

בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה – מתווה נורמטיבי חלופי לפסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תערוכת הגופות והצעה להסדר חקיקתי

מאת

יוסף בן-דוד וניר לוין*

א. מבוא; 1. עובדות המקרה; 2. המתח הפנימי בפסק הדין. ב. המצב הקיים מבחינה משפטית. ג. כבוד המת כנגזרת של כבוד האדם; 1. היבטים של כבוד האדם; 2. סוגיית אי-ההסכמה; 3. האיזון הראוי; 4. סוגיית דרך ההמתה. ד. שילוב הניתוח הנורמטיבי בדין הפוזיטיבי – הצעה לניתוח חלופי; 1. תחולתן העקיפה של זכויות האדם במשפט הפרטי; 2. תחולת זכויות האדם דרך פרשנות הוראות חוק קיימות; (א) סעיף 249(20) לפקודת העיריות; (ב) סעיף 8(2) לפקודת בריאות העם; (ג) סעיף 172 לחוק העונשין. ה. הסדר חקיקתי – פתרון מוצע. ו. סיכום.

א. מבוא

1. עובדות המקרה

התערוכה "Bodies – תערוכת הגוף" הוצגה ב"מתחם התחנה" בתל-אביב מ-21 במאי ועד 9 באוקטובר 2012. בתערוכה הוצגו לקהל הרחב גופות וחלקי גופות אדם אשר עברו תהליך שימור (plastination), ונגבו דמי כניסה בסך של בין 49 ש"ח לבין 59 ש"ח.¹ מארגני התערוכה הזמינו את הציבור לבוא ולהתרשם מן המכונה המופלאה הנקראת "גוף האדם", להביט מקרוב בתפקודם הפנימי והחיצוני של הגוף ואיבריו וללמוד על משמעותן של מחלות הגוף השונות.

למעשה, עוד בטרם נפתחה התערוכה, היא עוררה התנגדות בקרב חלקים מן הציבור וספקות בקשר למקור הגופות המוצגות בה. ביום הפתיחה (21 במאי 2012), הוגשה בעניינה עתירה לבג"ץ.² בבית המשפט הגבוה לצדק הביע העותר חששות בדבר היעדר הסכמת הנפטרים לשימוש בגופם לצורכי תערוכה לאחר פטירתם, וכן חשש שמדובר באסירים סינים אשר הוצאו להורג וגופם נמכר לצורכי התערוכה "בשוק השחור". לנוכח חששות אלו, ביקש העותר מבג"ץ צו על תנאי שיאסור את הצגתה של התערוכה בישראל.

בתשובתה לעתירה³ ציינה המדינה כי ממסכת העובדות שלפניה אכן עולה חשד ממשי שלא ניתנה הסכמת הנפטרים כשעוד היו בחיים לשימוש בגופותיהם לאחר פטירתם וכן חשד באשר לנסיבות המוות. אף חברת "Premier Exhibitions, Inc" (להלן – החברה האמריקנית), המציגה את התערוכה ברחבי העולם ובין היתר בישראל, לא הביאה הוכחה המאשרת שלפני מותם התירו הנפטרים שימוש בגופם לצורכי תערוכה.⁴ למעשה, בתערוכה דומה שקיימה החברה במדינת ניו-יורק שבארצות הברית, עלו חששות דומים אשר הביאו את התובע הכללי במדינה, אנדרו קואומו (Attorney General Cuomo), לפתוח

* סטודנטים למשפטים באוניברסיטת חיפה וחברי מערכת כתב העת "הארץ דיין" בשנת הלימודים תשע"ג. ברצוננו להודות לעורך כתב העת, פרופ' אמנון רייכמן, על ההנחיה, לעו"ד קרן חכים ובמיוחד לעו"ד שי אוצרי, סגני העורך, על הערותיהם המועילות לטיטות קודמות של הארה זו.

1 ראו ס' א.3. לכתב העתירה בבג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו). לאתר הרשמי של התערוכה ראו: <http://www.premierexhibitions.com/exhibitions/4/4/bodies-exhibition>.

2 בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 23.9.2012) (להלן – עניין שונברג).

3 ראו: בעמ' 9 להודעה המעדכנת מטעם המדינה בבג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה (מיום 10.7.2012) (להלן – תשובת המדינה). זמין ב: <http://www.news1.co.il/uploadFiles/674190700054169.pdf>.

4 עניין שונברג, לעיל ה"ש 2, שם; תשובת המדינה, שם.

יוסף בן־דוד וניר לוי, "בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה – מתווה נורמטיבי חלופי לפסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תערוכת הגופות והצעה להסדר חקיקתי", **הארץ דין ח 1** (תשע"ג)

בחקירה רשמית נגדה. במהלך החקירה הצהירה החברה האמריקנית כי מדובר בגופות של אזרחים סינים שנתקבלו ממשטרת סין, ולא ידוע לה אם מדובר באסירים אם לאו, וכך לא ידוע לה אם מדובר באנשים שמתו מוות טבעי או שמא מדובר באסירים שהוצאו להורג.⁵

למרות האמור, ועל אף החששות, ציינה המדינה בתשובתה לבג"ץ, כי היא נתקלה בקשיים משפטיים לאסור או להפסיק את התערוכה, שכן לא היו בידיה "כלים" חקיקתיים בעניין. עם זאת, מצאה המדינה להתערב במישור הגנת הצרכן וחיבה את חברת "גלים הפקות טלוויזיה בע"מ" (להלן – חברת גלים), המארגנת את התערוכה בישראל, להוסיף כיתוב באתר האינטרנט של התערוכה ואף בכניסה אליה, וזו לשונו:

"המצגים בתערוכה הם במקור מסין, הם נאספו לבתי ספר לרפואה וזהותם ידועה רק לבתי ספר הללו. מציגי התערוכה בישראל לא יכולים, באופן עצמאי, להצביע על מקור המצגים והאם ניתנה הסכמתם להצגתם בתערוכה".⁶

חברת גלים הסכימה להוספת הכיתוב האמור, ונמשכה הצגתה של התערוכה.

בפסק דינו ציין בג"ץ, שהחששות הכבדים שהעלה העותר, והיעדר תשובה מספקת מצד מארגני התערוכה, מצביעים על התנהלות שיש בה משום פגיעה בזכות לכבוד המת הנגזרת מכבוד האדם.⁷ בג"ץ הציג את הקושי של היועץ המשפטי לממשלה למצוא מקור סמכות המתמודד עם הסוגיה הנדונה ויכול להביא להגבלתה של התערוכה או להפסקתה. מנגד ציין בית המשפט את הנזק אשר ייגרם למארגני התערוכה ולציבור רוכשי הכרטיסים, אם תיסגר התערוכה בטרם עת. לאחר שקלא וטריא קבע בג"ץ – בפסק דין תמציתי במיוחד – כי על התערוכה להיסגר לא יאוחר מ-9 באוקטובר 2012, וכי לא תתאפשר הארכה נוספת מעבר למועד זה.⁸ התערוכה הייתה אמורה להסתיים ב-13 באוקטובר 2012 ולכן פסיקת בג"ץ בנדון הביאה לסיומה ארבעה ימים מוקדם מהצפוי, בלי שברור מתוך פסק הדין מהי התשתית המשפטית שאפשרה לבית המשפט לקצר את משך הצגתה.

2. המתח הפנימי בפסק הדין

לדעתנו, בפסיקת בית המשפט במקרה הנדון יש מתח פנימי: מחד גיסא, בית המשפט קיבל את העמדה כי אין הסדר חקיקתי הנוגע לסוגיה ובשל כך יש לחכות לקביעת המחוקק. מאידך גיסא, בסופו של דבר ניתן סעד מסוים לעותרים אף שלכאורה לא היו לבית המשפט הכלים לתתו.

בית המשפט הביע כאמור את אי־שביעות רצונו ממסכת החששות שעלתה במקרה דנן, וציין שאין מחלוקת כי בנסיבות דנן, הצגת הגופות בתערוכה מביאה לפגיעה בכבודם של המתים הסינים המוגנים מכוח הזכות לכבוד. אולם נראה כי בית המשפט קיבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי אין כלים חקיקתיים מתאימים לטיפול בסוגיה הנדונה ופנה אף הוא אל המחוקק בבקשה שייתן דעתו על הנושא.

בהארה זו ננסה לטעון, בין היתר, כי לבית המשפט במקרה דנן היו כלים פרשניים אשר באמצעותם היה ניתן להפסיק את הצגת התערוכה. לטעמנו, הקשיים בפסק הדין נובעים מכך שבית המשפט לא דן בסוגיות המשפטיות העיקריות העולות

5 את ההסדר שנעשה בין מארגני התערוכה לתובע הכללי של מדינת ניו־יורק ניתן לראות בכתובת: www.ag.ny.gov/press-release/cuomo-settlement-bodies-exhibition-ends-practice-using-human-remains-suspect-origins

6 **תשובת המדינה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9.

7 עניין **שונברג**, לעיל ה"ש 2, שם.

8 שם.

יוסף בן־דוד וניר לוי, "בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה – מתווה נורמטיבי חלופי לפסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תערוכת הגופות והצעה להסדר חקיקתי", **הארץ דין ח 1** (תשע"ג)

ממקרה זה. חסר בו ניתוח משפטי מפורט של נפקות היעדר הסכמת הנפטרים להצגת גופותיהם, של החשש הנוגע לדרך ההמתה, של עוצמת הפגיעה בכבוד האדם במקרים אלו ושל משמעות חששות אלו במערכת היחסים שבין חברת גלים, הציבור הרחב, החברה העירונית המפעילה את "מתחם התחנה", הרשות המקומית והממשלה (באמצעות הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה).

מבנה ההארה יהיה אפוא כדלקמן: **בפרק ב** נציג את המצב המשפטי הקיים תוך סקירת ההסדרים בחוק הישראלי הנוגעים לניתוח גופות אדם והצגתן. **בפרק ג** נדון בהיבטים החוקתיים שמקרה זה מעורר ובייחוד בשאלת הפגיעה בכבוד המת הנגזרת מכבוד האדם. **בפרק ד** נציע מתווה פוזיטיבי לפסיקה חלופית במקרה הנדון בהסתמך על הדיון החוקתי שבפרק ג ככלי לפירוש הוראות חוק קיימות וקליטת עקרונות של המשפט החוקתי בתחולה עקיפה לשימוש במשפט הפרטי, ונוסיף ונציע גם את האפשרות להסתמך על פרשנות לסמכות הרשות המקומית וחובותיה של החברה העירונית. **בפרק ה** נכיר במגבלות הצעותינו הפוזיטיביות לנוכח המקרה שנדון בעתירה, ועל בסיס הניתוח החוקתי וההשוואתי שנערוך, נבחן מהו ההסדר החקיקתי הראוי למדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, לטיפול בסוגיה זו ובדומות לה.

ב. הצגת גופות אדם: עמדתו של המשפט הישראלי

אין בדין הישראלי איסור להציג גופות אדם בתערוכה אם מקור הגופות הוא **מחוץ** לישראל. מנגד, כאשר מדובר בגופות אשר מקורן בישראל, נראה בבירור שהדין הישראלי ביקש לאסור את הצגתן בתערוכה, כפי שנפרט להלן.

בדין הישראלי יש שלושה חיקוקים המתירים נתיחת גופות: חוק האנטומיה והפתולוגיה,⁹ חוק חקירת סיבת מוות¹⁰ וחוק השיפוט הצבאי.¹¹ בחוקים אלו, נתיחת גופות מותרת לשלוש מטרות מוגדרות: לצורכי לימוד ומחקר בבית ספר לרפואה, אם ניתנה הסכמה בכתב של האדם כי גופתו תשמש למטרות מדעיות לאחר מותו;¹² לקביעת סיבת המוות;¹³ לשימוש בחלקי גופת הנפטר לצורך ריפוי של אדם אחר, על פי המטרות והתנאים הקבועים בסעיפים 6 ו־6א לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

מהוראות אלו עולה כי גם אם ניתנה הסכמת הנפטר, ביתור גוויה בישראל מותר אך ורק **בבית ספר לרפואה, ולמטרות רפואיות/מדעיות**. מכאן ניתן להסיק שנתיחת גופה בישראל לצרכים מסחריים במתחם מסחרי איננה מותרת. ומה באשר לתערוכה המציגה חלקי גופות שנותחו בחו"ל? כאמור, הדין בישראל שותק, ונראה ששתיקה זו איננה בגדר "הסדר שלילי", שכן לנוכח הרציונל שביסודה, לא סביר להניח שתכלית החקיקה היא לשלול את תחולתה על מקרה שבו הגופות המוצגות נותחו בחו"ל. בה בעת נראה שאין מדובר בשתיקה שהיא בגדר הסדר חיובי משתמע, שכן נראה שהחלת הדין הישראלי בדרך של היקש על מי שנפטר ונותח בחו"ל מעוררת קושי הנובע מהתנגשות אפשרית בין דין מקום הפטירה לדין הישראלי. נראה אפוא שלפנינו חסר (לקונה). זאת גם הייתה עמדת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה בחוות דעתו, ובג"ץ קיבל את עמדתו.¹⁴ כיצד ניתן למלא חסר זה? לכך נפנה עתה.

9 חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, ס"ח 134 (להלן – חוק האנטומיה והפתולוגיה).

10 חוק חקירת סיבת מוות, התשי"ח-1958, ס"ח 242 (להלן – חוק חקירת סיבת מוות).

11 חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 189 (להלן – חוק השיפוט הצבאי).

12 ס' 2 לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

13 ס' 6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה; ס' 26 לחוק חקירת סיבת מוות; ס' 1298 לחוק השיפוט הצבאי.

14 **תשובת המדינה**, לעיל ה"ש 3, שם; עניין **שונברג**, לעיל ה"ש 2, שם.

ג. כבוד המת כנגזרת של כבוד האדם

1. היבטים של כבוד האדם

לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, לאחר פטירתו האדם חדל להיות "אישיות משפטית". הוא איננו כשר לזכויות ולחובות חדשות ואין לו כשרות משפטית לתבוע או להיתבע.¹⁵ עם זאת הכירה הפסיקה בערך כבוד המת והיא רואה בכך זכות יסוד חוקתית.¹⁶ זכותו של המת לכבוד נגזרת מזכותו של האדם החי.¹⁷ כבודו של האדם החי נפגע כאשר אין מובטח לו בעודו בחייו שלא יפגעו בכבודו לאחר מותו. על כן פגיעה בכבודם של המתים מהווה למעשה פגיעה בכבודם של החיים, שכן בהיכוחם בזילות כבודם של המתים, יודעים הם שלאחר מותם תיתכן פגיעה גם בהם ולפיכך כבודם נפגע. לכן זכותם של המתים לכבוד נגזרת מזכותם של החיים לכבוד ולפיכך זוכה להגנה חוקתית מכוח חוק היסוד גופו.¹⁸ להלן נבקש לבחון אם התערוכה הנדונה פגעה בזכות הנפטרים לכבוד ומהי עוצמת הפגיעה לנוכח נסיבות המקרה.

2. סוגיית אי-ההסכמה

אחת הטענות שהעלה העותר, ושאותה מארגני התערוכה לא הצליחו להזים, היא עניין הוכחת **הסכמת** הנפטרים לשימוש בגופם לאחר פטירתם.

הסכמת הנפטרים איננה עניין של מה בכך. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בקדושת חיי האדם ובהיותו בן חורין. כן נקבע כי המושג כבוד האדם משמעו האוטונומיה של האדם בכל הנוגע לגופו בלי שיהיה נתון לכפייה שרירותית.¹⁹ אוטונומיה זו מתבטאת, בין היתר, בדרישה לקבל את הסכמת האדם בעניינים הקשורים לגופו ולרכושו.

מבט בחקיקה ובפסיקה הישראלית מלמד אותנו על חשיבותה של ההסכמה, ובייחוד בנושאים רגישים אלו. סעיף 2 לחוק האנטומיה והפתולוגיה קובע כי רק אדם **שהסכים בכתב** כי גופתו תשמש למטרות מדעיות – יהא מותר לבתרה בבית ספר לרפואה לצורכי לימוד ומחקר.²⁰ בארה"ב, הצגת גופות אדם בתערוכה אינה מוסדרת ברמה הפדרלית,²¹ אולם מדינות רבות מאפשרות הצגה כאמור תוך הדגשה של סוגיית ההסכמה.²²

- 15 ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 380.
- 16 בג"ץ 52/06 חב' אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp. (פורסם בנבו, 29.10.2008) (להלן – עניין אלאקסא); בג"ץ 4734/08 חברת אלאקסא אלמונארק בע"מ נ' מקורות – חברת המים הלאומית (פורסם בנבו, 18.1.2009); בג"ץ 6685/05 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' חברת י.ג. ארכיאולוגיה חוזית בע"מ (פורסם בנבו, 18.1.2007).
- 17 אלאקסא, שם, בפס" 135 לפסק הדין.
- 18 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 520 (1992) (להלן – עניין קסטנבאום); בג"ץ 5688/92 **ויכסלבאום נ' שר הביטחון**, פ"ד מז(2) 812, 827 (1993); בג"ץ 6126/94 **שנש נ' רשות השידור**, פ"ד נג(3) 817, 832 (1994).
- 19 עניין אלאקסא, לעיל ה"ש 16, שם; ע"א 67/66 בר"ח נ' שטיינר, פ"ד כ(3) 230, 232 (1966); ע"א 3108/91 **רייבי נ' ויגל**, פ"ד מז(2) 497, 509 (1993); ע"א 5942/92 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד מח(3) 837, 842 (1994) (להלן – עניין **פלוני נ' אלמוני**); ע"א 2781/93 **זעקה נ' בית החולים "כרמל"**, **חיפה**, פ"ד נג(4) 526, 572 (1999).
- 20 תקנות האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ד-1954, קובעות את הטופס המיוחד שעל גביו ניתנת ההסכמה בכתב; שאלת ההסכמה אף עולה במקרה של ניתוח לשם נטילת איבר לצורך ריפוי של אדם (ס' 6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה). ניתוח זה מחייב את **הסכמת המשפחה** לפי ס' 6א לחוק. יתר על כן, בס' 6א(ב) לחוק האמור נקבע כי אם התנגד הנפטר בחייו לביצוע הניתוח, לא יהיה ניתן לנתחו אף אם הסכימו לכך בני משפחתו. ובהתאמה, אם **הסכים** הנפטר בחייו לביצוע הניתוח – התנגדות המשפחה לא תעמוד לו לרועץ (ס' 6א(ג) לחוק). סוגיה נוספת הממחישה את עניין ההסכמה היא סוגיית השתלת איברים, אשר הוסדרה בחקיקה הישראלית. חוק השתלת אברים, התשס"ח-2008, קובע כי אחד התנאים לאישור בקשת תורם הוא כי: "התורם נתן את הסכמתו לתרומה מרצון חופשי ומתוך דעה צלולה, ושלא מתוך לחץ משפחתי, חברתי, כלכלי או אחר". תנאי נוסף הוא ש"התורם והנתרם נתנו את הסכמתם מדעת לפעולות הרפואיות הקשורות בביצוע נטילת האבר והשתלת האבר [...]". סקירה קצרה זו ממחישה לנו את חשיבותה של ההסכמה בנושאים הקשורים לפגיעה בגופו של אדם, הן בחייו הן לאחר מותו.
- 21 החוק הפדרלי המסדיר את הטיפול בגופות והשימוש בהם הוא ה-Uniform Anatomical Gift Act (1987). מטרתו העיקרית של החוק היא להסדיר את דרכי תרומת האיברים והוא אינו דן במפורש באפשרות של הצגת גופות לצרכים מסחריים.
- 22 כך, למשל, במדינת קליפורניה התקבל חוק האוסר הצגת גופות או חלקי גופות ללא הסכמה בכתב. ראו: Cal. Assemb. B. 1519, 2008 Leg., 2007-2008 Sess. (Cal. 2008). אחת התכליות של חוק זה הייתה להבטיח כי כל הגופות המוצגות הושגו בצורה חוקית, וכי הנפטר או מיופה כוחו

יוסף בן-דוד וניר לוין, "בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה – מתווה נורמטיבי חלופי לפסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תערוכת הגופות והצעה להסדר חקיקתי", **הארץ דין ח 1** (תשע"ג)

אוטונומיית האדם בכל הקשור לגופו מוגנת בחוק היסוד, ולפיכך פגיעה באוטונומיה משמעה פגיעה בזכות היסוד, ופגיעה זו מותרת אך ורק בתנאי פסקת ההגבלה.²³ גם **חשש** שלא ניתנה הסכמה יביא אותנו לכלל המסקנה שנגרמה פגיעה כאמור. ברבות מתרבויות העולם בני האדם מבקשים שיכבדו את גופם לאחר מותם, בדרך כלל על ידי קבורה. לכן, במציאות החיים של ימינו קשה להניח שאותם אנשים אכן הסכימו שיוצג גופם בתערוכה מסחרית, או אף הביעו אדישות באשר לשאלה מה ייעשה בגופם לאחר המוות. על כן, לדעתנו, אם יש חשש שאותם נפטרים לא נתנו את הסכמתם לשימוש האמור, על מארגני התערוכה הנטל להוכיח את הסכמתם המפורשת. בענייננו, משלא הוכיחו מארגני התערוכה כי הנפטרים נתנו הסכמתם להצגת גופותיהם בתערוכה, החשש שלא ניתנה הסכמה כזו מקים חזקה שנפגע כבוד האדם.

בטרם נעבור לבחינת האיזון הראוי ולמשמעות המשפטית של דברים אלו, נדון בשאלה מקדמית שעולה במקרה זה והיא: האם יש נפקות לכך שהפגיעה בכבודם של המתים נעשתה מחוץ לישראל? הגופות אשר הוצגו בתערוכה היו כאמור של אזרחים (אולי אסירים) סינים אשר ככל הנראה מתו על אדמת סין. על כן, לכאורה, הפרת הזכויות – אם נעשתה – לא קרתה בישראל אלא מחוץ לגבולותיה. אולם כפי שנסביר להלן, אין לכך השפעה על הפגיעה בכבודם של המתים.

הזכות לכבוד האדם איננה אך זכותו של אזרח, אלא זכותו של אדם באשר הוא אדם.²⁴ לעניין זה הדין בישראל אינו מבחין בין אזרח לתושב, בין תושב לתייר, או בין תושב חוקי לבין מי שהוא פליט. הזכות מוקנית לכל מי שנמצא בשטח הטריטוריאלי של מדינת ישראל.²⁵ לדעתנו, הימצאות זו אינה חייבת להיות בחיים, אלא גם לאחר המוות, משום שלאדם הזכות, בעודו בחייו, להחליט על מקום הימצאות גופתו לאחר מותו. למסקנה דומה ניתן להגיע על ידי הכרה בכך שלגופת האדם מעמד מיוחד (גם אם אינה כשרה לזכויות) משום שגוף האדם, גם לאחר המוות, איננו ככל החפצים, אלא הוא משכן ייחודי לאוטונומיה של האדם. על כן כשהגופה נוכחת בישראל, הזכות לכבוד האדם חלה אף אם הנוכחות היא לאחר המוות.

מכאן, לשיטתנו, שגם אם הדין הזר, החל על האדם במקום אזרחותו, במקום פטירתו או במקום שבו בוצע ניתוח הגוויה, אינו מצריך הסכמה, הדין הישראלי חולש על שאלת הצגת הגופות בישראל, ורשאי – אם לא חייב – להתיר הצגה כאמור אך על פי האופן שבו כבוד האדם מובן בישראל. ואכן, בהקשרים אחרים יישמו בתי המשפט הישראליים גישה זו באשר לכבוד האדם כאשר פסקו כי זכויות היסוד חלות אף על פליטים, עובדים זרים ומהגרים. בתי המשפט לא העניקו לעובדים הזרים את הזכויות הנהוגות בארץ מולדתם אלא העניקו להם את הזכויות המוענקות לכל אדם בישראל.²⁶

הסכימו לשימוש בגופה ולהצגתה. כך גם מדינת וושינגטון אשרה הצגת "שרידי אדם" (human remains) למטרות מסחריות, אלא אם כן נתן המנוח לכך את הסכמתו בכתב. על כך ראו: H.B. 1253, 60th Leg., Reg. Sess. (Wash. 2007). בדומה, מדינת פנסילבניה דורשת "הסכמה מדעת" (informed consent) מצד הנפטר או מצד קרוביו כתנאי להצגת גופו ולשימוש בו לצורכי תערוכה. ראו: Louis Henkin, *The Dead on Display: A Call for the International Regulation of Plastination Exhibits*, 49 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 164, 182–183 (2010–2011).

23 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

24 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ג **פרשנות חוקתית** 435–436 (1994).

25 קביעה זאת מובנת לאור לשונו של חוק היסוד. ס' 1 לחוק קובע: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה **בערך האדם**, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"; ס' 2 לחוק קובע: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא **אדם**"; ס' 3 לחוק קובע: "אין פוגעים בקניינו של **אדם**"; ס' 4 לחוק קובע: "כל **אדם** זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"; ס' 5 לחוק קובע: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של **אדם** במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת"; (ההדגשות אינם במקור). ראו גם ברק, שם, בעמ' 460; אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** 926 (2005); בפסיקה עלו לא פעם שאלות באשר לתחולת חוקי היסוד על השטחים המוחזקים. לסקירה מקיפה ראו: ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי היסוד" **משפט וממשל** יב 145 (תש"ע); בג"ץ 1661/05 **המועצה המקומית חוף עזה נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 9.6.2005), שם נקבע כי חוקי היסוד חלים באופן פרסונלי על האזרחים המפונים ולא הוכרעה שאלת התחולה הטריטוריאלית; בג"ץ 7957/04 **זהרן יונס מחמד מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד ס(2) 477, 500 (2005); בג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1, 20 (2006).

26 בג"ץ 11044/04 **סולומטין נ' שר הבריאות** (פורסם בנבו, 27.6.2011), שם נקבע כי המדינה חייבת לספק שירותי בריאות חיוניים לילדים אשר אביהם ישראלי ואילו אִמם נתינה זרה. בג"ץ הסביר בקביעתו כי מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עומדת לאותם ילדים הזכות הבסיסית לקבל

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

כעת, משנוכחנו כי בהיעדר הוכחה שהנפטרים נתנו את הסכמתם להצגת גופותיהם בתערוכה, נפגע כבודם, נעבור לבחינת האיזון הראוי בין זכות הנפטרים לכבוד לבין זכויות אחרות העולות מנסיבות המקרה שלפנינו. כידוע, זכויות אינן מוחלטות כשהן נבחנות אל מול זכויות אדם אחרות שיש להן מעמד נורמטיבי זהה.²⁷ עם שאלת תחולת זכויות האדם נתמודד מיד לאחר מכן.

3. האיזון הראוי

מציגי התערוכה טענו לפני בג"ץ כי סגירת התערוכה בטרם עת תסב להם פגיעה כלכלית. יתרה מזו, ייפגע כלכלית גם ציבור רוכשי הכרטיסים (אשר קנה מראש כרטיסים לתערוכה).²⁸ למעשה, מבט בפסק דינו של בית המשפט העליון מגלה כי הזכות היחידה שציינ בהקשר זה היא הזכות לקניין של מארגני התערוכה ושל ציבור רוכשי הכרטיסים. לדעתנו, מלבד זכות זו, סגירת התערוכה בטרם עת ומניעת הצגתה בעתיד פוגעות בזכויות נוספות ובראשן: חופש העיסוק, חופש הביטוי וחופש המדע.²⁹

במקרה דנן הפגיעה בחופש העיסוק מובהקת. סגירת התערוכה כמוה כהגבלת תחום העיסוק של הצגת תערוכת גופות, ובייחוד הוא מגביל את עיסוקה של חברת גלים. חוק-יסוד: חופש העיסוק קובע במפורש כי לכל אזרח המדינה או תושבה זכות לעסוק בכל משלח יד שהוא חפץ בו.³⁰ הפסיקה קבעה שזכות זו היא זכות חוקתית,³¹ ולפיכך היא נמצאת במעמד נורמטיבי גבוה יותר מזה של חוק רגיל, ופגיעה בה יכולה להיעשות רק לפי תנאי פסקת ההגבלה.³² חשוב להדגיש שמבחינה אנליטית, חופש העיסוק נפגע בין שהתערוכה אמורה להיות רווחית ובין לאו, כפי שהוא נפגע בין שמדובר בחברה המציגה תערוכות נוספות לצד תערוכת גופות ובין שהיא מתמקדת רק בתחום זה.³³

זכות נוספת הנפגעת במקרה שלפנינו היא הזכות לחופש הביטוי. זכות זו מסוג חופש, כוללת כל סוג של ביטוי, ובהקשר שלפנינו חופש הביטוי האומנותי והמסחרי של מארגני התערוכה הנפגעים מסגירת התערוכה ואיסור הצגתה בעתיד.³⁴ הזכות

שירותים רפואיים חיוניים לצורך שמירה על חייהם, גופם וכבודם; לאחרונה אף ניתן פסק דינה העקרוני של השופטת ד"ר מיכל אגמון גונן בעניין עת"מ (ת"א) 20761-10-11 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' עיריית תל-אביב** (פורסם בנבו, 19.11.2012), ובו נקבע שאין לאפשר הרחקתם של חסרי בית מן המרחב הציבורי. השופטת השתייחה החלטתה על ערך כבוד האדם, תוך התייחסות לכך שרבים מדרי הרחוב הם פליטים. ביחס לסוגיית החינוך, ראו: עת"מ (בי"ש) 29883-07-11 **אטוש מאג'ד מאנג'אן נ' עיריית אילת** (פורסם בנבו, 2.8.2012), שם נדונה עתירתם של מבקשי מקלט בישראל אשר טענו כי עיריית אילת מפלה אותם בכך שנאסר על ילדיהם ללמוד במסגרות החינוך הרגילות והם נשלחים למוסדות לימוד שהוקמו במיוחד למבקשי מקלט. השופטת רחל ברקאי ציינה, בין היתר, כי החלטה זו פוגעת בכבוד האדם. החלטה דומה ניתנה בבית המשפט העליון בארה"ב בעניין: PLYLER V. DOE, 457 U.S. 202 (1982), שם נדונה חוקתיותו של חוק במדינת טקסס אשר קבע כי ילדים אשר נכנסו שלא כדין לארה"ב, לא יורשו להירשם לבתי ספר ציבוריים. בית המשפט דחה את טענת המדינה כי עקרון השוויון אינו חל על שוהים בלתי חוקיים וקבע כי עקרון השוויון חל על כל אדם, לרבות שוהים שלא כדין.

27 בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח (2) 469, 456 (1994) (להלן – עניין דיין); ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 335 (1995) (להלן – **בנק המזרחי**); בג"ץ 4124/00 **ארנון יקותיאלי ז"ל נ' השר לענייני דתות**, בפס" 47 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 14.6.2010); ברק, לעיל ה"ש 24, בעמ' 215; אביעד הכהן "כבוד האדם ותערוכת גופות בני אדם" **פרשת השבוע**, תזרע-מצורע, תשס"ט, גיליון מס' 345 (הוצאת משרד המשפטים – המחלקה למשפט עברי).

28 עניין **שונברג**, לעיל ה"ש 2, שם.

29 הכהן, לעיל ה"ש 27, בעמ' 1.

30 ס' 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

31 בג"ץ 1/49 **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 337/81 **מיטרני נ' שר התחבורה**, פ"ד לז(3) 337, 353 (1983).

32 ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ברק, לעיל ה"ש 24, בעמ' 571.

33 השוו: בג"ץ 5975/12 **חטיבת מפיצי הסיגריות במכונות אוטומטיות בלשכת המסחר תל-אביב ו-13 מפעלי מכונות סיגריות נ' משרד הבריאות** (פורסם בנבו, 3.7.2013).

34 אהרן ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" **מבחר כתבים א** 517 (תש"ס); בג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד (נ) 661, 676 (1997); בג"ץ 6126/94 **סנש נ' רשות השידור**, פ"ד נג(3) 817, 841 (1999). לעניין חופש הביטוי המסחרי, ראו: בג"ץ 606/93 **קידום**

יוסף בן־דוד וניר לוי, "בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה – מתווה נורמטיבי חלופי לפסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תערוכת הגופות והצעה להסדר חקיקתי", **הארץ דין ח 1** (תשע"ג)

לחופש הביטוי, אף שאינה מעוגנת במפורש בחוק יסוד, הוכרה בפסיקה כזכות חוקתית במדינת ישראל.³⁵ הזכות ל"חופש מדעי" או ל"חופש אקדמי" איננה מנויה במפורש בחוק היסוד, ולכן לא ברור מעמדה החוקתית,³⁶ אולם גם כאן מבחינה אנליטית נפגעת הזכות לחופש הביטוי כאשר נמנעת הצגה של גופה משומרת באופן הכולל היבטים אסתטיים-אומנותיים והיבטים מדעיים-לימודיים.

נראה אפוא שיש לערוך איזון "אופקיי" בין הזכות לכבוד המת הנגזרת מכבוד האדם מחד גיסא, ובין הזכות לחופש העיסוק, חופש הביטוי וחופש המדע מאידך גיסא, ובו יש לנסות לאפשר להן לחיות בהרמוניה תוך נסיגה הדרגתית.³⁷

בטרם נעבור לשאלת האיזון הראוי, עלינו לקבוע מהי עוצמת הפגיעה של התערוכה בזכותם של המתים לכבוד. קביעה זו תשפיע על האיזון החוקתי שנערוך בהמשך.

בפסיקה נקבע כי ישנם **שלושה מעגלי הגנה על כבוד המת**.³⁸ המעגל הראשון נוגע להגנה על אינטרס הנפטר בעודו בחייו כי ישמרו ויגנו על כבודו לכשיילך לעולמו. המעגל השני מגן על כבוד בני המשפחה אשר עלול להיפגע כאשר נפגע כבודו של אדם הקרוב ללבם. המעגל השלישי נוגע לכבוד המת בהיבט הציבורי של אחריות החברה לכבד את בניה שהלכו לעולמם ולהגן על זכרם ועל כבודם. כן נקבע כי ההגנה מפני פגיעה במעגל השלישי חלשה יותר מן ההגנה מפני פגיעה בשני המעגלים הראשונים.³⁹

בעניין **אוניברסיטת תל־אביב**⁴⁰ טענו העותרים כי יש לעצור את בניית המעונות באוניברסיטה כיוון שהתגלו באתר הבנייה שרידי קברים, וכי המשך בנייה על קברים אלו יגרום לפגיעה חמורה בכבודם של הנפטרים.⁴¹ השופט אורי שהם, בדונו בסוגיה, פנה לסיווג הפגיעה הנגרמת לכבוד המתים בנסיבות הנדונות וציין כי מכיוון שאין מדובר בקברים בעלי זהות ספיציפית, ואף משפחות הנפטרים לא דרשו הגנה, המשך בניית המעונות על שרידי קברים אלו יפגע בעיקר באינטרס הציבורי שבהגנה על כבודם של המתים (המעגל השלישי).⁴² סיווג זה השפיע על תוצאת השקילה שביצע השופט, בין כבוד המת מחד

11 (2) מח(1), 11 (1994); בג"ץ 5118/95 מאי סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מט(5) 751, 755 (1996).

35 עניין דין, לעיל ה"ש 27, בעמ' 468; ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 565, 558 (2004); רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקר, פס' 10 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 12.11.2006); אהרן ברק חופש הביטוי כזכות חוקתית "מבחר כתבים א' 561 (תש"ס). לגישה ביקורתית ראו: אלעד פלד "האם 'ציפור נפשה של הדמוקרטיה' היא ציפור נפשו של האדם? מבט ביקורתי על עיגונו החוקתי של חופש הביטוי בפסיקה" מחקרי משפט כו 283, 284 (תש"ע).

36 חיים גנז "חופש אקדמי" עיוני משפט יב 415 (תשמ"ז); אביעד הכהן "התחייבה העצמות האלה? חופש המדע, חופש הדת וכבוד האדם – עיונים בערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" מאזני משפט ד 219, 256 (תשס"ה).

37 עניין דין, לעיל ה"ש 27, בעמ' 475-476; ברק, לעיל ה"ש 24, שם.

38 עניין אלאקסא, לעיל ה"ש 16, פס' 164 לפסק הדין, שם נפסק כי ככל זכות חוקתית, "הזכות לכבוד המת אינה מוחלטת, כי אם יחסית בלבד. זכות זו כפופה למערכת איזונים בינה לבין זכויות יסוד אחרות, ובינה לבין אינטרסים אחרים בעלי חשיבות, הראויים להגנה"; בג"ץ 5703/12 אלאקסא בע"מ נ' אוניברסיטת תל אביב (פורסם בנבו, 13.8.2012) (להלן – עניין אוניברסיטת תל־אביב). בהקשר זה יש לציין את הסייג אשר הזכיר מיכאל בירנהק בעניין האיזון החוקתי הראוי בין "זכות המת" ככל שתוכר לבין הזכויות והאינטרסים העומדים מנגד: מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 61 (תשס"ח).

39 עניין אלאקסא, שם; בג"ץ 8119/10 פרידמן נ' שר הפנים, פס' 19 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.1.2011).

40 לעיל ה"ש 38, פס' 18 לפסק הדין.

41 סוגיה דומה עולה בהקשרים של חפירות ארכיאולוגיות שבהן מתגלים שרידי קברים וגופות אדם. לעניין זה ראו: הכהן, לעיל ה"ש 36, בעמ' 219.

42 עניין אוניברסיטת תל אביב, לעיל ה"ש 38, שם.

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

גיסא לבין זכות הקניין מאידך גיסא, באופן שלבסוף ציין כי כמה שיקולים מטים את הכף לטובת זכות הקניין ובהם היות הפגיעה בכבוד המתים חלשה משום שהיא נמצאת במעגל השלישי. לפיכך משקלה קל לעומת זכויות יסוד אחרות.⁴³

אפשר לומר שכך גם המצב במקרה שלפנינו – לגופות המוצגות בתערוכה אין זהות ספציפית. יתרה מזו, משפחות הנפטרים לא דרשו הגנה ולכן מעגל ההגנה הרלוונטי הוא המעגל השלישי. לפיכך, בדומה למצב בעניין **אוניברסיטת תל-אביב**, בשקילת זכותו של המת לכבוד לעומת חופש הביטוי, חופש העיסוק וחופש המדע – זכות הנפטרים לכבוד תהיה על התחתונה. האיזון המתחייב היה צריך לאפשר לתערוכה להסתיים במועד (ולא לקצר אותה בארבעה ימים).

מנגד, קביעה זו מתעלמת מן המסכת העובדתית המיוחדת במקרה שלפנינו. קשה היא ההשוואה בין מקרה שבו מדובר בשרידי קברים למקרה שלפנינו, שבו עסקינן בגופות ממש. יש משמעות מוסרית לשאלת הריחוק בזמן: עוצמת הזכות חלשה יותר כאשר מדובר בגופות אשר הפכו לעפר הארץ. ולא זו אף זו, החשש לעניין דרך ההמתה והיעדר ההסכמה הוא אשר עמד במוקד הפגיעה בזכות לכבוד האדם בענייננו, ואילו בעניין **אוניברסיטת תל-אביב** לא זה היה המצב. מכאן שלדעתנו יש למקם את הפגיעה במעגל הראשון – הגנה על אינטרס האדם שלאחר מותו לא יבזו את גופתו וינהגו בו בכבוד לכשיילך לעולמו. **לדעתנו, אם אין הוכחה לכך שהאדם נתן הסכמתו לשימוש בגופו לאחר פטירה – יש ללמוד מכך שהייתה לו ציפייה שלא יבצעו בגופה פעולות כלשהן ובכללן ביתור או הצגה לראווה.**

לכן במקרה שבו אין הסכמה מפורשת, כנשקלות על כפות המאזניים זכות המת לכבוד לעומת הזכות לחופש העיסוק והביטוי של מארגני התערוכה – נראה לנו כי יגבר כוחה של הזכות לכבוד המת.⁴⁴ ראשית, הפגיעה בכבוד הנפטר – לנוכח החששות הקיימים – חריפה. מנגד, ובכפוף לאמור להלן, פתוחה הדרך למארגני תערוכות לנסות להשיג את הסכמת הנפטרים. כל עוד לא הושגה, אין מנוס מפגיעה בחופש העיסוק ובחופש הביטוי. בית משפט המתיר את המשך הצגת התערוכה, מאפשר פגיעה בכבוד הנפטרים יום יום עד לסיומה.

לאחר קביעה זו, נעבור לדון בשאלה נוספת: בהנחה שהוכחה הסכמה של הנפטרים לשימוש בגופם לצורכי תערוכה, האם היה ראוי לאפשר את הצגת התערוכה על אף החשש לעניין דרך ההמתה? בסוגיה זו נדון להלן.

4. סוגיית דרך ההמתה

בענייננו היה קושי נוסף והוא נגע לאופן מותם של האנשים אשר גופותיהם שימשו מוצגים בתערוכה. כפי שהוזכר לעיל, העותר טען בבג"ץ כי יש חשש כבד שמדובר בגופות של אנשים שהוצאו להורג בבתי סוהר בסין.⁴⁵ טענתו נשענה בין היתר על תחקיר שנערך לצורך תכנית התחקירים האמריקנית 20/20 ברשת ABC בשנת 2008, שבה הובאה עדות אישית מפי אדם שעבד עם החברה הסינית אשר סיפקה את הגופות לחברה האמריקנית. אותו אדם טען כי חלק מהגופות המסומרות הן של אסירים סינים שהוצאו להורג. גופות אלו הועברו לחברה הסינית, וממנה לחברה האמריקנית, בשוק השחור.⁴⁶

כפי שצוין לעיל, תחקיר זה אף הביא את התובע הכללי במדינת ניו-יורק לפתוח בחקירה רשמית נגד החברה האמריקנית בטענה כי ייתכן שהתערוכה מציגה שאריות של גופות בני אדם שעונו והוצאו להורג בסין.⁴⁷ החברה האמריקנית לא הצליחה

43 שיקולים נוספים היו הדין השרעי אשר אינו אוסר במפורש בנייה על שרידי קברים וכן הרגישות שגילו קבלני הבנייה אשר התחייבו כי ינהגו בכבוד וברגישות כלפי שרידים שיימצאו בעתיד בשטח.

44 עניין **אלאקסא**, לעיל ה"ש 16, שם.

45 עניין **שונברג**, לעיל ה"ש 2, שם.

46 ראו: abcnews.go.com/Blotter/story?id=4950595#.UOM-cuRQGAE.

47 ראו את ההסדר בין התובע הכללי של מדינת ניו-יורק לבין מארגני התערוכה, לעיל ה"ש 5, שם.

יוסף בן־דוד וניר לוי, "בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה – מתווה נורמטיבי חלופי לפסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תערוכת הגופות והצעה להסדר חקיקתי", **הארץ דין ח 1** (תשע"ג)

להזים חששות אלו, ולפיכך נאסר הארכת משך הצגתה בניו־יורק מעבר למתוכנן, אלא אם כן תצביע החברה על האישורים הנדרשים. ספק זה לא נעלם גם מעיני המדינה בתשובתה לבג"ץ.⁴⁸

לדעתנו, ראוי שכל מדינה לא תיתן יד לפגיעה אפשרית בזכויות האדם. חיי האדם בישראל הם ערך מקודש, ולכל אדם זכות לחיים.⁴⁹ עקרונות אלה יושמו הן בחוק היסוד אשר קבע כי: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן־חורין [...]". הן בחקיקה הפלילית אשר הביאה לידי ביטוי את ערך קדושת האדם ואסרה המתה מכוונת כגון רצח⁵⁰ והמתה שאינה מכוונת כגון גרימת מוות ברשלנות,⁵¹ ואף סיוע להמתה לפי בקשתו ורצונו של הנפטר כגון סיוע להתאבדות.⁵²

החקיקה והפסיקה אף אסרו לתת יד לשלילת זכויות אדם בהקשר שלנו, גם אם הן נעשות למען מטרות חשובות, שכן "המטרה אינה מקדשת את כל האמצעים".⁵³ דוגמה לכך ניתן לראות בסוגיית הסחר באיברים. לבתי המשפט בישראל הוגשו עתירות המבקשות מקופת החולים לממן השתלות איברים בבתי חולים בחו"ל. העתירות כווננו נגד חוזר מנכ"ל משרד הבריאות הקובע כי לא ימומנו השתלות איברים שיש בעניינם חשש שמא הושגו בדרך של סחר.⁵⁴ בעניין **פלוני** קבע השופט רובינשטיין כי חוזר המנכ"ל חוקתי והוא משקף את מדיניות הממשלה ואת התנגדותה לסחר באיברים.⁵⁵

לפי הבנתנו, המסקנה העולה מעניין **פלוני** היא, שבהיעדר ודאות בדבר "כשרות" נסיבות השגת האיברים, אין מקום שמדינת ישראל תתיר מימון ציבורי, אף אם איברים אלו יצילו חיי אדם.⁵⁶ לדעתנו, ניתן ללמוד מפסיקה זו על עיקרון רחב יותר: מן התכלית הכללית של החקיקה העוסקת בהגנה על גופו של אדם, על חייו ועל כבודו עולה כי מחובתה של המדינה שלא לאפשר בשטחה פעולות אקטיביות כלשהן בשרשרת הפגיעה בזכות. כך, כפי שמתן מימון ציבורי להשתלת איברים ממקור מפוקפק תהווה הפרת חובה זו, כך הצגת גופות אדם אשר דבק בהן חשש שהומתו בעינויים, בשטחה של המדינה, מהווה אף היא הפרה של חובה זו.

ד. שילוב הניתוח הנורמטיבי בדין הפוזיטיבי

1. תחולתן העקיפה של זכויות האדם במשפט הפרטי – שימוש במושג תקנת הציבור ונאורותו

הקושי העיקרי במקרה דנן הוא שהפגיעה, שעליה עמדנו לעיל, נגרמה על ידי חברה פרטית. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מטיל חובה ישירה על רשויות המדינה לכבד את הזכויות הקבועות בו, אך אין בו חיוב ישיר של הפרט לציית לו.⁵⁷ לו הייתה הכנסת חפצה בתחולת הוראות חוק היסוד על היחסים שבין פרטים, לא הייתה כל בעיה לכלול בו לא רק את רשויות השלטון אלא כל אדם. עם זאת, הכירה הפסיקה בהחלה עקיפה של זכויות האדם הבסיסיות הקבועות בחוקי היסוד אף על

48 תשובת המדינה, לעיל ה"ש 3, פס' 17 לתשובה.

49 ס' 1 ר-2 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

50 ס' 300(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864 (להלן – חוק העונשין).

51 ס' 304 לחוק העונשין.

52 ס' 302 לחוק העונשין; סעיף 20 לחוק החולה הנוטה למות.

53 בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.2.2010); בג"ץ 7195/08 **אשרף אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי** (פורסם בנבו, 1.7.2009).

54 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 7/06 "מימון השתלות איברים במדינות חוץ" (13.3.2006); בג"ץ 5413/07 **פלוני נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות**, פ"ד סב(2), 856, 859 (2007) (להלן – עניין **פלוני**); חב"ר (נצ') 1025/10 **אמין סעיד זעירור נ' קופת חולים מאוחדת** (פורסם בנבו, 15.12.2011).

55 עניין **פלוני**, שם, בעמ' 874.

56 החולה יכול כמובן לממן את ההשתלה בעצמו, אך מימון מצד המדינה לא יינתן לו.

57 א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 161 (י' זמיר עורך, 1993); ברק, לעיל ה"ש 24, בעמ' 647; ע"א (נצ') 12/95 **עוף העמק אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' עיריית עפולה** (פורסם בנבו, 28.8.1995).

יוסף בן-דוד וניר לוין, "בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה – מתווה נורמטיבי חלופי לפסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תערוכת הגופות והצעה להסדר חקיקתי", **הארץ דין ח 1** (תשע"ג)

ענפי המשפט הפרטי.⁵⁸ לדעת פרופ' ברק, אמנם חוקי היסוד אינם חלים במפורש על ענפי המשפט הפרטי, אך מנגד הם גם אינם שוללים תחולה כזו. לשיטתו, המשפט הפרטי למעשה מסדיר את זכויות האדם לאור האינטרס הציבורי, וכן את היחסים המשפטיים בין זכויות אדם מתנגשות.⁵⁹

החלת זכויות האדם על ענפי המשפט הפרטי נעשית, על פי המצדדים בכך, באמצעות כלי המשפט הפרטי. כך, למשל, יש לפנות לעקרונות תום הלב ותקנת הציבור בתחום החוזים, או הרשלנות והפרת חובה חקוקה בתחום הנזיקין. הסעד בגין הפרת הכלל המשפטי המאמץ את זכויות האדם צריך להימצא אף הוא במשפט הפרטי גופו, אך אם סעד זה איננו קיים, על הרשות השופטת לפתח את הסעד המתאים.⁶⁰

לדעתנו, במקרה דנן ניתן להשתמש במושג "תקנת הציבור" שבמשפט הפרטי באופן שיקלוט את הזכות לכבוד האדם המנויה בחוק היסוד. אנו ערים לקשיים הטמונים בדרך זו, ולפיכך לדעתנו עדיף ללכת בדרך חלופית, והיא פרשנות הוראות החוק החלות בהקשר התערוכה (שאותן נסקור בהרחבה להלן), באופן המביא בחשבון את הזכות לכבוד האדם. דרך זו בעייתית פחות, משום שאינה מחדירה למשפט הפרטי מערכת דינים האמורה לחול על רשויות השלטון, ואף אינה מחייבת החלת איוונים המתאימים לחול כלפי השלטון.

נפנה תחילה לתקנת הציבור. מושג זה שימש בראשיתו במשפט האזרחי-החוזי וכיום הוא מקיף את כל ענפי המשפט.⁶¹ הקושי העיקרי בשימוש במושג זה טמון בהגדרת ה"תקנה" ובאפיון ה"ציבור".⁶² בפסיקה ובדברי המלומדים אנו מוצאים גישות שונות לעניין.⁶³ לא נוכל למצות כאן את הדיון בגישות הללו, אולם מכיוון שלדעתנו, רובן ככולן היו רואות בהצגת הגופות בנסיבות דנן פגיעה בתקנת הציבור, הרי גם אם לא נגיע להגדרה מושגית אחת, נוכל לומר שהכלל האמור הופר. נפרט:

פנייה אל משפחת העמים הנאורים – כפי שנעשתה על ידי השופט ויתקון בעניין **יעקובסון** – תגלה כי התערוכה שבה עסקין נאסרה להצגה בארה"ב ובצרפת עקב החששות לעניין היעדר ההסכמה ולעניין דרך ההמתה.⁶⁴ בחינה משווה זו מראה כי משפחת העמים הנאורים, כלומר "הציבור הנאורי", אינה רואה בעין יפה תערוכה המציגה גופות אשר חשש לעניין דרך ההמתה והיעדר הסכמה דבקו בהן.⁶⁵ זו גם תהיה התוצאה לפי גישתו של השופט ברק, אשר בהגדירו מושג זה, הוא פנה אל ערכי החברה הישראלית.⁶⁶ אף שהגדרה זו נותנת לשופט היושב בדין מרחב פרשנות ניכר לבור ממנו את ערכי החברה, קשה לטעון שבנסיבות דנן הצגת התערוכה מתיישבת עם ערכים אלה. ערכי החברה נלמדים, ביו היתר, ממסמכי היסוד שלה, כגון

58 ברק, שם, בעמ' 680; ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח, פ"ד מח(2) 66 (1994).

59 כך, לדוגמה, המשפט הפרטי מעניק לפלוני זכות קניין (שהיא אחת מזכויות האדם הקבועות בחוק היסוד), מנגד, הענקת זכות זו פוגעת באפשרות של אלמוני להעביר כבל חשמל דרך חלקו הקנייני של פלוני.

60 ברק, לעיל ה"ש 24, בעמ' 686.

61 בג"ץ 58/68 שליט נר' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 520 (1970); בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993); א' ברק "הציבור הנאורי" בתוך ספר **לנדוי** כרך ב 597, 600 (1995).

62 ביטוי לקושי המושגי עולה מכמה פסקי דין שבהם השופטים המציינים את המושג ופוסקים לפיו, אינם טורחים לבררו. כך, לדוגמה, בעניין **אבני** נדונה בקשתו של העותר כי לאחר מותו תקום צוואתו ותושלך גופתו למאכל החיות. השופט רובינשטיין שדן בעתירה קבע כי מילוי רצונו של העותר יביא, בין היתר, לפגיעה בתקנת הציבור, אך לא פירט הוא מהי התקנה ומיהו אותו ציבור. ראו: בג"ץ 6167/09 **אבני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 18.11.2009) (להלן – עניין **אבני**); כך גם בעניין **אשר**, שם נדון סכסוך בין אחים לעניין רצונה של אמם שתישרף גופתה לאחר מותה. בית המשפט קבע כי זה אכן היה רצון הנפטרת, וכי שריפת הגופה אינה פוגעת בתקנת הציבור. גם במקרה זה בית המשפט לא פירש או פירט מושג זה. ראו: ת"א (מחוזי חי') 25468-12-10 **אשר נ' בן מאיר** (פורסם בנבו, 19.12.2010).

63 ברק, לעיל ה"ש 61, בעמ' 598. את גישתו של ברק ראו גם בעניין **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 532. את דעת השופט ויתקון ראו בעניין ע"א 337/62 **ריזנפלד נ' יעקובסון**, פ"ד יז 1009, 1026 (1963) (להלן – עניין **יעקובסון**); דן אבנון "הציבור הנאורי": יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי" **משפט וממשל ג 417, 444** (תשנ"ו); חיים שיין **הפילוסופיה של המשפט – עיון ישראלי 341** (התשס"ח).

64 לעניין פסיקת בתי המשפט בצרפת, ראו פירוט להלן בה"ש 108.

65 ראו: Henkin, לעיל ה"ש 22, שם.

66 ברק, לעיל ה"ש 61, שם.

יוסף בן־דוד וניר לוין, "בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה – מתווה נורמטיבי חלופי לפסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תערוכת הגופות והצעה להסדר חקיקתי", **הארץ דין ח 1** (תשע"ג)

מגילת העצמאות וחוקי היסוד, ואלה מלמדים על חשיבות עקרון כבוד האדם וקדושתו. התוצאה לא תשתנה אף אם נאמץ את גישתם הביקורתית של חיים שיין ודן אבנון, המפנים לסעיף המטרה בחוק־היסוד.⁶⁷

עם זאת, קשה להסיק מהי דעת הציבור בסוגיה לפי הלכי רוחו בזמן הצגת התערוכה וממידת היענותו – או התנגדותו להצגתה. למעשה, תערוכה זו עוררה מחלוקות קשות בתוככי החברה הישראלית. היו שהתנגדו נחרצות והיו שהלכו לראותה בהתלהבות.⁶⁸ כפי שצוין, התערוכה אינה מייצגת אך ורק את הרע והשלילי – יש בה גם צדדים לחיוב (ובמיוחד החופש האומנותי וחופש המדע). לדעתנו, במתח שנוצר, תקנת הציבור – הדרך המתוקנת שבה על הציבור לפעול – מחייבת וידוא שהגופות המוצגות אינן של מוצאים להורג, וכי האנשים אשר גופותיהן מוצגות נתנו את הסכמתם לתצוגה, אף אם בתרבות הסינית אין להסכמה זו משקל רב (ואיננו טוענים כמובן שכך הדבר).

פרשנות המושג "תקנת הציבור" עשויה לסייע לנו כשאנו בוחנים את החוזה שנכרת בין עיריית תל־אביב לבין חברת גלים. התערוכה הוצגה ב"מתחם התחנה" בתל־אביב, המנוהל על ידי החברה העירונית "עזרה וביצרון". אף אם נניח שיש לראות בחברה זו חברה פרטית – טענה שאותה נפריך בהמשך כאשר נשרטט את דרך המלך לדעתנו להתמודדות עם הקושי שעלה – הרי החוזה כפוף לתקנת הציבור. הנהלת המתחם ידעה על התערוכה האמורה, ותקנת הציבור לדעתנו מחייבת שלכל הפחות תוודא, בטרם תשכיר שטח במתחם, כי לא ישמש לפעילות הכרוכה בהפרת זכויות אדם. משלא עשתה כן, הרי החוזה נוגד את תקנת הציבור ובטל⁶⁹ (יש להביא בחשבון, כמובן, את המשמעות הכלכלית של הביטול באופן שלא יפיל את מלוא הנטל על חברת גלים). ביטול החוזה משמעו הטלת חובה על חברת גלים להתפנות משטח המתחם.⁷⁰

עם זאת, קשיים של ממש צצים בדרך זו. תחילה עולה השאלה המקדמית: האם צד שלישי כגון העותר בענייננו – שאיננו צד לחוזה – רשאי לעתור לביטולו של חוזה בין שני צדדים פרטיים? ואם כן, מהו ההליך המתאים לכך מבחינה דיונית? ובהנחה שהעותר לא העלה את טענת בטלות החוזה, האם רשאי בית המשפט להעלות אותה בעצמו? העותר במקרה זה לא העלה את טענת בטלות החוזה, ובג"ץ אף הוא לא העלה טענה זו מעצמו. עם זאת, מכיוון שבהארה זו אנו עוסקים במצב הרצוי, ראוי לדעתנו לייחד מילים מספר לסוגיה זו, שכן אם בסוף הדרך יתברר לנו שהתשובה על שאלות אלה, או לפחות אחת מהן, חיובית – יעמוד לרשותנו כלי נוסף שבג"ץ יוכל להשתמש בו בדונו בעתירה.

השאלה הראשונה – אם רשאי צד שלישי לעתור כנגד חוזה שהוא איננו צד לו – הושארה בפסיקה ב"צריך עיון".⁷¹ לדעתו של פרופ' גרוסקופף, ראוי לאפשר אף למי שלא היה צד לחוזה להעלות את טענת הבטלות, ובלבד שזכותו של צד שלישי "תלויה בתוקפו או בטלותו של ההסכם".⁷² עם זאת, לדעתו – וכפי שמשקף מפסקי הדין בעניין – אין צד שלישי רשאי לתקוף את ההסכם ולטעון לבטלותו כאשר עומד על הפרק "אינטרס ציבורי" להבדיל מאינטרס פרטי של העותר.⁷³ על כן, לכאורה, השאלה הראשונה נענית בשלילה. עם זאת נעיר כי היה בכוחו של צד שלישי בעל סמכות מיוחדת, והוא היועץ המשפטי לממשלה, להעלות את טענת בטלות החוזה מכוח פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. סעיף 1 לפקודה קובע כי אם ראה היועץ המשפטי לממשלה, בין היתר, "עניין ציבורי" אשר עלול להיות מושפע "בהליך

67 אבנון, לעיל ה"ש 63, שם; שיין, לעיל ה"ש 63, שם.
68 מספיק להקליד בגוגל את המילים "תערוכת הגופות" בשביל להיחשף למגוון דעות, התנגדויות והסכמות בקשר לתערוכה הנדונה.
69 ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.
70 ס' 21 לחוק החוזים (חלק כללי).
71 ע"א 521/83 קרפינובסקי נ' המחלבות המאוחדות בע"מ, פ"ד מב(1) 525, 528 (1988); בע"א 8789/96 פולק נ' סיסמיקה חיפושי נפט בע"מ, פ"ד ננ(5) 689, 696 (1999).
72 עופר גרוסקופף "חוזה פסול" חוזים כרך ג 587-589. גרוסקופף מביא את הדוגמה של בעל זכות בקרקע מסוימת העותר כנגד הסכם מכירת הקרקע לצד שלישי בעסקה נוגדת. אף שהוא איננו צד לחוזה, תקפותו או בטלותו של ההסכם ישפיעו על זכותו בקרקע. כך גם משתמע ומובן מפסיקות בתי המשפט בסוגיה. ראו: ה"פ (ח"י) 308/02 אלחג' נגד החסוי משה בן הרואה (פורסם בנבו, 9.6.2003); ע"א 141/80 גפני נ' מאירוב, פ"ד לה(3) 813 (1981).
73 גרוסקופף, שם, בעמ' 589.

יוסף בן־דוד וניר לוין, "בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה – מתווה נורמטיבי חלופי לפסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תערוכת הגופות והצעה להסדר חקיקתי", **הארץ דין ח 1** (תשע"ג)

פלוגי שלפני בית משפט [...] רשאי הוא לפי ראות עיניו, להתיצב באותו הליך ולהשמיע את דברו [...]".⁷⁴ בעניין **עיריית נתניה**⁷⁵ הצטרף היועץ המשפטי להליך וטען בין היתר לבטלותו של חוזה מחמת אי־חוקיות. התערבותו נבעה מעניין ציבורי בסוגיה. דעת השופטים הייתה חלוקה באשר להיקף ההתערבות המותרת, אך שלושת השופטים הסכימו כי היועץ המשפטי לממשלה רשאי להתערב ולהעלות את טענת הבטלות במקרים בעלי חשיבות ציבורית שיש להם "השלכה ניכרת והשלכות עתידיות".⁷⁶

לדעתנו, כך גם היה ראוי שייעשה במקרה שלפנינו. היועץ המשפטי לממשלה אמנם הציג את דעת המדינה בבג"ץ, אך טען כי אין לו "כלי" חוקי אשר מכוחו ניתן לסגור את התערוכה. לדעתנו, לו היה היועץ טוען לבטלות החוזה עקב העניין הציבורי והנסיבות המיוחדות, ייתכן שהיה מוצא את "הכלי" שחיפש, ובית המשפט היה מבטל את החוזה.

יתרה מזו, לדעתנו אולי ראוי לעיין מחדש בדעה שהביע פרופ' גרוסקופף, כי אין צד שלישי רשאי לעתור כנגד חוזה שאין הוא צד לו וכאשר העתירה מכוונת להשגת תכלית ציבורית בלבד.⁷⁷ המקרה שלפנינו, שבו אין אזרח ישראלי רשאי לטעון לבטלותו של חוזה הסותר את תקנת הציבור ופוגע בזכויות אדם, שכן חוזה זה איננו משפיע על זכויותיו או חובותיו אלא נוגע כולו לאינטרס ציבורי כללי, מוכיח את התוצאה הבעייתית של דעה זו. עם זאת, בשלב זה נשאיר את השאלה ב"צריך עיון", שכן כפי שיוברר להלן, בית המשפט היה רשאי להעלות טענה זו מיוזמתו לאור חשיבות הסוגיה.

בתי המשפט קבעו בכמה פסקי דין כי הם רשאים להעלות טענות שלא נטענו על ידי בעלי הדין, בין היתר אם החוזה שלפניהם איננו חוקי.⁷⁸ בפסקי הדין הללו אמנם דנו בחוזה בלתי חוקי, אך לדעתנו ראוי שבית המשפט יעלה מיוזמתו את טענת הבטלות אף אם החוזה שלפניו סותר את תקנת הציבור. ראשית, ניתן ללמוד על אפשרות זו מעניין **בדש**, שם כתב השופט זוסמן: "בהתנגשות זו שבין כלל הטיעון ותקנת הציבור, ידה של האחרונה על העליונה".⁷⁹ משמע, בית המשפט רשאי להעלות את טענת הבטלות כל עוד טענה זו חשובה לשמירת תקנת הציבור. שנית, מבחינה עיונית, חוזים הלוקים באי־חוקיות, בחוסר מוסריות או בניגוד לתקנת הציבור – מופיעים כולם בסעיף אחד,⁸⁰ ודינם אחד – בטלות. לפיכך ראוי כי בנוגע לשלושתם יורשה בית המשפט להעלות את טענת הבטלות ביוזמתו.

מלבד סוגיה זו של טענות מפי צד שלישי, עולה גם קושי מהותי: החלת זכויות האדם על המשפט הפרטי בכלל, ועל דיני החוזים בפרט, אינה פשוטה כל עיקר. לדיני החוזים היגיון פנימי, שעיקרו ניהול סיכונים (בעיקר כלכליים). אין הוא עוסק בזכויות החוקתיות של האדם כלפי המדינה, ואף לא נועד לכך. מנגנוני האיזון שבו לא בהכרח מתאימים למיזוג האינטרס הציבורי בעסקאות פרטיות אלו ואחרות. כפי שהדין למעלה מראה, גם אם ניתן למצוא פתרונות מתחום סדרי הדין והליכי

74 ס' 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש].

75 עא 65/85 **עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ**, פ"ד מ(3) 29 (1986).

76 שם, בעמ' 60. ראו פסקי דין נוספים שבהם התערב היועץ המשפטי לממשלה עקב החשיבות שבעניין: ע"א 492/79 **מוזס נ' חברת קדישא גחש"א** – "קהילת ירושלים", פ"ד לח(4) 157 (1981); בג"ץ 546/81 **שרגאי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד לו(3) 332, 335 (1983); ע"א 347/71 **סנסור נ' הקונסוליה הכללית של יוון**, פ"ד כו(2) 328 (1972).

77 גרוסקופף, לעיל ה"ש 73, שם.

78 ע"א 174/65 **בדש נ' שדה**, פ"ד כ(1) 617, 629 (1966) (להלן: **עניין בדש**). לדברי השופט זוסמן, שם, בפס' 4 לפסק דינו: "כלל גדול הוא בסדרי הדין שאין בעל־דין רשאי להפתיע בעל־דין־שכנגד בניהול המשפט. לפיכך מורה תקנה 85, שבעל־דין חייב להעלות בכתב־הטענות שלו כל טענה שיש בה, אם לא תועלה, כדי להפתיע בעל־דין־שכנגד, ובין הטענות המנויות בתקנה נזכר בפירוש ענין האי־חוקיות. אלא שקיים כלל אחר והוא, שבית־המשפט לא יתן סעד לשם ביצועה של עיסקה בלתי־חוקית"; ע"א 744/81 **לסלו נ' "ציון" חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד לט(2) 472, 475 (1985); י"י זוסמן **סדר הדין האזרחי** 314 (מהדורה שביעית, 1995); מ' קשת **הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי הלכה ומעשה** 507 כרך א (מהדורה 15, 2007).

79 עניין **בדש**, שם בעמ' 629.

80 סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי).

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

המשפט, מדובר בפתרונות שמכריחים את בית המשפט לצאת מגדרי המשפט הפרטי אל המשפט הציבורי, ועירוב תחומין זה עלול לפגוע במושכלות היסוד של המשפט הפרטי ובעקרי המשפט הציבורי.⁸¹

במקרה דנן, היה אפשר לפתור קושי זה בקלות יחסית: מתחם התחנה מנוהל ומפותח על ידי החברה העירונית "עזרה ובצרון" ונמצא בבעלות עיריית תל-אביב. לפיכך אין צורך לפנות למשפט הפרטי הקלסי: כשגוף ציבורי כורת חוזה, הרי הוא כפוף בשלב הכריתה הן למשפט הפרטי הן למשפט הציבורי (כלומר נתון ב"דואליות נורמטיבית"). לדעתנו, מכאן צומחת חובתה של הרשות המקומית לוודא שאין מתבצעות בשטחה הפרות של זכויות אדם שאינן עומדות במבחני האיזון. משלא עשתה כן, ניתן לתקוף את האופן שבו השתמשה בסמכותה, לרבות האופן שבו הפעילה את שיקול דעתה, בעזרת כלי המשפט הציבורי. לשון אחר: כשהעירייה פועלת בתחום המשפט הפרטי, חובתה כנאמן הציבור שלא לכרות חוזה המאפשר הצגת גופות אדם אשר נסיבות המתן וסוגיית ההסכמה של הנפטרים להצגתן אינן ברורות. מסקנה זו מתבקשת באמצעות החלה ישירה של המשפט הציבורי על כריתת החוזה, משום שמדובר בגוף ציבורי הכפוף לכללי המשפט הציבורי.

2. פרשנות הסדרי חוק קיימים

דרך נוספת להתמודדות עם האתגר המשפטי שהפרשה מציבה היא להציע פרשנות לחוקים שמכוחם הגופים הציבוריים הרלוונטיים פועלים באופן שתיווצר הרמוניה חקיקתית המכבדת את זכויות האדם בישראל המעוגנות בחוק היסוד. במקרה שלפנינו, עומדים לרשות בית המשפט כמה דברי חקיקה שיסייעו בנייתו הסוגיה.

(א) סעיף 249(20) לפקודת העיריות [נוסח חדש]

סעיף 249(20) לפקודת העיריות קובע כי בסמכות העירייה להסדיר את פתיחתם וסגירתם של עסקים ובהם, בין היתר, מקומות של "עינוג ציבורי". אמנם תערוכות אינן מצוינות בסעיף זה במפורש, אך ניתן לגזור את הסמכות כלפיהן מהגדרת "מקומות אחרים של עינוג ציבורי". לפיכך הסמכות לפתיחתה או לסגירתה של התערוכה נתונה לעיריית תל-אביב.⁸²

סמכות זו צוינה אף בתשובת המדינה לבג"ץ, שבה ביקשה המדינה לצרף את עיריית תל-אביב כמשיבה לעתירה ולחייבה לסגור את התערוכה מכוח סמכותה לפי סעיף 249(20) לפקודה. המדינה טענה כי במסגרת סמכותה של העירייה להורות על פתיחת עסק או לסגירתו, חייבת היא לשקול את הפגיעה שתגרם לזכות אדם מוגנת. במקרה שלפנינו, כשיש חשש כבד לפגיעה בזכות המתים הנגזרת מכבוד האדם, על העירייה לשקול הוראה על סגירת התערוכה. כמובן, גם היועץ המשפטי לממשלה היה מודע לקשיים שבהוראה זו ועל הפסיקה המצמצמת את שיקול דעת הרשות המקומית לעניין רישוי עסקים. בפסיקה נקבע לא פעם כי הרשות המקומית מחויבת לפעול מכוח הדין ועליה להפעיל בצמצום את שיקול דעתה בענייני מוסר ורגשות הציבור.⁸³ עם זאת, לדעתנו במקרה דנן אין מדובר אך במוסר וברגשות הציבור, אלא בזכות אדם ממש. סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות מכוחו,⁸⁴ ולכן גם עיריית תל-אביב מחויבת בכך.

היועצת המשפטית של עיריית תל אביב, עו"ד רחל אביב, עו"ד רחל אביד, ציינה בתשובתה לבג"ץ⁸⁵ כי החלטה לעניין רישוי התערוכה לפי פקודת העיריות, יכולה לחול רק על "אותם השטחים ואותם העניינים אשר הדאגה להם מוטלת על השלטון המקומי לפי

Amnon Reichman, *A Charter Free Domain: In Defense of Dolphin Delivery*, University of British Columbia Law Review, Vol. 35, No. 2, 81 pp. 329-392, 2002. המאמר זמין בכתובת: <http://ssrn.com/abstract=906601>.

82 ראו גם פרשנות זו בתשובת המדינה, לעיל ה"ש 3, שם.

83 בג"ץ 230/73 ש.צ.מ. נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד כח(2) 113 (1974); בג"ץ 287/71 דעבול נ' ראש עיריית רמת גן, פ"ד כו(2) 821 (1971); תשובת המדינה, לעיל ה"ש 3, פס' 16.

84 סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

85 עו"ד רחל אביד בחוות דעתה לבג"ץ. חוות הדעת לא פורסמה והיא נשלחה אלינו בדואר אלקטרוני על ידיה.

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

החוק".⁸⁶ מכיוון שלמקרה דנן יש השלכות ארציות, אין העירייה יכולה להסדיר את הסוגיה. זאת ועוד, העירייה אינה רשאית לסגור את התערוכה באין מקור בדין לעניין זה. חוק רישוי עסקים, התשכ"ח 1968, מגביל במידת מה את הזכות לחופש העיסוק, שכן הוא מחייב את שר הפנים להבטיח בצו מטרות כגון איכות הסביבה ומניעת מפגעים;⁸⁷ מניעת סכנות⁸⁸ ובריאות הציבור⁸⁹ אך נכון לעכשיו, אין בנמצא צו לעניין תערוכות המציגות גופות אדם. ומכאן, לשיטת העירייה, שאין חוק רישוי עסקים מחייב את רשות הרשויות לשקול את מידת הפגיעה שעסק פלוני עלול לגרום לזכות אדם מוגנת בהקשר דנן.⁹⁰ בית המשפט בפסיקתו אף הקפיד על החלת החוק למטרותיו בלבד.⁹¹

לדעתנו, היה ראוי לפרש את הסעיף הנדון לפי עמדת המדינה ולפסוק שהוא מחייב את העירייה לשקול את מידת הפגיעה שעסק עלול לגרום לזכות אדם מוגנת. ראשית, פרשנות זו של פקודת העיריות, המחייבת את העירייה לשקול את זכויות האדם, תתיישב עם חוק היסוד ותביא להרמוניה חקיקתית של זכויות האדם בישראל. שנית, פרשנות זו מתבקשת כדי למנוע בעתיד פתיחת תערוכות או מקומות אחרים של עינוג ציבורי, שיש בהם כדי לפגוע פגיעה לא מידתית בזכויות אדם (כמובן תוך הכרה בחשיבות חופש העיסוק וחופש הביטוי הבאים לידי ביטוי בפתיחת תערוכות). אמנם בדיקה מעין זו טייל נטל מסוים על העירייה, אך ראוי שנטל זה יוטל כדי למנוע הצגת תערוכות או גלריות שיש בהן פגיעה חמורה וקשה בזכויות אדם.⁹²

על כן, לדעתנו, היה על בית המשפט לצרף את עיריית תל-אביב לעתירה – כפי שביקשה המדינה – ולהורות לה על הפרשנות הראויה לסעיף 20249(2) לפקודת העיריות. בעקבות זאת היה על העירייה להחליט לפי פרשנות זו אם ראוי לסגור את התערוכה דנן – החלטה שלאור הניתוח הנורמטיבי לעיל כנראה הייתה חיובית.

(ב) סעיף 20248(2) לפקודת בריאות העם

סעיף 20248(2) לפקודת בריאות העם, קובע: "אין קוברים מת לפני עבור שלוש שעות משעת פטירתו ולא אחרי עבור ארבעים ושמונה שעות לאחר פטירתו".⁹³ בפסיקה ובספרות חלוקות הדעות אם מסעיף זה נגזרת במדינת ישראל חובת קבורה. מחד גיסא, ניתן לראות את דעת השופט רובינשטיין בעניין **אבני**, אשר באמרת אגב ציין כי לדעתו סעיף זה קובע במדינת ישראל חובת קבורה.⁹⁴ מנגד, בגלגול אחר של העתירה פסק השופט הנדל כי אין בישראל חובת קבורה, ולא הזכיר את דבריו של השופט רובינשטיין שנתיים קודם כן.⁹⁵

לדעתנו, יש להבחין בין היעדרה של חובת קבורה ובין היתר להשתמש בגופת המת לצרכים מצרכים שונים. מלשון הסעיף – המורה כי אין קוברים גופה לאחר 48 שעות – עולה לדעתנו כי יש לקבור אותה קודם כן. אף אם תאמר שאין הכרח דווקא לקבור, וניתן לשרוף או להטיל לים, הרי אלו הן שיטות שוות ערך לקבורה במובן זה שתכליתן להשיב את הגופה לעפר הארץ. אם אכן אין חובת קבורה או חובה שוות ערך לחובת קבורה, אזי יוכל כל אדם לחנוט ולשמור אצלו בבית את גופות קרוביו בלי שיצטרך לנהוג בהם בדרך מסוימת.⁹⁶ זהו מצב שאינו עולה בקנה אחד עם תכלית חקיקת הקבורה, כפי שאנו מבינים

86 בג"ץ 161/52 חברת המזקקים של א"י בע"מ נ' ראש העיר, חברי מועצת העירייה של ראשון לציון ותושביה, פ"ד ז 113, 125 (1953); 1600/08 מקסימדיה פרסום חוצות בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו (פורסם בנבו, 18.8.11); בג"ץ 2838/95 גרינברג נ' המועצה המקומית קצרין, פ"ד נג(1) 1, 18 (1997); בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 705 (2001).

87 סעיף 1(א) לחוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968.

88 סעיף 1(א) לחוק רישוי עסקים.

89 סעיף 5(א) לחוק רישוי עסקים.

90 עניין **חברת המזקקים**, לעיל ה"ש 86, שם; בג"ץ 60/54 וייס נ' ראש העיר, חברי המועצה ותושבי תל אביב, פ"ד ט 389 (1995).

91 עניין **אלאקסא**, לעיל ה"ש 16, פס' 164 לפסק הדין.

92 ואי-אפשר לסגור אותן לפי חוק רישוי עסקים, כגון התערוכה דנן שאיננה מצריכה רישוי, שכן היא מוצגת במתחם של קבע, ראו: סי' 77 לתוספת לצו רישוי עסקים (עסקים טעוני רישוי), התשנ"ה-1995.

93 סי' 20248 לפקודת בריאות העם (1940).

94 עניין **אבני**, לעיל ה"ש 62, פס' ה' לפסק הדין.

95 ע"א 1835/11 **אבני נ' מדינת ישראל**, פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 17.11.11).

96 כל עוד כמובן הוא לא נוהג בה בביזוי – ראו סי' 172 לחוק העונשין.

יוסף בן־דוד וניר לוין, "בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה – מתווה נורמטיבי חלופי לפסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תערוכת הגופות והצעה להסדר חקיקתי", **הארץ דין ח 1** (תשע"ג)

אותה. לדעתנו, יש לפרש את סעיף 2)8 לפקודת בריאות העם באופן שנגזרת ממנו חובת קבורה או חובה שוות ערך לקבורה לאור חוק היסוד. פרשנות זו – המחייבת בישראל קבורת גופות – תחייב את מארגני התערוכה להביא את הגופות לקבורה, ונוסף על כך תמנע מצבים אבסורדיים שבהם יבקשו אנשים לשמור אצלם את גופת קרובם, והכול כדי למנוע פגיעה בכבודם של המתים.

(ג) ס' 172 לחוק העונשין

דרך אפשרית נוספת שלדעתנו היה בג"ץ יכול ללכת בה בחפשו מקור נורמטיבי לסגירת התערוכה היא סעיף 172 לחוק העונשין. סעיף זה קובע סנקציה פלילית שניתן להטיל, בין היתר, על אדם הנוהג במת שלא בכבוד או מפריע לאנשים שנתקהלו ללוויית המת, בכוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות את דתו.⁹⁷ סעיף זה הוא גלגולו העדכני של סעיף 148 לפקודת החוק הפלילי (1936), שבעבר פורש כאוסר גם ביזוי של גופת המת.⁹⁸ עבירה זו היא עבירה התנהגותית הדורשת יסוד נפשי של כוונה, כלומר עבירת מטרה.⁹⁹

אמנם קשה, ואולי אף לא ראוי, שמארגני התערוכה יועמדו לדין פלילי בגין עבירה זו מסוג עוון, שנראה כי תכליתה העיקרית היא למנוע כניסה למקום פולחן ופגיעה ברגשות דת. נראה כי היסוד העובדתי של התנהגות שלא בכבוד במת התקיים בהצגת התערוכה, אולם קשה לקבוע כי היסוד הנפשי הדורש כוונה מתקיים כאן, שכן כוונת המציגים מסחרית גרידא. אולם על פי הלכת הצפיות, המקובלת במשפט הפלילי, ניתן לומר כי במקרה זה היו המארגנים יכולים לצפות כי הצגת הגופות בלי לקבל את הסכמתם של הנפטרים תפגע ברגשותיו של הציבור.¹⁰⁰

ערים אנו לקושי שבהישענות על רגשות הציבור במשפט הפלילי, ולדעתנו אין למהר ולקבוע איסורים פליליים בהקשר דנן, אולם ניתן להקיש מן האיסור הפלילי על קיום חובה במשפט הציבורי. לטעמנו, גם אם יסודות העבירה לא התקיימו במקרה זה, הוראות החוק הפלילי יכלו לעזור לבית המשפט, בהצטרף אל הוראות החוק שנסקרו בפרק זה, להעמיד את החלטתו על בסיס נורמטיבי איתן, בבואו לנתח את סמכות העירייה לתת אישור לתערוכה שגופות מוצגות בה.

לשיטתנו, היה על בית המשפט לבחון כל אחת מדרכים אלו. לו עשה כן, ייתכן שהיה נמנע הקושי שהחלטתו מעוררת.

ה. הסדר חקיקתי – פתרון מוצע

1. סקירת הגישות

דומה שדרך המלך לפתרון הסוגיה היא בחוק הכנסת, כמקובל במדינות אחרות.¹⁰¹

בבואנו להציע הסדר רגולטורי-חקיקתי, עלינו לתת משקל הן לאיזון ה"פנימי" של שיטת המשפט הישראלית בין הזכות לכבוד המת מחד גיסא לבין הזכויות לחופש העיסוק והביטוי המסחרי מאידך גיסא, והן לאיזון "חיצוני" בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

בחינת הסדרים שנקבעו במדינות שונות מגלה כי יש שלוש גישות מרכזיות לנושא של תערוכת גופות לצרכים מסחריים:

97 כותרתו של הסעיף היא "כניסה ללא רשות למקום פולחן או קבורה" ונראה כי זו תכליתו העיקרית, אך לא היחידה. ראו ס' 172 לחוק העונשין.

98 ע"פ 176/71 הרב ברוך נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 667 (1971).

99 לפי הגדרתו של המלומד פלר. ראו: ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל פ"ד (5) 221, פס' 38 לפסק דינו של השופט מצא (1996).

100 עוד על השימוש בהלכת הצפיות בעבירות מסוג מטרה ראו שם, פס' 40 לפסק הדין.

101 הדין בנושא זה יורחב להלן בה"ש 106.

יוסף בן־דוד וניר לוין, "בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה – מתווה נורמטיבי חלופי לפסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תערוכת הגופות והצעה להסדר חקיקתי", **הארץ דין ח 1** (תשע"ג)

הגישה הראשונה, זו הקיימת דה־פקטו בישראל ובחוק הפדרלי האמריקני העכשווי, מאפשרת הצגת תערוכת גופות בלי שתהיה בחוק דרישה מפורשת ממארגני התערוכה להציג אישורים באשר למקור הגופות המוצגות בה, סיבת המוות ומתן הסכמה מפורשת של הנפטרים לשימוש זה בגופם לאחר פטירתם.¹⁰² בגישה זו השוק החופשי והצרכים המסחריים גוברים על זכות המת לכבוד, זכות שאינה מוחלטת ולעתים אף חלשה מזכותם של החיים.¹⁰³

הגישה השנייה היא גישה ביניים המציבה את אוטונומיית האדם במרכז (הגישה הליברלית). ביטוי לגישה זו ניתן למצוא כאמור בכמה מדינות בארה"ב, באנגליה, בוויילס ובסקוטלנד.¹⁰⁴ גישה זו תאשר הצגת תערוכת גופות אדם אם סיבת המוות ברורה וטבעית והנפטרים הביעו הסכמה מפורשת לשימוש בגופם למטרות אלו. בנסיבות המקרה שלפנינו, גישה זו תתנגד לקיום התערוכה מהסיבות שפורטו לעיל.

הגישה השלישית מתנגדת להצגת גופות אדם למטרה מסחרית באשר היא, בלי קשר לסוגיות ההסכמה וסיבת המוות. הגישה גורסת שעצם הצגת הגופות למטרות מסחריות פוגעת בכבוד האדם ומבזה אותו, וכי על המדינה לאסור הצגת תערוכות מעין אלו. גישה זו היא שהנחתה, למשל, את בית המשפט המחוזי בצרפת שהחליט לאסור קיום תערוכה דומה משום שמדובר בהצגת גופות למטרת רווח.¹⁰⁵ מלבד הפגיעה בכבוד האדם, במרכז גישה זו עומד שיקול נוסף והוא אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. יהדותה של המדינה מתבטאת בכך שבישראל הדת היא חלק מהמדינה. שילוב זה עולה ממסמכי היסוד של מדינת ישראל, מסעיפי המטרה של חלק מחוקי היסוד ומחיקוקים שונים הנוגעים לתחומי "דת ומדינה".

סוגיית תערוכת הגופות מעוררת כמה בעיות הלכתיות. ראשית, ההלכה קובעת חובה לקבור את מתי ישראל, לרבות את מתי אומות העולם,¹⁰⁶ ואוסרת להלין את המת. שנית, אסור לפגוע בכבוד המת ולבזות את צלם האלוקים שבו.¹⁰⁷ כך, לדוגמה, הגופות מוצגות בתערוכה כשהן מעורטלות, הצגה הפוגעת בכבודן ואסורה על פי ההלכה היהודית.¹⁰⁸ זאת ועוד,

102 נראה כי ההסדר החקיקתי בארה"ב דומה לזה שבישראל בכך שהוא אינו דן במפורש באפשרות של הצגת גופות לצרכים מסחריים. החוק הפדרלי, המסדיר את הטיפול בגופות והשימוש בהן, הוא ה־UAGA (Uniform Anatomical Gift Act). מטרתו העיקרית של החוק היא להסדיר את דרכי תרומת האיברים. החוק אינו דן באפשרות של ייבוא גופות לארה"ב לצורכי הצגתן בתערוכות.

103 ראו בהקשר זה את דבריו של מיכאל בירנהק: "מכל זה עולה שהמושג 'כבוד האדם' שלעצמו, 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 [...]". ראו: בירנהק, לעיל ה"ש 39, בעמ' 113.

104 ב־2004 נחקק באנגליה ובוויילס ה־Human Tissue Act. חוק זה הבהיר כי לשום אדם אין זכות להשתמש בגופתו של אדם למטרת הצגתה בפומבי אלא אם כן קיבל לכך רישיון מהשלטונות. גם בסקוטלנד נקבע ב־Human Tissue Act, בחלק הנוגע ל"פיקוח על הצגה פומבית", כי חלקי גוף או גוף אדם לא יוצגו לראווה, בין שעברו תהליך של שימור ובין אם לאו. הצגת גופות או חלקי גופות מותרת רק אם השרים הסקוטים מצאו לנכון להתירה למטרות של חינוך, לימוד או מחקר, ועל ידי מתן רישיון ספציפי. לעניין הסדרים מדינתיים בארה"ב – ראו פירוט לעיל בה"ש 22.

105 השופט לוֹאִי מאִרִי רִינגֶארד טען כי הצגת גופות תמורת רווח "פוגעת בכבוד שאנו חבים להן", וכי הטיפול בגופות על ידי המדינה נמצא בליבת הוויכוח הדמוקרטי עוד מימי אנטיוגונה. השופט אף הגדיל וטען כי לארגוני זכויות אדם יש אינטרס סוציאלי לגיטימי לפעול למניעת הצגת תערוכת "Our Body", כי המקום הנכון לגופות הוא בית הקברות, וכי מסחור הגופה פוגע פגיעה מובהקת בכבוד. הסעד שניתן על ידי בית המשפט היה סגירה מידית של התערוכה תוך 24 שעות. קנס של 20 אלף אירו הוטל על מארגני התערוכה בגין כל יום איחור בסגירתה. עוד הורה בית המשפט על הבאת 17 הגופות וחלקיהן, המוצגים בתערוכה, לקבורה הולמת. בית המשפט לערעורים מיתן את החלטה: הוא אמנם אישר אותה בנימוק שמארגני התערוכה לא סיפקו הוכחה לחוקיות מקור הגופות ולקיומה של הסכמה חוקית להצגתן. השופט ז'אן קלוד מאגנדי נסמך על ס' 16 לקוד ה'היפטרות' וטען כי הכבוד לגוף האדם אינו מסתיים במוות, וכי יש לנהוג בשאריות האנשים המתים בכבוד ובהגינות. עם זאת, השופט הכיר בכך שישנן מטרות שלשמן כן נאפשר שימוש בגופות **אולם הסביר כי בכל מקרה שימוש כזה מחייב מקור חוקי להשגת הגופות ולרבות הסכמה**. ראו: Henkin, לעיל ה"ש 22, שם.

106 דברים כא 23. ראייה לכך שמצוות הקבורה חלה על כולי עלמא ניתן למצוא בספר יהושע: יהושע תלה את מלך העני על העץ, אולם לעת ערב ציווה שירידו אותו מן העץ כדי שיוכלו לקבור אותו. ראו: יהושע ח, 29.

107 סנהדרין מו ע"ב; רמב"ם, הלכות אבל, פרק יב, הלכה א.

108 הכהן, לעיל ה"ש 27, בעמ' 4; מ' ויגודה "הלבוש במשפט ובהלכה" **פרשת השבוע**, צו, תשס"ד, גיליון מס' 161.

יוסף בן־דוד וניר לוין, "בג"ץ 4068/12 שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה – מתווה נורמטיבי חלופי לפסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תערוכת הגופות והצעה להסדר חקיקתי", **הארץ דין ח 1** (תשע"ג)

הצגה זו אף פוגעת בכבודם של הצופים בתערוכה, וככל שהקהל רב יותר, כן כבודו של הנפטר נפגע יותר.¹⁰⁹ שלישית, המשפט העברי אוסר ליהנות מן המת.¹¹⁰ פעולות שיש בהן כדי להיטיב עם המשתמש, והקשורות לגופת הנפטר, אסורות אפוא. בענייננו, הן החברה האמריקנית והן חברת גלים נהנות מן ההכנסות שהתערוכה מניבה (מדמי הכניסה לתערוכה) ואף המבקרים נהנים מצפייה בגופות המוצגות בה. "הנאה" זו מן המת אסורה על פי ההלכה.¹¹¹

2. פתרון מוצע

נראה כי הגישה הראשונה, המתארת מצב של ריק חקיקתי, אינה רצויה. מדינה דמוקרטית לא ראוי שתאפשר פגיעה חמורה כל כך בכבוד האדם על ידי הצגת גופות שמקורן אינו ידוע ובהיעדר הסכמת הנפטרים. עמדנו לעיל על הקשיים והפגיעה האפשרית העולים ממצב זה, קשיים שלא נעלמו מעיני בית המשפט העליון בדונו בסוגיה.

אנו סבורים אפוא כי המחוקק הישראלי צריך לאמץ לכל הפחות את גישת הביניים (הליברלית) המאפשרת הצגת תערוכת גופות אדם למטרות מסחריות רק לאחר קבלת אישורים מתאימים, המעידים על הסכמה מפורשת, ובפיקוח קפדני על התנהלות התערוכה ומארגניה. אולי אף יש לשקול את אימוץ הגישה השלישית ולקבוע איסור מוחלט להציג תערוכת גופות אדם בישראל, ולהתיר שימוש רק באמצעים חלופיים כגון הצגת שלדים ודגמי פלסטיק. ראוי לשקול נקיטת גישה זו, בשל ייחודה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, דבר המבדיל ומבחין אותה ממדינות המערב, ואף שהתחליפים המוצעים אינם שווים ערך למקור.¹¹² ייתכן שפתרון חקיקתי זה אינו יכול לאזן בין הצד הדמוקרטי והצד היהודי, אלא שהפגיעה בצד הדמוקרטי, וההסתפקות בתחליפי גוף אדם, נראית לנו קלה יותר. על כל פנים, ראוי שהחלטה כזו תתקבל על ידי המחוקק.¹¹³

109 הכהן, שם. לסקירה מקיפה של סוגיית כבוד המת במשפט העברי, ראו את פסק דינו של השופט צבי ויצמן בעתמ"ש 17340/05 פלוני נ' עזבון פלוני ז"ל (פורסם בנבו, 26.7.2006). ראו גם: תמש (כ"ס) 13320/08 צ.ב.נ' מ.ב. (פורסם בנבו, 22.5.2008), שם סקר השופט יעקב כהן את ההלכה היהודית בסוגיית ניתוחי מתים לצורכי מחקר.

110 דוגמה מאלפת בסוגיה זו ניתן למצוא בפסיקתו של רבי יהונתן אייבשיץ (מן המאה השמונה עשרה), אשר נשאל על ידי אחד העניינים באזורו אם יותר לו להשתמש בגוף משונה בצורתו אשר הפילה אשתו כדי להסתובב עמו בכפרים ולהראות אותו לעוברים ולשבים, ואולי על ידי כך להרוויח כמה מעות כדי שהוא ואשתו יוכלו להתפרנס. על אף רחמיו המרובים, פסק רבי יהונתן כי אין להשתמש בגוף הנפל לצורך עשיית רווחים כספיים, מכוח חובת הקבורה והאיסור ליהנות מן המת. ראו: ר' יהונתן אייבשיץ **בינה לעתים** (ירושלים תשל"ג) הלכות יום טוב, פרק א, יב, ע"א.

111 דעת ההלכה היהודית בנוגע לתערוכה דן אף עולה בבירור מתשובתו של הרב הראשי לישראל לשעבר – הרב ישראל מאיר לאו, אשר נשאל במפורש מהי עמדת ההלכה היהודית בנוגע לתערוכה הידונה, ובמילים אלו השיב: "בזעזוע רב קבלתי זה עתה את מכתבכם מאתמול י"ב בניסן (4.4.12) בדבר תערוכת bodies שאמורה להיפתח בחול המועד פסח במתחם 'התחנה' בתל אביב. לעניות דעתי יש בכך ביזוי צלם האלוקים שבאדם. תורתנו אוסרת הלנת המת גם אם הוצא להורג בשל עבירות חמורות, כי הלנת הגופה פוגעת בצלם האלוקים. אין שום הצדקה אמיתית או אחרת להלנת גופות בני אדם ללא כל קשר לזהותם הדתית, הגזעית או הלאומית. יש בכך פגיעה בכבוד האדם ובחירותו לקבוע את אשר ייעשה בגופו".

112 סעיף 1 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 2 לחוק־יסוד: חופש העיסוק; חוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם–1980, ס"ח 965; חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג–1953, ס"ח 134; חוק איסור גידול חזיר, התשכ"ב–1962, ס"ח 377; חוק חג המצות (איסורי חמץ), התשמ"ו–1986, ס"ח 1191.

113 ביטוי לקושי דומה המבטא מתח בין ערכי היהדות לערכי הדמוקרטיה מתגלה בדברי ההסבר לחוק האנטומיה והפתולוגיה, שיש בו כדי להאיר מעט את הסוגיה שלפנינו: "הצורך בהוראות חוקיות, שיאפשרו קבלת גוויות לצרכי הוראה ומחקר, נעשה דחוף ביותר, עם הקמת בית הספר לרפואה של האוניברסיטה העברית והדסה. הבעיה נידונה עוד בתקופה שלפני הקמת המדינה, ובזמנו הושג הסכם בין הרבנות הראשית ובין הנהלת בית החולים האוניברסיטאי 'הדסה' בירושלים, שתכליתו הייתה למנוע פגיעה בדיני ישראל". זאת ועוד, עיון בקריאה השנייה והשלישית של חוק זה בכנסת מגלה את רגישות הסוגיה ואת המתח בין חברי הכנסת שהיא מעוררת. חבר הכנסת קלמן כהנא (פועלי אגודת ישראל) ניסה בקריאות אלו לצמצם את השימוש בניתוח גופות אך ורק למקרים של הסכמה מפורשת בכתב (כיום תיקון תשמ"א צמצם את הסעיף המקורי שקבע כי ניתן לבתר גם גוויות שאין להן דורש). נוסף על כך הוראות החוק עצמן מלמדות על הערך הרב שהמחוקק הישראלי מייחס לכבוד המת. סעיף 5 לחוק האנטומיה והפתולוגיה קובע כי תוך שנה יש להביא את הגוויה לקבורה כל עוד לא הסכים הנפטר כי גופתו תישמר על ידי בית הספר. יתרה מזו, המחוקק הישראלי – כפי שהצגנו לעיל – אפשר ניתוח גופה למטרות מוגדרות ומסוימות אשר יש בהן כדי לקדם את הרפואה והן בבחינת פיקוח נפש. יש בדברים אלו כדי ללמדנו על המתח בסוגיות מעין אלה ועל הצורך באיזון חקיקתי אשר יגשים מחד גיסא את ערכי הדמוקרטיה ומאידך גיסא את ערכי היהדות.

ו. סיכום

אין עוררין על כך שהצגת גופות בתערוכה למטרות מסחריות מעוררת בעיה מורכבת, שיש לה היבטים רבים. בהארה זו סקרנו קשיים הכרוכים בקיום תערוכת הגופות Bodies בישראל. הצבענו על הבעייתיות שבפסיקתו הלקונית של בית המשפט והצענו מתווה חלופי – גם אם לא נטול פגמים – שבית המשפט היה יכול להסתמך עליו בפסיקתו. תחילה סקרנו בפירוט את החששות שהצגת התערוכה מעוררת: היעדר הוכחה לכך שהנפטרים נתנו הסכמתם לשימוש בגופם לצורכי התערוכה ואי-בהירות בעניין אופן ההמתה. חששות אלו נבחנו לאור חוקי היסוד, מושגים מרכזיים בשיטת המשפט הישראלית ולאור פסיקות והסדרים חקיקתיים בעולם ובמשפט העברי.

בהמשך הצענו דרכים נורמטיביות חלופיות שבית המשפט היה יכול להסתמך עליהן בפסיקתו ולפרשן לאור הדיון החוקתי הראשוני. לסיום, בודענו כי מתווה הניתוח אינו הפתרון ארוך הטווח הראוי לסוגיית תערוכות של הצגת גופות, סקרנו כמה גישות להסדר חקיקתי של העניין – הסדר שבית המשפט המליץ עליו בפסיקתו. הצענו שהמחוקק הישראלי ידרוש למצער הוכחות באשר למקור השגת הגופות ולסיבת המוות וכן את הסכמת הנפטר לשימוש בגופו לצרכים מסחריים. לחלופין הוצע לאסור לחלוטין הצגת גופות אדם בתערוכות, בשל הפגיעה בכבוד האדם ובערכי היהדות. אנו מקווים שהמחוקק הישראלי ירים את הכפפה ויסדיר סוגיה חשובה ורגישה זו, שכנראה תגיע לפתחם של בתי המשפט גם בעתיד.