



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5331/13

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט נ' סולברג

העותרים: 1. שושנה טייב  
2. קטי אוליבר  
3. אילת ויסוצקי  
4. אביה מושקוביץ  
5. אלי טייב

נגד

המשיבים: 1. היועץ המשפטי לממשלה  
2. משהב"ט - אגף משפחות והנצחה  
3. צבא הגנה לישראל

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ט בכסלו התשע"ד (2.12.13)  
בשם העותרים: עו"ד שלמה צפורי; עו"ד שלמה רכבי  
בשם המשיבים: עו"ד ענר הלמן; עו"ד אבישי קראוס

### פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. בעתירה שלפנינו מבקשים העותרים (להלן המשפחה), שאריו של חלל צה"ל במלחמת יום הכיפורים, להורות על פתיחתה של חלקת הקבר בהר הרצל בה טמונה גופתו המזוהה של הבן והאח רב"ט ציון טייב ע"ה, וזאת כדי לערוך בדיקה גנטית אשר תאפשר להם להתיר את הספק המקנן בליבם במשך שנים רבות ביחס לאמיתות זיהויו של יקירם. עתירה זו מטבעה פורטת על הנימים הרגישים ביותר של החברה הישראלית ככלל ושל משפחת השכול בפרט.

ב. רב"ט ציון טייב ע"ה (להלן טייב), יליד 1955, התגייס לצה"ל ביום 10.5.73 ושירת בגדוד 371 של חיל הקשר בחטיבה המרחבית בנפח אשר בגולן. ימים ספורים לפני פרוץ מלחמת יום הכיפורים סופח אל מוצב החרמון. ביום 6.10.73 הותקף המוצב על ידי הצבא הסורי; במוצב שהו באותה העת 54 חיילי צה"ל. 31 מחיילי המוצב נפלו בשבי הסורים, 10 מהם הצליחו למלט נפשם ולחבור לכוחות צה"ל; ולדאבון הלב נפלו 13 מחיילי המוצב חלל.

במחצית אוקטובר 1973 נמסר למשפחת טייב (להלן המשפחה) כי בנם שירת במוצב וכי הוא מוחזק נעדר. המשפחה וחייל נוסף, משה צביק (ב"דו"ח מידע על נעדר" תיאר את טייב כ"גבוה ורזה, שחרחר. מרכיב משקפים, בעל פנים מארכים") זיהו את טייב בתמונות שהוצגו בפניהם ואשר צולמו במחנות השבויים בסוריה. זיהוי המשפחה וצביק הביא להוספת שמו של טייב לרשימת השבויים אשר הופצה על-ידי המרכז לאיתור נעדרים ביום 22.11.73 (להלן רשימת השבויים הראשונה).

בהמשך המלחמה, נפלו בשבי חיילים סורים אשר לקחו חלק במתקפה על המוצב; חקירתם לימדה על הימצאותו של קבר אחים בחצר בצידו הצפוני-מזרחי של המוצב. ידיעה זו הניעה את פתיחתו של תהליך זיהוי חלל לגבי הגופות הטמונות בקבר האחים, תהליך שבסופו זוהתה גופת חלל 24/476 כגופתו של טייב. הזיהוי הראשוני נעשה בשטחו של המוצב והושלם במתקן זיהוי בנהריה. להלן יפורטו הליך הזיהוי של הגופה האמורה, וכן הליכי החקירה שערכו רשויות צה"ל ברבות השנים במטרה לעמוד על מהימנותו של הליך הזיהוי, וזאת נוכח הספקות והשאלות שהעלתה המשפחה בנוגע לזיהויו של טייב עם חלל 24/476.

ג. בטופס זיהוי חלל מספר 24/476 מיום 24.10.73 פורטו הממצאים הבאים: לחלל פגיעה בראש ובחלקי גוף שונים, גובהו 178 ס"מ, לצד גופתו נמצאה מזוודה עם חפצים שונים. עוד צוין, כי החלל לבש חולצה צבאית ומכנסי דגמ"ח בצבע זית ותחתונים בצבע אדום. בטופס צוין, כי "אין אפשרות לזהות (מקבורי החרמון)". חלל 24/476 נקבר ביום 24.10.73 בחלקה ב' שורה 4, בקבר מספר 18 בבית הקברות הצבאי הארעי בלוחמי הגטאות.

מ"תוות דעת חוקר זיהוי" של סגן נחום ביטרמן, חוקר ממדור חקירות וזיהויים (להלן ביטרמן) מיום 25.10.73 עולה כי חלל 24/476 נמצא בקבר האחים צפונית למוצב

וכי "יש דוגמת שערות, ישנן טביעת אצבעות, ישנו מרשם שיניים". עוד צוין, כי נמצאה מזודה ליד הגופה ובה מכתב המיועד לבני קמרון, וכי בני איננו נמנה בין החללים או הניצולים מהחרמון. נמצאה גם דסקית זיהוי של יהושע ויאטה, תוך שצוין כי "גם שם זה לא נמנה על הנעדרים או הניצולים מהחרמון". בהמשך חוות הדעת מיום 27.10.73, מוסיף ביטרמן, כי בני קמרון, לפי העדויות, יצא לחופשה לפני המלחמה, ולכן המכתב המופנה אליו ושנמצא במזודה וכן חפצים נוספים שייכים ככל הנראה לקמרון ולא לחלל 24/476, כפי שסברו בתחילה.

ביום 26.11.73 נשלח מכתב מטעם מדור חקירות וזיהויים אל קצין העיר נהריה בבקשה לאסוף מבית המשפחה פרטים ומסמכים ביחס לטייב. קצין העיר נתבקש לאסוף מביתו של טייב תמונות בהן נראות שיניו, וכן מסמכים וחפצים שיתכן כי נשתמרה על-גביהם טביעת אצבעותיו. עוד התבקש קצין העיר לברר מול המשפחה שימוש בלבנים צבעוניים מצד טייב. תזכיר שכתב סא"ל אברהם פריש, שופט צבאי ולימים שופט בית המשפט המחוזי, ביום 2.12.73 מלמד, כי קצין העיר נפגש עם המשפחה ביום 26.11.73 ולמד מן המשפחה, כי גובהו של טייב היה כ-180 ס"מ, כי טייב נהג להשתמש בתחתונים צבעוניים ביניהם תחתונים אדומים, ושיער ראשו השחור היה שזור בשערות שיבה. עוד סיפרה המשפחה כי טייב היה שיער מאוד בגופו, וכי על גבו קיימת צלקת בצורת עיגול כתוצאה מניתוח שעבר.

באיגרת מטעם משטרת ישראל שנשלחה למדור החקירה לזיהוי חללים מיום 2.12.73 דווח, כי אומנם נערכה בדיקת נינהדרין (Ninhydrin Test) לחפצים ולמסמכים שנאספו על-ידי קצין העיר בעת ביקורו בבית המשפחה, אך "לא הועלו כל טביעות". עוד נאמר כי "לידיעתכם, טביעות האצבעות המסומנות ב-24/476 ... נשארו במז"פ/טבע". עוד באותו היום נשלחה איגרת נוספת מטעם המשטרה למדור החקירה וזיהוי חללים שעניינה "זיהוי חלל 24/476" ובה נמסר:

"טביעות החלל 24/476, זהות עם טופס טביעת אצבעות הנושא את השם ציון מוריס טייב מספר ת.ז. 6294853 יליד 1955, המען: רחוב טרומפלדור 352/4, נהריה" (הדגשה הוספה – א"ר).

ד. מחוות הדעת של ביטרמן מיום 3.12.73 (להלן חוות הדעת מיום 3.12.73) עולה כי לאחר גילוי קבר האחים במוצב זהו בתחילה בוודאות רק שלושה חללים מבין חמש הגופות שהיו בקבר. חוות הדעת מאזכרת את החקירות שערכה יחידת מודיעין סוריה לשבויים הסוריים, ומפרטת את הממצאים שנתגלו בחקירות אלו:

"השבויים מסרו שמצאו 3 חיילים במוצב ... אחד השבויים מסר תאור של השלושה. 1) שלום – הכוונה כנראה לשלום יצחק. 2) אגוג – אין שם כזה, כנראה הכונה לאקסלרוד שזוהה. 3) חיים סין קשר – לפי הצליל, חיים סין דומה לטייב ציון וטייב ציון הינו קשר" (הדגשה הוספה – א"ר).

בסעיף 2 של חוות הדעת מיום 3.12.73 תואר הליך ההשוואה בין טביעת האצבעות של החלל 24/476, לטביעת האצבעות של טייב:

"בתיק זה היו טביעות אצבעות של החלל. מסרתי שמו של טייב ציון כולל גילו כתובתו ומספר ת.ז שלו (קיבלתי מס' ת.ז. מהמחשב לפי המספר האישי) למטה הארצי של המשטרה בירושלים והתברר כי לטייב ציון היה תיק במשטרה והיו לו טביעת אצבעות הזוהות לטביעות האצבעות שבתיק זה 24-476. ראה האישור המצורף של מפקח בן אהרון".

בחוות הדעת מיום 3.12.73 נקבע, כי זיהויו של טייב כחלל מספר 24/476 נשען גם על אותות נוספים מלבד טביעת האצבעות; האותות המוזכרים הם צבע שיער שחור (סעיף 3), רזון ושיער גוף רב שאושר קיומו על-ידי המשפחה (סעיף 5), ותחתונים אדומים (סעיף 6). לעניין התחתונים נאמר כך "בשיחה טלפונית עם סג"מ משה בורקו מקשר פיקודי פיקוד צפון מסר כי ברר אצל חיילים מהיחידה שגרו עם טייב ציון לפני העליה לחרמון והם אישרו כי היו לו תחתונים אדומים. כמו כן אישרה המשפחה כי נהג להשתמש בתחתונים צבעוניים ביניהם אדומים". בחוות דעת זו צוינה קיומה של סתירה ביחס לנתוני הגובה, גובהו של טייב על פי נתוני הבקו"ם היה 1.84 ס"מ, ואילו גובה החלל הנמדד היה 1.78 מטר (סעיף 4), וכן נאמר כי רב"ט צויק ציין שהגובה היה כ-1.85 (סעיף 5). עוד צוין, כי אין בנמצא תרשים שיניים של טייב, לשם עריכת השוואה בין המרשם שנלקח מגופת החלל (סעיף 7). בסיכום חוות הדעת הוערך, כי הכללתו של טייב ברשימת השבויים שגויה וכי "מסקנה: אפשר לזהות בעיקר לפי טביעת האצבעות" (הדגשה הוספה – א"ר).

נוכח חוות הדעת מיום 3.12.73, העבירו רשויות צה"ל לארגון הצלב האדום ביום 4.12.73 בקשה להסרת שמו של טייב מרשימת השבויים ולשינוי הסטטוס של טייב מנעדר לחלל; ביום 7.12.73 פורסמה רשימה עדכנית של השבויים המצויים בסוריה, מרשימה זו הוסר שמו של טייב. ביום 21.12.73 מסר קצין העיר למשפחה את ההודעה המרה בדבר נפילתו של בנם בגולן במלחמה.

ה. בחוות דעת מסכמת, מטעם מדור חקירות וזיהוי מיום 10.1.74 סוכמו כלל ממצאי הליך הזיהוי:

ג. קביעת הזיהוי: החלל זוהה ע"פ הממצאים כדלקמן: טביעת האצבעות של החלל זהות לפי קביעת מ"פ עם טופס טביעת האצבעות של טייב ציון. ד. חפצים ומסמכים שנמצאו על החלל (לפי הרשימה שבתיק) נמסרו להנצחת החייל לשם החזרתם למשפחה. ה. סכום: לאור כל האמור לעיל נקבע מותו וזהותו של החלל 2183729 ט' טייב ציון הי"ד" (הדגשות הוספו – א"ר).

בתעודת הפטירה מיום 11.1.73, אשר נחתמה על-ידי הרב הראשי לצה"ל דאז, תא"ל (לימים אלוף) הרב מרדכי פירון, נכתב כי טייב נקבר בלוחמי הגטאות וכי "הראיות ששימשו יסוד לכתיבת אישור זה: טביעת אצבעות". ביום 6.3.74 פנתה המשפחה למרכז להנצחת החייל וטענה כי מותו של טייב לא הוכח, שכן החפצים שהוצגו בפניה אינם שייכים לו. עוד טענה המשפחה כי זיהו את בנם בתמונות השבויים, תוך שהזכירו את שמו של סלומון (שלמה) אלנקרי (לניר) אשר לחם לצידו של טייב בזמן המתקפה על המוצב.

ו. ביום 26.7.74 נמסרה למשפחה הודעה על העברת החלל לקבורת קבע בהר הרצל, וביום 19.8.74 הובאה לקבורה גופת החלל 24/476 – אשר זוהתה על-ידי מדור חקירה וזיהויים כגופתו של רב"ט ציון טייב ע"ה – בחלקה 3 שורה ב' בהר הרצל שבירושלים. על-פי עדות המשפחה, קברו המזוהה של טייב לא נתפש על ידם כמקום מנוחתו של יקירם, עד עצם היום הזה.

אכן, ההודעה מיום 21.12.73 על זיהויו של טייב כחלל 24/476 ונפילתו בקרב על מוצב החרמון, התקבלה בספקנות רבה על-ידי המשפחה; המשפחה המשיכה לשלוח מכתבים ליקירם, באמצעות הצלב האדום, עד ליום 14.5.74, מתוך אמונה כי הוא נתון בשבי הסורי. יצוין, כי ברשימות של שבויי צה"ל בסוריה מיום 13.5.74 ומיום 4.6.74 כבר לא הופיע שמו של טייב בין השבויים. בחודש יוני 1974, מששבו השבויים מסוריה לישראל, התחוור למשפחה כי בנם לא נמנה על פדויי השבי; ולמרבה הצער, בחודש נובמבר 1975 שם מוריס טייב, אבי המשפחה, קץ לחייו.

ז. במהלך השנים הביעה המשפחה השכם והערב את ספקותיה ביחס לאמיתות הזיהוי, ורשויות צה"ל עשו אשר לאל ידן לשכנע את המשפחה כי בנם הוא החלל אשר

קבור בהר הרצל. בשנת 1996 נפגשה המשפחה עם הרב הצבאי הראשי לצה"ל דאז, האלוף הרב גד נבון; בפגישה זו הוצגו למשפחה נתונים בניסיון לשכנעם באמיתות הזיהוי, למשפחה ניתנה אפשרות לעיין בתיק החלל של הרבנות הראשית, וכן נמסרו לה קצוות השיער אשר היו בתיק החלל. העותרת 2 טענה כי השערות שהוצגו אינן שייכות לאחיה.

ח. מדו"ח "סיכום מפגש עם המשפחה" מיום 16.2.06 עולה, כי ביום 14.11.05 נפגשו עותרת 2 – אחותו של טייב – ואישה עם ראש ענף קשר זיהוי וקבורה, ראש מדור נפגעים ותקשוב וראש מדור קשר למשפחות. במסגרת פגישה זו העלתה העותרת 2, פעם נוספת, את ספקותיה הן ביחס לעצם מותו של טייב והן ביחס לזיהוי חלל 24/476 כאחיה.

ט. ספקותיה של המשפחה ביחס לזיהוי של טייב, הובילו למספר פעולות חקירה מצד רשויות הצבא. כך בחודש פברואר 2006 פתח יואב סטולר, חוקר יחידת איתור נעדרים (להלן יחידת אית"ו), בחקירה, שעניינה זיהוי של טייב על-ידי המשפחה וצביק בתמונות השבויים מסוריה שהוצגו בפניהם. ביום 23.2.06 ערך סטולר שיחת טלפון עם אפרים זינגר, חייל מיחידת המודיעין אשר נשבה במתקפה על המוצב ונלקח בשבי הסורי; בשיחה זיהה זינגר את עצמו כחייל שעליו הצביעה המשפחה כי הוא ציון טייב. בדו"ח מיום 15.3.06 המסכם את החקירה צוין, כי סיפור נפילתו של טייב מופיע בתחקיר שערך אלוף משנה במילואים משה גבעתי על קרבות החרמון, מטעם מחלקת היסטוריה של צה"ל. עוד צוין כי סיפור נפילתו של טייב, המופיע בתחקיר גבעתי, נשען בעיקרו על עדותו של זינגר שהיה מצוי בסמוך לו בעת המתקפה. החקירה הסתיימה – למרבה הצער – במסקנה, כי: "משפחת טייב טענתה לגבי זיהוי של בנה ציון טייב בתמונה בה מופיעים שבויי מוצב החרמון והחייל עליו הצביעה כבנה הוא אפרים זינגר" (הדגשה הוספה – א"ר).

מזכרון דברים מיום 19.3.06 שכתב סטולר עולה, כי ערך באותו יום תשאול טלפוני נוסף עם זינגר, וזאת ביחס לעדויות הסותרות בדבר מיקום הפגיעה שספג טייב במתקפה; בתחקיר גבעתי נכתב, כי טייב "נפגע מצרור כדורים בחזהו" ואילו בדו"ח החלל צוינה "פגיעה בראש". זינגר נשאל ביחס לסתירה וענה "כי הוא אינו זוכר ואינו יכול לשחזר באיזה חלק מגופו נפגע ציון טייב היתה הפגיעה, אך ברור לו כי ציון טייב נהרג".

ממכתבו של אל"מ משה גבעתי לראש ענף זיהוי וקבורה ברכנות הראשית מיום 22.3.06 ניתן ללמוד, כי תחקירו העלה שטייב נהרג ביום 7.10.73 בשעה 1100 לערך בתעלה שעל גג המוצב בעת נסיון היחלצות מן המוצב, וכי בעת מציאת הגופה נמצאו פגיעות בראש ובחלקי גוף שונים.

חוות דעת מומחה מיום 6.4.06 של יוסף לוי – ראש תחום אלכום וקלסטרון במשטרת ישראל – השוותה בין הדמות שזוהתה על-ידי המשפחה בתמונות השבויים מסוריה לבין תמונתו של טייב מיום גיוסו (להלן חוות דעת המז"פ). בחוות דעת המז"פ נקבע, כי אמנם "יש דמיון כללי בין תמונתו של ציון טייב מהבקו"ם לתמונת האדם שבתקריב – ב' בתמונות השבי", ברם "יש שוני בין פניו של ציון טייב בפרטים הבאים ... על אף הדמיון הכללי שבין התמונות, השבוי שבתקריב – ב' אינו ציון טייב".

י. ביום 21.5.06 נפגש הרב הצבאי הראשי דאז, תא"ל הרב ישראל וייס, עם העותרת 2 ואישה והוצגו בפניהם ממצאי פעולות החקירה של רשויות הצבא, בדו"ח המסכם את הפגישה מיום 28.5.06 (להלן דו"ח הפגישה) פורטו הפעולות שננקטו עד כה:

- א. ביצוע חקירה ע"י ענף אית"ן (איתור נעדרים – א"ר) במגמה לאתר את האדם המופיע בתמונת השבויים אותה הביאה המשפחה והצביעה על אדם מסוים שהוא ציון טייב.
- ב. ניסיון לאתר את טופס טב"א אשר היה בסיס לזיהויו של ציון טייב ז"ל.
- ג. קבלת חו"ד מז"פ המבצעת השוואה בין תמונת בקו"ם של ציון לתמונת המשפחה.
- ד. עיון במחקר על קרבות החרמון.

בפגישה ציין הרב וייס בפני בני המשפחה, כי נעשה "עוול נורא למשפחה שהפצע ממשיך לדמם". הרב וייס עמד על המחדלים שאירעו לאחר מותו של טייב, אשר חיזקו אצל המשפחה את הספק ביחס למותו של יקירם:

"העובדה שטייב לא זוהה בחודשיים הראשונים, שמו הופץ כנעדר ברשויות השונות, נלקחו שבויים מהחרמון, הוא זוהה בתמונת השבויים ע"י בני המשפחה, השיחה עם איש הרבנות שציין שלא היה חלל בשם זה, וכן האיסור על המשפחה לדבר עם השבויים לאחר חזרתם וכן לא לדבר על ההשערה כי הוא חי" (סעיף 12 לדו"ח הפגישה).

עם זאת, הרב וייס עמד על כך, כי קיימות שלוש הוכחות לכך שטייב איננו עוד בין החיים: עדותו של זינגר בפני ועדת אגרנט, בה פורט סיפור נפילתו של טייב; תצהירו של זינגר בו הוא מזהה את עצמו בתמונות השבויים, כדמות אשר זוהתה על-ידי המשפחה כטייב; חוות דעת המז"פ ששללה את היתכנות זיהויו של טייב עם השבוי המופיע בתמונות.

מדו"ח הפגישה עולה כי בני המשפחה ביקשו לפגוש את זינגר ולעמוד על הדמיון בינו לבין טייב "ובכך לסגור מעגל", וכן לערוך סיור במקום נפילתו. עוד סוכם, כי בני המשפחה יקבלו לרשותם את מכלול החומרים הרלבנטיים, דהיינו – תחקיר אית"ן מיום 15.3.06, המכתב למז"פ בעניין בקשות ההשוואה וכן חוות דעת המז"פ, ועותק מדפי תחקיר גבעתי. ביום 18.10.06 נמסר למשפחה תחקיר אית"ן וכן עותק מדפי תחקיר גבעתי. ביום 12.11.06 נמסרה למשפחה חוות דעת המז"פ ודיסק המשוה בין התמונות. ביום 22.11.06 נפגש זינגר עם המשפחה וזיהה את עצמו בפניהם כאדם המצולם בתמונות השבויים. ביום 23.11.06 ערך אלוף משנה משה גבעתי, מחברו של תחקיר גבעתי, סיור למשפחה במוצב החרמון.

יא. אמנם בסיכום דו"ח פגישת המשפחה עם הרב וייס מיום 28.5.06 נכתב, כי "בני המשפחה הודו לרבצ"ר, לרמנה"ק ולכל המשתתפים על העבודה ועל התרת הספקות", אולם ברי כי הספק המשיך לנקר בלב המשפחה גם לאחר פגישה זו. ביום 22.3.07 הועבר לרשותה של עותרת 2 תיקו האישי של טייב לבקשתה. ביום 16.4.08 הציגה המשפחה בפני ראש אגף משאבי אנוש, האלוף אלעזר שטרן את טענותיה וספקותיה ודרשה לקיים בדיקת DNA לשרידי הגופה הטמונה בהר הרצל. בעקבות הפגישה הורה ביום 29.4.08 האלוף שטרן על הקמת צוות חקירה מיוחד (להלן צח"מ) לבחינת ספקות המשפחה באשר לזיהוי גופת החלל 24/476 כטייב, וכן לבחינת הטענה בנוגע להיתכנות שעודו חי. בדו"ח שכותרתו "סיכום עד כאן" מיום 22.9.08 פורטו כלל פעולות החקירה שנערכו בנדון החל משנת 2005 ואשר פורטו למעלה, לפי סדר התרחשותן הכרונולוגית.

במסגרת חקירת הצח"מ בשנת 2008 נגבו עדויות מגורמים שונים אשר היו מעורבים בהליך הזיהוי של חלל 24/476 כרב"ט ציון טייב, ובהליך הקביעה כי אינו בין החיים. ביום 26.6.08 גבה הצח"מ עדות מלניר אשר ממנה עולה, כי הכיר את טייב היכרות שטחית בלבד, שכן טייב הוצב במוצב עקב המתיחות בגבול ימים ספורים טרם פרוץ המלחמה. נביא להלן את החלקים בעדותו של לניר העוסקים בנפילתו של טייב:



"ציון טייב היה שפוף מימיני ותוך כדי הירי הוא היה צמוד אליי, גם אני הייתי שפוף וגם הוא היה שפוף; בשלב מסוים של הירי של הסורים שמעתי קריאת כאב "איי", נראה לי שהוא נפגע מירי שבא מהגב, זה היה שלו... בביטחה צעקת הכאב הייתה של ציון טייב, לא ראיתי איפה הוא נפצע, לא ראיתי אם הוא נהרג. בדרך שלי לירידה, טובבתי את הראש וראיתי אותו חי, הוא שכב נשאר על הגג שוכב, לא ראיתי דם, ושום סימן המעיד על פגיעה כלשהי.

הפעם הבאה שהשם שלו הוזכר באחד מן הביקורים של איש הצלב האדום בכלא.. שאל אותי באנגלית על ציון טייב ואמרתי לו שאין אחד כזה כאן ...

כשחזרתי מהשבי ביום השחרור באו למקום מגוריי, המשפחה של ציון טייב, ביקשו לפנות אליי ולשאול אודותיו.. כמה שזכור לי כן, היא (אמו של טייב – א"ר) החזיקה את התמונה והציגה אותה בפניי, לשאלתה אם זה ציון?

לפני שנים, כמה אני לא זוכר, המשפחה הופיעה אצלי עם תמונה מוגדלת בשחור לבן ובה צילום של אדם ששהה בשבי עימי, המשפחה שאלה אותי אם זה ציון, שללתי זאת ואמרתי להם שזה לא ציון זה אפרים זינגר ... אין לי שום מידע או אינפורמציה, גם משבויים אחרים, אם ראו אותו באותה הזדמנות של כניעה או לאחר מכן. לפי דעתי רובם לא הכירו אותו, כי הוא לא היה חייל קבוע במוצב...אני במשך כל תקופת השבי בנסיבות כאלה ואחרות ... לאורך כל השבי הוא לא ישב איתנו... במידה והוא היה נוכח הייתי מזהה אותו" (ההדגשות הוספו – א"ר).

ביום 16.7.08 נערכה פגישה בין לניר לבין העותרת 2 ואישה; בפגישה חזר

לניר על עיקרי עדותו בפני הצח"מ.

יב. כחלק מעבודת הצח"מ נגבו עדויות מגורמים שונים, אשר שפכו אור חדש על הליכי האיסוף, הזיהוי וקבורת החללים ככלל, ובעניין זיהויו של טייב בפרט. ביום 30.7.08 נגבתה עדותו של יצחק ביבלה, אשר לימדה על הליך הוצאת הגופות מקבר האחים במוצב ועל העברתן למתקן הזיהוי בבית הקברות בנהריה. ביבלה העיד כי היו שני קברי אחים במוצב, באחד היו 5 גופות ובשני 2 גופות, וכן סיפר כי הוא שביצע את הליך הזיהוי הראשוני במקום. ביבלה הסביר כי במקום מציאת הגופות נכתב דו"ח זיהוי ראשוני לכל חלל. בדו"ח הזיהוי הראשוני צוינו ממצאים שהיו על החלל ובסביבתו, דו"ח זה ושקית המכילה את הממצאים צורפו לכל גופת חלל. ביבלה ציין כי במקרה של חלל 24/476 לא היה כל מסמך מזהה וכי לגופתו צורף רק שרטוט. עוד העיד ביבלה כי לאחר הזיהוי הראשוני, הועברו גופות החללים למתקן זיהוי בנהריה, ושם נלקחו גם טביעת האצבעות מן החללים.

ביום 2.7.08 נגבתה עדותו של שמעון ראם ששימש כאיש הקבלה במתקן הזיהוי בנהריה. עדותו לימדה על הליך הקליטה של גופות החללים במתקן הזיהוי. ראם העיד כי פתח תיק חלל לכל אחד מחמשת החללים שגופותיהם הובאו מן המוצב, והסביר כי לא שייך את המזוודה והחפצים שנמצאו לחלל ספציפי, אלא רק ציין את היתכנות שייכותם לאחד מהחללים. עוד העיד כי ננקטה הקפדה יתרה מצד המעורבים בהליכי הזיהוי על הנהלים, כדי למנוע בלבול והחלפה בין גופות החללים.

ביום 1.7.08 נגבתה עדותו של מנחם רוט, ששימש ראש חולית זיהוי במתקן הזיהוי בנהריה, עדותו לימדה על הליך זיהוי של חלל 24/476. רוט העיד כי במקרה של חלל 24/476, משלא בוצע זיהוי במקום מציאת הגופה, נדרש היה, בשל אי הודאות, לבחון את פריטי הביגוד העליון והתחתון שעל הגופה; עוד העיד כי ראה בתחתונים האדומים פרט חשוב, וכן כי באותו זמן גם נערך מרשם שיניים של החלל על-ידי רופא. רוט חתם על טפסי הזיהוי שבהם תוארה הפגיעה בגופה: "פגיעה בראש ובחלקי גוף שונים". רוט עסק גם בקבורת חללים בבית הקברות בלוחמי הגטאות אשר אליו הועברו חללים ממרכז הזיהוי בנהריה, והעיד על נהלי הקבורה שנהגו דאז.

ביום 30.6.08 נגבתה עדותו של נחום ביטרמן אשר שירת – כאמור – ביחידת חקירה וזיהוי חללים, עדותו לימדה על הליך הזיהוי של חללי המוצב על בסיס הנתונים שנאספו. ביטרמן הסביר כי מלאכת הזיהוי של חללי המוצב החרמון היתה "קלה יחסית", כיון שהיו ברשות החוקרים רשימה של כלל חיילי המוצב וכן רשימה של השבויים והחללים אשר זוהו, כך שקבוצת ההתייחסות היתה קטנה ומוגדרת. ביטרמן הסביר כי הנוהל הנוהג כלל לקיחת טביעות אצבעות על-ידי אנשי חברה קדישא והעברתן ליחידה עם תיק החלל, ביטרמן העיד כי עו"ד אורי מקוב והוא הם שהחליטו לנסות ולהשוות את טביעות האצבעות של החללים למול המאגר של משטרת ישראל, וכי ברוב המקרים התשובה שהתקבלה היתה שלילית, למעט במקרה אחד:

"אני זוכר תיק אחד שקיבלנו תשובה חיובית, והסתבר כי הבחור שהיה צעיר יותר, היה לו תיק פלילי במשטרת נהריה, אני אומר לך בעירבון מוגבל, שהי לו תיק אצלם במשטרת נהריה. אני לא יודע אם ניסיון לגניבת אופניים או אופנוע ואז נלקחו ממנו טביעות אצבעות וזה התאים. המשטרה בדקה. את התיק הזה אני זוכר עד היום, אני זוכר שהוזמנתי ע"י אית"ן לפגישה עם ההורים והמשפחה, אבל היססנו להגיד להורים על נושא טביעת האצבעות, זה לא נעים להגיד להם שהבן שלהם היה מעורב בתיק פלילי בנערותו. לא רצינו לצער יותר את ההורים ולהזכיר להם את נסיבות הזיהוי, הכוונה לאירוע

הפלילי, הפגישה אורגנה ע"י אית"ן וזה היה בסמכותם ואני הצטרפתי. למיטב זכרוני לא הזכרנו את עניין טביעת האצבעות, יתכן שבהמשך כעבור תקופה, יח' אית"ן גילתה למשפחה את נושא הזיהוי עפ"י טביעת האצבע... (ההדגשות הוספו – א"ר).

עוד הביע ביטרמן את הערכתו כי היתכנות של טעות בזיהוי חללי המוצב היא אפסית, נוכח הבדיקות הצולבות שנערכו בין מספר רב של ממצאים.

יג. דו"ח הצח"מ מיום 2.10.08 ביקש להסביר את הסתירה בין מדידת גופת החלל 24/476 שהראתה כי גובה הגופה הוא 178 ס"מ, לבין גובהו של טייב שנמסר על-ידי בני המשפחה והוערך כ-180 ס"מ, וגובהו של טייב המצוי בנתוני הבקו"ם ולפיהם עמד על 185 ס"מ. בסעיף ז' לדו"ח הצח"מ נקבע:

"מדובר בהפרשים סבירים לאור העובדה שהגופה נמדדה כשבועיים לאחר המוות וכן ההבדלים בין מדידת גובה גופה למדידת אדם חי" (הדגשה הוספה – א"ר).

בסעיף ט' לדו"ח הצח"מ נקבע:

"מכלל הממצאים עד כאן עולה כי בתאריך 2.12.73 זוהה החלל 24/476 כטוראי ציון טייב... ע"פ טביעת אצבעות, תיאור פיזי ותחתונים בצבע אדום".

דו"ח הצח"מ אף התמודד עם הסתירה הקיימת בין דו"ח מסכם מיום 10.1.74, בו נקבע כי המסמכים והחפצים שייכים לחלל 24/476, לבין טענת המשפחה כי החפצים שניתנו להם אינם שייכים לטייב. בסעיף ט"ז לדו"ח הצח"מ נקבע כי טענת המשפחה "נראית לצח"מ נכונה", אך מודגש כי המזוודה והחפצים שבה לא שימשו לעצם זיהויו של חלל 24/476. סעיף י"ח של דו"ח הצח"מ מנסה להתמודד עם תעלומת היעלמותם של טפסי טביעת האצבעות אשר שימשו לזיהויו של חלל 24/476 כטייב וקובע, כי "ע"פ הנוהג, טפסי טביעת אצבע, נשארו במשטרת ישראל ומה שהועבר לתיק זה רק חוו"ד מומחה". בחלק המסקנות, נקבע בדו"ח הצח"מ:

"הזיהוי של טייב ציון היה על בסיס השוואת טביעת אצבע שנלקחו ע"י אנשי הרבנות הצבאית מגופת החלל והועברו למ"י/מז"פ. טביעת האצבעות התאימה לטביעת אצבעות שנמצאה בתיק שנפתח לציון טייב במשטרת ישראל על עבירה שביצע בצעירותו. כמו כן ישנה התאמה של ממצאים פיזיים וביניהם צבע שיערו של החלל כפי שנמסר ע"י בני משפחתו וכפי שעולה מתמונות החלל,

היותו שעיר, וכן ע"פ צבע התחתונים (אדום) אשר תואם את עדויות בני המשפחה והחברים. כמו כן ממצאי הפגיעה (פגיעה בראש) תואמים את עדויות חבריו באשר למקום ואופי הפגיעה ... טייב ציון לא נפל בשבי הסורים, וזאת מהמסמכים ומעדויות של לניר (לנקרי) שלמה (סלומון) וכן מהדו"חות של חוקר יחידת אית"ן מיחידת אית"ן ומומחה מז"פ משטרת ישראל" (חלק ה', סעיפים 3-4 ו-9) (הדגשות הוספו – א"ר).

יד. ביום 21.10.12 פנו העותרים ליעקב גבאי, ראש היחידה להנצחת החייל במשרד הביטחון, בבקשה מנומקת כדי לקבל אישורו לפתיחת קברו של טייב לשם עריכת בדיקת DNA; ביום 18.11.12 השיב גבאי, כי "אין סמכויות בחוק לר' היחידה להנצחת החייל לאשר פתיחת קבר לצרכי זיהוי", וכי נחוץ אישורו של היועץ המשפטי לממשלה לשם כך. ביום 22.11.12 פנו העותרים ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה לפתוח את קברו של טייב ולשם בדיקת DNA. ביום 2.6.13 נתקבל מענה מטעם היועץ למשפחה בו נכתב: "היועץ המשפטי לממשלה סומך את ידיו על עמדת רשויות הצבא, לפיה אין לאשר את הבקשה".

אי האישור נשען על היות קברו של טייב קבר מזוהה, בעוד שבכל התקדימים בהם ניתן אישור היועץ לפתיחת קברים, היו אלו קברים אלמוניים. במכתב זה הודגשו הליכי הזיהוי שהתבססו על טביעת האצבעות, הסממנים הפיסיים וכן עדויות שנאספו, ברבות השנים, מחיילים שלחמו לצד ציון טייב וביניהן עדותו של זינגר. עוד נטען, כי פעולות הצבא שנעשו בכדי להתיר את ספקות המשפחה אוששו שוב ושוב את מהימנות הזיהוי. במכתב העלה היועץ את החשש כי פתיחת הקבר תעורר ספקות בליבן של שאר המשפחות אשר יקריהן נמצאו בקבר האחים, וכי לפתיחתו של קבר מזוהה השלכות רחבות היקף על משפחת השכול במעגליה השונים.

טו. נוכח הסתמכות הרשויות בתשובותיהן השונות למשפחה על עדותו של זינגר בנוגע לנסיבות מותו של טייב, פנתה המשפחה לזינגר וגבתה ממנו תצהיר ביום 16.7.13, בתצהיר סיפר זינגר:

"בזיכרוני נצרב, ואינני יודע אם זה נכון אם לא, כי בראש הרצים היה סמל מיחידת גולני בשם איציק ובסוף חייל בשם ציון. איני משוכנע שזה שמו, ובכל מקרה לא ידעתי, ואיני יודע את שמו ובכל מקרה אינני יכול לזהותו כי לא הכרתי אותו קודם להגעתי למוצב, ובעת הריצה בתעלות החשוכות גם לא יכולתי לראות את תווי פניו" (הדגשות הוספו – א"ר).

בתצהיר מתייחס זינגר גם למסמכים שהוצגו למשפחה על-ידי רשויות הצבא אשר מהם משתמע כי עדותו של זינגר שימשה כמקור לשחזור לסיפור נפילתו של זינגר:

"הדברים המובאים בשמי אינם מדויקים ולא משקפים את הדברים שמסרתי למי שדיבר איתי בנושא. כאמור לא הכרתי את ציון, לא ראיתי אותו קודם להגעתני למוצב ואף לא עד נפילתי בשבי. אינני יכול אף להגיד בוודאות שהחיל שרץ בסוף הטור בתעלה החשוכה שמו באמת היה ציון ובודאי שאינני יודע את שם משפחתו, לתאר כיצד הוא נראה או לזהות אותו בתמונות" (הדגשות הוספו – א"ר).

טז. ביום 30.7.13 הגישה המשפחה את העתירה הנוכחית, בבקשה להתערב בשיקול דעת הרשויות ולאפשר פתיחת הקבר לשם עריכת בדיקת DNA. הגשת העתירה הובילה חיפוש, מצד המדינה, אחר חומרים ומסמכים נוספים אשר יוכלו לשפוך אור על נפילתו של טייב במתקפה על המוצב. במסגרת החיפוש אותר דו"ח ועדת גביש; ועדה זו מונתה בחודש ינואר 1974 בכדי לבדוק את אירועי הקרבות במוצב החרמון בין הימים 6-10.10.73, ובראשה עמד תא"ל (מיל') יהודה גביש. במסגרת דו"ח ועדת גביש הובאו עדויות חיילים שנכחו במוצב בעת המתקפה, ונפלו בשבי הסורי. משה שימריך העיד:

"שעלינו לשוחה למעלה אני הייתי אחרון מהשוחה ולא היה מקום אז ביקשתי מאחורה מסרויה ויציק וציון ואלפרד לרדת עד שאנחנו נעלה. הם לא שמעו נכנסו גם לתוך השוחה ולא מקום שכשגילו אותנו אלפרד הסתובב חופשי וגלוי על הגג הוא חיפש את המקום להסתתר ואז שפתחו באש צעקו שנפצעו סרויה ויציק. סרויה נפצע בצלעות וציון גם היה פצוע. שהיגענו ראיתי שהם נהרגו וכשקמתי ראיתי את אלפרד על הרצפה שחטף כדור" (הדגשות הוספו – א"ר).

בנימין מזוז (להלן מזוז) העיד "איציק ירה ונהרג ונהרגו עם 3 חברה, אלה היו: אלפרד, סרויה וציון הקשר. היו לנו 4 הרוגים על הגג". ארבעת החיילים המוזכרים בעדויותיהם של שימריך ומזוז הם משה סרויה ע"ה, יצחק שלום ע"ה, אלפרד אקסלרוד ע"ה, ושמואל חג'בי ע"ה, אשר זוהו כארבעת החללים הנוספים שנמצאו יחד עם חלל 24/476 בקבר האחים – וכו חמש גופות – במוצב.

המשיבה אף איתרה תחקיר המהוה "סיכום השלמה" מיום 28.6.74, שערך סא"ל אברהם פריש, נציג מחלקת נפגעים, ואשר התבסס על עדויות השבויים שנפרדו

מן השבי הסורי ונכחו במתקפה על המוצב (להלן תחקיר פריש). בתחקיר פריש יש התייחסות מפורשת לנפילתו של טייב:

"הם מצאו דרך לעלות לגג לתוך מעין תעלה בין השחפצים. אז הרגישו בהם הסורים והחלו לירות מכל הכיוונים, חלק מהאנשים טוען כי היה זה רב"ט שלום .. ירה וזרק רימונים ותוך כדי כך נפגע מכדור בראשו ונהרג. מלבדו נפגעו אלה שהיו האחרונים לצאת ולא הספיקו לתפוס מחסה, יש עדויות ברורות כי מתוך הקבוצה נהרגו בשלב זה 4 חיילים: רב"ט שלום יצחק ז"ל ... טור' סרויה יצחק ז"ל ... רב"ט אקסלרוד אלפרד ז"ל ... טור' טייב ציון ז"ל (חי"ק). גם טור' חג'בי שמואל ז"ל היה בקבוצה זו, אולם איש לא ראה כיצד נהרג. בנימין מזוז ראהו יוצא לגג כשהחל הירי, ואמר לו לחזור לעמדה, יותר לא ראהו. לאחר הכיבוש נמצאה גופתו בקבר האחים של 5, יחד עם ה-4 שנהרגו על הגג." (הדגשות הוספו – א"ר).

בתחקיר פריש מופיעה עדות נוספת של שימריך מיום 13.6.74, השופכת אור נוסף על נסיבות מותו של טייב:

"הייתי בין האחרונים, הספקתי לעלות לגג ולהיכנס לתעלה. מאחורי היו אלפרד, ציון וסרויה. הסורים טרם גילו אותנו. פתאום פתחו הסורים באש. רק אז החל איציק לירות. סרויה וציון צעקו שנפגעו, כשנכנענו ראיתי שלושתם הרוגים: אלפרד נפגע מכדור בראשו, ציון וסרויה נפגעו בצרורות בחזה" (הדגשות הוספו – א"ר).

בתחקיר פריש מופיעה גם עדותו של יעקב (שם משפחתו הושחר – א"ר) (להלן יעקב) מיום 11.6.74, המכילה אף היא התייחסות לנפילתו של טייב ולפגיעה שספג:

למחרת יצאנו אל הגג. הייתי בין האחרונים, ובקושי מצאתי עוד מקום בתעלה בין השחפצים. אני לא ראיתי אם יצחק ... ירה או זרק רימונים. טייב ציון היה לידי בעת שנהרג. הוא נפגע בראשו, ... עוד חייל נהרג לידי נדמה לי כי זה היה סרויה, כי היה לו רומש. יתכן ואני טועה והמדובר באלפרד. גם חייל זה נפגע בראשו. בעת ביקור הצלב האדום בכלא הסורי ביקשו ממני לחתום שראיתי את טייב הרוג" (הדגשות הוספו – א"ר).

עד כאן התשתית הראייתית המוצגת.

יז. טענות העותרים אשר יפורטו להלן, עניינן שני מישורים, המישור העובדתי והמישור המשפטי. במישור העובדתי מעלה המשפחה ספקות רבים ביחס לשחזור סיפור נפילתו של טייב וכן ביחס להליך זיהויו. ראשית, נטען כי עצם הימצאותו במוצב מוטלת בספק, שכן נשענת היא בלעדית על עדותו של לניר. שנית, נטען כי הקצין הסורי אשר פירט את שמות החללים בקבר האחים לא נקב בשמו של טייב. שלישית, נטען כי בהליך הזיהוי שנערך בנהריה לא צוין בטופס שנלקחו טביעות אצבעות מן החלל וכן לא אוזכרה הצלקת הבולטת אשר יכלה לשמש כסימן היכר. רביעית, נטען כי דגימת השערות שהוצגה לעותרת 2 בשנת 2006, אינה שייכת לטייב שכן שעריו היה שזור בכתמים לבנים. חמישית, נטען כי בדו"ח של ביטרמן נכתב שמן החלל נלקחו טביעות אצבעות, אף שאין עדות לכך בטופס הזיהוי שמולא במתקן הזיהוי בנהריה. שישית, נטען כי מדו"ח המשטרה הראשוני עולה שלא נמצאה התאמה בין הדגימות שנלקחו מבית המשפחה לבין טביעת האצבעות של חלל 24/476. שביעית, נטען כי במשך השנים ביקשה המשפחה שוב ושוב מרשויות הצבא וממשטרת ישראל את פרוטוקול ההשוואה בין טביעות האצבעות, אך צה"ל והמשטרה טענו כי הפרוטוקולים אינם בידם; והמשפחה שוללת מכל וכל קיומו של אירוע בו נדרש בנם בהיותו בן 10 שנים בלבד למסור טביעת אצבעות למשטרה. עוד נטען, כי במשטרת נהריה לא היו מצויים לעת ההיא האמצעים ללקיחת טביעת אצבעות, ומשכך קיים ספק אם התרחש אירוע בו נסע טייב בן העשר לבדו לתחנת משטרה בעכו וזאת מבלי לידע בכך את משפחתו. שמינית, נטען כי מן הפגישה עם תא"ל הרב וייס השתמע שקביעת מותו של טייב הסתמכה על עדותו של זינגר במסגרת דיוני ועדת אגרנט, על זיהוי החייל שזוהה בתמונת השבויים כזינגר, ועל חוות דעת של המז"פ שקבעה כי האדם בתמונה איננו טייב – ולא על זיהוי טביעת האצבעות כפי שטוענים המשיבים כיום. עוד נטען, כי תצהירו של זינגר מלמד, שהסתמכות הרשויות על עדותו בקביעת מותו של טייב אינה ראויה, נוכח הספקות שהעלה זינגר עצמו ביחס לזיהוי שערך.

יח. במישור המשפטי, אין המשפחה מערערת על עצם הצורך בקבלת אישור לפתיחת קבר מן היועץ המשפטי לממשלה, אלא שלשיטתה ראוי כי ברירת המחדל תהיה מתן אישור, למעט במקרים בהם נדרש לאזן את בקשת המשפחה למול שיקולים ואינטרסים נוגדים השקולים בעוצמתם לזכותה של המשפחה. נטען, כי במקרה דנן, תשובת היועץ אינה מגלה אינטרס לגיטימי אשר בכוחו לגבור על זכות המשפחה לערוך בדיקה.

עוד נטען, כי היועץ בעמדתו אמנם נשען על הכרעת בית משפט זה בכג"ץ 4225/01 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד(4) 155 (2004) (להלן פרשת אח"י אילת), אולם העותרים סבורים, כי ההכרעה בפרשה זו דווקא מחזקת את עמדתם. בפרשת אח"י אילת נדרש בית המשפט להכריע האם לאפשר למשפחה אחת לפתוח קבר בו קבורים 3 חללים בלתי מזוהים, וזאת נוכח התנגדות מרבית משפחות החללים לפתיחת הקבר. בפסק הדין נקבע כי הסכמת המשפחות ולחלופין היעדרה היא שיקול מרכזי בהכרעה. עוד קבע בית המשפט, כי "לשתי קבוצות המשפחות עומדת אותה זכות יסוד – הזכות לכבוד האדם – אשר היא שוות ערך ומעמד לזו של חברתה" (פרשת אח"י אילת, בעמ' 16). לשיטת העותרים, מקום בו קבור חלל אחד בלבד בקבר מזוהה, אין "זכות יסוד שוות ערך ומעמד" המהווה משקל נגד לזכותה של משפחת טייב.

המשפחה מצביעה על הנסיבות הייחודיות המאפיינות מקרה זה והמצדיקות חריגה ממדיניות רשויות הצבא שלא לאשר פתיחתו של קבר מזוהה. היעלמות החומר המשטרתי אשר שימש לזיהוי חלל 24/476 מונעת אפשרות להשוות ולאמת את הזיהוי; להיעדר זה מצטרף גם הספק שמעלה המשפחה ביחס לנסיבות איסוף הדגימה מטייב והכחשתה לגבי היתכנותו. עוד עומדת המשפחה על הפער בין תצהירו של זינגר משנת 2013 לבין השימוש שנעשה בעדותו על ידי רשויות הצבא בשחזור נפילתו של טייב. נטען גם, כי מחדלי הרשויות ותקוות השווא שנטעו במשפחה ביחס להיותו של טייב נתון בשבי הסורי מצדיקים אף הם חריגה מהמדיניות שהותוותה. המשפחה מדגישה את הספקות המנקרים בה במשך 40 השנים האחרונות ואשר לא נתנו לה מנוח, כמו גם את התחושה הסובייקטיבית המלווה אותה בקביעות, כי טייב איננו החלל הקבור בקבר שבהר הרצל.

עוד נטען, כי החלטת היועץ שלא לאפשר את פתיחת הקבר בשל ההשלכות המשוערות של המהלך על ארבע המשפחות האחרות נעדרת ביסוס עובדתי וככזו חורגת ממתחם הסבירות; היועץ לא פנה למשפחות ארבעת החללים ובירר עמדתן, ועל כן מגלמת עמדתו חשש תיאורטי בלבד הנשען על השוואה שגויה בין המקרה דנן לפרשת אח"י אילת. עוד נטען, כי החשש ביחס להשלכות על משפחות ארבעת החללים אינו עולה בקנה אחד עם הודאות בה דוגלים המשיבים ביחס לזיהויו של טייב.

ביחס להשלכות הרוחב המשוערות של פתיחת הקבר, טוענים העותרים כי פתיחת קבר מזוהה תעביר למשפחות השכול מסר חשוב, כי צה"ל אינו עוסק בטיוח ובהסתרה, וכי הוא מעניק "זיהוי סופי" במקרים בהם מתעורר ספק ביחס לזיהוי, כך שבדיקות נוספות אינן נדרשות במקרים בהם אין מתעורר ספק. עם זאת, אם יתגלה כי



הקבר אכן איננו קברו של טייב, אין חולק כי יוברר למפרע שהיה נכון לפתוח את הקבר, וניתן יהיה לברר בדבר גורלו של טייב ולתת למשפחה אחרת אפשרות לזהות את יקירה.

טענות המשיבים

יט. המשיבים חוזרים וטוענים כי הליכי החקירה השונים שנערכו לאורך השנים שבהם גילו, כי זיהויו של חלל 24/476 כרב"ט ציון טייב ע"ה הוא זיהוי מדעי, ודאי וחד-משמעי ואין כל אפשרות כי הוחזק בשבי הסורי, כנטען על-ידי המשפחה. המשיבים מצרים על כך שאין ביכולתם להקל על כאב והמשפחה, אולם סבורים כי ההחלטה שלא להיענות לבקשה לפתוח קבר מזוהה, אשר זוהה בהתאם לאמצעי הזיהוי שהיו קיימים אז, היא סבירה, וזאת נוכח ההסתברות הגבוהה והממשית – לשיטתם – כי היענות לבקשה תביא לפגיעה במשפחות אחרות.

כנקודת מוצא נטען, כי אין ספק ביחס לזיהויו של טייב, ומשכך פתיחת קבר חלל מזוהה מקימה פגיעה בכבוד המת, אשר אחריתה פגיעה במשפחות חללים אחרות. המשיבים עומדים על ההיבט הציבורי של כבוד המת, דהיינו "אחריותה של החברה לכבד את בניה שהלכו לעולמם, ולהגן על זכרם ועל כבודם" (בג"ץ 52/06 חברת אלאקטא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp. (2008) (להלן עניין אלאקטא)), וכי בנסיבות מסוימות, ייסוג רצון המשפחה והמת מפניו של אינטרס ציבורי נוגד. המשיבים אמנם מכירים בכך שהמחוקק והפסיקה העניקו חשיבות מכרעת לעמדת המשפחה ביחס לפתיחת קברים (כעולה מפרשת אח"י אילת ומפרשות נוספות שעסקו בסוגיה – בג"ץ 8247/98 טבי נ' שר הביטחון (1999); בג"ץ 4951/99 גולן נ' שר הביטחון (1999); בג"ץ 4236/96 לבנון נ' שר הביטחון (2003)), אולם סבורים כי משעסקינן בקבר מזוהה, בהעדר נסיבות חריגות, ההיבט הציבורי של כבוד האדם מחייב להניח למתים לנוח בשלום על משכבם.

עוד סבורים המשיבים, כי נדרש להתחשב בהשלכות פתיחת הקבר על משפחות שכולות אחרות. במעגל הקרוב, פתיחת קברו של טייב עלולה להכניס ספקות בליבן של ארבע המשפחות האחרות שבניהן נמצאו בתוך קבר האחים שבמוצב. שנית, לפתיחת קברו של טייב עלולות להיות השלכות קשות על מעגלים רחבים יותר של משפחות השכול. לשיטת המשיבים, קיימת הסתברות קרובה לוודאית כי פתיחת קברו של טייב תביא להתגלעות מחלוקות בין משפחות אשר יבקשו לפתוח קברים מזוהים לבין משפחות שיתנגדו לכך. עוד נטען, כי פתיחת הקבר עשויה להעצים ספקות דומים

המקננים בליבן של משפחות שכולות אחרות, ולדרכנן לפעול באופן דומה למשפחת טייב; מהלך כזה עלול לגרום לנזק כבד לשלומן ולשיקומן של משפחות שכול רבות.

לשיטת המשיבים, בפתיחת קבר מזוהה יש כדי להטיל "ספק אינהרנטי בהליכי הזיהוי ובעבודת מערך הקבורה הצה"לי", וכי מקום בו לרשויות אין ספק ביחס לזיהוי, פתיחת קבר רק לשם הסרת ספקות המשפחה אינה מוצדקת. נטען, כי יש להימנע מלקבוע במסגרת עתירה זו, קריטריונים לפתיחת קבר מזוהה של חלל לצורך זיהוי המדעי; אולם ברי לכל, שראוי כי פתיחת שכזו תתאפשר אך בנסיבות החריגות בקיצוניותן. נטען, כי לרשות המנהלית ניתן שיקול דעת רחב, ורק אי-סבירות קיצונית – כאשר הרשות התעלמה משיקולים ענייניים או סטתה מן המשקל היחסי שהיה ראוי ליתן להם – מצדיקה התערבות מצד בית המשפט; בפרשה דנן החלטת רשויות הצבא סבירה, ומאזנת נכונה בין השיקולים והאינטרסים הנוגדים.

הדיון בעתירה והודעת המדינה

כ. ביום 2.12.13 נדונה העתירה בפני בית משפט זה, בא-כוח העותרים עמד בעיקר על הספק בדבר אמיתות הזיהוי. נטען, כי אין כל רישום המלמד כי נלקחו מחלל 24/476 טביעות אצבעות, והוכחה היתכנות התקיימותו של אירוע, שבו נלקחו טביעות אצבע מטייב בילדותו. נטען לגבי היעדרם של הפרוטוקולים של טביעות האצבעות אשר שימשו לכאורה לשם זיהוי של טייב. עוד נטען, כי המספר האישי המקורי שנכתב בתעודת הפטירה נמחק והוחלף במספרו האישי של טייב, וכי המספר האישי שהופיע על המצבה בתחילה היה שגוי. בא כוח המדינה עמד על ההשלכות החריפות הצפויות בשל פתיחת קבר של חלל מזוהה. עוד נטען, כי עצם החשש שאירעה החלפה בין חלק מחמש הגופות שבקבר האחים, תומך בהכרעה שלא לאפשר פתיחת הקבר.

בהחלטה מיום 2.12.13 נקבע כי בידי המדינה לצרף "חומר מסמכי נוסף" לפי שיקולה. בהודעתה מיום 26.12.13 ביקשה המדינה לתת מענה לספק שעלה בדיון בדבר הרישום השגוי של המספר האישי בתעודת הפטירה; המספר האישי השגוי שנרשם בתעודת הפטירה הוא זה של צביק אשר זיהה את טייב בתמונות השבויים, דהיינו עסקינן בטעות סופר שנוצרה, ככל הנראה, מעיון בדו"ח המידע על נעדר בו מופיעים בסמיכות שמם ומספרם האישי של טייב וצביק. לטענת המדינה, טעות הסופר המצערת אינה מעלה חשש להצלבה מוטעית, שכן צביק היה בין החיים לאחר מלחמת יום

הכיפורים. בנוסף, הראתה המדינה כי החלפת המצבה של טייב בהר הרצל נעשתה נוכח שגגה בתאריך הלידה, ולא במספר האישי כפי שנטען בדיון.

הכרעה

כא. המשפחה מעלה ספקות ביחס לתשתית העובדתית אותה פרשה המדינה בפנינו, ספקות אלו מתנקזים לכדי שתי שאלות מרכזיות: האחת, האם נפל טייב חלל במתקפה על מוצב החרמון; השנייה, האם נפל פגם בהליך הזיהוי של חלל 24/476. הכרעה בשאלות אלו, תהווה תשתית לבחינת סבירותה של החלטת רשויות צה"ל שלא לאפשר פתיחת קבר מזוהה של חלל צה"ל. בטרם הכרעה נציין, כי 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.

נפילתו של טייב במוצב החרמון

כב. המקור לספק המקנן בלב המשפחה בדבר עצם נפילתו של טייב במוצב נובע מכך שטייב לא היה חייל קבוע במוצב, רבים לא הכירוהו, ומשכך התקשו לאמת את עובדת הימצאו במוצב בעת המתקפה, וכן מכך ששמו של טייב נכלל ברשימת השבויים הראשונה לאחר שזוהה בתמונות השבויים; ואולם, בחינת התשתית הראייתית הכוללת שהוצגה בפנינו מביאה למסקנה המחייבת כי טייב נפל חלל במתקפה. מסקנה זו נשענת על ראיות מ"זמן אמיתי" – התקופה הראשונה שלאחר המלחמה; קרי, עדותם של שימריך ומזוז במסגרת ועדת גביש בינואר 1974, עדותם של שימריך ויעקב במסגרת תחקיר פריש ביוני 1974, וכן עדותו של לניר במסגרת דו"ח צח"מ מיום 26.6.08. באופן עקבי מוזכר טייב בכלל העדויות, יחד עם ארבעת החללים האחרים אשר נקברו בקבר האחים, כמי שנפגע מן האש הסורית בעת היותו על גג המוצב. מסקנה זו עומדת על כנה, גם אם עדותו של זינגר בפני ועדת אגרנט הובנה בצורה שגויה על-ידי רשויות הצבא, כפי שהעיד זינגר בתצהירו מיום 16.7.13.

סברת המשפחה כי טייב נפל בשבי הסורי והוא בגדר נעדר, נשענת בעיקרה על זיהויו של טייב בתמונות השבויים מסוריה. אולם, התשתית הראייתית מלמדת כי בזיהויו זה נפלה שגגה; זינגר ולניר זיהו בודאות את האדם המצולם בתמונות כזינגר, ואין בנמצא כל עדות על הימצאו של טייב בין החללים השבויים, מה שהיה סביר מאוד אילו אכן היה ביניהם, קרי שמי מהם יעמוד על כך. חוות דעת המז"פ מיום 6.4.06 אכן

עמדה על הדמיון הכללי הקיים בין זינגר לבין טייב בתמונות – דמיון אשר ככל הנראה גרם לזיהוי השגוי – אך הכריעה חד-משמעית כי האדם המצולם במחנות בסוריה אינו טייב.

לטעמנו, נוכח התשתית הראייתית שהוצגה בפנינו, אין כל ספק של ממש בדבר נפילתו של טייב חלל על גג המוצב, ואין יסוד לסברה כי נלקח בשבי בעודו בין החיים; דומנו כי כיום מבינה זאת גם המשפחה, והיא ממקדת מאמציה בעניין פתיחת הקבר. עם זאת, ועל כך יש להצר, כלל התשתית הראייתית שהוצגה בפנינו לא היתה זמינה לעותרים טרם הוגשה העתירה, וחלק חשוב בה הוגש עם התשובה לעתירה. עם כל ההערכה למאמץ המאוחר, על רשויות צה"ל לעשות כל אשר לאל ידן כדי להציג תמונה שלמה ככל האפשר במועד מוקדם בפני משפחות שכולות, ובכך להימנע מן הדינמיקה של החשד וחוסר אמון המלווה – למרבה הצער – פרשה זו שנים ארוכות.

כג. בפרשה דנא קיימות מספר עדויות על מותו של טייב והן עולות בקנה אחד זו עם זו, אך נציין, כי המשפט העברי מתייחס בפקפוק לעד יחיד המעיד על מוות במלחמה וזאת נוכח סכנת החיים בה היה נתון העד בשעת מעשה (בבלי יבמות קטו, ע"א; שולחן ערוך, אבן העזר יז, לג). אולם, יש הסוברים כי כאשר העד המעיד על מוות במלחמה היה לוחם בה, אין מקום לפקפק בעדותו, שכן היה בידו להתבונן כראוי בהרוג (ראו שו"ת עין יצחק לר' יצחק אלחנן ספקטור (ליטא, המאה הי"ט) אבן העזר, א, יט; יוסי שרעבי ויובל סיני "הכרזה על חייל נעדר כחלל שמקום קבורתו לא נודע" המרכז ליישומי משפט עברי – המכללה האקדמית נתניה והמקורות המובאים שם). בנידון דידן יש – מכל מקום – מספר ידיעות.

אמיתות זיהויו של חלל 24/476

כד. זו כנראה השאלה המהותית השנויה במחלוקת. המשפחה בעתירתה עומדת על סתירות ובעיות הנוגעות להליך הזיהוי של חלל 24/476, אלה המרכזיות שבהן: העדר תיעוד בדבר לקיחת טביעת אצבעות מן החלל; היעלמות פרוטוקולי המשטרה של טביעת האצבעות הנטענת, אשר שימשו לזיהוי החלל עם טייב; שאלת עצם התרחשותה של לקיחת טביעת האצבעות מטייב בהיותו בן 10; אי-אזכורה של הצלקת על גבו של טייב בטופס זיהוי החלל; ההפרשים בנתוני הגובה המתועדים של חלל 24/476 ושל טייב; שיוכה המוטעה של המזוודה לטייב; העדויות הסותרות בדבר מיקום הפגיעה שספג טייב; הרישום השגוי של המספר האישי בתעודת הפטירה; טענת הרב הצבאי הראשי הרב נבון שהזיהוי נעשה על בסיס עדותו של זינגר בועדת אגרנט והקביעה

שהאדם בתמונת השכויים אינו טיב, וזאת בניגוד לטענת הרשויות כי בעיקרו נשען הזיהוי על טביעת האצבעות. נאמר כבר כאן, כי עסקינן בימי מלחמה ובתר-מלחמה, בתקופה שלפני ארבעים שנה. אין ענייננו במצב רגיל של ימי רגיעה על כל המשתמע. לנושא טביעות האצבעות נידרש להלן, אך הפרשי הגובה אינם כאלה הסותרים מהותית, בהתחשב במדידות שונות בין האדם החי למת. לכל הנושאים האחרים (להלן נידרש כאמור, לטביעת האצבעות) הסברים מניחים את הדעת, שעלו מן הסקירה דלמעלה.

כה. והנה מכלול הדו"חות שנסקרו מלמדים כי הזיהוי נשען בעיקרו על השוואת טביעת האצבעות של חלל 24/476 למול טביעת האצבעות שנמצאו במאגרי משטרת ישראל, כך עולה הן מחוות הדעת של חוקר הזיהוי מיום 3.12.73, מחוות הדעת המסכמת של מדור חקירות וזיהוי מיום 10.1.74, ומתעודת הפטירה מיום 11.1.74. אלה מסמכים בני הזמן, אותנטיים, שאין טענה כי כותביהם לא עשו מלאכתם ביושר או שהיו חדורים, חלילה, שיקולים זרים.

לראיית טביעת האצבעות משקל רב והיא אף הוכתרה לא פעם כראיה נסיבתית "ראשונה במעלה" (ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 309, 317 (1982); ע"פ 4471/03 מדינת ישראל נ' קריספין, פ"ד נח(3) 277, 285 (2004); ע"פ 9154/04 חננייב נ' מדינת ישראל (2005)). בתי המשפט עושים שימוש תדיר בטביעת האצבעות כראיה, על-בסיס ההנחה כי אין בנמצא שני בני אדם בעלי טביעת אצבעות זהה (אליהו הרנון, דיני הראיות ב, 323 (1985)). במשפט העברי קיימות שלוש דרגות של סימנים העשויים לשמש לזיהוי של מת – סימנים מובהקים, בינוניים וגרועים; לראיית טביעת האצבע מיוחסת אמינות גבוהה, והיא מסווגת כ"סימן מובהק" אשר יכול לשמש לזיהוי מת (ראו גד נבון "טביעת אצבעות כסימן מובהק לקביעת מוות בפסיקה הרבנית" דיני ישראל ז 129 (תשל"ו) והאסמכתאות שם; אלכסנדר לוינון סוגיות בהלכות צבא ומשטרה רע"ה-רע"ח (2003)).

למען ההגינות ושלמות התמונה נציין, כי בשנים האחרונות החלו להישמע קולות הקוראים תיגר על האמינות המיוחסת לראיית טביעת האצבעות, נוכח שאלת דיוקה של ההשוואה בין שתי טביעות האצבעות (Fingerprint Examiner's Fallacy). נפסק, כי כאשר טביעת האצבע היא הראיה היחידה או כאשר נמצאה על חפץ נייד, ינהג בית המשפט בזהירות יתירה בבואו להרשיע (ע"פ 389/62 נאטור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(1) 62, 64 (1964); ע"פ 5635/97 סמהאדן נ' מדינת ישראל (2001)); אולם אפשרות קיומה של טעות בפענוח טביעת האצבעות ומשקלה טרם נידונה (מרדכי הלפרט ומשה פרדס, "האומנם ניתן להרשיע על בסיס ראיה מדעית יחידה? המקרה של

ראיית טביעת-האצבע וראיית ה-DNA" עיוני משפט ל 399 (2007); גבריאלי הלוי, תורת דיני הראיות ג, 695-697 (2013)). המלומד ג' הלוי עמד באחרונה על כך שפענוח הטביעות הוא "ענין שבמומחיות", ומשכך קבילות הראיה ומשקלה תלויה בקבילות חוות דעת המומחה וכי "לא מן הנמנע, כי חקירת המומחה תתייחס גם לכישוריו המקצועיים בפענוח טביעת אצבעות, גם להליך הפענוח במקרה הספציפי וגם לאופן הסקת המסקנות שבחוות דעתו לעניין זה" (תורת דיני הראיות ג', בעמ' 697). דברים אלה כבודם במקומם המתאים; ואולם, טביעת אצבעות ככלל היא ראיה ממעלה ראשונה ועודנה כזאת, ואין לנו כל סיבה במקרה דנא, בהיעדר טענה או ראיה לשיקולים זרים חלילה כאמור, לפקפק באמינות הזיהוי שנעשה; עלינו להביט אל הדברים במשקפי זמנם ומקומם ולא במשקפי היום הזה. בתקופה בה עסקינן היה הליך זיהוי של חלל על בסיס טביעת אצבעות בשכיחות נמוכה, כעולה מעדותו של ביטרמן מיום 30.6.08 ואף מתגובת המדינה לעתירה:

"יודגש כי בין חללי אותה מלחמה, זיהוי באמצעות טביעת אצבעות הינו נדיר, ודאי זיהוי טביעות אצבעות על דרך של הצלבה עם מאגר המידע המשטרתית, שכן כאמור באותם ימים צה"ל לא ניהל מאגר טביעת אצבעות של חייליו" (ס' 33 לתגובה).

העותרים טענו לתייעוד לקוי של נטילת דגימת טביעת האצבעות מחלל 24/476, ואף העלו השערה כי הנטילה כלל לא אירעה; פעולות הנטילה דורשות מומחיות וטעונות תיעוד. שוב, עלינו לשפוט את הדברים במרחק 40 שנה ולנסות להתבונן בהם במשקפי התקופה, ועל פי החומר שבפנינו יש לקבוע כי איסוף טביעות אצבע מן החלל במתקן הזיהוי בנהריה אכן אירע, וזאת נוכח המסמכים בני הזמן ועדויותיהם של המעורבים בהליכי האיסוף והזיהוי, שהוצגו בחומר שבפנינו. היעדרם של פרוטוקולי טביעת האצבע ממשטרת ישראל אשר למולם הושוו טביעות האצבע של חלל 24/476, אמנם מונע באופן מצער את האפשרות להשוות מחדש בין טביעות האצבע, דבר שיכול היה לסייע לסופיות הקביעה. ואולם, אין כל סיבה לפקפק באותנטיות המסמכים בני הזמן, ושיש בהם ביושר כדי להכריע את הכף במידה רבה, ובתוך אלה מסמכי ביטרמן מ-25.10.73 ובמיוחד מ-3.2.74 (וכן עדויותיהם המאוחרות כמו עדות ביטרמן ב-30.6.08), הכל כפי שפורט מעלה.

כו. לכך נוסיף את תיאור היותו של המנוח לבוש תחתונים אדומים. הבאנו, בפסקה י"ב למעלה, את עדותו של מנחם רוט מ-1.7.08, איש מתקן הזיהוי בנהריה, שראה בתחתונים האדומים פרט חשוב. דברים אלה מחזקים מסמך בן הזמן, מיום 24.10.73 (פסקה ג' למעלה) שתיאר את התחתונים שבצבע אדום. לכך מצטרף תזכיר סא"ל פריש

מ-2.12.73 המתאר (פסקה ג') את מפגש קצין העיר עם המשפחה מ-26.11.73, שבו ציינה המשפחה כי טייב נהג להשתמש בתחוננים צבעוניים, בהם אדומים. מצטרפת לכך גם חוות הדעת מיום 3.12.73 (הנזכרת לעיל (פסקה ד')), שם נזכרו תחוננים אלה. לטעמי יש ליתן לאלה משמעות רבה, בצד טביעת האצבעות. ער אני לטענות המשפחה בעניין הצלקת שהיתה לטייב, ושלא נזכרה, אך איני סבור כי יש לייחס לכך משקל רב מאוד. הפרשי גובה המנוח בדיווחים הם כאלה שיש להם הסבר, ודומה שאינם משמעותיים מאוד.

כז. לעניין כל אלה אשוב ואטעים: בתנאי מלחמה ובתר-מלחמה, כאמור, קשה מאוד לצפות ל"סדר סטרילי", ועל כן הראיות שנמנו מעלה, בהצטברותן, אינן מותרות ספק של ממש בזיהויו של החלל טייב ע"ה.

נעבור עתה לבחון סבירותה של החלטת צה"ל שלא לאפשר לפתוח קבר אשר זוהה על בסיס הליך הזיהוי לגביו הועלו ספקות.

סבירות ההחלטה שלא לאפשר פתיחת קבר מזוהה

כח. כידוע – ואין צורך להאריך – חובה על הרשות המינהלית להפעיל שיקול דעתה בסבירות (בג"צ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94, 105 (1976); בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980); בג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993)); פעולותיה של הרשות נדרשות להימצא בתוך מתחם של סבירות, ו"על הטוען לאי-סבירות להראות כי השיקולים הרלבנטיים נשקלו על ידי הרשות המקומית "בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך לבלתי סבירה לחלוטין" אכן, משמעותה של הסבירות היא איתור השיקולים הרלבנטיים ואיזון ביניהם על פי משקלם" (עע"מ 9530/05 ריבוע כחול – ישראל בע"מ נ' עיריית עפולה פסקה כג (2008)).

כט. שאלות פתיחת קברים לוידוא זיהוי כבר עלו בבית משפט זה בעבר, מאז נתקבל ה-DNA כאמצעי שיש בו וודאות. בעבר התאפיינו המקרים בקברי אחים ובמחלוקת בין משפחות באשר לפתיחת קברים (בג"ץ 4236/96 לבנון נ' שר הביטחון (2003); בג"ץ 4951/99 גולן נ' שר הביטחון (1999); פרשת אח"י אילת (2004)). בפרשת גולן נפתח

אחד הקברים ונתגלתה טעות, וכה אמר בית המשפט (בהרכב המשנה לנשיא ש' לויין והשופטים דורנר ואילן):

"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. חבל רק שכל חלופה שמקובלת על אחת משתי המשפחות היא למורת רוחה של המשפחה האחרת ומוסיפה עגמת נפש לצערם. אי אפשר לאמר, שמישהו מבעלי הדין צודק והשני אינו צודק. יתכן מאד, שבחוכמה שלאחר מעשה, ניתן לאמר שצדקו האמהות שהתנגדו לפתיחת הקברים. 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..."

בפרשת אח"י אילת, שם לא ניתן לפתוח חלקת קבר בשל התנגדות משפחות, נאמר (מפי המשנה לנשיא אור):

"כפי שהודגש כבר, 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. לדאבונו, מקרים בהם נדרשת הכרעה דומה, עלולים להתעורר גם בעתיד. הותרת ההכרעה בנושא כה קשה ורגיש בידי רשויות צה"ל ללא הנחיות נורמטיביות מתאימות, מטילה עליהן עול ואחריות כבדים. ראוי הדבר שהמחוקק יאמר את דברו בנושא.

מזה למעלה מ-36 שנה צועדים העותרים במסע בלתי נלאה והרואי לאיתור גופת יקירם, סמ"ר מנחם כהן ז"ל. 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, לדאבונו, 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).



והשופט (כתארו אז) ריבלין הוסיף, בין השאר: "כשלעצמי אינני יודע מה עדיפה – הזכות לדעת או שמא הזכות שלא לדעת. במובן מסוים חורגת הסוגיה מתחומו של המשפט".

ל. בדומה לכך נדרש לנושא קרוב בגדרי המשפט העברי ד"ר מיכאל ויגודה ברשימתו "בדיקה גנטית לזיהוי גופה בקבר אחים", פרשת השבוע (א' הכהן ומ' ויגודה – עורכים), בראשית 379, בעקבות פרשת אח"י אילת, וראו האסמכתאות הרבות שם. בסיכומם של דברים נאמר: "על אף החשיבות הגדולה שיש בקיומו של מקום קבורה מיוחד ומזוהה הן לנפטר הן לבני משפחתו, אפילו שנים רבות לאחר פטירתו, מעוררת סוגיית פתיחת הקבר ונטילת דגימה גנטית לצורך הזיהוי שאלות כבודות משקל, במיוחד כשמעורבות בדבר משפחות אחדות שיש להן עמדות מנוגדות. המשפט העברי והמשפט הישראלי גם יחד קובעים שבכגון זה 'שב ואל תעשה עדיף'".

לגישת המשפט העברי ראו גם חוות דעתו של השופט טירקל בעניין אח"י אילת, פסקאות 2-3, הנדרשת לשאלת ניוול המת והמקרים שבהם תתאפשר פתיחת קבר, ונאמר בין השאר כך:

"בפרשה אחת שבה דן הראשון לציון, הרב הראשי לישראל, הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, בענין פתיחת קבר אחים של חיילים שנפלו במלחמת השחרור, התיר הרב את פתיחת הקבר מן הטעם ששם נקברו החללים יחד בארון משותף, ש"אינה לכבוד המת כלל ואין אדם רוצה או מסכים להיות קבור בצורה עלובה כזאת" (שו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, לו). יצוין כי בפרשה שלפנינו נקברו החללים בארונות נפרדים ובכך, לכאורה, טעם שלא להתיר את פתיחת קבר האחים. בתשובתו המאלפת והמפורטת של הראשון לציון, הרב הראשי לישראל, הרב אליהו בקשי דורון, שדן בשאלה אם מותר לפתוח קבר אחים של חללי "שיירת הדסה" ולבצע בדיקות D.N.A לצורך זיהוי התיר הרב בדיקה כזאת כאשר המטרה היתה קבורה בקבר ישראל של חלק מן החללים, שנקברו לפי השמועה, בבית קברות מוסלמי, ובתנאי ש"נוטלים כמות מזערית של דגימות" (שו"ת בנין אב, ח"ד, סז). יצוין כי בפרשה שלפנינו, מדובר בחללים שנטמנו בקבר ישראל, בבית קברות צבאי, ועבר זמן רב מאז הקבורה. אין כאן, אפוא, צורך להעביר חללים לקבר ישראל, וכן יהיה, כנראה, צורך לקחת דגימה גדולה - כ- 5 עד 10 ס"מ מעצם הירך - ובסופו של דבר גם אין בטחון שיתקבל זיהוי ודאי.

על פי העיון במקורות הנזכרים – וכן במקורות נוספים המובאים, בין היתר, בתשובתו של הרב בקשי דורון - נראה כי המסקנה היא שבנסיבות הפרשה שלפנינו לא תותר פתיחת הקבר ונטילת דגימות לצורך בדיקת D.N.A. 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.”

באשר לכבוד המת ראו גם עניין אלאקטא, פסקאות 132-136 לחוות דעת השופטת פרוקצ'יה ופסקאות 5-11 לחוות דעת השופט דוד חשין, הנדרש במיוחד לעמדת המשפט העברי. עוד ראו פסקי הרב צבי פסח פראנק בעניין עגונות מלחמת הקוממיות, שו"ת הר צבי אבן העזר (א), וכן רשימתי "פסיקה, שכל ישר ואנושיות", בקובץ לזכר הרב פראנק גאון ההוראה אחרי 50 שנה, 19, 31-32 (תשע"ב) (פרופ' י' רוזנסון, עורך).

לא. עינינו הרואות כי עסקינן בסוגיה רגישה מאין כמוה, שאין לה "פתרון בית ספר" או "תשובת מחשב". המדינה העלתה בטיעוניה בפנינו את סוגיית כבוד המת והצורך להניח לו לנוח בשלום. אין היא מתעלמת מכבודה של המשפחה, המבקשת פתיחת הקבר, ומפנה בין השאר לפסיקה בעניין זה המתארת את המעגלים השונים של היחס לכבוד המת – כבודו הסגולי של המנוח, כבוד המשפחה וההיבט הציבורי. ברי כי לעמדת המשפחה מקום נכבד; ואוסיף, כי יתכן הייתי נוטה לקבל את הבקשה לפתיחת הקבר חרף שאלות כבודו הסגולי של המנוח ושאלות ציבוריות מובהקות, אילו היה ספק של ממש בזיהוי; אך להבנתי אין כזה, חרף התקלות שקרו בתקופת המלחמה ומייד לאחריה. בסופו של יום, השאלה המרכזית שיש להידרש אליה מטבע הסוגיה היא, הישנו ספק המצדיק פתיחת הקבר חרף השיקולים הנוגדים, ותשובתי היא כאמור.

לב. נוסף לכך השיקול הכרוך במשפחות החללים האחרים שהיו בקבר האחים דאז כנזכר מעלה, שהרי אם יימצא חלילה כי החלל שנקבר איננו טייב ע"ה, מחייב הדבר לפנות למשפחות החללים הרלבנטיים האחרים מקבר האחים, שאין להן כל משאלה וכל תביעה, ולפתוח בשיג ושיח עמן על הנכונות לפתוח את קברותיהם. דבר זה רגיש ביותר, וככל שניתן להימנע ממנו ברור כי ייטב. אך שוב, אילו היה בלבי ספק של ממש לעניין קבורת החלל טייב אולי היה מקום לשקול זאת; אך משאין ספק של ממש בזיהוי, כעולה מכל האמור, מתייתרת אותה הכרעה.

לג. כל האמור מעלה מוליך למסקנה, כי יש להניח לציון טייב ע"ה, שהוא בודאות ככל שהשגתנו מגעת החלל שבקבר, לנוח בשלום על משכבו. אנו מבינים מאוד ללב המשפחה, נוכח הנסיבות שתוארו מעלה – אך מבקשים אנו לשכנעה כי אין מקום לפתוח את הקבר. זהו קברו של ציון טייב ע"ה, והדברים נאמרים אחר עיון בלב פתוח, וזו הכרעתנו. אומר רק בנימה אישית, כי נדרשתי לכך כאילו היה זה בן משפחתי.

לד. סוף דבר, איננו נעתרים לעתירה. כל אחד מאתנו נושא צער של אבדן בני משפחה או חברים וידידים במלחמות ישראל, ולבנו עם משפחת ציון טייב ע"ה, יבדלו לחיים. אך לא נוכל מכל הנימוקים הללו להיעתר לעתירה.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

כפי שהראה חברי השופט רובינשטיין, אין כלל מקום לספק ביחס לזיהויו של רב"ט ציון טייב ז"ל. זהותם ומספרם של החיילים במוצב באותו יום מר ונמהר ידועים, ידוע מי נפל בשבי וכל החללים האחרים וזהו. מכאן, שבנוסף לכל סממני הזיהוי שמנה חברי, הרי שגם על דרך האלימינציה חלל 24/476 אינו יכול להיות מישוהו אחר זולת החלל ציון ע"ה. הספק הסובייקטיבי של בני משפחתו אינו מצדיק פתיחת הקבר על כל ההשלכות התקדימיות הכרוכות בכך בכלל, וההשלכות על משפחות החללים האחרים שהיו בקבר האחים בפרט.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

חברי, השופט א' רובינשטיין, פרש יריעה רחבה – עובדתית, משפטית ואנושית. דעתי כדעתו. אחר כל הדברים האלה ניתן לומר כי גופתו של רב"ט ציון טייב ז"ל שנפל בקרב במוצב החרמון במלחמת יום הכיפורים זוהתה בוודאות, והוא נטמן בקברו בהר הרצל בירושלים על מנת שינוח בשלום על משכבו. אין עוד ספק בדבר הזה, לא צורך בפתיחת הקבר, ולא הצדקה לעשות כן גם מבחינת המשפחות השכולות שיקיריהן נמצאו בשעתו באותו קבר אחים בחצר המוצב; גם מבחינת כלל המשפחות השכולות

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

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ה באדר א' התשע"ד (25.2.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט