|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט המחוזי מרכז-לוד** | | |
| **ת"א 20889-07-22 כהן ואח' נ' חברת קדישא גחש"א ראשון לציון ואח'**    תיק חיצוני: | | |
| **לפני** | **כבוד השופט** **דרור ארד-אילון** | | |
| **תובעות** | | **1. עדן כהן**  **2. עדן כהן דבוש**  **ע"י ב"כ עו"ד גל בריר** | |
| **נגד** | | | |
| **נתבעים** | | **1. חברת קדישא גחש"א ראשון לציון**  **ע"י ב"כ עו"ד שמעון חסון**  **2. יהושע אהרון**  **3. שלום הרום**  **ע"י ב"כ עו"ד רונית ברנט**  **4. ולנטינה כהן (פורמלי)**  **עי ב"כ עו"ד משה רביזאדה** | |

|  |
| --- |
| **פסק דין** |

**האֵם נפטרה ואחיהּ ביקשו מהחברה קדישא לקבור אותה בקבר בנהּ, שנפטר שש שנים לפניה, ב'קבורת על'. החברה קדישא לא פנתה לבנותיו ולאלמנתו של הבן המנוח, וקברה את האם בקבר הבן ללא ידיעתן וללא הסכמתן. הדבר התברר לַבּנות לאחר מעשה, ומאז הן מתנגדות בכל התוקף לקבורה בקבר אביהן, ודורשות את הוצאתה מן הקבר ואת השבת המצבה הקודמת על כנה. האם נפגעו זכויותיהן של בנות המנוח? האם יש מקום להורות על הוצאת גופת האם המנוחה מקבר המנוח? האם לבית משפט זה סמכות להורות כך בגדרה של תביעה אזרחית? אלו השאלות העולות לדיון בתביעה זו.**

**תפילת 'אל מלא רחמים' נפתחת בתחינה** 'המצֵא מנוחה נכונה'. **מהי המנוחה הנכונה לכל אחד מהמנוחים?** (ראו: [בג"צ 5785/18](http://www.nevo.co.il/case/24891507) **אלוז ואח' נ' ראש היחידה להנצחת החיל ואח'** [נבו] (2019)).

**בית המשפט הציע לצדדים להגיע להסכמה, באופן שהיה בו כדי לשמור על כבוד המנוחים ומשפחותיהם, אולם הדבר לא הסתייע, ונדרשת הכרעה שיפוטית.**

**בסופו של יום, כפי שיובהר בהמשך, נמצא, שההחלטה על פתיחת קברו של המנוח וקבורת אמו בו ללא רשות בנותיו ואלמנתו היתה שלא כדין ופגעה בזכויותיהן; יש יסוד לדרישת התובעות לתקן את הפגם בדרך של הוצאת המנוחה מקבר המנוח, וקבורתה בנפרד לפי הוראות שיתנו קרובי משפחתה מדרגה ראשונה (קרי: אחיהּ), ובהעדרן לפי הדין החל על החברה קדישא; לבית משפט זה יש סמכות להורות כך, ולתת צו לביצוע הקבורה מחדש, בכפוף להוראות** [**תקנות בריאות העם (קבורה מחדש)**](http://www.nevo.co.il/law/74716)**, 1941.**

**על אף עצמת הרגשות המעורבים באופן טבעי במחלוקת, נעשה מאמץ לשמור על כבוד המנוחים ולקיים את ההליך באופן מדוד ומתון. אני מודה לבעלי הדין ולבאי כוחם על שעמדו בכך.**

1. בבחינת מעט המחזיק את המרובה, אפשר לפתוח בדברי יו"ר החברה קדישא (נתבעת 1), מר יעקב רייכל, בקדם משפט שלישי, שהתקיים ביום 12.9.2023, אשר לאמירתו של בית המשפט, שפתיחת קבר המנוח "**ללא רשות מפורשת מאלמנתו ומבנותיו ... זה דבר מרעיש**", השיב: "**אני מסכים עם כך**" (פר' 12.9.2023, ע' 9).

בדיון ההוכחות, השיב מנכ"ל החברה קדישא, מר נסים אלקסלסי, לשאלות בית המשפט כך (פר' 2.1.2024 (ולהלן: פר'), ע' 65; הקו התחתי אינו במקור):

**"**בית המשפט: **אם בזמן אמת לפני הקבורה היה יודע הפקיד הרלוונטי, על פי הנהלים שלכם, שיש בנות שמסרבות לקבורת על, מה הייתם עושים?**

ת: **לא היינו מאפשרים את הקבורה.**

בית המשפט: **מכח מה?**

ת: **מכוח שיש חוסר הסכמה. ... כי אנחנו בנוהל שלנו צריך הסכמה של הצדדים.**

בית המשפט: **זאת אומרת שיש לכם נוהל בעניין זה?**

ת: **כן."**

1. ביום 7.5.2016 הלך לעולמו מר ליאון כהן ז"ל (להלן: **המנוח**), אביהן של התובעות ובעלה של נתבעת 4 (שאינה אמן של התובעות), בדמי ימיו, כשהוא בן 52 לערך. למחרת נטמן בחלקת קבר "בודד", שהוקצתה עבורו, בבית העלמין 'גני אסתר' בראשון לציון, עיר מגוריו. על קברו הוצבו מצבה ולוח קבורה, ועליהם דברים שניסחו אלמנתו ובנותיו. את סידורי הקבורה עשתה אלמנתו, נתבעת 4, על דעתן של התובעות.
2. ביום 4.2.2022, כשש שנים לאחר מכן, הלכה לעולמה אמו של המנוח, גב' רחל ברגמן ז"ל (להלן: **האם או המנוחה**), בסידורי הלוויה טיפלו אחיהּ, נתבעים 2 ו-3. אף שגרה בתל אביב, ביקשו נתבעים 2 ו-3 להביאה לקבורה בבית העלמין גני אסתר בראשון לציון, ושם ביקשו מאנשי נתבעת 1, חברה קדישא, לקבור אותה בקברו של בנה, המנוח, ב"קבורת על".
3. נתבעת 1 מילאה את בקשתם של נתבעים 2 ו-3, על יסוד הצהרתם, שבני המשפחה אינם מתנגדים לכך, ובלי שפנתה קודם לכן לנתבעת 4 או למי מהתובעות.

כך, נפתח קברו של המנוח, והמנוחה נטמנה בו מעליו, כל זאת בלי שנמסר דבר לבנותיו ולאלמנתו, התובעות ונתבעת 4, שאף לא הודעוּ על הפטירה ולא הוזמנוּ ללוויה, וברי בלי שניתנה לכך הסכמת מי מהן.

1. העובדה שהמנוחה נקברה בקברו של המנוח נודעה לתובעת 1 רק ביום 15.4.2023, כשעלתה לקברו של אביה המנוח מספר שבועות לפני אזכרתו השנתית. לפי טענתה (שנתמכה בצילום), באותה עת, היה על הקבר שלט לזכרה של המנוחה בלבד, ומצבת האב הוסרה.
2. תובעת 1 פנתה באופן מידי לנתבע 3 ולנתבעת 1 והלינה על כך. היא ואחותה תובעת 2 דרשו להשיב את המצב לקדמותו, קרי להותיר את האב המנוח בקברו, ולהעביר את המנוחה לקבר משלה. כן דרשו, להשיב את כרית המצבה של האב. משדרישותיהן לא נענו, הגישו את התביעה דנן.
3. ברקע הדברים, ואף עניין זה אינו במחלוקת, התברר, שבין המנוח לאמו המנוחה לא היו קשרים קרובים, אם בכלל, שנים לפני פטירתו. בכל השנים, לא היו קשרים בין בנותיו, התובעות, למנוחה, שהיתה סבתן, ואף לא לנתבעים 2 ו-3, שהיו דודים של האב המנוח. לטענת נתבעים 2 ו-3, הם פגשו את התובעות לראשונה בהלווית אביהן המנוח. נתבע 3 העיד, שלא היה בקשר עם המנוח מאז שנות השמונים של המאה הקודמת, ושעד לפטירתו כלל לא ידע שנישא, שנולדו לו בנות (התובעות), ושלאחר מכן התגרש ונישא לנתבעת 4 (פר' 80). הגיעו הדברים לידי כך, שלאחר פטירת המנוח, התקיימה השבעה בנפרד: הבנות ישבו במקום אחד, והאלמנה ישבה בדירה בה גרה עם המנוח, והנתבעים ואחותם המנוחה ביקרו אותה אך לא את הבנות. על אף ההפרדה, תובעת 1 ביקרה את האלמנה בשבעה. על מקור הריחוק שנוצר בין בני המשפחה לא הובאו ראיות, והוא אינו דרוש לענייננו. אולם עצם הריחוק והעדר הקשר, מסבירים במידת מה את עצמת המחלוקת שבמרכזה של תביעה זו.

כתבי הטענות

1. בכתב התביעה המתוקן, בו צורפה האלמנה כנתבעת 4, דורשות התובעות את הסעדים הבאים:
2. צו עשה להעברת מקום קבורתה של המנוחה, בכפוף ל[תקנות בריאות העם (קבורה מחדש](http://www.nevo.co.il/law/74716)ה), 1941, כך שלא תהיה קבורה ב'קבורת על' עם המנוח;
3. לחלופין, צו הצהרתי שייקבע שהליך קבורתה בקברו של המנוח נעשה שלא כדין;
4. בנוסף, להשיב את מצבתו של האב למַצבה, כפי שהיה עובר ליום 4.4.2022, ולהותיר אותה בלבד על קברו.
5. נתבעת 1 הכחישה בכתב ההגנה את עיקר העובדות. לטענתה, פעלה כדין לכל אורך הדרך, על יסוד "**הצהרת נתבעים 2 ו-3, שהם כבני משפחה, מצהירים שהמנוחה השאירה צוואה לא כתובה שכל רצונה להיטמן מעל קברו של בנה, אביהן של התובעת, ושאין התנגדות מצד בני המשפחה**." כן טענה, שאין יריבות בינה לבין התובעות, ולאחר שניסתה להביא את הצדדים להסכמה, הודיעה להם שבעניין דרישתן להעביר את המנוחה מן הקבר ואף בעניין המצבה "**תפעל בפי שיורה בית המשפט**."

נתבעת 1 הוסיפה, שכאשר פנו אליה התובעות, והתברר שלא ניתנה הסכמתן לקבורת המנוחה בקבר המנוח, ערכה בדיקה וביום 21.4.2022 חתמו נתבעים 2 ו-3 על תצהירים בעניין זה. במסגרת הבדיקה מצאה, שהאלמנה, נתבעת 4, אינה בת ישראל (קרי: אינה יהודיה), ועל כן הגיעה "**למסקנה הגיונית ומתבקשת שלמנוח ובת זוגו שתי בנות שאף הן אינן בנות ישראל – פועל יוצא מפרטים אלה הביאו את החברה לכדי מסקנה כי תצהיריהם של נתבעים 2 ו-3 מתיישבים עם השכל הישר, ואין מניעה לקיים את רצונם שהוא רצון המנוחה**". כאמור, מדובר בבדיקה שנערכה לאחר הקבורה.

ב"נייר עמדה", ששלחה נתבעת 1 לתובעות ולנתבעים ביום 15.6.2022, כתבה, כי "**בשכלול הדעות ההלכתיות והמשפטיות הגיעה החברה למסקנה שיש להשאיר את המצב כפי שהוא כיום, במילים אחרות, המנוחה תנוח על משכבה בקבורת על, מעל קברו של בנה המנוח.**"

את כתב ההגנה חתמה נתבעת 1 באמירה, כי "**התובעות מגדילות לעשות ופוגעות בכבוד האם ביודען שהן היורשות היחידות של האם – מקרה קלאסי של 'הרצחת וגם ירשת'**." (סע' 41), והוסיפה, כי "**ההליך המשפטי נולד בחטא.**" לגופו של עניין טענו, כי "**עקירת נפטר ממקום קבורתו צריכה להיעשות במסורה וכפתרון אחרון, ובמקרים נדירים רק כשפתרון זה משרת את כבוד הנפטרים וזכרם**." (שם, בסע' 43).

כך, אף שהחברה הציגה את עצמה כמי שאינה נוקטת עמדה, ותפעל כפי שיפסוק בית המשפט (ומה בכך? העולה על הדעת, שבעל דין יודיע, שלא יכבד את פסיקת בית המשפט?), הרי שבפועל התייצבה באופן מלא נגד הסעד המבוקש על ידי התובעות, ואף הטילה בהן דופי.

1. נתבעים 2 ו-3 טענו לדחיית התביעה על הסף בשל העדר סמכות עניינית, בטענה שהוצאת גופות נפטרים מן הקבר מסורה לסמכותו הבלעדית של מנהל שירותי הרפואה במשרד הבריאות בכפוף לאישור שר הבריאות מכוח [תקנות בריאות העם (קבורה מחדש)](http://www.nevo.co.il/law/74716), 1941 (ולהלן: **התקנות**).

כבר על פני הדברים ברי, שטענת העדר הסמכות העניינית אינה נסובה על הסעד ההצהרתי ובעניין סידורי המצבה, אלא על הסעד של צו עשה. סעד זה מנוסח בסייג: "**בכפוף ל**[**תקנות בריאות העם (קבורה מחדש**](http://www.nevo.co.il/law/74716)**ה), 1941**", ולמשמעות הדבר לשאלת הסמכות העניינית אתייחס בהמשך.

לגופו של עניין, טענו, שרצונה של המנוחה, אותו הביעה כבר בהלווית בנה ושוב שעות ספורות בטרם פטירתה, היה להיקבר בקבר בנה. הם הציגו את טענתם לאנשי נתבעת 1, אשר שאלו אותם על משפחת המנוחה, אולם "**לא ביקשו לדעת עמדה ... של משפחת הבן המנוח**". נתבעים 2 ו-3 לא ציינו ביוזמתם, כי המנוח הותיר אחריו רעיה ובנות. טענת נתבעים 2 ו-3 היא, שהם אך הציגו את רצונה של המנוחה, ועל כן האחריות לקבורתה בקבורת על בקבר המנוח היא של נתבעת 1 בלבד.

אשר לסעד המבוקש, עמדת נתבעים 2 ו-3 היא, כי יש לדחות את התביעה על הסף ולגופה.

1. נתבעת 4 צורפה כנתבעת בכתב התביעה המתוקן. לטענתה, שלא היתה במחלוקת, היא טיפלה בהבאתו של המנוח לקבורה בבית העלמין דנן. איש לא פנה אליה לפני קבורתה של המנוחה בקבר המנוח, ולא נמסרה לה כל הודעה על כך, עד שהדברים התבררו לתובעות. בשל כך שפטירתו של המנוח בטרם עת הכתה בה וגורמת לה עדיין לקושי רגשי, ביקשה שלא לקחת חלק בהליכים, ולהיות כמעין 'תובעת פורמלית', והודיעה, שהיא מותירה את ההחלטה בסעד המבוקש לשיקול דעתו של בית המשפט.
2. בכתב התשובה, השיבו התובעות לבקשה לטענת העדר הסמכות וניתחו את טענות הנתבעים.

הראיות מטעם התובעות

1. תובעת 1 הגישה תצהיר, שבו פירטה את השתלשלות הדברים. תובעת 2 לא העידה. עיקר העובדות עליהן הצהירה אינן במחלוקת, כאמור. תובעת 1 הגישה את מסמכי הקבורה, אשר אף הם אינם במחלוקת, כדלהלן:
2. "כרטיס נפטר" של המנוח מיום 8.5.2016, ובו נרשם "**שם האשה: ולנטינה**", וכן "**ילדים: עדן, רוית**". כן נרשם "**ע"פ הודעה טלפונית מאת מי שהציגה א"ע כמשפחה של הנפטר האשה ולנטינה אינה יהודיה.**" בראש כרטיס הנפטר נרשם בכתב יד "**4.4.22 רחל ברגמן**".
3. טופס "הצהרה בקבורת נפטר בחלקה המהווה חלק מגבעת נפטר", בו אישרה נתבעת 4, שהנתבע ייקבע "**במבנה קבורה רוויה**" (קרי: בקבר בבניין קומות). אולם, הן התובעות והן נתבע 3 אישרו, שהמנוח טמון בקבר מתחת לכיפת השמיים, שאין מעליו קומות (פרוטוקול ההוכחות מיום 2.1.2024, שיכונה להלן פר', ע' 95). קרי, לא במבנה קבורה רוויה.
4. ב"טופס הזמנת הלוויה" סומן "**סוג קבר: בודד**" מבין מספר אפשרויות ("בודד\ זוגי \ משפחתי \ קבורת על \ סנהדרין").
5. טופס נוסף שבו אישרה נתבעת 4 בחתימתה כי **"סידורי ההלוויה שנקבעו הם על דעת כל קרובי משפחתו של המנוח מדרגה ראשונה (הורים, בן זוג, צאצאים וילדים)**".
6. לתצהירה צירפה נתבעת 1 צילום של חלקת הקבר, סמוך לאחר שגילתה שהמנוחה נקברה בו. בצילום נראה הקבר כשהוא מכוסה בבטון, ללא המצבה וללא כרית המצבה עליה רשום שם המנוח, אלא עם שלט קטן וזמני עליו נכתב "רחל ע"ה ברגמן", מועד הפטירה וסימון חלקת הקבר.

כן צירפה תמלילי שיחות עם מנכ"ל נתבעת 1, מר נסים אלקסלסי, וחילופי הודעות ווטסאפּ עם נציג נתבעת 1.

1. בחקירה הנגדית, הסבירה תובעת 1, שתובעת 2 בחרה שלא להעיד, משום שהפרשה גורמת לה לרגשות קשים, ושאין בידיעתה של תובעת 2 כדי להוסיף על מה שידוע לה, כמי שגילתה את הדברים והלינה עליהם בפני הנתבעים. לשאלה מדוע ויתרו על אפשרות קבורת על מעל האב השיבה :"**היתה לנו כוונה שאבא יישאר לבד בקבר**", ולשאלה האם בהנחה שמותר לקבור אדם נוסף, אינה מעדיפה שזו תהיה סבתה ולא אדם זר, השיבה : "**הייתי מעדיפה לתת את הסכום על החלק הזה ושאף אחד לא ייקבר שם.**" (פר' 33).
2. מטעם התובעות העיד מר רונן שונדרי על העדר הקשר בין המנוח למנוחה, אולם ליבת עדותו היא עדות סברה, על יסוד דברים מעטים ולא מפורשים, שלטענתו שמע מהמנוח, ועל כן בעיקרה אינה קבילה, ואף חלקיה הקבילים משוללי משקל של ממש לענייננו.

הראיות מטעם נתבעת 1

1. מטעם נתבעת 1 העיד מר ניסים אלקסלסי, מנהלה הכללי. בתצהירו (סעיף 10) העיד, שבעת שנתבעים 2 ו-3 הגיעו להסדיר את הקבורה וביקשו שאחותם המנוחה תיקבר בקברו של בנה המנוח, "**כמקובל, נשאלו האחים האם יש התנגדות מצד מי מבני משפחת המנוחה או מצד מי מבני משפחת בנה, לקבור את האם מעל קבר בנה יחידה – תשובתם היתה שלא קיימת התנגדות ממי מבני המשפחה הן של הבן והן של אחותם (אמו של הבן).**" יתירה מכך, בסעיף 12 העיד מר אלקסלסי, כי "**הפקיד שב ושאל האם בכל זאת יש התנגדות מצד משפחת של הבן – האחים ענו שאין התנגדות..."** (הקו התחתי אינו במקור).

מר אלקסלסי הוסיף והצהיר (בסעיף 13), כי "**משהבין הפקיד שמדובר בהסכמה גורפת של בני המשפחה, אישר את מקום קבורתה של המנוחה**." בחקירה נגדית, הוסיף, ש"סברנו" שמשום שהאלמנה אינה יהודיה, גם הבנות לא יהודיות, ולכן ברור שלא יהיה מי שיבקש להיקבר בקברו של המנוח, וממילא יש לאפשר את קיום רצונה של האם המנוחה שהיא "קרבה ראשונה" (סע' 48).

1. כבר בראשית החקירה נגדית, אישר מר אלקסלסי, שלא היה מעורב כלל בהליך הקבורה, ונדרש לראשונה לעניין רק לאחר הקבורה, כשקיבל את שיחת הטלפון מתובעת 1 בתלונה ובדרישה לפתרון בדרך של הוצאת המנוחה מקבר המנוח (פר' ע' 48-47). הוא אישר שאת הפרטים קיבלו מר דני קליך, ועובדים נוספים שנקב בשמותיהם – אשר נתבעת 1 לא זימנה להעיד (פר' 50, 68).

כך, אף בלי להידרש למשמעות הדברים, והאם יש בהם הסבר מניח את הדעת, לכך שלא פנו כלל לבנות ולאלמנה, התובעות ונתבעת 4, ברי שמדובר בעדות שמיעה וסברה, שאינה מבוססת על ידיעה אישית של העד, ושעובדי נתבעת 1, שעסקו בקבורה לא הובאו להעיד. המסקנה המתבקשת היא, שנתבעת 1 לא הביאה ראיות על מהלך הדברים שקדם לקבורה, לא בעניין השאלות שהציגה, לא בעניין התשובות שקיבלה מנתבעים 2 ו-3, ולא בעניין הלך הדעת שלה. היא אף לא חלקה על העובדה, שאיש מטעמה לא פנה לתובעות או לנתבעת 4 בעניין הנדון לפני הקבורה (ואף לא אחריה).

1. בסיכומיה (סעיף 12(ג)), שבה נתבעת 1 על העמדה, שנתבעים 2 ו-3 "הודיעו והצהירו באופן נחרץ", שאין התנגדות של בני משפחת המנוח לקבורת על של המנוחה בקברו. אולם, הדברים נטענו בעלמא, שכן לא הובאו ראיות כלשהן להוכיח זאת, ומנגד הובאו ראיות הסותרות את עמדת נתבעת 1, כפי שיובהר.
2. אשר לסוג הקבר בו נקבר המנוח, מסר מר אלקסלסי, שהמנוח נקבר ב"קבורת מכפלה", אולם אישר, "**שהנטמן נטמן בקבר, שבשעת הקבורה צוין שזה קבר בודד**" (פר' 44 ש' 25), ושכך נרשם בכרטיס הנפטר (פר' 48 ש' 5). מר אלקסלסי אישר, שלא ראה במו עיניו את הקבר אלא רק במצלמה ממשרדו (פר' 56).
3. כשנשאל מר אלקסלסי מה תעשה נתבעת 1 אם בית המשפט יפסוק שיש להעביר את המנוחה לקבר אחר, השיב "**נכבד את פסק הדין דינא דמלכותא – דינא**" (64). עיקרו של דבר מצוי בתשובותיו לשאלות בית המשפט לקראת סיום עדותו כפי שהובאו לעיל, ועיקרן באישור שאילו ידעו שבנותיו של המנוח מסרבות לקבורת על לא היו מאשרים את הקבורה, שכן "בנוהל שלנו צריך הסכמה של הצדדים" (פר' 65).
4. לאחר הפסקה, נמסר שהנוהל היה תקף בעת פטירתה של המנוחה, ובו מצוי "**תצהיר בקשה לקבורה עלית**". אולם, אין בידי נתבעת 1 תצהיר כזה החתום על ידי נתבעים 2 ו-3 (66).

עיון בטופס ריק של התצהיר (ת/1) מלמד, שלאחר ציון פרטי המבקש, הנפטרים ומקום הקבורה, בסעיף 4 המבקש "*מצהיר בזאת כי כל בני המשפחה מדרגה ראשונה של* ***שני הנפטרים****, מסכימים ומעוניינים בקבורה עילית, ובקשה זו מוגשת בשם כל בני המשפחה מדרגה ראשונה לאחר ששוחחתי אתם, והם הביעו את הסכמתם המלאה להלן מצורפת* ***רשימה*** *הכוללת את פרטיהם של בני המשפחה שנתנו את הסכמתם, כאמור (שמותיהם קרבתם המשפחתית על הנפטר/ת, כתובת, מס' טלפון שלהם) אני מצהיר בזאת שאין* ***לנפטרים*** *קרובי משפחה מדרגה ראשונה מעבר למופיעים ברשימה דלהלן*." ובתחתית הטופס לאחר חתימת המצהיר, מופיעה חתימת מי שהמצהיר חתם בפניו, ולאחר מכן שדות בהם יש לפרט את "*פרטי בני המשפחה שנתנו את הסכמתם לקבורת העל:*" (ההדגשות והקו התחתי במקור).

מניסוח הטופס, שהוא חלק מנהלי נתבעת 1, עולה החשיבות שניתנה לזיהוי בני המשפחה מדרגה ראשונה של הנפטר ולהסכמתם המלאה, כתנאי לקבורת על בקברו.

1. "כרטיס הנפטר" של המנוחה לא גולה בגילוי מסמכים ולא הוגש בראיותיה של נתבעת 1. גם כאן, רק לקראת סוף חקירתו של מר אלקסלסי נמצא הכרטיס והוגש (ת/2). מדובר בכרטיס מודפס. בשדה "**מזמין הקבורה**" נכתב "**שלום הרום**" (נתבע 3). בשדה "**קרבה לקבור למטה**" לא נרשם דבר. ב"פרטי הקבר" מופיעים פרטי קברו של המנוח, אולם שמו לא מוזכר. ברשומת התשלומים נרשם "**הכנה לקבורה על**", ובשדה הסכום נרשם "**0**".
2. לקיומו של נוהל וטופס "תצהיר בקשה לקבורה עלית" ולעובדה שאין בידי נתבעת 1 "תצהיר בקשה" החתום בידי מי מהמבקשים יש חשיבות רבה לענייננו. אולם הם לא הובאו בכתב ההגנה של נתבעת 1, לא גולו על ידה בגילוי המסמכים (אף שהתובעות ונתבעים 2 ו-3 הגישו בקשות בעניין זה), ולא נכללו בתצהיר העדות הראשית של מר אלקסלסי. למעשה, הם עלו רק לקראת סיום חקירתו הנגדית. נכונים הדברים אף לעניין "כרטיס הנפטר" של המנוחה.

מדובר בפגם דיוני משמעותי, הגובל בניסיון להסתיר ראיות רלוונטיות, והוא מטיל צל על התנהלותה הדיונית של נתבעת 1.

1. מר אלקסלסי העיד על הליך הבירור, שנערך לאחר הקבורה בעקבות תלונת התובעות. בגדרו התקיימה ביום 21.4.2022 (17 ימים לאחר הקבורה) פגישה בה נכחו גם ב"כ נתבעת 1, עו"ד חסון, ונתבעים 2 ו-3, ובמהלכה חתמו האחרונים על תצהירים.

הראיות מטעם נתבעים 2 ו-3

1. ראשון העיד מטעם נתבעים 2 ו-3 גיסם (בעלה של אחותם, שהיא גם אחותה של המנוחה), מר מצליח זקן, שהוא יושב ראש חברה קדישא הכורדית בירושלים, וסייע להם בעניינים הקשורים לפרשה.
2. מר זקן היה האדם שקיבל את ההודעה על פטירתה של המנוחה והעבירהּ לנתבעים. הוא הבהיר, שלפני הקבורה לא דיבר עם אף אדם בחברה קדישא בראשון לציון, אלא רק לאחר שהחברה קדישא בחנה את טענות התובעות. הוא אישר, לא בקלות, את מעורבותו מול מתקין המצבות (שתועדה גם בהודעות ווטסאפּ), במהלכה והציע לחלק את הקבר לשתי כריות נפרדות, אולם מתקין המצבות התנגד בגלל שהיה לוח עם כיתוב של הנפטר, ואמר: **"אי אפשר להזיז זה, כי גם הבנות של הבן מתנגדות**" (פר' 25).

בסופו של דבר, נכון למועד שמיעת הראיות, הושבו מבנה הקבר והמצבה, והם כוללים כיום גם את כרית המצבה של המנוח, גם את הכרית של המנוחה וגם את לוח האבן עם הנוסח, שיועד למנוח.

1. בעניין קבורתה של המנוחה בקבר המנוח, אמר: **לא זוכר בדיוק, כל הנושא של הקבורה, אפשר ואי אפשר וכל מיני דברים שלא היו מקובלים עלי. ... לא מקובל עלי שצריך לבקש רשות ממישהו זר. ... מישהו זר זה כולל מי שלא ביקשו במשך 7 שנים להשתמש במקום הזה**." (פר' 22). אי אפשר שלא להבין, שהביטוי 'זר' היה מכוון לאלמנה ולבנות התובעות. קרי שלדעתו התובעות, בנותיו של המנוח, הן "מישהו זר" למנוח, שאין צורך אפילו לבקש את רשותו בטרם פתיחת הקבר. יש בכך כדי לשפוך אור על דעתם של נתבעים 2 ו-3, ואפשר שהדבר מסביר מדוע לא מסרו לנתבעת 1 על קיומן של התובעות ושל האלמנה.
2. נתבע 2 העיד בתצהירו, שבמעמד הלוויה של המנוח, זעקה אמו, המנוחה, שהיא "רוצה להיקבר מעל בנה". כך, גם ערב פטירתה, כשחשה ברע, חזרה על בקשתה זו בפניו. נתבע 3 העיד, שהמנוחה חזרה על בקשתה גם בשבעה וגם בשלושים לפטירת המנוח (פר' 95 ש' 9). תובעת 1 העידה, שלא שמעה את קריאת המנוחה, אולם לא מצאתי שיש בכך כדי לשלול את עדות נתבעים 2 ו-3, ואפשר שדעתה היתה מוסחת. על כן אין לשלול את טענתם שזה היה רצונה של המנוחה, ושבשל כך פנו בבקשה לקבורת על בקבר בנה המנוח. אולם, כפי שהובהר לעיל, על פי נהלי נתבעת 1, כאמור ב"תצהיר בקשה לקבורה עילית", לא די ברצונה של המנוחה כדי לבצע קבורת על, והיה צריך לקבל את הסכמת בני משפחתו של המנוח, שבקברו התבקשה הקבורה העילית, קרי את הסכמתן של הבנות ושל האלמנה.
3. נתבע 2 העיד, שלאחר שנודע לו על פטירת אחותו המנוחה ביום 4.4.2022, פנה יחד עם אחיו, נתבע 3, לנתבעת 1 והציג את רצונה להיקבר בקבר בנה המנוח. לדבריו (בסעיף 7 לתצהירו) "**נציגי חברה קדישא ביקשו לדעת מה הקשר ביני ובין אחי לבין המנוחה, וכן ביקשו לדעת אם יש למנוחה משפחה נוספת. בתגובה ציינו שיש למנוחה אחים נוספים. כמו כן נשאלנו אם למנוחה ילדים נוספים פרט לבן שנפטר, ובתגובה השבנו שאין**." בסעיף 9 הוסיף, כי "**בשום שלב לא נשאלנו אני ואחי שלום על ידי נציגי חברה קדישא, האם אנחנו מסכימים לביצוע קבורת על ו/או ביקשו לדעת עמדה של בני משפחה אחרים ו/או של משפחת הבן המנוח**."

נתבע 2 הוסיף, שכשבועיים לאחר הקבורה, ולאור תלונות התובעות, הגיעו לפגישה והתבקשו לחתום על תצהירים. הכוונה לתצהירים, עליהם חתמו נתבעים 2 ו-3 במשרדי נתבעת 1 ובפני בא כוחה ביום 21.4.2022. נתבע 2 הוסיף, שבשל כך שביקשו "**להביא לסיום את סאגת קבורתה של המנוחה... ולאפשר מנוחה לנפשה**", חתמו על התצהירים "**על אף שהאמור בהם אינו מדויק**".

נתבעים 2 ו-3 ביקשו להסתייג מסעיף 9 לתצהירם המוקדם ונחקרו על כך בחקירה נגדית. אולם בסופו של דבר אישרו את עיקריו ולא מצאתי, שיש בהסתייגותם ממש.

1. אשר לתובעות, העיד נתבע 2, שלא הכיר אותן, ופגש אותן רק בהלווית המנוח.

פרטים נוספים שהובאו בתצהיר אינם דרושים להכרעה, וסברות שהעלה אשר לטיבה של 'קבורת על' אינן קבילות, ואף מקורן אינו אלא במסמכים שגולו בגילוי המסמכים, והיה בידיו לזמן עד בעל ידיעה אישית בעניינן, אולם הוא לא עשה כן.

1. תצהירו של נתבע 3 כמעט זהה לתצהירו של נתבע 2. הוא שב במילים זהות על מהלך הדברים בעניין הפניה לנתבעת 1 כדי לקבור את המנוחה בקבר המנוח ובחקירה נגדית הוסיף, כי "**במהלך הבקשה לקבורה (של המנוחה) לא חתמתי על אף מסמך**" (פר', ע' 75, ש' 6). עדות זו מתיישבת היטב עם העובדה, שאין ברשות נתבעת 1 "תצהיר בקשה לקבורה עלית" חתום על ידי מי מנתבעים 2 ו-3 (כפי שעלה בחקירתו של מר אלקסלסי, פר' 66).
2. בסעיף 17 הצהיר נתבע 3, ש"**כל שהתבקשנו ע"י חברה קדישא היה לציין מיהם קרובי המשפחה של המנוחה, וציינו אני ואחי שוקי בפני חברה קדישא כי למנוחה אחים נוספים.**" כך, מעדותו שלו עולה, שהוא לא מסר לחברה קדישא, שיש למנוחה נכדות, אשר הן "קרובי המשפחה" שלה, ושהן גם בנותיו של המנוח, שבקברו מעליו, הם ביקשו לקבור את המנוחה. כשנשאל על כך בחקירה נגדית של ב"כ נתבעת 1, הסביר שבדברים אלה התכוון לאחים בלבד (פר' 84-83). נתבע 3 תיאר את כעסה של תובעת 1 בשיחה בה פנתה אלו לאחר שגילתה את קבורת העל. כן הצהיר, ממש במילים שבהן השתמש אחיו נתבע 2, שביום 21.4.2022 חתם יחד עם אחיו במשרדי נתבעת 1 על תצהירים "**על אף שהאמור בהם אינו מדויק**". בחקירה נגדית הסביר שעו"ד חסון, בא כוח נתבעת 1, אמר להם במעמד החתימה "**אנחנו הגב שלכם**". נתבע 3 הוסיף את סברותיו בעניין קבורת על, אולם לא מדובר בידיעה אישית, ואף לא בעמדה בה החזיק עובר לקבורה, ועל כן אין משקל של ממש לסברותיו אלו.

בחקירה נגדית, אישר נתבע 3, שלא הודיע לתובעות על פטירת המנוחה, וממילא לא הזמינן להלוויה. אף מכך ברור, שלא שאל לדעתן על אפשרות קבורת העל של המנוחה בקבר אביהן.

1. בסיום עדותו, נשאל על ידי בית המשפט בעניין התובעות (פר' 90-89):

"בית המשפט: **מדוע בעת שביקשתם ...לקבור את המנוחה בקבר על לקברו של בנה, לא אמרתם שיש לו שתי בנות ורעיה? הרי זה כבר ידעתם כ-4 שנים באותו זמן** ...

ת: **7 שנים ... באותו מעמד זה לא עלה לראשי, עלה למחשבתי**.

...

בית המשפט: **באיזשהו שלב עד 6:15 זה לא עלה לראשך?**

ת: **לא. שום דבר. לא נשאלנו ... יכול להיות שהטעות שלי שלא שאלתי...**"

הכרעה במחלוקות העובדתיות

1. על פי הראיות, אין מחלוקת, שנתבעים 2 ו-3 לא מסרו לנתבעת 1 על קיומן של האלמנה והתובעות, ושנתבעת 1 לא פנתה אליהן מראש לבירור עמדתן בעניין קבורת העל המבוקשת, וממילא לא קיבלה את הסכמתן. אף אין מחלוקת, שנתבעת 1 לא עשתה כל פעולה לאיתורם של קרובי משפחה מדרגה ראשונה של המנוח, אף שהמידע היה בידה, וממילא לא קיבלה את הסכמתם, קרי את הסכמת האלמנה והתובעות. אף אין מחלוקת, שלאחר שפנו התובעות בדרישה לתיקון, לא פעלה חברה קדישא כדי לשנות את מצב הקבורה, ועל כן כיום קבורה המנוחה בקבר המנוח מעליו, ועל הקבר מצויות כרית זיכרון לכל אחד מהם.
2. נותרו, אם כן, מחלוקות עובדתיות מעטות.

מחלוקת אחת היא, אם בעת הפניה לקבורת על, שאלו אנשי נתבעת 1 את נתבעים 2 ו-3 אודות עמדת קרובי משפחה מדרגה ראשונה של המנוח כטענת מר אלקסלסי, שלא מידיעה אישית, בסעיפים 10 ו-12 לתצהירו (כאמור לעיל). על דברים אלה שבה נתבעת 1 בסעיף 12(ג) לסיכומיה, בלי שהיה בידה להפנות לראיה כלשהי.

נתבע 3 העיד בתצהירו, שאנשי נתבעת 1 ביקשו לדעת אם יש למנוחה "משפחה נוספת" ונתבעים 2 ו-3 ציינו רק את האחים הנוספים. הוא הוסיף (בסעיף 9), כי "**בשום שלב" לא ביקשו אנשי חברה קדישא "לדעת עמדה של בני משפחה אחרים ו/או של משפחת הבן המנוח."**

העדר כל ראיה קבילה בעניין זה מצד נתבעת 1, ההימנעות מהעדתו של "הפקיד" (ככל הנראה מר דני קליך), והעדרו של "תצהיר בקשה לקבורה עילית" חתום , תומכים בעדותו המפורשת של נתבע 3, שהיה "מזמין הקבורה" של המנוחה, ומובילים למסקנה, שעובר לקבורת המנוחה, אנשי נתבעת 1 לא שאלו את נתבעים 2 ו-3 במפורש אודות הסכמת קרובי משפחה מדרגה ראשונה של המנוח.

1. כן עולה מעדויות נתבעים 2 ו-3, שגם מיוזמתם לא סיפרו על קיומן של הבנות ושל האלמנה. אין חולק, שמאז פטירת המנוח כשש שנים קודם לכן, הם הכירו את האלמנה, שאותה ביקרו בשבעה, וידעו על קיומן של בנותיו של המנוח, התובעות. בסעיף 17 לתצהירו, אישר נתבע 3, שהם נשאלו "**מיהם קרובי המשפחה של המנוחה**" והשיבו "**כי למנוחה אחים נוספים**". קרי הם בחרו שלא לומר דבר על התובעות.

כשהתבקש נתבע 3 להסביר את פשר המחדל, השיב רק שהדבר "**לא עלה לראש, עלה למחשבתי**" (פר' 90). תשובה זו אינה משכנעת, בלשון המעטה. בנסיבות העניין, כשהפעולה המתבקשת היא קבורת המנוחה בקבר המנוח (שבלווייתו פגשו נתבעים 2 ו-3 את התובעות, ולדבריהם למדו על קיומן), ולאור הנתק המוחלט בין נתבעים 2 ו-3 לבין התובעות והאלמנה, ואף לנוכח העמדה שהן בגדר "מישהו זר" (כדברי מר זקן), מסתברת יותר האפשרות, שהם לא מסרו את דבר קיומן של האלמנה ושל הבנות בכוונת מכוון, ומתוך חשש שהדבר יכשיל, ולמצער יעכב, את קבורת המנוחה בקבורת על, שביקשו לקיים בקבר המנוח.

אולם גם אם היה מדובר במעין שכחה רגעית ("**לא עלה לראשי, עלה למחשבתי**"), הרי ברור שהמצג שיצרו, כאילו אין בני משפחה נוספים, היה מצג שווא, והיה בו כדי להטעות את אנשי חברה קדישא.

1. מחלוקת נוספת התעוררה בשאלה אם כרטיס הנפטר של המנוח (בו פורטו שמות האלמנה והבנות), עמד לעיני אנשי נתבעת 1, בעת שעסקו בהכנת קבורת העל של המנוחה. עם הכרטיס היה בידם, הרי שידעו לפני קבורת העל, שאין בידם הסכמה של קרובות המשפחה של המנוח לקבורת העל המבוקשת בקברו.

לאחר עיון השתכנעתי במאזן ההסתברויות, שטופס הנפטר של המנוח עמד לנגד עיני הפקיד של חברה קדישא בשלבי הכנת קבורת המנוחה.

ראשית, נתבעת 1 לא הציגה כל ראיה בעניין זה. היא לא העידה את "הפקיד" ואף לא מי מהמעורבים האחרים בהכנת הקבורה (יחזקאל ומיכאל), וחלה במלואה החזקה, כי אי הבאתו של עד רלבנטי יוצרת הנחה, כי אילו נשמע העד, היה בכך כדי לתמוך בגרסת היריב (מבין רבים: [ע"א 465/88](http://www.nevo.co.il/case/17946005) **הבנק למימון ולסחר בע"מ נ' סלימה מתתיהו** [נבו] (1991)).

שנית, בכרטיס הנפטר מופיעה העובדה, שהאלמנה, נתבעת 4, אינה יהודיה, אשר על פי עדותו של מר אלקסלסי, עמדה ביסוד עמדת נתבעת 1, שהיא והבנות אינן "מבית ישראל", ולכן אינן מיועדות לקבורת על (פר' 55-54). קרי הכרטיס היה מקור הידיעה המוסמך לכך שהאלמנה אינה יהודיה.

שלישית, בראש כרטיס הנפטר של המנוח נרשם בכתב יד "**4.4.22 ברגמן רחל**", קרי מועד פטירת המנוחה ושמה, ובהעדר הסבר לרישום זה, הדעת נותנת שהוא נעשה בשלבי הכנת קבורתה, ולכן שהכרטיס עמד לנגד עיני הפקידים שעסקו בכך.

על כן, אני קובע, שעובר להכנת קבורת העל עמד כרטיס הנפטר לנגד עיני אנשי החברה קדישא, והם ידעו, שלמנוח היתה אשה בשם **ולנטינה**, שאינה יהודיה, ושתי בנות ששמותיהן **עדן ורוית**. ממילא הם ידעו היטב, שלא נמסרה להם הסכמת מי מקרובות המשפחה מדרגה ראשונה של המנוח לקבורת העל, שעל הכנתה טרחו.

אולם, גם אם תאמר, שהדבר לא היה בידיעתם, ברור הדבר, שהיה בידם לבדוק. זהות המנוח היתה ידועה לאנשי נתבעת 1, כרטיס הנפטר של המנוח היה בהישג ידם, ובהעדר "תצהיר בקשה לקבורה עילית" חתום, היה בידם לבדוק בעצמם את עמדת קרובות המשפחה של המנוח.

1. מחלוקת עובדתית נוספת קשורה למצבה, ובעניין זה על יסוד הצילום ובהעדר עדות סותרת הוכחו דברי תובעת 1, שלאחר קבורת המנוחה, הוסרו המצבה והלוח שהותקנו לזכר המנוח, והועמד שלט קבורה זמני עם פרטי המנוחה בלבד. רק לאחר התערבותן של התובעות, והתערבות אנשי חברה קדישא, אחרי חלוף 30 יום לפטירת המנוחה, הושבו הכרית והמצבה, כך שהיו על הקבר שתי "כריות" זו אחר זו, האחת למנוחה והשניה למנוח.

הנפגעו זכויות התובעות?

1. מדברי מנכ"ל נתבעת 1 (פר' 65), כמו גם מדברי יושב הראש שלה בקדם משפט ביום 12.9.2023 כאמור לעיל, ומן האמור בסעיף 4 ל"תצהיר בקשה לקבורה עילית" (ת/1) עולה, שלפי נהלי נתבעת 1 נדרשת הסכמת כל קרובי המשפחה מדרגה ראשונה של האדם שנטמן בקבר, כתנאי לקבורת על של אדם נוסף באותו קבר.
2. משלא התקבלה הסכמה של האלמנה ושל התובעות, שהן קרובות המשפחה מדרגה ראשונה של המנוח, ברי שלא התקיים התנאי ההכרחי הקבוע בנוהל, ועל כן קבורת העל שהתקיימה ללא הסכמה, היא הפרה של הנוהל שקבעה נתבעת 1.
3. לא מדובר בנוהל סתמי. דרישת ההסכמה היא בבחינת מושכלות יסוד של כבוד הנפטר ודרך ארץ לבני משפחתו. כפי שנפסק ב[בג"צ 52/06](http://www.nevo.co.il/case/5698722) **חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp** (2008) [נבו] (פסקה 165 לעמדתה של כב' השופטת פרוקצ'יה):

**"קברו של אדם נתפס אמנם כרשות היחיד, שלגביו יש לבני המשפחה מעמד מוגן..."**

כאמור שם, זכות זו אינה מוחלטת, והיא נסוגה במקרה המתאים מפני אינטרסים רבי משקל ובהם "**תכנון בית העלמין, סדרי הקבורה, מצוקת מקום, הוצאות הכרוכות בשמירת חלקת הקבר ותחזוקתה, וכיוצא באלה**" ([ע"א 9486/00](http://www.nevo.co.il/case/5741504)‏ **וירג נ' המועצה הדתית כרמיאל** [נבו] (2002)).

עוד נקבע **בעניין חברת אלקסא** (בפסקה 171):

**"נקודת המוצא הינה כי כבוד האדם בחייו ובמותו מתיישבים עם תפיסה המבקשת לשמר מקום קבורה של אדם ללא פגיעה. הנחה זו מתיישבת עם ציפייתו של הנפטר בחייו, עם ציפייתם של בני משפחתו וקרוביו לאחר מותו, ועם ציפייתה של החברה כולה על-פי התפיסה התרבותית, חברתית, ודתית המייחדת אותה. בית קברות מוכר הוא אתר שמשפחת הנפטר מתייחסת אליו; הקהילה מתייחסת אליו והמדינה מגינה עליו."**

כך, הדין נותן קדימות לציפייתם של בני משפחתו וקרוביו של הנפטר, ומלמד, שרצונם של בני משפחה מדרגה ראשונה של נפטר הם ביטוי של כבוד המת שלו. רצונם של בני משפחה של מנוח אחר (ובמקרה דנן המנוחה), לקיום קבורת על בקברו של אדם אחר (ואפילו יהיה זה בנהּ של המנוחה), אינו בבחינת "אינטרס רב משקל" הגובר על רצונם של בני המשפחה מדרגה ראשונה של המנוח הטמון בקברו, המבקשים שיוותר בקברו לבדו. כבוד המנוחה, המתבטא ברצון בני משפחתה, אינו יכול לבוא לידי מימוש ברמיסת כבוד המנוח המתבטא ברצון בני משפחתו.

כפי שהעיד מנכ"ל נתבעת 1, חברה קדישא, אילו הקפידה לפעול על פי נהליה ולעמוד על הסכמת כל קרובי המשפחה של המנוח, לא היתה מתקיימת קבורת העל מלכתחילה, והמנוחה היתה מובאת לקבורה בקבר, שהיה מוקצה לה לפי זכותה בדין, וזוכה בו למנוחה נכונה.

1. עניין זה עולה לא רק מקיומו של נוהל, אלא אף מהזכות שניתנה לקרובי המשפחה בקבר המנוח. כעולה ממסמכי הקבורה, הקבר שהוקצה למנוח הוא **"סוג קבר: בודד",** ובכך נשללו סוגי קברים אחרים**:** "**זוגי \ משפחתי \ קבורת על \ סנהדרין**". ציפיית בני המשפחה לא נשענת אך על עקרון כבוד הנפטר, ואף לא רק על רצונן הברור של התובעות, אלא על מצג חוזי מפורש, שהוצג וגובה במסמכי הקבורה (עדות תובעת 1, פר' 33-32).

בעניין זה יש משקל רב לאופיה של חברה קדישא כגוף דו-מהותי, שתפקידה הוא **"...בעיקרו ציבורי, הן מן הבחינה הפורמאלית הן מן הבחינה המהותית**..." ([ע"א 294/91](http://www.nevo.co.il/case/5691310) **חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום** [נבו] (1992), בדברי כבוד הנשיא, השופט שמגר בע' 484; [ע"א 6024/97](http://www.nevo.co.il/case/6045511) **שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ [נבו]** (1999) פסקה 17)).

משהקצתה לנפטר "קבר בודד" תוך שלילת סוגי קבורה אחרים, נתבעת 1 לא הייתה רשאית לסטות מכך ולהיכנס פשיטא לדלת אמותיו של הקבר כדי לקבור בו את המנוחה, בלי לתת לבני המשפחה מדרגה ראשונה להשמיע מראש את טענותיהם. קל וחומר אם הדבר קבוע בנהליה, בן בנו של קל וחומר אם נוגע בכבוד המת, המתבטא גם בציפיותיהן של בנות משפחת הנפטר וברגשותיהן.

1. מר אלקסלסי הצהיר בסעיף 17 לתצהירו, ש"**נוהל קבורה מאפשר לקבור אפילו זרים מעל לקבר קיים בחלוף 90 יום מיום הקבורה של הנפטר בקרקע**". אולם לא צורף לתצהיר הנוהל הנטען, אלא צילום מטושטש של הוראת חוק או תקנה, העוסקת ברכישת חלקת קבר צמודה (ולא בקבורת על). אבל אין כל צורך להידרש לטענה בדבר סמכות עקרונית כזו, שכאמור הועלתה כסברה משפטית רק בשלב ההוכחות, ולא הוצגה בעניינה תשתית עובדתית או משפטית כנדרש.

בפועל, בחקירתו הנגדית של מר אלקסלסי, הוכח במנוגד לדברים אלה, שלפי נהלי נתבעת 1, תנאי לקבורת על היא הסכמה מפורשת של כל בני המשפחה מדרגה ראשונה של הנפטר הקבור בחלקת הקבר (ת/1, סעיף 4).

יפה לעניין זה תגובתו המכבדת והעניינית של יושב ראש חברה קדישא, מר יעקב רייכל, שאישר, שעצם פתיחת הקבר של המנוח ללא הסכמת בני משפחתו "**היא דבר מרעיש**".

1. העובדה שהאלמנה לא נקטה עמדה אשר לסעד המבוקש, והשאירה את ההכרעה לשיקול דעתו של בית המשפט בשל סערת הרגשות שנגרמה לה, אינה מאיינת את הפגיעה בה ואינה ממעטת ממנה. יש להבחין בין עצם הפגיעה בזכות, לנקיטת צעד פעיל כדי לקבל סעד בגינה. בפרט כך, כאשר התובעות נקטו הליך לקבלת הסעד המבוקש.
2. **מכל אלה עולה, שקבורת העל של המנוחה בקבר המנוח ללא ידיעה וללא הסכמה של התובעות נעשתה על ידי נתבעת 1 שלא כדין, תוך פגיעה חריפה וקשה בזכויותיהן וברגשותיהן של התובעות ושל האלמנה.**

תיקון בעין של הפגיעה בתובעות ובאלמנה

1. עד כאן אשר לסעד ההצהרתי המבוקש. אולם התובעות מבקשות גם צו עשה, קרי סעד ממשי לתיקון הפגיעה בזכויותיהן בדרך של השבת המצב לקדמותו, קרי הוצאת המנוחה מן הקבר, הותרת המנוח לבדו בקברו, והשבת המצבה לקדמותה.
2. מלכתחילה לא עמדה למנוחה כל זכות להיקבר בקברו של המנוח. הקבר הוקצה למנוח כ"קבר בודד", והוא לא גילה רצון שאמו, או כל אדם אחר, תיקבר יחד עמו. רצונה של האם המנוחה, שעבור אחיהּ הוא בעל משקל, אינו מקים בידה זכות להיקבר בקברו של המנוח. יתירה מכך, החלטת חברה קדישא לקיים קבורת על התקבלה בניגוד לנהליה בעניין ההסכמה, ואף היא אינה מקנה למנוחה או לבני משפחתה זכות כזו. בהקשר זה, לא ניתן להתעלם מתרומתם של נתבעים 2 ו-3 לקבורה ללא הסכמת התובעות, בכך שבחרו שלא לגלות לאנשי נתבעת 1 שיש למנוח בנות ואלמנה. אף עצם העובדה, שהמנוחה נקברה בקבר המנוח בפועל, אינה מקנה לה או לנתבעים 2 ו-3 זכות להשאירהּ בקבר, ואינה מהווה כשלעצמה טעם שלא להעבירהּ לקבר משלה.
3. תובעת 1 העידה, שמלכתחילה ביקשו קבר בודד לאביהן, ושלאור "היחסים הקרים" עם אמו, לא היו מסכימות לקבורתה מעליו (סעיף 14 לתצהירה). היא אמרה, שאילו הייתה נשאלת על כך, היתה נכונה לשלם עבור הקבר העילי ולהותיר את אביה לבד בקברו (פר' ע' 33, ש' 10).
4. בסיכומיה, נתבעת 1 לא נקטה עמדה בעניין זה. אולם בכתב ההגנה טענה, כי "**עקירת נפטר צריכה להיעשות במסורה וכפתרון אחרון ובמקרים נדירים ורק כשפתרון זה משרת את כבודם של הנפטרים ואת זכרם**." בתצהירו של מר אלקסלסי נכתב, כי לגישתו כמנכ"ל חברה קדישא וכיהודי מאמין "**יש להותיר את המצב כמות שהוא**".

אולם מה עומד ביסוד עמדה זו – סתמו ולא פירשו.

1. עמדת נתבעים 2 ו-3 ברורה מאליה. הם ביקשו קבורת על בשל רצונה של המנוחה, הם השתתפו בהלוויתה ואף עולים לקברה, והם מתנגדים להוצאתה מן הקבר, כדי לא לטלטל את הנפטרת מפאת כבוד המת. אולם אף הם לא הציגו טעם משפטי המקנה למנוחה או להם כבני משפחתה זכות למנוע את העברתה מקברו של המנוח.
2. לא מצאתי לקבל את עמדת נתבעת 1, שהיא גם עמדת נתבעים 2 ו-3, שהפתרון הראוי הוא "להותיר את המצב כמות שהוא".

כאמור לעיל, קבורת העל בלי ליידע את האלמנה והתובעות ובלי לקבל את הסכמתן המפורשת פגעה בזכויותיהן. זו היא פגיעה נמשכת. הותרת המצב "כמות שהוא" פירושה שבכל עת שתבקש מי מהן לעלות לקבר המנוח, היא תמצא את הקבר במצבו "המחולק", קרי בקבורת על, עם שתי כריות, האחת של האב, והשניה של אמו, שלא היתה עמו ועמן בקשר של ממש מזה שנים רבות. כך, בניגוד עז לרצונן, ותוך המחשה ברורה של העוול שנגרם להן בקבורת העל מלכתחילה ללא הודעה וללא הסכמה.

הלכה למעשה, הן נדרשות לחיות עם התוצאה הפוגעת בהן דרך קבע, שנה אחר שנה.

מנגד, קבלת עמדתן לקבורה נפרדת, אינה אלא מימוש מאוחר של דרך הקבורה, שהייתה ננקטת אילו היו הנתבעים (כולם או מי מהם) פונים לתובעות מראש ולומדים על התנגדותן לקבורת על של המנוחה. במצב זה, הייתה נתבעת 1 מקצה למנוחה קבר משלה, ולאחיהּ לא היה יסוד לטענה כלשהי נגד נתבעת 1 או נגד התובעות. מלכתחילה לא היתה להם זכות לקבורת על, וממילא ההתנגדות לא היתה שוללת מהם כל זכות.

1. כאמור, כבוד המת הוא ערך חשוב המתבטא פעמים רבות בציפיותיהם של בני המשפחה הקרובים. כבוד מת אחד אינו צריך לבוא על חשבון כבודו של מת אחר. בוודאי לא בדרך של התעלמות מבני משפחתו של המת, ורמיסת רצונם לקבורת יחיד. בכך יש חריגה מכבודה של המנוחה, ופגיעה בכבודו של המנוח, תוך ניסיון לכפות על בנותיו פגיעה בדלת אמותיו של קבר אביהן, שהוא כמעין רשות היחיד, באופן המונע מהן את מימוש ציפיותיהן הלגיטימיות לכבד את אביהן בדרכן.
2. לאור דברים אלה, יש יסוד בדין להורות על תיקון המצב שנוצר בעקבות קבורת העל שנעשתה שלא כדין, תוך הפרת הנהלים והפגיעה בזכויות התובעות, בדרך של צו עשה. על כן, יש לבחון את הסעד המבוקש לאור טענת העדר הסמכות העניינית. ולכך אפנה עתה.

סמכות עניינית

1. טענת נתבעים 2 ו-3 היא שאין לבית משפט זה סמכות עניינית לדון בתביעה, שכן "הסמכות הייחודית" בעניין הוצאת גופה מקבורה מצויה אך ורק בידי מנהל שירותי הרפואה מטעם משרד הבריאות. כאמור לעיל, טענה זו יכולה להתייחס אך לסעד של צו עשה, אשר זו לשונו: "[ל]**העברת מקום קבורתה של המנוחה, בכפוף ל**[**תקנות בריאות העם (קבורה מחדש**](http://www.nevo.co.il/law/74716)**ה), 1941, כך שלא תהיה קבורה ב'קבורת על' עם המנוח."**

הטענה מבוססת על [תקנות בריאות העם (קבורה מחדש)](http://www.nevo.co.il/law/74716), 1941 (ולהלן: **התקנות**), אשר קובעות [בתקנה 3](http://www.nevo.co.il/law/74716/3) כך:

**"אסור להוציא גופה מקברה לכל מטרה שהיא, ואסור לקבור גופה מחדש, ואסור לפתוח קבר או כוכי-קברים לצורך קבורת גופות אחרות אלא אם כן נתקבלה תחילה רשות בכתב מאת רופא ממשלתי. רשות זו תנתן חנם."**

[ובתקנה 5](http://www.nevo.co.il/law/74716/5) כך:

**"(1) המנהל רשאי מטעמים רפואיים, לבלי לתת רשות להוצאת גופה מקברה ולקברה מחדש, וכן רשאי הוא לבלי תת רשות כזאת מטעמים אחרים.**

**(2) אם נאמר בתעודה כי המות נגרם ע"י סבות טבעיות, ואם חלפה שנה מיום המות, מותר ליתן רשות להוצאת הגופה מקברה על מנת להוציאה מישראל, או לקברה מחדש בישראל ובלבד שימלאו אחרי הוראות התקנות האלה.**

**..."**

כאמור [בסעיף 2](http://www.nevo.co.il/law/74716/2) לתקנות, "המנהל" הוא "מנהל שירותי הרפואה או בא כוחו המוסמך". כיום ממלא התפקיד הוא אורגן של משרד הבריאות. "רופא ממשלתי פירושו רופא במשרד הבריאות".

1. נתבעים 2 ו-3 הפנו ל[ת"א (שלום י-ם) 19369-08-19](http://www.nevo.co.il/case/25938346) **טוביאנה נ' החברה קדישה של ועד העדה המערבים** [נבו] (2021), אשר ציטט בהרחבה מפסק הדין ב[ת"א (שלום קריות) 32371-07-14](http://www.nevo.co.il/case/17066496) **קירור אחזקות בע"מ נ' הנאמן על ווקף ג'מע אל אסתכלל של חיפה** [נבו] (2018), שנסמך על [בג"צ 637/85](http://www.nevo.co.il/case/5716058) **חברה קדישא גחש"א ראשון לציון נ' מנכ"ל משרד הבריאות ואח'** [נבו] (1986)).
2. נתבעת 1 לא טענה להעדר סמכות עניינית, ואף לא התייחסה בסיכומיה לטענה זו. בראש סיכומיה הצהירה, כי "**שאין לה מחלוקת וריב בינה לבין התובעות או הנתבעים, ושכל רצונה הוא שסוגיה רגישה זו של עקירת נפטרת מקברה, תיעשה אך ורק לאחר החלטה שיפוטית חלוטה**." קרי, מנקודת מבטה של נתבעת 1, שהיא הגוף האמון על הקבורה, אין מניעה שבית המשפט ייתן צו עשה בנדון, והיא "**תרכין ראש בפני בית המשפט ותבצע כל החלטה חלוטה**" (סעיף 25 לסיכומיה). ודוק: לא ניתן לסבור, שנתבעת 1 אינה ערה להוראות התקנות, שהרי היא הייתה צד להליכים שונים בהקשרים דומים, ובהם [בג"צ 637/85](http://www.nevo.co.il/case/5716058), [נבו] שעסק בסוגיה רגישה מאין כמותה, והוכרע על יסוד תקנות אלו ממש.
3. אפשר שהטעם לכך הוא, שעל פי [תקנה 3](http://www.nevo.co.il/law/74716/3) לעיל, **"ואסור לפתוח קבר או כוכי-קברים לצורך קבורת גופות אחרות אלא אם כן נתקבלה תחילה רשות בכתב מאת רופא ממשלתי".** קרי עצם פתיחת קבר כדי לקבור אדם אחר מחייבת אישור רופא ממשלתי**.** אולם מהראיות שהובאו בהליך, עולה, שלפני שנתבעת 1 פתחה את קבר המנוח לצורך קבורת המנוחה, היא לא פנתה ולא קיבלה "**רשות בכתב מאת רופא ממשלתי**".

יתירה מכך, ב"תצהיר בקשה לקבורת עילית" (ת/1) אין אזכור לחובה לקבל אישור של רופא ממשלתי לצורך הקבורה. על כן אפשר שגישתה של נתבעת 1 היא שלא דרוש אישור מכוח התקנות לשם קבורת על או לשם העברת המנוחה לקבר חדש. עניין זה אינו דורש הכרעה בהליך שבפנינו, שכן המחלוקת היא בשאלת סמכותו העניינית של בית המשפט לדון בסעד המבוקש ולא בהיקף תחולתן של תקנות בריאות העם.

אוסיף, שאם ייקבע, שהתקנות קובעות "סמכות ייחודית" בעניין פתיחת קבר לצורך קבורת אדם אחר או הוצאת אדם מקברו – הרי אפשר שפעולת קבורתה של המנוחה נעשתה ללא רשות וללא סמכות.

1. עיון בפסיקה מלמד, שככלל בתי המשפט ראו, שהוצאת אדם מקברו לצורך קבורה בקבר אחר מחייבת רשות של "רופא ממשלתי" או של "מנהל שירותי הרפואה". אכן, בעניין קבורה צבאית חל הסדר שונה ([בג"צ 5785/18](http://www.nevo.co.il/case/24891507) בעניין **אלוז** לעיל), אולם בקבורה אזרחית רגילה כך נהגו בתי משפט גם במקרים נוספים. באחד המקרים, הורה בית המשפט להתיר לתובעת לערוך בדיקות DNA לגופה שנקברה כאמה, בשל ספק בזהותה, וקבע שכדי לבצע זאת יהיה עליה "**לפנות אל הרופא המחוזי של משרד הבריאות ולבקש להוציא שוב את הגופה מהקבר לצורך בדיקה, או לאפשר בדיקה כזו, אם ניתן, מבלי שיהיה צורך בהוצאת הגופה אלא בפתיחת הקבר בלבד."** ([ת"א (חיפה) 728/04](http://www.nevo.co.il/case/340856)‏ **‏שוורצברגר נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות**‏ [נבו] (2004)**).**

במקרה אחר, נדונה עתירה בעניין התנגדות חברה קדישא לבצע העברת גופתה של מנוחה לאוסטרליה, על אף שניתן אישור רופא ממשלתי. נקבע, "**שהסמכות הבלעדית להוצאת גופה מקברה וקבורתה מחדש במקום אחר נתונה בידי הרופא המחוזי של משרד הבריאות, אשר התיר לעשות כן." (**[עת"מ (ב"ש) 43743-02-18](http://www.nevo.co.il/case/23654222)  **שליסרמן נ' מועצה דתית** **וחברה קדישא באר שבע [נבו]** (2018).

1. בעניין **קירור אחזקות בע"מ** לעיל, אליו הפנו נתבעים 3-2, מצא בית המשפט השלום, שהכרעה שיש לפנות את הקברים שעמדו במרכז התביעה, ניתנה כבר בתיק קודם (ת"א (שלום חיפה) 16230/99 **מדינת ישראל – רשות הפיתוח וקק"ל נ' הנאמן על ואקף ג'מאעת אלאיסתקלאל** (לא פורסם; 2000)), ושהיא מהווה מעשה בית-דין בעניין שנדון בפניו. בטרם פנה לעיון מעמיק בשאלת הסמכות לנוכח תקנות בריאות העם, קבע בית המשפט שם ביחס לפסק הדין בת"א 16230/99, כי "**אין לפרש את פסק הדין הנותן סעד המחייב את הנתבע בפינוי קברים, כפוטר את התובעת מפניה בהליך שכפי שנראה להלן קבוע בדין, אל מנהל שירותי הרפואה במשרד הבריאות בבקשה למתן היתר כדין להוצאת הקברים**."
2. לאור דברים אלה, מצאתי שיש לתת צו עשה כמבוקש, ולפיו תעביר נתבעת 1 את מקום קבורתה של המנוחה מקברו של המנוח (כך שלא תהיה קבורה ב'קבורת עמו), וזאת בכפוף ל[תקנות בריאות העם (קבורה מחדש](http://www.nevo.co.il/law/74716)ה), 1941.

לא מצאתי לקבוע בגדרי הליך זה את דרך הפעולה הנדרשת לפי תקנות בריאות העם. אפשר שדי באישור רופא ממשלתי או של הרופא המחוזי (כפי שנעשה במקרים קודמים כאמור), ואפשר שנדרש היתר של מנהל שירותי הרפואה. הצדדים לא טענו בעניין זה, וממילא הוא חורג מהכרעה בסכסוך האזרחי שבפניי.

1. בשולי הדברים אעיר, שלטעמי הביטוי 'סמכות ייחודית' בקשר להיתר שנדרש לפי תקנות בריאות העם מחייב הבהרה. לא מדובר בסמכות **שיפוטית**, אלא בסמכות **מנהלית**. אכן, הפעולות הקבועות בתקנות, ובפרט [בתקנה 3](http://www.nevo.co.il/law/74716/3), מחייבות אישור של רופא ממשלתי או של מנהל שירותי הרפואה, ורק של מי מהם. במובן זה, סמכותם **המנהלית** היא ייחודית (בכפוף לחקיקה אחרת, ולמשל [חוק בתי קברות צבאיים](http://www.nevo.co.il/law/75026), התש"י-1950, כעולה בעניין **אלוז** לעיל). אולם אין בכך כדי לשלול את סמכותו של בית משפט להכריע לגוף העניין בסכסוך משפטי המובא בפניו. כך עשו בתי משפט במקרים אחרים, וכך מצאתי שיש לעשות גם במקרה דנן.

סעדים

1. לאור האמור לעיל תעביר נתבעת 1, חברה קדישא, את המנוחה מהקבר בו היא שוכנת, שהוא קברו של המנוח, לקבר שיוקצה לה, לפי הוראות בני משפחתה מדרגה ראשונה, ובהם נתבעים 2 ו-3, וזאת בכפוף להוראות [תקנות בריאות העם (קבורה מחדש)](http://www.nevo.co.il/law/74716), 1941. העברת הקבורה תעשה תוך 90 יום מהיום.

בהעדר הוראות מבני המשפחה, תבוצע ההעברה על פי הדין החל על נתבעת 1 בעניין זה.

1. לאחר השלמת הקבורה, תתקין חברה קדישא, על חשבונה, את המצבה ובכלל זה הכרית והלוח, על גבי קברו של המנוח, לְמַצבהּ כפי שהיה בטרם קבורת העל, ותישֹא בהוצאות הכרוכות בכך.
2. אף שהדבר חורג מענייננו, נכון תעשה החברה קדישא אם תישא בהוצאות התקנת כרית מצבתה של המנוחה על קברה החדש.
3. ניתנת לתובעות רשות לפיצול סעדים.

הוצאות משפט

1. נתבעת 1 התנגדה למתן הסעד המבוקש. ניסיונה להציג את עמדתה כ"נייטרלית" אינו מתיישב עם התנהלותה, ואף לא עם הדברים החריפים והפוגעים, משוללי היסוד, אשר הטיחה בתובעות בכתב ההגנה: "**התובעות מגדילות לעשות ופוגעות בכבוד האם ביודען שהן היורשות היחידות של האם – מקרה קלאסי של 'הרצחת וגם ירשת'**", ובטענה המיותרת, כי "**ההליך המשפטי נולד בחטא."**
2. יסודה של התביעה בתקלה רבתי בהתנהלות נתבעת 1, שהתעלמה לחלוטין מהתובעות ומהאלמנה ומזכותן להביע עמדה בעניין קבורת על בקבר המנוח. להתעלמות זו לא היתה כל הצדקה וההסבר שניתן לה נדחה. במקום לקחת אחריות לתקלה זו, ביקשה נתבעת 1 להוכיח שלא נפל פגם במהלכיה, והתנגדה למתן הסעד המבוקש.

אולם בסופו של יום, עמדתה נדחתה. הוכח שטיפולה בקבורת העל היה רצוף פגמים, כמפורט לעיל. עמדתה, שביקשה מנתבעים 2 ו-3 את הסכמת קרובי המשפחה של המנוח, נדחתה, וכך נדחתה גם טענתה, שהיה בידה "תצהיר בקשה" חתום בידי נתבעים 2 ו-3, שמשום מה לא הצליחה למצוא אותו. האפשרות שלא פנתה לאלמנה משום שאינה יהודיה ולא לבנות בשל סברה שגויה שאינן יהודיות – מקוממת. חובת נתבעת 1 לפנות לבני המשפחה הקרובים בעניין זה אינה קשורה לאמונתם הדתית בכל דרך שהיא.

1. יתירה מכך, במהלך הדיונים נמצא שנתבעת 1 לא קיימה שורה של החלטות שיפוטיות כמפורט בהחלטות בית המשפט, ובהן אי התייצבות לקדם משפט ואיחור בהבאת הראיות. כך, גם בשאלת גילוי המסמכים, לא פירטה נתבעת 1 את כלל המסמכים שהיו ברשותה, ובפועל רק בסיום חקירה נגדית של העד מטעמה, הוגשו שני מסמכים "שהועברו" לבקשתו, ושהתברר שיש להם חשיבות לא מעטה לבירור המחלוקות.
2. גם עמדת נתבעים 2 ו-3 נדחתה. למעשה, נתבעים 2 ו-3 לא הצביעו על זכות לקבורת על של המנוחה, שהתקיימה לבקשתם, ולא תמכו את התנגדותם להעברת המנוחה בטעמים של ממש. גם בעניינם נמצא, שביסוד הדברים עומדת העובדה, שהם לא גילו את קיומן של התובעות ושל האלמנה, וכפי שנקבע טענתם שמדובר בהשמטה לא התקבלה.
3. לאור דברים אלה תשלם נתבעת 1 לתובעות בגין הוצאותיהן המשפטיות ושכ"ט עו"ד סכום של 35,000 ₪, וכן את מלוא האגרה ששילמו.

נתבעים 2 ו-3 ישלמו לתובעות בגין הוצאותיהן המשפטיות ושכ"ט עו"ד סך של 8,000 ₪.

נתבעת 4 לא נקטה עמדה ולא השתתפה בדיונים, למעט הגשת כתב הגנה, ועל כן אין צו להוצאות בעניינה.

לפני נעילה

1. בפרשת קבורה טעונה ועגומה מן העבר ([בג"צ 637/85](http://www.nevo.co.il/case/5716058) **חברה קדישא גחש"א נ' מנכ"ל משרד הבריאות ואח'** [נבו] (1986), לאחר שמצא בית המשפט שיש לפעול לפי המצב החוקי, הוסיף כבוד הנשיא, השופט מאיר שמגר, דברים היפים גם לענייננו:

**5129371"מבקש הייתי, כי מעבר לקבלת מרותו של החיקוק ושל המסקנה בדבר חוקיותה של הפעלת הסמכויות על פיו, [ש]גם יתגלו מצד כל בעלי הדין הבנה והשלמה, אשר מתוכן תסולק המרירות, אשר הדיה עלו מתוך דבריהם לפנינו של באי הכוח המלומדים של העותרת מחד גיסא ושל המשיבה השלישית מאידך גיסא. הרי כבוד האדם, בחייו ובמותו, הוא בין ערכי היהדות המקודשים, ויהיה זה על-כן בגדר הציפיה הסבירה, אם גישה זו תשמש גם את מי שכבר פעלו כאן בהענקת חסד אחרון של אמת. ... משאלתי היא, על-כן, כי בעקבות ההכרעה השיפוטית יזכה העניין כולו לגישה של סובלנות ושל השלמה, תרתי משמע."**

1. 54678313בעלי הדין ובאי כוחם נהגו כך במהלך הדיונים, ויש לקוות שבעקבות ההכרעה ימצאו להמשיך ולנהוג בסובלנות ובהשלמה מתוך כבוד לנפטרים ולבני משפחותיהם.

ניתן היום, ח' אלול תשפ"ד, 11 ספטמבר 2024, בהעדר הצדדים.

5129371

54678313