



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 9041/15

לפני: כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט צ' זילברטל
כבוד השופט נ' סולברג

העותר: פלוני

נגד

המשיבים: 1. היועץ המשפטי לממשלה
2. משרד הביטחון - אגף משפחות והנצחה הקריה
תל אביב
3. צה"ל

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ב בכסלו התשע"ז (22.12.2016)

העותר: בעצמו

בשם המשיבים: עו"ד יצחק ברט

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. לפנינו עתירה למתן צו על תנאי בגדרה מבקש העותר, אחיו של סמ"ר א.ה. ז"ל (להלן גם: המנוח) – חלל צה"ל שנפל במלחמת יום הכיפורים, להורות על פתיחת קברו המצוי בחלקה הצבאית שבבית העלמין בקריית שאול, וזאת כדי להתיר את הספק המקנן בליבו של העותר במשך שנים רבות ביחס לאמיתות הזיהוי של המנוח.

להלן יובאו הנתונים הצריכים לעניין.

2. בצהרי יום ה-06.10.1973 פרצה מלחמת יום הכיפורים בעקבות מתקפה מתואמת של צבאות מצרים וסוריה על ישראל. בשבוע הראשון למלחמה – כוחות צה"ל פעלו לעצירת הצבא המצרי ולייצוב הקו, תוך שהם סובלים אבידות כבדות.

3. בתאריך 14.10.1973, צה"ל הצליח להדוף את ההתקפה המצרית ולהסב פגיעה קשה לכוחות השריון של האויב. בעקבות האמור, תוכנן מבצע "אבירי לב" – לצליחת תעלת סואץ בלילה שבין ה-15 ל-16 באוקטובר 1973, במטרה להעביר את הלחימה לשטח המצרי ולחתור להכרעת המערכה. נקודת הצליחה שנבחרה היתה באזור מעוז "מצמד".

4. בבוקר יום ה-15.10.1973, גדוד 257, בפיקודו של סא"ל שמעון בן-שושן, עסק בהתארגנות לקראת גרירת גשר הגלילים לאזור התעלה, לצורך הצליחה המתוכננת. הפעולה האמורה בוצעה באמצעות 24 טנקים, כוח מסיירת "שקד", שתפקידו היה לנווט את הטור המשוריין, וכן מספר טנקי דחפור מגדוד הנדסה 606, שנועדו לפלס את הדרך ולפתור קשיים במהלך התנועה, כגון סתימת תעלות וסילוק מכשולים. הכוח מתוכנן היה להתחיל את תנועתו על ציר "עכביש", וממנו לעבור לציר "טרטור", המוביל למעוז "מצמד".

5. סמ"ר א.ה. ז"ל, שירת כמפקד טנק דחפור בגדוד 606. מלבד המנוח, היו חברי צוות נוספים בטנק: ש.ע. (טען-קשר), י.ב. ז"ל (תותחן), י.פ. (נהג) ו-ק.מ. (ששימש כנהג המשנה).

6. בתאריך 15.10.1973, בסביבות השעה 23:00 – ניתנה הוראת תזווה לגדוד 257. הטור המשוריין החל לנוע, והגיע בשעות הבוקר המוקדמות של ה-16.10.1973 לקרבת צומת הצירים "עכביש" ו"טרטור" (המכונה גם: "עכביש 52"). תוך כדי תנועה, נורה לעבר כוח הדחפורים מטח טילי נ"ט, וכתוצאה מכך הטנק בפיקודו של סמ"ר א.ה. ז"ל ספג פגיעה ישירה והחל לעלות באש.

7. כעולה מהחקירה ומהעדויות, שאפרט בהמשך, ש.ע., י.פ. ו-ק.מ. – קפצו מהטנק הבווער, בעוד המנוח, ו-י.ב. ז"ל, לא הצליחו לצאת מהטנק ונהרגו.

8. בתאריך 28.10.1973, נמסר למשפחת המנוח כי בנם הוכרז כנעדר וכי צה"ל פועל לאתר. בטופס רישום העדות, מתאריך 30.10.1973, נכתב כי אמו של המנוח טענה שקיבלה גלויה מבנה בתאריך 21.10.1973. עוד נכתב בטופס האמור, כי אמו של המנוח סיפרה שחייל מסוים כתב מכתב לחברתו ומסר בו דרישת שלום מהמנוח. אמו של המנוח סיפרה גם כי חייל נוסף, מסר דרישת שלום מהמנוח "בתאריכים האלה". עם זאת, במכתב שהאם שלחה לשר הביטחון דאז, מר משה דיין, נטען על ידה כי מפרוץ המלחמה היא לא קיבלה שום הודעה מבנה, וכי היא מבקשת לדעת מה עלה בגורלו.

9. במסגרת ההליך לאיתורו של הנעדר, נגבו עדויות מחבריו לטנק של המנוח: ש.ע. ו-י.פ.. נוכח חוסר הסדר ששרר באותה התקופה – החקירות והבדיקות שנערכו אז, תועדו רק במועד מאוחר יותר מזמן התרחשותן בפועל.

10. מעדותו של י.פ. עלה כי המנוח לא יצא מהטנק הבוער במשך שעתיים לפחות, וכי מחצית גופו של המנוח נותרה על סיפון הטנק. אלה היו דבריו בהקשר זה:

"ביום שלישי 16.10.1973 בין השעות 8-9 נסעתי בטנק דחפור לכיוון התעלה בציר העכביש 2 ק"מ אחרי ציר טרטור. נפתחה עלינו אש נ"ט וכתוצאה מכך קפצתי החוצה. יחד איתי קפצו החוצה גם נהג המשנה ק.מ. והטען-קשר ש.ע.. הטען-קשר קפץ פצוע מרסיסים. שכבנו בתעלה בקרבת הטנק. ראיתי כי הטנק נפגע על-ידי טילים נוספים והחל לבעור. בעקבות כך היו גם התפוצצויות בטנק. בזמן ששכבתי לא ראיתי מישהו נוסף יוצא מהטנק. אנשי הצוות הנוספים בפנים היו א.ה. – מט"ק, י.ט – תותחן. אני מכיר אותם אישית. פגשתי אחר זמן מה את ל' מהגדוד והוא סיפר לי כי לאחר זמן ניגשו לטנק ומצאו בתוכו עצם וקבורה סמוך לטנק. אני בטוח כי מרגע שקפצתי עד הרגע שיצאתי בזחילה מטווח האש – לא ראיתי מישהו יוצא מהטנק. הזמן שהייתי נוכח הוא שתי שעות. במשך כל הזמן הטנק היה בוער. ההתפוצצויות שבו החלו כעבור חצי שעה מתחילת הפגיעה. הנהג משנה סיפר לי כי ראה על הספון את חצי גופתו של המט"ק. שלושת הספרות האחרונות של הטנק הן 1,3,9. איני בטוח בסדר הספרות. י.ב. הרכיב משקפי ראייה כהים. מסגרת שחורה. ל-א.ה. היה בכיסו זוג משקפי שמש. מסגרת מוכספת. י.ב. ענד שעות צלילה רגיל. א.ה. ענד שעון עם רצועת עור, עם כסוי סוגר על השעון. א.ה. היה בלונדיני שטיני וי.ב. שחרחר. א.ה. היה בעל מבנה גוף מוצק יותר יחסית ל-י.ב." (ראו: מש/3; ההדגשות שלי – ח"מ).

מעדותו של ש.ע., עלה כי המנוח לא יצא מהטנק הבוער משך כמחצית השעה, והוא שיער כי המנוח – שפיקד על הטנק כשמחצית מגופו מחוץ לטנק – נפגע, וכך למעשה גם נחסמה דרכו של י.ב. ז"ל החוצה מהטנק:

"בתאריך 16.10.1973 בשעה 14:00 קבלנו פקודה לנוע לכיוון התעלה בגזרה המרכזית באזור טסה. תפקידי היה טען-קשר בטנק דחפור. איתי בצוות היו רב"ט י.ב., תפקידו היה תותחן, וכן מפקד טנק סמל א.ה. נהג הטנק היה י.פ., נהג המשנה ק.מ., תוך כדי תנועה קיבלנו טיל נ"ט שפגע בצריח. אני עפתי מהטנק החוצה ונהג המשנה ונהג הטנק קפצו החוצה. אותם אני ראיתי יוצאים מהטנק. בזמן הפגיעה שמעתי את י.ב. אומר בקשר ש.ע. קפוץ. שהיתי בשטח למשך מחצית השעה ולא ראיתי את י.ב. או א.ה. יוצאים החוצה מהטנק. במשך כל הזמן שהייתי מחוץ לטנק ירו על הטנק וכן נפלו פגזים על הכביש מסביב. אני משער שהמט"ק נפגע וחסם ל-י.ב. את הדרך החוצה מהטנק. מאז הפגיעה לא שמעתי דבר על י.ב. או על א.ה.. מיד לאחר הפגיעה יצאו הנהג ונהג המשנה ונסוגו להזעיק עזרה. אני התפנית בכוחות עצמי והגעתי לתאג"ד בעזרת נגמ"ש שהיה בשטח" (ראו: מש/4; ההדגשות שלי – ח"מ).

11. בתאריך 12.11.1973 נשלח מזכר מאת אל"מ נתן שני, מחוליית הקשר למשפחות באכ"א – אל הרב אפרים צמל, שכיהן כרב הראשי של חיל השריון בתקופת מלחמת יום הכיפורים, ובו נזכרה עדותו של ש.ע.. במסגרת המזכר הנ"ל נכתב, בין היתר, כך:

"המשפחות [משפחת המנוח ומשפחתו של י.ב. ז"ל – ח"מ] ביקרו אצלי ויודעות מעדויות חיילים שהבנים נהרגו. מבקשות באורח דחוף לדעת היכן הגופות, היכן נקברו ומדוע לא מכריזים עליהם כחללים" (ראו: מש/5).

12. בתאריך 15.11.1973, נערכה ישיבת מטה שבה נדון נושא הנעדרים. סגן ישראל סגל (להלן: סגן סגל), קצין חימוש, ציין בישיבה האמורה בפני המג"ד כי מצא עצם חזה ועצם ירך לצד הטנק וקבר אותם במקום. יום לאחר מכן, בתאריך 16.11.1973, נגבתה עדותו של סגן סגל, ובגדרה הוא מסר כדלקמן:

"בשבוע השני של המלחמה, למחרת שהטנק נפגע, באנו להוריד חלקים מהמערכות ההידרוליות של טנק דחפור שרוף [...] על הסיפון האחורי של הטנק מצאתי חלק מחזה, וחלק מירך היה לצד הטנק על הקרקע. עשינו חפירה וקברנו בצד השמאלי של הטנק. לא יחסתי לזה חשיבות כי

אמרו שצנחנים חילצו את הגופות והעבירו אותן. לכן לא הודעתי עד עכשיו. אתמול בערב היתה ישיבת מטה, נשאלנו מה עם הנעדרים, סיפרתי למג"ד שקברתי את החלקים האלה. הוא אמר שאין שום זכר לחבר'ה. הכוונה היא למט"ק א.ה. ולתותחן י.ב. אי לכך, באתי להודיע שיש חלק מגופות שאפשר להעביר לקבורה. האינפורמציה ששתי הגופות חולצו על-ידי צנחנים (המט"ק היה מבוטר לשנים) נמסרה לי על-ידי חברי הצוות שחולצו מהשטח יום קודם לכן" (ראו: מ/ש 6; ההדגשות שלי – ח"מ).

13. באותו יום, נערכה תרשומת בעקבות עדותו של סגן סגל, בה נכתב כך:

"ישראל סגל קצין חימוש שקבר את חלקי הגופה דלהלן [...] חלקי הגופה הם חלק בית החזה וכן הירך. לפי הערכות הוציאו את הגופות מטנק צנחנים מגדוד 890. נשאר חיים מהטנק שמסרו עדות במדור, רב"ט י.פ. ורב"ט ק.מ.. רב"ט ש.ע. נפצע ונמצא כעת בבית החלמה קרית ענבים" (ראו: מ/ש 7; ההדגשה שלי – ח"מ).

התרשומת הנ"ל הוכתרה, בעקבות עדותו של סגן סגל: "דו"ח זיהוי ראשוני", וכפי שיתואר בהמשך, בהתחשב באמור – יצאו חיילים לאתר את חלקי הגופה ולהביאם לקבר ישראל.

14. על סמך העדויות והחקירות שהצטברו עד אותו שלב – הרב הצבאי הראשי דאז אישר בתאריך 18.11.1973 את ההכרה במנוח כחלל צה"ל. במסמך "סיכום החומר בתיק", שעל-פיו אישר הרב הצבאי הראשי את ההכרה במנוח כחלל, נכתב כדלקמן:

1. ממצאים

עדות של רב"ט י.פ. שהיה עם הנ"ל בטנק שנפגע מטיל ועלה באש, והנ"ל לא יצא מהטנק.
עדות של רב"ט ש.ע. שהיה עם הנ"ל בטנק שנפגע מטיל ובמשך כמחצית השעה לאחר הפגיעה לא ראה את הנ"ל יוצא מהטנק.
הנ"ל רווק.
לדברי אחד העדים קברו במקום את שרידי הגופות מן הטנק.

2. מסקנות

א. על פי העדויות הנ"ל חלל.
ב. מקום קבורתו אינו ידוע.

3. הערות

עדותו של רב"ט י.פ. נראית מבוססת ועל כן סביר לקבלה" (מ/ש 8; ההדגשות שלי – ח"מ).

15. באותו יום, סא"ל מיכאל בר-און, ראש ענף אישור וקבורה ברבנות הצבאית, שלח "אישור פטירת חייל" למדור נפגעים בשלישות הראשית ולמרכז לאיתור נעדרים. באישור זה נמסר כי בשל העובדה שחלפו למעלה מ-30 ימים מתאריך נפילתו של המנוח (16.10.1973) – לא חלה על המשפחה חובה לשבת שבועה, ועליהם לקרוע קריעה ולשבת באבלות שעה אחת בלבד.

16. ככל הנראה, על סמך המסמכים והקביעות הנ"ל – בתאריך 20.11.1973 נמסרה למשפחת המנוח הודעה על כך שהמנוח הינו חלל שמקום קבורתו לא נודע. באותה העת, כך נדמה, טרם הובאה לידיעתו של הרב הראשי לצה"ל דאז עדותו של סגן סגל, לפיה הוא מצא שני שרידים מגופה וקבר אותם לצד הטנק.

17. יום קודם לכן, בתאריך 19.11.1973 – "טופס זיהוי חלל" מולא בבית הקברות הזמני בבאר-שבע. בטופס זה נכתב כי נמצאו שתי עצמות – בית חזה וחלק מירך – השייכות ל"אלמוני". הטופס נחתם על-ידי שני חיילים מיחידת הקבורה הפיקודית, ונכתב בו כך:

"אנו ממליצים לקבל עדות מפורטת מישראל סגל וכן מהחיילים המופיעים בדו"ח הזיהוי הראשוני" (ראו: מ/ש/10).

18. כפי שצוין לעיל, בעקבות עדותו של סגן סגל, ככל הנראה, נשלחו חיילים לשטח, איתרו את שרידי הגופה והביאו אותה לקבורה ארעית בבית הקברות הזמני בבאר-שבע. לאחר מכן, התברר כי חלקי הגופה שנמצאו לצד הטנק זהים לחלקי הגופה שהוזכרו בעדותו של סגן סגל, ולאחר עריכת הקישור המתבקש – הוסק כי חלקי הגופה שייכים למנוח.

באותו היום מולא טופס הודעה על חלל, בו נכתב כדלקמן:

1. ב-20.11.1973 הודע למשפחה שהנ"ל חלל, לפי נוסח ב', שמקום קבורתו לא נודע.
 2. היום התקבל טופס ובו פרטי הקבורה אותם יש להודיע למשפחה.
 3. ביום 29.11.1973 תערך אזכרה ממלכתית. המחלקה להנצחת החיים תמסור למשפחה פרטים נוספים. (ראו: מ/ש/11).

19. בתאריך 26.11.1973 נערכה חוות דעת חוקר זיהוי, בה צוינו הממצאים שעל פיהם זוהה המנוח, וביניהם, דו"ח הזיהוי הראשוני ועדותו של סגן סגל. במסמך נוסף מטעם מדור החקירות, נכתב כי המשפחה חקרה בעצמה את פרטי המקרה וערכה פגישות עם ש.ע., אשר היה בטנק עם המנוח, ועם מפקד הפלוגה.

20. מספר חודשים לאחר מכן, בתאריך 04.01.1974 – הוצאה חוות דעת מסכמת של מדור חקירות וזיהויים ברבנות הצבאית הראשית, המתייחסת לזיהוי ולביסוס מותו של המנוח. בחוות הדעת צוין כי החלל זוהה בהתאם לעדויות חבריו לטנק, ש.ע. ו-פ.פ., וכן בהתאם לעדותו של סגן סגל. בחוות הדעת המסכמת נכתב, בין היתר, כך:

"א. בהתאם לעדויות ש.ע. ו-פ.פ. היה החלל איתם בטנק שנמצא בציר עכביש קרוב להצטלבות עם ציר טרטור. הטנק נפגע מטיל והתפוצץ. החלל נשאר בטנק [...]
ב. העד סגל ישראל מעיד כי פינה מטנק שהיה בציר עכביש קרוב להצטלבות עם ציר טרטור חלקי גופה שהיו על הסיפון האחורי של הטנק" (מש/14).

21. בתאריך 30.01.1974 המנוח הועלה לדרגת סמ"ר, והודעה על כך נשלחה להוריו בתאריך 15.02.1974. בתאריך 11.08.1974 – המנוח הובא למנוחת עולמים בבית העלמין בקריית שאול, מקום קבורתו הנוכחי.

22. בשנת 2014 (כ-40 שנה לאחר נפילתו של המנוח) העותר פנה לראשונה לראש מדור נפגעים של חיל ההנדסה הקרבית וערער על אמינות קבורתו של אחיו המנוח. בתאריך 25.06.2014, נערך מפגש בין העותר לבין ראש מדור הנפגעים, במסגרתו נמסר לו תיק הארכיון בעניינו של המנוח, תמונות שנמצאו במחלקת היסטוריה, ותעודת פטירה.

23. בתאריך 01.01.2015 נערך לפנייתו של העותר מפגש בינו לבין צוות שכלל את ראש ענף זיהוי וקבורה ברבנות הצבאית – סא"ל הרב יואב אוקנין. מטרת המפגש היתה לדון בבקשתו של העותר לפתוח את קבר המנוח, ולמסור לו חומרים נוספים שנמצאו בארכיון.

לאחר שבקשתו זו של העותר לא נענתה – הוא הגיש את העתירה שלפנינו.

24. העותר מעלה ספקות רבים ביחס לשיחזור סיפור נפילתו של המנוח, וכן ביחס להליך זיהויו, וזאת על אף שהוא איננו מטיל ספק בדבר נפילתו של המנוח בקרב. בהקשר זה הוא מעלה מספר השגות:

ראשית, נטען כי בתאריך 30.10.1973 המשפחה קיבלה לידיה עדויות המצביעות על כך שהמנוח היה בין החיים בתאריך שלאחר 16.10.1973 (יום הפטירה).

שנית, נטען כי העובדה שהודע למשפחה רק בדיעבד באשר לקבורתו הזמנית של המנוח בבית העלמין בבאר-שבע, מעלה, כשלעצמה, תמיהות רבות.

שלישית, נטען כי במועד בו המנוח הובא לקבורה בבית העלמין הצבאי בקריית שאול – לא ניתנה למשפחה אפשרות לפתוח את ארון הקבורה ולזהות את יקירה. לפיכך, לטענת העותר, יש להורות על פתיחתה של חלקת הקבר בה טמונים חלקי גופתו של המנוח, וזאת כדי לוודא את זהות עצמות הנפטר או את טענת העותר שבקבר לא נטמן דבר.

טענות המשיבים

25. המשיבים מצרים על כך שאין ביכולתם להקל על כאבו של העותר, אך חוזרים וגורסים כי הליכי החקירה השונים שנערכו בסמוך לפטירתו של המנוח גילו כי זיהויו של המנוח היה ממשי ומספק, בהתאם לדרכי הזיהוי שנהגו באותה תקופה. אלה נסמכו כאמור על עדויות חבריו לטנק ועדויות נוספות בדבר מציאת חלקי גופה על הטנק ובצידו. לטענת המשיבים, הסעד המבוקש בעתירה הינו למעשה פתיחת קבר מזוהה של חלל צה"ל, וזאת למרות שאין בעתירה מידע חדש המצדיק סטייה מהמסקנה לפיה שרידי המנוח קבורים בקבר הנושא את שמו. המשיבים טוענים, כי משעסקינן בקבר מזוהה, ובהעדר נסיבות חריגות – כבוד האדם מחייב להניח למתים לנוח בשלום על משכבם. עוד סבורים המשיבים, כי יש להתחשב בהשלכות פתיחת הקבר על משפחות שכולות אחרות, בשים לב לכך שפתיחת הקבר עלולה להעצים ספקות דומים המקננים בליבן של משפחות שכולות נוספות. מהלך כזה, כך נטען, עלול איפוא לגרום לנזק כבד לשלומן ולשיקומן של משפחות שכול רבות, אשר לא התאפשר להן לזהות את גופת יקיריהם טרם הקבורה.

הדיון בעתירה

26. בתאריך 22.12.2016 התקיים דיון בעתירה, במסגרתו העותר עמד על הספק אשר מקנן בלבו בדבר אמיתות וזיהוי הנקבר. עוד נטען, כי לא הובאה כל ראיה שיש בה משום זיהויו של המנוח, והדבר מעורר, לשיטתו, חשד ממשי כי הקבר ריק. הוא הסביר את השיהוי בהגשת העתירה בכך שלא רצה לפתוח את הנושא, כל עוד הוריו, שהיו ניצולי שואה היו בחיים, ואולם לאחר שנפטרו – אין הוא יכול להבליג ולהניח עוד לעניין.

27. בא-כוח המשיבים עמד, מנגד, על ההשלכות החריפות הצפויות אם יוחלט על פתיחת קברו של חלל מזוהה והפגיעה בכבוד המת הכרוכה בכך. כן צוינה האפשרות הקלושה לערוך זיהוי מחדש לאחר למעלה מ-40 שנה, ככל שנתרו מחלקי הגופה שרידים.

לאחר הצגת טענות הצדדים אפנה עתה לליבון הדברים.

דיון והכרעה

28. העותר מעלה ספקות ביחס לאמיתות זיהויו וקבורתו של אחיו המנוח – בחלקת הקבר בבית העלמין בקריית שאול. טרם הכרעה מבקשים אנו להביע את רגשי השתתפותנו הכנים בצערו הכבד של העותר, אף שאין אנו יכולים להיענות למשאלתו, מהטעמים שיובחרו להלן.

הליכי זיהוי החללים במלחמת יום הכיפורים

29. מלחמת יום הכיפורים היתה מהקשות במלחמות ישראל. התנהלו בה קרבות אכזריים וכבדים, בזירות רחוקות זו מזו, ומספר הנפגעים בה היה, לצערנו, גבוה ביותר. נוכח מספרם הרב של הנפגעים, ובשל הנסיבות בהן הם מצאו את מותם, נוצר קושי בזיהויים. על אף האמור – צה"ל הקדיש מאמצים רבים לזיהוי חללי המלחמה, ונקט לשם כך באמצעים שהיו כרוכים לעתים גם בסיכון ממשי. היחידה שטיפלה אז בנושא רגיש זה היתה יחידת החקירות והזיהוי של הרבנות הצבאית, שפעלה ללא הרף לחקירת עדים שחזרו מהקרבות במטרה להביא כל אחד מהחללים לקבר ישראל.

30. כפי שפירוט המשיבים, זיהוי החללים במהלך מלחמת יום הכיפורים, ולאחריה, נעשה בדרכים שונות, בהתאם לנסיבות האירוע ולמצאים שנתרו. בפועל, היחידה

לאיתור חיילים וזיהויים, פעלה בתקופת מלחמת יום הכיפורים ולאחריה – במספר ערוצים. בראשונה, חיילים נשלחו לחפש ממצאים במקום האירוע היכולים להצביע על זיהוי ראשוני של הגופות. בעת מציאת הגופות או חלקי הגופות, נהוג היה לערוך "דו"ח זיהוי ראשוני" לכל חלל, הכולל את המיקום שבו נמצאה הגופה, וכן צוינו ממצאים שהיו על החלל ובסביבתו.

לעיתים, במקרים בהם נמצאו רק חלקי גופה, ממצאים אלו תוארו בטופס זיהוי החלל. תיקי החללים הלא-מזוהים שנפתחו – הועברו ליחידה לאיתור חיילים וזיהויים לצורך המשך בירור. ביחידה מונה חוקר לכל תיק, שתפקידו היה לנתח את המידע המצוי בתיק ולבצע בדיקות משלימות ככל הניתן.

31. הליכי הזיהוי באותה תקופה היו מורכבים בשל הכלים ואמצעי הזיהוי המוגבלים שהיו קיימים אז. הצורך לאתר חללים, לזהותם ולהביאם לקבורה בזמן קצר – הוביל לעתים לקיומם של תהליכים מקבילים ולתיעוד ולרישום בדיעבד של הממצאים.

32. צה"ל ומערכת הביטחון השקיעו במהלך השנים, ומשקיעים אף כיום מאמצים רבים לזיהוי כל הנופלים ולהבאתם לקבורה בישראל. זאת הן כחלק מחובתה המוסרית הראשונה במעלה של המדינה כלפי מי שחירפו נפשם למענה ונפלו בשירותה וכלפי בני משפחותיהם, והן כחלק מן החובה לשמור על כבוד המת של החלל ובני משפחתו.

אמיתות קבורתו של המנוח

33. לטעמנו, נוכח התשתית הראייתית שהוצגה בפנינו – הספק שמעלה בפנינו העותר בדבר אמיתות זיהויו של אחיו, סמ"ר א.ה. ז"ל, וקבורת שרידי גופתו בחלקת הקבר איננו סביר ואין גם יסוד סביר לסברה כי חלקת הקבר – ריקה. בפרשה דנא קיימות מספר עדויות בדבר מותו של המנוח, והן עולות בקנה אחד זו עם זו. על בסיס עדויות אלו זוהו גם חלקי גופתו של המנוח, בהתאם לדרכי הזיהוי שנהגו באותה תקופה, כפי שפורטו לעיל. העותר לא מעלה מידע חדש המצביע על התקיימותן של נסיבות קיצוניות ומיוחדות היכולות להטיל ספק ממשי בכך ששרידי גופת המנוח אכן נטמנו בקבר הנושא את שמו.

בנסיבות אלו, אנו סבורים כי אין מקום להורות על פתיחת קברו של המנוח, מהטעמים שיפורטו מיד בסמוך.

34. שאלות פתיחת קברים לצורך זיהוי כבר עלתה בפסיקתו של בית משפט זה בעבר, מאז שה-DNA נתקבל כאמצעי שיש בו וודאות לצורכי זיהוי (ראו: בג"ץ 4951/99 גולן נ' שר הביטחון (29.07.1999) (להלן: עניין גולן); בג"ץ 4236/96 לבנון נ' שר הביטחון (17.03.2003); בבג"ץ 4225/01 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד (4) 155 (2004) (להלן: עניין אח"י אילת); בג"ץ 5331/13 טייב נ' היועץ המשפטי לממשלה (25.02.2014) (להלן: עניין טייב)).

בעניין גולן בה נפתח אחד הקברים שבו נתגלתה טעות בזיהוי, בית משפט זה

התבטא כך:

"הנושא כולו כאוב ורגיש במידה כזאת, שקשה מאד להכריע בו הכרעה שיפוטית. לא פתיחת הקברים וזיהוי האיברים יביא מזור לכאבם של המשפחות, ולא הימנעות מכך תהיה מרפא ליגונם [...] אולי היה טוב יותר לולא היו פותחים קבר כלשהו בנסיבות העניין, ומניחים לנפטרים לנוח בשלום על משכבם; אולם לא כך היה, והמשפחות הגיעו להסכם פשרה עם רשויות צה"ל. במסגרת ההסכם הזה נפתח קברו של גיא גולן ז"ל ונודע מה שנודע. היום מצבם של העותרים חמור משהיה בתחילת ההליך..."

בהמשך, בעניין אח"י אילת, נאמר עוד כי:

"הנושא של הוצאת גופות מקברן למטרות זיהוי, ולקחת דגימה גנטית שלהן - מורכב ורגיש מאין כמותו. מעורבים בו שיקולים רבים, וביניהם שיקולים אתיים - מוסריים, דתיים, רפואיים ואנושיים [...] בדיון שלפנינו גם שמענו את בקשתו הנרגשת של אביו של מנחם כהן ז"ל לדעת בדיוק ובודאות היכן קבור בנו ואת רצונו להיות בטוח שיהיה קבור בקבר ישראל. מי ישמע תביעה אנושית בסיסית זו של אב שכול ויוכל להיוותר אדיש? עם זאת, לא יכולנו, לדאבוננו, להענות לבקשת העותרים בעתירתם. אם הגענו למסקנה זו, אין זאת משום שנותרנו שווי נפש לעוצמת משאלתם של העותרים. טעם הדבר הוא, שזו התוצאה המתבקשת בהתחשב בכלל נסיבות המקרה..." (פסקאות 38-39).

בעניין טייב ציין חברי, השופט נ' סולברג, כך:

"אי-אפשר להתיר פתיחת קבר, מקום בו הדבר אינו נצרך, משום שבטחון-יתר הנובע מהסרת ספק שלמעשה אינו קיים באופן זיהוי של חלל פלוני, עלול לכרסם וליצור ספק בזיהוי של אלמוני. השכול כואב עד בלי די, אך מבחינה משפטית זהו סוף פסוק".

35. על עמדת המשפט העברי בנושא, עמד חברי, המשנה לנשיאה, א' רובינשטיין בצינו כי על אף החשיבות הגדולה שיש בקיומו של מקום קבורה מיוחד ומזוהה הן לנפטר הן לבני משפחתו, אפילו שנים רבות לאחר פטירתו, סוגיית פתיחת הקבר ונטילת דגימה גנטית לצורך הזיהוי – מעוררת שאלות כבדות משקל, והמשפט העברי קובע שבמקרים כגון דא: "שב ואל תעשה עדיף" (ראו: עניין טייב, פסקה ל' לפסק דינו, והאסמכתאות שם).

גם השופט י' טירקל בעניין אח"י אילת, התייחס לעמדת המשפט העברי בשאלת ניוול המת והמקרים שבהם תתאפשר פתיחת קבר, בצינו, בין היתר, כך:

"עמדת הפוסקים אינה מתירה, לכאורה, פגיעה בגופה כאשר המטרה היא רק הסרת ספק בדבר זיהויו של חלל בין חללים אחרים שנקברו יחד עמו. קל וחומר כאשר מדובר בהקלה על צערה של משפחה אחת על ידי הכבדת צערן של משפחות אחרות" (ראו: שם, בפסקה 3).

36. באשר לכבוד המת, כידוע: "כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בלבם". (ראו: ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, מו(2) 464 (1992)). פתיחת קברו של חלל, כרוכה מטבעה בפגיעה בכבוד המת. פגיעה זו עשויה להיות מוצדקת, אם היא תוביל לזיהויו של חלל אלמוני, אך כאשר החלל מזוהה – פתיחת הקבר מוצדקת, אם בכלל, רק כאשר מתקיימות נסיבות חריגות ביותר, המעוררות ספק ממשי באשר לזיהויו של הנקבר, או באשר לעצם הקבורה.

37. בעניינו, השמירה על כבוד המת של המנוח מחייבת, ככלל, ובהיעדר נסיבות חריגות, להניח לו לנוח על משכבו בשלום. כפי שהוזכר לעיל, ממסמכים שנכתבו בסמוך לאירוע, עולה כי שתי עצמות השייכות למנוח נקברו על-ידי סגן סגל לצד הטנק, והובאו בשלב מאוחר יותר על ידי אנשי היחידה לאיתור חיילים וזיהויים לקבר ישראל. כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה ב-עניין טייב:

"הדעת נותנת שיש לייחס אותנטיות ראשונה במעלה למסמכים מזמן אמיתי, מן התקופה המיידית שבתום המלחמה והחודשים שבעקבותיה. הזיכרון האנושי עלול לתעתע, ואילו מסמכי העבר אינם כאלה" (ראו: שם, פסקה כא).

38. בנסיבות העניין – לא מצאנו כל סיבה מבוררת לפקפק באמינות התיעוד שהובא לעיל, ואף העותר לא הצביע על ראיות כלשהן המערערות את נכונותו, למעט פערים בזמנים בין ההכרזה על המנוח כמי שמקום קבורתו לא נודע, לבין הקבורה עצמה – ובאשר לכך כבר צוין כי הדבר אינו מתמיה נוכח הנסיבות הקשות ששררו

באותה עת. מכאן שאין מקום להורות על פתיחתו של הקבר, על הפגיעה הכרוכה בכך בכבודו של המנוח.

39. מעבר לאמור לעיל, באשר לחובת השמירה על כבוד המת – לפתיחת קבר מזוהה יש השלכות כבדות גם על משפחות שכולות אחרות. במעגל הקרוב, פתיחת קברו של המנוח עלולה להכניס ספקות בלתי מבוססים בלב משפחתו של י.ב. ז"ל, אשר נהרג בטנק באותו אירוע בו נהרג המנוח (הם גם לא צורפו כמשיבים לעתירה). במעגל רחב יותר, לפתיחת קברו של המנוח עלולות להיות השלכות בלתי רצויות גם על משפחות שכולות שלא התאפשר להן לזהות את גופת יקיריהם טרם קבורתם, ולדרבן אותן לפעול באופן דומה לעותר – מהלך, שעלול לגרום נזק לשלומן ולשיקומן של משפחות שכולות רבות.

40. בשולי הדברים נתייחס לעמדתו של סא"ל הרב יואב אוקנין, כפי שהובאה בפנינו בעת הדיון. הוא הבהיר כי מאז נפילתו של המנוח חלפו למעלה מ-40 שנה, דבר המשליך באופן ישיר על מצב שרידי העצמות. בעניין זה הודגש, כי יתכן שנוכח חלוף הזמן – גם אם ייפתח קברו של המנוח – לא ימצאו בו ממצאים כלשהם שיאפשרו זיהוי. עוד צוין על ידו, כי פעולת פתיחת הקבר, מהווה כשלעצמה, פעולה פולשנית, העלולה לפגוע בשרידי העצמות ולנוולן, באופן בו לא ניתן יהיה לשוב ולקבור את עצמות המנוח. גם מטעמים אלו אנו סבורים כי אין להורות על פתיחת קברו של המנוח.

41. כל האמור לעיל מוליך למסקנה, כי יש להניח ל א.ה. ז"ל, שככל שהשגתנו מגעת, הוא החלל שבקבר – לנוח בשלום על משכבו מנוחת עולמים.

אציע איפוא לחברי כי נדחה את העתירה. בנסיבות העניין – לא יעשה צו להוצאות.

42. משאמרנו כל שאמרנו עד הנה, ומשפירטנו את טעמינו לדחיית העתירה, נוסף שוב רק זאת, כי ליבנו יוצא אל העותר, אשר איבד את היקר לו מכל בסערת הקרב בו נטל אחיו ז"ל חלק. גדול כים שברו. יהי איפוא פרסום מעשה גבורתו של המנוח, שנפל חלל ביוצאו לעזרת ישראל מיד צר – גלעד לזיכרו, ונחמה פורתא למשפחתו ולידידיו.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

שׁוֹפֵט

השופט נ' סולברג:

העותר עשה ועושה ככל אשר לאל-ידו לחקור, לדרוש ולבדוק אם אכן נקבר אחיו, חלל צה"ל ממלחמת יום הכיפורים, בקברו שבבית העלמין הצבאי בקרית שאול. השכול כבד, ונוסף עליו ספק שמנקר בנפשו הנהלאה של העותר – שאר בשרו של אחיו המנוח (ההורים נלב"ע, אחים נוספים אין, ולמנוח לא היתה אשה ולא היו ילדים). בלבבו של העותר צער רב על הוריו, שלדבריו – "עלו לפיסת אבן בבית הקברות הצבאי בקרית שאול כשהם מאמינים בצערם העמוק כי גופתו של אחי שם"; מכאן עתירתו לפתוח את הקבר, כדי להתיר את הספק.

חברי, השופט ח' מלצר, דן בדקדוק ובקפדנות בכל פרטי הענין, ומסקנתו בלתי-נמנעת. טנק דחפור בפיקודו של המנוח, שהיה חלק מכוח שהתארגן לגרירת גשר גלילים לקראת צליחת תעלת סואץ ספג פגיעה ישירה מטיל נ"ט ונדלק. שרידי גופתו של המנוח זוהו כמצוות ההלכה היהודית; כדין הוכרז המנוח חלל; שרידי גופתו נטמנו בקברו בקרית שאול, על מנת שינוח בשלום על משכבו. אין עוד ספק משפטי בדבר הזה. העותר אינו מסוגל ולא צריך לעשות עוד מעבר למה שעשה – בנחישות ובמסירות – משום שמבחינה משפטית זהו סוף פסוק.

פתיחת הקבר בעת הזאת, בחלוף 40 שנה ויותר, לא תועיל להתרת הספק; אדרבה, היא עלולה לזרוע ספק. בהתחשב במצבם המשוער של שרידי העצמות בנסיבות המקום והזמן, עלולה פתיחת הקבר להביא לבוקה ומבוקה ומבולקה; לפגיעה בכבוד המת, מבלעדי תועלת לחיים; לא לעותר ולא למשפחת השכול.

עוד זאת אבקש לומר לעותר. לא לחינם עלו הוא והוריו על קבר אחיו המנוח. ידועה ומפורסמת המחלוקת אם רחל אימנו קבורה ב"קבר רחל" בצפונה של בית לחם, או ב"קבור בני ישראל", צפונית לירושלים, ליד צומת ח'זמה. בהתייחסו אל הויכוח הזה אמר הגר"א שפירא זצ"ל כי כך או כך, לבטח התקדש מקום קבורת רחל כמקום תפילה שהתפללו בו יהודים במהלך הדורות. על הדרך הזאת, דומני, כי אין ערוך לקדושתו של בית עלמין צבאי; אין דמעה שירדה בו לחינם, ולא פרק תהילים שנאמר לשוא. "בַּלְעַתְּ הַמּוֹת לַנְּצַח וּמָתָה ה' אֱלוֹקִים דַּמְעָה מֵעַל כָּל פְּנִים" (ישעיהו כה, ח).

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, כ"ה בטבת התשע"ז (23.01.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט