

על גופתי המתה:

הסתכלות מחודשת על מרכיבי הזכות לכבוד המת

אלמה גלבווע שכטמן*

מאמר זה יציע מסגרת חשיבה מחודשת להבנת פשר הזכות לכבוד המת. כפי שאראה, הפסיקה הישראלית הנוגעת לכבוד המת אפופה לעיתים קרובות באיבהירות מושגית ותאורטית ביחס לטיבו ולאופיו. איבהירות זו מביאה להכללת יתר של מרכיבים תחתיו, ונטען כבר לא פעם שעובדה זו עלולה להוביל לפגיעה במעמדה של הזכות ולהציגה כריקה מתוכן. בפרט, נדמה כי מתקיימת עמימות ביחס לסיווג מרכיבים מסוימים של הזכות כפנימיים או חיצוניים לה, וזאת לצד היעדר שיוס מדויק של חלקם. למצב דברים זה ישנן השלכות אופרטיביות, ובראשן אופן הניתוח הבלתי עקבי של הזכות בשעה שהיא מתנגשת עם זכויות ואינטרסים אחרים, תופעה אשר עלולה לגרור חוסר ודאות משפטית. המאמר יבקש להציע פתרון מסוים לסוגיה זו בדמות סיווג מחדש של מרכיביה השונים של הזכות, תוך מתן תשומת לב ייחודית – לראשונה – לכבוד שאנו מייחסים לגופת המת. ראשית, אסקור את הגישות המרכזיות בספרות המשפטית להבנת הזכות לכבוד המת. אנסה להדגים את החפיפה של חלק מהגישות אלו עם אלו ולשכנע בהיות כל אחת מהן לבדה בלתי ממצה. בהמשך, אסקור כמה סוגיות בולטות בפסיקתו של בית המשפט העליון אשר נוגעות לגורלן של גופות ואטען שקשה לדלות מהן תפיסה משפטית קוהרנטית ביחס לזכות לכבוד המת. מסקנתי תהיה כי בעוד ניתן לאתר שישה מרכיבים נפרדים של הזכות מן הבחינה התיאורית, מבחינה נורמטיבית ראוי לראות אותה כמכילה שלושה מרכיבים, ואותם בלבד: רצון המת, כבוד המת כשהיה חי וכבוד גופת המת. בעוד **רצון המת** מתייחס לרצון שביטא המת עת היה חי באשר לגורל גופתו, **כבוד המת כשהיה חי** מתייחס לכבוד המוענק למת בהיותו אדם אשר פעם היה חי והוא נובע מכבוד האדם. **כבוד הגופה**, לעומת זאת, מעניק תוקף לאינטואיציה החזקה שאנו חשות לא כלפי המת כמת, אלא כלפי הגופה גופא. אטען שראוי שלגופה יינתן מעמד משפטי מיוחד – עצם שאינו גוף, אך גם אינו חפץ, ושלעובדה שפעם תפקד כגוף של אדם חי יש להעניק תוקף ומשמעות. לבסוף, אבקש לחדד שכבוד המת הוא רק אחד ממכלול השיקולים שיש להביא בחשבון בבואנו לבחון את גורל הגופה. למרות שמדובר בזכות יסוד מרכזית, יש להתייחס גם לאינטרסים ולזכויות חיצוניים לה.

* בוגרת תואר ראשון במשפטים ותואר ראשון בפסיכולוגיה, אוניברסיטת תל אביב. מתמחה בבית המשפט העליון. המאמר מבוסס על עבודת גמר שחברה במסגרת סמינריון "הגוף במשפט", בהנחיית ד"ר יופי תירוש. תודתי מסורה להנחייתה והערותיה המצוינות. אני מודה גם לכבי' השופט פרופ' עופר גרוסקופף, פרופ' נילי כהן ופרופ' טליה פישר על הערותיהם המעמיקות ומאירות העיניים, שסייעו בפיתוח העבודה והפיכתה לכדי מאמר. תודה גם למערכת כתב העת "המשפט", ובפרט לחברי המערכת עמית לוי וניב גור. האחריות לתכני המאמר – כולה שלי.

- א. מבוא. ב. הגישות השונות להבנת כבוד המת. ג. כבוד המת בפסיקת בית המשפט העליון.
ד. כבוד המת – מבט מחודש; ד.1. רצון המת לפני מותו; ד.2. כבוד הגופה; ד.3. כבוד המת כשהיה חי. ד.4. כבוד הזיכרון של הקרובים; ד.5. כבוד הקרובים למת כמי שמזוהים עימו גם לאחר מותו; ד.6. האינטרס הציבורי (תברואתי וערכי); ד.7. סיכום ביניים. ה. דיון וביקורת. ו. סיכום.

א. מבוא

הזכות לכבוד האדם היא אחת מהזכויות המרכזיות במערכות משפט מודרניות מערביות והיא נחשבת לאחת מאבני היסוד של שיטת המשפט הישראלית. רבות נכתב על אודותיה, על התפתחותה ההיסטורית ועל מקומה בשיח המשפטי ובעשייה השיפוטית.¹ אולם השיח האקדמי סביב הזכות לכבוד המת, אשר נתפסת בקרב רבות כנגזרת טבעית של הזכות לכבוד האדם, שכיח פחות. ואולי אין זה מפתיע כלל שהעיסוק בכבוד האדם החי משמעותי ופורה יותר מהעיסוק בכבוד האדם המת. ברם, נדמה כי הספרות הקיימת בנושא, כמו גם הפסיקה הישראלית הנוגעת לכבוד המת, אפופות לעיתים קרובות איבהירות מושגית ותאורטית: האם כבוד המת הוא אכן אך נגזרת "טבעית" של כבוד האדם, או שמא יש לנסות ולאתר לו מקור אחר? איזה תוכן יש לצקת לזכות זו? האם מטרתה להגן רק על המת עצמו, או גם על קרוביו? איזה קשר מתקיים בין כבוד המת לגופת המת? וכיצד יש להתייחס לגופת המת בשדה המשפטי?

מאמר זה ינסה לענות על שתי שאלות מרכזיות. הראשונה – ממה מורכבת הזכות לכבוד המת בפועל, כפי שהיא משתקפת בפסיקה הישראלית.² זוהי שאלה תיאורית-פוזיטיבית, והמענה עליה יבוסס על סקירה של פסיקה מרכזית של בית המשפט העליון, אשר מתייחסת לתוכנה של הזכות בהקשרים משפטיים שונים. השנייה – מה ראוי שירכיב את הזכות לכבוד המת מבחינה נורמטיבית. המענה על שאלה זו יתבסס, בין היתר, על עמדות שונות בספרות שהתמודדו במישרין או בעקיפין עם שאלה זו.

בפרק א' יוצגו כמה גישות תאורטיות העולות מן הספרות להבנת המונח "כבוד המת". כפי שאסביר, מאמר זה לא יעסוק כלל בעמדת המשפט העברי בעניין זה (אף על פי שהיא מרכזית להבנת המונח בישראל).³ עם זאת, פרק זה ישאף להציג טווח רחב ומגוון של גישות לעניין זה ובכך לשקף את המורכבות התאורטית של המונח. כאן, אנסה להדגים את החפיפה של חלק מהגישות אלו עם אלו ולשכנע בכך שכל אחת מהן לבדה אינה ממצה. **בפרק**

¹ ראו למשל אורית קמיר **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** (2004); אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** (2014); אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהיליה מוסרית" **משפט וממשל** 469 (2004); אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" **משפט וממשל** 9 (2016); רונן פוליאק "כבוד האדם ותורתו" **משפטים** 179 (2018).

² לאורך המאמר יעשה שימוש בכמה ביטויים. המונח "זכות" יתייחס לערך בעל מעמד נורמטיבי גבוה יותר מזה אשר ניתן ל"אינטרס". כמה "מרכיבים" מצטרפים לכדי "זכות" או "אינטרס". "מונח" ישמש לצורך תיאור ערך כלשהו, מבלי לבטא אמירה נורמטיבית כלפיו. להרחבה על ההבחנה בין ההגנה המוענקת לזכויות אדם להגנה הניתנת לאינטרסים, ראו למשל: אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן, "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא(1) 97 (2011); JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 166 (Clarendon Press 1986), וכן שם, בעמ' 30–43, 141, 179, 247–248; בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, 271 (2006); דני"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589 (1995); בג"ץ 2753/03 **קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל**, פ"ד נז(6) 359 (2003).
³ ראו התייחסותי לעניין זה בפרק ה'.

ב' אסקור כמה סוגיות משפטיות בולטות במשפט הישראלי אשר נוגעות לגורל גופת האדם לאחר מותו, ואשר מהן ניתן לדלות התייחסות לכבוד המת בשדה המשפטי-חברתי. בין סוגיות אלו ייכללו שאלות בדבר כיתוב על מצבה; אופני קבורה; עבירת ביזוי המת ועוד.⁴ בחלק זה אנסה לנתח את תמונת המצב המשתקפת מהפסיקה הישראלית בסוגיות שצוינו ואשאל האם ניתן לדלות מהן גישה תאורטית עקבית להבנת המונח כאמור. אגיע למסקנה כי התשובה לשאלה זו היא שלילית.

בפרק ג', בהסתמך על הגישות התאורטיות שהוצגו בפרק א', אציע מסגרת חשיבה נורמטיבית מחודשת על הזכות לכבוד המת. בתוך כך, אנסה להצביע על התופעות המשפטיות שאני מזהה ככאלו שהביאו מלכתחילה לעמימות התאורטית שחלה ביחס לזכות, ובפרט, הבלבול ביחס לסיווג מרכיבים וזכויות הקשורים לזכות לכבוד המת כחיצוניים או פנימיים לה וכן היעדר השיום של הזכות לכבוד הגופה. בעוד זכות זו זוכה, הלכה למעשה, למעמד משמעותי בפסיקה, היעדר שיומה תורם להכללת היתר של מרכיבים תחת זכות "האם" שלה, הזכות לכבוד המת. לאור זאת, מסקנתי תהיה כי ביחס לסוגיות המשפטיות שצוינו לעיל, יש לראות בכבוד המת זכות המכילה שלושה מרכיבים נבדלים, ואותם בלבד: רצון המת, כבוד המת כשהיה חי וכבוד גופת המת. מרכיבים אלו עשויים לחפוף אחד עם השני ולהביא לתוצאה זהה מבחינה מעשית באותה המידה שהם עשויים להתנגש ולמשוך לכיוונים מנוגדים: **רצון המת** מתייחס לרצון שביטא המת עת היה חי באשר לגורל גופתו לאחר מותו. לעומת זאת, **כבוד המת כשהיה חי** מתייחס למרכיב נפרד מהרצון, והוא הערך שניתן למת באשר הוא אדם, אשר פעם היה חי וקעת הוא מת. אני סבורה כי מרכיב זה של הזכות – כבוד המת כשהיה חי – בהחלט נובע מכבוד האדם. **כבוד הגופה**, לעומת זאת, מעניק תוקף לאינטואיציה החזקה שאנו חשות לא כלפי המת כמת, אלא כלפי הגופה גופא. כאן, כך, ייטען, טמון אחד החידושים המרכזיים שבמאמר: אטען, כי ראוי כי לגופה יינתן מעמד משפטי מיוחד – בהתאם להיותה עצם שאינו גוף, אך גם אינו חפץ, ושלעובדה שפעם תפקדה כגוף של אדם חי יש להעניק תוקף ומשמעות. מסקנה זו תבוסס הן על ספרות פסיכולוגית רלוונטית והן על התפתחויות מסוימות במשפט האמריקאי והבריטי ביחס למעמדם הקנייני של הגופה ושל חלקי גוף. אולם, אטען גם שכבוד המת, על שלושת המרכיבים שלו, הוא רק אחד ממכלול השיקולים שיש להביא בחשבון בעת בחינת גורל הגופה. הגם שמדובר בזכות מרכזית, יש להתייחס גם לערכים חיצוניים לכבוד המת, כגון כבוד המשפחה ויקירי המת, זיכרון הקרובים את המת לאחר פטירתו והאינטרס הציבורי. בנקודה זו טמון חידוש נוסף, שכן אנסה להראות שהפסיקה הקיימת רואה בערכים אלו ככאלה החוסים תחת הזכות לכבוד המת, קרי, כמרכיבים **פנימיים** של הזכות, ולא כאינטרסים וערכים **חיצוניים** לה. תפיסה זו היא שהובילה, בין היתר, לעמימות הזכות ולקושי לעמוד על תוכנה הקונקרטי.

הצעתי תשלב כמה עמדות מהספרות (אשר יוצגו קודם לכן בפרק א'), ויתרונה יימצא באפשרותה לספק מסגרת חשיבה תאורטית מחודשת על הזכות לכבוד המת ביחס לשאלות העוסקות בגורל גופת המת לאחר המוות. אם תאומץ, אני סבורה כי הבחינה החוקתית שאליה יש להידרש בעת ניתוח שאלה הנוגעת לגורל הגופה, ואשר במסגרתה הזכות לכבוד המת מתנגשת עם זכויות ואינטרסים אחרים, תתבהר. מבחינה מתודולוגית, ההצעה תיסמך על ספרות משפטית ובין-תחומית, ובתוך כך גם על ספרות פסיכולוגית, סוציולוגית ופילוסופית, וזאת מתוך התפיסה כי המושגים שבמרכז הדיון אינם מתקיימים, ועל כן אינם ניתנים להבנה, בריק חברתי. **בפרק ד'** אנהל דיון בשתיים מהביקורות אשר עשויות לעלות נגד הצעתי. אנסה להשיב לביקורות אלו, אולם אכיר גם בחולשות ההצעה אשר נותרות בעינן. לבסוף, אסכם.

⁴ יצוין כי מדיון זה יוחרג תחום דיני הצוואות, אולם תובא התייחסות לכך בפרק 1.1. וכן בפרק ה'.

ב. הגישות השונות להבנת כבוד המת

מהו כבוד המת? מאין הוא נובע, ומה משמעותו? האם הזכות לכבוד המת היא זכות שמטרתה להגן על המת עצמו, על משפחתו, או אולי על הציבור בכללותו? האם זכות זו נגזרת באופן ישיר מזכות האדם לכבוד האדם, או שמא מדובר בזכויות קשורות, אך בכל זאת בלתי תלויות? ואולי מתקיימת מערכת יחסים מורכבת יותר בין השתיים? בפרק זה אציג כמה גישות להבנת כבוד המת, מתוך שאיפה להציג טווח רחב של התייחסויות להבנת מונח זה.

התפיסה הקלסית, ואולי השכיחה ביותר להבנת כבוד המת, רואה בו נגזרת טבעית של כבוד האדם. כבוד האדם בהקשר זה נתפס כמונח אוניברסלי, המבטא תפיסה שלפיה כל אדם ראוי להגנה על כבודו מעצם היותו אדם. שורשי תפיסה זו הם קאנטיאניים במובהק, ולפיה האדם ייחודי ביכולתו להפעיל אוטונומיה, שהיא היכולת להפנים את חוקי המוסר ולחיות על פיהם.⁵ אולם גם אם נסכים על תפיסה זו של כבוד האדם, אשר ניתן לחלוק עליה, עולה השאלה אם ניתן לגזור ממנה הכרה בכבוד המת. זאת, משום שגם אם נבסס הסכמה על תוכנו ומקורו של כבוד האדם, ואפילו נסכים על העובדה שכבוד המת נגזר או נובע ממנו, עדיין נידרש לשאלה ממה מורכב מונח זה. נוסף על כך, עדיין לא יהיה ברור באיזה אופן כבוד המת נגזר, אך נבדל, מכבוד האדם.

נדמה שניתן לאתר שני קצוות מנוגדים לעניין זה. בקצה האחד, נמצא גישה שלפיה כבוד המת הוא מונח שנוצר בשיח משפטי-חברתי, אך הוא חלול בעיקרו, וזאת משום שבמקרים רבים הוא משמש כסיוי לאינטרסים ולזכויות אחרים.⁶ עמדה זו באה לידי ביטוי בכתיבתו של מיכאל בירנהק. לשיטתו, ככלל, למתים אין זכויות, בחריג אחד: זכויות הניתנות לחי, שכעת הוא מת. בירנהק אינו דן באופן ישיר בזכות לכבוד המת, אולם נדמה שניתן לגזור מעמדתו את המסקנה כי "כבוד המת" הוא לכל היותר כבוד האדם, אשר לו ניתנת אחיזה או ביטוי גם לאחר מותו. אולם, בהקשר זה ראוי לציין כי בירנהק רואה במונח "כבוד האדם" עצמו מטבע לשון "ריק כמעט מן הבחינה המשפטית" מלכתחילה. מכאן נובעת עמדתו כי לא ניתן להסיק מסקנה כלשהי בדבר משמעותו של המונח "כבוד המת" מהמונח "כבוד האדם".⁷

בקצה השני של הסקלה נמצא עמדה אשר כמעט מאחדת בין המתים לחיים. לפי עמדה זו, אשר מובעת על ידי גלאהן (Glahn) ובגלואו (Baglow), המתים הם "יצורים אנושיים" ("human beings"), ולכן גופות גם הן סוג של "עצמים אנושיים".⁸ לגישת גלאהן, כל תפיסה של כבוד המת שאינה מכילה את הרגישויות לגופה כ"יצור אנושי" היא תפיסה בעייתית. כלומר, לא רק שהמתים זכאים לכבוד, אלא הם אף משתייכים לקבוצת "אנשים" החשופה ביותר לפגיעה בכבוד, הואיל ויכולתם לגונן על עצמם מפני פגיעה כזו מצומצמת, בדומה לאנשים בעלי מוגבלויות שונות. גישה זו של גלאהן מנסה לאתגר את מונח הכבוד המוכר וליצור מונח חדש ואינטרדיסציפלינרי, אשר מדגיש נקודה חיונית מבחינתה – כשהחיים מתבוננים בגופה, הם רואים בה, במובן מסוים, יצור "חי".

IMMANUEL KANT, GROUNDWORK FOR THE METAPHYSICS OF MORALS 71 (Mary Gregor ed., Cambridge Uni. Press⁵ (1785) (2012). לדיון נוסף בהקשר המשפטי המודרני של כבוד ראו Leslie Henry, *The Jurisprudence of Dignity*, 160 U. Pa. L. Rev. 169, 207-208 (2011); R.D. Glensy, *The Right to Dignity*, 43 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 65 (2011) REV. 169, 207-208 (2011); Luis R. Barroso, *Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse*, 35 B. C. Int'l & Comp. L. Rev. 331 (2012).

⁶ מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" **עיוני משפט** לא 57, 113 (2008) (להלן: בירנהק).
⁷ שם, בעמ' 61.

⁸ Julia A. Glahn, *Dignity of the Dead!* in RE-IMAGINING DEATH & DYING 33 (Dennis R. Cooley & Lloyd Steffen eds., 2009). (להלן: Glahn); John S. Baglow, *The Rights Of The Corpse*, 12 MORTALITY 223 (2007); יצוין כי בגלואו, בניגוד לגלאהן, מייחס לגופה ה"חברתית" רק זכויות "פסיביות". אולם, גם הוא רואה בהן עצמים "אנושיים"; שם, בעמ' 225.

ישנן גישות אשר מגדירות את הכבוד בכלל, וכבוד המת בפרט, על דרך השלילה. אבישי מרגלית, אשר גלאהן נסמכת עליו רבות בכתביה,⁹ מגדיר את הכבוד באמצעות הגדרת הפגיעה בו.¹⁰ "הפרה" של הכבוד האנושי היא, עקרונית, אקט של השפלה. לפי מרגלית, ההשפלה הקשה ביותר מתרחשת כאשר אדם מוחרג מקהילת בני האדם וכאשר מתייחסים אליו כאילו לא היה אדם. באופן רגיל, אנשים יודעים לזהות אנשים אחרים ולהכיר באנושיותם, ועל כן השפלה כזו דורשת מעשה אקטיבי של התעלמות מאנושיות זו. לפעולה אקטיבית זו קורא מרגלית "human-blindness".¹¹ אין משמעות הדבר כי בפעולה כזו אדם אינו מזהה את האנושיות שבאדם אחר כלל, אלא שנעשה מאמץ אקטיבי ומכוון להתעלם מאנושיותו.¹² יצוין, כי זיהויו של המונח המשפטי "כבוד האדם" עם היעדר השפלה רווח במיוחד במשפט הישראלי.¹³ כפי שמציין גם בירנהק בהקשר זה, לוויכוח האקדמי והשיפוטי בשאלה אם השפלה זו נמדדת בצורה סובייקטיבית או אובייקטיבית יש השלכה לעניין כבוד המת: אם מדובר במבחן סובייקטיבי, אזי מובן שלאחר המוות לא מתקיימת השפלה (בהינתן שהמת אינו יכול להרגיש מושפל), וכבוד המת, מפריזמה זו, כלל אינו נפגע. ואילו אם המבחן אובייקטיבי, אזי שמדובר הן במבחן תיאורי-חברתי, אשר משקלל לתוכו את הנורמות החברתיות, והן במבחן נורמטיבי, אשר משקלל את ההגנה שראוי לתת לגופה או למת.¹⁴ לפי בירנהק, מאחר שהעמדה החברתית מעוצבת על ידי הנורמה המשפטית, הרי שאין הצדקה תאורטית להגנה על כבוד המת, שכן כך אנו מגיעות שוב לשאלה האם ראוי מלכתחילה להגן עליו. לפיכך, הוא מגיע למסקנה כי "הבנת המונח 'כבוד האדם' לפי תזת אייההשפלה אינה מסייעת לנו להשיב על השאלה אם יש להכיר בכבוד המת".¹⁵

גם אלון הראל מסכים עם בירנהק בנקודה שלפיה הבנת המונח "כבוד האדם" אינה בהכרח תורמת ליציאת תוכן למונח "כבוד המת". הראל דן בסוגיית כבוד המת כאשר זו עולה בנוגע לשאלות הקשורות באופן הטיפול בגופה. הוא סבור כי "מטענות בדבר כבוד האדם לא נובעת כל מסקנה בדבר אופן הטיפול בגופת המת".¹⁶ הראל סבור שככלל, סוגיית הטיפול בגופות אינה צריכה להיות מוכרעת על ידי טענות בדבר כבוד האדם או הזכות לאוטונומיה. לדידו, שני האדנים הללו הם בסיסים נורמטיביים רעועים לטיפול כזה, וזאת משום ששניהם אבסטרקטיים מדי, ולכן קשה להסיק מהם מסקנות קונקרטיות. על כן, הראל גורס כי הזכות הרלוונטית לעניין זה היא הזכות לחופש הביטוי. לדידו, אופן הטיפול בגופה הוא "אקט אקספרסיבי שבו המנוח או קרובי משפחתו או חברי קהילתו מבטאים את זהותם, את השתייכותם הקהילתית או הדתית, את ערכיהם המוסריים, הפוליטיים, התרבותיים והאסתטיים [...] באופן טיפוסי יש להעניק למנוח הזדמנות "לספר את סיפור חייו במותו".¹⁷

ואולם, אף על פי שבירנהק והראל מסכימים על היעדר היכולת לגזור מסקנות באשר לכבוד המת מתוך כבוד האדם, נדמה כי ברמה העקרונית הם חלוקים למדי.¹⁸ ברמה העקרונית ובזהירות הנדרשת, נדמה כי ניתן לומר

⁹ שם, Glahn, בעמ' 37.

¹⁰ AVISHAI MARGALIT, THE DECENT SOCIETY (Naomi Goldblum trans., Harvard Univ. Press 1996).

¹¹ שם, בעמ' 93-96.

¹² שם.

¹³ בירנהק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 111.

¹⁴ שם.

¹⁵ שם, בעמ' 112.

¹⁶ אלון הראל "גופות, נוהגי הטיפול בגופה וחופש הביטוי: הזכות של אדם לספר את סיפור חייו במותו" מעשי משפט ז 165, 166 (2015) (להלן: הראל). ההדגשה במקור.

¹⁷ שם.

¹⁸ יובהר כי הראל דן בשאלת כבוד המת בהקשר לאופן שבו יש לטפל בגופה, ואילו בירנהק דן בשאלת כבוד המת במובנים כלליים יותר. על כן ההשוואה בין עמדותיהם אינה מושלמת.

שבירנהק סבור שיש לצמצם את ההכרה בזכויות המתים ולהעניק הכרה משפטית לציפיות של החי שמת רק כאשר הן סבירות, ואילו הראל סבור שלפחות בענייני טיפול בגופה לאחר המוות, מדובר באקט אקספרסיבי לגיטימי ועל כן יש להשתמש בדוקטרינות מוכרות של חופש הביטוי כדי להבינו ולנתחו. נוסף על כך, בשעה שנדמה כי בירנהק מגלה חשדנות כלפי טענות בדבר זכות המת עצמו, המועלות שלא על ידיו (כפי שבהכרח קורה), הראל מכיר באקט אקספרסיבי זה כאקט שיכול לבוא דווקא מצד "קרובי משפחתו או חברי קהילתו המבטאים את זהותם, את השתייכותם הקהילתית או הדתית [...]".¹⁹

דומה כי הבנת המונח "כבוד האדם" לבדו אכן אינה מסייעת במידה מספקת לשם הבנת המונח "כבוד המת". אולם אפשר שהיא מקרבת אותנו אל עבר הבנה כזו, בצירוף עם רבדים נוספים שיש לשקלל לעניין זה. כך, למשל, לא רק הראל מעניק מקום משמעותי לבני המשפחה ולקרובים למת בדונו בכבוד המת. קרייצר-לוי ובלכר-פריגת דנות בכבוד האדם בהקשר של דיני הצוואות ומציעות את "תפיסת המצווה כאדם מקושר".²⁰ בניגוד לבירנהק, הטוען להפרדה אנליטית בין זכויות המת לבין זכויות ואינטרסים של בני המשפחה, אינטרס שימור זיכרון המשפחה ואינטרסים נוספים, אלו סבורות שלא ניתן ליצור הפרדה דיכוטומית בין האינטרסים של הנפטר לבין האינטרסים של הקרובים לו וכי לפחות בהקשר של דיני הצוואות מדובר ב"עירוב אינטרסים" נכון וראוי. על הרצף בין תפיסותיהן של קרייצר-לוי ובלכר-פריגת לבין זו של בירנהק, ייתכן שניתן למקם את תפיסתה של הקר בהקשרים חופפים. גם זו דנה בזכויות המתים לאחר המוות ובזכות לכבוד של המת בהקשרים צוואתיים בישראל. לשיטתה, וזאת בדומה לבירנהק, למתים אין כל "זכות" או "אינטרס" בהם הם מחזיקים, מאחר שהם מתים, ומתקיימים לכל היותר בזכרונם של יקיריהם, ועל כן אינם יכולים לחוש פגיעה. עם זאת, בדומה לקרייצר-לוי ובלכר-פריגת, כוחות פסיכולוגיים וסוציולוגיים חזקים הם שמצדיקים את כיבוד רצונם של החיים, לאחר מותם.²¹

אם כן, ניתן לראות כי קיימות גישות שונות ומגוונות להבנת הזכות לכבוד המת. גישות אלו נבדלות הן ביחס לשאלת המקור הנורמטיבי לזכות זו והן ביחס לתוכנה המצוי ולתוכנה הרצוי. בעוד בירנהק רואה בכבוד המת מונח חלול אשר עשוי לשמש, לכל היותר, כמעין "שלוחה" של כבוד האדם החי לאחר מותו, אחרים כגון גלאהן ובגלואו רואים בזכות לכבוד המת מקור נורמטיבי להכרה בזכויות ממשיות של מתים. בהקשר זה, נדמה כי בירנהק והראל מסכימים על היעדר היכולת להעניק כל משמעות לכבוד המת בהתבסס על כבוד האדם. עם זאת, הראל ובירנהק אינם חלוקים רק על עצם נכונותם להכיר בזכויות, חובות או אינטרסים הקמים מהזכות לכבוד המת, אלא גם ביחס לתחולתה – בעוד בירנהק שואף לצמצם את ההכרה בזכויות המתים, הראל רואה בכבוד המת זכות המעניקה הן למנוח והן למשפחתו הזדמנות לממש את האוטונומיה האישית או התרבותית שלהם. הראל מהדהד קולות בספרות אשר דנים בכבוד המת בהקשרים חיצוניים לגורל הגופה, אשר קושרים את כבוד המת בקשר הדוק עם אספקטים חברתיים, משפחתיים ורגשיים, וכך עושה גם הקר. אם כן, אין ספק כי יש שונות גדולה בעמדות ביחס לזכות לכבוד המת כפי שזו משתקפת בספרות. כעת, אפנה לבחון האם בית המשפט העליון, בבואו לדון בזכות זו בהקשרים מעשיים, מגלה עמדה סדורה או מובנת יותר ביחס לזכות זו.

¹⁹ שם. ההדגשה אינה במקור.

²⁰ שלי קרייצר-לוי ואיילת בלכר-פריגת "הנה היה אדם ואיננו": על פרשנות צוואה, נשמה חסרה וכבוד המת" עיוני משפט לח 571, 594 (2016) (להלן: קרייצר-לוי ובלכר-פריגת).

²¹ Daphna Hacker, *The Rights of The Dead Through the Prism of Israeli: Succession Disputes*, INT. J. LAW CONTEXT 11(1) 40, 54 (2015).

ג. כבוד המת בפסיקת בית המשפט העליון

כאמור, סוגיית כבוד המת עלתה לדיון בבית המשפט העליון בהקשרים שונים, וביניהם, כיתוב על מצבות; שרפת גופות; הוצאה מהקבר לצורך זיהוי; נתיחה לאחר המוות; פרטיותו של הנפטר; שמו הטוב של הנפטר; ואופן הקבורה (או אי-קבורה) שבו בחר הנפטר טרם מותו.²² אפנה כעת לסקירת המקרים המרכזיים שבהם דן בית המשפט העליון בסוגיית כבוד המת כאשר היא ניצבת מול הפגיעה בזכויות אחרות.²³ בכך, יהיה כדי ללמד על האופן שבו בית המשפט העליון תופס את כבוד המת ומתייחס אליו, תוך הצגה רוחבית של התייחסויותיו למונח זה. בשלב זה של המאמר אנסה לשכנע כי אף על פי שקיימות חפיפות בלתי מבוטלות בתפיסת בית המשפט את משמעות המונח, הרי שישנו קושי לזקק עמדה קוהרנטית סדורה באשר לפשרו הקונקרטי. בפרט, אנסה להראות כיצד מרכיבים מסוימים של הזכות מסווגים בהקשרים מסוימים כפנימיים לה, ובהקשרים אחרים כחיצוניים לה, ללא הסבר או התייחסות להבדל משמעותי זה.

ההתייחסות הבולטת ואולי המוכרת ביותר בכתיבה המשפטית לכבוד המת עלתה בעניין **קסטנבאום**, שעסקה ברצונה של המנוחה כי שמה ותאריך לידתה הלועזיים ייכתבו על מצבתה, ובה קבע השופט ברק כי:

כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בלבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר – לעתים ראציונאלי ולעתים בלתי ראציונאלי – בין החיים לבין המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכו ואשר הנותן ביטוי למאווי הנפש הנכספים. זוהי ה"ייד" שהחיים מושיטים למתים. זהו הביטוי החיצוני המשקף את הקשרים הפנימיים בין הדורות.²⁴

²² אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי: פרשנות חוקתית 437–438 (1994); ניר שני "כבוד המת במשפט הבין-לאומי" **משפט וצבא** כא 243, 268 (2015); בג"ץ 4466/16 **עליאן נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פסי' 15 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו) 14.12.2017 (להלן: עניין **עליאן 1**), שם נקבע כי כבוד המת מחייב כי גופתו של אדם תובא לקבורה נאותה. ראו התייחסותי לדיון הנוסף שהפך את תוצאת פסק הדין, להלן בה"ש 89; ע"א 7918/15 **פלונית נ' פרידמן**, פסי' 4 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו) 24.11.2015 (להלן: עניין **פלונית**), שם נקבע כי כבוד המת מחייב את הגשמת רצון המת ביחס לאופן קבורתו והנחתו, ובמקרים המתאימים גם את רצון משפחתו. לעניין זה ראו גם דנג"ץ 3299/93 **ויכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(2) 195, 211 (1995); בג"ץ 6126/94 **סנס נ' רשות השידור**, פ"ד נג(3) 817 (1999) (להלן: עניין **סנס**).

²³ הסקירה נערכה בשלהי שנת 2022 ובתחילת שנת 2023 באמצעות הרצת שאילתות שונות במאגר החיפוש המשפטי "נבו". השאילתה המרכזית שעליה נסמכת הסקירה תרה אחר פסקי דין של בית המשפט העליון אשר סווגו תחת הנושא "משפט חוקתי – זכויות הפרט – שמירה על כבוד המת". כמו כן, הורצו שאילתות נוספות שתרו אחר פסקי דין של בית המשפט העליון שעשויים להתייחס לכבוד המת ולנהל דיון מהותי בהקשרו, והן: "משפט חוקתי – זכויות הפרט – זכות קרובי נפטר", "משפט חוקתי – זכויות הפרט – שלמות הגוף ושמירה על כבוד האדם", "משפט בינלאומי פומבי – זכויות אדם – כבוד המת", "משפט חוקתי – זכויות הפרט – שמירת כבוד האדם" (יחד עם הביטוי "כבוד המת") ו"משפט חוקתי – זכויות יסוד – כבוד האדם" (יחד עם הביטוי "כבוד המת"), "משפט חוקתי – חוקי יסוד – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (יחד עם הביטוי "כבוד המת"). כמו כן, הסקירה כוללת את פסקי הדין המרכזיים אשר מאזכרים את פסקי הדין שהועלו בשאילתות האמורות או אוזכרו על ידם, ככל שאלו מעלים מידע מחדש או רלוונטי לסוגיה הנדונה בהתאם לשיקול דעתי. כלל פסקי הדין שעלו בשאילתות כאמור מופיעים בסקירה – אם בגוף הטקסט ואם בהערות השוליים. בהקשר זה ראוי להדגיש כי הזכות לפרטיות והזכות לשם טוב עשויות לעורר גם הן את שאלת הפגיעה בכבוד המת (ולכך אתיחס נקודתית בהמשך), אולם מדובר בזכויות עצמאיות העומדות בפני עצמן. על כן, אני סבורה שדיון בהן חורג מהסוגיות הנוגעות לגורל הגופה, ועל כן החיפוש לא התמקד בהן.

²⁴ ע"א 294/91 **חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 523 (1992). יש לציין שבעניין זה התקיימה חפיפה בין רצון המנוחה לרצון קרובי המשפחה, כך שניתן לראות בכבוד המשפחה כרלוונטי פחות במקרה דנן, ושהזכר, אולי, כמעין תוספת קישוטית. לפסקי דין נוספים בנושא כיתוב על מצבה, כאשר מתקיימת מחלוקת בין בני המשפחה ואין זה ברור מהו הרצון המשוער של המת, ראו בג"ץ 835/02 **בן-גל נ' שר הביטחון**, פ"ד נז(4) 228 (2003); בג"ץ 556/83 **בסט נ' שר הביטחון**, פ"ד לח(1) 177 (1984).

בשנים העוקבות אומצה עמדתו של ברק,²⁵ וכבוד המת אכן נתפס כזכות הנובעת מזכות האם לכבוד האדם, אך כזו המכילה אספקטים שונים, וביניהם כבוד חייהם של משפחת הנפטר ויקיריו, המבקשים לכבד את זכרו. כך, למשל, בעניין הגר, אשר עסק במקרה שבו הורי המנוח ביקשו לשנות את הכיתוב על מצבתו, שניסחה ועיצבה אלמנתו, נקבע כי "[...] "כבוד האדם" בענייננו משמעו, בראש ובראשונה, כבוד המת [...]. וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר".²⁶ ובעניין כהן נקבע כי "'כבוד האדם" הוא ערך הפורס עצמו גם לאחר המוות, וכולל גם את כבודו של הנפטר עצמו וגם את כבוד בני משפחתו המבקשים לכבד את זכרו ולהתאבל על אובדנו".²⁷

כיצד עלינו להבין את הקונספציה שלפיה כבוד המת אוצר בקרבו גם את כבוד יקירי המת?²⁸ מהציטוטים שהובאו לעיל ניתן להסיק כי כבוד זה מתייחס, למעשה, לכבוד שיש להעניק לזיכרון המשפחה את המת ולאופני הנצחתו על ידם.²⁹ זאת, בשונה מכבודם של יקירי המת במובנו הרחב יותר, אשר חורג מכבוד רצונותיהם ביחס לזיכרון המת באופן ישיר. רק לאחרונה (בשנת 2022) קבע בית המשפט העליון, לאחר שהתרחש אירוע טרגי שבו נחנק למוות פעוט בן 4, כי יש להעדיף את כבוד המת ורצון משפחתו שלא תנותח גופתו על פני האינטרס הציבורי שבחתימה לאמת כפי שהתבטאה בבקשת המדינה לנתח את הגופה על מנת לקבוע אם הפעוט נרצח על ידי דודו פגוע הנפש.³⁰ במקרה זה קשה לקבוע אם בית המשפט תופס את רצון המשפחה כחוסה תחת כבוד המת אם לאו, אולם ברור שהאינטרס שביהוי סיבת המוות דרך ניתוח הגופה התנגש עם כבוד המת.³¹ ואולם, 20 שנים קודם לכן קבע השופט ברק כי איתור גופות, זיהוין וקבורתן הן "פעולות הומניטריות חשובות ביותר. הן נגזרות מכבוד המת. כבודו של כל מת".³² בהקשר זה, כך מציין בירנהק, ברק מתייחס לשאלת הזיכרון של החיים את המתים כחלק מהזכות לכבוד האדם, ו"לאחר הסרת הלשון המשפטית ניתן לומר כי זכרון המתים הוא מרכיב מרכזי באנושיותם של החיים".³³ ואולם, לדידו של בירנהק, בפסק דין זה ברק גם "מקפיד להבהיר כי "כבוד המת" הוא למעשה כבודו של האדם החי שכעת הוא מת [...]. [ברק] בריזמנית מדבר על כבוד הנפטרים, כאילו הנפטר זכאי

²⁵ לאימוץ או ביטוי של עמדה זו בפסיקה ראו למשל ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, פס' 6 לפסק הדין של השופט אלון (1993); ע"א 9486/00 וירג נ' המועצה הדתית כרמיאל, פס' 4 לפסק הדין של השופט ריבלין (נבו 18.12.2002). (להלן: עניין וירג); בג"ץ 9041/15 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 36 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 23.1.2017). בהקשר זה ראוי במיוחד לציין את פסק הדין בעניין שביט, אשר בו המערערת ביקשה להלין על החלטת בית המשפט המחוזי שלפיה יש לראות בהלכת קסטנבאום מבוטלת, עם חקיקתו של חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996. שם נקבע כי אף אם הזכות להיקבר בקבורה חלופית על פי השקפת עולמו תינתן, אין בה כדי לשנות או לבטל את זכותו של אדם לכיתוב לועזי על מצבה בבית קברות רגיל: ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראש"צ, פ"ד נג(3) 600 (1999).

²⁶ ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, 801-802 (1993).

²⁷ בג"ץ 4225/01 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(4) 155, 168-169 (2004) (להלן: עניין כהן).

²⁸ ראו למשל אימוץ עמדה זו אף לאחרונה במסגרת ע"פ 1682/21 רשת מדיה בע"מ נ' נתניהו (נבו 25.4.2021), שם הותר לפרסם בתוכנית "המקור" תיעוד חזותי וקולי מחקירת המנוח שעיה סגל במשטרה, שנערכה בעניינו של ראש הממשלה נתניהו. זאת, בין היתר, נוכח הסכמת אלמנת הנחקר לפרסום הדברים, המפחיתה, אם לא מאיינת, את החשש מפני פגיעה בשמו הטוב. שם כותב השופט סולברג את הדברים הבאים: "בפגיעה בכבוד המת, כרוכה גם פגיעה בחיים; באהביו ובמוקירי-זכרו [...]. המשפט הישראלי הכיר במעמדם המיוחד של בני משפחת המת בהקשרים שונים, הנוגעים לפגיעה בכבודו ובשמו הטוב. בס' 6א לחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, נקבע, כי אם לא פירש המנוח בעודו בחיים את רצונו בדבר נתיחת גופתו, הנתיחה תבוצע רק אם "הסכים לכך בן זוגו של הנפטר, ובהעדר בן זוג - ילדיו, ובהעדר ילדים - הוריו, ובהעדר הורים - אחיו או אחותו"; שם, בפס' 19 לפסק הדין.

²⁹ ראו אף אמירתו העקרונית של השופט לנדיי שלפיה "מי שמבקש להגביל את זכות הקרובים לנהוג על-פי הרגשתם ורצונם, חייב להצביע על אסמכתה ברורה בדין", בג"ץ 532/74 בן-זאב נ' המועצה הציבורית להנצחת החייל, פ"ד ל(1) 305, 306 (1975) (להלן: עניין בן זאב).

³⁰ בג"ץ 5427/22 פלוני נ' כב' השופטת צ'רקה (נבו 15.8.2022).

³¹ שם כותב השופט מינץ: "מהטעמים ששמענו לפנינו דומה כי ביצוע הנתיחה נועד להשיג ודאות מוחלטת בהתמודדות עם כל טענת הגנה עתידית תיאורטית שיכול ותועלה, אם וכאשר, מטעם החשוד בביצוע המעשים [...]. אנו סבורים שהאזוין בין האינטרסים השונים העומדים על הפרק מטה את הכף לעבר העדפת כבוד המת ותפיסת עולמה של משפחת הפעוט ורצונה". שם, בפס' 10.

³² בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11, פס' 9 (2002).

³³ בירנהק, לעיל הי"ש 6, בעמ' 104.

לכבוד במצבו הנוכחי".³⁴ נדמה שניתן להתווכח על פרשנות זו, אולם תהא אשר תהא כוונתו המקורית של ברק, האומנם הנפטר אינו זכאי לכבוד ב"מצבו הנוכחי"?

בעניין **אלאקסא** נדונו עתירות להפסקת עבודות ההקמה של "מוזאון סובלנות" לאחר שנתגלו במתחם עצמות אדם ושרידי קברים. בית המשפט קבע שכבוד המת הוא זכות חוקתית הנובעת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן, המשך עבודות ההקמה יפגע בזכות זו. משכך, בית המשפט נתבקש לבחון אם ביצוע התוכנית עומד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. נקבע כי הפגיעה בזכות היסוד נעשית במסגרת החוק. ואולם בהזדמנות זו בית המשפט נדרש בדיוק לאותה השאלה שאידרש אליה בהמשך – מהם המרכיבים של הזכות לכבוד המת, תוך עיגונה כזכות חוקתית. כאן, ניתן לזהות גישה שונה להבנת זכות זו, גישה אשר מרחיבה את משמעות כבודם של החיים כנראה מעבר לכבוד שיש להעניק לזיכרון המשפחה את המת עצמו, שכן שם נקבע כי פגיעה בכבוד המת היא פגיעה בכבודם של החיים. הקשר שבין כבוד האדם החי לכבוד האדם המת מתואר כקשר גורדי ומורכב, שכן כבודו של האדם החי נפגע, כך כותבת השופטת פרוקצ'יה, כאשר לא ניתנת לו מראש הגנה נאותה על כבודו בעתיד, כאשר לא יימנה עוד בין החיים.³⁵

"כבודם של החיים" אינו מתייחס אפוא לכבוד יקירי המת ואף לא לכבוד לזיכרון אשר ברצונם לשמר. בדברים אלו מתייחסת השופטת פרוקצ'יה לכבודם של המתים עת היו בחיים.³⁶ ואולם, באותו עניין פורסת השופטת את שלושת "מעגלי כבוד המת", אשר ממפים, הלכה למעשה, את המרכיבים של כבוד המת: הראשון, העומד בליבת הזכות, אינטרס הנפטר כשהיה בחיים. השני, אינטרס ההגנה על בני משפחת הנפטר, אשר "פגיעה בזכרו ובכבודו אחוזה ושלוכה בפגיעה בכבודם שלהם", והאחרון – האינטרס הציבורי שבשמירה על כבוד המת ובהגנה על "זכרם וכבודם" של המתים.³⁷ מיפוי זה התקבל בעניין **אלאקסא**, ואף התפיסה שלפיה פגיעה באוטונומיה של המת כרוכה בפגיעה באוטונומיה (ולכן בכבוד) של בני משפחתו רווחת בפסיקה³⁸ ומקימה לא פעם עילה לתביעה.³⁹

לא זו אף זו, במקרה אחד כבוד המת נגע לא רק לכבודם של יקירי המת, אלא אף לכבודם של קורבנותיו. קביעה זו עלתה במסגרת דיון בעתירה שהגישו הוריו של ברוך גולדשטיין נגד צו של מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון,

³⁴ שם, בעמ' 105.

³⁵ בג"ץ 52/06 **חברת אלאקסא לפיתוח נכסי הקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp.**, פסי' 135 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 29.10.2008) (להלן: עניין **אלאקסא**). לסקירה מקיפה של ההגנות שניתנו למת בחוק ובפסיקה ראו שם, בפסי' 141–148 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה, וכן רע"א 1917/92 **סקולר נ' גירבי**, פ"ד מז"ד (5) 772, 764 (1993) (להלן: עניין **סקולר**). ראו גם גלגולים נוספים של השאלה המרכזית שנדונה בפסק הדין (התנגשות בין אינטרסים שבפיתוח אתרי בנייה אל מול הפגיעה באתרי קברים): בג"ץ 4638/07 **חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת חשמל לישראל** (נבו 29.10.2007) (להלן: עניין **חברת חשמל לישראל**) עליו ארחיב גם בהמשך, ראו להלן הי"ש 46; בג"ץ 516/08 **חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' מושב אחיהוד – אגודה חקלאית** (נבו 18.6.2009), בג"ץ 4734/08 **חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' מקורות – חברת המים הלאומית** (נבו 18.1.2009); בג"ץ 8497/04 **חברת אלאקסא לפיתוח נכסי הקדש נ' כרם מהר"ל – מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ** (נבו 17.6.2009).

³⁶ דברים אלו מהדהדים את דבריו של השופט זמיר בבג"ץ 1113/99 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נד"ד (2) 164, פסי' 6 לפסק הדין של השופט זמיר (2000), בקובעו כי: "כבודם של אנשים מתים נגזר מכבודם של אנשים חיים"; ראו גם בג"ץ 7895/18 **רסלר נ' השר לשירותי דת**, פסי' 8 (נבו 17.11.2019).

³⁷ עניין **אלאקסא**, לעיל הי"ש 35, בפסי' 139 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

³⁸ עניין **וירג**, לעיל הי"ש 25, בפסי' 4 לפסק הדין של השופט ריבלין: "לכל אדם זכות להיקבר בכבוד. זכות יסוד זו חוסה תחת כנפיה של הזכות לכבוד האדם, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [...]. זכות זו נגזרת מן התפיסה כי הזכויות מוקנות לו לאדם לא בחייו בלבד, כי אם גם לאחר הליכתו אל בית עולמו".

³⁹ ע"א 4576/08 **בן-צבי נ' היס** (נבו 7.7.2011) (להלן: עניין **בן-צבי**), שם נדון מקרה שבו נערכה נתיחה שלאחר מוות ללא מתן הסכמה מפורשת וברורה מצד המנוח.

שהורה על הסרת מבנים ומתקנים שהוקמו ליד קברו של גולדשטיין והאדירו את שמו ואת הפשעים שביצע.⁴⁰ העותרים השיגו על חוקיות החוק שמכוחו הוצא הצו וטענו כי הוא אינו עומד במבחני חוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו.⁴¹ השופט חשין דחה טענה זו בשתי ידיים וקבע כי: "אכן, צו המפקד הצבאי אומר להסיר את הקומפלקס שסביב הקבר, ולא נמצא לנו כי צו זה פוגע בכבוד המת בכל דרך שהיא. ראוי כי נזכור, נזכור ולא נשכח – בראש ובראשונה – את כבודם של עשרים ותשעה האנשים שגולדשטיין נטל את נפשם. האם מכבדים אנו את זכרם על דרך הקמת אנדרטה מפוארת למי שקיפח את חייהם?"⁴² מכל מקום, אין ספק כי בית המשפט התייחס לאינטרסים של בני משפחת הנפטר כמרכזיים ביותר בבואו לבחון את גורל הגופה, גם אם לא ברור אם אינטרסים אלו נתפסו כפנימיים לכבוד המת או חיצוניים לו.

מרכזיות זו הובעה בצורה ישירה בעניין **בן־צבי**, אשר דן בין היתר בחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג–1953, שם נקבע כי החשיבות העצומה שמקנה החוק לעמדתם של בני משפחת הנפטר בשאלה כיצד יש לנהוג בגופתו משקפת **הגנה ישירה על בני המשפחה האבלים** כמו גם הגנה עקיפה על הנפטר ועל רצונותיו באמצעות הקרובים לו ביותר.⁴³ אכן, אין ספק כי חוק זה מעניק מעמד מיוחד לבני משפחתו של הנפטר לעניין ביצוע נתיחה שלאחר המוות. סביר גם כי הטעמים לכך טמונים הן בעובדה שמי שלרוב מטפלים בגופה מיד לאחר המוות הם בני משפחת הנפטר והן בכך שהם ודאי אלה שיודעים לומר במידת הקירוב המקסימלית מה היה רצונו ביחס לגופתו. ואולם, באיזה מובן החוק מגן "הגנה ישירה על בני המשפחה האבלים?"⁴⁴

המעגל השלישי ששרטטה השופטת פרוקצ'יה במסגרת שלושת "מעגלי כבוד המת", האינטרס הציבורי, אינו חסר אחיזה בחיי המעשה.⁴⁵ כך, למשל, בשנת 2007 נקבע שיש לאזן בין כבוד המת לבין האינטרס הציבורי שבפיתוחו של משק הגז הישראלי, כאשר הוגשה עתירה למניעת ביצוען של עבודות להנחת צינור להולכת גז טבעי בשטח שבו נתגלו קברים. שם נקבע כי אופן ביצוע העבודות המועדף על חברת החשמל – העתקת הקברים ממקום למקום – אינו עונה על דרישת המידתיות ועל כן יש לבצע הפירה אופקית, אשר עלויותיה אומנם גבוהות יותר, אך היא אינה כרוכה בפגיעה בקברים.⁴⁶ ואילו בעניין **סנש** הידוע עתרו בני משפחתה של חנה סנש המנוחה נגד

⁴⁰ הצו הוצא מכוח ס' 3 לחוק איסור הקמת מצבות זיכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח–1998, שמורה על חובת הסרה של מצבת זיכרון שהקמתה מהווה עבירה. בעת מתן פסק הדין דובר על עבירה לפי ס' 4 לפקודת מניעת טרור, התש"ח–1948, שקבע כי "אדם המפרסם דברי שבח, אהדה או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם" עובר עבירה. יצוין כי החוק תוקן, וכעת מדובר בעבירה לפי ס' 24 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו–2016.

⁴¹ השוו למשל להכרעה בעניין **בג"ץ 7841/19 ארגון עמק שוה נ' ממשלת ישראל** (נבו 15.5.2022), שם נקבע בהקשר דומה כי הפגיעה בכבוד המת עומדת במבחני פסקת ההגבלה, ובכללם במבחני המידתיות.

⁴² בג"ץ 6195/98 **גולדשטיין נ' אלוף פיקוד המרכז**, פ"ד נגד (5) 317 (1999) (ההדגשה במקור). מעניין להשוות את המקרה הזה למקרה אשר ניתן לראות בו "מקבילי" במובנים מסוימים: בג"ץ 7583/98 **בכרד נ' שר הפנים**, פ"ד נד(5) 832 (2000) (להלן: **עניין בכרד**). במקרה זה העותרת היא סבתו של המנוח, שנרצח בפגיעת טרור, ואשר על סמך אותו החוק ביקשה בעתירתה להורות לשר הפנים להסיר מצבה המצויה על קברו של עז אל-דין אל-קסאם המצוי בבית הקברות המוסלמי בנשר. שם נקבע, כי בניגוד למקרה של ברוך גולדשטיין, ועל אף שמצבת הזיכרון מתייחסת לאל-קסאם כאל "שהיד", היא בכל זאת "נראית כמצבה בין-מצבות שעל-קבר. לא גדולה היא באורח חריג, לא מפוארת היא באורח חריג, לא מיוחדת היא. המצבה הייתה בעינינו כמצבה מן המניין", ולכן לא היה מקום לפסול את החלטתו של שר הפנים שלא להורות על הסרתה (שם, בפס' 21). בהקשר זה ראו גם ע"פ 8469/99 **אסקין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 65, פס' 13 (2001): "השחתת קבר פוגעת לא רק בזכרו של אדם פלוני וברגשותיהם של הקרובים לו, אלא גם ברגשותיהם של רבים אחרים הפוקדים את בית העלמין, אשר חזונו המכובדת של המקום חשובה להם כחלק מהביטוי – הפרטי והציבורי – של שמירה על כבוד המת ועל כבוד החיים, מוקירי זכרו".

⁴³ עניין **בן-צבי**, לעיל ה"ש 39, בפס' 27. ההדגשה אינה במקור.

⁴⁴ בהמשך אנסה להראות כיצד חרף מרכזיותו של פסק דין זה וחשיבותו בנוף הפסיקטי הרלוונטי, נוצרו עמימות וחוסר בהירות ביחס לכבוד המת. בהתאם לכך, אנסה להציע מיפוי שונה מזה שהוצע על ידי השופטת פרוקצ'יה.

⁴⁵ להתנגשות של כבוד המת עם אינטרסים ביטחוניים ראו בג"ץ 3933/92 **ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז**, פ"ד מו(1) 1 (1992); בג"ץ 4462/20 **עריקאת נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון** (נבו 18.8.2021), וכן פסקי הדין שיובאו להלן בה"ש 89.

⁴⁶ עניין **חברת החשמל לישראל**, לעיל ה"ש 35. ראו גם בג"ץ 5331/13 **טייב נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 25.2.2014), שם יושומו מעגלי כבוד המת של השופטת פרוקצ'יה, ולבסוף השופט רובינשטיין קבע כי: "ברי כי לעמדת המשפחה מקום נכבד; ואוסיף, כי יתכן

רשות השידור בגין הקרנת דוקודרמה (מחזה שתוכנן להיות מוקרן כסדרת טלוויזיה). לדבריהם, במחזה זה נכללה סצנה שבה מסופר כי סנש נשברה בחקירה שנערכה על ידי המשטרה ההונגרית והסגירה לידי זו את חבריה למבצע.⁴⁷ פסק הדין דן בסעיף בחוק איסור לשון הרע אשר מתייחס באופן מפורש לפגיעה בשמם הטוב של מתים.⁴⁸ אולם סעיף זה כשלעצמו מעורר שאלות: מחד גיסא, הוא קובע כי לשון הרע על אדם שפורסמה אחרי מותו דינה כדין לשון הרע על אדם חי. מאידך גיסא, אין בו עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה.⁴⁹ באותה פרשה, בדעת מיעוט, השופט חשין גרס כי חרף ההגבלה על הגשת תביעה כאמור במסגרת המשפט הפרטי, ניתן לעתור נגד המוציא לשון הרע על המת בגדרי המשפט הציבורי.⁵⁰ אומנם עתירת אחיה של סנש לא בוססה על אינטרס ציבורי רחב, אולם, לדידו של חשין, זכותו של אחיה של סנש העומדת לדין אינה זכותו כבן משפחה של המנוחה המבקש להנציח את זכרה בדרך מסוימת, אלא שיש לראותו כמי שנכנס בנעליה וייצג את זכותה שלה לכבוד ולשם טוב.⁵¹ זאת, בניגוד לעתירתה של עמותת "נשים בירוק" שהוגשה לצד עתירת האח, אשר נסבה על האינטרס הקולקטיבי שבהוצאת דיבתה של סנש, כמי שנתפסה כגיבורה לאומית.⁵² יוער, כי כלל שופטי ההרכב ראו בשמה הטוב של חנה סנש ערך מוגן.⁵³

עמדת המיעוט של חשין לעניין הזכות לשם טוב בעניין **סנש** הדהדה את דעתו של השופט גולדברג בעניין **סקולר**, אשר קבע שהזכות לפרטיות עומדת גם לאדם מת. שם נקבע כי בני המשפחה של בעל הזכות המקורי נכנסים בנעליו לאור נבצרותו מלממש אותה בעצמו.⁵⁴ כלומר, יהיו מצבים שבהם אינטרס העותר יפורש למעשה כייצוג של האינטרס של המנוחה לבדו.

אולם כפי שאינטרסים ציבוריים מסוימים עשויים להצדיק את ההגנה על כבוד המת, כך הם עשויים גם להתחרות עימו. עניין **אבני** עסק באדם שביקש בצוואתו להשליך את גופתו למאכל חיות.⁵⁵ לאחר שהאפוטרופוס הכללי קבע שסעיף זה בצוואה אינו חוקי, עתר המצווה לבית המשפט העליון. שם נדון האינטרס הציבורי של "כבוד הזולת" שעלול להיפגע אם תבוצע בקשתו של אבני, כאשר כבוד האדם מבוצע באופן שעלול לגרום גם לזיהום סביבתי. וגם כאן הדגיש השופט רובינשטיין כי תחת כבוד האדם יש להתייחס גם לכבודם של החיים ורגשותיהם.⁵⁶

אם כן, בעניין **סנש** האינטרס הציבורי עלה בקנה אחד עם כבוד המת, ואילו בעניין **אבני** האינטרס הציבורי התחרה עימו. חוסר העקביות שבסיווג מיקומו של האינטרס הציבורי – כחיצוני או כפנימי לזכות לכבוד המת – עלול ליצור חוסר ודאות ביחס לתוצאה המשפטית. ברי כי לקביעה אם מדובר ברכיב חיצוני או פנימי לזכותו החוקתית של המת ישנן השלכות על איזון הערכים במצב של התנגשות חוקתית ועל עוצמתם של ערכים אלו

הייתי נוטה לקבל את הבקשה לפתיחת הקבר חרף שאלות כבודו הסגולי של המנוח ושאלות ציבוריות מובהקות, אילו היה ספק של ממש בזיהוי; אך להבנתי אין כזה, חרף התקלות שקרו בתקופת המלחמה ומייד לאחריה. שם, בפס' לא לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

⁴⁷ עניין **סנש**, לעיל ה"ש 22.

⁴⁸ ס' 5 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. מעניין לציין כי סעיף זה סוטה מהמשפט המקובל, ראו אורי שנהר **דיני לשון הרע** ס' 2.4.5 (1997).

⁴⁹ שם. עם זאת, ניתן להגיש כתב אישום לבקשת בן זוגו של המת או אחד מילדיו, נכדיו, הוריו, אחיו או אחיותיו.

⁵⁰ עניין **סנש**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 860 ו-869.

⁵¹ שם, בעמ' 861.

⁵² שם, בעמ' 862-863.

⁵³ שם.

⁵⁴ רע"א 1917/92 **סקולר נ' ג'רבי**, פ"ד מז(5) 764, פס' 7 לפסק הדין של השופט גולדברג (1993) (להלן: עניין **סקולר**).

⁵⁵ בג"ץ 6167/09 **אבני נ' מדינת ישראל** (נבו) 18.11.2009 (להלן: עניין **אבני**).

⁵⁶ שם, בפס' ג לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

לכתחילה. כך, למשל, מעבר לעובדה שברמה החוקתית, אינטרס פחות בעוצמתו מזכות, לסיווג של ערך מסוים כחיצוני או פנימי לזכות יש השלכה על כוחה באיזון שיתבצע הן במסגרת האיזון האופקי (המטפל בהתנגשות בין שתי זכויות או שני אינטרסים) והן במסגרת האיזון האנכי (המבוצע בעת התנגשות בין זכות לאינטרס).⁵⁷

באופן דומה, גם מיקומו האנליטי של האינטרס של קרובי המשפחה של המנוחה אינו ברור. אינטרסים אלו עלולים להתנגש עם כבוד המנוחה כפי שהוא בא לידי ביטוי ברצונה ביחס לאופן קבורתה: בפסק דין **פלונית**, אישה טרנסג'נדרית שמה קץ לחייה ובמסמכים שהותירה הביעה את רצונה כי גופתה תישרף וכי רוב אפרה יפוזר בים, וחלקו יוטמן במקום לזכרה.⁵⁸ בית המשפט העליון קבע שרצון המנוחה גובר על התנגדות המשפחה, ובהיעדר איסור קיים על אופן קבורה זה או פגיעה בתקנת הציבור, יש לאפשר למנוחה להיקבר כפי שביקשה.⁵⁹ לא זו אף זו, שם קבע השופט הנדל אמירה עקרונית, אשר לפיה צביונה החוקתי של הזכות לכבוד המת מעניק לה "עליונות נורמטיבית" על פני ה"אינטרסים" של בני המשפחה, ועל כן במקרה של התנגשות ביניהם – תועדף הזכות לכבוד המת.

כיצד יש ליישב דברים אלו עם פסיקה רלוונטית קודמת? כזכור, בעוד בעניין **קסטנבאום** השופט ברק התייחס לזיכרון ורצון הקרובים למת **כחוסים תחת** הזכות לכבוד המת, בעניין **פלונית** השופט הנדל התייחס לרצונם של בני המשפחה של המת כאינטרס חיצוני לזכות ואף קבע כי במקרה של התנגשות, יש להעדיף את רצון המת (הנובע מכבודו) על פני האינטרס – ולא הזכות – שברצונם של בני המשפחה. ישנו מקום לציין כי אף בתי המשפט המחוזיים אימצו את עמדתו השופט של הנדל.⁶⁰ אומנם עניין **קסטנבאום** עסק בסוגיית כיתוב על מצבה, ואילו עניין **פלונית** באופן הטיפול בגופה, אך נדמה כי הדיונים התאורטיים מתנהלים בשדה משפטי זהה.⁶¹ נראה שישנה הסכמה שכבוד המת, רצון המת ואינטרסים שונים של הקרובים למת קשורים אלו באלו. ואולם היחסים ביניהם נותרים בלתי ברורים, עד כדי כך שבחלק מהמקרים, אותם אינטרסים שהיוו חלק אינהרנטי ושורשי מתוכנה של הזכות נותרים מחוצה לה.

אם כן, חרף עמימות זו, נדמה כי הכול יסכימו שכאשר פלונית מביעה את רצונה באשר לגורל גופתה לאחר מותה, איכיבוד רצון זה יגרור פגיעה בכבודה. אכן – הכבוד, האוטונומיה והרצון החופשי קשורים בעבותות.⁶² אולם מה הדין ביחס למקרים שבהם לא ניתן להתחקות אחר רצון כזה? בית המשפט נדרש להתמודד עם קושי זה לאורך השנים בעיקר במקרים שבהם כבוד המת נדון בהקשרים של פתיחת קברים, זיהוי גופות וכיוצא בזה.

⁵⁷ לביקורת על היעדר קוהרנטיות בפסיקה באשר להבחנה בין איזון אופקי לאיזון אנכי ראו ברק מדינה והדר שגב "התנגשות בין זכויות": אפיון מחדש של איזון אנכי ואופקי "משפטים" מו(3) 535 (2017) (להלן: מדינה ושגב).

⁵⁸ עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 22.

⁵⁹ שם, בעמ' 9. השופטת ברון ציינה כי: "כיבוד רצון המת, לרבות זכותו על גופו, נטוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא חלק מזכותו של אדם לכבוד ולאוטונומיה. יש לכבדו גם בחייו וגם במותו. [פלונית] הביעה את רצונה באופן נחרץ ובהיר, בקול צלול, עקבי וחדמשמעי – כי רצונה בכך שלאחר מותה תישרף גופתה". שם, בפסק הדין של השופטת ברון.

⁶⁰ ואולי גם את עמדתה של השופטת ברון, אולם היא לא הביעה עמדה עקרונית כאמור במקרה זה, כמצוטט לעיל. לאימוץ העמדה העקרונית כאמור ראו ת"א (מחוזי ת"א) 39737-03-22 **שחם נ' קליין** (נבו) 24.3.2022. בעניין זה בית המשפט קבע שיש להוציא את גופת המנוחה מקברה על מנת לשרוף את גופתה, וזאת בהתאם להוראה בצוואתה. בפסק הדין השופטת כהן מסתמכת על פסק הדין בעניין **פלונית**, לעיל ה"ש 22, בהקשר של רצון המצווה ביחס לגופתו, וקובעת שרצון המנוחה בנוגע לגופתה גובר על רצון ילדיה. עניין זה תלוי ועומד בימינו בבית המשפט העליון.

⁶¹ בהקשר זה מעניין לציין את עניין **בן זאב**, לעיל ה"ש 29, אשר מעלה את השאלה (שההכרעה בה התייתרה) אם ציון ההשתייכות החיילית בקברם של חללי צה"ל עלול לפגוע ברגשותיהן של משפחות שכולות אחרות שיקיריהן נפלו תוך מילוי תפקיד "אפור" (כלשונו של השופט לנדוי).

⁶² ראו התייחסות לתפיסה הקלסית להבנת כבוד המת, שרואה בו נגזרת של כבוד לאדם כייחודי ביכולתו להפעיל אוטונומיה, לעיל ה"ש 5.

במקרים אלו, כפי שאנסה להציג כעת, הבלבול המושגי והתאורטי סביב הזכות לכבוד המת מחריף, שכן את ה"חלל" שבהיעדר רצון ברור של המת ביחס לגורל גופתו ממלאים זכויות ואינטרסים שונים בערבוביה.

אבקש לפתוח את הדיון בסוגיה זו דווקא בפסק דין אשר לכאורה אינו מציג תפיסה חדשה או מנוגדת של הזכות לכבוד המת בהשוואה לפסקי הדין שהוצגו עד כה. מדובר באחד מפסקי הדין הראשונים בהקשרים של ניתוח גופות, ובו נדונה השאלה אם יש לצוות על ניתוחה של גופה במקרה שעולה החשש שבוצעה עבירה שהובילה למוות, גם אם תוצאתו היחידה של הניתוח היא שלילת אפשרות זו (ולא, למשל, אישושה). בעוד השופט ברק קבע שהתשובה לכך חיובית, השופט טירקל סבר (בדעת מיעוט) כי יש להורות על ניתוח גופות בצמצום ורק במקרים שיש בניתוח הגופה כדי לגלות פוזיטיבית מי העבריין או שנעברה עבירה, ולא אך כדי לשלול את האפשרות שנעברה עבירה או שפלוני הוא העבריין. שם כותב השופט טירקל כי: "גם השאלה עתיקת היום, אם ההגנה על הגווייה היא משום כבודם של המתים או משום כבודם של החיים (סנהדרין, מו ב-מז [ב]), אין עניינה לכאן. בעיניי, ההגנה על המת וכבודו כמוה כהגנה על החי וכבודו, וגם בכך נבדלת חברה חופשית ונאורה מהחברה הפראית או העשוקה".⁶³ במבט ראשון, עמדה זו נראית מוכרת – כבוד המת מכיל בתוכו גם את כבודם של החיים. אולם מעניין לראות שהשופט טירקל עורך הבחנה בין "ההגנה על כבוד המת" לבין "ההגנה על הגווייה", כאשר נדמה כי לשיטתו, בעוד ברי כי ההגנה על כבוד המת שקולה להגנה על כבודו של החי, מקורה הנורמטיבי של ההגנה על הגווייה הוא שאלה מורכבת יותר.

יותר משני עשורים מאוחר יותר, במסגרת עניין **כהן**, ביקשו העותרים להורות על פתיחת חלקת קבר שבה טמונות שלוש גופות בלתי מזוהות כדי לערוך בדיקה גנטית שתאפשר לזהותן ולברר האם יקירם קבור שם.⁶⁴ על חלקת הקבר הוצבה מצבה שנשאה את שמם של 16 נעדרים אחי"י אילת, וזאת חרף העובדה שאף אחת מ-16 משפחות הנעדרים לא ידעה בוודאות שבין שלוש הגופות הבלתי מזוהות נמנה בן משפחתה.⁶⁵ כדי לברר אם סמ"ר כהן (חלל ונעדר אחי"י אילת) קבור בחלקה, ביקשה משפחתו להורות על פתיחת הקבר וכן לערוך בדיקה גנטית של שלוש הגופות. בית המשפט דחה את בקשתה של משפחת כהן לפתיחת חלקת הקבר בהתבסס על התנגדותן של מרבית משפחות הנעדרים וכן על החשש מפני פגיעה בכבודן של 13 ממשפחות הנעדרים אשר ייוותרו ללא קבר להשתטח עליו. בהקשר זה בית המשפט עמד גם על הפגיעה שעלולה להיגרם לקשישים שבין משפחות הנעדרים, אשר מבקשים שהקבר שהם פוקדים מזה שנים לא ישונה.⁶⁶ בית המשפט קבע כי הזכויות המתנגשות במקרה דנן הן הזכות לכבוד האדם של העותרים מכאן, אשר ממנה נובעת זכותם לדעת היכן קבור יקיריהם, והזכות לכבוד האדם של המשיבים מכאן, אשר ממנה נובעת הזכות ש"לא תבוצע בדיקה גנטית בגופות", ש"לא תוטרו מנוחתם של יקיריהם שנפלו בקרב" וכן, בהינתן שיתברר שיקיריהם אינם קבורים בחלקה כפי שחשבו, ש"לא יוותר להן עוד קבר להשתטח עליו".⁶⁷ והינה, בית המשפט העליון אכן קבע כי אין מקום להתערב בהחלטה שלא לאפשר את פתיחת קבר האחים.⁶⁸

⁶³ בג"ץ 66/81 המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט בית-משפט השלום ברמלה, פ"ד לה(4) 337, 354 (1981).

⁶⁴ עניין **כהן**, לעיל ה"ש 27.

⁶⁵ שם, בפס' 1-10 לפסק הדין של השופט אור.

⁶⁶ שם, בפס' 29 לפסק הדין של השופט אור.

⁶⁷ שם.

⁶⁸ ואילו במקרה אחר, בית המשפט לענייני משפחה קיבל את הבקשה להורות על פתיחת קברו של המנוח לצורך ביצוע בדיקת רקמות וקבע שזכותו של הקטין לדעת מיהו אביו גוברת על כבוד המת: תמ"ש (משפחה כ"ס) 17340/05 פלוני נ' עזבון פלוני (נבו) 26.7.2006.

למה מתכוון בית המשפט בציינו את כבוד המת בהקשרים אלו? בניגוד למקרים אחרים שהובאו לעיל, הרי שאין מדובר בכבוד המת במובנו ה"צוואתי", קרי, במונחי אוטונומיה ורצון המת.⁶⁹ ברור גם כי כבוד המת אינו מתייחס, במקרים אלו, לכבודם של הקרובים לנפטר או כבוד כלפי אופן ההנצחה המועדף עליהם. בנוסף, אין מדובר בכבוד המת המכוון לכיבוד רצונו של המת כשהיה חי – שהרי החללים לא צפו את מותם או את עובדת היות גופתם בלתי ניתנת לזיהוי בעתיד. כמו כן, ניתן לסבור שהמנוח לא שיער כי שאלת בדיקת הרקמות תעלה לאחר מותו.

יש שיגרסו כי למרות שאותו מנוח לא הביע, או לא הספיק להביע, את עמדתו בעניין, ניתן לשער כי לו היה צופה תרחיש כאמור היה מתנגד לו. אולם קביעה כזו ביחס להעדפה של אדם ספציפי לא רק נכנסת לנעליו של מי שלא ביטא רצונו ביחס לסוגיה זו בחייו, אלא אף עלולה להישמע בלתי מבוססת כאשר היא ניצבת מול העדפה אחרת או אפילו זכות אחרת. גם אם נוכל לומר בנקל כי רצונו המשווער – במובנו החוזי או הצוואתי – של פלוני הוא שלא ייגעו בגופתו מרגע שנקברה, האומנם נוכל לומר כי אותו אדם היה מעדיף מצב כזה על פני, למשל, מתן אפשרות לפלוני לברר אם הוא אביו באמצעות בדיקת רקמות, הכרוכה מן הסתם בפתיחת קברו וניתוח גופתו? אכן נדמה כי במצבים שבהם עסקינן בדילמה מוסרית אשר כוללת רובד אישי בולט, קשה לחסות בצל העדפותיו ותחושותיו של "האדם הסביר". מכל מקום, ואולי גם מסיבה זו, זהו אינו הנימוק שעמד בבסיס הכרעותיו של בית המשפט העליון במקרים האחרונים.

פסק דין אחר נסב סביב ערעורו של פלוני שביצע מעשה מגונה בגופת אשתו לאחר שרצח אותה. בית המשפט עמד בפני מצב אבסורדי לעניין המעשה המגונה, שכן המונח "אדם" המנוי בעבירת המעשה המגונה מתייחס לאדם חי, ואילו המנוחה כבר לא הייתה בין החיים עת בוצע בה המעשה הנורא. שם נקבע כי מצד אחד, עם מותו של אדם נמוגה תודעתו ובהתאם הוא אינו מסוגל עוד לחוות את הפגיעה וההשפלה הנובעות מן המעשה המגונה, וכמובן שלא ניתן לנתח את המקרה לאור רצונו החופשי. מצד שני, אין ספק שמדובר במעשה חמור ביותר אשר "נושא עמו מטען אנטי חברתי מובהק, ראוי לגינוי ולהוקעה ופוגע בבירור בכבוד המת".⁷⁰

במקרה קיצוני זה קל יותר להניח שעל אף שהמנוחה לא הייתה מסוגלת לבטא את רצונה, סביר שאם היא הייתה יכולה לעשות כן – הייתה מתנגדת למעשה, וזאת לא רק בשל אופיו הנתעב ומעורר החלחלה, אלא גם מהסיבה הפשוטה שבהנחה זו לא מתבצעת שום הכרעה ערכית משוערת בשם המנוחה. בכל זאת, נדמה כי בפסקי הדין שהובאו ניתן לזהות נטייה מסוימת, לכל הפחות, של בית המשפט לעמוד גם על פגיעה בערך חברתי, חיצוני ונפרד

⁶⁹ אולם ניתן לטעון כי גם בהיעדר צוואה מתקיים "רצון סביר" של האדם הסביר שגופתו לא תוטד, תוצא מקבורתה וכיוצא בזאת. עם זאת, ספק אם ניתן לתת ביטוי קונקרטי לרצון משוער זה, אשר משתנה תדיר עם התפתחויות טכנולוגיות ושינויים חברתיים. ראו למשל את העלייה העקבית על החותמים על כרטיס אד"י בין השנים 2007–2014: "סיכום פעילות המרכז הלאומי להשתלות – 2014" **אדי המרכז הלאומי להשתלות** <https://bit.ly/3SjHh1>; וכן העלייה בתרומת איברים בישראל בכלל נכון ל-2008: דבי חסקי-לוונטל, הילה יוגב-קרן וחגי כץ, **פילנתרופיה בישראל 2008: דפוסי התנדבות, תרומה ותרומת איברים** 48–52 (2011).

⁷⁰ ע"פ 7128/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסי' 13 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו) 16.5.2018. יצוין שבית המשפט קבע כי בהתאם לנוסחו הנוכחי של הסעיף הרלוונטי, ס' 348(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אין אפשרות להרשיע אדם בביצוע עבירה של מעשה מגונה שעה שהמעשים בוצעו בגופתו של מי שאינו בין החיים. אולם מעניין לציין בהקשר זה את ס' 172 לחוק העונשין. הסעיף קובע כי "הנכנס שלא ברשות למקום פולחן או קבורה או למקום שיוחד לצרכי לווית המת או לשמירת עצמותיו של מת, או נוהג במת שלא בכבוד, או גורם הפרעה לאנשים שנתקהלו ללוויית המת, והכל בכוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, או כשהוא יודע שהדבר עשוי לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, דינו – מאסר שלוש שנים"; "מקומו של הסעיף הוא בסימן ז' לפרק ח' של חוק העונשין, שכותרתו "פגיעות ברגשי דת ומסורת", ובו נקבעו העבירות המפורטות בסעיפים 170–174, שכולן נוגעות לפגיעה ברגשות דת". לפרשנותו ראו ע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת ישראל (נבו) 20.12.2000.

לרצון המת, שנובע ממעשים שונים שנעשו, או שעלולים להתבצע, בגופה.⁷¹ אם כן, ניווכח שבעוד על סמך פסקי הדין שהובאו לעיל ניתן להסיק שקיימת הסכמה רחבה בפסיקה ביחס למעמדה של הזכות לכבוד המת כזכות חוקתית במשפט הישראלי, הנובעת מהזכות הרחבה והמכוננת לכבוד האדם, ספק אם ניתן לדלות מסקנה דומה ביחס לתוכן הזכות, בנפרד ממקורה. נדמה, כי יש כאלו שייצקו לתוכנה בעיקר היבטים הנוגעים לרצון המת במובנו הצוואתי, ואילו אחרים ייחסו משקל משמעותי גם לכבודם של יקירי המת או לאינטרסים ציבוריים שונים.⁷²

ד. כבוד המת – מבט מחודש

על מנת לענות על השאלות מהם הערכים המשתקפים מהפסיקה המרכיבים את כבוד המת והאם ראוי שהם ירכיבו אותו, יש לנסות להפריד את האינטרסים והזכויות השונים שפורטו בפסיקה. אין מדובר בוויכוח מושגי גרידא. הפרדה ומיפוי של כל האינטרסים כאמור הכרחיים על מנת להבין מהי המשמעות שיש לצקת לתוכן הזכות לכבוד המת ועל אילו ערכים ואינטרסים היא אמורה להגן. אטען, באופן תיאורי, שמהפסיקה משתקפים **שישה מרכיבים שונים** הכלולים במידה כזו או אחרת תחת כבוד המת: רצון המת; כבוד המת כשהיה חי (ללא קשר לרצונו); זיכרון היקירים והקרובים למת את המת; כבוד הקרובים (ללא קשר לדרך שבה הם זוכרים את הנפטר כמי שמזוהים עימו גם לאחר מותו); כבוד הגופה; ולבסוף, האינטרס הציבורי. להלן אביע את דעתי ביחס לכל מרכיב ואביע את עמדותי האם ראוי שהוא יחסה תחת "כבוד המת", אם לאו, ואנמק. אטען, שבעוד ראוי, נורמטיבית, להגן על חלק מהמרכיבים הללו – במסגרת הזכות לכבוד המת, ולתפוס אותם כרכיבים **פנימיים** של הזכות (רצון המת, כבוד המת כשהיה חי וכבוד הגופה), הרי שאני סבורה שמבחינה אנליטית יש להגן על שאר הרכיבים באופן **חיצוני** להגנה הנפרסת תחת הזכות לכבוד המת (וזאת ללא תלות בשאלת מעמדם הנורמטיבי).

בנוסף, אראה שבעוד האינטרס הציבורי כשמו כן הוא – אינטרס, כבודם של הקרובים למת הוא זהה לזכותם האישית לכבוד אשר עומדת להם ממילא. ברצוני להדגיש כי הסיווג של כל אחד מהערכים כ"זכות" או כ"אינטרס" הוא בלתי תלוי בקביעה אילו מהם נכללים תחת "כבוד המת" ואילו חיצוניים לו. ואולם, חשיבותן של שתי השאלות טמונה בעיקר באיזונים החוקתיים שאליהם בית המשפט יידרש במקרה שתתרחש התנגשות חוקתית ביניהם לבין זכויות או אינטרסים אחרים. מקובל להחשיב את ה"איזון האנכי" כמבחן חוקתי שמופעל כאשר זכות "מתנגשת" עם אינטרס. במצב זה, נקודת המוצא היא כי מעמדו הנורמטיבי של האינטרס הציבורי גבוה מזה של הזכות החוקתית, אולם יש לבצע "איזון" שנועד להגן על האחרונה, ובמסגרת נבחנת השאלה אם הפגיעה בזכות הכרחית לשם ההגנה על האינטרס הציבורי או לפחות אם קיימת הסתברות גבוהה לכך. "האיזון האופקי", לעומת זאת, מבוצע עת "מתנגשים" שני ערכים שווים מעמד נורמטיבי – קרי, שני אינטרסים או שתי

⁷¹ במקרה זה ניתן לראות במעשה הנורא שבוצע סוג בזוי של "הרצחת וגם ירשת", קרי, רצון משוער המתמזג עם ערך חברתי. תודתי נתונה לפרופ' נילי כהן על חידוד נקודה זו. לקריאה נוספת על פסק הדין וביקורת עליו בהקשרים דומים ראו: אסף הרדוף "הרצחת וגם ביזית? כבוד המת והפללת החי: על הפללת הפגיעה בגופה בעקבות ע"פ 7128/16 פלוני נ' מדינת ישראל" **משפטים על אתר** טו 1 (2020).

⁷² בהקשר זה מעניין לציין כי ישנם אף מקרים שבהם אפילו המינוח "כבוד המת" אינו מובא במפורש. כך, במקרה אחר עלתה שוב שאלת האיזון הראוי שבין הערכים הנפגעים בפתיחת קברים אל מול הצורך שביצוע עבודות חפירה לצורך פיתוח מקרקעין ברשות קק"ל. על אף שכבוד המת אוזכר ונדון בהכרעה, הרי שבנסח את אחת השאלות המרכזיות בעניין מתייחס השופט גיבראן ל"רגשות הדתי", ולא לכבוד המת: "נדרש אנו לקבוע האם יש מקום להמשיך בביצוע עבודות החפירה, תוך העתקת הקברים ממקומם, וזאת חרף הפגיעה הצפויה ברגשות הדת של הציבור אותו העותרת מייצגת": בג"ץ 6685/05 **חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' חברת י.ג. ארכיאולוגיה חוזית בע"מ**, פסי' 10 לפסק הדין של השופט גיבראן (נבו) 18.1.2007.

זכויות. מבחן זה פותח בעיקר על ידי השופט ברק,⁷³ ולפיו, בהתנגשות כזו יש לבצע פשרה בדרך של ויתור הדדי מצידם של כל אחת מהזכויות או כל אחד מהאינטרסים. מובן כי בית המשפט עשוי לקבוע גם במסגרת מבחן האיזון האופקי כי מעמדה של זכות אחת עולה על זו של האחרת, ולמעשה – השופט ברק בעצמו סבר כי שאלת המבחן החוקתי שיש לבצע לא צריכה להיות מוכרעת בהכרח על ידי הסיווג של ערך מסוים כזכות או כאינטרס.⁷⁴ מכל מקום, אף לשיטתו, הסיווג של ערך מסוים כ"זכות" או כ"אינטרס" נועד להצביע על משקלה הסגולי ביחס לערכים ולזכויות אחרים, כך שגם אם נתנגד לסיווג זה, ניוותר עם השאלה מהו משקלם הסגולי של כל אחד מהערכים המרכיבים את "כבוד המת" לפי פסיקת בית המשפט העליון. זהו המקום להבהיר כי לצורכי נוחיות ובהירות גרידא אשתמש בסיווג ה"קלסי" של זכויות ואינטרסים,⁷⁵ אולם כי זהו כלל לא העיקר – והמטרה בחלק הבא תהיה, בראש ובראשונה, לנסות להבין מה ראוי שייכלל תחת "כבוד המת" ומה חיצוני לו וכן להצביע על הבדלים נורמטיביים מסוימים בין חלק מהזכויות והאינטרסים שיוצגו.

1.4. רצון המת לפני מותו

דומה כי רצון המת, כפי שהוא בא לידי ביטוי לפני מותו, הוא אחד מהמרכיבים המרכזיים בהבנתנו את כבוד המת. הכבוד והרצון שזורים זה בזה גם בחיים, ומכאן שאין זה מפתיע שאנו מוצאות קשר דומה ביניהם גם לאחר המוות.⁷⁶ ככל שאנחנו סבורות שרצון המת הוא ערך שראוי להגן עליו (גם אם נתווכח על היקף ההגנה שיש להעניק לו או על תוכנו הקונקרטי), קל יהיה להסכים שרצון המת הוא חלק מכבוד המת. לעיתים, רצונו של המת יתנגש עם רצון בני משפחתו או עם ערכים מקובלים מבחינה חברתית.⁷⁷ ניטול כדוגמה אדם אשר מבקש לנשל את בנותיו מירושתו ולהיקבר באופן הנוגד את תקנת הציבור. איקיומן של שתי בקשות אלו לא יפגע באותן בנות (שהרי הן לא ינושלו מהירושה) וגם לא בציבור (שהרי האדם לא ייקבר באופן שנוגד את תקנת הציבור), אבל רצון המת, שלא כובד, ייפגע. הפגיעה בכבוד נגזרת כאן מהבגידה ברצון ואפשר שהיא אף חמורה מאיקיומן רצון אדם חי, אשר ביכולתו להתנגד ולהתרעם על הבגידה, בעוד המת כבר אינו יכול להשפיע על הנעשה לאחר מותו. אולם ביחס לדוגמה שלעיל, נשאלת השאלה אם קיים הבדל בין רצון המת כמוריש לבין רצונו באשר לגורל גופתו לאחר לכתו, או שמא ניתן להקיש מעליונותו של רצון המת בהקשר של דיני הצוואות להקשרינו. זאת, ברוח דבריו של השופט הנדל בעניין **פלונית**: "העיקרון הניצב בבסיס מוסד הצוואה, המאפשר לאדם לשלוט באופן שבו יחולקו נכסיו לאחר מותו, מלמד אף הוא על העדפת רצון המת על פני האינטרסים של בני משפחתו".⁷⁸

כאמור, קרייצרלוי ובלכר־פריגת דנות בתפיסה מחודשת של רצון המצווה. באימוצן תפיסות פמיניסטיות וקהילתניות, טוענות השתיים שקשה לשרטט קו גבול המבחין בין המשפחה כיחידה לבין המשפחה כאינדיווידואלים, וזאת משום שגם האינדיווידואל מושפע ממערכות יחסים שהוא מנהל בחייו ומזוהה עימן והוא אינו מתקיים בריק.⁷⁹ נדמה שהאמירה לפיה "האדם החי הצופה את מותו מייחס חשיבות לאופן שבו יימשך

⁷³ מדינה ושגב, לעיל ה"ש 57, בעמ' 542.

⁷⁴ אהרן ברק שופט **בחברה דמוקרטית** 272 (2004).

⁷⁵ ראו הסבר לכך, לעיל ה"ש 2.

⁷⁶ KANT, לעיל ה"ש 5.

⁷⁷ כפי שהתרחש בפסק הדין בעניין **פלונית**, לעיל ה"ש 22.

⁷⁸ שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

⁷⁹ קרייצרלוי ובלכר־פריגת, לעיל ה"ש 20, בעמ' 595. לעיתים מערכות יחסים אלו סבוכות וכואבות באופן שהופך את הצוואה, במובנים מסוימים, לשיקוף שלהן. ראו ע"א 724/87 **כלפה (גולד) נ' גולד**, פ"ד מח(1) 22 (1993).

הקשר עימו בלבבות ובחיים של אלו שיוסיפו לחיות אחריו⁸⁰ נכונה הן למת כמוריש והן למת המבקש לקבוע כיצד תטופל גופתו לאחר מותו. אולם, האומנם לא קיימים הבדלים אינהרנטיים ביחס לטיבם של רצונות אלו?

נדמה שרצון המת ה"צוואתי" שונה מרצון המת ביחס לגורל גופתו. מטרתה של צוואה היא חלוקת העיזבון לפי רצון הנפטר, חלוקה אשר אינה יכולה להתקיים ללא יורשות. בהקשר זה, אני מוצאת היגיון רב בעמדתן של קרייצרלוי ובלכר־פריגת, שלפיה רצון המצווה צריך להיות מפורש כ"רצון מקושר" הנובע ממערכות היחסים המשמעותיות שניהלה המנוחה עת הייתה בחיים. אולם בניגוד לצוואה, העדפות באשר לגורל הגופה לאחר המוות הן שונות. כאן, כך אני סבורה, יש לתת ביטוי ייחודי לגופה כגלגולו הטבעי של הגוף.

כפי שגופה של כל אישה במהלך חייה שייך רק לה והיא אינה חולקת אותו עם קרובי משפחתה, כך יש להתייחס גם אל גופתה. הגופה אינה "רכוש" שיש להחריג מהעיזבון ואין לראות בה חלק מאותו "רכוש" אשר חוסה תחת מערכות היחסים המשמעותיות שניהלה המנוחה בחייה. הגופה אינה "נכס" של הנפטר והיא אינה עוברת מבעלים אחת לבעלים אחרת.⁸¹ סביר מאוד שרוב האנשים ישקללו גם את זיכרונם של קרוביהם לאחר המוות עת יעסקו בשאלה כיצד יהיה לטפל בגופתם, אולם העובדה שרצון זה אינו מתקיים בחלל ריק והוא תלוי וקשור במערכות יחסים אינה הופכת אותו לרצון "משותף". יתר על כן, אני סבורה שכפי שאנו עורכות הבחנה במסגרת דיני הנזיקין בין נזקים ממוניים לנזקי גוף, כך יש לערוך הבחנה דומה בין הפגיעה ברצון המת בדמות "בגידה" ברצונו ביחס לגורל גופתו לבין הפגיעה ברצון המת בדמות בגידה דומה ביחס לגורל נכסיו או ממונו. שתי הפגיעות הללו עלולות להיתפס כחמורות, ושיטות משפט ליברליות נוטות לגנות את שתיהן. ואולם, לא אחת היא פגיעה בגופנו, מקדשנו הפרטי, כמו הפגיעה ברכושנו – גם אם עמלנו עבורו כל חייו.

אם כן, רצון המת קשור בעבותות לכבוד המת, ולכן אין ספק שיש להתחשב בו בבחינת גורל הגופה לאחר המוות. אולם רצון זה הוא ייחודי ושונה מרצון המת בהקשרים אחרים. שוני זה נובע מהמעמד המיוחד שיש לתת לגופת האדם כעצם שתפקד פעם כגוף אדם חי. הכרה במעמד מיוחד זה מעניקה הגנה למוסד האנושיות בכללותו, ובה אדון כעת.

2.ד. כבוד הגופה

גם אם נקבל את הטענה שהפגיעה ברצון המת ביחס לגורל גופתו שונה מפגיעה מקבילה ברצונו ביחס לרכוש או לממון שיחולקו לאחר מותו, עדיין נשאלת השאלה – האם רק על סמך הבדל זה יש להעניק "כבוד" לגופה? אם כן, מה כולל הכבוד האמור?

הראל כותב ש"כבוד האדם וכבוד המת שונים באופן מהותי מכבוד הגופה של המת".⁸² אין זה לגמרי ברור באילו מובנים שונים המושגים הללו אחד מהשני לשיטתו של הראל, ועמדתו ביחס לקשר שבינו לבין כבוד המת אינה

⁸⁰ שם.

⁸¹ לדיון במעמדה הקנייני של הגופה ראו להלן פרק 2.ד.

⁸² הראל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 166. ההדגשה במקור. הראל כותב גם כי "המת הוא הזכאי לכבוד ולא גופתו של המת" (שם, בעמ' 169) ומדגיש זאת גם בהמשך: "גופתו של המת איננה זכאית לכבוד, אלא המת עצמו הוא הזכאי לכבוד" (שם, בעמ' 174). אם כן, נדמה כי לשיטתו "כבוד הגופה של המת" הוא מטבע לשון ריק, או לכל הפחות, חסר תוקף משפטי מן הבחינה המהותית. ואולם, כאמור, לשיטת הראל הטיפול בגופה נותן ביטוי ממשי לאוטונומיה של האדם במותו וממשיך את "סיפור חייו". על כן, אין זה לגמרי ברור אם הראל רואה בכבוד המת זכות אשר "שונה מהותית" מכבוד הגופה של המת במובן זה שיש לראשונה (הזכות לכבוד המת) משמעות ותוכן משפטיים, במנותק וללא תלות בזכות לכבוד הגופה, או שמא, במובן מסוים, הוא רואה ב"כבוד גופת המת" מושג ריק מתוכן דווקא משום שהוא מוכל בתוך הזכות לכבוד המת. ראו גם הערה 82 להלן.

ברורה,⁸³ שהרי מחד גיסא, לשיטתו כבוד המת וכבוד גופת המת הם ערכים שונים מהותית זה מזה, ומאידך גיסא הוא מציין כי "גופתו של המת איננה זכאית לכבוד, אלא המת עצמו הוא הזכאי לכבוד, ולעתים דווקא השחתת הגופה היא הדרך שבה אנו יכולים לבטא את הכבוד למת".⁸⁴ כעת אבקש להתעמק באמירות אלו וכמו כן לנסות ולהבין מהו "כבוד הגופה", האם הוא קשור לשלמות הגופה וכיצד יש לסווגו בתוך עולם המושגים הרחב (והמבלבל) שבו אנו נמצאות.

אבקש לפתוח בדוגמה. אדם מבקש שלאחר מותו גופתו תיוותר שלמה ותיקבר קבורה מסורתית, אולם בטרם הקבורה – כי יקירו וחבריו יאפרו את פניו, ילבישוהו בבגדים ססגוניים וישחקו בגופתו משל הייתה בובה על חוטים. נדמה לי כי המחזה הזה מעורר תחושת אינוחות בקרבנו. תחושה זו נובעת, בעיניי, מהפגיעה בכבוד הגופה והיא ממחישה כיצד אין הכרח כי שלמות הגופה תיפגע (ומובן שגם לא רצון המת) על מנת שתיווצר פגיעה בכבוד הגופה. מובן שהפגיעה בכבוד הגופה עשויה להיתפס, לפחות בעיני חלקנו, כחמורה יותר כאשר נפגעת גם שלמות הגופה.⁸⁵ אין גם בכוונתי לקבוע כי בקשה כזו היא בהכרח פוגענית עד כדי כך שיש להטיל עליה מגבלות. כל שברצוני להדגיש הוא כי כבוד הגופה הוא ערך בפני עצמו, אשר מהווה חלק משמעותי מהבנתנו הרצויה את כבוד המת, וכי הקשר שלו לשלמות הגופה אינו מקרי, אך גם אינו הכרחי. ביטוי נוסף לאייתלות זו ניתן למצוא, למשל, בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, אשר אוסר על פרסום תצלום של גופת אדם ברבים וזאת ללא כל קשר לשלמותה של הגופה המצולמת.⁸⁶

הראל מדגיש בכתיבתו את ההיבט התרבותי שבתפיסת הכבוד של הגופה – בעוד אחדים יראו בהשחתת הגופה מעשה הפוגע בכבודה, "לעתים דווקא השחתת הגופה היא הדרך שבה אנו יכולים לבטא את הכבוד למת".⁸⁷ כך, למשל, מאמיני הדת הנוצרית ברחבי העולם יאמינו כי רק שרפת גופת המת תכבד כראוי את המת. אכן, הטיפול בגופה נושא ממד טקסי מובהק (גם בחברות חילוניות), וטקסים, מטבעם, משתנים בין תרבויות ברחבי העולם ולאורך ההיסטוריה. טקסים אלו משקפים במובנים רבים את התפיסה החברתית הרווחת ביחס לכבוד שמעניקים למת ולכבוד שמעניקים לגופה כפי שהיא נתפסת בקבוצה מסוימת ובקונטקסט של זמן ומקום. במובן זה צודק הראל בהדגשתו את ההיבט האקספרסיבי, במילותיו, של הטיפול בגופה – טיפול אשר מבטא, כך או אחרת, "את העמדות שבין המתים לחיים, ביחס לאופן שבו יש לזכור ולהזכיר או לשכוח את המתים, ואפילו ביחס למשמעות החיים".⁸⁸ אולם בניגוד לשרפת הגופות הנוצרית, אשר אחריה לא נותרת עוד גופה אשר בכבודה ניתן לפגוע, הקבורה בישראל – כמו גם במקומות רבים אחרים בעולם – לרוב שומרת על הגופה שלמה, או למצער, מונעת את השחתתה. במצבים אלה העצם שהוא הגופה נותר קיים בעולם, ונשאלת השאלה האם העצם הזה זכאי לכבוד גם לאחר טקס קבורתו (על כל תצורותיו השונות), ואם כן – באיזה מובן. אחת הדוגמאות החזקות

⁸³ שם. בהמשך המאמר, הראל מסתייג קמעה מעמדתו באשר לכבוד הגופה והוא מציין כי: "אינני טוען, כמובן, כי אין קשר בין כבוד הגופה לכבוד המת. לעתים הדרך לבטא היעדר כבוד כלפי המת היא בדרך של טיפול מבזה בגופה" (שם, בעמ' 174). בשים לב לעמדתו של הראל ביחס לכבוד הגופה כמפורט בה"ש 81 לעיל, נדמה כי עולה השאלה אם לשיטת הראל היחסים בין הזכויות סימטריים, קרי, אם כפי שהיעדר כבוד כלפי המת יכול להתבטא בטיפול מבזה בגופתו, כך גם טיפול "ראוי" בגופה נותן, מצידו, ביטוי נאות לכבוד המת. אין כל הכרח כמובן לראות ביחסים הללו סימטריים. אולם, אם לשיטתו הם אינם כאלה, עדיין נותרת בעינה השאלה כיצד היעדר המשמעות למונח "כבוד הגופה" משליך על הקשר שלו (אשר נדמה שעליו הראל אינו חולק) לכבוד המת.
⁸⁴ שם, בעמ' 174.

⁸⁵ ראו ספרו של הרב ישראל קלפהולץ, חבר הנהלת חברה קדישא, אשר מונה את מצוות הקבורה, השמירה על המת ועוד, ושבפתיחתו נכתב: "ההכנסות מהספר מוקדש לשמירת כבוד המת בכלל, ומניעת ניתוחי מתים – בפרט": הרב ישראל קלפהולץ **כבוד המת** 3 (התשכ"ו). ראו במיוחד פרק ז': כל חלקי המת צריכים קבורה, עמ' 34–37.

⁸⁶ ס' 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות). ראו התייחסותי לעניין זה בהמשך, תחת פרק ד.6.

⁸⁷ הראל, לעיל ה"ש 16, בעמ' 174.

⁸⁸ שם, בעמ' 165.

לכך שתפיסתנו בנוגע לכבוד המת ולכבוד הגופה מושפעת מהמקום שבו גדלנו והתחנכנו היא הפולמוס הישראלי סביב הגופות בהקשרים דתיים ובעסקאות החלפת שבוים.⁸⁹ עם זאת, הגם שהיקף הזכות לכבוד הגופה, תוכנה ומשקלה הסגולי ביחס לזכויות וערכים אחרים משתנים בין תרבויות שונות, נראה כי באופן **אוניברסלי** ישנה הסכמה על הצורך לתת כבוד לגופה, כפי שיש הסכמה אוניברסלית ביחס לכבוד האדם ולכבוד המת.⁹⁰ כך, לדוגמה, רבים יחוו חוסר נוחות למראה שלדים חשופים, אפילו אם הם שייכים לאנשים שמתו לפני אלפי שנים ונמצאו במקרה בחפירות, וללא כל קשר לאמונה דתית כזו או אחרת או לזהות המתים.⁹¹ מכאן ברור שיש כבוד לגופות מעבר לרצון המת באשר לאופן קבורתו. כבוד זה נובע, לדידי, מכמה אינטואיציות חזקות הפועלות בקרבנו.

ראשית, מבחינה פסיכולוגית, קשה לנתק את הקשר שבין האדם שאך לפני רגע "החיה" את הגוף לבין הגופה בהיותה הסמל הראשוני ביותר למוות. שתיקת הגופה, היותה דוממת ותהליך דעיכתה הם השינויים ה"קיצוניים" ביותר בתמותה שמקשים על החיים להגיב.⁹² יתרה מזו, לגופה עצמה (ובייחוד לצפייה בה) יש משמעות אדירה עבור קרובי הנפטר במסגרת תהליך האבל וההתגברות על האובדן: ככלל, פסיכולוגים מומחים לחקר האבל ממליצים לקרובי הנפטר לצפות בגופת הנפטר (במידת האפשר) במטרה לספק תחושת מציאות ביחס לקרות המוות, תחושה אשר משחקת תפקיד מרכזי בהתמודדות עימו מאוחר יותר.⁹³ שנית, רובנו מתקשים לתפוס את מותנו שלנו, ורבים מאיתנו מאמינים בצורות שונות של "אלמותיות" רוחנית של עצמנו.⁹⁴ כפי שציין טולסטוי בנובלה "מותו של איוון איליץ'": "קיוס היה באמת בן תמותה, והוא בצדק צריך למות, אך אנכי איבן הקטן, איבן איליץ' עם כל רגשותי, מחשבותי, אנכי – ענין אחר לגמרי. ואי אפשר שגם אני אצטרך למות. הדבר הוא נורא יותר מדי."⁹⁵ זו אולי הסיבה לכך שגם אנשים שאינם מאמינים באלוהים או מנהלים אורח חיים דתי

⁸⁹ בהקשר זה ראוי לציין את דג"ץ 10190/17 **מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן** (נבו 9.9.2019), אשר קבע ברוב של ארבעה שופטים (הנשיאה חיות והשופטים הנדל, עמית וסולברג; נגד דעתם החולקת של השופטים ברקארז, קרא ופוגלמן) כי תקי 3133 (לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 מסמיכה את המפקד הצבאי להורות על קבורה ארעית של גופות מחבלים לצורכי משא ומתן מול ארגוני הטרור שמטרתו השבת אזרחי ישראל וגופות חללי צה"ל המוחזקים על ידם. הדיון הנוסף הפך את עניין **עליאן 1**, לעיל ה"ש 22, אשר קבע ברוב דעות שהתקנה אינה מסמיכה פעולה כאמור ושכלל שהמדינה מעוניינת להחזיק בגופות כאלו עליה להסדיר את הנושא בחקיקה ראשית. בהקשרים דומים ומשיקים ראו גם: בג"ץ 6139/19 **אלענקאוי נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש** (נבו 3.3.2020); בג"ץ 6385/21 **טוויל נ' משטרת ישראל** (נבו 12.10.2021); עניין **עריקאת**, לעיל ה"ש 45. לסקירה קצרה של כלל עסקאות שחרור מחבלים תמורת שבוים שביצעה מדינת ישראל, ראו "עסקאות לשחרור שבוים" **דבר** (4.9.2016) <https://bit.ly/3D8Ev6Z>. לעניין זה יודגש כי איני בטוחה כלל כי האינטרס, או אחד האינטרסים, שעומד בבסיס המוטיבציה של מדינת ישראל להחזיר שבוים הוא הכבוד שאנו רוחשים לגופות. כך, למשל, יכול שהדבר מונע דווקא מהתחשבות במשפחות ההרוגים או מניעים דתיים אשר קשורים לקבורת יהודים בישראל.

⁹⁰ כך, למשל, כבוד האדם הוא זכות שזוכה למעמד חוקתי גם ברחבי העולם. מובן שתוכנה הקונקרטי ותפיסתו באשר לאינטרסים שעליהם היא באה להגן משתנים בין חברה לחברה ובין תקופות שונות לאורך ההיסטוריה. ראו באופן כללי COLIN MURRAY PARKES, PITTU LAUNGANI & BILL YOUNG, *DEATH AND BEREAVEMENT ACROSS CULTURES* (2nd ed. 2015); וכן ראו את התייחסות המועצה האירופית להשתלת איברים ורקמות מ-2006: A dead body is not legally regarded as a person, but nonetheless should be treated with respect. This article accordingly provides that during removal the human body must be treated with respect and after removal the body should be restored as far as possible to its original appearance. Comment to Article 18 of the Additional Protocol on Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin (adopted LAST RIGHTS: 24 January 2002, entered into force 1 May 2006, Council of Europe, CETS no. 186) PROJECT, THE DEAD, THE MISSING AND THE AND BEREAVED AT EUROPE'S INTERNATIONAL BORDERS, PROPOSAL FOR A STATEMENT OF INTERNATIONAL LEGAL OBLIGATIONS OF STATES (2017).

⁹¹ Kam Lun Hon, *Human Dignity and Rights Beyond Death*, 39 J. MED. ETH. 651 (2013);
⁹² DOUGLAS DAVIS, *DEATH, RITUAL AND BELIEF: THE RHETORIC OF FUNERARY RITES* 31 (3rd ed. 2017);
⁹³ RAPHAEL BEVERLEY, *THE ANATOMY OF BEREAVEMENT: A HANDBOOK FOR THE CARING PROFESSIONS* (1st ed. 1984) וראו גם חיזוק אמפירי לכך: Jane Mowl, Elizabeth A. Lobb & Michael Wearing, *The Transformative Meanings of Viewing or Not Viewing the Body After Sudden Death*, 40 DEATH STUD. 46 (2016). עם זאת, יצוין כי במקרים שבהם הורים קוברים את ילדיהם, ההמלצה היא דווקא הפוכה. ראו William Badenhorst & Patricia Hughes, *Psychological Aspects of Perinatal Loss*, 21 CLIN. OBSTET. GYNEACOL. 249 (2007).

⁹⁴ Shaun Nihols, *Imagination and Immortality: Thinking of Me*, 159 SYNTH. 215 (2007);
⁹⁵ לב טולסטוי **מות איבן איליץ'** פרק שישי (אלכסנדר זיסקינד רבינוביץ' מתרגם 1913). ניתן למצוא את הטקסט המתורגם המלא כאן <https://bit.ly/3uJs9Q0>.

מוצאים עצמם לעיתים ספק מאמינים בנושאי חיים ומוות ואולי, "ליתר ביטחון", מעוניינים לשמור על הגופה למקרה שתחיית המתים בכל זאת תתחולל. בהקשר זה יפים דבריו של השופט חשין: "צורך נפשי עמוק הוא – צורך נפשי השוכן בלב כל אחד מאתנו – כי נעשה כמיטבנו לכבד את המת ואת זכרו. **יהא הטעם לאותו צורך נפשי אשרייהא:** אהבה לאדם שהיה יקר לנו בחייו ונשאר יקר לנו לאחר מותו; פחד ויראה – פחד ויראה קמאיים – מן הכיליון והחידלון; רצוננו לקיים את רצון המת, בהניחנו כי כך ביקש שיעשה לו; רצוננו כי כך ייעשה לנו, והתוויית הדרך לכך, במשתמע; **הכנה לקראת תחיית המתים ואולי מעט מזה ומעט מזה**" [ההדגשות אינן במקור – א.ג.ש].⁹⁶

דיון ביחס שהמשפט נדרש להעניק לגופה מעלה את השאלה המתבקשת, והיא, אם הגופה היא "רכוש קנייני", וכנגזרת מכך, אם המת (או אולי אחרים) הוא בעל זיקה קניינית כלפיה. משפטנים ברחבי העולם התחבטו לאורך עשרות שנים בשאלה זו.⁹⁷ למעשה, עד לפני קצת יותר מעשור, המשפט האמריקאי החיל על גופות את ה־ "No Property Rule", אשר התפתח לפני יותר מ־300 שנים, ולפיו גופה לא תיחשב לקניין ועל כן היא אינה יכולה להיות בבעלותו של אף אדם, להיגנב וכיוצא בזה.⁹⁸ ב־2009 כלל זה נהפך לראשונה, כאשר שישה גברים ערערו על החלטה שקבעה שפגיעה בזרעיהם, אשר הוחזקו בהקפאה על ידי קרן נאמנות והיו אמורים לשמש להתרבות פוטנציאלית בעתיד, אינה מקימה עילת פיצויים לפי דיני הנזיקין. בית המשפט קבע כי אותם זרעים היו "נכס" של הגברים במובן הקנייני, ועל כן הם זכאים לפיצוי בגין הנזק שנגרם להם. אף על פי שהשלכותיו של פסק דין זה על מקרים אחרים, וביניהם על מעמדן המשפטי של גופות, אינה ברורה,⁹⁹ הוא נחשב בכל זאת לסדק הראשון בכלל ה־ "No Property Rule" שכן הוא הכיר לראשונה באינטרסים קנייניים ביחס לחלקי גוף (או יותר נכון, חלקים מהגוף). מאז, השתרשה במשפט האמריקאי התפיסה שמעמדה של הגופה הוא "מעין־קנייני", כלומר, מעמד שמבטא את האינטרסים בעלי האופי הקנייני שאנו מחזיקים בהם כלפי הגופה, שאינה נחשבת רשמית ל"קניין".¹⁰⁰ מעניין לציין כי דווקא בבריטניה, אשר בה בוסס הכלל לראשונה, ניתנה עוד עשור קודם לכן הכרה למעמדה ה"מעין־קנייני" של הגופה. בשנת 1998 הכיר בית משפט בבריטניה בחלקי גופות שהוחזקו כדגימות אנטומיות כ"רכוש", לפחות במובן זה שתפיסתו ללא רשות מבית חולים למשל תעלה כדי גניבה.¹⁰¹ גם באירופה ניתן למצוא ביטויים לאמביוולנטיות שבמעמדם המשפטי של הגופה ושל חלקי גוף. אף על פי שדיני זכויות האדם הבינ־לאומיים נמנעים מלהתייחס לאופן הראוי לטיפול בגופות בצורה מפורשת, ברוב המוחלט של המדינות השחתה של גופה היא עבירה ענישה, כאשר במקרים מסוימים, החובה לכבד את הגופה מוגדרת במפורש.¹⁰²

ואולם נדמה לי כי ניתן למצוא הצדקה להתחשבות בערך של כבוד הגופה, כמו גם הצדקה להכללתו של ערך זה תחת הזכות לכבוד המת, מבלי להכריע בשאלת מעמדה הקנייני של הגופה. רבים יסכימו כי הגופה אינה "חפץ"

⁹⁶ עניין **בכרך**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 842.

⁹⁷ Walter F. Kuzenski, *Property in Dead Bodies*, 9 MARQ. L. REV. 17 (1924)

⁹⁸ WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 429 (1979); Remigius N Nwabueze, *Death of the "No Property Rule" for Sperm Samples*, 21 K.L.J. 561 (2010); Mason J. Kenyon & Graeme T. Laurie, *Consent or Property? Dealing with the Body and its Parts in the Shadow of Bristol and Alder Hey*, 64 MLR 710 (2001)

⁹⁹ Shawn H.E. Harmon, *Yearworth v. North Bristol NHS trust: a property case of uncertain significance?* 13 MED HEALTH CARE PHILOS. 343 (2010). ראו פסיקה מעניינת בישראל בהקשר זה, שבמסגרתה נקבע שמקום שבו נפטר אדם שהייתה לו בת זוג קבועה מבלי שנתן ביטוי מפורש (בכתב או בדרך אחרת) לרצונו או להסכמתו לעניין נטילת זרע מגופו ושימוש בו לאחר מותו, קמה חזקה הניתנת לסתירה לקיומו של "רצון משוער" של הנפטר להביא ילדים לעולם גם לאחר מותו עם בת זוגו. לכן, ככלל, תהא בת הזוג (ורק היא) רשאית לעשות שימוש בזרע לצורך הפרייה היא: בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (נבו) 22.12.2016.

¹⁰⁰ Alix Rogers, *Unearthing the Origins of Quasi-Property Status*, 72 HASTING L.J. 291 (2020)

¹⁰¹ R v Kelly and Lindsay [1998] 3 All E.R. 741; Andrew Grubb, 'I, Me, Mine': *Bodies, Parts and Property*, 3 MED. L. INT'L, 299 (1997)

¹⁰² ראו לעיל ה"ש 90.

במובנו הקנייני הפשוט, והדיון שאת מורכבותו ניסיתי להמחיש בתמצית לעיל נסוב בעיקרו סביב השאלה אם יש להכיר בגופה כבעלת מעמד מעין-קנייני לכל היותר. גם אם נסבור שאין להעניק לגופה מעמד כאמור, ולמעשה נהפוך אותה ל"שקופה" לחלוטין מבחינת דיני הקניין, אין זה אומר כי לא ניתן להתחשב בכבוד הגופה בעת בחינת שאלות ערכיות הנוגעות לגורלה. למעשה, יש כאלו הסבורים כי מקורו של ה-"No Property Rule" עצמו טמון באינטואיציה המוסרית שבמניעת סחר בגופות או כל שימוש אחר בהן אשר עלול לפגוע בכבודן.¹⁰³ כך, נדמה כי ניתן לראות במוטיבציה להעניק לגופה מעמד קנייני או מעין-קנייני כנובעת מאותו מקור נורמטיבי שבאיסור על הכרה בכל מעמד קנייני לגופה – בשניהם ניתן לראות ביטוי לכבוד שיש להעניק לגופה, כאשר הפירוש האופרטיבי של כבוד זה הוא העומד במחלוקת.

נדמה לי כי מקור נורמטיבי זה, אשר ממנו ניתן לגזור הן את ה-"No Property Rule" הוותיק והן את מעמדה ה"מעין-קנייני" המודרני של הגופה, ממחיש בדיוק את הפרדוקס שבאוניברסליות של כבוד הגופה מחד גיסא, אל מול השוני – שלעיתים נראה תהומי – שבתוכן שיוצקים לעיקרון זה כפונקציה תרבותית, מאידך גיסא. בעבר, בעיקר בחברות בעלות מסורת דתית חזקה יותר, נהגו לראות ב-"No property Rule" ביטוי לכבוד זה – באיסור על סחר, שימוש והחזקה של גופות. אלא שעם התקדמותם של תהליכי חילון (אשר אפשרו טווח רחב יותר של אופני קבורה, למשל) ופריצות טכנולוגיות (אשר אפשרו שימושים שונים בגופות ובחלקי גופות),¹⁰⁴ צצו יותר ויותר שאלות ביחס ל"איסור" ול"מותר" ביחס לגופות כמו גם ביחס לערך הכלכלי שלהן.¹⁰⁵ מכאן שבימינו, לעיתים דווקא המתירנות ביחס לגורל הגופה עשויה לבטא את הכבוד שאנו מעניקים לה, או רוצים להעניק לה – מתירנות אשר עלולה להיתפס כפוגענית ביותר בחוגים שמרניים.¹⁰⁶ במילים אחרות, תהא אשר תהא התשובה לשאלת מעמדה הקנייני של הגופה, ואולי "לאחר הסרת הלשון המשפטית", כלשונו של בירנהק, נדמה כי ישנה הסכמה כי גופה אינה חפץ עבורנו, גם אם היא נושאת מאפיינים מסוימים אשר עשויים להזכיר מאפיינים דומים בעלי ערך אחרים. ואולם, בניגוד לגלאהן, איני סבורה שיש לראות בגופות יצורים "אנושיים" או בעלי זכויות מקבילות לאלו של החיים. עם זאת, נדמה לי שישנן סיבות טובות להבחין בין גופה לבין חפץ דומם שליווה את המת בחייו, וזאת אף אם נכיר ונקבל את מעמדה ה"מעין-קנייני".¹⁰⁷ אם כן, אנו מייחסות לגופות סטטוס שונה מאשר לחפצים דוממים, מסיבות שונות. במצבים מסוימים, בסטטוס זה טמונה הפגיעה בכבוד המת. מכאן שאני סבורה כי יש להעניק מקום ייחודי לכבוד הגופה במסגרת הבנתנו את כבוד המת.

¹⁰³ Mason, לעיל ה"ש 98, בעמ' 714; ביחס לחוסר הוודאות שבמקור הכלל ראו, Paul Matthews, *Whose body? People as property*, 36 CURR. LEG. PROB. 193 (1983).

¹⁰⁴ ראו למשל הוראת הפרלמנט האירופי והמועצה להגנה משפטית על המצאות ביוטכנולוגיות המסדירות היבטים מסוימים של שימוש בחלקי גוף לצרכים אלו, שאומצו ביולי 1998: Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of July 6, 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, 1998 O. J. (L 213).

¹⁰⁵ Mason, לעיל ה"ש 98. וראו גם דיונו המשיק של שמואל ברקוביץ ביחס לשאלת ניתוחי מתים: שמואל ברקוביץ "אספקטים משפטיים בשאלת ניתוחי מתים בישראל (חלק א)", *דיני ישראל* 2 קסו (התשל"ו); ראו גם חלק שני שמואל ברקוביץ "אספקטים משפטיים בשאלת ניתוחי מתים בישראל (חלק ב)", *דיני ישראל* ח סה, קח-קיז (התשל"ז).

¹⁰⁶ ראו למשל את הדיון הציבורי המרתק סביב "human composting" – שיטת קבורה חדשנית אשר מעבירה את גופת המת תהליך מעין דומה ל"קומפוסט", אשר מאפשרת להשתמש בשרידי הגופה בסופו של מנת לשתול עצים וסוגי צמחים שונים ואשר נחשבת לידידותית לסביבה. בסוף שנת 2022 מדינת ניו יורק חוקקה חוק שמאפשר את אופן הקבורה הזו והיא השישית לחוקק אותו בין מדינות ארצות הברית. נציגי הכנסייה הקתולית מתנגדים לפרקטיקה וסבורים שהיא מבטאת יחס מזלזל לגופת המת, בהתייחסותה אליו כאל "זבל": Liam Gibson, *The Form of The Soul: Human Dignity and Our Duty to The Dead* (11.1.2023), <https://bit.ly/3XBSXiG>.

¹⁰⁷ עוד יצוין כי אין לראות באינטואיציות אלו מעין ביטוי ל"אינטרס ציבורי" שבמניעת בזוי פומבי של גופות או קברים. במקרה דנן מדובר באינטואיציות פסיכולוגיות-אישיות. מובן שגם הן נתונות להשפעות חברתיות-תרבותיות שונות, אך הן קיימות גם מקום בו הן אינן חשופות לעיני כול או מתרחשות בספרה הציבורית.

3.4. כבוד המת כשהיה חי

בירנהק ביקר את דבריו של ברק בעניין **קסטנבאום** בגין היותם בלתי קוהרנטיים וכאלה הכורכים אינטרסים רבים יחדיו אשר אינם בהכרח קשורים – כבוד האדם החי, כבוד המת וכבוד קרובי המשפחה.¹⁰⁸ לכן, בירנהק קרא להבהרה ולהפרדה אנליטית בין המושגים הללו. לשיטתו, זכויות המת – בניגוד לזכויות האדם החי או זכויות בני המשפחה – אינן זכויות המוקנות לאדם לאחר הפטירה, אלא הן מספקות הגנה לאינטרסים סבירים שמהם נהנה אדם בחייו עת הוא צפה את מותו. במילים אחרות, לדברי בירנהק, כבוד המת אינו שונה מהכבוד לאדם כשהיה חי.¹⁰⁹

עם זאת, לדעתי, כבוד המת כשהיה חי עשוי להתבטא במסגרת כבוד הגופה, אך עשוי להיות גם נפרד ממנו. נדגים: אדם בשם שרון מבקש להיקבר במקום אחד ולהקים אתר הנצחה לזכרו במקום אחר בנפרד ממקום קבורתו. בצוואתו מבקש שרון כי אתר ההנצחה ישמש גם בית שימוש לידידיו, ולהם בלבד, במיקום פרטי שאינו נגיש לכול. סביר שכשם שהחוק מגן על כבוד האדם בחייו, לעיתים גם נגד רצונו המפורש של הפרט (למשל, באיסור על מכירת איברי גוף או השתעבדות),¹¹⁰ כך החוק (או בית המשפט) ינסה למנוע מצגת מבזה של השפלה כזו. הלוא ישנם מצבים נוספים שבהם אנו, כחברה, נגביל באופן אקטיבי את האוטונומיה של הפרט בשם שמירה על אינטרס ציבורי מוגן. כך, למשל, כפי שניתן לטעון שההגנה על מוסד המיניות בחברה מושגת דרך איסור צריכת הזנות (או מאבק אחר בתופעת הזנות), כך ניתן לטעון כי ההגבלה על שיעשה בגופה, חרף הסכמת המנוח (שהחיה בחייו את אותה הגופה), נובעת מהאינטרס להגן על מוסד האנושיות.¹¹¹ במקרה של שרון,¹¹² המניעה מביצוע הבקשה כלשונה אינה נטועה בהגנה על רצון המת, שהרי שרון ביקש זאת במפורש. בנוסף, אין מדובר בהגנה על כבוד הגופה כאמור, וזאת משום שהגופה אינה קבורה באותו אתר העתיד לשמש כבית שימוש. לא זו אף זו, קשה גם להגיד שתתרחש פגיעה כלשהי בספרה הציבורית, מאחר שאותו אתר עתיד להיות פרטי ופתוח לשימוש מצד ידידיו של שרון, ולהם בלבד. מכאן, שכבוד המת כשהיה חי עשוי להטיל מגבלות מסוימות אשר אינן נובעות מכיבוד רצונו של המת או מכיבוד גופתו.

נבחן כעת מקרה אחר, שבו מנוחה ביקשה כי מקום קבורת גופתה ישמש כמשתנה פרטית. אילו ערכים נפגעים בתרחיש זה? מובן שכבוד הגופה עולה מיד בדעתנו, אך לדעתי סביר גם לטעון כי כבוד המת כשהיה חי משליך על סוגיה זו. זאת, משום שאם בדוגמה הקודמת המשפט היה מונע ביזוי של אתר הנצחה סימבולי של המנוח שרון, על אחת כמה וכמה היה מונע זאת אם אתר הנצחה זה היה קם על מקום הקבורה עצמו, באופן שעלול לפגוע גם בכבוד המת כשהיה חי.

¹⁰⁸ בירנהק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 86–88.

¹⁰⁹ שם, בעמ' 62–69.

¹¹⁰ האיסור על סחר באיברים מופיע בס' 3 לחוק השתלת איברים, התשס"ח–2008. האיסור על סחר בבני אדם בתצורותיו השונות מופיע בחוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה), התשס"ז–2006.

¹¹¹ על ההצעה להשתמש במינוח זה אני מודה לפרופ' טליה פישר. להרחבה נוספת על תהליכי קומודיפיקציה (הסחר) וניסיונות להתמודדות עימם ראו למשל Katherine Silbaugh, *Commodification and Women's Household Labor*, 9 YALE J. L. & (1997) 81, 90; Nancy C. Staudt, *Taxing Housework*, 84 GEO.L.J. 1571, 1573–1575 (1995).

¹¹² יצוין כי דוגמה זו מתייחסת למצב שבו אין לנפטר בני משפחה חיים (אשר בקשה כזו עשויה לפגוע בזיכרונם את הנפטר או בכבודם שלהם, כפי שיפורט בהמשך).

לסיכום, אני סבורה שקיים "רובד של כבוד" כלפי אדם מת אשר עשוי להטיל מגבלות על גורל גופתו לאחר מותו, אשר אינו קשור לא לרצונו ולא לגופתו באשר היא גופה. כבוד זה נובע מכבוד האדם עת היה בחיים ויש לראותו כחלק מ"כבוד המת".

4.4. כבוד הזיכרון של הקרובים

כפי שנוכחנו לראות, פעמים רבות התייחס בית המשפט לזיכרון הקרובים את המת כחלק מהזכות לכבוד המת. כך, למשל, בעניין **ברצבי**¹¹³ השופט ריבלין קבע שכבוד הקרובים וזיכרונם את המת מתקיימים בצילו של כבוד המת ואף הוסיף כי אם הזכות לכבוד המת לא תיתפס ככוללת מניה וביה גם את הזכות לכבודם של קרובי המת (ואף את אפשרות מימושה), יהיו זכויות אלה "כמעט ריקות מתוכן". על כן, לשיטתו, המסקנה המתבקשת היא שהפגיעה בכבוד המת כורכת פגיעה ישירה בבני משפחתו של המת.¹¹⁴ בנוסף, כאשר השופטת פרוקציה ערכה מיפוי מעמיק של הערכים שצריכים להיכלל תחת כבוד המת היא הביעה עמדתה בבירור כי זיכרון הקרובים את המת הוא ערך פנימי לכבוד המת.¹¹⁵

בעיניי, ובהצטרף לעמדתו של בירנהק לעניין זה, זוהי המשגה שגויה ומבלבלת. אולם בניגוד לבירנהק, איני בטוחה כלל כי האינטרס של בני המשפחה שבזיכרון המת שקול לכבוד ה"פמיליה" – מצב שבו בני המשפחה מתיימרים לטעון בשמו של המת, אבל בפועל מבקשים להגן על כבודם שלהם. לדידו של בירנהק, מצב זה אינו ראוי להגנה משפטית בשיטת משפט ליברלית.¹¹⁶ ואילו לשיטתי, גם אם מצב כזה עשוי לזכות בהגנה משפטית כזו או אחרת, עדיין אין להעניקה תוך הכללת כבודם של בני המשפחה במסגרת הזכות לכבוד המת. מן העבר השני, ובניגוד לעמדתו של השופט ריבלין, איני סבורה גם כי אם לא נכיר בכבוד הקרובים למת או באינטרס זיכרונם את המת כחוסים תחת כבוד המת, אזי "נאבד" את הערכים הללו כליל ולא נוכל לתת להם כל ביטוי. להפך, אני סבורה שאף שזיכרון הקרובים את כבוד המת הוא אינטרס חשוב שיש להגן עליו, יש לראותו כחלק מכבוד היקירים החיים **עצמם**, אשר מבקשים לקיים ולשמר זיכרון של קרוב יקר, ולא כחלק מכבוד המת. המשמעות של הפרדה מושגית זו נובעת מהעובדה הפשוטה שכבוד המת והכבוד לזיכרון קרובי המת עשויים לא פעם להתנגש, והרי שאז נידרש לבכר את האחד על פני האחר.

בנוסף, אני סבורה כי הכללתו של זיכרון היקירים והקרובים את המת תחת "כבוד המת" מחמיצה את משמעותו הפסיכולוגית העמוקה ומרדדת אותה.¹¹⁷ אולם, ראוי לציין כי עצם העובדה שזיכרון זה קשור לכבוד החיים המבקשים לשמר את הזיכרון אין משמעותו כי זיכרון זה תמיד יהא ראוי להגנה משפטית. כפי שלא כל פגיעה בכבוד תעלה כדי פגיעה הראויה להגנה משפטית, כך גם לא כל פגיעה בכבוד בדמות פגיעה בזיכרון המשפחה את

¹¹³ עניין **בן-צבי**, לעיל ה"ש 39.

¹¹⁴ שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט ריבלין.

¹¹⁵ עניין **אלאקסא**, לעיל ה"ש 35, בפס' 139 לפסק הדין של השופטת פרוקציה.

¹¹⁶ הסבר על למה מתייחס בירנהק ב"פמיליה" במאמר ובמה זה שונה מכבודם של בני המשפחה ה"רגיל". ראוי לציין כי בכתיבה מאוחרת יותר ובהקשר אחר בירנהק מעניק חשיבות להנצחה ולזיכרון המשפחה את מי שמתו, ואולם גם אז הוא רואה בכך "אינטרס", ולא "זכות". מיכאל בירנהק וטל מורס "זיכרונות דיגיטליים: מה צריך להיות גורלם של תוכן ומידע אישיים אחרי המוות? - **ICON** S-IL BLOG (5.6.2018)"; <https://did.li/gIrl>; בירנהק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 82-86.

¹¹⁷ ראו Jane Mowll; BEVERLEY, לעיל ה"ש 93.

המתים תהיה ראויה להגנה כזו. על כל מקרה להיבחן לגופו, בהתייחס לכלל נסיבות העניין וביחס לכל האינטרסים והזכויות המונחים על הכף.

5.ד. כבוד הקרובים למת כמי שמזוהים עימו גם לאחר מותו

ניתן לטעון שבעניין **סנש**, לא הזכות לשם טוב של המנוחה נפגעה (שהרי היא מתה), אלא כבודו או שמו הטוב של אחיה דרך הפגיעה בשמה הטוב של אחותו. ברי כי לא כל הזכויות אשר מוכרות בשיטת המשפט שלנו כזכויות הניתנות לאדם החי "משועתקות" כפי שהן לאדם המת. אכן, לא ברור באילו "נעליים" נכנס אחיה של סנש כאשר הוא מגן על שמה הטוב.¹¹⁸ אולם, יהא אשר יהא האינטרס האמיתי שעמד בבסיס עתירת האח, איננו צריכים להכניס את אחיה של סנש בנעליה על מנת להכיר בקרבתו המשפחתית-רגשית אליה. הרי כבוד הקרובים למת עלול להיפגע לא רק דרך הפגיעה בפרטיותו של זה או בשמו הטוב. כזכור, בעניין **כהן** נקבע כי מהזכות לכבוד האדם של העותרים נובעת זכותם לדעת היכן קבור יקירם. מנגד, הזכות לכבוד האדם של המשיבים מושכת דווקא לכיוון שלא תבוצע בדיקה גנטית בגופות. כיצד יש להבין אמירות אלו?

אין ספק כי חוסר ידיעה באשר למקום קבורתו של קרוב המשפחה המנוח פוגע בעותרים. אולם האם מדובר בפגיעה בכבוד? לדידי, מדובר בפגיעה ביכולתם לשמר את **זיכרון המת**, ולא בפגיעה בכבוד **שלהם**. יש שיטענו כי מדובר בפגיעה ב"אני" שלהם או לחלופין באוטונומיה שלהם, אשר שתיהן עולות לכדי פגיעה בכבוד, אולם אני תופסת את הכבוד באופן מצומצם יותר. לדידי, הכבוד הוא זכות המוענקת לפרט באשר הוא אדם, והדרכים לפגוע בו הן אכן שונות ומגוונות. ואולם (או אם נרצה, "בכל הכבוד"), היכולת לשמר את זיכרון הקרובים לנו הוא, לדעתי, לכל היותר אינטרס. לא מדובר בזכות מוקנית לכל אדם ולא נראה שיש סיבה טובה להכיר בה ככזו. רבים מאיתנו אינם יכולים לשמר את זיכרון המתים שהיו קרובים לנו בחייהם באופן שבו היינו רוצים מסיבות שונות ומגוונות, ובכלל זאת, חסרים את המידע הנוגע למקום קבורתם או אפילו לנסיבות מותם. לא זו אף זו, לשיטתי, כלל לא ברור מלכתחילה כי זהו תפקידה של המדינה לקבוע איך וכיצד יישמרו זיכרונותינו בכלל. נדמה, כי ככל שאנו רואים הבדל בין הפגיעה בזיכרון המת בקרב יקיריו לבין פגיעה בכבוד היקירים עצמם – הרי שבעניין **כהן**, הפגיעה בכבוד כאמור משתייכת באופן טבעי יותר לקבוצה הראשונה מאשר לשנייה. אולם, אני סבורה כי רק פגיעה קיצונית ביכולת לשמר את זיכרון המת עשויה להקים סנקצייה משפטית. באופן ספציפי, במקרה דנן נדמה לי כי אכן מדובר בפגיעה חמורה, שכן היעדר היכולת לאתר את מקום קבורתו של היקר – קל וחומר כאשר מידע זה נמצא בהישג יד – פוגע חמורות ביכולת המשפחה להנציח את הזיכרון ולשמר אותו.

ניתן גם לטעון כי לא מתקיים הבדל בין פגיעה בזיכרון החיים את המתים לבין פגיעה בכבוד אותם חיים, או לחלופין כי פגיעה חמורה בזיכרון החיים את המתים מנביעה, כאמור, פגיעה בכבודם. ועם זאת, ישנם מצבים שבהם ההבדל בין השניים מתחדד: ניטול דוגמה של בן ביולוגי של המת הנושא את שמו, אך שלא פגש אותו מימיו או ניהל איתו כל קשר. במקרה כזה, זיכרון המת על ידי בנו אינו רלוונטי, אולם הבן יוכל לטעון בכל זאת כי פגיעה מסוימת באב לאחר מותו פוגעת גם בו כמי שמזוהה עימו. מנגד, מקובלת עליי הטענה כי במצבים "שגרתיים", כבוד הזיכרון וכבוד החיים כמי שמזוהים עם המת משמשים בערבוביה. כך או כך, אני סבורה כי הפגיעה בכבוד החיים עצמם או הפגיעה בזיכרוןם של אלו את המתים צריכות להיכלל תחת המונח "כבוד המת".

¹¹⁸ ראוי לציין כי לסנש הצטרפו גם עותרים ציבוריים: סגן יו"ר יד ושם ועמותת נשים למען עתיד ישראל, ראו לעיל ה"ש 22.

זאת, דווקא משום שאני סבורה כי מבחינה נורמטיבית, אין זה ראוי כי מטבע לשון זה יהיה "ריק מן הבחינה המשפטית", ונדמה כי ריקנות זו מתקיימת בדיוק במקום שבו יוצקים תוכן רב מדי למונח מסוים עד כדי אובדן משמעות.

6.4. האינטרס הציבורי (תברואתי וערכי)

אין ספק כי המדינה רשאית, ובמצבים מסוימים אף מחויבת, להטיל מגבלות על גורל הגופה משיקולים ציבוריים, כמו למשל מטעמים של בריאות הציבור. גם כאשר הותר למר אבני להשליך את גופתו לים, התנה בית המשפט את ההיתר באישור הרשויות המוסמכות למתן רישיונות להשלכת פסולת לים. אין חולק כי מדובר באינטרס לגיטימי של הציבור וכי לא נרצה להפוך את המרחב הציבורי לבית קברות (מסורתי יותר או פחות) רק בשם השמירה על כבוד המת.

אולם נדמה כי גם כאן ניתן לתהות מהו אותו אינטרס ציבורי. באותו מקרה קבע השופט רובינשטיין כי: "גם אם מוחל העותר על כבודו שלו, אינו יכול למחול על **כבוד הזולת** שייקל בתופעה אשר משמעה הוא ביזוי **כבוד האדם** וזיהום סביבתי".¹¹⁹ באיזה מובן נפגע "כבוד הזולת" כאשר מושלכים איברי גופה במרחב הציבורי? וכבוד האדם של מי נפגע במצב כזה?

נדמה לי כי הפגיעה המסתברת שתתרחש במצב כזה אינה נוגעת לא לכבוד הזולת ולא לכבוד האדם (לפחות לא באופן ישיר): הפגיעה כאן היא כפולה – פגיעה באינטרס הציבורי התברואתי ובאינטרס הציבורי הערכי שבשמירה על מוסד האנושיות. מובן כי לפרקטיקה של השלכת חלקי גופה בספרה הציבורית יש סכנות תברואתיות ממשיות. נוסף על כך, גם מן הבחינה הערכית, השלכת חלקי גופה באופן החושף אותם לעיני כל פוגעת באינטרס הציבורי שבשמירה על מרחב ציבורי מוגן ונעים לבריות – מרחב ציבורי המגן על מוסד האנושיות (הרי גם חלקי גופה מוגנים בפורמלין וסגורים בצנצנות מזכוכית מחוסמת אשר היו מתגלגלים בספרה הציבורית בצורה בלתי מבוקרת היו ודאי מעוררים תהודה ציבורית). ואולי זהו למעשה הטעם שעמד במקור מאחורי האיסור על פרסום תצלום גופה בפומבי.¹²⁰ כפי שכחברה אנו מרגישים צורך לכבד ולשמר עצמים בעלי ערך היסטורי, תרבותי, אומנותי או ארכאולוגי, כך גם אנו מכבדים גופות במנותק מהאנשים ששכנו בהן ואף ללא סכנה תברואתית שמשתקפת מהן. אינטרס ציבורי כפול זה הוא אינטרס לגיטימי ומשמעותי אשר עשוי להתנגש עם רצון המת כפי שהתרחש במקרה של מר אבני. המשגתו כפגיעה ב"כבוד", יהיה זה כבוד האדם, כבוד המת או כבוד הזולת, יוצרת בלבול מושגי ותאורטי. בלבול מושגי זה מוביל, בתורו, לבעייתיות ביישום דוקטרינות חוקתיות בהקשרים הנוגעים לגורל הגופה ויוצר חוסר ודאות בהתאם. כידוע, בעוד בנוסחת האיזון האנכי נדרשת בחינה מלאה של הפגיעה על ידי פסקת ההגבלה, בנוסחת האיזון האופקי יש לערוך איזונים מידתיים שונים, ואין חובה לבצע בחינה מלאה של הפגיעה. אומנם, הפסיקה אינה מבטאת עמדה אחידה ביחס לשאלה באיזון מבין הנוסחאות יש להשתמש,¹²¹ ואיני מתיימרת לעשות כן בהקשרנו. כך או כך, מובן כי כפי שלשאלה האם ערך

¹¹⁹ עניין **אבני**, לעיל ה"ש 55, בפ"ג לפסק הדין של השופט רובינשטיין. (ההדגשה אינה במקור).

¹²⁰ סי' 2א לחוק הגנת הפרטיות, לעיל ה"ש 86.

¹²¹ ואף לעיתים בחנה אינטרס ציבורי מובהק בנוסחת האיזון האופקי. ראו מדינה ושגב, לעיל ה"ש 57.

מסוים הוא "זכות" או "אינטרס" ישנה השלכה מעשית ואופרטיבית – קרי, מה הבחינה החוקתית שתבוצע¹²² – כך גם ישנה השלכה מעשית לשאלה מה מרכיב את אותה זכות, ומה חיצוני לה.

כזכור, טענתי כי הקשר בין הפגיעה בשלמות הגופה לבין הפגיעה בכבוד הגופה קיים, אך אינו הכרחי.¹²³ במקרה של מר אבני מדובר באדם אשר מבקש לפגוע בשלמות גופתו לאחר מותו ומתעקש באופן ברור על כך שאיקיום בקשה זו יפגע בכבודו. ככל שנסכים על כך שלגופה מעמד מיוחד, בהזכירה את גוף האדם ואת האדם החי שפעם מילא את הגופה הזו בחיים, עולה השאלה מה עולה לכדי פגיעה כזו. ואולם, תהא ההכרעה אשר תהא, נדמה כי כבוד הגופה הוא ערך בפני עצמו אשר מרכיב את הזכות לכבוד המת, אך ודאי שאינו ממצה אותה, וכי סבירות התנגשותו עם מרכיבים אחרים של הזכות או של אינטרסים חיצוניים לה היא סבירה בהחלט.

7.ז. סיכום ביניים

אם כן, ניתן לזהות שישה מרכיבים שאליהם התייחסה הפסיקה הישראלית ככלולים בזכות לכבוד המת. כפי שהראיתי, מרכיבים אלו עשויים להתנגש כמו גם לחפוף בחלקים מסוימים. ניסיתי לשכנע גם, בדומה לבירנהק, כי למתים אין זכויות מוקנות, ומנגד, ניסיתי להראות כי רצון המת, כבוד המת כשהיה חי וכבוד גופת המת הם, למעשה, המרכיבים המרכזיים העומדים בבסיס הבנתנו הרצויה את "כבוד המת". ערכים נוספים, כגון זיכרון הקרובים למת, כבודם כמי שמזוהים עימו והאינטרס הציבורי, ראויים גם הם להגנה ביחס לסוגיות משפטיות המערבות את כבוד המת, אך הם אינם חלק ממנו – הם ערכים חיצוניים לו אשר עשויים להתחרות עימו כמו גם להוביל יחדיו לתוצאה אחת. הבחנה זו חשובה הן ברמה התאורטית, שכן הזכות לכבוד המת אינה ברורה דיה, והן משום שכתוצאה ממצב זה אין זה ברור לאיזה דיון משפטי יש להידרש כאשר נפגעת אותה הזכות המעומעמת לכבוד המת.

ה. דיון וביקורת

לאור מרכזיותו וחשיבותו הרבה של מושא מאמר זה, כמה ביקורות עשויות לעלות נגד העמדה המובאת בו כמו גם ביחס למתודולוגיה ולחלק ממסקנות הביניים שהוסקו במסגרתה. אנסה כעת להציג בקצרה שתי ביקורות שאני מזהה כמשמעותיות במיוחד ואשיב עליהן בקצרה.

ראשית, קושי משמעותי העולה מן המאמר הוא היעדר ההתייחסות למשפט העברי והמוסלמי במסגרת הדיון בכבוד המת. אין ספק שמונח כבוד המת הן בפסיקה הישראלית והן בספרות מושפע ומעוצב רבות על ידי המשפט העברי והתפיסות והנורמות הדתיות המקובלות לעניין זה. למשל, שלמות הגופה ומקום הקבורה חשובים במיוחד במסורת היהודית לאור האמונה כי בבוא המשיח יקומו כל המתים לתחייה.¹²⁴ מכאן שדיון מעמיק

¹²² יוער כי לשיטת מדינה ושגב לא צריכה להיות לשאלה זו כל השפעה, והדברים צריכים להיבחן בעיקר לפי קיומו או היעדרו של חשש שמעשה שלטוני גורם לפגיעה לא מוצדקת בזכויות חוקתיות. שם, בעמ' 535.

¹²³ לעיל בעמ' 17.

¹²⁴ לדעת רוב פרשני היהדות, תחיית המתים היא תחילת "העולם הבא". ראו ישראל קנוהל **מחלוקת המשיח: למי מחכים היהודים?** פרק שישי (2019).

במשמעותו של כבוד המת בתרבות המשפטית הישראלית, לפחות מן הבחינה התיאורית, צריך לכלול גם דיון בתפיסות אלו ולהתחשב בהן.

תשובתי לביקורת זו טמונה בחשיבות שאני מעניקה לדיון חילוני במהותו (אשר מזכיר, במידה רבה, את אופי הדיונים האקדמיים שניהלו בירנהק, הראל ונוספים) בנושא כבוד המת, וזאת במנותק מתפיסות דתיות. לשיטתי דיון מסוג זה הוא חשוב ויש לעודדו. כפי שניסיתי להראות במאמר זה, ניתן לסבור שכבוד המת הוא ערך חשוב או כי כבוד הגופה הוא ערך בפני עצמו מבלי להחזיק בתפיסת עולם דתית – וזאת בדיוק בשל ההשפעות החברתיות והתרבותיות החזקות שמחללות להבנתנו את כבוד המת. אדרבה, מתן חשיבות לזיכרון המתים, לכבודם ולקשר שבין החיים למתים אינו צריך להיתפס כמאפיין "דתי" בהכרח, וניתן להחזיק בתפיסת עולם חילונית בבסיסה ובכל זאת להאמין שערכים אלו חשובים ועומדים בפני עצמם. לראיה, כפי שנוכחנו לראות גם במאמר זה, גם הציבור החילוני בישראל, על אחת כמה וכמה הציבור החילוני ברחבי העולם, סבור כי יש מקום להכיר בכבוד המת גם אם ויכוחים ניטשים סביב תוכנו המדויק, משמעותו ומקורותיו. כך או כך, אני סבורה כי ההסברים, העקרונות והקווים המנחים לעמדה חילונית כזו צריכים לקבל תשומת לב שאינה נופלת מזו הניתנת לעמדות הדתיות בעניין, במיוחד נוכח התרחבות התופעה של קבורה חילונית. בהקשר זה אבקש להביא את דבריה של השופטת פרוקצ'יה בעניין **אלאקסא** :

"אין חפיפה בין הפן החוקתי של ערך כבוד המת, כחלק ממונח כבוד האדם בחייו ובמותו, לבין הפן הדתי של קדושת המת, וקיימת הבחנה מושגית בין השניים. הפן הדתי של ערך זה מקרין לתוכן החוקתי של כבוד המת, אך הוא אינו תוחם את היקפה של הזכות החוקתית, ואינו מגדיר את מרחב ההגנה הניתן לה [...] יש חשיבות ומשמעות לציווי הדתי ולרגשות דתיים הקשורים בקדושת המת. אולם אין באלה כדי לקבוע את תכניה של הזכות החוקתית, את היקפה ואת האיזונים הנדרשים להתרת פגיעה".¹²⁵

ביקורת נוספת שעלולה לעלות נגד הצעתי לתפיסה המחודשת את כבוד המת תתמקד בפן המשפטי של הדברים. כזכור, ניסיתי לתחום את המרכיבים של המונח "כבוד המת" עת נבחנות שאלות העוסקות בגורל הגופה לאחר המוות. לעניין זה, החרגתי מהדיון את "כבוד המת" כפי שיש להבינו במסגרת דיני הצוואות מתוך ההבנה כי מן הבחינה המשפטית מדובר בספרות משפטיות נפרדות בעלות דוקטרינות משפטיות שונות ומובחנות. אולם, ניתן עדיין לטעון כי החרגה זו מרמזת על בעיה עמוקה יותר – כיצד ניתן לנסח מרכיבים ספורים וקבועים מראש למונח כבוד המת אשר אמורים לחלוש על מגוון שאלות משפטיות שונות שבכל אחד מהם יימצאו ערכים ודוקטרינות משפטיות מובחנות?

שאלה זו העסיקה אותי רבות בעת כתיבת המאמר ועריכתו. האם ניתן לנסח קווים מנחים באופן שישירת את החשיבה על הסוגיות המשפטיות שעל הפרק, או שמא יתברר שלא ניתן להגדירם באופן שאינו תלוי הקשר, כי לא אחת היא שאלה בדבר כיתוב על מצבה כמו שאלה בדבר אופן קבורה, ושוני זה ינביע בהכרח גם פרשנות שונה למונח כבוד המת כמונח תלוי הקשר?

¹²⁵ עניין **אלאקסא**, לעיל ה"ש 35, בפס' 157 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

אולם נדמה לי כי גם אם יתגלה כי יידרשו אי אלו דיוקים בניסוח המרכיבים שהוזכרו לעיל ככאלה שרצוי שירכיבו את "כבוד המת" (רצון המת, כבוד המת כשהיה חי וכבוד הגופה), הרי שיש ערך ומשמעות ליציקת תוכן למונח משפטי אשר נתפס לעיתים קרובות כעמום ו"ריק" ובכל זאת נמצא בשימוש תדיר בשיטת המשפט שלנו. כך, למשל, ניתן להקביל דיון זה לדיונים בספרות על אודות תוכנה המדויק של הזכות לפרטיות. זכות זו גם היא אינה מוגדרת בחוק, ורבים הביעו את עמדותיהם באשר לתוכנה המצוי והרצוי.¹²⁶ מובן כי הדיון בזכות לפרטיות בהקשרים צרכניים שונה מהדיון בזכות זו במסגרת סוגיות הנוגעות לדני המשפחה. אולם אין משמעות הדבר כי דיונים תאורטיים או עקרוניים באשר לתוכן הקונקרטי שיש לצקת לזכות זו מיותרים מלכתחילה. בהקשרנו, דווקא המסגור האפריורי של הדיון ככזה הנוגע רק לשאלות הנוגעות לגורל הגופה לאחר המוות אמור לחזק עמדה זו.

1. סיכום

"תחום הפעולה" של כבוד המת אינו בשדה הביולוגי, אלא בשדה החברתי. כפי שתוכנו הקונקרטי של כבוד האדם עשוי להשתנות בין חברה לחברה, כך גם תוכנו של כבוד המת. אולם אין בעובדה זו כדי להצדיק את עמימותו או איבהירותו של מונח זה, במיוחד לאור חשיבותו במשפט הישראלי. במאמר זה ערכתי סקירה תמציתית של גישות מרכזיות להבנת מונח "כבוד המת" ומשמעותו ולאחריה הצבעתי על הפרשנויות והשימושים השונים שנעשו במונח זה בפסיקה בהקשרים שונים. ניסיתי להצביע, בדומה לקודמים ורבים לפניי, על העמימות האופפת מונח זה באשר למשמעותו.

בהמשך, ביצעתי, לראשונה, מיפוי תיאורי של שישה ערכים אשר מרכיבים את כבוד המת כפי שהם עולים מפסיקתו של בית המשפט העליון. ערכים אלו שימשו את הפסיקה בערבוביה. לאחר מכן, הבעתי את עמדותי ביחס לכל אחד מהערכים האמורים והתייחסתי לשאלה האם ראוי כי הוא ייכלל תחת הזכות המשפטית לכבוד המת ומדוע. במהלך דיון זה ניסיתי להצביע על קווי הדמיון בין הערכים השונים מחד גיסא, אך בכל זאת לעמוד על ההבדלים ביניהם מאידך גיסא, וזאת באמצעות השוואה ביניהם, שימוש בדוגמאות שנדונו בפסיקה ומתן דוגמאות היפותטיות בעת הצורך.

הגעתי למסקנה שראוי שמבחינה נורמטיבית וביחס לשאלות הנוגעות לגורל הגופה לאחר המוות ראוי כי המונח "כבוד המת" יתייחס לשלושה מרכיבים בלבד: רצון המת, כבוד המת כשהיה חי וכבוד הגופה. מרכיבים אלו של הזכות עשויים לחפוף אחד עם השני או להביא לתוצאה זהה באותה המידה שהם עשויים להתנגש ולמשוך לכיוונים מנוגדים. בעוד רצון המת מתייחס לרצון שביטא המת עת היה חי באשר לגורל גופתו לאחר המוות, כבוד המת כשהיה חי מתייחס לערך הנפרד מהרצון, והוא הערך שניתן למת באשר הוא אדם אשר פעם היה חי והוא נובע מערך כבוד האדם.

כבוד הגופה, לעומת זאת, מעניק תוקף לאינטואיציה החזקה שאנו חשים – לא כלפי המת כמת, אלא כלפי הגופה גופא. כאן, טענתי כי ראוי כי לגופה ינתן מעמד משפטי מיוחד – עצם שאינו גוף, אך גם אינו חפץ, ושלעובדה

¹²⁶ החוק אינו מגדיר את המונח "פרטיות". בדיונים חוקתיים, נמנעה הפסיקה גם מלהגדיר מהי "פגיעה בפרטיות". לקריאה ביקורתית ראו מיכאל בירנהק "פרטיות: תמונת מצב" משפט, חברה ותרבות ב: מן הפרט אל הכלל: פרטיות וחברת מעקב 9 (2019).

שפעם תפקד כגוף של אדם חי ונושם יש להעניק תוקף ומשמעות. לבסוף, דנתי בשתיים מהביקורות המרכזיות אשר עשויות לעלות נגד הצעה זו. עבור כל ביקורת הצעתי מענה וניסיתי לשכנע כי הצעתי עומדת במבחן הביקורות הללו.

אני סבורה כי אחד החידושים שבמאמר זה טמון בשימת הדגש על הגופה כגופה והדגשת הערך של כבוד הגופה. כפי שהבהרתי לאורך המאמר, גם כבוד הגופה – בדומה לכבוד האדם ולכבוד המת – הוא מונח חברתי אשר יישומו עשוי להשתנות בין חברה לחברה. אולם נדמה כי בעצם ההכרה בנפרדותו של הערך הזה, ובהקשר הישראלי, ניתן ביטוי לאינטואיציה פסיכולוגית חזקה שפועלת בקרבנו, אשר היעדר "שיומה" היווה, אולי, את אחת הסיבות לעמימות המאפיינת את מונח כבוד המת.

ניסיתי להדגים כיצד עמימות זו יצרה בלבול תאורטי ומושגי בפסיקה. באופן קונקרטי, היא הביאה להכללת יתר של מרכיבים תחת הזכות לכבוד המת ולאיהבחנתו של המרכיב המתייחס לכבוד הגופה ממרכיבים אחרים. על כן, לאורך המאמר ניסיתי להצביע כיצד אימוץ המסגרת התאורטית החדשה שהוצעה עשוי להוביל להנמקות קוהרנטיות יותר מצידו של בית המשפט ביחס לחלק מהסוגיות שנדונו, גם אם התוצאה האופרטיבית נותרת זהה. כך, למשל, ניתן לחשוב על עניין **כהן**. שם, כזכור, בית המשפט קבע כי הזכויות המתנגשות הן הזכות לכבוד האדם של העותרים, אשר ממנה נובעת זכותם לדעת היכן קבור יקירם, והזכות לכבוד האדם של המשיבים, אשר ממנה נובעת הזכות שלא תבוצע בדיקה גנטית בגופות, שלא תוטרד מנוחתם של יקיריהם שנפלו בקרב וכן, בהיתן שיתברר שיקיריהם אינם קבורים בחלקה, כפי שחשבו, שלא ייוותר להם עוד קבר להשתטח עליו.¹²⁷ לו **כבוד הגופה** היה נדון באופן ישיר בפסיקה זו, ניתן היה לחשוב על פרשנות אחרת דווקא אשר מעמידה את כבוד האדם של העותרים – המתבטא בזכותם לדעת היכן קבור אהובם – מול כבוד הגופה של החללים. מבלי לנסות להיכנס לנעליהם של קרובי משפחתם של החללים הללו, נדמה לי כי זכותם שלא תבוצע בדיקה גנטית בגופת יקיריהם ו"שלא תוטרד מנוחתם" עשויה להתפרש במקרה זה כפגיעה בכבוד הגופה של החללים עצמם. הפגיעה בכבוד הגופה כאמור היא אינהרנטית לערך כבוד המת ביחס לגורל הגופה, ועל כן יש להתחשב בה בעת בחינת הפגיעה בכבוד המת. לעומת זאת, האינטרס שבהבטחת קבר להשתטח עליו עבור הקרובים, במקרה שהם יגלו כי יקיריהם אינם קבורים בחלקה, אינו נוגע לכבוד הגופה של המתים. אינטרס זה נובע מהאינטרס שבשימור הזיכרון של המתים בקרב החיים. אני סבורה כי אינטרס זה חשוב, ויכול להיות שלעיתים הוא יגבר בעוצמתו על ערכים אחרים, אך הוא חיצוני לערך כבוד המת.

לסיכום, אדגיש שהקוראת עשויה לקבל את ההבחנות המוצעות במאמר, אך לחלוק על עמדותיי הנורמטיביות באשר לסיווגם של רכיבים מסוימים כפנימיים או כחיצוניים לזכות וכן באשר לעמדותיי ביחס למעמדם הנורמטיבי של רכיבים אלו כשלעצמם. בכל זאת יש לקוות כי הניתוח התאורטי שבוצע לאורה של הפסיקה המרכזית בתחום יוכל להבהיר את הדיונים וחילוקי הדעות הנורמטיביים מתוך תפיסה כי לפחות חלק מסוים מהבלבול שנוצר ביחס לזכות לכבוד המת נבע מהיעדר השיום לרכיב של כבוד הגופה, שאני סבורה כי הוא רכיב פנימי לזכות חשובה זו.

¹²⁷ עניין **כהן**, לעיל ה"ש 27, בפס' 29 לפסק הדין של השופט אור.