

תאריך החתימה על המסמך:

המועד האחרון להגשת ההודעה על התייצבות: 26.12.2021

ת"צ 58435-06-19

בבית משפט המחוזי תל אביב

בפני כבוד השופטת הדס עובדיה

קבוע לדיון ביום 2.2.2022

בעניין שבין:

המבקשים:

1. אסנת-אוסי מטודי

2. יהודית אלקלעי

3. אלון יעקב מנדלבאום

4. מאיר ציניאט

5. משה ציניאט

ע"י ב"כ עו"ד מיבי מוזר

מרח' הנמל 40, 63506, ת"ד 300

טל': 03-5442370, פקס: 03-5442375

lm@lm-adv.co.il

- נ ג ד -

המשיבה:

חברה קדישא גחש"א ראשון לציון (ע"ר)

ע"י ב"כ עו"ד ירון טיקוצקי ואסף גרשגורן

משדרות הפלי"ם 7 חיפה 3309510, קומה 7 בניין הפניקס

טל': 04-8147500

mail@dtkgglaw.com

מתייצב להליך:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז מרכז - אזרחי

דרך מנחם בגין 154 בית קרדן תל אביב 6492107

ת"ד 33260

טל': 073-3924700, פקס: 02-6468017

mazkirut-merkaz-ezra@justice.gov.il

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 28.6.2020 ובהתאם להודעת היועץ המשפטי לממשלה על התייצבות להליך, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדה ביחס לבקשה לאישור תביעה כייצוגית שבכותרת.

ההדגשות הוספו אלא אם נאמר אחרת.

א. פתח דבר

1. ככלל, הקבורה בישראל היא בחינם. ההוצאות הכרוכות בהבאת נפטר לקבורה ממומנות בידי המוסד לביטוח לאומי (להלן: "**המל"ל**"). נוסף על כך, ישנם מקרים שבהם מותר לגופי הקבורה לגבות תשלום נוסף עבור קבורה. במקרים אלה עוסק הליך זה.
2. בשנת 2019 הוגשה הבקשה לאישור תביעה כייצוגית שבכותרת נגד חברה קדישא גחש"א ראשון לציון (ע"ר) (להלן: "**בקשת האישור**" ו-"**המשיבה**"), בהתאמה). בליבה של בקשת האישור עומדת הטענה כי המשיבה מכרה חלקות קבר בגוש 01 בבית העלמין "גני אסתר", אשר הוכרז בשנת 2002 כ"בית עלמין סגור", מעבר למותר בדין. התנהלות זו, כך נטען בבקשת האישור, עולה כדי הפרת דין והסכם, וכן התעשרות שלא כדין על גבן של משפחות הנפטרים. עוד נטען כי המשיבה מכרה אחוזות קבר בגוש 02 בבית העלמין "גני אסתר" כ"חלקות חריגות" (שגם עליהן מותר לגבות תשלום), בעוד שבפועל, לכאורה, מדובר היה בחלקות פטורות מתשלום. לחלופין, נטען בבקשת האישור כי התעריפים שבהם מוכרת המשיבה את החלקות הסגורות והחריגות אינם סבירים. לנוכח דברים אלה, מבוקש להורות למשיבה להשיב לחברי הקבוצה את הכספים שנגבו מהם לטענתם ביתר (סעד לעבר), וכן להורות למשיבה לחדול מגביית תשלום עבור אחוזות קבר שלא כדין (סעד צופה פני עתיד).
3. לאחר הגשת תגובה לבקשת האישור ותשובה לתגובה, הורה בית המשפט (כב' השופטת **הדס עובדיה**) ביום 28.6.2020 ליועץ המשפטי לממשלה להודיע אם ברצונו להתייצב להליך. ביום 9.5.2021 התקיים דיון ראשון בבקשת האישור בבית המשפט, אשר בסופו ניתנה ליועץ המשפטי לממשלה ארכה לבחינת האפשרות להתייצבות להליך. בהמשך לכך, ולאחר בחינה מקצועית מעמיקה של הנושאים שעל הפרק, החליט היועץ המשפטי לממשלה על התייצבות להליך ועל הגשת עמדה כדלקמן.
4. בקליפת אגוז, לפי נהלי המל"ל, בית עלמין שניתן להכריז עליו כסגור הוא בית עלמין אשר 99% מאחוזות הקבר שבו מלאות או מכורות ואין אפשרות להרחיבו. מעת שהוכרז בית עלמין כסגור, רשאי גוף הקבורה למכור לציבור את חלקות הקבר הפנויות המעטות שנותרו בו (1%) בתעריפים שהוא קובע, וזאת על מנת לאזן בין הצורך במקור תקציבי לתחזוקה של בית העלמין הסגור לבין הצורך לספק לציבור אפשרות להיקבר בחינם או בתעריף מפוקח (במקרה של רכישה בחיים).
5. כמפורט להלן, גוש 01 בבית העלמין הישן "גני אסתר" מושא דיונו, הוכרז כסגור בהתאם להסכם בין המל"ל לבין המשיבה, שבו צוין כי בגוש 01 "יותר מספר מצומצם ביותר של אחוזות קבר", וכן בהתאם לנוהל המל"ל לסגירת בתי עלמין הנזכר לעיל. אף-על-פי-כן, במהלך השנים מאז סגירת גוש 01, מכרה המשיבה אחוזות קבר בגוש 01 במספר העולה בהרבה על מספר אחוזות הקבר שהיו פנויות במועד הסגירה, אשר עמד בשעתו על 77 אחוזות קבר. יתר על כן, גם כיום קיים פוטנציאל להרחבה נוספת של הקבורה בבית עלמין זה.
6. בתמצית, והדברים יובאו ביתר הרחבה בהמשך, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי תוספת אחוזות

הקבר הללו בגוש 01, כמו גם מכירתן לציבור, אינן מתיישבות לכאורה עם הכללים החלים על בתי עלמין סגורים ועם ההסכם שנכרת בין המל"ל לבין המשיבה לסגירתו של גוש 01. ואולם, בשלב מקדמי זה של ההליך, היועץ המשפטי לממשלה אינו סבור שיש מקום להבעת עמדה מטעמו בשאלה אם הדבר מקים עילות תביעה ביחס לעבר או זכאות לפיצוי/להשבה למבקשים, והוא שומר על זכותו להתייחס לכך בשלב מתקדם יותר של ההליך.

7. לעניין סטטוס גוש 01 והסעד המבוקש לגביו לעתיד. כמפורט להלן, ההליך הנוכחי, בין היתר, שיקף את הצורך בחשיבה מערכתית מחודשת על אודות הכללים לסגירת בתי עלמין, מנגנון תקצובם ועוד. בהתאם לכך, בכוונת גופי המדינה הנוגעים בדבר לבצע עבודת מטה סדורה, וזאת לצורך קידום הנושא במבט צופה פני עתיד. על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור שיש להמתין, למצער בשלב זה, למיזוי הבחינה המינהלית, בטרם יוכרע הסעד לעתיד.

8. אשר לגוש 02 בבית העלמין "גני אסתר". לפי תקנות הביטוח הלאומי (דמי קבורה), התשל"ו-1976 (להלן: "**תקנות דמי קבורה**"), ניתן לגבות תשלום עבור אחוזות קבר בשטחים מוגדרים שהוסכם עליהם בין המל"ל לבין גוף הקבורה ושסומנו במפה שצורפה להסכם (שטחים אלה יכוננו להלן: "**חלקות חריגות**"), ובלבד שהשטחים המוגדרים כאמור לא יעלו על 15% ממקומות הקבורה הפנויים ביום חתימת ההסכם בבית עלמין קיים, ועל 10% ממקומות הקבורה הפנויים בבית עלמין חדש.

9. עד לאחרונה, יושרו תקנות דמי קבורה באופן שאפשר לראות בתי עלמין המוחזקים בידי גוף קבורה אחד כבית עלמין אחד לצורך הגדרת חלקות חריגות, ולכן ניתן היה לבצע ביניהם המרה של חלקות אלה. כך נעשה בפועל, בין היתר, בבתי העלמין בניהולה של המשיבה (גוש 02 בבית העלמין "גני אסתר" ובית העלמין "גורדון"). עם זאת, בפרשנות זו יש קושי ולפיכך עוד בחודש יוני 2020 החליטו הגורמים המוסמכים במל"ל שלא לאפשר אותה עוד. היועץ המשפטי לממשלה יבקש לשמור על זכותו להרחיב את התייחסותו גם לסוגיה זו בשלב מתקדם יותר של ההליך.

ב. רקע כללי - מערך הקבורה בישראל

10. במדינת ישראל קיימים למעלה מ-1000 בתי עלמין, שאותם מפעילים ומתחזקים מאות גופי קבורה ברישיון. במשך שנים רבות הקבורה בישראל הייתה מסוג "**קבורת שדה**". קבורת שדה היא קבורה בשטח פתוח שבה פתח הקבר מלמעלה. במרוצת הזמן, לנוכח הגידול באוכלוסייה ומצוקת מקומות הקבורה, נוספו צורות קבורה אחרות שאינן מסוג קבורת שדה, כגון "**קבורה זוגית/משפחתית**" – חלקת קבר שבה ניתן לקבור שני נפטרים אחד מעל השני (מכונה גם **קבורה מכפלה**); "**קבורת על**" – קבורה דומה לקבורת מכפלה; ו"**קבורה רוויה**" – שטח המיועד לקבורה בצפיפות העולה על 750 קברים לדונם. דוגמות לסוגי קבורה רוויה הן "**קבורה ברמה**" – קבורה במבנה קומות שאינה בקומת הקרקע ו"**קבורת סנהדרין**" – קבורה בחלל בנוי או חצוב, שבה פתח הקבר בחזית.

11. כידוע, זכותו של אדם לכבוד באה לידי ביטוי לא רק בחייו, אלא גם לאחר מותו. אחת מהזכויות הנגזרות מערך כבוד המת היא זכותו של אדם להיקבר בכבוד (בג"ץ 3676/10 **כתר המלכים בע"מ נ' השר לשירותי דת**, פס' 8 (8.5.2014) (להלן: "**עניין כתר המלכים**")). לנוכח חשיבותה של הזכות להיקבר בכבוד, התפיסה המקובלת היא שיש לאפשר לכל אדם להיקבר בצורה מכובדת, מבלי להטיל עול כספי רב על משפחתו.

12. על רקע דברים אלה – ובעקבות עתירה שהגישו חלק מחברות הקדישא להורות למדינה לשלם את חלק הארי של הוצאות הקבורה (בג"ץ 184/75 **חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' שר הדתות**) – נחתם

בחודש יוני 1976 הסכם בין חברות קדישא לבין המדינה (להלן: "**הסכם הפשרה משנת 1976**"), שבמסגרתו התחייבה המדינה לשאת בעצמה, באמצעות המל"ל, ב"דמי קבורה" וכן התחייבה "לסייע לחברות בהשגה או במימון רכישת קרקעות לבתי עלמין, ופיתוחם של בתי העלמין, תוך התחשבות באמצעים הכספיים העומדים לרשותן של כל אחת מהחברות" (ראו גם: ע"א 9486/00 וירג נ' המועצה הדתית כרמיאל, פ"ד נז(1) 565, 570 (2002)). עוד נקבע בהסכם הפשרה משנת 1976 כי חברות קדישא תהיינה רשאיות לגבות תשלומים נוספים על דמי הקבורה בשלושה מקרים:

- (1) קבורה בבית עלמין סגור;
 - (2) קבורה ב"חלקות חריגות" – חלקות קבר המצויות בשטחים מוגדרים שהוסכם עליהם בין חברות הקבורה לבין המוסד לביטוח לאומי, ואשר אינן עולות על 15% משטח בית עלמין ישן או שאינן עולות על 10% משטח בית עלמין חדש;
 - (3) קבורה בחלקת קבר שנרכשה בחיי הנפטר.
13. הסכם הפשרה קיבל תוקף של פסק-דין ביום 28.6.1976, ועיקרו עוגן בסעיפים 266 ו-268 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: "**חוק הביטוח הלאומי**") ובתקנות דמי קבורה. בשלב מאוחר יותר בא ההסכם לידי ביטוי גם בסעיפים 14א-14ב לחוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971 (להלן: "**חוק שירותי הדת היהודיים**").
14. סעיף 266 לחוק הביטוח הלאומי קובע, כי המוסד לביטוח לאומי יישא בתשלום דמי קבורה בישראל, בסכומים ובתנאים שיקבע שר העבודה והרווחה, בהתייעצות עם השר לענייני דתות ובאישור ועדת העבודה והרווחה. סעיף 268 לחוק הביטוח הלאומי מוסיף וקובע כי גוף המורשה לעסוק בקבורה, לא יגבה תשלום נוסף על דמי הקבורה המתקבלים מהמל"ל, זולת אם הותר התשלום לפי התנאים והמבחנים שנקבעו לפי סעיף 266.
15. מכוח סעיף 266 לחוק הביטוח הלאומי הותקנו תקנות דמי קבורה. תקנה 2 לתקנות דמי קבורה קובעת כי המל"ל ישלם דמי קבורה לחברה המטפלת בקבורת המת, אשר אינה מקבלת תשלום אחר בנוסף לדמי הקבורה. בהתאם לתקנה זו, המל"ל חתם על הסכמים עם גופי קבורה שבהם מפורטים, בין היתר, שירותי הקבורה שגופים אלה מתחייבים לתת, סיווג גוף הקבורה לצורך תשלום דמי הקבורה והדיווחים שעל גופי הקבורה להעביר למל"ל.
16. נוסף על כך, תקנה 3 לתקנות דמי קבורה מתירה כאמור לגבות תשלומים נוספים – וזאת "בקשר לקבורה ולהקמת המצבה" בלבד – במקרים אלה: (1) קבורה בבית עלמין סגור; (2) קבורה בחלקות חריגות (בכפוף לכך שהיקפן אינו עולה כאמור על 10%/15% משטח בית העלמין); (3) קבורה באחוזת קבר שנרכשה בחיי הנפטר. תקנה 9 לתקנות דמי קבורה קובעת הוראות בדבר קיזוז דמי קבורה שמשלם המל"ל לגוף הקבורה, אם מספר הנקברים בתשלום בבית העלמין בניהולו עולה על שיעור מסוים.
17. הנה כי כן, הקבורה בישראל היא ככלל בחינם, אלא אם הנפטר רכש אחוזת קבר בחייו, אם נרכשה אחוזת קבר בבית עלמין סגור או אם משפחת הנפטר החליטה לרכוש לאחר פטירתו חלקה חריגה. בענייננו עסקינן בגביית תשלום עבור קבורה בבית עלמין סגור ועבור קבורה בחלקות חריגות, אולם בטרם נדרש לכך נעמוד בקצרה על התכליות לגביית התשלום עבור קבורה.
18. להסדרים בדבר מימון הקבורה שפורטו לעיל מספר תכליות, ובהן מטרת המחוקק לפטור את בני משפחת הנפטר מעיסוק בסידורים הכרוכים בלוויה ומתשלום הוצאות הקבורה, כמו גם הצורך למנוע את ניצול משפחת הנפטר בשעתה הקשה באמצעות פיקוח על סכומי הכסף הנגבים ממנה. כמו כן, ביקש המחוקק

להבטיח כי הלוויה, הקבורה ואחזקת ופיתוח בתי העלמין ייעשו ברמה הנדרשת (ראו: **עניין כתר המלכים**, פס' 10, והאסמכתאות שם). בהקשר זה, נדרש לתת את הדעת לאמצעים הכספיים של גופי הקבורה, שלכל הפחות חלקם אינו מקבל תקציב סדיר, קבוע ומוגדר מהמדינה. יש להתחשב גם בעלויות הכרוכות בניהול הלוויה, בקבורה ובאחזקת ופיתוח בתי העלמין, לרבות בעלויות הפיתוח הגבוהות יותר של קבורה רוויה (קבורה בצפיפות העולה על 750 קברים לדונם) הקיימת כיום בבתי עלמין רבים.

19. דמי הקבורה שבהם נושא המוסד לביטוח לאומי מכסים בעיקר את הוצאות גופי הקבורה הקשורות ביום הקבורה עצמו כגון הובלת הנפטר, חפירת הקבר וכיסוי, טהרה ותכריכים וכן עלויות תחזוקה שוטפת וניקיון של בתי העלמין. לצד זאת, הכספים המתקבלים ממכירת אחוזות קבר (הן אחוזות הקבר בבתי עלמין סגורים, חלקות חריגות ואחוזות קבר הנרכשות בחיי הנפטר) **נועדו לשמש לכיסוי עלויות רכישת קרקעות בתי העלמין, פיתוחן והחזקתן על ידי גופי הקבורה** (ראו: **עניין כתר המלכים**, פס' 28-27; דברי הסבר להצעת חוק שירותי הדת היהודיים (תיקון מס' 8) (שירותי קבורה), התשנ"ה-1995, ה"ח 2358 (24.1.1995); ענת ירון "ניתוח המנגנון לחישוב דמי הקבורה שהמוסד לביטוח לאומי משלם לחברות קבורה ואופן הפחתתם בגין גביית תשלומים" **מרכז המחקר והמידע של הכנסת** (29.5.2018)).

20. במהלך השנים התברר כי לפחות חלק מהגופים המספקים שירותי קבורה השתמשו בדמי הקבורה מהמל"ל ובכספים שקיבלו מרוכשי אחוזות קבר למטרות שאינן קשורות לשירותי קבורה כגון מתן צדקה או טהרת המשפחה (ראו: מבקר המדינה דוח שנתי 49 "הטיפול בקבורת נפטרים יהודים" 168 (1999); בג"ץ 7927/06 **המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' הרשות הארצית לשירותי דת** (20.3.2008) (להלן: "**עניין המרכז לפלורליזם יהודי**")). על כן, ברישיונות הקבורה (הניתנים על ידי המשרד לשירותי דת) נקבע תנאי האוסר על גופי הקבורה לבצע בכספים המתקבלים ממכירת אחוזות קבר כל שימוש, פרט לפיתוח של בתי העלמין, לרכישת קרקעות לקבורה ולאחזקת בית העלמין לאורך ימים (ראו: חוזר מנכ"ל המשרד לשירותי דת סט/1 (אוקטובר 2009); כן ראו הוראה דומה בחוזר מנכ"ל ע"ט (אפריל 2019)). על מנת להבטיח שהכספים המתקבלים ממכירת אחוזות קבר ישמשו אך ורק לצורך פיתוח בתי העלמין ותחזוקתם, נקבע ברישיונות גופי הקבורה תנאי נוסף, שלפיו על גופי הקבורה לנהל את כספי פיתוח בתי העלמין במשק כספי נפרד ובחשבון בנק נפרד.

21. אשר להגבלות על תעריפי חלקות הקבר בתשלום. בשנת 1995 תוקן חוק שירותי הדת היהודיים והוספה לו לראשונה הוראה שלפיה תעריפי חלקות קבר הנרכשות בחיי הנפטר ייקבעו על ידי השר הממונה (סעיפים 14א ו-14ב בנוסחם דאז). כיום סעיפים 14א-14א6 לחוק שירותי הדת מסדירים את האפשרות לרכוש אחוזות קבר בחיים תמורת תשלום שלא יעלה על התעריפים הקבועים בתוספת לחוק.

22. בשונה מתעריפי אחוזות קבר הנרכשות בחיי הנפטר, תעריפיהן של חלקות חריגות הנרכשות לאחר פטירה וכן תעריפיהן של אחוזות קבר בבתי עלמין סגורים (בין אם הם נרכשות בחיי הנפטר ובין אם הן נרכשות לאחר הפטירה) – לא נקבעו בחוק או ברישיונות הקבורה. משמעות הדברים היא שתעריפיהן של אחוזות קבר אלה נקבעים לפי שיקול דעתם של גופי הקבורה (ראו גם: תמיר אגמון "דרכי קביעת תעריפי קבורה בישראל" **מרכז המחקר והמידע של הכנסת** (יולי 2012)).

ג. בתי עלמין סגורים – כללים ונהלים רלוונטיים

23. בקשת האישור מתמקדת בעיקר בבתי עלמין סגורים. בחוק או בתקנות אין הגדרה של "בית עלמין סגור". סעיף 14א(ז) לחוק שירותי הדת היהודיים קובע כי השר לשירותי דת, בהתאם להמלצת המל"ל, ובאישור ועדת מיזמי תשתית לאומיים מיוחדים ושירותי דת יהודיים של הכנסת (בעבר מדובר היה

בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת; להלן: **"ועדת הפנים"**, יקבע רשימת בתי עלמין סגורים.

24. לפי תקנה 2 לתקנות דמי קבורה, תנאי ההתקשרות בין המל"ל לבין גופי הקבורה, לרבות הכללים בדבר מתן שירותי הקבורה ודרכי תשלום דמי הקבורה, ייקבעו בין המל"ל לבין גופי הקבורה בהסכמים לאחר תחילתן של תקנות דמי קבורה. לפי תקנה 3(א) לתקנות דמי קבורה, בבית עלמין סגור שפורט בנספח להסכם בין המל"ל לבין גוף הקבורה, גוף הקבורה רשאי לגבות תשלום בנוסף לדמי הקבורה.

25. העולה מהאמור הוא, כי תנאי סף לסגירת בית עלמין הם המלצת המל"ל וקיומו של הסכם רלוונטי בנושא בין המל"ל לבין גוף הקבורה. בהיעדר הגדרה בדין לבית עלמין סגור, הנחה עצמו המל"ל ביחס לסגירת בתי עלמין וקבע קריטריון אשר בהתקיימו ניתן להמליץ על סגירת בית עלמין. בסיכום דיון פנימי של המל"ל מיום 31.5.1976, צוין כי סגירת בית עלמין תתאפשר רק כאשר מדובר בבית עלמין אשר 99% מאחוזות הקבר שבו מלאות או מכורות.

סיכום הדיון של המל"ל מחודש מאי 1976 מצ"ב **כנספח 1**.

26. ראוי לציין, כי קיים ספק אם השיעור שצוין בסיכום הישיבה (99%) הוא אכן השיעור שעליו הוסכם בישיבה, נוכח הוספתו בכתב יד (ללא חתימה בצד התיקון), לסיכום הכתוב של הישיבה. נוסף על כך, אף שבמסגרת הסכם הפשרה מחודש יוני 1976 הוסכם על סגירתם של בתי עלמין בתל אביב ("טרומפלדור", "נחלת יצחק", "קריית שאול" ו-"יפו"); בחיפה (בית העלמין העתיק ברחוב יפו ו"חוף הכרמל"); ובירושלים ("סנהדריה", "שייח באדר" ו"הר המנוחות"), לא צוין בהסכם הפשרה מספר אחוזות הקבר המכורות והפנויות בבתי עלמין אלה.

27. **אף-על-פי-כן, השיעור שצוין בסיכום הישיבה הנזכר לעיל (99%) שימש לאורך השנים כקריטריון העיקרי להמלצה על סגירת בתי עלמין אחרים, שנסגרו בשלב מאוחר יותר, אשר עמם נמנה גם בית העלמין מושא דיוננו (גוש 01).** לכך נחזור בהמשך הדברים.

28. כאמור לעיל, בהתאם לחוק שירותי הדת היהודיים, סגירת בית עלמין טעונה אישור של ועדה של הכנסת (בעבר הייתה זו כאמור ועדת הפנים וכיום זו ועדת מיזמי תשתית לאומיים מיוחדים ושירותי דת יהודיים של הכנסת). ביום 17.6.2002 התקיים דיון בוועדת הפנים בבקשת המל"ל ומשרד הדתות לאשר רשימה של בתי עלמין נוספים כבתי עלמין סגורים (בתי עלמין שונים מבתי העלמין שנסגרו מכוח הסכם הפשרה משנת 1976). במסגרת הדיון ציין מנהל מחלקת הקבורה במל"ל דאז, כי המל"ל ממליץ על סגירת בית עלמין כאשר 99% מאחוזות הקבר שבו מלאות או מכורות ואי אפשר לממש בו שטחים נוספים לקבורה או להרחיבו. בעקבות הבהרה זאת, בין היתר, אישרה ועדת הפנים את סגירת בתי העלמין ששר הדתות ביקש את סגירתם, בכפוף לכך שהמל"ל יעביר לוועדה את הקריטריונים לסגירת בית עלמין בכתב.

29. בהתאם לכך, נשלח ליו"ר ועדת הפנים ביום 23.6.2002 מכתב מאת המל"ל שבו צוין הקריטריון האמור ("...בית עלמין ש-99% מאחוזות הקבורה שבהם [כך במקור] מלאות או מכורות ואין אפשרות להרחבתו של בית העלמין"). עוד צוין במכתב, כי תנאי לקבורה בבית עלמין סגור הוא יידוע הקונה על האפשרות לקבורה בחינם בחלקות הפטורות מתשלום, כלומר בבית עלמין בניהול גוף הקבורה שאינו מוגדר כבית עלמין סגור, וקבלת הסכמה בכתב מהקונה לקבורה בתשלום (מכתב המל"ל מיום 23.6.2002 יכונה להלן **"החוזר משנת 2002"**). יש לציין כי במצב היום, שבו מספר חלקות השדה מצומצם, חלופת הקבורה בחינם תהיה במקרים רבים קבורה רוויה בלבד.

פרוטוקול מיום 24.6.2002 של הדיון בכנסת שהתקיים ביום 17.6.2002 מצ"ב **כנספח 2**.

החוזר משנת 2002 מצ"ב **כנספח 3**.

30. הקריטריון הנזכר לעיל להמלצה על סגירת בתי עלמין הוזכר גם בישיבת הוועדה להכרזה על בתי עלמין סגורים מיום 16.5.2007. בישיבה זו סוכם כי בשלב זה ימשיך המל"ל לפעול על פי החוזר משנת 2002. כמו כן סוכם לפעול להעברת הסמכות בעניין בתי עלמין סגורים לשר הדתות ולבחון תיקון לתקנות שבמסגרתו ייקבע מתי יוכרז בית עלמין כסגור. יוער כי הקריטריון לסגירת בתי עלמין – דהיינו תפוסה של 99% מבית העלמין – הוזכר גם במכתבה של המשנה ליועצת המשפטי של המל"ל דאז מיום 29.11.2007 ליועץ המשפטי לוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת.

מכתבה של המשנה ליועץ המשפטי למל"ל דאז ליועץ המשפטי של ועדת הפנים מצ"ב **כנספח 4**.

31. הקריטריון האמור עוגן לבסוף בנוהל עבודה פנימי מס' 5.1.1 של המל"ל מיום 9.2.2012 שכותרתו "נוהל סגירת בית עלמין וקביעת שטחים מוגדרים (חלקה חריגה) בבית עלמין פתוח" (להלן: **"נוהל 2012"**). נוהל 2012 קובע כי תנאי מקדמי להמלצה על סגירת עלמין הוא שהמל"ל יוודא כי מספר המקומות הפנויים לקבורה בבית העלמין קטן מ-1% מכלל המקומות שבו, וכי לא ניתן לממש שטחים נוספים לקבורה בתחומו.

32. הקריטריונים לסגירת בית עלמין צוינו בנוהל נוסף מיום 19.5.2014, אשר פורסם לציבור (להלן: **"נוהל 2014"**). לפי נוהל זה, גוף קבורה אשר מבקש לסגור בית עלמין שבניהולו, נדרש להגיש בקשה מתאימה, שבמסגרתה יש להצהיר כי בית העלמין מושא הבקשה לא ניתן להרחבה ולצרף מסמכים רלוונטיים לביסוס הצהרה זו (סעיף 1(ד)). הנוהל מוסיף וקובע כי בטרם התקשרות בין המל"ל לבין גוף הקבורה בהסכם לסגירת בית העלמין, על המל"ל לבדוק שמספר המקומות הפנויים בבית העלמין אינו עולה על 1% מכלל מקומות הקבורה שבבית העלמין. כמו כן על המל"ל לבצע בדיקה מקיפה של בית העלמין, שמטרתה לוודא שלא קיימת אפשרות למימוש של שטחים נוספים לקבורה.

נוהל 2012 מצ"ב **כנספח 5**.

נוהל 2014 מצ"ב **כנספח 6**.

33. לקריטריונים לסגירת בית עלמין יש השפעה לא רק על היקף הקבורה המותר בבית עלמין סגור ועל עצם האפשרות למכור חלקות קבר בתחומו, אלא גם על תעריפי אחוזות הקבר. לפי סעיף 14א(ז) לחוק שירותי הדת היהודיים, התעריפים שנקבעו בחוק לרכישת אחוזות קבר בחיי הנפטר יחולו על בתי עלמין פעילים בלבד. כלומר, בבתי עלמין סגורים הן תעריפי אחוזות הקבר הנמכרות בחיי הנפטר, הן תעריפי אחוזות הקבר הנמכרות לאחר פטירה, לא מוגבלים בחוק, אלא הם נתונים לשיקול דעתם של גופי הקבורה, בכפוף לכך שישמשו כאמור לתחזוקת בתי העלמין. להמחשת הדברים, בעוד שלפי חוק שירותי הדת היהודיים תעריפי אחוזות קבר הנרכשות בחיי הנפטר בעיר ראשון לציון מוגבלים לסך של כ-12,000 ש"ח, הרי שלפי הנטען בבקשת האישור, חלקות סגורות נמכרות בגוש 01 בבית העלמין "גני אסתר" בסך של כ-25,000 ש"ח.

ד. סגירת גוש 01 בבית העלמין "גני אסתר"

34. ביום 6.8.2000 כרתו המל"ל והמשיבה הסכם לסגירת גוש 01 בבית העלמין "גני אסתר". ההסכם נכרת על יסוד הצהרת המשיבה, שקיבלה את ביטוייה בהסכם, שלפיה בבית העלמין **"נוהל מספר מצומצם ביותר של אחוזות קבר"**. לפי המידע שמסרה המשיבה, אשר לא צוין בהסכם, מדובר היה בזמנו ב-77 אחוזות קבר פנויות (פחות מ-1% מכלל מקומות הקבורה בבית עלמין זה).

ההסכם בין המל"ל לבין המשיבה מצ"ב **כנספח 7**; מכתב המל"ל שבו צוין מספר אחוזות הקבר הפנויות בעת הסגירה מצ"ב **כנספח 8**.

35. בשנת 2002 אושרה סגירתו של גוש 01 בידי ועדת הפנים של הכנסת, בהתבסס בין היתר על כך שבמועד הסגירה נותרו פחות מ-1% חלקות קבר פנויות. הכרזת שר הדתות על גוש 01 כעל בית עלמין סגור פורסמה ברשומות ביום 26.12.2002.

העתק ההכרזה מצ"ב **כנספח 9**.

ה. בקשת האישור שבכותרת וטענות הצדדים

36. במהלך שנת 2018 בדק משרד מבקר המדינה את אופן מתן שירותי הקבורה בישראל ליהודים ולבני עדות אחרות (ראו: דוח שנתי 70א "מערך הקבורה בישראל" (2020) (להלן: "**דוח מבקר המדינה**")). ממצאי הבדיקה התייחסו, בין היתר, לקבורה בבתי עלמין סגורים בכלל, ובגוש 01 בבית העלמין "גני אסתר" בפרט. בעקבות ממצאי דוח מבקר המדינה, ערך המל"ל ביקורות יזומות בחלק מבתי העלמין הסגורים, לרבות בגוש 01 בבית העלמין "גני אסתר". הביקורות גילו כי בבתי עלמין סגורים שונים לא קיימת הקפדה על התנאי שנקבע בהסכמים בין גופי הקבורה לבין המל"ל לסגירת בתי העלמין, שלפיו "קיים מספר מצומצם ביותר של אחוזות קבר", ונמצא כי בבתי עלמין אלה מתבצעת קבורה נוספת, למשל על חשבון שבילים או בקבורת מכפלה.

37. בשנת 2019 הוגשה כאמור בקשת האישור שבכותרת, המכוונת נגד גביית תשלום עבור אחוזות קבר סגורות וחריגות בבית העלמין "גני אסתר". היועץ המשפטי לממשלה יפרט להלן בתמצית את הטענות שהעלו הצדדים בהליך.

38. בקשת האישור הופנתה בעיקר כנגד גביית תשלום עבור קבורה בגוש 01 בבית העלמין "גני אסתר". לטענת המבקשים, במהלך השנים מכרה משיבה מעל 1,000 אחוזות קבר בגוש 01, שהוכרו כבית עלמין סגור, בניגוד לנהלי המל"ל ולהסכם עם המל"ל לסגירת בית העלמין, ובתעריף הגבוה מעל לפי שניים מהתעריף המפוקח החל על רכישת אחוזות קבר בבית עלמין פעיל. לטענת המבקשים, מדובר בהטעיה ובגבייה שלא כדין, העולה גם כדי עשיית עושר ולא במשפט על גבן של משפחות הנפטרים. טענה נוספת של המבקשים נוגעת לגוש 02 בבית העלמין "גני אסתר". לטענת המבקשים, בגוש 02 נמכרו אחוזות קבר כחלקות חריגות בהיקף העולה על 10% מבית העלמין, בניגוד לדין. לחלופין נטען כי תעריפי החלקות הסגורות והחריגות בבית העלמין "גני אסתר" אינם סבירים.

39. לנוכח האמור לעיל, הוגשה בקשת האישור בשם "כל אדם אשר רכש (בתשלום) חלקת קבר מהמשיבה בבית העלמין גני אסתר הישן בעבור קרוב שנפטר, תושב ראשל"צ, ו/או רכש (בתשלום) טרם מותו חלקת קבר, החל משנת 2000 ועד היום" (להלן: "**חברי הקבוצה**"), וזאת בעילת הטעיה מכוח סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: "**חוק הגנת הצרכן**"), בעילות של חוסר תום לב, טעות והטעיה מכוח חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "**חוק החוזים**") ובעילה של עשיית עושר ולא במשפט.

40. ביחס לעתיד, התבקש בית המשפט להורות למשיבה לחדול מגביית תשלום שלא כדין עבור חלקות קבר בגוש 01 ובגוש 02, ולחלופין לחדול מגביית "סכומים מופקעים" עבורן. ביחס לעבר, התבקש בית המשפט להורות על השבת כספים שנגבו שלא כדין עבור קבורה בגוש 01 ובגוש 02 החל משנת 2000. סכום התביעה הכולל הוערך באופן ראשוני בסך של 110,500,000 ש"ח (פס' 109 לבקשת האישור).

41. המשיבה טענה בתגובתה כי דין בקשת האישור להידחות על הסף ולגופה. לטענתה, בקשת האישור הינה ניסיון לבצע תקיפה עקיפה של החלטה שלטונית – היא החלטת שר הדתות משנת 2002 להכריז על גוש 01 כבית עלמין סגור – וכי לא ניתן לעשות כן במסגרת תובענה ייצוגית. המשיבה הוסיפה וטענה כי לנוכח מאפייניה כגוף דו-מהותי, מעמדה הוא כשל "רשות", ולפיכך ניתן להגיש תביעה ייצוגית נגדה רק מכוח

פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. כפועל יוצא מכך, לטענתה, בקשת האישור, שהוגשה מכוח פרט 1 לתוספת השנייה (תביעה ייצוגית נגד "עוסק"), הוגשה בחוסר סמכות עניינית. עוד נטען, בין היתר, כי גביית כספים עבור קבורה בבית העלמין אינה בגדר "התעשרות", אלא מדובר במקור תקציבי יחיד למימון צורך ציבורי חיוני, הוא פיתוח ותחזוקה של בתי העלמין שבניהולה של המשיבה.

42. המשיבה הוסיפה וטענה כי נהלי המל"ל ביחס לבתי עלמין סגורים לא היו ידועים לה עד שנת 2014, כיוון שרק בשנה זו פרסם המל"ל נוהל פורמאלי בעניין. לטענת המשיבה, גם בהנחה שהנוהל האמור חל על גוש 01, הרי שסגירתו עומדת בתנאי הנוהל (פס' 109.1 לתגובת המשיבה). המשיבה הוסיפה וטענה כי נהלי המל"ל מאפשרים להוסיף אחוזות קבר בבית עלמין סגור, כל עוד התוספת היא בתוך גבולותיו הפיזיים של בית העלמין, וכך נעשה גם בגוש 01. עוד נטען כי המשיבה כפופה לפיקוח הדוק של המשרד לשירותי דת, הכולל פיקוח על קבורה בתשלום, וכי המשרד לשירותי דת מעולם לא טען כלפיה כי היא גובה תשלומים שלא כדין.

43. לעניין גוש 02, טענה המשיבה כי אין ממש בטענה כי מכרה חלקות כחלקות חריגות שלא כדין, והפנתה בהקשר זה לשורה של הסכמים בינה לבין המל"ל אשר קובעים מהן החלקות החריגות בבית העלמין "גני אסתר". המשיבה כפרה גם בטענת המבקשים שלפיה תעריפי החלקות הסגורות והחריגות ב"גני אסתר" אינם סבירים, וטענה כי אינה מבוססת על ראיה כלשהי.

44. לחלופין טענה המשיבה שעומדת לה ההגנה הקבועה בסעיף 8(ב) לחוק תובענות ייצוגיות (בטלות יחסית, הגנת התקציב והגנה משיקולי צדק) וזאת מאחר שהיא פעלה בתום לב, בהתאם להוראות הרגולטור, תוך מתן אפשרות לכל חבר קבוצה שרצה בכך להיקבר בחינם. המשיבה טענה גם כי אם בקשת האישור תתקבל, תהייה לכך השלכות מרחיקות לכת על האפשרות שלה ושל יתר גופי הקבורה לממן את שירותי הקבורה, אשר הינם שירותים חיוניים לציבור. במאמר מוסגר צוין כי ידוע למשיבה שבימים אלו נערכת במשרדי הממשלה הנ"ל עבודת מטה מסודרת בעניין, הבוחנת את הסדרי מימון הקבורה וזאת במסגרת קידום חוק הקבורה החדש המוצע, ועקב כך צורף היועץ המשפטי לממשלה לבקשות דומות לאישור תביעות כייצוגיות אשר הוגשו נגד חברות קדישא אחרות. המשיבה לא ציינה זאת, אך נראה שכוונתה לת"צ 55678-10-17 **קמיל נ' חברה קדישא (גחש"א) פתח-תקווה** ו-ת"צ 4732-11-17 **חיו נ' חברה קדישא (גחש"א) תל אביב-יפו**, שבמסגרתם הוגשה עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה ביחס לתעריפי חלקות חריגות בבתי העלמין בתל אביב ובפתח תקווה.

45. המבקשים הגישו תשובה לתגובה לבקשת האישור, וטענו כי המשיבה השמיטה מתגובתה את הנתון החשוב ביותר, הוא מספר הקברים שנמכרו בגוש 01 מאז סגירתו בשנת 2002. המבקשים הוסיפו והבהירו שבקשת האישור אינה תוקפת בעקיפין החלטה מינהלית, שכן אין הם חולקים על כך שגוש 01 הוכרז בשנת 2002 כבית עלמין סגור, אלא סבורים שהמשיבה הפרה את הכללים החלים על בית עלמין מסוג זה. המבקשים הוסיפו וטענו, בהתבסס על ממצאי חקירה פרטית שערכו, כי קיימות מעל 1500 חלקות קבר פנויות בגוש 01 כיום, ולדבריהם עובדה זו מלמדת על כך שבכוונת המשיבה לגבות שלא בצדק מהציבור עשרות מיליוני ש"ח נוספים עבור קבורה בו. אשר לגוש 02, טענו המבקשים כי מההסכמים שצירפה המשיבה לתגובתה לבקשת האישור עולה, כי המשיבה העתיקה זכויות לחלקות חריגות מבית עלמין אחר שבניהולה (בית העלמין "גורדון") לגוש 02 בבית העלמין "גני אסתר". לגישת המבקשים, המרה זו של חלקות חריגות בין בתי עלמין, גם אם מדובר בבתי עלמין המנוהלים בידי אותו גוף קבורה, מנוגדת לתקנות דמי קבורה. מכל מקום, לטענתם, אף אם ניתן לראות בשני בתי העלמין כבית עלמין אחד לצורך הגדרת היקף החלקות החריגות המרבי, המשיבה חרגה מהרף העליון המותר.

ו. התפתחויות לאחר הגשת בקשת האישור – בחינתה של הקבורה בבית העלמין "גני אסתר"

בידי גופי המדינה

46. לנוכח דו"ח מבקר המדינה, ובשים לב להליך התלוי והעומד שבכותרת, החליט המל"ל לערוך בדיקה מקיפה בגוש 01, וזאת באמצעות ברסקי את ברגר ושות' – רואי חשבון ויועצים עסקיים. מטרתה העיקרית של הבדיקה הייתה לברר אם במהלך הזמן מאז סגירת בית העלמין נוספו בו אחוזות קבר, וכן מהו מספרן של אחוזות הקבר שנוספו והאם הן מתאימות למיפוי הקיים בידי המל"ל. בתום הבדיקה נערכה ביום 24.6.2020 טיוטת דו"ח ביקורת. טיוטת הדו"ח הועברה להתייחסות המשיבה, אשר הגישה ביום 20.8.2020 תגובה מטעמה לדו"ח. ביום 24.8.2020 נערך דו"ח ביקורת סופי (להלן: **"דו"ח ברסקי הסופי"**).

דו"ח ברסקי הסופי מצ"ב כנספח 10.

47. ממצאי דו"ח ברסקי הסופי מבוססים על מסמכים ובהם מפות בית העלמין; קובץ נתוני מפות בית העלמין; נתוני אחוזות הקבר המופיעות בהסכם בין המשיבה לבין המל"ל; נתוני אחוזות הקבר ממחשבי המשיבה; נתוני רכישות של אחוזות קבר בחיים ולאחר מיתת ממחשבי המשיבה; ואסמכתאות נוספות. נוסף לעיון ולניתוח המסמכים, נערכו פגישות עבודה עם גורמים מקצועיים במל"ל ובמשיבה.

48. לפי ממצאי הביקורת הסופיים, המשיבה הוסיפה שטחי קבורה מעל 1% בניגוד להסכם בינה לבין המל"ל (לרבות באמצעות קבורת מכפלה, דהיינו באמצעות קבורה זוגית באותה חלקת קבר), ומבלי לקבל את אישור המל"ל לכך. לפי ממצאי הדו"ח, בעוד שבמועד סגירת בית העלמין היו בתחומו **77 אחוזות קבר פנויות**, במהלך השנים מאז סגירתו, נמכרו בו לפחות **כ-1,721 אחוזות קבר** לרוכשים בחיים ולאחר פטירה.

49. בתגובתה לטיטוט דו"ח ברסקי, טענה המשיבה כי תוספת אחוזות הקבר הייתה ידועה למל"ל, וממילא הינה כדין. ראשית, לטענתה, משום שתוספת אחוזות הקבר בוצעה בחלקות ובשורות שהיו מוגדרות כחלק מבית העלמין הסגור מלכתחילה; ושנית, כך טענה, מאחר שהוספת מקומות הקבורה נעשתה בדרך של קבורת על וקבורת מכפלה, בהתאם למדיניות הממשלה המעודדת קבורה מסוג זה. עמדת הביקורת, שקיבלה את ביטוייה בדו"ח ברסקי הסופי, הייתה כי אין לקבל טענות אלה.

50. עוד נמצא, בבדיקה מדגמית, כי המשיבה דיווחה למל"ל על קבורות שבוצעו כביכול ללא תשלום, אולם בפועל נמצא כי נגבה תשלום בגינן. המשיבה אישרה זאת בתגובתה לטיטוט הדו"ח, וציינה כי עקב טעות, דווח למל"ל על 489 קבורות ללא תשלום, בעוד בפועל 283 קבורות מתוכן היו בתשלום.

51. לפי סעיף 14א(ז) לחוק שירותי הדת היהודיים, הגורם המוסמך להורות על סגירת בית עלמין הוא השר לשירותי דת, בהתאם להמלצת המל"ל ובאישור ועדת מיזמי תשתית לאומיים מיוחדים ושירותי דת יהודיים של הכנסת (ובעבר כאמור ועדת הפנים). שינוי או ביטול החלטה על סגירת בית עלמין צריך להיעשות באותה דרך שבה התקבלה ההחלטה (ראו: סעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; ע"מ 2418/05 **מילגרום נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה**, פס' 13 לפסק דינה של כב' השופטת א' חיות (24.11.2005)).

52. לנוכח האמור לעיל, ובשים לב לממצאי דו"ח ברסקי הסופי ולהליך התלוי והעומד שבכותרת, זימן המל"ל ביום 1.6.2021 את המשיבה להליך שימוע, וזאת לצורך בחינה, בין היתר, אם יש מקום להמליץ על ביטול ההכרזה על גוש 01 כבית עלמין סגור. במסגרת הליך השימוע ניתנה למשיבה הזדמנות מלאה

לטעון טענות בכתב ובע"פ.

מכתב הזימון לשימוע מצ"ב **כנספח 11**.

תגובת המשיבה לזימון לשימוע מצ"ב **כנספח 12**.

53. במהלך הליך השימוע, החליט המל"ל שעליו להשלים בדיקות עובדתיות שונות במספר נושאים, ובהן בחינה נוספת של מספר אחוזות הקבר שנמכרו בגוש 01 מאז סגירתו; בדיקת קיומו של פוטנציאל לקבורה נוספת בגוש 01 בעתיד; וניתוח מצבה הפיננסי של המשיבה. בהתאם לכך, ביקש המל"ל חוות דעת מחברת מרטנס-הופמן יועצים לניהול בע"מ, אשר הוגשה למל"ל ביום 23.8.2021 (להלן: "חו"ד מרטנס-הופמן"). יוער כי המשיבה עיינה בדו"ח והעירה עליו בפני המל"ל בע"פ, אך לא העבירה תגובה בכתב.

54. לעניין מכירת אחוזות קבר בעבר בגוש 01, נמצא בחו"ד מרטנס-הופמן כי אף-על-פי שלפי רישומי המשיבה היו בעת סגירת העלמין 77 אחוזות קבר פנויות, בדיעבד ניתן לומר כי פוטנציאל החלקות הפנויות היה גבוה מזה ולמעשה, בפועל, בשנים 2001-2020 נמכרו בגוש 01 2,090 אחוזות קבר (מבלי להרחיב את שטחו הכולל של גוש 01). עוד נמצא, כי עד לשנת 2016, קבורות המכפלה היו מצומצמות מאוד ביחס לקבורות יחיד, וגם בשנת 2020 מעל לשני שלישי מהחלקות שנתפסו היו חלקות יחיד (שכנראה חלק ניכר מהן נקנה בעבר, בטרם החלו לקבור בבתי עלמין בישראל גם בקבורת מכפלה).

55. בנוגע לאפשרות לקבורה נוספת בגוש 01 בעתיד, צוין בחו"ד מרטנס-הופמן כי גם כיום ישנו פוטנציאל לקבורה נוספת בגוש 01, בסדר גודל של כ-1000 קברים נוספים (כולל בקבורת מכפלה), מבלי להרחיב את גבולותיו החיצוניים של גוש 01.

56. לעניין מאזני המשיבה והתחייבויותיה הפיננסיות, נמצא בחו"ד מרטנס-הופמן כי המשיבה נטלה בשנת 2020 הלוואות בעשרות מיליוני ש"ח לצורך הקמת מבנה קבורה רוויה, בהסתמך על כספים שעתידים להתקבל ממכירת קברים במבנה זה וייתכן שגם ממכירת אחוזות קבר אחרות. כמו כן, המשיבה צפויה לקחת הלוואה נוספת בהיקף גדול יותר לצורך הקמת מבנה קבורה רוויה נוסף. לפיכך, לפי מידע שמסר מנכ"ל המשיבה לעורכי חוות הדעת, המשיבה תצטרך לשמר (ואף להגדיל) את היקף מכירות אחוזות הקבר. יוער, כי הכספים המתקבלים עבור מכירת אחוזות קבר בבית עלמין סגור, נועדו לתחזוקתו של בית העלמין לאורך השנים שלאחר סגירתו. שימוש בכספים המתקבלים ממכירת אחוזות קבר בבית עלמין סגור לצורך פיתוח של בתי עלמין אחרים בניהול המשיבה, אינו מתיישב היטב עם תכלית זו.

חו"ד מרטנס-הופמן מצ"ב **כנספח 13**.

ז. עמדת היועץ המשפטי לממשלה

57. בקשת האישור שבכותרת עוסקת בעיקרה בכללים החלים על בתי עלמין סגורים, ובאופן יישומם על גוש 01 בבית העלמין "גני אסתר". מדובר בסוגיה כבדת משקל, אשר כאמור גם מבקר המדינה נדרש לה. לצורך התמודדות עמה, נערך כאמור במל"ל הליך מינהלי-מקצועי מקיף, אשר כלל גיבוש תשתית עובדתית ומשפטית, תוך שקילת חוות דעת רלוונטיות וטענות בכתב ובעל-פה מטעם המשיבה. כמו כן, המשרד לשירותי דת בחן אף הוא את הסוגיות הרלוונטיות לתחום סמכותו. לאחר בחינת העובדות הידועות למדינה בשלב זה ואת הרקע המשפטי, מוגשת עמדה זו של היועץ המשפטי לממשלה.

58. יצוין בתמצית כבר עתה, כי היועץ המשפטי לממשלה יעמוד על תכליתם של הכללים החולשים על בתי עלמין סגורים ועל משמעותם ביחס להליך שבנדון. לצד זאת, ממצאי מבקר המדינה, כמו גם ההליך

הנוכחי, שיקפו את הצורך בחשיבה מערכתית מחודשת על אודות הכללים לסגירת בתי עלמין, מנגנון תקצובם ועוד. בהתאם לכך, וכמפורט להלן, בכוונת גופי המדינה הנוגעים בדבר לבצע עבודת מטה סדורה, וזאת לצורך קידום הנושא במבט צופה פני עתיד. היועץ המשפטי לממשלה סבור שיש להמתין, למצער בשלב זה, למיצוי הבחינה המינהלית, בטרם יוכרעו הסעדים לעתיד.

1.ז. משמעותם ותכליתם של התנאים לסגירת בית עלמין

59. עיון בתשתית העובדתית והמשפטית שפורטה לעיל מעלה, כי קריטריון מרכזי להכרזה של השר לשירותי דת על בית עלמין כעל בית עלמין סגור, הוא מיצוי 99% משטחי הקבורה שבו, ללא אפשרות להרחבה נוספת של בית העלמין. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי קריטריון זה היה בתוקף לכל המאוחר משנת 2002, אז הוצג בידי המל"ל והמשרד לשירותי דת לוועדת הפנים של הכנסת.

60. התניית סגירת בתי העלמין במיצוי חלק משמעותי משטחם הגיונה בצידה. מעת שהוכרז בית עלמין כסגור, רשאי גוף הקבורה למכור לציבור את חלקות הקבר הפנויות שנותרו בו בתעריפים הנקבעים לפי שיקול דעתו, ובלבד שהתשלום מיועד לצרכי תחזוקת בית העלמין. לפיכך, סגירת בתי עלמין שבהם קיימים בפועל או בפוטנציה שטחי קבורה נרחבים, עלולה לפגוע באפשרות של הציבור לקבל קבורה בחינם. לעומת זאת, אי-מתן היתר לסגירת בית עלמין שמספר מקומות הקבורה הפנויים שנותרו בו הוא מצומצם, אינה מתחשבת דיה בצורך במקור תקציבי לתחזוקתו השוטפת לאחר מיצוי כלל החלקות. על כן, הגדרת בית עלמין סגור כבית עלמין שנותרו בו עד 1% אחוזות קבר פנויות, מבטאת את הצורך באיזון בין הצורך במקור תקציבי לתחזוקתו של בית העלמין, לבין הצורך לספק לציבור אפשרות להיקבר בחינם או בתעריף מפוקח במקרה של רכישה בחיים.

61. לנוכח האמור לעיל, ומהטעמים שלהלן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי הנוהל הקיים אינו מתיר לגופי הקבורה להוסיף אחוזות קבורה בבית עלמין שהוכרז כסגור, באופן החורג ממגבלת 1% שצוינה לעיל. הוא הדין גם ביחס להכשרת מקומות קבורה נוספים על חשבון שבילים, שטחי גינון וכיו"ב, או באמצעות קבורת מכפלה, קבורת על או קבורה רוויה, אשר אינם מתיישבים עם הנוהל הקיים. כפועל יוצא מכך, לא ניתן למכור בבית עלמין סגור יותר מ-1% מהחלקות הקיימות במועד הסגירה.

62. בהקשר זה ראוי להפנות לסעיף 7.2.1(ד) לנוהל 2012, שלפיו סגירת בית עלמין מותנית גם בקבלת התחייבות של המורשים לחתום בשם גוף הקבורה שלא יוסיפו **קברים** לאחר הכרזת בית העלמין כבית עלמין סגור. כמו כן, בהתאם לסעיף 7.8 לנוהל סגירת בתי עלמין משנת 2012, **"אישור על סגירת בית העלמין ייעשה בהסכם בו יצוין מס' הקברים הפנויים בהם תתאפשר קבורה וזאת כדי למנוע הוספת מקומות קבורה בבית העלמין שהוכרז כ'בית עלמין סגור'..."**. דברים ברוח דומה צוינו בנוהל 2014, שבו נקבע כי בטרם התקשרות בין המל"ל לבין גוף הקבורה בהסכם לסגירת בית העלמין, על המל"ל לבדוק שמספר המקומות הפנויים בבית העלמין אינו עולה על 1% מכלל מקומות הקבורה שבבית העלמין. כמו כן, נוהל זה מבהיר כי על המל"ל לבצע בדיקה מקיפה של בית העלמין, שמטרתה לוודא שלא קיימת אפשרות למימוש של שטחים נוספים לקבורה.

63. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי הנהלים המפורטים משנת 2012 ומשנת 2014 לא ביקשו ליצור נורמות חדשות החלות על בתי עלמין סגורים, אלא להבהיר במפורש, מתוך זהירות, את המצב הנורמטיבי הקיים (ראו והשוו: רע"א 3527/96 **אקסלברד נ' מנהל מס רכוש**, פ"ד נב(5) 385, 406 (1998); רע"א 4373/03 **אבן חיים נ' בנק עצמאות למשכנתאות ופיתוח בע"מ**, פס' 8 (נבו, 15.11.2007)). מסקנה אחרת תרוקן מתוכן את אמת המידה שלאורה נסגרו בתי עלמין לכל המאוחר משנת 2002 (אמת מידה שאף צוינה

כאמור מספר פעמים לאחר מכן כאמת מידה מחייבת), ואף תערער את נקודת האיזון שנקבעה בין הצורך במימון תחזוקת בית העלמין הסגור לבין החשיבות במתן אפשרות לציבור שרוצה בכך להיקבר בחינם. זאת ועוד, קריאה זו של הנהלים ויישומם מקובלת על המל"ל, אשר גיבש נהלים אלה. כידוע, לפרשנות של רשות מינהלית את הנחיותיה יש לתת משקל, תוך התחשבות במומחיות ובניסיון של הרשות (ראו: דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פסק דינו של השופט ע' פוגלמן (נבו, 4.7.2021)).

64. יוער, כי למצער עד לשנת 2012, הכלל שלפיו סגירת בית עלמין מותנית בכך שמספר המקומות הפנויים בו קטן מ-1% לא צוין מפורשות בהסכמים בין המל"ל לבין גופי הקבורה לסגירת בתי עלמין. עם זאת, נראה כי הגופים המעורבים בהכרזה על בית עלמין כסגור ידעו שהכוונה היא לבית עלמין שבו נותר מספר מצומצם ביותר של חלקות קבר פנויות, ללא אפשרות ממשית להרחבתו.

65. יודגש, כי היועץ המשפטי לממשלה אינו מבקש לחוות דעה בשאלה אם אמת המידה שנקבעה לסגירת בתי עלמין, על נקודת האיזון הקונקרטית שהיא משקפת בין צרכי הציבור השונים, היא מיטבית. הסדרתם של בתי העלמין הסגורים היא עניין לקובעי המדיניות, אשר בוחנים בימים אלה חלופות למצב המצוי. אולם, כל עוד לא שונו הכללים הקיימים, נדרש לפעול בהתאם להם. ראוי לציין, כי סגירת בתי עלמין אינה נעשית ביוזמת גופי המדינה, אלא בהתאם לבקשה המוגשת בידי גוף הקבורה לגופים המוסמכים ולמצגים שהוא מציג להם (ראו גם: סעיף 1(ד) לנוהל 2014). כפי שמצופה מגוף הקבורה ליזום תהליך לסגירת בית עלמין במידת הצורך, כך מצופה ממנו לעדכן את הגורמים המוסמכים על שינוי נסיבות המצדיק לפתוח אותו מחדש.

2. מכירת חלקות קבר בגוש 01 התבצעה לכאורה בניגוד להסכם ולנוהל

66. לאחר עיון בתשתית העובדתית המפורטת לעיל, לרבות בדו"חות ברסקי ומרטנס-הופמן, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי על פני הדברים, במהלך הזמן מאז סגירת גוש 01, נוספו בו חלקות קבר חדשות בהיקף משמעותי, לכאורה ללא יידוע או קבלת הסכמה לכך מהמל"ל או מגורם מוסמך אחר במדינה (לעניין זה ראו את הוראת סעיף 8.2 לנוהל 3.1.1 "הפחתות מדמי קבורה בגין 'קבורה בתשלום'", שלפיה על גופי הקבורה לעדכן את המל"ל על תוספת שטחים בבית העלמין שבניהולם).

נוהל 3.1.1 "הפחתות מדמי קבורה בגין 'קבורה בתשלום'" מצ"ב **כנספת 14**.

67. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי תוספת אחוזות הקבר הללו בגוש 01, כמו גם מכירתן לציבור, אינן מתיישבות לכאורה עם הכללים החלים על בתי עלמין סגורים ועם ההסכם בין המל"ל לבין המשיבה לסגירת גוש 01.

68. לטענת המשיבה, הכלל המתנה סגירת בית עלמין במיצוי 99% משטחי הקבורה נכנס לתוקפו עם פרסום נוהל 2014, ולכן אינו חל על גוש 01 אשר נסגר עוד בשנת 2002. היועץ המשפטי לממשלה סבור כאמור כי טענה זו אינה נכונה, שכן כלל זה היה בתוקף במועד הרלוונטי. לא בכדי אישרה ועדת הפנים את סגירתו של גוש 01 בהתבסס, בין היתר, על כלל זה. להמחשת הדברים ראוי להפנות לחילופי הדברים בישיבת הוועדה מיום 17.6.2002 שדנה באישור סגירת גוש 01 ובתי עלמין נוספים, התומכים במסקנה זו:

היו"ר משה גפני: מירי, למה בעצם צריך אישור על בתי עלמין סגורים אם בלאו הכי כבר לא קוברים שם? מה השאלה של תעריפים? למה זה בכלל מופיע בחוק?

מרים פרנקל-שור: מכיוון שהתיקונים שהסדירו את התעריפים בחוק לא חלים על בתי עלמין סגורים.

היו"ר משה גפני: אבל לבתי עלמין סגורים כבר אין תעריפים.

מרים פרנקל-שור : אני לא בטוחה שבית עלמין מכונה בית עלמין סגור כשעדיין אין שם מקומות קבורה. כדאי לברר זאת עם חברות קדישא.

שמעון נבון : שמעון נבון, ביטוח לאומי. הגדרה של בית עלמין סגור זה בית עלמין שיש בו מעט מקומות, בדרך כלל שומרים אותם לקברי אבות. מדובר על פחות מאחוז מכלל בית העלמין, המקומות האלה בדרך כלל נשמרים לקברי אבות ויש שם מספר קבורות די מצומצם.

לכן, נקבע שלא יהיו תעריפים שיגבילו את מכירת אחוזות הקבר והכסף אמור לשמש לתחזוק אותו בית עלמין לאורך שנים.

היו"ר משה גפני : ואתם בעד זה.

שמעון נבון : הנושא של הגדרה של אותו בית עלמין סגור כל השנים דיבר על אחזקה לאורך שנים, והמיומן הוא מאחוזות הקבר. כך זה גם רשום בתקנות, לא בהגדרה שזה מיועד לכך, אבל על זה דובר כל השנים.

[...]

היו"ר משה גפני : יש בית עלמין אחד שאתה רוצה להגדיר אותו כבית עלמין סגור. על פי איזה קריטריון? ששם כל החלקות נמכרו ונשאר פחות מאחוז אחד.

שמעון נבון : פחות מאחוז אחד. זה מופיע ברשימה ויש את ההסכמים.

מרים פרנקל-שור : האם יש מקום שבו מעוגנים הקריטריונים להגדרת בית עלמין סגור?

[...]

שמעון נבון : בסעיף 3(א)(1) לחוק מוגדר מה מותר לחברת קדישא לגבות. ישנם שלושה מצבים בתקנות. מצב ראשון זה קבורה בבית עלמין שהוגדר על ידי ביטוח לאומי כבית עלמין סגור, דהיינו שם אפשר לגבות תשלום לאחר פטירה.

בית עלמין סגור – יכול להיות מצב שמספר המקומות הוא פחות מאחוז אחד מהמקומות הפנויים. הם לא מקובצים במקום אחד, זאת אומרת הם מפוזרים. אין פוטנציאל לפיתוח שטחי קבורה נוספים באותו תא שטח לבית העלמין שהוגדר, והחברה מתחייבת לשמור את המקומות לקברי אבות. קברי אבות זה כאשר ההורים קבורים שם, זה רק עבור הבנים וכו'.

נדב עשהאל : או בן-זוג. יש קריטריון של קרוב משפחה.

מרים פרנקל-שור : האם הקריטריונים האלה מעוגנים באיזשהו מקום?

שמעון נבון : אלה קריטריונים שנקבעו בשנת 1976.

מרים פרנקל-שור : אלה הנחיות מנכ"ל? כלומר, הן מעוגנות במקום כלשהו?

שמעון נבון : בהנחיות של מינהלת המוסד.

אלי ליפשיץ : זה כמו הנחיות מנכ"ל.

[...]

היו"ר משה גפני : האישור [לסגירת גוש 01 ולבתי עלמין נוספים – הח"מ] ניתן, זה כפוף לבקשה שציינתי – מר נבון, בתוך שבוע אני מבקש את הקריטריונים [לסגירת בתי עלמין – הח"מ], ... לאחר שאני מקבל את הקריטריונים, אני מבקש שזה יפורסם ברשומות.

שמעון נבון : גם את הקריטריונים?

היו"ר משה גפני : את הקריטריונים לא. הקריטריונים זה עבור הציבור. תודה רבה, הישיבה נעולה.

69. המשיבה הוסיפה וטענה כי נהלי המל"ל ביחס לבתי עלמין סגורים לא היו ידועים לה עד שנת 2014, כיוון שרק בשנה זו פרסם המל"ל נוהל פורמאלי בעניין. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי מדובר בטענה שבעובדה, אשר יש להניח כי תתברר בהמשך ההליך. מכל מקום, יש בה קושי. ההסכם לסגירת גוש 01

נסמך על הצהרת המשיבה, שמצאה את ביטויה בהסכם בינה לבין המל"ל, שלפיה בגוש 01 "נותר מספר מצומצם ביותר של אחוזות קבר". בראייתו של היועץ המשפטי לממשלה, תוספת של כ-2,000 חלקות קבר לגוש 01 לאורך השנים אינה מתיישבת עם הצהרה זו.

70. המשיבה טענה גם, בין היתר, כי נהלי המל"ל מאפשרים להוסיף אחוזות קבר בבית עלמין סגור, ובלבד שתוספת הקברים היא בתוך גבולותיו הפיזיים של בית העלמין, ולדבריה נהגה בהתאם לכך בגוש 01. לעניין טענה זו, היועץ המשפטי לממשלה יציין, כי על פי התשתית העובדתית הקיימת בשלב זה, אכן אין ראיות לכך שהמשיבה חרגה מגבולות גוש 01, כפי שנקבעו בהסכם לסגירתו. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי אין בכך כדי לשנות ממסקנתו שלפיה המשיבה חרגה לכאורה מההסכם עם המל"ל ומהנוהל. נהלי המל"ל, עליהם עמד היועץ המשפטי לממשלה בפירוט לעיל, מתייחסים לפי לשונם למספר אחוזות הקבר הפנויות בבית עלמין, ולא לשטחו הכולל של בית העלמין. יתר על כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, פרשנות המשיבה אינה מקנה משקל מספק לצורך הציבורי הכללי בקבורה בחינם, ועשויה לפגוע בכך (לראיה, בגוש 01 נוספו עד היום כ-2,000 אחוזות קבר, וניתן להוסיף עוד כ-1,500 אחוזות קבר חדשות; כל אחוזות הקבר הללו נמכרו בין אם ברכישה מחיים ובין אם לאחר פטירה, ללא הגבלת תעריפים כלשהי). מסקנה זו מקבלת משנה תוקף בענייננו, שבו להסכם הסגירה צורך תשריט המתאר את בית העלמין הקיים במדויק עד לרמת מיקומן של שורות הקברים, ושבו המשיבה אינה מכחישה כי בעת סגירת בית העלמין נותרו בו 77 חלקות פנויות בלבד.

71. לסיכום הדברים עד כה, נמצא כי המשיבה הפרה לכאורה את ההסכם עם המל"ל והנוהל, שלפיהם לא ניתן להוסיף, וממילא לא ניתן למכור, אחוזות קבר מעבר לרף של 1% מהחלקות הפנויות בעת סגירת בית העלמין.

3.2 השלכות הפרת ההסכם והנוהל במקרה דנן

72. במקרה דנן, ההליך מצוי בשלב מקדמי, שבו טרם התבררו במלואן הטענות העובדתיות והמשפטיות. בנסיבות אלה, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי אין מקום להבעת עמדה מטעמו ביחס לעילות ולסעדים המבוקשים בשלב זה, והוא מבקש לשמור על זכותו לעשות כן בשלב מתקדם יותר של ההליך.

73. בכפוף לאמור לעיל, יצוין כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, עילות התביעה והסעדים המבוקשים לעבר בהליך צריכים להיבחן, בין היתר, על יסוד מכלול נסיבות המקרה ושיקולים שונים, שבהם, מחד, החלטת המשיבה למכור אחוזות קבר מעבר למקומות הקבורה הפנויים בעת סגירת בית העלמין, מבלי שהיה לה כאמור היתר לעשות כן ובחירתה של המשיבה שלא לגלות על כך לרוכשים, ומאידך העובדה כי שירותי הקבורה סופקו לחברי הקבוצה; חיוניות השירות שמספקת המשיבה לציבור; שאלת הסתמכותה של המשיבה על התשלומים בעד אחוזות הקבר במסגרת התכנון התקציבי שלה; וההשפעה האפשרית של ניהול ההליכים או של פסיקת השבה על איתנותה הכלכלית. יוער, כי בירור שאלת השפעת ניהול ההליכים על המשיבה ובירור שאלת קיומם של נזקים אפשריים לציבור כתוצאה מכך טעונים גם הם בירור עובדתי.

74. אשר לסעד המבוקש לעניין העתיד. כאמור לעיל, ממצאי מבקר המדינה, כמו גם ההליך הנוכחי, שיקפו את הצורך בחשיבה מערכתית מחודשת על אודות הכללים לסגירת בתי עלמין, מנגנון תקצובם, ניהולם השוטף ועוד. בהתאם לכך, בכוונת גופי המדינה הנוגעים בדבר לבצע עבודת מטה סדורה, וזאת לצורך קידום הנושא במבט צופה פני עתיד. במסגרת זו, עתידים הגורמים המוסמכים במדינה להידרש גם לבתי עלמין שנסגרו בעבר, ולבחון אם יש מקום לשנות את הכללים הקיימים ביחס אליהם. בהקשר זה יצוין

כי לאחרונה גובשה הצעה בידי המל"ל, המציעה להתיר מכירה של חלקות קבר בבתי עלמין סגורים החורגת מרף 1% החלקות הפנויות, ובלבד שמדובר בחלקות קבר המצויות בתוך גבולותיו של בית העלמין וכי קיימות חלופות לקבורה בחנים בתחום השיפוט של הרשות המקומית הרלוונטית. היועץ המשפטי לממשלה סבור שבנסיבות אלה אין מקום, למצער בטווח הזמן הקרוב, לקבוע מסמרות לגבי הסעד המבוקש לעתיד.

75. נוסף על כך, היועץ המשפטי לממשלה יבקש להתייחס למספר סוגיות משפטיות-מקדמיות שהתעוררו בהליך, ובהן השאלה אם בקשת האישור עולה כדי תקיפה עקיפה של ההכרזה על גוש 01 כבית עלמין סגור ושאלת האפשרות העקרונית לנקוט בהליך תובענה ייצוגית נגד המשיבה לפי פרט 1 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות.

1.3.ז תקיפה עקיפה

76. **כידוע, לפי ההלכה הפסוקה, ככלל אין לאפשר תקיפה עקיפה – וודאי שלא תקיפה ישירה – של החלטה מינהלית או דבר חקיקה במסגרת תובענה ייצוגית** (ע"א 4291/17 אלפריח נ' עיריית חיפה (6.3.2019) (להלן: "עניין אלפריח")). הלכה זו מבוססת בין היתר על כך ש"המסלול המינהלי הוא דרך המלך כדי לתקוף באופן ישיר החלטה מינהלית" (רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל (19.1.2017)), ועל כך ש"בתי המשפט לא יטו להעניק סעד במקרה של תקיפה עקיפה, מקום שבו נמנע הצד התוקף מהעמדת הפגם הנטען לביקורת בהליך של תקיפה ישירה" (ע"א 7958/10 פלאפון תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל (1.8.2012)). על רקע דברים אלה אף צוין בעניין אלפריח כי "יש לעמוד על כך כי לבקשה לאישור תובענה ייצוגית אשר הסעד המבוקש בה מושתת כל כולו או בעיקרו על טענת אי חוקיות של מעשה שלטוני תקדם תקיפה ישירה של המעשה השלטוני בהליך של תקיפה ישירה בבית המשפט המוסמך לכך" (שם, פס' 20 לפסק דינו של כב' השופט מ' מזוז).

77. בראיית היועץ המשפטי לממשלה, ההכרזה על גוש 01 כעל בית עלמין סגור היא בגדר מעשה שלטוני, אשר לא ניתן לתקוף אותו במישורין או בעקיפין במסגרת תביעה ייצוגית. ככל שמבוקש בעניינו להביא לביטול ההכרזה, תובענה ייצוגית אינה המסגרת המתאימה לכך. עם זאת, במקרה דנן נראה כי ההליך שבכותרת מכוון, בין היתר, נגד ההפרה הנטענת של המשיבה את הכללים החלים על בית עלמין סגור. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף בשים לב לסעדים המבוקשים, אשר אינם כוללים סעד לביטול ההכרזה על גוש 01 כעל בית עלמין סגור. לפיכך, לכאורה, אין מדובר רק בתקיפה ישירה או עקיפה של מעשה שלטוני.

78. ניתן לכאורה לטעון, כי עצם תקיפת גביית תשלום עבור קבורה בבית עלמין סגור עולה כדי תקיפה עקיפה של הכרזתו ככזה. ואולם, כאמור לעיל, עצם ההכרזה על בית עלמין סגור אינה מקנה זכות למכירת אחוזות קבר בשטחו ללא הגבלה. על כן, העלאת טענות נגד מכירת אחוזות קבר בבית עלמין סגור אינה מהווה בהכרח תקיפה עקיפה או ישירה של ההכרזה.

2.3.ז התייחסות לטענת המשיבה כי לא ניתן בביכול לנהל נגדה תובענה ייצוגית בהליך דנן לפי פרט 1

לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות

79. התוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות מונה רשימה סגורה של תביעות שניתן להגישן כתביעה ייצוגית. בעניינו ביססו המבקשים את בקשתם לאישור תביעה ייצוגית על פרט 1 לתוספת השנייה, המתייחס לתביעה נגד "עוסק". המשיבה טוענת כי בהיותה "רשות" כמובנה בחוק תובענות ייצוגיות, לא ניתן היה להגיש נגדה בקשה לאישור תביעה ייצוגית מכוח פרט 1 לתוספת השנייה.

80. סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות מפנה להגדרת המונח "רשות" שבסעיף 2 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: "**חוק בתי משפט לעניינים מינהליים**"), ומחיל אותה על הוראות החוק הנוגעות לרשות. חוק בתי משפט לעניינים מינהליים קובע בתורו כי "רשות" היא "...רשות מרשויות המדינה, רשות מקומית, וכן גופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".

81. בענייננו המשיבה היא עמותה פרטית בעלת רישיון קבורה, אשר גופים דומים לה הוגדרו בפסיקה כגופים דו-מהותיים (ראו: ע"א 294/91 **חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464 (1992) (להלן: "**עניין קסטנבאום**")). בנסיבות העניין, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי ספק שהמשיבה היא "רשות" במובנו של חוק תובענות ייצוגיות, אולם לגישתו ההכרעה בכך במקרה דנן אינה נדרשת. זאת, כיוון שגם אם עסקינן בהליך נגד "רשות", יש לבחון באיזה קובע פעלה הרשות במסגרת הפעולה הנתקפת בבקשת האישור. נפרט.

82. לפי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית ב"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". עוסק מוגדר בחוק הגנת הצרכן כ"מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן" (סעיף 1 לחוק הגנת הצרכן). לפי הפסיקה, אין מניעה להגיש נגד רשות בקשה לאישור תביעה כייצוגית מכוח פרט 1 לתוספת השנייה, ככל שהתביעה נסבה על פעולה של הרשות בכובעה כ"עוסק". כפי שציין כב' השופט א' רובינשטיין בע"מ 2978/13 **מי הגליל – תאגיד הביוב האזורי בע"מ נ' יונס** (23.7.2015): "בשלב זה יוזכר – ולכך השלכה על אופיו המינהלי של הליך התובענה הייצוגית כנגד הרשות, [...] – כי התביעה הייצוגית היחידה שניתן להגישה כנגד הרשות בכובעה ככזאת, היא על פי פרט 11 [...] הבהרה זו חשובה בשל העובדה, שניתן להגיש מספר סוגי תובענות ייצוגיות כנגד הרשות בכובעה האחרים, [...] כך ניתן להגיש תובענה ייצוגית כנגד הרשות בכובעה כ"עוסק" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, על פי פרט 1 לתוספת השניה [...]" (תוצאת פסק הדין השתנתה בהליך דיון נוסף – דנ"מ 5519/15 – אולם לא בסוגיה זו).

83. בפסק הדין בע"מ 7752/12 **אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל** (2.11.2014) (להלן: "**עניין אסל**"), עמד בית המשפט הנכבד על כך שההבחנה בין פעולה מסחרית-פרטית של הרשות לבין פעולה שלטונית-ציבורית, תיבחן בכל מקרה לגופו, על יסוד נסיבותיו והתאמתן לתכלית החוק. בהקשר זה, צוין כי השיקולים שביסוד ההכרעה בשאלה אם הפעולה הנתקפת של הרשות בוצעה בכובע של "עוסק", הם, בין היתר מהות הפעולה הנתקפת – האם מדובר בפעולה שנעשית על דרך העיסוק, וכן תכליתו של חוק הגנת הצרכן כחוק שנועד להגן על הצרכנים – כצד חלש – מפני "עוסק" הנהנה מיתרון כלכלי ומקצועי בתחום עיסוקו (דנ"מ 5519/15 **יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ, פס' 26** לפסק דינה של השופטת א' חיות (17.12.2019)).

84. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בפעילותה הנדונה של המשיבה במכירת חלקות קבר במקרים המותרים לכך בדין, המשיבה פועלת כ"עוסק", וזאת למרות שחלקות קבר אינן "מוצר" או "נכס" רגיל. בעת בחינת פעילות זאת של המשיבה, נראה כי בעיקרה היא בעלת אופי עסקי-מסחרי. הבסיס לרכישת אחוזת קבר הוא הסכמי ורצוני מצדו של המעוניין בכך ובתמורה לתשלום שנקבע ככלל בהתאם לשיקול דעתה של המשיבה, בכפוף לאמור להלן בפרק 2.4. ביתר פירוט, עסקינן בפעילות של ממכר אחוזות קבר במקרים שבהם הנפטר בעודו בחיים, או במקרים שבהם קרובי הנפטר בוחרים משיקוליהם שלא להסתפק באחוזת הקבר המוצעת בחינם ופונים למשיבה בכדי לרכוש בתשלום אחוזת קבר שאותה הם מעדיפים על פניה (ראו והשוו: עניין **אסל**, פס' כ'). התשלומים הנגבים ממכירות אלה משמשים כאמור

כמקור כספי לכיסוי עלויות רכישת קרקעות בתי העלמין, פיתוחן והחזקתן על ידי המשיבות. ואולם, יובהר כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, העובדה שהמשיבה מוגבלת בשימוש שהיא יכולה לעשות בכספים אלה ולפיכך אינה פועלת משיקולי השאת רווחים טהורים, אינה משפיעה על מאפייני הפעילות כעסקית (ראו: סיני דויטש **דיני הגנת הצרכן** כרך ב 474 (2012)).

85. מאפיין עסקי נוסף למכירת החלקות על ידי המשיבות הוא שבעת מכירת אחוזות הקבר, שוררים פערי ידע, מומחיות וניסיון בין גופי הקבורה שמוכרים את אחוזות הקבר דרך קבע, אל מול מי שמבקש לרכוש את אחוזות הקבר. כך הוא בוודאי בנסיבות שבהן מדובר ברכישה סמוך לאחר מועד הפטירה, בעת שהרוכש נתון במצב של כאב ודחק, המעצים את הפער אל מול גוף הקבורה. לפיכך קיימת הצדקה להעניק לרוכש הגנה משפטית ולהטיל חובות מוגברות על הצד ה"חזק" שמנגד. וכבר נאמר (אם כי באספקלריה של חוק חוזים אחידים, ובמסגרת דיון בהקשר שונה מזה הנדון בענייננו), כי "מי שמתו מוטל לפניו אינו מעיין בדו"חות צרכניים באשר לשירות הטוב ביותר. הוא נתון בלחץ ובמבוכה, בכאב וברפיון דעת. דעתו אינה פנויה "למחקרי שוק" (עניין **קסטנבאום**, פס' 16 לפסק דינו של כב' השופט א' ברק). יצוין שזוהי גם תכליתו של חוק הגנת הצרכן וסיווג המשיבות כ"עוסק" ופעילותן כפעילות עסקית, מגשים את תכליתו של החוק להעניק הגנה מוגברת לצרכן לאור כוחו העודף של העוסק, הנהנה מיתרון כלכלי ומקצועי בתחום עיסוקו. בהקשר זה, נקבע בפסק הדין בת"א (מחוזי ת"א) 382/96 **לנגברט נ' מדינת ישראל – מינהל מקרקעי ישראל**, פס' 31 (15.10.2002) כי "הרציונל לאבחנה בין פעילות שלטונית מובהקת לפעילות מסחרית, העומד ביסוד ההלכה שנקבעה בפרשת **צ'רטוק**, הוסבר על-ידי כב' הנשיא ברק בכך שתכליתו של חוק הגנת הצרכן היא לצמצם את פערי הכוחות והמידע בין ספקים שיש להם מומחיות בתחום עיסוקם, ובין הפרט..." (וראו גם: עניין **אסל**, פס' כ"ז).

86. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ניתן להסיק שפעילות ממכר אחוזות קבר הנה בעלת מאפיינים עסקיים גם בדרך של היקש מהוראת סעיף 14א(ג) לחוק שירותי הדת היהודיים, שחל על מכירת אחוזות קבר בחיים בבתי עלמין פעילים. סעיף זה קובע כי הוראות חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, יחולו על מכירת חלקות קבר בחיים בנוסף להוראות חוק שירותי הדת היהודיים. סעיף חוק זה מלמד כי בראייתו של המחוקק, ראוי להשקיף על יחסי גופי הקבורה והרוכשים במסגרת עסקות מכר של אחוזות קבר, כהתקשרות בין צדדים לא שווים, אשר עליה ראוי לפרוש הגנה מוגברת לצרכן לאור כוחו העודף של העוסק. אם כך נקבע בחוק מפורשות בנוגע למכירת אחוזות קבר בחיים בבתי עלמין פעילים, המוסדרת ומפוקחת במרבית היבטיה בחקיקה ראשית, מקל וחומר כך הוא ביחס לעסקות לרכישת אחוזות קבר בבתי עלמין סגורים וחלקות חריגות, אשר לא כפופות להסדרה בחוק כמו מכירת חלקות קבר בחיים. הדברים מקבלים משנה תוקף בהתחשב בכך שהתקשרות זו עשויה כאמור להיערך בסמוך לאחר הפטירה, בעת שהרוכש נתון במצב של כאב ודחק, המקשה על בחינה מדוקדקת של תנאי הרכישה. אשר על כן, מכירת קברים הינה, בעיקרה מכירה "דרך עיסוק", ולכן אין מניעה להגשת ההליך שבכותרת מכוח פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

4. התייחסות לסוגיות נוספות בהליך שבכותרת

1.4. קבורה בתשלום בגוש 02 בבית העלמין "גני אסתר"

87. בקשת האישור נסבה גם על קבורה בתשלום בגוש 02 בבית העלמין "גני אסתר" (להלן: "**גוש 02**"). גוש 02 הינו בסטטוס של "בית עלמין פעיל", ולכן הדיון על אודות בתי עלמין סגורים לא רלוונטי לגביו. טענת המבקשים ביחס לגוש 02 היא, כי נמכרו בתחומי אחוזות קבר כחלקות "חריגות" לאחר פטירה, בהיקף החורג מההיקף המותר לפי תקנות דמי קבורה. בתגובתם לתשובת המשיבה לבקשת האישור, מיקדו

המבקשים כאמור את תלונתם בכך שהמשיבה – המנהלת – הן את בית העלמין "גני אסתר" הן את בית העלמין "גורדון" בעיר ראשון לציון – המירה ביניהם חלקות שהוגדרו כחריגות. כלומר, המשיבה הגדילה את מספר החלקות החריגות בבית העלמין "גני אסתר", והפחיתה בהתאמה את מספר החלקות החריגות בבית העלמין "גורדון".

88. לפי תקנות דמי קבורה, ניתן לגבות תשלום עבור אחוזות קבר בשטחים מוגדרים שהוסכם עליהם בין המל"ל לבין גוף הקבורה ושסומנו במפה שצורפה להסכם, **ובלבד שהשטחים המוגדרים כאמור לא יעלו על 15% ממקומות הקבורה הפנויים ביום חתימת ההסכם בבית עלמין קיים, ועל 10% ממקומות הקבורה הפנויים בבית עלמין חדש**. תקנה 3(2) לתקנות דמי קבורה מוסיפה ומגדירה מהו "בית עלמין קיים" ומהו "בית עלמין חדש":

"... 'בית עלמין קיים' - בית עלמין שבו נקברים נפטרים בידי חברה שהגיעה להסכם עם המוסד עד יום י"ב בניסן תשל"ז (31 במרס 1977), למעט בית עלמין שנפתח לאחר תחילתן של תקנות אלה;

'בית עלמין חדש' - בית עלמין שבו נקברים נפטרים בידי חברה שהגיעה להסכם עם המוסד אחרי יום י"ב בניסן תשל"ז (31 במרס 1977), **שטחי קבורה חדשים שיתווספו לבית עלמין קיים, וכן בתי עלמין שייפתחו לאחר תחילתן של תקנות אלה**".

89. עד לאחרונה, יושמו תקנות דמי קבורה באופן שאפשר לראות בתי עלמין המוחזקים בידי גוף קבורה אחד כבית עלמין אחד לצורך הגדרת חלקות חריגות, ולכן ניתן היה לבצע ביניהם המרה של חלקות אלה. כך נעשה בפועל, בין היתר, בבתי העלמין בניהולה של המשיבה (גוש 02 בבית העלמין "גני אסתר" ובית העלמין "גורדון"). עם זאת, בפרשנות זו יש קושי ולפיכך עוד בחודש יוני 2020 החליטו הגורמים המוסמכים במל"ל שלא לאפשר אותה עוד. היועץ המשפטי לממשלה יבקש לשמור על זכותו להרחיב את התייחסותו גם לסוגיה זו בשלב מתקדם יותר של ההליך. בכפוף לכך יוער כי השיקולים הקשורים בהשפעת ניהול ההליכים על המשיבה ובירור שאלת קיומם של נזקים אפשריים לציבור כתוצאה מכך רלוונטיים גם בהקשר זה.

2.4.2 סבירות תעריפי החלקות הסגורות והחריגות

90. לחלופין, טענו המבקשים כי תעריפי החלקות הסגורות והחריגות בבית העלמין "גני אסתר" מופרזים ובלתי סבירים. לעניין זה יבקש היועץ המשפטי לממשלה להפנות את בית המשפט הנכבד לעמדותיו שהוגשו במסגרת ת"צ (מחוזי ת"א) 55678-10-17 **קמיל נ' חברה קדישא תל אביב** ות"צ (מחוזי ת"א) 4732-11-17 **חיו נ' חברה קדישא פתח תקווה**, שבהן קיימת התייחסות רחבה לסוגיה דומה, ביחס לגופי קבורה אחרים (חברה קדישא תל אביב וחברה קדישא פתח-תקווה) (להלן: **"תביעות קמיל-חיו"**).

91. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי עמדתו העקרונית שהובעה במסגרת תביעות קמיל-חיו רלוונטית בשינויים המחויבים גם להליך שבכותרת. בתמצית יצוין, כי גביית תשלום בעד חלקות חריגות הנמכרות לאחר פטירה מותרת כאמור "בקשר לקבורה ולהקמת המצבה" (תקנה 3 לתקנות דמי קבורה; כן ראו: סעיפים 266, 268 לחוק הביטוח הלאומי, אולם תעריפיהן לא נקבעו בחוק. כלומר, הדין הקיים הותיר לחברות הקדישא שיקול דעת לקבוע את תעריפי החלקות החריגות, בכפוף לכך שהתשלומים עבורן נגבים בקשר לקבורה ולהקמת מצבה. כפי שנקבע בפסיקה, תשלומים אלה הם תשלומים המיועדים לשמש לתחזוקת בית העלמין לאורך זמן ולפיתוחו בלבד (עניין **כתר המלכים**, פס' 27; ראו גם: עניין **המרכז לפלורליזם יהודי**).

92. העולה מהאמור הוא, כי בהינתן שהמחוקק לא הגביל את תעריפי החלקות החריגות הנמכרות לאחר פטירה, הרי שבנסיבות הדין המצוי אין לכאורה עילה לתבוע השבה בגין תעריפים העולים על תעריפי

החלקות הנרכשות בחיים שנקבעו בחוק. סייג לכך הוא כאשר מדובר בתעריפים שבפועל לא היו סבירים, בשים לב, בין היתר, לתכלית שלשמה מותרת גבייתם, ההוצאות הצפויות לחברת הקדישא המשיבה וטיבן ומהותן של הוצאות אלה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי לשאלת הסבירות ניתן יהיה להתייחס במלואה בענייננו רק לאחר הליך בירור עובדתי בבית המשפט הנכבד, והוא שומר על זכותו להביע את עמדתו ביחס לסוגיה זו בהמשך, ככל שיהיה בכך צורך. מבלי לגרוע מכך, יש לציין כי גם בהקשר זה יידרש בכל מקרה לשקול שיקולים הקשורים בהשפעת ניהול ההליכים על המשיבה ועל הציבור.

ח. סוף דבר

93. ההליך התלוי והעומד עוסק בבית העלמין "גני אסתר", אולם הסוגיות המתעוררות במסגרתו אינן מוגבלות לגדרי המקרה הקונקרטי והן נבחנו גם בידי מבקר המדינה. בנסיבות אלה, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי יש לאפשר לגופי המדינה המוסמכים למצות תחילה את בחינת הכללים הנוהגים, במסגרת עבודת מטה סדורה. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ראוי לעשות כן, למצער בשלב הנוכחי ולפרק זמן מוגבל, בטרם הכרעה בסעדים המבוקשים בהליך זה ביחס לעתיד. ביחס לעבר, יבקש היועץ המשפטי לממשלה כאמור לשמור את זכותו להתייחס ביתר פירוט לסוגיה בשלב מתקדם יותר של ההליך.



נועה זקין, עו"ד, מ.ר. 59893
פרקליטות מחוז מרכז - אזרחי
ב"כ היועץ המשפטי לממשלה