

## כבוד המת במשפט הישראלי

### דיון בעקבות ע"פ 7128/16 פלוני נ' מדינת ישראל

מאת

#### איה דיאב והנרייט טיבי\*

**מבוא.** 1. פסק הדין פלוני, הנמקתו ונפקותה; א. השתלשלות הפרשה ופסק הדין; ב. הנמקת פסק הדין; ג. נפקותו של פסק הדין לעניין פרשנותו של סעיף 172 לחוק העונשין. 2. השתלשלות הוראת סעיף 172 בחוק העונשין. 3. פרשנותו הראויה של סעיף 172 לחוק העונשין; א. ניתוח לשונו של סעיף 172 לחוק העונשין; ב. פסק הדין בעניין פקוביץ והשפעתו על פרשנות סעיף 172 לחוק העונשין; ג. הביקורת על פרשנות בית המשפט בעניין פלוני; ד. עקרון החוקיות אינו שולל את תחולת מעשי ביזוי גופת מת. סיכום.

#### מבוא

עניינה של הארה זו הוא ע"פ 7128/16 פלוני נ' מדינת ישראל. במוקד פסק הדין עמד ערעורו של פלוני שעשה מעשה מגונה בגופתה של אשתו לאחר שרצח אותה (להלן: עניין פלוני).<sup>1</sup> אנו נטען כי הפרשנות המשפטית שבפסק הדין לעבירה של מעשה מגונה מחד גיסא, ולסעיף 172 לחוק העונשין והחלופה של "נוהג שלא בכבוד במת" הקבועה בו מאידך גיסא – היא בעייתית ואינה מחויבת המציאות. פרשנות זו מביאה למצב אבסורדי שבו מעשים, שגם אליבא דשופטי ההרכב היה ראוי שייכללו בגדר האיסורים הפליליים, אינם מוגדרים כעבירה. כתוצאה מכך החוק אינו מספק פתרון ראוי לשמירה על הערך החברתי המוגן של "כבוד המת".<sup>2</sup>

אנו נטען כי המצב החוקי הנוכחי והכלים הפרשניים הקיימים מאפשרים ומצדיקים תוצאה אחרת שהיא לטעמנו ראויה יותר: תוצאה שבה מעשים קשים של ביזוי גופת המת, כגון המעשים המתוארים בעניין פלוני, הם בגדר עבירה לפי סעיף 172 לחוק העונשין<sup>3</sup> ולפי החלופה "נוהג שלא בכבוד במת" הקבועה בו. מבנה ההארה יהיה כדלקמן: בפרק הראשון נציג את פסק הדין בעניין פלוני, הנמקת השופטים ונפקות הכרעת הדין; בפרק השני נדון בהשתלשלות ההיסטורית של הוראת סעיף 172 לחוק העונשין; בפרק השלישי נציג את הפרשנות הראויה לטעמנו לסעיף 172 לחוק העונשין ונבחן זאת בשלושה מישורים: ניתוח לשוני של הסעיף, הבחנה בינו ובין פסק הדין בעניין פקוביץ, ופרשנות ערכית.

### 1. פסק הדין פלוני, הנמקתו ונפקותה

\* איה דיאב והנרייט טיבי, סטודנטיות למשפטים בשנה ג' באוניברסיטת חיפה, חברות מערכת כתב העת "הארת דין" לשנת תשע"ט.

1 ע"פ 7128/16 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.5.2018) (להלן: עניין פלוני).

2 שם, פס' 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן; פסק דינה של השופטת ברון; פס' 1 לפסק דינו של השופט מייץ (השופט מייץ הצטרף להערוותה של השופטת ברון, לכאורה גם בהיבט הקריאה למחוקק כי ראוי ששמירה על כבוד המת תמצא את דרכה לספר החוקים בגדר האיסורים הפליליים).

3 חוק העונשין, התשל"ז-1977.

## א. השתלשלות הפרשה ופסק הדין

פסק הדין בעניין פלוני ניתן במסגרת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע, שבו הורשע המערער בעבירת רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, ובעבירת מעשה מגונה לפי סעיף 348(ב) לחוק בנסיבות סעיף 345(ב)(4) לחוק.<sup>4</sup>

עובדות העבירה שבה הורשע המערער הן כדלקמן. לאחר ויכוח שהתפתח בין המערער ובין אשתו המנוחה בדירתם, היכה המערער ונשך את המנוחה, ואף הצמיד סכין לצווארה כשהיא עדיין נאבקת ונלחמת להרחיקו ממנה. לבסוף חנק המערער את המנוחה למוות, והטיל אותה על הרצפה חסרת חיים. בעודה מוטלת על הרצפה חסרת חיים חיכך המערער את איבר מינו באיבר מינה לשם גירוי מיני. לאחר מכן חתך המערער את צוואר המנוחה בסכין והפריד בין ראשה לגופה.

לאחר מעשים קשים אלו נסע המערער לאתר בנייה, קבר את ראשה הערוף של המנוחה והמשיך בדרכו לעבודתו. בעת ביצוע העבירה עבד המערער כסוהר במתחם בתי סוהר בבאר שבע. בהגיעו לשם, ובעודו ברכבו, התקשר למטרה והודיע שהוא ואשתו רצו להתאבד וביקש שניידת תישלח לדירתם. בגין כל האמור הואשם המערער בעבירת רצח, מעשה מגונה ושיבוש מהלכי משפט. מהעבירה האחרונה הוא זוכה ברוב קולות בבית המשפט המחוזי.

בפסק הדין נקבע באשר לעבירת הרצח כי בנסיבות העניין יש לתחום את העונש ולהפחיתו ממאסר עולם – העונש הקבוע לעבירה זו בסעיף 300(א)(2) לחוק העונשין.<sup>5</sup> על כן הועמד העונש על 27 שנות מאסר בפועל. בית משפט קמא הרשיע את המערער גם בעבירה של מעשה מגונה, ופסק שעבירת מעשה מגונה יכולה להתקיים גם כאשר היא מבוצעת באדם "לא חיי", בהסתמכו על כך שיש לפרש את חוק העונשין ברוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שתחת כנפיו חוסה גם ההגנה על כבוד המת כפי שכבר פורש בפסיקה.<sup>6</sup> העונש בגין המעשה המגונה הועמד על שנתיים, באופן שתהיה חפיפה בין שנת מאסר אחת בגין עבירת המעשה המגונה ובין המאסר בגין עבירת הרצח. לפיכך בסך הכול הושתו על המערער בבית המשפט המחוזי 28 שנות מאסר.

על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוגש ערעור. בערעור טען המערער, כפי שטען בבית משפט קמא, כי הפירוש הנכון לנסיבה "אדם" שבעבירת המעשה המגונה הוא אדם חי בלבד, ולפיכך לא היה מקום להרשיעו בעבירה זאת. המשיבה בהליך, דהיינו המדינה, טענה מנגד שיש להשתמש בפרשנות תכליתית שלפיה על המונח אדם לכלול גם אדם "לא חיי" בנסיבות שבהן "עבירת המין מתבצעת כרצף עבריניי אליים".<sup>7</sup> בית המשפט העליון קיבל פה אחד את טענת המערער כי את הנסיבה "אדם" בעבירת המעשה המגונה יש לפרש כמתייחסת לאדם חי בלבד. לפיכך זוכה המערער מעבירה זו, ולכן בסופו של דבר הוטלו עליו 27 שנות מאסר.

## ב. הנמקת פסק הדין

חוות הדעת העיקרית בפסק הדין נכתבה על ידי השופט ע' פוגלמן. לחוות דעת זו הצטרפו השופטת ע' ברון והשופט ד' מינץ. השופט מינץ הוסיף בחוות דעתו שניתן ללמוד לעניין זה בדרך של היקש מהמשפט העברי.

השופט פוגלמן היה מוכן להניח שלשון הסעיף יכולה לשאת פרשנות שלפיה המילה "אדם" מתייחסת גם לאדם מת, והוא אף הכיר במרכזיותו של עקרון ההגנה על כבוד המת במשפטנו החוקתי, כחלק מההגנה על הזכות החוקתית לכבוד האדם. עם זאת, לדידו בית המשפט קמא לא נתן משקל מספיק לעקרון החוקיות, ולזכות החוקתית המוגנת לחירות העומדת בבסיסו ומעוגנת גם היא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיקרון זה מביא לכלל המסקנה שעבירת מעשה מגונה אינה

4 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

5 ס' 300 לחוק העונשין; עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

6 שם.

7 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

כוללת מעשה מגונה בגופת אדם מת. לעניין זה העיר השופט פוגלמן כי אף אם כפות המאזניים הפרשניות מעוינות, הוא היה מוצא לנכון לבכר פרשנות זו בשים לב למצוותו של סעיף 34כא לחוק העונשין, שלפיה יש להעדיף את הפרשנות המקילה עם הנאשם.

חשוב במיוחד לענייננו הטיעון של השופט פוגלמן לתמיכה במסקנתו. השופט אישש את מסקנתו הפרשנית באמצעות סעיף 172 לחוק העונשין – עבירת כניסה ללא רשות למקום פולחן או קבורה – ופרשנותו בפסיקה. סעיף זה קובע כי:

"הנכנס שלא ברשות למקום פולחן או קבורה או למקום שיוחד לצרכי לווית המת או לשמירת עצמותיו של מת, או נוהג במת שלא בכבוד, או גורם הפרעה לאנשים שנתקהלו ללוית המת, והכל בכוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, או כשהוא יודע שהדבר עשוי לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, דינו – מאסר שלוש שנים".<sup>8</sup>

**ראשית**, השופט פוגלמן ציין כי סעיף זה הוא גלגולו של סעיף 148 לפקודת החוק הפלילי שאסר את ביזוי גופת המת בהקשר של פגיעה ברגשות דתיים. אלא שמסעיף 172, שנוסח כחלק מנוסח חדש ומשולב של הפקודה המנדטורית, נשמט הביטוי האוסר את ביזוי גופת המת ונקטה לשון האוסרת לנהוג במת שלא בכבוד.<sup>9</sup> לדידו של השופט פוגלמן, הגם שקשה לעמוד על כוונתו של המחוקק בהשמטת החלופה שעניינה ביזוי גופת המת, יש ליתן משקל להשמטה זו שבעקבותיה [חוק העונשין](#) אינו אוסר עוד במפורש את ביזוי גופת המת, בין בקשר לפגיעה ברגשות דתיים ובין לאו.

**שנית**, וכתמיכה נוספת, ציין השופט פוגלמן את פרשנותו של סעיף 172 בפסיקה. השופט פוגלמן הדגיש כי בית המשפט העליון היה יכול להרחיב את הפרשנות של החלופה "נוהג במת שלא בכבוד" באופן שתאסור מנעד של התנהגויות הפוגעות בכבוד המת. אולם בית המשפט נקט פרשנות מצמצמת וקבע שהאיסור יחול רק על התנהגות הפוגעת בכבוד המת במקומות שעניינם קבורת המת, לוויתו או שמירת גופתו. עמדה פרשנית זאת, אליבא דשופט פוגלמן, תומכת במסקנה שאין להרחיב את פרשנות עבירת המעשה המגונה באופן שתכלול גם איסור לעשות מעשה בגופה עצמה.

יצוין כי כלל שופטי ההרכב עמדו על החומרה המוסרית והמטען האנטי-חברתי הגלומים במעשה ביזוי המנוחה על ידי המערער,<sup>10</sup> והשופטת ע' ברון, שאליה הצטרף ככל הנראה גם השופט ד' מינץ בנקודה זו, אף הביעה במפורש את עמדתה כי שמירה על כבוד המת ראוי שתמצא את דרכה לספר החוקים בגדרי האיסורים הפליליים.<sup>11</sup>

### ג. נפקותו של פסק הדין לעניין פרשנותו של סעיף 172 לחוק העונשין

בשל הקושי הכרוך בפרשנות הנסיבה "אדם" בעבירת המעשה המגונה, הארה זאת אינה מבקשת לבקר את הפרשנות שניתנה על ידי בית המשפט העליון לעבירה זו. מושא ביקורתנו הוא פרשנות סעיף 172 לחוק העונשין בפסק הדין, היות שלדעתנו סעיף זה הוא המוצא הנכון לדיון במעשים הפוגעים בגופת המת, והפרשנות שניתנה לו בפסק הדין שוללת מוצא זה. פרשנותו של בית המשפט מותירה אותנו עם תוצאה לא רצויה בדין הפוזיטיבי, היות שהיא שומטת כל הגנה על גופת המת מפני מעשים אלו, בנסיבות שבהן לא נעשו בהקשר של קבורת המת, לוויתו או שמירת גופתו. הנחת המוצא של השופט פוגלמן, שלה הייתה שותפה לכל הפחות השופטת ברון, שקראה למחוקק לשנות מצב זה, הייתה שבמצב החוקי הנוכחי אין בדיני העונשין עבירה של מעשי ביזוי גופת המת כגון המעשים בפרשה שנדונה בפסק הדין. השופט פוגלמן התייחס כאמור לסעיף 172 כתימוכין לפרשנות המצמצמת שנתן לעבירת המעשה המגונה. אומנם הוא לא דן בסעיף לעומקו, אך הפרשנות שנתן

8 ההדגשה הוספה.

9 עניין פלוני, לעיל הי"ש 1, פס' 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

10 שם, פס' 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

11 שם, פסק דינה של השופטת ע' ברון, ופס' 1 לפסק דינו של השופט ד' מינץ.

איה דיאב והנרייט טיבי, "כבוד המת במשפט הישראלי", הארת דין יד 22 (תש"ף)

לסעיף עצמו, כמו גם האופן שבו הציג והבין השופט פוגלמן פסיקה קודמת של בית המשפט העליון המפרשת את הסעיף, הביאו לקבוע באופן עקרוני כי הסעיף אינו חל על ביזוי גופת המת, ולכך כאמור היו שותפים גם יתר חברי ההרכב.

לקביעה עקרונית זאת, שעליה נבקש לחלוק, עלולה להיות השפעה על מקרים דומים שיידונו בעתיד והיא אף יוצרת מצב אבסורדי שבו מעשים הפוגעים בכבוד המת ברמה הבסיסית ביותר, שהיא שלמות גופתו וכבודו, אינם אסורים בחוק. במהלך פרשני זה קבע בית המשפט בבירור שאין הגנה מפני ביזוי המת בחוק הישראלי וכי מעשים הפוגעים בכבוד המת לפי הדין המצוי – אינם פליליים. לצד ההשפעות המשפטיות שיש לקביעה זו, היא גם מעבירה מסר לציבור הרחב בעניין היקף ההגנה על כבודו וזניעותו של המת או על כבוד יקירי אדם שנפטרו, באופן שאם ייעשו מעשים איומים בגופתו של אדם, העברייני לא יואשם בפלילים אם לא ביצע עבירה אחרת. זאת ועוד, לכאורה לפי סעיף 184 [לחוק סדר הדין הפלילי](#) [נוסח משולב], בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה אחרת, שלא נטענה, אם ראה שהעובדות של אותה עבירה התקיימו והוכחו, בתנאי שהעונש לא יהיה חמור יותר מהעונש שהיה מקבל הנאשם אילו הוכחו העובדות של העבירה שנטענה בכתב האישום, ובתנאי שניתנה הזדמנות סבירה לנאשם להתגונן.<sup>12</sup> אם תתקבל עמדתנו לעניין פרשנותו הנכונה של סעיף 172 [לחוק העונשין](#), המאמצת את גישת בית המשפט העליון בעניין [פקוביץ](#), הרי בעניין [פלוני](#) בית המשפט היה יכול וצריך להפעיל את שיקול הדעת הנתון לו, ולהרשיע את פלוני בעבירה זאת, ובלבד שהייתה ניתנת לו הזדמנות סבירה להתגונן מפניה.

## 2. השתלשלות הוראת סעיף 172 בחוק העונשין

סעיף 172 [לחוק העונשין](#) הוא כאמור גלגולו של סעיף 148 לפקודת החוק הפלילי.<sup>13</sup> נוסחו המקורי של סעיף 148 לפקודת החוק הפלילי קבע כדלקמן:

"Every person, who with the intention of wounding the feelings of any person and of insulting the religion of any person, or with the knowledge that the feelings of any person are likely to be wounded, or that the religion of any person is likely to be insulted thereby, commits any trespass in any place of worship or in any place of sepulture or in any place set apart for the performance of funeral rites or as a depository for the remains of the dead, **or offers any indignity to any human corpse**, or causes disturbance, to any persons assembled for the purpose of funeral ceremonies is guilty of a misdemeanor".<sup>14</sup>

מכלל החלופות, החלופה הרלוונטית ביותר לדין בענייננו היא זו שעוסקת במי ש-"offers any indignity to any human corpse". כפי שאפשר להיווכח, לשון הפקודה התייחסה בבירור למעשים פיזיים של ביזוי גופת המת. זאת ועוד, הואיל וחלופה זו מופרדת מיתר החלופות באמצעות מילת הקישור "or", מובן כי מעשי ביזוי כאמור הם בגדר עבירה גם כאשר אינם מבוצעים באחד מהמקומות המצוינים בפקודה (דהיינו בתי קברות או בתי לוויית או מקומות לשמירת הגופה).

פקודת החוק הפלילי תוקנה במהלך השנים מאז הקמת המדינה שוב ושוב, אך סעיף 148 נותר כשהיה.<sup>15</sup> בשנת 1977 בוצעה קודיפיקציה בדיני העונשין ונחקק [חוק העונשין](#) [נוסח חדש ומשולב], התשל"ז-1977. ללא הסבר, הנוסח החדש שנבחר לסעיף 148, שמעצם הגדרתו היה אמור להיות ניסוח מחדש של הגרסה האנגלית ותו לא, יכול להיות מובן בצורה שונה מהנוסח המקורי, שכן הוא קובע:

12 ס' 184 [לחוק סדר הדין הפלילי](#) [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

13 Criminal Code Ordinance 1936, supplement no. 1 to the Palestine Gazette extraordinary n. 652, 285

14 ההדגשה הוספה.

15 ראו היסטוריה חקיקתית לפקודת החוק הפלילי באתר הכנסת.

"הנכנס שלא ברשות למקום פולחן או קבורה או למקום שיוחד לצרכי לווית המת או לשמירת עצמותיו של מת, או **נוהג במת שלא בכבוד**, או גורם הפרעה לאנשים שנתקהלו ללוויית המת, והכל בכוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, או כשהוא יודע שהדבר עשוי לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, דינו – מאסר שלוש שנים".

לפחות לכאורה נראה שהנוסח "נוהג במת שלא בכבוד" רחב בהרבה מהנוסח הקודם, שכן נראה שהוא אינו מוגבל רק למעשים פיזיים בגופת המת. כפי שנראה להלן, משעמד נוסח זה לנגד עיני בית המשפט העליון, ביקש בית המשפט לצמצם את הפרשנות הרחבה שאפשר לתת ללשונו.

### 3. פרשנותו הראויה של סעיף 172 לחוק העונשין

כאמור, השופט פוגלמן פירש את סעיף 172<sup>16</sup> באופן שאין הוא חל על מעשים של ביזוי גופת המת (אם אינם מבוצעים בבתי קברות, בתי לוויות או במקומות המיועדים לשמירה על הגופה). ביסוד קביעה זו של השופט פוגלמן, שכאמור יתר שופטי ההרכב אינם חולקים עליה, עומדות שתי טענות: האחת, שאי־התחולה על מעשי ביזוי גופת מת נובעת מהלשון האחרת שבחר המחוקק בעת שקבע את הנוסח החדש של החוק, והשנייה, שאי־התחולה על מעשי ביזוי גופת מת גרידא נובעת מפסיקה קודמת של בית המשפט העליון אשר הגבילה את תחולת החלופה של "נוהג שלא בכבוד במת" אך ורק למעשים המבוצעים בבתי קברות, בבתי לוויות או במקומות המיועדים לשמירה על גופת המת.

בפרק זה נבקש לטעון כי שתי טענות אלה אינן עומדות במבחן הביקורת. תחילה, בתת־הפרק הראשון נראה כי לשון הסעיף אינה שוללת את תחולת החוק על מקרים של ביזוי גופה, ונראה כי מסקנה זאת אף נתמכת בעובדה שסעיף זה היה אמור להיות אך תרגום של סעיף 148 לפקודת החוק הפלילי שחל במפורש על מעשי ביזוי גופת המת. בתת־הפרק השני נבקש לשלול את הנחתו של השופט פוגלמן כי פסיקת בית המשפט העליון החריגה מעשים של ביזוי גופת המת מגדר הסעיף.<sup>17</sup> בתת־הפרק השלישי נראה שהפרשנות של בית המשפט מביאה לתוצאות בלתי רצויות ביוצרה הבחנות שרירותיות. לבסוף, בתת־הפרק הרביעי, נבקש לשלול טענה נוספת הניכרת בין השיטין של פסק הדין מן ההיקש של השופט פוגלמן מפרשנות עבירת המעשה המגונה לצורך פרשנות סעיף 172, קרי: הטענה שלפיה עקרון החוקיות מחייב לפרש שהסעיף אינו חל על מעשי ביזוי גופת מת, הגם שמדובר במעשים בלתי מוסריים ובעלי מטען אנטי־חברתי. יודגש כי הנחת המוצא שלנו, ולה שותפים גם שופטי פסק הדין, היא שראוי כי השמירה על כבוד המת מפני מעשים של ביזוי גופתו תמצא את מקומה בספר החוקים בגדר האיסורים הפליליים. לפיכך, אם תופרך הטענה כי עקרון החוקיות שולל פרשנות זאת, ראוי לפרש את סעיף 172 לחוק העונשין כחל גם במקרים אלה.

לאור כל אלה נטען כי הפרשנות הראויה של סעיף 172 לחוק העונשין מאפשרת להרשיע את מי שמבזה באופן פיזי את גופת המת, ובלבד שמתקיים בו היסוד הנפשי הנדרש, קרי: הכוונה לפגוע ברגשות או לבזות את דתו של אדם, או המודעות לפגיעה או ביזוי אלה.

### א. ניתוח לשונו של סעיף 172 לחוק העונשין

הטענה הראשונה שנבקש לשלול, נוגעת לשינוי לשון הסעיף בנוסח החדש, המלמד לכאורה על החרגת מעשים של ביזוי גופת המת גרידא כאשר אינם מבוצעים בבתי קברות. לדעתנו, טענה זאת אינה יכולה לעמוד במבחן הביקורת.

16 ס' 172 לחוק העונשין.

17 ס' 148 לפקודת החוק הפלילי, 1936.

איה דיאב והנרייט טיבי, "כבוד המת במשפט הישראלי", **הארץ** דין יד 22 (תש"ף)

אכן כפי שראינו, הנוסח החדש כלל שינוי לכאורה בלשון החוק, ובמקום לנקוט לשון "ביזוי כלשהו לגופת המת" נבחר הצירוף "נוהג במת שלא בכבוד". אלא מאי? אם חל כאן שינוי בלשון החוק, הרי מדובר בלשון **רחבה** יותר, הכוללת גם מעשים של ביזוי גופת המת וגם מנעד מעשים רחב יותר החורג מביזוי פיזי של גופת המת. כך גם הובן השינוי הלשוני על ידי בית המשפט העליון בעניין **פקוביץ**, שבו צוין כי המונח "נוהג" רחב ביותר מבחינה לשונית ויכול לחול על כל צורת התנהגות הנוגעת לכבוד המת (ולכן לפי עניין **פקוביץ**), גם ראוי לפרשו בצמצום).<sup>18</sup> נמצא אפוא כי מהשינוי בלשון הסעיף אי-אפשר ללמוד על כוונה של המחוקק לצמצם את תחולתו, כפי שהשופט פוגלמן ביקש לקבוע בעניין **פלוגי**,<sup>19</sup> אלא אדרבא, אפשר ללמוד על כוונה להרחיבו.

שנית, בבואנו לפרש לשונית את סעיף החוק, יש לדעתנו לתת משקל לכך שמדובר בנוסח חדש של סעיף מנדטורי, אשר מבחינה לשונית קבע מעשים של ביזוי פיזי של גופת המת כעבירה. סעיף 16 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, הדן בסמכות לקבוע נוסח חדש, קובע בסעיפים קטנים (ג) ו-(ה) כך:

"(ג) הועדה המייעצת תבדוק את הנוסח המוצע אם הוא **נאמן בתכנו** לחוק המקורי ומכיל את השינויים האמורים בסעיף קטן (א), תתקן את התיקונים הנראים לה מבחינה זו ותביא את הצעתה לועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

...

(ה) בכל נוסח לפי סעיף זה מותר לחלק את הוראות החוק כל חלוקה אחרת, למזגן, להכתירן בכותרות ולשנות מקומן, לאחד בחוק אחד הוראות של חוקים נפרדים – לרבות נוסח חדש לפי חוק זה – הדנות בנושא אחד ולחלק לחוקים נפרדים הוראות חוק אחד הדנות בנושאים שונים, לשנות שמו של חוק ושל חטיבה שבו, להאחד ניבים, לתקן תחביר ולהביא כל שיפור שבצורה בלבד – **כל עוד אין בכל אלה שינוי תוכן – ולתקן טעויות-סופר**".<sup>20</sup>

נמצא אפוא שנוסח חדש אמור להיות נאמן למקור בתוכנו. לפיכך ראוי לפרש את סעיף 172 באופן שיחול גם על מעשי ביזוי גופת המת כפי שחל סעיף 148 לפקודת החוק הפלילי, וקשה היא מסקנת בית המשפט העליון כי השמטת החלק "המבזה כל ביזוי שהוא גופת אדם" מסעיף 172 **לחוק העונשין** שהחליף את סעיף 148, היא הסדר שלילי וכי כוונת המחוקק הייתה להשמיט חלק זה. אכן, משנקבע כי הנוסח החדש הוא הנוסח הקובע, לא תישמע טענה שהנוסח שונה מתוכנו של החוק המקורי,<sup>21</sup> אולם אין בכך כדי למנוע הסתמכות על המקור האנגלי לצורך הבנת הנוסח העברי, ולו כמקור השראה פרשני.<sup>22</sup> אילו לשונו של הנוסח החדש לא הייתה יכולה לסבול תחולה על מעשי ביזוי פיזי של גופת המת, מובן שהנוסח החדש היה צריך לגבור, אלא שאין זה המצב. כאמור, אם יש בנוסח החדש שינוי ביחס למקור האנגלי, הרי מדובר בלשון רחבה יותר, ולא מצומצמת יותר, והיא כוללת עתה גם מעשי ביזוי פיזיים של גופת המת, אך גם ככל הנראה מעשים נוספים.

הנה כי כן, מבחינה לשונית נראה שלא זו בלבד שאין מניעה להחיל את הלשון "נוהג במת שלא בכבוד" על מעשים פיזיים של ביזוי גופת המת, אלא שלכאורה אף מדובר בחלק "מהגרעין הקשה" של משמעות ביטוי זה, קרי: ליבת הזכות.

18 ע"פ 3338/99 דמיאן פקוביץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.12.2000) (להלן: עניין פקוביץ).

19 עניין פלוגי, לעיל ה"ש 1, פסי 19–20 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

20 ההדגשה הוספה הוספו.

21 ס' 16(ז) לפקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח–1948.

22 בעניין פקוביץ גרסה השופטת ביניש שיש להסתמך על המקור האנגלי כאשר יש במקור העברי עיגון לכך (אהרן **ברק פרשנות במשפט כרך שני** – פרשנות החקיקה 363–364 (1993)). עוד ציינה השופטת ביניש כי גם בפלילים יש הגורסים שמותר להיזקק למקור האנגלי כאשר יש לכך עיגון לשוני בנוסח החדש (ע"פ 524/82 **ורד נ' מדינת ישראל**, פ"ד (ז) 553 (1983)).

### ב. פסק הדין בעניין פקוביץ והשפעתו על פרשנות סעיף 172 לחוק העונשין

הטענה השנייה שנבקש לדון בה היא הטענה כי הפסיקה הקודמת של בית המשפט העליון בעניין פקוביץ פירשה את החלופה "נוהג במת שלא בכבוד" בצמצום באופן שהיא חלה רק על מעשים המבוצעים במקומות קבורה, לוויה או שמירה על גופת המת. אנו נבקש לחלוק על טענה זו.

תחילה חשוב להבין את גדרה של הקביעה בעניין פקוביץ ואת תוקפה.<sup>23</sup> הדברים שנאמרו בעניין פקוביץ היו בגדר אמרות אגב בלבד. בעניין פקוביץ נדון מקרה של הנחת ראש חזיר על קברו של אדם. בפסק הדין שניתן מפי השופטת (כתוארה אז) ביניש, נקבע כי מעשה זה מקיים שתיים מהחלופות הקבועות בסעיף 172: הן החלופה של "הנכנס שלא ברשות למקום קבורה" הן החלופה של "הנוהג במת שלא בכבוד". בדונו בחלופה השנייה ציין בית המשפט כי לשונה רחבה ביותר, ופירט:

"עם זאת נראה כי יש לסייג את הגדרת ההתנהגות האסורה בהתאם לתכלית הסעיף על-פי כל החלופות שבו, ולייחד את ההתנהגות האסורה להתנהגות המבוצעת במקומות המיועדים לקבורה או לצורכי לוויה. לפיכך רק התנהגות הפוגעת בכבוד המת המבוצעת במקומות קבורה או לוויה או במקום שנועד לשמירת גופת המת, היא הנכללת בגדר הרכיב העובדתי הקבוע בחלופה האמורה".

הנה כי כן, מדובר באמרת אגב (שאף היא מנוסחת בלשון מסויגת קמעא), שכן הסייג שהציע בית המשפט לא נדרש להכרעה במקרה שעמד לפניו.

שנית, בחינת הסייג שהציע בית המשפט בעניין פקוביץ, לפי ההיגיון שביסודו, מלמדת כי לא יהיה נכון להחיל את הסייג גם על מעשי ביזוי פיזיים המבוצעים בגופה עצמה. בעניין פקוביץ הציע בית המשפט את הסייג דווקא בגלל שהלשון "נוהג שלא בכבוד במת" היא רחבה ביותר. תחומת גבולותיה של חלופה זו הייתה הכרחית כדי שלא לתת אפשרות לפרשנות מרחיקת לכת לסעיף, שתאפשר להאשים, למשל, אדם המפרסם במדיה כתובה או דיגיטלית דברים בגנותו של מת ויורשע בשל כך בפלילים – כל אלה הם עניינים שהם לכל היותר בשולי השמירה על כבוד המת. עניין פקוביץ אינו דן כלל במקרים שבהם הפגיעה היא בגופת המת, ב"גרעין הקשה" של פגיעה בכבוד המת. זאת ועוד, אין ללמוד מעניין פקוביץ על כוונה לצמצם את החלופה של "נוהג במת שלא בכבוד" יותר מן הנוסח של סעיף 148 לפקודת החוק הפלילי. אדרבה, בעובדות המקרה הספציפי פסק הדין הרחיב את היקף החלופה של "נוהג במת שלא בכבוד" בהשוואה למקבילה שלה בפקודת החוק הפלילי, שכן לו הנאשם היה נדון לפי נוסח החוק האנגלי, הוא לא היה מורשע לפי חלופה זו במעשה של הנחת ראש חזיר על הקבר, שאינה בגדר מעשה פיזי בגופת המת.

לאור כל האמור נראה לנו שהפרשנות הנכונה לסייג שביקש בית המשפט בעניין פקוביץ להציג, היא זו: אם מדובר במעשים של ביזוי פיזי של גופת המת, אין תנאי שהם יבוצעו במקום מיוחד כדי להיחשב למעשה של "נוהג במת שלא בכבוד". לעומת זאת כאשר מדובר במעשים שאינם מעשי ביזוי של גופת המת עצמה (כגון הנחת ראש חזיר על קבר, דברי גנאי וכיוצא באלה), ורק בהם, נדרש שאלה יבוצעו במקום של קבורה או לוויה או במקום המיועד לשמירה על הגופה, כדי להתאים לגדר החלופה: "נוהג במת שלא בכבוד".<sup>24</sup>

### ג. הביקורת על פרשנות בית המשפט בעניין פלוני

23 עניין פקוביץ, לעיל ה"ש 18.

24 שם.

איה דיאב והנרייט טיבי, "כבוד המת במשפט הישראלי", **הארץ דין יד** 22 (תש"ף)

במשפטנו החוקתי המת מקבל הגנה כחלק מההגנה על כבוד האדם המעוגנת ב**חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**. גישה זו גורסת כי כבודו של המת נגזר מכבודו של האדם החי וכחלק מזכותו לאוטונומיה.<sup>25</sup> בית המשפט העליון התמודד לא אחת עם השאלה מה קורה בעת שהאדם נפטר. האם הזכות באה אל סיומה? בית המשפט קבע כי הזכות לכבוד אינה מסתיימת בהגיע האדם אל קיצו.<sup>26</sup> תפיסה חוקתית זו באה לידי ביטוי אף בפסק הדין בעניין **פלוני**, אשר עומד גם על היבטים שונים של כבוד המת – ובהם גם כאלה הנוגעים להגנה על גופתו – אשר זכו להכרה ולהגנה בפסיקת בית המשפט בעבר, ובהם ההכרה בכך שכבוד המת מחייב כי גופתו של כל אדם תובא לקבורה נאותה, הגשמת רצונו באשר לאופן קבורתו ולאופן הנצחתו, שמירה על שמו הטוב ואף הגשמת רצונו המפורש או המשוער של המת.<sup>27</sup> הגנה על היבטים אלו ואחרים אכן מצדיקה את אמירתו של בית המשפט העליון בעניין **פלוני** כי אין עוררין על מקומו במשפטנו החוקתי של עקרון ההגנה על כבוד המת. לאור גישתו זו, ולצורך האיזון הראוי לשיטתנו, היה על בית המשפט לפרש את סעיף 172 **לחוק העונשין** בדרך שתתיישב עם כבוד המת ועם הערך המוגן בסעיף.

לשיטתנו, הפרשנות של בית המשפט, כפי שתוארה לעיל, אינה רצויה מאחר שהיא יוצרת הבחנות שרירותיות, ואינה מתיישבת עם הערך המוגן של שמירה על כבוד המת או עם הפגיעה ברגשות אחרים העלולים להיפגע מחילול גופתו. תכלית סעיף 172 **לחוק העונשין** היא "מניעת פגיעה ברגשות וברגשות דתיים ביחס לקבורת המת ולכבודו",<sup>28</sup> ובפשטות, המחוקק ביקש בסעיף זה להגן על רגשות המת וכבודו ועל רגשות בני דתו או קרוביו שיכולים להיפגע גם הם בעקבות הפגיעה בכבוד המת.

בעניין **פלוני** צמצם בית המשפט את פרשנות הסעיף באופן שתכלול רק פגיעה או מעשים פוגעניים שיתקיימו רק במקום ספציפי מסוים, דהיינו מקום פולחן או קבורה או מקום שמירת עצמות המת. נמצא אפוא שכל מעשה הפוגע בכבוד המת או בדתו המתבצע מחוץ לגבולות בית הקבורה או המקום שיוחד לצורכי לווייתו, לא יהיה מעשה המקים את יסודות העבירה ועל כן אינו מעשה פלילי.

לדעתנו, פרשנות הסעיף בעניין **פלוני** יוצרת מצב דברים שבו ההגנה על כבוד המת הוגבלה בגבולות שרירותיים. לא מובן מדוע ההגנה על כבוד המת ועל כבוד גופתו תוענק רק בין גבולות המקומות האמורים, שנקבעו לרוב באופן שרירותי על ידי עובדי הבניין שבנו מקום פולחן או על ידי מהנדס שקבע את הגבולות והגודל של בית הקברות. הקריטריון שקבע בית המשפט כדי שפגיעה מסוימת תיחשב לעבירה הוא קריטריון שאינו מגשים את רציונל ההענשה על עצם הפגיעה בכבוד המת או ברגשותיהם של אחרים.

פרשנות זו מעוררת אפוא קושי המביא לידי אבסורד את הגשמת תכלית החוק, שהיא הגנה על כבוד המת או על רגשות הציבור, שכן היא מצמצמת את היקפה של ההגנה על ידי מגבלות טכניות ושרירותיות. מדוע דינו של נפטר, המועבר ברכב לבית הקברות ובדרך מבצעים בגופתו מעשים פוגעניים, צריך להיות שונה מדינו של נפטר שבוצעו בו מעשים דומים בבית הקברות עצמו? בדומה עולה השאלה מדוע דינה של גופה שהוצאה ממקום הלוויה או מבית קברות צריך להיות שונה מדינה של אותה גופה עצמה, בהיותה שם. ניתן לתת עוד כהנה וכהנה דוגמאות וכולן מעוררות שאלה אחת נוקבת: מה הרציונל שביסוד תחילת העבירה לגבולות גאוגרפיים ספציפיים, והאם רציונל זה אכן מגשים את תכלית החוק ואינו מרוקן אותו מתוכנו?

25 **בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Center Museum Corp Wiesenthal Simon**, פסי' 135 לפסק דינה של השופטת פורקצ'יה (פורסם בנבו, 29.10.2008).

26 **ע"א 294/91 חברת קדיש"א גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מנ" 5**, 1, 6 (1992); **בג"ץ 6126/92 סנש נ' רשות השידור**, פ"ד נג(3) 817 (1999).

27 עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 1, פסי' 16 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

28 עניין **פקוביץ**, לעיל ה"ש 18, פסי' 11 לפסק דינה של השופטת ביניש.



בית המשפט לא מצא לנכון לציין את הרציונל שביסוד הפרשנות המצמצמת. לכאורה היה אפשר לטעון כי ייחודם של מקומות אלה הוא בכך שהם נתפסים כבעלי קדושה לחברי קבוצה מסוימת, ולפיכך כמקום חמור יותר לביצועם של מעשים מבזים או פוגעניים.<sup>29</sup> כמו כן חלק מהאנשים תופסים אותם כמקום רוחני המקשר בין החיים והמתים והרוחות,<sup>30</sup> או כמקום של מסורת המעורר זיכרונות.<sup>31</sup> שיטת המשפט שלנו רואה בהבטחת קבורת המת חלק אינטגרלי מכבוד המת.<sup>32</sup> פגיעה בכבוד המת במרחב זה צפויה לעורר כעס ורגשות נקם בקרב הציבור שהמת או המקום קשורים אליו. תגובה חריפה עוד יותר, וחשש מפני מעשים המעוררים מדנים בין קבוצות אוכלוסייה שונות, עלולים להתעורר אם מבצע העבירה והנפגע אינם בני אותה דת, שכן אז מעשיו של מבצע העבירה עלולים לעורר בבני דתו של הנפגע את הרושם כי נעשו בכוונה לפגוע בדתם או למצער לבטא זלזול בדתם.<sup>33</sup>

אולם גם אם נקבל רציונל זה כמבוסס, ספק אם הוא מאפשר קביעה שמעשים המבוצעים במקומות המיועדים לקבורה וכיוצא באלה חמורים יותר מבחינת פגיעתם ברגשות או ברגשות הדת ממעשים המבוצעים בגופה עצמה. זאת משום שגם הגופה עצמה, ואולי אף מעשים הנעשים בנוכחותה, נתפסים כמחייבים כובד ראש דומה ויראת כבוד דומה גם כאשר המעשים אינם מבוצעים במקום הקבוע לצורכי לוויה או קבורה. נראה אפוא שמעשים המבוצעים בגופה עצמה הם מעשים שאינם חמורים פחות, מבחינת פגיעתם ברגשות, ממעשי ביזוי המבוצעים במקומות האמורים. זאת ועוד, גם אם רציונל זה היה מאפשר להבחין בין מעשים הנעשים במקומות המיועדים לקבורה, ללוויה או לשמירה על עצמות ובין מעשים המבוצעים בגופה עצמה, הרי הוא לכל היותר יכול להצדיק החמרת העונש בגין מעשים פוגעניים המתבצעים בבית קברות או במקום דומה. אולם אין ביכולתו של רציונל זה להצדיק שלילת ענישה במצב של פגיעה בגופת המת המתבצעת מחוץ לגבולותיהם, שכן גם במעשים האחרונים יש פגיעה בערך המוגן על ידי העבירה – מניעת פגיעה ברגשות בעקבות פגיעה בכבוד המת.

לא זו אף זו, נראה כי רציונל זה מחמיץ חלק מתכלית החוק, קרי: ההגנה על כבוד המת הספציפי שכלפיו בוצעה העבירה וההגנה על רגשותיהם של אחרים. נסביר. לשיטתנו, רציונל זה מדגיש את תפיסת הציבור שעמו נמנה המת ואת הרגשות הדתיים שאינם מתייחסים למת הספציפי ולכבודו. רציונל זה מדגיש את הקבוצה שהוא שייך אליה או את הדת שהוא חלק ממנה. במילים אחרות, המת נתפס כחלק מקולקטיב כלשהו, וההגנה על כבוד הקולקטיב נעשית דרך ההגנה על אותו אדם. אין בו התייחסות לזהות האינדיווידואלית של אותו מת, ואין הגנה על כבודו שלו מכוח עצם היותו אדם הזכאי להגנה על כבודו ועל רגשות קרוביו גם במותו, בלי קשר להיותו חלק מקולקטיב מסוים שבלעדי השתייכותו לאותו קולקטיב לא היה נהנה מהגנה כלשהי. מצב זה בוודאי אינו רצוי, ואף השופט פוגלמן עצמו בעניין פלוני אינו חולק על חשיבות העיקרון של שמירה על כבוד המת.

לשיטתנו, ראוי אפוא להגן על כבוד המת ועל רגשותיהם של אחרים בלי שיהיה צריך להביא אותו לבית קברות או למקום פולחן המשייך אותו לקבוצת שייכות מסוימת כדי שגופתו תקבל הגנה. המצב הרצוי, לדידנו, הוא מצב שבו ההגנה על גופת המת תחל מעת פטירת האדם ותחול בכל מקום ובכל זמן. זכותו של אדם, מעצם היותו אדם, שלא תהיה השפעה לעצם שיוכו, דתו או זהותו הקהילתית, על כבודו לאחר מותו, ואף לא צריכה להיות השפעה למקום שבו תיקבר או תישמר

29 יורם בר גל ומעוז עזריהו "בתי קברות בישראל" אריאל 26, 68, 67, 75 (2005); אברהם קריגר ואסף ידידיה "כבוד המת" מהמתחדש והמתרחש שם עולם 6, 7, 7 (2013) (להלן: מאמר קריגר); בן-צבי יצחק "על בתי-הקברות הסמוכים לספר" דיעות החברה לחקירת א"י ועתיקותיה יא 52, 52 (1943) (להלן: מאמר בן-צבי).

30 אבריאל בר-לבב "מקום אחר – בית הקברות בתרבות היהודית" פעמים: פרקי עיון במורשת ישראל במזרח 98-99, 5, 16 (2004).  
31 שם.

32 עניין פקוביץ, לעיל הי"ש 18, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ביניש.

33 אייל גייניאו "הרחבת בית הקברות היהודי של סלונקי (1709): דוגמה למאבק בין-דתי על המרחב הציבורי בעין העות'מאנית" פעמים: פרקי עיון במורשת ישראל במזרח 98-99, 319, 323 (2004); מאמר קריגר, לעיל הי"ש 30; מאמר בן-צבי, לעיל הי"ש 30, בעמ' 53.

איה דיאב והנרייט טיבי, "כבוד המת במשפט הישראלי", **הארץ דין יד** 22 (תש"ף)

גופתו. אדם זכאי, למשל, לבחור כי תישרף גופתו, ובכל זאת הוא יהיה זכאי להגנה על כבודו בלי שזה יהיה מותנה בהימצאותו בבית קברות או במקום פולחן.

#### **ד. עקרון החוקיות אינו שולל את תחולת מעשי ביזוי גופת מת**

בטרם נחתום פרק זה, הדן בפרשנות הרצויה לסעיף 172, נבקש לשלול טענה נוספת העולה מבין השיטין בפסק הדין, מתוך ההיקש של השופט פוגלמן בין פרשנות סעיף 172 ובין פרשנות עבירת המעשה המגונה, קרי: הטענה שלפיה עקרון החוקיות מחייב לפרש את הסעיף באופן שלא יחול על מעשי ביזוי גופת מת, הגם שמדובר במעשים בלתי מוסריים ובעלי מטען אנטי-חברתי. לדעתנו, אין לקבל טענה זו בהקשרו של סעיף 172 **לחוק העונשין** ובהקשר החלופה של "נוהג במת שלא בכבוד". הנוסח "נוהג במת שלא בכבוד" מתפרש בצורה פשוטה כחל על מקרים של ביזוי פיזי של גופת המת, כפי שהראינו בתת-פרק 3.א. החלתו של הסעיף על מקרים אלה אינה מעוררת אפוא כל קושי מבחינת עקרון החוקיות. אכן, בעבירה לפי סעיף 172 מדובר בלשון רחבה ביותר, ותחולתה על מקרים הנופלים בשולי משמעות הביטוי תעורר את שאלת עקרון החוקיות ואת הכלל כי יש לפרש חוק פלילי באופן מקל בהיתן כמה אפשרויות סבירות. אולם אין בכל האמור כדי להשפיע על המקרים של ביזוי פיזי של גופת המת, שכן אלה שייכים לגרעין המצומצם ביותר של משמעות הביטוי ולפגיעה בליבת הזכות. לפיכך ככל שמדובר בעבירה של פגיעה בגופה עצמה, ובמעשה קשה כפי שתואר בפסק הדין בעניין **פלוני**, אין ספק כי הייתה כאן "נהיגה במת שלא בכבוד", ועל כן כאשר מדובר בעבירה זו, אין מתעורר קושי לפי "עקרון החוקיות".

### **סיכום**

בהארה קצרה זו הצגנו את המורכבות המשפטית שבסוגיית ביזוי גופת המת בהקשרה של עבירת מעשה מגונה. כפי שנוכחנו, לסוגיה זו היבטים רבים, אולם בהארה בחנו את הפרשנות שנתן בית המשפט לסעיף 172 **לחוק העונשין** דווקא. הצבענו על הקושי המביא לידי אבסורד בקביעתו של בית המשפט העליון כי כוחו של הסעיף האוסר לנהוג במת שלא בכבוד, יפה רק במקרים שבהם המעשה המבזה בוצע במקום קבורה או במקום לוויה. הצענו פרשנות אחרת שבה היה יכול להיעזר בית המשפט העליון בקביעותיו, תוך הדגשת "גלגולה" של העבירה מהפקודה המנדטורית והדגשת הפרשנות הלשונית, ואף הבחנו בין ההלכה בעניין **פקוביץ** ובין המקרה הנוכחי שלפנינו. לפי הפרשנות המוצעת, היה ניתן להרשיע את הנאשם במקרה דנא בגין העבירה שבסעיף 172 **לחוק העונשין** כל עוד התקיים בו היסוד הנפשי של מודעות לפגיעה ברגשות. לטעמנו, בוודאי כל עוד אין סעיף עונשי אחר המעגן את זכויותיו של המת לכבוד ולהגנה על גופו ועל שלמות גופתו, ולהגשמת רצונותיו לפני מותו, כך ראוי ונכון לפרש את החוק. פרשנות זו מתיישבת עם פסיקת בית המשפט העליון בדבר החשיבות החברתית והחוקתית של כבוד המת. אנו מקוות שמקרה זה יובא לידיעתו של המחוקק הישראלי ויביא להסדרת זכויותיו של המת בסעיף אשר יספק הגנה שאינה משתמעת לשתי פנים כאשר מבוצעות במת עבירות מסוג זה.