

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4225/01

בפני :

כבוד המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת (בדימ') ד' דורנר
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' ריבלין

העותרים :

1. דליה כהן
2. יוסי כהן
3. נחמה כהן-כפיר
4. יעקב כהן
5. סיניורה כהן

נגד

המשיבים :

1. שר הבטחון / מדינת ישראל
2. הרמטכ"ל - ראש המטה הכללי צבא הגנה לישראל
3. ראש אגף כח אדם בצה"ל
4. מאיר בן עמי
5. ברטה קלנברג
6. הניה הופמן
7. נילי פינקלשטיין
8. מרדכי ושרה מרקוביץ
9. שושנה צילניק ושרה גולן
10. יעל רוימי
11. רחל בן בסט
12. דניאל נווארו
13. רחל עורקבי
14. שמחה מנחם
15. גרשון אורן
16. מרים מיארה
17. רחל סבן
18. ראובן ווטה סגל
19. צביקה פרידמן
20. ברברה אדלר
21. מרים כהן
22. גיזלה שטורם
23. ברכה נאור

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרים :

עו"ד יוסף ליבנה

בשם המשיבים :

עו"ד איל ינון, עו"ד ד"ר דוד תדמור ועו"ד ענת פלץ

פסק-דין

המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור:

בעתירה שלפנינו מבקשים שאריו של חלל צה"ל אשר הוכרז כנעדר, להורות על פתיחת חלקת קבר בה טמונות שלוש גופות בלתי מזוהות של חללי צה"ל על מנת לערוך בדיקה גנטית של הגופות שתאפשר לוודא האם יקירם קבור שם. חלקת הקבר משמשת אתר הנצחה לבני משפחות נוספות של חללים נעדרים, אשר יתכן שיש להן זיקה לחללים הטמונים בה, ואשר רובם מתנגדים לבדיקה האמורה. השאלה העומדת במוקד הדיון שבפנינו היא, האם קיימת עילה להתערבות בית משפט זה בהחלטת רשויות הביטחון שלא להיעתר לבקשה.

העובדות וההליכים

1. ביום 21.10.67, מול חופי סיני, נפגעה אניית חיל הים "אילת" (להלן: אח"י אילת) מטילים שירו לעברה ספינות טילים מצריות. כתוצאה מפגיעות הטילים נספו 47 מאנשי צוות האוניה. 16 איש מתוכם הוכרזו נעדרים.

שלוש מן הגופות של אנשי הצוות נמצאו אך לא זוהו. גופה אחת בלתי מזוהה נמשתה מאזור הטיבוע על ידי כוחות צה"ל בסמוך לאירוע. שתי גופות נוספות הוחזרו על ידי המצרים ביום 1.11.67 (במסגרת החזרת שש גופות אשר ארבע מתוכן זוהו). ביום 5.11.67 נטמנו שלוש הגופות שלא זוהו בשלושה ארונות קבורה נפרדים בחלקת האלמונים של חללי אח"י אילת בבית העלמין הצבאי בחיפה (להלן: חלקת האלמונים). בחלקת האלמונים הוקמה מצבה ועליה 16 כריות חלל הנושאות את שמם של 16 הנעדרים, והיא מהווה מצבה עבור כל משפחות נעדרי אח"י אילת.

סמ"ר מנחם כהן ז"ל היה אחד מלוחמי אח"י אילת, אשר נפגע בתקרית ואשר הוכרז על ידי צה"ל כנעדר. בסמוך לאחר קרות האסון נמסר לבני משפחתו כי גופת יקירם לא זוהתה באופן ודאי, ולפיכך הוא הוכרז כחלל שמקום קבורתו לא נודע.

2. העותרים הם קרובי משפחתו של סמ"ר מנחם כהן. העותרת 1, דליה כהן, היא אלמנתו. העותר 2, יוסי כהן, הוא אחיו (להלן: יוסי כהן). העותרת 3, נחמה כהן-כפיר, היא בתו. העותרים 4 ו-5, יעקב וסיניורה כהן, הם הוריו. בעתירה שבפנינו מבקשים העותרים להורות על פתיחת חלקת האלמונים ועל עריכת בדיקה גנטית של שלוש הגופות שנטמנו בה, על מנת שייקבע באופן ודאי האם אחת מהן היא גופת סמ"ר מנחם כהן. בתחילה ביקשו העותרים סעד נוסף והוא, שבמידה שסמ"ר מנחם כהן יזוהה כחלל

שנקבר בחלקת האלמונים, הוא יועבר לחלקת קבר נפרדת. מאוחר יותר, חזרו בהם העותרים מבקשתם זו, במובן זה שכיום הם מסכימים לכך שגופתו תוותר קבורה בחלקת האלמונים, אך זאת בנפרד מיתר הגופות, באופן שכל הבא לפקוד את החלקה יוכל לדעת בדיוק היכן טמונה גופתו.

3. המשיב 1 לעתירה הוא שר הביטחון (להלן: שר הביטחון), המשיב 2 הוא הרמטכ"ל והמשיב 3 הוא ראש אגף כוח אדם בצה"ל (להלן: ראש אכ"א) (להלן ביחד: המשיבים). יתר המשיבים לעתירה הם בני משפחה של נעדרי אח"י אילת, וביניהם בני משפחה המתנגדים לפתיחת חלקת הקבר וביצוע בדיקה גנטית למטרת זיהוי של סמ"ר מנחם כהן ז"ל (להלן: המשפחות המתנגדות).

4. הרקע לעתירה הוא כדלקמן: מספר חודשים לאחר טביעת אח"י אילת, הובא לידיעת העותרים כי לרבנות הצבאית נמסרו על ידי המצרים דסקית זיהוי וטבעת נישואין השייכות לסמ"ר מנחם כהן ז"ל. על רקע זה, הועלתה על ידי הגורמים המוסמכים בצה"ל האפשרות כי סמ"ר מנחם כהן הוא אחד משני החללים הלא מזוהים אשר הוחזרו על ידי המצרים. לעניין זה, זומנה אלמנתו לפגישה עם קצין דת מחיל הים והיא מסרה לו את כל הפרטים שנדרשו ממנה לצורך זיהוי גופת בעלה. נושא הזיהוי נבחן על ידי הרב הראשי לצה"ל דאז, הרב גורן, וביום 18.10.68 הוצא על ידו מסמך המצביע לכאורה על בעיות שבגינן הסיק כי אין בידי צה"ל הוכחות מספיקות לזיהוי גופת סמ"ר מנחם כהן.

5. במהלך השנים שחלפו מאז קרות האסון פעלו העותרים ללא לאות על מנת לנסות ולברר פרטים לגבי גורלו של יקירם, אשר יהיה בהם כדי לפתור את שאלת מקום קבורתו. במהלך פעולותיהם, גילו העותרים מידע נוסף לגבי גורל יקירם, אולם מידע זה לא הוביל למסקנה ודאית בעניין. המשך פעילותם היה כזה, שבשנת 1998 פנו העותרים לרשויות הצבא בדרישה לבצע בדיקה גנטית של הגופות שנטמנו בחלקת האלמונים, על מנת לקבוע האם סמ"ר כהן נטמן בחלקה. בחודש יוני 1999 הודיע ראש אכ"א לעותרים על דבר ההחלטה לדחות את הבקשה לפתיחת הקבר, שכן התברר כי מספר לא מבוטל מבין בני משפחות הנעדרים מתנגדים לפתיחת חלקת הקבר ולביצוע הבדיקות. לאחר תשובה זו, העותרים לא נואשו, ונמשכו המגעים בינם לבין רשויות צה"ל בנוגע לבקשתם. במסגרת מגעים אלה, הוסכם לפעול להקמת צוות, בתיאום ובשיתוף העותרים, לצורך פגישה עם משפחות הנעדרים האחרים המתנגדות לפתיחת הקבר. הכוונה היתה לנסות ולהגיע עימן להסכמה בנושא ביצוע בדיקה של הגופות. בהתאם לעמדה זו, הוקם באגף כוח אדם בצה"ל צוות מקצועי אשר כונה "צוות בית המשפחה".

בחדשים נובמבר 1999 עד מרץ 2000 נפגש צוות זה עם נציגים של שתיים עשרה משפחות נעדרים, הציג בפניהם את ההיבטים השונים של הנושא ושמע את עמדותיהם בשאלת פתיחת חלקת הקבר. ממצאי הפגישות עם בני המשפחות הצביעו על מספר גישות לנושא שנעו משלילה מוחלטת ועד הסכמה.

בחדש אפריל 2000 הציג צוות בית המשפחה את ממצאיו בדיון שהתקיים אצל ראש אכ"א בהשתתפות גורמים רבים. רובן המכריע של הדעות שנשמעו בדיון היו נגד פתיחת חלקת הקבר. ביום 8.5.00 התקיימה פגישה בין נציגי העותרים וסגן שר הביטחון דאז ונציגי צה"ל, ובה נמסר לנציגי העותרים כי סגן השר סומך ידיו על המלצת הצוות המקצועי שהקים צה"ל.

6. בתגובה לפניית העותרים לקבל לידם את דו"ח צוות בית המשפחה, השיבה הפרקליטות הצבאית, ביום 18.5.00, כי ראש הממשלה ושר הביטחון דאז החליט לבחון את הנושא על ידי גורם חיצוני, האלוף (מיל') משה גידרון, לפני קבלת החלטה סופית בעניין. ביום 13.7.00 נשלחה למר יוסי כהן תשובה מטעם ראש הממשלה ושר הביטחון דאז, בה צוין כי האלוף (מיל') גידרון המליץ לדחות את הבקשה לפתוח את חלקת הקבר וכי המלצה זו אומצה על ידו.

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

"עיקרי נימוקי והמלצות הוועדה העלו, כי פתיחת קבר האחים יפתח מחדש את פצעי המשפחות השכולות ויגרום להם סבל מיותר ועל כן סברנו כי צריך הדבר להיעשות בהסכמת המלאה של כל המשפחות ובאין הסכמה לא יוכל צה"ל לפתוח את קבר האחים".

בעקבות בקשות העותרים לקבל מידע נוסף לגבי ההחלטה בבקשתם, נשלחה להם תשובה מאת הפרקליטות הצבאית ובה נכללו הנימוקים להחלטה והטעמים לאי מסירת המידע שהתבקש על ידי העותרים. ההנמקה להחלטה שלא להיעתר לבקשתם לפתיחת הקבר וביצוע בדיקה גנטית, הובהרה כדלקמן:

"6. ביסוד ההמלצה עמדו בין השאר הנימוקים הבאים, אשר הובעו על ידי משתתפי הדיון:

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

ב. צה"ל אינו יכול להפלות משפחה אחת על פני משפחה אחרת. מבחינה חוקית, מעמדן של המשפחות שווה. על כן צה"ל אינו יכול "לספק" משפחה אחת, במחיר פגיעה במשפחות המתנגדות, וזאת בפרט כאשר לא ברור אם אף אותה משפחה אחת תמצא מזור ומנוח בעקבות פתיחת הקבר;

ג. בשיקולי 'רווח והפסד', ניתן יהיה להביא מזור ל-0-3 משפחות, ולגרום נזק ל-13-15 (וזאת בהנחה שמשפחת כהן נכונה בכל מקרה לפתיחת הקבר, ולו במחיר פגיעה נוספת בה, אם יתברר כי יקירם איננו קבור בקבר האחים);

ד. צה"ל אינו יכול לתמוך במהלך אשר יתכן כי יהיה טוב למשפחה שכולה אחת, כאשר קיימת ודאות לכך שבמהלך זה בהכרח יגרום נזק למשפחות שכולות אחרות;

7. לאור מכלול הנימוקים הללו, ובהעדר הסכמה מלאה של כל המשפחות, הומלץ שלא יפתח קבר האחים...".

8. ביום 30.5.01 הגישו העותרים את העתירה נשוא דיוננו. ביום 19.11.01 המליץ בית משפט זה לצדדים שתוקם ועדה אשר תדון בכל היבטיו של הנושא נשוא העתירה. הצדדים הסכימו להצעת בית המשפט וכך הוחלט. בעקבות ההחלטה, מינה שר הביטחון ביום 21.3.02 ועדה בראשות האלוף במיל' בן ציון פרחי (להלן: ועדת פרחי או הוועדה). ביום 17.2.03 הוגש לשר הביטחון הדו"ח של ועדה זו. דו"ח ועדת פרחי הוגש לבית המשפט ביום 20.2.03, לאחר שעותק ממנו נמסר לכל משפחות חללי אח"י אילת. בדו"ח הומלץ להיעתר לדרישת העותרים, קרי לפתוח את חלקת הקבר וליטול דגימת DNA מהגופות אשר תאפשר בירור אם אחת הגופות היא זו של סמ"ר מנחם כהן ז"ל. יצוין, כי חברי הועדה סברו שהוועדה לא הוסמכה להכריע בסוגיות המשפטיות שהובאו לפניה בנוגע לשאלת הסמכות לבצע את הפעולות אותם ביקשו העותרים בעתירתם (ראו עמוד 26 לדו"ח הוועדה).

9. בהודעה משלימה מטעם המשיבים מיום 22.6.03 נמסר כי שר הביטחון החליט שאין בידו לקבל את המלצת ועדת פרחי כמות שהיא, ללא הכרעת בית המשפט, וכי הוא סבור כי ראוי שישמע קולן של המשפחות המתנגדות ושיינתן לו המשקל הראוי

במהלך הדיון בפני בית המשפט. לאור עמדתו זו, ולאור עמדת המשיבים כי אין להיעתר לבקשת העותרים, הוחזר הנושא הכאוב שביסוד עתירה זו לפתחנו על מנת שנכריע בו.

וזה יהיה סדר הצגת הדברים. תחילה אתיחס לתשתית הנורמטיבית הרלבנטית או הקרובה לה. לאחר מכן, אגדיר את המחלוקת בין הצדדים ואציג את טענותיהם בתמצית. בהמשך אבחן את שיקול דעתם של המשיבים: האם החלטתם עומדת במבחן החוקתיות והסבירות. אסיים בשתי הערות כלליות.

תשתית נורמטיבית

10. בחקיקה אין הסדר הדרוש ישירות בסוגיה הספציפית העומדת בפנינו, קרי, פתיחת קבר לצורך זיהוי גופה באמצעות בדיקה גנטית. עם זאת, קיימת חקיקה המתייחסת לנושא של פתיחת קברים וביצוע בדיקות פולשניות בגופות בהקשרים אחרים. כמו כן, קיימת פסיקה המתייחסת במישרין, אם כי לא בהרחבה, לסוגיה הנדונה ולהיבטים העשויים להיות רלבנטיים לענייננו. זאת ועוד, על הסוגיה שבפנינו חולש גם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המגן על כבודם של המתים ועל כבוד בני משפחותיהם. נעמוד בקצרה על מקורות נורמטיביים אלה.

11. חקיקה. סעיף 7 לחוק בתי קברות צבאיים, תש"י-1950 (להלן: חוק בתי קברות צבאיים) שכותרתו "הוצאת גופה מקבר צבאי" קובע כדלקמן:

7. (א) לא יוציא אדם גופה מקבר צבאי או מבית קברות צבאי, אלא על פי רשיון מאת רשות מוסמכת, ובהתאם לתנאי הרשיון.

(ב) סעיף זה בא להוסיף על הוראות תקנות בריאות העם (קבורה מחדש), 1941, ולא לגרוע מהן.

סעיף 1 לחוק בתי קברות צבאיים קובע כי "הרשות המוסמכת" היא "ראש היחידה להנצחת החייל במשרד הבטחון".

12. חוק אחר המטפל בפתיחת קברים הוא חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק חקירת סיבות מוות). סעיף 26 לחוק קובע:

"שופט חוקר רשאי, אם הדבר דרוש לבירור סיבת המוות בחקירה לפי סעיף 19, לצוות על בדיקה או ניתוחה של הגויה על ידי רופא או מומחה אחר, על דחיית הקבורה עד לאחר הבדיקה או הניתוח, או על פתיחת קבר והוצאת הגויה לשם ביצוע הבדיקה או הניתוח".

על מנת להיכנס לגדרו של סעיף 26 לחוק, נדרש כי נטילת הגופה מן הקבר לשם בדיקה או ניתוחה דרושה לצורך בירור סיבת המוות בחקירה לפי סעיף 19. מדובר בנסיבות בהן קיים חשש שמא סיבת המוות אינה טבעית ומקורה בעבירה, ברשלנות או בהזנחה (התנאים הם מצטברים, ראו: בג"ץ 638/82 יהודה לוי נ' שופט חוקר אהרון אמינוף, פ"ד לו(4) 780 וסעיף 9 לחוק). כמו כן, צו על פי סעיף 26 לחוק יכול שיינתן רק בגבולות שהותוו בחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 (להלן: חוק האנטומיה והפתולוגיה).

בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי) מצוי הסדר דומה לזה שבחוק חקירת סיבות מוות בכל הנוגע לחקירת סיבת מותו של חייל. הסמכות להורות על נתיחת גופה ו/או בדיקה קבועה בסעיף 298' לחוק השיפוט הצבאי אשר זו לשונו:

"שופט חוקר רשאי, אם היה סבור, כי הדבר דרוש לבירור סיבת המוות, לצוות על בדיקה או ניתוחה של הגויה על ידי רופא או מומחה אחר, על דחיית הקבורה עד לאחר הבדיקה או הניתוח, או על פתיחת הקבר והוצאת הגויה לשם ביצוע הבדיקה או הניתוח".

כמו בחוק חקירת סיבות מוות, גם בחוק השיפוט הצבאי, השימוש בסמכות הנתיחה מוגבל לחקירת סיבת המוות. כמו כן, על פי סעיף 298'א(ד) לחוק השיפוט הצבאי, ההוראות בדבר חקירת סיבות מוות אינן חלות על מות חייל בקרב. לפיכך, חוק השיפוט הצבאי, אינו מהווה מקור סמכות לפתיחת קבר ולביצוע נתיחת גופה למטרת זיהוי.

13. חוק האנטומיה והפתולוגיה מתיר נתיחת גופה לרשימה סגורה של מטרות מוגדרות בלבד. נתיחת גופה למטרת זיהוי אינה באה בגדר מטרות אלה (ראו בפסיקה: ב"ש 2512/02 (פ"ת) מדינת ישראל נ' משטרת ישראל, דינים-שלום, כרך כ', 109, בעמוד 3; תמ"ש 8092/96 (ת"א) פלונית נ' ב"ח וולפטון, דינים משפחה, כרך א', 74, בעמוד

(2). הוראה נוספת, העשויה להיות רלבנטית לענייננו, קבועה בסעיף 6א לחוק האנטומיה והפתולוגיה. הסעיף קובע כדלקמן:

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

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

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

(ב) התנגד אדם בחייו בכתב שגווייתו תנותח, הרי על אף האמור בסעיף 6 ועל אף כל הסכמה של בן-משפחה לפי סעיף קטן (א) - לא יבוצע הניתוח.

(ג) הסכים אדם שגווייתו תנותח, מותר לנתח על אף כל התנגדות של בן-משפחה.

(ד) בנסיבות כאמור בסעיף 6(ג) מותר לנתח את הגווייה זולת אם התנגד האדם בחייו בכתב שגווייתו תנותח, או אם התנגד לכך בכתב בן זוגו, אחד מילדיו או אחד מהוריו.

(ה) לא השאיר אדם בני משפחה, לא תנותח גווייתו אלא אם הסכים לכך בחיים.

(ו) הוראות סעיף זה באות להוסיף על האמור בסעיף 6."

אמנם, חוק האנטומיה והפתולוגיה אינו חולש במישרין על הסוגיה שבפנינו. עם זאת, יתכן כי ניתן ללמוד מכלל ההכרעה הנקוב בו לעניין ניתוח גוויות על יחסו של המחוקק לצורך בהסכמת בני המשפחה גם במקרים אחרים בהם מתבקשת התערבות פולשנית בגופות.

14. להשלמת התשתית של חוקים הדנים בנושאים הקרובים לנושא בו עסקינן, ראוי לציין את חוק מידע גנטי, התשס"א-2000. בחוק זה, שני עניינים הנוגעים לעניין שבפנינו. הנושא האחד הוא הצורך בהסכמה מדעת לפני לקיחת דגימת DNA. החוק קובע שלקיחת דגימת DNA ועריכת בדיקה גנטית תעשה בהסכמת הנבדק (סעיף 11 לחוק). הנושא השני הנוגע לעניין שבפנינו מצוי בפרק ז לחוק הדן בשימוש במידע גנטי על ידי רשויות הביטחון ורשויות אכיפת החוק. סעיף 32 לחוק קובע את המטרות המותרות לשימוש בדגימות DNA הנמצאות בידיהן כדין, וביניהן מנויה המטרה של זיהוי אלמונים וגופות או לאיתור וזיהוי נפטרים, חללים, נעדרים או שבויים (ס"ק 3).

סעיף 37 לחוק קובע הוראות מיוחדות לעניין תחולת הוראות החוק:

37. (א) על נטילת דגימת DNA ושימוש בה, שימוש בתוצאות של בדיקה גנטית, עריכת בדיקה גנטית, שמירת דגימת DNA ושמירת תוצאות של בדיקה גנטית לצורך המטרות האמורות בסעיף 32, לא יחולו הוראות חוק זה ויחולו הוראות פרק זה בלבד."

כמובן שבהוראה זו אין כדי להסמיך את רשויות הביטחון לפתוח קבר על מנת ליטול דגימת DNA מגופה הטמונה בו.

לסיכום, סקירת החקיקה הרלבנטית מעלה כי קיימות מספר הוראות חוק המתייחסות לאפשרות לפתוח קברים, או לעריכת בדיקות בגופות, אולם אין במסגרתה הסדר אשר עונה ישירות לסוגיה שבפנינו.

15. פסיקה. בפסיקה מוכרים שלושה מקרים, שניים מביניהם באותה פרשה, בהם נדון במישורין הנושא של פתיחת קברים של חללים לצורכי זיהוי. בבג"צ 8247/98 נחשון טבי ואח' נ' שר הביטחון, דינים עליון, כרך נו, 614 (להלן: בג"ץ טבי) הורה בית משפט זה על פתיחת קברו של רז טבי ז"ל, שנהרג בפעילות מבצעית בלבנון, חרף התנגדות אם החלל וזאת בהסתמך על מסקנות והמלצות שהתקבלו באותו מקרה על ידי ועדה לחקירת נסיבות זיהויים והטמנתם של חלקי גופות חללי אסון השייטת.

מבדיקת האיברים אכן הסתבר כי חלקי הגופה שנטמנו מעל ארונו של גיא גולן ז"ל הם אבריו של רז טבי ז"ל. עם היוודע טעות קשה זו, ביקשה משפחת גולן לפתוח את קברו של רז טבי ז"ל, כמוסכם בהסכם פשרה שהיה להם עם שלטונות הצבא, שכן הם סברו כי יתכן מאוד שאיבריו של יקירם נקברו בטעות בקברו של רז ז"ל. בני

משפחת טבי, אשר הסכימו בעבר להסדר הפשרה, התנגדו לפתיחת הקבר. בעקבות זאת, הגישה משפחת גולן עתירה בבג"ץ 4951/99 יורם גולן נ' שר הביטחון, דינים עליון, כרך נז, 620 (להלן: בג"ץ גולן). בית המשפט קבע כדלקמן:

"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, מפני שהם יודעים בודאות, שהאיברים שנקברו בקבר בנם אינם איבריו, ויש להם חשש, שהאיברים קבורים בקבר רז טבי ז"ל. נראה לנו, שבנסיבות האמורות, ועם כל הכאב שבדבר, ועם כל ההבנה שניתן לגלות לרגשותיהם של בני משפחת טבי ולחששותיהם, הרי שהמשיבים 5, 6 ו-7 קשורים בהסכמה שהסכימו, ואינם יכולים בשלב המאוחר הזה לחזור בהם. עם פתיחתו של קברו של גיא גולן ז"ל החל תהליך שאי אפשר לקטוע אותו באמצע. מה גם, שבסעיף 3 להסכם נאמר במפורש, שאם בסיומו של הליך הזיהוי תתקבל תוצאה, אשר לא תהיה ודאית, יועמד הנושא לעיון מחדש בין צה"ל למשפחה, כך שהעניין הזה עדיין לא מוחלט, ואם יתעורר חלילה, יצטרכו אז לדון בו. מנסחי ההסכם לקחו בחשבון אותן חששות שהמשיב מס' 5 מביע אותן וגם קבעו כיצד ינהגו הצדדים להסכם אם חששות אלו יתממשו."

הנושא של פתיחת קבר אחים לצורך זיהוי החללים הטמונים בו עלה גם בבג"ץ 4236/96 לבנון נ' שר הביטחון (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ לבנון) שעניינו בקשת משפחות לפתוח קבר אחים במטרה לנסות ולגלות את שרידי חללי שיירת הדסה. בית המשפט מחק את העתירה ונימק את החלטתו כדלקמן:

"בעקבות הגשת העתירה, לפני כשבע שנים, בדקו המשיבים אם, ובאלו תנאים, ניתן להיענות למשאלותיהם של העותרים. בדיקות אלו כללו גם נקיטת מהלכים מעשיים. כל עוד נראה היה כי היענות לעתירה

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

16. חוקי יסוד. בסוגיה שבפנינו מעורבות זכויות יסוד המוקנות הן לחיים והן למתים. על פי סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד) מחויבות כל רשויות השלטון, ובכלל זה צה"ל ורשויות הביטחון, להפעיל את שיקול דעתן באופן העולה בקנה אחד עם הוראות חוק היסוד והערכים המעוגנים בו. "כבוד האדם" הוא ערך הפורש עצמו גם לאחר שהלך אדם לעולמו. כפי שחזר והדגיש בית משפט זה, כבוד האדם כולל גם את כבודו של הנפטר עצמו, וגם את כבוד בני משפחתו המבקשים לכבד את זכרו ולהתאבל על אובדנו. עניין זה נדון בהרחבה בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 523, בו נקבע:

"כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בליבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר – לעיתים ראציונלי ולעיתים בלתי ראציונלי – בין החיים לבין המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכנו והנותן ביטוי למאוי הנפש הנכספים. זוהי היד שהחיים מושיטים למתים" (ראו גם: ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793; בג"צ 5688/92 ויכסלבאום ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד מז(2) 812. לגבי כבוד משפחת הנפטר ראו גם בג"ץ 4763/97 חכים נ' המועצה המקומית מזכרת בתיה, פ"ד נב(1) 35).

בענייננו, יש אפוא לבחון האם החלטת המשיבים עולה בקנה אחד עם שמירת הערך של כבוד האדם במובן האמור.

המחלוקת ותמצית טענות הצדדים

17. אין מחלוקת בין הצדדים כי קיימת סבירות גבוהה ביותר לכך שסמ"ר מנחם כהן ז"ל טמון בחלקת האלמונים. כך עולה משורה של ראיות נסיבתיות המצביעות על מסקנה זו. בין היתר, כוללות ראיות אלו את הטבעת ודסקית הזיהוי של סמ"ר מנחם כהן ז"ל אשר הוחזרו על ידי המצרים; דו"ח של סא"ל דב שחור, ראש ענף אישות וקבורה בעת הרלבנטית, בו נאמר כי לאור מציאת הטבעת השייכת לסמ"ר כהן, נראה כי גופתו היא אחת מהגופות אשר הוחזרו ע"י המצרים ולא זוהו; דו"ח זיהוי של אחד החללים שהוחזרו על ידי המצרים שנשלח אל הרב גורן מטעם סג"מ משה גוטהלף, עוזר ראש ענף אישות וקבורה, אשר במסגרתו תוארו סימנים שיש בהם להעיד כי מדובר בגופת סמ"ר כהן ז"ל; מכתבו של האלוף הרב גורן אל גב' יעל בן בסט (רוימי), אלמנת הנעדר יהודה בן בסט ז"ל, מיום 5.7.68 אשר נמצא בין המסמכים השייכים לעיזבוננו ובו נאמר כי אחת משתי הגופות הבלתי מזוהות שקיבלנו מידי המצרים היא של כהן מנחם ז"ל, מאחר ולפי הודעת איש הצלב האדום והמצרים, החזירו המצרים את כל הגופות שהיו בידם והטבעת והדסקית הורדו מאחת מהן; כתבה וראיון טלוויזיוני שהכין הכתב בני עורי מהטלוויזיה הישראלית, בשנת 1987, במלאת 20 שנה לאירוע טביעת הספינה אח"י אילת, אשר במסגרתם הצהיר הרב גורן בפומבי כי אין ספק שסמ"ר מנחם כהן ז"ל טמון בחלקת האלמונים; דו"ח חוקר של חיל הים ("דו"ח ביניים בעניין נעדר 'אילת' - להלן: דו"ח חיל הים), אשר נערך על ידי איש חיל הים, מר משה לוי, שהוא עצמו ניצול של אח"י אילת, ונועד לסייע באיתור 16 נעדרים אח"י אילת וזיהויים. הדו"ח פורסם בשנת 1993, ונאמר בו, לגבי גורלו האפשרי של סמ"ר כהן, כי קיימת רק אפשרות אחת סבירה והיא שגופתו של סמ"ר מנחם כהן ז"ל הגיעה לחוף המצרי. בהתאם לכך, או שהיא הוחזרה במסגרת החזרת שש הגופות או שהיא נותרה במצרים. יצוין, כי על פי הדו"ח, תתכנה עוד שתי אפשרויות לגבי זהותן של שתי הגופות הבלתי מזוהות שהגיעו ממצרים: מרקוביץ יהודה ז"ל ועורקבי צדוק ז"ל.

18. נציין בהקשר זה, כי נוכח מכלול הראיות הנסיבתיות הקיימות בעניין, הביע צה"ל נכונות להצהיר, כעמדתו הרשמית בנוגע למקום קבורתו של סמ"ר מנחם כהן ז"ל, שהוא קבור בחלקת האלמונים. עמדתו זו של צה"ל הייתה מותנית בהסכמת העותרים למתן הצהרה כאמור על ידי צה"ל בנוגע למקום קבורת יקירם. אם העותרים יסכימו לכך, הביע צה"ל נכונות להציב על גב הקבר כיתוב מתאים, המציין כי שם נטמן

סמ"ר מנחם כהן ז"ל. הצעת שלטונות צה"ל הייתה על דעת הרב הצבאי הראשי גד נבון ובהסכמתו. העותרים לא נתנו את הסכמתם לכך.

אף בדו"ח ועדת פרחי נקבע כי העובדות, כפי שהובאו בפניה, מצביעות במידת סבירות גבוהה ביותר על האפשרות שסמ"ר מנחם כהן ז"ל קבור בחלקת האלמונים (עמוד 27-28 לדו"ח). כמו כן, גם המשפחות המתנגדות אינן חולקות על עמדה זו והן שותפות לעמדת העותרים לפיה יש בתשתית ראייתית זו כדי ללמד, ברמה גבוהה של וודאות, שהחלל מנחם כהן ז"ל אכן קבור בחלקת האלמונים.

19. נמצאנו למדים כי הסבירות לפיה טמון סמ"ר מנחם כהן ז"ל בחלקת האלמונים, הינה גבוהה ביותר, וכי למעשה, אף אחד מהצדדים אינו משיג על נכונות קביעה זו. גדר המחלוקת מתמקדת בשאלה, האם בנסיבות העניין יש הצדקה להתערב בהחלטת המשיבים, ובניגוד לה, להורות על פתיחת הקבר ועל ביצוע בדיקה גנטית. אמנם, בקשה כזו, באם תיעתר, עשויה להוכיח ברמת ודאות גבוהה יותר כי גופת סמ"ר מנחם כהן ז"ל היא בין גופות שלושה החללים שבחלקת האלמונים ואף לקבוע איזו מביניהן היא גופתו שלו. אך האם בקשה זו מוצדקת, בנסיבות בהן בחלקת הקבר נמצאות עוד שתי גופות, אשר אין לעותרים כל זיקה משפחתית אליהן, וכאשר קיימת התנגדות לכך מצד מרבית בני המשפחות האחרות, אשר לפחות שתיים מן הגופות הן של יקירי חלק מהן.

20. העותרים תוקפים את החלטת המשיבים שלא להיעתר לדרישתם לפתיחת הקבר ולעריכת בדיקה גנטית בשני מישורים מרכזיים. ראשית, לטענת העותרים החלטת המשיבים לוקה בחוסר סבירות קיצונית. זאת, שכן המשיבים לא שקלו את כל השיקולים הצריכים לעניין ולמצער, האיזון שנערך בין האינטרסים והערכים המעורבים אינו סביר. שנית, לטענתם, החלטה זו אינה עולה בקנה אחד עם החובה המוטלת על המשיבים מכוח חוק היסוד לכבד את החלל, סג"מ מנחם כהן ז"ל, ואת זכרו, את בני משפחתו ואת החברה הישראלית בכללותה, ואין להצדיקה.

21. עמדת המשיבים היא, כי במקרה של מחלוקת בין משפחות חללי צה"ל, כמו בענייננו, החלטתם שלא לפתוח את הקבר היא החלטה נכונה וסבירה. לטענתם, עמדתם זו נתמכת בפסיקתו של בית משפט זה, לפיה במקרה של מחלוקת בין משפחות החללים אין משנים מצב קיים בניגוד לעמדתן של חלק מן המשפחות. במקרה דנן, במשך עשרות השנים שחלפו מאז טיבוע אח"י אילת נקשר גורל משפחות הנעדרים בחלקת הקבר וכיום כל פעולה של פתיחת הקבר ונטילת בדיקת DNA יש בה פגיעה רגשית, אם לא למעלה מכך, במשפחות שהביעו דעתן נגד פעולות אלה.

22. המשפחות המתנגדות טוענות כי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה הנדון, החלטת המשיבים סבירה ואין הצדקה להתערב בה. כמו המשיבים, הן סוברות כי השיקול המרכזי להכרעה בסוגיה שבפנינו הוא הסכמת כל המשפחות הנוגעות בדבר. כמו כן, לטענתן, פתיחת חלקת הקבר וביצוע בדיקה גנטית בשלוש הגופות במטרה לזהות גופה אחת, וזאת למרות התנגדות מרבית המשפחות, היא פעולה הפוגעת בזכות לכבוד של שלושה המתים ובני משפחותיהם, ופעולה זו לא הותרה בחוק או מכוחו, והיא אף אינה מידתית. יצוין, כי ב"כ המשפחות המתנגדות העלה נימוקים נוספים לדחיית העתירה, אולם לאור המסקנה אליה הגענו, כמפורט בהמשך, לא ראינו מקום לפרטן.

23. נוסיף, כי בין העותרים למשפחות המתנגדות קיימת גם מחלוקת בעניין תקפות המלצות ועדת פרחי. לבא כוח המשפחות המתנגדות טענות רבות נגד המלצות הוועדה. בין היתר, טען כי בפני הוועדה לא הונחה התשתית העובדתית הנדרשת להכרעה שכן לא היו בפניה עמדותיהן של כל המשפחות המעורבות; שאין לקבל את כלל ההכרעה שאימצה הוועדה, על יסוד חוות דעתו והצעתו של פרופ' כשר, לפיה "הזכות לדעת גוברת על הזכות שלא לדעת"; וכן שלא היה זה מתפקידה של הוועדה להכריע בשאלות המשפטיות נשוא העתירה, והוועדה אף לא הכריעה בהן. לטענת העותרים, אין מקום לביקורת זו. הוועדה שמעה עדויות ובחנה ראיות באופן מקיף וממצה ולפיכך יש לאמץ את מסקנותיה.

איני נדרש להיכנס לעוביין של טענות הצדדים בעניין ועדת פרחי. אומר רק זאת: בבואנו להכריע בעתירה לא נתעלם מעמדת הוועדה. עם זאת, המלצת הוועדה הינה בגדר עצה והמלצה למשיבים בלבד (השוו: בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 ובג"ץ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד נד(2) 345). ככזו, אין היא מחייבת, לא את המשיבים, ובודאי שלא את בית המשפט.

ביקורת שיפוטית על החלטת המשיבים

24. הסוגיה העולה בעתירה מעוררת דילמות מוסריות, חברתיות ואנושיות מורכבות ומעורבים בה רגשות טעונים ועזים. המחלוקת בין הצדדים היא רבת פנים. אין לה פתרון אחד קל וברור. כל הכרעה בסוגיה מעוררת דילמות משלה. כל הכרעה עלולה לגרום כאב עמוק, סבל רב וצער עז למי מהמעורבים ולפתוח מחדש פצעים ישנים שטרם הגלילו ויתכן שלעולם לא יגלילו. כפועל יוצא, ההחלטה שהרשויות

המוסמכות היו צריכות לקבל, היא קשה. על רקע זה נעשו ניסיונות והושקעו מאמצים רבים כדי לנסות ולהביא את כול הנוגעים בדבר להסדר מוסכם, וכן לקבל את מלוא המידע הנדרש להחלטה. למרבה הצער, על אף הנסיונות הרבים - לא הושג הסדר בין בעלי הדין.

25. אין הוראת חוק העונה על עובדות המקרה ונותנת פתרון למחלוקת בין הצדדים. עמדת המשיבים היא, שבנסיבות המקרה אין להיעתר לבקשת העותרים לפתוח את חלקת הקבר, בה טמונות שלוש גופות בלתי מזוהות, ולבצע בהן בדיקות גנטיות. עמדת המשפחות המתנגדות קיצונית יותר. עמדתם היא, שקיים בנושא זה הסדר שלילי, וכי העדר הוראת חוק המסדירה מתן היתר לקיים בדיקה גנטית על ידי הוצאת גופה מהקבר לצרכי זיהוי, פירושה הוא שאין גורמי הביטחון מוסמכים לבצע בדיקה כאמור. לצורך הדיון שבפנינו, נוטה אני שלא לקבל עמדה זו ולקבוע שקיים בענייננו חסר אשר ניתן למלאו בדרך היקש מהוראות חוק קרובות. מכול מקום, אני מוכן לצאת מהנחה, הנוחה לעותרים, לפיה למשיבים יש סמכות שבשקול דעת להכריע בנושא אשר במחלוקת בין הצדדים ולפעול על פי ההחלטה שיקבלו במחלוקת זו. בנסיבות אלה, תופנה ביקורתנו לאופן בו הפעילו המשיבים את שיקול דעתם להחליט כך או אחרת, על רקע הזכויות, האינטרסים והשיקולים המעורבים.

26. נדגיש כבר כאן, שהסוגיה שבפנינו היא מיוחדת, גם במובן זה שלשתי קבוצות המשפחות עומדת אותה זכות יסוד - הזכות לכבוד האדם - אשר היא שוות ערך ומעמד לזו של חברתה. מצד אחד, זכותם לכבוד אדם של המנוח, מנחם כהן ז"ל ובני משפחתו, אשר מילוי בקשתם יצריך הוצאת גוויות מן הקבר; ומנגד זכותם לכבוד אדם של שתי הגופות האחרות הטמונות בחלקת הקבר ובני המשפחות המתנגדות להוצאת הגופות מן הקבר, שלחלקן זיקה משפחתית אליהן (לזכויות לכבוד ולהתנגשות ביניהן ראו ביתר הרחבה בפסקאות 28-29 להלן). מכוח סעיף 11 לחוק היסוד, על המשיבים לכבד את הזכויות המנויות במסגרתו, ובענייננו - לכבד את זכות הצדדים המעורבים לכבוד. בנסיבות שבפנינו, בהן קיימת התנגשות בין זכויות יסוד שוות מעמד, נדרשת עריכת איזון על פיו תיבחן מידת הפגיעה בכל אחת מהזכויות וכן מידת הויתור ההדדי הראוי של כל אחת מהזכויות (לעניין איזון בין זכויות יסוד, ראו: בג"ץ 2481/93 ד"ר נ' ניצב יהודה וילק, פ"ד מח(2) 456 פסקה 21; בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 834; בג"ץ 6658/93 עם כלביא נ' מפקד תחנת ירושלים, פ"ד מח(4) 793).

איזון כזה אינו יכול להיות מוכרע בענייננו במישור העקרוני, נוכח השוויון, במישור זה, בין הזכויות המתמודדות. הזכות לכבוד אדם של המת וקרובי משפחתו

משותפת לשתי קבוצות המתמודדים במחלוקת אשר בפנינו. ובכל זאת, נדרשת הכרעה בין פגיעה בכבוד האדם של בני הקבוצה האחת לבין פגיעה בכבודם של בני הקבוצה השניה. במצב דברים כזה, נסיבות המקרה, ברמה הקונקרטית, הן שצריכות להכריע. חוזרים אנו, איפוא, לצורך באיזון הראוי בין הזכויות, האינטרסים והשיקולים הצריכים לעניין ולשאלה אם החלטת המשיבים עומדת במבחן זה. נפנה מבטנו לשיקולים הצריכים לעניין סבירות החלטת המשיבים, בהם נדון להלן, ומהם נסיק לענייננו כאן.

סבירות ההחלטה

27. הלכה פסוקה היא, כי למשיבים, כרשות מינהלית, נתון שיקול דעת וטווח פעולה רחב ובית המשפט ייטה שלא להתערב בו, אלא אם כן ההחלטה לוקה באי סבירות קיצונית, מתעלמת משיקולים ענייניים או סוטה, באופן קיצוני, מהמשקל היחסי הראוי שהיה עליה לתת לשיקולים הצריכים לעניין וכתוצאה מכך ההחלטה חורגת ממתחם הסבירות (ראו: בג"ץ 1868/00 יורם גולן נ' ראש המטה הכללי, דינים עליון, כרך נז, 837; בג"ץ 5843/97 ברגור נ' שר הבטחון, פ"ד נב(2) 462).

לבחינת ההחלטה נפנה עתה. אציג תחילה מספר שיקולים החשובים לענייננו. לאחר מכן, אבחן אם השיקולים השונים אוזנו כראוי. אומר כבר כאן, כי דעתי היא, שבנסיבותיו המיוחדות של העניין הנדון, החלטת המשיבים אינה חורגת ממתחם הסבירות, ואין להתערב בה.

28. שמירה על הערך של כבוד האדם ועל בריאות בני המשפחות. כפי שמדגישים העותרים בטענותיהם, על המשיבים חלות חובות לאתר חללים, לזהותם ולהביאם לקבורה אישית. חובות אלה נגזרות מהערך של כבוד האדם המוגן במסגרת חוק היסוד. חובות אלה מופנות הן כלפי החלל שנפל והן כלפי בני משפחתו. כפי שמבהירים העותרים, זכות האדם בהקשר הנדון מוצאת ביטוי בשני היבטים. ההיבט האחד הוא, זכות המשפחה האבלה כי לאחר מות יקירה היא לא תיוותר בחוסר ודאות באשר לזיהויו, לגורלו, ולמקום קבורתו של יקירה. בהקשר זה, סירוב צה"ל לבצע זיהוי סופי באמצעות בדיקה גנטית פוגע בזכות העותרים שכן בהעדרה לא יוכלו לעולם להגיע לחקר האמת ולדעת בוודאות האם סמ"ר כהן ז"ל נטמן בחלקת האלמונים. ההיבט השני הוא, זכות המשפחה שתיוחד ליקירה חלקת קבר נפרדת בה יוכלו לתת ביטוי אישי לאבלן. בסירוב צה"ל לערוך בדיקה גנטית נפגעת זכות העותרים לכך שיקירם ייקבר בחלקת קבר נפרדת עליה יוכלו להשתטח ולהנציח את זכרו בדרך אישית ומיוחדת, אם אכן תתאמת סברתם כי סמ"ר מנחם כהן ז"ל נטמן בחלקת האלמונים. בהקשר זה, על

הרשויות ליתן משקל מיוחד, יותר מבעבר, לצרכי האבל האינדיבידואליים של המשפחות השכולות. זאת ועוד, יש להתחשב גם במסר העלול להשתמע מסירוב המשיבים להיעתר לדרישת העותרים, כאילו מדינת ישראל אינה עושה כל שאלל ידה על מנת לדאוג לאיתור חלליה, לזיהוים ולהבאתם לקבורה תקינה כחללים מזוהים.

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

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

ולכן מצויים בסיכון גבוה יותר. מכול האמור עולה, כי קיים חשש ממשי לפגיעה קשה בבריאותם הפיזית ובחוסנם הנפשי של בני משפחות המתנגדים לפתיחת חלקת הקבר אם יוחלט להיעתר לבקשת העותרים.

יוצא, כי אל מול סיפוק משאלתה של משפחת כהן במקרה בו יבוצע מבוקשם וגם הזיהוי יצלח, קיים פוטנציאל לפגיעה קשה וחמורה בכבוד ובבריאות, הפיסית והנפשית, של בני משפחות החללים האחרים. כך, בין היתר, נוכח התוצאות הקשות אשר עלולות להיות למהלך זה עבור אותם הורים אלמנות ויתומים, המאמינים מזה למעלה מ-36 שנה, כי יקריהם הם אשר הובאו לקבורה ולמנוחת עולמים כדת משה וישראל; נוכח חששם כי מנוחת יקריהם תוטל; וכן נוכח חששם כי בעקבות המהלך יתברר להם שיקריהם אינם קבורים בחלקה, ולפיכך לא יוותר להן עוד קבר להשתטח עליו.

30. שר הביטחון הבהיר את עמדתו כי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, בו קיימים ממצאים המצביעים לכאורה כי גופת סמ"ר מנחם כהן ז"ל אכן טמונה בחלקה, יש לאזן את ערך הקבורה האישי אל מול רצונם-כבודם של משפחות חללים אחרים, העשויות לראות עצמן נפגעות מפעולות זיהוי ומביעות התנגדותן למהלך זה. יוזכר, כי בניסיון לאזן בין ערכים מתנגשים אלה, הציעו המשיבים פתרון חלופי לסעד המבוקש בעתירה, לפיו יזוהה החלל מנחם כהן ז"ל כמי שקבור בחלקת האלמונים ויינתן לכך ביטוי בכרית המצבה. זאת מתוך מחשבה כי פתרון זה נותן מענה הוגן לזכותה של משפחת כהן לקבורה מזוהה מבלי לפגוע בזכות לכבוד של החללים ובני משפחותיהם. פתרון חלופי זה נדחה על ידי העותרים.

31. התנגדות המשפחות. מרבית משפחות החללים (סה"כ 10 מתוך 16 משפחות) מתנגדות לפתיחת הקבר ולביצוע בדיקות DNA בגופות החללים הטמונים בו. בין המתנגדים נמנים, בין היתר, בני משפחה של שתי משפחות, אשר לפי דו"ח חיל הים, הן בעלות הזיקה הראייתית הגבוהה ביותר לשתיים מתוך שלוש הגופות (משפחות מרקוביץ ועורקבי).

התמונה הכללית העולה מהפסיקה הרלבנטית (בג"ץ טבי, בג"ץ גולן ובג"ץ לבנון שנזכרו בפסקה 15 לעיל) ומהחקיקה והפסיקה בנושאים קרובים (ראו פסקות 11-14 לעיל. וכן, לדוגמה, בג"ץ 754/03 משפחת שרחה יוסף נ' כב' השופט מינץ, דינים עליון, כרך סד, 865; חס"מ 105/98 משטרת ישראל נ' משפחת המנוח מלכי, תקדין שלום, כרך 98(3), תשנ"ח/תשנ"ט, עמ' 204), מצביעה בבירור על כך שהמחוקק, כמו

גם בתי המשפט, מקנים חשיבות רבה לעמדת בני המשפחה בנושא של פתיחת קברים ועריכת בדיקות בגופות של בן משפחתם הטמונות בהן - האם הם מסכימים לכך אם לאו. גם במקרה דנן, היה על המשיבים להביא שיקול זה בחשבון ולייחס לו משקל רב כראוי לו. זאת במיוחד על רקע העובדה כי מרבית בני המשפחות התנגדו להליך ואין מדובר במיעוט קטן מביניהם. בכך אין כדי לקבוע כי כלל ההכרעה המתאים בסוגיות אלה יהיה תמיד כלל הכרעה של פה אחד. כזכור, בבג"ץ טבי ניתן תוקף להסדר פשרה בעניין פתיחת קבר, וזאת למרות התנגדות אם אחד החללים. עם זאת, השיקול של העדר הסכמת בני המשפחות הרלבנטיות, ולמיעוט של רובם, הוא שיקול מרכזי בסוגיות אלו.

32. הסבירות הגבוהה שסג"מ מנחם כהן ז"ל טמון בחלקת הקבר. כאמור לעיל, במקרה דנן קיימת סבירות גבוהה לכך שסג"מ מנחם כהן ז"ל טמון בחלקת האלמונים. כל אחד מהצדדים סובר כי עובדה זו מעצימה את השיקולים התומכים בעמדתו. לטענת העותרים, עצם הדבר שקיימת סבירות גבוהה ביותר כי סמ"ר כהן ז"ל נטמן בחלקת האלמונים, היא הנותנת את החיזוק המוסרי והמשפטי להיענות לדרישתם. לעומת זאת, לטענת המשפחות המתנגדות, דווקא עובדה זו מרחיקה את העותרים מהזכאות לסעד שהם מבקשים. הסבירות הגבוהה בדבר אפשרות זיהוי הגופה, אמנם מחזקת את זיקת העותרים לאחת מהגופות הטמונות בקבר, ואת הסיכוי שניתן יהיה לקבוע זיהוי ודאי שלה, אולם בד בבד הדבר מחליש מאוד את עצם הצורך וההצדקה לקיום הבדיקה אשר תפגע בגופות אחרות ובבני משפחות החללים האחרים.

דומה, כי ההסתברות הגבוהה להימצאות גופת מנחם כהן ז"ל בחלקת האלמונים פועלת בה בעת לשני כיוונים מנוגדים. מחד גיסא, היא מחזקת את זיקת אחת הגופות למשפחת העותרים ויש בכך תמיכה לרצון שהדבר ייקבע בוודאות. מאידך גיסא, העובדה שטמונות בקבר שתי גופות נוספות, ויש לשקול שיקולים נוספים הנובעים מכך, כגון התנגדות מרבית מבני המשפחות האחרות לפתיחת הקבר, מחלישה ואולי סותרת את ההצדקה לכך.

33. עיקרון חקר האמת. העותרים טוענים כי עקרון מרכזי וחשוב ממנו התעלמה מערכת הביטחון עת שהחליטה שלא להיענות לדרישתם הוא עקרון חקר האמת וחשיפתה עד תומה. עקרון זה מהווה ביטוי נוסף של אינטרס הציבור עליו יש לגנון ולשמור. בענייננו, אינטרס הציבור הוא לדעת כי המדינה וצה"ל מקיימים את חובתם לחיילי צה"ל בעבר ובהווה ועושים הכול על מנת לאתר, לזהות ולהביא לקבורה את חללי צה"ל באשר הם. העותרים מוסיפים כי חשיבות עיקרון חקר האמת בנסיבות

העתירה הוא גדול במיוחד, שכן במידה ויימצא כי סמ"ר כהן ז"ל אינו טמון בחלקת האלמונים, ונוכח החזרת הדיסקית והטבעת אשר היו שייכות לו על ידי המצרים, המסקנה המתבקשת היא כי גופתו עודה מוחזקת בידי השלטונות המצרים וזאת ללא שהעותרים או הגורמים הרלבנטים בצה"ל עושים דבר בנדון.

פרופ' אסא כשר, ממחברי הקוד האתי של הצבא ומומחה בתחום הפילוסופיה של המוסר, תומך בעמדה זו. בין יתר, דעתו היא, כי במקרה של חילוקי דעות בין משפחות לגבי פתיחת חלקת קבר, הזכות לדעת גוברת על הזכות שלא לדעת. זו היתה עמדתו גם בפני ועדת פרחי, כשגרס כי לרצון לדעת יש משקל גדול יותר מאשר לרצון שלא לדעת וכי החובה כלפי החייל שנספה עולה על החובה כלפי אדם חי. לטעמו, אי מילוי חובת הזיהוי גורם לנזק העולה בהרבה על כל נזק העלול להגרם לרגשות אדם זה או אחר כתוצאה מההליכים הקשורים בזיהוי.

34. המשפחות המתנגדות סוברות מנגד, כי אין מדובר בעתירה זו בזכות לדעת אל מול הזכות שלא לדעת אלא בזכות של בני משפחות החללים לכבוד ולכך שלא תיפגע בריאותם הפיזית והנפשית וכן בזכויות המתים לכבוד ולכך שלא ייפתח קברם ולא תבוצע בגופתם בדיקה פולשנית רק בשביל להביא לסיפוקו חשש תיאורטי המקנן בלב משפחת העותרים, שהיא רק אחת משש עשר המשפחות של החללים הנעדרים. לשון אחר, לדעתן, השיקול של חקר האמת אינו השיקול המרכזי בענייננו, ומכל מקום יש לאזנו כנגד שיקולים אחרים, אשר, בנסיבות העניין, גוברים עליו.

עוד יצוין בהקשר זה, כי לוועדת פרחי הוגשה גם חוות דעתו של פרופ' אבי שגיא, פרופסור לפילוסופיה, אשר נקט גישה שונה מזו של פרופ' כשר לגבי הסוגיה שבנדון. בין היתר, סבר פרופ' שגיא כי רצונם של בני משפחה שכולה הזוכרים את המת ורוצים לחלוק כבוד לזכרו על ידי זה שהם רוצים לדעת האם הוא קבור במקום מסוים, שקול לרצונם של בני משפחה שכולה הרוצים לחלוק כבוד לזכר המת על ידי כך שהם בוחרים שלא לדעת האם הוא קבור במקום מסוים וזאת עקב הפגיעה הכרוכה בכך. לתפיסתו, ביסוד רצונן של המשפחות שלא לדעת עומדת תחושה עמוקה שהמחיר הנדרש לביצוע הפרוצדורה המבוקשת הוא גדול לאין ערוך מהמחיר שבאי הידיעה. אי הידיעה נבחרת על ידי המשפחות כמנגנון שנועד למנוע נזקים וסבל חמורים למשפחות השכולות, ועל כן אין כלל מקום להחלת כלל ההוגנות הכללי, המעדיף ידיעה על פני אי ידיעה. כמו כן, לדעת פרופ' שגיא, במצב בו קיימים טיעונים נגדיים שקולים לטיעוני עותרים ראוי מבחינה מוסרית שלא לשנות את המציאות העובדתית הקיימת.

זכות העותרים להגיע לחקר האמת הוא שיקול רלבנטי שעל המשיבים היה להתחשב בו. עם זאת, בנסיבות העניין, אין הוא השיקול היחיד, ואולי אפילו לא השיקול המרכזי, ובודאי שיש לאזנו כנגד הערכים והאינטרסים המתנגשים בו.

35. האיזון בין הגורמים השונים. בהחלטתם, ייחסו המשיבים משקל רב להתנגדות מרבית בני המשפחות לפתיחת הקברים ולביצוע הבדיקות הגנטיות. כמו כן, ייחסו המשיבים חשיבות רבה לפגיעה הפוטנציאלית החמורה בבריאותן הפיזית והנפשית של המשפחות המתנגדות במידה שדרישת העותרים תענה. ניתן גם משקל לזמן הרב שחלף מאז נטמנו הגופות בחלקת הקבר ולקשר שנוצר בין משפחות החללים לאתר ההנצחה. לאור חשיבותם ומשקלם של שיקולים אלה, סברו המשיבים שאין לשנות את הסטטוס קוו הקיים, ללא הסכמת בני המשפחות המעורבות. למרות החשיבות שיש לייחס לערך של חקר האמת, בנסיבות העניין ערך זה אינו עומד לעצמו, ומתנגשים בו ערכים ואינטרסים אחרים שהם בעלי עוצמה ומשקל, אשר המשיבים היו רשאים להכריע, כי, באיזון הכולל, הם גוברים עליו. הנני סבור, שלאור מורכבות האינטרסים המעורבים ורגישותם הרבה, החלטת המשיבים להותיר את המצב הקיים בעינו, היא החלטה סבירה המאזנת באופן הולם בין האינטרסים והערכים המעורבים. במקרים קשים ומורכבים, כמו המקרה שלפנינו, הגישה של שמירה על המצב הקיים מזה שנים רבות, מצליחה, לא אחת, לשמור על האיזון העדין והשברירי בין האינטרסים והזכויות המתנגשים ועל ידי כך מהווה את הרע במיעוטו.

36. לטענת העותרים, ניתן ליישב את ההתנגשות בין זכויות הצדדים באמצעות ביצוע הליך הבדיקה הגנטית באופן מדורג, כאשר בתחילה תילקח דגימת DNA מאחד החללים ותישלח לבדיקה ורק במידה ויתברר כי אין מדובר בגופת סג"מ כהן, יימשך הליך הזיהוי. כמו כן, מפנים העותרים להצעות השונות שהועלו בדו"ח ועדת פרחי למזעור הפגיעה במשפחות המתנגדות. בדו"ח הוצע להביא לבחירתן של משפחות אלה חלופות שונות, הכוללות בין היתר בחירה שלא לקבל מידע על פעולות הזיהוי ולא ליטול בהן חלק, לקבל רק את תוצאות הבדיקות, לקבל מידע על פעולות הזיהוי אך לא לקחת בהן חלק.

דעתי היא, כי בנסיבות העניין, הדרכים המוצעות על ידי העותרים ועל ידי ועדת פרחי לא נותנות מענה הולם לפגיעה בזכות המשפחות המתנגדות לשמירת כבוד החללים ולשמירת כבודן. בכול ההצעות שהועלו לא נחסכת פתיחת חלקת הקבר, בניגוד לדעתן של משפחות אלה. אשר לביצוע הבדיקה הגנטית, אכן קיימת אפשרות היפותטית, כי החלל הראשון מבין השלושה שייבדק יימצא תואם מבחינה גנטית

למשפחת העותרים. אולם, כמובן שאין כל ערובה לכך. במקרה ויסתבר כי חלל זה אינו סמ"ר מנחם כהן, הדבר יוביל בהכרח להמשך הליך הזיהוי, ושוב מדובר בפגיעה בשתי גופות נוספות, שאחת מהן בוודאי אינה החלל כהן ז"ל.

דווקא הצעת המשיבים, להוסיף כיתוב על גב המצבה בחלקת האלמונים לפיו סמ"ר מנחם כהן ז"ל טמון שם, עשוי להיות פתרון שהוא בבחינת הרע במיעוטו, על רקע העובדות הנתונות. מחד גיסא, אין זה פתרון הפוגע בזכות לכבוד של המשפחות המתנגדות ויקיריהן. חלקת הקבר נותרת חתומה ומנוחת החללים הטמונים בה אינה מופרעת. מאידך גיסא, לאור העובדה שגם כיום, מבלי שנערכה בדיקה גנטית, הסבירות שגופת מנחם כהן ז"ל טמונה בקבר היא גבוהה, הוספת כיתוב ברוח זו מכבדת באופן הולם, בנסיבות העניין, את זכותו ואת זכות בני משפחתו לקבורה מזוהה.

37. מסקנת כל האמור לעיל היא, שהחלטת רשויות הביטחון הינה סבירה והיא מאזנת כהלכה בין הזכויות המתנגשות של משפחות החללים המתמודדות, ועל כן אין להתערב בה.

הערות לפני סיום

38. 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. לדאבוננו, 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.

39. 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 ובוודאות 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, כפי שביארנו לעיל.

על סמך כל האמור לעיל, דין העתירה להידחות. אין צו להוצאות.

המשנה לנשיא (בדימ')

השופט א' מצא:

ש ו פ ט

אני מסכים.

השופט מ' חשין:

ש ו פ ט

אני מסכים.

השופטת (בדימ') ד' דורנר:

ש ו פ ט

אני מסכימה.

השופטת ד' ביניש:

ש ו פ ט

אני מסכימה.

השופט א' ריבלין:

מצטרף אני לפסק-דינו של חברי המשנה לנשיא ת' אור. על דבריו הנכוחים ועל הערותיו הרגישות אוסיף רק זאת: המחלוקת כאן היא מחלוקת מוסרית ואנושית. מצד אחד של המתרס ניצבים הורים שכולים, המבקשים אישור לכך שיקירם טמון בקבר האחים. גם מן העבר השני ניצבים הורים שכולים, ואלה מבקשים להותיר את הקבר חתום, שכן יראים הם מפני מרירותה של האמת. גאולתם של אלה המבקשים לדעת עשויה לבוא במחיר סבלם של החוששים מפני הידיעה המרה, מפני האובדן האולטימטיבי שעלול לבוא עליהם בהינתק הקשר הפיזי אל הקבר בו הם אוחזים. יתכן והם מעדיפים את פגיעתו הקלה של הספק על פני פגיעתה החדה של האמת. הם מבקשים לעצום עיניהם מפניה. זוהי תכונה אנושית. העותרים יודעים בסבירות גבוהה כי יקירם טמון בקבר האחים - הם מבקשים את השלמות. בידי מקצת מן המשיבים תקווה - אותה הם מבקשים שלא ליטול מהם. כחברי, המשנה לנשיא, גם אני סבור כי אין להתערב בהחלטת רשויות הבטחון להימנע מפתיחת הקבר ומניסיון לזהות את הגופות אשר מצאו את מנוחתן בו. ההחלטה איננה חורגת מתחום הסבירות. כשלעצמי, אינני יודע מה עדיפה - הזכות לדעת או שמא הזכות שלא לדעת. במובן מסוים חורגת

הסוגיה מתחמומו של המשפט. הריני מצטרף לפסק דינו של חברי המשנה לנשיא. גם אני סבור כי אין מנוס מדחיית העתירה.

ש ו פ ט

השופט י' טירקל:

1. אני סומך ידי על פסק דינו של חברי הנכבד המשנה לנשיא ת' אור ועל כל נימוקיו. בעיני הטעם העיקרי לדחית העתירה הוא שכמו ש"אין דוחין נפש מפני נפש" (סנהדרין עב ב) כך אין דוחים צער מפני צער. לעניות דעתי נראה שאין להקל על כאבה של משפחה אחת על ידי הכבדת כאבן של משפחות אחרות (על התחושה המוסרית כגורם בשקילתה הערכית של זכות השווה לדברי בדנ"א 2401/95 ר' נחמני נ' ד' נחמני ואח', פ"ד נ(4) 661, 736-737). העותרים חפצים להסיר את הספק האם יקירם הוא אחד משלושת החללים שנטמנו באותה חלקה ומי מן השלשה הוא יקירם. בני המשפחה של כל אחד משלושה עשר החללים האחרים, שהוכרזו נעדרים, חפצים לחיות עם הספק - שהוא, בעצם, התקווה - שיקירם הוא אחד משלושת החללים שנטמנו שם. בעיני גוברת תקווה זאת על הספק.

2. העיון במקצת מקורות המשפט העברי הוא מאלף וראוי להביא מקצת הדברים שניתן ללמוד מהם לעניננו (אני מודה לרב ברוך לוביש ולד"ר מיכאל ויגודה - ראש תחום משפט עברי במשרד המשפטים - על הסיוע באיסוף המקורות ובניתוחם). אקדים ואומר כי, בדרך כלל, הנטיה אצל הפוסקים היא שלא להתיר הוצאת גופה, או חלקיה, מן הקבר, לרבות בדיקת הגופה, למעט מקרים מסוימים ומוגדרים. הטעמים לאיסור הם: ניוול המת, ביטול מצוות קבורה, איסור הנאה מן המת וחרדת הדין; ואילו המקרים בהם הותר הדבר היו: התרת עגונה, קביעת אבלות וכבודו של המת.

נראה כי הטעם העיקרי לאיסור הוא ניוול המת. דוגמא מובהקת לדיון בשאלה אם מותרת בדיקת גופה לצורך קביעת כשרותו המשפטית של המנוח - בגיר או קטין - בזמן שמכר נכסים, מובאת בתלמוד הבבלי:

"מעשה בבני ברק באחד שמכר בנכסי אביו ומת, ובאו בני משפחה וערערו לומר קטן היה בשעת מיתתו, ובאו ושאלו את רבי עקיבא: מהו לבודקו? אמר להם: אי אתם רשאים לנוולו; ועוד, סימנין עשויין להשתנות לאחר מיתה" (בבא בתרא קנד א).

כך פסק הרמב"ם:

"מי שמכר בין בנכסיו בין בנכסי אביו ומת ובאו קרוביו וזעזעו שהיה קטן בשעת המכר ובקשו לבדקו אין שומעין להם לנוולו, ועוד שהסימנים משתנים במיתה, וחזקה היא שאין העדים חותמין על השטר אלא אם כן ידעו בודאי שהמוכר גדול" (רמב"ם, מכירה, כט, טז). וראו גם שולחן ערוך שפסק ש"אסור לפתוח הקבר אחר שנסתם הגולל, אפילו אם עוררים היורשים לפתחו כדי לבדוק אם הביא שתי שערות" (שו"ע יו"ד, שסג, ז). (על ניוול המת ראו עוד: חולין יא א; א' שטינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית ד (תשנ"ד) 551 - 552, ובה"ש 111-114).

עם זאת, הותרו פעולות שיש בהן משום ניוול המת, כאשר המטרה היתה כבודו של המת. כך, לדוגמא, הותר משום כבודו של המת לעכב את קבורתו כדי לאפשר לרבים, או לבני משפחה, להשתתף בהלווייתו (ראו: ספרי, דברים, כי תצא, סימן רכא; שמחות (אבל רבתי), פרק יא; שו"ע יו"ד, שנז, א). כמו כן, משום כבודו של המת הותר לפנות אותו מקברו כדי להעבירו לקבורה בקברי אבותיו או בארץ ישראל (ראו טור, יו"ד, שכג). בתשובות מאוחרות יותר של פוסקים הותר לנתח גופה של אדם שנרצח לשם הבאת הרוצח לדין, בנימוק שהענשתו של הרוצח היא כבודו של הנרצח (שו"ת נודע ביהודה (מהדורה תניינא) יו"ד, רי, שדבריו הובאו בשו"ת ציץ אליעזר, ח"ד, יד, ובשו"ת מנחת יצחק, ח"ה, ט).

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 המתיר 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.

3. 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 זיהוי 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.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') השופט ת' אור.

ניתן היום, ג' בניסן תשס"ד (25.3.2004).

המשנה לנשיא (בדימ') ש ו פ ט ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט (בדימ')