الصعوبات الناشئة عنه من المفترض أن تفرض نفسها على التفسير المتعلق بالتخويل وتكون بمثابة اعتبار داعم إضافي له وزنه مقابل تفسير أوسع للائحة 133 (3) من لوائح الدفاع، وكل هذا وفق قرينة التوافق بين التشريعات الداخلية وقواعد القانون الدولي الملزمة. بالاستناد الى هذه القرينة، يجب تفسير التشريع الإسرائيلي بقدر الإمكان ليتطابق مع أحكام القانون الدولي (أنظروا: استئناف جنائي 131/67 **قمير ضد دولة إسرائيل**، ف"د (2) 85، 112 و-118 (1968)؛ استئناف جنائي 6659/06 **مجهول ضد دولة إسرائيل**، ف"د (4) 329، 351- 353 (2008)؛ استئناف جنائي 9656/06 **دلة إسرائيل ذد سعيدي**، الفقرة 27 (15.12.2011)؛ م ع"ع 7146/12 **أدم ضد الكنيست**، ف"د (1) 717، 744؛ م ع"ع 8425/13 **ايتان سياسات الهجرة الإسرائيلية ضد حكومة إسرائيل**، الفقرة 33 من وجهة نظر القاضي **فوجلمان** والاحالات في المصر الرئيسي (22.9.2014)).

26. وثانيا، بحسب رأي، لم تكن الدولة، دقيقة بالكامل على صعيد ما تطرقت اليه بالنسبة إلى الوزن الذي يُعزى إلى حقيقة أن القرار ينطبق أيضًا على سكان المناطق التي تسيطر عليها إسرائيل ، بالتمييز عن جنود أو مقاتلي كيان أجنبي. ذكرت الدولة، أيضًا في مطالباتها، القواعد ذات الصلة لاتفاقية جنيف الرابعة ، على سبيل المثال ، لكنها فعلت ذلك عن طريق مراجعة عامة لموقف القانون الدولي من الدفن ، دون التركيز بدرجة كافية على التمييز المطلوب بين من هم مقيمون "محميون" (أي سكان المنطقة الواقعة تحت "احتلال عسكري" ولم يفقدوا حقوقهم بسبب النشاط القتالي بموجب المادة 5 من اتفاقية جنيف الرابعة) وبين من هم مقيمي دولة معادية في حالة مواجهة مع دولة إسرائيل. لم يفقد أبناء عائلات المستأنف ضدهم، في اطار هذه القضية، الحقوق الممنوحة لهم بموجب الاتفاقية. الأخذ بهذه الفروقات بالحسبان يؤثر على التوازنات التي يعتمدها القانون الدولي في أحكامه.

27. موقفي بموجب ذلك، هو: عمليا، بقدر ما يتعلق الأمر بجثث محاربين من قوات دولة معادية، بدون المساس بمقيمين أو مواطنين خاضعين لسلطة دولة إسرائيل، فان المبادئ التي تسري على إعادة الجثث تتأسس بدرجة كبيرة على جوانب تتعلق بإنهاء الأعمال العدائية المتبادلة. وعليه – كما أكدت في البداية – عدم وجود تفويض صريح في القانون الإسرائيلي لا يمنع إصدار تعليمات بشأن دفن سكان غزة الذين ارتكبوا أعمالاً إرهابية والذين تحتجز إسرائيل جثثهم ، من بين أمور، أخرى لغرض إجراء مفاوضات مستقبلية بشأن إعادة الجثث أو الأسرى والمفقودين. وليس في قراري ما يمنع ذلك، لكن الوضع مختلف عندما يتعلق الأمر بالاستمرار في حيازة جثث الأشخاص الذين هم وعائلاتهم من سكان يهودا والسامرة أو من سكان إسرائيل.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

28. بقدر ما يتعلق الأمر بمنطقة يهودا والسامرة، فان الإحالة على القانون الدولي تلزم أولا وقبل كل شيء التعرض لمبدأين معياريين : اللوائح الإضافية لاتفاقية لاهاي الصادرة في سنة 1907 والتي حازت مكانة الأعراف الدولية (Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, Annexed to the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, 187 C.T.S. 227 (1907) (أدناه: لوائح لاهاي). أنظروا: م ع"ع 393/82 **جمعية إسكان المعلمين التعاونية المحدودة المسؤولية ضد قائد قوات جيش الدفاع الإسرائيلي في منطقة يهودا والسامرة**، ف"د (4) 785، 793 (1983))، واتفاقية جنيف الرابعة، والتي سبق ذكرها أعلاه، حيث يتوجب على دولة إسرائيل احترام أحكامها الإنسانية في مناطق يهودا والسامرة (أنظروا: موضوع **شاطئ غزة**، ص' 558 – 559).

29. الأحكام ذات الصلة في موضوعنا هي بشكل أساسي اللائحة 46 من أنظمة لاهاي والمادة 27 من اتفاقية جنيف الرابعة ، التي تتطرق الى سكان منطقة يهودا والسامرة كمقيمين محميين. تنص المادة 46 من أنظمة لاهاي على أنه "يجب احترام كرامة وحقوق الأسرة والحياة البشرية والملكية الخاصة ، وكذلك المعتقدات وطقوس العبادة"، وتضيف المادة 27 من اتفاقية جنيف الرابعة في سياق مماثل أن "السكان المحميين يستحقون في جميع الظروف معاملة لائقة - وفقا للمنطق السليم - لأجسادهم ، وكرامتهم ، وحقوقهم الأسرية ، وإيمانهم وعبادتهم ، وعاداتهم وتقاليدهم. التعامل معهم دائما يكون من منطلق انساني" (أنظروا وقارنوا: م ع"ع 2056/04 **مجلس قروي بيت سوريك وأخرون ضد حكومة إسرائيل**، ف"د (5) 807،836 (2004)؛ م ع"ع 9593/04 **مراد ضد قائد قوات الجيش في منطقة يهودا والسامرة**، ف"د (1) 844، 868 (2006)). قي الواقع، تخضع هذه الحقوق لتحفظات تتعلق بالحاجات الأمنية، وكما أكدت في البداية، المادة 27 توضح انه " يجوز لأصحاب النزاع، فيما يتعلق بالمحميين ، أن يتخذوا نفس إجراءات المراقبة والأمن التي ستكون ضرورية نتيجة الحرب ". ومع ذلك، نقطة الانطلاق في موضوعنا هي أنه للمقيمين المحميين - والتركيز هنا ليس على الجناة أنفسهم بل على عائلاتهم – حقوق، والتي منها ما يتعلق بعادات الدفن والحداد.

30. في هذا السياق ، تجدر الإشارة أيضًا إلى المادة 130 من اتفاقية جنيف الرابعة ، والتي ظهرت أيضًا التصريح الجوابي من قبل الدولة . وينص هذا القسم الذي ينظم معاملة جثامين المتوفين أثناء اعتقالهم على ما يلي:

> **" على السلطات المحتجزة التأكد من دفن المعتقلين المتوفين في أناء اعتقالهم بطريقة لائقة وموقرة ،وإذا أمكن - وفقًا لشعائرهم الدينية ، وتكريم قبورهم وحفظها بشكل سليم وتمييزها حتى يمكن التعرف عليها دائمًا. المعتقلون الذين ماتوا، يتم دفن كل منهم في قبر مستقل، إلا في حالة وجود ظروف حتمية تستدعي دفن مشترك. ويسمح بحرق الجثث فقط لدواعي ضرورية للحفاظ على الصحة أو لأسباب يعود أصلها لدين المتوفي أو تلبية لرغبة المتوفي الصريحة. في حال تم حرق الجثة، تسجل هذا الواقعة ويشار الى الأسباب التي دفعت لذلك في شهادة وفاته. يحفظ رماد المتوفي لدى سلطة الاعتقال، وبطلب من قبل أبناء عائلته يتم تسليم ما تبقى منه اليهم بأسرع وقت ممكن مباشرة بعد أن تسمح الظروف، وفي موعد لا يتجاوز نهاية الأعمال العدائية ، يجب على السلطة المحتجز أن تنقل، من خلال مكاتب**

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

الاستخبارات المذكورة في المادة 136 ، الى السلطات التي اليها كان يعود المعتقلون، تشتمل هذا القوائم على كل التفاصيل المطلوبة للتعرف على المعتقلين الذين توفوا وتحديد مكان دفنهم بدقة".

ولو كان الأمر كذلك ، حتى هذه المادة لا تنظم إمكانية احتجاز الجثث لأغراض مستقبلية، ولا حتى اخراج الجثث من القبور بقصد دفنها من جديد.

31. هل دلالة الأمور هنا تفيد أن واجب الحفاظ على حقوق أقرباء الميت تلزم دائما إعادة جثث من ارتكبوا أعمالا إرهابية بغرض دفنهم وفقا لاختيار ذويهم؟ الجواب سلبي. قوانين الاحتلال العسكري تمنح للقائد العسكري صلاحيات واسعة للحفاظ على أمن المنطقة. اللائحة 43 من لوائح لاهاي تنص بصراحة على أنه (" بانتقال سلطة سيادة القانون في الواقع الى يد المحتل، عليه أن يتخذ جميع التدابير الممكنة لاستعادة النظام والحياة العامة وضمانهما قدر الإمكان ، مع احترام القوانين السارية في البلد الا اذا وجد منع مطلق لذلك "). كما تنص المادة 27 من اتفاقية جنيف الرابعة على أنه "يجوز لأطراف النزاع ، فيما يتعلق بالأشخاص المحميين ، اتخاذ نفس إجراءات الإشراف والأمن التي تغدو مطلوبة نتيجة للحرب". (أنظروا وقارنوا: استئناف جنائي 6659/06 **مجهولون ضد دولة إسرائيل**، (4) 329، 361 (2008)). في نطاق هذه الصلاحيات، يحق للقائد العسكري تعليق انقضاء المدة المحددة لتسليم الجثة لأسرة المتوفى ، لتحديد مكان وزمن الدفن، وأيضا أعطاء الأمر بخصوص من يحضر الجنازة في حال قيامها، ضمن تقليص عدد المشاركين بها حتى الحد الأدنى، اذا كانت الظروف تلزم ذلك. كل هذه الأمور هي ضمن صلاحياته بموجب القانون الدولي، وأيضا تصرح بذلك اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع بشكل صريح (أنظروا: م ع"ع 3933/92 **بركات ضد قائد قيادة المركز**، ف"د (5) 1، 6 (1992)). في الواقع، سبق لهذه المحكمة أن نظرت في الالتزامات التي تنطبق على الدولة فيما يتعلق بدفن الإرهابيين في منطقة يهودا والسامرة ، والقيود التي قد تفرضها فيما يتعلق بطريقة الدفن والحاضرين خلالها ، بما في ذلك ما يتعلق بموظفي "الصليب الأحمر"، لأسباب أمنية (أنظروا: محكمة العدل العليا 3114/02 **بركة ضد وزير الأمن**، ف"د (3) 11 (2002)، حيث نوقش الأمر عقب المعارك التي جرت في منطقة يهودا والسامرة ، وفي نفس الوقت في جنين ، واستندت إلى الافتراض المتعلق بانطباق الأحكام الإنسانية لاتفاقية جنيف أيضًا على دفن المتورطين في القتال). ليس من نافل القول، أن كل ما يتعلق بمقيمي إسرائيل ومواطنيها، التخويل بشأن القيود التي تسري على ترتيبات الدفن، ومن ضمنها الأحكام المتعلقة بتسليم الجثث لذويهم، تم تنظيمها بقانون مكافحة الإرهاب، لسنة 2016، في المواد 70أ و – 70ب (التي تمت اضافتها الى القانون عقب قرار الحكم الصادر عن هذه المحكمة م ع"ع 5887/17 **جبارين ضد شرطة إسرائيل** (25.7.2017) (أدناه: موضوع **جبارين**)، الذي فحص المسألة من ناحية التخويل. أنظروا: قانون مكافحة الإرهاب (تعديل رقم 30)، لسنة 2018، كتاب القوانين 292). بالمقابل، احتجاز جثث مقيمي المنطقة لأغراض التفاوض بشأن تبادل أسرى مستقبليين لا ترتكز على تفويض تشريعي صريح، وتثير، للأسف علامات استفهام.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

32. التمييز بين المبادئ القانونية التي تسري على موضوع مقيمي قطاع غزة وبين المبادئ القانونية التي تسري على أولئك الذين يعيشون في الأراضي الخاضعة لسيطرة دولة إسرائيل، لا يعتبر فقط الخيط الثاني في قرار هذه المحكمة وانما يعكس موقف الدولة نفسها في سلسلة طويلة من إجراءات التقاضي. في قرار محكمة العدل العليا 9132/07 **البسيوني ضد رئيس الحكومة** (30.1.2008) (أدناه: موضوع **البسيوني**)، كان موقف الدولة هو أن الالتزامات التي تنطبق عليها في هذه المنطقة مقلصة ومستمدة من قوانين الحرب ، لكن مجمل قوانين الاحتلال العسكري لم تعد تنطبق عليها بحكم كونها تفتقر الأن إلى السيطرة الفعالة في المنطقة. قبلت هذه المحكمة بشكل أساسي الموقف المذكور. وورد من بين أمور أخرى في قرار المحكمة ما يلي:

> **" منذ شهر سبتمبر 2005، ، لم تعد لإسرائيل سيطرة فعلية على ما يجري في قطاع غزة، وقد تم إلغاء الإدارة العسكرية التي أقيمت في هذه المنطقة في الماضي بقرار حكومي، والجنود الإسرائيليون لا يمكثون في هذه المنطقة بانتظام. كما أنهم لا يتحكمون في ادارة ما يجري في هذه المنطقة. في هذه الظروف لا يقع على إسرائيل واجب الحفاظ على رفاهية سكان قطاع غزة والحفاظ على النظام العام داخل قطاع غزة ، بما يتوافق مع مجمل قوانين الاحتلال الدولية. كما أن إسرائيل لا تملك القدرة الفعالة في وضعها الحالي على حفظ النظام وإدارة الحياة المدنية في قطاع غزة. في ظل الظروف التي نشأت ، فإن الالتزامات الأساسية المفروضة على دولة إسرائيل تجاه سكان قطاع غزة تنبع من حالة القتال السائدة بينها وبين منظمة حماس التي تسيطر على قطاع غزة. وتنبع هذه الالتزامات أيضًا من درجة سيطرة دولة إسرائيل على المعابر الحدودية بينها وبين قطاع غزة. ومن الوضع الذي نشأ بين دولة إسرائيل وقطاع غزة بعد سنوات من الحكم العسكري الإسرائيلي في المنطقة ، مما أدى إلى اعتماد قطاع غزة شبه الكامل على إمدادات الكهرباء الإسرائيلية من إسرائيل "(المرجع نفسه ، الفقرة 15).**

33. أعتقد بأن هذا الموقف الذي أعيد تأكيده في سلسلة من الأحكام الإضافية (انظروا: محكمة العدل العليا 5693/18 **صيام ضد رئيس الوزراء** ، الفقرة 16 (26.8.2018) (فيما يلي: قضية **صيام)** ؛ محكمة العدل العليا 3003/18 **يوجد قانون، متطوعون من أجل حقوق الإنسان ضد رئيس أركان جيش الدفاع الإسرائيلي** ، الفقرة 51 من وجهة نظر قائم مقام الرئيس **خ' ملتسر** (24.5.2018) (من الآن فصاعدًا: قضية **يوجد قانون**)) ، يجب أيضًا تطبيقها في هذه الحالة.

34. أود أن أوضح: لا يسعني إلا أن أرى أن منظمة حماس التي تحكم قطاع غزة منذ عام 2007 ، لديها أيضًا نشطاء في منطقة يهودا والسامرة ، وأن بعض الجثث التي تتناولها هذه الجلسة تنتمي إلى أولئك الذين تم ربطهم بها بل وعملوا باسمها (أنظروا: موضوع: **يوجد قانون**، الفقرة 1 من وجهة نظر الرئيسة **حيوت**). مع ذلك، لا تزال هناك أهمية قانونية للتمييز بين الترتيبات القانونية المختلفة المتعلقة بقطاع غزة من ناحية ومنطقة يهودا والسامرة من ناحية أخرى. لهذا السبب، إن احتجاز الإرهابيين المندرجين ضمن القوات المعادية في قطاع غزة يستند إلى قانون اعتقال المقاتلين غير الشرعيين، الصادر سنة 2002 (أدناه: **قانون المقاتلين غير الشرعيين**). مقابل ذلك، عندما يكون سكان منطقة يهودا والسامرة ، أو سكان إسرائيل ، حسب مقتضى

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

الحال ، رهن الاعتقال غير الجنائي ، يمكن أن يكون هذا الاعتقال ضمن نطاق قوانين الاعتقال الإداري فقط (وفقا للوائح الدفاع أو قانون الصلاحيات في أوقات الطوارئ (المعتقلون)، لسنة 1979). هذا ، حتى لو كانت أيديولوجيتهم لا تختلف عن أيديولوجية أعضاء التنظيم في غزة. هو القانون أيضل في كل ما يتعلق بإمكانية احتجاز جثثهم بعد موتهم. القوانين التي تسري على كل ما يحدث في قطع غزة وواجب إسرائيل تجاه مقيمي قطاع غزة ليست مماثلة لتلك التي تسري في إسرائيل أو في المنطقة. وفي نفس الاتجاه ، الأعمال التي لا يحظرها القانون الدولي فيما يتعلق بغزة ليست بالضرورة مسموحًا بها في منطقة يهودا والسامرة ، أو في إسرائيل نفسها. ويسري ذات الأمر، أيضا، عندما نتعامل مع الحرمان من الحرية للناس الأحياء، وحتى عندما يتعلق الأمر بالقيود المتعلقة بدفن الموتى.

ما يمكن تعلمه من الحالات التي تم فيها استخدام المادة 133 (3) من لوائح الحماية في الماضي

35. ادعت الدولة بأن احتجاز جثث لأغراض إدارة عملية التفاوض المستقبلي هي ممارسة منحها المستشار القانوني للحكومة ختم الموافقة، وفي الواقع، حتى المحكمة لم تبد عليها تحفظات بشكل مباشر (في الالتماسات التي قُدمت في الماضي والتي طُلب فيها من الدولة الرد ، لكن تم شطبها في النهاية). وأيضا زميلتي القاضي تطرقت لذلك.

36. أعتقد أنه لا يمكن التعلم من القضايا التي أشارت إليها الدولة ، والتي في مركزها رأي النائب العام الذي أعطي قبل تغيير الوضع في قطاع غزة ، لكن في النهاية لم يتم البت في صلب الموضوع في هذه المحكمة لان معالجة المسألة انتهت بإعادة الجثث إلى الملتمسين (أنظروا: م ع"ع 4118/07 **حنبلي ضد دولة إسرائيل** (30.8.2015) والالتماسات الأخرى المذكورة هناك). الاعتدال القضائي المعرب عنه في الامتناع عن الحسم في الظروف التي كان فيها الحسم في المسألة غير ضروري، لا يشير في حد ذاته إلى أي شيء ، بل إنه من الخطير الافتراض أن هذا سيكون هو الحال في أي حالة لا تحكم فيها المحكمة في صلب المسألة. وغني عن البيان ، بأنه لا توجد حاجة للقول بأن وجهة النظر التي قدمها المستشار القانوني للحكومة في السابق لا تلزم، بحد ذاتها، هذه المحكمة ، رغم أننا مطالبون، وفقا لطبيعة الأمور، بالنظر فيها والتطرق اليها لغرض بلورة موقفنا. وأكثر من ذلك: يتشكل انطباع بأن الظروف التي تم فحصها في وجهة النظر ليست بالضرورة مماثلة للظروف المعروضة أمامنا - بما في ذلك التمييز بين الأراضي التي تسيطر عليها إسرائيل وبين الوضع الحالي في قطاع غزة الوا0قع تحت حكم حماس ، ولا يشكل جزءًا من نفس المنطقة التي يسيطر عليها القائد العسكري (وهكذا ، في الحكم الذي سبق خروج إسرائيل من غزة ، كانت الفرضية أن يهودا والسامرة وغزة هي منطقة واحدة. أنظروا: م ع"ع 7015/02 **عجوري ضد قائد قوات جيش الدفاع الإسرائيلي في الضفة الغربية**، ف"د (2) 352 (2002). مقابل ذلك، ميز الحكم اللاحق بوضوح بين المنطقتين، أنظروا: موضوع **صيام**، م ع"ع 2777/18 **كرنز ضد قائد قوات جيش الدفاع الإسرائيلي في غزة** (16.4.2018)). هذا التمييز هو ما يقف في أساس هذا الرأي.

الواجب الأخلاقي لإعادة أسرى ومفقودين

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

37. لا يمكن تجاهل السؤال الرئيسي الذي يلقي بظلاله الثابتة على النقاش– ماذا عن مصير الأسرى والمفقودين الإسرائيليين الموجودون في غزة؟ هل إسرائيل غير ملزمة بعمل كل شيء في سبيل اعادتهم لمنازلهم؟ هناك من يضيف: الا يوجد معنى لكون الأذى المستمر الذي ينطوي عليه اعتقال الأسرى والمفقودين من قبل نظام حماس دون علم عائلاتهم بمصيرهم ليس أكثر خطورة من الضرر الذي ينطوي عليه عدم اعادة الجثث التي تحتجزها دولة إسرائيل؟ لا يوجد شك بأن عرض هذه الأسئلة يفجع القلب، ناهيك عن البدايات. كما أنها تتمتع ، بحد ذاتها ، بإجماع دولي واسع ، كما يتضح من قرار مجلس الأمن الصادر في يونيو 2019 (S/Res/2474 (2019) 11 June 2019).

38. من المهم التذكير، كما تمت الإشارة في المقدمة، لأن السؤال الذي طُلب منا الإجابة عليه لم يكن هو، هل كانت هناك ظروف يمكن للدولة فيها الامتناع عن إعادة الجثث للمساعدة في اعادة الأسرى والمفقودين. المسألة القانونية التي طرحت علينا كانت مختلفة وضيقة أكثر: هل اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع تعطي الامكانية لذلك، بدون أي قيود على الفعل (بما يشمل موضوع المواطنين، بحسب المنطق التفسيري الذي ادعت به الدولة)، أو بالأحرى – بقدر ما تسعى الدولة للسير في هذا الاتجاه – عليها، للأسف، الشروع بسن تشريع صريح ينظم الموضوع بشكل مفصل ودقيق. رأي الأغلبية في قرار الحكم موضوع الجلسة الإضافية ذهب الى تعليق موعد سريان صلاحيته لستة أشهر للسماح بسن تشريع ملائم، بقدر ما تكون هناك مصلحة في ذلك. في الواقع ، في حال وجد تفويض ، فلا داعي للشروع في عمل تشريعي. ومع ذلك، عند النظر في العواقب المحتملة واسعة النطاق للاعتراف بالتفويض في الحالة موضوع النقاش ، بدون تشريع يلبي متطلبات التفويض كما تم تفسيره حتى الآن، هذا الأمر جدير بالأسف.

39. إن الخبرة المتراكمة من التقاضي التي دارت في السابق حول احتجاز مواطني دولة معادية أو كيان أجنبي معادٍ آخر لغرض إدارة التفاوض بخصوص عودة الأسرى والمفقودين ، فضلاً عن التشريعات اللاحقة ، توضح الفوائد المتميزة للتشريعات الدقيقة بشأن مثل هذه القضايا الحساسة. لم يكن سن قانون المقاتلين غير الشرعيين في أعقاب قضية "أوراق المساومة" عبثًا، وحتى لم "يلغي" السابقة القضائية في الموضوع. عندما طُلب من الكنيست معالجة مسألة سجن أولئك الذين تحتجزهم الدولة، ميزت بشكل جيد بين أولئك المقاتلين غير الشرعيين والذين ليسوا كذلك - وهو تمييز لم يرد ذكره في القرار الأصلي باحتجاز هؤلاء بالإضافة إلى أولئك. إذا كان الأمر كذلك ، فإن التجربة السابقة تظهر أن هناك قيمة كبيرة للتشريعات الدقيقة التي ستنظم القضية - مع الحفاظ على الفروق ذات الصلة.

40. التشريع في الموضوع الذي أمامنا كان بإمكانه أن يعطي أجوبة لأسئلة إضافية مهمة. هكذا، على سبيل المثال، أدت الدولة في موقفها على أنها تسعى لإبقاء مسألة احتجاز جثث الارهابين قيد النظر، وتمييزها عن الغرض المتعلق بإدارة التفاوض لغاية تحرير الأسرى والمفقودين. لمن يكن ممكنا قبول هذا الموقف أيضا. تفسير اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع هو مسألة أساسية، وليست رهنا بالظروف المتغيرة. تفسير اللائحة 133 (3) معروض علينا اليوم ، وأعتقد أنه يتوجب علينا أن نحسم في المسألة ككل (على مستوى التفويض، وليس على مستوى السلطة التقديرية). لا يتعلق الأمر بأسئلة منفردة، وانما في تحديد نطاق تطبيق

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

حكم هذا القانون. ما أوضحت ، في رأيي ، لا تسمح المادة 133 (3) من لوائح الدفاع باحتجاز جثث الإرهابيين لفترة طويلة على الإطلاق - لا للردع ولا لأغراض أخرى. على أي حال ، من شأن التشريع أن يزيل الغموض في هذا الأمر أيضًا. فائدة أخرى متأصلة في العملية التشريعية هي أنها إطار مناسب لفحص مسألة فعالية احتجاز الجثث لغرض تعزيز الغاية الملائمة المتمثلة في إعادة الأبناء إلى حدودهم. مع توخي الحذر، يجدر بنا القول أن هذه المسالة لم يتم نقاشها، مطلقا، من قبلنا. على أي حال ، لا يمكن أن يكون الالتزام الأخلاقي لدولة إسرائيل تجاه جنودها ومواطنيها بديلاً عن التنظيم القانوني المناسب للقضايا الحساسة.

41. لذلك، أعتقد أننا كنا سنسدي خدمة إذا سمحنا للدولة بإعادة النظر فيما إذا كانت تعتزم سن تشريع محدد حول هذا الموضوع ، بطريقة تلبي متطلبات مبدأ الشرعية الإدارية ، وكذلك الفروق ذات الصلة بموجب القانون الدولي والمحلي. وغني عن القول، أنني لن أتخذ أي موقف في صلب الموضوع مالم يعمد الى الشروع في سن مثل هذا التشريع. بهذا المعنى، أعتقد أن حكم الالتماس لجلسة نظر إضافية هو رفضه من الأساس. مع مراعاة **التحفظ على الحكم موضوع الطلب، بحيث لا يمنع ذلك احتجاز جثث مخربين كانوا من مقيمي غزة أو دولة معادية أو كيان أجنبي آخر ، حتى بدون الاستناد الى تشريعات محددة.**

42. في الواقع، اختيار الدولة بعدم التوجه نحو الخيار التشريعي، وانما الوقوف على أن اللائحة السارية حتى اليوم تسمح باحتجاز جثث المخربين، يضع هذه المحكمة، لغير صالحها، بين المصريين (*دلالة على مخالفة الصالح العام والوقوف الى جانب الطرف الأخر- المترجم*). تبني هذا التفسير الواسع الذي تدعو اليه الدولة قد تترتب عنه أثار مسبقة غير مرغوب فيها في حالات أخرى. مقابل ذلك، رفض هذا التفسير قد يساء فهمه، وينظر اليه كابتعاد عن الجهد الوطني المهم لإعادة أبنائه الى حدودهم.

43. علاوة على ذلك ، يجب القول أنه على مر السنين ، في هذه المحكمة وخارجها على حد سواء ، تم التعبير عن مواقف مختلفة فيما يتعلق بالنطاق المناسب للرقابة القضائية فيما يتعلق بمراجعة مدى معقولية السلطة التقديرية الإدارية. ومع ذلك، مع الانفصال الواضح عن هذا الجدال ، منذ قيام الدولة ، تم الحفاظ على الإجماع بشأن الأهمية المعترف بها لوجود تفويض واضح وأحادي الدلالة بشأن الضرورة الملجئة لانتهاك الحقوق ، حتى في إطار ما يسمى "الشكلية القانونية" ، وربما بشكل خاص داخل سياجها. في خضم حرب الاستقلال ، صدر حكم بقبول التماس ضد احتجاز شخص رهن الاعتقال الإداري ، لأسباب رسمية تتعلق باستيفاء شروط سلطة الأمر بهذا الاعتقال ، وبشكل أكثر تحديدًا وجود لجنة استشارية تعمل جنبًا إلى جنب مع من يصدر الأمر بهذا الاعتقال (م ع"ع 7/48 **كربوطالي ضد وزير الأمن**، ف"د ب 5 (1948)). دون الانتقاص من التحديات الأمنية التي تواجهها البلاد في الوقت الحالي ، يبدو من الصعب تخيل فترة أكثر صعوبة من الأيام الأولى للبلاد. ومع ذلك ، حتى ذلك الحين كانت هذه المحكمة دقيقة بقدر ما كانت شديدة ، فيما يتعلق بتقييد القرارات الأمنية بمصادقة السلطة التشريعية ، ضمن موقف تفسري صارم. وهذا هو الطريق الذي يجب أن نسلكه.

بعد استعراض هذه الأمور

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic

المرجع AlMarje'

44. في هذه المرحلة، بعد استكمال كتابة وجهة نظري، اطلعت على ملاحظات زملائي حول رأيي واعتقد أنها تتطلب عددًا من التعليقات.

45. في البداية، سأتعرض لموقف زميلي القاضي **ن' سولبرج**، الذي اعتقد أنه من خلال مبدأ الكل يشمل أجزائه ، يمكن القول أن سلطة الأمر بالدفن الدائم تشمل أيضًا سلطة الأمر بالدفن المؤقت. في الواقع، في بعض الأحيان ، يؤدي الاجراء التفسيري إلى استنتاج مفاده أن سلطة التصرف بطريقة معينة تتضمن أيضا بديلاً أسهل (أنظروا وقارنوا وجهة نظره في قرار محكمة العدل العليا 6301/18 **فوزنسكي كتس ضد وزيرة العدل** (27.12.2018)، والتي اختلف حولها زملائي القضاة **فوجلمان وسولبرج**). ومع ذلك، في موضوعنا، الأمور ليست انتفالا من السهل الى الصعب، وانما على العكس، انتقال من الصعب الى السهل. هل الإقرار بمؤسسة التبني، يستنتج منه بالضرورة اعتراف بالتبني لفترة محددة؟ يبدو أن الإجابة السلبية هي شيء مفهوم من ذاته.

46. علاوة على ذلك، بالتطرق لكلام زميلي القاضي **ن' هندل** سأوضح أن رأيي لم يكن مستندًا إلى جميع الترتيبات الأولية على أي حال ، وليس على توقع بأن اللائحة 133 (ج) من لوائح الدفاع ستتضمن تعرضا ملموسا لجميع الأوضاع التي قد تستند الى اللائحة وتستفيد من حكمها. بالنسبة لي ، كان مبدأ دستورية الإدارة "الكلاسيكية" كافياً، ولدي أيضا خشية، أنه في حال عدم قبول رأيي، سيكون ممكنا اعتبار اللائحة 133 (3) مصدرًا للتفويض حتى فيما يتعلق بمواطني إسرائيل ، بقدر ما يتعلق الأمر بأولئك الذين سيتم تعريفهم كإرهابين.

47. أيضًا ، على خلفية المراجع المختلفة المستقاة من عالم القانون العبري ، أود أن أكرر موقفه المبدئي الذي يقضي بأنه لا ينبغي نقل الموتى والعظام من قبر إلى قبر ، ولا حتى الانتقال "من حقير الى محترم" (مقدسي، قناع الصغير ، الفصل 2 ، القاعدة 4) في الواقع ، حددت استثناءات لهذا المبدأ ، وأنا لا أتعامل مع صلب هذا المبدأ. ومع ذلك ، يوجد به ما يدل على أن مسألة اخراج الجثث هي مسألة تتطلب دراسة منفصلة ، وأن الافتراض بأن سلطة الأمر بدفن مؤقت "تبتلع" داخل السلطة المتعلقة بالدفن الأبدي ليس أمرا بديهيًا.

48. أختم بتأكيد: من وجهة نظري، التقيد الصارم بمتطلبات السلطة لا ينبغي فحصها فقط من وجهة نظر المعنيين في هذه الحالة. فهو أمر حيوي للقانون الإسرائيلي ، وأكثر من ذلك هو حيوي للمجتمع الإسرائيلي كافة. سيعرف مواطنو الدولة وسكانها وكل من يأتي عبر بواباتها أن التعدي على حقوقهم ، عند الاقتضاء ، يتم فقط وفق تشريع يتضمن تفويض أحادي الدلالة يحدد شروط استخدامه.

الخاتمة

49. استنتاجي هو كالتالي: صوت دماء جنودنا لا زال يستصرخ من الأرض، وصوت اسرانا ومفقودينا لا زال يستصرخ من سجونهم. ومع ذلك، النزاع بين هذا وبين سيادة القانون هو نزاع وهمي. ليست هناك حاجة لاعتماد تفسير واسع ووضع السوابق

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

فيما يتعلق بالتشريعات القديمة ، ولكن للعمل بشكل مباشر من أجل تنظيم تشريعي ملائم ومتناسب للقضية المعروضة علينا ، بقدر ما يكون الأمر ضروريا.

قاضية

القاضي ي' عميت:

في الخلاف بين زملائي ، أتفق مع رأي زميلتي الرئيسة أ. **حيوت**. سأشرح رأيي بإيجاز من أجل تبسيط الموضوع ونقاط الخلاف.

1. اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع (أوقات الطوارئ)، 1945 (أدناه: **لوائح الدفاع**) تقرر ما يلي:

(3) بالرغم مما هو وارد بكل قانون، يجوز للقائد العسكري أن يصدر الأمر بأن تدفن جثة شخص ما في المكان الذي يراه القائد العسكري مناسبا. للقائد العسكري الصلاحية في نفس الأمر أن يحدد من ومن يشارك في الدفن والساعة التي يتم بها الدفن. الأمر المذكور يصبح اذنا كاملا وكافيا لدفن نفس الجثة وكل شخص يخالف هذا الأمر أو يعيق تنفيذه، يتهم بارتكاب جريمة وفقا لهذه اللوائح.

يبدو أن النقاط التالية مقبولة لجميع الأعضاء:

أ. السؤال المطروح في جلسة النظر الاضافية هو واحد فقط: هل تخول اللائحة القائد العسكري إعطاء الأمر بالدفن المؤقت لجثث الارهابيين للاحتفاظ بها لأغراض التفاوض. السؤال يتعلق بالتفويض فقط وليس بالسلطة التقديرية، وفي هذا الاطار، لسنا مطالبين بفحص معقولية أو نجاعة السياسات المتعلقة بإعادة جثث الإرهابيين.

ب. مكانة لوائح الدفاع هي كأي تشريع أولي، وتسري ضمن نطاق دولة إسرائيل.

ت. نحن لا نفكر (*أي هو أمر مفروغ منه ولكن ليس هو ما نفكر فيه في هذه المسألة – المترجم*) في مبدأ شرعية الإدارة وشرط التفويض الصريح ، ولا نفكر في المبدأ القائل بأن التفويض على إجراء ينتهك حقوق الإنسان يجب أن يكون صريحًا ، وبقدر حجم الانتهاك يكون "مستوى" التفويض المطلوب.

2. على خلفية نقاط البداية هذه، نعود ونعاين في اللائحة 133(3) والتي يمكن تلخيصها في جملة واحدة: للقائد العسكري، توجد صلاحيات لإعطاء تعليمات لدفن شخص ما. المشرع فقط قام بتنظيم اللوائح ولم يفسر لأي غرض منحت هذه الصلاحية ، ومن هنا جاء الجدل الذي نشأ بين أعضاء الهيئة.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

في رأيي ، لا حرج في حقيقة أن الهيئة التشريعية المنتدبة لم تحدد الأهداف. وكذلك المشرع الإسرائيلي، بالتأكيد في الماضي البعيد ، لم يصرح في أي وكل قانون عن الغرض من القانون. خذ على سبيل المثال سلطة العفو في القانون الأساس: رئيس الدولة. صدر هذا القانون الأساسي عام 1964 ، وتنص المادة 11 (ب) من القانون الأساسي على أن "لرئيس الدولة سلطة **العفو عن المجرمين** وتخفيف العقوبات عن طريق تقليصها أو تحويلها". لا شك في أن الكنيست ، بصفتها سلطة تأسيسية ، قصدت منح رئيس الدولة سلطة العفو عن المخالفين لاعتبارات تتعلق بالجاني نفسه ، مثل إعادة تأهيل الجاني أو الظروف الشخصية الخاصة. وهنا ، تُستخدم سلطة العفو الرئاسية اليوم لعفو جماعي كجزء من صفقات إطلاق سراح الإرهابيين ، ونموذج ذلك صفقة إطلاق سراح الجندي جلعاد شاليط. الكنيست، كسلطة تأسيسية، لم يخطر ببالها أنه منذ أوائل التسعينيات ، أي بعد حوالي ثلاثين عامًا من سن القانون الأساسي: رئيس الدولة، ، بدأت دولة إسرائيل بتنفيذ اتفاقيات تبادل أسرى ومفقودين مع تنظيمات معادية، كما وستستخدم سلطة العفو لهذا الغرض. هذا، على الرغم من أن تحرير المخربين القتلة، يضر بعائلات القتلى، وحتى أيضا بكرامتهم. أمامنا نموذج، في الموضوع القريب جدا مما نحن بصدده، لغرض لم يتوقعه المشرع أو لم يفصله في قانون التفويض.

3. لذلك، من الممكن أن تتغير غايات التشريع وفقا لظروف الزمان والمكان. الأمر نفسه ينطبق على الابتكارات التكنولوجية والطبية التي لم يتوقعها التشريع أو لم ينظمها بعد ، وينطبق الشيء نفسه على الحالات التي لم يتوقعها المشرع الانتدابي. لذلك، لست أرى أي غرابة بأن المشرع الانتدابي لم يعط رأيه في الوضع المتعلق بالاحتجاز المؤقت لجثث المخربين لأغراض التفاوض.

كل ما قاله لنا المشرع الانتدابي هو أمر واحد فقط – للقائد العسكري صلاحيات لإعطاء الأمر بدفن جثة شخص ما. وقد يتم تفعيل هذه السلطة لتحقيق غايات مختلفة وفي أوضاع مغايرة: عندما لا يتم التعرف على الجثة ؛ عندما لا يطالب أقارب المتوفى بالجثة لأسباب مختلفة ؛ عندما يؤدي تسليم الجثة إلى تشييع جنازة جماعية يتخللها اضطراب وتحريض ومظاهر التمجيد والتوافق مع الأفعال الإجرامية للمتوفى ؛ عندما يصاب المتوفى بمرض معدٍ وخيم قد يتسبب في تفشي المرض بين السكان المحميين ؛ عندما يكون دفن الموتى قرب أبناء مجتمعهم قد يجعل قبره مزارا بكل ما ينطوي عليه ذلك من معنى (سأذكر أسامة بن لادن الذي ألقيت جثته في قلب البحر) ؛ وعندما تكون الجثة مطلوبة لغرض التفاوض حول تبادل الأسرى وإعادة الجثث.

حقيقة أن المشرع الانتدابي لم يعدد ولم يقصل، مثل كاهن كبير في يوم الغفران " واحد وواحد، واحد واثنان وواحد وثلاثة " كل الأهداف والامكانيات، ليس بها ما ينتقص من هذه السلطة. بما أن المشرع الانتدابي لم ير ضرورة لتفصيل الغاية من الدفن لمنع حدوث خروقات للنظام العام أثناء الدفن، فانه أيضا لم يجد ضرورة لأن يقصل بالذكر الدفن لغرض تبادل أسرى وإعادة جثث. ملاحظة: إن وجود السلطة لا يبرر بالضرورة ممارستها لكل غاية وغاية. يجب فحص كل حالة على حدة،

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

بحسب ظروفها وطبيعتها، ضمن حفظ التوازن مقابل الضرر الذي سيلحق بكرامة المتوفى وأسرته، وبروح رأي المستشار القانوني للحكومة منذ عام 2004.

4. المهم في حالتنا هو أن سلطة القائد العسكري يجب أن تُمارس لأغراض تقع في محيط "المجال المغناطيسي" لأنظمة الدفاع، والتي هي من طبيعة تشريعات الطوارئ الأمنية - العسكرية. خصصت لوائح الدفاع للحفاظ على أمن الدولة والسلام العام والنظام العام ، وتشتمل على "سلطات إنفاذ واسعة وأدوات متنوعة ، إدارية وعقابية ، لمكافحة الإرهاب بجميع أنواعه ..." م ع"ع 3037/14 **أبو صفا ضد وزير الداخلية**، الفقرة 10 (7.6.2015)).

لا خلاف حول كون صفقة تبادل الأسرى وعودة الجثث تقع في عمق المجال المغناطيسي لأمن الدولة. لهذا السبب ، يجب تمييز الأحكام الصادرة في قضية **جبارين ومناع** عن موضوع قضيتنا (م ع"ع 5887/17 **جبارين ضد شرطة إسرائيل** (25.7.2017)؛ م ع"ع 6824/07 **مناع ضد سلطة الضريبة**، ف"د (2) 479 (2010)). في موضوع **جبارين** توصلت المحكمة الى استنتاج مفاده أن الصلاحيات العامة الممنوحة للشرطة " لإحلال النظام العام والأمن النفسي لا يتيح لها احتجاز جثث مخربين. لكن المسافة بين بيان عام حول " النظام العام " وبين احتجاز جثث المخربين من قبل الشرطة، ليست كالسافة بين تعليمات صريحة وملموسة – كالواردة في المادة 133(3) من لوائح الدفاع – وبين دفن جثث المخربين. لذلك، لا يمكن قياس موضوعنا على قضية جبارين، ففي عبورنا من موضوع **جبارين** الى موضوعنا، نخلص الى أن ليس للقائد العسكري صلاحية للأمر بالدفن بهدف الحفاظ على النظام العام . من الصعب الانسجام مع هكذا نتيجة. وليس من نافل القول أنه أيضا في موضوع **جبارين** كان التأكيد على الصلاحية بعدم تسليم الجثث، لتمييزه عن صلاحية الشرطة " لاتخاذ ما يلزم لضمان تنظيم وسير الجنازة بشكل يحافظ على النظام العام ويمنع الخروقات وأعمال العنف".

وبالمثل ، فإن مسألة **مناع** ليست جيدة لقضيتنا. هناك فرق كبير بين سلطة وضع نقاط التفتيش للأمن والنظام العام ، وبين استخدام نقاط التفتيش لتحصيل الضرائب. في المقابل ، لا توجد مسافة بين سلطة الأمر بالدفن لأسباب تتعلق بالأمن والنظام العام ، وبين استخدام هذه السلطة للأمر بالدفن لأسباب أمنية واضحة مثل عودة الأسرى والمفقودين. لذلك، لا يمكن اجراء القياس أي العبور بالحكم من قضية **مناع** الى قضيتنا.

5. تمنح اللائحة 133 (3) للقائد العسكري نطاقًا واسعًا من الصلاحيات المتعلقة بالدفن ، دون التمييز بين الدفن الدائم والدفن المؤقت. زملائي، القاضي ج' قرا والقاضية باراك – ايريز، أثاروا قصية صلاحية القائد العسكر لإخراج الجثة من القبر. برأي، مسألة كهذه لا ينبغي أن تزعجنا. كقاعدة، نقطة الانطلاق هي أن عملية دفن قتلى العدو هي بحسب طبيعتها مؤقتة. على أي حال، لنفترض أن القائد العسكري يمارس صلاحيته لدفن شخص ما، بسبب أنه لم يتم التعرف على هذا الشخص، وبعد مرور عام شخصت جثة هذا الشخص وطالبت عائلته بجثته، من الواضح أن للقائد العسكري صلاحية الأمر بإخراج الجثة لإعادتها ، حيث إن الأمر يتعلق بفعل مرتبط أو مرافق لهذه الصلاحية ، عمل خير لا يمس بحقوق الإنسان. على

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

سبيل القياس ، تشمل سلطة دخول المبنى أو الاستيلاء على شيء ما ، السلطة المصاحبة لمغادرة المبنى أو إعادة الحجز ، لأن هذه الإجراءات لا تنتهك الحقوق ولكنها تفيد أولئك الذين دخلوا المبنى أو استولوا على ممتلكاته. وبالمثل ، فإن سلطة الأمر بدفن الشخص تتضمن بداخلها سلطة الأمر بنزع جسده لإعادته إلى أسرته.

6. عند هذه النقطة، نصل الى الادعاء الذي بموجبه على ضوء انتهاك حقوق الانسان، السلطة للأمر بدفن جثة ما لأغراض التفاوض المستقبلي ينبغي أن تكون صريحة.

كرامة الميت تفرعت عن الحقوق الدستورية للكرامة. عدم إعادة الجثة تنتهك كرامة الميت نفسه، لأننا نفترض أنه في حياته كان مهتمًا بالدفن بين أحضان مجتمعه وعائلته. إن عدم وفاء الوصية المفترضة للمتوفى هو انتهاك لحقه بالكرامة، ولهذا السبب ، في قوانين الميراث والوصية ، نحن مأمورون بالحفاظ على كلام المتوفى والنزول إلى حكمه. وعدم إعادة الجثة أيضا يشكل انتهاك لحق عائلته بالكرامة، على ضوء حقوق العائلة للاجتماع حول قبر الميت ولاحتضان ذكراه. لكن جوهر حق الميت في الكرامة هو الدفن بكرامة ، بما في ذلك تحريم الحداد على جسده وواجب التأكد من أن الجسد ليس "كالدم في الحقل وكأمير بعد الحصاد وليس هناك تجمع". (**يرمياه ت**) (أنظروا م ع"ع 6167/09 **أفني ضد دولة إسرائيل** (18.11.2009)، هناك، تم رفض طلب الملتمس بأنه لن يُدفن بعد وفاته ولكن سيتم تسليم جثته للاستهلاك الحيواني). لذلك أتفق مع كلمات زميلي ، القاضي **هندل**، في الحكم الذي هو موضوع جلسة النقاش الإضافية ، بأن حق أفراد الأسرة في تحديد طريقة معاملة المتوفى وإحياء ذكراه في مكان الدفن هو من رتبة أدنى (المرجع نفسه ، الفقرة 12). من حيث إن انتهاك حق كرامة الميت المتفرعة عن الحق الدستوري بالكرامة، ليس في صميم هذا الحق؛ لا أعتقد بأن هذه الصلاحية ينبغي أن تكون صريحة.

قرار حكم بموضوع قريب من جدا من قضيتنا وهو موضوع **بطاقات المساومة** (جلسة إضافية جنائي 7048/97 **مجهولون ضد وزير الأمن**، ف"د (1) 721 (2000))، تقرر هناك، بأن سلطة وزير الأمن لاعتقال شخص " لدواعي تتعلق بأمن الدولة أو أمن الجمهور"، لا تشتمل على الاعتقال كبطاقة مساومة. ومع ذلك، لا مجال لمقارنة انتهاك صميم الحق الدستوري للحرية بشأن معتقلين أحياء، مع انتهاك يقع في صميم حق كرامة الميت، المستندة الى احتجاز الجثة.

7. في قرا الحكم موضوع الجلسة الإضافية، زميلي، القاضي **هندل** ، توصل الا استنتاج مفاده إن سياسة القائد العسكري ، بالمعنى المقصود في البند 133 (3) من لوائح الدفاع ، ليست ترتيبًا أوليًا (المرجع نفسه ، الفقرة 18). أما بالنسبة لي ، فأنا لست مقتنعًا بأنه من المستحسن وضع نظام محدد وصريح في القانون في مثل هذه الحالة الدقيقة والمعقدة من المفاوضات مع المنظمات الإرهابية التي لا تلتزم "بقواعد اللعبة". اخرج واعلم أنه لا يوجد ترتيب أولي في التشريع للسلطة ذاتها لإطلاق سراح السجناء الأمنيين ، سواء كان ذلك كبادرة سياسية أو كجزء من اتفاقيات لإطلاق سراح سجناء أو إعادة جثث جنود جيش الدفاع الإسرائيلي المحتجزون لدى منظمات إرهابية أو دول معادية. وهكذا ، على سبيل المثال ، لم يشتمل

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

تشريع اساسي على "الحد الأقصى للثمن" الذي يُسمح للدولة بدفعه لمنظمة إرهابية بغرض إطلاق سراح جندي أسير أو في حالات أخرى من هجوم - مساومة. اطلاق سراح قتلة تمت ادانتهم وفقا للقانون وقررت المحكمة عقوبتهم، فيه انتهاك لقيم العدالة والقضاء. بالرغم من ذلك، لم تبطل هذه المحكمة هذه الاتفاقيات. على الرغم من عدم وضع ترتيبات أولية في تشريع أساسي بشأنهم. كما امتنعت المحكمة عن التدخل في مثل هذه الاتفاقات بسبب طبيعتها السياسية ، وفي حالتنا ، جميلة كلمات الرئيس بينيش في الالتماس المحيط بصفقة إطلاق سراح الجندي المخطوف جلعاد شاليط:

" نضيف أيضا، أن الحالة التي أمامنا تجسد الصعوبة الكبيرة في تقرير معايير محددة سلفا لإدارة عملية تفاوضية من هذا النوع. أولا، تجري هذه المفاوضات في ظل ظروف قسرية وبمشاركة جهات خارجية. ثانيا، وهو الأساس، كل حسم في قضية من هذا النوع مرهونة بالظروف وتستلزم تقدير لعدد كبير من المعطيات، تقف احداها مقابل الأخرى واجراء توازن بين هذه المعطيات في سياق ملموس ووقت محدد. على الرغم من وجود ميزة في تنظيم نوع الاعتبارات التي يستطيع الجهاز الذي يحسم في المسألة أن يأخذها باعتباره وبتنظيم الإجراءات لاتخاذ القرار للمصادقة على الاتفاق المقترح، من المشكوك فيه بنظرنا فيما إذا كان ذلك سيؤدي إلى تحديد دقيق للمعايير ، كما يطلب الملتمسون، في ظل ظروف لا يمكن التنبؤ بها مسبقا ". (م ع"ع 7523/11 الماجور، تنظيم متضرري الإرهاب ضد رئيس الحكومة، الفقرة 11 (17.10.2011)).

8. يمكننا الاستفادة في حالتنا من القانون الدولي فيما يتعلق بإعادة الأسرى والقتلى. في نهاية الأعمال العدائية ، ووفقًا لمبدأ المعاملة بالمثل ، يجوز للدولة أن تستمر في احتجاز الأسرى والجثث حتى الوصول إلى تسوية لتبادل الأسرى وإعادة الجثث. هكذا مع الأسرى الأحياء ، وبالانتقال من الصعب الى السهل فيما يتعلق بالجثث.

ملاحظة: لم يختف عن نظري أننا لا نتعامل مع قوانين الحرب والنزاع المسلح بين الدول. لكن حروب هذه الأيام قد تغير وجهها، كما أن مكافحة الإرهاب لا يمكن أن تتم وفق أدوات القانون القديمة ، التي كانت في الأصل مخصصة للحروب بين الدول (أنظروا الى عمنوال جروس **نضال الديمقراطية في زمن الإرهاب – جوانب قانونية وأخلاقية** (2004)). في الحالة التي أمامنا، من الممكن على وجه التحديد اعتماد ، وليس بطريق القياس، قوانين الحرب والمواجهة ،في هذا السياق، هي المعاملة بالمثل المتعلقة بتبادل الأسرى وإعادة الجثث. من الصعب التغلب على حقيقة أن وضع حماس سيكون أفضل من وضع دولة في صراع مسلح بين الدول ، حيث إن حقها في الحصول على قتلاها مشروط بوجود تسوية متبادلة. جدير بالتأكيد، أن وضع الأمور هو أن إسرائيل وحماس كلاهما يحتجز جثث، للتمييز عن الوضع الذي يكون فقط طرف واحد هو الذي يحتجز الجثث ويرفض اعادتها (كما فعلت روسيا فيما يتعلق بالإرهابيين من الشيشان - انظر في الحكم موضوع الجلسة الإضافية في الفقرات 35-34 من قرار حكم القاضي **دينتسيجر** وفي الفقرة 20 من حكم القاضي **هندل**).

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

9. بالإضافة إلى كل ذلك ، لا ينبغي لأحد أن يتجاهل الممارسة والتحركات السابقة بشأن قضايا قريبة من موضوعنا. بالرغم من ان اللائحة 133(3) لا تـأتي على ذكر الصلاحيات لاحتجاز جثث مخربين لغرض الحفاظ على النظام العام، أقرت هذه المحكمة بان اللائحة تشكل مصدر لسلطة القائد العسكري في اصدار قرارات تتضمن تعليمات بشأن تنظيم الجنازة في وقت محدد وضمن شروط محددة لمنع الحماس الملتهب والاضرار بالنظام العام (م ع"ع 3933/92 **بركات ضد قائد قيادة المركز**، ف"د م 05) 1ن 6 (1992)). على غرار قضيتنا ، رفضت هذه المحكمة التماسًا تمحور حول قرار بعدم إعادة جثة إرهابي إلى حماس حتى يتم توفير معلومات حول مكان دفن أحد قتلى جيش الدفاع الإسرائيلي (م ع"ع 6897/94 **عباس ضد دولة إسرائيل** (2.2.1995)). وأيضا للممارسة العامة وللسوابق القضائية يجب إعطاء وزن.

10. باختصار، تخول اللائحة 133 (3) من لوائح الدفاع صراحةً القائد العسكري أن يأمر بدفن شخص ما. يمكن ممارسة هذه السلطة في مواقف مختلفة ولأغراض مختلفة ، وفي حدود هذه السلطة منحت الصلاحية للأمر بالدفن المؤقت لجثث المخربين بنية احتجازهم لأغراض التفاوض.

قاضي

القاضي ع' فوجلمان:

1. منشأ الجدال كان في السؤال المطروح علينا لنبت فيه والذي يتعلق بتفسير اللائحة 133 (3) من أنظمة الدفاع (الطوارئ) لعام 1945. نقطة البداية للمناقشة راسخة بقوة في حكمنا: لا ينبغي تفسير أي تشريع على أنه يجيز انتهاك الحقوق الأساسية الا ان كان التخويل لذلك واضحا لا لبس فيه وصريحا (م ع"ع 7803/06 **أبو عرفة ضد وزير الداخلية**، الفقرة 52 من وجهة نظري (13.9.2017)). درجة التركيز على متطلب التخويل الصريح تتغير – بين أمور أخرى – بحسب الأهمية النسبية للحقوق المنتهكة (م ع"ع 6824/07 **مناع ضد سلطة الضرائب**، ف"د (2) 479، 498 (2010)؛ جلسة نقاش إضافية لمحكمة العدل العليا 9411/00 **أركو لإنتاج الكهرباء المحدودة ضد رئيس بلدية رشون لتسيون**، ف"د (3) 41،63 -64 (2009)).

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

2. من هنا تتباعد مسارات زملائي الذين قدموا وجهات نظرهم المعللة حول موقفهم التفسيري. لقد نظرت في حجج الأطراف والآراء الشاملة لزملائي أعضاء مختلف الهيئات الذين ناقشوا هذا الأمر. وأنا أنضم الى موقف زملائي القاضي (بديمي) **ي' دينتسيجر** في قرار الحكم موضوع جلسة النقاش الإضافية، القاضي **ج' قرا** (بقرار الحكم موضوع جلسة النقاش الإضافية وفي القضية التي أمامنا) والقاضية **د' باراك – ايريز**. بالنظر إلى نقطة البداية التفسيرية ، والأسباب المفصلة في وجهات نظرهم ، وأيضًا لما كشفت عنه اللائحة 133 (3) من أنظمة الدفاع (الطوارئ) ، 1945 (السارية في إسرائيل وفي منطقة يهودا والسامرة)، لا يوجد تخويل للقائد العسكري بموجب هذه اللائحة لإعطاء الأمر بالدفن المؤقت لجثث المخربين بنية احتجازهم لأغراض التفاوض. وجهات النظر شاملة ولا حاجة للإضافة على التعليلات الموجودة في أساسها.

3. الى جانب ما هو مذكور، أرغب بإضافة بعض الملاحظات وهي كالتالي.

يشير زميلي القاضي **ن' سولبرج** إلى أنه، بما أن القائد العسكري قد تم تفويضه لإصدار الأمر بالدفن الدائم ، فهو مخول، على أي حال، أن يأمر بدفن الجثة دفنا مؤقتًا أيضًا. ويضيف زميلي القاضي **ي' عميت** أيضًا، أن اخراج الجثة بغرض إعادتها هو عمل مصاحب لهذه الصلاحية، والذي يمكن اعتباره في بعض الحالات فعلًا مفيدًا لا ينتهك حقوق الانسان.

أيضا لو افترضنا لمقتضيات الجلسة، أن اللائحة يمكن أن تكون مصدرا للصلاحية بإعطاء الأمر لإخراج جثة من القبر واعادتها لعائلة الميت في ظروف مناسبة (بحيث يمكن أن ينظر لهذا الاجراء كفعل جيد وفق التحديد الصادر عن القاضي **ي' عميت**)، الا اننا لا نستطيع أن نرى في اللائحة مصدرا لوضع مختلف في غايته عن الوضع المذكور أعلاه، والذي به يمنع أبناء العائلة من دفن ميتهم وغير ذلك يعطى الأمر بالدفن المؤقت (حيث لا يسمح لذوي الميت بالمشاركة في الدفن أو زيارة القبر)؛ وذلك بدون أي صلة لأسباب ملموسة تتعلق بالجثة نفسها أو لظروف خاصة ينطوي عليها الدفن المؤقت. في وضع الأمور بهذا الشكل، والذي يتم فيه احتجاز الجثة "كورقة مساومة"، يكون الانتهاك للكرامة أعظم ضررا. كم أشرنا، بقدر حجم الضرر الذي يصيب الحقوق يكون مستوى التخويل الصريح أعلى، ومن هنا، في الفئة التي نتعامل معها، لا يمكن النظر الى اللائحة كمصدر للصلاحية في هذا الاجراء بدو تخويل صريح لذلك.

4. زميلي القاضي **ن' سولبرج**، أعتقد أن انتهاك كرامة المخربين وكرامة أبناء عائلاتهم، هو انتهاك " معين ومحدد" وقد تم الإشارة أيضا الى أن القضية التي أمامنا تتطرق الى ستة جثث مخربين. ولغاية اكمال الصورة أذكر أن – كما أشارت الى ذلك زميلتي الرئيسة **أ' حيوت** – الدولة تحتجز 15 جثة إرهابي إضافية (ويوجد لديها نية بإعادة ثلاث منهم لعائلاتهم) من مقيمي المنطقة وشرقي القدس، وبشكل منفصل أيضا 13 جثة مخرب ممن كانوا من مقيمي غزة واحتجزت جثثهم بعد عملية سوق ايتان. لذلك، يجب أن أضيف الى أن تداعيات القرار التفسيري الذي يروم المستقبل هو توسع كبير في نطاق التخويل، وبحسب طبيعة الأمور فان مثل هذا التفسير ينحرف عن المعطيات الموجودة أمامنا في هذه القضية. بخصوص انتهاك حق الكرامة – عدم إعادة الجثث تضر بكرامة الميت وبكرامة ذويه – والتي لا ينسب لها تورط بأعمال إرهابية - وبفضلها الاتيان بالميت لدفن موقر وكريم. في قرار الحكم موضوع جلسة النظر الإضافية، وقف زملائي على الرأي بأنه

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

حتى مع ازدراء القتلة الا أن لهم الحق بالدفن، ولأبناء عائلاتهم أيضا حق بدفن موتاهم (في الفقرات 14- 11 من وجهة نظر القاضي **ن' هندل**؛ الفقرة 15 من وجهة نظر القاضي **ي' دينتسيجر**). على الرغم من أن هذا التصور من شأنه أن يثير مشاعر قاسية، الا أن علينا الالتزام بنظام يحترم حقوق الانسان (في المرجع الأصلي، الفقرة 159. بحسب رأيي، الانتهاك بحق الكرامة تم وصفه بواسطة زملائي القضاة **ج' قرا ود' باراك – ايريز**.

5. كما أود أن أتطرق إلى مبدأ المعاملة بالمثل الذي يقف عليه زميلي القاضي **ي' عميت** بوجهة نظره ، والذي يجب تطبيقه في رأيه أيضًا على موضوعنا ، مع التغييرات المطلوبة ، وبالنظر الى أن منظمة حماس ترفض إعادة جثث جنودنا. لا أعتقد أن هذا المبدأ يمكن أن يسود على القواعد في القانون الداخلي لدولة إسرائيل ، طالما ظل هذا القانون كما هو في شكله الحالي (وعلى هذا الموضوع انظر تعليقي أدناه). وهنا أيضا حالة أخرى من أصعب حالاتهم ، وجميلة وذات نفع أقوال الرئيس **أ' باراك** بهذا الصدد:

> **"هذا قدر الديمقراطية، ليست كل الوسائل مشروعة في نظرها، وليست كل الأساليب التي يتخذها أعداؤها مفتوحة أمامها. وكثيرا ما حاربت الديمقراطية واحدى يديها مقيدة. مع ذلك تكون للديمقراطية اليد العليا، حيث المحافظة على حكم القانون والاقرار بحريات الفرد، تشكل عنصر مهم في التصور الأمني" (م ع"ع 5100/94 المجلس العام لمناهضة التعذيب في إسرائيل ضد حكومة إسرائيل، ف"د (4) 817، 845 ((1999).**

6. زميلتي، القاضية **د' باراك-ايريز**، تشير الى أن الجثث التي سرى عليها حظر احتجازها لأغراض التفاوض المستقبلي بدون تفويض تشريع ملموس وواضح في القانون الإسرائيلي هي فقط جثث أولئك الذين كانوا مقيمين في إسرائيل أو من سكان المنطقة؛ وأن احتجاز جثث من قدموا من غزة أو من أماكن أخرى لا تخضع للقانون الإسرائيلي ينبغي الفصل فيها بموجب القانون الدولي. زميلتي فصلت أيضا في وجهة نظرها البنية المعيارية المطلوبة للتمييز المذكور هنا. وحيث أن الإجراءات المعروضة علينا تدور حول جثث من كانوا من سكان إسرائيل والمنطقة فقط ، لا أفكر في اتخاذ موقف في هذه المرحلة من هذه القضية.

7. قبل أن أختم كلامي ، أود أن أضيف أن ما تقدم لا ينتقص من الاقرار بواجب الدولة في العمل على إعادة جثث جنود جيش الدفاع الإسرائيلي. الملازم هدار غولدن والرقيب أورون شاؤول، طيبوا الذكر، الذين سقطوا في المعركة، وأيضا أعادة مواطني إسرائيل لمنازلهم، أبرا منجيستو وهشام السيد. بالإضافة إلى هذا الالتزام ، يجب على الدولة أن تمتثل لأحكام القانون وكلا من مبدأ سيادة القانون ومبدأ شرعية الإدارة. لهذا السبب ، أمرت المحكمة في قرار الحكم موضوع جلسة الاستماع الإضافية (برأي الأغلبية) بعلاج للموضوع يتمثل ببطلان معلق ، والذي يتم في إطاره منح الدولة فترة زمنية مناسبة تسمح بالنظر في تعديل تشريعي (مع مراعاة القيود الدستورية المعترف بها).

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic

المرجع AlMarje'

لو سمع رأيي ، لكنا تركنا هذه النتيجة كما هي.

قاضي

القاضي ن' هندل:

1. للأسباب التي أشرت إليها في رأيي في الحكم الذي هو موضوع جلسة الاستماع الإضافية (فيما يلي: **قرار الحكم**)، بالإضافة إلى تعليلات زميلتي الرئيسة **أ' حيوت** ، في وجهة نظرها الواسعة والواضحة في الإجراء الحالي ، فأني أستمر على موقفي والذي بموجبه –

> **"تفسير غائي للائحة 133 (3) من لوائح الدفاع تفيد أن للقائد العسكري سلطة واسعة للأمر بدفن جثث ارهابين أو قتلى العدو ، لأسباب تتعلق بحماية أمن الدولة وسلامة مواطنيها - وفي الوقت نفسه المحافظة على كرامة الميت. لا شك بأن إعادة موطنين وقتلى جيش الدفاع الإسرائيلي المحتجزين بأيدي العدو، وخفض الثمن الأمني الذي ينطوي عليه الأمر يقع في قلب هذه الاعتبارات ومن هنا، فإن القائد العسكري مخول بالأمر بدفن جثث إرهابيين لتعزيز الغاية المذكورة " (الفقرة 25 من وجهة نظري في قرار الحكم).**

في ظل عدم وجود خلل على صعيد الصلاحية ، وبما أن "قرارات القائد العسكري المعروضة علينا تستند إلى أساس وقائعي كامل ومحدّث ، وتفي باختبار المعقولية والتناسب" (المرجع نفسه) ، فإنني أعتقد أن حكم الالتماس في الجلسة الإضافية هو القبول.

2. مع ذلك، عقب قراءة وجهات نظر زملائي، أنوي التطرق باختصار لعدة نقاط.

يعتقد قضاة الأقلية في الدعوى الحالية ، القاضيان **ع' فوجلمان** ، والقاضي **د' باراك-ايريز**، أن اللائحة 133 (3) من لوائح الدفاع لا تتضمن تفويضًا صريحًا بالدفن المؤقت لجثث الإرهابيين بغرض التفاوض بشأن عودة الأسرى وقتلى إسرائيليين المحتجزون لدى منظمات ارهابية. في وجهة نظري في قرار الحكم ، طلب مني مطولًا معالجة هذه القضية، وخلصت إلى أن –

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic

المرجع AlMarje'

" اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع – والتي من حيث طبيعتها تتركز في اعتبارات أمنية محيطية، وحيث من الواضح أن الموتى لم تعد تنكشف منهم خطورة – لا تفترض أي أساس للتمييز الاعتباطي بين دفن مؤقت ودفن دائم ، أو بين قتلى جيش العدو النظامي وبين دفن المخربين. التوق الى توسيع نطاق الدفاع على حساب الأموات هو منحى مناسب، لكن لا يمكن أن نؤسس عليه نتيجة تعسفية، التي تميز بشكل اعتباطي بين أوضاع مختلفة – وفي الواقع، تفرض على المشرع أن يفصل بشكل دقيق كل وضع قد يتواجه به القائد العسكري، حتى وان لم يكن به من الناحية الجوهرية أي تمييز " (الفقرة 20).

لذلك لا تتطرق اللائحة بشكل ملموس لدفن الجثث لأغراض إدارة التفاوض، لكن يجب أن نتذكر أن الأمر يتعلق بمعيار جاء إلى عالمنا من حقبة أخرى - حقبة لم تستخدم فيها جثث المقاتلين الذين سقطوا ، أو المدنيين الذين عبروا الحدود عن طريق الخطأ ، كأوراق مساومة من قبل منظمة إرهابية مدمرة ، تتوق الى الغاء وجود دولة إسرائيل. تظهر التجربة أن قواعد اللعبة التي تمليها المنظمات الإرهابية تتغير بشكل متكرر نحو الأسوأ ، وقد يقول البعض إن هذه المنظمات تتجاهل تمامًا أي قواعد. في المقابل ، تخضع الدولة في محاربة الإرهاب لقائمة طويلة من المبادئ والأحكام المنصوص عليها في القانون المحلي والقانون الدولي. هذا صحيح لدولة يهودية وديمقراطية. إن تكلفة فقدان الهوية وإعطاء السلطة للمنظمات الإرهابية لوضع القواعد للدولة مثله مثل انتصار الطرف الخصم ، وهذا الاحتمال غير وارد. إلى جانب التمسك بالمبادئ الملزمة ، يجب على الدولة أن تتصرف بحكمة وإبداع في العالم المتغير قي حربها ضد الإرهاب الجامح.

في ظل هذه الخلفية ، فإن توقع أن تحتوي اللائحة التنظيمية على قائمة بجميع الأوضاع المختلفة التي قد يحقق فيها دفن جثث الارهابيين الغرض الرئيسي من أنظمة الدفاع - أي توفير أدوات لمكافحة الإرهاب وحماية أمن الدولة والسلام العام - لا يتطابق مع الواقع ، كما أنه غير مناسب (انظروا وقارنوا، م ع"ع 4645/18 **مجهولة ضد وزير الصحة**، الفقرة 8 من وجهة نظري، الفقرات 5-2 من وجهة نظر القاضي **م' مزوز** (13.2.2019)). بحسب تصوري ، قد يخلق ، عن غير قصد ، شكلاً من أشكال الشلل، لتقييد أيدي الدولة ، وحرمانها من المرونة الأساسية لمحاربة المنظمات الإرهابية التي لا تتجمد على الخميرة (*أي تستمر في تطوير اساليبها - المترجم*) في محاولة للإيذاء والتخريب - وفي حالتنا ، حتى أنه يفرغ حكم الحماية من مضمونة، والذي يحمي اللائحة 133 (3) من لوائح الدفاع من الرقابة الدستورية. متطلب التخويل المباشر خصص ليخدم مبدأ الفصل بين السلطات وسيادة القانون، وواجب العدالة الحكومية، ويتطلب ، بالتالي ، تحديدًا واضحًا للصلاحية التي تنطوي على انتهاك للحقوق، وخطاطة "المعايير العامة" لتفعيل هذه الصلاحية (م ع"ع 7803/06 **أبو عرفة ضد وزير الداخلية**، الفقرة 53 من وجهة نظر القاضي **ع' فوجلمان** (13.9.2017)). ومع ذلك، عندما تكون السلطة والاعتبارات المركزية واضحة - وهذا هو الوضع في حالتنا - فليس من المتوقع أن يقوم المجلس التشريعي كبائع متجول بتعيين مجموعة لا حصر لها من الأوضاع التي قد تنشأ فيها الحاجة إلى ممارسة هذه الصلاحية. وهذا يعني أنه عندما تسمح اللائحة 133 (3) صراحةً للقائد العسكري أن يأمر بدفن جثة كل شخص ، وتنشأ الاعتبارات التي توجه القائد العسكري في ممارسة سلطته

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

التقديرية بحسب اللائحة، من السياق ومن المبادئ الأساسية للمنهج - هذا كافٍ للوفاء بمتطلبات التفويض الصريح والمفصل ، والمضي في جميع الترتيبات الأولية. وبالتأكيد، هذا لا يعني أن ممارسة السلطة محصنة من المراجعة القضائية. ليس هذا هو نهج القانون الإسرائيلي ، الذي يُخضع صانعي القرار لاختبار الشرعية والتناسب. حتى قبل عرض المسألة على القضاء، فان عملية اتخاذ القرارات تكون مصحوبة بمراقبة قانونية، بما في ذلك موقف المستشار القانوني للحكومة. ومع ذلك ، من الضروري، وجود مراجعة قضائية مستقلة أي غير مصاحبة لاتخاذ القرارات، وأيضا يتطلب الأمر إرساء خاص ومحدد لكل عناصر ومكونات الموضوع في ترتيب أولي بشكل منفصل ومستقل. قاعدة الترتيبات الأولية هي قاعدة تفسيرية ، والتي يجب أن يكون استخدامها ديناميكيًا ومنتبهًا لتغيرات الزمن.

3. تدعي زميلتي ، القاضية **د' باراك-ايريز** ، أنه "في ضوء اللغة العامة" المعتمدة بموجب اللائحة 133 (3) من لوائح الدفاع، يؤدي التفسير الذي اعتمدته زميلتي ، الرئيسة **أ' حيوت** ، إلى نتيجة صعبة - ويفتح الباب أمام احتجاز جثث المواطنين الإسرائيليين غير الإرهابيين لأغراض التفاوض (الفقرة 23 من وجهة نظرها).

يبدو أن الازعاج الذي تثيره مثل هذه النتيجة يوضح أنه لا يوجد ادعاء فعلي. يجب أن نتذكر أن الطبقة اللغوية ليست سوى نقطة الانطلاق للعملية التفسيرية، وأن البدائل التي تتماشى مع الغرض من القانون فقط هي التي ستصل إلى خط النهاية. في الحالة التي أمامنا، التعبير "كل شخص" يطرح أمامنا، في الواقع، شبكة لغوية واسعة، لكن حتى نقف على الدلالة الحقيقية لهذا التعبير يجب المرور به عبر مسننة التفسير الغائي، والذي يعطيه دلالة محددة، بحيث تتطابق مع هدف اللائحة. هكذا على صعيد مؤشر الهدف الذاتي-

> **"المشرع الانتدابي وجد في لوائح الدفاع – ومن ضمنها، اللائحة 133(3) – نسيج تشريعي خصص لمنح السلطات (العسكرية في الأساس) صلاحيات موضوعية لمكافحة الإرهاب الذي تم توجيهه ضدهم من الجانبين المتاخمين لأرض إسرائيل (توم سيغيف أيام شقائق النعمان: فلسطين خلال فترة الانتداب 387 (1999)). في البداية اكتفت اللائحة بالاشتمال على استثناء ضيق عن القاعدة بشأن تسليم جثث الأسرى لذويهم، لكن، في وقت لاحق امتد نطاق الصلاحية ليسري أيضا على جثث أخرى – التي تعود، كما يتضح من العناصر الأخرى من اللائحة 133، للإرهابيين الذين قتلوا على أيدي "قوات جلالته" أو إلى ضحايا هذه "القوات" (الفقرة 7 من وجهة نظري في قرار الحكم؛ التأكيد ليس من الأصل).**

أيضا، على صعيد الهدف الموضوعي، يجب أن نذكر أنه يوجد أمامنا غايات متعارضة – الحفاظ على أمن الدولة وقيمة افتداء الأسرى من جهة، وكرامة الميت وعائلته من جهة أخرى (انظروا في الفقرات 17 – 9 من وجهة نظري). يتطلب الأمر تنقيح الغرض النهائي للمادة 133 (3) من لوائح الدفاع، بالتالي، تحقيق التوازن بين الغايات المتعارضة، مع مراعاة أهمية الحق المنتهك، ودرجة التعدي عليه ومجمل ظروف القضية (المرجع نفسه، الفقرة 17). على أي حال، حتى لو امتدت لغة

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

اللائحة، بعبارات بسيطة، إلى كل جثة، فإن التفسير الغائي يرفض هذا الاحتمال - لأنه من الواضح والبديهي أن التوازن المناسب فيما يتعلق بدفن مواطن عادي يختلف اختلافًا جوهريًا عن التوازن المطلوب للحسم في موضوعنا، والمتعلق بجثث مخربين. على أي حال، تجدر الإشارة إلى أن ممارسة سلطة القائد العسكري تخضع للمبادئ الأساسية للقانون الإداري ، لذلك حتى مع افتراض وجود السلطة- *الصلاحية*، فإن احتجاز جثث غير متورطين يثير صعوبة كبيرة، بل وأكثر من ذلك ، على مستوى السلطة التقديرية.

4. نقطة إضافية تتعلق بتأثير القانون الدولي على القضية التي أمامنا. زميلتي القاضية **د' باراك-ايريز**، عرضت في وجهة نظرها منهجا وسطيا: وهي تقبل موقف قضاة الأغلبية في الحكم الذي هو موضوع جلسة النقاش الاضافية بشأن عدم وجود تفويض صريح في القانون الإسرائيلي - لكنها تعتقد أن هذا التفويض ليس ضروريًا فيما يتعلق بالإرهابيين الذين هم وعائلاتهم ليسوا من سكان المناطق التي تسيطر عليها إسرائيل (كنموذج، قطاع غزة). وذلك لأن احتجاز الجثث التي تنتمي إلى هذه المجموعة قد تم الفصل فيها بموجب القانون الدولي، وهي غير مشروطة بتفويض من القانون الإسرائيلي الداخلي.

في هذا الصدد، أود أن أذكر بإيجاز أنه في ضوء قرار غالبية القضاة في هذه القضية، فإن القانون الداخلي الإسرائيلي يتضمن تفويضًا صريحًا بالدفن المؤقت لجثث مخربين لأغراض التفاوض - وبالتالي، لا معنى لمكان منشأ المخرب أو أبناء عائلته. في الوقت نفسه، كما أشرت في وجهة نظري في قرار الحكم (الفقرة 20) - وكما يعتقد زملائي أيضًا، الرئيسة **أ' حيوت** (الفقرة 31 من رأيها) والقضاة **ي' دينتسيجر** (الفقرة 37 من وجهة نظره في القضية السابقة)، والقاضي **ي' عميت** (الفقرة 8 من وجهة نظره)، والقاضي **ن' سولبرج** (في الفقرة الثانية من رأيه) والقاضي **ج' قرا** (الفقرة 21 من رأيه في الإجراء الحالي) – يوجد منطق في التأكيد على أن القانون الدولي يتكامل مع القانون المحلي الإسرائيلي ويتوافق معه. أي أنه لا يستبعد الممارسة المنصوص عليها في اللائحة 133 (3) من لوائح الدفاع، ولا يفرض أي حظر على الدفن المؤقت للإرهابيين وجنود العدو حتى يتم التوصل إلى اتفاقات مستقبلية.

بين قوسين، أشرت إلى أن التمييز الذي قدمته زميلتي، القاضية **د' باراك-ايريز**، على أساس مكان سكن المخرب وعائلته، ليس نقيا، في رأيي ، مرضي في شق أخر: حيث يتم دفن جثة الإرهابي من قبل السلطات الإسرائيلية في الداخل ، مع انتهاك محدد بكرامة المتوفي ، يبدو أن هذا الإجراء يجب أن يخضع للمبادئ الأساسية للقانون الداخلي، بغض النظر عن مكان الاقامة (وقارن، استئناف جنائي 6659/06 **مجهولون ضد دولة إسرائيل** ، الفقرة 27 (11.6.2008)).

5. زميلي القاضي **ج' قرا**، علق في وجهة نظره، أنني في قرار الحكم نسبت – في نطاق فحص سلطة القائد العسكري التقديرية – وزنا الى أن القرارات التي صدرت عنه لا تقطع الصلة بين أبناء عائلة المخرب وبين عزيزهم الميت، والتي تسمح لهم بالمشاركة في الدفن وفي زيارة قبره. لذلك، فهو يعتقد أنه في الإشعار المقدم في الإجراء الحالي، سلبت الدولة مثل هذه الصلة، للتأثير على التوازن العام والالزام بإعادة النظر لكيفية ممارسة القائد العسكري لهذه الصلاحيات.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

في الواقع ، من الواضح أن نهج العائلات تجاه قبر الإرهابي هو عنصر مهم في الحسم في مستوى تفعيل الصلاحية ، لأن قراري بشأن معقولية وتناسب قرارات القائد العسكري ارتكزت على حقيقة أن –

"الدفن المؤقت بطبيعته، لا يقطع صلة عائلات المخربين بموتاهم – ولا يمنعهم، بالضرورة، من زيارة القبور المؤقتة، وحتى المشاركة في الدفن (بالخضوع، كما هو مفهوم، للاعتبارات الأمنية ذات الصلة). دفن المخربين بصورة مناسبة بحسب أعراف دينهم، وبشكل يسمح بالتعرف في المستقبل على جثثهم، تقلص أكثر من انتهاك كرامتهم. وبالتالي، بعمل توازن بين هذا الانتهاك وبين الغايات الأمنية الجوهرية الثابتة في أساس السياسات التي بموجبها تم اتخاذ هذه القرارات من قبل القائد العسكري، الكفة تميل من حيث الاختبار المبدئي الى هذه الأخيرة" (فقرة 24 من وجهة نظري؛ التأكيد ليس من الأصل).

حتى قضاة الأغلبية في القضية الحالية أعطوا رأيهم بخصوص ما يسببه الدفن المؤقت للمخربين في إسرائيل من انتهاك لكرامة الميت وكرامة عائلته (أنظروا، على سبيل المثال، الفقرة 27 من وجهة نظر الرئيسة، الفقرة 6 من وجهة نظر القاضي **ي' عميت**، وفي نهاية المطاف، بوجهة نطر القاضي **ن' سولبرج**).

ونظرا لأهمية الموضوع، طُلب من الدولة خلال جلسة الاستماع أمام اللجنة الموسعة أن تعرض موقفها فيما يتعلق بما ورد في الفقرة 24 من وجهة نظري - وأبلغت ردا على ذلك، أن الأمور مقبولة لديها من حيث المبدأ (أنظروا ملاحظات زميلتي الرئيسة **أ' حيوت** حول الموضوع، في الفقرة 27 من وجهة نظرها). وباعتراف الدولة، ذكرت الدولة أيضًا أن الاعتبارات الأمنية في هذه المرحلة تحرم المدعى عليهم من الوصول إلى قبور أحبائهم، لكن هذه الاعتبارات المركزة ليس لها أي تأثير على قراري - الذي ذكرت فيه صراحة أن نهج الأسر سيخضع "لاعتبارات أمنية ذات صلة". حتى عندما تُحرم العائلات من المشاركة في عملية الدفن، أو الوصول إلى القبر، فإن العامل الرئيسي الذي يميز سلوك القائد العسكري في حالتنا عن أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (**ECtHR**) – هو هذه الطبيعة المؤقتة للدفن ، في مواجهة الانفصال الكامل والمطلق الذي حكمت فيه السلطات الروسية - لا يزال قائما بدون تعيير (انظرا الفقرة 20 من وجهة نظري في القضية السابقة، والفقرة 33 من وجهة نظر الرئيسة **أ' حيوت**). ويترتب على ذلك، أن الدولة تقبل من حيث المبدأ حقوق أقارب الإرهابيين، لكنها ترى ضرورة إجراء فحص فرداني (*أي لظروف الحالة الخاصة – المترجم*) لجميع الاعتبارات ذات الصلة. وكما ذكرت الدولة في بيانها فيما يتعلق بالفقرة 24: **"حتى المسألة الملموسة التي هي موضوع هذا الإشعار تخضع لفحص دوري**، وفي هذا السياق تقبل الدولة قرار حضرة القاضي هندل بأنه" **ينبغي للسلطات المختصة إعادة النظر في الظروف المتغيرة من وقت لآخر** (انظروا، الفقرة 23 من قرا حكمه)" (التأكيد في الأصل). على أي حال، لا يمكن، نتيجة لذلك، سلب المعقولية والتناسب عن قرار القائد العسكري فيما يتعلق بالدفن الفعلي للجثث.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic

المرجع AlMarje'

وفي الوقت نفسه، يجدر التأكيد - كما يتضح من أقوال زميلتي الرئيسة **أ' حيوت** (الفقرة 27) - أن الإجراء الحالي غير مناسب لتوضيح الأمر، لأن المدعى عليهم لم يقدموا أي ادعاء بشأن رفض السماح لهم بدخول القبور. لكنني أؤكد، أن القضية نفسها قد تخضع للمراجعة القضائية في الحالة المناسبة. ومع ذلك، يبدو أن الضرر الذي يلحق بكرامة أفراد الأسرة في هذا الجانب أقل من الأذى الذي ينطوي عليه الدفن المؤقت لأحبائهم في إسرائيل - لكن الأذى البسيط هو أيضًا ضرر، وسيكون هناك مجال للنظر فيه في الإجراء الملائم.

سوف نلخص ما قلته فيما يتعلق بموضوع الدفن، وما يتصل بذلك هنا –

" بطبيعة الحال، يجب عدم التسامح مع الحيازة غير المقيدة لجثث الإرهابيين، ويجب على السلطات المختصة إعادة النظر في الظروف المتغيرة من وقت لآخر. هذا يتعلق بالسياسة العامة (أي درجة "الواقعية الملموسة" لصفقة مقايضة محتملة) وفيما يتعلق بـ "قيمة" احتجاز إرهابيين محددين (أي درجة أهميتهم الحالية من وجهة نظر حماس) (الفقرة 23 من رأيي).

كما ذكرنا، فإن الأمور أيضًا مقبولة للدولة.

6. اختم وجهة نظري في استحضار موقف الشريعة اليهودية من دفن قتلى العدو وقيمة افتداء الأسرى. يقدم القانون العبري موقفًا شرعيًا وعمليًا. جاءت الملاحظات في الحكم، ولكن بسبب مساهمتها في النقاش - بالنظر إلى حقيقة أن دولة إسرائيل دولة يهودية وديمقراطية - أعتقد أنه سيكون من الصواب، من أجل الاكتمال، تقديمها مرة أخرى.

بالتطرق الى كرامة الميت، وبخصوص واجب دفن كل شخص، اليهودي كالأممي، فقد ذكرت أن –

" من المثير للاهتمام الإشارة في هذا الأمر إلى القانون العبري، الذي يحتوي أيضًا على عدة درجات من حق المتوفى في الكرامة. يتجسد أحد الجوانب في البيان الشرعي الذي بموجبه "وصية حفظ كلام الموتى" (بابلي، جتين ياد، ب). يرى المفسرون أن واجب احترام الوصية الأخيرة للمتوفى وتحقيق إرادته - بما في ذلك القضايا التي لا علاقة لها بتقسيم الممتلكات - كتعبير عن كرامة الإنسان (الحاخام آشر فايس **منشات آشر** – في البداية، باراشات فايشا، سيمان سو، تيلا تالت (5762)؛ فيما يتعلق بإرادة يعقوب أفينو في أطار بركاته لأبنائه، وفيما يتعلق بمكان دفنه ["أرجوك لا تدفنني في مصر"]). شق أخر ورد التعبير عنه في التعليم الكتابي بعدم الحداد على الأموات "لأن لعنة الله معلقة" (تثنية 21:22). (الحاخام شلومو يتسحاقي، أحد أعظم المعلقين على الكتاب المقدس والتلمود، عاش في فرنسا في بداية الألفية الثانية بعد الميلاد) لقد فسر هذه الآية بطريقة تربط بين كرامة الإنسان وشرف الله: ' احتقار الملك أن الإنسان صنع على صورته '، ومن ثم فإن كرامة الله تتطلب

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

دفن الإنسان بكرامة - حتى لو أخطأ وأعدم. وعليه، يُعتقد أن " كل من ناح على موته يمر عليه دون أن يفعل شيئًا" - إلا إذا "شرفناه بإحضار نعش وكفن" (السنهدرين، 6، 7). بالتأكيد، جاء في التلمود (بآفلي، جتين، سا، أ) أن "عندما يتم دفن موتى الغرباء مع موتى إسرائيل"، وبالتالي فإن وصية الدفن تنطبق على كل من اليهود وغير اليهود (انظر حكم الراحل شلومو جورين طيب الذكر - الذي خدم لسنوات عديدة في منصب الحاخام العسكري الأكبر والحاخام. رئيس إسرائيل - بخصوص دفن الجنود غير اليهود في المقابر العسكرية [تبرع البيدر، المجلد الثاني، القلم 2 (2002)؛ **الجرأة والشدة: السيرة الذاتية**، 153 -152 (2013)]) (الفقرة 13).

7. فيما يلي ، سأناقش بإيجاز موقفي بخصوص إقرار القانون اليهودي بمكانة القانون الدولي فما يتعلق بقوانين الحرب –

" كما حكم الراحل الحاخام شاؤول إسرائيلي (الحائز على جائزة إسرائيل للدراسات اليهودية ، رئيس مدرسة مركز الرب الدينية وعضو مجلس الحاخامين الرئيسي ، الذي توفي عام 1995) ، يولي القانون العبري أهمية كبيرة لأحكام القانون الدولي فيما يتعلق بقانون الحرب -

> **' وبالتالي، يجب أن يُنظر إلى موافقة الشعوب على أن الحرب هي إحدى الوسائل القانونية، طالما تحافظ الشعوب المقاتلة على العرف المقبول للشعوب فيما يتعلق بالحرب [...] من الأن فصاعدا سيسري دينا ملكوتا (*حين يحترم القانون الداخلي القوانين السارية في دولة أخرى أي التعامل بمرونة مع قوانين ادول الأخرى* – المترجم)على العلاقة بين دولة ودولة أخرى وسيسري أيضا عندما يتعلق الأمر بدول تستند على موافقة شعوبها، وعلى الرغم من أنه يتعلق بقوانين النفوس فان موافقتهم مفيدة . وهذا هو أساس شرعية الحرب (الصفحة اليمنى، مرقس 16، الفصل ه (1992)).**

وبالتالي، فإن مفهوم الشرعية "دينا دملخوتا دينا" ينطبق أيضًا على مستوى العلاقات بين الدولة والمجتمع الدولي، ويفرض التزامًا على دولة إسرائيل بالتصرف وفقًا للمعايير المنصوص عليها في قوانين الحرب - بما في ذلك إعطاء الاحترام الأخير لضحايا العدو "(الفقرة 14).

8. في الوقت نفسه، أوضحت أن الالتزام بدفن ضحايا العدو ينبع من الجذور العميقة والمستقلة للقانون اليهودي، وأنه تم التعبير عنه بالفعل في الحروب الأولى للشعب -

"بالإضافة إلى الوزن الذي يعطيه القانون اليهودي لأحكام القانون الدولي في هذا السياق، فإن له جذور قديمة وعميقة ومستقلة في واجب دفن قتلى العدو. وهكذا، على سبيل المثال، يُقال إنه بعد انتصار بني إسرائيل العائدين إلى أرضهم على ملوك كنعان الذين حاربوهم، أمر يهوشع بدفن قتلى العدو في ذلك اليوم (يشوع 8:29 ؛ يشوع 10 ، 27). ويقال أيضًا في سفر حزقيال

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

(لات ، 11) ، في إشارة إلى حرب يأجوج ومأجوج التي كان من المقرر أن تحدث في نهاية الأيام ، وفي ذلك اليوم كنت سأمنح يأجوج مكانًا حيث كان هناك قبر [...] ودفنوا يأجوج والجمهور كله هناك وأطلقوا كثيرا على جاي مأجوج. بناءً على السابقة التي أنشأها يهوشع، حكم رامبان بأن الواجب العام لدفن الموتى يمتد أيضًا إلى ضحايا العدو. كتب في هذا الصدد، الحاخام شلومو غورين، كما ذكرنا، كأول حاخام رئيسي للجيش الإسرائيلي، أن –

" خلال خدمتنا في جيش الدفاع الإسرائيلي، أنشأنا وحدات دفن خاصة مهمتها العناية بهويات ودفن قتلى العدو خلال الحرب وهذا يتفق مع بداية مقالتنا التي تقول إن كلمات الكتاب المقدس: "لأنه على صورته خلق الإنسان" (تكوين 9: 6).. بدون التمييز بين شعب وشعب وبين عرق وعرق ' (بعيد الحرب المجلد أ، م (الطبعة الثانية)).

سننتهي بإجابة الحاخام ناتان أورتنر، الذي كان في ذلك الوقت حاخامًا لمدينة اللد، على سؤال وجهه إليه جندي من جيش الدفاع الإسرائيلي في خضم حرب سلام الجليل. حكى نفس الجندي إن كتيبته أصابت دبابة سورية وقتلت الجنود بداخلها، وسأل عما إذا كانت تسري عليه الأوامر لدفن السوريين الذين قاتلوا جنود الجيش الإسرائيلي 'وأرادوا تدميرنا'. في نهاية مناقشة واسعة النطاق، صرح الحاخام، مشيرًا إلى موقف رامبان الموضح أعلاه، أن الفروق الدقيقة المختلفة تمييز بين المناهج الشرعية الحالية - لكنها جميعًا تعترف بواجب دفن العدو. سواء كان مصدر الالزام من التوراة أو من دربنان (*/حد مصادر الشريعة اليهودية- المترجم*)، المذهب السائد هو أنه يجب دفن قتلى العدو، بالتأكيد، عندما تكون جثثهم ملقاة في نطاق أرض إسرائيل (نتان أورتنر " دفن قتلى العدو" المجالات د 97 ، أنظروا أيضا في التفجير في ماراثون بوسطن 9.5.2013 (Shlomo Brody, *Even Criminals Rest in Peace*, TABLET)" (الفقرة 14).

مهما كان الأمر، هناك خط مباشر ومتسق بين حروب يشوع بن نون الموصوفة في الكتاب المقدس وحروب دولة إسرائيل؛ يقر الشرعية بالصورة الإنسانية للعدو وتطالب بدفن موتاهم.

9. في الواقع، يُظهر القانون العبري أن الدفن المؤقت يعطي، في الظروف المناسبة، استجابة مناسبة لواجب تكريم الموتى –

" " [و] لاستكمال منظور القانون العبري، سنذكر بحكم صدر أثناء حرب الاستقلال. الحاخام الرئيسي الأول في دولة إسرائيل، ذو الأصل الاسباني، الحاخام عوزيال، تطرق الى وضع في زمن الحرب حيث أنه ضمن ظرف طارئ تم دفن جثة الجندي بكيبوتس ايبليت الفجر، بينما مركز حياته وحيث تعيش عائلته هو تل أبيب. تقرر- بحسب الظروف، أنه يمكن النظر الى هذا الدفن على أنه دفن مؤقت، وتوجد إمكانية لنقل الجثة الى بيت الدفن في نخلات يتسخاك (بن صهيون مئير شاي عوزيئيل **احكام عزيال في الأسئلة المستجدة** (5737)). على الرغم من الاختلافات البينة البارزة بين هذه الحالة وبين موضوعنا الا انه يوجد

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

بذلك ما يعزز هذا المعنى. الدفن المؤقت، حتى في الأولى منها، يفي بمطلب واجب دفن الميت. وذلك، حتى وان نتج عن هذا الدفن انتهاك بكرامة الميت وكرامة أبناء عائلته، بما يبرر نقل الجثة في مرحلة لاحقة" (الفقرة 23).

وهذا بدوره له تأثير على التوازن العام بين الاعتبارات المتعارضة.

10. القانون العبري يمنح أيضا لهذه الاعتبارات المتعارضة، وعلى رأسها، الاعتبار المتعلق بقيمة افتداء الأسرى، وزنا كبيرا –

" تنسب أهمية خاصة في القانون العبري ل ' افتداء الأسرى' بالمفهوم المتعلق بدفن المقاتلين - بما يتجاوز القيمة العامة المتمثلة في الحفاظ على" الكرامة الإنسانية "، التي ناقشتها أعلاه. وهكذا ، على سبيل المثال ، حكم الحاخام شلومو زلمان أورباخ ، أحد أعظم الفقهاء في القرن العشرين ، بأنه على الرغم من أن منهج النقد العقلي يرفض التوراة بأكملها - وبالتالي ، ظاهريًا ، لا ينبغي تعريض الجنود للخطر في مهمة إنقاذ الضحايا - "الضرر المعنوي الذي يلحق بالجنود الذين يرون أنهم إذا سقطوا قتلى سوف يرقدون على جانبهم ولن يعتني بهم أحد ، عامل مهم في الروح القتالية وبالتالي يشكل هذا الأمر دافعا لنقد العقل" يهودا زولدان **عودة يهودا وإسرائيل: أرض إسرائيل - غوش قطيف ، القيادة والجيش ، الجمهور والمجتمع**، الفصل 21 (ب) (4) (إيال فيشلر ، محرر ، 5767). في موضوع مختلف ولكن ملموس، قرر الحاخام شلومو غورين أنه يجوز تدنيس يوم السبت من أجل إخلاء الجثث من مناطق القتال ، لأن "ترك قتلى المقاتلين في ساحات القتال يخفض معنويات المقاتلين" و "نظرًا للحساسية العقلية الخاصة التي نمتلكها تجاه أبنائنا الذين سقطوا" الحاخام رام ها كوهين ريسباسا بيدي هارون: **إجابات حول القضايا الحالية** ، التوقيع 5 (العازار جولد شتاين، روعي جولدشميدت وشمعون فوجل، المحررون، 2013))" (الفقرة 16).

في ضوء التحليل المذكور أعلاه، خلصت إلى أنه "عندما نأتي إلى تفسير المادة 133 (3) من أنظمة الدفاع فيما يتعلق بدفن الموتى وإجراء المفاوضات من أجل افتداء الأسرى والقتلى، يجب أيضًا مراعاة هذه القيم اليهودية والإسرائيلية الأساسية". دلالة ذلك - يعترف القانون العبري أيضًا بالتعقيد الذي ينطوي عليه الدفن المؤقت لجثث المخربين لغرض تعزيز المفاوضات من أجل إعادة المدنيين وجثث القتلى المحتجزون لدى المنظمات الإرهابية، ويشير إلى ضرورة تحقيق التوازن بين اعتبارات الأمن وافتداء الأسرى وبين واجب الحفاظ على كرامة الميت - بما في ذلك عدو لاقى حتفه في ميادين الإرهاب.

11. وخلاصة رأيي، نتيجة لذلك، أن للقائد العسكري الصلاحية لاحتجاز جثث المخربين ودفنهم دفنا مؤقتا لغرض إدارة التفاوض لاستعادة جثث قتلى ومواطنين إسرائيليين المحتجزون لدى التنظيمات الإرهابية. في الوقت نفسه ، يجب على الملتمسين تقليل الضرر الذي سيلحق بكرامة المتوفى قدر الإمكان ، وضمان دفنه بشكل لائق - حتى لو كان الدفن مؤقتًا. وفي هذا السياق ، يجب الحرص على الحفاظ على الصلة بين عائلة الإرهابي المتوفى وقبره المؤقت ، وفحص جميع الاعتبارات ذات الصلة ، في ضوء الظروف الملموسة للموضوع. كما كتبت في رأيي في الحكم-

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

"بادئ ذي بدء، الأمر الواضح الذي قد يقع بين كراسي وطاولة الإرهاب: الوضع المطلوب هو إعادة الجثث، بما في ذلك الإرهابيين، إلى ذويهم - وفق القاعدة التي قررتها اللجنة الوزارية، وبدون استثناءات. لكن القبح والوحشية التي تمارسها المنظمات الإرهابية، التي تحتجز مدنيين وجثث شهداء جيش الدفاع الإسرائيلي وتطالب بثمن ليس فقط للأرواح التي بحوزتها ولكن أيضًا للقتلى، لا تترك لنا مفرا. في هذا الواقع المفروض علينا أيضًا، يجب أن نسير على خط رفيع بين تحقيق هدف إعادة مواطني إسرائيل وجثث شهداء قتلى الدفاع الإسرائيلي، والحفاظ على كرامة القتلى - حتى الإرهابيين منهم. وبالطبع، إذا أقر القانون بمشاعر أقارب الإرهابيين، فمن المفهوم ضمنا بالمقاربة، ألا تريحنا صرخة عائلات الأحياء والموتى المحتجزون لدى حماس. بعبارة أخرى: الاعتراف بالواقع، والاستماع إلى صوت الحياة الغائب، وصوت دماء إخواننا التي لم تصل أيضًا إلى مكانها، والحفاظ على المبادئ الأساسية لدولة إسرائيل كدولة يهودية وديمقراطية.

على هذا المستوى، يكون للخطوط العريضة الدقيقة لسياسات المدعى عليهم أهمية خاصة، والتي بموجبها - كما أوضح المدعي العام – يعتبر احتجاز جثث الإرهابيين استثناءً للقاعدة. وهذا يعني أنه سيتم أيضًا دفن جثث الإرهابيين المنتمين إلى الفئتين المعنيتين مؤقتًا فقط على خلفية مفاوضات ملموسة لإعادة المدنيين وجثث الضحايا الذين تحتجزهم التنظيمات الإرهابية. لا يمنع نقل الجثة نحو ما سيلي. يفترض من الأجهزة الأمنية، كما تصرفوا هنا، أن يمارسوا سلطة تقديرية فردانية (*أي خاص بكل حالة على حدة – المترجم*) بشأن تعزيز التفاوض لإعادة المدنيين وقتلى جيش الدفاع الإسرائيلي المحتجزون لدى حماس. هذه مسألة حساسة للغاية. يجب ألا نغض الطرف عن طبيعة المفاوضات حول مثل هذه القضايا الحساسة بين الدولة ومنظمة إرهابية، حتى من خلال طرف ثالث. قد يكون هناك وضع، تعلن فيه المنظمة الإرهابية أنه لا توجد مفاوضات، ولكن من الناحية العملية ليس هذا هو الوضع بل هو مجرد مرحلة أخرى في المفاوضات. الشيء المهم هو أنه في حالة عدم وجود مفاوضات بالفعل، وعدم وجود اتصالات ملموسة لعقد صفقة، يجب اعادة الجثث. لكن طالما أن هناك إمكانية، ليس فقط على الصعيد النظري أو عاجلة لدفع المفاوضات، فلا يوجد إلزام بإعادة الجثث. نقطة أخرى مهمة، كما هو موضح أعلاه، هي أن تكريم الميت يتضمن دفنه. إن الوضع الذي يتم فيه الاحتفاظ بجثث الإرهابيين لفترة طويلة ليس عن طريق الدفن - حتى لو كان ذلك، كما في الحالات المعروضة علينا، بسبب طلب العائلات – من شأنه أن يلحق ضررا بدرجة أكبر بكرامة الموتى والمبادئ التي يتطلبها القانون الدولي. في هذه الحالة، ليس من الضروري تحديد الحدود الزمنية ورسمها، ولكن كما هو مذكور، مع مرور الوقت، تزداد الحاجة إلى دفن الجسد، والبعد الزمني هو أيضًا اعتبار فيما يتعلق بموعد إعادة الجثة. ومرة أخرى، لا وجود لصيغ حسابية. الأمر يعتمد على الاتصالات والمفاوضات والنقطة التي وصل إليها. في حالتنا، واستناداً إلى المواد المقدمة، يتبين أن هذه هي الطريقة التي يتصرف بها المدعى عليهم في هذه الحالة - رغم أنه، في رأيي، حان الوقت لدفن الجثث المحتجزة بواسطة الدفن المؤقت. بالطبع، يجب على اللجنة الوزارية للأمن القومي وعلى القائد العسكري، مراجعة السياسات القائمة بشكل دوري - وطريقة تنفيذها في حالات محددة - وتجنب دفن الجثث في إسرائيل دون أن يكون هناك دفع للمفاوضات من أجل اعادة المواطنين المدنيين والقتلى المحتجزين لدى حماس.

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417
أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic
المرجع AlMarje'

[...] لم يتبق ال أن نعبر عن أملنا في أن وقدة انسانية - أو على الأقل، أن مقتضيات المصلحة لدى حماس - سوف تتغلب على جنون الإرهاب، ويسمح للموتى بأن يرتاحوا بسلام في مرقدهم الاخير. وسيتم تفعيل الصلاحية بموجب المادة 133 (3) من أنظمة الدفاع لتسريع العودة السلمية للمواطنين أفرا منغستو وهشام السيد إلى حضن عائلاتهم، وجلب مقاتلي جيش الدفاع الإسرائيلي، الراحل الملازم أول غولدن والرقيب الراحل أورون شاؤول "إلى قبر إسرائيل – الأرض المباركة".

12. أنا أنضم، بذلك، الى موقف زميلتي الرئيسة **أ' حيوت**، في القضية الحالية.

قاضي

تقرر بالأغلبية (الرئيسة **أ' حيوت** وبموافقة القضاة **ن' هندل، י' عميت و- ن' سولبرج** ضد الرأي المخالف للقضاة **ع' فوجلمان، و د' باراك-ايريز و ج' قرا**) بأن اللائحة 133(3) من لوائح الدفاع تخول القائد العسكري بأعطاء الأمر بالدفن المؤقت لجثث الخربين أو قتلى العدو لدواعي أمن الدولة وسلام الجمهور، ضمن الحفاظ على كرامة الميت وكرامة عائلته، وذلك لأعراض التفاوض بهدف إعادة جنود وقتلى جيش الدفاع الإسرائيلي المحتجزون لدى التنظيمات الإرهابية.

صدر القرار بيوم (9.9.2019).

الرئيسة	قاضي	قاضي
قاضي	قاضي	قاضي
قاضي		

Email: marje@law.alquds.edu
Website: www.marje.alquds.edu
Phone: +972 (0)2-2790417

أرشيف المصادر الأولية للقانون الإسرائيلي مترجمة الى العربية
Archive of primary sources of Israeli law, translated to Arabic

المرجع AlMarje'