



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7895/18

לפני :
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ע' גרוסקופף

העותרים :
1. יהודה רסלר
2. יוכבד כהן
3. חבצלת שחר
4. אנדראה לין שיף
5. לאה מורד
6. שמחה מרציאנו
7. גמרא פרטוש

נגד

המשיבים :
1. השר לשירותי דת
2. שר הבריאות
3. מנכ"ל משרד הבריאות
4. קופת חולים כללית
5. בית החולים "השרון", מרכז רפואי רבין
6. חברה קדישא פתח תקווה

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : כ"ב באייר התשע"ט (27.5.2019)

בשם העותרים : העותר 1, עו"ד יהודה רסלר
בשם המשיבים 1-3 : עו"ד רנאד עיד
בשם המשיבה 4 : עו"ד רונית רוזין ; עו"ד מירב ג'יניאו-הבר
בשם המשיבה 6 : עו"ד חגי כהן

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. העותרים מבקשים שנורה על פתיחתו של "קבר אחים" המצוי בבית הקברות "סגולה" שבפתח תקווה, שבו קבורים עוברים ותינוקות, ועל איסוף כל החומר הביולוגי הקיים שם; ועוד מבוקש, להורות על עריכת בדיקות גנטיות לכל העצמות ושאריות עצמות שייאספו מן הקבר – במטרה לוודא כי ילדיהם של העותרים אמנם נקברו בו סמוך לאחר לידתם, כפי שנמסר לעותרים מטעם בית החולים שבו בוצעו הלידות. הסעדים נתבקשו בשל חשש כבד שמביעים העותרים כי ילדיהם נחטפו ונמכרו על ידי הצוות הרפואי של בית החולים, ולגישתם אם יתברר שהתינוקות אינם קבורים בקבר האחים המשמעות היא שיש סיכוי כי עודם בחיים.

2. העותרים הם הורים לתינוקות שנולדו בבית חולים "השרון" בפתח תקווה (לעיל ולהלן: בית החולים) בשנים שבין 1965 ועד 1978. לדברי העותרים, מיד לאחר הלידה נלקחו מידיהם התינוקות מטעמים רפואיים נטענים כלשהם; ובחלוף מספר ימים מעת הלידה הודע לכל אחד מהעותרים בדיעבד כי ילדם נפטר והועבר לקבורה – וזאת מבלי שניתנה לאף אחד מהם אפשרות להיפרד מהתינוק, לראות את הגופה או לקחת חלק בקבורה. בעתירה מגוללים העותרים את החשש הנוראי שעלה בליבו של כל אחד מהם במרוצת השנים, כי ילדם נגנב מבית החולים ונמכר תמורת בצע כסף. לאחר שנים שבהן חששות אלה הודחקו, ובין היתר בעקבות חשיפתה של פרשת ילדי תימן, עתה מאמינים העותרים כי בבית החולים בוצעו פשעים חמורים ביותר של גניבת תינוקות ומכירתם, בשיתוף פעולה עם המשיבה 6 (להלן: חברה קדישא) שנטען כי הנפיקה רישיונות קבורה מפוברקים לילודים. יצוין כי בעקבות תלונה שהגישה העותרת 7 בנדון, נפתחה חקירה משטרתית ביחס לגניבת תינוקות מבית החולים – ולפי הנמסר בדיון שנערך לפנינו, זו עודנה תלויה ועומדת וחוסה תחת צו איסור פרסום.

העותרים סבורים כי המסמכים הרשמיים שהונפקו להם בעת הרלוונטית, כדוגמת תעודות לידה ופטירה של התינוקות, מבססים לכל הפחות חשד סביר לביצוע עבירות של חטיפת תינוקות. בפרט מפנים העותרים לאי התאמות בין האמור במסמכים אלה לבין התיעוד המצוי במסמכים פנימיים של בית החולים (כדוגמת ספר לידות, טופסי סיכום מחלה ועוד), למשל ביחס למשקל היילודים בעת הלידה; לרישום שמות בדויים, הן של יילודים הן של הצוות הרפואי; לפיברוק תאריכי פטירה; להיעדר חתימות נדרשות מאת הצוות הרפואי על גבי חלק מהמסמכים; ולזיוף חתימות ההורים על גבי מסמכים אחרים. נוסף על כך נטען שבעקבות פעילותן של ועדות החקירה המיוחדות שהוקמו בעניינם של ילדי תימן והבלקן, ברבות השנים אותרו בחיים ארבעה תינוקות שנמסרו להוריהם כי מתו ונקברו; ולגישת העותרים די בכך כדי לאשש את הנטען על ידם בעתירה, ולהצדיק את פתיחת הקבר כדי לקבוע באופן ודאי אם ילדיהם אמנם נקברו בקבר האחים. את העתירה הגישו העותרים לדבריהם לאחר שלא קיבלו מענה לפנייתיהם מן השר לענייני דת וסגן שר הבריאות בחודש אוקטובר 2018, שבמסגרתן ביקשו להורות לרופא ממשלתי לפתוח את קבר האחים ולערוך את הבדיקות הגנטיות המבוקשות.

3. כאן המקום לבאר בקצרה את נושא הקבורה של תינוקות בקבר אחים. ביום 13.8.2014 פורסם לראשונה על ידי משרד הדתות נוהל הקובע הוראות ייחודיות לקבורת עוברים ותינוקות רכים (נוהל לקבורת נפלים, עוברים, תינוקות וילדים (קבורה יהודית),

להלן: נוהל הקבורה). עד לפרסומו של נוהל זה, קבורת עוברים ותינוקות לא היתה מוסדרת וחברות הקבורה היהודיות נהגו לקברם בהתאם למנהגי הדת היהודית; לדברי חברה קדישא, על פי ההלכה היהודית כל תינוק שנפטר במהלך חודשי ההיריון, הלידה, ו-30 הימים שלאחר הלידה, או תינוק שנולד חולה מאוד והצפי לגביו הוא שלא יישאר בחיים – הוא בגדר "נפל", והמשמעות היא שיש לקברו בחלקה כללית המהווה מעין "קבר אחים". כך נהגה חברה קדישא בעת הרלוונטית גם בבית הקברות "סגולה" בפתח תקוה שבו עסקינן (להלן: בית העלמין).

למען שלמות התמונה יצוין כי אחד השינויים העיקריים שחולל נוהל הקבורה הוא בהגדרת "נפל" – שצומצמה באופן ניכר ביחס להגדרה שהיתה נוהגת עד אז. "נפל" מוגדר בנוהל הקבורה כ"תוצר היריון/פרי בטן/ולד עד לגיל 20 שבועות ממועד תחילת ההיריון (דהיינו 22 שבועות מתאריך הווסת האחרון) ואשר משקלו פחות מ-500 גרם". "עובר או תינוק רך" מוגדרים כאחת משלוש אפשרויות: "תוצר היריון/פרי בטן/ולד עד לגיל 20 שבועות ממועד תחילת ההיריון ואשר משקלו 500 גרם ומעלה"; או "ולד בתקופה שהחל מתום 20 שבועות מתחילת ההיריון ועד 30 ימים לאחר לידתו"; או "ולד שמלאו לו 30 ימים מעת לידתו, אך היה חולה מעת לידתו ועד פטירתו ולא יצא את שערי בית החולים". על פי נוהל הקבורה אין צורך ברישיון קבורה לשם קבורת נפל, וכן נקבע כי נפלים יש לקבור בחלקה כללית; זאת בשונה מקבורת עוברים ותינוקות, המחייבת הנפקת רישיון קבורה והטמנת הגופה במקום נפרד ומובחן.

4. בבית העלמין ישנן שתי חלקות כלליות ששימשו לקבורת נפלים (כהגדרתם בעת הרלוונטית) במשך כארבעים שנה (בשנים 1957 עד 2001) – אחת משתי חלקות אלה היא הרלוונטית לעתירה דנן (לעיל ולהלן: קבר האחים או הקבר). יצוין כי בשנת 2001, לאחר שלא נותר עוד מקום לקבורה בחלקות הכלליות, נפתחו בבית העלמין שתי חלקות כלליות חדשות; וכי החל מיום 29.12.2015 אין קוברים עוד נפלים בבית העלמין כלל. להערכת המדינה וחברה קדישא, במשך עשרות השנים שבהן החלקות הכלליות הישנות היו פעילות נקברו בקבר האחים מאות נפלים, אם לא יותר.

עוד לדברי חברה קדישא, עד לפרסום נוהל הקבורה נהוג היה שבית החולים הודיע לה על פטירת נפל והעביר אותו לקבורה כבר ביום הפטירה או "תקופת זמן" לאחר מכן, כלשונה; לחלופין, אנשי חברה קדישא העבירו את הנפלים מבית החולים לבית העלמין. מכל מקום, חברה קדישא טוענת שקיבלה מבית החולים פרטים בסיסיים בלבד בנוגע לנפל, כדוגמת שם (אם היה) ותאריך הפטירה, והיא לא נהגה לאמתם וממילא לא היה באפשרותה לעשות כן. עוד לגרסתה, היא נהגה לתעד את קבורת הנפלים בקלסר

מיוחד, בסדר כרונולוגי ובציון תאריך; ואולם לעת הזאת אין ברשותה מידע שיכול לשפוך אור כלשהו בעניינם של העותרים, מאחר שספריה ניטלו ממנה על ידי המשטרה במסגרת החקירה שמתנהלת בנושא, כנזכר בסעיף 2 לעיל.

טענות המשיבים

5. המשיבים 1-3 (ייקראו להלן: המדינה) מודים כי הספק המקנן בליבם של העותרים, שמא ילדיהם אינם קבורים בקבר האחים, הוא מובן מבחינה אנושית – ואולם לגישתם אין די בכך כדי להצדיק את פתיחתו של הקבר, הכרוכה מטבעה בפגיעה בכבוד המתים הרבים הקבורים בו ואף בפגיעה בבני משפחותיהם וקרוביהם שבחיים. בעניין זה מדגישה המדינה כי למעט בנסיבות חריגות ביותר, עקרון השמירה על כבוד המת מחייב להניח למתים לנוח בשלום על משכבם ולהימנע מהוצאת גופות מקבריהן. הדברים מקבלים משנה תוקף שעה שבנסיבות המקרה ישנם סיכויים נמוכים בלבד למציאת חומר ביולוגי שיספיק לעריכת הבדיקה הגנטית שבה מעוניינים העותרים – וזאת מאחר שמדובר בגופות של תינוקות שנקברו כבר לפני למעלה מ-50 שנה, וטרם שחלף חודש מעת לידתם. בעניין זה מפנה המדינה לדוח ועדת החקירה הממלכתית בעניין היעלמות ילדי תימן בשנים 1948 עד 1954 (הידועה כ"ועדת קדמי"), שדנה באפשרות של פתיחת קברים לשם איסוף חומר גנטי. על פי הנטען מדוח זה עולה כי בעת פתיחת קבר לאחר עשרות שנים, ישנו חשש ממשי כי לא ימצאו בו שרידי גופה כלל – בשל התפוררותה, או כתוצאה מסחף ותזוזות של האדמה; ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בעצמות של תינוקות הנוטות עוד יותר להתפורר. על פי הנטען, דברים דומים נאמרו גם בנייר עמדה עדכני, שהוגש מטעם המרכז הלאומי לרפואה משפטית לוועדה המיוחדת של הכנסת לפרשת היעלמותם של ילדי תימן, המזרח והבלקן (להלן: הוועדה המיוחדת). לבסוף המדינה מפנה לפסיקה של ערכאה זו, שבה כבר נקבע כי ספק סובייקטיבי של אדם בנוגע לקבורת יקירו אינו מצדיק פתיחת קבר, על כל ההשלכות הכרוכות בכך, ובפרט הפגיעה בבני משפחות התינוקות האחרים הקבורים בחלקות הכלליות (בג"ץ 5331/13 טייב נ' היועץ המשפטי לממשלה (25.2.2014)), להלן: עניין טייב; בג"ץ 4225/01 כהן נ' שר הביטחון (25.3.2004), להלן: עניין אח"י אילת). יצוין כי למדינה טענות אף בדבר דחיית העתירה על הסף, ואולם בנסיבות המקרה אין מקום להידרש אליהן.

המשיבים 4-5, קופת חולים כללית ובית החולים, מכחישים מכל וכל את הנטען בעתירה בדבר חטיפת תינוקות ומכירתם; ועם זאת, הם מותירים את ההחלטה בדבר פתיחת הקבר לשיקול דעתו של בית המשפט. עוד נטען כי הטענות שעליהן מושתתת העתירה התיישנו, וכי בית החולים אינו אישיות משפטית נפרדת אלא מוסד ממוסדותיה

של קופת החולים – ומטעם זה יש למחוק את העתירה נגדו. חברה קדישא מצטרפת לנימוקיה של המדינה לדחיית העתירה.

דיון והכרעה

6. עשרות שנים נושאים העותרים בקרבם חשש נוראי כי הם וילדיהם הרכים נפלו קורבן למעשים מזוויעים של חטיפת תינוקות ומכירתם תמורת בצע כסף. המחשבה כי ייתכן שילדם אחרי הכל עודנו בחיים מטבע הדברים טורדת ואינה נותנת מנוח, גם בחלוף זמן כה רב. יש להבהיר כי איננו נדרשים בגדרי העתירה דנן לשאלה אם מבחינה אובייקטיבית קיים ספק סביר בדבר קבורתם של התינוקות בקבר האחים; בפי העותרים האשמות קשות בנדון נגד המשיבים, אך אלה מצויות בעיצומו של בירור על ידי המשטרה במסגרת חקירה חסויה. בלא לגרוע מהאמור, לא ניתן שלא לציין כי לאחר שהטינו אוזן לסיפוריהם של העותרים ועיינו במסמכים שהוצגו לנו, מצטיירת תמונה מטרידה לפחות בכל הנוגע לאופן שבו נוהלו רשומות הילודה והפטירה בעניינם של ילדי העותרים. ואולם אפילו ניתן היה לקבוע כי קיים חשד סביר ואובייקטיבי לכך שילדי העותרים נחטפו ולא נקברו בקבר האחים – בכל מקרה לא ניתן היה להיעתר למבוקש בעתירה. הטעם לכך נעוץ בפגיעה העזה הנובעת מפתיחת קבר האחים בכבודם של המתים הרבים הנוספים הקבורים בו, ובבני משפחותיהם; ובפרט שעה שניכר כי לא קיים סיכוי ממשי לכך שפתיחת הקבר תוכל להביא מזור או מנוח כלשהם לעותרים. ואפרט.

7. הסוגיה של פתיחת קברים לצורך זיהוי באמצעות בדיקות DNA עלתה מספר פעמים בעבר בפסיקתו של בית משפט זה, וכבר צוין כי "הנושא של הוצאת גופות מקברן למטרות זיהוי, ולקליחת דגימה גנטית שלהן – מורכב ורגיש מאין כמותו. מעורבים בו שיקולים רבים, וביניהם שיקולים אתיים-מוסריים, דתיים, רפואיים ואנושיים" (עניין אח"י אילת, בפסקה 38). לאחרונה נחקק בישראל חוק פתיחת קבר של קטין יוצא תימן, המזרח או הבלקן לשם זיהוי ועריכת בדיקה גנטית לקשר משפחה (הוראת שעה), תשע"ח-2018 (להלן: חוק פתיחת קבר); ומדובר בחוק תקדימי, שמטרתו לאפשר את גילוי האמת בדבר מותם ומקום קבורתם של אותם ילדים העומדים במוקד "פרשת ילדי תימן" – וזאת בין היתר באמצעות פתיחת קברים והוצאת גופות לשם זיהוין. חוק זה אינו חל בעניינם של העותרים, לנוכח מוצאם והתקופה שבה נולדו ילדיהם, ואולם דומה כי ניתן להידרש על דרך של היקש לעקרונות שנקבעו בו בסוגיה של פתיחת קברים לשם זיהוי גנטי. בתוך כך מן הראוי להפנות לסעיף 3 לחוק, המונה את התנאים למתן צו מאת בית משפט לענייני משפחה לפתיחת קבר והוצאת גופה לשם עריכת בדיקה גנטית; ובפרט לסעיף קטן (ב), שבו נקבעה רשימה של שיקולים ששומה על בית משפט לשקול קודם למתן הצו:

בבוא בית המשפט לתת צו לפתיחת קבר, יביא בחשבון, בין השאר, שיקולים אלה:

- (1) קיום סיכוי להפיק מהגופה הקבורה DNA כך שאפשר יהיה לערוך בדיקה גנטית לקשרי משפחה או קיום סיכוי לברר נתונים אחרים שיסייעו בזיהוי הגופה הקבורה;
- (2) ההשפעה שעשויה להיות לפתיחת הקבר, להוצאת הגופה וללקיחת דגימה ממנה על נפטרים אחרים הקבורים באותה חלקת קבר או בסמיכות למנוח ועל בני משפחתם מדרגה ראשונה אם יהיה צורך לחפור בחלקות קבר סמוכות; לפני מתן הצו ישמע בית המשפט את עמדתם של בני משפחה מדרגה ראשונה של נפטר אחר כאמור, ככל שאפשר לאתרם; בסעיף זה, 'בן משפחה מדרגה ראשונה' – ילד, הורה, אח או אחות, או בן זוג, ובהעדרם – ילד של אח או אחות;
- (3) שיקולים הקשורים לכבוד המת;
- (4) קידום מטרתו של חוק זה.

הנה כי כן, בחוק פתיחת קבר ניתן ביטוי ברור לחשיבות שבשמירה על כבוד המתים הקבורים בסמוך; להשפעה שעלולה להיות לפתיחת הקבר על בני משפחותיהם של אותם מתים הקבורים בסמוך, ולצורך בשמיעת עמדתם בנדון; וכן לשאלת סיכויי ההצלחה בביצוע הבדיקות הגנטיות בהינתן חלוף הזמן. שיקולים אלה מטילים את הכף בנסיבות המקרה שלפנינו לעבר דחיית העתירה.

8. מן הראוי להרחיב בנקודה זו בנוגע לכבוד המת, שהינו עיקרון העומד ביסודה של סוגיית פתיחת הקברים ונעוץ בזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 525, 464 (1992)). "בכל תרבות, בכל דת ובכל אמונה תופס המוות מקום מיוחד, וזוכה להתייחסות ולכבוד. לכך נוסף החשש האנושי מפני המוות, המלווה באמונות והשערות באשר לאפשרות של חיים שלאחר המוות (afterlife) (ראו גם אנגלרד נחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, תשכ"ב-1962 (מהדורה שניה, 1995), בעמ' 42). טקסי הקבורה והאבל אמנם שונים מתרבות לתרבות, וכך גם התפיסות באשר לאפשרות של המשכיות או של הישארות הנפש לאחר המוות. אך אף שהביטויים לערך של כבוד המת שונים הם – ההכרה ביחס מיוחד ובכבוד מיוחד למתים היא אוניברסאלית" (ע"א 4576/08 בן צבי נ' פרופ' היס, פסקה 32 (7.7.2001)).

בפסיקה מקובל לשרטט את ההגנה הנתונה לכבוד המת מכוח חוק היסוד בשלושה מעגלים שונים. במעגל הראשון, הוא ליבת הזכות, אינטרס הנפטר בעודו בחיים כי כבודו יישמר גם לאחר פטירתו; כידוע "לאדם עומדת זכות ללוויה מכובדת, ולקבורה ראויה, שיתנו ביטוי לכבודו בחייו ובמותו. הזכות להיקבר בכבוד חוסה תחת כנפיה של הזכות לכבוד האדם, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ע"א 9486/00 וירג נ' המועצה הדתית כרמיאל, פד"י נז(1) 570, 565 (2002) (להלן - ענין וירג)). החובה לכבד את גופת המת

ולהישמר מפני ביזוייה מהווה ערך וציווי חשוב בשלוש הדתות - ביהדות, בנצרות, ובאיסלאם" (בג"ץ 52/06 חברת אלאקטא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp, פסקה 147 (29.10.2008), להלן: עניין אלאקטא). במעגל השני מצוי אינטרס הקרובים והמשפחה בכיבוד זכרו של הנפטר, השלוב בכבודם שלהם:

"צורך נפשי עמוק הוא – צורך נפשי השוכן בלב כל אחד מאתנו – כי נעשה כמיטבנו לכבד את המת ואת זכרו. יהא הטעם לאותו צורך נפשי אשר-יהא: אהבה לאדם שהיה יקר לנו בחייו ונשאר יקר לנו לאחר מותו; פחד ויראה – פחד ויראה קמאיים – מן הכיליון והחידלון; רצוננו לקיים את רצון המת, בהניחנו כי כך ביקש שיעשה לו; רצוננו כי כך ייעשה לנו, והתוויית הדרך לכך, במשתמע; הכנה לקראת תחיית המתים ואולי מעט מזה ומעט מזה. בין כך ובין אחרת, קבורתו של אדם והצבת מצבה על קברו מעידות – ואמורות הן להעיד – על יחס אישי למת, על רצון לכבד אדם שאינו יכול עוד לעשות, לא לעצמו ולא לזולתו" (בג"ץ 7583/98 בכרך נ' שר הפנים, פ"ד נד(5) 832, 842 (2000); להלן: עניין בכרך).

ולבסוף, המעגל השלישי סב על האינטרס הציבורי, שביסודו אחריותה של החברה לכבד את אלה מקרבה שהלכו לעולמם ולהגן על זכרם (ראו: עניין אלאקטא, פסקאות 139-154; עניין בכרך, עמ' 841-842).

9. בהתייחס לפתיחת קבר לשם עריכת בדיקות גנטיות, כבר נפסק בבית משפט זה כי השמירה על כבוד המת מחייבת, ככלל, להניח לו לנוח על משכבו בשלום; ועוד הובהר כי "פתיחת קברו של חלל, כרוכה מטבעה בפגיעה בכבוד המת. פגיעה זו עשויה להיות מוצדקת, אם היא תוביל לזיהויו של חלל אלמוני, אך כאשר החלל מזוהה – פתיחת הקבר מוצדקת, אם בכלל, רק כאשר מתקיימות נסיבות חריגות ביותר, המעוררות ספק ממשי באשר לזיהויו של הנקבר, או באשר לעצם הקבורה" (בג"ץ 9041/15 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 36 (23.1.2017), להלן: עניין פלוני). בעתירה שלפנינו מתבקשת פתיחתו של קבר שהוא קבר אחים, שבו קבורים מאות עוברים ותינוקות מזוהים – וזאת לנוכח ספקות המקננים כאמור בעותרים ביחס לקבורתם של ילדיהם בקבר זה. כפי שכבר הוברר, לא ניתן בגדר העתירה דנן לקבוע מסמרות בשאלה אם מדובר בספק סביר אם לאו – וקביעה זו אף אינה נדרשת. הנסיבות הן שלרוב המוחלט מבין התינוקות שנקברו בקבר אין כל זיקה לעותרים, ולבני משפחותיהם אף לא ניתנה בכלל האפשרות להביע את עמדתם בסוגיה. למתים אלה הזכות כי לא תוטל מנוחתם, ופתיחת הקבר טומנת בחובה פגיעה בכבודם שלהם ושל בני משפחותיהם – ובכלל זה יש להביא בחשבון את הכאב הנובע מעצם החיטוט בפצעי העבר, הקשורים באובדן שחוותה כל משפחה בשעה שאיבדה את ילדה בטרם עת.

במשפט הישראלי נתון לכבוד האדם, ובכלל זה לכבוד המת, מעמד-על של זכות חוקתית; ואולם ככל זכות, אף הזכות לכבוד אינה מוחלטת והיא עשויה לסגת מפני זכויות יסוד אחרות או מפני אינטרסים ציבוריים בעלי חשיבות (להרחבה ראו: עניין אלאקסא, פסקאות 158-163). בענייננו אל מול זכותם לכבוד של מאות המתים ובני משפחותיהם, ניצב האינטרס של העותרים להגיע לחקר האמת – כאשר על פי הנטען ביצוע הבדיקות הגנטיות יאפשר להם להסיר את מעטה חוסר הוודאות בדבר גורלם של ילדיהם, ולשים קץ לחששות המקננים בלבם מזה שנים רבות בדבר חטיפתם. סבלם של העותרים מובן ולמשאלתם בנדון משקל נכבד – שכן "זכות המשפחה האבלה כי לאחר מות יקירה היא לא תיוותר בחוסר ודאות באשר לזיהויו, לגורלו, ולמקום קבורתו של יקירה" (עניין אח"י אילת, בפסקה 28); ואולם בנסיבות המקרה לא די בכך כדי להיענות למבוקש על ידם בעתירה. הפגיעה הפוטנציאלית בגופות העוברים והתינוקות הרבים שנטמנו בקבר, במנוחתם של המתים וברגשותיהם של בני המשפחות שאיבדו את ילדיהם בטרם עת, גוברת על רצונם של העותרים להסיר מעל ליבם את החשש המקנן בהם – וזאת במיוחד בהתקיים ספק של ממש כי פתיחת הקבר וביצוע הבדיקות אמנם ישיגו מטרה זו. ולעניין זה אפנה עתה.

10. כפי שכבר צוין, בקבר האחים נטמנו עוברים ותינוקות במשך כארבעים שנה, למן שנת 1957 ועד שנת 2001, ואין חולק כי יש בכך כדי להשליך על מצבם של שרידי העצמות שבקבר. לעמדת המדינה, בחלוף שנים כה רבות קיים סיכוי נמוך בלבד למציאת חומר ביולוגי מספק לביצוע בדיקות גנטיות; וזו אף המסקנה העולה מנייר עמדה מחודש ספטמבר 2017, שהוגש מטעם המרכז הלאומי לרפואה משפטית לוועדה המיוחדת כהגדרתה לעיל העוסקת בפרשת היעלמותם של ילדי תימן, המזרח והבלקן, ובו צוין כדלקמן:

"עצמות פריטים צעירים מכילות כמות מינרלים נמוכה (בעיקר סידן), מספר רב של נקבוביות ויחס נפח לשטח גדול בהשוואה לעצמות של בוגרים. מבנה והרכב זה חושף את העצמות הצעירות לתהליכי שחיקה ובלאי משמעותיים יותר לעומת עצמות בוגרות. שילוב גילם הצעיר של הנפטרים עם פרק הזמן הארוך שעבר מאז קבורתם מהווה אתגר משמעותי מבחינת היכולת לקבוע זיהוי חיובי באמצעים גנטיים. תהליכי השחיקה של העצמות פוגעים בדרגת שימור הדנ"א בגין חשיפה לפעילות מיקרואורגניזמים ולתנאי הסביבה (טמפרטורה, חומציות, נוכחות מעכבים) המפרקים את החומר הגנטי."

במכתב נוסף בנושא מאת המרכז הלאומי לרפואה משפטית לוועדה המיוחדת, מחודש דצמבר 2017, צוין כי "בשנת 1997 בוצע ניסיון לזיהוי שרידי נפטרים הנוגעים לפרשת ילדי תימן. הפקות הדנ"א אז נכשלו הן בניסיונות שבוצעו במעבדה כאן והן במעבדת ה-FSS באנגליה. בחלק מן המקרים דווח כי שרידי העצמות התפוררו במגע יד עד לכדי אבקה. במקרה אחד בלבד ניתן היה לקבוע פרופיל דנ"א מיטוכונדריאלי בר השוואה."

על רקע האמור לעיל, נקבע על ידי המרכז הלאומי לרפואה משפטית כי הגם שלא ניתן לומר כי אין סיכוי כלל להצלחת זיהוי גנטי של עצמות מקברי "ילדי תימן" – ההערכה היא שהסיכוי הוא נמוך בלבד; ונראה כי מסקנה זו יפה לענייננו, בהינתן שגם בעתירה דנן מדובר בביצוע בדיקות גנטיות לעוברים ולתינוקות בחלוף עשרות שנים מעת קבורתם (ראו גם: עניין פלוני, בפסקה 40).

11. לדברי העותרים, הדבר שלו הם מייחלים יותר מכל הוא שקט נפשי בנוגע לגורל ילדיהם – ומטעם זה הם מבקשים לאסוף את כל העצמות מקבר האחים ולבחון התאמה גנטית בין העותרים לבין אותו חומר ביולוגי שייאסף, והכל במטרה לוודא כי ילדיהם אמנם קבורים בקבר זה. אלא שלמרבה הצער, הבדיקות הגנטיות ככל הנראה לא יניבו התאמה כאמור. זאת, בין היתר, משום חוסר יכולת ברבות השנים לאסוף את כל העצמות שנקברו או להפיק חומר גנטי מן העצמות שייאספו. המשמעות היא אפוא שאם לא תימצא ההתאמה המיוחלת, לא יהיה בכך כדי לבסס מסקנה שלפיה ילדי העותרים לא נקברו בקבר האחים.

ראוי לחזור ולציין בנקודה זו שבקבר האחים מאות גופות של עוברים ותינוקות רכים, אם לא יותר. ביצוע הבדיקות הגנטיות המבוקשות כרוך לכן, מעבר לפגיעה בכבודם של המתים ובני משפחותיהם, במלאכה מורכבת ביותר של איסוף עצמות ושאריות עצמות ממאות גופות; וכבר הוברר שאיסוף כזה והפקת חומר גנטי מן העצמות הם מוקשים במיוחד לנוכח חלוף הזמן הרב מעת הקבורה ובהינתן גילם הצעיר כל כך של המתים. אם לא די בכך, החיפוש אחר התאמה בבדיקות הגנטיות בין העותרים לבין העצמות שבקבר האחים כנראה שנדון לכישלון, והיעדר התאמה עלול רק להוסיף על מצוקתם של העותרים; וגם מטעמים אלה אין מקום למבוקש בעתירה. ויוזכר שגם ב"פרשת ילדי תימן", מלאכת איתור הילדים שנחשד כי נחטפו, לא נסמכה אך ורק על פתיחת קברים וביצוע בדיקות גנטיות – אלא במידה רבה גם על עבודתן של שלוש ועדות חקירה שונות שפעלו במרוצת השנים.

12. סופו של דבר, חובת השמירה על כבודם של המתים הרבים שנקברו בקבר האחים, ההגנה על בני משפחותיהם שעמדתם כלל לא נשמעה בגדרו של ההליך דנן, הסיכוי הנמוך להצלחת הבדיקות הגנטיות, ובפרט הצטברותם של שיקולים אלה יחד, הם המובילים למסקנה שלפיה לא ניתן להיעתר לבקשת העותרים לפתיחת קבר האחים ולביצוע הבדיקות הגנטיות.

אציע אפוא לחבריי שהעתירה תידחה, וכי בנסיבות המקרה לא נעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ברון.

ניתן היום, י"ט בחשון התש"ף (17.11.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט