

## גופות, נוהגי הטיפול בגופה וחופש הביטוי: הזכות של אדם לספר את סיפור חייו במותו

אלון הראל\*

מר אבני ביקש להשליך את גופתו למאכל חיות ולאחר שבקשתו נדחתה על-ידי בית המשפט, ביקש להשליך את גופתו לים, בקשה שהתקבלה. פסקי הדין בעניינו של מר אבני מעלים את השאלה כיצד יש לטפל בגופות, ומי צריך לשלוט על אופן הטיפול בגופה. מאמר זה בוחן את פסקי הדין, ואת שאלת הגורם המתאים לטיפול בגופות.

במאמר מוצגות ארבע תשובות אפשריות לשאלה מי צריך לשלוט באופן הטיפול בגופה: (1) המדינה; (2) המנוח; (3) יורשי המנוח, קרובי משפחתו; (4) הקהילה התרבותית/דתית/אתנית שאליה השתייך המנוח. המאמר בוחן את הפרקטיקות הנוהגות כיום ומחלץ מתוכן את הנורמות היכולות להסביר ולהצדיק אותן. כמו כן בוחן המאמר האם יש מקום להטיל הגבלות על אופן השימוש בגופה על בסיס שיקולים הנוגעים לכבוד האדם.

לבסוף, טוען המאמר ששגה בית המשפט העליון כשסבר שכבוד האדם הוא הערך העומד בבסיס ההכרעה בדבר האופן שבו ראוי לטפל בגופות. התזה המוצגת במאמר היא שהערך של חופש הביטוי, ובמיוחד הזכות של המנוח "לספר את סיפור חייו במותו" (ולא הערך של כבוד האדם), הוא העיקרון שלאורו יש לנתח את הסוגיה. הטיפול בגופה הוא אקט אקספרסיבי שבו המנוח (ולעתים קרובי משפחתו או הקהילה השתייך, ובמקרים חריגים – אף המדינה עצמה) מבטאים את עמדותיהם ביחס לקשר בין המתים לחיים, ביחס לאופן שבו יש לזכור ולהזכיר או לשכוח את המתים, ואפילו ביחס למשמעות החיים.

### מבוא

מר שלמה אבני המציא לאפוטרופוס הכללי צוואה שבה הורה להשליך את גופתו למאכל חיות. האפוטרופוס הכללי קבע כי סעיף זה בצוואה איננו חוקי, ועל כן עתר מר אבני לבית המשפט העליון בדרישה להורות לאפוטרופוס הכללי לכבד את בקשתו זו. בית המשפט העליון דחה את העתירה מפיו של השופט רובינשטיין אשר קבע כי:

\* אני מודה לחנוך דגן, לדן יקיר, לאריה לביא, ליובל לבנת, לנדיב מרדכי ולחגי פורת על הערותיהם המצוינות לטיוטה קודמת של מאמר זה. כמו כן אני מודה למערכת מעשי משפט על עבודתם המסורה.

גם אם מוחל העותר על כבודו שלו, אינו יכול למחול על כבוד הזולת שייתקל בתופעה אשר משמעה הוא ביזוי כבוד האדם וזיהום סביבתי; נשער בנפשנו אילו רבים היו הפונים בבקשה מעין זו, כיצד היתה נראית הסביבה, ואילו פורענויות היו מתרגשות. במקרא חוזה הנביא ירמיהו חזות קשה, כחלק מנבואת זעם, "[...] ונפלה נבלת האדם כדומן על פני השדה וכעמיר מאחרי הקוצר ואין מאסף" (ירמיהו ט', כ"א). במישור המשפט הישראלי כבוד האדם הוא לא רק כבוד המת על פי צוואתו, אלא גם כבודם של החיים ורגשותיהם [...].<sup>1</sup>

העותר המאוכזב השלים בחירוק שיניים עם החלטת בית המשפט בדבר האיסור על השלכת גופתו להזנת השועלים והתנים, אולם לא נטש את מאבקו. הוא פתח בהליך משפטי נוסף, הפעם בבית המשפט המחוזי, שבו ביקש סעד הצהרתי, שיתיר, לאחר מותו, לבנו למשוך את גופתו מחדר הקירור כדי להשליכה לים. לטענתו של העותר גופתו היא קניינו הפרטי, וככל שהוא אינו פוגע בסביבה או בזולת הוא רשאי להורות מה ייעשה בה לאחר מותו, זכות הקנייה לו לטענתו מכוח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. עוד הוסיף העותר כי האדמה איננה מיועדת לשמש "כמחסן לגופות מתות". בית המשפט המחוזי גילה אהדה רבה יותר לתזונת דגי הים מאשר לתזונת חיות השדה, ובקשתו זו של מר אבני נתקבלה על-ידי בית המשפט בכפוף להסכמת הוועדה למתן היתרי הטלה לים – ועדה אשר תפקידה לבחון את ההשפעות הסביבתיות של פסולת המוטלת לים.<sup>2</sup>

פניותיו של מר אבני עוררו שאלה כללית: מי רשאי לקבוע מה ייעשה בגופות המתים ומהן המגבלות שהמדינה רשאית או חייבת להטיל על השימוש בגופות. נראה כי הטיפול המשפטי בגופות הוא ייחודי. בשיטות משפט רבות אין הגופה מאופיינת כחפץ שהוא מושא לבעלות, ועל כן איננה ניתנת, למשל, למכירה.<sup>3</sup> עם זאת, מבחינה משפטית יש בדרך כלל אדם או גוף האחראי לטיפול בגופה, ואשר שולט באופן שבו היא תטופל.

במסגרת מאמר זה אטען כי הטיפול בגופות איננו שאלה שיש להכריע בה על בסיס טענות בדבר כבוד האדם או על בסיס אוטונומיה. מטענות בדבר כבוד האדם לא נובעת כל מסקנה בדבר אופן הטיפול בגופת המת. כבודו של אדם וכן כבודו של המת שונים באופן מהותי מכבוד הגופה של המת. גם אוטונומיה איננה הבסיס הנורמטיבי להכרעה בעניין זה, באשר אוטונומיה היא זכות אבסטרקטית מדי וקשה להסיק ממנה מסקנות קונקרטיות. הזכות הבסיסית הרלוונטית להכרעה בדבר אופן הטיפול במת היא הזכות של המנוח (או בנסיבות מסוימות הזכות של קרובי משפחתו, הקהילה התרבותית/דתית/אתנית שאליה הוא משתייך, או המדינה) לחופש הביטוי. אופן הטיפול בגופה הוא אקט אקספרסיבי שבו המנוח או קרובי משפחתו או חברי קהילתו מבטאים את זהותם, את השתייכותם הקהילתית או הדתית, את ערכיהם המוסריים, הפוליטיים, התרבותיים והאסתטיים. אטען כי באופן טיפוסי יש להעניק למנוח הזדמנות "לספר את סיפור חייו במותו" וכן להבטיח שהסיפור יזכה להנכחה בספרה הציבורית.

לשאלה מי ראוי שישלוט בגופת המת יש ארבע תשובות אפשריות, שאותן אבחן להלן: (1) המדינה; (2) המנוח; (3) יורשי המנוח, קרובי משפחתו וכ"ו; (4) הקהילה התרבותית/דתית/אתנית שאליה השתייך המנוח. השיקולים הקובעים מי מבין ארבעת השחקנים הללו ראוי שישלוט בטיפול בגופה יכולים לעתים להיות שיקולים אינסטרומנטליים (השולט בטיפול בגופה צריך להיות אותו אדם או אותה ישות שעתידיים לטפל בגופה באופן "ראוי" או "נכון") או שיקולים לא אינסטרומנטליים – שיקולים הנגזרים מערכים כמו כבוד או אוטונומיה.

טרם בחינת כל אחת מן האפשרויות הללו אציין שתי טענות מקדמיות. ראשית, יש להיזהר מן הפיתוי להשתמש במושג הבעלות כדי להצדיק מסקנות נורמטיביות בעניין הטיפול בגופה. מר אבני

עצמו ניסח את דרישתו במונחי בעלות, וטען כי גופתו היא קניינו הפרטי ולכן יש לו זכות לקבוע מה ייעשה בה. לאפיון של קניין במונחי שליטה יש כמובן היסטוריה ארוכה. בלקסטון, למשל, אפיין את יחס הבעלות במונחי שליטה מוחלטת ובלעדית ("sole and despotic dominion").<sup>4</sup> גם לטענה של אבני כי הגופה היא קניינו הפרטי יש היסטוריה ארוכה. ג'ון לוק, למשל, סבר כי לכל אדם יש זכות קניינית בגופו שלו, ורק לאדם עצמו יש זכות קניינית ביחס לגופו שלו.<sup>5</sup> בהיותו איש מאמין ביסס לוק את טענת הבעלות של אדם על גופו על שיקולים תיאולוגיים, והסיק מטענת הבעלות מסקנות נורמטיביות מרחיקות לכת ביחס לשליטה של אדם על גופו, ובמיוחד בתוצרי עבודתו. אני, לעומת זאת, סבור כי מושג הבעלות איננו בגדר הנחה העשויה לבסס טענות נורמטיביות בדבר השליטה של אדם בנכס או בגופה. ההפך הוא הנכון: טענות נורמטיביות המצדיקות את השליטה של אדם בנכס יכולות לבסס מסקנה שיכולה לעתים להיות מנוסחת במונחי בעלות. אם, לפיכך, נבסס את המסקנה כי למר אבני הזכות לקבוע מה ייעשה בגופתו, ניתן יהיה לבטא מסקנה זו באמצעות הקביעה שמר אבני הוא "הבעלים" של גופתו. מכאן נובע כי הטענה של מר אבני כי גופתו היא "קניינו הפרטי" איננה בגדר הנחה היכולה לבסס מסקנות נורמטיביות בדבר זכותו לשלוט בשאלה מה ייעשה בגופו לאחר מותו.<sup>6</sup>

שנית, יהא אשר יהא הגורם שהוא בעל השליטה על הגופה, שליטה זו לא תהיה מלאה ושלמה באופן מובהק. גם אם המדינה היא בעלת הסמכות להכריע בשאלה מה ייעשה בגופה, עליה להביא בחשבון שיקולים כמו חופש דת, שוויון וכיו"ב. גם אם המנוח הוא הזכאי להכריע בשאלה מה ייעשה בגופתו, התנגדות עזה של קרובי משפחה המבוססת על אמונתם הדתית או על מצפונם עשויה לגבור בנסיבות מסוימות על זכותו לשלוט בגופתו. למותר לציין שגם שיקולים תברואתיים עשויים להיות רלוונטיים. הפקודה לבריאות העם מכילה, למשל, שורה של הסדרים שתכליתם למנוע סכנות תברואתיות הנובעות מטיפול לא נאות בגוויות.<sup>7</sup> היום ברור לכול כי אפילו מימוש זכות הקניין כפוף לאינטרסים ציבוריים העלולים בנסיבות מסוימות לגבור על השליטה של בעל הקניין בקניינו.<sup>8</sup> פרק א' של מאמר זה בוחן את ארבע העמדות המרכזיות שאוזכרו לעיל: שליטה של המדינה על האופן שבו תטופל הגופה, שליטה של המנוח, שליטה של קרובי המנוח ושליטה של הקהילה התרבותית/דתית/אתנית/שאליה השתייך המנוח. בפרק ב' אבחן האם יש שיקולים העלולים להגביל את האופנים שבהם בעל השליטה רשאי לנהוג בגופה. במיוחד אבחן האם יש מקום להטיל הגבלות על אופן השימוש בגופה על בסיס שיקולים הנוגעים לכבוד האדם. מסקנתי השלילית בעניין זה מבוססת על העמדה שלפיה יש להפריד הפרדה חדה בין כבוד האדם או כבוד המת לבין כבוד הגופה. בפרק ג' אגן על העמדה שלפיה יש לראות בטיפול בגופה אקט אקספרסיבי ומכאן שעקרונות חופש הביטוי צריכים לחול עליו. אטען כי השליטה בגופה צריכה באופן טיפוסי להינתן למנוח, משום שאופן הטיפול בגופה הוא אקט שבו המנוח מספר את סיפור חייו כמותו, דהיינו מבטא את זהותו התרבותית, השתייכותו הקהילתית, ערכיו המוסריים, הפוליטיים או האסתטיים.

### א. מי צריך לשלוט בטיפול בגופה?

מי אם כן צריך לשלוט בטיפול בגופה? המדינה, המנוח, קרובי המנוח או הקהילה התרבותית/דתית/אתנית שאליה השתייך? במסגרת פרק זה לא אכריע בסוגיה, אלא אבחן את הפרקטיקות הקיימות בנושא, ואעלה שיקולים שונים בעד ונגד כל אחת מארבע האפשרויות הנ"ל. הדיון להלן איננו דיון נורמטיבי מופשט ואולם אין הוא גם בבחינת סקירה של הנורמות המשפטיות וההסדרים החברתיים הקיימים. הדיון בוחן שאלות נורמטיביות לאור קיומן של פרקטיקות משפטיות וחברתיות ומחליץ מהן עקרונות נורמטיביים היכולים להסביר או להצדיק את ההסדרים הקיימים.

על-פי העמדה הראשונה, המדינה היא הזכאית – בכפוף לשיקולי סבירות ומידתיות – להחליט על גורל גופתו של המנוח. על-פי גישה זו רשאית המדינה להשתמש בגופתו של המנוח כדי לקדם מטרות חברתיות, כמו למשל מחקר מדעי או תרומת איברים. למותר לציין כי גם אם למדינה צריכה להיות שליטה רחבה על גופתו של המנוח, עליה להשתמש בגופה באופנים המקדמים תכליות ציבוריות, לרבות התחשבות בפרקטיקות דתיות רלוונטיות, ברצינותו של המנוח וכו'.

על-פי מסורת רבת שנים הייתה למדינה שליטה על גופות של נפטרים. המדינה שלטה על גופות כופרים או עבריינים, ולעתים קרובות פסקי הדין לא רק קבעו מה ייעשה בעבריין אלא גם מה ייעשה בגופתו לאחר מותו. הפרקטיקות של שריפה, השחתת הגופה או "קבורה מחוץ לגדר" היו פרקטיקות נפוצות.<sup>9</sup> אחד מהתיאורים המפורסמים הוא תיאורו של מישל פוקו לאופן שבו טופלה גופתו של רוצח המלך.<sup>10</sup> כיום, העמדה שלפיה למדינה יש כוח להכריע בשאלה כיצד לטפל בגופה איננה מקובלת עוד, ועם זאת יש לה ביטויים בפרקטיקות מסוימות עכשוויות. כך, למשל, בחרה מדינת ישראל לשרוף את גופתו של הפושע הנאצי אדולף אייכמן ולפזר את אפרו בים מעבר למים הטריטוריאליים של מדינת ישראל "כדי שלא יטמא את אדמת ארץ הקודש".<sup>11</sup> נימוקים נוספים (פרגמטיים יותר) שניתנו להחלטה זו היו להבטיח שלא תתקיימנה אזכרות לזכרו של הצורר הנאצי, וכן להחמיר את העונש, ובעקבות כך גם להעצים את ההרתעה. גם גופות הפושעים הנאצים שנתלו בנירנברג טופלו באופן דומה; הגופות נשרפו ואפרן פוזר באופן שלא יאפשר קיום אזכרות לזכרם.<sup>12</sup> אף שהיו שיקולים פרגמטיים בהחלטה לפזר את אפרו של אייכמן בים, המניע העיקרי להחלטה היה ככל הנראה אקספרסיבי. בהינתן הפשעים שבוצעו על-ידי אייכמן בחרה המדינה ליטול לעצמה את הזכות להשתמש בגופה כדי לבטא את סלידתה מן הפשעים שבוצעו על-ידו.

באופן דומה מדינת ישראל שמרה לעצמה גם את השליטה באופן הטיפול בגופות מחבלים. בעתירה שהוגשה אך לאחרונה נדרשת המדינה להסביר מדוע לא תועבר גופתו של מחבל שנהרג בשנת 2002 לידי אמו לצורך קבורתה.<sup>13</sup> עתירה זו נועדה לאתגר פרקטיקה רבת שנים שבמסגרתה נמנעת ישראל מלהחזיר גופות של מחבלים לידי קרוביהם – פרקטיקה אשר תועדה עוד במאמר 1999 על-ידי מרכז מידע בצלם.<sup>14</sup>

ואולם דוגמאות אלה הן מקרים חריגים שאינם משקפים את הפרקטיקות המקובלות לטיפול בגופות. גם חוק איסור הקמת מצבות זיכרון לזכר מבצעי מעשי טרור מוגבל רק למצבות זיכרון והוראותיו אינן חלות על הקבר והמצבה שלצד הקבר של מבצעי מעשי טרור.<sup>15</sup> בעתירה שהגישה משפחתו של ברוך גולדשטיין כנגד המפקד הצבאי שביקש להרוס את המצבה שהוקמה לצד קברו של מר ברוך גודלשטיין קבע השופט חשין כי: "לכל אדם, גם לרוצח נתעב, מגיע קבר, ולכל משפחה של רוצח מגיע קבר, כדי שתוכל לעלות אליו".<sup>16</sup> שאלות דומות ביחס לטיפול הראוי בגופות עלו גם בצפון אירלנד שם הגיעה השאלה בנוגע לטיפול בגופתו של תום ויליאמס (לוחם IRA שהוצא להורג) לפתחו של בית המשפט וגם שם חייב בית המשפט להעביר את הגופה מבית הסוהר שבו הוצא להורג לבית הקברות.<sup>17</sup>

מדוע העמדה שלפיה השליטה בגופה צריכה להינתן בראש ובראשונה למדינה איננה מקובלת כיום? דומה כי הנחת היסוד היא כי לעתים קרובות הן למנוח והן לקרובי המנוח יש עמדות דתיות, מוסריות או סנטימנטליות ביחס לאופן שבו יש לטפל בגופה. בהנחה שאינטרסים אלה הם אינטרסים בעלי משקל, נראה כי השליטה המרכזית על גופתו של המנוח חייבת להיות בידיו של המנוח עצמו או בידיו יורשיו. המקרים שתוארו קודם לכן שבהם השליטה על הגופה מצויה בידי המדינה הם מקרים מעטים ונדירים. לעתים שליטה כזו נדרשת מסיבות פרגמטיות (להבטיח שקברו של המנוח לא ישמש לצרכים פוליטיים ואידאולוגיים פסולים או להגדיל את הענישה) ולעתים שליטה כזו

היא בעלת ערך סימבולי (להבטיח כי הגופה לא "תטמא את ארץ הקודש").<sup>18</sup> ואולם במרבית המקרים למדינה אין אינטרסים פרגמטיים או אקספרסיביים בעלי משקל המצדיקים שליטה באופן הטיפול בגופה.

בצד ההכרה כי אין זה אופייני שהמדינה תורשה לקבוע מה ייעשה בגופה, אסור גם להמעיט בתפקידה של המדינה. גם אם המדינה איננה בעלת השליטה המלאה על גופו של המנוח היא זכאית ואף חייבת להטיל מגבלות על השימוש בגופה. מגבלות אלה הן פונקציה של האינטרסים של צדדים שלישיים. כך למשל אין חולק כי המדינה זכאית ואף חייבת להטיל מגבלות הנגזרות משיקולי בריאות הציבור. גם כאשר התיר בית המשפט למר אבני להשליך את גופתו לים התנה בית המשפט את ההיתר באישור הרשויות המוסמכות האמונות על מתן רישיונות להשלכת פסולת לים. מדינות רבות רואות באינטרס הציבורי לבחון את סיבת המוות (במקרים של חשד למעשה פלילי) אינטרס המצדיק ניתוח לאחר המוות גם נגד רצונו של המנוח או של משפחתו.<sup>19</sup>

שאלה מורכבת יותר ושנויה במחלוקת היא השאלה עד כמה רשאית המדינה להתחשב בשיקולים הנגזרים מפגיעה ברגשות של צדדים שלישיים או מפגיעה בכבוד המת, מתי, למעשה, זכאית המדינה להגן על רגשות הציבור?

תיאורטיקנים ליברלים ואנטי-ליברלים הציעו קריטריונים שונים על מנת להשיב על שאלה זו.<sup>20</sup> עם זאת, סבורני שלא תהא מחלוקת שאילו היה מר אבני חפץ שגופתו תיאכל על-ידי שועלים ברחבת כיכר רבין הייתה המדינה זכאית ללא ספק לקבוע כי שימוש כזה בגופה פוגע באינטרסים לגיטימיים של הציבור שאיננו חפץ להיחשף לגופות אדם מבותרות במרכזים העירוניים. לעומת זאת ספק אם למדינה יש זכות להתערב בשם האינטרס הציבורי של הגנה על רגשות הציבור ברצונו של מר אבני (או של יורשיו) שגופתו תיאכל על-ידי חיות טרף במקום מרוחק ממגורי אדם.

גם כבוד האדם נתפש לעתים קרובות כערך שהמדינה אמונה על הגנתו, וכבוד האדם כולל בתוכו גם את כבוד המת.<sup>21</sup> שופטים כמו גם הוגי דעות רבים מדברים על כבוד המת כעל שיקול מרכזי בהכרעה כיצד לטפל בגופה.<sup>22</sup> השחתת גופות נתפסת באופן מסורתי כפגיעה בכבוד המת. יש כמובן ספקנים הגורסים כי ההצדקה היחידה לאיסור על השחתת גופות הוא החשש שבעקבותיה תהיה פגיעה באנשים חיים.<sup>23</sup> אף שאינני מנמנה עם ספקנים אלה ואינני חולק על חשיבות השמירה על כבוד המת, אינני סבור שניתן להסיק מסקנות מכבוד המת ביחס לאופן שבו יש לטפל בגופה. לטעמי המת הוא הזכאי לכבוד ולא גופתו של המת. בעניין זה אפרט להלן בפרק ב'.

המסקנה העולה מן הפרקטיקות הנוכחיות (להוציא חריגים מעטים) היא כי למדינה אין בדרך כלל שליטה על גופות הנפטרים. עם זאת חובה על המדינה להבטיח אינטרסים של צדדים שלישיים. אינטרסים אלה יכולים בנסיבות מסוימות לכלול גם דאגה לרגשות הציבור מקום שבו הטיפול בגופה עלול לפגוע בפגיעה ישירה ברגשות הציבור.<sup>24</sup>

על-פי העמדה השנייה, השליטה בטיפול בגופה צריכה להינתן למנוח עצמו אשר זכאי להחליט (קודם פטירתו) מה ייעשה בגופתו לאחר מותו.<sup>25</sup> השיטה המשפטית האמריקאית מאמצת לעתים קרובות עמדה זו.<sup>26</sup> מר אבני עצמו ביטא את העמדה שלפיה הגופה היא קניינו של המנוח ועל כן ראוי שהטיפול בה יהיה נתון לשליטתו.

כפי שציינתי במבוא, טענה זו של מר אבני איננה משכנעת. הטענה שלפיה האדם הוא הבעלים על גופתו יכולה להיות מבוססת על טעמים תיאולוגיים או מטאפיזיים. בהנחה שאיננו רוצים להישען על טעמים אלה, הבעלות על הגוף איננה יכולה לשמש הנחה שממנה נובעות מסקנות נורמטיביות. הבעלות היא לכל היותר מסקנה ולא הנחה – מסקנה המבוססת על טענות נורמטיביות המצדיקות מתן שליטה למנוח על הטיפול בגופתו לאחר מותו.<sup>27</sup>

הטענה שלפיה על המנוח להכריע בשאלה מה ייעשה בגופתו לאחר מותו, יכולה להתבסס על האנלוגיה לשליטה שהחוק מעניק למנוח על נכסיו החומרניים. כפי שקבע אחד התיאורטיקנים: יש אנומליות בקביעה שפרט יכול לשלוט ברכושו לאחר מותו בהתאם לרצונותיו אבל הוא איננו יכול לשלוט בגופתו באופן דומה.<sup>28</sup> הקשר בין האדם לגופו הדוק ואינטימי יותר מאשר הקשר בין האדם לנכסיו. ראוי לפיכך להבטיח לאדם שליטה בשאלה מה ייעשה בגופתו לאחר מותו לפחות במידה שבה אנו מעניקים לאדם שליטה על נכסיו.

לא כל השיטות המשפטיות מעניקות שליטה רחבה של אדם בקניינו לאחר מותו. שיטות המשפט הקונטיננטליות מטילות הגבלות מחמירות על הזכות להוריש ומגנות על האינטרסים של בן/בת הזוג ושל הילדים, ואילו השיטות האנגלו-אמריקאיות מכירות בחופש של המוריש להדיר את בן/בת זוגו או את ילדיו מן הירושה.<sup>29</sup> בישראל אימץ חוק הירושה את ההסדר המקובל בשיטות האנגלו-אמריקאיות, ומאפשר למוריש מידה רבה של שיקול דעת בשאלת הירושה. החוק מאפשר למוריש לקבוע מיהם הירושים ואפילו קובע כי המוריש: "רשאי להורות בצוואתו דבר שישורש יהיה חייב לעשותו, או להימנע מעשותו, כמה שקיבל מן העיזבון".<sup>30</sup> בהיתן ההסדר העכשווי, המעניק למנוח שיקול דעת רחב כיצד להוריש את רכושו, יש טעמים חזקים להאמין כי על המשפט להגן לפחות באותה המידה על זכותו של המנוח לשלוט בגופו. זאת ועוד, ניתן לטעון שבמהלך חייו ניתנת לאדם שליטה רחבה (אף כי לא מוחלטת) על גופו. להוציא חריגים מעטים, אדם יכול להסכים או שלא להסכים לטיפול רפואי, לעבור ניתוחים מכאיבים, לשנות את מינו ועוד. קשה להבין מדוע השליטה של אדם על גופו תסתים מיד עם מותו. לבסוף, השליטה של המנוח על הגופה עשויה לעתים קרובות להיות מעוגנת גם בשיקולים של חופש דת ומצפון. בהיתן שהטיפול בגופות נשלט על-ידי נורמות דתיות ותרבותיות נראה כי יש לאפשר למנוח להבטיח שהטיפול בגופתו יישלט על-ידי מערכת הנורמות שהנחתה אותו בהיותו בחיים.

אל מול טיעונים אלה ניתן להעלות גם טיעוני נגד, הלקוחים מעמדה שלישיית שלפיה קרובי המנוח זכאים לשלוט באופן שבו יש לטפל בגופה.<sup>31</sup> כידוע, עם מותו של אדם פוקעות רבות מזכויותיו. ניתן למשל להטיל ספק אם לאדם המת יש אינטרס כלשהו שיש לכבדו. הטיפול בגופתו של המנוח היא הדרך שבה המשפחה מבטאת את הצער והכאב על המוות. על-פי עמדה שלישיית זו יש לאפשר למשפחה לבטא את הכאב באופנים התואמים את ערכיה. ניתן להתייחס לגופה כאל *souvenir of mourning*,<sup>32</sup> מעין אובייקט שהטיפול והעיסוק בו מסייעים למשפחה להתמודד עם אבלה. הטיפול בגופה הוא חלק בלתי נפרד מתהליך האבל על המוות. מותו של אדם, על-פי עמדה זו, הוא בראש ובראשונה עניינם של החיים ולא של המתים.<sup>33</sup>

הגישה שלפיה המנוח צריך לשלוט על הטיפול בגופתו עלולה להביא לעתים להתנגשות חזיתית עם עמדותיו של היורש או קרובו ביחס לאופן הטיפול בגופתו. לצורך דוגמה הניחו כי ראובן שהוא יהודי אדוק נפטר, ובנו שמעון זנח את ערכי הדת היהודית והצטרף למסדר הינדי. הניחו גם כי ראובן ביקש במפורש בחייו להיקבר באופן התואם את הלכות הדת היהודית. שמעון לעומת זאת חפץ לקבור את אביו באופן התואם את הלכות הדת ההינדית משום שקבורה יהודית נוגדת את מצפונו ואת ערכיו. השאלה בנסיבות אלה היא האם יש להעדיף את האמונות של ראובן (שהרי מדובר בגופתו) או של שמעון (שהרי הקבורה היהודית נוגדת את אמונות היסוד שלו).

מתן השליטה לקרובים מעלה שאלות קשות לא רק ביחס לקונפליקטים בין רצון הקרובים לבין רצונו של המנוח לפני פטירתו, אלא גם ביחס לקונפליקטים בין הקרובים לבין עצמם. כך למשל הניחו כי לראובן שני בנים: שמעון ולוי. שמעון, כאמור, חפץ לקיים את הלכות הדת ההינדית ואילו לוי הוא קתולי אדוק. במקרה זה יצטרך בית המשפט להכריע בין רצונו של ראובן המנוח

(להיקבר על-פי הלכות הדת היהודית), שמעון (אשר ירצה לטפל בגופה בהתאם להלכה ההינדית) ולוי (אשר ירצה קבורה על-פי הלכות הדת הקתולית). מקשיים אלה לא ניתן להסיק כי אין לתת שליטה לקרובים באופן שבו יש לטפל בגופה. עם זאת קשיים אלה מחייבים פתרונות פרגמטיים שיכריעו כיצד לטפל בגופה במקרים של קונפליקטים.

העמדה הרביעית רואה בקהילה התרבותית/דתית/אתנית את הקבוצה הזכאית לשלוט בגורל הגופה. לקהילה התרבותית/דתית/אתנית יש בדרך כלל עמדה נחרצת ביחס לאופן שבו תטופל הגופה של כל אחד מחברי הקהילה. לעתים קרובות חברי הקהילה עצמם חפצים להיקבר בהתאם לכללי הקהילה שאליה הם משתייכים, ואז בדרך כלל רצונם זה מכריע את אופן הטיפול בגופה. ואולם יש מקרים שבהם הרצון המכריע הוא של הקהילה התרבותית/דתית/אתנית עצמה, החפצה בדרך זו להנציח את קיומה ולתבוע חזקה ביחס לשליטתה על מה שנתפש כנכסים השייכים לה.

בדרך כלל מדובר בגופות של פרטים השייכים לקבוצה תרבותית/דתית/אתנית שזהותם האישית איננה ידועה, או במקרים שבהם זהות המנוח ידועה, אך לא ידוע מה היה רצונו או רצונם של קרוביו. דוגמה מפורסמת אחת הן הגופות או העצמות של פרטים המשתייכים לקבוצות ילידיות. שורה של הסכמים בין-לאומיים ונורמות אתיות מחייבות החזרת שרידי הגופות לא לקרובי המשפחה (אשר אינם ידועים כמוכן) אלא לקבוצות האתניות אשר מהן נלקחו הגופות או העצמות.<sup>34</sup> הן בארצות הברית והן באוסטרליה הועברה חקיקה המסדירה את החזרת השלדים לקבוצות האתניות והתרבותיות הרלוונטיות.<sup>35</sup> חקיקה זו נתפשת לעתים כחלק ממגמה רחבה יותר להעביר את השליטה בכל הנכסים בעלי ערך תרבותי ורתי לקבוצות ילידיות.<sup>36</sup> העברת הגופות למוזיאונים נתפסת כאקט קולוניאלי המיועד לטשטש ולהעלים את ההיסטוריה התרבותית של הקהילות הילידיות.<sup>37</sup> מגמה זו חשובה במיוחד לאור החשיבות הסמלית הניתנת לטיפול בגופות בקהילות ילידיות מסוימות. אחד מראשי השבטים של קהילות ילידיות בארצות הברית ביטא את היחס המיוחד של קבוצות ילידיות לטיפול בגופות, כי עבורם האפר של אבותיהם קדוש, ומקום מנוחתם הוא אדמה מקודשת.<sup>38</sup>

גם בישראל רואה עצמו ארגון אתרא קדישא כמוסמך להכריע באופן הטיפול בעצמות של יהודים המתגלות בחפירות ארכיאולוגיות. ההלכה עצמה קובעת הסדרים מפורטים ביחס לאופן הטיפול בגופות. בעקבות המאבק של גופים חרדיים נקבע כי עצמות המתגלות בחפירות ארכיאולוגיות מועברות לאנשי דת לצורך קבורתן. על-פי נוהל שנקבע על-ידי היועץ המשפטי לממשלה עצמות אדם אינן באות בגדר המונח "עתיקה" במשמעות חוק העתיקות,<sup>39</sup> וכאשר הן מתגלות במהלך החפירה יש להעבירן לטיפול משרד הדתות.<sup>40</sup> אף שעמדה רביעית זו נתפשת כקבילה, נראה כי היא קבילה רק מקום שבו הנפטר או קרוביו לא נתנו אינדיקציה הפוכה. בדרך כלל גופות כמוזיאונים או גופות המתגלות בחפירות ארכיאולוגיות הן אנונימיות ואין אינדיקציה ישירה לאופן שבו הפרטים או קרוביהם היו רוצים לטפל בגופות. כאשר יש אינדיקציה ישירה לאופן שבו המנוח או קרוביו רוצים שהגופה תטופל, רצונם גובר בדרך כלל על האינטרסים של הקהילה התרבותית הרלוונטית. בית המשפט העליון הכיר בחשיבות המופחתת של האינטרס הקהילתי ביחס לאינטרס של קרובי המשפחה וקבע בפרשת חברת מואססת אלאקסא נ' אוניברסיטת תל אביב כי:

בענייננו, אין מדובר בקברים של נפטרים בעלי זהות קונקרטי ובהבקשה שלפני לא הוגשה על-ידי מי מבני משפחתם. מדובר בבקשה, שעיקרה להגן על האינטרס הציבורי, והמוסרי בדבר כיבוד זכרו של המת, המתבטא בחובתה של החברה לספק אמצעים מתאימים לקבורת הנפטרים ולדאוג לשמירה על בתי הקברות מפני חילולם. בנסיבות אלו [...] הזכות להגנה על כבוד המת, הינה מוגבלת יחסית לנסיבות בהן נפגע אינטרס כבוד המת במעגלים האחרים.<sup>41</sup>

לעומת זאת ההכרעה במקרים שבהם החלטת המדינה בדבר הטיפול בגופה מתנגשת עם הפרקטיקות המקובלות על הקהילה התרבותית/דתית/אתנית היא הכרעה מורכבת יותר. מקרה ידוע של התנגשות כזו משתקף בוויכוח המפורסם בין מנדלסון לרב עמדין במאה ה-18 בעקבות ההחלטה של הדוכס ממקלנבורג לאסור על קבורה ביום המוות – איסור המתנגש עם הכלל הדתי היהודי האוסר על הלנת מת. ההחלטה של הדוכס התבססה על ממצאים רפואיים שלפיהם לעתים נקברו אנשים בעודם בחיים והאיסור נועד למנוע מקרים אלה. מנדלסון צידד בעמדתו של הדוכס ואילו הרב עמדין ביטא עמדה מסורתית המצדדת באיסור היהודי על הלנת מת.<sup>42</sup> במקרים של התנגשות מעין זו ההכרעה הראויה מעלה שאלות הנוגעות לוויכוחים סביב רב-תרבותיות וסביב ההכרה הפוליטית במרכזיות של פרקטיקות דתיות ותרבותיות לחיים הקהילתיים או הדתיים.

הניתוח בפרק זה בחן את הפרקטיקות הקיימות ואת הלוגיקה העומדת מאחוריהן. שני הפרקים הבאים יבחנו את השאלה הנורמטיבית, דהיינו למי ראוי להעניק את השליטה על הגופה.

### ב. כבוד האדם, כבוד המת וכבוד הגופה

פרשת אבני מערכת בתוכה קונפליקט בין רצונו של המנוח (וככל הנראה עקב כך גם של יורשיו) לבין רצונה של המדינה. המדינה איננה טוענת לשליטה מלאה על אופן הטיפול בגופה. לכל היותר המדינה גורסת כי במקרים קיצוניים שבהם הטיפול בגופה מתנגש עם טובת הציבור, על רצונו של המנוח (או קרוביו) להיסוג בפני האינטרס הציבורי.

כפי שצוין במבוא, ניתן לכאורה לדון בסוגיית השליטה בגופה דרך הפריזמה של מושג האוטונומיה, כלומר: רצונו של המנוח. ואולם בפסיקה הישראלית הדיון המרכזי התבסס דווקא על מושג הכבוד, ולא על האוטונומיה. כפי שאראה בהמשך, לעתים הכבוד אף שימש כצידוק להסדיר את קבורת המת באופן המנוגד לרצונותיו של המנוח. גם בבג"ץ אבני מציין השופט רובינשטיין את כבוד האדם כבסיס משפטי המצדיק הגבלות על רצונו של האדם. עמדה זו איננה רק עמדתו של השופט רובינשטיין. נראה כי גם בתי משפט אחרים סבורים כי "המת זכאי לכבוד רב יותר ממה שהוא עצמו סבור".<sup>43</sup> בית המשפט הישראלי עסק רבות בשאלה מהו "כבוד המת", וקבע לא אחת כי הזכות החוקתית לכבוד האדם כוללת גם את כבוד האדם שהלך לעולמו וגם את כבוד משפחת המנוח. בפרשת קסטנבאום נקבע כי:

כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בליבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר – לעתים רציונאלי ולעתים בלתי רציונאלי – בין החיים לבין המתים [...].<sup>44</sup>

אף שהכבוד שימש לא אחת כמכשיר להגביל את הסוכרניות של הרצון, כבואם ליצוק תוכן במושג "כבוד המת", הדגישו בתי המשפט לא אחת את הערך של הרצון – רצונו של המנוח ורצונם של בני משפחתו. כך, למשל, נראה שהבסיס להחלטה לסגור את התערוכה Bodies, שבה הוצגו גופות שעברו תהליכי שימור, הייתה העובדה שלא הושגה הסכמת הנפטרים, שהוצאו ככל הנראה להורג בסין.<sup>45</sup> באופן מפורש יותר קובע השופט אלון בפרשת הגר כי: "כבוד האדם בענייניו משמעו, בראש ובראשונה כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר".<sup>46</sup> והשופט עציוני קבע:

כולי עלמא לא פליגי שזכותו של כל אדם לכבד בדרך נאותה את זכרם של אהוביו שהלכו לעולמם, בהתאם לאורח חייהם ולמסורתם כל זמן שדבר זה אינו פוגע ברגשות



או באינטרסים לגיטימיים של הזולת. וברור גם ש"בית קברות מקום לא רק לקבורת המתים אלא גם להבעת האהבה והכבוד שרוחשים החיים למתים".<sup>47</sup>

מכל זה נובע כי ניתן למצוא בפסיקה הישראלית (והזרה) שעסקה בשליטה על הטיפול בגופה, שתי אסכולות שונות ביחס לאופן שבו יש לפרש את המושג כבוד האדם (ממנו ניתן לגזור, על-פי אותה פסיקה, את הערך של כבוד המת). לעתים, כמו בבג"ץ אבני, כבוד האדם מחייב טיפול המנוגד לרצון המנוח וקרובי משפחתו. לעומת זאת, במקרים אחרים כבוד האדם מחייב טיפול המכבד את הרצון של המנוח או של משפחתו. הדרך ליישב את הקונפליקט הזה היא לראות באוטונומיה של המנוח מרכיב אחד בכבוד, העשוי לעתים להתנגש עם מרכיבים אחרים. השאלה המרכזית הצריכה להישאל לפיכך היא באילו נסיבות מתפרש כבוד האדם באופן המחייב את המדינה לפעול נגד רצונו של האדם שעל כבודו אנו מגנים. לצורך כך אדון בשתי דוגמאות מפורסמות מבתי המשפט באירופה אשר הגבילו את יכולתו של האדם לשלוט בגופו, ואבחן האם ניתן להסיק ממקרים אלה מסקנות ביחס לזכות של אדם לשלוט בגופתו.

במקרה הראשון קבע בית המשפט החוקתי הצרפתי כי החקיקה האוסרת על השלכת גמדים היא חוקתית משום שהשלכת גמדים לצורכי בידור פוגעת בכבוד האדם.<sup>48</sup> במקרה השני קבע בית המשפט הגרמני כי חקיקה האוסרת על peep shows, שבהם מצולמים איברי מיין של אישה או איברים אחרים, עולה בקנה אחד עם עקרון כבוד האדם.<sup>49</sup> בפסק דין זה הדגיש בית המשפט כי חובה על המדינה להגן על כבוד האדם גם כאשר הפגיעה נעשית על-ידי האדם עצמו ומכאן שהסכמת האישה להקרנת המופע איננה רלוונטית.

האם פסקי דין אלה רלוונטיים לאירוע שלנו? למרות הרטוריקה של השופט רובינשטיין, המדגישה את הערך של כבוד האדם, אותו ערך שעליו התבססו גם שני פסקי הדין הללו, יש שני הבדלים מרכזיים בינם לבין המקרה של מר אבני. ראשית, בשני פסקי הדין המתוארים לעיל דובר באירועים שבהם אדם מכר את גופו לצורך מופעי בידור. מכירת הגוף נתפשת לעתים קרובות כבעייתית במיוחד.<sup>50</sup> מר אבני, לעומת זאת, לא מכר את גופתו אלא בחר לבצע קביעות המבוססות על מצפונו ועל ערכיו ולא על תמורה כספית. זאת ועוד, מתן זכות למכירת הגופה על-ידי המנוח עלולה לעורר קשיים מיוחדים. היוורשים עלולים להפעיל לחץ על המוריש למכור את גופתו כדי להגדיל את הנכסים של העיזבון. מכאן גם נובע כי אם מר אבני היה מוכר את גופתו היה בית המשפט צריך להימנע מלכבד את החלטתו. ההבדל השני הוא כי בשני פסקי הדין האירופיים המתוארים לעיל הכרעתו של הפרט משפיעה לא רק עליו אלא על הקהילה שאליה הוא שייך. השלכת הגמדים עלולה להשפיע באופן ישיר על אופן ההתייחסות החברתית לגמדים בכלל. למותר לציין שהספרות הפמיניסטית מצביעה על האופנים הרבים שבהם פורנוגרפיה מסוגים שונים (כולל peep show) משפיעה על מעמדן של נשים בחברה.<sup>51</sup> לעומת זאת, החלטתו של מר אבני ביחס לאופן הטיפול בגופתו לא משפיעה באופן ישיר על היחס לקבוצות מיעוט כלשהן, והשפעתה על הטיפול בבני אדם בכלל או בגופות היא ככל הנראה עקיפה.<sup>52</sup> נראה, לפיכך, כי לא ניתן להשתמש בפסקי הדין האירופיים שהוזכרו לעיל כאסמכתה התומכת בהתערבות המדינה כנגד הרצונות של המנוח במקרה שלפנינו, משום שפסקי דין אלה שונים באופן מהותי מן הטעמים שתוארו לעיל מן המקרה שלפנינו.

נחזור, אם כן, לעניין שליטתו של המנוח על גופתו. לטענתי, הקושי המרכזי בשימוש במושג כבוד האדם (או כבוד המת) בדיון על השליטה בגופות, הוא הניסיון לטשטש את האבחנה בין המת לבין הגופה של המת. כאשר השופט רובינשטיין קובע כי: "גם אם מוחל העותר על כבודו שלו, אינו יכול למחול על כבוד הזולת שייקל בתופעה אשר משמעה הוא ביוזי כבוד האדם וזיהום סביבתי",<sup>53</sup>

הוא מבלבל לדעתי בין השניים: גופתו של המת איננה זכאית לכבוד, אלא המת עצמו הוא הזכאי לכבוד, ולעתים דווקא השחתת הגופה היא הדרך שבה אנו יכולים לבטא את הכבוד למת.<sup>54</sup> לדעתי, אם מר אבני היה משתייך לקהילה תרבותית או דתית הנוהגת להשליך את המתים למאכל חיות או אולי אפילו למאכל אדם (כמנהג שבט הווארי בדרום אמריקה)<sup>55</sup> היה מקום לכבד את הפרקטיקה הזו. אחרי הכול, ניתן לבטא כבוד כלפי המתים בדרכים שונות. אפילו בתוך אותה מסורת דתית הפרקטיקות של הטיפול במתים עשויות להשתנות.<sup>56</sup> יתירה מכך, אם האוטונומיה של האדם מהווה חלק מרכזי במושג ה"כבוד", אזי (למעט מקרים יוצאי דופן) לא יהיה היגיון בהתערבות בבחירתו החופשית של המנוח כאשר לאופן הטיפול בגופתו לאחר מותו, בשם ההגנה על הכבוד שלו.

אינני טוען, כמובן, כי אין קשר בין כבוד הגופה לכבוד המת. לעתים הדרך לבטא היעדר כבוד כלפי המת היא בדרך של טיפול מבזה בגופה. אלא שהשאלה אם טיפול בגופה מבזה את המת צריכה להיות רגישה לאופן שבו הטיפול בגופה נתפש על-ידי הקהילה, על-ידי הפרט עצמו, על-ידי קרוביו וכיו"ב. יהיו שיראו בהטמנת הגופה באדמה והותרתה למאכל תולעים טיפול מבזה. הביזוי של המת באמצעות ביזוי הגופה הוא פונקציה של תפישות ורגישויות חברתיות ואישיות. לפיכך כל קביעה שטיפול בגופה "מבזה" את המת יכולה להיעשות רק לאחר בחינת תפישות אלה. מהתבוננות בהחלטתו של מר אבני ובכתבה שנתפרסמה עליו, נראה כי החלטתו מבוססת על עמדה אידאולוגית ברורה ומובחנת. באותה כתבה אמר מר אבני:

תמיד היה לי סיוט מבתי קברות [...] כחקלאי האמנתי כי האדמה נועדה לתת חיים ולא לשמש מחסן לגופות אבל רוב האנשים רואים בה מחסן, ולכן החלטתי שאת גופתי אני רוצה להקדיש לדגת הים, לא לתפוס 2 מ"ר של אדמה יקרה. כל חיי אכלתי דגים, שיאכלו הם אותי.<sup>57</sup>

באותו הריאיון ממש הביע מר אבני הסתייגות מקונבנציות דתיות. ניתן לכן לטעון כי הטיפול בגופה במקרה שלפנינו הוא אקט אקספרסיבי – אקט שבו מבטאים המנוח או קרוביו או הקהילה התרבותית/דתית/אתנית את ערכיהם הפוליטיים והמוסריים. פרק ג יבחן אפשרות זו.

### ג. הטיפול בגופה כאקט אקספרסיבי

בתום פרק ב' למאמר עמדתי על הערכים שהנחו את מר אבני בהחלטתו. החלטתו של מר אבני היא אקט אקספרסיבי המבטא את עמדותיו ביחס לתפקידה של האדמה וכן את הסתייגותו מקונבנציות מסורתיות ודתיות. אם אופן הטיפול בגופה הוא אקט אקספרסיבי ייתכן כי עלינו להשתמש בדוקטרינות מוכרות של חופש הביטוי.

גם אם נסכים כי הטיפול בגופה הוא אקט אקספרסיבי עדיין אין זה אומר כי הזכות להשתמש בגופה לצורכי ביטוי צריכה להינתן דווקא למנוח. בסיום פרק זה אנסה לשכנע כי אף שמבחינה לוגית לא ניתן להסיק מסקנה כזו, הרי שיש טעמים חזקים לבסס את המסקנה כי הזכות להשתמש בגופה לצורכי ביטוי צריכה להינתן בדרך כלל למנוח ורק לעתים נדירות לקרוביו או לקהילה התרבותית/דתית/אתנית שאליה השתייך. עם זאת אין לשלול את האפשרות כי שיקולים אקספרסיביים יצדיקו מתן הזכות למדינה או את האפשרות כי שיקולים לא אקספרסיביים יחייבו העברת הזכות מן המנוח למדינה או לקרוביו.

דוגמה מרתקת ומורבידית במיוחד לשימוש שנוי במחלוקת בגופה לצורכי ביטוי פוליטי ואמנותי פורסמה במוסף האמנות של הניו יורק טיימס.<sup>58</sup> ג'נה הטורן (Gene Hathorn) הורשע ברצח ונידון למוות. מר הטורן רצה להעביר את השליטה על גופתו לאמן הרני מרקו אבריסטי (Marco Evaristi).

אבריסטי רצה להקפיד את גופתו של מר הטורן ולחתוך אותה לקוביות שימשו כמזון לדגים. לדעתו של אבריסטי שימוש זה בגופתו של הטורן יסייע למאבק נגד עונש מוות. כעת נשאלת השאלה האם בנסיבות אלה המדינה זכאית בשם עקרונות של כבוד האדם למנוע את השימוש בגופה באופן זה? דומה שעקרונות יסוד של חופש הביטוי מחייבים במקרה זה תשובה שלילית. השימוש בגופתו של מר הטורן צריך להישלט על-ידי עקרונות של חופש ביטוי פוליטי (החופש להיאבק בעונש המוות) וכן חופש הביטוי האמנותי.<sup>59</sup> אף שהמניעים של מר אבני עמומים יותר, עמדתו שלפיה יש להשליך את גופתו למאכל חיות או להיזרק לאוקיאנוס ראויה אף היא להגנה מטעמים דומים. כפי שציינתי לעיל, טיפול זה בגופה משקף את ערכיו של מר אבני. מר אבני מאמין כי גופתו צריכה להיות חלק ממחזור החיים של הטבע. גם אם הוא עצמו איננו מודע באופן מלא למסרים המורכבים של אופן הטיפול בגופתו, החלטתו של מר אבני היא בגדר ביטוי של ערכיו. להבנת, נראה כי גם במקרים חריגים פחות, כגון המקרים של אדם החפץ שגופתו תיקבר או תישרף בהתאם למנהגי דתו, מתאפשר למנוח לבטא את זהותו התרבותית או את ערכיו.

הקביעה שלפיה הטיפול בגופה הוא בגדר ביטוי איננה מכריעה את השאלה מיהו האדם או הגוף שהביטוי שלו זכאי להגנה: האם המדינה או המנוח או קרובי משפחתו או הקהילה התרבותית/דתית/אתנית שאליה הוא משתייך זכאים להשתמש בגופה לצורכי ביטוי? כפי שראינו במקרה של איימן, אפילו המדינה עצמה משתמשת לעתים בגופה לצורכי ביטוי. נשאלת לפיכך השאלה האם ישנה סיבה לכך שדווקא המנוח עצמו יינה מן הפריבילגיה להכריע בדבר הטיפול בגופה, ובכך לאפשר דווקא למנוח להשתמש בגופה לצורכי ביטוי. ביתר מאמר זה אטען כי הן שיקולי הגינות והן שיקולים הנוגעים לאפקט הציבורי של הביטוי מצדיקים הענקת הסמכות למנוח עצמו (ולא למדינה, למשפחתו או לקהילה שאליה השתייך).

ההגינות מחייבת שלכל אדם תהיה הזדמנות להשתמש בגופה לצורך ביטוי עמדותיו ביחס לחיים ולמוות, לכבוד האדם ולערכים נוספים. מתן הזכות למנוח לשלוט על אופן הטיפול בגופתו מבטיח כי לכל אדם תהיה הזדמנות אחת מסוג זה. מתן השליטה לקרובי המשפחה או לאחרים איננו יכול להבטיח כי לכל אדם תהיה לפחות הזדמנות אחת להשתמש בגופתו כדי לבטא את עצמיותו, את זהותו, את האידאולוגיה שלו או את הערכים המוסריים פוליטיים, תרבותיים או האסתטיים שלו. מתן הסמכות להשתמש בגופה לצורכי ביטוי של קרובי משפחתו של המנוח או של הקהילה שאליה השתייך עלולה לשלול מאדם את ההזדמנות לבטא את עצמו באשר היא איננה מבטיחה לכל אדם הזדמנות שווה להכריע בדבר הטיפול בגופה. כך למשל מתן הכוח לקהילה התרבותית/דתית/אתנית יעניק לראשי הקהילה או למנהיגי הזדמנות אשר תישלל מחברים אחרים של הקהילה. בהינתן שאנו חפצים לתת לכל אדם הזדמנות שווה לבטא את ערכיו, מן הדין הוא לאפשר לאדם עצמו להכריע באופן הטיפול בגופה. זאת ועוד, בהינתן החשיבות שאנשים מייחסים לגופות שלהם דווקא, המסר האקספרסיבי מתעצם כאשר האדם עושה שימוש בגופתו הוא. שימוש בגופתו של אחרים איננו בהכרח מעביר מסר אמין, כאשר החשיבות שאנשים מייחסים לגופותיהם של אחרים מן החשיבות שהם מייחסים לגופותיהם הם. עמדה זו מתחזקת לאור העובדה שרבים סבורים שאדם חי יכול להשתמש בגופו לקידום מטרות פוליטיות אידאולוגיות גם כאשר שימוש זה עלול לסכן את חייו או לפגוע בבריאותו. רק לאחרונה התנהל ויכוח בעניין זכותו של אסיר לבטא מחאה באמצעות שביתת רעב העלולה בסופו של דבר להביא למותו. העמדה שהתקבלה על-ידי ההסתדרות הרפואית היא שאין להאכיל בכפייה אדם כזה.<sup>60</sup> ההצדקה לעמדה זו מבוססת לדעתי בדיוק על הזכות של אדם להשתמש בגופו לצורך ביטוי.

משני טעמים אלה – הגינות מצד אחד ועוצמת האפקט האקספרסיבי מצד שני – אני סבור כי במקרים הטיפוסיים יש להעניק לפרטים זכות להחליט מה ייעשה בגופתם לאחר מותם. אינני שולל את האפשרות כי בנסיבות נדירות (כמו המקרה של אייכמן) האינטרס בביטוי של המדינה או הקהילה עשוי לגבור על האינטרס בביטוי של המנוח. ייתכן, לפיכך, כי האקט של פיזור האפר של אייכמן מחוץ לגבולות הטריטוריאליים של ישראל היה מוצדק כאקט של ביטוי הסלידה הקיצונית ממעשיו של אייכמן. ואולם ככלל ומן הטעמים שהועלו לעיל, המנוח, ולא המדינה, זכאי להשתמש בגופו לצורכי ביטוי.

נותרת בפנינו שאלה אחרונה: מה כאשר המנוח לא השתמש בזכות המוקנית לו ביחס לאופן הטיפול בגופה? האם במקרה זה עלינו להעביר את ההחלטות בעניין הטיפול בגופה לקרובים או לקהילה התרבותית/דתית/אתנית או למדינה?

ההיגיון של הצעתי מחייב כי בנסיבות אלה יש לפעול על-פי רצונו המשוער של האדם. יהודי החבר בקהילה יהודית מצפה ככל הנראה כי גופתו תיקבר ואילו הינדי מאמין מצפה ככל הנראה כי גופתו תישרף. מקום שבו המנוח לא נתן אינדיקציה מפורשת ביחס לאופן הטיפול בגופה ניתן להשתמש במנהגי הקהילה הדתית שאליה הוא שייך כפרוקסי. רק מקום שבו אין אינדיקציה מפורשת או משתמעת ניתן להעניק לקרובי המנוח או לקהילה התרבותית/דתית/אתנית שאליה השתייך מידה של שליטה על אופן הטיפול בגופה. ניתן לומר שיש לפיכך מדרג: אם המנוח לא ביטא את רצונו המפורש או המשוער יש לתת לקרוביו את השליטה בגופה, ואם לקרוביו אין רצון מפורש או משוער יש אולי להעביר את השליטה לקהילה התרבותית/דתית/אתנית או למדינה.

מהטענה שהשליטה בגופה מבוססת על עקרונות חופש הביטוי, נובעת מסקנה נוספת חשובה. לצורך הגנה אפקטיבית על ביטוי זה אין די במתן אפשרות לפרט להכריע ביחס לאופן שבו תטופל גופתו אלא יש צורך במתן האפשרות לתת ביטוי פומבי להחלטה, ולחייב את המדינה להעניק את חותם הכשרות שלה להחלטה זו. המדינה, כמובן, אינה חייבת תמיד לממן טיפול בגופתו של אדם בהתאם לרצונותיו או לסייע לו בכך, ואולם יש חובה על מדינה לבטא את הסכמתה המפורשת. הריאיון עם מר אבני מדגים היטב את חשיבותו של ההיבט הזה. בריאיון ציין מר אבני כי הוצע לו להסתייע בחברה מסחרית אשר כפי שנרמז לו יכולה להטיל את גופתו לים. כך היה מבטיח מר אבני את הטיפול שבו חפץ. מר אבני סירב להצעה, משום שעתירתו לא הייתה מיועדת רק להבטיח שגופתו לא תיטמן באדמה או תושלך לים. תכלית העתירה הייתה לאלץ את המדינה להכיר בלגיטימיות של רצונו ולאפשר לו לעשות זאת באופן חוקי. אחרי הכול, אם אופן הטיפול בגופה הוא אקט אקספרסיבי – אקט המיועד לבטא עמדות ביחס לקיום האנושי – יש חשיבות כי אקט זה ייעשה בדרך פומבית המנכיחה קבל עם ועדה את הרצון של האדם ונותנת לו הכרה ציבורית. בדרך זו יכול האדם לא רק לספר את סיפור חייו במותו, אלא גם להבטיח שיהיו גם כאלה שיאזינו לסיפור זה.

## סיכום

סוגיית היכולת של אדם להכריע ביחס לאופן שבו תטופל גופתו נותחה במשפט הישראלי בעיקר במונחי כבוד האדם. כפי שציינתי במאמרי זה, כבוד איננו הערך הראוי להסדיר סוגיה זו. השליטה בגופה צריכה להיות מוכרעת על יסוד הזכות לחופש הביטוי. הטיפול בגופה מבטא באופן טיפוסי את ערכיו של האדם המנוח, את הזיקות הקהילתיות שלו, את עמדותיו הפוליטיות או האסתטיות. באופן זה המוות צריך להיותפש לא רק כאסון הקורה לאדם אלא כהזדמנות להנכיח את עמדותיו ביחס למשמעות החיים. מר אבני ייזכר בחברה הישראלית כמי שניצל באופן אמין ונחרץ את ההזדמנות

האחת והיחידה הניתנת לאדם לספר את סיפור חייו במותו. יש לקוות כי השערים המשפטיים שאותם פתח יאפשרו גם לאחרים ללכת בדרכו.

## הערות

- 1 כג"ץ 6167/09 שלמה אבני נ' מדינת ישראל, פס' ג' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.11.2009) (להלן: כג"ץ אבני).
- 2 ה"פ (ת"א) 39654-08-10 שלמה אבני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.01.2014).
- 3 ראו P.D.G. Skegg, *Human Corpses, Medical Specimens and the Law of Property*, 4 *ANGLO AMERICAN L. REV.* 412 (1975) (להלן: Skegg – Human Corpses).
- 4 WILLIAM BLACKSTONE, 2 *COMMENTARIES* \*1. למותר לציין כי אפיון זה זכה לביקורת קשות והוא איננו מקובל היום. לביקורת קלאסית על עמדה זו ראו למשל: Felix S. Cohen, *A Dialogue on Private Property*, IX *RUTGERS U. L. REV.* 357, 361-363 (1954).
- 5 ראו JOHN LOCKE, *THE TWO TREATISES OF GOVERNMENT* chapter V section 27 (Hollis ed., 1689).
- 6 טענה זו נסמכת גם על עמדתם של מומחי קניין, הרואים בקניין מושג דינאמי המשרת מטרות משתנות. כך למשל קובע יהושע ויסמן כי: "[...] למונח זכות קניינית אין משמעות אחידה ומוסכמת. יש בו מה שהיה עניין ליצוק לתוכו, ויצקו לתוכו מה שנראה היה כמועיל להשגת תכליות ידועות בהתאם לנסיבות הזמן המשתנות [...]" ראו יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 47 (1993). כפי שצינתי לעיל, המשפט הפוזיטיבי דוחה את העמדה שלפיה גופת המנוח היא נכס שיש לו בעלים. המשפט המקובל באופן מסורתי רואה את הגופה כישות שאיננה יכולה להיות מושא לקניין ועל כן הוא לא ניתן למכירה או לקנייה. ראו למשל, Skegg – Human Corpses, לעיל ה"ש 3.
- 7 פקודת בריאות העם, 1940, סעיפים 2(8), 2(3), 20(6)(א), ו-67.
- 8 חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 37-64 (2005).
- 9 ראו RUTH RICHARDSON, *DEATH DISSECTION AND THE DESTITUTE* 32-37 (1987). במאה ה-19 שימשו גופות המוצאים להורג וגופות העניים לצורכי מחקר והוראת אנטומיה. חוק האנטומיה האנגלי משנת 1832 הרחיב את הסמכות להשתמש בגופות העניים לצרכים אלה. החוק עורר התנגדות עזה בקרב רבים והעיתונאי ויליאם קובט קבע כי: "[...] they tell us it was necessary for the purposes of science. Science? Why, who is science for? Not for poor people. Then if it be necessary for the purposes of science, let them have the bodies of the rich, for whose benefit science is cultivated." ראו WILLIAM COBBETT, *ELEVEN LECTURES ON THE FRENCH AND BELGIAN REVOLUTIONS AND ENGLISH BOROUGHMONGERING* 13 (London, W. Strange 1830).
- 10 ראו MICHEL FOUCAULT, *DISCIPLINE AND PUNISH* 3-5 (1977). לדיון מפורט יותר ראו Kieran McEvoy & Heather Conway, *The Dead, the Law and the Politics of the Past*, 31 *J. L. & Soc'y* 539, 552-553 (2004).
- 11 ראו רחל גינזברג "סיפורו של שלום נגר, התליין של אייכמן" *אש התורה* 06.03.2011, www.ash.
- 12 ראו co.il/i/h/48858517.html (להלן: גינזברג – התליין של אייכמן).
- 13 ראו WERNER MASER, *NURNBERG: A NATION ON TRIAL* 13 (1979). על הטיפול בגופתו של מוסוליני ראו John Foot, *The Dead Duce*, 49 *HIST. TODAY* 14 (1999).
- 13 כג"ץ 3348/15 פתחיה בדי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (פורסם בנבו, 20.10.2015).
- 14 ראו יחזקאל ליינ גופות אסורות (1999) goo.gl/kLzB2m.
- 14 לעמדתה של המדינה בעניין זה ראו את הודעת העדכון שנמסרה לבית המשפט העליון http://goo.gl/7hq8ef.
- 15 חוק איסור הקמת מצבות זיכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח-1998.

- 16 ראו בג"ץ 6195/98 ישראל גולדשטיין נ' משה (בוגי) יעלון אלון פיקוד מרכז, פ"ד נג (5) 317 (1999).
- 17 ראו R v. Secretary of State for NI *ex parte* Hannaway [1995] NI 159.
- 18 ראו גינזברג – התליין של אייכמן, לעיל ה"ש 11.
- 19 ראו למשל Allison Dundes v. Hirsch N.Y. L. J. 21 (1993). לדיון מפורט על הקונפליקט ראו Allison Dundes Bentelm, *The Rights of the Dead: Autopsies and Corpses Mismanagement in Multicultural Societies*, 100 S. Atl. Q. 1005-1027 (2001). יצוין, עם זאת, שבישראל תוקן חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 בשנת 1980 כך שלא ייערך ניתוח לאחר המוות ללא הסכמת בן משפחה או נפטר (סעיף 6א לחוק).
- 20 אבחנה זו היא חלק מסוגיה רחבה הנוגעת לעקרון הנזק שלפיו אין המדינה זכאית להטיל הגבלות על אדם אלא על מנת למנוע נזק לזולת. השאלה האם פגיעה רגשית היא נזק שנויה במחלוקת. לדיון מפורט יותר בעיקרון זה ראו דוד אנוך ואלון הראל "עיון פילוסופי במשפט ועל אודותיו" דין ודברים ד 17, 31-30 (התשס"ח).
- 21 לדיון מקיף בשאלה של כבוד המת ובמיוחד לדחיית הטענה שלפיה חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מגן רק על כבוד האדם החי ולא על כבוד האדם המת ראו בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא נ' Simon Wiesental Center (פורסם בנוב 29.10.2008). בפסק הדין קובעת השופטת פרוקצ'יה בסעיף 134 לפסק הדין כי: "מעגלי החיים והמוות שלובים זה בזה במסכת ההווייה האנושית של האדם. תודעת המוות וחווית המוות הן חלק בלתי נפרד מחיי האדם מראשית קיומו, וכריכה זו של החיים והמוות זה בזה משתקפת בחיי המשפט". הלכה מפורשת שלפיה כבוד האדם כולל גם את כבוד המת נקבעה כבר בבג"ץ 6126/94 גיורא סנש נ' רשות השידור פ"ד נג (3) 817 (1999), ודומה שכיום ברור כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייב גם הגנה על כבוד המת. עמדה זו מקובלת גם במשפט הבינלאומי ובמיוחד בדיני המלחמה. ראו ניר שני "כבוד המת במשפט הבינלאומי" משפט וצבא 21(א) 243 (2015).
- 22 זוהי עמדתו של בית המשפט העליון. ראו למשל ע"א 294/91 חברת קדישא גשח"א "קהילת ירושלים" נגד קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464 (1992).
- 23 ראו Steven Pinker, *The Stupidity of Dignity*, NEW REPUBLIC (May 28, 2008), <http://goo.gl/d87p07>.
- 24 במסגרת מאמר זה לא אוכל לאתגר את המסקנה בדבר תפקידה המשני של המדינה ועם זאת ברצוני להעלות, בקצרה, הרעה ספקני ביחס למסקנה זו. עם התפתחות מדע הרפואה, גופות הופכות להיות מקור חשוב הן למחקר והן להשתלות. ייתכן שהפרקטיקות המשפטיות הנוכחיות המעניקות למנוח ולמשפחתו שליטה רבה על האופן שבו תופל גופת המנוח, הן אנכרוניסטיות באשר הן לא נותנות משקל מספיק לאינטרסים הציבוריים. ייתכן כי לאור התפתחות מדע הרפואה והיכולות ההולכות וגדלות להשתמש בגופות לתועלת הציבור, יש מקום להרהר שנית במעמדה של המדינה וביכולתה לשלוט בשאלה מה ייעשה בגופות הנפטרים. דוגמה רדיקלית לחשיבה מחדש מסוג זה מצויה במאמר המציע להשתמש בגופותיהם של אנשים חיים (נגד רצונם) כדי להציל חיים. לדעתו של האריס יש לבצע הגרלה שבמסגרתה ייבחרו אנשים שישמשו באופן אפקטיבי כמחסני איברים וחייהם יוקרבו כדי להציל חיים. ראו John Harris, *The Survival Lottery*, 50 PHIL. 81-87 (1975).
- 25 בספרות קיים דיון ארוך ביחס לשאלה האם למת יש זכויות. ראו למשל מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 57-114 (התשס"ח). מאמר זה איננו מניח כל הנחה ביחס לשאלה זו. גם אם לנפטר אין זכויות עדיין ייתכן כי יש לטפל בגופתו בהתאם לרצונותיו.
- 26 ראו למשל Sherman v. Sherman, 750 A. 2d 229 (1999).
- 27 ואכן שיקולים רבים שמשמשים להצדקת בעלות של אנשים חיים אינם רלוונטיים לגבי הגופה. כך למשל ספק אם מתן בעלות למנוח על גופתו תבטיח שימוש יעיל יותר במשאבים, תפתור את בעיית המשאב המשותף וכ'.
- 28 ראו Bettina Brandt, "Body Snatching" in Contemporary Aotearoa/New Zealand: A Legal and Cultural Conflict Between Cultures 123 (2009).

- 29 Barbara Willenbacher, *Individualism and Traditionalism in Inheritance Law in Germany*, ראו *France, England and the United States*, 28 J. FAM. HIST. 208 (2003).
- 30 ס' 45 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63.
- 31 "Our Creator made the Earth for the use of the living and not of the dead [...] those who exist not can have no use or right in it, no authority or power over it." DANIEL BOORSTEIN, *THE LOST WORLD* (1993) OF THOMAS JEFFERSON 206. בארצות הברית הכיר בית המשפט בזכות מעין קניינית המוגבלת לצורכי קבורה. זכות זו הוענקה למשפחת המנוח ואפשרה קביעה בדבר מקום הקבורה, בדבר פיצוי בגין התעללות בגופה וכדומה. ראו *Sinai Temple v. Kaplan*, Civ. No. 46048. Court of Appeals of California, 1976. <http://goo.gl/XQhdW5>. הדוגמה נוספת היא מקרה שבו קבע בית המשפט שאף שגופה איננה יכולה להיות מושא לקניין, עדיין לקרובים יש זכות מעין קניינית בגופה. זכות זו קמה משום חובתם לקבור את הגופה. באילינוי, למשל, הזכות נותנת לקרוב המשפחה את היכולת לקבוע את זמן הקבורה, את מקום הקבורה ואת אופיה, 22A Am.Jur.2d §2 (1988). ראו *Sarrels ex rel. Sartles v. Kreciak (In re Estate of Medilen)* 667 N.E. 2d 33 (111 App. ct. 1997).
- 32 Gunther Von Hagens, *On Gruesome Corpses, Gestalt Plastinates and Mandatory Internment*, ראו *(Von Hagens: להלן)* 260, 279. [available at http://goo.gl/n92mpU](http://goo.gl/n92mpU).
- 33 ההיגיון של העמדה הזו בא לידי ביטוי ספרותי באמירה של תומאס מאן, שלפיה מותו של אדם הוא יותר עניינם של אלה שנותרו אחריו מאשר של האדם המת, ראו THOMAS MANN, *THE MAGIC MOUNTAIN* (1924). כן ראו JAMES ELLROY, *MY DARK PLACES* 360 (2011) ("המתים שייכים לאנשים החיים אשר טוענים לזכות לשלוט בגורלם באופן אוטוסיבי"). זוהי בדרך כלל העמדה של הדין האנגלי. ראו *Williams v. Williams* [1882] 20 Ch D 659, 665; *Dobson v. North Tyenside Area Heath Authority* [1996] 4 All ER 474; *R. v. Kelly* [1998] 3 All ER 741. לדיון מפורט בדין האנגלי ולהצעה מקיפה לרפורמה ראו, GRAHAM MCBAIN, *Modernising the Law on the Unlawful Treatment of Dead Bodies*, 7 J. POL. & L. 89 (2014).
- 34 Alex Bernick, *Burying an Injustice: Indigenous Human Remains in Museums and the Evolving Obligation to Return Remains to Indigenous Groups*, 1 *INDON. J. INT'L & COMP. L.* 637 (2014).
- 35 לחקיקה בארה"ב ראו: *The Native American Graves Protection and Repatriation Act* (1990) and *Aboriginal Heritage Act* (1988) and *Heritage Conservation Act* (1991).
- 36 ראו *Walter R. Echo-Hawk, Museum Rights v. Indian Rights: Guidelines for Assessing Competing Legal Interests in Native Cultural Resources*, XIV *REV. L. & SOC. CHANGE* 437, 450 (2015).
- 37 James Riding, *Without Ethics and Morality: A Historical Overview of Imperial Archeology and American Indians*, 24 *ARIZ. ST. L.J.* 11 (1992).
- 38 "Chief Seattle's 1854 oration", [available at http://www.halcyon.com/arborhts/chiefsea](http://www.halcyon.com/arborhts/chiefsea). ראו <http://www.halcyon.com/arborhts/chiefsea>: "To us the ashes of our ancestors are sacred and their resting place is hallowed ground. You [white Americans] wander far from the graves of your ancestors and seemingly without regret...Your dead cease to love you and the land of their nativity as soon as they pass the portals of the tomb and wander way beyond the stars. They are soon forgotten and never return. Our dead never forget the beautiful world that gave them being. They still love its verdant valleys, its murmuring rivers, its magnificent mountains, sequestered vales and verdant lined lakes and bays, and ever yearn in tender, fond affection over the lonely hearted living, and often return from the Happy Hunting Ground to visit, guide, console and comfort them."
- 39 ס' 1 לחוק העתיקות, התשל"ח-1978.

- 40 בג"ץ 6685/05 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בע"מ נ' חברת י.ג. ארכיאולוגיה חזוית בע"מ, פס" 15 לפסק דינו של השופט ג'זבראן (פורסם בנבו, 18.01.2007).
- 41 בג"ץ 5703/12 חברת מואססת אלאקסא נ' אוניברסיטת תל אביב, פס" 18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.08.2012).
- 42 לתיעוד של הפרשה ראו DAVID SORKIN, MOSES MENDELSSOHN AND THE RELIGIOUS ENLIGHTENMENT, chapter 7 (1996).
- 43 Dhalia Lithwick, *Habeas Corpses: What are the Rights of Dead People*, SLATE (Mar. 14, 2002), <http://goo.gl/g46sPQ>.
- 44 ע"א 294/91 חברה קדישא גשח"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, פס" 10 לפסק דינו של השופט ברק (1992).
- 45 בג"ץ 4068/12 דוד שונברג נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 23.09.2012).
- 46 ע"א 1482/92 אסתר הגר נ' חנה הגר ואח, פ"ד מז (2) 793, פס" 11 לפסק דינו של השופט אלון (1993).
- 47 ע"א 280/71 רפאל גרעון נ' חברה קדישא גשח"א ואח' פ"ד כז (1) 10, 23.
- 48 ראו Stephanie Henette-Vauchez, *A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept* in *Contemporary Dignity Jurisprudence*, 9 INT'L J. CONSTIT. L. 32, 36-37 (2011).
- 49 Shayana Kandalal, *Obscenity in the Age of Mechanical Reproduction*, 44 AM. J. COMP. L. 353 (1996).
- 50 SATZ DEBRA, WHY SOME THINGS SHOULD NOT BE FOR SALE: THE MORAL LIMITS OF MARKETS, ראו (2010).
- 51 ראו שם.
- 52 מהברל זה נובעת כמובן המסקנה כי אם מופע כולל השלכת אנשים שאינם גמדים או שאינם שייכים לקבוצת מיעוט, יש להתיר את המופע. עמדה זו נראית סבירה שכן האיסור הרלוונטי בצרפת חל על גמדים. זאת ועוד, בדיון שנערך בעניין זה בוועדת האו"ם לזכויות אדם נדחתה הטענה כי החלת האיסור על גמדים בלבד היא מפלה. ראו מושב 75 לוועדת האו"ם בעניין האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות <http://juris.ohchr.org/Search/Details/1010>.
- 53 בג"ץ אבני, ראו לעיל ה"ש 1, בפס" ג' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
- 54 בעניין זה דווקא התבוננות הדתיות ביחס לכבוד המת ראויות לציין. כך למשל נטען ב Von Hagens (לעיל ה"ש 32, בעמ' 279) כי: "It is not, however, the body that deserves respect, but rather that which, depending on one's religious convictions, is not mortal and has been released from the body."
- 55 ראו Beth A. Conklin, *Hunting the Ancestors: Death and Alliance in Wari's Cannibalism*, 5 LATIN AM. ANTHROPOLOGY REV. 65-70 (2008). לאחר המוות נהגו בני שבט הווארי לאכול את גופתו של הנפטר כדי להביע כבוד כלפיו. מנהג זה הופסק בעקבות לחצים של הממשלה הברזילאית וכיום נוהגים חברי השבט לקבור את הנפטרים.
- 56 אחת הדוגמאות הלקוחה מן המסורת היהודית היא השינוי בטיפול באפר של גופות בעקבות השואה. לפני השואה סירבו מרבית הרבנים לקבור אפר של גופות. לאחר השואה השתנה היחס לאפר המתים ונערכו טקסי קבורה שבהם נקבר אפרם של קרבנות השואה. לשינויים בטיפול באפר של מתים בעקבות השואה ראו Adam S. Ferziger, *Heretics, Holy Martyrs and the Jewish State: Cremation Ash Burial in Israel* (טרם פורסם, העתק בידי המחבר).
- 57 ראו ריאיון של יגאל סרנה עם שלמה אבני: יגאל סרנה "רצונו האחרון של שלמה אבני" עד ראייה [goo.gl/nGbhY5](http://goo.gl/nGbhY5) (25.11.2011).
- 58 Julie Bloom, *Convict Offers to be an Artwork*, NEW YORK TIMES (September 2, 2008), available at <http://goo.gl/wem6Tt>.



- 59 ראו לעמדה דומה Peter Elliott Shapiro, *Night of the Speaking Dead: Free Speech Protections as Property*, 8 DARMOUTH L.J. 102 (2010).
- 60 ראו עתירת הר"י נגד תיקון מס' 48 לפקודת בתי הסוהר ("חוק הזנה בכפייה"), בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל.

