

הרהורים פילוסופיים ומשפטיים על כבוד האדם וזכותו לנוכחות לאחר מותו

מאת

אסא כשר*, עלי בוקשפן** ועומר חרמוני***

תקציר

בהקשרים רבים של שגרת החיים האנושית יש מעמד מרכזי ומיוחד לאדם שאינו בין החיים. כך בהלוויה של אדם שזה עתה הלך לעולמו, כך ברצון להשתמש באיבריו של המנוח להשתלה בחולים הזקוקים להם או להשתמש בזרעו של המנוח או בכיציותיה של המנוחה כדי להביא צאצאים שלהם לעולם, כך בתערוכת גופות המוצגת לקהל הסקרן או למטרות הלימודיות המתבטאות בחדרי הנתיחה האוניברסיטאיים, ועוד כהנה וכהנה. כאשר דיון בהקשר כזה נערך בבית המשפט, פסק הדין כולל התייחסות אל מעמדו של הנפטר בתוך מערכת ההסדרים, הזכויות והחובות שהדיון נערך על יסודה. מנהג העולם הוא שההקשרים הללו נדונים על פי הבעיה שעל הפרק ולא על יסוד תפיסה כוללת, בעלת מבנה משפטי ויסודות מוסריים ברורים. המאמר הנוכחי מציע תפיסה כוללת, האמורה לשמש את כל הדיונים המשפטיים בהקשרים שבמרכזם עומד המעמד של אדם שאינו בין החיים. מוצגת בו תפיסת הנוכחות שיש לבני אדם לאחר מותם בתוך סיפורי החיים של מי שנשארים אחריהם.

הנוכחות של אדם בסיפור חייו של זולתו היא הדמות של אותו אדם כפי שהיא מתקיימת בעולמו של הזולת החי, ומתבטאת בהתנהלות שלו. המאמר מציע את תפיסת הנוכחות ואחדים מן העקרונות שלה. דמותו של אדם כוללת מרכיבים שונים של נפשו, ובהם ערכיו, רגשותיו ורצונותיו. המאמר מראה את היתרון של תפיסת הנוכחות, המביאה לדיון דמות מלאה, על פני תפיסות המתמקדות ברצונות, באינטרסים ובציפיות כשמדובר במעמדו של המנוח בהקשרים מעשיים.

* פרופסור אמריטוס לאתיקה מקצועית ולפילוסופיה של הפרקטיקה ופרופסור אמריטוס לפילוסופיה, אוניברסיטת תל אביב.

** פרופסור חבר, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן.

*** סטודנט לתואר ראשון, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן.
תודות מקרב לב לחברות מערכת "עיוני משפט" סומא בשיר ואור קליין ולעורכת אלמה ליפשיץ על עבודתן המסורה והמקצועית.

הטענות העיקריות של המאמר הן שלאדם יש זכות לכבוד גם במותו (כפי שנקבע בפסיקה), אך תנאי הכרחי לכך שיהיה אפשר לבטא את כבוד האדם המנוח, לא לפגוע בו ואף לגונן עליו בשעת הצורך הוא קיומה של הנוכחות שלו בקרב זולתו. הנוכחות היא תנאי הכרחי לשמירה על כבוד האדם, ולכן הזכות לשמירה על כבוד האדם מובילה את הזכות שיתקיים התנאי ההכרחי לשמירה זו. לאחר מותו יש לאדם זכות לנוכחות, מפני שבלעדיה אין אפשרות לשמור על כבוד האדם שלו, שהוא מזכותו.

במאמר נדונות, לאור תפיסת הנוכחות, סוגיות משפטיות אחדות: תחילה חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, שהמאמר מציע לשנותו, ולאחר מכן הסוגיות של שימוש בגופו או באיבריו של המנוח, בכלל זה שימוש בזרעו של המנוח או בביציותיה של המנוחה לשם הולדה, ירושה וצוואה, הנצחה וזיכרון, שם טוב, לשון הרע ופרטיות.

411	מבוא
415	א. תפיסת הנוכחות וכבוד האדם
415	1. דיון פילוסופי ומוסרי
421	2. דיון משפטי
	(א) תפיסת הנוכחות וכבוד האדם כערך חברתי, כערך חוקתי וכמקור
422	להצדקת זכויות משפטיות
425	(ב) תפיסת הנוכחות למול ההצדקות המקובלות לזכויות המת
433	3. "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו" – האומנם?
436	ב. המשפט המצוי בראי תפיסת הנוכחות – מעגלי ההגנה על כבוד המת
438	1. ההגנה על המנוח כשלעצמו – מקרי מבחן
438	(א) שימוש בגופו של המת לצורך תצוגה
440	(ב) שלמות הגוף של המת
442	(ג) ירושה וצוואה
448	(ד) שם טוב ולשון הרע על המת
454	(ה) פרטיות המת
459	(ו) שימוש בזרע או בביצית לאחר מותו של אדם
467	2. מעמד המשפחה והאינטרס הציבורי
473	סיכום

"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 שבתוכנו ואשר הנותן ביטוי למאויי הנפש הנכספים. זוהי ה'יד' שהחיים מושיטים למתים".¹

מבוא

במאמר קודם, שפרסמנו בכתב עת זה, עסקנו בהצדקות לתחולתן הישירה במשפט הפרטי של זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד העוסקים בכבוד האדם, בייחוד כאשר זכויות שכאלו אינן קיימות בחוק ספציפי כזה או אחר.² בבסיס המאמר ניצבה הטענה הגורסת כי תפיסת העולם הדמוקרטית במובנה העמוק והאידיאלי משמעה, מלבד הכרה בזכות הבסיסית של הפרט לממש את חירויותיו באופן חופשי ונטול הפרעות, גם הצורך בהגנה על האפשרות שלו לממש את זכויותיו מפני מי שבא להפריע לו, לרבות באמצעות עקרונות חוקתיים במישרין במקרים המתאימים.

בצורה לא-מקרית בעינינו, המאמר שהשתרע על כל תחומי חייו של האדם הודגם באמצעות סוגיות שעסקו בזכויות האדם בהקשרים הנוגעים גם לתקופה שלאחר החיים. כך, אחת הדוגמאות שעיימה פתחנו את המאמר ובאמצעותה ביקשנו לבחון את טענתנו עסקה במקרה שנדון בבית המשפט העליון בעניין תערוכה הפתוחה לציבור ובה מוצגות גופות משומרות של בני אדם לא-ידועים.³ מארגני התערוכה הודו כי אין בידיהם תיעוד כלשהו וגם לא ידיעה בעל פה בדבר הסכמתם של אותם בני אדם בחייהם לשימוש שכזה בגופותיהם לאחר מותם. במאמר עוררנו את השאלה אם אין בתערוכה זו משום פגיעה בזכות החוקתית של שמירה על כבוד האדם גם במותו ושימוש בגופו כחפץ, רק מפני שהתערוכה היא מיזם פרטי שאינו קשור לשום רשות ממלכתית או ציבורית. האם העקרונות האמורים לעמוד ביסוד ההסדרים של המדינה הדמוקרטית לשמירה על כבוד האדם במותו אמורים להבחין בין תערוכה של גופות בני אדם אלמונים שמארגן ומקיים משרד התרבות, למשל על יסוד סקר בדבר הביקוש הציבורי, לבין תערוכה מטעם גוף עסקי הפועל על יסוד אותו סקר ביקוש מתוך מטרת כלכלית?⁴

עמדתנו העקרונית, אשר משיבה בשלילה על השאלה שלעיל, ינקה מנימוקיו הצלולים והבהירים של השופט (כתוארו אז) אהרן ברק (שלו הוקדש המאמר), בפסק דין אשר עסק

- 1 דברי השופט ברק (כתוארו אז) בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 526 (1992).
- 2 עלי בוקשפן ואסא כשר "החלה ישירה של זכויות האדם על הכלל" עיוני משפט מ' 45 (2017).
- 3 בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 23.9.2012.
- 4 במאמר הקודם לא פיתחנו בהרחבה את הטענה, שבה כוונתנו לעסוק במאמר זה, המסבירה מדוע מדובר בפגיעה בכבוד האדם של המת.

אף הוא כמושג כבוד האדם בהקשר הנוגע לתקופה שלאחר המוות. פסק דין זה, בעניין קסטנבאום, משמש עד היום אחד מפסקי הדין המשמעותיים אשר קוראים להרחבה במעמדן של זכויות האדם במשפט הפרטי.⁵ בית המשפט העליון דן בפסק הדין במחלוקת שנפלה בין אדם שהתאלמן מאשתו לבין חברה קדישא, לאחר שביקש לרשום על גבי המצבה של רעייתו המנוחה את שמה ואת שנות הלידה והפטירה באותיות לועזיות ובספרות. בקשה זו, אשר הייתה מנוגדת להסכם שחתם האלמן עם חברה קדישא, נומקה בכך שהרעיה התגוררה מרבית חייה בארצות הברית, הייתה ידועה לפי שמה הלועזי וחייה התנהלו לפי לוח השנה הלועזי, ומשכך הגשמת הבקשה היא לכבודה ותעזור גם לרבים מקרוביה, מכריה ומוקיריה מחו"ל להתייחד עם זכרה בבית העלמין. בבסיסם של נימוקים אלו ניצבת לשיטתנו זכותה של המנוחה לנוכחות לאחר מותה, זכות אשר תידון בהרחבה במאמר זה ואשר יונקת את חיותה מהזכות לכבוד האדם, כפי שניתן לשמוע גם בציטוט המובא בפתח המאמר. במאמר זה נבקש אם כך להרחיב ולהעמיק את העיסוק הפילוסופי והמשפטי בשאלות שבהן עסקנו, ולהתייחס בצורה ספציפית יותר לשאלת היקפו של כבוד האדם בנוגע לאדם שאינו חי וקיים אך יש לדמותו נוכחות לאחר חייו, בייחוד בעולמות שאריו. דוגמאות לסוגיות שכאלו אפשר למצוא בין היתר בשאלות עקרוניות של אישיות משפטית וכשרות, אך גם בשאלות קונקרטיות, כגון שימוש בגופו של המת, שלמות גופו, ירושה וצוואה, הנצחה וזיכרון, שם טוב, לשון הרע, פרטיותו של המת ושימוש בזרע או בכיצית לאחר המוות. המאמר יבחן את טיבן ואת תוכןן של סוגיות אלו באמצעות סקירה וניתוח של ההצדקות המשפטיות שהובאו בפסיקה אשר דנה בנושאים אלו, בראי הצדקה פילוסופית אשר נכנה "תפיסת הנוכחות".⁶ תפיסה זו מסייעת לטעמנו להבנה עקבית של הנושא ולשרטוט מודל עיוני, מושגי ומעשי להתבוננות עליו. הגם שהמאמר אינו מתיימר לעסוק במפורט בשאלה מתי למתים יש זכויות משפטיות ומה היקפן בכל מקרה נתון,⁷ הוא ידון בזיקה הקיימת בין הזכות המוסרית לנוכחות הנפטר לבין זכותו המשפטית,⁸ זיקה אשר אינה נוכחת במפורש בפסיקה הקיימת. כמו כן המאמר יציע מסגרת מושגית מסדרת להתמודדות ראשונית עם השאלה של גבולות ההגנה המשפטית על כבוד המת במסגרת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועם שאלות פרטניות המתעוררות השכם והערב באשר לזכויות משפטיות של מתים ושל מי שמבקשים להגן עליהן.⁹ לצורך הצגת ההצדקה העיקרית שסביבה סב המאמר – הזכות לנוכחות המצויה לטעמנו בבסיס המושג כבוד האדם גם לאחר מותו – ראוי לפתוח בעמדה המקדימה ולפיה ביסוד

5 עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 1, בעמ' 530. וכך כותב השופט ברק בפסק הדין: "דומה כי מובן וברור הוא, שעקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי... זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההרדיים שבין הפרטים לבין עצמם".

6 אסא כשר ספר הנוכחות (צפוי להתפרסם ב-2025) (להלן: כשר ספר הנוכחות).

7 בשאלה זו עסק במאמרו מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 57 (2008), (להלן: בירנהק "זכויות המתים").

8 על היעדר החפיפה המלאה בין הזכות המוסרית לזכות החוקתית המושתתת עליה, ראו ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראייה'" משפט ועסקים טו 281, 297 (2012).

9 השוו ליצחק אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 ס' 13-17, 41-42 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טרסקי, מהדורה שנייה (1995)).

היחסים המוסריים הראויים שבין אדם לחברו עומדת הכרת החובה לשמור על כבוד האדם, באשר הוא אדם, בכל מקום ובכל שעה. השמירה על כבוד האדם, שהיא גם השורש המוסרי של הסדרי המשטר הרמוקרטי הראוי לשמו, באה לכבד את עיקרי האנושיות שבאדם – ההיבטים היסודיים של זהותו באשר הוא אדם, הם התבונה והחירות. אדם יכול להכיר את המציאות ולעצב את צורת החיים שלו במסגרתה, והוא יכול לפעול על דעת עצמו ולפי טעמו לביטוי הערכים שהוא עיצב או אימץ לעצמו ולמימוש התוכניות המעשיות שלו.¹⁰ בנסיבות החיים השגרתיות אנחנו שומרים על כבוד האדם של מי שנמצא לפנינו כאשר הוא בין החיים, כאשר הוא יכול להשתמש בתבונתו ולנהל את חייו בחופשיות. בנסיבות אחרות, לאחר מכן, כאשר אותו אדם כבר אינו נמצא לפנינו, לאחר חייו, יחס הכבוד שהיה לנו כלפי תבונתו וכלפי חירותו אינו נמוג, אינו נעלם כלא היה, אולם חל בו שינוי עמוק: עכשיו הוא איננו יחס של כבוד כלפי עיקרי האנושיות שיש לאדם שלפנינו, אלא יחס של כבוד כלפי עיקרי האנושיות שהיו לאדם שלפנינו כאשר הוא היה בין החיים.¹¹ אפשר להבין את המעבר הזה, שמצד אחד חל בו שינוי עמוק, אך מן הצד האחר יחס הכבוד שהיה בו לא נמוג, כשחושבים על יחס של כבוד לאחת ממעלותיו של אדם בחייו, דוגמת היכולת שלו לנגן בחליל. במהלך חייו אנחנו מכבדים ומוקירים את היכולת שיש לו כמנגן בחליל. לאחר חייו לא נמחק את הכבוד ואת ההוקרה של היכולת הזאת עד שיעלמו כלא היו, אלא נכבד ונוקיר את היכולת הזאת שהייתה לו בחייו. כאן מופיעה הנוכחות של אותו אדם בחיינו. לפנינו דמותו כפי שאנו מקיימים אותה בזיכרונו וברגשותינו, דמות הכוללת גם את היכולת המוזיקלית שלו שאנו מכבדים ומוקירים.

אלה הם אפוא שני רעיונות היסוד המדריכים אותנו כמתן כבוד לבני אדם לאחר חייהם. ראשית, כבוד האדם, באשר הוא אדם, נשמר במהלך חייו ואף פעם אינו פג, גם לא לאחר חייו. שנית, כבוד האדם לאחר חייו מתקיים על יסוד הנוכחות שלו לאחר חייו בתוך חייהם של בני אדם הנשארים אחריו. מכאן עולה טענה התחלתית בדבר הזכות לנוכחות: זכותו של האדם לכבוד חלה גם לאחר חייו, אולם תנאי הכרחי לקיומו של כבוד האדם לאחר חייו הוא הנוכחות שלו לאחר חייו בתוך חייהם של בני אדם.¹² לפיכך, מכיוון שיש לאדם זכות לשמירה על כבוד האדם שלו גם לאחר חייו, ומכיוון שאין אפשרות לשמור על הכבוד של אדם לאחר מותו מבלי שתהיה לו נוכחות לאחר מותו, יש לאדם זכות לנוכחות לאחר חייו.

10 עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיזיקה של המידות 106-107 (מהדורה שנייה, ש' שטיין עורך, מ' שפי מתרגם התש"י). ההתייחסות לכל אדם כאל תכלית נובעת למעשה מן הציווי הקטגורי הבא: כל אדם מתייחס לעצמו כאל תכלית, והואיל ולפי הציווי הקטגורי עליו להתנהג לפי הכללים, שיכולים לשמש כללים אוניברסליים, עליו לכבד את זכותו של כל אדם אחר להתייחס לעצמו כאל תכלית. לכן איש אינו יכול להתייחס אל זולתו כאל אמצעי; ראו גם חיים ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היובל 9, 38 (ארנן גבריאלי ומיגל דויטש עורכים התשנ"ד).

11 כשר ספר הנוכחות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 152.

12 הטענה נרונה בהרחבה אצל כשר ספר הנוכחות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 171. בתור מבוא של הרעיון נבקש להציע, כחלק ממאמר זה, את הלוגיקה של העיסוק בכבוד האדם, שתמיד זקוק למושא הכבוד. כלומר, בחייו זהו האדם עצמו על כל מרכיבי נוכחותו, ולאחר חייו זוהי הנוכחות שלו בסיפורי חייהם של אחרים.

נוכחות של אדם לאחר חייו – בתוך חייהם של מי שנשארים אחריו – היא יסוד מוסד עבור כל טענה מוסרית או משפטית אשר תעלה בדבר זכויות משפטיות של אדם לאחר מותו; כך היא גם אם הטענות המשפטיות מצומצמות מאלו המוסריות, בין היתר בנוגע להטלת חובות על צדדים שלישיים שלא להפר את זכויותיו של הנפטר ובנוגע להכרה בזכויותיהם של צדדים שלישיים לפעול להגנת זכויותיו של הנפטר ומימושן. השמירה על זכויות הנפטר, כך נטען להלן, תהיה מחובתו – למצער המוסרית – של חוג קרוב של בני אדם, ובהיעדר חוג שכזה היא תהיה חובה קהילתית או חובת המדינה.

במבט ראשון ייצוגה של תפיסה זו בעולם המשפט אינו מובן מאליו, נוכח נוסחו של סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית) אשר לפיו "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו". עם זאת וכפי שנראה במאמר, סעיף זה אינו מייצג כלל ועיקר את המשפט הישראלי הנוהג ואת ערך כבוד האדם וכבוד המת אשר נקראים לתוכו בדרך של פרשנות.¹³ התבוננות זו תביא אותנו להציע להוסיף לסעיף זה, הפותח את חוק הכשרות המשפטית, סעיף נוסף אשר יש בו כדי לשקף לטעמנו את הדין הישראלי בהתאם לתפיסת הנוכחות המובלעת בכבודו של האדם לאחר מותו, ובכך גם להוסיף לו מרכיב חשוב של הדין הראוי.

מבנה המאמר יהיה כדלקמן: בפרק הראשון נביא, בסעיף הראשון, את ההצדקה הפילוסופית, המושגית והמוסרית לתפיסת הנוכחות של האדם לאחר מותו וליחס שלה לערך של כבוד האדם, תוך מתן מענה לטענות נגד אפשריות וליחסה של תפיסת נוכחות המת לתפיסת רצון המת. בסעיף השני של הפרק הראשון נתייחס לנוכחותה של תפיסת הנוכחות בעולם המשפט באמצעות בחינת כבוד המת בראי חוק הכשרות המשפטית ובראי כבוד האדם כערך חוקתי. בפרק זה נציג גם הצעה לתוספת חקיקתית שיש בה כדי לשקף את תפיסת הנוכחות של המת. בפרק השני נבחן את תפיסת הנוכחות בראי המשפט המצוי באמצעות התבוננות בשלושת מעגלי האינטרסים הקשורים למת – המעגל הקשור למת כשלעצמו, המעגל הנוגע לשאריו של המת והמעגל הציבורי-חברתי הרחב יותר – תוך התמקדות במעגל הראשון שבהם. התבוננות זו תיערך בהקשרים משפטיים שונים הנוגעים לשימוש בגופו של המת לצורך תצוגה, לשלמות גופו של המת, לשאלות בתחום הירושה, לשאלות הנוגעות לשמו הטוב של המת, לפרטיותו ולשימוש בזרע או בכיצית לאחר מותו של האדם. את הפרק נחתום במילות סיכום.

לפני שניכנס בעובי הקורה, עלינו לציין את הזיקה המיוחדת של המאמר הנוכחי לאירועי החודשים האחרונים. המאמר נכתב הרבה לפני מתקפת הטרור של החמאס בשבעה באוקטובר 2023 ופרוץ מלחמת חרבות ברזל, וודאי שהרעיונות המוצגים בו מתאימים לימי שלום ולימי מלחמה כאחד. עם זאת בימים הללו, כשבני אדם מבכים את קרוביהם, את חבריהם, את עמיתיהם ואת מכריהם בכל מקום יישוב, בכל שכונה, בכל רחוב ובכל יחידה, יש טעם נוסף לעסוק בתפיסת הנוכחות של בני אדם לאחר חייהם בתוך סיפורי החיים של מי שנשארים אחריהם ובביטויים המעשיים של תפיסה זו, בפרט בתחום המשפט.

13 בירנהק מעלה טענה דומה, ראו בירנהק "זכויות המתים", לעיל ה"ש 7; ראו גם והשוו אנגלרד, לעיל ה"ש 9.

א. תפיסת הנוכחות וכבוד האדם

1. דיון פילוסופי ומוסרי

ביסוד היחסים המוסריים הראויים שבין אדם לחברו עומדת הכרת החובה לשמור על כבוד האדם, כאשר הוא אדם, בכל מקום ובכל שעה.¹⁴ הערך "כבוד האדם" הוא גם השורש המוסרי של הסדרי המשטר הדמוקרטי הראוי לשמו.¹⁵ בעניין זה יפים דבריו של פרופ' ברק, אשר מציג מסגרת נורמטיבית כאשר לאותם ערכים שנכללים תחת מושג "כבוד האדם":

"בבסיסו של 'כבוד האדם' כמושג משפטי אופרטיבי 'עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו'. במרכזו של כבוד האדם מונחים קדושת חיי האדם וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, וחופש הפעולה של האדם... באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים".¹⁶

דברים אלו שנאמרו כאשר לכבוד האדם בהקשר החוקתי יפים גם לדיון הנוכחי בכבוד האדם בהקשר המוסרי, ומצביעים על הזיקה העקרונית שבין שני ההקשרים.¹⁷ בשלב זה ראוי שנציין כי לתפיסתנו אין הבדל בין כבוד האדם, כשלעצמו, בחייו, לבין כבוד האדם, כשלעצמו, לאחר חייו. ההבדל מצוי בייצוג ובהגנה על ערך מהותי זה. בחייו אדם מייצג את עצמו, מפעיל את תבונתו, שומר על החופש שלו ומגן על מעמדו כמיטב יכולתו. לאחר חייו זולתו הוא שנדרש לעשות זאת, משום שהאדם עצמו אינו קיים ואינו פעיל.¹⁸ למושג "כבוד האדם" פנים רבות, ואנו משתמשים בו כחלק אינטגרלי משגרת חיינו.¹⁹ שני ערוצים מרכזיים קיימים ל"כבוד האדם". הערוץ הראשון (הנפוץ מבין השניים) הוא שמירה על כבוד האדם של האדם החי, הדורש יחס של כבוד כלפי עיקרי האנושיות שיש לאדם שלפנינו. בערוץ זה האדם – ככל שהוא פועל מתוך אוטונומיה מלאה – הוא העומד על זכויותיו, משום שהוא יכול להשתמש בתבונתו ולנהל את חייו בחופשיות. הערוץ השני

14 אהרן ברק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כך ב: הזכות לכבוד האדם, פרק 1 (פירוש לחוקי היסוד, יצחק זמיר עורך 2023) (להלן: ברק חוק-יסוד: כבוד האדם).

15 בוקשפן וכשר, לעיל ה"ש 2; ראו גם כבוד האדם כאשר הוא אדם: לקט מקורות אודות כבוד האדם ביהדות ובתרבויות שונות (אלוף הראבן עורך התשנ"ט); Jeremy Waldron, *The Dignity of Groups*, 2008 ACTA JURIDICA 66; Christopher McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, 19 EUR. J. INT'L L. 655 (2008).

16 אהרון ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 277 (1994).

17 להרחבה, ראו דיון בנושא זה להלן בפרק א.2(א).

18 כשר ספר הנוכחות, לעיל ה"ש 6.

19 Michael Meyer, *Dignity as a (Modern) Virtue*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN 9535/06 ע"א; HUMAN RIGHTS DISCOURSE 195 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002) אבו מסאעד נ' נציב המים, פס' 22 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 6.6.2011) ("כבוד האדם הוא מושג מורכב, שמוטמעים בו ערכים שונים ומגוונים – מהם בעלי אופי פיזי-מקומי, ומהם בעלי אופי נפשי רוחני"); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, פס' 29 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (2012) ("פניה הרבים של זכות זו").

(שבו מתמקד המאמר) מתייחס לאותן הנסיבות שבהן אותו אדם כבר אינו נמצא לפנינו, אולם יחס הכבוד שהיה לנו כלפיו אינו נמוג מן העולם עם לכתו. בערוץ זה מדובר על יחס של כבוד כלפי עיקרי האנושיות שהיו לאדם שלפנינו כאשר הוא היה בין החיים. לתפיסתנו, יש שהערוץ השני – המתייחס לכבודו של המת כחלק מכבוד האדם – יוזן מתפיסת הנוכחות אשר במרכזה עומדת הזכות לנוכחות של המנוח לאחר חייו בתוך עולמות זולתו.²⁰ עניינו זה מתבטא מהאופן שבו הנשארים בחיים מקיימים את נוכחותו של המנוח, ובכך כבוד האדם אינו מסתיים עם סוף חייו של המנוח אלא מתקיים גם לאחר מותו. במילים אחרות, היסוד המשותף לשני הערוצים מצוי בתפיסה ולפיה "כבוד האדם" מתקיים בכל אדם באשר הוא אדם – בין חי ובין מת.

באופן כללי, וכפי שהוא באשר לכל זכות הנגזרת מזכויות האדם, אם אדם הוא בעל זכות לכבוד, כי אז הוא גם בעל זכות שיתקיימו התנאים ההכרחיים למימוש אותה זכות. לפיכך, מן הזכות של אדם באשר הוא אדם לכבוד לאחר חייו נובע שאדם הוא גם בעל זכות עקרונית לנוכחות לאחר חייו.

הטענה שלנו היא טענה התחלתית. כדי להציג במלואה את הטענה שלכל אדם, באשר הוא אדם, יש זכות לנוכחות לאחר חייו, עלינו להבהיר מהי הדרישה לנוכחות, בפני מי היא מוצגת ומה מצדיק אותה. באופן מושגי זכות היא הצדקה לדרישה, שגורם מסוים יביא לידי כך שיתרחש מצב מסוים המאפשר את קיומה של הזכות או למצער למנוע פגיעה בה.²¹ כך למשל, זכות דיבור שיש לי במסגרת דיון מסודר פירושה שיש לי הצדקה לדרוש שהאחרים על סדרי הדיון יגרמו לכך שאוכל לדבר במסגרת הדיון המתנהל. ולדוגמה בעלת אופי כללי – הזכות לביטוי חופשי משמעה שיש לבעל הזכות הצדקה לדרוש מכל אחד שיניח לו להביע את דעתו, את טעמיו ואת רצונו בחופשיות. בחייו של האדם נוכחותו נתונה בעצם קיומו, והיא זקוקה להגנה ככל שיש צורך בהגנה על כבוד האדם שלו. לאחר חייו נוכחותו אינה נתונה, אינה מובנת מאליה, והיא תלויה במקום הניתן לדמותו בסיפורי החיים של זולתו. כבוד האדם שלו יכול להיות זקוק להגנה כמו בחייו, אך הוא אינו יכול להיות מעורב בכך בכוחות עצמו. הנוכחות של אדם לאחר חייו בתוך סיפור החיים של זולתו שנשאר אחריו היא תנאי הכרחי לאפשרות לשמור על כבוד האדם שלו לאחר חייו. הדרישה של אדם לנוכחות היא דרישה שלו להתקיימות של דמותו באופן שיאפשר את השמירה על כבוד האדם שלו לאחר חייו. אם למשל, השמירה על כבוד האדם שלו לאחר חייו כוללת את השמירה על שמו הטוב מפני פגיעות פסולות, כי אז הדמות שלו בנוכחות שלאחר חייו מאפשרת את ההגנה על שמו הטוב. דמותו תאפשר הגנה על שמו הטוב מפני פגיעות פסולות כאשר היא תהיה בעלת שם טוב הניתן להגנה שכזו. כיצא בזה, אם השמירה על כבוד האדם שלו לאחר חייו כוללת את ההגנה הראויה על הפרטיות שלו, כי אז הדמות

20 ראו והשוו ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 595 (1995) ("הזכות השוכנת בחוק היסוד קורנת אל פנינו: מקרינה היא מעצמה סעד לבעל הכבוד, ומטילה היא מעצמה חובה על זולתו. כך ככלל, ולא כל שכן שחוק היסוד מורנו מפורשות – בס' 4 בו – כי כל אדם זכאי להגנה על כבודו").

21 ראו יהושע אריאלי "תורת זכויות האדם", מוצאה ומקומה בעיצובה של החברה המודרנית" משפט והיסטוריה 25 (דניאל גוטוויץ ומנחם מאוטנר עורכים 1998).

שלו בנוכחות שלאחר חייו תאפשר את ההגנה על הפרטיות שלו, בין השאר בכך שתהיה זו דמותו של אדם המעוניין לשמור על הפרטיות שלו, בדבר היבטים מסוימים של חייו, ולא להניח להם להפוך לנחלת הכלל.

כאן המקום לכמה הבהרות של תפיסת הנוכחות. ראשית, נשוב להבדל חשוב בין ההגנה על זכות הנוכחות של אדם וביטוייה בחייו של האדם לבין ההגנה על זכות הנוכחות שלו וביטוייה לאחר חייו של האדם. בחייו האדם הוא המגן הראשון של זכות הנוכחות שלו, והוא מבטא אותה במעשיו ולעיתים בדבריו. לאחר חייו אדם אינו יכול להיות מי שמגן בעצמו על זכות הנוכחות שלו. הגנה זו תלויה במעשיהם של מי שנשארים אחריו. בהקשר זה נבהיר, כי ישנו הבדל מושגי בין החובה המוסרית והמשפטית שלא לפגוע בזכות הנוכחות של המת בידי צדדים שלישיים לבין גיבושה של חובה – ולמצער זכות – מוסרית ומשפטית של צדדים שלישיים להגן על זכותו של הנפטר לנוכחות, כאשר היא הופרה בידי אחרים. בהמשך הדברים נראה מי הם אלה שחלה עליהם חובה מוסרית להגן על הנוכחות של אדם לאחר חייו (ומי הם אלה שנתונה בידם גם הזכות המשפטית לעשות כן). אם מתעורר החשש שברבות הימים לא יהיה אדם קרוב שיקבל על עצמו את ההגנה על נוכחות אותו אדם לאחר חייו, נמצא את המענה ביצירת חובות מתאימות ברמה קהילתית או ברמה כללית דומה. דוגמה פשוטה היא חובת השמירה על בתי עלמין, שנים ארוכות לאחר שהלכו לעולמם לא רק מי שטמונים בו אלא גם ילדיהם וילדי ילדיהם. באופן כללי אפשר לטעון, כי כאשר אין בני אדם שיש מקום להטיל עליהם חובה לקיים זכות של זולתם שאינה יכול לקיימה בעצמו, כי אז חייב להיות הסדר של הקהילה או של המדינה שיבטיח את קיום הזכות, שאם לא כן תהיה הזכות נשללת מבעליה מאליה. כך, המדינה תדאג לכלל היבטי ההגנה והשמירה על ילד שהוריו נהרגו בתאונת דרכים שממנה הוא עצמו ניצל, בהיעדר קרובי משפחה אחרים.²² שנית, חשוב להבין שהדמות של אדם הנמצאת בלב הנוכחות שלו היא דמותו של האדם בעיני עצמו. מחקר היסטורי יכול להתעניין בכל הפרטים שמעניינים אותו על אודות אדם לאחר חייו. אנחנו, העוסקים בנוכחותו לאחר חייו, מתעניינים בדמותו שלו בעיני עצמו, על פי ערכיו, רגשותיו ומשאלותיו. העובדה שישנו אדם המביט מן הצד וחושב שלאדם מסוים לא היו מידות טובות אינה מעניינת אותנו. מעניין אותנו מה הייתה דמותו של האדם בעיני עצמו. הדעת נותנת שהוא ראה בעצמו אדם בעל מידות טובות, ושהן אמורות להתבטא בנוכחות שלו. כך נעסוק בנוכחות של בני אדם שהתנהלו לעיתים באופן מוזר או אפילו באופן הנראה לא־רציונלי. כשנעסוק בנוכחות שלהם, נעסוק בדמות שלהם כמות שהייתה בעיניהם; לא נשתמש במצב זה של אחריות להנכחה כהזדמנות להערכה מוסרית או ערכית כוללת, גם לא לשיפוט פסיכולוגי.

שלישית, כשנבוא לבטא את הנוכחות של אותו אדם בעולמנו, לא נוותר על הערכים ועל הנורמות של עצמנו. המשימה של ביטוי הנוכחות של אדם, כיוון שהיא משימה של שמירה על כבוד האדם שלו לאחר חייו, היא משימה שבה אנחנו משתמשים במושגי כבוד האדם שלנו ובביטויים הנוהגים שלהם כדי לתת נוכחות לדמותו. אם הוא היה אדם שבו לתכונות הגוף, אנחנו נביא את גופתו לקבורה, כפי שמחייב אותנו מושג כבוד האדם שלנו. במקום

22 ראו ס' 33(א)(1) לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית).

שבו מושג כבוד האדם מאפשר שריפת גופה והטמנת האפר בבית העלמין, יהיה זה הרקע של שמירה על כבוד האדם של המנוח. את היחס שלו לגופו בחייו נבטא בדרכים אחרות. ראוי להבהיר, שאין מתח בין ההתמקדות בדמותו של אדם בעיני עצמו לבין ביטוי הנוכחות שלו בסיפור החיים של זולתו בהתאם לערכי הזולת. אין כאן מתח, מפני שלפנינו שני מרכיבים של קיום הנוכחות של אדם לאחר חייו בסיפורי החיים של זולתו: האחד הוא עצם הנוכחות, עצם קיומה של הדמות של האדם בתוך סיפורי החיים של הזולת; המרכיב האחר הוא ביטויים של הנוכחות הזאת, שאותם יכול אדם לעצב בהתאם לנומרות של חייו הוא. רביעית, נזכיר את הפתגם הידוע "אחרי מות קדושים אמור", העשוי מן השמות של פרשיות אחדות של התורה המופיעות בה ברציפות. הפתגם הזה אינו מזמין אותנו לזייף, אלא לחשוב על האדם ולעצב את הנוכחות שלו לאחר חייו, מנקודת המבט שלו, במגבלות המחייבות אותו.

מלבד הפגיעות בכבוד האדם שלו לאחר חייו שעניינן היבטים של חייו, כמו הפגיעות בשמו הטוב או בפרטיות שלו, ישנה פגיעה בכבוד האדם שלו שעניינה השכחתו – בזדון או בשוגג – שהיא שלילת כל מעמד שלו בסיפורי החיים של מי שנשארים אחריו עד שהוא נעשה "היה כלא היה". הדרישה לנוכחות היא קודם כול הדרישה שלא להיחמק, שלא להפוך למי ש"היה כלא היה". המחיקה של אדם מכל סיפורי החיים של מי שנשארים אחריו היא מחיקת הנוכחות שלו מן העולם; זוהי הפגיעה הקשה ביותר האפשרית בכבוד האדם במותו, מפני שהמחיקה מבטלת את התשתית ההכרחית לכל ביטוי של כבוד האדם במותו, שהיא הנוכחות שלו בסיפורי חיים של בני אדם שנשארו אחריו.

החובה המוסרית לשמור על כבוד האדם של אדם מסוים היא חובה החלה על זולתו בלי תלות כלשהי בעמדה של אותו אדם באשר לכבוד האדם של עצמו והעניין שיש לו, במידה כזו או אחרת, בשמירה על כבוד האדם של עצמו. לפיכך, החובה המוסרית לשמור על הנוכחות של אדם לאחר חייו אינה תלויה במה שהיה לאותו אדם לומר על הנוכחות שלו עצמו לאחר חייו. ייתכן שלא היה לו עניין בשום דבר הנוגע לעולם שלאחר חייו, אולם אין בזה כדי לשנות את המצב המוסרי: יש הצדקה לדרישה שתהיה לאדם הזה נוכחות לאחר חייו, מפני שיש הצדקה לדרישה שיישמר כבוד האדם שלו לאחר חייו.²³ יתר על כן, במדינה מתוקנת, זכויות מוסריות, שהן תשתית האפשרות של אדם להתנהל באופן המביע את משמעות חייו, אמורות לקבל ביטוי גם במערכת המשפטית (ואולי אף החוקתית) של זכויות האזרח, לפחות ככל שמדובר בגרעין המרכזי של כל זכות מוסרית.

הדרישה של אדם לנוכחות היא אפוא דרישה לעצם קיומה של נוכחות שלו לאחר חייו, ודרישה שבנוכחות שלו לאחר חייו תתקיים דמותו באופן מלא ככל האפשר, שיאפשר להגן על כבוד האדם שלו לאחר חייו. מקריאת שורות אלו עשויה להתעורר הטענה כי הדרישה

23 עמדה מוסרית זו יכולה להלום את הדברים שנשמעו בדיון על פעילות המכון לרפואה משפטית במלחמת חרבות ברזל, שעליה אמרה ד"ר מאיה פורמן, רופאה משפטית במכון, ש"מדינה המכבדת את המתים שלה חוקרת את המוות של בניה ומתעדת אותו", מה שלא נעשה במלחמה זו. ראו עדי כהן "רופא במכון לרפואה משפטית: 'עבדתי 524 שעות החודש. אנחנו מעבר ל'איאוש'" *TheMarker* (15.11.2023) <https://www.themarker.com/news/health/2023-11-14/> ty-article/0000018b-ce03-df9a-ab8b-decb594f0000 לפי תפיסת הנוכחות חובה לקיים את הדמות של המנוח, ולא להניח לחלק חשוב שלה להיעלם כלא היה.

לנוכחות לאחר לכתו של המת אינה מתיישבת בהכרח עם רצונו המשווער או המפורש של כל אדם באשר הוא אדם. נשיב על כך באחת – הדרישה של אדם לנוכחות היא לאו דווקא דרישה שאדם הביע במהלך חייו לקיום נוכחותו לאחר חייו, וגם אינה קשורה לרצון המשווער של המת. זהו מרכיב מוכר של כל אחת מזכויות האדם.²⁴ משמעותה של זכות להשתתף בבחירות היא ההצדקה שיש לדרישת האדם להשתתף בבחירות, ככל שיעלה אותה. הצדקה זו אינה מושפעת מן העובדה שאכן האדם העלה את הדרישה. הצדקה היא יחס מופשט. רק היישום מותנה בעובדות בדבר הרצון, לא ההצדקה ולא הזכות. אדרבה, נקודה זו בהירה יותר בשלב שלאחר המוות, שבו רצון פעיל ומעשי של האדם אשר מאפשר לאדם לפעול להנכחת עצמו אינו קיים, ובכל זאת נוכחותו, כתשתית השמירה על כבוד האדם שלו, ממשיכה להתקיים גם בעולם המשפט כפי שנראה להלן.

במובן זה רצונו של האדם, אילו חי, היה עשוי להשפיע על אינטנסיביות ההגנה האפשרית על זכותו לנוכחות בזכות יוזמותיו ובשל העובדה שהוא הנציג הטוב ביותר של ענייניו, אך הרצון עצמו אינו המקור לזכותו לנוכחותו. לפיכך, הזכות לנוכחות אינה מותנית בביטוי הרצון בנוכחות שהאדם הביע במפורש במהלך חייו, גם לא ברצון המשווער של אותו אדם אילו נשאל לעמדתו. הזכות היא הצדקה של דרישה, וזו אינה מותנית בעובדות. כדי להמחיש בדרך נוספת את הדברים האמורים, ניתן לומר כי יש לאדם זכות לנוע בחופשיות ברחבי מדינתו לא מפני שהייתה הזדמנות שבה הוא הביע את רצונו בתנועה חופשית שכזו; ייתכן גם שאין לו עניין מעשי בתנועה חופשית, מפני שהוא נזיר סגפן הספון בחדרו. עם זאת התפיסה הכללית של הזכות לנוע בחופשיות היא שאם האדם ירצה לנוע כך, תהיה לו הצדקה לדרוש שיאפשרו לו לפעול כרצונו, ותהיה חובה שלא להפריע לו ואף חובה על הרשויות להגן על האפשרות שלו לנוע כרצונו. כך גם הזכות לנוכחות לאחר החיים. רבים מספור הם בני האדם כמונו שאף פעם לא נתנו את הדעת על השאלה אם הם ירצו בנוכחות לאחר חייהם. באופן כללי, מעטים יחסית הם מי שהניחו אחריהם צוואה המביעה את רצונם בנוכחות לאחר חייהם. אף על פי כן, אילו העלו את הדרישה לקיום נוכחות לאחר חייהם, היא הייתה מוצדקת והיה עלינו לכבדה בדרכים הולמות. יתר על כן, גם אילו היה לפנינו סיפורו של אדם שהביע מפורשות לקראת קץ ימיו שהוא אינו רוצה בנוכחות לאחר חייו בתוך סיפורי החיים של זולתו, לא היינו יוצאים מגדרנו במאמץ שלא לקיים את נוכחותו לאחר חייו; שכן כמקובל במערכת הזכויות האנושיות, תיתכן התנגשות בין זכות אחת לזכות אחרת, ואין לנו הצדקה לתת עדיפות לרצון של אדם שלא תהיה לו נוכחות לאחר חייו על פני הרצון של אדם אחר לזכור את המנוח, לזכור את מעשיו, להתרפק על מידותיו וללכת בעקבותיו כדי לחיות כראוי.²⁵ ככל שמדובר בזכותו של אדם לקבוע היבטים של נוכחותו

24 אפשר להבין את היחס הזה שבין אדם לבין זכויות היסוד שלו כאשר מתבוננים באדם כלשהו ובזכות כלשהי שאנחנו מכבדים בקפדנות, אף שהוא לא אמר לנו עליה דבר וחצי דבר אך השתמש בה בשגרת חייו. חופש הדיבור הוא דוגמה פשוטה.

25 לצורכי אנלוגיה נציין למשל את כתיבי קפקא אשר הוכרו כ"נכסים תרבותיים" – כלומר רצונו של קפקא, שחלק הארי של כתביו יישרף, לא קיים. עיינו והשוו נילי כהן "צוואותיהם הנבגדות (?) של קפקא וברוך" קפקא, פרספקטיבות חדשות 175 (זיוה שמיר, יוחאי עתריה וחיים נגיד עורכים 2013); Nili Cohen, *The Betrayed(?) Wills of Kafka and Brod*, 27 LAW & LITERATURE (2015) 1. השוו לעמ"ש (מחוזי ת"א) 47113-11-12 הופה נ' קסוטו, פסק הדין של השופט ורדי

לאחר מותו, צריך לזכור שאין אפשרות מושגית לכבד את רצונו של אדם בדבר היבטי הנוכחות שלו לאחר מותו מבלי שתהיה לו נוכחות לאחר מותו. את רצונו במהלך חייו שלא תהיה לו נוכחות לאחר מותו אי-אפשר לקיים במלואה, כי אפשר לכבד את רצונו רק אם יש לו נוכחות, אך אפשר להתאמץ לקיים נוכחות מינימלית.

עד כה צעדנו צעדים ראשונים. בתמונה המלאה משתקפים צעדים נוספים הקשורים לשאלה על מי חלה החובה המוסרית לקיים את הנוכחות של אדם מסוים לאחר חייו, חלקם לוגיים (אדם לא חייב להגן על כבוד האדם של זולתו לאחר חייו של זה, אם הוא עצמו כבר אינו בין החיים) וחלקם מעשיים (אדם יכול למצוא את עצמו בניגוד עניינים בנוגע לחובת ההגנה על זולתו לאחר חייו) וכדומה. סוגיה זו היא מורכבת, ונציג אותה בצעדים אחרים. בצעד הראשון נתאר לעצמנו אדם במהלך חייו. האדם שלפנינו זכאי לשמירה על כבוד האדם שלו. מובן שבמהלך חייו של האדם הוא זה שיוזם ברגיל את משימת ההגנה על זכויותיו, ודאי כאשר מדובר במשפט הפרטי. במסגרת חובת השמירה על כבוד האדם הוזה נבחין בין החובה שלא לפגוע בכבוד האדם שלו, לבין החובה לגונן על כבוד האדם הוזה מפני פגיעה. החובה להיזהר שלא לפגוע בכבוד האדם חלה לדעתנו על כל גורם המסוגל לפגוע בכבוד האדם, בכלל זה בני אדם וזולתו, תאגידים ובייחוד הרשויות.²⁶ לעומת זאת, החובה לגונן על כבוד האדם שלפנינו נוכח פגיעה בו או סכנה ממשית לפגיעה בו אינה חלה על כל גורם שכזה. כמעט כל הגורמים המסוגלים לפגוע פטורים מן החובה לצאת להגנתו של האדם כשנפגע כבודו או כשהוא עתיד להיפגע. נשאלת אפוא השאלה, מיהם הגורמים שחלה עליהם חובה לגונן על כבוד האדם שלפנינו.

אין כאן המקום לתשובה מלאה ומנומקת על שאלה זו, ולפיכך נסתפק בשתי הבחנות. ראשית, בעוד שהחובה שלא לפגוע בכבוד האדם היא חובה מוסרית המתבטאת בחלקה גם בחוק וגם באתיקה של גופים רבים, החובה לגונן על כבוד האדם נוכח פגיעה או סכנה לפגיעה היא חובה מוסרית (שנחזור לדין בה להלן), אך היא אינה בגדר חובה חוקית החלה על כל אזרח וגם לא בגדר חובה אתית החלה ברחבי הארגונים השונים והקהילות המקצועיות הרבות. במאמר זה אנחנו עוסקים קודם כולל בחובה המוסרית, אך בהמשך הדברים נגיע גם לתחום הזיקה שבין החובה המוסרית לבין החובות המשפטיות, אף שגם אז לא נוכל לקיים במסגרת הנוכחית דיון מלא ומפורט בדבר ההיקף המדויק של הזכויות המשפטיות הקונקרטיות העומדות לנפטר מכוח תפיסת הנוכחות ומי הם אלו שחייבים – או זכאים – לסייע במימושן עבורו. שאלות אלו ראוי שילובנו במחקרי המשך ובפסיקה שתתפתח בצורה קוואיסיטית בהתאם לתפיסה המובאת במאמר זה.

שנית, הבחנה נוספת נוגעת לכך שבסביבתו של אדם נמצאים בני אדם נוספים, שעל כל אחד מהם אפשר לשאול אם מערכת היחסים שביניהם לבין אותו אדם יוצרת חובה מוסרית

(נבו 29.6.2015). בעניין זה התייחס בית המשפט בחרדת קודש לתפקידו לשמר נכסים לאומיים ולאפשר לציבור ולהיסטוריה לשפוט אותם, והשווה את תפקידו לתפקיד שקיבל עליו ברוד עם מותו של קפקא, כאשר החליט להפר את צוואתו: "כשם שמקס ברוד ראה את חובתו ללא ערעור לפרסם את 'האוצרות המופלאים' של יצירות קפקא כשיקול הגובר על כל שיקול אחר כנגד פרסום היצירות וכנגד הוראת קפקא לאי פרסומן, כך גם חובתנו וזכותנו להביא, באמצעות הכלים המשפטיים העומדים לרשותנו, להגשמת מטרה זו".

שלהם לגונן עליו נוכח פגיעה או סכנה לפגיעה בכבוד האדם שלו. התשובה תהיה חיובית כשמדובר למשל על הוריו של אדם צעיר מאוד, על בניו ובנותיו של אדם קשיש שאינו יכול להגן על עצמו או על אפטרופוס של פסול דין. התשובה תהיה שלילית כשמדובר למשל בשכניו של אותו אדם בבניין רב־קומות. לבני הקבוצה הראשונה, שחלה עליהם החובה המוסרית לגונן על האדם שלפניהם נוכח פגיעה או סכנה לפגיעה בכבוד האדם שלו, נקרא בשם "הקהילה המגוננת". בני הקהילה המגוננת של אדם בחייו, המסורים להגנה על כבוד האדם שלו, נדרשים להמשיך ולגלות את המסירות להגנה על כבוד האדם שלו גם לאחר חייו, ומתוך כך לקיים את הנוכחות שלו בחייהם באמצעות דמות הולמת שלו בחייהם לאחר חייו. זכותו של אדם לכבוד במהלך חייו היא לפחות בחלקה זכותו לכבוד באשר הוא אדם, באשר יש בו אנושיות, המתבטאת בתכונות הבסיסיות של קיומו. שמירה על כבוד האדם במהלך חייו היא שמירה על דמותו הנתונה כשהוא בחייו. דמותו של אדם אינה נמוגה כשהוא מגיע לקץ ימיו, אלא שעכשיו דמותו אינה הדמות של אדם במהלך חייו אלא הדמות האמורה להתקיים בנוכחותו שלו לאחר מותו, המבטאת גם את דמותו במהלך חייו וגם את העובדה שעכשיו היא דמותו של אדם לאחר חייו. יהיה הבדל בין הזכות לכבוד של אדם במהלך חייו לבין הזכות לכבוד של אדם לאחר חייו, בעיקר בגלל השינויים שאדם יכול לחולל במהלך חייו והביטויים המתחדשים שהוא נותן למשמעות חייו, שאינם בגדר האפשרות במצב היציב של דמות האדם לאחר חייו.

2. דיון משפטי

המשפט הישראלי זרוע לאורכו ולרוחבו במופעים מגוונים אשר עוסקים בקשר שבין עולם החיים ועולם המתים, עולמות אשר מטבעם הם רחבים, מגוונים, קזואליסטיים, טעונים מבחינה רגשית ומערבים הבחנות דקות בין זכויות ואינטרסים נוספים אשר יש לאזן עם כבוד האדם של המת.²⁷ בפרק הקודם עסקנו בהצדקה המוסרית לזכותו של הנפטר לנוכחות. אף שהצדקה זו אינה גוזרת במלואה את המסקנה בדבר הזכויות המשפטיות שעדיין עומדות לנפטר, תפיסת הנוכחות שהוצגה בפרק הקודם יכולה וראויה לשמש נקודת מוצא לתשתית המושגית, המוסרית והמעשית של ההסדרים המשפטיים. דוגמאות להסדרים כאלו יובאו בפרק הבא, שבו נסקור כמה מקרי מבחן אשר נדונו בפסיקה ואשר עסקו בשאלות שונות ובמעגלי אינטרסים שונים הנוגעים לזכויות המתים, ונבחן מקרים אלו במשקפיים של תפיסת הנוכחות, כפי שהוצגה ופותחה במאמר הנוכחי, בפרט לצורך הקשרים משפטיים. אך לפני כן נקדים בפרק זה ונעסוק בדיון עקרוני, הקושר בין תפיסת הנוכחות במובנה המוסרי לנוכחותה של תפיסת העולם בעולם המשפט ולהבחנה בינה לבין תפיסת הרצון ככזו שמוצגת לא אחת בעומדת בבסיס ההכרה המשפטית בזכויות הנפטרים.

ביתר פירוט, בחלקו הראשון של הסעיף הנוכחי בפרק זה נעסוק בהבחנה שבין תפיסת הנוכחות כערך חברתי לבין תפיסת הנוכחות כערך חוקתי וכמקור להצדקת זכויות משפטיות. דיון זה ייערך ברמה העקרונית והראשונית, ללא יומרה למצות את הדיון בו. חלקו השני של הסעיף הנוכחי יעסוק בתפיסת הנוכחות למול ההצדקות המקובלות לזכויות המת. הסעיף

27 בירנהק "זכויות המתים", לעיל ה"ש 7, בעמ' 77-113; ראו גם אלון הראל "גופות, נוהגי הטיפול בגופה וחופש הביטוי: הזכות של אדם לספר את סיפור חייו במותו" מעשי משפט 165 (2015).

הבא אחריו (סעיף 3) יוקדש לנוסחו של סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית, אשר מבחינה מילולית צרה אינו משקף את תפיסת הנוכחות המובעת במאמר זה ואת חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו, על כבוד המת הנכלל בו. במסגרת זו נציע תוספת חקיקתית לסעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית שיש בה כדי לשקף באופן ראוי את תפיסת הנוכחות של המת.

(א) תפיסת הנוכחות וכבוד האדם כערך חברתי, כערך חוקתי וכמקור להצדקת זכויות משפטיות

נקודת המוצא לענייננו היא, כי כבוד האדם במובנו המודרני (human dignity) הוא בעל היבט משולש – כערך חברתי, כערך חוקתי וכזכות חוקתית.²⁸ בסעיף הראשון של הפרק דנו בהיבטים המוסריים של נוכחות האדם לאחר מותו, אשר ניתן לאפיינם תחת הערך החברתי של כבוד האדם.²⁹ עם זאת לצד הערך החברתי של כבוד האדם עומדת גם הזכות המשפטית לכבוד האדם, ובה נעסוק כעת.³⁰ להווי ידוע כי כבוד האדם הוא מושג עמום ורב-משמעי, שמוטמעים בו ערכים שונים ומגוונים – מהם בעלי אופי פיזיקומי, ומהם בעלי אופי נפש-רוחני.³¹ לא בכדי רבות נכתב על אודות ריבוי הפנים והמשמעויות של כבוד האדם.³² כך למשל, דני סטטמן גורס כי ישנם שני מושגים של כבוד – כבוד כיחס מוסרי וכבוד כיחס לא-משפיל;³³ אורית קמיר עמדה בין היתר על ההבחנה שבין הדרת כבוד (honor) לבין כבוד סגולי (dignity).³⁴ הן המסגרת של הדרת כבוד (honor) והן המסגרת של כבוד סגולי (dignity) נהנות משילוב בין טבע אנושי ומוסרי ובסיס של תביעה לזכויות

28 ברק חוקי-סוד: כבוד האדם, לעיל ה"ש 14.

29 ראו Drucilla Cornell, *Bridging the Span Toward Justice: Laurie Ackermann and the Ongoing Architectonic of Dignity Jurisprudence*, 2008 ACTA JURIDICA 18.

30 להבחנה בין כבוד האדם כערך חברתי-חוקתי לבין כבוד האדם כזכות חוקתית, ראו Jack Donnelly, *Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non Western Conceptions of Human Rights*, 76 AM. POL. SCI. REV. 303, 306 (1982).

31 ראו Peter Berger, *On the Obsolescence of the Concept of Honor Revisions: Changing Perspectives*, in MORAL PHILOSOPHY 172 (Stanley Hauerwas & Alasdair MacIntyre, eds., 1983).

32 ראו, בין רבים, עדיאל זימרון "מגמות במשפט החוקתי-פלילי בישראל, לאור ניתוח מושגי של 'כבוד האדם' משפטים מט 383 (2019). המחבר מבחין בין שלושה מובנים של "כבוד האדם": האדם (the human being), האדם (the person) והאדם (the agent); דנה בלאנדר, כרמית הבר ומרדכי קרמניצר **כבוד האדם: זכות חיה בטיפול הרפואי** 10 (2020).

33 דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001).

34 אורית קמיר "על פרשת דרכי כבוד – ישראל בין מגמות של הדרת כבוד (honor), כבוד סגולי (dignity), הילת-כבוד (glory) וכבוד מחיה (respect) " **תרבות דמוקרטית** 9, 169, 171 (2005). במאמרה קמיר עומדת על כך כי dignity (כבוד סגולי) הוא ביטוי לערך המודרני, המינימליסטי, שהתפתח במסורת התרבותית ההומניסטית. מטרתו לקבוע רף תחתון להתנהגות בין-אנושית. לעומת זאת, הדרת כבוד (honor) עוסק בתרבות של חובות ולא של זכויות. כחלק מתפיסת הנוכחות, החובה לגונן על כבוד האדם נוכח פגיעה או סכנת פגיעה היא חובה מוסרית ואינה בגדר חובה חוקית החלה על כל אזרח.

הברתיות ומשפטיות. אך בניגוד ל"הדרת כבוד", "dignity" הוא מושג אוניברסלי ואחיד לכל אדם באשר הוא, בכל מקום ובכל זמן, בין חי ובין מת, בלא הבדל גזע, מין או השתייכות מעמדית או קבוצתית. כדי לרכוש הדרת כבוד יש לעמוד בדרישת התנהגות מדוקדקת, וכל סטייה מן הנורמה עלולה להביא לידי אובדנה; dignity, לעומת זאת, הוא מולד: אין צורך לעשות דבר כדי לזכות בו, ורק התנהגות לא-אנושית קיצונית ביותר עלולה לעמעם משהו את זוהרו.³⁵ על רקע זה נאמר, שלשיטתנו ההצדקה המשפטית להטמעת תפיסת הנוכחות קשורה לכבוד האדם במובן של dignity. כלומר, תפיסת הנוכחות באה לבטא את המחויבות הרעיונית המלאה של כבוד האדם, משום שהכבוד משותף לכל בני האדם, גדולים וקטנים, נכבדים ושפלים, בכל מקום ובכל זמן.³⁶ לתפיסתנו, נוכחותו של המת בעולמות שאריו היא הדרך הטובה ביותר להבטיח כי כבוד האדם ימשיך להתקיים גם לאחר לכתו של האדם לעולמו. ודוק, לצד מגוון המשמעויות הלשוניות של כבוד האדם וההבחנות ביניהן, בית המשפט העליון הבהיר שבמקרים רבים כל המובנים שקמיר מביאה למושג יכולים לחול יחדיו.³⁷ כך למשל, בנוגע לזכות לשם טוב ציין בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין, כי הגנה על שמו הטוב של אדם נכללת הן בגדרי ה-honor של האדם והן ב-dignity שלו.³⁸ אשר על כן, גם הזכות לנוכחות יכולה לחסות תחת שני המושגים, ואין אנו נדרשים לדון באריכות בנושא במסגרת זו.

זה המקום לציין כי גם אם אכן הזכות המשפטית נוצרת בחייו של אדם, אין היא מתכלה עם מותו, כפי שנראה גם בפרק הבא. אדרבה, בפסיקה הוכרה הקביעה שכבוד האדם ממשיך לעמוד לאדם גם לאחר מותו, חרף העובדה שהוא אינו נזכר במפורש בחוק היסוד.³⁹ הזכות לכבוד היא זכות מיוחדת בכך שהיא כוללת לא רק היבט נגטיבי (איסור על פגיעה בה), אלא גם היבט פוזיטיבי (זכותו של אדם להגנה על כבודו).⁴⁰ בנקודה זו נציע להיעזר בהבחנה שבין זכות חיובית לזכות שלילית.

בסעיף הראשון של הפרק עמדנו על כך שבמסגרת תפיסת הנוכחות ישנה חובה מוסרית שלא לפגוע בכבודו של אדם, וכן חובה מוסרית לגונן על כבודו של אדם כאשר הוא נפגע. כעת ניצבת השאלה הבאה: כיצד ראוי לעצב את הזכות המשפטית לנוכחות? לשיטתנו, ומבלי לקבוע מסמרות בדבר, יש להחיל – ולו אנלוגית – את המבנה הכפול של חוק-יסוד:

35 ראו Berger, לעיל ה"ש 31, בעמ' 174-176.

36 שם, בעמ' 176; ראו גם אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם 27-34 (2004).

37 לדיון כללי, ראו בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398, 441 (2009).

38 ראו, בין רבים ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, פס' 17 לפסק הדין של השופט ריבלין (2002); רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 14 לפסק הדין של השופט ריבלין (נבו 12.11.2006); ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך, פ"ד סה(3) 369, פס' 18 לפסק הדין של השופט פוגלמן (2012).

39 בירנהק "זכויות המתים", לעיל, ה"ש 7.

40 אהרן ברק "הקדמה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 5 (יורם רבין ויובל שני עורכים) 2004; השוו ל'ס' 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ביטוי לזכות הנגטיבית והפוזיטיבית, בהתאמה).

כבוד האדם וחירותו בשינויים המחויבים.⁴¹ חוק היסוד מבחין בין החובה המוטלת שלא לפגוע בכבוד לבין החובה להגן על הכבוד. החובה הראשונה היא ביטוי לזכותו של האדם שלא להיפגע מפעולת הזולת. החובה השנייה היא ביטוי לחובת הפעולה המוטלת על הזולת להגנה על הכבוד של היחיד כאשר הוא נפגע.

נתחיל בזכות. לשיטתנו, הזכות לנוכחות – כחלק מהזכות לכבוד האדם – ניתנת לכל אדם כאשר הוא אדם. על בסיס הפרשנות התכליתית, שלפיה ביסוד הזכות לכבוד האדם מונח הערך בדבר כבוד האדם, פסק בית המשפט העליון כי הכבוד ניתן לכל אדם, והוא מבטא את היכולות לספר את סיפור חייו של האדם וכן את אישיותו.⁴² ככלל אנו סבורים, כי דרך תפיסת הנוכחות יש להכיר בכבוד האדם של המת, אף מבלי שבעל הזכות (המת) תובע באופן משפטי את זכותו. דומה כי הכול יסכימו שיש נורמות שחובה לקיימן אף אם בעל הזכות לא תבע. נורמות אלו יימצאו בעיקר בזכויות נגיבייות, כלומר בזכותו של אדם שלא יגרמו לו רע, כגון שלא יכתימו את שמו ושלא יזיקו לרכושו. כך למשל, זכותו של אדם למות בכבוד אינה תלויה בכך שבעל הזכות יתבע את זכותו, ולפיכך האיסור על עינויים או על רצח חל באותה עוצמה גם כשאדם הוא חסר הכרה או ישן ואינו יכול להגן על זכותו. על רקע זה נאמר, כי הזכות המשפטית במסגרת תפיסת הנוכחות כוללת זכות נגיביית המטילה חובה משפטית על המעגלים החיצוניים ("קהילה המגוננת") שלא לפגוע במת (כלומר בשמו, בקברו וכיוצא באלה). לעומת זאת, תפיסת הנוכחות אינה מטילה בהכרח חובה משפטית פוזיטיבית על צדדים שמחוץ לקהילה המגוננת להגן על נוכחות המת כאשר היא נפגעת. ככל שלמנוח יש "קהילה מגוננת", ייתכן שהחובה הפוזיטיבית להגן על נוכחותו תישאר בגדר חובה מוסרית ולא משפטית. הטלת חובה משפטית פוזיטיבית המחייבת כל אחד להגן על נוכחותו של המת אכן יכולה להוביל ל"שלטון רפאים", ואין זו המטרה.⁴³ אולם זה המקום להדגיש כי שונים הם פני הדברים כאשר למת אין "קהילה מגוננת" (כך למשל אם מדובר בהומלס). במצב דברים מעין זה אנו סבורים כי ראוי להטיל על רשויות השלטון ("המערכת המגוננת") חובה (פוזיטיבית) משפטית, לצד החובה המוסרית, להגן על הנוכחות של המת כאשר אין למנוח "קהילה מגוננת".

כך למשל, "מערכת מגוננת" אחת שניתן לחשוב על האפשרות להטיל עליה חובה משפטית פוזיטיבית להגן על נוכחות המת, במקרה שאין "קהילה מגוננת", ניצבת בדמות היועץ המשפטי לממשלה. ודוק, סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], התשכ"ח-1968 קובע, כי היועץ המשפטי לממשלה רשאי "לפי ראות עיניו" להתייצב בכל הליך ולהשמיע את דברו אם ראה "כי זכות של מדינת ישראל או זכות ציבורית או עניין ציבורי מושפעים או כרוכים" באותו הליך.⁴⁴ לשיטתנו, פרשנות

41 ש.ם.

42 יהודית קרפ "למה אנו מתכוונים כשאנחנו מדברים על 'כבוד האדם'?" דברים 11, 12, 13-12 (2019) ("כבוד האדם... הוא זה הטבוע בכל אדם ואדם ללא קשר למידה שבה הגשים האדם את אישיותו או ממידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים, ואף אינו פונקציה של ההיררכיה, מעמד, מעשים, הישגים או תכונות. כבוד האדם במובן האנושי, כתפיסה מוסכמת, הוא מה שיש לכבוד באדם מעצם השתייכותו למין האנושי ובשל היותו טבוע בכל אדם כאשר הוא").

43 בירנהק "זכויות המתים", לעיל ה"ש 7.

44 ההדגשה הוספה. השוו לעלי בוקשפן המהפכה החברתית במשפט העסקי 170-174 (2007).

תכליתית ומרחיבה של הסעיף האמור עשויה ליצור מקור משפטי המחייב את היועץ המשפטי לממשלה לזוזם הליך משפטי, ובכך להבטיח שאף אדם – בין חי ובין מת – לא יישאר חסר אוניס נוכח פגיעה בכבוד האדם שלו.

כך או אחרת, במסגרת זו איננו מתיימרים לשרטט במלואה את המסקנה בדבר היקפה המדויק של הזכות המשפטית של המת הנובעת מתפיסת הנוכחות – כתפיסה העומדת ממילא באופן בסיסי מאחורי כל זכות משפטית בהקשר של דיונונו – ובאלו נסיבות תוגדר זכות כזכות המצמיחה חובות שליליות או חיוביות על צד שלישי. מלאכה זו ניתנת להותיר למחקר המשך בנושא.

(ב) תפיסת הנוכחות למול ההצדקות המקובלות לזכויות המת

נחזור עתה לתשובה ההתחלתית על השאלה החשובה שעניינה מה מצדיק את הדרישה לנוכחות שבה עסקנו בסעיף הראשון של הפרק. הנחת המוצא שלנו בדרך להצגת ההצדקה של הדרישה לנוכחות היא העיקרון הבסיסי של כבוד האדם, ולפיו כל אדם, באשר הוא אדם, זכאי לכבוד ולהיות מי שגורם לכל היבטי חייו להתנהל לפי הערכים שבחר לעצמו, במגבלות ההכרחיות של ההסדרים ההוגנים של החיים האזרחיים.

נבהיר תחילה את סייג המגבלות. מובן מאליו שלבני אדם אין הצדקה לדרוש זכויות מוחלטות המכריעות כל דרישה מנוגדת בכל הנסיבות. כל זכות נשמרת לאדם במסגרת מערכת שלמה של זכויות שאמורים ליהנות מהן בני אדם נוספים, כל האזרחים או בני האדם שבסביבתו. אלה הן נסיבות שמטבע הדברים מסוגלות לצמוח בהן התנגשויות בין דרישות שונות, של האדם ושל זולתו. לפיכך, במדינה מתוקנת – בחברה אזרחית מתוקנת – מוטלות מגבלות על כל אחת מן הזכויות, המיועדות לאפשר לכל אחד ליהנות מן המערכת השלמה של הזכויות באופן המאפשר גם לכל אחד אחר ליהנות מהן באותה מידה. כאשר המשטר בנוי ומנוהל בצורה מוסרית, ההסדרים להטלת המגבלות ההכרחיות הם הוגנים, ורק הם מגבילים את החירות האישית בכוא האדם לנהל את חייו על פי טעמו.⁴⁵

חלק מהיבטי החיים של האדם, המתנהלים לפי טעמו במהלך חייו, יכולים להתנהל לפי טעמו גם לאחר חייו. היבטים כאלה הם למשל בעלות על מרכיבי הקניין שלו והסדרי הירושה שלהם, שמו הטוב, הפרטיות שלו בתחומים מסוימים וכיוצא באלה. כאן מקומו של עקרון ההמשכיות בדבר ההיבטים של חי האדם, ולפיו כל אדם, באשר הוא אדם, זכאי לכבוד, להיות מי שהיבטי חייו שיכולים להתנהל לאחר חייו כפי שהתנהלו במהלך חייו יתנהלו ככל האפשר על פי ערכיו גם לאחר חייו, במגבלות ההכרחיות של ההסדרים ההוגנים של החיים האזרחיים.

להצדקת עקרון ההמשכיות נזכיר שני מרכיבים מושגיים של המצבים שבהם אדם אחד שומר על כבוד האדם של אדם אחר. ראשית, האובייקט של יחס הכבוד הוא האדם בהתאם לדמותו בעיני זולתו. אם בשיחה אצטרך לתאר את מי שאני שומר על כבוד האדם שלו, בהקשר של הפעילות הנוכחית שלי בנוגע אליו, לא אמסור את הכתובת שלו או את מספר

45 ראו אהרן ברק מידיתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 53-56 (2010); Benjamin Porat, *Deciding Between Contradicting Norms: Rights-Based Law vs. Duty-Based Law and Their Social Ramification*, 70 Am. J. Comp. L. 399 (2022)

תעודת הזהות שלו, אלא אתאר את דמותו במידת הפירוט הנדרשת בנסיבות של השיחה. במהלך חייו נוכל לומר שאנחנו שומרים על כבוד האדם שלו, כשהוא בעל הדמות שיש לו בעינינו. הדמות הזאת היא מרכיב מרכזי והכרחי במצב שאנחנו מבטאים במעשנו שמירה על כבוד האדם שלו. שנית, כאשר אדם נספה וכבר אינו בין החיים, עצם מותו אינו משנה את דמותו בעיני זולתו. נתאר לעצמנו שאנחנו חושבים על אדם הנמצא רחוק מאיתנו, שלא היינו בקשר עימו זמן מה. אנחנו חושבים עליו במחשבה על דמותו. תחילה אנחנו מניחים שהוא בין החיים, וחושבים על דמותו החיה. לאחר מכן נודע לנו שהוא אינו בין החיים. האם דמותו תשתנה בעינינו, רק כי נודע לנו שהוא נפטר? ברור שדמותו תישאר כמות שהיא, אלא שיתווסף למחשבותינו הנתון החשוב שהוא כבר אינו בין החיים.

משני הנתונים המושגיים הללו עולה עקרון ההמשכיות. לשמור על כבוד האדם של זולתנו במהלך חייו פירושו לבטא יחס נאות כלפי דמותו. דמות זו אינה משתנה כאשר הוא הולך לעולמו. לכן, לשמור על כבוד האדם של זולתנו לאחר שנפטר פירושו לבטא אותו יחס נאות כלפי דמותו. הביטויים של השמירה על כבוד האדם שלו ישתנו במעבר ממה שנעשה במהלך חייו אל מה שנעשה לאחר חייו, אך הדמות תהיה אותה דמות. היחס שלנו אל הדמות יוכל להתבטא לאחר חייו של אותו אדם כפי שהתבטא במהלך חייו.

אנחנו פועלים על פי עקרון המשכיות בתחום הקניין, כאשר אדם מביע את רצונו בצוואה בדבר חלוקת רכושו לאחר חייו בין שאריו הקרובים. בדרך כלל נכבד צוואה שנתן אדם במהלך חייו, כאילו הוא עומד לפנינו לאחר חייו ומדריך אותנו בדבר חלוקת רכושו בין שאריו. זוהי הרחבה טבעית של עקרון כבוד האדם, וכך מן הראוי לפעול בדבר כל היבטי החיים של האדם שיכולים להתנהל על פי ערכיו של האדם לאחר חייו כשם שהתנהלו במהלך חייו. עם זאת ומכיוון שתפיסת הנוכחות רחבה מתפיסת הרצון גרידא, יש בה כדי להצדיק את הכלל מן המשפט הקונטיננטלי שלפיו נתח של הירושה יועבר לבני המשפחה (היורשים על פי דין) גם בניגוד לרצון המצווה.⁴⁶ במשפט הקונטיננטלי אפילו הוראה חיובית למסור את הירושה לאדם שאינו נמנה עם קרוביו של המנוח, תוך הדרה משתמעת של אחד או יותר מבני המשפחה, אינה מקבלת תוקף.⁴⁷

עקרון המשכיות הוא נקודת מוצא עקרונית להחלטות מעשיות. במצב האידיאלי, שעליו נתבסס כנקודת מוצא לדיון, מערכת הערכים של אדם בחייו היא מערכת קוהרנטית. הערכים מתיישבים אלה עם אלה, הרצונות משקפים את הערכים, וההתנהלות מבטאת את כולם. במצבים כאלה הדעת נותנת שגם צוואה קניינית תעלה בקנה אחד עם הערכים של האדם בחייו. עם זאת ייתכנו מצבים שבהם מתגלעות סתירות בין ערכים לבין עצמם, בין ערכים לבין רצונות, בין רצונות לבין עצמם, בין חלק מהם לבין ההתנהלות של האדם בחייו ובין חלק מהם לבין הצוואה הקניינית. אין לנו תשובה גורפת שתאמר לנו כיצד לנהוג במצבים

46 ראו RALPH C. BRASHIER, INHERITANCE LAW AND THE EVOLVING FAMILY 108 (2004).

47 שם; מקום נוסף שבו הכלל מן המשפט הקונטיננטלי חל הוא חוקי הירושה של מדינת לואיזיאנה, שם נקבעה הגנה מלאה מפני הדרה בצוואה הניתנת לצאצאים ורק עד גיל 24. ראו שם, בעמ' 99; La. Civ. Code 1495 (2011). דוגמה נוספת היא הקוד האזרחי הצרפתי, אשר מגן על בני משפחה מהדרה בצוואה דרך "Réserve héréditaire", שמבטיח חלק מהותי מהירושה לילדים ולבן או לבת הזוג: France. (1804). Code civil des Français [Civil Code of the French]. Art. 912, 913-917.

כאלה. באופן כללי נוכל לומר, כי האחראים על מימוש הצוואה יצטרכו לנהוג באופן המתאים למערכת הנפשית של המנוח. כיוון שייכתנו פרשנויות שונות של המערכת הכלולת, יהיה מן הדין להעדיף את הפרשנות ההולמת יותר מחלופותיה את המערכת של המנוח.⁴⁸ כבר עמדנו על כך קודם לכן, שתנאי הכרחי לאפשרות לשמור על כבוד אדם לאחר חייו הוא התקיימות הנוכחות שלו לאחר חייו בסיפורי החיים של בני אדם וזולתו. לפיכך, עקרון כבוד האדם יחד עם עקרון ההמשכיות מובילים אותנו אל העיקרון החשוב הבא, הוא עקרון הנוכחות. כל אדם, באשר הוא אדם, זכאי להתקיימות הנוכחות שלו לאחר חייו באופן המאפשר לקיים את כבוד האדם שלו לאחר חייו.

מרכיבים אלו הם רחבים מתפיסות אחרות המגינות על המת. תפיסת הנוכחות מכוננת את היחס הראוי אל בני אדם לאחר חייהם על יסוד הנוכחות שלהם המתקיימת בסיפורי חייהם של מי שנשארים אחרי אותם בני אדם לאחר חייהם. ממעוף הציפור בלבד נבהיר את ההבדל שבין תפיסת הנוכחות לבין תפיסות המציעות לכונן את היחס הזה על יסודות אחרים, כגון רצונו של האדם, כפי שהובע במהלך חייו, בדבר היחס הרצוי בעיניו לאחר חייו, או הציפיית של אותו אדם, כפי שהוא הביע אותן במהלך חייו, בדבר היחס הרצוי בעיניו לאחר חייו. אין ספק שרצונותיו של אדם במהלך חייו אמורים להיות בעלי מעמד בכל ניסיון לכונן את הנוכחות שלו לאחר חייו בעולמו של אדם החי אחריו. הרצון הוא מרכיב של הנוכחות, לצד מרכיבים אחרים.⁴⁹ נאמר כי בחייו אדם מבטא את רצונו ופועל על פיו ועל פי רגשות וערכים, בעוד שלאחר חייו אנחנו רואים התבטאויות שלו בדבר רצונו, ערכיו ורגשותיו. במילים אחרות, רצונותיו של אדם במהלך חייו יכולים להיות בדבר מה שמתרחש במהלך חייו ויכולים להיות בדבר מה שהוא היה רוצה שיתרחש לאחר חייו. גם אלה וגם אלה ימלאו תפקיד בעיצוב הנוכחות שלו לאחר חייו, משני טעמים. ראשית, כל מי שמעוניין לשמור על כבוד האדם של זולתו חייב לתת את הדעת על רצונותיו של האדם, מפני שהזיהרות שלא לפגוע בהם היא מרכיב מרכזי בשמירה על האנושיות שלו. שנית, בהתאם לעקרון ההמשכיות של תפיסת הנוכחות, ההתנהלות הראויה בנוגע לאדם לאחר חייו אמורה להיות המשך רציף ככל האפשר של ההתנהלות הראויה בנוגע אליו במהלך חייו. מכיוון שההתייחסות במהלך

48 לשם הזהירות, מן הראוי להוסיף הסתייגות לנוסח המוצע של עקרון ההמשכיות: מדובר על היבטי חייו של האדם היכולים להתנהל לאחר חייו כפי שהתנהלו במהלך חייו. לפי עקרון ההמשכיות ההיבטים הללו חייבים להתנהל לאחר חייו של אותו אדם "ככל האפשר". סקירה מקפת של כלל היבטי החיים של האדם עשויה להוביל אותנו להיבטים שבעניינם מתעורר קושי לפעול על פי עקרון ההמשכיות ללא ההסתייגות של "ככל האפשר". איננו מכירים היבטים כאלה, ואנחנו מוסיפים את ההסתייגות למקרה הצורך. אם יתגלה לנו תחום שבענייניו יהיה צורך להשתמש בהסתייגות של "ככל האפשר", נשתמש בנוסח שלה כדי להדריך את ההתנהלות הראויה. נסטה מעקרון ההמשכיות רק במידת הכרח, כאשר אין אפשרות לפעול על פיו. ללא הכרח לסטות מן העיקרון, עלינו לפעול על פיו.

49 על דרך האנלוגיה, בלשון הצירורית של ספר תהלים, משמעות החיים של אדם עומדת על שלושה מרכיבים – רצון, רגשות וערכים: "מי האיש החפץ חיים, אוהב ימים, לראות טוב" (תהלים לד 13). הרצון הוא אחד משלושת המרכיבים של נפש האדם לפי פסוק זה, ואנחנו יכולים ללכת בדרכו לצורך ההבהרה הכללית שהנוכחות של אדם לאחר חייו יכולה להיות קשורה לכל אחד ממרכיבי הנפש הללו בפני עצמו.

החיים חייבת להביא בחשבון את הרצונות של האדם, גם ההתייחסות לאחר חייו חייבת להביא בחשבון את רצונותיו, כפי שהוא הביע אותם במהלך חייו, ככל האפשר. היחס הכללי לצוואה קניינית מראה לנו בעליל שאין קושי לשמור כראוי על קיום רצונו של אדם, כפי שהוא ביטא אותו בחייו, גם לאחר חייו.

הכללת מעשים המבטאים את רצונו של אדם, כפי שהוא ביטא אותו במהלך חייו, במסגרת הנוכחות של אותו אדם לאחר חייו היא אפוא תנאי מספיק להכללת ביטוי של כבוד האדם לאחר חייו בתוך סיפור החיים של זולתו. עם זאת ביטוי רצונו של אדם, כפי שהוא ביטא אותו במהלך חייו, אינו תנאי הכרחי לעיצוב ראוי של נוכחותו לאחר חייו בתוך סיפור החיים של זולתו. אדם נוכח לאחר חייו בתוך סיפור החיים של זולתו לא רק במצב שרצונו של אותו אדם מתבטא כפי שהוא ביטא אותו בחייו. דוגמה פשוטה היא סדרי ההלוויה ונוסח המצבה של אדם. אומנם מוכרות "צוואות אתיות"⁵⁰, שבחלק מהן אדם מביע את רצונותיו בדבר סדרי הלווייתו ובדבר נוסח מצבתו, אולם בדרך כלל לא נמצא בתיאור שגרתי של חיי אדם ביטויים מפורשים של רצונותיו בדבר סדרי ההלוויה שלו או נוסח מצבתו. תיתכן גם צוואה אתית שבה המחבר מבקש מצאצאיו לנהוג, גם לאחר חייו, על פי הערכים שהוא חייב אותם לשמור עליהם בחייו. בהחלט ייתכן שיהיו בין צאצאיו מי שישמרו על הערכים הללו כדי לממש בכך את רצון אביהם כפי שהתבטא בצוואתו. עם זאת ייתכן שיהיו בין הצאצאים מי שישמרו על אותם ערכים לא מפני שאביהם רצה שהם יעשו זאת, אלא מפני שרצונם הוא לשמור על ערכיו. בנסיבות כאלה העיצוב של הנוכחות לאחר חיי האב הוא במתכונת של ניהול החיים בהתאם לערכים של האב.

דוגמה מורכבת ומעניינת יותר, המתאימה יותר להצדקה המוסרית לזכות המת לנוכחות ולא בהכרח להצדקה המשפטית, היא התנהלות בהתאם למידות האופי של אדם, לאחר חייו. אדם יכול לתת מקום בחייו לנוכחות של אדם אחרי חייו בכך שהוא מנהל את חייו לאור מידה טובה ומיוחדת במינה שהייתה לאותו אדם בחייו. חלק מן המידות, כמו הנדיבות, באות מדי פעם לידי ביטוי הודות להחלטות של האדם ולגילויי רצונו. אולם ייתכנו חיים בהתאם למידה טובה באופן המבטא אותה בשלמות ובהתמדה לא מפני שהאדם החליט לחיות בהתאם למידה הטובה, אלא מפני שהוא היה כשלעצמו, באופן טבעי ומובהק, בעל המידה הטובה הזאת. מידת הענווה היא דוגמה מוכרת.

50 להרחבה, ראו דפנה הקר "הצוואה כהזדמנות לאהבה" משפט תרבות, וספר: ספר נילי כהן 288 (עופר גרוסקופף ושי לביא עורכים 2017); Daphna Hacker, *Soulless Wills*, 35 *LAW & SOC. INQUIRY* 957 (2010); Stephen Clowney, *In Their Own Hand: An Analysis of Holographic Wills and Homemade Willmaking*, 43 *REAL PROP. TR & EST L.J.* 27, 42 (2008); Terry A. Maroney, *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, 30 *LAW & HUM. BEHAV.* 119 (2006). ראו גם את דבריו הכלליים יותר של השופט טירקל בנוגע לצוואות, ולפיהם "הצוואה היא מסמך מיוחד במינו. היא מסמך משפטי, אך מסמך זה אינו חסר נשמה. הוא כמו מכתב אישי אחרון, ביטוי של משאלות, אהבות, רגשות, ואף חשבונות, היוצאים ממעמקי לבו של אדם המהרהר במותו ובמה שיקרה אחרי מותו. כאן צופה הוא אל התחנה האחרונה של חייו – והראשונה שאחרי מותו. כאן הניסיון האחרון שלו לעצב את חייהם של הנשארים אחריו, ולמצער להשפיע עליהם. כאן תקוותו האחרונה לחיות בזכרונם באהבה ובהכרת תודה" (ע"א 7735/02 עיזבון אלבו נ' פז, פ"ד נח(3) 161, 165 (2004)).

ראוי להדגיש כאן, כי לצד ביטויי נוכחות של אדם לאחר חייו המשחזרים היבטים מסוימים של חייו בתוך סיפורי החיים של מי שנשארים אחריו, יכולים להיות ביטויי נוכחות המקיימים את דמותו של אדם לאחר חייו בלי ללכת בדרכיו הערכיות, בלי להתנהל כמוהו, בלי לפעול על פי רצונו. אנחנו מקיימים את הנוכחות של דמויות היסטוריות שליליות לא מפני שהן המודלים שלנו, אלא מפני שאחרת לא נוכל להתחיל להבין את העולם, להכיר את המתרחש ולגבש הערכה חיובית או שלילית של הדמות או של המעשים של אדם זה או אחר. ללא נוכחות של אדם לאחר חייו אי־אפשר לעסוק בשום היבט של מהלך חייו. כשאנחנו מקיימים את הנוכחות שלו, יצרנו בכך תשתית לביטוי יחס של כבוד, ככל שנרצה בו, או לביטוי יחס שלילי, ככל שנרצה בו, או לביטויים של עניין במעשיו, ככל שיהיה לנו בהם עניין.

המסקנה שהדוגמאות הללו מובילות אליה היא שלא ייתכן לבסס את העקרונות של ההתייחסות הראויה לאדם לאחר חייו על רצונותיו בלבד. כיוצא בזה, לא ייתכן לבסס את העקרונות הללו על הציפיות של אותו אדם בדבר העתיד שלאחר חייו.

לשם הבהרה נחזור ונציין את ההבחנה שבין עצם הנוכחות של אדם לאחר חייו לבין מרכיבי נפשו של אותו אדם (ערכים, רגשות ורצון), החייבים לבוא לידי ביטוי כשמייצגים את האדם לאחר חייו בהקשר כלשהו, והרלוונטיים למצב של חובה להגן על כבודו. השאלה אם הדיון במסקנות העולות בכל אחד משלושת הממדים הללו (ערכים, רגשות ורצון) הוא מוסרי או משפטי תלויה בנסיבות הפרשייה שעל הפרק, ולא בעצם ההבחנה שלפנינו.

בשונה מן הגישה שלנו, לפי מיכאל בירנהק ההכרה בזכויותיו המשפטיות של המת לאחר מותו כרוכות בעצם בחייו ונעוצות בתאוריית הרצון,⁵¹ והוא מכנה אותן זכויות של "המת שחי".⁵² לדידו של בירנהק, אין מקום להכיר במושג משפטי נפרד של "זכות המת", אלא בזכויות של אנשים חיים שמתו ("המת שחי"); לכן לדבריו יש צורך במערכת משפטית־חברתית שתבטיח לאנשים החיים כי רצונותיהם וציפיותיהם בקשר לגורלם לאחר מותם יתקיימו, משום שאלו רצונותיהם וציפיותיהם בעודם בחיים.⁵³ זאת ועוד, גם במקרים שהוא מציין כמצדיקים הכרה בזכות משפטית, בירנהק סבור כי "זכות המת" ראוי שיהיה בה "פחת" או "התיישנות" לאורך זמן מהטעם ש"ההיחלשות של 'עוצמת הזיכרון' מכתיבה את החלשת הזכות אחרי המוות".⁵⁴

51 בירנהק "זכויות המתים", לעיל ה"ש 7, בעמ' 63-66.

52 שם, בעמ' 61: "מן האמור עולה כי אין מקום להכיר במושג משפטי של 'זכות המת', אלא רק כאשר יש צורך חברתי ליצור מערכת משפטית־חברתית שמבטיחה לאנשים החיים כי רצונותיהם וציפיותיהם בקשר לגורלם לאחר מותם יתקיימו, וזאת לפי הזכות הפרטיקולרית שבה מדובר, בכפוף לכך שהציפייה סבירה, ותוך בדיקה קפדנית כי אין מדובר במצג חיצוני־טורי נוח לצדדים שלישיים שמאחוריו מסתתרים אינטרסים אחרים; לבסוף, גם כאשר אנו מכירים בציפייה סבירה של חצי שמת שראויה להגנה, יש לאזנה, כמקובל במשפט החוקתי הישראלי, עם אינטרסים וזכויות יריבים, ככל שיש כאלה. במילים אחרות, לביטוי 'זכויות המת' אין משמעות אלא כמטבע לשון, הזכות היא לכל היותר (אם אנו מכירים בקיומה) של האדם שהיה חי וכעת הוא מת. זהו המת שחי".

53 שם.

54 שם, בעמ' 114 (ההדגשה הוספה).

יתר על כן, וככל שעסקינן בזיכרון, גם במאמר שנכתב לא מכבר ואשר עוסק במורשת הדיגיטלית של אדם, מיכאל בירנהק וטל מורס ממחישים כיצד זיכרונות המתים עשויים לקבל ביטוי מוחשי באמצעות מודל המתבסס גם הוא על תאוריית הרצון של המשתמשים ועל מימוש האוטונומיה שלהם.⁵⁵ מבלי להידרש בפירוט לסוגיה של עיזבון דיגיטלי ולזכויות המתים בענייניו של עיזבון דיגיטלי, הנוכחות ולא הזיכרון היא שמבטיחה שמירה על כבוד האדם. הזיכרון הדיגיטלי של אדם הוא חומר גלם לפרשנות בדבר ערכיו, רגשותיו, רצונותיו וההתנהלות שאפיינו אותו. כל זיכרון הוא חומר גלם לפרשנות כזו. הנוכחות של אדם, בהיותה נוכחות של דמות, על כל מרכיבי נפשה, או לפחות רובם, אינה הזמנה לפרשנות. היא הזמנה להיכרות, להוקרה ולכל אחד מן היחסים שיש לבני אדם עם בני אדם אחרים, בחייהם ובחיי זולתם.⁵⁶

נוסף על תאוריית הרצון, בירנהק מונה ביסוס אפשרי נוסף לזכויות המת, אשר מצוי לדידו בתאוריית האינטרס. תאוריה זו, בשונה מתאוריית הרצון, מעגנת את הציודק הנורמטיבי לזכות המשפטית בכך שהזכות המשפטית מגינה על אינטרס שהחברה מכירה בחשיבותו. לפי בירנהק גישה זו היא רחבה מגישת הרצון, שכן היא מאפשרת להגן על אינטרס חיצוני למת אף אם לבעליו אין את היכולת להביע את הרצון להגן על אותו אינטרס.⁵⁷ מבלי להיכנס בפירוט רב לפרטי ההצעה של בירנהק,⁵⁸ נציג שתי נקודות שבהן תפיסת הנוכחות שונה מאוד מן הגישות שמציע בירנהק. כבר ראינו בסעיף הראשון של הפרק כי אין מקום לבסס על מערכת הרצונות והציפיות של האדם בדבר הנעשה לאחר חייו את עקרונות ההתייחסות הראויה לבני אדם לאחר חייהם. תפיסת הנוכחות נותנת מקום בביטוי הנוכחות של אדם לאחר חייו לכל מרכיבי הנפש, ובהם הרצון והציפיות, אך גם למרכיבים אחרים של הנפש – בראש ובראשונה לערכים ולמידות הטובות. על כן נוכחותו של המנוח לאחר

55 מיכאל בירנהק וטל מורס "מחפצי זיכרון לזיכרונות דיגיטליים" משפט חברה ותרבות ז (צפוי להתפרסם ב-2024).

56 ראו הצעת חוק הגישה לתוכן דיגיטלי לאחר פטירתו של אדם, התשפ"ד-2024, ה"ח 1016. הצעת החוק מבוססת על הצעת חוק פרטית (פ/4163/25) של חבר הכנסת ארז מלול. ראו קפלן "הצעת חוק הירושה (תיקון – הורשת זכויות דיגיטליות), התשפ"ד-2024" הפורטל המשפטי לאינטרנט, סייבר וטכנולוגיית מידע (3.1.2024) <https://www.law.co.il/legislation/2024/01/03/digital-rights-inheritance-private-4163-bill>.

57 בירנהק "זכויות המתים", לעיל ה"ש 7, בעמ' 66. בירנהק גורס כי לפי תאוריית האינטרס, היריבה לתאוריית הרצון, היתרון שהזכות מקנה לבעליה אינו בגיבוי הרצון של בעל הזכות, אלא בכך שאינטרס כלשהו של בעל הזכות זוכה להכרה ולאכיפה; על היריבות בין התאוריית "רצון" ו"אינטרס" ולניסיון מעניין לגישור ביניהן, ראו Leif Wenar, *The Nature of Rights*, 33 PHIL & PUB. AFF. 223, 238-239 (2005).

58 בירנהק "זכויות המתים", לעיל ה"ש 7. בירנהק מראה במאמרו גם הוא כי יש פסיקה וחקיקה רבה אשר מגינות על אינטרסים של המתים, על אף הוראת ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית. בירנהק טוען, בצדק, כי ההגנה על זכות המת אינה אחידה, אינה עקבית ולרוב אינה מנומקת, ולפיכך מותירה חוסר קוהרנטיות בקשר למתים ולזכויותיהם. כמו כן הוא מציין, כפי שהראינו גם במאמר זה, ש"כבוד המת" מופיע בפסיקה כנגזרת של "כבוד האדם" ולכן, לדידו, אין לתמוך משפטית באינטרס עצמאי של בני המשפחה.

המוות כוללת בתוכה גם את רצונו של המנוח, אולם מדובר רק בפרמטר אחד מתוך שלל פרמטרים אשר מרכיבים יחדיו את תפיסת הנוכחות של המת.

גם תמונת האינטרסים של אדם בדבר מה שעתיד להתרחש לאחר חייו היא תמונה צרה מדי. קשה להעלות על הדעת שחזור משמעותי של דמות אנושית מתוך תיאור של אינטרסים שיוחסו לה בחיי האדם. זוהי תמונה שאינה יכולה לשקף את ההרכב המיוחד של מרכיבי נפש האדם, ולפיכך גם לא את המגוון המוכר בתרבויות השונות של ביטויי נוכחות של אדם בתוך סיפורי החיים של זולתו, לאחר חייו. לאדם שהיה עניו כל ימיו לא היה אינטרס בענווה במהלך חייו, וגם לא היה לו אינטרס בענווה כחלק מדמותו בנוכחות שלו לאחר חייו. תמונת אינטרסים נראית זרה לחלוטין לעולמו של אדם כזה במהלך חייו, ואותה זרות מתגלה כשמתבוננים בעיצוב הראוי של הנוכחות שלו לאחר חייו. אין כאן אינטרס בענווה, אלא חיים על פי המידה הטובה הזאת. כמו כן נוכל לראות, כי גישת האינטרסים היא צרה בכל מקום שבו בא לידי ביטוי רגש חיובי בהקשר שאינו כרוך בגמול כלשהו; טלו כמשל יחסי הורות כדוגמה פשוטה לכך. אפשר לראות זאת גם בכל מקום שבו אדם מתנהג על פי ערכיו, שלא על מנת לקבל פרס או תגמול. חירוף הנפש לטובת אדם הזקוק לעזרה וכל פעולה אלטרואיסטית טהורה עשויים להיות דוגמאות נוספות בעניין. עם זאת בכוא בית המשפט להכריע בשאלות הנוגעות לאדם לאחר חייו, מן הראוי יהיה לפי הגישה שלנו, שהוא יביא בחשבון גם את המידות, את הערכים ואת הרגשות שהתבטאו בחייו של המנוח, ולא רק את רצונותיו כפי שהתבטאו בצוואתו.

ראוי להבהיר, שההבדל בין תפיסת הנוכחות לבין תפיסת הרצון, הציפיות או האינטרסים אינו נעוץ בהבדל שבין מה שראוי להגנה מוסרית בלבד לבין מה שראוי להגנה משפטית לצד ההגנה המוסרית. לפי תפיסת הנוכחות, עדויות בדבר ערכיו של המנוח, שהתבטאו במידותיו הטובות במהלך חייו, הן בעלות משקל בכואנו, דרך משל, לפרש צוואה קניינית של המנוח או צוואה אתית בעלת מרכיבים מעשיים. התנהלות בהתאם לעקרון ההמשכיות כאשר לפנינו עיצוב חד, מגובש ומתמשך של ערכים או של מידות חייבת להיות בעלת משקל בשיקולים המשפטיים בדבר פרשנות או מימוש צוואה נתונה.

נקודה נוספת שבה תפיסת הנוכחות שאנו מציעים שונה מתפיסתו של בירנהק היא, שתפיסת הנוכחות אינה נותנת למשך הזמן העובר על דמותו של אדם לאחר חייו שום מעמד מכריע בדבר נוכחותו בסיפורי החיים של זולתו. אומנם יש בני אדם המצטיירים כ"משתכחים מן הלב", בעיקר מפני שהם אינם מוזכרים בשיח השגרתי של הבריות. אלא שהנוכחות אינה עומדת על השיח השגרתי של הבריות. דוגמאות פשוטות הן דמויות היסטוריות, כמו למשל ביאליק וטשרניחובסקי וכן דוד בן-גוריון וחיים ויצמן. הנוכחות שלהם באה לידי ביטוי לא רק בבית העלמין או בשמם של רחובות רבים, אלא גם באופן מלא ומשמעותי יותר בסיפורי החיים של רבים, אם גם לא של כולם. לפי הגישה שלנו, אין חשיבות למספר השנים שעברו מאז חיו כאן המשוררים או המדינאים הללו כדי לקיים את הזכות שלהם לנוכחות – בתור התנאי ההכרחי לכל גילוי של שמירה על כבוד האדם שלהם – בלי שום זיקה לקרובי משפחה שלהם (אם יש כאלה) הנמצאים בינינו או לרצונות שלהם שהובעו בחייהם במפורש. לסיכומם של דברים, בעוד בירנהק אינו מכיר בזכויות שקמות לאחר המוות,⁶⁷ נראית לנו

59 שם, בעמ' 67.

העמדה ולפיה תפיסת הנוכחות המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר מהווה מקור עצמאי ופרשני ליצירת זכויות,⁶⁰ מאפשרת את המסקנה כי אכן יכולות לקום זכויות למנוח אף לאחר לכתו, גם אם הן אינן נעוצות במצב שבו נמצא האדם בחייו ובחייו הביע דרישה מוצדקת הנותנת מקום לייחוס זכות. לכל אחד מארבעת האישים שהזכרנו כאן יש זכות לכבוד ולשמירה על כבוד האדם שלו בממדים שונים גם לאחר חייו; אולם כדי שנוכל לגלות כבוד לאדם לאחר חייו מוכרחה להיות לו נוכחות, ומכאן זכותו לנוכחות לאחר חייו. דוגמה מעשית קיצונית תהיה החובה להתנגד לכל השכחה מלאכותית – באמצעות הרס בית עלמין, מחיקה במרשם התושבים (ההיסטורי) או השמדה של כל כתביו ומסמכיו.

נציין שהזכות להיות בעל נוכחות אינה נעוצה בשיקולי תרבות, אתיקה או מוסר, אלא בזכות החוקתית לשמירה על כבוד האדם גם במוותו, מה שלא ייתכן מושגית בלי נוכחות. כוונה להרוס בית עלמין עתיק או להזניח בית עלמין כזה לשיני הזמן היא פגיעה בזכות לנוכחות, לפני שנתחיל לחשוב על פגיעה בזכויות העומדות על חובת השמירה על כבוד האדם; ומוכן שבמקרה זה אין מדובר באינטרסים של הנפטרים הקבורים בבית העלמין העתיק, גם אם אין צאצאים היוצאים להגנתם.

נחזור ונדגיש את המעמד של טענות בדבר הזכות לנוכחות בשיקולים משפטיים בדבר היחס הנדרש אל אדם שהלך לעולמו. כל מה שאנחנו טוענים בדבר הנוכחות והזכות לנוכחות הוא נגזרת לוגית של מה שאנחנו מוצאים בפרשנות החקיקה והפסיקה בדבר כבוד האדם. קיום הנוכחות הוא תנאי הכרחי. מוכרחה להיות דמות כדי שנוכל לגלות כלפיה יחס של כבוד. יתר על כן, הדמות האמורה להתקיים בנוכחות ולזכות בכבוד היא דמותו של האדם המנוח בעיני עצמו, כפי שהיא משתקפת בעיני שאריו. הדמות הזאת כוללת הרבה יותר מביטויי רצון, הבעת ציפיות ואיתור אינטרסים. זוהי דמותו של אדם הנמצאת ביסוד יחס הכבוד שנביע אליו, ובתור דמותו של אדם היא בעלת מרכיבים שונים ובהם הערכים, המידות והרגשות ולצידם הרצונות והציפיות.

לקראת סיום סעיף זה נבקש להתייחס בקצרה לטענת נגד אפשרית לגישה הקוראת להכיר בזכויות משפטיות המגשימות את נוכחותו של המת. התייחסותנו נדרשת נוכח עמימות הזכות לנוכחות, אשר עשויה להוביל להתדיינויות משפטיות רבות, בין אם עסקינן בזכויות החיים ובין אם מדובר בזכויות המתים. על טענה זו ניתן להשיב כי בתי המשפט מודגלים, כעניין שבשגרה, לגזור זכויות משפטיות קונקרטיות מעקרונות משפטיים מופשטים, ובכלל זה

60 אנגלרד, לעיל ה"ש 9; ראו והשוו לגישתו של הנשיא לשעבר ברק, המצדד בהיקף רחב לזכות "כבוד האדם", וכדבריו במאמרו אהרון ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א 253, 261 (התשנ"ג): "על פי גישה פרשנית זו, המושג 'כבוד האדם וחירותו' צריך לקבל את משמעותו המלאה. יש ליתן לו אותו תוכן, אשר ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית מעניקים (או בייקטיבית) למושג 'כבוד האדם וחירותו'. מהותו תקבע לפי תפיסת היסוד של 'הציבור הנאור' בישראל". וראו ביקורת על הגדרה רחבה זו אצל אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" משפט וממשל ז 469, 475 (התשס"ה), המתייחס לאמרה זו כ"פסיקתה המוקשה של הנשיא ברק". כן ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי־מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257, 264–267 (1997).

בייחוד כאשר הנורמות המשפטיות מנוסחות כ"סטנדרט" ולא כ"כלל".⁶¹ יתר על כן, אנחנו כופרים בטענה בדבר העמימות המרובה או המהותית של טענות הנוגעות למרכיבי הדמות המתקיימת בנוכחות. מידה רבה של עמימות קיימת בכל תיאור מילולי – לא־מתמטי – של מרכיבי המצב העומד על הפרק. גם אם לפנינו צוואה כתובה וחתומה, בהשגחת עורכי דין, עדיין ייתכן שהטקסט שלה ישאיר יותר ביטויים עמומים מאשר תמונת דמותו של המנוח, הכוללת באופן הבולט ביותר את מערכת הערכים שלו, שעל פיה הוא חי. זאת ועוד, כך או אחרת, טיעון מסוג זה אינו יכול לשמש מחסום או מסנן למימושן של זכויות, ודאי שלא כאלו הקשורות לכבוד האדם.

3. "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו" – האומנם?

נקודת מוצא לדיון המשפטי של זכויות המת מצויה בסעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית, אשר מצהיר כי "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו".⁶² קריאה דווקנית של לשון הסעיף מעלה לכאורה, כי לאחר פטירתו אין האדם כשר עוד לרכוש זכויות או לחוב חובות, זכויות וחובות הקשורות קשר הדוק לאישיותו פוקעות ועזבונו עובר ליורשיו.⁶³ עם זאת לפי התפיסה המקובלת, מושג ה"אדם", הנהנה מזכויות משפטיות, הוא רחב ממושג "האישיות המשפטית" לפי סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית.⁶⁴ כלומר, בעוד שבעל הכשרות המשפטית הוא האדם מגמר לידתו ועד מותו,⁶⁵ הפסיקה מרחיבה את ההגנה על כבודו של אדם ועל חלק מזכויותיו גם באשר למת,⁶⁶ ובכך למעשה מרחיבה בפועל גם את תפיסתה באשר לאישיותו המשפטית. דוגמאות לכך אפשר למצוא בהכרה החקיקתית והפסיקתית באינטרסים מוגנים הנוגעים לנפטר עצמו, כגון אלה: החובה להביא את המת

61 מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1987).

62 ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית.

63 אנגלרד, לעיל ה"ש 9.

64 שם, בעמ' 16-18.

65 ס' 2 ו-4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ס' 8 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 אומנם קובע כי: "הביטוי 'עד...' לעניין זמן או לעניין מובאה – משמעו עד ועד בכלל", אך לא נראה שמכוחו ניתן לייחס למחוקק כוונה להחיל את עצמו גם על התקופה שלאחר המוות.

66 אנגלרד, לעיל ה"ש 9; ראו את פסקי הדין הבאים: בג"ץ 6126/94 שנס נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 867 (1999); ע"א 9486/00 וירג נ' המועצה הרתית כרמיאל, פ"ד נז(1) 565, 570 (2002); בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp, פס' 134-136 לפסק הדין (נבו) 29.10.2008 (להלן: עניין Simon); עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 1, בעמ' 523; בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 172 (2000); ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, 801-802 (1993); בג"ץ 4638/07 חברת אלאקסא אלמובארק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל (נבו) 29.10.2007; ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היס (נבו) 7.7.2008.

לקבורה והאיסור להוציא את הגופה מקברה;⁶⁷ הזכות להיקבר בכבוד;⁶⁸ הזכות לפרטיות;⁶⁹ שמירה על רצון המת במילוי צוואתו;⁷⁰ זכותו של המת לשם טוב הקבועה במפורש בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. תפיסה זו נשמעת היטב בפסיקת בית המשפט העליון, אשר מכירה בכך שכבוד האדם אינו עניין לימי חייו של האדם בלבד, אלא גם לאחר שהלך לעולמו.⁷¹ לפיכך, פרשנותו הנכונה של סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית, וודאי שבאמצעות קריאתו בראי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הכולל במושג כבוד האדם גם את כבוד המת,⁷² אינה כפי שהיה אפשר להתרשם במבט ראשון.

כזו היא גם עמדתו של מאמר זה, אשר מצדד בגישה המוזכרת כלא-מקובלת באגביות מה גם בספרו של יצחק אנגלרד על "חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות", ולפיה אין לראות במוות פגיעה מוחלטת של האישיות המשפטית בשל האינטרסים המוגנים הנוגעים לנפטר עצמו.⁷³ אף שההשקפה הרווחת יותר היא כי הזכויות שלאחר מות הנפטר ניתנות ליורשיו ולקרוביו, לדידנו תפיסת הנוכחות מנכיחה בראש ובראשונה את המת וחלק מזכויותיו שלו הקיימות גם לאחר מותו, גם אם מטבע הדברים הן מוצאות לפועל בידי מעגל חיצוני לו וגם אם באמצעות נוכחות זו של המת מוגשמים גם אינטרסים של מעגלים נוספים לשלו. זה המקום להציג בקצרה שני עקרונות ראשוניים בדבר תחימת ההגנה על כבוד האדם לאחר חייו: ראשית, כל זמן שיש לאדם נוכחות, יש בסיס לדרישה לשמור על כבוד האדם שדמותו נוכחת בחיי זולתו. ללא נוכחות שכזו לא יהיה מקום לדרישות פרטניות, אלא לכל היותר לדרישות בדבר קבוצה שאדם מסוים היה אחד מבניה. אפשר להמחיש זאת

67 ראו פקודת בריאות העם מס' 40 לש' 1940; תקנות בריאות העם (קבורה-מחדש), 1941.

68 ראו עניין וידג, לעיל ה"ש 66.

69 ראו רע"א 1917/92 סקולר נ' ג'רבי, פ"ד מז(5) 764, 773 (1993).

70 שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 כרך א 35-39 (1992); ע"א 724/87 כלפה (גולד) נ' גולד, פ"ד מח(1) 22, 28 (1993).

71 אהרן ברק פרשנות במשפט ג 437-438 (התשנ"ד); עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 1, בעמ' 520.

72 אנגלרד, לעיל ה"ש 9, בעמ' 40: "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מהווה מקור פרשני ועיוני להגדרת גבולותיו של כבוד המת תוך הבנה שכבוד האדם אינו עניין רק לימי חייו של האדם בלבד אלא גם לאחר מותו".

73 אנגלרד, שם, בעמ' 40-41, מדגיש, בדומה למהלך במאמר הקודם שפרסמנו (ראו בוקשפן וכשר, לעיל ה"ש 2), כי ביכולותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו להרחיב את גבולות ההגנה המשפטית על האינטרסים המוגנים של המת, כך שהלכה למעשה אפשר לומר שבמובנים מסוימים לא בהכרח מתקיימת פגיעה מוחלטת של האישיות המשפטית עם מותו של האדם. לקריאה רחבה ומהותית של מושגים משפטיים דוגמת "אישיות משפטית", ראו את דבריו הנכוחים של ברק, שלפיהם "מושגי המשפט הם נקודות מוצא ראיות. מכאן חשיבותם. אל להם להיפך לנקודות סיום מחייבות. מכאן סכנתם... מושגי המשפט אינם אדונים. אין הם אלא עוזרים מסייעים. הם פרי השקילה והאיוון בין שיקולים מתנגשים. הם תוצאה של התנגשות בין ערכים נוגדים. אין הם הערכים עצמם. על-כן, עלינו להיעזר במושגים היוריספרודנטליים. עלינו לראות בהם מסד לפעולותינו. אך עלינו להיות מוכנים, בכל מקרה, לסטות ממושגיות קיימת, לשנותה או לבנות מושגיות חדשה. איננו חיים עוד בעולם של מושגים. העיקר הוא המטרה החברתית שהמשפט נועד להגשים, ולא המושגים שבהם עוטה המשפט" (דנג"ן 4601/95 סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 826-827 (1998)).

ברוגמה שבה שרידי אדם לא-מזוהים נחשפים בחפירות ארכאולוגיות, המחייבים הגנה על כבוד האדם במתכונת של כבוד לקבוצה האתנית שעימה נמנה בחייו האדם שאלה שרידיו, לערכיה ולתרבותה. שנית, ייתכן שהנוכחות של אדם תהיה רחוקה מאוד מן המציאות הנוכחית, במישור הרצון של האדם, במישור הגשתי ובמישור ערכיו, ואף ייתכן שכל אחד מאלה אינו ניתן לביטוי של ממש בתרבות זמנו – לא בהתנהלות אנושית וגם לא בשפה המדוברת. במקרה כזה ייתכן לשמור על כבוד האדם שלו ברמה מינימליסטית של שמירה על כבוד אדם כאשר הוא אדם, מבלי לדעת עליו כלום.

הנוכחות של אדם לאחר חייו בתוך סיפורי החיים של זולתו מתבטאת במעשים שעושה הזולת כדי לבטא את אותה נוכחות. מרחב הדרכים השונות לביטוי הנוכחות יכול להתרחב ולהשתפר ואף לכלול מרכיבים חדשים, שכלל לא היו קיימים במהלך חייו של המנוח. דוגמה פשוטה היא המצבה המוצבת על מקום מנוחתו של אדם בבית העלמין. ייתכן שסגנון המצבות הולך ומשתנה עד כדי כך שברבות הימים כבר אין כמעט מצבות בסגנון הישן, ומרביתן הן בסגנון החדש. זכותו של אדם להיות בעל נוכחות הולמת היא הזכות להיות בעל מצבה הולמת. בנסיבות המתוארות סגנון המצבה שלו יהיה סגנון שכלל לא נהג בחייו, אך אין בכך כדי לגרוע מתוקף הזכות שלו למצבה הולמת. נציין שזכויות אלה הן שלו, וככל שהדברים אמורים בשאריו, זכויותיהם נגזרות מזכותו של המנוח לנוכחות.

מן הדיון שלנו ניתן להגיע למסקנה כללית וחשובה. ההתבוננות על תפיסת הנוכחות כחלק מתפיסת כבוד האדם שעליה עמדנו מוקדם יותר בסעיף הראשון של הפרק מרחיבה את הפרשנות של סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית באמצעות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובאמצעות הכללת המושג "כבוד המת" בתוך המושג "כבוד האדם", מושג אשר כולל קודם כול את כבוד האדם שהלך לעולמו. נוסף על כך, המושג כולל גם את כבודם של מי שנתרו אחריו.⁷⁴

כמו כן, מהתייחסויות שונות שניתנו מפי בית המשפט העליון⁷⁵ ניתן ללמוד שהן כורכות את כבוד המת עם כבוד האדם, ומהדהדות את תפיסת הנוכחות שמאמר זה עוסק בה. הזכות

74 "פגיעה בכבוד המת היא, אפוא, פגיעה בכבודם של החיים, ובכך היא מהווה פגיעה בזכות חוקתית הראויה להגנה חוקתית. השקפת החברה האנושית על ערך כבוד המת כערך-על בחיי הפרט והכלל, וכחוליה מקשרת בין דורות שחלפו לדור ההווה ולדורות שיבואו, היא אחד המאפיינים לרציפות המתמשכת של הקיום האנושי" (עניין Simon, לעיל ה"ש 66, בפס' 135); "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... בין החיים לבין המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכנו ואשר נותן ביטוי לאמוני הנפש הנכספים. זוהי ה'יד' שהחיים מושיטים למתים" (עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 1, בעמ' 523).

75 ראו למשל התבטאויות אלו: השופט חשין: "כבוד האדם וחירותו פורש עצמו גם על כבוד המת" (עניין סנש, לעיל ה"ש 66); המשנה לנשיא אלון: "כבוד האדם אינו עניין לימי חייו של האדם בלבד, אלא גם לאחר שהלך לעולמו" (ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 102 (1993)); המשנה לנשיא אלון: "כבוד האדם' בענייננו משמעו, בראש ובראשונה, כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר" (עניין הגר, לעיל ה"ש 66, בפס' 11); השופט ג'ובראן: "ההגנה על כבוד האדם כוללת בחובה את ההגנה על כבודו של החי ועל כבודו של

לכבוד האדם ולנוכחותו חיה ונושמת גם לאחר מותו של האדם, האדם הוא כבודו וכבודו של האדם הוא האדם – בין חי ובין מת, כפי שיודגם במפורט בהמשך במסגרת הפרק הבא. נסכם חלק זה ונאמר כי לפי תפיסת הנוכחות, כל אחד ממרכיבי נפשו של אדם – הרצון, הרגשות והערכים – יכול לעמוד כשלעצמו במרכזה של הדמות המתקיימת בנוכחות מובהקת של האדם לאחר חייו, באופן המבטא כבוד למרכיבי נפשו כפי שהיו במהלך חייו. הנפקויות המשפטיות של תפיסת הנוכחות הן רבות ומגוונות, ומאמר זה מביא רק את תחילתו של הדין בנושא באמצעות כמה דוגמאות כקצה קרחון. עם זאת ולצורך הצבת נתיב שבו תוכל הפסיקה לצעוד, אנו מציעים להשלים את הלקונה שבסעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית באמצעות תוספת של סעיף קטן חדש, אשר יבטא את ההכרה בקיומן של זכויות משפטיות הקשורות לנוכחותו של אדם בעולמות החיים גם לאחר מותו, ובו ייכתב כך:

”(א) כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו.
 (ב) אין באמור בס”ק (א) כדי לשלול הכרה בזכות כלשהי המבוססת על נוכחותו של אדם לאחר מותו אלא אם כן הוכח שהיו שיקולים מכריעים, על יסוד ערכי, רגשותי ורצונותיו של המנוח שלא תתממש אותה זכות שלו.”

הגדרה זו אינה מתבססת על חזקה בדבר רצונו של המנוח, אלא על נוכחותו הממשיכה להתקיים לאחר מותו בעיני זולתו, על כל מרכיבי נפשה של דמותו – הערכים, הרגשות והרצונות. היא משקפת בעינינו את הדרך הראויה, כמו גם את הדרך המצויה לרוב בפסיקה בית המשפט, לקיום ולטיפול כבוד האדם באשר הוא אדם גם לאחר חייו.

ב. המשפט המצוי בראי תפיסת הנוכחות – מעגלי ההגנה על כבוד המת

בפרק הקודם הצגנו את תפיסת הנוכחות, גם כשלעצמה וגם בהשוואה לתפיסות חלופיות. בפרק זה נעסוק בתרומה האפשרית של תפיסת הנוכחות לדיונים משפטיים במגוון של סוגיות שכבר העסיקו את בתי המשפט.

בפתיחת הפרק המשפטי הנוכחי נחזור ונדגיש את מקומו של רעיון הנוכחות במסגרת ההסדרים, הזכויות והחובות שהדיון המשפטי מסתמך עליהם. הנוכחות של אדם לאחר מותו מתקיימת בסיפורי חייהם של בני אדם הנשארים אחריו – קרובים, מכרים וכדומה. הנוכחות המתקיימת בחייו של כל אחד משאריו היא הדמות של המנוח כפי שהיא משתקפת בחיי אותו אדם אצל שאריו.

העמדה המקובלת והמוצדקת במשפט המצוי היא, שהזכות לשמירה על כבוד האדם שלו עומדת לאדם לא רק בחייו אלא גם לאחר מותו. הטענה המושגית העיקרית של הפרק הקודם, שיש להשתמש בה גם בדיון המשפטי, היא שקיום הנוכחות של אדם לאחר מותו הוא תנאי הכרחי לכל גילוי של שמירה על כבוד האדם הזה לאחר מותו. לשם גילוי של כבוד חייב להיות מושא של גילוי הכבוד, והמושא הזה הוא דמותו של המנוח כפי שהיא מתקיימת בחייו של זולתו לאחר מותו.

המת גם יחד” (בג”ץ 6685/05 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע”מ נ’ חברת י.ג. ארכיאולוגיה חזוית בע”מ, פס’ 17 לפסק הדין (נבו 18.1.2007)).

זו הטענה המשפטית שעלתה מן הדיון המושגי שלנו: כיוון שלאדם עומדת הזכות לשמירה על כבודו גם לאחר מותו, ומכיוון שתנאי הכרחי לשמירה על כבוד האדם שלו לאחר מותו הוא קיום הנוכחות שלו בחייו, יש לאדם זכות לנוכחות לאחר חייו. זכות זו עומדת על היחס המושגי שבין זכות הכבוד לבין התנאי ההכרחי לאפשרותה, שהוא קיום נוכחות. בפרק זה נבחן את תפיסת הנוכחות בראי המשפט המצוי באמצעות התבוננות בשלושה מעגלי אינטרסים הקשורים למת. מעגלים אלו, הקשורים למת והמגינים על כבודו, פורטו בידי השופטת פרוקצ'יה בפסק הדין שניתן בעניין Simon.⁷⁶ המעגל הראשון, אשר בעיקר בו נתמקד מפאת קוצר המקום, קשור למת כשלעצמו והוא מהדהד את תפיסת הנוכחות והמקור לה: "שורשי של אינטרס זה בציפייתו הלגיטימית של אדם, בעודו בחייו, כי כבודו, ציפיותיו, רצונותיו ומורשתו, יישמרו ויכובדו גם לאחר פטירתו".⁷⁷ המעגל השני עניינו בהגנה על אינטרסים הקשורים גם לשאריו ולקרוביו של הנפטר, אשר פגיעה בזכרו ובכבודו עשויה להיות שלובה גם בפגיעה בכבודם שלהם,⁷⁸ ועניינו של המעגל השלישי בהיבט הציבורי-חברתי הקשור גם הוא לכבוד המת.⁷⁹ שלושת מעגלי האינטרסים קשורים קשר הדוק וראשוני לכבוד המת, ומהם ניתן לגזור מספר לא-מבוטל של זכויות ושל הגנות אפשריות על כבודו של המת. במילים אחרות, חלק מההגנות פורס את כנפיו אל עבר מעגלים רחבים יותר של הגנה על כבודו של המת, בהקרנתו על עולמות שאריו של המת, וחלקן נובע מתפיסה ערכית רחבה, הדורשת מן החברה לכבד את המת כחלק ממקומו של הפרט בקהילה;⁸⁰ הגם שכך, מקורותיהן של ההגנות בשלושה מעגלים אלו מוצדקים כולם, בראש ובראשונה באמצעות תפיסת הנוכחות הקשורה קשר הדוק לכבוד האדם שמת.

76 עניין Simon, לעיל ה"ש 66. נעיר כי מעגלים אלו אוזכרו כבר בפסק הדין בעניין קסטנבאום – "יקרא דשכבי (כבוד המת), יקרא דחיי (כבוד החיים) ויקרא דישאל (כבוד ישראל)", אך לא זכו להרחבה (עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 1, בעמ' 493).

77 עניין Simon, לעיל ה"ש 66, בפס' 139.

78 "הלכה פסוקה היא, כי 'כבוד האדם' בענייננו משמעו, בראש ובראשונה כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר" (המשנה לנשיא אלון בעניין הגר, לעיל ה"ש 66, בפס' 11). בכל הכבוד, כבוד האדם לאחר חייו מקביל לכבוד האדם במהלך חייו, וזה אינו מתמצה במישור הרצון המפורש או המשוער. כבוד האדם קשור מאוד לרצונו, אך לא פחות מכך גם לערכיו של האדם ולרגשותיו כפי שהוא חווה וביטא במהלך חייו. וראו בהרחבה: כשר ספר הנוכחות, לעיל ה"ש 6, פרק 16.

79 ראו את עניין Simon, לעיל ה"ש 66, בפס' 139: "הנפטרים היו בחייהם חלק בלתי נפרד מן החברה, מן הציבור ומן המדינה; כשם שהחברה חבה בהגנה על כבודם בחייהם, כך היא חבה בכבודם כמותם. היא חבה גם בכבוד בני המשפחה וקרוביו החיים של הנפטר, שהם חלק ממנה. היא חבה בכיבוד רגשות הדת והקדושה המתלווים למושג כבוד הנפטר בדתות ובמסורות השונות. כיבוד המת בידי החברה הוא ערך המקשר בין הדורות שחלפו לדורות שיבואו, ומהווה חוליית החיבור ברצף הקיום האנושי לדורותיו. ההגנה על כבוד המת אינה מצטמצמת, אפוא, לעולמו של הפרט הנפטר וקרוביו, אלא היא משקפת אתוס חברתי כללי; חברה שאינה מכבדת את זכרם של בניה שהלכו לעולמם פוגעת באחד מעקרונות התווך העומדים בבסיסה".

80 שם, בעמ' 55-57.

1. ההגנה על המנוח כשלעצמו – מקרי מבחן

מקרי המבחן שיידונו בסעיף זה מצויים בעיקר במעגל הראשון המתמקד במישרין במת עצמו, ואשר נוגעים לשימוש בגופו של המת לצורך תצוגה, לשלמות גופו של המת, לשאלות בתחום הירושה, לשאלות הנוגעות לשמו הטוב של המת, לפרטיותו ולשימוש בזרע או בביצית לאחר מותו של האדם.

(א) שימוש בגופו של המת לצורך תצוגה

אחד הביטויים החשובים של השמירה על כבודו של אדם היא התנהלות באופן שיש בו הבדל ברור ומתמיד בין ההתייחסות לאדם לבין ההתייחסות לחפצים (דוממים). ההכרה בכך רווחת עד כדי כך שהביטוי "החפצה" מציין התנהגות הראויה לגנאי, מפני שיש בה התייחסות אל אדם כאילו הוא חפץ. ברוח זו ניתן לפרש את הנורמה העתיקה "הווה מקדים שלום לכל אדם"⁸¹, הדורשת לבטא בצורה ברורה את ההבדל בין אדם שפוגשים בו לבין חפץ שחולפים על פניו.⁸²

במצבים מסוגים אחרים, אשר פוגשים את חיינו כחלק מגלגל החיים, אנחנו אמורים (יש שנאמר צריכים) להתנהל כראוי לנוכח שרידים של בני אדם, בדרך כלל שלדים של בני אדם או חלק מעצמותיהם. כל אחד מן המצבים הללו מופיע במסגרת הקשר הבא להעניק משמעות מסוימת לעיסוק בעצמות בני אדם לאחר חייהם. חשיפת שלד בחפירה ארכאולוגית היא דוגמה למצב שבו ההקשר המדעי וההקשר התרבותי מעניקים משמעות לחשיפת השלד; בעיני רבים המשמעות המדעית והמשמעות התרבותית של החפירות הארכאולוגיות מקנות לעיסוק בשלדים גם הצדקה.⁸³ אנחנו סבורים שלשם הצדקה שכזו דרוש עיגון במערכת הנורמות של החובה לשמור על כבוד האדם – בחייו ולאחר חייו.

לפי תפיסת הנוכחות שביסוד מאמר זה, השמירה על כבודו של אדם לאחר חייו מתבטאת ביחס אל הנוכחות שלו בעולמות של בני אדם החיים אחריו. בכל עולם שכזה, שהוא סיפור חייו של אדם חי, היחס אל הנוכחות של אדם לאחר חייו חייב להיות היחס אל האדם בחייו, עד כמה שאפשר ובאופן רציף. אין ספק שאדם לא היה רואה את גופו בחייו בגדר חפץ, אביוז של בידור המוני. מובן מאליו שהשמירה על כבוד האדם בחייו מחייבת שלא לאפשר שימוש בגופו מן הסוג של שימוש בחפצים שהם אביוזים של בידור המוני. לפי עקרון המשכיות, לא מן הראוי אפוא להשתמש בעצמותיו של אדם לאחר חייו באופן זה.

המקרה שהובא לדיון בפני בג"ץ⁸⁴ עניינו תערוכה של גופות שנערכה בתל-אביב, אשר הוצגו במצבים שונים. התערוכה הייתה יוזמה פרטית והגופות הובאו ככל הנראה מסין, ללא

81 משנה, אבות ד, טו.

82 סטטמן, לעיל ה"ש 33. הוא מציין כי כבוד האדם משמעו יחס מוסרי, והביטוי לכך הוא שאין מתייחסים לאדם כאל כלי או חפץ, כאילו היה אמצעי בלבד; Maura Judkis, *A Museum's Historic Human Remains Are Now the Center of an Ethics Clash*, THE WASHINGTON POST (Jul. 27, 2023), <https://www.washingtonpost.com/lifestyle/2023/07/26/mutter-museum-controversy-philadelphia/>.

83 אסא כשר חפירות ארכאולוגיות בבית העלמין בממילא – היבטים אתיים ומוסריים (המכון לארכאולוגיה, אוניברסיטת תל-אביב, בדפוס).

84 עניין שונברג, לעיל ה"ש 3.

זיהוי וללא תיעוד אישי כלשהו. בית המשפט עסק בשאלה איזו מרשויות המדינה, כדוגמת משרד הבריאות או עיריית תל-אביב, יכולה להיות זו שעליה הייתה מוטלת החובה להבטיח את השמירה על כבוד האדם לאחר חייו, ולכן למנוע את קיום התערוכה. לפי הגישה שלנו במאמר קודם,⁸⁵ החובה לשמור על כבוד האדם חלה על כל גורם, לאו דווקא על רשות שלטונית. בפסק הדין ציין בג"ץ, שהחששות שהעלה העותר והיעדר תשובה מספקת מצד מארגני התערוכה מצביעים על התנהלות שיש בה משום פגיעה קשה בזכות לכבוד המת הנגזרת מכבוד האדם.⁸⁶ בג"ץ הציג את הקושי של היועץ המשפטי לממשלה למצוא מקור סמכות המסדיר את הסוגיה והיכול להביא להגבלתה של התערוכה או להפסקתה. מנגד ציין בית המשפט את הנזק אשר ייגרם למארגני התערוכה ולציבור רוכשי הכרטיסים ככל שהתערוכה תיסגר בטרם המועד המתוכנן. לבסוף קבע בג"ץ בפסק דין תמציתי במיוחד, כי על התערוכה להיסגר לא יאוחר מיום 9 באוקטובר 2012, וכי לא תתאפשר הארכה נוספת מעבר למועד זה.⁸⁷ על כן, גם בלי לעסוק בשאלות הסמכות למנוע קיום תערוכה של הצגת גופות של בני אדם לאחר חייהם למטרות בידור המוני אנחנו מגיעים למסקנה, שתפיסת הנוכחות מובילה לכך שתערוכה כזו היא פסולה, משום שיש בה פגיעה מובהקת בכבודם של בני אדם לאחר חייהם, ללא הצגה של שום תכלית ראויה שהייתה יכולה לאזן את הפגיעה; שכן בידור המוני אינו תכלית ראויה לפגיעה בכבוד האדם באשר הוא אדם לאחר חייו.

במקרה זה, חלקי הגוף שבאותה תערוכה לא היו מזוהים. יכולה להישאל השאלה, מה היה אמור להיות היחס הראוי לתערוכה, אילו היו השלדים מזוהים ואף מלווים בתיעוד אמין של הסכמת אותם בני אדם לשימוש כזה בעצמותיהם לאחר חייהם. לפי תפיסת הנוכחות, היינו מתנגדים לקיומה של תערוכה כזו, גם אילו התקיימה בתנאי זיהוי ותיעוד שכאלה, ממש כשם שהיינו מתנגדים לקיום מופע שיש בו שימוש בגופו של אדם כחפץ וכאביזר של בידור המוני, אילו התקיים בהסכמתו של האדם שגופו שימש כאותו חפץ. גם בתנאים של הסכמה אין מקום להשלים עם פגיעה מובהקת בכבוד האדם באשר הוא אדם. ייתכן שבכך אנחנו פוסלים מופעים מוכרים מסוגים מסוימים, אולם עצם קיומם אינו ראייה להצדקה שיש לקיומם.⁸⁸ נחזור ונדגיש כי הגישה שלנו בדבר הנוכחות אינה טעונה הגבלות וסייגים בדבר היישום שלה. כיוון שהנוכחות לאחר החיים היא תנאי הכרחי לאפשרות השמירה על הכבוד לאחר החיים, הרי כל עוד אין הגבלות על הזכות לכבוד אין הגבלות על הזכות לנוכחות. ראוי להדגיש כי התנהלות מחפצה של שרידי גוף אנושיים מנוגדת מטבעה לכל אחד ממרכיבי הדמות המתקיימת בנוכחות, לא רק במרכיב הרצון אלא גם במרכיבי הערכים

85 בוקשפן וכשר, לעיל ה"ש 2.

86 עניין שונברג, לעיל ה"ש 3.

87 ראו יוסף בן-דוד וניר לוי "בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה – מתווה נורמטיבי חלופי לפסיקת בית-המשפט העליון בסוגיית תערוכת הגופות והצעה להסדר חקיקתי" הארת דין ח 1 (התשע"ג).

88 כך למשל, ספרייה באוניברסיטת הרווארד סילקה לאחרונה ספר שכריכתו הייתה עשויה מעור אדם מן הספרים הזמינים אצלה – ראו ג'ניפר שוסלר וג'וליה ג'ייקובס "המבקרים ביריד ספרים לא היו מוכנים לפריט אפרפר אחד: ספר כרוך בעור אדם" הארץ (3.4.2024). https://www.haaretz.co.il/gallery/literature/2024-07-03/ty-article-magazine/.premium/00000190-7745-dd1a-abbb-7f57d4960000?utm_source=App_Share&utm_medium=iOS_Native

והרגשות. אדם יכול להבין זאת בקלות אם יחשוב על עצמו, על דמותו או על שרידי גופו במצבים מקבילים.

(ב) שלמות הגוף של המת

מקרי מבחן נוספים לתפיסת נוכחותו של המת אפשר למצוא בחקיקה ובפסיקה אשר עוסקות בהתנהלות הקשורה לגופו של אדם לאחר מותו ובדרך הנצחתו באמצעות קברו. כך, בקשר לשמירה על שלמות גופתו של המת ולקבורתו ישנה חקיקה ענפה אשר באה להגן על כבוד המת בהיבט של שמירה על שלמות גופתו לאחר המוות, ועל החובה לקבורה מכובדת. פקודת בריאות העם, 1940 מחייבת לקבור אדם תוך 48 שעות מעת פטירתו, אלא אם התיר רופא ממשלתי במפורש קבורה מאוחרת יותר.⁸⁹ תקנות בריאות העם (קבורה מחדש), 1941 מורות כי אסור להוציא גופה מקברה לכל מטרה שהיא, אסור לקבור גופה מחדש ואסור לפתוח קבר לצורך קבורת גופות אחרות אלא אם כן נתקבלה תחילה רשות בכתב מאת רופא ממשלתי.⁹⁰ הוראות אלה מכוונות לתכלית ההגנה על בריאות העם, אולם בד בבד ניכרת בהן הראגה להגנה על כבוד המת בהליך הקבורה וההוצאה מן הקבר. חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 מסדיר את התנאים לניתוח גופה לצרכים שונים, ובהם ניתוח למטרות מדעיות, לקביעת סיבת מוות, לצורכי זיהוי או לשימוש בחלק מן הגופה לריפוי אדם.⁹¹ הוראות חוק זה חלות, בשינויים המחייבים, גם על בדיקת גווייה וניתוחה לפי חוק חקירות סיבות מוות, התשי"ח-1958.⁹²

עקרון ההמשכיות שפגשנו מוקדם יותר בהצגה של תפיסת הנוכחות מוביל אותנו אל הצדקה מרכזית לכללים המשפטיים שהוזכרו לעיל, אשר נועדו לשמירה על גופתו של אדם שזה עתה הלך לעולמו. השמירה על כבוד האדם במהלך חייו מחייבת להתייחס אל האדם שלפנינו בשונה מן האופן שבו אנחנו מתייחסים לחפצים של השגרה האנושית, באשר גופו של אדם אינו בעל מעמד של חפץ. כך, לא נראה בקרנית עינו של אדם חפץ שהאדם יכול – במהלך חייו – למכור אותו לאדם אחר הזקוק להשתלת קרנית עין. דגימת DNA של אדם אינה בגדר קניין, גם אם הוא בעל הסמכות הבלעדית להשתמש בה.⁹³ על פי עקרון ההמשכיות, אף שלפנינו גופתו של אדם ולא גופו של אדם בחייו, אין אנו אמורים לנהוג בגופה כשם שנוהגים בחפצים. אנחנו נוהגים בה ככבוד, בשמירה עליה מאז הפטירה,

89 פקודת בריאות העם מס' 40 לש' 1940.

90 ס' 28 (2) לתקנות בריאות העם (קבורה מחדש), 1941.

91 חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953.

92 ס' 28 לחוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958.

93 ראו למשל את ס' 11ג לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק החיפוש"), אשר מותיר למשטרה לשמור את דגימות ה-DNA תחת מאגר נתונים ולהשתמש בו לטובת המטרות המוגדרות בס' 11טז לחוק החיפוש. על כן, ועל דרך האנלוגיה, אנו למדים כי שמירת DNA במאגר נתונים של המשטרה מחזקת את התפיסה כי DNA אינו קניינו של האדם; לדיון רחב בעניין מאגר DNA, ראו ע"פ 4039/19 נחמני נ' מדינת ישראל, פס" 17-34 לפסק הדין של השופט עמית (נבו) 17.3.2021. ראו גם חוק מידע גנטי, התשס"א-2000. טיוטת החוק נוסחה במונחים קנייניים. בדיוני ועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת טען אסא כשר נגד תפיסה זו, ולבסוף החוק נוסח באופן לא-קנייני.

בסדרי ההלוויה והקבורה ובהליכות השמירה על בתי עלמין.⁹⁴ מטעמים של שמירה על כבוד האדם אנחנו מתנגדים לסחר באיברים של בני אדם חיים, ובדיוק מאותו טעם אנחנו מתנגדים לסחר באיברים של אדם לאחר מותו. תרומה תיתכן גם במהלך החיים וגם לאחר מכן כי היא אינה סחר.

בפסק הדין בעניין אבני נדחתה בקשת העותר כי לאחר מותו גופתו תינתן למאכל חיות.⁹⁵ העותר המציא למשרד המשפטים צוואה ברוח זו, אשר בעקבותיה הודיע לו משרד המשפטים כי הדבר נוגד את חוקי המדינה. הנמקת העותר הייתה כי נועד הוא, ככל אדם "לחיות ולהבשיל על חשבון החי והצומח, ובכוא העת למות ולשמש מזון לאותם בעלי חיים וצמחים שבזכותם חיתי".⁹⁶

השופט רובינשטיין קבע כי בקשה מעין זו מנוגדת לתקנות הציבור ולכבוד האדם, בשונה למשל ממי שמקדיש את גופתו למדע.⁹⁷ מדבריו של השופט רובינשטיין עולה כי גם אם העותר מוחל על כבודו שלו, אין הוא יכול למחול על כבוד הזולת שייתקל בתופעה אשר משמעה הוא ביזוי כבוד האדם; במישור המשפט הישראלי כבוד האדם הוא לא רק כבוד המת על פי צוואתו, אלא גם כבודם של החיים ורגשותיהם.⁹⁸

אנחנו שותפים לחלק מן הגישה של השופט רובינשטיין, שלפיו "גם אם מוחל העותר על כבודו שלו", עדיין ייתכן שיהיה נימוק מכריע שלא להיענות לבקשתו בדבר היחס לגופתו לאחר מותו. המדינה הדמוקרטית חייבת לשקף בהסדרים שלה נאמנות ברורה לרעיון של חובת השמירה על כבוד האדם. מראית העין שיוצר הסדר – האופן שבו הוא מתפרש בידי הבריות לפי תומן – חייבת להלום את רעיון השמירה על כבוד האדם. הסדר של הפקרת הגופה למאכל עופות השמיים וחיות השדה אינו מתיישב עם שום תפיסה של שמירה על כבוד האדם, בעוד שהסדר של הפקרת הגופה בבית ספר לרפואה יכול, בתנאים מסוימים, להתיישב עם רעיון השמירה על כבוד האדם.

לפי הגישה שלנו, הסדר המאפשר הקדשת גופה למדע חייב להיות מוגבל יותר מכפי שהכותרת שלו נשמעת מרשה. כדי לעמוד בדרישת הנאמנות לרעיון השמירה על כבוד האדם, תרומת הגופה חייבת להיעשות בהסדר הקובע את השימוש בגופה והמגביל אותו למסגרת השמירה על כבוד האדם. אדם יכול לתרום את גופתו לבית הספר לרפואה כדי להעצים את היכולת של הסטודנטים – רופאים לעתיד לבוא – לשמור על חייהם של בני אדם ועל בריאותם ובתוך כך לשמור על התנאים ההכרחיים לשמירה על כבוד האדם שלו בהיבט כלשהו. שימוש בגופה לצורכי הוראה נראה לנו מתאים למסגרת השמירה על כבוד האדם, בעוד שימוש בגופה לצורכי מחקר בסיסי, שאין לו שום קשר – ישיר או עקיף,

94 סטטמן, לעיל ה"ש 33.

95 בג"ץ 6167/09 אבני נ' מדינת ישראל (נבו 18.11.2009).

96 שם.

97 ס' 5 (א) לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

98 עניין אבני, לעיל ה"ש 95, בפס' ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין ("גם אם מוחל העותר על כבודו שלו, אינו יכול למחול על כבוד הזולת שייתקל בתופעה אשר משמעה הוא ביזוי כבוד האדם וזיהום סביבתי; נשער בנפשנו אילו רבים היו הפונים בבקשה מעין זו, כיצד היתה נראית הסביבה, ואילו פורעניות היו מתרגשות").

קרוב או רחוק – לשמירה על חיי אדם או בריאותו, נראה לנו לא־מתאים למסגרת השמירה על כבוד האדם.

בכואנו לכבד את כבודו של אדם לאחר חייו אין אנו מוחקים את עצמנו, את התפיסות ואת המנהגים שלנו, ומשאירים על מכונם רק את הרעיונות שמילאו תפקיד בחייו של אותו אדם. אנחנו מבטאים בהתאם לתפיסות ולמנהגים שלנו את כבודו של כל אדם באשר הוא אדם. במסגרת זו אנחנו מוצאים דרכים לכבד את טעמו של אותו אדם, מבלי ליצור מראית עין של פגיעה בכבוד האדם שלו לאחר חייו. אדם שביקש לבתר את גופו ולהניח את בתריו על שפת הים אינו אדם שאנחנו יכולים לכבד את כבוד האדם שלו לאחר חייו לפי בקשתו, כיוון שמילוי הבקשה יהיה בגדר פגיעה בכבוד האדם שלו לאחר חייו. ועם זאת בהלוויה שלו למשל, אנחנו יכולים להזכיר את הגישה שלו בדבר האדם, הגוף והטבע. שמירה על כבוד האדם לאחר חייו אינה מחייבת הזדהות. היא מחייבת מתן נוכחות והצגת הדמות כמות שהיא, כמות שהייתה והתמשכה.

אלון הראל טוען שיש לכבד את הבקשה של המנוח על יסוד חופש הביטוי של האדם שהגיש אותה.⁹⁹ לשיטתנו, כשם שיש מגבלות מוסריות ומשפטיות על חופש הביטוי של אדם במהלך חייו, כך ייתכן שיהיו מגבלות ניכרות על מה שאדם מצווה לעשות, אפילו בדבר גופתו שלו, לאחר חייו. פרקטיקה של החפצה אינה ראויה להצדקה במסגרת מערכת הסדרים העומדת על עקרון חובת השמירה על כבוד האדם ובמסגרת תפיסת הנוכחות, הרואה את ההתייחסות הראויה לאדם לאחר חייו דומה ככל האפשר להתייחסות אליו במהלך חייו, כאשר את האדם עצמו מחליפה לאחר חייו דמותו כפי שהיא מתקיימת בנוכחות שלו בתוך סיפורי החיים של מי שחיים אחריו.¹⁰⁰

(ג) ירושה וצוואה

הפרקטיקה של צוואה מוכרת לנו מן המנהגים המקובלים ומן ההסדרים המשפטיים הנוהגים ברחבי המדינות. אדם יכול לכתוב בחייו מסמך בדבר חלוקת רכושו לאחר חייו,

99 "יש להעניק למנוח הזדמנות 'לספר את סיפור חייו במוותו' וכן להבטיח שהסיפור יזכה להנכחה בספרה הציבורית" (ההרגשה הוספה) (אלון הראל "גופות, נוהגי הטיפול בגופה וחופש הביטוי: הזכות של אדם לספר את סיפור חייו במוותו" מעשי משפט ז 165, 166 (2015)).

100 ניתן לתת דוגמה מארצות הברית לאופן שבו הדין מנכיח את המת בתוך סיפורי החיים של שאריו באמצעות הטיפול בגופתו של המנוח, אשר היא הדרך שבה המשפחה מבטאת את הצער ואת הכאב על המוות. טלו כדרך משל את עניין *Sinai Temple v. Kaplan*, 54 Cal. App. 3d 1103, 127 Cal. Rptr. 80 (1976). במקרה זה הכיר בית המשפט בזכות מעין קניינית המוגבלת לצורכי קבורה. זכות זו הוענקה למשפחת המנוח ואפשרה קביעה בדבר מקום הקבורה, זמן הקבורה ואופי הקבורה. גישה זו גורסת כי ניתן להתייחס לגופה כאל *souvenir mourning*, מעין אובייקט שהטיפול והעיסוק בו מסייעים למשפחה להתמודד עם אבלה. מותו של אדם על פי גישה זו הוא בראש ובראשונה עניינם של החיים ולא של המתים. ראו והשוו בעניין זה: *JAMES ELLROY, MY DARK PLACES* 360; כן ראו *THOMAS MANN, THE MAGIC MOUNTAIN* (1924) (2011); לדיון מפורט בדין האנגלי ולהצעה לרפורמה, ראו *Graham McBain, Modernising the Law on the Unlawful Treatment of Dead Bodies*, 7 J. POL. & L. 89 (2014).

ובדרך כלל המסמך ייחשב מחייב ואף מקודש.¹⁰¹ התנהלות שיש בה סטייה מהוראות צוואה נתונה תיחשב פסולה ומגונה, מלבד הקשרים מיוחדים במינם שיש בהם עילה מוצקה במיוחד להפר הוראה של צוואה נתונה.¹⁰²

בשיתנו המשפטית ירושתו של אדם מוסדרת גם על פי דין, ולא רק על פי צוואה.¹⁰³ ירושה על פי דין היא ירושה ללא צוואה, אשר הוראותיה נקבעות לפי הוראות חוק הירושה, התשכ"ה-1965, תוך הנחה שהסדרי החוק, אשר מהווים מצב של ברירת מחדל בהיעדר צוואה, מייצגים את רצונו המשוער של המת.¹⁰⁴ משכך, הן בנוגע לירושה על פי דין והן בנוגע לירושה על פי צוואה כוונת המוריש היא יסוד מוסד, הגם שבכל הנוגע לירושה על פי דין מדובר על כוונה משוערת של האדם הסביר.¹⁰⁵ לעומת זאת, בצוואה הכוונה הקובעת היא זו של המוריש עצמו.¹⁰⁶

כך או אחרת, ירושה על פי צוואה משקפת עקרון תשתית בדיני הירושה – "מצווה לקיים דברי המת".¹⁰⁷ עיקרון זה הוכתר מקדמת דנא כעקרון-על,¹⁰⁸ שבמסגרתו החופש

101 כדאי להזכיר כי בימינו, מלבד רכושו המסורתי של האדם – במובנו הפיזי או הממוני – עשוי להיות לו גם עיזבון דיגיטלי, קרי, מכלול הקבצים ודברי הדואר האלקטרוני, ההתכתבויות והתמונות שאדם משאיר אחריו. במבט ראשון עיזבון דיגיטלי נראה שונה שינוי ניכר מרכוש שאדם משאיר אחריו ועוסק בו בצוואתו. במחשבה שנייה, שלא נוכל להאריך בה כאן, העיזבון הדיגיטלי אינו נותן מקום לבעיות חדשות הדורשות מערכת מושגים אשר עקרונות הצוואה שבתוכה שונים מעקרונות הצוואה הקניינית המוכרת. להרחבה בנושא העיזבון הדיגיטלי, ראו בירנהק ומורס, לעיל ה"ש 55; מיכאל בירנהק וטל מורס "זיכרונות דיגיטליים: מה צריך להיות גורלם של תוכן ומידע אישיים אחרי המוות?" <https://icon-s-il.blog> (5.6.2018); bit.ly/4cIrcMZ; למחקר רחב ומקיף בעניין עיזבון דיגיטלי, ראו מיכאל בירנהק וטל מורס <https://www.isoc.org.il/guide-to-managing-digital-memories-for-emergencies> (2018). (רוח שהוכן עבור איגוד האינטרנט הישראלי).

102 ס' 34 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 ("הוראת צוואה שביצועה בלתי חוקי, בלתי מוסרי או בלתי אפשרי – בטלה").

103 יוסבר: חוק הירושה קובע שלוש שכבות של יורשים לפי סדר קרבתם המשפחתית למנוח. בשכבה הראשונה של היורשים מצויים בן הזוג של המנוח וצאצאיו, ואם נפטרו הצאצאים – צאצאי צאצאיהם. בשכבה השנייה של היורשים מצויים הורי המנוח והורי הוריו (משמע, הסבא והסבתא – השוו: ס' 11 לחוק הירושה). בשכבה השלישית של היורשים מצויים אחיו ואחיותיו של המנוח וצאצאיהם. לכל שכבה קדימות על פני יורשי השכבה שאחריה, כך שאם למשל קיים יורש לפי השכבה הראשונה, לא יהיו יורשים מהשכבה השנייה.

104 ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' לישיצקי, פ"ד נה(1) 88, 139 (1999); שילה, לעיל ה"ש 70, בעמ' 29-30.

105 גר טרסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" עיוני משפט טו 5, 8-10 (1990).

106 ס' 29 לחוק הירושה. עדיין, כוונת האדם אינה נקיה ממגבלות תחת החוק. כך למשל, ס' 29 קובע: "אין המצווה יכול למסור לאחר את קביעת האדם שיזכה מן העזבון".

107 בבלי, גיטין יד, ע"ב; שם, טו, ע"א.

108 וכביטויי השונים: "מלכת על"; "כוכב הצפון"; "עיקר העיקרים והוא בריח התיכון"; "רעיון העל של חוק הירושה"; "מצוות-על"; "ראשון ונעלה בין נעלים"; "קו היסוד"; "קו מנחה";

לצוות והמצווה לקיים את רצון המת נגזרים מכבוד האדם.¹⁰⁹ כמו כן, בתי המשפט רואים בקיום דברי המת ביטוי לחובת החברה "לכבד את המת" כחלק מחובתה לשמור על "כבוד האדם", בין אם הוא חי ובין אם הוא מת.¹¹⁰ מן האמור עולה כי הכלל בדבר "מצווה לקיים דברי המת" משמש בסיסם של דיני הירושה, תוך שבתי המשפט כורכים את כבוד המת בכבוד החי: "מכירים אנו בזכותו של אדם – ואדם הוא כל אחד מאיתנו – לשלוט על חלוקת נכסיו לאחר-מות, וכי על-פיו יישק דבר... נשמור על כבוד מת והוא כבוד החי".¹¹¹ ההתחקות אחר רצון המנוח משתקפת גם מהוראות חוק הירושה השונות. כך למשל, סעיף 28 לחוק קובע כי הצוואה היא מעשה אישי, ואין היא נעשית אלא על ידי המצווה עצמו. הוראת צוואה התולה את תוקפה ברצונו של אדם שאינו המצווה – בטלה, סעיף 30 לחוק קובע את בטלותה של הוראת צוואה שנעשתה מחמת אונס, איום, השפעה בלתי הוגנת, תחבולה או תרמית, וסעיף 54(א) לחוק הירושה מורה, כי "מפרשים צוואה לפי אומד-דעתו של המצווה, כפי שהיא משתמעת מתוך הצוואה, ובמידה שאינה משתמעת מתוכה – כפי שהיא משתמעת מתוך הנסיבות".¹¹²

על אף שמשמע כי תפיסת הרצון היא אשר ניצבת בבסיס ההכרה המשפטית בדיני הירושה – הן על פי דין והן מכוח צוואה – היא עצמה נשענת על תפיסת הנוכחות, והיא אשר מעניקה לפרקטיקה של צוואה, כפי שהוצגה לעיל, הסבר והצדקה ומאפשרת להדריך את ההתנהלות בהקשרים של עיסוק בצוואה, בין לירושה ובין בנסיבות אחרות. לפי תפיסת הנוכחות, ניתן לומר שלקיים את דברי המת פירושו לפעול על פי הנוכחות שלו, שיש בה מרצונו, מערכיו ומרגשותיו. בכך אנחנו מגדילים את מרחב השיקולים שניתן להשתמש בהם בהקשרים של צוואה, בין אם הם נזכרו במסמך ובין אם לאו. נתאר לעצמנו שני מצבים. במצב האחד עומד לפנינו אדם ובידיו רשימה מלאה ומדויקת של נכסיו, והוא עובר עליה ומודיע באשר לכל פריט למי הוא מוריש אותו באותה שעה. במצב האחר עומד לפנינו עורך דינו של אדם שהלך לעולמו ובידיו הצוואה של אותו אדם, שבה הוא מודיע באשר לכל פריט למי הוא הוריש אותו. למרות ההבדל הקיומי המובהק בין מצב שבו לפנינו אדם בחייו לבין מצב שבו לפנינו אדם לאחר חייו, אין הבדל בין המצבים מבחינת ניהול הנכסים של אותו אדם והעברתם לידיים אחרות. חשוב מכול, בשני המצבים, העברת הנכסים נעשית בהתאם לרצונו של האדם. מימוש הצוואה הוא התנהלות בהתאם לרצון המתבטא בה, שהיא התנהלות בהתאם לרצונו של אותו אדם. תפיסת הנוכחות מאפשרת לנו להסביר את הפרקטיקה הזאת. אנחנו רואים את הנוכחות של אותו אדם לאחר חייו מתבטאת בין

¹⁰⁹ "מעיקרי שיטתנו" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך חמישי – פרשנות הצוואה 59-60 (2001)). ראו גם את התייחסותו הציווית של השופט ש"ז חשין לצוואה: "אדם ניכר בצוואתו, זו שירת חייו האחרונה" שניאור ז' חשין רמויות מבית המשפט 147 (התשי"ג).

¹¹⁰ עניין לישיצקי, לעיל ה"ש 104, בעמ' 116.

¹¹¹ שילה, לעיל ה"ש 70, בעמ' 35-39; היטיב לתאר זאת בלשונו הקולעת השופט מלץ: "כל מאבק סביב צוואתו של אדם מעלה בצדו את שאלת 'כבוד המת', השלוב בעקרון הכללי של כבוד האדם, אשר היה לעקרון-על במשפטנו, עם קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (עניין כלפה, לעיל ה"ש 70, בעמ' 28).

¹¹² ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 732 (1994).

¹¹³ ראו ס' 28, 30-54(א) (בהתאמה) לחוק הירושה.

השאר בקיום רצונו של האדם כמות שהוא. האדם אינו קיים בעולמנו, הנוכחות קיימת ובתוכה הרצון בדבר חלוקת הרכוש, שקיים לאחר חייו של המנוח בדיוק כפי שהיה קיים במהלך חייו בעת כתיבת הצוואה. הרצון שהיה קיים בזמן שנכתבה הצוואה הוא הרצון הנמצא בדמות של אותו אדם, במסגרת הנוכחות שלו לאחר חייו. כדי להמחיש תפיסה זו, שוו בנפשכם כי לפנינו צוואה של אדם שכל ימיו היה מסור לרעיון הצמחונות, ואף שאין מוזכר דבר בצוואה עצמה אפשר לפרשה ככוללת דרישה שהיורשים לא ישתמשו בצוואה באופן שיהיה מנוגד בצורה מתמשכת, מעשית, פומבית ובוטה לעמדתו הצמחונית. דוגמה דומה אפשר להביא מתחום הרגשות של אדם והכבוד הניתן להן לאחר חייו. כך למשל, אם הייתה בו אהבה לחלקה שבה חי אשר הייתה משופעת בפרחים, יהיה אפשר לפרש את הצוואה – גם אם אינה אומרת על כך דבר – ככוללת דרישה שהחלקה תישמר בידי אדם שישמור על אופייה הפרחוני. קיומן של שתי הדרישות שהובאו בדוגמאות זה עתה מובטח על יסוד תפיסת הנוכחות והעקרונות שנסקרו לעיל ושעומדים במרכז.

כנגד ההסדר שאנו מעוניינים בו ניתן להעלות טענות מעשיות, כמו למשל הכללים המקובלים להעלאת סעיפי הצוואה הקניינית על הכתב. באופן כללי, מובן שבמעבר מן ההסדר הראוי מוסרית אל ההסדר המחייב משפטית עלולות להתעורר שאלות מעשיות בדבר האופן המדויק של מימוש הצוואה, אולם אנחנו רואים את עצמנו פטורים בהקשר הנוכחי מהעלאת שאלות שכאלה וממתן תשובות. חזקה על המחוקק הבא ליצור חוקיות בהתאם לתפיסה מוסרית נתונה, שייתן את הדעת על הקשיים המעשיים ויעשה כמיטב יכולתו כדי להנהיג הסדר חוקי קרוב ככל האפשר לאידיאל המוסרי.

לא קשה להעלות על הדעת נסיבות שבהן יהיה מעמד פורמלי לרצון הצאצאים לבטא את הנוכחות של אביהם בחייהם, לאחר חייו, בדבקות שלהם בערכים שלו. נחשוב על אדם שהלך לעולמו והותיר עיזבון עשיר ללא צוואה. מנהל העיזבון מתכוון להעניק לילדי המנוח סכומים נכבדים מאוד שבהם הם ישתמשו כאוות נפשם, אך להקדיש חלק נכבד מן העיזבון לתמיכה במוסד שייקרא על שמו ובו יתחנכו ילדים לנהוג על פי הערכים של המנוח. בלי לשער השערות בדבר התוצאות המשפטיות של מחלוקת משפטית בין מנהל העיזבון לבין ילדי המנוח, אפשר לטעון בדבר ההסדר המשפטי הרצוי במצבים שכאלה. העיזבון הוא תשתית של נוכחות המנוח לאחר חייו. קיום מוסד חינוכי על שם המנוח שבו מתחנכים ילדים לכיבוד ערכיו הוא ביטוי מובהק ומוצלח של דמותו, שיש בו ביטוי רצוי של נוכחותו, ושככל הנראה עולה בערכו כנוכחות של המנוח בחיי שאריו על חלוקה שגרתית של אותו חלק של העזבון בין ילדי המנוח.

בהקשר זה, ולצורך ביסוסה של תפיסת הנוכחות באמצעות דוגמה נוספת, מתאים להקדיש כמה שורות בעניין "צוואה שוללת" במשפט הישראלי הנוהג. ככלל, בשיטתנו המשפטית הלכת היסוד בעניינה של "צוואה שוללת" נקבעה בידי השופטת נתניהו בפרשת שפיר, והלכה זו מורה כי צוואה שכולה שלילה – הדרת כל היורשים על פי דין מהירושה – לאו צוואה היא.¹¹³ אולם לצד קביעה זו נשמעו ביקורות רבות אשר במרכזן עומדת תאוריית הרצון; כך למשל כתב בהערת אגב השופט חשין בעניין לישיצקי:

113 ראו ע"א 122/86 שפיר נ' קליבנסקי, פ"ד מד(1) 738 (1990). עוד ניתן לראות בפסק הדין, שהשופטת נתניהו סומכת את דבריה על גלגוליה של הצעת חוק הירושה ועל פירוש הוראות

"עקרון העל הוא כיבוד רצונו של המת, וכל עוד אין רצונו של המת חותר תחת מאחת מאושויות חוק הירושה, לא נמצא לי כל טעם נורמטיבי טוב שלא לכבד את רצונו... הרצון שלא לתת חזק הוא לא פחות מן הרצון לתת, ולעיתים חזק הוא ממנו שבעה מונים"¹¹⁴.

אריאל רוזן-צבי ביקר גם הוא את פסק הדין של השופטת נתניהו בעניין "צוואה שוללת", וכך בלשונו:

"מצווה המדבר בקול צלול וברור בדרך משפטית תקפה בטורחו לקבוע את מי אין הוא רוצה לזכות בירושתו זכאי לקיום רצונו כמו מצווה המבקש לקבוע מי יזכה בירושתו. חובתנו היא לקיים את רצונו של המת, לחיוב ולשלילה. זו הייתה גמירות דעתו של המצווה, וזה היה רצונו. את אלה היה על בית המשפט לכבד"¹¹⁵.

עקרון-העל לפי התפיסה שלנו אינו כיבוד רצון המת אלא שמירה על כבוד האדם שלו, המתבטא בקיום הנוכחות שלו, שהיא הנוכחות של דמותו, לאו דווקא של מרכיב כזה או אחר ממרכיבי נפשו. המושג הכללי של שמירה על כבוד האדם הוא מושג שאנחנו מעצבים אותו בעולמנו, וגוזרים ממנו מסקנות מעשיות בעולמנו. באותו עולם יש לנו חובה מוסרית במסגרת השמירה על כבוד האדם לאחר חייו לתת נוכחות לדמותו, ובכלל זה למה שהוא כלל בצוואה השוללת שלו. מובן שייתכן כי תתגלע סתירה בין מרכיב כלשהו של דמות האדם לאחר חייו לבין צוואתו. סתירות נרצה ליישב עוד לפני שהן מגיעות לעיון ולהכרעה בבית המשפט. נקודות המוצא לדיון המוקדם יהיו העיקרון של חובת השמירה על כבוד האדם לאחר חייו באמצעות קיום הנוכחות שלו, בייצוג עובדתי שלה או בייצוג באמצעות הזדהות או כדומה. תהיה עדיפות למסקנה מעקרון ההמשכיות על פני צוואה שוללת, למשל כי היא מקיימת בצורה מלאה יותר את דמותו של אותו אדם לאחר חייו. כלית ברירה נסתפק בקיום נוכחות שיש בה הזדהות חלקית עם הדמות שהייתה לאדם בחייו. במילים אחרות, אסור לנו להתעלם מן העובדות הנוגעות לצוואתו, אך אין עלינו חובה לקיים את צוואתו כאשר היא אינה מתיישבת עם מושג כבוד האדם שלנו – בחייו של האדם ולאחר חייו. כבר ראינו בהקשר אחר שהשמירה על כבוד האדם לאחר חייו אינה מחייבת הזדהות עם ערכיו, עם רצונותיו או עם ההתנהלות שלו; אנו נזכיר את רצונו להוריש כך ולא אחרת בהזדמנויות הולמות, אך לא נקיים את הצוואה לא כלשונה ולא כרוחה.

כדי להבין את היתרון שיש לתפיסה שלנו על פני תפיסה המתמקדת ברצון שהביע המנוח לפני שהלך לעולמו, נשאל את עצמנו מהו הבסיס העקרוני של התחשבות ברצון המת,

החוק שלדעתה משמעותה היא כי צוואה חייבת לכלול הוראה מעניקה ומנחילה. נראה כי גישה זו מקובלת גם במשפט העברי, שבו הצוואה נושאת אופי מובהק של הענקת מתנה, ראו מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך שלישי 1404 (מהדורה ג' התשמ"ח). בע"א 7210/96 עיזבון גרינברג נ' גרינברג, פ"ד (נב) 49 (1998) נקבע, כי "מקום שלצד הוראות נגטיביות של הדרה יש גם הוראות פוזיטיביות של הנחלה והורשה תוכשר הצוואה בכללותה" (שם, בעמ' 63).

114 עניין לישיצקי, לעיל ה"ש 104, בעמ' 134-135 (ההדגשה במקור).

115 ראו אריאל רוזן-צבי "דיני משפחה וירושה" ספר השנה של המשפט הישראלי תשנ"א 184, 215 (אריאל רוזן-צבי עורך התשנ"ב).

כפי שהוא הביע לפני מותו. התשובה ניתנת לתיאור במונחי התמונה הדמיונית של ההסדר הראוי: אנחנו מתארים לעצמנו את המנוח כביכול עומד לפנינו, לאחר מותו, כדי להדריך את ההתנהלות שלנו בנוגע לעצמו. אנחנו מצפים לשמוע ממנו מה עמדתו. משום מה אנחנו מתמקדים ברצונו המפורש. לאמיתו של דבר, עמדתו יכולה להתבטא לא רק ברצון מפורש שהביע, אלא בכל מרכיבי דמותו. אם אנחנו נותנים לו עצמו להביע את עמדתו, כי אז אין הצדקה להישאר בגבולות הרצון המפורש ואפשר למצוא עוגן להחלטות מעשיות גם באורח חייו, למשל.

הדעת נותנת שההתמקדות ברצונו המפורש של המנוח והתעלמות משאר מרכיבי נפשו, שנכללו בדמותו במהלך חייו וממשיכים להיות חלק מדמותו לאחר שהלך לעולמו, היא תוצר לא-רצוי של המעבר מן ההסדר המוסרי הראוי אל ההסדר המשפטי המחייב. ביקורת אפשרית על כך יכולה להיות שלעיתים החקיקה מעוניינת בהסדרים מעשיים – חדים ככל האפשר – שאינם דורשים התעמקות מיוחדת או פרשנות מיוחדת. כך החקיקה והפסיקה מוצאות את המטבע מתחת לפנס, כיוון שהחליטו לחפשו רק מתחת לפנס. המטבע יכול להימצא לא רק מתחת לפנס. הפסיקה יכולה לכלול פרשנות על פי הנסיבות הנתונות, שתתמקד במה שהמנוח הביע בחייו, בין בכתב ובין בעל פה, בין בצוואה ובין בהתנהלות מתמדת, בין ברצונו המפורש ובין בדרכו הערכית ובמערכת הרגשות שהביע בדרכו.

לסיום, נכון לציין כי הדוקטרינה שמכוחה יש לכבד את רצונו של המת – כמוה ככל דוקטרינה במשפט – איננה אבסולוטית. החופש לצוות איננו חופש ללא הגבלה, והציווי לכבד את רצון המת אף הוא ממילא איננו מוחלט. האפשרות לסטות מהוראות צוואה אמורה להיות מקבילה לאפשרות שלא לפעול על פי רצונו של אדם בחייו. יש אינטרסים נוגדים, יש אינטרסים נוגדים למחצה, והפשרה מחויבת המציאות היא. כך למשל, ההרשאה שלא לנהוג על פי סעיף בצוואתו של אדם – כאשר הסעיף דורש פעולה בלתי חוקית או בלתי מוסרית – היא הרשאה שאנחנו יכולים להשתמש בה גם בחייו של אדם בנוגע לרצונו, לא רק בנוגע לצוואתו לאחר חייו. אין לנו הצדקה לפעול שלא כדין או שלא על פי החובה המוסרית או האתית רק מפני שנדרשנו לעשות זאת.¹¹⁶ גישה זו עולה בקנה אחד עם תפיסת הנוכחות, אשר גם היא לא תכשיר מילוי של הוראת צוואה שביצועה הוא בלתי חוקי, בלתי מוסרי או בלתי אפשרי, שכן צוואה באה להגן על הנוכחות של אדם לאחר חייו, כך שבמימוש צוואתו יישמרו כראוי רצונו, ערכיו ורגשותיו. שמירה כראוי היא שמירה על פי הנורמות המוסריות והאתיות הנוגעות בדבר, העשויות לחייב סטייה מדבר צוואה, למשל אם אדם הותר צוואה בדבר הלווייתו והורה בה לנהל את ההלוויה באופן שמבזה את המנוח (וכבר היו דברים מעולם). לשיטתנו לא ייתכן לפעול על פי דבר צוואה שכזה, מפני שכרוכה בו סטייה מן החובה לשמור על כבוד האדם לאחר חייו כראוי.

כללו של דבר, שמירה על כבודו של אדם לאחר חייו היא חובה מוסרית מובהקת והיא מתממשת באמצעות קיום הנוכחות של האדם לאחר חייו בסיפורי החיים של זולתו. קיום הנוכחות על כל מרכיבי נפשו של האדם לאחר חייו יכול להתבטא בדרכים שונות, ובהן הזדהות גמורה עם הערכים, עם הרצונות, עם הרגשות ועם ההתנהלות, אולם אין חובה מוסרית לבטא את הנוכחות באמצעות הזדהות גמורה. אפשר לשמור על כבוד אדם לאחר

116 עניין לישיצקי, לעיל ה"ש 104, בעמ' 117.

חיי באמצעות קיום הנוכחות שלו, קיום דמותו כמות שהייתה, מבלי לבטא באופן מעשי הזדהות עם כל מרכיבי הדמות.

העיסוק הציבורי הרווח בבני אדם לאחר חייהם, כאשר ידוע או נודע שבחייהם הם היו בעלי עמדות גזעניות למשל, אינו עומד במבחן המוסרי. כך למשל, אין פסול בקיום נוכחותו של אדם שהיו לו דעות גזעניות, ככל שהיו לחייו גם מרכיבים אחרים וככל שיש אפשרות לבטא הסתייגות או אפילו התנגדות נחרצת בדבר דעותיו השליליות. טלו למשל את המקרה של הקולוניאליסט ססיל ג'ון רודס – מדינאי בריטי ומייסדה של רודזיה (היום זימבבואה) ומדיניות האפרטהייד בדרום אפריקה – אשר הדעות בענייניו נחלקות.¹¹⁷ לתפיסתנו, אין מקום למחוק את זכרו של רודס ואין חובה להזדהות עם דעותיו גם כאשר מקיימים את הנוכחות שלו, בין השאר באמצעות שימוש בכספו או בשמירה על פסל שהוקם לזכרו.¹¹⁸ הנכונות למחוק את זכרו אך להמשיך להשתמש בכספו נראית לנו התנהלות לא-הוגנת. לעומת זאת, הסרת פסל שלו מהמקום הציבורי שבו הוא ניצב באופן המפאר אותו ובכך גם מביע הערכה חיובית לפועלו, והעברתו למקום שבו יוכל להיות ברור שהפסל מציין דמות היסטורית בלי להזדהות עם ערכיה, נראית לנו תקינה. אנחנו רשאים כמוכן לתת ביטוי לשינויים הערכיים שחלו בעולמנו, במעבר מתקופה אחת לתקופה שלנו, אך גם הביטוי הזה חייב לעמוד במבחנים המוסריים, בכלל זה במבחן ההגינות.

(ד) שם טוב ולשון הרע על המת

שמו הטוב של אדם יקר לו – למצער – כגופו. וכשם שאדם קונה זכות על גופו – שלא יפגעו בו – כן קונה הוא זכות שלא יפגעו בכבודו ובשמו הטוב. זכותו של אדם לשם טוב נתגלגלה אלינו מקדמת דנא. כך, מוכרת אמירת חז"ל כי "כל המלביץ פני חברו ברבים כאילו שופך דמים",¹¹⁹ כמו גם אמירה נוספת ולפיה כי "כל היורדין לגיהנם עולים חוץ משלושה שיורדין ואין עולין ואלו הן... והמלביץ פני חברו ברבים".¹²⁰ בשיטת המשפט הישראלית חוק איסור לשון הרע מאגד את הדין האזרחי עם הדין הפלילי בענייני לשון הרע. החוק מנסה לאזן בין שתי זכויות מתנגשות: מחד גיסא חופש הביטוי,

117 ראו LEWIS MICHELL, THE LIFE OF THE RIGHT HONOURABLE CECIL JOHN RHODES, 1853-1902 (1910).

118 ראו כתבה שהתפרסמה ב"הארץ", הסוקרת ביקורת נגד קמפיין לסילוק פסלו של הקולוניאליסט הבריטי ססיל ג'ון רודס מאוניברסיטת אוקספורד הבריטית: אי-פי "פרדריק דה קלרק נגד הסרת פסל של גזען באוניברסיטת אוקספורד" הארץ (29.12.2015) <https://www.haaretz.co.il/news/>

119 משנה, בבא מציעא נח, ב. לשימוש בעקרונות המשפט העברי כמקור למגמה הכללית בנושא איסור לשון הרע, ראו אלון, לעיל ה"ש 113, בעמ' 1378-1380. המשפט העברי מייחס גם הוא חשיבות לכבודו של המת בהקשר זה, ורואה בחומרה מיוחדת כל פגיעה בו. "שולחן ערוך" מדגיש כי זוהי "תקנת קדמוננו וחרם, שלא להוציא שם רע על המתים" (ראו שולחן ערוך, אורח חיים, סימן תרו, סעיף ג). כמן כן, הוצאת לשון הרע על המת נחשבת כעבירה על פי הספר "חפץ חיים", שהוא ספר יסוד בהלכות לשון הרע (ראו חפץ חיים, הלכות לשון הרע, כלל ח, סעיף ט). אולם ההגנה בעבירה זו על פי המשפט העברי שונה מאשר ההגנה על כבודו החברתי של המת.

120 משנה, בבא מציעא נח, ב.

המהווה זכות יסוד העומדת בבסיס המשטר הדמוקרטי; מאידך גיסא הזכות המוקנית לכל אדם, בין חי ובין מת, לשם טוב, שגם היא נגזרת של כבוד האדם.¹²¹

בכל הנוגע לשמו הטוב של אדם שמת סעיף 5 לחוק איסור לשון הרע קובע, כי "לשון הרע על אדם שפורסמה אחרי מותו, דינה כדין לשון הרע על אדם חי, אלא שאין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה, ולא יוגש כתב אישום בשל עבירה לפי סעיף זה אלא אם ביקש זאת בן-זוגו של המת או אחד מילדיו, נכדיו, הוריו, אחיו או אחיותיו".¹²² בחוק המקורי, שהתקבל בשנת 1965, דין לשון הרע על המת היה זהה לחלוטין לדין לשון הרע על החי. קרובי משפחתו הראשונים של הנפטר הוגדרו כ"נפגעים", ולפיכך הם יכלו להגיש תובענה אזרחית או קובלנה פלילית, לפי בחירתם, בגין פגיעה בשמו הטוב של קרובם לאחר מותו. מצב זה שרר עד לשנת 1967, עת התקבלו המלצות ועדת ויתקון והסעיף העוסק בלשון הרע על מת שונה לנוסח הקיים כיום. החוק המקורי, טרם התיקון, מבטא תפיסה שלפיה פגיעה בכבוד המת כמוה כפגיעה בכבוד המשפחה אך בשל העובדה כי קרובי המשפחה הראשונים הוגדרו כ"נפגעים". ואולם שר המשפטים דאז דב יוסף הצביע על כך, כי המטרה שעמדה בבסיס חקיקת חוק לשון הרע, לא נועדה לתת סעד לקרובי הנפטר באמצעות פיצויים כספיים (למעט האמור להלן באשר לסעיף 25 לחוק איסור לשון הרע), אלא לאפשר להם להשיג את תיקון הפרסום או פסק דין הצהרתי המטהר את שם הנפטר. על רקע זה, ולאור העובדה כי הסעד המקובל הוא סעד הצהרתי ולא פיצוי כספי,¹²³ ניתן להבין את הדעה שלפיה הפגיעה שהחוק נועד להגן מפניה עניינה ברגשות המשפחה כלפי תדמיתו של יקירם והנצחת שמו הטוב, ופחות בפגיעה בכבוד המשפחה כשלעצמה. נקודת מבט זו עשויה להסביר את האפשרות הקיימת כיום, שלפיה בני המשפחה רשאים להגיש בקשה לפתיחה בהליך פלילי לאור זאת נראה, כי הנימוק המשפטי המקנה למשפחת המנוח זכות תביעה באפיק פלילי מצוי ביסודה של הפגיעה בשמו הטוב (כבוד) של המנוח עצמו.¹²⁴

נוסף לסעיף 5 האמור, שעניינו לשון הרע המתפרסמת לאחר מותו של המנוח, סעיף 25 לחוק מסדיר את המקרים שבהם לשון הרע פורסמה כחי הנפגע, והוא נפטר בטרם נפתחו או הושלמו ההליכים המשפטיים. בעניין זה של סדרי הדין בתביעת לשון הרע של אדם שנפטר לאחר הפרסום, החוק מבחין בין מקרה שהנפגע נפטר בטרם הגיש את התביעה לבין המקרה שהנפגע נפטר לאחר שהגיש את התביעה. המקרה הראשון מוסדר בסעיף 25(א) לחוק איסור לשון הרע, הקובע כי "אדם שנפגע על-ידי לשון הרע ותוך ששה חדשים לאחר פרסומה מת

121 לדיון כללי, ראו אורי שנהר דיני לשון הרע 35-52 (1997); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה פרק 22 (2014).

122 ראו והשוו את ה"Restatement האמריקני, שקובע כי מי שמפרסם דברי לשון הרע על אדם מת לא יחוב בגינם, גם לא כלפי קרובי משפחתו של הנפטר. בארצות הברית, כמו גם בישראל, קרובי המשפחה אינם מוכרים כנפגעים עצמאיים באפיק האזרחי, ואינה קמה להם עילת תביעה. RESTATEMENT OF LAW (SECOND) OF TORTS §560 (Am. Law Inst. 1977).

123 חלאד גנאים, מרדכי קרמינצ'ר ובוועז שנור דיני לשון הרע: הדין המצוי והדין הרצוי 429-430 (מהדורה שנייה מורחבת 2019).

124 ראו שנהר, לעיל ה"ש 121, בעמ' 454-457, אשר מסביר כי אפיק זה נשאר, לדאבונו, כאפשרות תאורטית בלבד, בהתחשב בכך שהגשת כתב אישום באפיק זה מותנית בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, הסכמה שכמוה לא ניתנה עד היום.

בלי להגיש תובענה או קובלנה בשל אותה לשון הרע, רשאים בן-זוג, ילדו או הוריו, ואם לא השאיר בן-זוג, ילדים או הורים – אחיו או אחותו, להגיש, תוך ששה חודשים לאחר מותו, תובענה או קובלנה בשל אותה לשון הרע.¹²⁵ יש לציין כי הוראות סעיף 25 בנוגע לזכות בני המשפחה להגיש תובענה שונות מהוראות סעיף 5 לחוק, בין היתר בשל כך שסעיף 25 מבחין בין שתי קבוצות של קרובים, בעוד שבסעיף 5 אין כל הבחנה בין הקרובים השונים, ורשימת הקרובים אף כוללת את נכדי הנפטר.

סעיף 25(ב) לחוק איסור לשון הרע קובע דין מיוחד לתביעות לשון הרע שבהן נפטר תובע בטרם הסתיים הדין. הסעיף קובע, כי "אדם שהגיש תובענה או קובלנה בשל לשון הרע ומת לפני סיומה, רשאים בן-זוג, ילדו או הורהו, ואם לא השאיר בן-זוג, ילדים או הורים – אחיו או אחותו, להודיע לבית המשפט, תוך ששה חודשים לאחר מותו, על רצונם להמשיך בתובענה או בקובלנה, ומשהודיעו כאמור, יבואו הם במקום התובע או הקובל".¹²⁶ גם כאן אנחנו משתמשים בעקרון ההמשכיות שבתפיסת הנוכחות. הרעיון המרכזי הוא שאנחנו מגדירים את משפחת התובעים הרשאים להגן על אדם לאחר חייו באופן משפטי מפני לשון הרע בהתאם להגדרת משפחת התובעים האמורים, באופן מוסרי ותרבותי, להגן על אדם במהלך חייו מפני לשון הרע, ככל שעזרה שכזו נחוצה לו או לפחות יכולה לעזור לו משמעותית. משפחת התובעים לאחר חייו של אדם אינה שרירותית או מזדמנת, אלא נעוצה בחבורת בני האדם – קרובים ומכרים – שבמהלך חייו היו אמורים להתייצב להגנתו מפני לשון הרע, לא רק מתוך אהבה ורעות, אלא גם משיקולים מוסריים של הגנה על כבוד האדם מפני פגיעה זדונית.¹²⁷

כפי שמתחוויר, דברים אלו משתלבים היטב בתפיסת הנוכחות אשר על פיה מתקיימת דמותו של אדם לאחר חייו בנפשו ובמעשיו של אדם חי. לפי עקרון ההמשכיות שבתפיסת הנוכחות, דמותו של אדם לאחר חייו בעיני זולתו אמורה להיות דומה ככל האפשר לדמותו של אותו אדם במהלך חייו בעיני הבריות. כך, כשם שאפשר לפגוע במישרין בשמו הטוב של אדם במהלך חייו, כך אפשר לפגוע במישרין בדמותו הטובה של אותו אדם לאחר חייו. הזכות לשם טוב אינה מוגבלת למהלך חייו של האדם, ואפשר להציג אותה בצורה ברורה בהגנה על הזכות לשם טוב, ככל שמדובר בדמותו, במסגרת הנוכחות שלו לאחר חייו בסיפורי החיים של אנשים חיים. המהלך המושגי והמוסרי שאנחנו מציעים על יסוד תפיסת הנוכחות הוא התמקדות בדמותו של האדם לאחר חייו, והתייחסות אליה במתכונת של התייחסות אל אדם בחייו, ככל האפשר. אין קושי לחשוב על הוצאת לשון הרע כנגד דמותו של אדם לאחר חייו, ובכך בעקיפין גם עליו. לכאורה יש הבדל ניכר ומהותי בין פגיעה בשמו הטוב של אדם במהלך חייו, לבין פגיעה בשם הטוב של דמותו לאחר חייו; שהרי האדם עומד בפני

125 ס' 25(א) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

126 ס' 25(ב) לחוק איסור לשון הרע. נראה כי מגבלת הזמן שבס' 25 לחוק מצביעה על הזמן המשוער שבו המנוח, אילו היה בחיים, היה בוחר לפעול אל מול מוציא הריבה. עוד נראה, כי תחימת הזמן נועדה לספק ודאות משפטית בהיבט הכלכלי אך לא בהיבט הפלילי, בשים לב לכך שלהבדיל מס' 5, ס' 25 לחוק מאפשר הליך של תובענה אזרחית שבסופה ייתכן סעד של פיצויים. אולם פתיחה באפיק פלילי אינה תחומה בזמן מקוצב, אלא מוגבלת לדיני ההתיישנות, קרי שבע שנים.

127 ראו והשוו גנאים, קרמינצ'ר ושנור, לעיל ה"ש 123, בעמ' 221-227.

עצמו כמטרה של הפגיעה בשמו הטוב, בעוד שדמותו לאחר חייו קיימת בסיפורי חיים שונים שבהם מתקיימת הנוכחות, ומדובר לא בדמות אחת אלא בדמויות רבות ושונות, בסיפורי החיים הרבים והשונים שבהם מתקיימת הנוכחות.

לאמיתו של דבר, גם המבנה המושגי המתבטא בדיני פגיעה בשם הטוב בהוצאת לשון הרע כולל ריבוי כזה, מפני שהוא בא להגן על מעמדו של האדם בעיני הבריות והללו – כל אחת מהן בפני עצמה – כוללות דמויות שונות של אותו אדם. הנחת הרקע היא, שבנסיבות רגילות הפגיעה בשם הטוב באמצעות הוצאת לשון הרע תחול על כל דמות של האדם בנפשו של זולת כלשהו, כך במהלך חייו וכך לאחר חייו. יש להבהיר בעניין זה, כי העוולה של הוצאת לשון הרע עוסקת במעמד האדם בעיני הבריות, בלשון רבים. אין מדובר בדמות אחת שכולם מחזיקים בה, אלא בדמות שכל אחד מהם מחזיק בה, שיכולה להיות שונה מהדמות שמישהו אחר מחזיק בה, אם כי יש דמיון רב ביניהן. ונדגיש כי זו אינה הצדקה להגנה בידי אחרים, אלא התוכנה שהגנה על שמו הטוב של אדם היא נוכח הבריות – שהן רבות ושונות – ולכן הדמות של הנפגע איננה דמות אחת, אלא קשורה ומשותפת לכולם. אנחנו סבורים שיש מקרים שבהם ההכרעה תהיה בידי בית המשפט, ככל שהמחלוקת תהיה בנוגע לעובדות מרכזיות. לעומת זאת, אם המחלוקת נוגעת להערכות של ההתנהלות או לרגשות שהיא מעוררת, יש מקום להניח לריבוי העמדות להישאר במקומו ללא התערבות בית המשפט. כך מנוהלות מחלוקות כאלה גם במהלך חייו של אדם, וכך הן יכולות להיות מנוהלות גם לאחר מותו.

דברים אלו ניתן לבחון באמצעות פנייה לעניין **סנש**,¹²⁸ תוך התייחסות לדעת הרוב ולדעת המיעוט בפסק הדין, כמו גם לשוני שבין התוצאה המשפטית בפסק הדין לבין התוצאה המעשית בעקבות מעורבותו הלא-שגרית של אחד השופטים בנושא שבמחלוקת לאחר מתן פסק הדין. פרשה זו עסקה באופן הצגת דמותה של חנה סנש כחלק מהמחזה "משפט קסטנר". בנסיבות דנא הוגשה עתירה בידי גיורא סנש (אחיה של חנה סנש) וכן בידי עמותת נשים למען עתיד ישראל ("נשים בירוק"), לאחר שרשות השידור סירבה להסיר קטע מתוך סדרת הדוקורמה "משפט קסטנר", אשר לטענת העותרים הציגה עובדות שקריות ולפיהן "חנה סנש נשברה בעיניו והסגירה את חבריה".¹²⁹ הפרשה מחדדת את מורכבותה של ההכרה במושג "כבוד מת" ובזכויות הנגזרות ממנו, ומעלה שאלות כגון אלה: האם ראוי להכיר בזכויות של המת? מה המשמעות האישית, המשפטית, החברתית והלאומית של הכרה זו? מה מקומם של המושגים "נוכחות" ו"זיכרון"? פסק הדין ממחיש את היעדרה של עמדה אחידה בקרב השופטים בנושא היחס לכבוד המת ולזכויות המת, כמו גם את הממשק ההדוק שבין מעגלי האינטרסים הנפגעים – פגיעה בשמה הטוב של חנה סנש, פגיעה ברגשותיהם של קרובי משפחה וכן פגיעה ברבים אחרים, לרבות ניצולי שואה והאתוס של המורשת הציבורית. במקרה הנדון יוצגו שתי קבוצות עותרים בפרשה: אחיה של חנה סנש, גיורא סנש, שתבע את עלבון אחותו (וככל הנראה גם את עלבוננו שלו), וקבוצת "נשים בירוק", שתבעה את עלבונם של החברה הישראלית ושל ניצולי השואה. העותרים גרסו כי הקטע מושא העתירה – כפי שהופק בידי רשות השידור – פגע בשמה הטוב של חנה סנש ובכבודה; הוא פגע בכיבוד

128 בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999).

129 שם.

ערכים לאומיים; הוא פגע ברגשות הציבור בכלל, וברגשותיהם של ניצולי שואה בפרט. הוא פוגע בכל מי שזכרה של חנה סנש יקר בעיניהם.¹³⁰ בהתאם, האיזון שנדרשו השופטים לערוך היה גם בין חופש הביטוי וחופש היצירה מחד גיסא, לבין האינטרס הציבורי שבשמירה על רגשות הציבור, בכיבוד ערכים לאומיים ובשמירה על האמת ההיסטורית, מאידך גיסא. הנשיא ברק, בדעת הרוב, בחן את מהותה הפנימית של הזכות ואת חשיבות השם הטוב לאדם:

"[לכולנו יש] צורך בהערכה פנימית, בגאווה אישית ובהכרה אישית בין בני אדם... הגוזל את שמי הטוב גוזל את טעם קיומי. שמו הטוב של אדם קובע את התייחסותו שלו לעצמו ואת התייחסותו של חבריו אליו. הוא קובע את יחסה של החברה אליו. הנכס היחיד שיש לרכיבים... הוא שמם הטוב. הוא יקר להם כחיים עצמם... כך לגבי אנשים חיים, כך לגבי המתים. עלינו להגן על כבודו של המת ועל שמו הטוב."¹³¹

למול גישתו של הנשיא ברק, אשר בסופו של דבר לא הכיר בעילה המשפטית (להבדיל מפנייתו האישית לאחר מתן פסק הדין לרשות השידור כמתואר להלן), מעניין להביא את דעת המיעוט של השופט חשין, המבוססת על אנלוגיה לחוק איסור לשון הרע:

"יהיו אשר יהיו תחומי פרישתו של 'כבוד האדם'... הכל יסכימו כי כבוד האדם פורש עצמו על שמו הטוב של האדם. הגם שלכבוד האדם יש בנים אחדים, הנה שמו הטוב של האדם – שמא נאמר: שמו של אדם אשר שמו הוא – הינו בנוי-בכבודו. שאם כבוד האדם אינו כולל את שמו הטוב של האדם, כבודו של אדם מהו?... יתר על כן: כבוד האדם יעמוד לו לאדם לא אך בחייו אלא גם לאחר מותו. זו קביעתו המפורשת של סעיף 5 לחוק לשון הרע, וההלכה הוסיפה וקבעה – מפורשות ובלא כל-ניד-ספק – כי כבוד האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו פורש עמו על כבוד המת."¹³²

ברי אפוא, כי חנה סנש אינה יכולה לתבוע באופן מעשי את כבודה. עם זאת נראה כי חובתו של בית המשפט היא להשיב לה את כבודה. עיקרו של סעיף 5 לחוק איסור לשון הרע הוא באמירה ש"לשון הרע שפורסמה על אדם לאחר מותו, דינה כדין לשון הרע על אדם חי". בבואו להשיב על השאלה מיהו האדם כמשמעותו בחוק, השופט חשין הרחיב את התשובה אל מעבר להגדרה שלפיה מדובר במי ש"בין החיים". ואולם הוא לא רצה להרחיב עד כדי כך שייכנסו בגדרה דמויות אשר חלפו מן העולם לפני מאות ואף אלפי שנים, ולכן המבחן שבו השתמש השופט חשין הוא מבחן זהות הטוען, הנדרש להיות קרוב משפחה בהתאם להגדרת החוק. בנסיבות המקרה גיורא סנש "החליף" את אחותו אשר לא יכלה לתבוע את כבודה; למעשה מדובר באדם אשר כאב את הפגיעה בשמה הטוב של אחותו, ולכן עמד בשמה על הזכות לכבוד.

זה המקום להעיר שתפיסת הנוכחות אינה מתיישבת עם הגישה הגורסת, כי כאשר אדם אינו ממלא תפקיד לאחר חייו בחיים השגרתיים של הבריות, דמותו הולכת ומחווירה עד

130 שם, בעמ' 833.

131 שם.

132 שם.

שהיא נעלמת ואז אין לה מעמד בעניין לשון הרע.¹³³ לפי תפיסת הנוכחות, כל זמן שיש לאדם נוכחות יש לו מעמד, ואין צורך שיהיה יותר מאדם אחד שהדמות נוכחת בסיפור חייו או אביוז נוכחות כמו מצבה או ספר זיכרון כדי שתהיה נוכחות ושהיה מעמד. ראוי להדגיש שלפי הגישה שלנו, ההגנה הראויה על שמו הטוב של אדם לאחר חייו אינה תלויה בהיקף ההיכרות שיש לבריות עם הנוכחות שלו לאחר מותו או בהיקף ההיכרות שהייתה לבריות עימו עצמו במהלך חייו. במהלך חייו של אדם, לא משנה כמה הוא מוכר לרבים, יש הצדקה לדרישה לשמור על שמו הטוב כשלעצמו, כלומר במסגרת הדמות שלו בעיני עצמו או זולתו, מעטים או רבים. בנסיבות חברתיות מוכרות ידובר במסגרת רחבה יותר, אולם היא אינה הכרחית לעצם המעמד שיש לו לדרוש הגנה על שמו הטוב. וכך גם לאחר מותו, כשיש לו נוכחות בסיפורי החיים של זולתו, אחד או מעטים או רבים, יש לו דמות בסיפורי החיים הללו הראויה להגנה על שמה הטוב, על יסוד שיקולים של שמירה על כבוד האדם. איננו דורשים הגנה על הדמות במסגרת הנוכחות לאחר המוות יותר משאנו דורשים הגנה שכזו במהלך חייו של האדם.

יתר על כן, השופט חשין גרס כי החשיבות בהגנה על שמה הטוב של חנה סנש והצגתה באור חיובי בדפי ההיסטוריה נועדה למלא ולשמר את נוכחותה ואת מורשתה לא רק בקרב קרוביה, אלא נועדה למצב את דמותה כגיבורה בקרב ההיסטוריה של העם היהודי, הציבור הישראלי וניצולי השואה; כך נשמר הקשר הבינ-דורי במחזורותינו. גם מטעם זה הזכות לשם הטוב של המת תגבר באיזון אל מול חופש הביטוי השקרי.¹³⁴ בשולי פסק הדין, ובאופן שממחיש את הקושי שבשרטוט קו הגבול המשפטי לעומת קו הגבול המוסרי, מעניין לציין שבית המשפט אומנם דחה את העתירה בדעת רוב והתיר את שידור הקטע שבמחלוקת, אך מיד לאחר מכן פנה הנשיא ברק באופן אישי ולא-שגרתי למנהל הכללי של רשות השידור וביקש ממנו להשמיט את הקטע.¹³⁵ רשות השידור הפעילה לחץ כבד על מוטי לרנר – יוצר המחזה "משפט קסטנר" – להסכים לכך, ובסופו של דבר הקטע לא שודר.

אפשר להסביר ולהצדיק את הפנייה המתוארת של הנשיא ברק בנסיבות המיוחדות של הפרשה. ראשית, דמותה של חנה סנש נוכחת בסיפורי חיים רבים מספור. שנית, כל נוכחות שכזאת היא של דמות חיובית הרואית. שלישית, המחזה היה עלול להגניב ללבבות של בני אדם רבים מספור, שהדמות של חנה סנש נוכחת בהם, ספק בדבר התיאור החיובי וההרואי שלה. רביעית, לא במחזה ולא מחוצה לו נמצא בסיס כלשהו, אפילו חלש, לטענות עובדתיות המחלישות את דמותה;¹³⁶ מדובר בדמיון של המחבר ותו לא. אילו היו ראיות של ממש, אפילו חלשות, הדעת נותנת שהן היו עולות בדיון המשפטי או בדיון הציבורי שהתנהל

133 ראו בירנהק "זכויות המתים", לעיל ה"ש 7, בעמ' 72-73, אשר גורס כי המתים מצויים בתודעתנו לפרק זמן מוגבל.

134 שם, בעמ' 867.

135 אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי בעקבות בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 "משפטים לב 623, 666 (התשס"ב).

136 דן לאור "ישראל קסטנר וחנה סנש: מי באמת היה הגיבור – ומי הבוגד" הארץ (18.10.2013) <https://www.haaretz.co.il/literature/study/2013-10-18/ty-article/premium/0000017f-ea3b-d3be-ad7f-fa3bdd970000>

באותו זמן. אמירות סתומות בדבר מחשבות שליליות אינן מעלות ואינן מורידות באווירה שבה ניתן להעלות על הפרק טענות חסרות בסיס, מרושעות ככל שיהיו. בנסיבות הללו, שינוי דמותה של חנה סנש היה מהפך – מדמות חיובית והרואית לדמות חלשה שהזיקה מאוד לזולתה. אף שההגנה על חופש הביטוי האומנותי הצדיקה את ההחלטה המשפטית, היה ראוי למצוא דרך להביא בחשבון את ההסתייגות המוסרית מהעלאת טענות שליליות חסרות בסיס. זאת עשה הנשיא ברק בפנייתו אל רשות השידור. הכרעה בדילמה ערכית מחייבת אומנם לתת עדיפות לאחת הנורמות, ובכך שלא לממש במלואה את הנורמה השנייה; עם זאת כל פגיעה בנורמה או בערך מחייבת מאמץ למזער את הפגיעה, בלי לפגוע בעיקרון שביסוד ההכרעה. נראה לנו שזה מה שעשה הנשיא ברק.

דמותה של חנה סנש היא בסיפורי חיים רבים מספור דמות חיובית הרואית, המשמשת בהתנהלותה דוגמה להתנהלות מופתית. כל מי שחונך לאור הדמות הזאת מקיים נוכחות שלה בסיפור חייו. שינוי דמותה של חנה סנש אינו מוגבל לפריט במהלך החיים שלה, אלא קשור להחלטות רבות מספור, אישיות וחינוכיות, לקיים את הדמות בתור מופת ערכי ומוסרי. שינוי בקנה מידה שכזה אינו יכול להיות מוצדק ללא בסיס עובדתי חדש, מוצק, סביר ומכריע.

(ה) פרטיות המת

הפרטיות כזכות משפטית היא חלק מכבוד האדם ומעוגנת כיום, מלבד בחוק ספציפי,¹³⁷ גם בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאדם יש זכות לבחור איך לנהל את המידע על אודותיו – אילו פרטים הוא רוצה לחלוק עם מי ומתי, ואיזה מידע הוא מעדיף לשמור לעצמו. הזכות לפרטיות היא זכות אישית שנתונה לכל אחד ואחד בנפרד. אף שאנחנו יכולים לבחור לאפשר לאחרים להשתמש במידע שלנו או במידע עלינו, אחרים אינם רשאים לוותר בשמנו על הזכות שלנו לפרטיות, ואי-אפשר להעביר את הזכות לפרטיות לאחרים.¹³⁸ מידע אישי, שהוא מושא הזכות לפרטיות, עשוי בבסיסו להיות סחיר, אך הוא אינו קניין ואינו רכוש.¹³⁹ בהקשר של מאמר זה, שאלה מעניינת היא מה מעמדה המשפטי של הזכות לפרטיות בנוגע למת כשלעצמו. במבט ראשוני, ובהתאם לגישה הדווקנית שנסקרה בתחילת המאמר בנוגע לסעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית, נראה לכאורה כי עם פטירתו של אדם פוקעת זכותו לפרטיות ולחיסיון.¹⁴⁰ כמו כן, מעיון בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 נקל להיווכח

137 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

138 מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9, 41, 46-47 (התשס"ח).

139 עניין סקולר, לעיל ה"ש 69.

140 במבט משווה יש להעיר, כי באיחוד האירופי הרגולציה להגנת המידע האישי (ה-GDPR) מתירה חופש פעולה למדינות החברות לקבוע אם הגנת הפרטיות במידע חלה גם אחרי המוות, ראו *The EU 2016 General Data Protection Regulation, Recital 27*, אשר מבהירה: "This Regulation does not apply to the personal data of deceased persons. Member States may provide for rules regarding the processing of personal data of deceased persons" לדיון בפרטיות שאחרי המוות באיחוד האירופי, ראו David Erdos, *Dead Ringers? Legal Persons and the Deceased in European Data Protection Law*, 40 COMP. L. & SEC. REV. 1 (2021).

כי החוק שותק בקשר לפרטיות המת, למעט מצבים שבהם הפגיעה בפרטיות אירעה בחיי האדם והוא טרם הספיק לתבוע, או שתבע ומת לפני סיום ההליך.¹⁴¹ זה המקום להעיר, כי סעיף 2א לחוק הגנת הפרטיות הוא הסעיף היחיד אשר מקים עילה לפגיעה בפרטיות בקשר לפרסום צילום של נפטר בפגיעו טרור.¹⁴²

הדעת אינה סובלת פגיעה קיצונית בפרטיות של אדם לאחר חייו. הנימוקים המרשים לפגוע בפרטיות של אדם במהלך חייו ניתנים להכללה גם למצבים שלאחר חייו. נביא דוגמה מן האתיקה העיתונאית הנוהגת בעולם. לא ראוי לפרסם צילום של אדם במצבי חולשה מובהקים שלו כאשר אין לו דרך להגן על דמותו מפני התמונה השלילית הנוצרת בפרסום. לפיכך לא ראוי לפרסם צילום של פצוע במלחמה, בתאונת דרכים או בהקשר אחר, אלא אם כן הוא נתן רשות מפורשת לעשות זאת. במקביל לא ראוי לפרסם צילום של אדם פצוע או הרוג לאחר חייו, מפני שזה יהיה צילום של אדם במצב חולשה מובהקת, ולאחר חייו לא תהיה לו דרך להגן על דמותו.

נימוק זה אינו נעוץ ברגשות המשוערים של האדם, ברצונו או בערכיו, אלא במושג שלנו של שמירה על כבוד האדם. במצבים הללו איננו מתעניינים בהשערות בדבר מרכיבי נפשו של האדם כשהוא כבר לאחר חייו. הדעת נותנת כי בהמשך הדרך, אם יתגלו לנו פרטים מיוחדים בדבר אותו אדם לאחר חייו, נוכל לקבל החלטות מורכבות יותר בדבר פרסום הצילום שלו. האתיקה העיתונאית מתירה פרסומים שיש בהם מידה מסוימת של פגיעה בפרטיות, ככל שיש בהם עניין ציבורי שאינו הסקרנות של הבריות, אלא עניין הנעוץ בעקרונות המשטר הדמוקרטי ובייחוד השמירה על כבוד האדם. החלטה מורכבת יכולה להתקבל למשל כאשר המנוח הוא אישיות ציבורית ונסיבות מותו הן בעלות עניין ציבורי, כגון התנקשות פוליטית, פשע פלילי חמור או תאונה קטלנית עקב התרשלות.

לפיכך, פרסום צילומי זועה של הרוגים או של חללים בטבח של היום הראשון של מלחמת חרבות ברזל (השבעה באוקטובר 2023) אינו אפשרי.¹⁴³ הצילומים מתארים מצבים קיצוניים, ואין טעם בבדיקת האפשרות שמי מן הנספים היה מסכים לפרסום צילום של גופתו. הצגת הצילומים לחברי כנסת, למנהיגי מדינות ידידותיות ולקבוצות קטנות נוספות של בני אדם בעלי מעמד מיוחד טעונה הצדקה. הערך של החשיפה צריך להיות גבוה מאוד, עד כדי כך שיצדיק את הפגיעה בכבוד האדם של הנספים לאחר חייהם. אפשר למתן את הפגיעה

141 ס' 25 לחוק הגנת הפרטיות.

142 ס' 2א נוסף לחוק בשנת 2011, ומשלא תוקן ס' 25 לחוק, אפשר להניח כי המחוקק סבור שהחוק הקיים אינו מגן על הפרטיות של המתים בכלל; לדיון בסוגיות שמתעוררות בהקשר זה, ראו טל מורס "להתבונן במותם של אחרים: הצגת צילומי גופות בתקשורת הישראלית כמנגנון הכלה והדרה" היסטוריה ותאוריה: הפרוטוקולים 18 (דנה אריאלי-הורוביץ עורכת 2010).

143 ראו, בין רבים, כתבות העוסקות בעניין הפצת צילומי הזוועות של נרצחי וחללי טבח השבעה באוקטובר: איתמר אייכנר "לא רוצה שזה ייצא החוצה": מחלוקת על הפצת התיעודים מהטבח" [ynet](https://www.ynet.co.il/news/article/tjzk8mumt) (8.11.2023); איתמר אייכנר ויואב זיתון "הקרב על ההסברה: נתניהו תומך בפרסום סרט הזוועות, צה"ל מבקש לתאם עם המשפחות" [ynet](https://www.ynet.co.il/news/article/sjyuiwimp) (6.11.2023); קים לגזיאל "גזרו תמונה של אמא שלי מתמונה משפחתית": ניצולי הטבח איבדו את יקיריהם, את ביתם – ואת הזכות לפרטיות" [TheMarker](https://www.themarker.com.il/news/article/49NABQR) (1.11.2023). [bit.ly/49NABQR](https://www.themarker.com.il/news/article/49NABQR)

הזאת ואולי אף למחוק אותה, לפחות במקרים מסוימים, אם החשיפה מלווה בהסברים שיש בהם ביטויים מובהקים וחד-משמעיים של שמירה על כבוד האדם של הנספים לאחר חייהם. ראוי לחזור ולהדגיש את הגמישות הרבה של ביטויי הנוכחות של אדם לאחר חייו. אף פעם לא נוכל לטעון שפרסום צילום כזה או אחר הוא הכרחי לשם קיום הנוכחות של האדם לאחר חייו. תמיד ישנן דרכים שונות לבטא את הנוכחות. טענות בזכות השימוש בצילום של המנוח עולות לעיתים, למשל בהקשרי רצונם של אפיקי תקשורת כלשהם להשתמש בו בנסיבות של הדיוווח הצבעוני של פרשת מותו של האדם. איננו רואים בעניין התקשורת נימוק של ממש לפגוע בזכות הפרטיות של אדם לאחר חייו, שהיא חלק מזכותו לכבוד לאחר חייו. לשם התנאי ההכרחי של קיום הנוכחות אין כורח להשתמש בצילום זה או אחר שלו, שפרסומו הוא בגדר פגיעה בפרטיות.

על אף שנראה כי החוק הקיים אינו מגן על הפרטיות של המתים, הגישה המקובלת בפסיקה היא שהזכות לפרטיות ולחיסיון אינה בטלה ועוברת מן העולם עם מותו של אדם.¹⁴⁴ בעניין סקולר נקבע, כי חוק הגנת הפרטיות חל גם על אדם שנפטר.¹⁴⁵ באותו עניין נדון סכסוך בין ילדיהם מנישואים קודמים של בני זוג שנפטרו בקשר לחלוקת העיזבון. אחד הצדדים ביקש לעיין בספרי הבנקים בקשר לחשבוניותיהם של המנוחים.¹⁴⁶ מכאן התעוררה השאלה בדבר הגנת פרטיותם של המנוחים. באותו עניין דחה השופט גולדברג את הטענה כי הזכות לפרטיות אינה עומדת למי שנפטר, בציינו כי הזכות ממשיכה להיות מוגנת גם לאחר מותו של אדם, אלא שבמקום בעל הזכות המקורי באים יורשיו תחתיו.¹⁴⁷ תפיסה רחבה זו, הרואה בהגנה על הפרטיות חלק מזכות האדם לכבוד והמכירה בתחולת הגנה זו לא רק בחייו של האדם אלא גם לאחר מותו, משתלבת בתפיסה הכוללת הרואה בכבודו של הנפטר חלק מזכות האדם לכבוד במובן הרחב. עם זאת הקביעה כי הזכות לפרטיות מועברת ליורשיו של בעל הזכות המקורי עשויה לעורר קושי במקרים כגון המקרה הנדון כאן, שמשמעותו היא כי היורש יכול לוותר על זכות החיסיון בשמו של בעל הזכות המקורי, ולקבל לידי מידע שעל פניו נשמר בפרטיות גם מפניו, ולעיתים בעיקר מפניו.¹⁴⁸

144 בירנהק "זכויות המתים", לעיל ה"ש 7, בעמ' 90-97.

145 עניין סקולר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 773.

146 ראו, בין רבים, מקומות נוספים שבהם פסק בית המשפט שיש להעביר מידע על קניין וצמצם את הלכת סקולר לנסיבות דומות של חשבון בנק: רמ"ש (מחוזי חי') 17-02-46022 פלוגית (קטיץ) נ' אלמונית (מנוחה) (נבו 2.4.2017) בעניין חשבונות בנק; ה"פ (מחוזי ת"א) 12-02-50725 שוורצמן נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ (נבו 12.10.2012), שבו נפסק שחברת הפנסיה צריכה לאפשר גישה למידע על מוטבים נוספים בקופות גמל למוטבים היורשים.

147 עניין סקולר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 773 לפסק דינו של השופט גולדברג ("זכות הפרטיות האמורה אינה עוברת מן העולם יחד עם בעל הזכות, והיא ממשיכה להיות מוגנת גם אחרי מותו אלא שבמקום בעל הזכות המקורי... באים יורשיו תחתיו כבעלי אותה זכות שהייתה למורשים").

148 ראו ברומה את עמדתו של יצחק עמית שכותב כך: "אין ללמוד מעניין סקולר הלכה שלפיה הזכות לפרטיות עוברת ליורשיו, באשר קביעה מעין זו עלולה לרוקן מתוכן את זכותו של המנוח לפרטיות כלפי יורשיו", ובהמשך הוא מוסיף: "בניגוד לאמור בעניין סקולר, הזכות לפרטיות היא זכות אישית ואינה חלק מהעיזבון" (יצחק עמית חסינות ואינטרסים מוגנים: הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 1144-1145 (2021)).

קושי נוסף עשוי להתעורר במקרים שעניינם מחלוקת בין יורשים שונים, אשר חלקם טוענים לקיומו של חיסיון וחלקם חפצים לוותר עליו.¹⁴⁹

תפיסת הנוכחות, הכוללת את עקרון ההמשכיות, דורשת שמירה על אותם חלקים של הפרטיות של האדם שאותם הוא לא היה מוכן לחשוף בחייו, גם לאחר חייו. בנקודת המוצא של דיון במצבים מסוימים, ההנחה היא כי הפרטיות נשמרת כמות שהיא. דרוש נימוק מיוחד ומכריע כדי לכרסם בפרטיות של אדם לאחר חייו.

הניסיון לנהל מצבים כאלה באמצעות עקרונות של זכויות וירושה אינו מוצלח ואינו מוצדק. הניסיון אינו מוצלח מפני שהוא יוצר מצבים של "הורשת זכויות", שאין להם בסיס מושגי ממשי. אם יש לאדם זכות להשתתף בפגישות של מסדר סגור שהוא חבר בו, האם לאחר חייו יש ליורשים זכות להשתתף בפגישות הללו? אם בחייו הייתה לו זכות – בהיותו פרופסור באוניברסיטה – להדריך תלמידים בכתיבת עבודות מתקדמות, האם לאחר חייו יש ליורשיו זכות להדריך תלמידים בכתיבה כזו? הניסיון להשליט עקרונות של ירושה אינו מוצדק נוכח עקרון ההמשכיות שבתפיסת הנוכחות. בחלוקת האינפורמציה שברשות האדם במהלך חייו בין התחום הגלוי לבין התחום הנשמר סמוי יש ביטוי מובהק של דמותו של אותו אדם. לפי תפיסת הנוכחות הדמות הזאת אמורה להישמר בסיפורי החיים של מי שנשארים אחריו גם לאחר חייו. הגישה אל החלקים הסמויים של חיי האדם במהלך חייו אינה עוברת בירושה, מלבד מקרים מיוחדים שבהם המצב מחייב לתת לזכות (לשמירה על החיים, למשל) מעמד העולה על מעמדה של הזכות לפרטיות.

בהקשר זה ניתנו במרוץ השנים כמה פסקי דין אשר תומכים בעמדה כי הזכות לפרטיות אינה זכות הניתנת להורשה אלא זכות אישית. כך למשל, במקרה שבו ביקשו בני משפחה לקבל מפסיכולוגית מידע רפואי על אודות המנוחה שבה טיפלה הדגיש בית המשפט שהפרטיות במידע שכזה היא זכות אישית שאינה עוברת ליורשים, ובייחוד בשל הצורך בפרטיות מול קרובי המשפחה.¹⁵⁰

149 ראו מיכאל בירנהק פרטיות חוקתית 279–282 (2023) (להלן: בירנהק פרטיות חוקתית). בירנהק מציע לצמצם את הקביעה הגורפת בעניין סקולר להקשר הייחודי של יחסי בנק-לקוח ולכך שהזכות לפרטיות נקראה, באותו עניין, כדי להגן על זכות הקניין; היורשים (או מי שטוענים להיותם זכאים לירושה) יורשים גם את חשבונות הבנק, ומשכך יהיו רשאים ממילא לעיין בספרי הבנק בקשר לחשבונות לאחר שיוכרוזו כירשנים.

150 ה"פ (שלום ת"א) 29490-05-12 עיזבון פלונית נ' פלדמן-קופלר (נבו 31.12.2012). עמית סבור ש"זכותו של אדם אינה פוקעת בפטירתו, ולכן הערך המוגן של הפרטיות והחיסיון ביחסי מטפל-מטופל נשמרים גם לאחר הפטירה" (עמית, לעיל ה"ש 148, בעמ' 1145). ברק מסיק אף הוא שהזכות החוקתית לפרטיות ממשיכה להתקיים אחרי המוות: "מסקנה זו מתבקשת הן מהיקפה של הזכות החוקתית עצמה אשר ככל זכות אדם ממשיכה להתקיים גם לאחר מותו, הן מאינטרס הציבור כי הפרטיות וצנעת הפרט של המתים יישמרו" (אהרן ברק "הזכות החוקתית לפרטיות וצנעת הפרט: תכליתה, חשיבותה והיקפה" ספר עדנה ארבל 401, 448 (שלי אביב ייני ואחרים עורכים 2022)). בניגוד אליהם, בירנהק סבור כי אין מקום להכרה בזכות משפטית לפרטיות המתים: "לא כל זכות מוסיפה להתקיים אחרי המוות, הדבר תלוי בהצדקותיה של הזכות הפרטיקולרית, ושנית, אינטרס של הציבור, גם אם יש כזה וגם אם הוא ראוי, אינו מקים זכות" (בירנהק פרטיות חוקתית, לעיל ה"ש 149, בעמ' 280).

כמו כן, ייתכן מצב שבו אי-אפשר לממש צוואה בלי לפגוע במידת מה בפרטיות של האדם שכתב אותה. במצב שכזה אין לנו מנוס מאיזון בין חובות שונות, כגון הפרטיות וכיבוד רצון המנוח. דוגמה לכך הם סכסוכים על תיקי ירושה, שבהם נטענת טענה נגד כשירותו של המנוח לצוות. יצחק עמית בספרו מבחין בין טיפול רפואי שעניינו המצב הקוגניטיבי לבין טיפול נפשי. מידע על המצב הקוגניטיבי דרוש לטעמו כדי להכריע בסכסוך (האינטרס הקנייני גובר על הפרטיות), ואילו באשר למידע על טיפול נפשי ועל עצם הטיפול, יש להעדיף את פרטיות המנוח.¹⁵¹

על כן, במצבים שכאלה עלינו לנהוג בדרך המוכרת לפתרון דילמות ולגשת למלאכת האיזונים. עלינו להידרש לאיזונים מסוגים שונים – איזון אופקי ואנכי, נוסחאות איזון, משקל יחסי ועוד מאבני היסוד של שפת האיזונים.¹⁵² לאחר שהגענו למסקנה מה גובר על מה, עלינו לחפש דרכים להקטין ככל האפשר את הנוק למימוש הערך של כיבוד רצון המנוח, שגם בו רצינו. השאלה מה עולה על מה, הזכות לפרטיות או זכות אחרת, אינה נתונה לתשובה מכרעת וגורפת. ההכרעה תהיה בהתאם לנסיבות הנתונות – מה עומד ביסוד השמירה על הפרטיות, מה עומד ביסוד העיצוב של הצוואה כמות שהיא. לאחר ההכרעה נחפש דרכים לפגוע בזכות המשנית מעט ככל האפשר. לכן, אם נחליט שמיוש הצוואה כמות שהיא חשוב יותר מאשר השמירה על הפרטיות, נממש את הצוואה תוך פגיעה מינימלית בפרטיות. ודוק, רעיון היסוד של הפרטיות מפקיד בידי האדם עצמו את ההחלטה אם מידע בעניינו יהיה נחלת הכלל או שהוא יחליט בידי מי הוא יהיה. לפי עקרון ההמשכיות של תפיסת הנוכחות, המעמד של האדם בתור מי שמחליט בנסיבות השגרתיות אם מידע על אודותיו יהיה נחלת הכלל או לא, נשמר ככל האפשר גם כשמדובר על הנוכחות של אותו אדם לאחר חייו. אין קושי לכבד החלטה פרטית של אדם לאחר חייו. מה שהוא רצה שלא לשתף בו את הכלל יכול להישאר באותו מעמד. באופן כזה הדמות המתבטאת בנוכחות של אדם לאחר חייו נהנית מן ההחלטה של האדם בחייו לשמור על הפרטיות של חלקים מחייו. גם בעניינה ההפרדה בין הפרטי לבין הציבורי אמורה להישמר כמות שהיא, ואין קושי מעשי או אחר לשמר את ההבחנה הזאת.

אנחנו חוזרים ומבהירים, שההתחשבות המוצעת באדם בדבר מתן פומבי לפרטים על אודותיו אינה נעוצה במעמד מיוחד של רצונו של אותו אדם, המתבטא גם לאחר חייו. רצונו של אדם הוא אחד ממרכיבי נפשו, וככל שאפשר לקיימם בנוכחות של אותו אדם לאחר חייו בסיפורי החיים של שאריו, כך ראוי לנהוג. תפיסת הפרטיות של האדם, אשר יש לכבדה לאחר מותו, יכולה להתבטא בכל אחד ממרכיבי נפשה של הדמות המתקיימת בנוכחות, בכלל זה ערכים ורגשות.

לסיכום הדיון בסוגיה זו נאמר שהפרטיות שיש לאדם במהלך חייו אמורה להישמר כמות שהיא גם לאחר חייו, ככל האפשר. ליורשיו של אדם יש חובה להגן על הנוכחות שלו לאחר חייו, ובתוך כך גם חובה להגן על הפרטיות שלו לאחר חייו. ואולם חובת ההגנה אינה מקנה זכות להיחשף לכל מה שנסתר בשל הפרטיות במהלך חייו של האדם. עם זאת ייתכנו נסיבות מיוחדות שבהן יהיה אפשר לחשוף חלקים של הפרטיות בפני יורשים, כדי להגן על זכויות

151 עמית, לעיל ה"ש 148, בעמ' 1145.

152 בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 473-480 (1994).

שלהם שיש לנו טעם כללי ויציב לומר שנשמר בהן מה שראוי להיחשב חשוב מן הפרטיות, כגון החיים עצמם. תפיסת הנוכחות מוסיפה לדיונים בדבר היחס הראוי לאדם לאחר חייו מסגרת מושגית ומוסרית להגנה על כבוד האדם לא רק בחייו, אלא גם לאחר חייו. המסגרת המושגית קובעת את קיום הנוכחות בתור תנאי הכרחי לכל ביטוי של כבוד האדם לאחר חייו. המסגרת המוסרית מרחיבה את השיקולים בדבר היחס הראוי אל מעבר לרצון הנתון או המשוער, וכדוגמה אל מכלול ההיבטים של הנוכחות.

(1) שימוש בזרע או בביצית לאחר מותו של אדם

מאמר זה נכתב בצל מלחמת חרבות ברזל ומאורעות השבעה באוקטובר. על רקע זה, ולמרבית הצער, הסוגיה של קצירת זרע מן המת מקבלת מקום מרכזי בשיח הציבורי ומעלה שאלה כאובה בנוגע לשימוש בזרעו של נפטר.¹⁵³ ככלל, בעשורים האחרונים מתאפשר לשמר את זרעו של אדם שזה עתה נספה, כמו גם להקפיא ביציות – בין אם מופרות ובין אם לא־מופרות – ולהפרות אישה מביצית מופרית שאין לה זיקה גנטית אליה כדי שתהרה ותמסור את היילוד להוריו הגנטיים.¹⁵⁴ בכל הדרכים הללו נוצרות אפשרויות להביא לעולם יילוד לאחר שאביו או אימו נספו. כל אחת מן האפשרויות הללו מעוררת סוגיות מוסריות, אתיות ומשפטיות, שנדונו בהרחבה.¹⁵⁵ במאמר זה אנחנו מתעניינים רק ברעיון שהיילוד, שיגיע לעולם אם יהיה שימוש בזרע המת (או בביצית של המתה, במקרים רווחים פחות), יהיה מוקד טבעי של הנוכחות של הנפטר בסיפורי היילוד עצמו ובסיפורי סביבתו האנושית.

153 עד רגע כתיבת שורות אלה – ולצערנו המלחמה טרם הסתיימה – למן תחילת המלחמה ביקשו 39 הורים ובנות זוג לחיילים ואזרחים שנפלו לשאוב זרע מגופת יקיריהם. המקרה המפורסם ביותר נודע בהקשרה של הזמרת שׂילי עטרי שביקשה לשאוב את זרעו של בעלה יהב וינר ז"ל, אך זה לא היה שמיש בסופו של דבר, ראו אריאלה איילון "האסון של שׂילי עטרי: שאיבת זרע מהמת, מתי ומי רשאי לבקש?" ynet (12.10.2023) <https://www.ynet.co.il/health/article/rkk4e004wt>; וכן: עידו אפרתי "המדינה מעוררת הורים לשמר את זרע בניהם שנפלו, ודוחה את ההתמודדות עם ההשלכות האתיות והמשפטיות" הארץ (6.11.2023) <https://www.haaretz.co.il/news/politics/2023-11-06/ty-article-magazine/premium/0000018b-9f97-db71-a7df-ffdf30ea0000>.

154 יעל השילוני-דולב מהפכת הפריזון 104–106 (2013); ראו גם את חוות הדעת של פרופ' אסא כשר שנמצאת בפרוטוקול ישיבה 97 של הוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי וטכנולוגי, הכנסת ה-15, 5 ואילך (30.9.2002) והשוו אל גישתו של פרופ' יהושע דור (רופא מומחה להפריה חוץ־גופית), אשר גורס כי בניגוד לעבר, האבולוציה בטכנולוגיה הרפואית כיום מאפשרת בזמן ה־Post-Mortem הוצאת שחלה, ולכן יש לשים קץ להפליה השגויה הנשענת על תרבות פטריארכלית, ולהסדיר את הסוגיה בחוק שוויוני: יהושע דור ודניאל זיידמן "טכנולוגיות חדשניות בהפריה חוץ־גופית – פריצת הגבולות ברביית האדם" הריזון מסוג אחר: עיון רב תחומי בהפריה חוץ־גופית 46, 56–57 (שולמית אלמוג ואבינועם בן זאב עורכים התשנ"ו). כמו כן ראו משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת ההסדרה חקיקתית של נושא הפריזון וההולדה בישראל 13–14, 38, 43–50 (2012).

155 אסא כשר "יתומות מתוכננת": התמונה המאוזנת" דילמות באתיקה רפואית 221 (רפאל כהן־אלמגור עורך 2002), (להלן: כשר "יתומות מתוכננת").

נכון להיום הסוגיה טרם התבררה די צורכה, והמענה עליה טומן בחובו מטען ערכי, תרבותי ונורמטיבי כבד משקל,¹⁵⁶ אשר כולל התייחסות לעקרונות יסוד במשפט הישראלי, כגון כבוד המת, הזכות להורות, זכות המשכיות וטובת הילד (העתיד לבוא לעולם מיותם מאב או מאם).¹⁵⁷ במשפט הישראלי הסוגיה אינה מוסדרת בהסדר ראשוני. למעשה, המקור הנורמטיבי היחיד שנתן את דעתו לשאלה זו הוא הנחיות היועץ המשפטי לממשלה משנת 2003. לפי הנחיות, המושגות על "מודל הרצון המשווער", לבת הזוג מוקנה מעמד קונקלוסיבי בשאלת השימוש בזרע המנוח, ואילו להורי המנוח אין כל זכות עמידה בנדון.¹⁵⁸ סוגיה זו קיבלה משנה דחיפות ביום 10 באוקטובר 2023, בעקבות מלחמת חרבות ברזל, וחלון הזמן הקצר שאיבת זרע מהנפטרים (עד 72 שעות) הוביל לכך שהיועצת המשפטית לממשלה הורתה לבתי החולים לאפשר שאיבת זרע גם לבקשת הורי הנפטרים (לרבות הורי חייל שנהרג), ללא צורך בפנייה לבית המשפט.¹⁵⁹ דא עקא שהנחייתה האחרונה של היועצת המשפטית לממשלה ממשיכה את ההפרדה בין בקשה לשאיבת זרע (אשר לה בתי המשפט נענים ממילא לרוב בחיוב) לבין בקשה לשימוש בזרע, הנבחנת בקפידה בידי בתי המשפט לנוכח השלכותיה.¹⁶⁰

לאורך השנים אנו עדים למספר רב של הצעות חוק אשר באו לקדם הליך חקיקה מוסדר במקום כאוס ועמימות. כך למשל, בחודש מאי 2022 עברה בקריאה ראשונה הצעת חוק המבקשת לחולל שינוי של ממש בנדון;¹⁶¹ אלא שגם אם הצעה זו תהפוך לחקיקה מחייבת, חיסרון בולט בה הוא היעדר שוויון ביחסו של הדין כלפי ביצית לאחר הפטירה לעומת זרע

156 יעל השילוני-דולב וצבי טריגר "בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכייה, פרו-נטליזם ומיתוס המשכיות הזרע" עיוני משפט לט 661 (2016); אסתר חיות "גבולות המשפט" ספר אדמונד לוי 185 (אוהד גורדון עורך 2017).

157 מרדכי הלפרין "הזרעה מלאכותית לאחר מיתה – איסור והיתר" אסיא יג 119 (2006).

158 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202. "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" 6 (27.10.2003) <https://www.news1.co.il/explorer> (להלן: "הנחיות היועצ"ש"); לעניין מעמדה של הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ראו בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש עיריית הרצליה, פ"ד (נו) 900, 910 (2002); בג"ץ 4886/06 עיריית באר שבע נ' שר הפנים, פס"ה' לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (נבו) 14.1.2007. עבור מערכת הבריאות, לעומת זאת, משמורת ההנחיות נורמה מחייבת, לאחר שאומצו במפורש בס' 30 לחזור מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007).

159 ראו נוהל חירום מיוחד למלחמת "חרבות ברזל" בנושא נטילת הזרע מהנפטר: "נטילת (הנצלת) זרע לאחר המוות, שימור ושימוש בו – חרבות ברזל" <https://www.gov.il/he/service/sperm>; השוו למיטל יסעור בית-אור "לאור מצב החירום: בתי חולים יוכלו לאשר נטילת זרע מנפטר, גם לבקשת ההורים" ישראל היום (11.10.2023) <https://www.israelhayom.co.il/health/article/14697611>.

160 לרשימה של פסקי דין שבהם ההורים הם שפנו לבית המשפט, ראו Yael Hashiloni-Dolev & Zvi Triger, *The Invention of the Extended Family of Choice: The Rise and Fall (To Date) of Posthumous Grandparenthood in Israel*, 39 *NEW GENETICS & Soc'y* 250 (2020).

161 הצעת חוק שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה, התשפ"ג-2023, פ/2866/25.

לאחר הפטירה.¹⁶² כמו כן, זה מכבר הוגשה הצעת חוק פרטית אשר מסדירה לראשונה את האפשרות של הורים לשאוב זרע ללא צו משפטי, את מעמדם כסבים וכן את מעמד הילד שנולד ואת זכויותיו.¹⁶³ מהצעת החוק עדיין נעדר הסדר שוויוני בעניין ביציות, וכך גם באשר לזוגות הומוסקסואלים.¹⁶⁴ זה המקום לציין, כי בדיון אשר התקיים לאחרונה בוועדת הבריאות של הכנסת בעניין הצעת החוק האמורה הועלתה דרישה מטעמן של המשפחות השכולות לאפשר שאיבה בפועל מיד עם נפילת החלל.¹⁶⁵

בהקדמה הכללית לדיון בסוגיה הזאת נשוב ונציין את תרומתה של תפיסת הנוכחות להבהרת התמונה המושגית, המוסרית והמשפטית. הזכות לכבוד של אדם לאחר חייו עומדת על התנאי ההכרחי של קיום נוכחות של אותו אדם לאחר חייו. את הנוכחות אפשר להביע בדרכים רבות מספור, ומי שמקיימים את הנוכחות בחרים לעצמם את הביטוי המתאים בעיניהם של הנוכחות. אין ספק שאחד הביטויים המובהקים של נוכחות של אדם לאחר חייו הוא קיום צאצאים שלו, גם כאלה שהיו בין החיים כאשר הוא נספה, ובהיעדרם של צאצאים כאלה – צאצאים שבאו לעולם לאחר שנספה. הצאצא נושא את הנוכחות בעצם קיומו, והביטויים של הנוכחות הקשורים בו הם ביטויים מובהקים. ראוי להדגיש שאין שום דרישה – לוגית או מוסרית – שהצאצא יעסוק בביטוי מתמיד של הנוכחות של אביו לאחר חייו במסגרת החיים שלו כצאצא. עצם קיומו הוא ביטוי מובהק של אותה נוכחות.

השאלות סביב שימוש בזרע ובביצית של המת רבות הן, ואחת מהן, כפי שהיא עולה בכמה פסקי דין, היא השאלה הבאה: האם הרצון להשתמש בזרע המת וליצור הורות לאחר המוות נועדה אך לרפא מכאוב ולסייע להתמודד עם מות היקר, והאם סיבה זו כשלעצמה מצדיקה הפריה בזרעו של מי שכבר איננו חי? על שאלה עקרונית זו ננסה לענות בעזרת שימוש בתפיסת הנוכחות באמצעות כמה מקרי בוחן אשר עלו בפסיקה.

162 יישומה של התזה בהקשר של שימוש בביציות של נפטרת הוא סבוך ומסתעף בשל האיסור הקיים כיום בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופנית), אשר נסקרו ובוקרו בהרחבה בפרשה שנדונה בבג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (נבו 18.9.2014). במקרה זה נדחתה בקשתן של בנות זוג להביא ילד לעולם באמצעות נטילת ביצית מגופה של האחת, הפרייתה והשתלתה ברחמה של האחרת, תוך ביצוע התהליך כולו בישראל; תק' 8(2), 10(ג) ו-10(ד) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופנית), התשמ"ז-1987. ראו גם: בג"ץ 3582/23 שורץ רוזנבוים נ' שר הבריאות (נבו 17.7.2023), שבו לא ניתן אישור לתרום ביציות של המנוחה.

163 הצעת חוק שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה, התשפ"ג-2023, פ/25/2867.

164 ביום 6 בנובמבר 2023 אישרה הכנסת בקריאה שלישית תיקון לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950, באופן שיכיר גם בנן או בבת זוג של נופלים להט"בים כאלמן או כאלמנת צה"ל. הרקע לתיקון הוא נפילתו של חבר הקהילה הגאה, קצין הלוח"ר סרן במיל' שגיא גולן ז"ל. בנסיבות אלה דומה כי חובה מוסרית וערכית לערוך תיקון דומה בהצעת החוק הנוכחית ואף בה להוסיף את המונח "בן זוג".

165 פרוטוקול ישיבה 112 של ועדת הבריאות של הכנסת ה-25 (15.11.2023). ככלל, דעתנו היא כי יש לאפשר שאיבת זרע מחלל כברירת מחדל, כדי למנוע סחבת בירוקרטית כאשר הזמן לשאיבה מוגבל ממילא.

בפרשת כהן קיבלה רחל כהן, אימו של קווין, חלל צה"ל, היתר מבית המשפט לענייני משפחה לשאוב זרע מכנה המנוח.¹⁶⁶ במתן היתר זה הרחיב בית משפט הלכה למעשה את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה רק בת הזוג היא שרשאית להשתמש בזרע לצורך הפרייתו,¹⁶⁷ ואפשר לאישה זרה למנוח (אשר אותרה בידי אימו של קווין) להרות מזרעו, ובכך להפוך את הורי המנוח לסבא ולסבתא ואת עצמה לאם ביולוגית יחידנית לילד או לילדה. מדובר בקפיצת מדרגה לעומת הדין שנהג עד מקרה זה, בשים לב לכך שהצו נוגד את הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (אשר מקנות מעמד קונקלוסיבי לבת הזוג המקורית, קרי, בת זוגו של המנוח טרם פטירתו). מתן האפשרות במקרה זה להורים שכולים להפוך לסבים ולסבתות באמצעות אישה שלא הכירה כלל את בנם המנוח – אפשרות ייחודית למשפט הישראלי – ממחיש בצורה המובהקת ביותר את החשיבות המיוחדת במשפט הישראלי להכרה בנוכחותו של אדם לאחר חייו, על ביטוייה השונים. ילד שיבוא לעולם בהליך כזה יהיה בעל זיקה גנטית אל המנוח, והיא תובא לידיעתו ולידיעת אחרים בבוא המועד. הדעת נותנת שהזיקה הגנטית תהיה מלווה בחלקים מסיפור החיים של המנוח באופן שתיווצר נוכחות משמעותית שלו בחיי צאצאו.

יצוין כי במקרה שנרון כאן לא היה זכר "לצוואה ביולוגית" של המנוח, וכי מלאכת ההתחקות אחר "רצון ההמשכיות המשוער" של המת נעשתה באמצעות פרשנות נקודתית של עדויות שונות. עם זאת לשיטתנו, לפי תפיסת הנוכחות אין צורך להתחקות אחר רצון ההמשכיות האמור לאור כך שיש מקום לכינון נוכחות משמעותית של המנוח בחייהם של בני אדם קרובים.¹⁶⁸ החידוש המשפטי מגולם בהכרה בעדות הוריו של הנפטר בהיעדר בת זוג, אולם מנקודת המבט של תפיסת הנוכחות אין בכך רבותא.

פרשת פלונית הייתה הפעם הראשונה שבה דן בית המשפט העליון (בהרכב מורחב של חמישה שופטים) בסוגיית הזכות להמשכיות של המת והכריע לטובת מי היא נזקפת, תוך קביעת הלכה מחייבת שלמעשה הפכה את תוצאות פסיקתן של הערכאות קמא.¹⁶⁹ בפרשה זו, שבה התנגדה אלמנת המנוח לשימוש בזרעו בידי הוריו, התגלע עימות עז בין ההורים לאלמנה בנוגע לשאלת ההתחקות אחר "רצון ההמשכיות" של המנוח. בית המשפט העליון בחר לצדד בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה וליתן את הבכורה לבת הזוג על פני ההורים בכל הנוגע לקביעת זכות ההמשכיות של המנוח.¹⁷⁰ דעת הרוב בהובלת השופטת חיות, שאליה הצטרפו השופטים מזוז ועמית, קבעה כי ייתכנו מקרים "חריגים ונדירים" שבהם מן הראוי לאפשר להורים השכולים לסתור את הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, אולם סתירה זו צריך שתבסס על אינדיקציות שהיו קיימות בעולם ערב פטירת המנוח, דהיינו "צוואה ביולוגית"

166 ריאיון טלפוני עם גב' רחל כהן, אימו של קווין (3.8.2022).

167 הנחיות היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 158, בעמ' 3.

168 לביקורת על מודל הרצון המשוער, ראו קארין כרמית יפת "בשם האם: על מהות האימהות במשפט הישראלי" משפטים מח 521 (2019).

169 תמ"ש (משפחה י-ם) 13-11-27169 פלונים נ' המנוח, פס' 26-27 לפסק הדין (נבו 20.1.2016); עמ"ש (משפחה מר) 15-05-7457 מ"א נ' ה"מ, פס' 8.2.4 ו-8.2.6 לפסק הדין (נבו 17.10.2015).

170 בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית, פס' 34 לפסק הדין של השופטת חיות (נבו 22.12.2016) (להלן: "עניין בע"מ 7141/15 פלונית").

המורישה את הזכות להורים.¹⁷¹ השופט דנציגר הציע "מודל המשכיות חלקי", שלפיו מלבד הרצון לנכד ולסבות ההורים נדרשים להצביע על עילה נוספת.¹⁷² השופט מלצר, בעמדת מיעוט, קבע כי הנושא הוא בגדר לקונה, המחייבת בהתאם לסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 הכרעה על פי היקש ועקרונות הצדק של מורשת ישראל.¹⁷³ בית המשפט יצא ב"קול קורא" למחוקק בדרישה להסדרת הסוגיה בחקיקה ראשית.

בכל הכבוד להנחיות היועץ המשפטי לממשלה ולפסק הדין של דעת הרוב בבית המשפט העליון, אנחנו סבורים שאין להם הצדקה מושגית ומוסרית. דעת הרוב מסתמכת על תפיסה של "רצון ההמשכיות" וגם מניחה באופן מובלע שאדם אינו מעוניין בהמשכיות, אלא אם כן הוא הביע במפורש רצון הפוך. לעומת גישה זו, תפיסת הנוכחות מוציאה את הסוגיה מידי של המנוח, מרחיבה את היריעה אל מעבר לשאלות של רצונו ואינה מסתמכת על ההנחה שחזקה על אדם שאינו רוצה בהמשכיות, הנחה מובלעת אך מפוקפקת ואולי אף לא-נכונה. לא ברצון משוער עלינו לעסוק אלא בנוכחות משמעותית, שיש חובה לכונן אותה אלא אם כן הביע אדם בחייו התנגדות מפורשת, חד-משמעית ויציבה לשימוש בזרעו לאחר חייו כדי להביא צאצא לעולם. בכנסת הנוכחית (ביוזמת חברת הכנסת מירב בן-ארי), בכנסת הקודמת (בדיונים בוועדת העבודה והרווחה בראשות חברת הכנסת אפרת רייטן) ובכנסת שלפני כן (בהובלת חברת הכנסת רויטל סוויד) נעשו ניסיונות לעגן בחוק את כינון הנוכחות הראוי.

הצעות החוק נותנות מקום מופרז לסוגיות של רצון והסכמה. הדרישה להתיר שאיבת זרע ושימוש בו להולדה רק בהינתן הסכמה מראש של המנוח שכך ייעשה לאחר חייו שקולה לחזקה חברתית שלפיה גבר אינו מעוניין בשאיבת הזרע והשימוש בו לשם הולדה, אלא אם כן הוא הביע הסכמה מראש לכך. גישה כזו יוצרת אסימטריה חסרת בסיס. מה נותן לנו בסיס להניח שאם המנוח לא אמר דבר, עלינו להבין את ההתנהלות שלו כהבעה מובלעת של אי-הסכמה? מדוע לא נאמר את ההפך, שאם המנוח לא הביע בחייו התנגדות לקיום ההליך הזה, עלינו להבין את ההתנהלות שלו כהסכמה מובלעת? אינן הצדקה לתת עדיפות לרעיון של חזקת אי-הסכמה, מלבד דעות קדומות והרגלים חברתיים. במקום שיקולים בדבר הסכמה או אי-הסכמה ראוי שיבואו שיקולים בדבר נוכחות. בהקשר זה נעיר, כי לשיטתנו אין להביא ראיה מהדרישה להסכמה מדעת כאשר מדובר בטיפול רפואי, למשל. ראשית, גם הדרישה להסכמה מפורשת מראש אינה מוחלטת. ניטול לדוגמה את חוק החולה הנוטה למות, הקובע שחזקה על אדם שהוא רוצה להמשיך לחיות;¹⁷⁴ וכך אנחנו נוהגים בפועל בהקשר זה: נטפל באדם המוטל על הכביש בעקבות תאונת דרכים בלי לחפש סממנים של הסכמה לטיפול. חזקה עליו שהוא רוצה בטיפול שיציל את חייו. שנית, כאשר מדובר בבני אדם לאחר חייהם, יש בעולם נורמות שונות בהקשר של הנצלת איברים, למשל. יש מדינות שבהן ללא אישור מראש אסור להנציל איברים (דוגמת גרמניה),¹⁷⁵ אך יש מדינות שולא

171 שם, בפס' 25.

172 שם, בפס' 10-13 לפסק דינו של השופט דנציגר.

173 שם, בפרק א לפסק דינו של השופט מלצר.

174 ס' 4 לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005.

175 Thomas Breidenbach, *Organ Donation and Transplantation in Germany*, in ORGAN TRANSPLANTATION IN TIMES OF DONOR SHORTAGE 115, 118 (Ralf J. Jox et al. eds., 2016).

התנגדות מראש מותר להנציל איברים (דוגמת ספרד,¹⁷⁶ אוסטרליה ובלגיה).¹⁷⁷ ובכן, הגישה שלנו נמצאת בצד של מי שתומכים בקיום חזקה חיובית ודורשים לבטלה רק בתנאי של התנגדות מפורשת וברורה.

יש לקוות שהצעתנו בדבר נוכחותו של המנוח תמצא את ביטויה בדיונים העוסקים בהצעות החוק, כך שהחקיקה הסופית תקרב אותנו להסדר נאות ברוח תפיסת הנוכחות. פסק הדין בעניין פלוני (בע"מ 7141/15) קבע, כי במקרה שנפטר אדם שהייתה לו בת זוג קבועה מבלי שהוא נתן ביטוי מפורש (בכתב או בדרך אחרת) לרצונו או להסכמתו לעניין נטילת זרע מגופו ושימוש בו לאחר מותו, בת הזוג תהיה רשאית להשתמש בזרע לצורך הפרייתה היא, "ולא איש מלבדה".¹⁷⁸ השופט עמית ציין, כי כאשר בת הזוג מתנגדת לשימוש בזרע "יש לראות בכך את הבעת רצונו של המנוח שלא יעשו שימוש בזרעו".¹⁷⁹ רק במקרים חריגים, כאשר ישנן ראיות מפורשות המצביעות על רצון המנוח, יוכלו ההורים לסתור חזקה זו. נעיר כי לפי עמדתנו העקרונית, שהיא מושגית ומוסרית ובעלת תוצאות משפטיות אפשריות, הדיון במעשה הראוי לאחר חייו של אותו אדם חייב להביא בחשבון היבטים של הנוכחות שלו, מעבר לביטויים או להשערות בדבר רצונו בסוגיה. האפשרות שהאלמנה תמנע – מנימוקים הנעוצים בערכים של עצמה – נוכחות משמעותית של המנוח נראית לנו פסולה מוסרית, באין בה ביטוי משמעותי של שמירה על כבוד האדם של המנוח לאחר חייו. לא זו אף זו, אין מקום למקד את שאלת הרצון (או הנוכחות, הרחבה יותר) דווקא בסוגיה של שימוש בזרע לאחר המוות. ייתכן שהנוכחות של אדם לאחר חייו מגלה אורח חיים שלם או מכלול של נורמות שהאדם נהג על פיהן, שמהם אפשר לגזור בבירור עמדה בדבר שימוש בזרעו לאחר חייו, אף שהוא לא התייחס במישרין לסוגיה זו ולמרות מה שמביעה אלמנתו.

פרשה נוספת שהגיעה לדיון משפטי היא פרשת שחר. בחודש יוני 2012 נהרג בתאונת דרכים סרן עומרי שחר, קצין מצטיין בשירות קבע בחיל הים, בעת שהיה בדרכו לבסיס יחידתו. בשלוש שנות חייו האחרונות ניהל המנוח קשר זוגי עם בת זוג. בפרשה אשר נדונה בשלוש ערכאות ביקשו הוריו השכולים של סרן עומרי שחר ז"ל כי בית המשפט יתיר להם לגדל בעצמם, בביתם, את הילד שעתיד להיוולד בעקבות הליך הפריה של אם פונדקאית, ללא מעורבות של אם ביולוגית ובעוד שהנחיות היועץ המשפטי לממשלה "שותקות" בנוגע לשאלה זו. בית המשפט לענייני משפחה (הערכאה הראשונה) קבע, כי יש לפרש את הלקונה כך שניתן להתיר לסבים להשתמש בזרע על מנת להביא לעולם ילד שיגדל בחיק סביו, ככל שאין התנגדות מצד בת הזוג של הנפטר ולאחר שהוכח רצונו המשוער

Rafael Matesanz et al., *How Spain Reached 40 Deceased Organ Donors Per Million* 176 *Population*, 17 AM. J. TRANSPLANT. 1447-53 (2017)

177 לדיון ברין האוסטרלי, ראו Reza F. Saidi & Seyed Kamran Hejazi Kenari, *Challenges of Organ Shortage for Transplantation: Solutions and Opportunities*, 5 INT'L J. ORGAN TRANSPLANT. MED. 87 (2014); לדיון הקיים ברין הבלגי, ראו Leo Roels & Axel Rahmel, *The European Experience*, 24 TRANSPLANT INT'L 350 (2011)

178 עניין בע"מ 7141/15 פלונית, לעיל ה"ש 170, בעמ' 104.

179 שם, בעמ' 71.

בהמשכיות.¹⁸⁰ בית המשפט בערכאה הראשונה סבר כי היתרונות שבגידול הילד שעתיד להיוולד בבית הסבים, בהשוואה לגידולו בביתה של אם מיועדת, גוברים.¹⁸¹ עם זאת הפך בית המשפט המחוזי החלטה זו, ועל החלטתו הוגש הערעור לבית המשפט העליון.¹⁸² בית המשפט העליון, בהרכב של דן יחיד (השופט מזוז), נדרש לשאלה אם הלכת פלונית (בע"ם 7141/15) שנסקרה לעיל תקפה ורלוונטית במקרה דנן.¹⁸³ בסופו של דבר נקבע בהתבסס על נימוקי בית המשפט המחוזי כי הלכת פלונית (בע"ם 7141/15) חלה, וכי במקרה שאין דרך להוכיח "רצון מפורש" מצד המנוח להפרות את זרעו אין להתיר שימוש בזרעו לצורך הפריית פונדקאית למטרת הולדת יילוד ללא קשר גנטי ישיר.

בפרשת פלוני (בעניין ביציות) ניתן לאחרונה פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב, אשר אישר באופן תקדימי לבן זוגה ולמשפחתה של מנוחה להשתמש בביצית שלה לצורך הפריה והבאת ילדים לעולם לאחר פטירתה.¹⁸⁴ למרבה הצער אובחנה אצל המנוחה הצעירה מחלת הסרטן, ובמסגרת הטיפולים במחלתה עברה המנוחה ניתוח לכריתת שחלה אשר במהלכו הצליחו הרופאים לחלץ שתי ביציות מרחמה לצורך שימור פוריות. ביציות אלו הוקפאו לצורך שימוש עתידי בידי המנוחה. השופטת ציפי כהן אביטן התבססה על תאוריית הרצון, תוך שהיא מסתייעת בסממנים חיצוניים – הבעת רצון מפורש ותצהיר – כדי לבסס את קביעתה.¹⁸⁵ פסק דין זה הושתת אומנם על תפיסת הרצון, אך לדידנו היה נכון לבסס את נימוקי פסק הדין על תפיסת הנוכחות. לפי תפיסה זו הקמת צאצא לאדם לאחר חייו היא חלק משמירה על כבוד האדם שלו, בין אם הובע רצון לכך ובין אם לאו, גם אם אפשר להסכים עם העמדה שלפיה אם המנוח או המנוחה הביעו התנגדות בחייהם אזי יש לה מעמד מכריע. נרצה להדגיש את העובדה, שהמסקנה העולה מתפיסת הנוכחות אינה תלויה בהבעת הרצון של המנוחה. לא קשה לתאר מצב הנבדל מן הנסיבות שאירעו באותו מקרה רק בכך שלא הייתה נתונה הסכמה מפורשת של המנוחה לביצוע התהליך. אין לדעת לאן היו שיקולי השופטת יכולים להגיע במקרה כזה על סמך תפיסת הרצון, אולם ברור שלפי תפיסת הנוכחות הם היו מגיעים בדיוק לאותה תוצאה, כראוי.

כאן נבקש לשלול שתי טענות הנשמעות מדי פעם במהלך דיונים בהסדרים האפשריים. טענה ראשונה היא טענת "היתמות המתוכננת". כפי שהראינו במקום אחר, טענה זו היא טענת סרק הבאה להלך אימים באמצעות ביטוי שלילי.¹⁸⁶ הילד אינו נולד להיות יתום. הוא נולד להיות אדם, לגדול ולהתפתח ככל אדם, ליהנות מיחסים בין-אישיים ומזכויות רבות. חזקה על אובהיו, כמו הוריו של המנוח שהוא אביו הביולוגי, שיעטפו אותו בכל מה שילד, נער ואדם צעיר זקוקים לו לשם התפתחותם האנושית. היתמות תופיע מדי פעם במצבים

- 180 תמ"ש (משפחה פ"ת) 13-06-16699 שחר נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 27.9.2016.
 181 שם; לסקירה רחבה של פסקי הדין של בתי המשפט לענייני משפחה, ראו יחזקאל מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של רצונו ה'משוער' של הנפטר באשר לשימוש בזרעו לאחר מותו" מאזני משפט יג 89, פרקים ב-ג (2020).
 182 עמ"ש (משפחה מר) 16-11-45930 מדינת ישראל נ' שחר (תקדין 29.1.2017).
 183 בע"ם 1943/17 שחר נ' מדינת ישראל (נבו) 15.8.2017.
 184 תמ"ש (משפחה ת"א) 22-11-15949 פלוני נ' פרקליטות מחוז תל אביב אורחי (נבו) 25.6.2023.
 185 שם.
 186 ראו כשר "יתומות מתוכננת", לעיל ה"ש 155.

שונים, אולם אין יסוד להניח שהיא תעיב על החיים כולם. אדרבה, ייתכן שהיא תוסיף הילה מיוחדת לזהות האישית של הילד.

טענה שנייה, מאותה משפחה, היא הטענה שהילד יסכול מצורת החיים שתהיה לו – של "אנדרטה חיה". גם זו טענת סרק שאין לה בסיס, לא בעובדות ולא בערכים. מוכרים לנו בני אדם שבאו לעולם לאחר שהוריהם שכלו בן או בת. לימים נודע להם ההקשר האישי הזה, אך הם גדלים ומתפתחים כילדים אחרים, עטופים באהבה ובעזרה מתמדת. איננו מכירים שום מקרה שילד התלונן על כך שהוא חי במתכונת של אנדרטה לאבין המנוח. המטפורה הזו היא המצאה של מתנגדי התהליך המוצע, שאפשר להעלות השערות בנוגע למניעים הממשיים של ההתנגדות שלהם, בייחוד שמרנות.

בשולי טענה זו נזכיר טענה סמוכה, שלפיה חזקה על הילד הגדל ללא אביו הביולוגי שיתעוררו בחייו בעיות נפשיות לאחר שייודע לו הקשר לידתו. אי-אפשר לשלול את האפשרות שיופיעו קשיים פסיכולוגיים בהתפתחות ילד כזה, אך קשיים פסיכולוגיים הם אתגר לטיפול ולא נימוק מכריע שלא להביא את הילד לעולם. העובדות הן שבמצבים שונים בני אדם אומרים על עצמם שטוב להם שנבראו, למרות הקשיים שהתעוררו בחייהם. כוחו של הפתגם הידוע "נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא"¹⁸⁷ (אשר נוצר בנסיבות אחרות, שאין להן קשר לנסיבות הנמצאות כאן על הפרק) יפה רק כאשר אין שום אפשרות שהאדם יוכל ליהנות מחיים בעלי ערך ומשמעות לטעמו. אין יסוד לחשש שזה יהיה מצבו של ילד שייולד לאחר מות אביו, ההפך הוא הנכון.

לסיכום סעיף זה, לפי תפיסת הנוכחות הקיום של צאצא של אדם הוא ביטוי מובהק של נוכחותו של אדם בסיפורי החיים של מי שנשארים אחריו. ילדו של אדם שהלך לעולמו משאיר בקרב הבריות שבין החיים את זהותו של אביו או של אימו, את תכונותיהם הגנטיות, שיתבטאו לימים באופיו ובהליכותיו, ואת הזיקות המקובלות של ילדים להוריהם אשר בחיים או לאחר חייהם.¹⁸⁸

יצירת הסדרים המאפשרים קבלת זרע מאדם שנספה, שימוש בזרע הזה להפריית אישה מתאימה ושימוש בביצית המופרית להבאת יילוד לעולם הם כולם הסדרים המאפשרים ליצוק נוכחות מיוחדת של אדם בעולם לאחר חייו בדמות ילד או ילדה מזרעו. מרכיב מרכזי בדמותו של האדם המנוח, במסגרת הנוכחות שלו בחייו מי שנשארים אחריו, הוא העובדה שילדים מסוימים הם צאצאיו. כנגד האפשרות הזאת הועלו טענות שונות, פסיכולוגיות,

187 משנה, עירובין יג, ב.

188 ברוח זו ניתן להבין את הרעיון של ייבום הקיים במסורת היהודית, שחל בימי התורה, שבו אישה שהתאלמנה לפני שנולדו לה ילדים מבעלה נישאת לאחיו של המנוח בתקווה שייולדו לה ילדים, ובידיעה שהמנהג קובע שהילדים הללו ייקראו על שם המנוח. ילדים הבאים לעולם בהקשרים כאלה יוצרים חלק משמעותי של הנוכחות של אביהם או של אימם בסיפור החיים של עצמם, אף שהם כבר אינם בין החיים. כאן ראוי לציין, כי על רקע הערכים והנורמות של התפיסה המוסרית של שמירה על כבוד האדם כאשר הוא אדם ועל האתיקה של יחסי המשפחה, אין מקום לחובת קיום של מצוות הייבום, וטוב שהיא כמעט נעלמה. עם זאת אלמנה שתדעה להשתמש במנגנון הזה לשם שמירה על כבוד בעלה לאחר חייו תוכל לעשות זאת, על פי ערכיה, רגשותיה ורצונה.

חברתיות ואחרות, אולם אף אחת מהן אינה יכולה לשלול את המעמד של היילוד בתור ביטוי מובהק של הנוכחות של אביו או של אימו שנספו.¹⁸⁹

2. מעמד המשפחה והאינטרס הציבורי

במאמר זה בחרנו למקד את הדיון בכמה מקרי מבחן המייצגים את המעגל הראשון אשר נוגע לכבוד המת עצמו בראי זכותו לנוכחות. עם זאת מותו של אדם משפיע גם על מעגלים נוספים, מעגל שאריו של המת והמעגל הציבורי-חברתי, ובסעיף זה נעמוד בקצרה על הקשר בין מעגלים אלו ועל האופן שבו תפיסת הנוכחות של המת עשויה לשרת את ההתבוננות המוסרית והמשפטית עליהם.

כך, ככל שמדובר במעגל המשפחתי של המת שילבה הפסיקה לא אחת בין כבוד המת וכבוד משפחת המת כמושגים שלובים זה בזה. דוגמה לכך אפשר למצוא בפסקי דין אשר דנים במצבות, דוגמת עתירתה של משפחת ויכסלבאום, שבנה ערן נפל באסון צאלים ב.¹⁹⁰ המקרה הגיע לבג"ץ לאחר שהמשפחה ביקשה – ללא הצלחה – להוסיף לנוסח הקבוע על גבי המצבה שורה שבה ייזכרו שמות אחיו ואחיותיו של הנפל. המועצה הציבורית להנצחת החייל (להלן: המועצה), הפועלת מכוח חוק בתי קברות צבאיים, התשי"ג-1953, המליצה לשר הביטחון (דאז) יצחק רבין ז"ל לדחות את הבקשה, והוא קיבל את דעתה. עמדה זו אושרה ברוב דעות בפסק דינו של בג"ץ בעניין ויכסלבאום.¹⁹¹ מבין שופטי הרוב סבר השופט מלץ, כי החלטת השר לא הייתה בלתי סבירה עד כדי הצדקת התערבותו של בג"ץ. גם השופט גולדברג סבר כי השר לא חרג ממתחם הסבירות. השופט ברק, בדעת מיעוט, השתית את גישתו במידה רבה על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וסבר כי מלבד האחידות יש לחוק בתי קברות צבאיים תכלית נוספת והיא התחשבות בכבוד האדם, הכולל את כבודו של הנפטר עצמו ואת כבודה של משפחת הנפטר.¹⁹²

בדיון נוסף בבג"ץ,¹⁹³ לאחר הליכים נוספים במועצה הציבורית ולפני שר הביטחון,¹⁹⁴ שבהם ניתנה תשובה דומה, פסקו השופטים ברוב דעות לטובת העותרים. רוב שופטי

189 כשר "יתומות מתוכננת", לעיל ה"ש 155.

190 אסון צאלים ב הוא הכינוי לתאונת אימונים שבה נהרגו חמישה חיילים מסיירת מטכ"ל. התאונה התרחשה ב-5 בנובמבר 1992 בבסיס צאלים שכנגב, בעת שחיילי סיירת מטכ"ל התאמנו על מודל לביצוע התנקשות בחיי נשיא עיראק, סדאם חוסיין. המבצע נקרא "שיח אטד".

191 בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812 (1993) (להלן: עניין ויכסלבאום); בפרשות אחרות שבהן התגלע סכסוך בין הורים שכולים למשרד הביטחון בקשר לכיתוב לא תמיד התעוררה שאלת כבוד המת. ראו למשל בג"ץ 6069/00 העמותה להנצחת חללי אסון המסוקים בשאר ישוב נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 75 (2001), שם התקבלת עתירת ההורים השכולים שעל כריות המצבות יירשם "אסון המסוקים", ולא "תאונות המסוקים", כפי שהחליט שר הביטחון.

192 עניין ויכסלבאום, לעיל ה"ש 191, בעמ' 824.

193 דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995) (להלן: דיון נוסף ויכסלבאום).

194 גישתו של שר הביטחון (דאז) יצחק רבין ז"ל הייתה כי מחובתו המוסרית לקבל את דעת רוב חברי המועצה, כמקובל עליו מימים ימימה, אף שכיבד גם את דעת המיעוט וגם העביר אותה לידיעת בית המשפט (שם, בעמ' 200).

הדיון הנוסף סברו כי המרכיב של רגשותיהם של קרובי החייל לא הובא בחשבון בעת מתן החלטתו של השר, אף כי הוא עלה לפניו בדיונים, וכי אין לקבל "פטרנליזם מוחלט" של המדינה. השופט מצא קבע, כי "בסוגיה כאובה ומיוחדת זו היה על שר הבטחון להביא בחשבון במסגרת שיקוליו גם את מצוקתם ורחשי לבם של הבודדים" (דברים אלו הם ביטוי לתפיסה האינדיווידואליסטית של המוות ושל הזיכרון הכרוכים במת כשלעצמו).¹⁹⁵ לגישה זו הצטרפה השופטת דורנר, שסברה כי אפשר לגשר בין האחידות לביטוי אישי באמצעות "התרת ביטוי אינדיווידואלי במסגרת תבנית אחידה ומבוקרת".¹⁹⁶ השופט ברק התמיד בעמדתו הקודמת בעתירה לבג"ץ.¹⁹⁷ מול גישה זו סבר השופט גולדברג בדעת מיעוט כי יש להעדיף את התפיסה הקולקטיבית, ובלשונו:

"פגיעה בכבוד האדם אינה רק פגיעה ברגשותיה של משפחה זו או אחרת, אם לא יתאפשר לה להוסיף ביטוי אישי על מצבת יקירם. פגיעה ב'כבוד האדם' היא גם פגיעה בכבודם של החיילים האלמונים שעל מצבותיהם בוודאי שלא יכולה להיות כל תוספת שתבטא את יגון משפחותיהם; פגיעה ב'כבוד האדם' היא גם פגיעה בכבודם של חיילים שנפלו כשהם בנים יחידים להוריהם, ועל מצבותיהם לא תופיע תוספת דוגמת זו שהעותרים מבקשים להוסיף; ופגיעה ב'כבוד האדם' היא גם פגיעה בכבודם של אלפי החיילים שעל מצבותיהם אין כל תוספת המביעה את רגשותיהן של המשפחות".¹⁹⁸

דעת הרוב בדיון הנוסף קבעה, כי על שר הביטחון לשקול שוב את החלטתו בשים לב לממצאי המועצה הציבורית להנצחת החייל ולהמלצת היועץ המשפטי לממשלה. היועץ המשפטי לממשלה, תוך מודעות לרגישות הנושא, הציע שלצד אימוץ גישתה העקרונית של המועצה בדבר אחידות הכיתוב על המצבות, תהיה הגמשה שתתבטא במתן אפשרות למשפחה להוסיף על גבי המצבה כיתוב אישי בהתאם לכללים שתקבע המועצה,¹⁹⁹ וברוח דבריו של השופט מצא:

"לכני אדם רבים יש צורך להביע את רחשי לבם בכתב, על גבי מצבות יקיריהם שהסתלקו, וצורך זה – שקשה מאוד לכובשו או לדכאו – קיים גם בקרב בני משפחותיהם של חיילים שנפלו. מצורך זה אי-אפשר להתעלם, ויש להביאו בחשבון בקביעת תבניתן של מצבות החיילים. איזון ראוי בין קיום האחידות בעינה לבין ההתחשבות ברצונו האישי של הפרט ליתן ביטוי אישי לכאבו, עשוי להביא לקביעת מתכונת אחידה שבגדרה יינתן לפרט להביע את רחשי לבו".²⁰⁰

195 שם, בעמ' 207.

196 שם, בעמ' 212.

197 עניין ויכסלבאום, לעיל ה"ש 191. לסיכומו של השופט לויין את עמדת ברק, ראו דיון נוסף ויכסלבאום, לעיל ה"ש 193, בעמ' 201.

198 שם, בעמ' 206.

199 אליקים רובינשטיין "על חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון" עיוני משפט כא 49-46 (1997).

200 דיון נוסף ויכסלבאום, לעיל ה"ש 193, בעמ' 197.

לאחר פסק הדין החלוט יצר משרד הביטחון אפשרות של תוספת כתובת למצבה בבית העלמין הצבאי. מתכונת התוספת היא אחידה בגודלה, במספר התווים שבה, במיקום שלה ובאישור הדרוש לתוכן (החייב שלא להיות פוגעני). סקירה של בית העלמין הצבאי בקריית שאול לאחר שנוצרה האפשרות להוסיף כתובת למצבה מגלה שתי תופעות: ראשית, מספר המשפחות שהשתמשו באפשרות החדשה אינו גדול ואינו מבוטל; שנית, לא פסק מנהג המקום להוסיף לצד המצבה הרשמית אביזרים מסוגים שונים, ללא מתכונת אחידה כלשהי, אך במתן עדיפות ראשונה לכבוד האדם של החלל ובמתן עדיפות שנייה לכבוד האדם של משפחתו. המשמעות של צירוף התופעות הללו היא שישנו צורך בקרב המשפחות השכולות לבטא את הנוכחות של החללים באמצעים מגוונים מבחינות העיצוב והתוכן, בהדגשת מעמדו של החלל. אין ספק שיש רצון הרווח בקרב המשפחות השכולות לבטא את הנוכחות של חללים בדרכים ההולמות גם את כבוד האדם של החלל וגם את כבוד האדם של משפחתו, באופן הנותן עדיפות מובהקת לכבוד האדם של החלל. תמונה זו הולמת את תפיסת הנוכחות העומדת ביסוד הדיונים שבמאמר זה. לאחר חייו של אדם מופיעות פעילויות הנעוצות בתרבות המקומית ובערכים של החברה הסובבת, הבאות לכונן את נוכחותו לאחר חייו בעזרת שאריו ולתת לה ביטוי עשיר ומתמיד בסיפורי חייהם.

הפתרון שעלה מן הדיון בבית המשפט, המשמש את המשפחות השכולות הרוצות בכך, מתבטא מצד אחד בצורה אחידה, ההולמת את רוחו של בית עלמין צבאי, ומן הצד האחר בצורה גמישה, המאפשרת למשפחה לכבד את החלל לפי רוחו, ערכיו, מידותיו וכדומה. הפתרון הזה הולם את תפיסת הנוכחות גם בכך שהוא מתיר תוספת טקסט למתכונת האחידה של המצבות בבית העלמין הצבאי, תוספת המבטאת את כבוד החלל באופן ההולם את החייל יותר מכל נוסח אחיד, ההולם כל חייל באותה מידה.

ברוח דומה, הפתרון הגמיש שהוצג בדיון הנוסף בעניין ויכסלבאום, המתיישב כאמור עם תפיסת הנוכחות, מתאים גם לסוגיה בדבר סוג הטקסט שיערך בלוויה צבאית. זכותם של אזרחים, המביאים בן או בת למנוחות בהלוויה צבאית, לקיים את הטקסט על פי הערכים והמנהגים שלם עצמם או של קהילתם, לאו דווקא בסגנון האורתודוקסי המוכר. בשנים האחרונות, אף שהלוויה צבאית נערכת בידי הרבנות הצבאית, שהיא באופן מסורתי גוף אורתודוקסי, ההלוויה יכולה להתנהל לפי ערכי המשפחה, ובכלל זה הטקסטים, שירה, נגינה וכדומה.²⁰¹ במדינה דמוקרטית מתוקנת מי שאחראים מטעם הצבא על הלוויות צבאיות של חיילים אינם נאמנים למערכת ערכים חיצונית, שאינה מערכת ממלכתית או אפילו שלטת

201 ראו פ"מ 38.0116 "טקס לווייה צבאית או טקס גילוי מצבה" (30.5.1968) (הפקודה עודכנה בחוזר תיקונים 194, אוקטובר 2017). בעקבות עתירה שהוגשה בשנת 2017 בידי עמותת חרו"ש לבג"ץ בדרישה לאפשר למשפחות החללים להביא למנוחות כל אחת על פי אמונתה, הודיעה המדינה כי פקודת המטכ"ל בעניין תתוקן באופן שיתיר חריגה מהטקס המסורתי, כולל טקס רפורמי או אמירת קדיש בידי נשים. לצערנו הרב חזרה סוגיה זו לקדמת הבמה כאשר משפחות שכולות שונות של נפגעי מאורעות השבעה באוקטובר ביקשו להיפרד בדרך שלהם ולערוך טקס שיהלום את דרך חייו של המנוח; ראו יצחק טסלר "הלוויות צבאיות – לא רק אורתודוקסיות: 'רצינו להיפרד בדרך שלנו'" *ynet* (24.10.2023) <https://www.ynet.co.il/judaism/discourse/article/sktfzjqg6>. לדעתנו, במדינה דמוקרטית מתוקנת הביטוי שבו העם מביע את יחסו אל הנפלים חייב להיות ביטוי ההולם את כולם ולא ביטוי הגוזר ממערכת ערכים שאינה ממלכתית

בקהל רובו ככולו. ראיית הלוויה כביטוי של הנוכחות של המנוח מחייבת לקיים הסדרים גמישים, ככל שהם עומדים בדרישות כלליות של שמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם. סוגיה נוספת אשר מצאה את מקומה תחת מעגל שאריו של המת היא הסוגיה העוסקת ביחס שנדון בפסיקה בין קבורה מכובדת של המת לאופן הנצחתו בהקשר של מצבות ואנדרטאות. הזכות להיקבר בקבורה מכובדת מבטאת בראש ובראשונה את זכות החלל לכבוד הראוי לו לאחר מותו. בה בעת טקס הקבורה, חלקת הקבר והמצבה שעליה, טקסי האזכרה וההתייחדות עם הנפטר מגשימים גם את אינטרס המשפחה בכיבוד זכרו של הנפטר, השלוב בכבודם שלהם. טקסים אלו הם ביטוי חזק לנוכחות של המנוח בעולמות שאריו. פרשה אחת אשר מדגימה את הדברים היא הפרשה אשר נדונה בעניין בכרך.²⁰² מקרה זה עסק בכיתוב על מצבה המונחת על קברו של עז אל-דין אל-קסאם. מצבה זו הונחה, כמו יתר המצבות בבית הקברות בנשר, כמקובל בצורה אופקית, ועל חלקן, כמו על קברו של עז אל-דין אל-קסאם, הונח לוח (או שניים כפי שהיה במקרה זה) בצורה אנכית. על אחד מאותם שני לוחות כתובים דברים אלה (כתרגומם לעברית): "בשם אללה הרחמן והרחום"; "אלה הנהרגים למען האל – אל תדמו כי מתים הם; שהרי שוכנים וחוסים הם בצלו וברוחותו של האלוהים"; "קבר השהיד, עז אל-דין אל-קסאם. נהרג ביעבר 19.11.1935 – יחד בדרכו של אל קסאם".²⁰³

לאה בכרך, נכדתו של אוהד בכרך אשר נרצח בידי מחבלים בוואדי קלט, ביקשה שבית המשפט העליון יורה לשר הפנים להשתמש בסמכות הנתונה לו בחוק איסור הקמת מצבות זכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק המצבות), ויצווה על מחיקת הכיתוב החרוט במצבה שעל קברו של אל-קסאם, כיתוב המשבח את אל-קסאם ושיש בו לדבריה כדי לעודד מעשי טרור. בית המשפט העליון ברוב דעות (השופט חשין בהסכמת המשנה לנשיא ש' לוי והשופטת ביניש) לא מצא כי נפל פגם בהחלטתו של שר הפנים שלא להורות על הסרת המצבה המוצבת על קברו של אל-קסאם. השופטים ביססו את עמדתם בין היתר על חוק המצבות, אשר קובע בסעיף 2 כי "לא תקום מצבת זכרון לזכר מבצע מעשה טרור",²⁰⁴ ואשר על פי הגדרת סעיף 1 לחוק זה, המונח "מצבת זכרון" אינו כולל בחובו את "הקבר והמצבה שעליו", כדי להגן על כבוד המת ועל הזכות של קרוביו האישיים של המת להביא לידי ביטוי את הצורך האישי שלהם בהתייחדות עם זכרו.²⁰⁵ שופטי ההרכב, בראשות המשנה לנשיא ש' לוי, מצאו כי אין מקום להפעיל במקרה זה את הסמכות החריגה שבחוק שכן לגישתם הקבר והמצבה שבהם מדובר הם פשוטים למראה, דומים לקברים אחרים המצויים באותו מקום, ומשכך "המצבה" אינה "מצבת זכרון" האסורה בלשון החוק ולכן יש לתת בכורה לערך כבוד המת אשר פורס את כנפיו גם אל עבר קרוביו ואהוביו.²⁰⁶ וכך כתב השופט חשין על מקום הקבר:

ואינה כללית, ולמרבח האירוניה היא נשמרת בקפידה מיוחדת בידי מי שאין להם זיקה חיובית מעשית ומתמשכת לשירות בצבא.

202 בג"ץ 7583/98 בכרך נ' שר הפנים, פ"ד נד (5) 832 (2000).

203 שם, בפס' 3.

204 ס' 2 לחוק איסור הקמת מצבות זכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח-1998.

205 שם, בס' 1.

206 שם, בס' 1.

"זכות עומדת לו לאדם – זכותו בחייו וזכותם של בני משפחתו, של קרוביו, של ידידיו ושל החברה בכללה לאחר פטירתו – כי יזכה לאחר פטירתו בחלק קבר, במקום קבורה, ובמצבה שעל-קבר. כבודו של אדם הוא, כבודו של המת הוא, כבודו של החי הוא, כנושא את כבוד המת... מקום קבורתו של אדם הוא מקום להתייחדות אהוביו ומקרוביו עם זכרו; מקום שבו ייאספו בני משפחתו, קרוביו וידידיו, מקום שבו יזכרו אותו, יקראו בשמו, ידברו בו, יכבדו אותו, יאהבו אותו... אכן, צורך נפשי עמוק הוא – צורך נפשי השוכן בלב כל אחד מאיתנו – כי נעשה כמיטבנו לכבד את המת ואת זכרו".²⁰⁷

כפי שנקל להיווכח, דבריו של השופט חשין מדגישים את מעמד המשפחה והחברה סביב המנוח. אולם לפי תפיסת הנוכחות, קודם כול יש לעסוק בכבוד האדם בפני עצמו, ורק בתור תוספות משניות במעמד הסביבה האנושית שלו. השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם חייבת להיות בעלת סף המבטא את מעמד האדם באשר הוא אדם כמוקד של כבוד. הדרכים השונות לבטא כבוד יכולות כמובן להביא בחשבון את המעמד המוסרי של הדמות, על יסוד ההתנהלות שלה במהלך הימים; ועם זאת לא תהיה הצדקה מוסרית לרדת מתחת לסף של כבוד האדם. כאשר מדובר בפושע פלילי או בטרוריסט – לאחר חייהם – ראוי להקים מצבה על קברו של כל אחד מהם ולהניח למשפחתו לפקוד אותה. מובן שלא ראוי לקיים פעילות המעודדת פשיעה או טרור ליד המצבה הזאת. הצגה מלאה של תפיסת הנוכחות תכלול גם את ההגדרה של הסף האמור והגדרה של גבולות הביטוי של כבוד לדמותו של המנוח. יש למנוח נוכחות כאדם בסיפורי החיים של זולתו, ואותה אין הצדקה למחוק גם כאשר מדובר בטרוריסט משנת 1935. גם הארכי-טרוריסט אוסמה בן לאדן זכה להלוויה מוסלמית מלאה, שניהל קצין דת מוסלמי של צי ארצות הברית, מפני שאקט זה נכלל בהגדרת הסף של כבוד האדם.

מהרטוריקה שנקט בית המשפט עולה כי מושג הזיכרון משקף לא רק צורך של המת כשלעצמו, אלא גם צורך של בני אדם נוספים כגון המשפחה וקרוביו, ובית המשפט הבהיר הלכה למעשה כי אין להתעלם מהקשר האינהרנטי שבין המת לעולמות שאריו. כמו כן, ראוי שנאמר כי לתפיסתנו המעמד המרכזי הוא של הנוכחות של האדם לאחר חייו ושל דמותו בסיפור חיים של זולתו, והמעמד של בני משפחתו הוא משני. ייתכן שאלה הם בני משפחה המקיימים את הנוכחות שלו בסיפורי חייהם. בכך הם תומכים במה שיש לו מעמד ראשון במעלה – הנוכחות של האדם לאחר חייו. ואולם ככל שהם חושבים על עצמם – על רגשותיהם למשל, לאלה יש בתמונה של תפיסת הנוכחות מעמד משני.

לצורך שלמות התמונה מעניין להביא בהקשר זה פסק דין נוסף אשר נוגע לעניין "מצבת זיכרון", שבו הגיע בית המשפט לתוצאה שונה מזו של עניין בכרך. במקרה שנדון בעניין גולדשטיין²⁰⁸ הוציא מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון צו, שלפיו יוסרו ממקומם מתקנים שונים שהוקמו לצד קברו של ברוך גולדשטיין אשר ביצע בשנת 1994 את הרצח של 29 מתפללים מוסלמים במערת המכפלה. הצו הוצא מכוח חוק המצבות. סעיף 3 לחוק מורה על חובת הסרה של מצבת זיכרון שהקמתה מהווה עבירה לפי סעיף 4 לפקודת מניעת

207 עניין בכרך, לעיל ה"ש 202, בעמ' 841-842.

208 בג"ץ 6195/98 גולדשטיין נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נג(5) 317 (1999).

טרור, התש"ח-1948. העותרים, הוריו של גולדשטיין, תקפו את חוקיות הצו.²⁰⁹ השופט חשין דחה את עתירתם על בסיס פרשנות של המושג "מצבת זיכרון" שאותה החוק אוסר, לעומת הקבר עצמו והמצבה שעליו אשר מותרים בשל הכרה בכבוד המת.²¹⁰ ההבדל המרכזי בין המקרים שנדונו בשני פסקי הדין נעוץ בסביבתו של הקבר. בעוד שבעניין בכרך דובר על קבר שמצוי בתוך בית העלמין, בעניין גולדשטיין דובר בקבר שאינו נמצא בבית העלמין אלא בכניסה לקריית ארבע. סביב הקבר הוקם משטח מרוצף, ארון ספרים ועמודי תאורה, אשר, בלשונו של השופט חשין, הם מבנים ומתקנים "שהוקמו ברוב הדר ופאר ליד קבר גולדשטיין בתוספת הכיתוב על המצבה המתאר את גולדשטיין כ'קדוש' יש בהם, ובשפע, כדי לפרסם דברי שבח ואהדה לגולדשטיין האיש, וכמסקנה נדרשת מאליה – שבח, אהדה ועידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם, כלומר למעשים כמעשיו של גולדשטיין".²¹¹ עוד הוסיף בעניין זה השופט חשין: "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?"²¹²

נראה שפסק הדין בעניין גולדשטיין הוא ניסיון לתחום בצורה שונה את מעגלי הזיכרון שסביב המת: המעגל הראשון, אשר נוגע לכבוד המנוח כשלעצמו (הקבר והמצבה) – מותר. אולם המעגל השני, המשפחתי, מוגבל יותר, וכחלק ממלאכת הפרשנות של חוק המצבות השופטים משרטטים קו גבול, ובו נמצא המקום הפיזי שבו חלקת הקבר מפסיקה להיות פונקציונלית (קבורה) ואישית (המצבה שהמת זכאי לה) ונהפכת לציבורית,²¹³ כפי שניתן לשמוע ברברי השופט מ' חשין:²¹⁴

"אכן, כבוד האדם – כבוד החי וכבוד המת – עיקרי יסוד הם במשפט המדינה. ואף החוק עצמו מכיר בכבוד המת בקובעו כי תוסר ממקומה 'מצבת זכרון' שיש בה שבח ועידוד למעשי אלימות, אך לא הקבר עצמו. אשר-על-כן, אין בצו שהוציא מפקד האזור כל פגיעה בכבוד המת. ואין גם יסוד לטענה כי החוק נוגד את חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דווקא השארת מצבת הזיכרון במקומה תהווה פגיעה בכבוד המת – כבודם של הקורבנות שגולדשטיין נטל את נפשם".

המעגל השלישי והרחב ביותר מתמקד באינטרס הציבורי-חברתי הקשור למת ולנוכחותו. סוגיה אשר ממחישה מעגל זה היא הסוגיה אשר עסקה גם היא בחשיבות שיוחסה לכיתוב על מצבת המת, אשר קברו והמצבה שעליו מסמלים את הקשר הנתר בין הנפטר לבין קרוביו ואוהביו, אך גם את יחסו של הציבור הרחב למת.

209 ס' 4 לפקודת מניעת טרור, התשע"ח-1948.

210 עניין גולדשטיין, לעיל ה"ש 208, בעמ' 330.

211 שם, בעמ' 317.

212 שם, בעמ' 331; ראו עוד והשוו בג"ץ 4763/97 חכים נ' המועצה המקומית מזכרת בתיה, פ"ד

נב(1) 35 (1998).

213 בירנהק "זכויות המתים", לעיל ה"ש 7, בעמ' 109.

214 עניין גולדשטיין, לעיל ה"ש 208, בעמ' 330-331.

עמדה דומה נשמעת בפסיקת בית המשפט הנוגעת לבתי העלמין הצבאיים, אשר יש להם משמעות גם כאתרים בעלי ערך היסטורי והם נושא לכאבו של העם כולו, כדברי השופט מליץ בעניין ויכסלבאום:

"בית עלמין אזרחי הוא מקום קדוש למשפחות הנפטרים. בית עלמין צבאי הוא בעיני הרבה יותר מזה. זהו מקום קדוש לעם ולמדינה. החללים הטמונים בו אינם רק יקיריהם של המשפחות, אלא גם יקירי העם כולו והמדינה כולה. הוא נושא לא רק לכאבן של המשפחות, אלא לכאבו של העם כולו, וככזה הינו במידה רבה אתר היסטורי"²¹⁵.

לפי תפיסת הנוכחות, מנהגים חברתיים הנוגעים לנוכחות עצמה או לכיטייה, כמו מצבות בבתי עלמין, אמורים להיבחן על פי התמיכה שהם מקנים לרעיון הכללי של קיום כבוד האדם של בני אדם לאחר חייהם וטיפוחו. נעריך הערכה שלילית מנהג חברתי הבא להרחיק את בני המשפחה מבית העלמין, מן ההלוויה ואילך, מפני שהרחקה כזו פוגעת בדרך אנושית, טבעית ורווחת לבטא את הנוכחות של אדם לאחר חייו. נעריך הערכה חיובית את השמירה הקפדנית על חזותו של בית עלמין, מפני שיש מתאם בין רמת ההקפדה לבין רמת הכבוד הניתן לאדם לאחר חייו בביטוי גלוי של יחס חיובי לדמותו של האדם בנוכחות המתקיימת בחיי זולתו – לערכיה, לרגשותיה, לרצונה, למידותיה ולהליכותיה.

סיכום

החקיקה והפסיקה בישראל מכירות בזכויות משפטיות למת ולשארו בהקשרים שונים, למרות לשונו של סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית, אשר קובע כי "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו". זכויות אלו יונקות מזכות היסוד של כבוד האדם, אשר כבוד המת הוא חלק ממנו, הגם שהפסיקה אינה מנמקת ומסבירה בצורה שיטתית את הקשר שבין כבוד המת לכבוד האדם.

מאמר זה הציע להבחין במבנה המיוחד של זכות האדם לכבוד לאחר מותו. גילוי של כבוד אדם מסוים לאחר חייו הוא גילוי של יחס הכבוד הראוי לדמותו של אותו אדם כפי שהיא מתקיימת בחייהם של שאריו לאחר חייו. דמותו היא הדמות המלאה של אדם, על כל מרכיביה – הערכים, הרגשות והרצון – והם ממלאים תפקידים מכריעים בכואנו לעצב התנהלות מסוימת בזיקה ישירה אל המנוח, לאחר מותו, בהתאם לדמותו.

טענה משפטית חשובה העולה מן הדיון שלנו היא שלאדם עומדת לאחר מותו הזכות לנוכחות בחייהם של בני אדם הנשארים אחריו. זוהי זכות, כיוון שקיום הנוכחות הוא תנאי הכרחי לכל גילוי של כבוד לאדם לאחר מותו.

במאמר הובאו כמה מקרי מבחן אשר נדונו בפסיקה, ובאמצעותם הדגמנו – לעיתים באופן ביקורתי – כיצד תפיסת הנוכחות הייתה יכולה לסייע בצורה עמוקה ושיטתית יותר בהנמקה שהובילה להחלטת השופטים. אכן, בחלק גדול מההקשרים שבהם נדונה זכות המת התבססה הפסיקה על מוטיב הרצון – המפורש או המשתמע – של המת; אך גם רעיון זה, אשר הוא כשלעצמו נעוץ בתפיסת הנוכחות כרעיון מסדר גבוה יותר, הוא צר ואינו מתאים

215 עניין ויכסלבאום, לעיל ה"ש 191, בעמ' 820.

לכלל ההקשרים שנדונו בפסיקה, ודאי כאשר האדם על רצונותיו כבר אינו בין החיים. הגם שגילויי הרצון של אדם במהלך חייו הם בעלי מעמד טבעי בביטוי הנוכחות שלו לאחר חייו, לפי תפיסת הנוכחות אין להם מעמד בלעדי או מכריע. רצונו של אדם הוא רק אחד ממרכיבי נפשו של אדם, שעליהם מבוססת משמעות חייו בעיני עצמו ולפיהם הוא מנהל את חייו לפי ראות עיניו. המרכיבים הם הרצון, הרגשות והערכים.²¹⁶ כל אחד מן המרכיבים הללו יכול לבוא לידי ביטוי בנוכחות של האדם לאחר חייו, כאשר מעצבים אותה לפיו. ביטוי הנוכחות על יסוד הרצון הוא בעל הצורה של מימוש הרצון של האדם במהלך חייו, גם לאחר חייו. אפשר לבטא את הנוכחות גם על יסוד הערכים שלפיהם התנהל המנוח בחייו, למשל. לשיטתנו, בכל מצב של התייחסות אל אדם לאחר חייו, ראוי לקיים את הנוכחות שלו בצורה תקינה והוגנת. הנוכחות שלו מקיימת את הדמות שלו, על כל מרכיבי הנפש, שבהם יש מקום לרצון, אך לא מקום בלעדי וודאי שלא מקום עליון. הדוגמה של "צוואה אתית" שראינו לעיל היא דוגמה ניצחת לכך שהנוכחות חייבת להציג את כל מרכיבי הנפש, לא רק את הרצון.²¹⁷

בצורה דומה אפשר לראות כיצד ביטוי מובהק של הנוכחות של אדם לאחר חייו יהיה במתכונת של ביטוי של הרגשות שהיו לו במהלך חייו, אשר אותם הוא ביטא בדרכים שונות. אדם יכול לתת מקום בולט בחייו לאהבת ציפורים, פרחים, צילומי נוף, ספרי אומנות או כל דבר דומה לכך. האהבה הזאת אינה גילוי של רצון שיש לו. הוא יכול לנהוג בדרך מסוימת, מתוך גילוי של רצון לעסוק כך באהבת ספרי האומנות שלו, אולם זה אינו שורש אהבתו אלא תוצר שלה. ושוב, אפשר להעלות על הדעת נסיבות שבהן יהיה לרגשות אהבה שכאלה מעמד פורמלי. נחשוב על עיזבון של אדם שהוא הותיר לילדיו ללא צוואה, והפקיד אותו בידי מנהל עיזבון ידידותי. הקדשת חלק ניכר של העיזבון להקמת מוזיאון חינוכי בתחום פרחי הגליל, שם בילה המנוח את רוב שנותיו, תהיה צעד סביר ואפילו ראוי במסגרת ניהול העיזבון לקיום הנוכחות של המנוח לאחר חייו. ההתחשבות ברגשותיו של אדם, כפי שהם נכללים בדמות שלו המתקיימת לאחר מותו בחייו של זולתו, מאפשרת לכלול בדיונים בדבר מעמדו של אדם בהקשרים מסוימים לאחר מותו את היחסים שהתקיימו בחייו בינו לבין בני אדם אחרים, בראש ובראשונה משפחתו הקרובה.²¹⁸

במאמר זה הוצגה תפיסת הנוכחות כתפיסה רחבה אשר מצויה בבסיסה של החשיבה על כבוד האדם של מי שאינם כבר בין החיים. לא ניסינו – אף לא התיימרנו – לדון בכל השאלות המתעוררות בנדון. מלאכה זו תיוותר לעת מצוא. תקוותנו שתפיסה זו תסייע להמשך פיתוחה של החשיבה המוסרית והמשפטית בהתמודדות עם שאלות הנוגעות לזכויותיהם של בני האדם לאחר חייהם, ובהן כאלו המתעוררות למרבה הצער ולמכביר בעקבות אירועי השבעה באוקטובר 2023 והמלחמה שפרצה בעקבותיהם.

216 אסא כשר ספר קטן על משמעות החיים פרק ראשון (2002).

217 ראו לעיל, ה"ש 50 ואת המאמרים השונים שמוזכרים שם.

218 שלי קרייצר-לוי "ירושה חורגת" עיוני משפט מז (צפוי להתפרסם ב-2024).