



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 40294-11-24

לפני: כבוד השופט אלכס שטיין  
כבוד השופטת גילה כנפי-שטייניץ  
כבוד השופט חאלד כבוב

העותרת: מירי דגן

נגד

המשיבים: 1. שר הביטחון, ישראל כ"ץ  
2. משרד הביטחון  
3. ראש המטה הכללי, רב-אלוף הרצי הלוי  
4. ראש אכ"א, אלוף יניב עשור  
5. צבא הגנה לישראל

בשם העותרת: עו"ד יובל יועז

בשם המשיבים: עו"ד רועי שויקה

### פסק-דין

השופט אלכס שטיין:

1. ביום 23.10.2024, אסון גדול פקד את משפחתו של רס"ן (מיל') אסף דגן, ז"ל, אדם מחונן וחייל צה"ל למופת, ששם קץ לחייו.

2. רס"ן דגן תרם רבות לצבא הגנה לישראל, ובפרט לחיל האוויר – חיל בו שירת שנים רבות כקצין בשירות חובה וקבע, ושנים נוספות כקצין מילואים, אשר כללו ימים רבים וארוכים במלחמת "חרבות ברזל". העותרת, אמו של רס"ן דגן, ביקשה שזיכרונו יונצח על ידי קבורתו הצבאית בבית קברות של צבא הגנה לישראל. זאת, מאחר שלטענתה רס"ן דגן מצא את מותו בדרך לשירות מילואים או, למצער, עקב שירותו האינטנסיבי אשר האפיל על אורחות חייו מחוץ למדים. המשיבים מוקירים את תרומתו של רס"ן דגן לצבא – ודומני כי איש לא יחלוק, במיוחד בימים קשים אלה, כי רס"ן דגן ודומיו הם סלע קיומנו כעם וכמדינה. ברם, לדברי המשיבים, רס"ן דגן לא היה בדרכו לשירות מילואים ביום שבו מצא את מותו, ולפיכך הוא אינו זכאי לקבורה צבאית בגדרו של חוק

בתי קברות צבאיים, התש"י-1950 (להלן: חוק הקבורה הצבאית). המשיבים מסבירים כי הזכות לקבורה צבאית שחוק זה מקנה שמורה – בעולמם של משרתי צה"ל – למי שמצא את מותו בהיותו חייל, כאמור בסעיף 4(א) לחוק, וכן ל"חייל מילואים שנהרג בדרכו לשירות מילואים או בחזרתו ממנו", כאמור בסעיף 14(4) לחוק. המשיבים מוסיפים וטוענים כי מדובר ברשימה סגורה וכי לשום גורם צה"לי, ואף לשר הביטחון (להלן: השר), אין סמכות להורות על קבורתו של חייל מילואים שמצא את מותו מחוץ למסגרת השירות ולא בזמן שהיה בדרכו לשירות מילואים או בחזרתו משירות זה.

3. המחלוקת שנתגלעה בין העותרת למשיבים היא מחלוקת עובדתית ומשפטית. במישור העובדתי, עולה השאלה הבאה: האם רס"ן דגן היה בדרכו לשירות מילואים פעיל כאשר שם קץ לחייו? העותרת טוענת שאכן כך היה, ואילו המשיבים סבורים אחרת. במישור המשפטי, עולה שאלה אחרת: האם חוק הקבורה הצבאית – שהוראותיו הנוגעות לענייננו אינן מותירות שום שיקול-דעת למיישמיו – הוא מקור סמכותם הבלעדי של האמונים על קבורה צה"לית? שאלה זו עולה לנוכח האמור בפקודת מטכ"ל 38.0116 "טקס לווייה צבאית או טקס גילוי מצבה" (26.9.2017) (להלן: פ"מ 38.0116 או הפקודה), שאף היא קובעת הוראות בדבר קבורתם של חיילים בשירות סדיר ומשרתי מילואים. לכאורה, ואולי אף למעלה מלכאורה, הוראות סעיף 9 לפקודה מסמיכות את השר להורות על קבורתו הצבאית של "נפטר" בבית קברות אזרחי בהתאם לשיקול-דעתו, כל אימת שהשר מוצא לנכון לעשות כן בנסיבות מתאימות. העותרת טוענת שהשר אוחד בסמכות הדרושה ליתן לה את מבוקשה, ושכך גם ראוי ונכון לעשות בנסיבות העניין. מנגד, המשיבים חולקים על קיום הסמכות כאמור.

4. העתירה שלפנינו הביאה מחלוקת זו – על שני ראשיה – להכרעתנו. בשל דחיפות העניין ומטעמים דיוניים בלבד, החלטתי, ביום 21.11.2024, בהסכמת המשיבים, כי הדיון בעתירה יתקיים כאילו ניתן צו על-תנאי. בדיון שהתקיים לפנינו ביום 25.11.2024, שמענו באריכות את טענות הצדדים שפרשו לפנינו את משנתם בטוב טעם ודעת וברגישות המתחייבת. בתום הדיון, ביקשנו לקבל את עמדת המשיבים בענייננו של סעיף 9 לפ"מ 38.0116. כמו כן, המלצנו למשיבים כי השר ישקול להורות על קבורתו הצבאית של רס"ן דגן בבית קברות אזרחי – זאת, בהתחשב בכך שמדובר במקרה מיוחד, מבלי להכיר בזכויות שבדין, ובפרט, מבלי שהדבר יהווה תקדים או ישמש אינדיקציה לכך שמשפחתו של רס"ן דגן זכאית להטבות לפי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950 (להלן: חוק המשפחות).

5. ביום 27.11.2024 הודיעונו המשיבים כי השר קיבל את המלצתנו, כי המשיבים הציעו לעותרת כי תיערך לרס"ן דגן לווייה צבאית בבית קברות אזרחי, אולם העותרת עומדת על כך שבנה יובא למנוחת עולמים בבית קברות צבאי. כמו כן פירטו המשיבים את עמדתם המשפטית בנוגע לסעיף 9 לפ"מ 38.0116. במסגרת זו, חזרו המשיבים על טענתם כי סעיף זה אינו מסמיך את השר להורות על קבורתו של חייל, איש מילואים או נפטר אחר שלא בהתאם לחוק הקבורה הצבאית.

6. העותרת הניחה על שולחננו תגובה להודעה זו ביום 28.11.2024, בשעות הערב. בתגובה זו נאמר כי "העותרת עומדת על עתירתה ולפיה מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו מוחלט המורה למשיבים לקיים לאספ"ז"ל, כחלל צה"ל, קבורה צבאית מלאה בבית קברות צבאי, ואולם אם הדברים יגיעו לכדי כך, העותרת תסכים בלית ברירה להצעת הפשרה האמורה" – כשכוונת הדברים לפשרה שהצענו ושהייתה מקובלת על השר.

7. במסגרת זו, סיכמה העותרת את טענותיה ואת מבוקשה כדלקמן:

"בית המשפט הנכבד יתבקש ליתן לעותרת צו מוחלט המורה למשיבים לקיים לאספ"דגן ז"ל קבורה צבאית מלאה בבית קברות צבאי, כמבוקש בעתירה".

"לחילופין, יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לעשות שימוש בסמכותם ולהורות על קבורה צבאית מלאה לאספ"דגן ז"ל בבית קברות אזרחי, בכפוף לרכיבים הנקובים במכתב מטעם העותרת מיום 28.11.2024 – דהיינו: "השתתפות מפקדי החיל ובני קורס הטיס של אספ"ז"ל בטקס ההלוויה ובנשיאת הארון; הנצחה צבאית לרבות אתר "יזכור"; ועריכת טקס אזכרה שנתי של החיל ליד קברו של אספ"ז"ל"; וכן התקנת מצבה צבאית על קברו של אספ"ז"ל (להלן: פרטי ההלוויה).

8. כמו כן ביקשה העותרת כי נחייב את המשיבים בהוצאותיה ונסיר את החיסיון מעתירתה באופן שיחול עליה עיקרון הפומביות.

9. הסוגיה בה נדרשים אנו להכריע אינה פשוטה מבחינה משפטית וסבוכה עוד יותר בהיבט האנושי, הציבורי והמוסרי. הקושי המשפטי מתהווה מחוץ למסגרתו של חוק הקבורה הצבאית, שהוראותיו ברורות. ראשית, דברי ההסבר להצעת החוק שבעקבותיה

חוקק סעיף 14 לחוק הקבורה הצבאית (ראו: הצעת חוק בתי קברות צבאיים (תיקון מס' 4), התשע"ב-2012, ה"ח 520, 522), מלמדים, לכאורה, על כך שהמילה "נהרג" – בה החוק עושה שימוש בהגדרו, לענייננו, "חייל מילואים שנהרג בדרכו לשירות מילואים" (סעיף 14(4) לחוק) – מתייחסת למקרי מוות אשר נגרמים על ידי תאונה או גורם חיצוני כלשהו. שנית, וזה העיקר: גם אם ניתן למילה "נהרג" פרשנות רחבה, לא נוכל לקבוע כי רס"ן דגן מצא את מותו בדרכו לשירות מילואים כעניין שבעובדה. זאת, מאחר שאין שום תיעוד רשמי-צה"לי לקריאתו למילואים ביום 23.10.2024; מאחר שנהלי היחידה בה שירת רס"ן דגן לפני מותו מחייבים תיעוד כאמור, כפי שהוסבר לנו על ידי בא-כוח המשיבים; וכך משום שהמשיבים בדקו ולא מצאו שום אינדיקציה לכך שרס"ן דגן התכוון להתייצב לשירות מילואים באותו יום. מנגד, עומד התיעוד הפרטי של רס"ן דגן אשר הובא לעיוננו ואשר אינו בהכרח מוביל לתוצאה לה טוענת העותרת.

10. לא נותר לנו, אפוא, אלא לדון במשמעותו של סעיף 9 לפ"מ 38.0116 ובהשלכותיו על גורל העתירה.

11. אקדים ואומר כי פ"מ 38.0116, כמו כל יתר הפקודות של מטכ"ל, נקבעו מכוח האמור בסעיפים 3(א) ו-5 לחוק יסוד: הצבא ובסעיף 2 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (ראו והשוו: בג"ץ 8420/21 אלנקווה נ' צבא ההגנה לישראל, פסקאות 38 ו-40 (11.2.2024); וכן 1268/23 מגן ביטחון נ' ראש המטה הכללי, פסקאות 47-53 (10.10.2024)). אשר על כן, אין מדובר בפקודה או בתקנה שכוננו מכוחו של חוק הקבורה הצבאית; וכפי שיובהר להלן, עובדה זו הינה בת-חשיבות.

12. הבה נקרא את נוסחו הקודם של פ"מ 38.0116 (ראו: פקודת מטכ"ל 38.0116, "טקס לווייה צבאית או טקס גילוי מצבה לחייל שמקום קבורתו לא נודע" (10.10.2013)), שהמשיבים הציגו לפנינו:

"קביעת לווייה וקבורה צבאית בבית קברות צבאי

3. לווייה צבאית וקבורה בבית קברות צבאי או טקס הנחת כרית זיכרון לחייל שמקום קבורתו לא נודע (להלן: "מקל"ן") ייערכו לנפטרים האלה:

[...]

ד. אזרח שאינו נמנה עם כוחות המילואים, לפי החלטה מיוחדת של שר הביטחון.

[...]

7. אישר שר הביטחון לערוך לוויה צבאית בבית קברות אזרחי, לאזרח כמפורט בסעיף 3, סעיף משנה ד לעיל – יובא הנפטר לקבורה בבית קברות אזרחי בטקס צבאי מלא [...].”

13. האמור בסעיף 7 לפקודה הישנה, שצוטט זה עתה, מופיע כעת – בנוסח כמעט זהה – בסעיף 9 לפ"מ 38.0116. ברם, סעיף 3ד לפקודה הישנה, שעניינו קבורתו צבאית של אזרח, בוטל ואינו בר-קיימא. כפועל יוצא מכך, הוראת סעיף 9 העכשווית – אשר מסמיכה את השר לאשר קבורה צבאית בבית קברות אזרחי "לאזרח כמפורט בסעיף 3 לעיל" – מפנה לחלל ריק. זאת, מאחר שסעיף 3 לפ"מ 38.0116 מייחד בתי קברות צבאיים ל"לוויה צבאית בלבד" וכלל אינו קשור לסעיף 9. המשיבים למדים מכך על ביטול המתווה של קבורה צבאית בבית קברות אזרחי, ובאמתחתם ראיות אשר מצביעות על כך שזאת אכן היתה כוונתם של מתקני הפקודה. בטענתם זו של המשיבים יש לכאורה ממש.

14. מנגד, העותרת טוענת כי סעיף 9 לפ"מ מדובר בלשון ברורה על סמכותו של השר לאשר קבורה צבאית בבית קברות אזרחי – סמכות שאינה יכולה להתפוגג מכוח הדברים שמתקני הפקודה נצרו בלבם ולאור כוונתם שלא מומשה הלכה למעשה. טענה זו, אף בה אין להקל ראש. זאת, בין היתר, משום שפ"מ 38.0116 לא באה לעולם מכוחו של חוק הקבורה הצבאית, ומשום שמתווה הפקודה, המבוסס על שיקול דעתו של השר, שונה מהוראותיו הכופות של חוק הקבורה הצבאית.

15. כפי שכבר ציינתי, מדובר בסוגיה מורכבת. ברם, אחרי שנוכחנו לדעת כי רס"ן דגן אינו נמנה על זכאי הקבורה לפי חוק הקבורה הצבאית, ועל כן אין בידינו לתת לעותרת את הסעד העיקרי שהתבקש בעתירתה; ואחרי שהשר קיבל את הצעת הפשרה שהצענו – הסכמה שהסמיכתנו לתת לעותרת את הסעד החלופי – אין אנו נדרשים להכריע בסוגיה זו.

16. העתירה מתקבלת אפוא במוכן זה שהעותרת תהא זכאית לסעד החלופי שהתבקש על ידיה – זאת, מתוקף ההסכמה שכאמור ניתנה על ידי השר. אנו מורים כי רס"ן אסף דגן, ז"ל, יובא למנוחת עולמים בבית קברות אזרחי בטקס צבאי מלא. פרטי ההלוויה,

מקומה, ועניין המצבה יסוכמו בין משפחתו של רס"ן דגן ורשויות הצבא בהתאם לנהוג והמקובל במטרה לכבד את זכרו כקצין בחיל האוויר. לנוכח התוצאה אליה הגענו, לא נעשה צו להוצאות.

17. לבקשת העותרת, אנו מסירים את החיסיון מהעתירה. פסק דיננו זה יהא פתוח לעיון הציבור.

18. כמו כן, נמליץ לרשויות הצבא לתקן את התקלה שנפלה בניסוחה של פ"מ 38.0116.

19. למען הסדר הטוב, נבהיר כי אין באמור לעיל משום נקיטת עמדה – לכאן או לכאן – באשר לזכאות העותרת ובני משפחתה להטבות לפי חוק המשפחות. בעניין זה, זכויות הצדדים וטענותיהם תישמרנה.

20. אנו שבים ומביעים את תנחומינו לעותרת ולבני משפחת דגן על מותו של אסף ז"ל בטרם עת.

ניתן היום, ל' חשוון תשפ"ה (01 דצמבר 2024).



חאלד כבוב  
שופט



גילה כנפי-שטייניץ  
שופטת



אלכס שטיין  
שופט