

זכויות המתים וחופש החיים

מאת
מיכאל בירנהק*

תקציר

האם למתים יש זכויות? האם ראוי שהמשפט יכיר בזכויותיהם של מי שנפטרו? מה המחיר של הכרה בזכויות המת? המאמר בוחן שאלות אלה בכמה רבדים: תיאורטי-אנליטי, סוציו-פסיכולוגי ובחינה ביקורתית של הדין הקיים. המסקנה העולה היא כי ככלל אין מקום להכיר בזכויות של המתים, בחריג אחד: יש מקום להכיר בציפיותיו של החי שמת, אולם להכרה זו צריכים להתלוות כמה סייגים. יש לבחון אם הציפייה עומדת במבחן ההצדקות הפרטיקולריות של הזכות שבה מדובר. ההצדקות של הזכות לשם טוב ושל הזכות לפרטיות, למשל, אינן שורדות לאחר המוות. לא כל ציפייה מוגנת: יש לבחון את סבירותה האובייקטיבית של הציפייה לפני הגנת המשפט. בכל מקרה, יש לוודא – וכאן דרוש פיתוח מתאים של דיני הראיות – כי הטוען בשם זכות החי שמת אכן מייצגו נאמנה, ואינו מסווה אינטרסים משל עצמו כאילו הם זכותו של המת. אחרי כל זה יש לזכור גם כי זכות החי שמת אינה יחידה בזירה, וכי יש מקום לעמתה עם אינטרסים וזכויות יריבים, ככל שיש כאלה. בכל זה יש לזכור את המחיר שיש להכרה בזכות של המתים מבחינת החופש של החיים לפעול.

- א. פתח-דבר
ב. זכות החי שמת
1. תיאוריות של זכויות
(א) תיאוריית הרצון
(ב) תיאוריית האינטרס
2. על המתים ועל החיים
(א) קשר בין-אישי
(ב) זכרון המתים אצל החיים
(ג) זהות ושליטה

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודה לעירד באומל, לחאלד גנאים, לאביחי דורפמן, לטל מורס, לדני סטטמן, לרונן פרי, לאמנון רייכמן ולמשתתפי הסמינר הפקולטטי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, אשר התווכחו והעירו. תודה גם לחברי מערכת עיוני משפט – העורך אדיר ונונו וחברי המערכת אבשלום כשר, רותם לבנון ומעין עדות – על הערותיהם המועילות.

ג. "זכות המת" בדין הקיים

1. זהותו של המת
 - (א) שם טוב
 - (ב) פרטיות
2. זכויות אחרות
 - (א) קבורה
 - (ב) הנצחה
 - (ג) כבוד האדם וזכות המת
- ד. סוף-דבר

א. פתח-דבר

האם למתים יש זכויות? סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, תשכ"ב-1962, קובע ש"כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו". מהוראה כללית זו משתמע שזכויות נישאות על-ידי החיים בלבד, ומכאן נראה שהמשפט הישראלי אינו מכיר בזכויותיהם של מתים.¹ אלא שלרבים יש אינטואיציות שונות. בעיני רבים, האדם שמת אינו חפץ, ואנו מרגישים שזכויות או אינטרסים מסוימים של המת שורדים גם לאחר המוות. האם האינטואיציות תקפות? רבות מהזכויות של בני-אדם חיים אינן רלוונטיות למתים. לדבר על "חופש הביטוי של המת" יישמע לרבים זר ומוזר, שהרי המתים אינם מדברים.² איננו מדברים על חופש התנועה של המת, על זכותו לערוך עסקות קנייניות או להתקשר בחוזים, ועוד. אולם אנו מרגישים לא-בנוח כאשר אין מקיימים צוואה של אדם, כאשר נחשפות עובדות פרטיות על המת, כאשר מתפרסמות תמונות של גופות, או כאשר נאמרים דברים על המת אשר אילו היה חי היו נחשבים ללשון-הרע וכעת הוא אינו יכול להגיב. המשפט, כך נראה, עמוס גם הוא באינטואיציות מעין אלה. רשת של חיקוקים ופסיקות מגינה על אינטרסים של המתים, ובמקרים מסוימים אף על מה שמוגדר כזכויות המתים, על-אף הוראת חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות (אם כי לא בהכרח בניגוד לה). כך, למשל, עקרון-יסוד בדיני הצוואות הוא קיום רצון הנפטר; דיני זכויות יוצרים מגינים על

1 לעיתים אנו מתווכחים בקשר לנקודת התחילה או הסוף: האם או ממתי עובר הוא "אדם", או מתי יש לקבוע את מותו של אדם. קביעת המוות נעשתה בעבר לפי העדר תפקוד הלב, וכיום לפי אובדן בלתי-הפיך של תפקוד מוח. לדיון ראו אמנון כרמי בריאות ומשפט כרך ב 1506, 1543-1545 (2003); (2001) 35-36 L.L. BASTA, LIFE AND DEATH ON YOUR OWN TERMS.

2 אפשר להעלות על הדעת מצבים שבהם נתפתה לדבר על חופש הביטוי של המת – למשל, יוצר שמת בטרם פורסמה יצירתו, ולאחר מותו היצירה מצונזרת. כפי שאטען בהמשך הדברים, הדרך הנכונה והראויה להציג את מערך האינטרסים שיש לאזן במקרה כזה היא לכלול את אינטרס הציבור לדעת (ולא את "זכות המת לחופש הביטוי"), ומולו את האינטרס הציבורי בצנזורה, ככל שהוא קיים.

היצירות עד שבעים שנה אחרי מות היוצר; חוק איסור לשון הרע קובע במפורש את זכותו של המת לשם טוב; ובתי המשפט בישראל קבעו כי למת יש זכות לפרטיות. כל אלה הם מופעים של זכויות המת בדין הפוזיטיבי. במקרים אחרים החוק קובע כי אדם אינו כשיר לזכויות לאחר מותו, או שהוא שותק בעניין.³

מתי המשפט מכיר בזכויות המת? מתי ראוי שהמשפט יכיר בזכויות כאלה, אם בכלל? עיון במשפט הקיים מעלה במבט ראשון כי ההגנה על זכות המת אינה אחידה, ובדרך-כלל אינה מוסברת, ונראה שאין למשפט תפיסה קוהרנטית בקשר למתים ולזכויותיהם. חוסר הקוהרנטיות מוביל לתוצאות שקשה להסבירן או ליישבן זו עם זו באופן אנליטי, וגורר הכרה בזכויות המתים גם מקום שאין לכך הצדקה. מטרה אחת של המאמר היא להראות את חוסר הקוהרנטיות הזו, ואת המקרים שבהם הכיר המשפט בזכויות מתים ללא הצדקה. אולם מטרתי העיקרית היא להשיב על שאלת היסוד: האם ראוי להכיר בזכויות המת, ומתי?

ניסוח השאלה – אם למתים יש זכויות, ובהמשך, אם הן ראויות להגנה משפטית – מחייב בירור תיאורטי-אנליטי בדבר טיבן של זכויות. האם התיאוריות המקובלות של זכויות מסוגלות להכיר בזכויות של מתים או שמא זהו מטבע-לשון בלבד? לבירור שאלת ההכרה בזכויות המת או בזכויות החי שמת יש חשיבות מעשית. ההכרה בזכויות של מי שמתו משליכה על בני-האדם החיים במישרין ובעקיפין. היא משליכה במישרין משום שפעמים רבות "זכויות המתים" מתנגשות בזכויות החיים. הדבר בולט בשאלות המנוסחות בשפה החוקתית הישראלית כהתנגשות בין חופש הביטוי לבין שמו הטוב של אדם או פרטיותו. האם מותר לתקשורת לפרסם את סיבת מותה של עפרה חזה ז"ל לאחר מותה? האם מותר לסופרת לחשוף סודות מבית הוריה המנוחים באוטוביוגרפיה שלה? האם מותר למחזאי להעלות השערות בקשר לדמויות היסטוריות? מי יכול לקבוע מה ייכתב – או לא ייכתב – על מצבתו של המת? כמה זמן יכול גנוח המדינה למנוע גישה לכתבים אישיים של מנהיגי המדינה? האם יורש של צייר מוכשר יכול למנוע שימוש בציור בהקשר שונה מזה המקורי? האם יש הגבלות לגבי מחקר מדעי בקשר למתים? במילים אחרות, מאחר שלהכרה בזכויות מתים יש השפעה על יכולת הפעולה של החיים, השאלה היא – בביטוי השאול מהשופט קיסטר – אם ראוי להכיר ב"שלטון רפאים".⁴

ההכרה המשפטית בזכויות מתים משפיעה גם על תפיסתנו ביחס למוות.⁵ תפיסת המוות

3 ראו, למשל, בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128 (להלן: חוק הגנת הפרטיות). השתיקה בולטת במיוחד לנוכח ס' 25 שבו (המקנה לקרובי-משפחה של נפטר זכות להמשיך בתביעה שהוגשה או שעילתה עוד בחיי המנוח, בתנאים המנויים שם) ובהשוואה לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 240 (להלן: חוק איסור לשון הרע). לדיון ראו אורי שנהר דיני לשון הרע 440 (1997); אילנה בן-שושן-גורן לשון הרע 661-669 (2001).

4 השאלה אינה נחלת המשפט בלבד. לדיון פילוסופי ראו: THOMAS NAGEL, MORTAL QUESTIONS 1-10 (1979); JEFF McMAHAN, THE ETHICS OF KILLING — PROBLEMS AT THE MARGINS OF LIFE (2002).

5 בר"ע 108/75 גרייבר נ' גרייבר, פ"ד כט(2) 673, 679 (1975).

6 למוות יש השלכה עצומה על חיינו, אף שקשה לנו לתפוס את משמעותו ולמרות הקושי

היא עניין מורכב. היא מושפעת מהשקפת-עולם ואמונה, מנסיון החיים ומהאישיות, וכן מגורמים "חיצוניים", כגון דת ועמדה חברתית רווחת כפי שהיא מיוצגת בחינוך, בתרבות-ההמונים, בתקשורת – וגם במשפט. המשפט הוא מרחב חברתי (אחד מבין כמה) שמכריז על העמדות החברתיות של הקהילה. ההכרזה המשפטית משקפת את התפיסות הללו, אך כמובן גם מכוננת אותן בזמנית. אמירה משפטית כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" משקפת ערכים מסוימים ("יהודיים ודמוקרטיים", כמובן), אולם גם מחלחלת מטה – אל מוסדות השלטון, אל הספירה הציבורית ואל חינוך הפרטיים. כך גם בקשר לזכויות מתים. מתחת לפני השטח פועלים כוחות חזקים מאוד מתחום הפסיכולוגיה, הסוציולוגיה והדת. אני סבור כי חשוב לברר אחדים מן הכוחות האלה, ובמיוחד את הקשר הבין-אישי שבין החיים לבין עצמם, שאחד מביטויי המרכזיים הוא הזיכרון שיש לחיים ביחס למתים; ואת השליטה של החי בזהותו, גם לאחר מותו, ושל קרוביו בדימוי שלהם, כפי שהוא משתקף מדימויו של המת.

מסקנתי מהדיון בתיאוריות של הזכויות, בסביבה הסוציו-פסיכולוגית ובקשר שבין לבין המשפט מעלה שככלל אין מקום להכרה משפטית בזכויות של מתים. לכך יש חריג משמעותי – ראוי להכיר בזכויות של אנשים חיים שמתו ("החי שמת"), אולם בארבעה סייגים:

הסייג הראשון קשור לכל אחת מהזכויות שבהן מדובר, ואקרא לו "מסגרת הזכות הפרטיקולרית". יש אינטרסים וזכויות שאינם שורדים לאחר המוות, כלומר, פשוט אין להם שום משמעות לאחר המוות – למשל, הזכות להשתתף בשיח הפוליטי, חופש התנועה, ובענייני (אם כי טענה זו שנויה במחלוקת) גם הזכות לפרטיות והזכות לשם טוב. לגבי כל זכות בנפרד יש לבחון מהן הצדקותיה העיוניות, ולשאול אם ההסבר שמצדיק את קיומה של הזכות בחייו של אדם יכול להצדיק את קיומה גם לאחר מותו. סייג זה מחייב בחינה פרטנית של הזכויות, ואי-אפשר להגיע למסקנה גורפת באשר לכלל הזכויות.

הסייג השני הוא חברתי-משפטי. אם וכאשר נאחר אינטרס ששורר לאחר המוות במובן העיוני הכללי של הסייג הראשון, עלינו לבחון את תוכן הזכות והיקפה. הקושי נובע מכך שיש כאן "קפיצת זמנים": ככל שנכיר בזכות החי שמת, מדובר בזכות שקמה בעת חי האדם, אולם מימושה (על-ידי איסור הפרתה ופיצוי במקרים המתאימים) בא לאחר המוות. יוצא מכך שהכרה בזכות החי שמת היא למעשה הגנה על ציפייה של החי, המתייחסת לאירועים (לא-ידועים) שיקרו לאחר מותו. לא כל ציפייה של אדם חי ראויה להגנה, ופער הזמנים בין מועד יצירתה של הציפייה לבין מועד הפרתה (הפרה שלא תתממש בהכרח) ומועד אכיפתה מדגיש עוד יותר את העובדה כי מדובר בציפייה, ולא יותר מכך. מהן הציפיות הראויות להגנה? את הציפיות הסובייקטיביות יש לסייג במסגרת אובייקטיבית של סבירות שמשקפת את הנורמות החברתיות של הקהילה.⁷

להבינו, שהרי איש מאיתנו אינו יכול לדווח על המוות. ראו את הקדמת העורכים ב-*The Limits of Death: Between Philosophy and Psychoanalysis* (Joanne Morra, Mark Robson & Marquard Smith eds., 2000).

7 ההשראה לסייג זה באה מההגדרה המשפטית האמריקנית לזיהויה של פרטיות הראויה להגנה.

הסייג השלישי עומד על כך שייצוג זכותו של החי שמת על-ידי גורמים שונים – בדרך-כלל המשפחה – יהיה ייצוג-אמת. הטעם לסייג הוא שבמקרים רבים הטענה בדבר קיומה של זכות למת אינה אלא מסווה לאינטרסים אחרים של אנשים חיים אחרים: קרוביו של המת, בעלי אינטרס אחרים או הקהילה. יש להפריד בין ייצוג-אמת לבין ייצוג שמטרתו אחרת. ההפרדה אינה קלה, והיא צריכה להיות מלאכתם של בתי-המשפט, האמונים על דיני הראיות. האינטרסים של הצדדים האחרים עשויים להיות חשובים, אולם הדרך להגן עליהם אינה שימוש במושג "זכות המת".

הסייג הרביעי הוא האיוון החוקתי הראוי. ההכרה בזכות החי שמת, גם אם היא צולחת את הסייגים שפורטו לעיל, אינה מכתיבה בהכרח כי "זכות המת" מכריעה את ההתלבטות המעשית, ככל שיש כזו. למשל, בהכרעה אם להתיר מחקר בגופות או עיון במידע אישי של מתים או פרסום של מידע כזה, "זכות המת", ככל שתוכר, היא רק צד אחד של מערך הזכויות והאינטרסים. כשם שבחיים של בני-אדם אנו עורכים (במשפט הישראלי) איוון בין הזכויות והאינטרסים הניצים – כך גם במוותם.

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-רטורי נוח לצדדים שלישיים שמאחוריו מסתתרים אינטרסים אחרים; לבסוף, גם כאשר אנו מכירים בציפייה סבירה של החי 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.⁸ זהו החי שמת.

המאמר נחלק לשני חלקים מרכזיים. הראשון מציג את המסגרת העיונית לדיון. כאן אבחן את התיאוריות השונות של הזכויות, וכיצד הן מתייחסות למוות האדם בעל הזכויות; וכן את הגורמים הסוציו-פסיכולוגיים המרכזיים שבסוגיה, ואת הקשר בינם לבין המשפט. החלק הראשון יסתיים בטענה כי בדרך-כלל אין להכיר בזכויות המתים, למעט גזרה צרה של זכויות החי שמת. בדיון זה אציג גם את הסייג הראשון (מסגנת הזכות הפרטיקולרית) ואת הסייג השני (סבירות) מבין אלה שמנתי לעיל. על רקע זה יבחן החלק השני של המאמר מקרים מרכזיים בדין הישראלי שבהם הכיר המשפט בסוג כזה או אחר של זכות המת (כלומר, זכות המת או זכות החי שמת). במיוחד אתמקד בזהותו של אדם, בקבורה והנצחה ובמושג "כבוד המת". מושג זה מופיע בפסיקה בעשור האחרון כנגזרת של "כבוד האדם". אלא ש"כבוד האדם" הוא עצמו מטבע-לשון ריק כמעט מן הבחינה המשפטית.⁹

המבחן הוא ציפיותיו הסבירות של האדם. ראו את חוות-דעתו התומכת של השופט Harlan:

Katz v. United States, 389 U.S. 347, 361 (1967).

8 ראו: T.M. Wilkinson, *Last Rights: The Ethics of Research on the Dead*, 19 J. APPL. PHILOS. 31, 34 (2002).

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

אציג את חוסר הקוהרנטיות העיוני ואת חוסר העקביות היישומי בדין הקיים, ואעריך את מקרי ההכרה בזכויות המתים לאור התשתית העיונית הכללית שתונח בחלק הראשון. מדיון זה יעלו גם הסייג השלישי (ייצוג-אמת) והסייג הרביעי (האיזון החוקתי) להכרה בזכות החי שמת.

ב. זכות החי שמת

חלק זה בוחן אם ראוי להכיר בזכויות מתים כזכות משפטית. אפתח (בחלק ב') בדיון בתיאוריות של זכויות ובשאלה אם הן יכולות להכיל את זכויות המת. העמדה הפילוסופית אינה באה בחלל ריק, היחס שלנו למוות מושפע מגורמים רבים, כגון אמונה דתית או אמונה בקיום חיים שלאחר המוות. אולם את אלה אניח בצד, ואתמקד (בחלק ב') בשלושה גורמים סוציו-פסיכולוגיים הקשורים למוות: היחס של החיים למתים באופן כללי, זכרון המתים אצל החיים והצורך האנושי בשליטה בזהות ובאישיות. יסוד חשוב במיוחד לצורך הדיון כאן הוא היחס המורכב והדינמי שבין הגורמים האלה לבין המשפט. מסקנת הדיון היא שלילה של הכרה כללית בזכות המתים, לצד חריג המכיר בזכות החי שמת, בכפוף לסייגים שונים.

לדיון זה ראוי להקדים הערה על ציר הזמנים ועל הדמויות השונות, ונדמה לי כי אי-הבהירות בקשר לכך תורמת לבלבול בסוגיה כולה. בדיון בזכויות המתים יש להבחין בין שלושה מועדים: (1) מועד היווצרותה של הזכות; (2) מועד הפגיעה בה; (3) מועד אכיפתה. הזכות המשפטית נוצרת בחייו של אדם – כל זכות לפי תנאיה ונסיבותיה. יש זכויות שנתונות לאדם באשר הוא אדם, כגון הזכות ליחס שווה או חופש הביטוי, ויש זכויות שנתונות לאדם בהקשרים מסוימים, דוגמת זכותו של אדם ששמו הטוב לא ייפגע – זכות אשר מותנית בקיומו של שם טוב. כאשר מועד הפגיעה בזכות הוא בתקופת חייו של האדם, נתונה לו הזכות לממשה, ככל שהדין מתיר. אם זכותו של אדם נפגעה בחייו אך הוא מת לפני מימוש הזכות, עולה שאלת האפקטיביות של הזכות. אדם שנפגעה זכות התנועה שלו בחייו, למשל, אינו יכול לתבוע לאחר מותו, ואין לתביעה כזו כל משמעות. לגופה אין תנועה, וממילא אין לה חופש תנועה. לעומת זאת, זכויות מסוימות אינן פוקעות מאליהן עם המוות, כגון שמו הטוב של אדם או פרטיותו. ההכרה בזכויות אלה אינה מובנת מאליה, אם כי המשפט מכיר באפשרות להמשכיות של תביעה במקרים שבהם הפגיעה אירעה לפני המוות.¹⁰ עיקר העניין במאמר זה הוא בפגיעות שמתרחשות אחרי המוות, כגון פרסום מידע על-אודות אדם לאחר מותו – פרסום שאילו בא בחיי האדם, היה בו משום לשון-הרע או פגיעה בפרטיות. האם ניתן להשפיל או לבזות את מי שאינו חי? זו השאלה העומדת לדיון כאן.

10 ראו ס' 25 לחוק הגנת הפרטיות.

1. תיאוריות של זכויות

זכויות הן מושג משפטי מרכזי בשיח הליברלי. הזכויות מוענקות ליחידים, והן טעם שמצדיק הטלת חובות על אחרים, ובעיקר על המדינה. בדרך-כלל מדובר בחירויות שליליות, כלומר, בחירויות המטילות חובה להימנע מהפרעה לבעל הזכות.¹¹ מרכזיותו של המושג "זכות" בשיח הליברלי מחייבת אותנו לבחון גם את "זכויות המת" אל מול שיח הזכויות. בדיון הפילוסופי ראוי להבחין בין כמה שאלות נפרדות: מהו מקור הזכויות? מה תוכנן? מי נושא את הזכויות? כאן העניין הוא בעיקר בשאלה האחרונה: האם המת כשיר להיות בעל זכות משפטית? ככל שהתשובה חיובית, נשוב לשאלה הראשונה: לאילו זכויות המת זכאי? השאלה האמצעית, בדבר תוכן הזכות, רלוונטית להכרעה גם היא. למשל, לחופש התנועה של אדם, כפי שהודגם לעיל, אין משמעות לאחר מותו. המסגרת התיאורטית נועדה להציב אמת-מידה לבחינת ההצדקה להכרה בזכויות המת. משום כך אסתפק בהצגה תמציתית של שתי גישות מרכזיות לזכויות – תיאוריית הרצון ותיאוריית האינטרס – אשר נבדלות זו מזו בתפקיד שהן מייחסות לזכות. אתמקד בשאלת מיהותם של בעלי הזכויות, ואבחן אם כל אחת מהגישות מובילה למסקנה כי למתים יש זכויות.

(א) תיאוריית הרצון

לפי תיאוריית הרצון (Will/Choice Theory), הזכויות מקנות יתרון לבעליהן, שקשור למימוש רצונם. מימוש הרצון הוא העיקר, וחשיבותו נעוצה במרכזיותו של הרצון לגבי זהותו של הפרט ואישיותו.¹² ניתן להכיר בזכויות רק כאשר יש מי שמסוגל לקבל החלטות ולבחור בין אפשרויות בקשר למימוש הזכות: כאשר אנו מכירים בקיומה של זכות, יש לנגד עינינו בעל זכות, ומולו מי שמוטלת עליו חובה בקשר לזכות.¹³ לפי תיאוריית הרצון, הכרה בקיומה של זכות משמעותה שבידי בעל הזכות יש הכוח להתיר את החובה המוטלת על אחר לקיים את הזכות. כך, למשל, צד לחוזה יכול לשחרר את החייב מחיוביו כלפיו. יכולת זו היא לכן זכות.¹⁴

11 במונחיו של הוהפלד, מדובר בתביעת זכות (claim right). ראו: Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (2001). לחירות

שלילית ראו את הבחנתו הקלסית של ישעיה ברלין: Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*

118 (1969) *Liberty, in Four Essays on Liberty*. לניתוח בהיר ראו גם: Jeremy Waldron, *Introduction, in Theories of Rights* 1 (Jeremy Waldron ed., 1984).

12 ראו דיון בהיר אצל: Alon Harel, *Theories of Rights, in Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* 191 (Martin P. Golding & William A. Edmundson eds., 2005).

13 ראו, למשל, את ביטוי של הרט, שלפיו בעל הזכות הוא ריבון שקיימת כלפיו חובה: H.L.A. Hart, *Legal Rights, in Essays on Bentham – Studies in Jurisprudence and Political Theory* 183 (1982).

14 בלשונם של קריימר, סימונדס ושטיינר: "[T]he Will Theory (roughly stated) maintains

מגישה זו משתמעת שלילה מיידית של זכויות ממי שאינו יכול לממש את רצונו. אין זה מפתיע, לפיכך, שגישה זו עוררה ביקורת על כך שהיא משמיעה כפירה בזכויותיהם של מי שאינם בני-אנוש, כגון חיות, אבל בעיקר על כפירתה בזכויותיהם של תינוקות, וכנראה גם של מי שנמצא במצב שאינו מאפשר לו תפקוד, כגון תרדמת.¹⁵

מה גורלם של המתים לפי תיאוריה זו? עם מותו של אדם אין עוד סובייקט שיש לו רצון. לכן אין עוד מי שישא את הזכות, ואפילו היה משהו כזה, לא היה בכוחו לשחרר את בעל החובה הנגדית-לזכות מחיוביו. לפיכך למתים אין זכויות במובן המשפטי. האם ניתן לדבר על החי שמת ולייחס לו את הזכות? כלומר, האם עלינו להתמקד באדם שחי, כל עוד היה חי, ולהידרש לרצונותיו תוך התעלמות ממה שקרה במועד מאוחר יותר, כלומר, ממותו? גישה כזו הופכת את המוות לפרט זניח כמעט. לאדם החי היו רצונות מרצונות שונים. למימוש הרצונות הייתה משמעות בחייו. כאמור, רצון אשר מומש בחייו של אדם והקנה לו יתרון ראוי להיחשב זכות לפי תיאוריה זו. אבל האם יש משמעות למימוש עתידי של הרצון – מימוש שהאדם עצמו לא ידע עליו לעולם? המימוש אינו מובטח כלל, מטעמים שאינם בידיעתו או בשליטתו של האדם, שכן הוא כבר מת. למרות זאת, התשובה חיובית. אדם יכול להיפגע גם אם הוא אינו יודע על כך, כשם שלאדם השרוי בתרדמת יש זכויות אדם, הגם שהוא אינו יודע אם הן נפגעות. אף שהאדם החי אינו יודע אם וכיצד ימומש רצונו לאחר מותו, צומח לו יתרון מידי, בחייו, אם ידע כי רצונו ימומש. כלומר, היתרון שצומח לאדם החי הוא הסיפוק או השקט הנפשי שהוא חש בהווה לנוכח הידיעה כי רצונו בהווה יתגשם לאחר מותו. טלו, למשל, אדם המבקש להבטיח את גורל נכסיו לאחר מותו: הרצון לשלוט בנכסים הוא בהווה; מימוש הרצון יהיה לאחר מותו, כאשר יחולקו נכסיו ליורשיו; והיתרון נעוץ בידיעתו בהווה כי רצונו יוגשם. באופן דומה ניתן לבחון את רצונו של אדם להיקבר באופן מסוים – למשל, בהלוויה חילונית: הרצון נוצר במהלך חייו של אדם; הוא מתייחס למועד שלאחר מותו, שאז ימומש הרצון (או לא ימומש); והיתרון שצומח לאדם הוא הידיעה כי רצונו ימומש. שימו לב: אין זה משנה כלל אם הרצון רציונלי אם לאו, אם טעמיו דתיים אם לאו. די לנו שיש רצון כזה.

האם מכך אפשר לומר שיש לחי שמת זכות לצוות על גורל נכסיו לאחר מותו או זכות

that all rights consist in the enjoyment of opportunities for individual or corporate choices. Rather than seeing rights as tied to sundry facets of the well-being of right-holders, the Will Theory submits that each right invests its holder with some degree of control over his or her situation. To ascribe a right to someone is to say that that person is empowered to make a choice about the fulfillment of someone else's duty..." (MATTHEW KRAMER, NIGEL SIMMONDS & HILLEL STEINER, A DEBATE OVER RIGHTS: PHILOSOPHICAL ENQUIRIES 2 (2000))

15 לדיון ראו: Leif Wenar, *The Nature of Rights*, 33 PHIL. & PUB. AFF'S 223, 238–239 (2005); וכן Harel, לעיל ה"ש 12. ביקורת נוספת על תיאוריית הרצון היא שהיא אינה מסוגלת להכיר באי-עבירות של זכויות מסוימות, דוגמת הזכות לחיים ולחירות. לדיון ראו Harel, שם.

להיקבר בדרך מסוימת? אני סבור כי הרצון של אדם שמעניק לו יתרון בחייו הוא הציפייה שלו כי רצונו יכובד. זו ציפייה בלבד, שאין בצידה ערובות למימושה. ציפייה כשלעצמה אינה מקימה זכות. לכולנו יש רצונות רבים וציפיות רבות – למשל, הרצון שנהיה בריאים ומאושרים, והציפייה שיתייחסו אלינו באופן שוויוני וראוי שמכבד אותנו כבני-אדם. אבל לא כל ציפייה היא גם זכות משפטית. נדרש סייג שיסנן את הציפיות, והמסננת המרכזית היא של סבירות.

לסייג זה יש שני טעמים. הראשון הוא שלא כל גחמה אישית ראויה להגנה משפטית. לזכויות יש בדרך-כלל מחיר. זכותו של האחד מגבילה את מרחב הפעולה של אחרים. למשל, זכותו של האחד לפרטיות מגבילה את יכולתו של האחר להתבטא בקשר לראשון. סייג הסבירות המוצע כאן מייצג את האינטרסים החברתיים הכלליים.

הטעם השני לקביעת מסננת של סבירות הוא שבקימו את רצונו של האדם החי, הגם שכבר מת, המשפט מאותת ומשדר מסר ברור לאנשים החיים: החברה מכבדת את רצונותיהם של החיים, בגבולות מסוימים כמובן, ובעיקר מאפשרת להם תחום החלטה פרטי שבו לא יתערבו ברצונותיהם. אילו היה המשפט מכונן את המוסד המשפטי של צוואה אולם מכריז לאחר מות האדם כי "איננו אוכפים רצונות של מתים", אזי המסר לאנשים החיים היה ברור: אין טעם בצוואה. תחת משטר משפטי נטול צוואה היו האנשים החיים המבקשים לשלוט ברכושם גם לאחר מותם מיטיבים לחלקו (או לכלותו) בחייהם. אילו התעלם המשפט גם מבקשות בקשר לדרך הקבורה (מקום הקבורה, האופי הדתי, שימוש בגופה וכדומה), אזי רבים מהאנשים החיים היו מתוסכלים. הם היו יודעים עוד בחייהם כי לא תהיה להם שליטה בגופם (גופתם) לאחר מותם. במקרה כזה היה רצונם מסוכל – רצונם בעודם בחיים, בשלב שבו יש להם עדיין זכויות. אי-אכיפת צוואות הייתה פוגעת אם כן באנשים החיים עצמם. הכרה בזכות החי שמת מפקידה בידי המשפט את הכוח והסמכות להגן על רצון החיים שמתו לטובת אלה שנותרו בחיים, ולכן היא בבחינת אמנה בין האנשים החיים לבין עצמם, ולא בינם לבין המתים.¹⁶

הדוגמה האחרונה ממחישה כי מסננת הסבירות, שהיא מסננת חברתית המחילה מבחן אובייקטיבי על ציפיותיו של הפרט, אינה חפה מקשיים. הקושי המרכזי הוא שזהו מבחן מעגלי-משהו, שבו אנו רואים את ההפריה וההשפעה ההדדיות שבין המשפט לחברה. כלל משפטי שקובע כי יש לקיים צוואות הופך את הציפייה שניתן להוריש נכסים באמצעות צוואה לציפייה סבירה. העדרו של כלל משפטי כזה היה חותר תחת סבירות הציפייה, אבל האנשים החיים היו מכלכלים בהתאם את צעדיהם בחייהם. אם, למשל, לא תוגן זכות המת לפרטיות, הדבר עשוי להשליך על התנהגותנו בחיינו. אלה מאיתנו החרדים לפרטיותם גם

16 פרטרידג' רואה את ההגנה על האינטרס של החי שמת כסוג של אמנה בין החיים שמתו לבין מי שנותר בחיים, ומוסיף על כך את ההשלכה שתהיה לאי-קיום ההתחייבות כלפי החי שמת על שאר חברי הקהילה. ראו: Ernest Partridge, *Posthumous Interest and Posthumous*, *Respect*, 91 *ETHICS* 243, 259–261 (1981). אני סבור שכדי להגיע למסקנה בדבר הכרה בציפייה הסבירה של החי שמת, די בהשלכה שיש לסיכול הרצון על אחרים, מבלי להתבסס על ההתחייבות אל החי שמת.

לאחר מותם – וכאן אין שום צורך לחפש טעם רציונלי לרצון כזה – ינהגו בחייהם מתוך ידיעה כי במוותם ייפרץ הסכר. בעיית המעגליות אינה ייחודית כאן, והיא קיימת בכל מקום שבו המשפט מחיל כלל אובייקטיבי של סבירות לבחינת ציפיותיו של היחיד. יש כמובן חשש נלווה שהשופטים יקבעו את תוכנה של הסבירות לפי נסיון חייהם שלהם, שעשוי להיות רחוק מזה של הצדדים המתדיינים או מאלה של המתים. עם זאת, נראה לי שמסגרת הסבירות יכולה לפעול היטב ברוב המקרים. הקושי לקבוע מה סביר ומה אינו סביר יתעורר בעיקר בהקשר של פרקטיקות חברתיות, תרבותיות, כלכליות או טכנולוגיות חדשות, או בכלל לנוכח כל חידוש שהוא. אבל ביומיום הציפיות החברתיות משתנות לאיטן, ובתי המשפט קשובים דיים למוסכמות החברתיות כדי לקבוע מהי ציפייה סבירה ומה אינה כזו.

(ב) תיאוריית האינטרס

לפי תיאוריית האינטרס (Interest Theory), היריבה לקודמתה,¹⁷ היתרון שהזכות מקנה לבעליה אינו בגיבוי הרצון של בעלי הזכות, אלא בכך שאינטרס כלשהו של בעל הזכות זוכה בהכרה ובאכיפה. לפי שיטתו של יוסף רז, למשל, כאשר אנו מכירים בזכותו של אדם, משמעות הדבר היא שהכרנו בכך שאינטרס שלו חשוב דיו להטיל חובה על אחר לקיים את הזכות של הראשון.¹⁸ לפי גישה זו, הזכויות יוצרות חובות. כך, למשל, לצד לחווה יש זכות לאכיפת החווה משום שיש לו אינטרס כזה, והאינטרס חשוב דיו לעלות לדרגה של זכות. שאלה מתבקשת היא מה הופך אינטרס לזכות. שאלה זו סבוכה, ואין לה פתרון ברור. רז כותב כך:

"An interest is sufficient to base a right on if and only if there is a sound argument of which the conclusion is that a certain right exists and among its non-redundant premises is a statement of some interest of the right-holder, the other premises supplying grounds for attributing to it the required importance, or for holding it to be relevant to a particular person or class of persons so that they rather than others are obligated to the right-holder."¹⁹

מבחינת השאלה מיהם בעלי הזכויות, יוצא שתיאוריית האינטרס רחבה מתיאוריית הרצון, שכן היא אינה תלויה בקיומו של רצון ושל סובייקט המסוגל לרצות, אלא בקיומו של אינטרס. לכן תיאוריית האינטרס יכולה להגן, למשל, על זכויותיהם של ילדים בני-יומם או של מי ששרויים בתרדמת, בעוד תיאוריית הרצון מתקשה בכך. מה גורלם של המתים לפי תיאוריה זו? תיאוריית האינטרס אינה מבטלת באופן מיידי

17 על היריבות בין התיאוריות, ולניסיון מעניין לגשר ביניהן, ראו Wenar, לעיל ה"ש 15.

18 רז מגדיר זכות כך: "X has a right", if and only if X can have rights, and, other things being equal, an aspect of X's well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty" — JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1986), 166.

19 שם, בעמ' 181.

ומוחלט את יכולתם של המתים להיחשב כבעלי זכויות. כמו בתיאוריית הרצון, ברור כי אין מדובר בזכות של המת שקמה לאחר המוות, אלא לכל-היותר בזכות של החי שמת. האינטרס החשוב שהוכר כזכות נצמח בחיי האדם, וההגנה עליו נבחנת ומתבקשת לאחר מותו. האם ראוי לממש את הזכות לאחר המוות? לפני שתיאוריית האינטרס מכירה בזכות המת, עלינו לאתר את האינטרסים של המת (או ליתר דיוק – של החי שמת), ולבחון לגבי כל אינטרס בנפרד אם ראוי שהוא יוכר כזכות. בכל מקרה ומקרה נשאל אם מתקיים המבחן הכללי של רו שצוטט לעיל, כלומר, אם האינטרס חשוב דיו להכיר בו כזכות. מכאן נובעות שתי הנחיות: האחת היא שיש להקפיד בזיהוי האינטרס המוגן ולהקפיד לשייכו לאדם שמת, ולא לאנשים אחרים; והאחרת היא שאין תשובה אחת גורפת בדבר קיומן של זכויות למתים או אי-קיומן, אלא יש לבחון את הטעמים שביסוד כל זכות – קניין, פרטיות, שם טוב, שלמות הגוף וכן הלאה.

מכאן נובע הסייג הראשון להכרה בזכות החי שמת: ניתן להכיר בה רק לאחר בדיקת מהותה הפנימית של הזכות הקונקרטית שבה מדובר, בלי קשר ישיר לשאלת מותו של האדם. בהמשך נראה שזכויות מסוימות תלויות באנשים חיים, ואין להן משמעות בקשר למתים. למשל, ההצדקה לזכות לקניין פרטי בתרבות המשפטית המערבית-הקפיטליסטית-הליברלית מדגישה את עבירותם היעילה של משאבים מבעלים אחד לאחר.²⁰ עם מותו של אדם אין הוא עוד בעלי הקניין, והקניין עובר לאחר. אלה הם דיני הירושה ודיני הצוואה. האמצעי האחרון – הצוואה – מאפשר לחי לשלוט במידה מסוימת, אך לא מוחלטת, בהעברה הראשונית של קניינו לאחר מותו.²¹ במילים אחרות, גם כאשר אנו מוכנים להכיר עקרונית בזכות החי שמת – זכות שתתממש לאחר מותו – יש לסייג את ההכרה: יש לבדוק את ההצדקות הפנימיות של הזכות שבה מדובר, ולבחון אם ההצדקות שוללות את

20 ראו: RICHARD POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 30–38 (3rd ed., 1986); ROBERT

NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 150 (1974). גם עמדות ליברטריאניות פחות אינן

טוענות כי במות אדם קניינו חוזר לנחלת הכלל. הקניין הרוחני הוא חריג לכך.

21 במות אדם קניינו עובר לעזבונו ולירושו, כמצוות ס' 1 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן:

חוק הירושה). דיני הצוואות המהותיים (להבדיל מדרישות הצורה והתוקף) מושתתים על עקרון-יסוד אחד: כיבוד רצון המת. הדברים קבועים בחוק הירושה, וחוזרים ועולים בפסיקה ובכתיבה המשפטית שוב ושוב. ברק ליקט את הביטויים שנוכרו בפסיקה המכתירים עיקרון זה כעקרון-על: "מלכת על", "כוכב הצפון", "עיקר העיקרים והוא בריח התיכון", "רעיון העל של חוק הירושה", "מצוות-על", "ראשון ונעלה בין נעלים", "קו היסוד", "קו מנחה", "מעיקרי שיטתנו". ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך חמישי – פרשנות הצוואה 59–60

(2001). עמנואל קנט הביע תמיהה בקשר למהותה של העברת הקניין בין המת לחי: how...

is it possible for belongings to pass from one to the other precisely at the moment

at which the subject ceases to exist[?] ראו: IMMANUEL KANT, THE METAPHYSICS OF

MORALS 75 (2nd ed., 1996). קנט פותר את הקושיה בכך שהוא מזהה כי הירושה עוברת

ליורש רק בהתקיים שני תנאים: רצון המוריש בחייו, המתממש ברגע מותו, וקבלה על-ידי

היורש. ליורש יש זכות בלעדית לקבל (או לדחות) את הירושה. ראו גם שם, בעמ' 132.

התקיימותה של הזכות לאחר מות האדם. במקרים רבים הזכות – מטעמיה שלה – אינה שורדת לאחר המוות.

לאחר איתור אינטרס חשוב דיו, השלב הבא בדיון, לפי תיאוריית האינטרס, הוא לשאול אם האינטרס שורד לאחר המוות, ואם הוא ראוי להגנה משפטית. רז עצמו לא דן בשאלת זכות המתים, וממילא לא השיב על שאלת שרידותן של הזכויות לאחר המוות, אולם הגדיר את הנשאות לזכות (An individual is capable of having rights if and only if either his well-being is of ultimate value or he is an 'artificial person' (e.g. a corporation).²² ג'ואל פיינברג טען כי יש אינטרסים שמתקיימים גם לאחר מותו של אדם,²³ וכי אלה האינטרסים שיכולים להיפגע (או להתממש) עקב אירועים שמתרחשים לאחר המוות.²⁴ רצונם של בני-האדם לשמור על שמם הטוב או על מקומם בהיסטוריה גם לאחר מותם, או לדאוג לרווחת קרוביהם, והעובדה כי רבים מנסים לממש מטרות כאלה על-ידי צוואה, הם בעיניו אינדיקציה לכך שאינטרסים אלה שורדים לאחר המוות. מבחן אחר, שהוצע על-ידי קירסטן סמולנסקי, הוא סוציולוגי, ונוגע ביכולת לאכוף את הזכות, בחשיבותה של הזכות, בחלוף הזמן ממועד המוות עד לפגיעה בזכות ולאכיפתה, ובזכויות מתנגשות.²⁵ הצעה אחרת, של וילקינסון, בוחנת את מידת הדמיון בין האינטרס לפני המוות לבין האינטרס לאחר המוות. למשל, האינטרס של אדם חי בשלמות גופו משתנה כאשר הוא מת. אינטרסים חווייתיים – למשל, האינטרס להימנע מכאב או האינטרס לבצע פעולה מסוימת – אינם רלוונטיים למת, אשר אינו חווה דבר ואינו יכול לפעול. אינטרסים כאלה לא יוגנו. לעומת זאת, לפי הצעה זו, כאשר האינטרסים דומים לפני המוות ואחריו, יש טעם טוב להתייחס אליהם באופן דומה.²⁶

אני סבור שכל אחד מהמבחנים האלה אומנם מקדם אותנו מעט בכירור, אך אינו ממצה. מההגדרה של רז, אשר לא דן כאמור במישרין בזכות המת, משתמע כי מי שאין לו עוד well-being – ולמת הרי אין עוד – אינו יכול לשאת זכויות. האינטרסים שפיינברג

22 RAZ, לעיל ה"ש 18, בעמ' 166.

23 ראו: JOEL FEINBERG, HARM TO OTHERS 83 (1984). כפי שציין אחד ממבקרי, פיינברג מניח כי לאינטרס יש קיום עצמאי, במנותק מהאדם שהחזיק באינטרס בטרם מת. ראו Partridge, לעיל ה"ש 16, בעמ' 246.

24 FEINBERG, שם, בעמ' 93.

25 Kirsten Rabe Smolensky, *Rights of the Dead* (Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 06-27, 2006), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=924499. שורת המבחנים מוצגים שם תחת הגג של כבוד האדם (במובן של dignity), אם כי התוכן שהמחברת יוצקת למושג זה הוא סוציולוגי – בדבר הכבוד שאנשים רוחשים למתים.

26 ראו Wilkinson, לעיל ה"ש 8, בעמ' 35. המחבר יוצר סימטריה בין היחס לאינטרסים אלה בחיים לבין היחס אליהם לאחר המוות. אני סבור שעמדתו "When there is a partial or complete overlap of the interests of the living and the dead, it looks like a good idea (to treat these interests the same)" מניחה את המבוקש במידה רבה.

מאתר כרצונות של אנשים חיים רבים מתארים אולי מצב נתון, אבל אינם מסבירים מדוע האינטרס שורד לאחר המוות. המבחן הסוציולוגי של סמולנסקי נתלה בחלקו בגורמים חיצוניים לאינטרס, כגון יכולת האכיפה או זכויות יריבות, ובחלקו בגורמים שהם אלה העומדים לדיון, דוגמת חשיבות האינטרס. המבחן של וילקינסון מסייע בעיקר בזיהוי סוגים של אינטרסים שאינם שורדים לאחר המוות, אך אינו מסביר מדוע האינטרסים האחרים אכן שורדים לאחריו.²⁷

במסגרת הדיון בתיאוריית הרצון בחנתי את הציפייה שהרצונות יתממשו. על-מנת להישאר נאמנים להבהרה כי הדיון כאן נסב על שאלת זכותו של החי שמת, יש לשאול שאלה דומה לגבי תיאוריית האינטרס: האם הציפייה של החי שהאינטרסים שלו יקומו לאחר מותו היא עצמה אינטרס ששורד לאחר המוות? ודוקו: ניסוח זה שואל על אינטרס מסדר שני – האינטרס של הציפייה הוא שאינטרס אחר יתממש. למשל, לאדם חי יש אינטרס ששמו הטוב יישמר בחייו וגם לאחר מותו. השאלה הנשאלת כאן אינה אם האינטרס לשם טוב שורד לאחר המוות, אלא אם הציפייה לקיומו של האינטרס לשם טוב שורדת לאחר המוות. גם כאן, כמו בדיון בתיאוריית הרצון, אני סבור שהתשובה חיובית, אולם יש לסייגה במבחן סבירות, כפי שהוסבר לעיל בקשר לתיאוריית הרצון. סבירותה של הציפייה קשורה לתוכנה של הציפייה עצמה, כלומר, לאינטרס מהסדר הראשון, אבל גם לשאלות הסוציולוגיות שמנתה סמולנסקי.

2. על המתים ועל החיים

לצד המסגרת העיונית של זכויות, ראוי לבחון את יחסנו למתים במשקפיים סוציו-פסיכולוגיים. יחסם של בני-האדם אל המוות מורכב מרגשות ומחשבות, מגורמים ותהליכים נפשיים אישיים ומאמונה דתית או אחרת, לצד גורמים ותהליכים חברתיים ותרבותיים.²⁸ לבדיקה הסוציו-פסיכולוגית יש שני טעמים עיקריים. הטעם האחד הוא שהיא יכולה להסביר את הרטוריקה בדבר זכויות המת שמופיעה לא-אחת בפסיקה, ובכלל, היא יכולה להסביר את האינטואיציות שלנו במקרים מסוימים. מובן שאינטואיציות לבדן אינן יכולות להצדיק את קיומן של זכות או חובה, אבל הן יכולות בהחלט להוות ראשיתו של דיון כזה. הטעם האחר לבדיקה הסוציו-פסיכולוגית קשור לדיון בתיאוריית של הזכויות. מסקנתי מהדיון הקודם הייתה כי ייתכן שיש רצונות של החיים שמתו או אינטרסים שלהם ששורדים לאחר המוות, אולם את אלה צריך להעביר במסגרת של נורמות חברתיות. הגורמים הסוציו-פסיכולוגיים הם חלק מהמסגרת.

הנורמות החברתיות נמצאות בדו-שיח נמשך ומורכב עם הנורמות המשפטיות. אלה

27 הדוגמה המרכזית של וילקינסון לאינטרס ששורד לאחר המוות היא הזכות לפרטיות. ראו להלן חלק ג(ב).

28 המוות נתפס באופן שונה בתרבויות שונות. ראו ניסן רובין "מבנה חברתי ודפוסי אבל" חברה ורווחה 31 219 (1987).

גם אלה הן גורמים שמסדירים את התנהגותנו (וקיימים גורמים נוספים כאלה, דוגמת הטכנולוגיה והשוק). לעיתים הנורמות החברתיות והמשפטיות יריבות זו לזו, לעיתים הן תומכות זו בזו, ולעיתים המשפט משפיע על החברה. המקום שבו המשפט קובע כי למתים יש זכויות הוא יומרני במיוחד. בהכרה כזו, ככל שהיא קיימת, המשפט מנסה לטשטש את הקו שמבחין בין החיים לבין המתים.²⁹ הוא מפעיל את אחד הכוחות המרכזיים שיש לו – הכרה בזכויות – גם אחרי שדה הפעילות הטבעי שלו, כלומר, אחרי המוות. כאשר אנו מכירים בזכותו של המת לפרטיות, למשל, אנו מגבילים את יכולתם של החיים לשאול, לתהות, לחקור, לדעת וללמוד על חייו של מי שמת. המשפט מנסה בכך להטיל את כובד משקלו ולהרחיב את תחום השפעתו אל מעבר לשדה החיים. האם המשפט יכול למוות? המשפט אינו לבדו בניסיון להיאבק בסופיות המוות. להלן אבקש להצביע על שלושה גורמים נוספים במאבק זה: קשר בין־אישי; זיכרון, שהוא מקרה קונקרטי של הקשר הבין־אישי; ושליטה בזהות. ההתמקדות במושגים אלה אינה מוציאה גורמים אחרים, כגון הפחד מן המוות, געגועים, אהבה, צורך בנחמה ועוד. המושגים כרוכים זה בזה, וההפרדה כאן היא מכשירנית בלבד, לצורך הבהרת הדיון.

(א) קשר בין־אישי

חינו כרוכים בחייהם של אחרים. איננו יכולים להתקיים בבידוד ובמנותק מבני־אדם אחרים, ולא רק מטעמים פונקציונליים של סיוע ותמיכה הדדית. בני־האדם זקוקים לחברת אחרים כדי לשקף את אישיותם, לכוון אותה ולפתחה. אנו מביטים בעצמנו (גם) באמצעות המראה הנשקפת אלינו מהסובבים אותנו. עוצמת הקשרים הבין־אישיים שונה כמובן מאדם לאדם, ונעה בין אלטרואיזם לאגואיזם, בין חברותיות להתבודדות. אבל גם המתבודדת משקפת את זהותה בעיני האחרים, ובדרך זו מכוננת אותה. הקשרים בין בני־האדם מתקיימים כמובן במעגלים רבים, שמשתנים במהלך הזמן. חיינו כאנשים חיים שזורים בחייהם של אנשים אחרים, לטוב או לרע.³⁰ כך גם במוותנו. הקשר שבין החיים למתים אינו נפסק עם מות הדמויות המשמעותיות בחיינו; הוא מוסיף

29 שולמית אלמוג ואבינועם בן־זאב, בספרם משפט האדם 110–111 (1996), כותבים על "ארעיות" המוות, ומפנים לאמונות ולמנהגים שונים. מנהגי קבורה וקיום צוואה, הם כותבים, "רומזים כי ייתכן שאדם ממשיך להתקיים עבורנו גם לאחר מותו", ובהמשך הם מסכמים כי "דומה שברור לכולנו כי מבחינות רבות המוות אינו מביא לסיום חד וברור של כל ענייניו של המת; המת מותיר רישום בחיי הנותרים אחריו, לעיתים רישום שמשמעותו מתמדת. המשפט, בדרכו שלו, נותן ביטוי לאמת זו ומאשר את שכולנו יודעים: המוות הוא בבחינת שינוי שאין משמעותי ממנו, אך הוא אינו בבחינת סוף דבר".

30 אסא כשר כותב: "תמיד סיפור חייו של אדם מושפע מבני אדם אחרים, הנקלעים לתוכו או מוזמנים אליו. לעיתים קרובות, סיפור חייו של אדם אחד שזור, בידועין או מבלי משים, בסיפור חייו של אדם אחר." ראו אסא כשר ספר קטן על משמעות החיים 70–71 (2002).

להתקיים במישור הנפשי.³¹ קשר זה נמצא במתח עם אחד ממרכיביו של תהליך האבל ("עבודת האבל", כמונחו של פרויד), שהוא ההכרה בסופיות המוות.³² מה גורלו של הקשר הבין-אישי במוות אחד השותפים למעגלים החברתיים? במובן המידי הקשר נפסק. אולם חיינו כרוכים עדיין במתים היקרים לנו. אנו מתגעגעים אליהם, משערים כיצד היו מגיבים על מצבים שונים, מה היו אומרים או כיצד היו מתנהגים. רגשותינו כלפי המתים עשויים להשתנות בחלוף הזמן, אולם אישיותם של החיים וזהותם משתקפת עדיין בדמות המתים שהיו יקרים לנו. גם הספרות הפסיכולוגית על-אודות השכול ותהליכי האבל מכירה בצורך האנושי בקרבה לבני-אדם חיים, אבל גם לייצוגים הקוגניטיביים של הדמויות שאנו חשים קרובים אליהן.³³

בדרך-כלל, ומטבע הדברים, לאנשים החיים יש שליטה ב"מערכת יחסיהם" עם המתים. המתים הרי אינם יכולים להגיב או להתווכח. החיים גוברים עליהם במאבק המדומה, אם וכאשר יש כזה. יש כמה מקומות ונקודות שבהם החיים "פוגשים" את המתים. הקבורה וטקסי-זיכרון (אישיים, קהילתיים או לאומיים) הם מקום מפגש בולט,³⁴ אולם המתים נוכחים בחיינו כל העת – במחשבותינו, בזכרונותינו וברגשותינו, וכן בשמות של רחובות ומוסדות, בשמות של אנשים חיים שנקראו על-שם מי שאינם עוד, במפעלי הנצחה ועוד. במקרים שבהם המשפט מכיר בזכויות המתים קיימות פרוצדורות משפטיות שבהן רצונם של אלה שנפטרו מיוצג ויכול לקבוע בעבור החיים כיצד יחיו. הקשר החד-צדדי שבין החיים

31 ראו שמשון רובין "אובדן ושכול: ציוני דרך בתיאוריה, מחקר וטיפול" אובדן ושכול בחברה הישראלית 21, במיוחד בעמ' 26 ואילך (רות מלקינסון, שמשון רובין ואליעזר ויצטום עורכים, 1993).

32 פרויד כתב על האבל כדי ללמוד על המלנכוליה, והסביר את תפקידה של עבודת האבל כדלקמן: "בזכות מבחן המציאות התברר שהאובייקט האהוב אינו מתקיים עוד, ולכן התגבשה תביעה למשוך את כל הליבדו מקישוריו לאותו אובייקט." ראו זיגמונד פרויד אבל ומלנכוליה, פעולות כפייתיות וטקסים דתיים 7, 9 (אדם טננבאום מתרגם, 2002). עוד על תהליך האבל ראו רות מלקינסון ואליעזר ויצטום "מ'מגש הכסף' ועד 'מי יזכור את הזוכרים': היבטים פסיכולוגיים של אבל בניתוחים היסטוריים וספרותיים" אלפיים 12, 211 (1996); אליעזר ויצטום נפש, אבל ושכול 38 (2004).

33 מחקריו של John Bowlby הדגישו את הצורך האנושי בהתקשרות (attachment) של הילד לאמו, והורחבו על-ידיו לחקר תהליכי האבל. התהליך כרוך בהתקרבות של החי לייצוג של המת שהיה יקר לו. פרופ' שמשון רובין מפתח את הגישה הזו, וסבור כי "הקשר לנפטר אינו רק גורם מעורר לתגובת אבל, הוא גם אחת המטרות העיקריות של התהליך כולו". לעיתים הקשר מגולם ב"חפץ מקשר" (linking object), מרכיב שיהיה חשוב לדיון המשפטי – למשל, בקשר למצבות. את המונח טבע הפסיכיאטר V.D. Volkan. לדיון ראו מלקינסון ויצטום, שם, בעמ' 212–213.

34 מעוז עזריהו כותב כי "טקס האזכרה משמש לתקשורת סמלית בין החיים למתים" – ראו בספרו פולחני מדינה – חגיגות העצמאות והנצחת הנופלים בישראל 1948–1956 137 (1995).

למתים נהפך אם כן, באמצעות הנוכחות הרגשית ובאמצעות המשפט, לקשר דו-צדדי. מה תפקידו של המשפט בקשר הזה? האם יש מקום ל"שלטון רפאים" בחסות המשפט? מקרה קונקרטי מרכזי של הקשר בין החיים למתים הוא הזיכרון שיש לחיים ביחס למתים.

(ב) זכרון המתים אצל החיים

המת אינו נמחק מהתודעה האנושית של מי שהכירו אותו. זכרון המת נשמר באמצעות החיים או באמצעות פועלו של המת בחייו (ולעיתים בשל נסיבות מותו). כיצד החיים מתייחסים למתים? זהו "קשר" חד-כיווני. המתים אינם מגיבים על קשר זה, אבל למרות שתיקתם, ודווקא בגלל העדרם, הם צד נוכח בקשר. הזיכרון עשוי להתקיים בכמה מעגלים מתרחבים: מעגל אישי – של מי שהכיר את המת בחייו; מעגל קהילתי-לאומי – של קבוצת אנשים שהושפעה מהמת בחייו (ואולי גם לאחר-מכן, מי שהושפעו מסיפור חייו של המת או מפועלו), ומעגל היסטורי. רוב המתים נוכחים במעגל האישי בלבד. חלק מתקיימים גם במעגל השני, ואילו במעגל השלישי מצויים ספורים בלבד.

המתים מצויים בתודעתנו לפרק-זמן מוגבל. מכאן שלזיכרון יש מימד של זמן. מת שנוכח רק במעגל הראשון, האישי, ייזכר רק כל עוד אלה שבאותו מעגל זוכרים אותו, כלומר, רק כל עוד הם חיים.³⁵ "משך חיי הנצח של הבן הוא כאורך חיי הוריו", כותב רוביק רוזנטל על חיילים שנפלו בשירותם הצבאי.³⁶ מותם של החיים הזוכרים את המת מסיים את תקופת החיים-שלאחר-המוות.³⁷ מת שנוכח במעגל השני, הקהילתי, עשוי להיזכר לפרק-זמן ארוך יותר, אם כי לא בהכרח. אורך הזיכרון של המעגל השני עשוי להימשך מעבר לזיכרון האישי של המכרים, אבל עשוי גם להיות קצר מכך. אנשים ששמם ופעילותם חרגו אל מעבר לתחום מכריהם המיידיים – יוצרים ואומנים, מחנכים, מנהיגים פוליטיים, פעילים חברתיים, תורמים – עשויים להיזכר לפרק-זמן ארוך יותר מחייהם של אלה שהכירו אותם. פרק-הזמן ומספר הזוכרים משליכים על עוצמת הזיכרון. במעגל ההיסטורי עוצמת הזיכרון נחלשת בדרך-כלל בחלוף הזמן. מספר האנשים החיים שזוכרים את דוד בן-גוריון, למשל, הולך ופוחת. בעוד מאה שנה הוא ייזכר רק במעגל הלאומי ובמעגל ההיסטורי, עד שיבואו

35 הזיכרון עשוי להיות עקיף. ילד שאיבד את אביו לפני שנולד או את אמו בלידתו או בעודו תינוק עשוי לזכור את ההורה המת באמצעות אחרים. הזיכרון במקרה כזה אינו ממקור ראשון, אבל עשוי להיות שקול לזיכרון כזה.

36 רוביק רוזנטל האם השכול מת? 65 (2001). השוו: Matthew H. Kramer, *Do Animals and Dead People Have Legal Rights?*, 14 CAN. J. L. & JURIS. 29, 47 (2001) הטוען כי המתים מוכללים בחיים שלפני מותם לפחות כל עוד הם נכללים בזכרונם של החיים, ובכך הוא מוצא טעם להכרה באינטרסים ששורדים לאחר המוות.

37 אסא כשר מציג את הרעיון של "חיים בלבבות", שבו זכרון המת נישא על-ידי אוהביו, על-ידי אוהבי האוהבים וכן הלאה, "כל עוד יש אהבה בעולם... עד בלי די". ראו כשר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 116. המשורר ט' כרמי כתב את הדברים הבאים, אשר צוטטו על-ידי משפחתו במודעת האבל שפורסמה בעיתון במלאת עשור למותו: "רק בזכות השיכחה / חיינו הם חיים, / והם חיים בזכות הזיכרון".

מנהיגים חדשים ויתרחשו אירועים חדשים, ובן-גוריון יאבד בין דפי ההיסטוריה. כלומר, גם להיסטוריה יש זיכרון ושכחה, ולזיכרון ההיסטורי יש "פחת" או "התיישנות". עם זאת, לעיתים קורה שאדם זוכה ב"תקומה" לאחר מותו. לפתע מתברר כי פועלו היה רב-השפעה יותר מכפי שהוכר בשעה שהיה חי, והוא עשוי להיכנס אל דפי ההיסטוריה בדיעבד. פן נוסף של הזיכרון הוא הסובייקטיביות שלו. כמספר המכרים במעגל האישי כן מספר הזכרונות, וגם אלה עשויים להשתנות במשך הזמן. לכן הזיכרון האישי גחמני, ועשוי להשתנות לאחר המוות.³⁸

מסקנה אחת חשובה להמשך הדיון: בכל המעגלים למת אין שליטה בדרך שבה ייזכר. האדם החי עשוי לנסות להשפיע על הדרך שבה ייזכר לאחר מותו – למשל, באמצעות צוואה – אבל מאחר שהזיכרון תלוי באחרים, ולא בו, אין מובטחת לו הצלחה בכך. האם המשפט מתערב – או ראוי שיתערב – במעגליו השונים של הזיכרון? במעגל האישי המשפט אינו נוכח כמעט, ולמעשה מעגל זה כמעט בלתי-חדיר למשפט. הזיכרון אינו זקוק למשפט, אבל המשפט יכול להפריע לזיכרון. כללים משפטיים עשויים להגביל את האופן שבו החיים רשאים לתת ביטוי לזכרונם האישי הסובייקטיבי ביחס למתים. כללים אלה מתערבים – או מנסים להתערב – בזיכרון. למשל, הגבלות משפטיות לגבי הכיתוב על מצבות הן ניסיון להתערב בדרך שבה אנו זוכרים את המתים במעגל האישי.³⁹ ההתערבות אינה ישירה, שכן הזיכרון הוא בעיקר עניין נפשי-רגשי של הזוכרים. אבל המשפט הוא חלק מתנאי הרקע של פעולתו. כאשר המשפט מתערב בתנאי הרקע, ומשום התפקיד שהזיכרון ממלא בתהליך האבל, הוא מפריע להתמודדות עם האובדן. לעומת זאת, המשפט עשוי לסייע לזיכרון כאשר מדובר בהנצחה קהילתית או מדינתית: חוקי הנצחה שונים או שימור הנצחה קיימת יוצרים כללי רקע טובים ונוחים יותר לזיכרון הקולקטיבי של המת.⁴⁰ במעגל הקהילתי-החברתי התערבות המשפט עשויה להגביל ולשנות את הזיכרון הקולקטיבי. כלל משפטי שמגביל את יכולתם של החיים לדבר על המתים, מחמת הגנת הפרטיות או איסור לשון-הרע, מתיימר להגביל את הזיכרון או להתערב בו במעגל רחב יותר מזה האישי. אם ביוגרף מוגבל ביכולתו לספר על מושא הביוגרפיה מחמת "זכות המת לפרטיות", אזי הזיכרון הקולקטיבי של המת – זיכרון המתווך על-ידי הביוגרף – מוגבל. המידע על-אודות המת והיכולת לדבר על כך מוגבלים על-ידי המשפט, וכך מופקעת "גזרת זיכרון" מידי החיים. במקרה כזה התערבות המשפט מקבעת את העבר, מצמצמת ויכוח, מגבילה מתן פרשנויות חדשות לאירועי העבר הקשורים למתים,

38 השכחה היא הפן המשלים של הזיכרון. הפסיכואנליטיקאי הצרפתי ז'אן-ברטראן פונטאליס כותב: "השיכחה נחוצה כדי לתת עובי לזמן, כדי לחדור אל הזמן הרגיש. מבחן האבל, האובדן, הפרידה מעם העצמי – הוא אשר משחרר אותנו מן השיעתוק המדויק. זיכרון ללא אובדן הוא זיכרון מת. זיכרון חי דורש שיכחה. הזיכרון המת רשם הכל, מלבד את העכשיו החי, שאיננו נרשם." ז'אן-ברטראן פונטאליס חלונות 84 (אורית רוזן מתרגמת, 2004).

39 לשאלת ההנצחה אשוב בחלק ג(ב).

40 ראו, למשל, ס' 1 לחוק דוד בן-גוריון, התשל"ז-1976, המצהיר כי החוק הוא "לזכרו ולפעלו של דוד בן-גוריון ולהנחלת מורשתו לדורות".

ומגבילה את הדינמיות של הזיכרון. המשפט הוא במקרים רבים הזירה החברתית שמכוננת את המשמעות התרבותית-הלאומית של המוות (להבדיל מהמשמעות האישית), ומשום כך ניטשים ויכוחים רבים בקשר לגופות, לטיפול בהן ולהנצחה האישית והקולקטיבית.⁴¹ גם המאבקים סביב הכיתוב על המצבות בבתי-העלמין הצבאיים הם ביטוי למאבק בין המדינה לבין המשפחות השכולות על השליטה בזיכרון – מי יזכור, מי יקבע את תוכן הזיכרון, מי ייתן את המשמעות (הסובייקטיבית) למוות.

כוחו של המשפט במעגל ההיסטורי מורכב. המשפט יכול להתערב בהיסטוריה, כשם שהוא מתערב במעגל הקודם, אבל המשפט הוא גם בוזמנית חלק מההיסטוריה, ובדרך-כלל טווח כוחו קצר מזה של ההיסטוריה.⁴² ההיסטוריה חוקה מהמשפט.

(ג) זהות ושליטה

האדם החי מנסה לשלוט בדימוי החיצוני של אישיותו. אנו מנסים לשכנע אחרים כי יש לנו אופי מסוים ותכונות מסוימות. באמצעות מסרים מורכבים אנו מבקשים לכוון את הדימוי שלנו בעיני האחרים, וכך את זהותנו. בין הדימוי לזהות יש קשרי-גומלין: הזהות שלנו מתעצבת, בין היתר, לפי הדרך שבה היא נשקפת אלינו מבעד לאחרים ובעיני האחרים, והדימוי שלנו אצלם משקף במידה כזו או אחרת את הזהות שלנו. הצורך האנושי בשליטה בדימוי ובוזהות משתרע אצל רבים מעבר לתקופת חייהם, אל אחרי מותם. אדם שהסתיר מידע אישי בחייו עשוי לרצות "לקחת את סודו אל הקבר". אדם שהוערך על-ידי הבריות ירצה להיזכר כך גם לאחר מותו. אולם יש פער בין הרצון לבין מימושו, שכן המימוש אינו תלוי רק באדם עצמו. איננו יכולים למנוע אחרים מלחשוב מחשבות שליליות עלינו. אנחנו יכולים לעשות כמיטב יכולתנו לשכנעם כי הם טועים, אולם אין לנו שליטה בכך. איננו יכולים לשלוט לנצח בכל המידע על-אודותינו. הוא מצוי בידי אחרים, הם עשויים להיתקל בסימנים שהשאירו אחרינו בחיינו, הם עשויים לגלות את המידע האישי, לחשוף את הסוד.

כך בחיינו, ובמותנו עוד יותר: אין אנו יכולים עוד לשלוט באישיותנו ובוזהותנו. הן תלויות בזכרונם הסובייקטיבי והמשתנה של החיים, במעגלי הזיכרון השונים. אבל הרצון לנסות לשלוט בזהות גם לאחר מותנו הוא כוח מניע חזק. אנו יכולים לנקוט פעולות שמטרתן לנסות להנציח את עצמנו, כדי שלא נישכח וכדי שניזכר בדרך מסוימת. אנו מבקשים להוסיף ולהתקיים גם אחרי מותנו. פעולות הנצחה עצמיות מנסות להתגבר על הקו המפריד בין החיים למוות. הן מבקשות להקנות לנו חיי אלמוות.⁴³ לאדם יש

41 לדיון ברוח זו, בהקשר של משמעות המוות באזורי סכסוך בעולם, ראו: Kieran McEvoy & Heather Conway, *The Dead, the Law and the Politics of the Past*, 31 J. L. & Soc. 539 (2004).

42 בע"א 323/98 שרון נ' בנזימן, תק"ע 158 (1)2002, נזהרו השופטים מקביעות היסטוריות. האומנם אפשר לקבוע אמת משפטית מבלי להתערב באמת ההיסטורית?

43 מילן קונדרה מבחין בין "אלמוות קטן" לבין "אלמוות גדול". המושג הראשון מתייחס לזכרון האדם בקרב מכריו, ואילו השני – לזיכרון במעגלים רחבים יותר, של מי שלא הכירו את המת

דרכים שונות לנסות להנציח את עצמו. יוצרים משאירים משהו מעצמם אחרי מותם – את יצירותיהם. יוצרים גאונים אינם צריכים מצבות של אבן. הם מונצחים ביצירותיהם. חוקר שיגלה גילויים חשובים ייזכר בספרי הלימוד, ואולי תופעת טבע או מחלה שגילה או מצא לה מרפא ייקראו על-שמו. קיימות פעולות בוטות יותר של הנצחה עצמית, כגון תרומה כספית למוסד המותנית בקריאת המוסד על-שם התורם. המת שהנציח את חייו אכן עשוי לחיות במובן מסוים גם אחרי מותו, אבל הדבר אינו מובטח כלל.⁴⁴

מהו מקומו של המשפט בתהליכים של כינון הזהות והניסיון לשלוט בה? המשפט מתערב בתהליכים אלה בחיי האדם באמצעות שתי זכויות במיוחד – הזכות לשם טוב והזכות לפרטיות. שתי זכויות אלה מפקידות בידינו כוח וכלים שנועדו לסייע לנו להשפיע על הדרך שבה אנשים אחרים חושבים עלינו ועל הרגשות שהם מרגישים כלפינו. הזכות לשם טוב מאפשרת לנו לשלוט באמירות פוגעניות פומביות של אחרים. אם פלוני משמיץ את אלמוני ברבים, ההגנה המשפטית על שמו הטוב של אלמוני תאפשר לו למנוע את הגעתם של דברי ההשמצה לאוזני הסביבה החברתית או המקצועית החשובה לו,⁴⁵ ואם כבר

בחייו. ראו מילן קונדרה אלמוות 49 (רות בונדי מתרגמת, 1990). איני מתייחס כאן לאמונות דתיות בדבר אלמוות. פסיכולוגים רואים באמונה כזו ניסיון להתמודד עם חרדה עקבית מפני מותו של העצמי. ראו: PETER KOESTENBAUM, THE VITALITY OF DEATH — ESSAYS IN EXISTENTIAL PSYCHOLOGY AND PHILOSOPHY 10 (1971). ב"אלמוות" כוונתי לקיום נמשך של שמנו, לא של גופנו. לשאלת נצחיות החיים הפיזיים ראו McMahan, לעיל ה"ש 4. לנצחיות השם ראו: AVISHAI MARGALIT, THE ETHICS OF MEMORY 24 (2002).

44 קונדרה מביא דיאלוג נפלא בין שני מתים – גתה והמינגווי – שבו המינגווי מתלונן על כך שאין קוראים את ספריו אבל עוסקים בחייו הפרטיים. גתה משיב לו: "זה האלמוות... האלמוות הוא משפט נצחי." המינגווי משיב כי קיווה שיניחו לו לאחר מותו, והדיאלוג נמשך: "[גתה:] עשית הכל כדי להיות בן אלמוות. [המינגווי:] שטויות. כתבתי ספרים. זה הכל." "זהו בדיוק," צחק גתה. "[המינגווי:] אין לי שום התנגדות לכך שהספרים שלי יזכו לאלמוות. כתבתי אותם כך שאיש לא יוכל להחסיר מהם ולו מילה אחת. כדי שסערות העתים לא יפגעו בהם. אבל אני עצמי, ארנסט המינגווי, אני מצפצף על האלמוות! [גתה:] אני מבין לליכך היטב, ארנסט. אבל היה עליך להיות זהיר יותר כשהיית בחיים. עכשיו כבר מאוחר מדי." קונדרה, שם, בעמ' 81. בהמשך השניים שבים לדון בשאלה זו, ואז גתה מודה שספריהם אולי אלמוותיים, אולם לא הם עצמם. הפעם תורו של המינגווי להוכיח את רעהו: "בדיוק להיפך, מחה המינגווי במרירות. 'קרוב לוודאי שאת ספרינו יחדלו לקרוא בקרוב.' שם, בעמ' 198-199.

45 השאלה ביחס למה בוחנים את לשון-הרע – ביחס לנורמות החברתיות של התובע או ביחס לנורמות "אובייקטיביות", דוגמת הנורמות של "הציבור הנאור" – אינה פשוטה. ראו והשוו ע"א 466/83 שאהה נ' דרדריאן, פ"ד לט(4) 734 (1986); ע"א 1370/91 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 535 (1993); ת"א (שלום ת"א) 20174/94 אמסלם נ' קליין, תק"ש של (2) 602 (1995). ראו גם את הדיון אצל שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב "לשון הרע במבחן הבריות" משפט וממשל ב 235 (1994).

פורסמו דברי ההשמצה, היא תאפשר לו לנסות לטהר את שמו באמצעות פסק-דין שיקבע כי הדברים שנאמרו על-אודותיו שקריים או באמצעות צו לפרסום תיקון או הכחשה.⁴⁶ עם זאת, ההגנה אינה מוחלטת. יש בצידה חריגים – למשל, אם המידע אמיתי או אם יש אינטרס ציבורי בפרסומו.

האם ראוי שהמשפט יתערב בתהליכים אלה לאחר המוות? האם יש מקום להגנה על ה"פרסונה" של המת? ככל שהמשפט כולל דיני איסור לשון-הרע, דיני הגנת פרטיות וזכויות מוסריות בדיני זכויות יוצרים, הוא מתיימר לספק הגנה לפרסונה. האם זו הגנה על המת או על החי שמת? אם המשפט ימנע גילוי ופרסום של מידע שטרם פורסם על-אודות אורח חייה של אישה שהלכה לעולמה, הדבר שקול להגנת הפרסונה שלה גם אחרי מותה. סודותיה וכל מה ששמרה בפרטיות במהלך חייה יישמרו פרטיים – לפחות ככל שהמשפט יכול – גם לאחר מותה. השם הטוב של החי יישמר גם לאחר מותו. סילוף יצירות הפוגע בכבוד היוצרת (המתה) אסור. בדרך זו המשפט יכול למוות, ומכונן מעין אלמוות לפרסונה של החי שמת. המשפט מסייע למתים להישאר עם החיים בהתאם לדרך שבה ביקשו לשלוט בזהותם גם לאחר מותם.

אבל התערבות המשפט אינה רק עניין טכני. התערבות משפטית באמצעות הקניית זכויות אישיות למת מכתובה כללי זיכרון שונים מהזיכרון הטבעי. טענתי קודם שזכרון המתים אצל החיים הוא סובייקטיבי, דינמי וגחמני. בהגינו על זכויות אישיות של המת, המשפט מציע התערבות אובייקטיבית: הוא מנכיח את המת בקרב החיים, ומתיימר לעשות זאת בצורה שבה ביקש החי שמת להשתמר: פרטיותו, שמו הטוב, יצירותיו.⁴⁷ המשפט מתיימר להחליף את הזיכרון הסובייקטיבי (שמתעצב לפי הסובייקט הזוכר) בזיכרון מקובע (שמתעצב לפי הסובייקט שמת). המת גם אינו בנמצא כדי לשנות את עמדתו בהתאם לנסיבות משתנות. ככל שהמשפט מצליח בהתערבותו, הגחמנות והשרירותיות של הזוכרים מוחלפות בתכנון מוקדם, בסדר, בשליטה ובקיבעון, הנקבעים על-ידי המת אשר אינו עוד. התהליך ה"טבעי" מוחלף בתהליך מלאכותי, זר, חיצוני ומתערב. בתחום זה המשפט והגורמים האישיים והחברתיים (מעגלי הזיכרון השונים) פועלים בכיוונים מנוגדים. כל אחד מהם מנסה למשוך את יריבו ולהכתיב את תוכן הזיכרון.

מדברים אלה על-אודות הצורך בשליטה ובוהות עולה מסקנה כפולה. ראשית, לאנשים רבים יש רצון לשלוט בזהותם, הן בחייהם והן לאחר מותם. אבל היכולת לעשות זאת אינה מובטחת בחיים, ולכן גם אינה מובטחת לאחר המוות. לאדם יש לכל-היותר ציפייה ששמו

46 ראו ס' 9 לחוק איסור לשון-הרע.

47 הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ו-2005, ה"ח 230 (להלן: הצעת חוק הגנת הפרטיות), הציעה להגן על פרטיות הנפטר, אך קבעה חריגים שבהם ניתן בכל-זאת לפגוע בפרטיות המת. אחד מאלה הוא סטנדרט "אובייקטיבי" – ש"אדם סביר היה מסכים לפגיעה כאמור". ראו ס' 2 להצעת החוק. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, אשר דנה בהצעה, החליטה להפריד את הסעיפים שעסקו בפרטיות הנפטר משאר חלקיה של הצעת החוק, ולא הצביעה עליהם. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 214 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (6.6.2007) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2007-06-06.html

הטוב ושפרטיותו לא ייפגעו, כשם שיש לו ציפיות אחרות בקשר למותו. שנית, להגנת המשפט לאחר מותם של אנשים יש תועלת, שהיא מימוש ציפיותם של החיים שמתו, אבל יש לה גם מחיר, בדמות התערבות בתהליכי זיכרון.

ג. "זכות המת" בדין הקיים

המשפט הישראלי זרוע לאורכו ולרוחבו במופעים של זכויות המת. לעיתים ההכרה מפורשת, כמו בחוק איסור לשון הרע, ולעיתים היא משתמעת מהחוק או מהפסיקה. בתי המשפט, במיוחד מאז נודע דבר המהפכה החוקתית, משתמשים במפורש במושג "זכויות המת", ומייחסים אותו בדרך כלל למושג "כבוד האדם", שממנו נגזר גם המושג "כבוד המת". בפרק זה אני מבקש לסקור כמה מופעים משפטיים מרכזיים. אתמקד בסוגיית זהותו של המת, שמקיפה את הזכות לשם טוב ואת הזכות לפרטיות, וכן בסוגיית הגוף וההנצחה ובמושג המשפטי "כבוד האדם". הסקירה הביקורתית תעלה את חוסר העקביות של המשפט בנושא זה, ותסייע בגזירת סייגים נוספים להכרה המוגבלת בזכות החי שמת שהוצגה בפרק הקודם.⁴⁸

1. זהותו של המת

לאדם החי יש זכויות בזהותו – הסדרים משפטיים המגינים על פנים שונים של אישיות האדם. אלה הן הזכויות האישיות, והכוונה במיוחד לדיני איסור לשון הרע ולדיני הגנת הפרטיות. לצידם אפשר למנות גם את הזכויות המוסריות שבדיני זכויות יוצרים,⁴⁹ את זכויות האדם⁵⁰ וכן זכויות של נאשמים.⁵¹ בעמודים הסמוכים אני מבקש לבחון את הזכויות

48 אני מתמקד בזכויות אישיות, ומשאיר לעיון אחר זכויות קניין של המת (צוואה) וזכויות בקשר לגופה (נטילת איברים וזרע).

49 ראו ס' 45, 46 ו-50 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, ס"ח 38.

50 בארצות הברית קבעו בתי המשפט כי תביעה בגין הפרת זכויות אדם היא תביעה אישית, וכי עם מותו של אדם הוא חדל ליהנות מזכויות אדם. המשמעות המעשית היא שבני המשפחה אינם יכולים לתבוע בגין עוולות חוקתיות שנגרמו למת. ראו, למשל: *Conner v. Ambrose*, 990 F.Supp. 606, 619–620 (N.D. IN., 1997); *Helmer v. Middaugh*, 191 F.Supp.2d 283 (N.D.N.Y., 2002); *Tillman v. Detroit Receiving Hosp.*, 360 N.W.2d 275 (1984).

51 ס' 236 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, קובע כי "נפטר אדם ייפסק כל הליך פלילי נגדו". מכלל זה עולה כי לא רק זכויות חדלות במות האדם, אלא גם חובותיו. במקרה אחד הורשע אדם בפלילים, אך שם קץ לחייו בטרם ניתן גזר הדין. אחותו של המנוח ביקשה לקיים את הערעור בכל זאת, כדי לטהר את שמו. מאחר שהפרקליטות לא התנגדה, שמע בית המשפט את הערעור. ראו ע"פ (מחוזי חי') 533/00 כנען נ' מדינת ישראל, פ"מ התש"ס(2) 97 (2001). כמו כן יש אפשרות לקיים משפט חוזר גם אם הנידון מת,

הקשורות לזהותו של האדם לאור הדיון הקודם בתיאוריות של זכויות ובגורמים הסוציו-פסיכולוגיים המתאימים.

(א) שם טוב

שמו הטוב של אדם נחשב במשפט הישראלי מזה זמן זכות אדם וזכות יסוד, ולמן המהפכה החוקתית – גם זכות חוקתית.⁵² בתי המשפט מדברים בשבחה של הזכות ובמרכזיותה לאדם. מעבר לביסוס ההיסטורי-החברתי-התרבותי של הזכות לשם טוב, הטעמים הנזכרים בפסיקה בקשר להגנה על זכות זו הם הגשמה עצמית, פיתוח של אישיות וזהות עצמית, וחברות בקהילה: השם הטוב מגלם את כל אלה וחיוני למימושם.

לאדם החי יש רצון ששמו הטוב לא יוכתם. לשם הדיון אניח כי רצון זה מתייחס גם למועד שלאחר מות האדם: איננו רוצים שיכפישו אותנו לאחר מותנו. לאדם החי יש אוסף של אינטרסים המאוגדים תחת ההגנה המשפטית של הזכות לשם טוב. האם הרצון ניתן למימוש לאחר המוות? האם האינטרסים שורדים לאחר המוות? למת אין עוד צרכים נפשיים כלל. המת אינו מפתח עוד את אישיותו. זהותו העצמית – פתורה או לא-פתורה בחייו – מתקבעת במוותו (וכאמור, הקיבוע הוא בזכרונם של אחרים, ולמת אין בהכרח שליטה בו). המת אינו חבר עוד בקהילת החיים. הטעמים הפנימיים של הזכות לשם טוב פוקעים אם כן במוותו של אדם, ולפי תיאוריית הרצון אין עוד טעם להכיר בזכות המשפטית לשם טוב לאחר המוות.⁵³

לבקשת המשפחה הגרעינית. ראו ס' 31 (ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. במשפט האזרחי אפשר להמשיך את התביעה אם עילתה קיימת עדיין לאחר המוות. ראו תק' 36 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. הוראות חוק נוספות קובעות את המשכיות ההליכים או הביצוע, לפי העניין, גם אם האדם הקשור אליהם מת. ראו, למשל, ס' 78 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967; ס' 27 לפקודת הפטנטים והמדגמים, 1926, חא"י ב 1653; ס' 40(א)(3) לפקודת השטרות, נ"ח התשי"ז 12.

52 ס' 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, או חוק היסוד). הפסיקה הבהירה כי המושג "כבוד האדם" כוונתו ל-dignity, אולם אין ספק כי הוא מכיל גם את הכבוד במובן הפשוט יותר, של honor, ולפיכך את שמו הטוב של אדם. ראו ע"א 6871/99 רינת נ' רום, פ"ד נו(4) 72, 90 (2002); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 427 (1994). אורית קמיר מבחינה בין ארבעה מושגים של כבוד. השם הטוב מוגן בעיקר תחת המושג "הדרת כבוד" (honor). ראו אורית קמיר שאלה של כבוד – ישראליות וכבוד האדם 19-27 (2004).

53 לעמדה דומה ראו חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובעוז שגור לשון הרע: הדין המצוי והרצוי 122 (2005) (להלן: לשון הרע). הכותבים אינם כופרים בערך של כבוד המת, אולם סבורים כי ערך זה אינו ראוי להגנה באמצעות המשפט הפלילי, אלא באמצעות המשפט המנהלי, ובמידה מסוימת באמצעות המשפט האזרחי. הצדקות אחרות שהועלו בספרות להגנת השם הטוב קושרות אותה לתפיסות קניניות. אם השם הטוב שקול לקניין, אזי בדומה למשאבים פיזיים, השם הטוב שורד לאחר המוות. אם ההגנה מבוססת על יסוד אחר – למשל, על רעיון

ומה באשר לזכותו של החי שמת? לפי תיאוריית הרצון של הזכויות, עם מותו של אדם אישיותו אינה מתפתחת עוד. מימוש הרצון שנוצר לפני המוות אינו אפשרי במועד שלאחר המוות, וגם אילו היה אפשרי, לא היה בו טעם, שכן מימוש הרצון הוא אמצעי לתכלית שפקעה. הציפייה של החי, בטרם מותו, ששמו הטוב לא יוכתם ראוי להגנה מהטעמים שנמנו בפרק הקודם, ככל שהיא סבירה. אבל זו ציפייה "רוזה" מאוד, שכן שמו הטוב של אדם הוא תוצאה של גורמים רבים, אשר המשפט הוא רק אחד מהם, ולא דווקא החוק מביניהם.

לפי תיאוריית האינטרס של הזכויות, עלינו לבחון אם האינטרס של החי בשמו הטוב שורד לאחר מותו, ואם התשובה חיובית, יש לבחון אם הוא אינטרס חשוב דיו לכנותו "זכות", על כל המשתמע מכך, בעיקר לנוכח העובדה שזכות זו עשויה לגבור על זכויות של אחרים, חיים. בהעדר well-being של המת, קשה לדבר על אינטרס כזה ששורד לאחר המוות.⁵⁴ בדומה לדיון בתיאוריית הרצון, הציפייה לקיום רצונו של האדם החי בשמו הטוב היא האינטרס שראוי להגנה, אולם ציפייה זו "רוזה" מאוד, כאמור.

המשפט אינו פועל לבדו בזירה זו, ולפיכך אי-תחולתה של הזכות אין משמעה ששמו הטוב של אדם הוא הפקר. ברוב המקרים השם הטוב ניצב לבדו, ואין מולו אינטרס יריב, כך שממילא שמו הטוב של אדם (ככל שהיה לו שם כזה) אינו נפגע לאחר מותו. חוסר העניין הציבורי במת – השכחה הפרטית והציבורית – מגינים על שמו הטוב של אדם יותר מכל כלי משפטי.⁵⁵ במקרים אחרים נורמות חברתיות מונעות את החיים מלדבר סרה במתים, לפחות בפומבי, וכך גם אמונות דתיות שונות או אמונות אחרות. אולם המצב הרווח, שבו שמו הטוב של המת אינו נפגע, מאיר את משמעותה של ההכרה המשפטית בזכות המת, מקום שמכירים בה ואוכפים אותה.

להכרה בזכות המת יש מחיר, שאותו משלמים החיים. בחיי אדם הזכות לשם טוב נתקלת לא אחת בזכויות אחרות, בדרך-כלל חופש הביטוי וחופש העיתונות, והדבר בולט במיוחד בעימותים המגיעים לדיון משפטי. בתי-המשפט ניסחו בדרך-כלל את העימות הזו כעימות בין שתי זכויות שוות-מעמד מן הבחינה הנורמטיבית – מערך חוקתי הגורר איזון אופקי.⁵⁶ באיזון כזה, כך ההנחיה השיפוטית, יש לשאוף לקיים את שתי הזכויות גם-יחד ככל האפשר. אם הדבר אינו מתאפשר, הוויתור שלנו על הזכויות צריך להיות ויתור הדדי: ננגוס מעט בכל אחת מהזכויות היריבות, ונבחן אם המחלוקת באה על פתרונה. אם היריבות בעינה, ננגוס שוב מהזכויות, וכך נמשיך עד שיושג האיזון. שמו הטוב של אדם עשוי להיפגע אחרי מותו (וכאמור, השאלה אם יש זכות כזאת לאחר המוות היא נושא הבדיקה

כבוד האדם – אזי השם הטוב מת עם האדם. לדיון בשאלה זו ראו: Robert Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, 74 CAL. L. REV. 691 (1986).

54 ראו RAZ, לעיל ה"ש 18.

55 ראו את דבריו של פונטאליס, לעיל ה"ש 38.

56 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989); רע"א 10771/04 רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' אטינגר, פ"ד נט(3) 308 (2004).

כאן), אלא שגם אז הפוגע צפוי ליהנות מהגנה משפטית (ואף חוקתית) של חופש הביטוי, ובמקרים המתאימים – של חופש העיתונות. אם לא נכיר בזכות המת לשם טוב, אזי יישאר חופש הביטוי לבדו בזירה החוקתית, וממילא ינצח (בכפוף לאינטרסים יריבים אחרים, דוגמת שלום הציבור). אם נכיר בזכות לאחר המוות, אזי ייתכן שחופש הביטוי יוגבל. לבדיקת עצם קיומה של זכות המת יש לפיכך חשיבות מעשית. התשובה לשאלה אם יש זכות למת משפיעה במישרין על הדיון החוקתי ועל המתודולוגיה החוקתית. לפיכך, בטרם פונים לעמת שתי זכויות שוות-מעמד וברטרם נגישים למלאכת האיוון האופקי, יש לבחון כל אחת מהזכויות ולעמוד על היקפה. היקפה (הפנימי, בלשון ברקית) של הזכות נובע מההצדקות לה. אם יתברר לנו כי ההגנה על זכותו של המת לשם טוב ריקה ואינה משכנעת, או שהיא נועדה להגן למעשה על אינטרסים אחרים (כגון אינטרסים של צדדים שלישיים), אזי כוחה פוחת ואולי אף מתאיים לגמרי.

כיצד הדין הישראלי מתייחס לזכותו של המת (או של החי שמת) לשם טוב? אבחן תחילה את חוק איסור לשון-הרע. בעקבות דיון זה אתעכב על מה שאכנה "כבוד הפמיליה", שהוא ניסיון לתרגם אינטרסים של המשפחה ושל צדדים שלישיים בכלל למושג "זכות המת", ולאחר-מכן אתמקד בעימות סביב הדוקטרינה שכתב המחזאי מוטי לרנר, "משפט קסטנר", שם נפגע – כנראה – שמה הטוב של חנה סנש. פסק-הדין מציף את הקשיים שבהכרה בזכויות האישיות של המת.

(1) חוק איסור לשון-הרע

החוק הישראלי מגן במפורש על זכותו של נפטר לשם טוב, הגם שקיימת הגבלה דיונית לאכיפת הזכות. הדין המנדטורי, אשר לא התיר תביעה בגין פגיעה בשמו הטוב של המת,⁵⁷ הוחלף בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, אשר קבע, לענייננו, כי "לשון הרע על אדם שפורסמה אחרי מותו, דינה כדין לשון הרע על אדם חי, ורואים כנפגעים את בן-זוגו של המת, ילדו, הורהו, אחיו ואחותו".⁵⁸ אולם בתיקון שנעשה בשנת תשכ"ז הוסף סייג בקשר לזכאים לתבוע, וכך קובע מאז סעיף 5 לחוק: "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".⁵⁹ כלומר, המחוקק לא התלבט לגבי עצם שאלת ההכרה בזכות המת לשם טוב שנפגעה לאחר מותו, אולם ראה לנכון לסייג את הזכאים

57 ראו ע"ב (מחוזי ת"א) 331/89 זליכה נ' קצין התגמולים, פ"מ נא(3) 458, 463 (1991).

58 ס"ח 58. הצעות החוק שקדמו לנסח זה נקטו ניסוחים שונים. בהצעת החוק משנת תשכ"ב הוצע "לשון הרע על המת, דינה כדין לשון הרע על החי, ולעניין חוק זה יראו כנפגעים בה את בן זוגו של המת, ילדיו, הוריו, אחיו ואחותיו" (ס' 6 להצעת חוק לשון הרע, התשכ"ב-1962, ה"ח 142). בשנת תשכ"ג סויגה אפשרות התביעה: "ובלבד שלא תהיה בה עילה לפיצויים" (ס' 4 להצעת חוק לשון הרע, התשכ"ג-1963, ה"ח 286).

59 ס' 2 להצעת חוק לשון הרע (תיקון), התשכ"ו-1966, ה"ח 122.

לתבוע. במצב המשפטי דהיום אין אפשרות להגיש תביעה לצו מניעה או לפיצויים, שהם הסעדים המקובלים בתביעות לשון-הרע, וגם האפשרות להגיש קובלנה פלילית נמנעה.⁶⁰ האפיק היחיד שנותר הוא הגשת כתב אישום על-ידי המדינה, וגם אז צריך שהיוזמה תבוא מצד בני המשפחה. למיטב בדיקתי, מעולם לא הוגש כתב-אישום כזה. עם זאת, הסייג הוא רק דיוני. הזכות לשם טוב של המת נשארת זכות משפטית, ועשויה לפיכך להיות בעלת משקל בהקשרים אחרים – למשל, בתחומי המשפט הציבורי. זו הייתה עמדתו של השופט חשין בעניין סנש, שיידון בהמשך. בתי-המשפט מצייתים להגבלה.

עניין אשכנזי נ' אלוני חשף מעט מהיצרים והרגשות שהתעוררו בעקבות מותה של הזמרת עופרה חזה ו"ל, ובהמשך – בעקבות מותו של בעלה, דורון אשכנזי ו"ל. בני משפחתו של אשכנזי תבעו את אמרגנה של חזה, בצלאל אלוני, בגין דברים שאמר לטענתם על אשכנזי. בית-המשפט דחה את התביעה על הסף מחמת המחסום הדיוני של סעיף 5 הנ"ל.⁶¹ השופטת יהודית שבח העלתה השערות מעניינות בקשר להצדקה אפשרית של מחסום זה: "יתכן והמחוקק נתכוון לשמור על כבודו של המת בכך שלא התיר לנהל משפטים העוסקים בכבודו שעה שהמת לא יכול לקום מקברו ולומר את דברו, ואף לא יכול להתנגד לדיון בעניינו. יתכן והמחוקק סבר כי יש לאפשר למת לנוח בשלום על משכבו, להניח להולכים ולעסוק בחיים.⁶² הטעם הראשון – שהמחסום הדיוני נועד דווקא להגן על המת – נכון במידה חלקית בלבד, שהרי התוצאה היא שהתו האחרון שנרשם בדברי הימים הציבוריים הוא אמירתו של המשמיץ (אם אלה אכן דברים שיש בהם לשון-הרע, כמובן). הטעם השני מצביע על גישה עקרונית שמעדיפה את שלטון החיים על "שלטון רפאים". כאן חשוב להזכיר שוב את מחיר ההגנה על שמו הטוב של המת. בדרך-כלל יהיה זה מחיר במישור של חופש הביטוי. הרי ההגנה על שמו הטוב של אדם תגביל את יכולתו של אחר לספר ולכתוב על-אודות המת. חייהם של החיים שזורים זה בזה, ושזורים גם בחיי המתים. הגנה על שמם הטוב של המתים תפגע בחופש הביטוי של החיים, כמו-גם במה שהעיתונאי אהוד אשרי כינה "חופש הווידוי",⁶³ וביכולת לכתוב ביוגרפיות⁶⁴ ואוטוביוגרפיות.⁶⁵

60 הצעת חוק שאושרה בקריאה ראשונה על-ידי הכנסת השש-עשרה בשלהי כהונתה הציעה לשנות מצב זה, ולאפשר לבני המשפחה מהמעגל הראשון להגיש גם תביעה אזרחית. ראו ס' 9 להצעת חוק הגנת הפרטיות, לעיל ה"ש 47. מרכיב זה של ההצעה לא התקבל. כן ראו הצעת חוק פרטית (ח"כ זהבה גלאון) פ/288/17 הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – זכותו של המת לשם טוב), התשס"ו-2006, www.knesset.gov.il/privatelaw/data/17/288.rtf, שגם היא לא התקבלה.

61 בש"א 127793/01, ת"א (שלום ת"א) 087908/01 אשכנזי נ' אלוני (לא פורסם, 17.3.2002) (להלן: עניין אשכנזי).

62 שם, בעמ' 4 להחלטה.

63 כמצוטט אצל איתי רום ומתן שירם "כבוד המת" העין השביעית 50, 14, 17 (2004).

64 האם תחת משטר משפטי המגן בפועל (ולא רק בעיקרון) על שמו הטוב של המת היה אמנון דנקנר יכול לכתוב ולפרסם את הביוגרפיה שלו דן בן אמוץ (1992)?

65 דברים אלה נכונים גם בקשר להגנת הפרטיות. האם תחת משטר משפטי כאמור היה אפשר

(2) כבוד הפמיליה וזכות המת

גלגוליו של חוק איסור לשון-הרע מסיבים את תשומת-הלב לשאלה נוספת: גם אם אנו מכירים בזכות המת, בידי מי יש להפקיד את מימושה לאחר מות האדם, ומדוע דווקא בידי אלה, ולא בידי אחרים? החוק מפקיד את מימוש הזכות בידי בני המשפחה הגרעינית.⁶⁶ השאלה של ייצוג המת על-ידי אחרים, ובמיוחד על-ידי המשפחה, חוזרת ועולה במסגרת הדיון בסוגיה של זכויות המת,⁶⁷ וראוי להתעכב עליה. אני סבור שבהפקדת זכות התביעה בשם המת אצל המשפחה – ובכלל, בייפוי-הכוח שניתן למשפחה להחליט בשם המת – נחשפת אחת הסיבות המרכזיות להגנה המשפטית הקיימת על זכות המתים. פעמים רבות "זכות המת" אינה אלא מסווה לאינטרסים אחרים של בני המשפחה החיים, ולא של המת או של החי שמת. פעמים רבות מאחורי הטענה בדבר זכות המת מסתתרת טענה אחרת, הנוגעת ב"כבוד הפמיליה". חשוב לשים לב: הסבר זה למופעים לא-מעטים של "זכות המת" במשפט אינו מצדיק הכרה בזכויות המתים, אלא להפך – הוא צריך לסייג אותה. האם ראוי להגן על כבוד המשפחה? המשפט מתייחס למשפחה כאל גורם חשוב בחיינו, ומספק רשת שלמה של דינים העוסקים במשפחה, בין במישרין ובין בעקיפין, ביחסים בין בני-הזוג, ביחסיהם עם ילדיהם וכיוצא בזה. המשפחה זקוקה לתנאי רקע מסוימים שיאפשרו לה להשיג את יעדי חבריה בצורה המיטבית. לעיתים תנאים אלה מכתיבים אי-התערבות של המשפט, ולעיתים, במיוחד כאשר יש מי שמנצל את כוחו לרעה בתוך המשפחה, נדרשת התערבות. אבל בכל אלה אין למשפחה קיום כישות משפטית נפרדת מישותם של חברי המשפחה. שיח הזכויות הליברלי מגן רק על זכויות של יחידים (בחריג שנוי במחלוקת של זכויות לאומיות או קבוצתיות), ולא על המשפחה ככזו. גם כאן, חשוב לזכור, המשפט אינו פועל בחלל ריק. נורמות חברתיות חזקות מכוננות את המשפחה כגורם בעל משמעות בתרבויות רבות, ואותן נורמות מכוננות גם מושגים דוגמת "כבוד המשפחה". אבל אין זה מושג משפטי.

האם כבודה של המשפחה כמושג חברתי הוא טעם שמצדיק הכרה ב"כבוד המת" או ב"זכות המת"? מובן שגם תיאוריית הרצון וגם תיאוריית האינטרס יכפרו בהכרה בזכות המת מחמת קיומם של אינטרסים של אנשים אחרים. אם לאותם אנשים (חיים) יש אינטרס חשוב דיו, אזי הוא יוכר כזכות עצמאית, ואין להציגו כזכותו של אדם אחר, חי או מת. לפיכך, ככל ש"כבוד המת" כמושג כללי, ו"זכויות המת" הנגזרות ממנו במקרים קונקרטיים,

להוציא לאור את ספרו האוטוביוגרפי למחצה של עמוס עוז סיפור על אהבה וחושך (2003), או את ספרו של גבריאל גרסייה מרקס לחיות כדי לספר (טל ניצן-קרן מתרגמת, 2004), שבהם פרשו הסופרים יריעה רחבה ואינטימית של קרוביהם שמתו?

66 אפשר לטעון שס' 5 קובע מדרג של בעלי זכות תביעה, אם כי השוואת לשון הסעיף לס' 25 שוללת אפשרות כזו. קושי עשוי להתעורר, למשל, כאשר בן-הזוג מתנגד להגשת תביעה אולם אחד מבני המשפחה האחרים מבקש בכל-זאת לתבוע.

67 ראו את הדיון בקשר לזכות לפרטיות להלן בחלק 11(ב), וכן את ס' 6א לחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 (להלן: חוק האנטומיה והפתולוגיה), בקשר לנטילת איברים מהמת.

מושתתים על אינטרס עצמאי של בני המשפחה, זהו אינטרס שאין לתמוך בו בכוח משפטי. נוסף על כך, אין חפיפה בין המושג "כבוד המשפחה" לבין המושג "כבוד המת". המונח הראשון הוא חברתי באופיו, ומתייחס ל"כבוד" כאל "הדרת כבוד" (honor), ואילו בהקשר האישי של המת, המונח "כבוד" מכוון בדרך-כלל ל"כבוד האדם" (dignity). אבל, ניתן להשיב, יש מצבים שבהם האינטרס של החי שמת כרוך באינטרס של המשפחה וחופף אותו, ולכן אין כאן "תרגום" של אינטרס משפחתי שאינו מוגן במשפט ל"זכות" מוגנת של המת, אלא מטבע-לשון בלבד. בהקשר זה ראוי להבחין בין כמה מצבים עובדתיים אפשריים.

מצב ראשון הוא של אינטרסים נוגדים של החי שמת ושל בני המשפחה. בקשר ללשון-הרע ניתן לחשוב, למשל, על מי שהיה מסוכסך עם משפחתו ומבקש לפרסם, אולי לאחר מותו, דברים קשים על משפחתו. אם זכות ההחלטה בדבר גורל הביטוי של החי שמת תופקד במצב כזה בידי המשפחה, הדבר יסכל את מימוש רצונו של החי שמת.

מצב שני הוא של זכויות כרוכות זו בזו של החי שמת ושל בני המשפחה החיים, במובן שפגיעה בזכותו של החי שמת תהווה גם פגיעה בזכותם של בני המשפחה. במצבים עובדתיים מעין אלה אין מקום ואין צורך שבית-המשפט יכיר בזכותו של המת, שהרי לחיים יש זכות משל עצמם, והם יכולים לתבוע בשם עצמם. אם הזכות של החי למנוע פגיעה בשמו הטוב מתנגשת בחופש הביטוי של אחר, אזי העימות החוקית הראוי הוא זכות החי מול חופש הביטוי. ההכרה ב"זכות המת" מטשטשת את מערך הכוחות האמיתי, ועלולה לבלבל ולהטעות. דוגמה לזכות המשפחה לתבוע בשם המת עלתה בדיון בכנסת. חבר-הכנסת משה אונא, יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט בשעתו, הציג את כוונת הנסח:

"...יתכן מאוד שלשון הרע שפורסמה על אדם אחרי מותו תפגע בקרובים פגיעה חמורה, גם מבחינה כלכלית; למשל, במקרה שהם מוסיפים לנהל את העסק שהנפטר ניהל אותו; אם משמיצים את הנפטר, נניח, בטענה שלא התנהג ביושר ופעל ברמייה בעסקיו, בלי ספק עלול הדבר לגרום נזקים לקרובים הממשיכים בניהול העסק, בין אם מדובר בעסק מסחרי ובין אם המדובר בפרקטיקה של רופא, שהבן ממשיך בה."⁶⁸

כלומר, כוונתו של נסח החוק הייתה שהאינטרס של בני המשפחה שעסקם לא ייפגע יוגן באמצעות הפקדת זכות התביעה בשמו של המת בידיהם. אלא שאם נפגע אינטרס מסחרי של אדם חי, ולו גם בעקיפין בדרך המתוארת, הרי עשויה להיות בידי הנפגע זכות תביעה ישירה; כך בשעתו, וביתר שאת בסביבה המשפטית העשירה שיש בידינו כיום: החוק מכיר גם בלשון-הרע על תאגיד, חוק עוולות מסחריות קובע עוולה של תיאור כוזב, ופקודת הנזיקין קובעת עוולה של שקר מפגיע.⁶⁹ מדוע אם כן ללכת בדרך עקלקלה ולהסוות את האינטרס המוגן בדרך של זכות תביעה לקרובי המת?

במצב שלישי אין לבני המשפחה זכות או אינטרס מוגן משל עצמם כמו במצב הקודם, אבל הפגיעה ברצון החי שמת מסיבה להם עוגמת-נפש, מחמת האהבה, הגעגועים והקרבה

68 ד"כ 43, 2705 (התשכ"ה).

69 ס' 1 סיפא וס' 4 לחוק איסור לשון-הרע, ס' 2 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, וס' 58 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266, בהתאמה.

הרבה שהם חשים ליקירם שהלך לעולמו. הפגיעה היא, אם כן, ברגשותיהם של החיים,⁷⁰ בסובייקט הזוכר את המת, ולכן במימד הזיכרון. דיני הנזיקין מוכנים להכיר בראש-נזק של פגיעה ברגשות, אם כי זהו אפיק תביעה שראוי עדיין לפיתוח בהקשר של לשון-הרע.⁷¹ אולם, אם וככל שיש פגיעה כזו ברגשות במידה המקימה אינטרס הראוי להגנה, אזי יש להציגו ככזה: זהו אינטרס של בני המשפחה, ולא של המת (או של החי שמת), ובוודאי אין מדובר ב"זכות" של המת. כך, למשל, דייק בית-המשפט העליון בארצות-הברית בפרשה שבה דן לאחרונה, באומרו כי פרסום צילומי משטרה מזירת המוות של עוור בכיר לנשיא יפגע בזכויות המשפחה, ולא בזכויות המת.⁷² בית-המשפט אישר את סירובו של גנז המדינה האמריקני למסור את התמונות לידי של אורח שפקפק באמינות המידע הרשמי בפרשה, וביקש לראות את התמונות לפי חוק חופש המידע. אילו נפסק אחרת, הייתה הצגת האינטרס של החיים כאילו הוא זכותו של המת מתרגמת את האינטרס לזכות, ולתרגום זה יש משמעות חוקתית (בישראל) בעת בחירתה של נוסחת האיוון המתאימה (אופקי או אנכי), וממילא יש לו השפעה על התוצאה. אם יש לבני המשפחה אינטרס לגיטימי המוכר על-ידי המשפט, ראוי שיתבעו בשם פגיעה זו ברגשותיהם, ולא בשם הפגיעה במת.

מצב רביעי הוא זה שבו אין לבני המשפחה זכות משל עצמם (כמו במצב השני) או אינטרס לא להיפגע (כמו במצב השלישי), אבל הם מבקשים למנוע את הפגיעה בזכות של החי שמת מחמת נזק אחר שייגרם להם. נזק זה הוא במצב הטיפוסי מבוכה או בושה. פגיעה בשמו הטוב של החי שמת עלולה להביך את קרובי-משפחתו, בנפרד מעוגמת-הנפש ובנפרד מאינטרס כלכלי שלהם שעלול להיפגע.⁷³ לעיתים מותו של אדם נובע ממחלה

70 לדיון בשאלת ההכרה המשפטית בפגיעה ברגשות ראו דני סטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 133 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998). גנאים, קרמניצר ושנור סבורים כי יש מקום לקבוע חוקה שפרסום לשון-הרע על מת פוגעת ברגשותיהם של בני המשפחה. הם סבורים כי זה הטעם העיקרי שיכול להצדיק הגנה על שמו הטוב של המת באמצעות המשפט הפלילי. (כזכור, הם סבורים – ואני מסכים – שזכרו של המת כשלעצמו אינו ערך חברתי מוגן במשפט הפלילי). ראו לשון הרע, לעיל ה"ש 53, בעמ' 125.

71 ראו רע"א 444/87 אלסוחה נ' עזבון המנוח דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397 (1990), שם הכיר בית-המשפט בקיומה של חובת זהירות מושגית של מי שדרס אדם למוות כלפי קרובי-משפחתו שנפגעו רגשית. עם זאת, בית-המשפט תחם את החובה והגבילה. פיתוח עילת תביעה של קרובי-משפחה בגין פגיעה רגשית כתוצאה מהשמצת יקירם יחייב תיחום גס-כן. נראה לי שבמלאכה זו יש לשקול בין היתר את מימד הזמן, במובן של "פחת" או התיישנות של הפגיעה.

72 ראו: National Archives & Records Admin. v. Favish, 541 U.S. 157 (2004) (להלן: עניין National Archives).

73 ראו, למשל, את נסיבות ת"א (מחוזי חי') 923/95 עיזבון הינו נ' מדינת ישראל, תק-מח 159 (3) 2000, שם התעורר חשד, שהתברר בדיעבד כשגוי, שהמנוח, בן העדה הדרונית, היה נשא של נגיף איידס. אף שהתברר כי המידע היה שגוי, פרסמה המשטרה הודעה המזהירה

שמוצמד לה אות-קלון חברתי (ולמחלות יש היבט חברתי לצד ההיבט הרפואי)⁷⁴ או שהוא מת בנסיבות שאינן מוות טבעי או תאונה, כגון מוות כתוצאה משימוש במנת-יתר של סם או התאבדות. פרסום סיבת המוות עלול להביך את קרובי-המשפחה. הרצון של בני המשפחה החיים להימנע מבושה או ממבוכה אינו עולה כדי זכות משפטית. במקרה כזה המשפחה עשויה להסתתר מאחורי זכות המת, והיא תתיימר לייצג את המת ולטעון כי רצונו בחייו (כלומר, זכות החי שמת) היה שהמידע לא יפורסם (אם הוא נכון) או שיש בו פגיעה בשמו הטוב (אם המידע שגוי).

בדיון בכנסת שנזכר לעיל, בעניין חוק איסור לשון-הרע, טען חבר-הכנסת אונא בעד זכותה של המשפחה לתבוע בשם המת: "...אנחנו נותנים אפשרות למשפחה לתבוע את עלבון המת, במקרה שהיא נפגעת פגיעה של ממש..."⁷⁵ זכות התביעה בידי המשפחה לא באה רק להגן על אינטרס ישיר של קרובי-המשפחה החיים. הפגיעה במת נתפסת בעיני אונא כפגיעה במשפחה. הוא יוצר כאן זהות בין המת ("אפשרות למשפחה לתבוע את עלבון המת") לבין המשפחה ("במקרה שהיא נפגעת פגיעה של ממש"). בעיניו אין זה רק הפרט הקרוב שנפגע, דוגמת בן-הזוג השותף בניהול העסק בדוגמה הראשונה שהביא, אלא המשפחה ככזו. ההנחה המסתתרת כאן היא שהמשפחה היא יחידה אטומית הראויה להגנה משפטית – לא לשם יחידה, אלא כיחידה עצמאית. הדרך המתאימה להגן על המשפחה, בעיני חברי-הכנסת, הייתה לייצג את כבוד הפמיליה באמצעות המת שהלך לעולמו. כאמור, אני כופר בכך. זהו המצב שבו הפמיליה מבקשת להסתתר מאחורי זכותו, כביכול, של המת. במצב כזה אין להרשות לפמיליה לטעון בשמו של המת. אם יש לבני המשפחה זכות או אינטרס מוגנים – יואילו ויתכבדו ויציגו אותם. בושה או מבוכה משפחתיות אינן מצדיקות הכרה בזכות המת. להכרה כזו, יש לזכור, יש מחיר בדמות הגבלת חירותם של החיים.

במצב החמישי והאחרון אין לבני המשפחה זכות משל עצמם (כמו במצב השני) או אינטרס לא להיפגע (כמו במצב השלישי), וגם אין כאן ניסיון להסתתר מאחורי זכותו של המת (המצב הרביעי), אלא רצון כן ואמיתי לממש את זכותו של החי – כאשר היה חי. במקרה כזה המשפחה מייצגת את החי שמת. הקושי הוא להבחין בין אינטרסים של המשפחה, שעשויים להיות לגיטימיים אך אינם ראויים להגנה משפטית בשם זכות של המת או אינם מגיעים כלל לדרגה של "זכות", לבין אינטרס של החי שמת, שהמשפחה מבקשת לייצגו נאמנה. זהו קושי ראיתי. בתי-המשפט אמונים על דיני הראיות, ולמרות המלאכה הקשה, הם יצטרכו, במקרים המתאימים, לברר את רצון החי שמת, לבחון מהם האינטרסים

את מי שבא במגע עם המנוח, ובעקבות זאת באה תביעת לשון-הרע של בני המשפחה. תביעת המנוח נדחתה בגלל המחסום הדיוני של ס' 5 לחוק, אולם תביעת בני המשפחה התקבלה. למרות זאת, לשון פסק-הדין מעלה שכבוד המשפחה וכבוד המת נתפסים כחליפיים זה לזה.

74 ראו: Nadav Davidovitz & Avital Margalit, *Public Health, Law, and Traumatic Collective Experiences: The Case of Mass Ringworm Irradiation*, in *TRAUMA AND MEMORY: READING, HEALING AND MAKING LAW* 97 (Austin Sarat, Nadav Davidovitch & Michal Alberstein & eds., 2008).

75 ד"כ 43, 2706 (התשכ"ה).

המשפחתיים, אם הם קיימים, ולהחליט אם מדובר בייצוג-אמת של החי שמת על-ידי בני משפחתו או בתרגום של אינטרס של המשפחה (בין אם הוא לגיטימי ובין אם לאו) ל"זכות של המת".

נראה שדיני הראיות וזקוקים לפיתוח כלים שיהיו מותאמים לסוגיה זו. נושא זה דורש דיון נפרד, ואסתפק כאן בהערה אחת: אני סבור שיש לתת משקל משמעותי להבעת רצונו של החי בטרם מותו. למשל, יש מי שמבקש להיקבר בדרך מסוימת (הלוויה חילונית, למשל) ומבטא את רצונו בעודו חי (למשל, בצוואה). אדם הנושא כרטיס תרומת איברים או מפקיד זרע לפני מותו – מבטא במפורש את רצונו. רצון האדם עשוי להילמד גם מהתנהגותו, אם כי פה, מטבע הדברים, קשה יותר לפענח את הרצון: לא תמיד ברור מה היה רצונו של החי, ולפעמים ניתקל במצב של "המת השותק": מי שלא התבטא בנושא ואולי גם לא חשב עליו כלל, או תינוק שמת, למשל. בהעדר ביטוי לרצון של החי שמת, הזירה פתוחה לשיקולים אחרים, כגון הצורך להציל חיים על-ידי תרומת איברים, ההשלכות שיש לשימוש בורצו של המת על הילד שייוולד, וכיוצא בזה. גישה כזו מקבלת ביטוי מסוים בדין הקיים: הדין בקשר לנטילת איברים מתבסס בשלב הראשון שלו על רצון המת;⁷⁶ וגם דיני הצוואה מבוססים על רצון המת.⁷⁷

החשש שאינטרסים (לגיטימיים כשלעצמם) של צדדים שלישיים יתורגמו לזכות של המת מכתוב את הסייג השלישי להכרה בציפייה הסבירה של החי שמת: יש לבחון אותה בזהירות, ולהשתכנע כי מי שטוען בשם החי שמת אכן מייצגו נאמנה.

(3) פרשת חנה סנש⁷⁸

הוויכוח הציבורי והדיון המשפטי בפרשת המחזה "משפט קסטנר", שבו שם המחזאי מוטי לרנר בפי דמותו של ישראל קסטנר את הטענה כי חנה סנש נשברה בחקירתה בידי המשטרה ההונגרית והסגירה בכך את חבריה לפעולה, הציבו את השאלה בדבר זכות המת וכבוד המת בקדמת הבמה. אין מדובר בתביעה לפי חוק איסור לשון-הרע, אלא בדרישה שרשות השידור תימנע מהשידור.⁷⁹ הפרשה מחדדת את מורכבותה של ההכרה במושג המשפטי "כבוד המת" ובזכויות המת הנגזרות ממנו. מרכיבים רבים מבין אלה שנידונו כאן עד כה באים לידי ביטוי בפרשה זו באופן ישיר: האם ראוי להכיר בזכויות של המת? מדוע? מה המשמעות האישית, המשפחתית, החברתית והלאומית של הכרה כזו? מה מקומו של המושג "זיכרון" כאן? מה המחיר שנשלם אם נכיר בזכויות כאלה? הפרשה ממחישה גם את העדרה של עמדה אחידה בנושא – לא רק בין השופטים, אלא גם בתוך עמדותיהם (ובמיוחד

76 ראו ס' 2, 6א לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

77 ראו חוק הירושה.

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

79 הגם שיש מחסום לתביעה בשם המת לפי חוק איסור לשון-הרע, המחסום הוא דיוני, ואינו מבטל את קיומה של הזכות, וככל שזו קיימת, היא פועלת במישור המשפט הציבורי. ראו שם, בעמ' 860.

בדעת המיעוט של השופט חשין). הפרשה ממחישה גם את מקומה המכריע של המתודולוגיה החוקתית לגבי הכרעות ערכיות.⁸⁰

שתי קבוצות עותרים היו בפרשה: אחיה של סנש, גיורא סנש, שתבע את עלבון אחותו (וכנראה גם את עלבונה שלו); וקבוצת "נשים בירוק", שתבעה את עלבונה של סנש, אך יותר מכך – את עלבונה של החברה הישראלית. 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... הגזול את שמי הטוב גוזל את טעם קיומי. שמו הטוב של אדם קובע את התייחסותו שלו לעצמו ואת התייחסות של חבריו אליו. הוא קובע את יחסה של החברה אליו. הנכס היחיד שיש לרבים... הוא שם הטוב. הוא יקר להם כחיים עצמם."⁸¹

והמסקנה –

"כך לגבי אנשים חיים. כך לגבי המתים. עלינו להגן על כבודו של המת ועל שמו הטוב."⁸²

האם המסקנה נובעת מההנמקה שקדמה לה? האם ההצדקות ה"פנימיות" של הזכות לשם טוב שמנה ברק אכן שורדות לאחר המוות? אני סבור שהתשובה שלילית.⁸³ כל ההצדקות האלה הן אינדיווידואליסטיות במהותן או קשורות ליחסים (relational). הראשונות – הצורך בהערכה פנימית ובגאווה אישית – אינן רלוונטיות לאדם מת. עם המוות מסתיימים צרכיו הנפשיים של המת. מסקנה זו נובעת גם מהמעגליות של המטפורה שברק נוקט: השם הטוב "יקר [לבני-האדם] כחיים עצמם". אכן, לגבי אנשים חיים השם הטוב שקול פעמים רבות לחייהם, ובלעדיו אין. אך אם החיים שזורים לבלי הפרד בשם הטוב ושקולים לו,

80 ראו מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית – המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003). לדיון ביקורתי בפסק-הדין ראו אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי בעקבות בג"ץ 6126/94" משפטים לב 623 (2002). השניים מניחים כי יש זכות תביעה לפי חוק איסור לשון-הרע (שם, בעמ' 653-654). הנחה זו היא שעומדת כאן למבחן.

81 עניין סנש, לעיל ה"ש 78, בעמ' 833.

82 שם.

83 המשפט הגרמני השיב, לפחות בשנת 1971, בחיוב. באחת הפרשות הידועות במשפט החוקתי הגרמני אישר בית-המשפט החוקתי הפדרלי צו מניעה נגד הפצת ספרו של קלאוס מאן מפיסטו (ניצה בן-ארי מתרגמת, 1990). הספר נכתב בשנת 1936, בהיות מאן, יליד גרמניה, בגלות. כפי שמתארים עורכי הספרייה החדשה, הספר מציג את תהליך ההתקרנפות של שחקן תיאטרון, שנהפך לבן-חסותו של ראש הממשלה הנאצי. הדמות בספר מבוססת על גיסו של מאן. בנו של הגיס תבע את שמו הטוב של אביו – וזכה. כבוד האדם, קבע בית-המשפט, משתרע גם לאחר מותו של האדם, עד כדי כך שהוא גובר על חופש הביטוי. לתרגום לאנגלית של עיקרי פסק-הדין ראו: DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 301 (2nd ed., 1997).

במה שזור המוות? למה שקול המוות? האינטרס בשם טוב בחיים שונה מהאינטרס בשם טוב לאחר המוות, בגלל סוג התועלות השונות שמופק, אם מופק, מהשם הטוב. ההצדקות הקשורות ליחסים עוסקות בכך שהשם הטוב חשוב לאדם משום היותו חלק מחברה אנושית. לגבי אדם באי בודד – רובינזון קרוזו, כמשל – אין משמעות לשמו הטוב.⁸⁴ השם הטוב מכונן ביחס לאנשים אחרים, והוא חשוב ביחס אליהם. הצדקה זו של ההגנה המשפטית על שמו הטוב של אדם משקפת את היות חייהם של בני-האדם שזורים זה בזה לבלי הפרד, אבל מכתיבה גם את היקפה ("הפנימי") של הזכות: היא קיימת כל עוד אנו נמצאים בתודעתם של בני-אדם אחרים, וכל עוד יש לנו "שם" בקרבם. אם שם זה טוב או רע – הדבר אינו תלוי במשפט, אלא בהתנהגותו של האדם ובערכים החברתיים של הסובבים אותו. ההגנה הטובה ביותר על שמו של אדם (וממילא – על שמו הטוב) היא דווקא השכחה החברתית. האם המשפט צריך לסייע לשכחה זו – למשל, על-ידי כלל משפטי שיסור פרסום מידע משפיל ומבוזה על-אודות המת? נדמה לי שכל התערבות בביטוי רק מגבירה את העניין בו, כפי שגורמי צנזורה שונים לומדים על בשרם שוב ושוב. לפיכך "סיוע" לשכחה מפריע לה, לא מקדם אותה.

ברק ער כמובן למהותה של הפגיעה האמיתית שפגע הקטע המדובר במחזה. חנה סנש עצמה לא נפגעה. היא איננה עוד. מי שנפגע הם החיים שנותרו: ברק מתחיל בסנש, אבל בהמשך מונה את מי שנפגע, במעגלים הפוכים – מהלאומי אל הפרטי:

"אני יוצא מתוך ההנחה כי הקטע... פגע בשמה הטוב של חנה סנש ובכבודה; הוא פגע בכיבוד ערכים לאומיים; הוא פגע ברגשות הציבור בכלל, וברגשותיהם של ניצולי שואה בפרט. הוא פגע בכל אלה שזיכרה של חנה סנש יקר בעיניהם."⁸⁵

בהמשך הוא כותב שהקטע במחזה פגע "בכבודה של חנה סנש ובשמה הטוב; הוא פגע במיתוס של חנה סנש".⁸⁶ אכן, לפחות חלק מהעותרים טענו כי הפגיעה בהם היא הפגיעה במקום של סנש בזיכרון הלאומי.⁸⁷ האם ברק מכיר בזכות המשפטית של חנה סנש הגם שהיא אינה עוד בין החיים? למרות הציטטות, נראה לי שאין הדבר כך. אי-ההכרה עולה מתוך הדרך שבה ברק מנסח את העימות החוקתית, כרגיל, במסגרת שפת האיוונים. הוא מנסח את האינטרסים והזכויות הניצים כהתנגשות בין חופש הביטוי והיצירה של המחזאי, מחד גיסא, לבין האינטרס של הציבור למנוע פגיעה ברגשותיו, מאידך גיסא. זכות מול אינטרס הם הניסוח הרגיל של האיוון האנכי, שבו יש לזכות עדיפות עקרונית על האינטרס,

84 ברק כותב: "כבוד האדם" מתמקד ביחיד ובחופש הרצון שלו. עם זאת, היחיד הנהנה מכבוד האדם אינו יחיד החי על אי בודד. "ראו אהרן ברק 'כבוד האדם כזכות חוקתית' הפרקליט מא 271, 277 (1994). רובינזון קרוזו היה לבדו באי (כך סבר תחילה), אולם לא היה חף מהיכרות עם בני-אדם בטרם הגיע לשם. החברתיות טבועה בו גם אם אין לה מימוש בחיי היומיום שלו (כל עוד סבר שהוא לבד באי).

85 עניין סנש, לעיל ה"ש 78, בעמ' 834.

86 שם, בעמ' 839.

87 שם, בעמ' 828.

למעט במקרים חריגים (למשל, התקיימות נוסחת הוודאות הקרובה בהקשר של התנגשות בין חופש הביטוי לבטחון הציבור).⁸⁸ ברק נמנע מלנסח את העימות החוקתית כהתנגשות בין חופש הביטוי של המחזאי לבין זכות המיוחסת לחנה סנש. אילו עשה כך, התוצאה הייתה מחייבת איוון אופקי. משתמע שהוא אינו מכיר בזכות המת לשם טוב.

גם השופט חשין פותח את הדיון המשפטי בחשיבות שמו הטוב של אדם: "הצורך הנפשי העמוק של אדם לשם טוב – צורך מן הטבע..."⁸⁹ אלא שבדומה לברק, גם ההצדקות שחשין מביא להגנת השם הטוב אינן מצדיקות את הגנת שמו הטוב של המת. חשין נמנע מהבדיקה אם ההצדקות שורדות לאחר המוות. הוא מציין את הוראת החוק, שלשון-הרע על המת היא כלשון-הרע על החי, וכי הזכות חלה במשפט הציבורי.⁹⁰ אלא שלא כברק, חשין סבור כי כבוד המת הוא ערך מוגן, ובא בגדר "כבוד האדם".⁹¹ הנקודה המעניינת לנו כאן היא הטשטוש או הזהות שחשין יוצר בין המת לבין קרוביו: זו למעשה טענת כבוד הפמיליה, ונסיבות המקרה מאפשרות לנו להעמיק ולבחון את הטענה. חשין רואה בכך דבר מובן מאליו שבני משפחה יגנו זה על כבודו של זה, עד כדי "גיורא סנש וחנה סנש חד-הם".⁹² כלומר, בן המשפחה החי וזהות המת נטמעים ומתמזגים.⁹³ בהמשך דבריו מצויה תובנה עמוקה על מהותו של זכרון המת. ניכר שחשין מבין כי יש מעין "פחת" בזיכרון, ובהשאלה – שיש מעין "פחת" בשמו הטוב של אדם. התובנה ניכרת בהבחנה שחשין מציע בין "אדם" לבין "דמות". המעבר מ"אדם" ל"דמות" הוא פונקציה של הזיכרון של החיים.⁹⁴ כל עוד יש מי שיתבע בשם המתים, כל עוד הם חיים בזיכרון הפרטי של מאן דהוא, הם "אדם" שאפשר לתבוע בגין פגיעה בשמו. כאשר גם הקרובים מתים, הזיכרון האישי שלהם מת, ואז מת גם "האדם". ככל שנותר משהו מהזיכרון, הרי הוא הזיכרון הקולקטיבי, ואז האדם נהפך ל"דמות". לפי חשין, רק ל"אדם" יש זכות לשם טוב, ואילו ה"דמות" כבר אינה נהנית מההגנה.

מה משמעות ההבחנה בין "אדם" לבין "דמות"? התובנה בדבר זכרון החי שמת אצל קרוביו מעידה על הנשאים האמיתיים של "הזכות לשם טוב של המת": אין זה המת; מי שנושא את הזכות הם הקרובים. אבל חשוב לא להחמיץ את העיקר כאן: זכותם של הקרובים אינה זכות לשם טוב כלל – לא שלהם ולא של אחרים; זהו האינטרס (החשוב) שלהם לשמר את זכרון המת כרצונם, לשלוט בזיכרון זה, לצורכיהם הנפשיים שלהם. העדר הגנה לא יפגע בשמם הטוב, אלא יפגע בדגשותיהם. לפי כיוון מחשבה זה, הדיבור על-אודות "זכות המת" או "כבוד המת" אינו אלא קיצור-דרך לשוני, שמאחוריו אינטרסים אחרים. דברים אלה נכונים גם ל"רגשות הציבור": גם אם הציבור נפגע, הדרך לטעון לפגיעה ברגשות היא

88 לדיון בנוסחות האיוונים השונות ראו בירנהק, לעיל ה"ש 80.

89 עניין סנש, לעיל ה"ש 78, בעמ' 858.

90 שם, בעמ' 860.

91 שם, בעמ' 867.

92 שם, בעמ' 862.

93 שם.

94 שם, בעמ' 863.

במישרין, ולא בחסות "זכות המת". וממילא, כיצד ניתן בכלל לכמת את הפגיעה ברגשות הציבור, מהגם שאת הפגיעה הזו ניתן להפסיד בפרסום האמת? אמרו מעתה: "כבוד המת" אינו ערך עצמאי, אלא מטבע-לשון שמאחוריו מטרות אחרות. זהו מטבע-לשון שמייצג את רצון החיים וצורכיהם שלהם.

אבל הפואטיקה החשיניאנית מכשילה. האינטרס של הקרובים החיים לא להיפגע מתורגם למטבעות-הלשון "זכות המת" או "כבוד המת", עד כדי כך שתפקידו המכשירני של מטבע-הלשון נשכח, ונולד מושג עצמאי של "זכות המת". חשין אינו קוהרנטי בהתייחסותו למושג זה. כמו אצל ברק, עמדתו נחשפת בדרך שבה הוא מעמת את האינטרסים והזכויות היריבים בטרם נבחרת נוסחת האיוון. בהערה אחת הוא מדבר על "זכותה של חנה סנש לשם טוב – יהיו מי שיאמרו: זכותם של החיים לקיים את שמה הטוב של חנה סנש..."⁹⁵, כלומר, כאן הוא ער למכשירנות של מטבע-הלשון בדבר "זכות המת"; אבל בהמשך הוא כותב כי "מדברים אנו בזכותה המזוקקת והנקייה של חנה סנש לכבוד ולשם טוב. זכות לכבוד ולשם טוב שאחיה גיורא סנש נושא משדה-הקרב על גבו ומניחה לפנינו".⁹⁶ מכאן שהמערך החוקתי שהוא משרטט הוא של חופש הביטוי של המחזאי, מחד גיסא (בדומה לברק), מול כבוד האדם של חנה סנש, מאידך גיסא (להבדיל מברק). מערך זה משמיע איוון אופקי, וכאן כבוד המת גובר על חופש הביטוי של החי.⁹⁷ הפואטיקה בדבר זכות המת משכיחה את היות מושג זה מטבע-לשון בלבד, והופכת את המטפורה לקיימת ממש. חופש הביטוי, לעומת זאת, נהפך בפואטיקה החשיניאנית לזכות שגרתית, פשוטה, רגילה, טריוויאלית, נקודתית בציר הזמן ואפילו קטנונית. המוות, אצלו, גדול מהחיים.

במילים אחרות, בית-המשפט היה צריך לזהות שאינטרסים (חשובים ולגיטימיים) של המשפחה מוצגים כאן כזכותה של חנה סנש המנוחה, והיה צריך להפריד ביניהם. היה מקום לבדיקה אם בני המשפחה מייצגים נאמנה את רצונה של חנה סנש בחייה ששמה הטוב לא ייפגע. יש להניח כי סנש לא התייחסה לנושא זה, אבל ניתן גם לשער שהייתה לה ציפייה ששמה הטוב לא יוכתם לאחר מותה. האם היה מקום להגן על ציפייה זו? כפי שהצעתי בחלק הקודם, אני סבור שיש לסייג את הציפייה במבחנים חברתיים. כאן גורם הפחת בזיכרון נכנס לפעולה. לטעמי, הציפייה כי שמנו הטוב יישאר וך גם בחלוף עשרות שנים ממותנו אינה ציפייה סבירה. היא מגבילה יתר על המידה את החופש של החיים לפעול, ובמקרה זה את חופש הביטוי והיצירה של המחזאי. לפיכך לא היה מקום להגן על ציפייתה (המשוערת) של סנש בחייה.

(ב) פרטיות

(1) החוק והפסיקה

זכות המת במסגרת דיני הגנת הפרטיות קרובה ברוחה להקשר של איסור לשון-הרע שנידון זה עתה. שתי הזכויות, פרטיות ושם טוב, נתפסות כמגינות על אינטרסים קרובים,

95 שם, בעמ' 867.

96 שם, בעמ' 871.

97 שם, בעמ' 871–872.

וברמת הפשטה גבוהה יותר – על אותם אינטרסים: יכולת השליטה של אדם במרכיבים הנפשיים של חייו, כלומר, בזהותו ובשקט הנפשי שלו.⁹⁸ עם זאת, החפיפה אינה מלאה, ולענייננו, החשוב הוא שבחוק הגנת הפרטיות אין הוראה מקבילה לסעיף 5 לחוק איסור לשון-הרע,⁹⁹ אם כי יש התייחסות עקיפה לכך בחוקים אחרים.¹⁰⁰ למרות העדר בולט זה, שאינו מקרי אלא פרי כוונה של נסחי החוק,¹⁰¹ קבעו בתי-המשפט, בדרך-כלל, כי יש למת זכות לפרטיות.¹⁰² בשנת 2005 הציעה הממשלה לקבוע במפורש הגנת פרטיות לנפטר, אולם ההצעה לא התקבלה לפי שעה.¹⁰³ כעת אני מבקש לעמוד על הרמזים להצדקות להכרה זו המצויים בפסקי-הדין, ככל שהם מצויים, ולבחון את "כבוד הפמיליה" שהוצג בהקשר של שמו הטוב של המת. אראה כי דיני הגנת הפרטיות מחדדים עוד יותר את הבעייתיות הגלומה בתרגום אינטרסים של המשפחה ל"זכותו של המת".

תחילה לפסיקה. בעניין סקולר נ' גרבי נידון סכסוך בין ילדיהם מנישואים קודמים של בני-הזוג המנוחים בקשר לחלוקת העיזבון.¹⁰⁴ אחד הצדדים ביקש לעיין בספרי הבנקים

98 להצדקות מרכזיות של הזכות לפרטיות ראו: Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890); ALAN F. WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* (1967); Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L.J. 421 (1980). לדיון ראו מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9 (2007). על הזכות לפרטיות נמתחת ביקורת מכיוונים שונים. כך, למשל, מהניתוח הכלכלי: Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Privacy*, in PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY: AN ANTHOLOGY 333 (Ferdinand David Schoeman ed., 1984); או מצד הניתוח הקהילתני: AMITAI ETZIONI, *THE LIMITS OF PRIVACY* 183 (1999).

99 העדרה של הוראה מקבילה לס' 5 שבחוק איסור לשון-הרע בולט עוד יותר לנוכח העובדה שבחוק הגנת הפרטיות יש זכות לקרובי-משפחה לתבוע בגין פגיעה בפרטיות אשר אירעה בחייו של המת אך הוא לא הספיק לתבוע בגינה, או להמשיך בתביעה שהוגשה ערב מותו של הנפגע. ס' 25 לחוק הגנת הפרטיות זהה כמעט לס' 25 לחוק איסור לשון-הרע שנידון לעיל.

100 ס' 9(10) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, קובע כי רשות ציבורית אינה חייבת למסור מידע שפוגע בצנעת הפרט של המת.

101 ראו דין וחשבון הוועדה להגנה בפני פגיעה בצינעת הפרט (1976) ("ועדת כהן"), שעל בסיסו נחקק חוק הגנת הפרטיות. הדין-וחשבון פורסם בספר יצחק כהן 87 (מ' אלון, מ' בן-זאב, א' ברק, נ' ליפשיץ ומ' לנדוי עורכים, 1989). הוועדה הציעה את הנוסח הבא: "לא תקובל תובענה אזרחית או קובלנה פלילית לפי חוק זה בשל פגיעה בפרטיותו של אדם שנפטר אלא אם הוגשה התובענה או הקובלנה בחיי הנפגע וקרובי הנפטר הודיעו לבית המשפט תוך שישה חודשים מיום הפטירה על רצונם להמשיך בניהול התביעה או הקובלנה..." – שם, בעמ' 111. הנימוק: "הוראה זו נראית לנו מוצדקת בגלל האופי האישי של הפגיעה בפרטיות" – שם, בעמ' 115.

102 ראו אלי הלם דיני הגנת הפרטיות 293-302 (2003).

103 ראו הצעת חוק הגנת הפרטיות, לעיל ה"ש 47.

104 רע"א 1917/92 סקולר נ' גרבי, פ"ד מז(5) 764 (1993) (להלן: עניין סקולר).

בקשר לחשבונותיהם של המנוחים. מכאן התעוררה השאלה בדבר הגנת הפרטיות של המנוחים. כך כתב השופט גולדברג:

"בבואנו לדון בסעיף 8(2) לחוק הגנת הפרטיות יש להסיר מיד טענה שטען בא־כוחם המלומד של המבקשים, והיא כי סעיף זה אינו מגן על מי שנפטר, שכן נוקט הוא לשון 'אדם', ואין לך 'אדם' אלא מי שהוא בחיים. פירוש זה, שמשמעו כי זכות הפרטיות שהייתה לאדם בחייו על־פי החוק הופכת למירמס לאחר מותו, נוגד את תכלית החוק. זכות הפרטיות האמורה אינה עוברת מן העולם יחד עם בעל הזכות, והיא ממשיכה להיות מוגנת גם אחרי מותו. אלא שבמקומו של בעל הזכות ה'מקורי', שעם מותו אינו כשר עוד לזכויות (ראה סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962), באים יורשיו תחתיו כבעלי אותה זכות שהייתה למורישם."¹⁰⁵

משמע, בעיני בית־המשפט, הזכות לפרטיות היא בעלת אופי קנייני וניתנת להורשה. הערתו של השופט שהזכות שורדת לאחר המוות משום שזו תכלית החוק אינה מוסברת בפסק־הדין ואינה משכנעת. היא אינה נובעת מלשון החוק, שאין בו הוראה מפורשת של הגנה על הנפטר. גם ההיסטוריה החקיקתית מבהירה כי אין זו השמטה מקרית, וכך מעלה גם ההשוואה הן לחוק איסור לשון־הרע והן לסעיף 25 שבחוק הגנת הפרטיות, הקובע המשכיות תביעה שהגיש המת בחייו. הערה שיפוטית זו נותקה מהקשרה, ומצוטטת בפסיקה מאוחרת יותר.¹⁰⁶ גם שופט המיעוט באותו עניין, מישאל חשין, העיר על אופייה של הזכות לפרטיות ברוח דומה: "בעוטפו אותה בחומות שבנה לה סביב־סביב, הפך המחוקק את זכות הפרטיות לזכות מעין קניינית, ואף לערך לעצמו."¹⁰⁷ אפשר "להציל" את האמירה הבלתי־מבוססת הנ"ל אם נצמצם אותה להקשר הייחודי של יחסי בנק-לקוח, ולכך שהזכות לפרטיות נקראה כאן כדי להגן על זכויות קניין. היורשים (או הטוענים להיותם זכאים לירושה)

105 שם, בעמ' 772. הזכות לפרטיות מבוססת, אם כי לא לבדה, את החיסיון בנק-לקוח. לדיון בהיבט זה ראו ריקארדו בן־אוליאל דיני בנקאות – חלק כללי (1996).

106 ראו, למשל, פסק־דין של בית־הדין האזורי לעבודה, שפסק בעקבות עניין סקולר כי הזכות לפרטיות היא קניינו של אדם, וכי במותו באים יורשיו תחתיו – ע"ב (אזורי ת"א) 1947/00 המועצה הדתית קרית אונו – עזבון הרב ש.י. פרנקל תאומים זצ"ל (לא פורסם, 9.5.2001). אמירה זו סוטה מההצדקות המקובלות לזכות לפרטיות, המסווגות אותה כזכות אישית, ולא כזכות רכושית. ראוי לייחד את פסק־הדין לנסיבותיו. דובר בתביעת העיזבון נגד מעסיקו של המנוח בגין ימי מחלה שלא נוצלו. המעסיקה טענה שהמנוח דווקא ניצל את ימי המחלה. כרגיל, נטל ההוכחה הוטל על התובע, וברור שראיה טובה להוכחת אי־מחלתו של המת היא תיקו הרפואי. העיזבון התנגד לחשיפת התיק, בטענה של הגנת הפרטיות. לאחר הקביעה שהעיזבון ירש את הזכות לפרטיות, הרחיק בית־הדין וקבע שעל העיזבון לחתום על כתב ויתור רפואי. לטעמי, כל הדיון הזה לא היה במקומו. דיני הראיות היו מספיקים כאן: משהעלה הנתבע ספק ממשי בדבר היות התובע בריא, הנטל הוא על התובע להוכיח אחרת. משלא עמד בנטל – דין התביעה להידחות.

107 עניין סקולר, לעיל ה"ש 104, בעמ' 775.

יורשים גם את חשבונות הבנק, כעניין של הורשת זכות קניינית בכספים שהיו שם. כאשר יוכרוז כיורשים, ממילא יהיו רשאים לעיין בספרי הבנק בקשר לחשבונות. אולם במקרה שלפנינו, בלי אבחון כזה, נהפכה הזכות האישית תחת עטו של השופט לזכות רכושית. כמו במקרים קודמים, בעניין סקולר אין הצדקה להכרה בזכות לפרטיות לאחר המוות. ההצדקות הפנימיות של הזכות ("מסננת הזכות הפרטיקולרית"), שהן אישיות במהותן, מכתיבות דווקא אי-הכרה בזכות לאחר המוות, ולפיכך יישום של תיאוריית הרצון ושל תיאוריית האינטרס גם יחד מוביל למסקנה כי אין להכיר בזכות. לשון החוק וכוונת המחוקק מחזקות מסקנה זו. אבל לבד מהעדר הביסוס להכרה בזכות המת לפרטיות, נראה לי כי בקובעם שיש זכות כזו, החמיצו השופטים פן חשוב של הזכות לפרטיות, בכך שהפקידו את פרטיות המת בידי יורשיו מקרב בני משפחתו. מפני מי אדם מבקש לשמור סוד ולא לחשוף פרטי-אמת? אפשר לתאר כמה קבוצות-התייחסות לעניין זה. אחת הקבוצות שהפרטיות מגינה מפניהן היא דווקא המשפחה, והנה דווקא בידיה הפקיד בית-המשפט את פרטיות המת.

(2) מעגלים של פרטיות

הזכות לפרטיות זכתה בהגדרות רבות – לפי המגדיר, לפי ההצדקה שאומצה לזכות ולפי מקור האיום על הפרטיות. ריבוי ההגדרות מעיד על מורכבותה של הזכות, אך גורר גם בלבול, קושי להפנים אותה והעדר אחידות ביישומה המשפטי. הדיון במהותה של הזכות חורג ממסגרת מאמר זה, ולפיכך אניח לצורך הדיון את ההגדרה המקובלת ביותר, הנוגעת בשליטתו של אדם בעצמו.¹⁰⁸ אלן וסטין הגדיר את הפרטיות כך: "The claims of individuals, groups or institutions to determine for themselves when, how and to what extent information about them is communicated to others."¹⁰⁹ הוויכוחים בדבר היקפה של הזכות באים לידי ביטוי גם בהקשר של מקור האיום המרכזי על הזכות. עמדה אחת רואה במדינה אֵם כל חטאת, ומתוך כך מגדירה את הזכות ומגינה עליה בעיקר בהקשר של היחסים בין המדינה לבין אזרחיה, ואילו עמדה אחרת מגדירה את הזכות מתוכה, ולא דווקא על-פי מקור האיום עליה.¹¹⁰ לפי העמדה

108 להרחבה ראו בירנהק, לעיל ה"ש 98.

109 WESTIN, לעיל ה"ש 98.

110 הפער בין העמדות בקשר לפרטיות מתבטא בהשוואת המצב המשפטי בארצות-הברית לזה שבאירופה. החוקה האמריקנית אינה מעגנת במפורש את הזכות לפרטיות. התיקון הרביעי לחוקה מגביל את סמכויות החיפוש והתפיסה של המדינה, ובתי-המשפט זיהו בחוקה "מרחבים של פרטיות" (zones of privacy) – ראו: Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) – והסיקו מכאן בעיקר את חובתה של המדינה לא להתערב בהחלטותיו של אדם בקשר לניהול חייו. פרטיותו של אדם במסגרת המשפט הפרטי, כלומר ביחסים שבין אדם לאחרים או לתאגידים, נותרת ללא הגנה כוללת. עם זאת, יש במשפט האמריקני הגנה (פדרלית) בקשר לסוגים מסוימים של מידע רגיש, כגון מידע רפואי או בנקאי, וכן הגנות פרטיקולריות במשפט המקובל ובמדינות השונות. באירופה ננקטה גישה שונה, הקובעת את הזכות לפרטיות

השנייה, של הצדקת הזכות, אין לה קיום לאחר מות האדם. לפי העמדה הראשונה, ראוי לבחון את הסוגיה לפי מקורות האיום הפוטנציאליים על הפרטיות: המדינה, המשפחה וצדדים שלישיים.

א. המדינה – למדינה אין בדרך-כלל עניין בסודותיהם של המתים ובפרטיותם. הם אינם מהווים סכנה בטחונית כשלעצמם, ואכיפת החוק לגביהם – אם נחשדו בעברה – אינה רלוונטית עוד. אומנם, המדינה עשויה להתעניין בחייהם של המתים לצורכי חקירה – למשל, חקירת מותם – ואכן עומדות לרשותה סמכויות בקשר לכך, ובכלל זה חוק חקירת סיבות המוות, המתיר נתיחה של הגופה בהתקיים התנאים שבחוק. במקרה אחרון זה, ההחלטה בדבר אומנם מופקדת (גם) בידי המשפחה, אולם האינטרס המוגן כאן אינו פרטיות המת, אלא שלמות הגופה, רצונו של המת בטרם מותו ואמונתו הדתית, ורגשות המשפחה (בנפרד מ"רצון המת"). כאשר המדינה משתמשת במידע של אדם או על-אודות אדם לאחר מותו, אין לראות בכך פגיעה בפרטיותו של החי שמת (ובוודאי אין בכך פגיעה במת עצמו). כמוכן, אם המידע נוגע גם באנשים חיים – למשל, כאשר מדובר בחשבון-בנק משותף לנפטר ולבת-זוגו – אזי לאיש החי יש טענת פרטיות חזקה ועצמאית, שאינה תלויה במת. המידע עשוי לשמש לחקירות של צדדים שלישיים.

ב. המשפחה – המעגל הבא של הפרטיות הוא ביחס שבין האדם (המת) לבין בני משפחתו, אשר בידיהם המשפט מפקיד (אם כך) את זכות המת לפרטיות. היחסים במעגל המשפחתי מורכבים, מטבע הדברים, והזכות לפרטיות מוזכרת בספרות כגורם שיכול לסייע בכינון אמון בין קרובי-המשפחה, ובמיוחד בין בני-זוג.¹¹¹ אבל מדובר בפרטיות של בני-הזוג כלפי חוץ, ובהתאמה – של המשפחה כלפי חוץ. בתוך הזוגיות או בתוך המשפחה הפרטיות נשמרת. לכל אחד מבני המשפחה יש זכות לפרטיות כלפי

כעיקרון רחב שאינו תלוי במקור האיום – בין שהוא נעוץ במדינה או בגורמי השוק. ראו, למשל, את ס' 18(1) ל-ECHR (European Convention for the Protection of Human Rights) "Everyone has (and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 222) the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence". הזכות אינה מוחלטת, והגדרתה (בס' 8(2)) מכירה ביכולת לאזן את הזכות עם אינטרסים וזכויות אחרים, בתנאים הקרובים לאלה המופיעים בפסקת ההגבלה הישראלית. בישראל אומצה הגישה האירופית. חוק הגנת הפרטיות קובע בס' 1: "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו." המהפכה החוקתית הדגישה את הזכות לפרטיות גם במישור הציבורי. ראו ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בג"ץ הכיר בזכות לפרטיות כזכות-יסוד, בהקשר של העברת מידע בין המדינה לבין הבנקים. ראו בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842 (2004). למרות זאת, הדיון הפסיקטי בישראל בהצדקותיה של הזכות לפרטיות נמצא עדיין בחיתוליו, אם כי הערות השופטים מכוונות להצדקות המתבססות על האדם עצמו.

111 ראו: Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L.J. 475 (1967–1968).

בני משפחתו האחרים, שכן דווקא בסביבה האינטנסיבית של המשפחה חשוב לשמור על מרחב אוטונומי, עצמאי, שבו יוכל הפרט להיעזב במנוחה.¹¹² על רקע זה מובן החשש מתרגום האינטרס של בני המשפחה, כיחידים או קבוצה, ל"זכות המת". זהו "כבוד הפמיליה" שהוצג קודם לכן בהקשר של הגנת השם הטוב. החשש הוא שהעלאת טענה בדבר זכות המת אינה אלא מסווה לאינטרסים אחרים, אשר לבני המשפחה לא נוח (מבחינה חברתית או משפטית) להעלותם ככאלה, ועל-כן הם מעדיפים תחת זאת לדבר בשמו של המת. כאשר האינטרס של בני המשפחה מתורגם לזכות של המת, מסייעת לראשונים נטייתם של בתי-המשפט להפליג לרטוריקה נשגבת-משהו בדברם על-אודות מתים. יתר על כן, במקרים שבהם הפרטיות או האינטרס של בני המשפחה מתנגשים בזכות או אינטרס אחרים, כגון חופש הביטוי, כדאי להם להציג ולתרגם את האינטרס לזכות. אם בית-המשפט ישתכנע ויכיר ב"זכות המת", התוצאה תהיה שזכות המת תוצב ברמה נורמטיבית אחת עם חופש הביטוי – הצבה שגוררת איזון אופקי. אם גם יצליחו בני המשפחה לגמד את הזכות היריבה ולהציגה כאינטרס בלבד, אזי יתקבל איזון אנכי, שבו תהא ידם על העליונה. קשת המצבים שתוארה קודם לכן בקשר ללשון-הרע מתאימה גם כאן. במצב הראשון יש ניגוד אינטרסים בין החי שמת לבין קרוביו. בהקשר של פרטיות מדובר במצב שבו גם בני המשפחה אינם מודעים לתוכן המידע הפרטי על-אודות הנפטר – למשל, קשר רומנטי מחוץ למסגרת המשפחתית, ילד מחוץ לנישואים, נטייה מינית, מחלה מסוימת או הרגלים כאלה ואחרים שנשמרו בפרטיות – גם, ואולי בעיקר, מפני המשפחה.¹¹³ במצבים כאלה, אם אנו מעוניינים באמת ובתמים להגן על פרטיותו של המנוח, אזי בני המשפחה הם האחרונים שיש להפקיד בידיהם את השליטה בפרטיות המת, וראוי שהמת ייקח איתו את סודו. במצב השני, של זכויות הכרוכות זו בזו, בני המשפחה מודעים לתוכן המידע הפרטי של המת, והנסיבות הן כאלה שחשיפת מידע על-אודות המת תגרור ממילא חשיפת מידע פרטי על-אודות מי מבני המשפחה החיים. חשיפת סוד על האחד עלולה לחשוף סוד על האחר. למשל, בפרשת מותה של עופרה חזה ז"ל, שנדונה בעקיפין בעניין אשכנזי, חשיפת מידע פרטי על סיבת המוות הייתה מעוררת בקרב הציבור את הסברה – ובמידת הסתברות גבוהה – שגם בן-הזוג חולה, כלומר, יש חשש לפגיעה בפרטיותו של החי בקשר למצבו הבריאותי. במצבים כאלה לבני המשפחה יש טענה עצמאית לפגיעה בזכותם שלהם, ואין צורך

112 בית-המשפט העליון הביע עמדה דומה, בניגוד לעמדתו של בית-הדין הרבני, שסבר כי לאישה אין זכות לפרטיות אל מול בעלה, הגם שהשניים היו בהליכי גירוש. ראו בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה (טרם פורסם, 14.5.2006).

113 בית-המשפט שדן בבקשה לפתוח בחקירת סיבות מותה של עופרה חזה ז"ל מצא כי "החיץ מאחוריו הסתתרה המנוחה היה אטום וחתום גם מפני בני משפחתה, כולל אחיותיה האהובות, אליהן היתה קרובה מאוד. בחקירותיהן הודו האחיות שגם בימיה האחרונים, בשיחות שניהלו עם המנוחה בהיותן ביחידות, לא אמרה להן אחותן את האמת, והתחמקה מלתת להן פרטים." חס"מ (שלום ת"א) 105/05 חזה נ' משרד הבריאות, תק"ש 2006 (3) 20938 (2006).

לטעון בשם המת. במצב השלישי, של פגיעה ברגשותיהם של בני המשפחה החיים כתוצאה מפרסום המידע על־אודות יקירם, יש לטעון בשמה של פגיעה זו, ואין מקום להציגה כזכות של המת. המצב הרביעי הוא של פגיעה בבני המשפחה שאינה פגיעה בזכותם העצמאית או ברגשותיהם הראויים להגנה משפטית, אלא גרימת מבוכה או בושה. דוגמה לכך היא בושטה של משפחה לנוכח נסיבות מותו של אדם, כגון מחלה נפשית או התאבדות, לנוכח עבר פלילי של המת שלא התפרסם ברבים, ובחברה דתית – לנוכח התפקדות של הילדים, למשל, או נישואים בין־דתיים. המצב החמישי הוא של ייצוג־אמת של רצון החי שמת.

בדומה לדיון בטענת כבוד המשפחה בקשר ללשון־הרע, המסגרת המשפטית קיימת: אם בית־המשפט מזהה שלבני המשפחה יש זכות משל עצמם (המצב השני) או אינטרס מוגן אחר (המצב השלישי), על בית־המשפט להציג את הדברים לאשורם ולנסח את מערך האיוונים בהתאם. אם יוזה בית־המשפט שמדובר במצב הרביעי – "כבוד הפמיליה", שבו בני המשפחה מתיימרים לטעון בשם המת וזכותו לפרטיות אך מבקשים למעשה להגן על כבודם שלהם, ולא מתוך רצון כן לממש את רצון הנפטר (המצב החמישי) – אזי עליו להסיר את המסווה ולדחות את התביעה בהעדר עילה. בעיניי, זו תביעה המוגשת בחוסר תום־לב. רק המצב החמישי מצדיק הכרה ב"זכות המת".

ג. צדדים שלישיים – מקור איום נוסף על הפרטיות הוא צדדים שלישיים, דוגמת התקשורת וגורמי מחקר (מדענים, ביוגרפים והיסטוריונים). ההגנה מפני מבטה החודרני של התקשורת היא שדרבנה את וורן וברנדייס לכתוב את מאמרם הנודע שסימן את ראשיתה של הזכות המשפטית לפרטיות.¹¹⁴ החשש מן התקשורת והיותה איום על הפרטיות, מחד גיסא, וההכרה בחופש הביטוי והעיתונות, מאידך גיסא, באים לידי ביטוי גם ברבים מהכללים שבחוק הגנת הפרטיות בישראל. החוק מנסה להבחין בין התחום הפרטי לבין התחום הציבורי, ומגביל את פעולת התקשורת בתחום הראשון, בכפוף לחריגים.¹¹⁵ לתקשורת עומדת גם הגנה כללית המובנית בתוך החוק, והיא כי הפגיעה בזכות שירתה עניין ציבורי.¹¹⁶ הגבלה נוספת נוגעת בגישה לחומר

114 ראו Warren & Brandeis, לעיל ה"ש 98. ראו גם: Oscar H. Gandy, The Panoptic Sort: A Political Economy of Personal Information (1993); Jeffrey Rosen, The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America (2001).

115 צילום ברשות היחיד אסור (ס' 2(3) לחוק), ואילו צילום ברשות הרבים מותר. פרסום הצילום, אם הוא מבזה או משפיל, אסור (ס' 2(4)). לדיון ראו רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט(6) 554, פס' 35–45 לפסק־דינו של הנשיא ברק (2005).

116 ס' 18(3) לחוק. בתי־המשפט פירשו את המושג "עניין ציבורי" בצמצום, כך שהוא אינו משתרע על כל "עניין לציבור". ראו, למשל, המ' (מחוזי ת"א) 5360/85 אברהם־צירה נ' העתון חדשות, פ"מ התשמ"ה(3) 478 (1985). בהקשר קרוב העיר השופט חשין כי "לעניין זה יש להבחין הבחן היטב בין פירסום שם חשוד שנועד להשביע רעבון של רכילות לבין פרסום שם שנועד להעמיד את הציבור על המשמר" – בש"פ 5759/04 תורג'מן נ' מדינת ישראל,

ארכיוני המצוי בידי המדינה. כך, למשל, "תיק פרט" המופקד בגנזך המדינה מוגבל לעיון למשך שבעים שנה. במקרים רבים, אם לא בכולם, המשמעות היא שהתיק מוגבל לעיון גם אחרי מות האדם.¹¹⁷

שוב, חשוב לשים לב למחיר שכרוך בהכרה בזכויות המת, ולכך שגם אם וכאשר נכיר בזכות המת לפי המתווה המוצע כאן – כזכות החי שמת, בהגבלות ובסייגים – אין זה סופו של הדיון. הזכות לפרטיות מעומתת עם חופש הביטוי של העיתונאי, הביגורף החוקר או כלי התקשורת, עם חופש העיתונות וחופש המחקר בהתאם לנסיבות, ועם הזכות (או שמא נדייק ונאמר – האינטרס) של הציבור לדעת. איוון זה צריך להתנהל הן בתוך המסגרת של חוק הגנת הפרטיות והן מחוץ לה: בתוך מסגרת החוק – משום שהמחוקק ביקש לאזן את הזכויות היריבות ונתן לכך ביטוי בהגנות שונות;¹¹⁸ מחוץ למסגרת החוק – משום שבעידן החוקתי אין בית-המשפט צריך לקבל כמובן מאליו את האיוון שהמחוקק עורך.

אלה החוששים מהפגיעה בפרטיותו של המת מעלים לא-אחת דוגמות קשות של מצבים שבהם כל חושינו מתקוממים, כגון פרסום תמונותיהם של הרוגים בפיגועים או בתאונות,¹¹⁹ או פרסום צילומים שצילם קורבן לרצח שבהם הוא נראה מקיים יחסי מין עם רוצחיו ועם אחרים.¹²⁰ אלה אכן מצבים לא-פשוטים, אולם אין מקום לעצב את הדין לפי אותם מצבי-קיצון, וזאת משני טעמים. האחד הוא שרוב המצבים אינם מגיעים לקצוות. להסדרה רחבה מדי יש מחיר, ובהקשר של הגנת הפרטיות המחיר הוא בדרך-כלל פגיעה בחופש הביטוי. את החוק יש לעצב לפי המצבים הטיפוסיים, ולא לפי מצבי-קצה. הטעם האחר הוא שהמשפט אינו חזות הכל. קיימים מנגנוני הסדרה נוספים בחברה הישראלית שביכולתם להתמודד עם קשיים אלה. למשל, כללי האתיקה של מועצת העיתונות קובעים כי לא יפורסם מידע מזהה של אדם שנפגע בטרם נמסרה הידיעה למשפחתו מפי גורם מוסמך, אלא אם כן יש נסיבות חריגות של עניין ציבורי בפרסום מיידי.¹²¹ מנגנון חשוב לא-פחות הוא התגובה הציבורית.

פ"ד נח(6) 658, 667 (2004) (שם נפסק כי על-אף הפגיעה הקשה שתיגרם לביתו של חשוד בפלילים מפרסום שמו, האינטרס הציבורי בדבר פומביות הדיון השיפוטי, חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת גוברים).

117 ראו: תקנות הארכיונים (עיון בחומר ארכיוני המופקד בגנזך), התשכ"ז-1966, ק"ת 468, והתוספת לתקנות.

118 ראו: תק' 7 במיוחד את ס' 18 לחוק, וכן את ס' 22(3), 30 ו-31 לחוק.

119 ראו ת"א (שלום ת"א) 017600/04 עזבון המנוח איתי יעקב דיין (קטין) ז"ל נ' זילברברג (טרם פורסם, 8.7.2007); עניין *National Archives*, לעיל ה"ש 72. כאמור, בית-המשפט העליון בארצות-הברית הדגיש כי האינטרס המוגן הוא של בני המשפחה החיים, ולא של המת.

120 ב"ש (מחוזי י"ם) 551/99 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-מח 38 (3) 99 (1999).

121 ראו ס' 9 לתקנון האתיקה של מועצת העיתונות, www.m-i.org.il/takanon_etika.asp (בפרסום פרטים יתחשבו המפרסמים בבקשה של בני המשפחה לא ליתן פרסום, והפרסום יהיה באופן, במידה וברגישות הראויים). אומנם, החברות במועצת העיתונות היא וולונטרית

בעקבות ביקורת ציבורית נוקבת על ערוצי הטלוויזיה הונהגו בהם כללים שונים כדי למנוע שידור של צילומי נפגעים בפיגוע, כגון הימנעות מצילומי תקריב, סריקה מהירה לפני השידור (גם אם השידור "חי") ועריכה.¹²²

2. זכויות אחרות

לצד ההגנות על אישיות האדם (הפרסונה) קיימת רשת של דינים העוסקים במקטע הזמן שבין מותו של אדם לקבורתו, ולעיתים גם מעט אחר כך. בין הדינים האלה אפשר למצוא את חוק העונשין, האוסר כניסה ללא רשות למקום קבורה והתנהגות כלפי המת לא בכבוד;¹²³ חובות מן הפסיקה והמשפט הבין-לאומי בקשר לטיפול בגופות באזור כבוש; חוק האנטומיה והפתולוגיה, העוסק בנתיחה שלאחר המוות; וחוק חקירת סיבות המוות.¹²⁴ כמו-כן אפשר למצוא בהקשר זה הנחיה של היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לנטילת זרע מן המת,¹²⁵ כללים שנקבעו בפסיקה בקשר להקמת מצבה ולכיתוב עליה, וכן חוק בקשר לסביבתה של המצבה. מבין אלה אתמקד בשני מצבים: קבורה והנצחה, ובהמשך אתהה על המושג "כבוד המת" הרווח בפסיקה.

(א) קבורה

חוקים אחדים מסדירים היבטים שונים של הקבורה: רשיון הקבורה, רישוי של בתי-עלמין, סדרי רישום נפטרים והוראות שונות בדבר הוצאות הקבורה.¹²⁶ לעיתים מתעוררת

והחלטותיהם של בתי-הדין לאתיקה אינן אכיפות, אולם מתקיימים יחסים מורכבים בין הכלל האתי לכלל המשפטי. לדיון ראו מיכאל בירנהק "אתיקה עיתונאית ברשת: על הסדרה פרטית, חופש העיתונות, כוח ותחרות" פת"ח ה' 173 (2003).

122 נקודת המפנה הייתה השידורים מזירת הפיגוע בקו 5 ברחוב דיזנגוף בתל-אביב, בשנת 1994. ראו עיריית רוזנבלום "צופים מחו על הקרנת תמונות זוועה בשידורי הטלוויזיה" הארץ 20.10.1994 א' 11; אורית שוחט "מפגש של צער לאומי" הארץ 21.10.1994 ב' 12.

123 ס' 172 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. לדיון ראו ע"פ 3338/99 פקוביץ' נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 667, 693 (2000) (הנחת ראש חזיר כרות על קבר היא פגיעה בכבוד המת).

124 ראו, בהתאמה, ס' 9 לחוק האנטומיה והפתולוגיה, חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958, ס"ח 54, ודיון בבג"ץ 3869/07 בני משפחת טויל ורד מזל ז"ל נ' כב' השופטת רייך-שפירא (טרם פורסם, 7.5.2007) (להלן: עניין בני משפחת טויל).

125 "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 (התשס"ג) www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/2DCE0B40-B4D6-441F-A792-342A33982AD6/0/12202.pdf. לדיון ביקורתי ראו איתי אפטר ונורית ענבל "נטילת זרע מנפטר ושימוש בו: הגשמת חלום או חלום בלהות? בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה" הארת דין 1 (2004) law.haifa.ac.il/lawatch/lawatch_files/2004a_zera.pdf.

126 ראו פקודת בריאות העם, 1940, והתקנות שתוקנו לפיה. לדיון בהקשר הבריטי והאירופי

מחלוקת בקשר לקבורה. בדרך-כלל מדובר במחלוקת בין המשפחה למדינה לגבי מקום הקבר – למשל, של חייל לא-יהודי שנהרג בקרב – או בסכסוך בין קרובי-משפחה היכן לקבור את יקירם.¹²⁷ במקרים כאלה העימות החברתי מנוסח במושגים משפטיים של אינטרסים וזכויות, ופעמים רבות מדובר – הן בשיח הציבורי-הפוליטי היומיומי והן בשיח המשפטי הרשמי – על "זכות המת להיקבר בכבוד", אשר נפרטת לפרטים: מיקום הקבר, שלמותו, פתיחתו מחדש וכדומה. במקרים אחרים ההתנגשות היא בין האינטרס הציבורי בעבודות פיתוח, מחד גיסא, לבין האינטרס הדתי להגן על קברים שנמצאו באזור העבודות ועל רגשות דתיים של החיים, מאידך גיסא.¹²⁸ האם נכון לדבר על "זכות המת" בהקשר זה?

"כבוד המת" מתפקד במשפט הישראלי כזכות משפטית המטילה חובה על אחרים. כך, למשל, בהקשר של טיפול בגופות של פלסטינים. לנוכח התנהגותו של צה"ל בשטחים הכבושים בקשר לגופות, קבע בג"ץ כי למפקד הצבאי באזור יש חובה לאתר ולחפש גופות של מתים (פלסטינים), לזהותן ולדאוג לקבורתן המכובדת.¹²⁹ בין היתר דובר במקרים שבהם צה"ל לא פינה גופות מהשטח, החזיק בהן ללא קבורה או מנע את השתתפותם של בני המשפחה בלוויה. בכמה מקרים הועלו טענות מעין-בטחוניות כדי להצדיק פרקטיקות אלה, כגון חשש מהתפרעויות במהלך לוויית או צורך להחזיק בגופות לשם חילופים של גופות חיילים.¹³⁰ ארגון בצלם והמוקד להגנת הפרט בחנו פרקטיקות אלה עוד לפני האינתיפאדה

ראו: Heather Conway, *Dead, But Not Buried: Bodies, Burial and Family Conflicts*, 23

.LEGAL STUD. 423 (2003).

127 לסכסוך על מקום הקבורה ראו בש"א (משפחה אשד) 128/03 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם, 12.1.2003). בית-המשפט העדיף את רצונם של הורי המנוח על רצון אלמנתו לנוכח נסיבות המקרה, ובמיוחד לנוכח היות בני-הזוג על סף גירוש.

128 ראו, למשל, עת"מ (מחוזי ת"א) 3096/94 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו, דינים מחוזי לה (1) 448 (2005). השופט פוגלמן, בפס' 15 לפסק-דינו, מניח כי האינטרס של כבוד המת נהנה מהגנה חוקתית, אולם מוצא כי במקרה זה הפגיעה מידתית, וכי הפגיעה ברגשות הציבור אינה קשה ואינה חורגת מגבולות הסבולת. ראו גם בג"ץ 6685/05 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' חברת י.ג. ארכיאולוגיה חוזית בע"מ (טרם פורסם, 18.1.2007).

129 ראו, למשל, בג"ץ 3114/02 ח"כ מוחמד ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 11 (2002) (בקשר לפינוי גופות של פלסטינים מגנין במהלך מבצע "חומת מגן"); בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 403–404 (2004) (בקשר לקבורת פלסטינים שנהרגו מאש צה"ל במהלך פעילות ברפיח).

130 במקרים אחדים אישר בית-המשפט את סבירותם של השיקולים שהעלו גורמי הביטחון. ראו, למשל, בג"ץ 6807/94 עבאס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.2.1995). במקרה זה לא התערב בית-המשפט בהחלטת המדינה להתנות את החזרת גופתו של איש חמאס שנהרג בירושלים לצורך קבורה בעזה בגילוי מקום קבורתו של חייל שנרצח על-ידי אנשי חמאס.

השנייה, וקבעו כי המניע הראשי של צה"ל הוא ענישה קולקטיבית, המהולה ברצון לנקמה.¹³¹ בעקבות אירועי האינתיפאדה השנייה, שהגיעו לפתחו של בג"ץ, הבהיר בית-המשפט כי על המפקד הצבאי מוטלות חובות כאמור בקשר לטיפול בגופות. עם זאת הבהיר בג"ץ כי יש כאן – כמו בכל נושא – איזון אינטרסים.¹³²

השיקולים הנשקלים במסגרת הגנת זכויות המת בשלב שבין המוות לקבורה הם בחלקם ייחודיים ונפרדים מהשיקולים שביסוד "זכויות" אחרות. לצד האינטרס של בריאות הציבור, המחייב טיפול בגופה, פועלים כאן – יותר מאשר בתחומים אחרים – דינים דתיים בדבר טוהרה, קבורה ושלמות הגוף. המדינה הליברלית מותירה מרחב אוטונומי לדת, ואינה מתערבת בפרטי הקבורה. ההלכה היהודית, למשל, קובעת דינים מפורטים שביסודם חובת ההבאה לקבורה ואיסור הלנת המת, איסור ניוול המת, איסור הנאה מן המת ועוד.¹³³ המשפט מספק לקבוצה הדתית מסגרת של הגנה משפטית שבתוכה הדין הדתי יכול לפעול, דוגמת איסור ההפרעה ללוויה. באופן דומה המשפט מתיר גם את הקבורה האזרחית.¹³⁴ גם בית-המשפט מכיר באוטונומיה האישית-הדתית של המת ושל קרוביו. בתי-המשפט מביאים בחשבון את התנגדותן של משפחות לנתיחה שלאחר המוות בגופת יקירם, אם כי שיקול זה הוא רק צד אחד של האיזון החוקתי.¹³⁵

ההתייחסות המשפטית לשלבים הראשונים שלאחר המוות מגלמת גם הבנה פסיכולוגית של המוות ושל תהליך האבל.¹³⁶ לאחר המוות הגופה נראית עדיין אנושית. אנו מתקשים לראות בה "חפץ" שאין בו אנושיות. לכן אנו מתייחסים לגופה בכבוד השמור לחיים. לטיפול בגופה יש גם משמעות סמלית. זאת ועוד, מוות של קרוב כרוך פעמים רבות בהכחשה ראשונית. תהליך הקבורה, אשר כולל (לפחות בדין הדתי-היהודי) גם שלב של זיהוי הגופה, מסייע בהפנמה הראשונית של עובדת המוות.¹³⁷ בהעדר גופה וקבורה עלול להתעורר ספק בדבר גורלו של הקרוב. הזיהוי והקבורה יוצרים ודאות. הקבורה מסמנת את ראשית התמודדותם של הקרובים עם מותו של יקירם. הפעולה הפיזית של הקבורה יוצרת חיץ בין החיים "כאן" לבין המת "שם". הקיבוע הפיזי של המת מנכיח את עובדת המוות אצל

131 יחזקאל לייך גופות אסורות 13-15 (1999).

132 בבג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1 (1992), דחה בית-המשפט עתירה נגד החלטת המשיב שם להורות על קיום לוויה בלילה, ולא ביום, וקבע כי בהתנגשות "חזיתית" בין כבוד המת ומשפחתו לבין שיקולי ביטחון, הביטחון גובר.

133 לדיון ראו צבי יהודה בן יעקב "קביעת יורש על-סמך בדיקת D.N.A. תחומין כב 412, 419-424 (2001/02).

134 חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996, ס"ח 249.

135 ראו בג"ץ 754/03 בני משפחת שרחה יוסף ז"ל נ' כב' השופט דוד מיניץ, פ"ד נו(5) 817, במיוחד פס' 7 (2003), שם הבהיר הנשיא ברק כי מול שיקולי חקירה שונים ניצבים שיקולי הדת, המצפון והאמונה. כן ראו עניין בני משפחת טויל, לעיל ה"ש 124.

136 בעדות שונות מקובלים מנהגי אבלות שונים. בחברה הישראלית הרב-תרבותית הדבר גורר לעיתים עימותים. ראו את עדותו של ויצטום, לעיל ה"ש 32, בעמ' 107 ואילך.

137 ראו הארייט סרנוף שיף חיים עם השכול (שרגא גפני מתרגם, 1983).

החיים. הוא מאפשר את ראשיתו של תהליך ההתאבלות וההשלמה עם מותו של האהוב. הוא יוצר מקום שמסמל את המת, מקום שבו הוא "נמצא". זאת הסיבה לכך שקרובים מבקשים לוודא את זהות קרובם שמת, שהגופה שתחת המצבה היא אכן גופת יקירם.

במקרה שבו היה חשש לטעות של רשויות הצבא בקבורת החיילים גיא גולן ז"ל ורוז טבי ז"ל, שנהרגו בקרב בלבנון ("אסון השייטת", ספטמבר 1997), ביקשו האבות השכולים לוודא את הזהוי, גם במחיר של פתיחת הקברים ועריכת בדיקות זיהוי חוזרות. אמותיהם של החיילים התנגדו. לאחר דיונים בוועדות שונות הוסכם על בדיקה חוזרת של האיברים שנשמנו בקברו של גיא גולן ז"ל. התברר שנפלה טעות מרה. אז ביקשה משפחת גולן להורות על פתיחת קברו של רוז טבי ז"ל, כדי לברר אם איבריו נטמנו שם בטעות.¹³⁸ משפחת טבי התנגדה. בית המשפט נענה לעתירה בנימוק שלא היה משפטי כמעט, וככל שהיה כזה, הוא נסמך על דיני החוזים: בני משפחת טבי אינם יכולים לחזור בהם מהסכמתם הראשונית. פרשה עגומה זו מראה את הצורך הנפשי העמוק של אבלים לדעת שיקירם קבור תחת המצבה הנושאת את שמו. הפרשה חושפת גם עמדה אחרת, המבקשת להניח למתים. בית המשפט ציין בפסק דינו כי "יתכן מאד, שבחוכמה שלאחר מעשה, ניתן לאמר שצדקו האמהות שהתנגדו לפתיחת הקברים. אולי היה טוב יותר לולא היו פותחים קבר כלשהו בנסיבות העניין, ומניחים לנפטרים לנוח בשלום על משכבם".

הצורך להביא גופה לקבר ישראל – הנזכר, למשל, בקשר לגופות של חיילים שנפלו מחוץ לגבולות המדינה – משקף את הצורך בקרבה הפיזית אל המת. מובן שלביטוי "קבר ישראל" יש גם משמעות לאומית ודתית. המוות בכלל אפוף משמעויות במעגלים שונים מבחינת קרובי המשפחה של המת ומכריו. יש משמעות אישית, כמובן, אבל יש גם משמעויות קהילתיות ולאומיות. בשנים האחרונות דווחו כמה מקרים של חיילי צה"ל אשר נהרגו אולם מחמת ספק ביהדותם לא נקברו בתוככי בית הקברות הצבאי.¹³⁹ הכאב האישי והזעם הציבורי שהתעוררו בעקבות אירועים אלה משקף, בין היתר, את הקשר שבין המשמעות הלאומית של המוות לבין המשמעות האישית שלו בעבור קרובי המשפחה. חלק מתהליך האבל הוא מתן משמעות למוות. למדינה יש עניין לספק משמעות כזו וליצור אותה (בין היתר, כדי להצדיק את שליחת החיילים לפעולה מלכתחילה). לשם כך המדינה מטפחת רגשות לאומיים ומחויבות ללאום, למדינה ולסמליהם, דוגמת הדגל. אמצעים נוספים למימוש מטרה זו הם החינוך ("מורשת קרב") ובעיקר שורה של מנגנונים תרבותיים שרובם סמויים מן העין.¹⁴⁰ סיסמות כגון "במותם ציוו לנו את החיים" מבקשות להצביע על סיבת

138 בג"ץ 4951/99 גולן נ' שר הביטחון, פדאור (2) 793 (1999). ראו גם בג"ץ 1868/00 גולן נ' ראש המטה הכללי, פדאור (1) 321 (2000) (העוסק בעתירתה של משפחת גולן בדרישה להדיח את הרב הצבאי הראשי לצה"ל).

139 ראו, למשל, דוד רטנר ויאיר שלג "החייל שנהרג בפיגוע בעין עריק ייקבר היום בחלקת הלא יהודים" הארץ 22.2.2002; עמוס הראל "ביקורת בצה"ל על אופן קבורת רוז'קוב" הארץ 14.3.2002.

140 לדיון ראו, למשל, מנחם מאוטנר "גלי צה"ל או ההאחדה של הרוק והמוות" פלילים ט 11 (2000).

המוות: המוות לא היה חסר טעם, אלא יש לו מורשת, יש לו נכס רוחני שניתן לצוותו, כשם שמעבירים רכוש בצוואה. נכס זה הוא המיתוס של ההקרבה המכוננת את המדינה.¹⁴¹ כל אלה הם קצה הקרחון של תופעות ותהליכים חברתיים מורכבים מאוד. המשפט נמצא בדרך-כלל מחוץ להם. תהליכים אלה – התפקיד שהקבורה ממלאת בתהליכי מתן המשמעות לאירוע המוות עצמו ובתהליכי ההתאבלות – מנוסחים לעיתים בצורה שונה. במקום להדגיש את המשפחה, הקרובים, הקהילה והמדינה, האינטרס של המשמעות והאבל מנוסח מנקודת-מבט של המת: המת זכאי למנוחה – "ינות על משכבו בשלום". בבתי-המשפט אופן הניסוח הזה לובש לבוש משפטי, ומתואר כזכות של ממש – זכות להיקבר, זכות לכבוד. כך, למשל, מעיר בית-המשפט אגב דיון בעתירה שהתנגדה לדרישת תשלום בעבור חלקת קבר סמוך לבן-הזוג שכבר נפטר ונקבר: "לכל אדם זכות להיקבר בכבוד. זכות זו חוסה תחת כנפיה של הזכות לכבוד האדם, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁴² ייתכן שדרך ניסוח זו, המרחיקה את האינטרס של החיים וממקמת אותו מחדש אצל המת, היא חלק מהתהליך הפסיכולוגי של האבל.

כך היה גם בפרשת זיהוים של חללי האונייה אח"י אילת, שנפגעה באוקטובר 1967: קרובי-משפחתו של אחד החללים ביקשו, בחלוף יותר משלושים שנה, לפתוח את "חלקת האלמונים" שבה נטמנו שלוש גופות של חללי האונייה, בניסיון לזהות את גופת יקירם.¹⁴³ משפחות של נעדרים אחרים, שייתכן שגופותיהם נמצאות גם-כן באותה חלקה, התנגדו. בהתווית את המסגרת המשפטית שלאורה נבחנה העתירה, הפנה בית-המשפט העליון אל חוקי-היסוד: "כבוד האדם" הוא ערך הפורש עצמו גם לאחר שהלך אדם לעולמו. כפי שחזר והדגיש בית משפט זה, כבוד האדם כולל גם את כבודו של הנפטר עצמו, וגם את כבוד בני משפחתו המבקשים לכבד את זכרו ולהתאבל על אובדנו.¹⁴⁴ אלא שבהמשך עמד השופט אור על כך שגם לצד האחר יש זכויות – "מצד אחד, זכותם לכבוד אדם של המנוח, מנחם כהן ז"ל ובני משפחתו, אשר מילוי בקשתם יצריך הוצאת גוויות מן הקבר; ומנגד זכותם לכבוד אדם של שתי הגופות האחרות הטמונות בחלקת הקבר ובני המשפחות המתנגדות להוצאת הגופות מן הקבר, שלחלקן זיקה משפחתית אליהן".¹⁴⁵ צד אחר זה מנוסח שוב בהמשך, והשופט אור כותב כי הוצאת הגוויות מן הקבר תגרום לפגיעה "בזכות החללים שלא תוטרד מנוחתם".¹⁴⁶ ההתפתלות הלשונית של השופט והניסוח האומלל בדבר "זכותם לכבוד אדם של שתי הגופות" ממחישים את המצוקה העיונית. המת אינו עוד נשא של

141 לדיון ראו עזריהו, לעיל ה"ש 34, בעמ' 120. לדיון במיתוס הגבורה ובתרבות השכול בישראל ראו גם אליעזר ויצטום ורות מלקינסון "שכול והנצחה: הפנים הכפולות של המיתוס הלאומי" אובדן ושכול בחברה הישראלית 231 (רות מלקינסון, שמשון רובין ואליעזר ויצטום עורכים, 1993).

142 ע"א 9486/00 וירג נ' המועצה הדתית כרמיאל, פ"ד נו(1) 565, 570 (2002).

143 בג"ץ 4225/01 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(4) 155 (2004).

144 שם, פס' 16.

145 שם, פס' 26.

146 שם, פס' 29.

זכויות אדם, ובכלל זה אינו נשא של כבוד האדם. הנשאים האמיתיים של הזכויות בפרשה עגומה זו הם בני המשפחות, והמאבק הוא בין משפחות החיים, לא בין המתים. ככל שכך, לפי תיאוריות הזכויות השונות, אין להכיר כאן בזכות המת. אכן, בבוחנו את החלטת משרד הביטחון לא לערוך את הבדיקה, סמך בית-המשפט את ידיו על שיקול-הדעת שהופעל. שיקול-דעת זה הביא בחשבון את צורכי החיים בהנצחה ובאבל, את דרכי האבל השונות של המשפחות ואת בריאותם של החיים. לביטוי "כבוד המת" לא ניתנה משמעות חוקתית מעשית, והביטוי נותר מטבע-לשון ריק מן הבחינה המשפטית.

אבל גם במקרים כאלה נראה לי נכון לומר "משפטית" כי למת אין זכות לקבורה. יש להניח שלרבים מהחיים שמתו הייתה ציפייה שינהגו בהם בדרך מסוימת לאחר מותם, וציפייה זו היא שראויה להגנה מהטעמים שהוסברו בחלק הראשון של המאמר. למטבע-הלשון הננקט לפעמים בדבר "כבוד המת", הנגזר מ"כבוד האדם", יש תוקף רק כאשר כוונתו לדבר אחר: ציפייה למימוש אמונות דתיות וצרכים (אמיתיים וחזקים) של החיים. אלה השיקולים שמכוונים ומעצבים תחילה את הפרקטיקות החברתיות, ובשלב שני את הכללים המשפטיים העוסקים בכך. תיאוריית הרצון מכירה בזכויות של האדם החי, ובמקרים המתאימים – ובהעדר טעם נוגד משכנע – אין מניעה שהזכויות ייאכפו גם לאחר מות האדם, כאשר הן מגלמות רצון של החי בקשר לעצמו לאחר מותו. גם לפי תיאוריית האינטרס, הציפייה של החי בקשר לגופתו היא אינטרס ששורד לאחר המוות, ולכן ניתן להכיר בה כזכות. ההכרה בציפייה או באינטרס ששורדים לאחר המוות כפופה לסייג הסבירות. לאדם מן היישוב בישראל יש ציפייה סבירה לקבורה, אולם ציפיותם של חיילים בעיתות קרב עלולה, למרבה הצער, לא לעמוד במבחן הסבירות. סייג נוסף למימוש הזכות הוא איוון הזכות עם זכויות ואינטרסים אחרים, ככל שיש כאלה, כך שאין זה מובטח שידו של המת תהיה על העליונה.

(ב) הנצחה

שני מצבים מרכזיים נידונו בבתי-המשפט בהקשר של הנצחה: האחד נוגע בכיתוב על המצבה,¹⁴⁷ והאחר נוגע בהנצחתו של אדם שאינו ראוי לכבוד. בסוג הראשון, בסכסוך הטיפוסי, ביקשה משפחת המנוח להוסיף כיתוב מסוים (תאריך או כיתוב לועזיים, תוספת לכיתוב הצבאי הסטנדרטי או שינוי שלו), אולם חברה קדישא או משרד הביטחון, בהתאמה, סירבו. הדיון התנהל במסגרת משפטית של המשפט הציבורי (אם במישרין ואם מפני שבית-המשפט ראה בחברה קדישא, במקום שבו הייתה מעורבת, גוף דו-מהותי). ברוח המתודולוגיה החוקתית של שפת האיוונים, המקובלת בבית-המשפט העליון הישראלי, בחן בית-המשפט את מערך הזכויות והאינטרסים, ונדרש, בין היתר, להמשיג את הזכויות היריבות לאינטרס הציבורי. מטרת הדיון כאן היא לבחון אם וכיצד הומשגה "זכות המת" בפסיקה בנושא זה, מה הטעמים שניתנו לקיומה, אם ניתנו, ואם הם עומדים במבחן

147 ראו גם ס' 174 לחוק העונשין, העוסק באיסור פגיעה בבנייני ציבור ובמצבות, ואת ע"פ 176/71 ברוך נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 667 (1972).

הביקורת. מתוך הדיון נחלץ גם את הסייג הרביעי – בדבר האיזון החוקתי הנדרש – להכרה המוגבלת בזכות החי שמת למימוש ציפייה סבירה שלו לאחר מותו.

(1) כיתוב על מצבה

בעניין חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, שהוא פסק-הדין המרכזי והראשון בעידן החוקתי בשרשרת של פסקי-דין בנושא, ביקש אלמן לרשום על מצבת אשתו המנוחה את שמה באנגלית ואת תאריכי לידתה ופטירתה בספרות.¹⁴⁸ רצונו הוסבר בכך שרעייתו חיה רוב שנותיה בארצות-הברית, הוכרה בשמה הלועזי, וחייה התקיימו לפי לוח-השנה הלועזי, ולא העברי. בקשתו הושתתה גם על רצון מכריה, ורצונו שלו בכלל זה, להתייחד עם זכרה בדרכם שלהם. החברה קדישא התנגדה. השופט ברק תיאר את מערך האינטרסים והזכויות הניצים: מצד אחד ניצב הערך החברתי בדבר הלשון העברית; ומולו ניצב כבוד האדם, וכפי שברק מדגיש – של הנפטר ושל קרוביו:

"כבוד האדם אינו רק כבודו של האדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בליבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר – לעיתים רציונאלי ולעיתים בלתי רציונאלי – בין החיים לבין המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכנו ואשר נותן ביטוי למאויי הנפש הנכספים. זוהי היד' שהחיים מושיטים למתים. זהו הביטוי החיצוני המשקף את הקשרים הפנימיים בין הדורות... הפגיעה בכבוד האדם מקורה בשלילת החירות לעצב את תוכן המצבה כפי שהמנוח (בחייו) ומשפחתו (לאחר מותו) מבקשים לעצבה... אף כאן יש לזכור, כי כבוד האדם הוא כבודם של כל הנפטרים הקבורים בבתי-קברות ושל בני משפחתם."¹⁴⁹

יש לשים לב לכמה יסודות בתיאור זה. ראשית, ברק כורך את זכויות החיים ואת רצון המתים יחדיו. יש כאן הבנה מעמיקה של הקשר הבין-אישי בין המתים לחיים וחיוניותו להווייה האנושית. שנית, וכנספח ליסוד הראשון, ברק רואה בשאלת הזיכרון (של החיים ביחס למתים) יסוד אישי שהוא חלק מכבוד האדם, ולאחר הסרת הלשון המשפטית ניתן לומר כי זכרון המתים הוא מרכיב מרכזי באנושיותם של החיים. שלישית, ברק מקפיד

148 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום). פסק-הדין המרכזי בעידן הטרומ-חוקתי הוא ע"א 280/71 גרעון נ' חברה קדישא גחש"א, פ"ד כז(1) 10 (1972). המסגרת המשפטית של הדיון הייתה חוק החווים האחידים, ומעמדו של הסעיף בחוזה ההוראות לבניית המצבה שקבע כי הכיתוב יהיה רק לפי הלוח העברי.

149 עניין קסטנבאום, שם, בעמ' 523. ראו גם את דבריו הדומים של הנשיא שמגר, שם, בעמ' 482: "המצבה אינה מבנה ציבורי, אלא, בראש ובראשונה, סימן מקשר אישי בין החיים, השומרים בלבם זכר הנפטר, לבין מי שהלך לעולמו; זוהי יד, שהוצבה על-ידי אלה הבאים לפקוד מקום זה, אשר נועדה, בראש ובראשונה, להם ואשר עניינם בה צריך להיות מוגן ומיוחד." ומיוחס.

להבהיר כי "כבוד המת" הוא למעשה כבודו של האדם החי שכעת הוא מת. אין הוא מדבר על "זכות של המת" במובן משפטי כלשהו של הזכות, שהרי ברור כי המת אינו יכול עוד לקבוע את הכיתוב. עם זאת, יש טשטוש־מה של ההבחנה בין חירותו של החי שמת לעצב את המצבה לבין "זכות המת". ברק מבחין אומנם בין המושגים, אך בו־זמנית מדבר על כבוד הנפטרים, כאילו הנפטר זכאי לכבוד במצבו הנוכחי. החשש כאן הוא שהרטוריקה בדבר כבוד המת תחלחל, כאילו למתים יש זכויות.

בעניין שביט נ' חברה קדישא התעוררה שאלה זוהה, אולם בית־המשפט המחוזי סבר שחקיקת חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, שבאה לאחר מתן פסק־הדין בעניין קסטנבאום, שינתה את פני הדברים.¹⁵⁰ בפסק־הדין שניתן בערעור בבית־המשפט העליון, הדגיש השופט חשין את הצורך של בני המשפחה לזכור את יקירם בדרך ובשפה שבה חי. אם לא יוכלו, הוא מעריך, "תעלה ותגבה מחיצה נפשית בין המשפחה לבין הנפטר, והנפטר ירחק מקרוביו".¹⁵¹ הוא שואל דימויים מעולם דיני הקניין והפרטיות, ומבחין בין רשות היחיד לרשות הרבים. אלה מספקים לו מסגרת נוחה לתיאור מערך הכוחות. הקבר הוא בעיניו רשות היחיד, אך בית־העלמין בכללותו הוא רשות הרבים, וחשין מדמה אותו לבית משותף, אשר יש בו, כידוע, מן ה"ביחד" אבל גם מן ה"לחוד".¹⁵² נושאי הזכויות, לפי דימוי זה, הם הנפטר ובני משפחתו, אך גם הנפטרים האחרים. תוצאת העימות, אליבא דחשין, היא עדיפות הפרט. בתארו את מערך הזכויות והאינטרסים, חשין מדמה את המתים לחיים ממש. המוות אינו משנה בעיניו. זהו רק נתון טכני. זכות המת אצלו היא אמצעי רטורי שמחזק את התוצאה שאליה הגיע, אבל לא ברור איך היא יכולה להסביר אותה.

אצל הנשיא ברק הומשג העימות החוקתית במונחים של חופש הדת, מחד גיסא, והחופש מדת, מאידך גיסא. החופש האחרון הוא "החופש של הפרט לנהל את דרכו – בחייו ובמותו – על־פי השקפתו".¹⁵³ בהמשך ברק מציג את נושא החופש מדת, ומדבר בכריכה אחת על הנפטר ועל קרוביו.¹⁵⁴ את הדיבור על "חופש הרצון של הנפטר" יש לקרוא, כך נראה לי, על רקע הביטוי הקודם. ברק ער לכך שאין למת זכויות. הזכות היא של האדם החי, בעודו חי, להביע את רצונו לנהל את חייו בחירות, ובכלל זה בתנאים של חופש מדת. הביטוי המייחס לנפטר רצון אינו זכות של המת. ברק אינו אוכף את זכות המת, אלא את זכות החי שמת. בכך דייק ברק יותר מחשין.

מול דעת הרוב הציג השופט אנגלרד מסקנה שונה, שנובעת מתיאור שונה של העימות החוקתית, ואשר מעניינת במיוחד בהקשר של הדיון פה. גם אנגלרד מדבר על עקרון חופש הדת של החברה קדישא ושל שומרי תורה מקרב קרובי הנפטרים, ומולו זכותם של קרובי

150 ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600 (1999).

151 שם, בעמ' 627.

152 שם, בעמ' 628. חשין אינו מזכיר כאן את המונח "ביחד ולחוד", אולם זו עמדת המשפט בקשר לבתים משותפים.

153 שם, בעמ' 649.

154 שם, בעמ' 652, 653.

הנפטר לחופש מדת.¹⁵⁵ להבדיל מחשין, שייחס זכויות למת, ומברק, שייחס זכויות לאדם החי לפני מותו, נראה שאנגלרד אינו מביא את "זכויות המתים" במערך האיזון/העיונות החוקתי. אבל לקראת סיום פסק־דינו הוא מעיר כי "על החברה [קדישא] לנהוג על-פי ההלכה היהודית כפי שנפסקת על-ידי המרא דאתרא; כך הוא מקידמת דנא, וכך נאמר בתנאי הרישיון, וכך כתוב במסמכים, וכך הייתה ציפיתם של רבים מבין מתי העיר, וכך דורשים רבים מבין קרובי הנפטרים".¹⁵⁶ כלומר, הגם שהוא מנסח את העיונות החוקתי בין שני גורמים חיים – חברה קדישא וקרובי המת – הצדדים לעיונות הם אחרים. חברה קדישא מייצגת בעיני אנגלרד את הציפייה של החיים שמתו, ואילו קרובי המת (במקרה זה) פועלים לפי רצונם שלהם ("החירות של קרובי הנפטר לנהוג לפי השקפת עולמם"). יוצא מכך שאנגלרד מכיר בזכות החי שמת, שמבוססת על ציפייה בחיים בקשר לקבורה (בדומה להצעתו כאן). אולם מהניסוח האחרון אצל אנגלרד יוצא שהמחלוקת היא בכלל בעיה של נציגות: מי מייצג את מי מהמתים טוב יותר? חברה קדישא מייצגת את רוב מתי העיר, ואילו המשפחה במקרה הקונקרטי אינה מייצגת את המת, אלא את רצונה שלה. המחלוקת על הנציגות חושפת את הקושי המעשי להגן על ציפיותיהם של החיים שמתו, אפילו כאשר רצונם ידוע או משוער ברמת הסתברות גבוהה. לפיכך ההכרה בזכויות המת, אפילו לפי המתווה המוצע של הכרה בציפיות סבירות של החי שמת, מחייבת הכרעה ערכית ישירה, שאין מנוס ממנה: האם אנו בוחרים בהחלטת הקולקטיב הדתי או מאפשרים לפרט בחירה אישית?

פרשת ויכסלבאום נ' שר הביטחון עימתה את העיקרון של אחדות הכיתוב על המצבות של חללי צה"ל בבתי-העלמין הצבאיים עם בקשת משפחתו של ערן ויכסלבאום ז"ל להוסיף לנוסח הצבאי הסטנדרטי את המילים "אח לג'ק, לימור ועדי".¹⁵⁷ משרד הביטחון סירב, והמשפחה עתרה. פסק־הדין הוא ביטוי ברור למעבר שחל בחברה ובמשפט מחברה קולקטיביסטית, שבה היחיד הוא פרט בתוך הקבוצה, לחברה אינדיווידואליסטית, שבה הפרט ניצב בנפרד מהכלל. העיונות בין הקולקטיביזם לאינדיווידואליזם עולה בכל עמדות השופטים, הן ברוב והן במיעוט.¹⁵⁸ פסק־הדין ספוג בתפקידים של הזיכרון וההנצחה באבל

155 שם, בעמ' 644.

156 שם, בעמ' 645 (ההדגשה הוספה – מ' ב').

157 דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995) (להלן: עניין ויכסלבאום). לדיון בפסק־הדין ובשינויי החקיקה שבאו בעקבותיו, ראו אליקים רובינשטיין "על חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון" עיוני משפט כא 21, 46–49 (1997).

158 השופטים דנו במישרין במתח שבין האישי ללאומי. השופט גולדברג הציג עמדה קולקטיביסטית ברורה. הוא כתב על "שוויון הכבוד שמעניקה המדינה לבניה שנפלו" (עניין ויכסלבאום, שם, בעמ' 205). השופט מצא כתב על המושג "שכול" כעל נחלת הכלל (שם, בעמ' 206). האחידות בבתי-העלמין הצבאיים מבטאת בעיניו את אחדות המטרה. אולם לצד זה הוא הציע להכיר במקומם של הביטוי האישי והשכול האישי. הוא ניסה ליישב את השניים על-ידי יצירת תבנית קולקטיבית שמותירה בתוכה מרחב אישי. השופטת דורנר עמדה במפורש על השינוי הנרטיבי שחל בחברה, ועל המעבר מקולקטיביזם לאינדיווידואליזם. עמדתה שלה היא

הפרטי, מחד גיסא, ובניכוס של המדינה ביחס למתיה שלחמו ונפלו בשמה, מאידך גיסא.¹⁵⁹ בעימות החוקתי שבין ערך האחידות, המגלם את "שוויון הכבוד שמעניקה המדינה לבניה שנפלו", כביטוי של שופט המיעוט גולדברג,¹⁶⁰ לבין רצון המשפחה, מילא המושג "זכות המת לכבוד" תפקיד מרכזי.

אלא שמתברר שהמושג "כבוד המת" מעורפל, ושימש הן את הרוב והן את המיעוט. השופט ברק, שהיה בדעת מיעוט בדיון הראשון ובדעת הרוב בדיון הנוסף, ביסס את חוות דעתו (הראשונה, שזוטטה בהסכמה בדיון הנוסף) על כך ששר הביטחון היה צריך להתחשב לא רק בעקרון האחידות, אלא גם בכבוד האדם, וזה כולל גם את "כבודו של הנפטר עצמו ושל משפחת הנפטר".¹⁶¹ דעת הרוב (השופט דורנר) מצטטת בהסכמה הערה שיפוטית קודמת של השופט אילון על כך ש"כבוד האדם הינו בראש ובראשונה כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו המבקשים לכבד את זכר הנפטר".¹⁶² "כבוד האדם" נפרט כאן לכבודו של המת ולכבודם של החיים. אבל המושג "כבוד האדם" המקיף גם את כבוד המת משמש גם את גולדברג בדעת המיעוט:

"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."¹⁶³

במילים אחרות, תרגום העימות החברתי שבין הקולקטיב לבין הפרט לשפה המשפטית –

-
- אינדיווידואליסטית במובהק (שם, בעמ' 208). לניתוח נרטיבי ראו גלית ברונשטיין "כולם היו בנינו? שיח שכולים ושיקולי השכול" המשפט ח 183, 190–194 (2003). לדיון במתח בדבר השליטה במשמעות השכול ראו רוזנטל, לעיל ה"ש 36, בעמ' 10, 25, 60.
- 159 ברונשטיין, שם, מציעה ניתוח נרטיבי מרתק של פסקי-הדין שעסקו בהנצחת חללי צה"ל, וטוענת שמערכת המשפט משמשת "סוכן זיכרון קולקטיבי", כלומר, המשפט משמר את ההבחנה בין אבל ציבורי לאבל פרטי, ומדחיק את הפרטי לטובת הציבורי.
- 160 עניין ויכסלבאום, לעיל ה"ש 157, בעמ' 205. גם השופט מצא, בדעת הרוב, נזקק לביטוי "שוויון הכבוד". ראו שם, בעמ' 206.
- 161 כפי שסיכם השופט לוין את עמדת ברק, שם, בעמ' 200. גם רובינשטיין, כיום שופט בית המשפט העליון, סבור ש"כבוד החייל הוא זכותו בחייו ובמותו" – ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 157, בעמ' 49 – אולם הוא אינו מנמק.
- 162 עניין ויכסלבאום, לעיל ה"ש 157, בעמ' 211, המצטט מע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, 801–802 (1993).
- 163 עניין ויכסלבאום, שם, בעמ' 205.

החוקתית עימת את עקרון האחידות עם אינטרסים אישיים. המושג "כבוד המת" גויס למלאכה, אולם הוא נמצא בשני צידי המתרס, הן בדעת הרוב והן בדעת המיעוט. זהו מצב נפוץ לגבי מושגים מופשטים: הם כוללניים עד כדי כך שאין בהם הנחיה מעשית לפעולה קונקרטית. כך גם "כבוד המת". המושג מכיל הכל, עד שאין בו כלום, ואין בו די כוח להכריע את העימות לבדו. ניתן להשיב שכבוד האדם אכן משמש אמצעי משפטי להכרעה, אלא שיש כאן ריבוי צדדים: הן כבוד המת שבשמו עתרו והן כבוד המתים האחרים שבבית העלמין, שמיוצגים בעמדת גולדברג. הצגת כבוד האדם בדרך זו מתעלמת מעובדה עגומה אחת: מדובר במתים. אצל גולדברג, היחס למת אחד מוצג כפגיעה ביחס למתים האחרים. המסקנה העולה מכאן לענייננו היא שהמושג "כבוד המת" הוא מטבע-לשון המייצג (או מסתיר) טעמים אחרים. בעניין ויכסלבאום המושג מייצג את התפיסה האינדיווידואליסטית של המוות והזיכרון (כעמדת דורנר) אך גם את התפיסה הקולקטיביסטית (כעמדת גולדברג). יש לראות מבעד למטבע-הלשון. האחידות על המצבות לא נועדה למען המתים. הם אינם מודעים לדרך אזכורם. האחידות (או האינדיווידואליות) נועדה לחיים המתהלכים בשבילי בית-העלמין. אזכור והנצחה אישיים חשובים להתמודדותם של החיים עם האבל על מות יקיריהם. אזכור והנצחה אחידים נועדו לשדר מסרים שונים לשאר החיים – למשל, שקורבנם של החיילים שנהרגו שווה בעיני הציבור ובעיני המדינה שלמענם מתו. זהו המסר הקולקטיביסטי. אין בינו לבין "זכות המת" או "כבוד המת" דבר. נראה לי שהשימוש במושג "כבוד המת" נובע מהשפעתה של השפה החוקתית, החדשה עדיין במחוזותינו, אשר מעלה על נס את המושג "כבוד האדם". צד שמצליח לייחס את האינטרס או הזכות שהוא מבקש לקדם אל המושג "כבוד האדם" – נהנה מיתרון. נראה שהיתרון הוא בעיקר רטורי. המהות נקבעת ברמה היסודית יותר, של העימות הערכי.¹⁶⁴

(2) אי-הנצחה

סוג מקרים אחר עוסק בהנצחתו של אדם שאינו ראוי לכבוד. חוק איסור הקמת מצבות זיכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח-1998, נחקק לאחר שתושבים בקרית-ארבע הקימו אתר הנצחה סביב קברו של ברוך גולדשטיין, שרצח עשרות אנשים במערת המכפלה בפורים תשנ"ד. הוריו של הרוצח עתרו נגד הפגיעה במצבה ובמתקנים, ואף טענו שהחוק בטל. השופט חשין דחה את עתירתם על בסיס פרשנות של המושג "מצבת-זיכרון" – שאותה החוק אוסר. קבר ומצבה, נפסק, מותרים. הטעם לכך הוא ההכרה בכבוד המת.¹⁶⁵ מצבת-זיכרון – אסורה. ההבדל הוא בסביבתו של הקבר – שאינו נמצא בבית-העלמין, אלא בכניסה לקרית-ארבע. סביב הקבר הוקמו משטח מרוצף, עמודי תאורה, ארון

164 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 התקבלה עתירת ההורים השכולים שעל כריות המצבות יירשם "אסון המסוקים", ולא "תאונת המסוקים", כפי שהחליט שר הביטחון).

165 בג"ץ 6195/98 גולדשטיין נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נג(5) 317, 330 (1999).

ספרים – וכל אלה, כתב חשין, שיוו למקום פאר והדר והפכו אותו לאתר הנצחה רב-רושם. החוק, כמו-גם פסק-הדין שמבקש לקיימו בדקדקנות לשונית לא-אופיינית, הם ניסיון מעניין לתחום את מעגלי הזיכרון שסביב המת: המעגל המידי, הנובע מכבודו של המת עצמו – מותר. זהו הקבר והמצבה. המעגל השני, הקהילתי – מוגבל. הפרשנות מנסה לאתר את המקום הפיזי שבו חלקת הקבר מפסיקה להיות פונקציונלית (קבורה) ואישית (אישית של המת – המצבה שהמת זכאי לה), ונהפכת לציבורית.

בפרשה אחרת שדנה בחוק זה, בג"ץ בכרך נ' שר הפנים, התעורר מצב שונה: סבתא שכולה דרשה להסיר את "מצבת-הזיכרון" של עז א-דין אל קסאם בבית-הקברות בנשר.¹⁶⁶ בית-המשפט קבע כי אין זו "מצבת-זיכרון". גם כאן ההנמקה מגלה טפח מתפיסת המוות והזיכרון של בית-המשפט, ושוב מפי השופט חשין:

"זכות עומדת לו לאדם – זכותו בחייו וזכותם של בני משפחתו, של קרוביו, של ידידיו ושל החברה בכללה לאחר פטירתו – כי יזכה לאחר פטירתו בחלקת-קבר, במקום קבורה ובמצבה-שעל-קבר. כבודו של אדם הוא, כבודו של המת הוא, כבודו של החי בנושא את כבוד המת... מקום קבורתו של אדם הוא מקום להתייחדות אוהביו ומקורביו עם זיכרו; מקום בו ייאספו בני-משפחתו, קרוביו וידידיו, מקום בו יזכרו אותו, יקראו בשמו, ידברו בו, יכבדו אותו, יאהבו אותו."¹⁶⁷

גם כאן הבחין חשין בין מעגלי זיכרון: במעגל הפנימי ביותר למת יש זכות לקבורה ולמצבה; במעגל החיצוני ביותר נמצאת "החברה בכללה"; בתווך נמצא המעגל של בני המשפחה. הזיכרון מוצג כאן לא רק כצורך של המת, אלא גם כצורך של בני-אדם אחרים. בית-המשפט הכיר בקשר שבין המת לבין החיים שהותיר אחריו. המצבה וסביבתה נהפכו למרחב של זיכרון שכבר אינו רק פרטי של המת, אולם עדיין אינו ציבורי. מרחב הזיכרון המותר הוא המשפחתי. בחינת תמונות של סביבת הקבר הובילה את בית-המשפט לקביעה כי המצבה וסביבתה לא הגיעו כדי "מצבת-זיכרון" האסורה בחוק.

לסיכום, בדיון סביב מצבות נדרש בית-המשפט לכמה מקורות נורמטיביים. כאן מופיעה שוב ושוב הטענה בדבר "כבוד המת", אולם בחלק מהמקרים ביטוי זה משמש מטבע-לשון שנועד להגן על הקשר הבין-אישי שבין החיים למתים ועל התפקיד שזכרון המתים ממלא אצל החיים. בחלק מהמקרים השופטים מדייקים ומתכוונים לכבודם ולציפייתם של החיים שמתו. עם זאת, בכמה מקרים בתי-המשפט אינם מפרטים, ונראה שאין הם מהרהרים די במושג, ומפעילים אותו כאילו למת יש זכות של ממש. בכל מקרה, הדיון מדגיש את הסייג הרביעי להכרה בציפייתו הסבירה של החי שמת: גם אם אנו מכירים בזכות מוגבלת כזו, יש להעמידה מול זכויות ואינטרסים יריבים. במקרים רבים הדיון על-אודות זכות המת אינו אלא תרגום של ויכוח ערכי – בין חופש הדת לחופש מדת (עניין קסטנבאום) או בין קולקטיביזם לאינדיווידואליזם (עניין ויכסלבאום) או בין עמדות פוליטיות כלליות (עניין גולדשטיין ועניין בכרך).

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

167 שם, פס' 11.

(ג) כבוד האדם וזכות המת

הפסיקה הזכירה את כבוד המת בשורה של הקשרים שונים כטעם להגנה על "זכות" של המת. אוכור זה נפוץ בעיקר בהקשר של סדרי קבורה והקמת מצבה, אבל גם בהקשרים אחרים, כגון קיום צוואות או שמו הטוב של המת (למשל, פרשת סנש). חוק היסוד עצמו אינו מזכיר את המת, אף שהנושא דווקא עלה בשעתו לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה.¹⁶⁸ השימוש של הפסיקה במושג "כבוד המת" מחייב אותנו לבחון בקצרה אם מושג זה אכן נגזר מ"כבוד האדם". זהו מושג מעורפל ועמום, וכשלעצמו הוא מושג ריק. הפסיקה והספרות האקדמית מתחבטות בשנים האחרונות בתוכן הראוי למושג זה בהקשרו החוקתי, בעוד השימוש במושג בשיח המשפטי הולך וגובר על-אף עמימותו.¹⁶⁹ לפיכך אסתפק בבחינת כמה פרשנויות מרכזיות למושג "כבוד האדם", ואשאל אם הפרשנויות יכולות להכיל את "כבוד המת".

העמדה הקנטיאנית בקשר ל"כבוד האדם" מבוססת על האוטונומיה של האדם.¹⁷⁰ ברגע המוות האדם חדל להתקיים, וממילא אין לו עוד אוטונומיה. אם "כבוד האדם" מושתת על האוטונומיה, אזי במות האדם אין עוד לדבר על "כבוד האדם שמת", אלא אולי רק כתיאור היסטורי של רצונותיו ומעמדו בטרם מת. בוודאי אין מקום לדבר על "כבוד המת", באשר המת אינו יכול לקיים אוטונומיה.¹⁷¹ עמדה זו עולה בקנה אחד עם תיאוריית הרצון: במות

168 ראו יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129, 138, ה"ש 34 (1995). ההצעה לא התקבלה. קרפ מעירה כי עובדה זו מעידה על אחת משתיים: הסברה שכבוד האדם כולל את כבוד המת; או העמדה ההפוכה – שאין מקום להכרה כזו. במילים אחרות, ההיסטוריה החקיקתית, גם אילו ניתנה לה משמעות פרשנית, אינה מסייעת לנו בניתוח המשפטי.

169 לדיון ראו במיוחד סטטמן, לעיל ה"ש 9; קמיר, לעיל ה"ש 52; אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם בחברות בקהילייה המוסרית" משפט וממשל ז 469 (2004), והפסיקה הנוכרת בהם. כן ראו: THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002); דליה דורנר "בין שוויון לכבוד האדם" ספר שמגר 9 (2003).

170 רייכמן סבור שהשתתת המושג "כבוד האדם" במסגרת עמדתו של קנט אינה תורמת להנהגת המושג. ראו רייכמן, שם, בעמ' 481, וכן בעמ' 502, ה"ש 82.

171 חשוב להדגיש: בדברים אלה אני מדבר על "מצב" המוות, ולא על תהליך הגסיסה המתרחש בחיי האדם, שאז בוודאי יש מקום לדבר על כבוד האדם, אשר צריך להשתרע גם על שאלות בדבר דרך המוות ומידת השליטה של האדם בתהליך – באופן מותו, בעיתוי מותו וכדומה, ככל שאלה ניתנים לשליטה. לדיון ראו: David Heyd, *Death, Dying and Dignity*, in 29 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 23 (Yoram Dinstein ed., 1999). הד מבהיר עוד כי המוות כשלעצמו אינו פוגע בכבוד, ולעולם אינו יכול להיות משפיל. עם זאת הוא מעיר, מבלי להסביר, כי: "Although people can suffer posthumous indignity (e.g., when their reputation is smeared), it is only due to the sense in which their personality continues to exist after their biological death, not to any negative value of death as such", שם, בעמ' 27.

האדם אין עוד נשא לזכויות, ואין לדבר על כבוד המת. למי שחי ומת היה כבוד אדם והייתה לו זכות ל"כבוד אדם", אבל במותו הם חדלו. הנשיא ברק מציע "הגדרת עבודה" למושג "כבוד האדם":

"...בבסיסו של 'כבוד האדם' כמושג משפטי אופרטיבי 'עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו לפי רצונו'. במרכזו של כבוד האדם מונחים קדושת חיי האדם וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, וחופש הפעולה של האדם. כבוד האדם היא החירות של האדם לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו. ביסוד כבוד האדם מונחת ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים. כבוד האדם מניח אדם בן-חורין, המהווה מטרה בפני עצמה, ולא אמצעי להשגת מטרת של הכלל או של פרטים אחרים."¹⁷²

זו עמדה רחבה, ששורשיה הקנטיאניים ברורים. אלא שכל אלה אינם מכתבים הכרה בכבודו של המת. לכל-היותר הם מחייבים הכרה ברצונו של האדם החי גם אם בעת מימוש הרצון כבר הלך לעולמו.¹⁷³

עמדה רווחת אחרת, במיוחד במשפט הישראלי, מזהה את המושג המשפטי "כבוד האדם" עם העדר השפלה. מקום שבו האקט הנבחן – חוק, החלטה מנהלית וכדומה – משפיל את האדם, יש בכך פגיעה בכבודו במידה המפעילה את חוק-היסוד. קיים ויכוח שיפוטי ואקדמי אם מימד ההשפלה הנדרש הוא סובייקטיבי או אובייקטיבי. כיצד עמדה זו משפיעה על שאלת ההכרה בכבוד המת? אם המבחן לקיומה של ההשפלה הוא סובייקטיבי, אזי במות האדם אין עוד סובייקט, ולכן פגיעה שמתרחשת לאחר מותו אינה יכולה להשפיל את האדם, וממילא אין לדבר על "כבוד האדם" או על "כבוד המת" שנפגע. מאחר שההשפלה באה אחרי המוות, גם אין מקום לדבר על רצון החי שמת. ייתכן בהחלט שחיים רבים אינם רוצים שיושפלו לאחר מותם. אולם זהו רצון בלבד, ולא זכות. גם אם יש אינטואיציה של "כבוד המת", אין היא נגזרת מהמושג "כבוד האדם" בהבנתו לפי תורת אי-ההשפלה. אם המבחן לקיומה של השפלה הוא אובייקטיבי, אזי יש בו מימד תיאורי

172 ברק, לעיל ה"ש 84, בעמ' 277 (הפניות פנימיות הושמטו – מ' ב').

173 אמנון רייכמן מציע מושג חלופי, שלפיו "כבוד האדם" הוא חברות בקהילה מוסרית של בני-אנוש. ראו רייכמן, לעיל ה"ש 169, בעמ' 479 ואילך. בני-האדם מתייחדים ביכולת השיפוט המוסרית שלהם, וחיים בקהילה. מכאן הוא גוזר את המסקנה ש"לאדם, כחבר בקהילייה המוסרית, תביעה כלפי כל אחד מחברי הקהילייה, כמו גם תביעות כלפי הקהילייה עצמה שלא לשלול את ביטוייה של החברות בקהילייה" (שם, בעמ' 495 ואילך). בעיני רייכמן, זכויות מסוימות מוגנות כלפי כל העולם, כלומר, הן זכויות In Rem. הקהילה מופקדת על מימושן של זכויות אלה. אלא שאם כך, אזי הזכות מנותקת מהאדם, וניתן לומר כי למותו אין השפעה על הזכות, אשר מוסיפה להתקיים מכוח חובתה של הקהילה. במקרה כזה תישאר חובה מבלי שיש לה זכות מקבילה.

ומימד נורמטיבי.¹⁷⁴ כעניין תיאורי, רבים אכן סבורים שיש מקום להגן על המתים. יש לנו "תרבות כללית ומשפטית" של קיום צוואות, למשל, או של שמירה על שלמות גופה, הבאתה לקבורה וכדומה. אמונה דתית ממלאת תפקיד מרכזי בעיצוב המימד האובייקטיבי הזה. אבל עמדה כזו, הקוראת לתוך מושג משפטי עמום את הנורמה החברתית המקובלת, מתעלמת מכך שבין המשפט לבין העמדה החברתית יש קשרי-גומלין. העמדה החברתית מעוצבת, בין היתר, על-סמך הנורמה המשפטית. לפיכך אין כאן הצדקה תיאורטית. כעניין נורמטיבי – אנו מגיעים שוב לשאלה אם ראוי להגן על כבוד המת. במילים אחרות, הבנת המושג "כבוד האדם" לפי תזת אי-ההשפלה אינה מסייעת לנו להשיב על השאלה אם יש להכיר בכבוד המת. לכל-היותר היא מחזקת את הסייג השני שהצעתי לעיל, שלפיו יש להעביר את ציפיית החי שמת במסגרת של סבירות. מימד ההשפלה יכול להיות מדד לסבירותה של הציפייה, אולם לא יותר מכך.

אורית קמיר מבחינה בין ארבעה סוגי כבוד: הדרת כבוד (honor), כבוד סגולי (dignity), כבוד מחיה (respect) והילת כבוד (glory). קמיר קוראת את פסקי-הדין שעסקו במצבות כמעדיפים את הכבוד הסגולי על הילת הכבוד, אולם היא עצמה סבורה כי הכללים המשפטיים היו צריכים להיגזר מ"כבוד מחיה".¹⁷⁵ בעיניי, הדרת כבוד, כבוד סגולי וכבוד מחיה אינם רלוונטיים עוד לאדם המת, אלא אולי לחי שמת. ככל שאנו מפרשים את המושג "כבוד" במובן של כבוד סגולי, המושג כשלעצמו אינו מכתוב לנו אם להכיר בזכויות המת אם לאו. הוא נותר בעמימותו, כפי שהראה לנו הדיון הקצר בעמדה הקנטיאנית ובתזת אי-ההשפלה. הנימוק של הילת כבוד, על ממדיו הדתיים, יכול להצדיק בעיני רבים נוהגי קבורה, כללים בקשר לנטילת איברים או זרע וכדומה. הטעם כאן הוא דתי – בעיני המאמינים יש זיהוי בין גוף האדם למקורו האלוהי. אך אני סבור שאין זה מעניינו של המשפט לבחון את האינטרסים הדתיים לגופם. המשפט צריך לאפשר מרחב אוטונומי לדת ולכבד את הציפייה של האדם, ככל שהיא עומדת בסייגים המוצעים פה, מבלי לתהות על מקורה של הציפייה. ההכרה בחופש הדת ובאמונות של המאמינים היא שמכתיבה את אי-ההתערבות של המשפט בנוהגי קבורה, לצד ההכרה באמונתם האחרת של מי שמבקשים, למשל, לרשום כיתוב לוועי על מצבות בחלקת קבר יהודית. בכל מקרה, הוויכוח כאן הוא על האינטרסים של החיים, לא של המתים.

דוגמה קלסית לטענה על פגיעה בכבוד המת אפשר למצוא אצל סופוקלס. סירובה של אנטיגונה לציית לצו המלכותי של דודה קראון, שהורה לא לקבור את אחיה פולינקס, הוא מושא לדיון נרחב בשאלות של שלטון החוק, הלגיטימציה של השלטון, ציות לחוק וסרבנות. את עקשנותה חסרת הפשרות של אנטיגונה להפר את הוראת המלך להפקיר את הגופה לראווה "כטרף לעופות ולשני כלבים" אפשר למצוא גם בכמה עניינים שנידונו עד

174 ראו שם, בעמ' 479 ואילך, ובמיוחד בעמ' 483.

175 ראו קמיר, לעיל ה"ש 52, בעמ' 40 (כיתוב על מצבות הוא דוגמה מובהקת לזכות אדם ש"ניתן, סביר ומקובל (אף אם לא הכרחי) לגזור אותן מכבוד האדם הסגולי..."), בעמ' 134 (פרשנות בית-המשפט) לעומת עמ' 145 ("כיתוב על מצבות היא זכות הנגזרת מכבוד מחייתו של אדם, ולא מכבודו הסגולי"), ובעמ' 37-38 (להגדרת "הילת כבוד").

כה במאמר זה.¹⁷⁶ אנטיגונה סבורה שאי־הבאת המת לקבורה היא השפלת המת ("קראון מעניק קבורה רק לאחד משני אחינו, ומשפיל את השני" – 21–22), ולכן הבאת המת לקבורה היא שמירה על כבודו (913). אי־הקבורה נתפסת בעיניה כבגידה במת (46), כמו־גם כולוול באלים (77), שכן הקבורה היא חלק מ"חקי אלים בלתי כתובים ומוצקים" (455). גם המלך קראון, בנסחו את עמדתו בשאלה היסודית של הקבורה, מנסה להצדיק את הצו האוסר את הקבורה באמצעות שימוש בשני מושגים אלה של אנטיגונה – כבוד המת וכבוד האלים. המת הוא בוגד בעיני המלך, והאלים, הוא סבור, אינם מכבדים בוגד (288–289). קבורה נתפסת בעיניו כמתן כבוד למת, ואילו המת שבו מדובר אינו ראוי ליהנות מכבוד כזה בהיותו "בוגד". לפיכך, כדי לתת ביטוי להעדר הכבוד, אין לקבור את המת (207–208, 516, 522). כבוד המת נתפס בעיני שני היריבים במחזה במובן כפול של הילת כבוד והדרת כבוד. המובן הדתי ברור יותר מאשר הדרת הכבוד: גם אנטיגונה וגם קראון רואים באי־הקבורה משום השפלה של המת. אבל המת – מת. הוא עצמו אינו מושפל. ההשפלה כאן היא מכשירנית בעיני קראון: יש בה יסוד לא־רציונלי של נקמה, וניתן לראות בה אמצעי שלטוני של הרתעה – כך ייעשה לאיש הבוגד בממשל הקיים. בעיני אנטיגונה, ההשפלה פוגעת לא רק באחיה, אלא גם בה. היא קשורה באותו קשר בין־אישי לאחיה המת, וחשה גם חובה משפחתית כלפיו. לפי קריאה זו של הטקסט, השפלת המת והפגיעה בכבודו אינם אלא מאבק בין החיים: קראון, אשר מחפש מזור להשפלתו ומבקש להרתיע את נתיניו; ואנטיגונה, המבקשת שלוה לנפשה.

מכל זה עולה שהמושג "כבוד האדם" כשלעצמו, וכפי שהוא מופעל כיום במשפט הישראלי, אינו ביטוי־קסם שמכיל כמובן מאליו את כבוד המת. נדרשת כאן הצדקה עניינית, וכזו אין, למעט ההכרה בזכות החי שמת, בסייגים השונים שהוצעו כאן.

ד. סוף־דבר

המשפט מכיר בזכויות של מי שמת בתפוזרת רחבה של נושאים שונים, וכפי שראינו, ללא ציר תיאורטי אחיד או קוהרנטי. הצדקות שונות נזכרות – ובעיקר נרמזות – בערבוביה. במיוחד חוזרת האמירה כי "כבוד האדם" כולל גם את "כבוד המת". במאמר זה ביקשתי לבחון מופעים מרכזיים של זכות המת במשפט, ולהראות כי במקרים רבים אין מאחוריהם הצדקה של ממש, ובמקרים אחדים מטבע־הלשון "זכות המת" משמש כיסוי לאינטרסים וזכויות אחרים, אשר לא היו זוכים בהכרח בהגנה אילו ניצבו במישורין בזירה. במקרים שבהם האינטרסים המתורגמים ל"זכויות המת" חזקים דיים, יש לטעון בשמם ולהגנתם במישורין. הצדקה אחת נותרה על כנה בכל־זאת: ראוי שהמשפט יגן על רצונם של החיים באשר הם חיים, ולא באשר הם מתים. בכך החברה מכבדת את יחידה המבקשים לקבוע בעצמם ולעצמם את חייהם, וגם את מותם.

176 ראו סופוקלס אנטיגונה (אהרן שבתאי מתרגם, 2002). ההפניות בטקסט מאזכרות את מספרי השורות במחזה.

אלא שבכך אין משום סוף-פסוק. גם באותם מקרים שבהם המשפט מכיר בפועל ב"זכות המת" במובן של זכות החי שמת, יש לסייג את ההכרה. יש לה מקום רק אם הזכות הפרטיקולרית שבה מדובר אינה כוללת טעמים השוללים את ההכרה. טעמים כאלה יש לחפש בהצדקות העיוניות של כל זכות וזכות. להכרה המשפטית בציפיות של החיים יש מקום רק אם הציפיות סבירות, כאשר הסבירות נבחנת אל מול המוסכמות החברתיות ואל מול גורמים חברתיים נוספים. נוסף על כך יש לוודא כי הטענה בדבר זכות המת מושמעת על-ידי נציג-אמת, ולא על-ידי גורם המבקש לתרגם אינטרס משל עצמו ל"זכות המת". לבסוף, גם כאשר מכירים בזכות של המת, לפני מימושה המשפטי יש לערוך איזון חוקתי, כמקובל לגבי זכויות ואינטרסים של החיים.¹⁷⁷

נוסף על כך, "זכות המת", גם אם היא מוכרת ככזו, ראוי שיהיה בה "פחת" או "התיישנות" לאורך זמן.¹⁷⁸ שמו הטוב של אדם חשוב בחייו, וחשוב לחי ששמו לא יוכתם גם לאחר מותו. אולם בחלוף שנה, עשור או מאה, האם עוצמת הזכות וההזמן מקהה את הפגיעה, אם הייתה כזו. גם האינטרסים של הקרובים נחלשים בחלוף הזמן, בין היתר בגלל תהליך האבל. ההיחלשות של "עוצמת הזיכרון" מכתיבה את החלשת הזכות אחרי המוות. הפתרון המוצע כאן, המכיר בזכויות המתים בגזרה מסוימת ובסייגים אחדים, אינו פתרון חד. יש בו שוליים רחבים של עמימות. קשיים ראייתיים, תחכום של בני משפחה, אשר יציגו אינטרסים שלהם כרצון של המת בטרם הלך לעולמו, וכן אקרויטיקה של עורכי-דין עלולים להפוך את ההצדקה הזו לבור ללא תחתית. מלאכתם של בתי-משפט שיאמצו עמדה כזו לא תהא קלה. איני סבור שיש כאן פתרון קל. הקשיים באיתור רצונו של החי שמת והחשש מפני המניפולציות השונות משקפים את מורכבות החיים.

177 קושי נוסף שיש בהכרה בזכות המת הוא קיבוע הרצון. האדם החי יכול לשנות את רצונותיו כל העת. המת אינו יכול לעשות זאת. הכרה משפטית ב"רצון המת" מנציחה בחירה אחת, ואינה מאפשרת שינוי.

178 ראו את דבריו של השופט חשין, לעיל ליד ה"ש 94.