

**”התחיינה העצמות האלה?” –
חופש המדע, חופש הדת וכבוד האדם
עיונים בערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית***

אביעד הכהן

- א. אקדמות מילין
- ב. מדע הארכיאולוגיה וחשיבותו לחקר תולדות א”י
- ג. ארכיאולוגיה והלכה – ”הילכו שנים יחדיו בלתי אם נועדו?”
- ד. תולדות המחקר הארכיאולוגי בארץ ישראל
- ה. הסדרים פוליטיים ומנהליים
- ו. שנות השבעים: גלגוליה של הצעת חוק העתיקות
- ז. פרשנות חוק העתיקות
- ח. פרשת החפירות בירושלים וביפו
- ט. הפן הפילי: כניסה שלא ברשות למקום קבורה
- י. חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה
- יא. ערכיה של מדינה יהודית
- יב. המישור החוקתי: ערכיה של מדינה דמוקרטית
- יג. אחרית דבר, והיא ראשית, היא תכלית

א. אקדמות מילין

ביום כ”ג בתמוז תש”ל (28.7.70), לאחר פטירת מנהיג המפד”ל השר ח”מ שפירא ז”ל, עלה פרופ’ א”ח שאקי על דוכן הכנסת ונשבע אמונים למדינת ישראל כחבר הכנסת. במשך כשני עשורים ומחצה, נטל חלק פעיל בניסיון לעצב את דמותה היהודית של מדינת ישראל¹ כפי שהוא תפש אותה: בכהונתו כסגן שר במשרד החינוך שבו הופקד על

* ד”ר, סגן דיקן ומרצה בכיר למשפט חוקתי ומשפט עברי במכללת ”שערי משפט“, הוד השרון.
1 על נסיונות קודמים לעיצוב יחסי הדת והמדינה באמצעות החוק, ראו בהרחבה מאמרי: ”מדינת ישראל, כאן מקום קדוש!” – עיצוב רשות רבים יהודית במדינת ישראל”, שני עברי הגשר – דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל (מ’ בראון, צ’ צמרת עורכים, הוצאת יד יצחק בן צבי, ירושלים תשס”ב) עמ’ 144–172.

נושא החינוך הדתי (מיום 1.9.70 ועד ליום 17.7.72); במאבקו העיקש לתיקון הגדרת "יהודי"² בחוק השבות כך שיהודי ייחשב רק מי ש"נתגייר כהלכה"³, ובניסיון שצלח לחוקק את חוק חג המצות (איסורי חמץ), שהוא היה אביר-מולידו הראשון. במהלך השנים שבהן עשה בשדות החיים הפוליטיים, העלה א"ח שאקי על סדר היום שאלות שונות, כמעט מכל תחום של יחסי הדת והמדינה: נישואין אזרחיים, מעמד המועצות הדתיות, בלימת הפעילות המיסיונרית בישראל, הפרת חוק איסור הונאה בכשרות, חילולי שבת בפרהסיה הציבורית, תופעת החזרה בתשובה, בתי הדין הרבניים, הוראת היהדות במוסדות החינוך הממלכתיים, פגיעה ברגשות דתיים, סטטוס-קוו בענייני דת, חופש הדת והחופש מדת (דוגמת החובה לחבוש כיפה בשיעורי תנ"ך), הפלות, מיעוטים דתיים וזכויותיהם, נישואין וגירושין, ועוד כהנה וכהנה.

בד בבד עשה א"ח שאקי בשדה המחקר וההוראה. את ראשית יצירתו עשה דווקא בשדה המשפט העברי, הן בהוצאת פרקי תלמוד מבוארים לתלמידי תיכון⁴ תוך השוואה בינם לבין המשפט הנוהג במדינת ישראל⁵, הן בעריכת לקטי הרצאות ומאמרים במשפט העברי⁶, ורק לימים, פנה לתחום המשפט הבינ"ל הפרטי ודיני המשפחה.

בדברים הבאים, ביקשנו לעסוק בסוגיה אחת מתחום "הדת והמדינה" שמשלבת את העיון בסוגיות שמתחום המשפט והפוליטיקה, וממחישה יפה את עירוב התחומין שבין עבודת הרשות המחוקקת והמבצעת, שא"ח שאקי נמנה עם שורותיהן עשרות בשנים, לבין עולם ההלכה והמשפט, שהיה לביתו הראשון והאחרון. סוגיה זו עלתה על סדר יומה של מדינת ישראל כבר בראשית ימיה של מדינת ישראל. בתחילה נפתרה מחוץ לכותלי הרשות השופטת והרשות המחוקקת, ורק לימים הגיעה לפתחן⁷. אלה

- 2 במקביל לפעולתו בתחום הפוליטי, פרסם א"ח שאקי מספר מחקרים בנושא זה, שלימים נתגבשו לכדי שני כרכים גדולים. ראה: מיהו יהודי, רמת גן תשל"ב; מיהו יהודי, בהוצאת הועד למען שלמות העם, ירושלים תשל"ט; מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל, ת"א תשל"ז-תשל"ח.
- 3 על עמידתו העיקשת בסוגיה זו שילם מחיר פוליטי יקר, שהביא בסופו של דבר לפרישתו ממפלגת האם שלו, המפד"ל, שחבריה לא הסכימו עמו. ראו דברי הכנסת מיום 22.5.73. ראו גם ניסיונו החוזר ונשנה לתקן את החוק במחצית שנות השמונים, בדברי הכנסת מיום 16.1.85, עמ' 1228.
- 4 בעבודה זו היה שותף עמו י' רון. ראו: מסכת סנהדרין: פרקי תלמוד לבתי הספר תוך השוואה בין המשפט התלמודי לבין המשפט בימינו בארץ, ת"א תשכ"ב, תשכ"ט; מסכת בבא בתרא: פרקי תלמוד לבתי הספר תוך השוואה בין המשפט התלמודי לבין המשפט בימינו בארץ, ת"א תשכ"ג; בבא מציעא: פרקי תלמוד לבתי ספר, רמת השרון תשל"א.
- 5 על גישה עקרונית זו בשדה המחקר של המשפט העברי, ראו לפי שעה: מ' אלון, המשפט העברי (ירושלים תשמ"ח).
- 6 ראו: י"י רבינוביץ, לקט מאמרים במשפט עברי (בעריכת א"ח שאקי), ירושלים תשט"ו; י"י רבינוביץ, קובץ הרצאות במשפט העברי (בעריכת א"ח שאקי), ירושלים תשט"ו.
- 7 תופעה זו אפיינה רבות מסוגיות "דת ומדינה" בראשית ימיה של המדינה. כך, למשל, למרות עלייתם של מאות אלפי יהודים בראשית שנות החמישים, שלא מעטים מביניהם (בעיקר אלה שהגיעו מפולין, צ'כיה, הונגריה ושאר מדינות מזרח אירופה) היו נשואים בנישואי תערובת, כמעט ולא עלתה בבתי המשפט שאלת גירום וסוגיית "מיהו יהודי" לגביהם. על שאלת "מיהו יהודי" בתקופה זו, ראו: א"ח שאקי, מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל (ירושלים תשל"ז), עמ'

ניסו לעגנה בהסדרים נורמטיביים שונים ומגוונים. כהרבה סוגיות אחרות בתחום זה, העיסוק המשפטי אינו תמיד מיטיב עמן. כפי שנתברר גם בפרשה זו, אופייה הכופה של החקיקה הדתית⁸, או מהותו הגיליוטינית של המשפט, החד, החותך⁹, החריף והמכריע, אינו יפה דרך כלל לפתרון סוגיות שנטועות בעולם האמונות והדעות¹⁰. חלקו הראשון של המאמר מוקדש לבחינת תולדות העימות שבין אנשי מדע הארכיאולוגיה והציבור הדתי במדינת ישראל, ולתיאור רקעו. חלקו השני של המאמר עוסק בהצגת המסגרת הנורמטיבית של קיום חפירות ארכיאולוגיות. חלקו השלישי והחותם של המאמר עוסק בניתוח משפטי של הזכויות החוקתיות שמשמשות בסוגיה זו, ובהצעת פתרון הולם שיעלה בקנה אחד עם ערכיה של "מדינה יהודית ודמוקרטית". במוקד הסוגיה עומד האיזון הנדרש שבין ערכים מרכזיים הן בעולמה של יהדות, הן בעולמה של דמוקרטיה: כבוד האדם וכבוד המת, חופש המדע וחופש המחקר, חופש הדת והחופש מדת, חופש הקניין וחופש המצפון. פן מיוחד יש לעיסוק בסוגיה זו במדינת ישראל. עם הקמתה, חרתו מייסדיה על דגלה את מסכת הערכים היהודיים והדמוקרטיים על לוח לבה. חוקי היסוד החדשים של מדינת ישראל עיגנו חובה זו בצורה מפורשת כשקבעו בסעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"חוק יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

שילוב ערכים אלה, הערכים היהודיים בשמירה על כבוד המת וכבוד האדם, והערכים הדמוקרטיים, של חופש המדע וחירות המחקר, יעמדו להלן במוקד עיוננו.

ב. מדע הארכיאולוגיה וחשיבותו לחקר תולדות א"י

תולדותיה של הארכיאולוגיה, תורת העתיקות, עתיקות הן כימות עולם¹¹. למן ימים קדמונים, שאף האדם לחקור את צפונות העבר. לשם כך תר אחר עדויות, ספרותיות

86–97. הבעיה התעוררה במלוא עצמתה רק בסוף שנות החמישים, בעקבות הנחיות שר הפנים י' בר יהודה, ופניית דוד בן גוריון ל"חכמי ישראל", ובראשית שנות הששים, עקב פרשת "האח דניאל". ראה: בג"צ 72/62 רופאייזון נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428; א' בן רפאל, י' גורני, ש' רצבי: זהויות יהודיות: תשובות חכמי ישראל לבן גוריון, שדה בוקר תשס"א.

8 על הגדרתה ואפיוניה, ראו לפי שעה: מ' אלון, חקיקה דתית (ת"א תשכ"ח).
9 אפיון זה של מערכת המשפט בא לביטוי גם במונחים הרבים המשמשים בלשון העברית לציון מונחי המשפט דוגמת "פסק דין", "גזר דין", "כריתת חוזה", וכיו"ב. ראה בהרחבה: ב' ליפשיץ, משפט ופעולה: מונחי חיוב וקניין במשפט העברי (ירושלים תשס"ב).
10 לעניין זה ראו גם מאמריי "מה נורא המקום הזה", להלן הערה 29; "משפט ורפואה", להלן הערה 34.
11 לסקירה כללית, ראו: האנציקלופדיה העברית, כרך ה (ירושלים–ת"א תשכ"א), ע"מ 894 ואילך.

ומוחשיות, שיסייעו בידו לעשות כן. כאחד ממדעי העזר ההיסטוריים, שימשה ומשמשת הארכיאולוגיה נדבך חשוב בתולדותיו של כל עם. ביטוי לכך ניתן גם בדברים שנישאו בכנסת ישראל בתהליך חקיקתו של חוק העתיקות שמסדיר את פעולת רשות העתיקות מבחינה נורמטיבית. בהניחו את הצעת חוק העתיקות על שולחן הכנסת, עמד שר החינוך והתרבות דאז, א' ידלין, איש תנועת העבודה, על חשיבותו המיוחדת של מדע זה למדינת ישראל ותולדות ארץ ישראל:

"הארכיאולוגיה לתחומיה השונים היא מקור ראשוני ומוחשי ובלתי אמצעי לידיעת הארץ וההיסטוריה שלה במובן הרחב של המושג. הארכיאולוגיה היא בסיס איתן ומוצק לחקר עברה ותולדותיה של ארץ ישראל בכלל, ושל עם ישראל בארצו ומורשת עברו בפרט... מבחינה מסוימת אפשר לומר שכל חפירה ארכיאולוגית היא מאורע לאומי ומבצע חינוכי, מבצע חינוכי שיש בו שפע של משמעותיות ושל ערכים, אהבת הארץ, העמקת התודעה הלאומית והמחשת זיקתנו ההיסטורית אליה"¹².

בהמשך, הוסיף השר דברים בשבח הארכיאולוגיה גם כעדות מסייעת נוספת לרציפות הישוב היהודי בארץ ישראל ולשיבת העם לארצו:

"הדבר שאנחנו יכולים ללמוד, גם מן החפירות וגם מן העתיקות, הוא שמעולם לא עזבנו את הארץ לגמרי. בכל ימי שלוט זרים בארץ הזאת, עד ימינו, עד עצמאותנו, לא הייתה פינה בארץ שלא הייתה מיושבת על ידי יהודים, לפעמים על ידי עשרות, לפעמים על ידי מאות, לפעמים על ידי עשרות אלפים. כך היה בדור זה או בדור אחר, גם בימי הביזאנטים, גם בימי הערבים, גם בימי הצלבנים, גם בימי התורכים. הרציפות של היישוב היהודי לאחר מרד בר-כוכבא קיבלה אישורים מעניינים ביותר על ידי הממצאים הארכיאולוגיים של השנים האחרונות... הארכיאולוגיה המקראית היא סיוע רב ערך לחקר המקרא. כל זרם רוחני וכל תנועה שהיה לה קשר בישראל מוצאים את עקבותיהם במחקרים אלה".

אמירות אלה משקפות את הדעה שהייתה מקובלת ונפוצה בישראל של שנות החמישים והששים, שבה ניתן מעמד מיוחד לארכיאולוגיה ב"דת האזרחית" נוסח ישראל. הארכיאולוגיה לא הייתה "עוד" ענף מדעי, אלא סמל ציוני, ואמצעי לחשיפת הקשר שבין העם וארצו¹³.

12 דברי הכנסת מיום כ"ח בתמוז תשל"ו, 26 ביולי 1976, עמ' 3762.

13 על מעמד הארכיאולוגיה בהקשר זה, ראו: C. Liebman, E. Don Yehiya, *Civil Religion in Israel: Traditional Judaism and Political Culture in the Jewish State* (Berkeley, 1983); ע' אילון, *הישראלים* (ירושלים תשל"ב), 283; י' שביט, "אמת מארץ תצמח: קווים להתפתחות העניין הציבורי היהודי בארכיאולוגיה", קתדרה 44 (תשמ"ז), 27-54; א' קמפינסקי, "השפעת

במשך דורות הרבה לא זכה מדע הארכיאולוגיה להיכלל בין תחומי המדע המוכרים. חוקרים שונים וחובבי חקר העבר שהתעניינו בסוגיה מסוימת היו נוטלים את ומכוש ויוצאים לערוך חפירות "פרטיות" משלהם, ללא פיקוח של ממש ומבלי שתהא בידם תמיד מחויבות ראויה לתיעוד ושימור הממצאים שאותם גילו. למן תקופת הרנסנס ואילך, החלה ההתענינות המדעית בשרידי העבר. במחצית המאה ה-15 קמה באיטליה האגודה הארכיאולוגית החדשה, שחבריה עסקו בעיקר בתיאור שרידי העבר שעל פני הקרקע. במחצית המאה ה-18 החלו אגודות שונות לערוך סיורים מדעיים שיטתיים ביוון ובארצות הים התיכון כדי לחשוף את עתיקות העבר. אחת הנוודות שבמשלחות אלה, המשלחת הארכיאולוגית שבאה עם נפוליון למצרים, בשנת 1798, תרמה תרומה ממשית לגילוי שכיות החמדה שנשתמרו בארץ זו. משלחות ארכיאולוגיות אחרות סיירו ביוון, אסיה הקטנה וארם נהריים, וכתוצאה מפעילותן הצליח שאמפוליון לפענח את כתב החרטומים המצרי, וחוקרים אחרים הביאו לפענוח כתבי היתדות של האשורים, הבבלים והפרסים. במאה ה-18 הוחל גם בחפירות שיטתיות באתרים שונים של העולם העתיק, ובעקבותיהן הוקמו בתי נכות ומוזיאונים שונים ברחבי העולם לשימור העתיקות שנתגלו בחפירות אלה.

ג. ארכיאולוגיה והלכה – "היִלְכוּ שָׁנִים יַחְדָּו בְּלִתֵּי אִם נִוְעָדוּ?"

כבר כעת נעיר, שבניגוד לדימוי שרווח לעתים בציבור, בין הארכיאולוגים וחכמי ההלכה קיימים קשרי גומלין פוריים. לא פעם נזקקו חכמי ההלכה לארכיאולוגיה כדי לאשש או לסתור עמדה או השערה מסוימת. חכמים וחוקרים נעזרו במדע הארכיאולוגיה לקביעת שיעורים שונים המשמשים בהלכה, ביאור מקורות סתומים¹⁴, הגדרת גבולות הארץ¹⁵, הגדרת מקומות שמותרים ואסורים בכניסה להר הבית¹⁶,

הארכיאולוגיה על החברה והתרבות הישראלית", אריאל 100–101 (תשנ"ב), עמ' 179–190; Y. Zerubavel: *Recovered Roots: Collective Memory and the Making of National Tradition*, Chicago, 1995.

14 ראו למשל: ח' אשל, "סנדלים מסומרים במקורות היהודיים וממצא חדש ממערה בכתף יריחו", ציון נג (תשמ"ח), עמ' 191–198; י"צ אליאב, "מה קרה לרבי אבהו בבית המרחץ בטבריה?", מחקרי ירושלים בפולקלור יהודי יז (תשנ"ה), 7–20; א' גרוסברג, "המטהרת שבמרחץ" – מקווה טהרה בבית המרחץ", קתדרה 99 (תשס"א), 171–184; ע' פרידהיים, "מעשה רבן גמליאל במרחץ של אפרודיטי" – עיון בריאליה ארץ ישראלית", קתדרה 105 (תשס"ג), 7–32.

15 ראו למשל: ד' אדן-ביוביץ, "רשימת 'ערי חומה' והעדות הארכיאולוגית-היסטורית מיודפת ומגמלא", תרביץ סו (תשנ"ז), 440–470; וראו חוברת כתב העת מחניים קכז (תשל"ב), שהוקדשה כולה לנושא זה. להגדרת גבולות הארץ נודעת חשיבות מעשית רבה ביותר לעניין החיוב במצוות התלויות בארץ.

16 ראו לדוגמא הרב ש' גורן, הר הבית (ת"א, תשמ"ט); הרב י' אלבום, "חידוש העבודה בזמן הזה", תחומין ה (תשמ"מ), 446, ועוד.

נוסחאות שונים בשטרות הלכתיים¹⁷, זיהוי ארבעת המינים והרכבם¹⁸, ביאור הלכות עבודה זרה¹⁹, ועוד כהנה וכהנה²⁰.

גם חוקרי הארכיאולוגיה נזקקו לעתים קרובות למקורות היהודיים ולחכמי ההלכה כדי לפתור שאלות שונות שנקרו על דרכם. אחד התיאורים היפים ביותר בסיפור גילוייה מחדש של מצדה בידי הארכיאולוג פרופ' יגאל ידין, נוגע לביקורם במקום של שנים מרבני ירושלים, שבאו להר כדי לעמוד על מידות מקווה הטהרה שנמצא במקום ומבנהו. וכך מתאר את האירוע פרופ' ידין בלשונו הציורית:

"השמועה שגילינו מקווה טהרה מימי בית שני עשתה לה כנפיים והרעשה במיוחד את חוגי היהודים החרדים וחוקרי ההלכה, שכן הלכות מקוואות הן מסובכות למדי, ועד עתה לא נתגלה כל מקווה מתקופה זו ממש, שבה נאמרו ונכתבו רבות מאותן הלכות"²¹.

בקשר לכך זכור לי יפה אחד הביקורים המיוחדים במינם שזכינו להם במצדה... יום אחד הגיעתנו הודעה שהרב דוד מינצברג, מן המומחים בהלכות מקוואות, ועמו הרב אליעזר אלתר, מבקשים לבקר במצדה לראות כמו עיניהם את המקווה. שמחתי על כך מאד ובאחד הימים החמים, בשעות הלוהטות של אחר הצהריים, עלו השנים למצדה דרך שביל הנחש בלווית פמליה של חסידים. הם לא רצו לנוח וסירבו לראות את מבני הורדוס המפוארים או כל דבר אחר. הם ביקשו רק דבר אחד: שנוליכם אל המקווה. ובשעה שהרב מינצברג הישיש נכנס לאחת הבריכות ובידו אמת מידה בשביל לבדוק אם אמנם יש במקווה כדי אותם ארבעים סאה הדרושים לפי ההלכה וכיוצא בזה, צילמתיו עם בני

17 ראו לדוגמא: הרב א' בן שלמה, "שטרות מתקופת בר כוכבא במבחן ההלכה", תחומין י (תשמ"ט), 236.

18 ראו מאמרי: "מטבעות ארבעת המינים", חלמיש 4 (תשמ"ז), 21–24.

19 ראו: א"א אורבך, "הלכות ע"ז והמצואות הארכיאולוגיות וההיסטוריות במאה השנייה ובמאה השלישית", ארץ ישראל ה (תשי"ט), 190.

20 חלק מן החוקרים הקדישו מקום רב למחקרים מעמיקים לא רק לחקר תקופת המקרא, שבאופן יחסי אין לה השפעה ניכרת על תולדות ההלכה המאוחרת יותר והנוהגת עד ימינו, אלא גם לעיסוק ב"ריאליה תלמודית", על היבטיה השונים. ראו למשל: ש' קרויס, קדמוניות התלמוד (ברלין תרפ"ד–תש"ה); ש' ליברמן, מחקרים בתורת ארץ ישראל (ירושלים תשנ"א); ד' שפרבר, תרבות חומרית בארץ ישראל בימי התלמוד (ירושלים תשנ"ד); ד' אדן-ביוביץ': "מחקרים בארכיאולוגיה תלמודית: קורזין", סידרא ה (תשמ"ט), 5–16; ועוד כהנה וכהנה.

21 בינתיים נתגלו, נחקרו ותוארו עוד עשרות רבות של מקוואות מימי בית שני, המשנה והתלמוד, שחלקם אף תורם תרומה משמעותית להבנת מקורות שונים שמן ההלכה. ראו למשל: נ' אביגד, העיר העליונה של ירושלים (ירושלים תש"ס); ד' עמית, "מקוואות טהרה בהר חברון – נקודות ציון לשחזור היישוב היהודי בימי בית שני", מחקרי יהודה ושומרון ג (תשנ"ד), עמ' 157–189; הנ"ל, "מקוואות 'ירושלמיים' מימי בית שני בהר חברון", חקרי ארץ (ר"ג תשנ"ז), עמ' 35–48; א' גרוסברג, "מקוואות לטבילת ידיים במצדה", קתדרה 95 (תש"ס), עמ' 165–171; ד' בהט, א' סלומון, "מקווה קדום במנהרות הכותל", בתוך: חידושים בחקר ירושלים ט (תשס"ד), 83–104.

לווייתו ותצלום זה הוא מן החביבים עלי ביותר כי מעיד הוא על העניין הנפשי העמוק שיש ליהודים בתגלית זו, העשויה להראות בלתי חשובה כל כך מבחינה ארכיטקטונית.

ברגעים הראשונים של הבדיקה פרפר מעט לבי: פניו של הרב מינצברג היו רציניים ובשליבים מסוימים של מדידותיו לא היה בטוח אם אמנם בנוי המקווה כהלכה. אולם משסיים את כל בדיקותיו, פסק לשמחת כולנו שהמקווה מקווה טהרה הוא, "משופרא דשופרא שבע פעמים"²².

עמדתם האמביוולנטית של חברי הכנסת הדתיים והחרדים לארכיאולוגים באה לביטוי בדברים שנשא בכנסת בהזדמנויות שונות. כך, למשל, במהלך דיון על חוק התקציב לשנת 1956–1957, זעק מנהיגה של "אגודת ישראל", הרב י"מ לוין, מעל דוכן הכנסת:

"אנחנו מאמינים שהאדם נברא ונוצר לא רק לשבעים-שמונים שנה. אנו מאמינים בהישארות הנפש, בכבוד האדם, בכבוד החיים ובכבוד המתים, והאמונה הזאת של נצחיות הנפש הישראלית היתה תמיד אצלנו יקרה מאד. חרדה אחזתנו כשנכרים חיטטו בקברות מתינו היקרים. וכלום יעשו זאת עכשיו יהודים בארצנו? ומה הבדל בדבר אם המתים נפטרו לפני אלף או לפני אלפיים שנה? ... אני מבין שיש במדע מקצוע של ארכיאולוגיה, אבל אין לחטט בקברי קדושים. ואם למשוך תיירים... אין צורך להראות לתיירים קברים ומוזיאונים בלבד. יותר נאה אם נראה להם בני אדם חיים, החיים את חייהם למופת ולדוגמא לפי הצדק והיושר המתגלמים בדברי הנביאים"²³.

אכן, למרות שחברי כנסת מהמפלגות הדתיות והחרדיות הסתייגו מסעיפים מסוימים שנכללו בחוק העתיקות (ראו להלן), הם שיבחו את עצם התופעה של חקר העבר באמצעות חפירות ארכיאולוגיות. כך, לדוגמא, אמר הרב יהודה-מאיר אברמוביץ, חסיד "גור", וממנהיגיה של "אגודת ישראל" במשך עשרות בשנים:

"חוק העתיקות המובא היום לאישור הכנסת יש בו בדרך-כלל יסודות טובים. הוא בא לעגן ולקבוע סדרים נכונים לחקר תולדות עמנו. עד כה כל החפירות וכל הממצאים הוכיחו את כל הנאמר במקורות היהדות ובכל פעם שמתפרסמים ממצאים חדשים אנחנו מתחזקים באמונתנו ובתולדות עמנו"²⁴.

גם ח"כ פינחס שינמן, איש המפלגה הדתית-לאומית, החרה-החזיק אחריו:

"חוק העתיקות המוצע לנו לקריאה ראשונה ראוי הוא בכללו לציון לשבח, כי

22 " ידין, מצדה – בימים ההם – בזמן הזה (חיפה, תשכ"ו).

23 דברי הכנסת מיום ט' אדר תשט"ז (21.2.1956), כרך 20, עמ' 1148.

24 דברי הכנסת מיום כ"ו באדר תשל"ז, 16 במארס 1977, עמ' 2019.

לא נאה ולא יאה שלעם עתיק יומין כעם ישראל לא תהיה מסגרת חוק מוסמכת אשר תפקידה לשמור על אתרים ועל חפצים עתיקים, כלים או שברי כלים ששרדו מתקופות קדומות ביותר בהיסטוריה או בטרם היסטוריה. אמנם אין אנו זקוקים להוכחות ארכיאולוגיות וגילויים על ידי חפירות באשר לקיומנו כעם מאז אלפים בשנים... ובכל זאת חובה לשקוד על השמורות העתיקות שבארצנו, לטפח אותן, לקיים חפירות, לגלות ולחשוף חדשים לבקרים דברים מעניינים, המלמדים ומשברים את האוזן, מאירים את העיניים ומרחיבים את הדעת על העבר הרחוק של עמנו²⁵.

הנה כי כן, לא רק שחברי הכנסת הדתיים לא התנגדו לחוק העתיקות, שמסר את הטיפול בהן לארכיאולוגים, אלא שאף שיבחו אותו. אכן, לצד דברי השבח ביקשו להבטיח – כפי שיפורט ויפורש להלן – לשמור שמירה קפדנית על דרישות ההלכה ועל החובה לשמור על כבודם של המתים ועל שרידי גופם ולדאוג שיובאו לקבורה מכובדת בלי פגיעה.

לצד שיתוף הפעולה בין העוסקים בשני התחומים, קיים ביניהם לא אחת מתח גבוה, לעתים סמוי, לעתים צף ועולה על פני השטח. יסודו, ברצון הארכיאולוגים ליהנות מחופש מדע מלא, שפירושו גם חפירת קברים עתיקים ובחינת שרידי העצמות שמצויים בהם. פעולה זו מנוגדת לתפישת רבים מחכמי ההלכה הרואים בהזזת עצמות אדם, כל אדם במשמע, ממקום קבורתן ביזוי כבוד המת, אלא אם הדבר נעשה לצורכי קבורתן במקום מכובד יותר. על הדיו של מתח זה בארץ ישראל, שומעים אנו כבר מתיאור עתיק יומין, שבא בעיתון "המגיד" מיום ו' בטבת תרכ"ד (1864):

"לנגד עינינו יוציאו עצמות גדולי ישראל מקבריהם אשר שכבו לארץ יותר מאלפיים שנה. אוי לעיניים שכך רואות!... ובתחילה הוציאו את רכבות האבנים, גדולות וקטנות אשר נאספו שם בכל השנים הרבות.... וגם ארון אחד הוציאו שלם... ובתוך הארון ראו עצמות שוככות. והדבר הנורא הזה הרגיש והרעיש את כל לבב בני ישראל... והדאגה שברה לבנו בהשמע אל נכון כי עוד ילכו לחפור בקברי הנביאים והצדיקים זיע"א. אוי ואבוי! והצדיקים הקדושים האלה

²⁵ בהקשר זה יש להזכיר אנקדוטה שסיפר ח"כ אברהם שפירא, ממנהיגיה של "אגודת ישראל" ויו"ר ועדת הכספים של הכנסת בשנות ה-80: "באחת מטיסותיי לארצות הברית לפני שנים רבות ישבתי יחד עם פרופסור יגאל ידין המנוח. במשך כל הטיסה, שנמשכה 12 שעות, הוא רצה ללמוד ממני הרבה סוגיות במסכת טהרות, שיפתרו לו בעיות שהוא מטפל בהן בארכיאולוגיה. וכאשר הוא שמע ממני פירושים, הוא אמר: תראה כמה אנחנו בארכיאולוגיה יכולים לעזור לכם בסוגיות. אמרתי: כן. אז הוא אמר: אם ככה, למה אתם כל כך מתנגדים לארכיאולוגיה? אמרתי: אנחנו לא מתנגדים לארכיאולוגיה. סוגיות רבות בתלמוד מבינים אותן טוב יותר אחרי מה שהארכיאולוגים מגלים. אנחנו מתנגדים לחפירות בקברי ישראל. ואז הוא, שהיה הארכיאולוג הראשי פה, אמר לי: אני מבין אתכם, שאתם לא רוצים שייגעו בקברי ישראל. זאת אני יכול להבין בהחלט". דברי הכנסת מיום כ"ח בכסלו תשנ"ח (23.12.92), עמ' 1368.

אבות ישראל וביניהם נביאיהם ושריהם נוע ינועו עצמותיהם אחרי אלפיים שנה ויטלטלו טלטלה עזה, בוז וחרפות. וביום ראשון שמיני לחנוכה התאספו הרבנים והגבאים... לערוך מכתב גלוי אל הפחה הגדול המושל על ירושלים... ולזעוק ולהתחנן על הדבר הרע הזה, כי יתן העצמות ליד ישראל להביאם אל קבר וגם כי יתן רשות לעמנו להעמיד אנשים לשמור החופרים שלא יגעו אל קבר ולא יטלטלו עצמות עוד חס וחלילה.²⁶

הנה כי כן, דור הולך ודור בא, והויכוחים אשר בארץ – לעולם עומדים. עצמת המתח בסוגיה זו משתקפת בהתבטאויות שונות, בעיקר מכיוון הציבור החרדי.²⁷

ד. תולדות המחקר הארכיאולוגי בארץ ישראל

היותה של ארץ ישראל מוקד עליה לרגל לבני דתות שונות, ובעיקר ליהודים ולנוצרים, משכה את שימת הלב גם לעתיקותיה, שמכסים את הארץ כולה, לאורכה ולרוחבה. כפי שהעיר האנתרופולוג י' בילו:

"פני הארץ בישראל מכוסים – ספק מעוטרים ספק מצולקים – במאות ואלפי אתרים שהגיון קיומם אינו קשור לשימושים מעשיים אלא להיותם "מקומות זיכרון" (*lieux de mémoire*) בלשונו של פ' נורה,²⁸ כלומר אתרים המתחברים לעבר מייתי ולמציאות טרנסצנדנטית, והם משופעים במשמעויות סמליות של רוחניות וקדושה. לצפיפות האוכלוסין בארץ יש מקבילה בנוף הרוחש עומס מייתי ודחיסות מטא-היסטורית. דומה שגודש זה של קדושת הטריטוריה בא"י עיצב את תולדותיה ואת גורל יושביה יותר מכל גורם אחר"²⁹.

עובדה זו הביאה לכך שכבר מימים קדומים ביותר החלו עולי רגל שונים לברר

26 התיאור מובא במאמרם של א' רובינשטיין, נ' סולברג: "דת ומדינה בשנת היובל: תמונת מצב מלשכת היועץ המשפטי לממשלה", בתוך: א' רובינשטיין, נתיבי ממשל ומשפט (ת"א תשס"ג), 204 [=מנחה ליצחק (ת"א תשנ"ט), 339]. תיאור דומה נמצא במכתב חכמי ירושלים משנת תק"א (1741), שפורסם במאסף ירושלים (לונדן), עמ' קב.

27 כך למשל, אמרתו של מפגין חרדי בטלוויזיה, ביחס לשרידי גופת אדם: "עבורכם [=הארכיאולוגים] הוא פגר; עבורכם הוא רק שק עצמות; עבורנו כל עתידו עוד לפנינו(...)", מובא ע"י מ' פייגה, חזון העצמות השבורות, להלן הערה 51, עמ' 56, וראה התבטאויות נוספות שם.

28 פ' נורה, "בין זיכרון להיסטוריה", זמנים 45 (1993), 4.

29 י' בילו, "פולחן ומקום קדוש בדת האזרחית ובדת העממית בישראל", מחקרי ירושלים בפולקלור יהודי יט-כ (תשנ"ז-תשנ"ח), 65. בסוגיה זו ראו גם מאמרי, "מה נורא המקום הזה" – על מקומות קדושים: בין דת, משפט וקדושה", שערי משפט ג (תשרי תשס"ד), 341-374.

את מיקומם של "מקומות קדושים". הד לחשיבות שיש באיתור מקומם המדויק של שרידים מן העבר נמצא כבר בתלמוד³⁰:

"הרואה מעברות הירדן... אבני אלגביש במורד בית חורון, ואבן שביקש לזרוק עוג מלך הבשן על ישראל, ואבן שישב עליה משה בשעה שעשה יהושע מלחמה בעמלק, ואשתו של לוט וחומת יריחו שנבלעה במקומה, על כולן צריך שייתן שבח והודאה לפני המקום".

כך הלכה ונוצרה ספרות ענפה של עולי רגל, יהודים ושאינם יהודים, שלצד הסתמכות על מסורות עממיות ביקשה לאתר את מיקומם המדויק של אתרים שונים, בעיקר כאלה שנזכרו במקרא. גם פרשני המקרא נזקקו לספרות זו אגב ניסיונם לפרש פסוקים שונים שתיארו מקומות קדושים ואירועים שונים שתלויים במקום. מאמצע המאה ה-19 ואילך, ובעיקר לקראת סוף המאה, החלו חוקרים לחפור בצורה שיטתית גם בארץ ישראל. המשלחת המפורסמת ביותר שפעלה באותה תקופה הייתה משלחת מטעם "הקרן הבריטית לחקירת ארץ ישראל" (*Palestine Exploration Fund*), או בכינוייה המקוצר: *P.E.F.* שהכינה את המפה המדויקת הראשונה של הארץ וערכה סקר ראשוני של מיפוי עתיקות הארץ³¹. במקביל החלו להופיע פרסומים מדעיים מסודרים של תוצאות החפירות, והממצאים העשירו את ידיעת הארץ ועברה.

בהיותה מוקד מרכזי לשלוש הדתות, הייתה ארץ ישראל כר נרחב לפעילות ארכיאולוגית ענפה במאה וחמישים השנים האחרונות. מאות משלחות ואלפי חוקרים וחופרים נטלו חלק בפעילות זו הנמשכת עד ימינו. למותר לציין, שחפירות אלה הביאו עמם לא פעם גם צורך בחפירתם ובחשיפתם של אתרים קדושים לדתות השונות, ובכלל זה גם חפירה וחשיפה של קברים שבהם נתגלו שרידי גופות, למן שלדים שלמים ועד עצמות בודדות. כך, למשל, נערכו חפירות רחבות היקף בקברי הסנהדרין שבירושלים, בכית שערים – אחוזת הקבר של רבי יהודה הנשיא ובני משפחתו, בקברים שבנחל קדרון בירושלים, ועוד.

אחת התופעות המעניינות ביותר בהקשר זה היא היעדר מחאה ציבורית מורגשת³² כנגד החיטוט בקברי קדמונים. למרות הרגישות הרבה שבקיום חפירות ארכיאולוגיות באתרים אלה, עד לראשית שנות השבעים³³ כמעט ולא באה לביטוי בציבור הכללי

30 בבלי ברכות נד, ע"א-ע"ב.

31 לסקירה כללית של חקירת ארץ ישראל והפעילות הארכיאולוגית שהתנהלה בה בתקופה זו, ראו: אנציקלופדיה עברית, כרך ו (ארץ ישראל), עמ' 1129-1143.

32 למעט קולות מחאה שנשמעו בעניין החפירות במערכות הקבורה של בית שערים במחצית שנות החמישים, שדעכו כעבור זמן קצר, בעקבות ההסכמה שאליה הגיעו שר החינוך וסגן שר הדתות, ראו להלן. זעיר פה זעיר שם נשמעו קולות מחאה נוספים (כמו בעניין החפירות ביפו בראשית שנות השבעים), אך הן לא הותירו רושמן בדעת הקהל.

33 גם המסמכים הרבים וקטעי העיתונות שמובאים אצל י"ר סלומון, זעקת ישני עפר (ירושלים, תשמ"ג), מלמדים על כך.

מחאתו של הציבור הדתי בכלל, והחרדי בפרט, כנגד הפגיעה בקברי קדמונים. עובדה זו מפתיעה עוד יותר הן לנוכח תנופת החפירות הארכיאולוגיות שפקדה את ישראל בשנות החמישים והששים, הן לנוכח המחאה הגדולה שהקים הציבור הדתי נגד פעולה מדעית בתחום קרוב ביותר, סוגיית ניתוחי הגוויות והמחקר הפתולוגי שנעשה לצורכי המחקר הרפואי.³⁴

דומה כי הציבור הדתי והחרדי היה עסוק באותן שנים במלחמת מגננה ממושכת על ערכים ותחומים שנראו בעיניו חשובים הרבה יותר, דוגמת מערכת החינוך, מעמד בתי הדין הרבניים, נישואין וגירושין כדת משה וישראל, גיוס בנות לשירות לאומי ובחורי ישיבות לשירות צבאי, קביעת אופיים של השבת ומועדי ישראל כימי מנוחה, גיור ומיסיון, איסור גידול חזיר ושמירת הכשרות.³⁵

ה. הסדרים פוליטיים ומנהליים

ביטוי חיצוני-פוליטי להימנעות הציבור הדתי מעיסוק בשאלת כבוד המת והגבלת פעולת הארכיאולוגים מכוחו ניתן למצוא גם בהסכמים הקואליציוניים שליוו את פעולת המפלגות הדתיות למן קום המדינה ועד סוף שנות השבעים. בפרק זמן זה נחתמו הסכמים רבים שהתמקדו בענייני דת ומדינה, אך אפילו אחד מהם לא הכיל הסדרים בנושאי הפעילות הארכיאולוגית והשמירה על כבוד המת. רק בשנת 1977, לאחר ה"מהפך" השלטוני ועליית הליכוד לשלטון, החלו המפלגות החרדיות מציגות לממשלה ולקואליציה תביעות גם בתחום זה. המעניין הוא שבאותן שנים סברו אנשי "אגודת ישראל" כי די בנוסחו הקיים של חוק העתיקות כדי לענות על צורכיהם. כך, למשל, קבע סעיף 39 להסכם הקואליציוני שבין הליכוד, המפד"ל ו"אגודת ישראל" בשנת 1977, שהצעת חוק העתיקות (על גלגוליה השונים, ראו להלן), תאושר בכנסת לאחר שתתוקן וייקבע בה כי "שרידי גופו של אדם" אינם בגדר "עתיקה". במקביל, הובטח בהסכם זה כי "הכותל המערבי והדרומי בירושלים יישאר ברשות ועדת ההלכה שעל יד משרד הדתות"³⁶.

גם סעיף 45 להסכם הקואליציוני³⁷ שחתמו ביום ד' במנחם אב תשמ"א (4.8.81) "אגודת ישראל" והליכוד, קובע ש"יוקפד הלכה למעשה על שמירת החוק הקיים"³⁸,

34 לסוגיה זו ראו בהרחבה: א' הכהן, "משפט ורפואה: בין אנטומיה של חוק לפתולוגיה של יחסי דת ומדינה", שערי משפט 5 (תש"ס) 189–221.

35 על עיצובם של יחסי דת ומדינה בישראל, ראו בהרחבה מאמרי: "מדינת ישראל, כאן מקום קדוש!" – עיצוב רשות רבים יהודית במדינת ישראל, הנזכר לעיל בהערה 1.

36 עניין זה נוגע למאבק גדול שהתנהל סביב השליטה על שטחי החפירות שבאזור הכותל המערבי בין רשות העתיקות ושר הדתות, מיד לאחר שחרור ירושלים בחודש יוני 1967.

37 סעיף זה נכלל כבר בהסכם שחתמה אגודת ישראל עם מנחם בגין בשנת 1977.

38 ניסוח זה מלמד שלפחות כלפי חוץ הציגה "אגודת ישראל" מצג ולפיו הבעיה אינה בחוק אלא

האוסר חיטוט וחפירה בקברים. כל עצמות אדם או שרידי אדם, שהוצאו או יוצאו מקבר מאיזו תקופה שהיא ונמצאים בכל רשות שהיא, יובאו לקבורה מיידית בהתאם לחוק. בכל רישיון חפירה שיינתן על ידי הרשויות המוסמכות ייאמר כי אם נמצא בשטח החפירה קבר, תופסק החפירה ולא יגעו בקבר ובתכולתו ויש להודיע בכתב לרבנות הראשית³⁹ ולקבל הוראה כיצד לנהוג. בנוסף, נקבע בהסכם כי "תוגש להנהלת הקואליציה הצעת חוק פרטית בעניין קברים עתיקים, כפי שהוגשה בזמנו להנהלת הקואליציה הקודמת". בפועל, לא מומש סעיף זה בהסכם הלכה למעשה⁴⁰. אמנם הח"כים החרדיים העלו על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית, הצעת חוק השמירה על אתרי קבורה, התשמ"ג–1983. בסעיף 3(א) להצעת החוק נקבעה חובת הודעה מיידית לשר הדתות של כל גילוי "אתר קבורה, עצמות אדם או שרידי אדם", והשר יורה לו כיצד עליו לנהוג בהם. עד לקבלת הנחיות השר, תיאסר כל פעולה באתר הקבורה. סעיף 3(ד) מוסיף וקובע שהנחיות השר תינתנה "בתיאום עם מועצת הרבנות הראשית ונציגי הדתות הנוגעים בדבר". בהצעה נקבע גם עונש מאסר בן שנה לעובר על הוראות החוק.

הצעה זו נדונה במליאת הכנסת במה שנראה כ"מחטף" פרלמנטרי, סמוך לחצות הלילה וללא שעמדה על סדר היום, הועברה לוועדה ברוב קולות חברי הקואליציה, אולם לבסוף לא הבשילה לכלל חקיקה⁴¹. למעט שאילתות בודדות שעלו בכנסת מדי פעם בעניין זה, לא חל שינוי של ממש ביחסם של הארכיאולוגים לטיפול בקברים ובעצמות מתים שנמצאו בחפירות.

לצד ההסדרים החוקיים נוצרו במהלך השנים הסדרים מנהליים שונים שביקשו להסדיר את סוגיית החפירות הארכיאולוגיות בשטחי קבורה והטיפול בעצמות שמתגלות בהם. גם להסדרים אלה נודע תוקף משפטי מחייב ברמה מסוימת בהיותם החלטות ממשלה, הסכמים או הנחיות מנהליות⁴². ראשיתם, כבר באמצע שנות

באכיפתו. כפי שנראה להלן, "החוק הקיים" בודאי לא הבטיח את מה שנאמר בהסכם, ואפילו לגבי המונח הרחב יותר, "הדין הקיים", חלוקות הדעות. ואכן, לימים, העלו ח"כי אגודת ישראל הצעת חוק משלהם לעניין זה, ראו להלן.

39 מסירת הסמכות בעניין זה לרבנות הראשית מרתקת בפני עצמה, שכן במשך שנות דור, למן ייסודה בשנת 1925, נלחמו החרדים ברבנות הראשית מלחמת חרמה. על מעמדה הבעייתי של הרבנות הראשית בעיני הציבור החרדי, ראה: מ' פרידמן, "הרבנות הראשית: דילמה ללא פתרון", מדינה וממשל א (1972), עמ' 118–122.

40 מבחינה פוליטית, מרתקת היא "שתיקת" אגודת ישראל והימנעותה ממימוש התנאי בהסכם הקואליציוני הלכה למעשה, והרי באותה תקופה התנהלה המערכה הגדולה על החפירות בעיר דוד.

41 ראו דברי הכנסת מיום 25.7.83, עמ' 3196.

42 לתוקפן החוקי של הנחיות מינהליות, ראו בהרחבה: י' דותן, הנחיות מינהליות (ירושלים, תשנ"ו); ב' ברכה, משפט מינהלי, חלק ב (ירושלים, תשנ"ו), 219–274; וראו עוד: י' זמיר, "הנחיות מינהליות", הפרקליט לח, 18; י' פלומין, "מעמדן של ההוראות המקצועיות של נציבות מס הכנסה", מיסים ג(5), 1; י"ה קלינגהופר, "הוראות פנימיות לרשות מה תוקפן?", הד המשפט ד(תשי"ז), 38.

החמישים, והמשכם בחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, מיכאל בן יאיר שניתנה בשלהי שנות השמונים.

ההסדר הראשון בתחום זה נעשה כבר בשנת תשט"ו (1955), בדרך של מסמך שכונה "זכרון דברים" שנחתם בין שר החינוך דאז, ההיסטוריון פרופ' ב"צ דינור, לבין סגן שר הדתות דאז, ד"ר זרח ורהפטיג, ביום י"ט באלול תשט"ו (6.9.55). ב"זכרון דברים" זה סוכם כדלהלן:

א. יש לדאוג לכך⁴³ שהטיפול בבתי עלמין ובקברות של יהודים, בעצמות מתים, ליקוטן ופינוין, המתגלים אגב חפירות ארכיאולוגיות צריך להיות בהתאם להלכה, לפי הוראות הרבנות הראשית לישראל.

ב. לשם ביצוע הדבר תקום ועדה שתהיה מורכבת מנציגי הרבנות הראשית לישראל, משרד החינוך והתרבות (מחלקת העתיקות), משרד הדתות והחברה לחקירת א"י ועתיקותיה.

לא עברו אלא עשרה ימים, ונוסח ההסכם שונה. שמה של הרבנות הראשית לישראל הושמט מסעיף א' להסכם, והסתפקו באמירה כללית לפיה "הטיפול בבתי עלמין ובקברות של יהודים, בעצמות מתים, ליקוטן ופינוין, המתגלים אגב חפירות ארכיאולוגיות צריך להיות בהתאם להלכה.

יתר על כן: נציגי הרבנות הראשית בוועדה הבינמשרדית, הוחלף בנציג משרד החוץ. למעשה, הקמת הוועדה הבינמשרדית הייתה לא יותר מאשר "מס שפתיים", ובפועל לא הפעילה פיקוח רציף על החפירות הרבות שהתנהלו באותה עת ברחבי הארץ⁴⁴.

עברו עוד כחמש עשרה שנה עד שממשלת ישראל שבה ונוזקה לנושא. בעקבות מלחמת ששת הימים החלה תנופת חפירות רחבת ממדים הן בשטחי יהודה ושומרון, הן בתחומי ה"קו הירוק". בשנת תש"ל, יזם ד"ר זרח ורהפטיג, באותה עת כבר שר הדתות, דיון מחודש בנושא במליאת הממשלה. בתום הדיון הוחלט ששר הדתות ושר החינוך יבדקו במשותף את הטיפול הראוי בעצמות אדם שמתגלות בחפירות ארכיאולוגיות במטרה להגיע לנוהל מוסכם בנדון⁴⁵.

כעבור כמה חודשים, בישיבה שנתקיימה ביום כ' בתמוז תש"ל (6.7.70), החליטו שרי הדתות והחינוך לממש את זכרון הדברים שנחתם בשנת 1955, בשינויים מסוימים. נציג משרד החוץ בוועדה, שהודיע "כי אין לו עניין בנושא", הוחלף בנציג משרד המשפטים, ובראשות הוועדה הועמד מנהל אגף העתיקות⁴⁶. בהחלטת

43 יושם אל לב ניסוחו של המסמך, שאינו מנוסח בלשון מחייבת מוחלטת אלא בלשון "מעודנת" וכללית הרבה יותר, המדברת על כך ש"יש לדאוג" שהטיפול בעצמות מתים ייעשה בהתאם להלכה.

44 ראו "זעקת ישני עפר", לעיל הערה 33, עמ' 55-59.

45 החלטת ממשלה מיום י"ט בטבת תש"ל (28.12.69), מס' 243.

46 לעובדה זו, של העמדת אחד מ"בעלי הדבר", ולא גורם נייטרלי, בראש הוועדה נודעה משמעות

השרים הובטח שהוועדה הבינמשרדית תאזן בין הצורך להבטיח את האינטרס של קידום המחקר המדעי לבין הצורך בהקפדה על "כיבוד המסורת של הבאת עצמות יהודים לקבר ישראל". בפועל, קבע ההסכם ש"עם תום המחקר המדעי יובאו עצמות היהודים לידי משרד הדתות לקבורה, במקום שייקבע על ידי הוועדה הסטטוטורית". הווי אומר: הסמכות בשטח נותרה בידי הארכיאולוגים וההסדר נועד להבטיח רק ש"בתום המחקר", לאחר סיום כל הבדיקות, תובאנה העצמות לקבר ישראל.

הידיעה על ההסדר החדש עוררה את מחאתם של גדולי הרבנים בארצות הברית. הרב משה פינשטיין ז"ל, שעמד בראש "אגודת הרבנים" בארצות הברית, ונחשב לאחד מבני הסמכא הגדולים ביותר בעולם ההלכה, פנה בקריאה נרגשת לראש הממשלה גולדה מאיר בתביעה להפסקת החפירות באתרי קבורה, ולהבאת השלדים והגולגולות שהוצאו מהם לקבר ישראל. וכך כתב הרב פינשטיין, במכתבו שמיום י"א באייר תשל"א: "עצם החפירות והוצאת העצמות הן פעולות האסורות על פי דין. כמו כן ההשתמשות בעצמות אלו לחפירות וההימנעות מהבאתן לקבורה אסורות על פי דין, ובכל הנ"ל יש משום בזיון המתים, דבר הנחשב לעברה חמורה. לאידך גיסא, הבאת העצמות לקבורה היא מצוה גדולה". מכתב זה נענה על ידי שר החינוך והתרבות, יגאל אלון, ביום כ"א בסיוון תשל"א (14.6.71), שהודיע לרבנים כי הבעיה באה זה כבר על פתרונה: החפירות בבית שערים נסתיימו, והעצמות שנתגלו בהן הובאו לקבורה והוא הדין לעצמות שנתגלו במצדה, שנקברו בגל גדול במעלה ההר. שר החינוך הפנה את שימת לב הרבנים גם להסדר שקיים בין משרד החינוך לבין משרד הדתות בדבר הטיפול בעצמות.

בקיץ תשל"ב נערך "זכרון דברים" נוסף בין ראש המשלחת הארכיאולוגית בירושלים, פרופ' בנימין מזר וסגנו ד"ר מאיר בן דב, לבין נציגי משרד הדתות שבו נקבע כי לא תיערך חפירה ארכיאולוגית במורד הר הבית, שלפי המסורת הוא בית קברות יהודי עתיק יומין. הצדדים הסכימו שבשטח זה יטפל משרד הדתות, בפיקוחה של ועדת ההלכה לענייני המקומות הקדושים שליד הרבנות הראשית לישראל⁴⁷. שליטתם המוחלטת של הארכיאולוגים על הוועדה, ואי רצונו של שר הדתות להיכנס לעימותים מיותרים עמם, הביאה לכך שהלכה למעשה וועדה בינמשרדית זו כמעט שלא התכנסה. השינוי הגדול החל רק בסוף שנות השבעים, כאשר אנשי אגודת "אתרא קדישא" החלו בפעולה נמרצת "למניעת חילול קברי קדמונים", וכך כבד עם עליית כוחן של המפלגות הדתיות והחרדיות בממשלתו של מנחם בגין⁴⁸, לאחר המהפך הפוליטי של שנת 1977.

רבה. יושב הראש היה יכול לקבוע את מועדי זימון ישיבות הוועדה ובמידה רבה לנווט את סדר יומה כך שיתאים לאינטרסים של הארכיאולוגים.

47 נוסח זכרון הדברים מובא במאמרו של הרב גורן, להלן הערה 51, עמ' 250.

48 כמו בתחומים אחרים, גם בנושא הארכיאולוגיה וחפירות קברים ניתן לראות את קו "פרשת המים" ההיסטורי בשנת 1977.

כאמור, התנופה הגדולה בפעולות המחאה של החרדים נגד טיפול הארכיאולוגים בקברים ובעצמות החלה עם הקמתה של אגודת "אתרא קדישא". לפי שמה הרשמי, נועדה האגודה לפעול "למען המקומות הקדושים בארץ ישראל". בפועל, היא התמקדה בשמירה על כבוד המת ומניעת חילולו. האגודה החלה לפעול במרץ במחצית השנייה של שנות השבעים, והרוח החיה בה, עד היום, הוא מייסדה, הרב דוד מיכאל שמידל. בנשיאות העמותה כיהנו כמה מגדולי התורה הבולטים שבדור, וכיניהם הרבנים דב בעריש וידנפלד מצ'יבין; אליעזר יהודה פינקל ראש ישיבת מיר (השניים נפטרו זמן לא רב לאחר שהוקמה האגודה); יחזקאל אברמסקי, שכינה בעבר כאב"ד לונדון; יעקב ישראל קנייבסקי, בעל ה"קהילות יעקב"; ויוסף דב הלוי סולובייצ'יק, ראש ישיבת בריסק.

בניגוד לפעולות המחאה האקראיות שאפיינו עד לאותה שעה את מחאות החרדים כנגד החפירות הארכיאולוגיות⁴⁹, החלו אנשי "אתרא קדישא", שהנו ארגון וולונטרי⁵⁰, לעקוב בצורה שיטתית, ובפריסה כלל ארצית, אחר פעולות הארכיאולוגים. במקביל, סרקו בשיטתיות את הפרסומים המדעיים השונים של אנשי רשות העתיקות וחוקרים אחרים, ואיתרו את אלה מהם שהעלו ממצאים בדבר גילוי של גולגולות ועצמות בחפירות השונות שנערכו בארץ. אנשי הארגון הצליחו גם לקבל מידע רב על עצמות שמאוחסנות בבתי הספר לרפואה ובמכוני המחקר המדעיים לצורכי לימוד ומחקר, והחלו במסע מחאה מתוקשר ומתוכנן היטב נגד חפירות באתרים שלטענתם היו בהם בתי קברות יהודיים. לא עבר זמן רב וכל אלה התסיסו את דעת הקהל החרדית ועוררו אותה לצאת לפעולות מחאה נגד קיום החפירות באתרים אלה. מתקופה זו ואילך, החל מאבק צמוד⁵¹ שנמשך כעשרים שנה בין הארכיאולוגים לבין אנשי האגודה, מאבק שהִדְוִי שִכְנו מעט רק בסוף המאה ה-20, עם יצירת מנגנוני הסכמה בין הצדדים.

49 בעיקר היו אלה הפגנות, אך לעתים ניסו החרדים, ללא הצלחה, גם את הזירה הפרלמנטרית. כך, למשל, הגיש ח"כ שלמה לורנץ בשנת 1976, הצעת החוק פרטית בדבר "חוק לשמירת מקומות קבורה עתיקים, תשל"ו", שלא עברה את שלב הקריאה הטרוםית. בהצעה זו הציע ש' לורנץ שהטיפול בעצמות ובאתרי הקבורה ייעשה רק על פי דרישות ההלכה היהודית, ככל שמדובר בעצמות של יהודים, ועל ידי כהני הדתות האחרים, כשמדובר בקברים של אינם יהודים.

50 יצוין עוד שלאחר שנים רבות של מאבקים קיבלה אגודת "אתרא קדישא" גם מעמד רשמי למחצה. בשנת 1993 הכיר שר הפנים דאז, אריה דרעי, באגודה כ"גוף ציבורי" שזכאי להגיש התנגדויות לתוכניות בנין ערים מכוח סעיף 100(3) לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965.

51 אחד משיאי המאבק היה ללא ספק המאבק שהתנהל סביב החפירות הארכיאולוגיות ב"עיר דוד" בירושלים, למרגלות הר הבית, בהנהלתו של פרופ' יגאל שילה. התקריות האלימות שהיו במקום הצריכו התערבות מתמדת של המשטרה, והעניין הגיע עד פתחם של הרבנות הראשית לישראל ובית המשפט הגבוה לצדק. ראו: הרב ש' גורן, "החפירות הארכיאולוגיות בעיר דוד בראי האמת וההלכה", בתוך: תורת המדינה (ירושלים תשנ"ו), 245-277; בג"צ 512/81 המכון לארכיאולוגיה של האוניברסיטה העברית נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לה(4) 533. תיאור רחב של מאבק זה, נתן באחרונה מ' פייגה, "חזון העצמות השבורות: חרדים מול ארכיאולוגים בעיר דוד", בתוך: ע' סיוון, ק' קפלן, חרדים ישראלים: השתלבות בלא טמיעה? (ירושלים תשס"ג), 81-56.

ו. שנות השבעים: גלגוליה של הצעת חוק העתיקות

לאחר עשרות שנים בהן נתקיימה פעילות ארכיאולוגית ענפה בארץ, ניגשה הכנסת לחוקק חוק ישראלי מקורי, שיחליף את שתי הפקודות המנדטוריות שנהגו עד לאותה עת.⁵² הצעת החוק החדשה⁵³ נועד לתקן את הפגמים השונים שנתגלו בחקיקה הקיימת, ולהקיף שטחים נוספים שלא הוסדרו עד לאותה שעה כלל בחקיקה, כגון אספני עתיקות, מוזיאונים, והגנת ציבור קוני העתיקות. כמו כן נועדה הצעת החוק להסדיר את זכויות הקניין בקברים ובתכולתם.⁵⁴

הסעיף החשוב ביותר בהצעת החוק לענייננו, נקודת ההשקה שבין דת ומדינה⁵⁵, נוגע להגדרת "עתיקה" בסעיף הראשון של החוק, שלה הוצעו ארבע חלופות. שלוש מהן, חשובות לענייננו:

- (1) נכס, בין תלוש ובין מחובר, שנעשה בידי אדם לפני שנת 1800 לספירה הכללית, לרבות דבר שהוסף לו לאחר מכן והוא חלק בלתי נפרד ממנו;
- (3) שרידי גוף של אדם מלפני שנת 1300 לספירה הכללית;
- (4) שרידי גוף של חיה מלפני שנת 1300 לספירה הכללית;

עיון בנוסח ההצעה מלמד שמנסחיו ביקשו לכלול במפורש "עצמות אדם" בהגדרת "עתיקה". יתר על כן: בעוד בפקודת העתיקות המנדטורית התאריך הקובע לגבי שרידי גוף אדם היה שנת 600 לספירה, ביקשה הממשלה להרחיב את תחולת החוק ולהגדיר כ"עתיקה" כל שרידי גופת אדם שמלפני שנת 1300 לספירה. מכיוון שרבים מן

52 פקודת העתיקות, 1929, ופקודת העתיקות (חצרים), משנת 1935. נוסף ונעיר כי במישור החקיקה האזרחית קיים גם דבר חקיקה אחר שנוגע להיבט הסניטרי של הטיפול בקברים. תקנה 3 לתקנות בריאות העם (קבורה מחדש), 1941 קובעת לאמור: "אסור להוציא גופה מקברה לכל מטרה שהיא, ואסור לקבור גופה מחדש, ואסור לפתוח קבר או כוכי-קברים לצורך קבורת גופות אחרות, אלא אם כן נתקבלה תחילה רשות בכתב מאת רופא ממשלתי. רשות זו תינתן חינם". ברם, כפי שעולה מתכליתה, אין היא מכוונת לעצמות בנות מאות ואולי אלפי שנים, שאין בחשיפתן כל סיכון סניטרי.

53 הצעות חוק 1250, מיום כ"ג בסיון תשל"ו (1976.6.21); מובא אצל א' הכהן, ארכיאולוגיה וכבוד המת – קובץ פתרונות למחלוקות שנתגלעו בעבר, בהוצאת בית מועצת יח"ד שליד בית נשיא מדינת ישראל, ירושלים תשס"ד, עמ' 211.

54 לעניין הזכויות הקנייניות לפי חוק העתיקות, ראו בהרחבה: ג' טדסקי, "העתיקות בידי הקניין", משפטים ט(תשל"ט), 363.

55 יצוין כי היבט נוסף הנוגע ליחסי "דת ומדינה" מצוי בסעיף 32 לחוק המדבר ב"אתרים היסטוריים", ולפיו כאשר מדובר ב"אתר היסטורי המשמש לצורך דתי או מוקדש לתכלית דתית והוא קניינו של מוסד דתי", תהא הסמכות בנוגע לפעולות בניה ופעולות אחרות בשטחו בידי ה"אחראי למוסד הדתי" ולא בידי רשות העתיקות. על ה"בעייתיות" שבהגדרת אתר המשמש ל"צורך דתי", עמדתי בהרחבה במאמרי "מה נורא המקום הזה", לעיל הערה 29.

הקברים שנתגלו בחפירות היו מתקופות מאוחרות לשנת 600, כמו תקופת העבאסיים, הצלבנים וכיו"ב, הייתה לשינוי זה משמעות מעשית רבה.

ואכן, כאשר הונח החוק על שולחן הכנסת, התנגדו לו בחריפות חברי הכנסת שמן המפלגות הדתיות. כדרכם של חוקים, נשתלבו להם יחדיו גם בהקשר זה שיקולים פוליטיים לצד שיקולים מהותיים. החוק הונח לראשונה על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה ביום כ"ח בתמוז תשל"ו (26.7.76). כאמור לעיל, בנוסח החוק נכללו במפורש גם "שרידי גופו של אדם", ושר החינוך, אהרן ידלין, שהניח את ההצעה על שולחן הכנסת אף עמד במפורש על כך בדבריו במליאת הכנסת.

בדיון הקצר שנתקיים בכנסת, מחה ח"כ שלמה לורנץ, איש "אגודת ישראל", על חילול קברים בידי ארכיאולוגים, ותבע להפסיק לאלתר ובאופן מוחלט עריכת חפירות ארכיאולוגיות בקברים: "ארכיאולוגיה היא דבר יפה, דבר של תרבות", אמר לשר החינוך, "אבל תסכים אתי ששרידי גופתם של אנשים הם לא עתיקות. החוק הזה לא צריך לחול עליהם. ממילא כל אותן עצמות המתגלגלות במכונים למיניהם חייבות לבוא לקבורה מיד, כדי שינוחו בשלום עד בא מנחם משמיע שלום. הפתרון הוא להוציא מהחוק הזה את ההגדרה על שרידי אדם"⁵⁶. גם ח"כ פ' שינמן, איש החזית הדתית-לאומית, הציע להוציא את תחולת "שרידי אדם" מהגדרת "עתיקה" שבחוק⁵⁷.

שר החינוך א' ידלין לא הסכים לתיקון זה. לדעתו, שינוי ההגדרה לא ישנה את המציאות, מכיוון שבראשית החפירה איש אינו יודע האם המקום הוא "בית קברות" או לא. בסוף דבריו, הביע משאלה ש"הצעת חוק זו תהיה לברכה למדינה, ותבטיח שארץ זו, עשירת ההיסטוריה, תשמור לאורך ימים ובצורה מכובדת ביותר את העתיקות הגנוזות באדמתה, ושהארכיאולוגים הישראלים יחפשו אותן יותר ויותר"⁵⁸.

בסוף הדיון החליטה הכנסת להעביר את הצעת החוק לדיון בוועדת החינוך והתרבות. הוועדה ניגשה לדיון בהצעת החוק וקיימה דיון מקיף בסעיפיו השונים, תוך שהיא נותנת דעתה להערות שנשמעו במליאת הכנסת בשעת הדיון הראשוני. כדי למנוע את הויכוח בעניין "עצמות אדם", ביקשה הוועדה למצוא ניסוח "דיפלומטי" של החוק, ו"בעזרת השם", שינוי נוסח החוק, ביקשה ל"חתוך את העוגה אך להותירה שלמה": בנוסח שהניחה ועדת החינוך של הכנסת על שולחן הכנסת לקריאה שניה, נמחק הסעיף המדבר מפורשות ב"שרידי גוף של אדם", ובמקומו הוצע הניסוח "שרידיים זואולוגיים, אנתרופולוגיים ובוטניים".

ברם, בינתיים חלו תמורות רבות משמעות בזירה הפוליטית. משעת הנחת הצעת החוק המקורית על שולחן הכנסת ועד הכנתו לקריאה שניה ושלישית, כבר בצבצו ניצני ה"מהפך" הפוליטי המפורסם של שנת 1977. ממשלתו של יצחק רבין המנוח איבדה את הרוב שהיה לה בכנסת בעקבות הצעה לסדר היום של סיעות האופוזיציה

56 דברי הכנסת כרך 77, מיום 26.7.76, עמ' 3768.

57 דברי הכנסת שם, עמ' 3769.

58 דברי הכנסת שם, עמ' 3764.

על רקע הגעתם לארץ של מטוסי אף-15 לאחר כניסת השבת⁵⁹. המפלגות החרדיות, לצד המפד"ל, הצביעו על פי האינטרסים שלהן, גם אם עמדו בניגוד לעמדת הממשלה שמן התמיכה בה פרשו רק זמן קצר קודם לכן. עובדה זו שינתה לחלוטין את התוצאה הסופית של נוסח החוק, שהובא לאישור הכנסת ממש ביום הדיונים הסדיר האחרון, 16.3.1977, בשלהי כהונתה של הכנסת השמינית.

במהלך הדיון בקריאה השנייה, שב ח"כ הרב י"מ אברמוביץ, נציג "אגודת ישראל", על הסתייגותו מהכללת "עצמות אדם" בהגדרת "עתיקה", ותבע למחוק את המילה "שרידים אנתרופולוגיים" מנוסח החוק, מתוך חשש שיהא בה כדי להכשיר חפירת קברים שבהם מצויות עצמות⁶⁰. יו"ר ועדת החינוך, ח"כ אברהם כץ ניסה להדגיש את חשיבות המחקר האנתרופולוגי למדע הארכיאולוגיה, אולם קריאתו לא עלתה יפה. בעד הסתייגותו של ח"כ הרב אברמוביץ' הצביעו 11 חברי כנסת, ואילו נגדה הצביעו רק עשרה. ח"כ יצחק בן אהרן, שלא הסכים לתוצאה, ביקש ספירה מחודשת של הקולות. זאת הפעם נשתנתה התוצאה: במקום 11 קולות שתמכו בהסתייגות, תמכו בה הפעם 12 ח"כים. מניין המתנגדים לא נשתנה וכך הושטו ה"שרידים האנתרופולוגיים" מנוסח החוק הסופי. כמהלך פוליטי אחרון, ביקש יו"ר הישיבה ח"כ ב"צ קשת לדחות את ההצבעה בקריאה השלישית למועד אחר, וזו אכן לא נתקיימה בו ביום.

ביני לביני הושלם ה"מהפך" הפוליטי של שנת 1977. מנחם בגין היה לראש הממשלה, והסיעות הדתיות היו חלק מרכזי בקואליציה שלו. ביום 31.1.78 הונחה הצעת חוק העתיקות על שולחן הכנסת לקריאה השלישית והסופית. בראש הישיבה ישב סגן יו"ר הכנסת, פ' שינמן (שזכור היה בין מובילי השינוי בדיון הקודם), ואילו שר החינוך שהניח את הצעת החוק על שולחן הכנסת, השתתף הפעם בדיון כחבר אופוזיציה, בכובעו כיו"ר ועדת החינוך של הכנסת. הרוב לנוסח החוק היה ברור מאליו. שלא כמנהג הכנסת בשלב הקריאה השלישית, ביקש ח"כ ידלין להקדים מספר דברים להצבעה. לאחר ויכוח קצר, הותר לו לומר דברים קצרים באשר להוצאת "עצמות אדם" מנוסח החוק הסופי: "הסתייגות זו", אמר ידלין במרידת לבו, "משנה את המטרות המקוריות של החוק; היא משנה את הסטטוס-קוו בתחום המחקר המדעי

59 אחת התופעות המעניינות בהיסטוריה הפוליטית של מדינת ישראל היא שאיבוד הרוב הפוליטי של חלק גדול מהממשלות שכיחנו היה על רקע של סוגיות "דת ומדינה" (חינוך במחנות העולים, "מיהו יהודי", גיור, חילול שבת) ולא על רקע של בעיות ביטחון, חוץ וכלכלה.

60 בין שאר דבריו, אמר הרב אברמוביץ: "הגיע המצב בארץ עד כדי כך שעצמותיהם של מאות יהודים הוצאו ופוזרו לכל עבר, לא הוחזרו לקבר ישראל, וחלק מהם הפכו למוצגים תוך חילול כבודם של הנפטרים ובזיון קשה לכל אחד מאתנו... אני מציע למחוק את המלה 'אנתרופולוגיים' הנותנת היתר לפגוע בקבריהם ובעצמותיהם של יהודים הקבורים במאות אתרים בכל הארץ בחסות היתר של בדיקות ארכיאולוגיות וכדומה... אין אנו יכולים להסכים לגישה שביסוד החוק המוצע המגדירה גם את השרידים האנתרופולוגיים כ'עתיקה'" — דברי הכנסת, מיום כ"ו באדר תשל"ז (16.3.77), כרך 79, עמ' 2019; הדברים מובאים גם אצל הכהן, ארכיאולוגיה וכבוד המת, לעיל הערה 53, בעמ' 238.

במדינה⁶¹. היא פוגעת במחקר הארכיאולוגי, האנתרופולוגי והרפואי". החוק, בנוסחו הסופי נתקבל (35 בעד מול 29 נגד), ולאיש מפלגת השמאל של"י, ח"כ מאיר פעיל לא נותר אלא להפטיר ש"אפשר לכנות חוק זה חוק העצמות היכשות"...

להשלמת התמונה, נציין כי מכוח נוסחו החדש של חוק העתיקות הוקמה גם ועדת שרים סטוטורית, שנועדה לרון באחד מתחומי ההשקפה שבין "הדת והמדינה" בסוגיה זו. סעיף 29 לחוק, שעניינו "איסור פעולות באתר עתיקות", קובע, בסעיף-קטן ג' שבו, כי "לעניין אתר עתיקות המשמש לצורך דתי או מוקדש לתכלית דתית, לא ייתן המנהל [=מנהל רשות העתיקות] אישור לחפירה או לאחת הפעולות המנויות בסעיף קטן (א) [ובכללן, לעניינו, "פירוק עתיקה או הסרת חלק ממנה"⁶² או העתקתה ממקומה]" אלא באישור ועדת שרים המורכבת מהשר [=שר החינוך] כיושב-ראש, שר הדתות⁶³ ושר המשפטים".

ז. פרשנות חוק העתיקות

בצר להם, ולאחר שנוסח החוק המועדף על ידם נדחה בכוח הכוח הקואליציוני, ביקשו הארכיאולוגים למצוא מזור בפרשנות מרחיבה שתינתן לחוק הקיים. כבר בשלהי שנות השמונים, בסמוך לאחר חקיקת חוק העתיקות, נדרשו משפטנים בכירים במחלקת הייעוץ של משרד המשפטים לחוות את דעתם בדבר האפשרות לראות גם בעצמות אדם "עתיקה"⁶⁴. הארכיאולוגים ביקשו לתת להגדרה שבסעיף 1(1) לחוק פרשנות מרחיבה. לפי הגדרה זו "עתיקה" היא, בין השאר, כל "נכס, בין תלוש ובין מחובר, שנעשה בידי אדם לפני שנת 1700 לספירה הכללית, לרבות דבר שהוסף לו לאחר מכן והוא חלק בלתי נפרד ממנו".

לנוכח לשונו הברורה של החוק, ובעיקר לנוכח גלגולי החקיקה, הגיעו המשפטנים שבלשכת היועץ המשפטי לממשלה למסקנה חד משמעית שעצמות אדם אינן בגדר "עתיקה", כמובנה בחוק העתיקות, תשל"ח-1978, וממילא הטיפול בהן אינו נמצא בסמכותה של רשות העתיקות.

61 על ה"סטטוס קוו", כמעין "נוסחת קסם" לפתרון בעיות בתחום יחסי הדת והמדינה, ראו: א' הכהן, "כאן מקום קדוש", לעיל הערה 1.

62 יושם אל לב שגם אם נקבל את הדעה ש"עצמות אדם" אינן בגדר "עתיקה", הן יכולות, בתנאים מסוימים, להיחשב כ"חלק ממנה", מן הקבר או הגלוסקמה שבתוכן הן נמצאות.

63 עם פירוק משרד הדתות השתא, שנת תשס"ד, הועברה סמכות זו לשר המשפטים. לפי בג"צ המכון לארכיאולוגיה, לעיל הערה 51, אי קבלת אישור מוועדת השרים עשוי לפגוע בתוקפו החוקי של רשיון חפירה.

64 ככל שידוע לי חוות דעת ראשונה בנושא ניתנה על ידי עו"ד שמואל דורנר, מיום 12.3.78, שעליה סמך את ידו ד"ר מישאל חשין, באותם ימים המשנה ליועץ המשפטי לממשלה וכיום המשנה לנשיא בית המשפט העליון.

ברם, חוות דעת זו לא פורסמה מעולם, ובפועל נמנעה רשות העתיקות מלפעול על פיה. יתר על כן: למרות קיומה של חוות דעת שיצאה ממשרד היועץ המשפטי לממשלה עוד בסוף שנות השבעים, ככל הנראה לא ראו עצמם אנשי רשות העתיקות כבולים אליה⁶⁵.

הקמתה של רשות סטטוטורית נפרדת ועצמאית, הקלה עליהם בעניין זה. תפקידיה וסמכויותיה של הרשות החדשה הוגדרו בסעיף 5 לחוק רשות העתיקות, התשמ"ט–1989, בהאי ליסנא:

"(א) תפקידיה של הרשות הוא לטפל בכל עניני העתיקות, לרבות עתיקות תתימיות, בישראל.

(ב) הרשות רשאית לעשות לגבי עתיקות ואתרים כל פעולה הנחוצה לשם מילוי תפקידיה, ובכלל זה – (1) חשיפה וחפירה של אתרים; (2) שימור, שחזור ופיתוח של אתרים; (3) ניהול, אחזקה, והפעלה של אתרים ושמירה עליהם; (4) שימור ושחזור עתיקות; (5) קיום פיקוח על חפירות ארכיאולוגיות; (6) ניהול של אוצרות העתיקות של המדינה, שמירתם והפיקוח עליהם; (7) הפעלת פיקוח לעניין עבירות לפי חוק העתיקות; (8) עריכת מחקרים ארכיאולוגיים וקידומם; (9) ניהול ואחזקה של ספריה מדעית לארכיאולוגיה ולהיסטוריה של ארץ ישראל ושכנותיה; (10) ריכוז, תיעוד ורישום של מידע ארכיאולוגי; (11) קיום ועידוד פעולות חינוך והסברה בתחום הארכיאולוגיה; (12) קיום קשרים מדעיים בינלאומיים בתחום הארכיאולוגיה."

לרשות העתיקות ניתנו סמכות ומעמד חוקי בהקשרים רבים ושונים. כך, למשל, סעיף 28 לחוק העתיקות, התשל"ח–1978 מעניק למנהל רשות העתיקות סמכות להכריז שאתר מסוים הוא "אתר עתיקות", וממילא לא ניתן – מכוח סעיף 29 לחוק – לבנות, לסלול או לחרוש בו, ללא אישור בכתב ממנהל הרשות. לא אחת, מתנה הרשות קבלת אישור כאמור בחפירה מוקדמת של האתר, בין אם זו נעשית על ידי אנשי

⁶⁵ על מעמדן המחייב של הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ביחס למשרדי הממשלה, ראה: הנחיות היועמ"ש, מס' 12.869, מיום 1.5.81; בג"צ 4247/97 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים ואח' נ' השר לענייני דתות ואח' (לא פורסם): "היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו, בכל הנוגע למתן חוות דעת בדבר המצב המשפטי הקיים אינם 'יועצים' במוכך השגור של המילה. חוות דעתם מחיבת את הרשויות. עמדתם המקצועית היא עמדת הרשויות. דעותיהם האישיות של נבחרים או עובדי ציבור בדבר המצב המשפטי הקיים אינן רלוואנטיות. בהפעילם את סמכויותיהם עליהם לקיים את חוות הדעת המשפטיות של היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו"; בג"צ 4478/93 התנועה למען איכות השלטון ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 425; בג"צ 320/96 גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה, נב(2) 222; ראו גם: י' זמיר, הפרקליט לח(תשמ"ח), 48–24; הנ"ל, עיוני משפט יא (תשמ"ו), 421–411; עיוני משפט יא (תשמ"ו), 397–339; עמדת הוועדה (בראשות ש' אגרנט) לבחינת מעמדו וסמכויותיו של היועמ"ש – הפרקליט (לתשל"ו), 249.

הרשות ובין אם על ידי גורמים אחרים. היותה של רשות העתיקות רשות סטוטורית, אפשרה לרשויות המדינה לאכוף עליה נורמות מנהליות שונות בדרך פעילותה, לצד שמירת עצמאותה המחוקקת.

לצד רשות העתיקות שפועלת, כאמור, מכוח החוק, קיימים גופים וולונטריים רבים המקיימים פעילות ארכיאולוגית מכוח רשיונות חפירה שניתנים בידם. עם אלה נמנים האוניברסיטאות השונות, החברה לחקירת א"י ועתיקותיה, ומכונים אקדמיים שונים. בהיותם שייכים לרשות סטוטורית נפרדת ועצמאית, המשיכו אנשי רשות העתיקות לנהוג לפי ייעוץ משפטי שונה שניתן להם, ולפיו עצמות אדם הן בגדר "עתיקה", ואף הציגו עמדה זו בפני בג"צ, שנדרש לנושא בעקבות מציאת קברים בצומת הגבעה הצרפתית בירושלים⁶⁶. מכל מקום, אנשי הרשות טענו שהם נוהגים בעצמות בכבוד, ולאחר מחקרן נהגו למוסרן למשרד הדתות לשם קבורה. התמורה בעניין זה חלה רק בשנות התשעים, בעקבות פרשת החפירות הארכיאולוגיות בצומת הגבעה הצרפתית בירושלים ובאתר חברת "אילן גת" ביפו.

ח. פרשת החפירות בירושלים וביפו

בשנת 1992 החלו עבודות אינטנסיביות באזור הגבעה הצרפתית בירושלים, לצורך בנייתו של מחלף תחבורה חדש. במהלך העבודות נתגלו באתר הבניה גלוסקמאות קבורה. דבר הימצאות קברים באתר עשה לו במהרה כנפיים, ומאות חרדים נהרו מדי יום לאתר הבניה כדי לנסות ולעצור את העבודות עד אשר יימצא פתרון לבעיית הקברים. לצד הארכיאולוגים, שעמדו בתוקף על זכותם לחפור במקום בשם "חופש המדע", הצטרפו לעימות גם תושבי השכונות הסמוכות, פסגת זאב ונווה יעקב, שחששו כי עיכוב בעבודות עשוי למנוע את בנייתו המהירה של המחלף, שהיה אמור לפתור חלק מבעיות התנועה החמורות באזור, בעיקר בשעות העומס, בבוקר ובערב⁶⁷. בזה אחר זה, הוגשו לבג"צ כמה עתירות, מכל צד, שנדונו לבסוף במשותף. בד בבד הוקמה ועדת שרים שישבה על המדוכה, וניסתה להמליץ על פתרון שייתן מענה הן לצורכי התחבורה באזור, הן לשמירה על כבוד האדם והבאת עצמות האדם לקבורה הולמת.

66 בג"צ 5790/92 אגודת הארכיאולוגים בישראל ואח' נ' מנהל רשות העתיקות ואח', לא פורסם. העתק פסק הדין המקורי מובא אצל הכהן, ארכיאולוגיה וכבוד המת, לעיל הערה 53, עמ' 146–142.

67 תיאור מקיף, אמנם מגמתי, של השתלשלות האירועים בצומת הגבעה הצרפתית מצוי בקובץ המערכה על שלמות ביה"ק [=בית הקברות] העתיק הגבעה הצרפתית, שיצא לאור בירושלים (כדי להימנע ממגבלות שונות צוין בשער הקובץ שהוא יצא לאור על-ידי "הועד לשמירת מקומות הקדושים לונדון"), בשנת תשנ"ד. בספר זה מובא גם תיאור על המחלוקת אודות עצמות שנמצאו במתחם "ממילא" בירושלים.

בנסותו "להוציא את הערמונים מן האש", נתן בית המשפט הגבוה לצדק (בהרכב השופטים ברק, מלץ וחשין), ביום ה' בשבט תשנ"ג (27.1.93), פסק דין קצר ביותר, בן עמוד אחד, שלאמתו של דבר השאיר את המצב הקיים על כנו, והורה על דחיית כל העתירות. בסוף פסק הדין, ציינו השופטים: "נימוקינו לפסק הדין יינתנו בנפרד", אך המציאות מלמדת, שנימוקים כאלה מעולם לא ניתנו!⁶⁸

הימנעות בית המשפט מלפסוק בצורה חזיתית במחלוקת זו, שיככה מעט את המתחים שהיו סביב פרשת החפירות באזור. כעבור זמן קצר, נמצאו פתרונות הנדסיים והלכתיים ראויים (דוגמת חפירת "מנהרות טומאה") שאפשרו את המשך סלילת המחלף, ללא צורך לפגוע במערות הקבורה שנמצאו במקום. ארץ המריבה שבין החרדים והארכיאולוגים שקטה לזמן מה, אולם לא לאורך זמן.

בקיץ 1994 הגיעה העימות שבין הארכיאולוגים לבין אנשי "אתרא קדישא" והחרדים לאחד משיאיו. באתר בניה ביפו, של חברה פרטית, "אילן גת" שמה, נערכו חפירות הצלה כמצוות החוק, ובמהלכן נתגלו קברים עתיקים. אנשי "אתרא קדישא" הגיעו לאתר החפירות ודרשו מן החופרים לחדול מן החפירות. החופרים סירבו ואנשי "אתרא קדישא" נשכבו על הארץ על מנת לחסום את החופרים בגופם. עד מהרה פרצה תגרה שבה, לטענת החרדים, היכו הארכיאולוגים את אנשי "אתרא קדישא". המשטרה הגיעה למקום ועצרה כמה מן החרדים. הדבר עורר מרירות רבה אצל החרדים. ניכר שפגיעה זו וחוסר הנכונות לקיים הידברות בין הצדדים הייתה הרסנית. בהמשך לאירוע זה גובשה הצעת פשרה⁶⁹ על ידי מפקד משטרת מחוז תל אביב, ניצב גבי לסט, שבה נקבעו כמה עקרונות: א. הקברים השלמים שנתגלו בשטח יסומנו ולא תבוצע בהם שום עבודת חפירה, כדי לא להפריע את שלום הציבור; ב. מדי יום יופיע בשטח נציג משרד הדתות או נציג "אתרא קדישא" שילווה בניידת משטרה על מנת לוודא שהקברים אכן לא נפתחו; ג. במקרה שיתגלו קברים נוספים במהלך החפירות, על נציג רשות העתיקות לדווח על כך למשרד הדתות, לסמנו ולשמרו; ד. עבודות הרשות יימשכו באתר, אך מבלי לפגוע בקברים; ה. תיערך ישיבה שבה ייטלו חלק נציגי משרדי הממשלה הנוגעים בדבר, בנוגע לכל האתרים שבהם נתגלו קברים והחלטתה תחול גם על האתר ביפו. ניצב לסט הוסיף והודיע כי נציגי משרד הדתות ונציגי "אתרא קדישא" יישבו בצוותא וינסו למצוא פתרון קבע לקברים שיתגלו בעתיד.

ההצעה כמעט ונתקבלה על ידי כל הצדדים. נציג רשות העתיקות, יוסי לוי הסתייג ממנה בטענה שהיא יכולה לחול רק על קברים שכבר נחפרו, ואילו הטיפול בקברים חדשים צריך להיעשות בכפוף להוראותיו של מנכ"ל רשות העתיקות, אלוף (מיל.) אמיר דרורי.

68 תופעה זו חזרה על עצמה בסוגיה רגישה נוספת ביחסי הדת והמדינה, בעניין הסמכת רושמי נישואין שאינם אורתודוקסיים. ראו: בג"צ 264/87 התאחדות הספרדים נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מג(2) 723.

69 זעקת הכאב, עמ' כה.

לא עברו ימים רבים, והעימות בין הצדדים התפרץ מחדש. לטענת החרדים, הפרו הארכיאולוגים את ההסכמים וחפרו בשטח המסומן. בעקבות כך נערכו הפגנות באתר החפירות והכביש המרכזי באזור, ברחוב יפת, נחסם לתנועה כמה פעמים על ידי המפגינים. בעקבות כך נערך מו"מ נוסף בין נציגי "אתרא קדישא" לבין הארכיאולוגים בשיתוף מנכ"ל משרד הדתות, עו"ד רוזנברג וניצב גבי לסט, מפקד המחוז. בעקבות משא ומתן זה, נוסח הסכם חדש, שאלה עיקריו⁷⁰: 1. תופסקנה החפירות בכל הקברים שנתגלו; 2. עצמות שתתגלינה באקראי, תיערמנה בפינת השטח לשם מסירתן לנציגי משרד הדתות; 3. לא יחפרו קברים שיימצאו בעתיד והחפירות תיערכנה בפקוח נציגי המשרד.

מנכ"ל רשות העתיקות סירב לחתום על ההסכם, כיוון שהתנגד עקרונית לפיקוח כלשהו על רשות העתיקות ודרש להעניק לה חופש פעולה מוחלט. המשא ומתן בין הצדדים עלה על שרטון, וההתגוששות בין הצדדים רק החמירה. בעקבות מאורעות אלה, התארגן הציבור החרדי להפגנות ענק הן במקום החפירות והן במקומות אחרים בארץ.

קצרה היריעה מלתאר את מלוא המאורעות ואת כל חלופת המכתבים בין הגורמים השונים אך דומה כי הכעס בין הצדדים הלך וגבר. אור לי"ז בתמוז תשנ"ד, לאחר שהארכיאולוגים סיימו את החפירות בין הקברים והתכוננו לעזוב את המקום, חששו אנשי "אתרא קדישא" שהארכיאולוגים ייקחו עמם עצמות אדם ולא יעבירו אותן לקבורה. למקום הוזעק נציג משרד הדתות שביקש להיכנס לאתר ולפקח על המלאכה. המשטרה מנעה את כניסתו לאתר. בנוסף, לא הסכימה המשטרה להעביר את הארגזים למשמרת אצל הגורמים שהציעו אנשי "אתרא קדישא".

מאוחר בלילה הגיעה קבוצת אברכים לאתר, העבירה עשרות ארגזים לטנדר ששכרה ונעלמה מן המקום. הארגזים הוסתרו בפרדס והאברכים נמלטו מן המשטרה אל בין כתליה ההומים של ישיבת פוניבז' בב"ב. העצמות שבארגזים הועברו לירושלים ונקברו. בתגובה, סולק פקח משרד הדתות מן האתר.

ט. הפן הפלילי: כניסה שלא ברשות למקום קבורה

המתח בין הנצים הלך וגבר. חברי הכנסת הדתיים החליטו ליזום פנייה ליועץ המשפטי לממשלה, על מנת שיורה את דרכם של הארכיאולוגים, שלטענתם חרגו מסמכותם עד כדי חשש לעבירה פלילית. כך, למשל, בחודש מרץ 1994 פנה ח"כ א' רביץ ליועץ המשפטי לממשלה וביקשו לפעול בתקיפות כנגד מה שכינה "עברייני החוק", הארכיאולוגים ש"מחטטים" בעצמות אדם.

70 שם, עמ' לג.

פנייה זו כוונה לסעיף 172 לחוק העונשין, תשל"ז–1977, הנושא את הכותרת "כניסה ללא רשות למקום פולחן או קבורה"⁷¹. סעיף זה כולל את הנורמה העיקרית שאוסרת על אדם, ללא שיש בידו הצדק חוקי לעשות כן, לפגוע בקברים, לחטט בהם ולחלל את זכרם:

"הנכנס שלא ברשות למקום פולחן או קבורה או למקום שיוחד לצורכי 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"⁷².

עיון בלשון הסעיף ובתכליתו, מלמדת שמדובר בעברת "כלאיים", מורכבת ורבת חלופות. חלק מחלופותיה במישור העובדתי הן עברות התנהגות גרידא: כך לעניין ה"נכנס שלא ברשות" או "נוהג במת שלא בכבוד", כשהוא יודע שהדבר "עשוי לפגוע ברגשותיו של אדם": היינו די בפוטנציאל של פגיעה, "עשוי לפגוע", ואין צורך להוכיח שהייתה פגיעה כזו בפועל. יתר על כן: הסעיף אינו מדבר על פגיעה באדם ספציפי, "עשוי לפגוע ברגשותיו של אדם", כל אדם במשמע, ולכאורה תחולתו במישור העובדתי רחבה ביותר. לצד זה, חלק מהחלופות מצומצמות יותר ודורשות, לכאורה, תוצאה כתנאי לקיומה של עברה. כך, לעניין חלופת "גורם הפרעה לאנשים שנתקהלו ללוויית המת", הדורשת לכאורה שהאנשים שנתקהלו ללווייה אכן יופרעו בפועל על ידי מעשהו של המפריע.

לגבי היסוד הנפשי, דרושה "כוונה לפגוע ברגשות אדם או לבזות דתו", או, למצער, מודעות לפוטנציאל הפגיעה, וכמובן לנסיבותיה. נסיבות העברה, ככל שהן מתייחסות למקום, מתמקדות בארבע חלופות שונות, שאף הגדרתן אינה ברורה כל צורכה: 1. "מקום פולחן"; 2. "מקום קבורה"; 3. "מקום שיוחד לצורכי לווית המת"; 4. "מקום שיוחד לשמירת עצמותיו של מת". הגדרות אלה כשלעצמן אינן ברורות כל עיקר. האם קבר שנתגלה באקראי במהלך פיתוחו של נכס מקרקעין יוגדר כ"מקום קבורה"? האם מקום שנתקדש בטעות, כ"מקום פולחן", כשאינן לדבר כל בסיס היסטורי, ייכנס בגדרו של "מקום פולחן"⁷³? לצד הנסיבות שתלויות במקום, יש בסעיף חלופה נוספת והיא קבוצת אנשים ש"נתקהלו ללוויית המת".

71 יסודו של סעיף זה בסעיף 148 לפח"פ, פקודת החוק הפלילי המנדטורית, משנת 1936.

72 מנתונים שונים של משטרת ישראל ובתי המשפט עולה שסעיף זה כמעט ואינו נאכף הלכה למעשה, ומעטים הם המקרים שבהם הוגשו כתבי אישום לפי סעיף זה, והעבריינים הורשעו וכוונו על עונשם.

73 לנוכח תכלית הסעיף, שעיקרה הפגיעה ב"רגשות הדת", דומה שהתשובה על כך תהא חיובית. מבחינה משפטית, לא עובדת היות המקום "מקום פולחן" או "מקום קדוש" מבחינה היסטורית היא העיקר, אלא ראייתו ככזה בידי בני אמונה מסוימת.

יש לציין, כי בנוסח האנגלי המקורי של החוק, סעיף 148 לפ"פ, התייחס היסוד העובדתי של חלופה זו לביזוי גופת המת: *"offers any indignity to any human corpse"*. אכן, פרשנות רחבה של מונח זה, כמו גם הנוסח החדש מלמד שהוא מכונן כנגד כל אחד מחלקיו של המת.

עיון במיקומו של הסעיף, סימן ז' לפרק ח' של חוק העונשין, שכותרתו "פגיעות ברגשי דת ומסורת", מלמד שבדומה לשאר העבירות שמפורטות בסעיפים 170–174 לחוק, הוא נוגע גם לפגיעה ברגשי דת ולא רק בדת עצמה⁷⁴, מונח שרחב בהרבה מן הפגיעה בדת עצמה או בחוקיה⁷⁵.

יושם אל לב, שכניגוד לכותרת שניתנה לפרק זה בחוק העונשין הישראלי, בחוק האנגלי שהיה המקור לעבירות אלה, הניסוח שונה: *offences against religion and public worship!*

לשון אחר: לפי לשונו הרחבה של הסעיף בחוק הישראלי, ייתכן שגם במקום שבו לא תהיה פגיעה ב"גרעין הקשה" של מצוות הדת⁷⁶, עדיין תהא פגיעה ב"רגשות דתיים". יש לציין, שהשוואת סעיף זה לסעיפים שלפניו, מלמדת כי המחוקק בחר לתת לפגיעה בקברים לכוש של "עבירה מיוחדת" (*lex specialis*) בנוסף לאיסור הכללי יותר שקבוע בסעיפים 170–171 לחוק, שעניינם "עלבון דת"⁷⁷ ו"הפרעה לפולחן"⁷⁸, הגם שהעונש הקבוע בשלושת הסעיפים שווה.

74 למרות כותרת הפרק, יש לתת את הדעת לכך שאחת משתי חלופות הסיפא של סעיף 172 אינה עוסקת בפגיעה ברגשי דת, אלא סתם בפגיעה ב"רגשות אדם". לכאורה, גם אתר קבורה אזרחי-חילוני או לווייה חילונית למהדרין יזכו להגנתו.

75 שאלה בפני עצמה היא האם מוצדק להטיל איסור פלילי על פגיעה ברגשות בכלל, ועל "פגיעה ברגשי דת" בפרט. לעניין זה, ראה: י' שופמן, "הצעת חוק איסור גידול חזיר (תיקון), התשמ"ה-1985", זכויות האזרח 13–14 (מרץ 1986), עמ' 15.

76 לשימוש במונח זה ביחס לדיני הכשרות, ראו, למשל: בג"צ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 685. לימים, שב בית המשפט על השימוש בו, אם כי לא תמיד ברור היכן עובר קו הגבול בין "גרעין הקשה" למעטפת, ועל פי אלו קריטריונים – דתיים או חילוניים – נקבע קו זה. ראה: בג"צ 22/91 אורלי ש. 1985 נ' הרב הראשי ליבנה, פ"ד מה(3) 817; בג"צ 3944/92 מרבק נ' הרבנות הראשית, פ"ד מט(1) 278; ולאחרונה בג"צ 77/02 מעדני אביב נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו(6) 249.

77 אחת מחלופות סעיף 170 מדבר על הריסה, גרימת נזק או חילול "עצם המוחזק מקודש לקהל אנשים". ראיית קברי קדמונים כ"עצם המוחזק מקודש" לציבור דתי מסוים מכוח מצוות הדת (ראה להלן), אפילו אם זהותם של הנקברים בו אינה ידועה בדיוק, עשויה להכניס את הפוגע בקברים גם למסגרת סעיף זה, בצירוף החלופה השניה בסעיף המתייחסת ליסוד הנפשי, ומנוסחת בלשון רחבה ביותר: "ביודעין שהם עשויים [=היינו: די בפוטנציאל ואין צורך בהבאת "נעלבים" ממשיים] לראות במעשה זה עלבון לדתם". לנוכח ניסוחם הרחב של סעיפים אלה, דומה שיש ליתן להם פרשנות מצמצמת ביותר, ושמה יש מקום להרהר אחר נחיצותם בקודקס הפלילי.

78 סעיף 171 מדבר בהפרעה ל"אסיפת אנשים שנתאספו כדין לשם פולחן דתי". לכאורה, גם לווייה דתית היא חלק מ"פולחן דתי", ולא ברור מה טעם ייחד המחוקק חלופה נוספת לעניין הפרעה להלווייה בסעיף 172.

חריג בקבוצה זו הוא סעיף 173 לחוק העונשין, שעניינו "פגיעה ברגשי דת"⁷⁹ ועונשו מאסר שנה אחת בלבד.

כידוע, מעבר לשאלת ההצדקה להחלת איסור פלילי על "רגשות דתיים" דווקא, ולא על רגשותיהם של בני ציבור אחר, מונח זה של "רגשות דתיים" הנו עמום למדי, וקשה להגדירו במדויק⁸⁰. יתר על כן: גם שאר מרכיביה של העבירה, דוגמת "מקום קבורה"⁸¹, "פגיעה", "ביזוי דת"⁸², אינם ברורים כל צורכם, וקשה למוד אותם במידה מדויקת. החלת מבחן "האדם הסביר" עליהם, תביא מן הסתם למסקנה שאפילו אמרנו, ולא אמרנו, שבמקרים מסוימים ארכיאולוג שמטפל בעצמות אדם "נוהג במת שלא בכבוד", עדיין לא נלווית לכך דרך כלל אותה "כוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו" שהיא יסוד מיסודות העבירה.

בוודאי שכך הוא המצב, משהארכיאולוגים פועלים לפי רשיון שניתן בידם, ולפי הנוהל שהתגבש בעניין זה כבר בשנות החמישים, וממילא לא מתקיימת בהן הדרישה שברישא של הסעיף, "הנכנס שלא ברשות".

יצוין, כי למעט פסקי דין בודדים, לא זכה סעיף זה לפרשנות רחבה בפסיקת בתי המשפט. הדיון הנרחב ביותר בו, לפי שעה, נעשה בע"פ 3338/99 דמיאן פקוביץ נ' מדינת ישראל [לא פורסם], שבו הורשע המערער בביזוי בית קברות בנשר, לאחר שהניח ראש כרות של חזיר על אחד הקברים, בסברו, בטעות, שהיה זה קברו של עז א-דין אל קסאם, דמות מוסלמית נערצת. כפי שקבע בית המשפט, "מבנהו של סעיף 172 לחוק העונשין מתאפיין, הן מבחינת הרכיב העובדתי והן מבחינת הרכיב הנפשי של העבירה, בריבוי חלופות. מבנה מורכב זה של העבירה מזמין התייחסות פרשנית

79 וזה נוסחו: "העושה אחת מאלה, דינו – מאסר שנה אחת: 1. מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים; 2. משמיע במקום ציבורי ובתחום שמיעתו של פלוני מלה או קול שיש בהם כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים". יושם אל לב שגם כאן די בפוטנציאל גרידא של פגיעה ("שיש בו כדי לפגוע") ואין צורך בהוכחת פגיעה ממשית. למיטב ידיעתנו, למעט מקרים בודדים גם סעיף זה כמעט ואינו נאכף הלכה למעשה. לבד מהדברים שנאמרו לעיל, פגיעתו הקשה של הסעיף בחופש הביטוי מחייבת מתן פרשנות מצמצמת ביותר לתוכנו. לניתוחו של סעיף זה, ראה בהרחבה לאחרונה: מ' קרמניצר, רגשות דתיים, להלן הערה 80.

80 על מונח זה, ראו בהרחבה: ד' סטטמן, "פגיעה ברגשות דתיים", בתוך: רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר לזכרו של אריאל רוזן-צבי (מ' מאוטנר, א' שגיאר, שמיר עורכים, ת"א תשנ"ח), עמ' 133 ואילך; א' כשר, "פגיעה ברגשות וטובת הכלל – בעקבות בג"צ מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות", משפט וממשל ב (תשנ"ד), 289–302; ולאחרונה: מ' קרמניצר, ש' גולדמן, ע' טמיר, רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי (ירושלים תשס"ד).

81 האם כ"מקום קבורה" ייחשב רק בית קברות, או שמא גם קבר בודד, או קבוצת קברים, שאינם מצויים בשטח המשמש בימינו לקבורה, ואף אינם מזוהים ככאלה בציבור העובר לידם, ייחשבו ל"מקום קבורה"?

82 על מנת להגדיר מונח זה יהא צורך, כמוכח, להגדיר מהי "דת" לעניינו של החוק הפלילי, ומה ייחשב כ"ביזוייה"? האם מבחנה של הדת הנפגעת הוא שיקבע, או שייקבע מבחן "אזרחי-חילוני", שיציב קריטריונים לביזוי, ויהיו אלה קריטריונים אובייקטיביים או סובייקטיביים.

ליסודות השונים הכלולים בה, ולהבחנה ביניהם. יצוין כי החלופות הכלולות בסעיף הנן שוות מעמד לעניין הפליליות שהמחוקק מייחס להן, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בעונש האחיד הקבוע בגין העבירה על כל חלופותיה".

באותו פסק דין, עמדה השופטת בייניש גם על הקשיים שיש בהתליית סעיף זה בתנאי מקדמי של "כניסה שלא ברשות", המונע במקרים רבים את בית המשפט מלהרשיע עבריינים על פיו: "השאלה מה טיבו של היסוד "נכנס שלא ברשות" למקומות המפורטים בסעיף, מעוררת קושי פרשני משני טעמים: ראשית, מההיבט היישומי-המעשי, המקומות הנזכרים בסעיף הןם לרוב מקומות ציבוריים, שהכניסה אליהם – לפחות ברוב שעות היום – חופשית ופתוחה לציבור ואיננה טעונה קבלת רשות. לפיכך קשה להניח כי יסוד זה מתקיים לפחות ביחס לכניסה לבתי עלמין. שנית, מההיבט של הערך המוגן בסעיף 172 (מניעת פגיעה ברגשות וברגשות דתיים ביחס לקבורת המת ולכבודו), אין חשיבות להגנה על החזקה במקום ולמתן רשות כניסה. אין סיבה לאסור בחקיקה מיוחדת כניסה ללא רשות למקום קבורה, תכלית המושגת בעבירה הקיימת של הסגת גבול, ואין הצדקה להחילה בחומרה מיוחדת על מקום קבורה. מנגד, מתן הרשות לכניסה אין בו כדי להבטיח מפני מעשה הפוגע ברגשות בתוך בית העלמין. בנסיבות אלה שימת הדגש על פרשנות לשונית של הסעיף המתמקדת במתן הרשות להיכנס, פוגעת בהשגת תכלית העבירה".

מסיבות אלה, קבע השופט אגרונט⁸³ עוד בשנת 1971 כי על פרשנות החוק להתחשב בתכלית האיסור הפלילי בו מדובר, ועיקרה מניעת הפגיעה ברגשי דת ומסורת, שמתבטאת בחילול כבוד המת. גישה זו הנחתה את בית המשפט גם בעת הדיון בפס"ד פקוביץ' הנזכר. יתר על כן, כפי שהדגיש בית המשפט, קיימת בסעיף זה חלופה נוספת של התנהגות אסורה והיא החלופה של "נוהג במת שלא בכבוד":

"יסוד עובדתי זה כולל רכיב של התנהגות ("נוהג"), ורכיבים נסיבתיים ("במת שלא בכבוד"). הרכיב ההתנהגותי שהוגדר בלשון הסעיף כ"נוהג" הוא רחב ביותר מבחינה לשונית, ולכאורה עשוי הוא לחול על כל צורת התנהגות, ובהקשר הנדון – כלפי כבודו של המת. 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".

83 ע"פ 176/71 הרב שמואל ברוך ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (2) 667. ראו שם בעיקר עמ' 677-678.

דומה שקביעה אחרונה זו אינה מתחייבת מלשון הסעיף. אפשר שבית המשפט נטה אליה מכוח הכלל שקובע כי בכל מקום שבו יש כמה חלופות פרשניות אפשריות, יש לאמץ את הפרשנות שמיטיבה עם הנאשם⁸⁴. יהא אשר יהא, ברור הן מהסעיף והן מהפרשנות שניתנה לו, שביזוי המת בדרך שפוגעת ברגשות דתיים עשויה לעלות כדי עברה, והחברה מבקשת להגן על ערך זה ולמנוע את הפגיעה בו.

שאלה מעניינת היא כיצד ייקבע מהו "כבודו של מת"? האם המבחן הוא מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי, והאם יש להתבונן בו ב"משקפיה" של הדת שאליה המת השתייך (ואז, כמובן, בעניין דנן יש משקל רב לשאלה האם מדובר בקבר של יהודים או של בני דת אחרת) או ב"משקפיה" של המדינה, שתקבע מבחן "חילוני-אזרחי" בסוגיה זו? למיטב ידיעתנו שאלות אלה טרם נדונו בפסיקה בהרחבה, ועוד חזון למועד לעיסוק בהן.

מכל מקום, כפי שמודגש בראש הסעיף, מדובר בו על "כניסה שלא ברשות" למקום קבורה, שמלווה במטרה לפגוע ברגשות אדם או לבזות דתו. בהקשר שלפנינו, החפירות הארכיאולוגיות נעשות דרך כלל מכוחו של רשיון חפירה, וממילא אין לראות בהן "כניסה שלא ברשות". יתר על כן, כפי שצוין לעיל, אין הן מלוות בכוונה לפגוע ברגשות אלא תכליתן היא מחקר מדעי, ולכן אין לכאורה לסעיף זה כל תחולה עליהן.

י. חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה

משעלתה הסוגיה וניעורה בשנת 1994, נדרש אליה היועץ המשפטי לממשלה בשנית. לאחר שקיבל חוות דעת של המשנה ליועץ המשפטי במשרד החינוך שלפיה "עצמות אדם" אינן בגדר "עתיקה", ואת התייחסותם של שר המשטרה ואנשי רשות העתיקות אליה, החליט היועץ המשפטי לממשלה, מיכאל בן יאיר, להיכנס בעובי הקורה, ולפרסם חוות דעת מקיפה משלו בנושא זה⁸⁵. בעיקרו של דבר, שב היועץ המשפטי על העמדה של קודמיו בשלהי שנות השבעים, וקבע שאכן עצמות אדם אינן בגדר "עתיקה". בדומה לכך, קבע היועץ המשפטי שסעיף 172 לחוק העונשין אינו חל על פעולת הארכיאולוגים וממילא אין להעמידם לדין פלילי.

עם זאת, עיקר החידוש שבחוות הדעת לא היה בנייתו המצב המשפטי, שכאמור

84 ראה כיום סעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין"; והשווה לדברי השופט ברק (כתוארו אז): "חוק פלילי, כמו כל חוק אחר אין לפרשו לא על דרך הצמצום ולא על דרך ההרחבה, אלא על דרך מתן משמעות, הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה. מלותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על-פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק", ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 427.

85 חוות הדעת פורסמה אצל הכהן, ארכיאולוגיה וכבוד המת, לעיל הערה 53, עמ' 111-116.

נעשה כבר כעשור ומחצה קודם לכן, אלא במתן הנחיה מפורשת לרשות העתיקות לפעול בכל הנוגע לחפירות ארכיאולוגיות בקברים על פי הנוהל שעיקרו גובש כבר בשנות החמישים. בתצהיר שהגישה לבג"צ, בפרשת צומת הגבעה הצרפתית שהוזכרה לעיל, הצהירה הרשות מיזמתה כי אין היא יוזמת "בשנים האחרונות כל חפירה ארכיאולוגית במקום בו הסבירות להימצאות שרידי קבורה היא גבוהה. כתוצאה מכך מתגלים שרידי קבורה אך ורק בחפירות הצלה ומטופלים תוך שמירה קפדנית על עצמות אדם". רשות העתיקות הוסיפה, כי מאחר ובטרם חפירה לא ניתן לדעת האם יימצאו בה קברים אם לאו, אין לאסור מראש על עריכת חפירה במקום כלשהו, ובלבד שיובטח שאם אכן תימצאנה עצמות באתר, הן יטופלו בכבוד הראוי ובתום הבדיקה יובאו לקבורה ראויה. לנוכח הצהרות הרשות וההנחיות שנקבעו בנוהל, קבע היועץ המשפטי לממשלה שיש להמשיך ולנהוג על פיו, כשהמטרה צריכה להבטיח את אכיפת הוראותיו. למרות הרטוריקה המגלה אהדה רבה לשמירה על כבוד המת, הלכה למעשה הותר היועץ המשפטי את זכות "המילה האחרונה" בידי הארכיאולוגים. בחוות דעתו קבע בן יאיר מפורשות כי אין למנוע הפרעה לחפירה כלשהי. לדעתו, בדיקתם הראשונית של הארכיאולוגים מתחייבת בכל מקרה ונועדה לקבוע את קיומו של התנאי המקדמי להחלת הנוהל, קרי: האם בעצמות אדם עסקינן, או בעצמות אחרות. רק משהושלמה בדיקה זו, והוסק כי אכן עצמות אדם הן, יש לפעול לפי הנוהל הקיים ולשתף בטיפול בעצמות את אנשי משרד הדתות.

היועץ המשפטי בן יאיר הוסיף וקבע כי במידה ולא ניתן לבדוק את טיבן של עצמות שנתגלו על אתר, תרתי משמע (בשטח החפירה ומיד), ניתן לאסוף את הממצאים ולבודקם במעבדות רשות העתיקות.

נקל לשער שדעתם של החרדים לא הייתה נוחה מהסדר זה. הם חששו כי יהיה מי מאנשי הרשות שיבקש לנצל את הפרצה שניתנה לו בחוות הדעת הנוכחת, וייטול עמו עצמות שמצא בחפירה הארכיאולוגית לשם "בדיקה" במשרדי הרשות, מבלי שניתן יהיה לפקח על פעולה זו.

למרות הנוהל האמור היו היתקלויות נוספות בין יזמים, ארכיאולוגים ואנשי "אתרא קדישא", במקומות שונים בארץ, ביחס לטיפול בעצמות או בממצאים החשודים כעצמות שנתגלו במקומות שונים בארץ.

כמו במקרה הקודם, של חוק העתיקות, הביא גם כאן השינוי במפה הפוליטית להסדר שירצה את החרדים. בשנת 1996, לאחר קדנציה שבה הייתה "אגודת ישראל" מחוץ לקואליציה⁸⁶, שבו כל המפלגות הדתיות והתאחדו תחת המטריה הקואליציונית. לא ארכו הימים, ואנשי המשרד לענייני דתות החלו להפעיל לחצים על רשות העתיקות

86 תקופת ממשלתו השנייה של יצחק רבין ז"ל (1992–1995) התאפיינה במתחים פנים חרדיים חריפים ביותר, על רקע הצטרפותה של ש"ס לקואליציה ואי הצטרפותן של סיעות "אגודת ישראל" ו"דגל התורה" שכינו ממשלה זו בתקופת מסוימות (בעיקר בעת כהונתה של שולמית אלוני כשרת החינוך) "ממשלת שמד".

במטרה שזו תשתף אותם בהחלטותיה בכל הנוגע לחפירות שיש בהן חשש לקיומם של קברים. במסגרת זו נועדו כבר בחודש מרץ 1997 אנשי משרד הדתות עם נציגי רשות העתיקות, וגיבשו נוהל פעולה מוסכם ביניהם.⁸⁷

גם הממשלה לא שקטה על שמריה. כמה חודשים לאחר גיבוש הנוהל המוסכם, ביום כ"ט בסיוון תשנ"ז (4.7.97), החליטה הממשלה ל"החיות" את ה"צוות הבינמשרדי" שמתפקידו היה לתאם בין הגורמים השונים – משרדי החינוך, הדתות, המשטרה ורשות העתיקות – את פעולתם בשטחי החפירות הארכיאולוגיות השונים. עמדה זו הונעה במידה רבה בזכות פעולתו הנמרצת של היועץ המשפטי החדש לממשלה, אליקים רובינשטיין.⁸⁸ הלה נכנס בעובי הקורה וביקש להביא את רשות העתיקות ואת אנשי "אתרא קדישא" ונציגי משרד הדתות, שייצגו את האינטרס ה"דתני" בסוגיית החפירות בקברים⁸⁹ לידי הסדר מעשי, גם אם לא הסכמה, שיאפשר קיום משותף תוך פגיעה מינימלית בערכים השונים. הרעיון היה להניח בצד את האידיאולוגיות: כל אחד מן הצדדים ימשיך להחזיק בהשקפת עולמו, אך עם זאת יגובשו דפוסי פעולה טכניים מעשיים למקרים שבהם יתגלו קברים במהלך חפירות ארכיאולוגיות.⁹⁰

בעקבות מגעים שונים שנוהלו בין הצדדים, ניאות מנהל רשות העתיקות להצהיר רבים על מדיניותה של רשות העתיקות ביחס לקברים שמתגלים במהלך חפירות הצלה, ועל מחויבותה לנהוג כבוד במת ובעצמותיו.⁹¹ עם זאת, בשל המתיחות והחשדנות בין הצדדים, נקבע מראש שמדיניות זו תעמוד בתוקפה "לתקופת ניסיון של שישה חודשים" ותו לא.⁹²

הסכמה זו מבטאת את אחד ההסדרים המקיפים ביותר בסוגיה זו.⁹³ רשות העתיקות הצהירה כי "אינה יוזמת חפירות ארכיאולוגיות בקברים עתיקים".⁹⁴ בכל הנוגע לחפירות

87 העתק פרוטוקול הפגישה והנוהל המוסכם שגובש בין הצדדים מובא אצל הכהן, ארכיאולוגיה וכבוד המת, לעיל הערה 53, עמ' 76–82.

88 הסדר זה משקף את גישתו העקרונית של א' רובינשטיין לפתור שאלות בתחום "הדת והמדינה" בהסכמה, ולא בדרך של הכרעה שיפוטית. ראו: רובינשטיין וסולברג, "דת ומדינה בשנת היובל", לעיל הערה 26.

89 באופן רשמי, ולנוכח המתיחות הרבה בין הצדדים ואופיו הוולונטרי של הארגון, הושגו ההסכמות רק בין רשות העתיקות, היועץ המשפטי לממשלה ונציגי משרד הדתות, אך אנשי "אתרא קדישא" היו כל העת בתמונה ולמעשה ניווטו את פעולת נציגי משרד הדתות מאחורי הקלעים.

90 ראו רובינשטיין-סולברג (לעיל הערה 26), עמ' 205.

91 יש להדגיש כי רשות העתיקות אינה רואה את פעולותיה בחשיפת קברים ופינויים פגיעה בכבוד המת. נהפוך הוא: לשיטתה, דווקא פיקוחה של רשות העתיקות מונע את חילולם של הקברים על ידי קבלנים ויזמים זרזים שהיו הורסים את הקברים מבלי שאיש ידע על כך.

92 העתק מכתבו של מנהל רשות העתיקות ליועץ המשפטי לממשלה פורסם אצל: א' הכהן, ארכיאולוגיה וכבוד המת, לעיל הערה 53, עמ' 84–85. ראו שם, בעמ' 87, את "הצעת התיקון" של היועץ המשפטי לממשלה להצעתו של מנהל רשות העתיקות.

93 כפי שהעיר היועץ המשפטי רובינשטיין במאמרו, לעיל הערה 26, עמ' 206, הסדר זה עדיין אינו פותר את הבעיה בקיום חפירות שנערכות במקרקעין פרטיים.

94 כדי להעניק תחולה רחבה יותר להתחייבות זו, תבע היועץ המשפטי לממשלה שהיא תחול לא

הצלה הנערכות בהזמנת המדינה, הרי שלמעט במקרים בהם ביקש זאת המזמין במפורש, לא תחפור רשות העתיקות בקברים שהתגלו במהלך חפירות הצלה הנערכות על ידיה". הרשות התחייבה שב"מקרים בהם נפגע באקראי קבר במהלך ביצוע חפירות הצלה עבור המדינה, תעשה כל מאמץ לאטום את הקבר ולמנוע פגיעה בו. במקרים בהם לא ניתן לאטום את הקבר, תבצע הרשות חפירת הצלה מדעית בקבר... תתעד את הממצאים, ותוציא את העתיקות שבו אך לא תפנה ממנו את העצמות... לפני שתקבע הרשות כי לא ניתן לאטום קבר שנפגע, תתייעץ הרשות עם נציג המשרד לענייני דתות ובלבד שהנציג האמור יבוא למקום בהקדם ולא יאוחר מ-24 שעות מרגע שהודע לו. נציג המשרד לענייני דתות יהיה עובד המשרד שנקבע לכך מראש".

בשנת 1999 הגיע היועץ המשפט לממשלה להסכמה נוספת עם מנהל רשות העתיקות אלוף (מיל.) אמיר דרורי להסכמה נוספת שלפיה "אם מתגלות באתר העתיקות מערות קבורה, יועבר מידע זה לגורמים המוסמכים במשרד לענייני דתות, על מנת שהללו ינסו למצוא פתרונות לעניין, כולל פנייה לזום לבחינת אפשרות שינוי התוואי". הסכם זה קבע עוד ש"אם התגלו באתר העתיקות מערות קבורה אשר אינן מצויות בתוואי הבנייה או הסלילה, ואין חשד לשוד קברים, המערות תיאטמנה באופן אשר לא יפגע בממצאים הקיימים בהן"⁹⁵. ביום י"ב באדר א תש"ס (18.2.00), שלח היועץ המשפטי לממשלה למנהל רשות העתיקות הוראות משלימות ולפיהן בכל מקרה שבו מתגלות באתר העתיקות מערות קבורה, "יועבר מידע זה לגורמים המוסמכים במשרד לענייני דתות על מנת שהללו ינסו למצוא פתרונות לעניין, כולל פניה לזום לבחינת אפשרות שינוי התוואי"⁹⁶.

בעקבות הסכמות אלה, שקטה במידה רבה החזית ה"ארכיאולוגית"⁹⁷. פקחי רשות העתיקות ואנשי "אתרא קדישא" ומשרד הדתות משתפים פעולה ברבדים שונים, והפגנות החרדים הגדולות של סוף שנות השמונים ושנות התשעים שככו.

רק על רשות העתיקות אלא על כל משרדי הממשלה, שייאסר עליהם להזמין ביצוע חפירות הצלה בקברים עתיקים ללא הסכמה מוקדמת של המחלקה לשירותי קבורה במשרד הדתות. ראו רובינשטיין-סולברג שם, לעיל הערה 26, בעמ' 206.

95 העתק הסכמה זו פורסם אצל: א' הכהן, ארכיאולוגיה וכבוד המת, לעיל הערה 53, בעמ' 89.
96 יש לציין כי בשנת תשס"א הניח ח"כ מאיר פרוש על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית שכותרתה "הצעת חוק העתיקות (תיקון – איסור פגיעה בקברים ובמערות קבורה), התשס"א-2001". הצעה זו נועדה לעגן את ההסכמות שאלהן הגיע היועץ המשפטי לממשלה בחוק.
97 תביעת נציגי הציבור החרדי להקים ועדת שרים שתהיה מוסמכת להחליט במקרה של מחלוקת לא נתקבלה על דעת היועץ המשפטי לממשלה, שראה בכך סכנה לגריעת סמכויות סטוטוריות שהוקנו בחוק לרשות העתיקות. גם הצעת היועץ המשפטי לממשלה למנות "יועץ לענייני הלכה" ברשות העתיקות שיכריע בכל מקרה של מחלוקת בדבר טיפול בעצמות שמתגלות בחפירות לא נתקבלה. המלצה נוספת של היועץ המשפטי לממשלה יועדה למשרד הפנים, ותכליתה התחשבות במיקומם של קברים עוד בשלב התכנון, והותרת שטחים אלה – במידת האפשר – כשטח ציבורי פתוח, "שטח ירוק", שלא ייעשו בו עבודות בניה. ראו רובינשטיין-סולברג, לעיל הערה 23, עמ' 207.

יא. ערכיה של מדינה יהודית

היותה של מדינת ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית", מחייבת את בית המשפט ואת שאר רשויות השלטון בבואן לדון בסוגיה דנן, ליתן את דעתן ל"ערכיה של מדינה יהודית", כפי שהם עולים מתוך המורשת העשירה של המשפט העברי.

עיון במקורות המשפט העברי מלמד על המקום החשוב שתופס במסכת ערכיו הערך של "כבוד המת"⁹⁸. עד כדי כך, שלעתים נדחות מפניו מצוות רבות חשיבות כמו קריאת שמע, תפילה ותפילין⁹⁹. כוחו של ערך זה נתעלה עוד יותר לנוכח פיתוחה התיאולוגי של האמונה בתחיית מתים¹⁰⁰, תחיית מתים גופנית ולא רק רוחנית, שהייתה לאחד מ"עיקרי היהדות". ביטוי לכך ניתן בקביעת ברכת "מחיה המתים" בתפילת העמידה, במשנה¹⁰¹, בדברי רב סעדיה גאון¹⁰² ובי"ג העיקרים שקבע הרמב"ם¹⁰³. מכאן, משקלו הרב של האיסור לפגוע בשרידי גופו של אדם, אפילו לאחר פטירתו, לבד מעצם הפגיעה ב"כבוד המת". עם זאת, כפי שנראה להלן, גם המשפט העברי מכיר בצורך להזיז עצמותיו של נפטר ממקומן בהתקיים נסיבות מסוימות.

הכלל הוא שאין להזיז שרידי גופו של מת או עצמותיו ממקומם. כלל זה מנוסח כבר בדברי התלמוד הירושלמי (מועד קטן, פרק ב, הלכה ד, פא, ע"ב):

אין מפנין המת והעצמות אפילו מקבר בזוי למכובד. ואין צריך לומר מקבר מכובד לבזוי. ובתוך שלו [=מותר לפנות] אפילו מקבר מכובד לקבר בזוי. מאי טעמא? ערב לאדם שיהא נינוח אצל אבותיו¹⁰⁴.

98 על האבחנה בין "כבוד המת" ל"כבוד החיים", ראו: נ' רובין, קץ החיים (ת"א 1997), עמ' 116.
99 ראו מסכת שמחות י, יא, ושם נאמר ש"אפילו אם רצה להחמיר על עצמו אין שומעין לו. למה? מפני כבודו של מת".

100 למותר לציין שהתפישה התיאולוגית של תחיית המתים רווחת גם בדתות אחרות, ובמיוחד בנצרות.
101 משנה סנהדרין י, א: "ואלו שאין להם חלק לעולם הבא: האומר אין תחיית המתים...". על תפישת חז"ל, ראו בהרחבה: S. Lieberman, Some Aspects of After Life in Early Rabbionic Literature, in: *H. Wolfson Jubilee Volume, II* (Jerusalem, 1965), pp. 495–532; א"א אורבך, חז"ל – פרקי אמונות ודעות (ירושלים תשל"א), לפי המפתח בערכו.

102 ראו רב סעדיה גאון, ספר האמונות והדעות, מאמר ז.
103 אכן, עמדתו של הרמב"ם בדבר תחיית מתים "גשמית", מעוררת בעיה קשה במשנתו התיאולוגית שדרך כלל אינה מכירה ב"הגשמה". על תפישת הרמב"ם בסוגיה זו, ראה פירושו למשנת סנהדרין י, א; והשוו להלכות תשובה ח, א–ב; ולדבריו ב"איגרת תחיית המתים", מהד' י' פינקל, ת"ש.
104 כך נפסקה ההלכה גם ברמב"ם, הלכות אבל יד, טו (ופירש שם הרדב"ז: "ויש מי שכתב לפי שהבלבול קשה למתים מפני שמתיראין מיום הדין, וזכר לדבר (איוב ג) "ישנתי אז ינוח לי"... ואני אומר שאם זה הוא הטעם אפילו לפנות אותו לתוך שלו היה אסור, אלא עיקר הטעם משום בזיון המת". וראו שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שסג, סעיף א, אך כפי שנציין להלן, רבי יוסף קארו מתיר את פינוי העצמות מחו"ל לארץ ישראל. וראו בהרחבה דיונו של הרב עובדיה יוסף בהלכה זו, בשו"ת יביע אומר, חלק ו, יורה דעה, סימן לא; חלק ז, יו"ד, סימן לח והמקורות הרבים שהביא שם.

עיון בספרות ההלכה מלמד שלצד האיסורים הפורמליים, נקשרו באיסור זה גם טעמים מיסטיים, אמונה וחשש מפני קטרוגו של הנפטר על הזות עצמותיו¹⁰⁵. ברם, כבר בתקופות קדומות מצאו חריג לכלל האמור, במקרה שבו הזות עצמות הנפטר נועדה לכבודו-שלו. מסיבה זו התירו כבר בתקופות קדומות – והדבר היה לנוהג רווח עד המאה השלישית לספירה – ל"פנות" עצמות מת ממקום למקום לאחר ש"נתעכל הבשר"¹⁰⁶. אכן, בקרב חכמי ההלכה האחרונים קיימת מחלוקת אם זכות זו עשויה להתממש רק על ידי יוצאי חלציו של הנפטר¹⁰⁷, או שמא גם על ידי אנשים אחרים שאינם קרוביו, אך רוצים ב"טובתו"¹⁰⁸. ההיתר לפנות עצמות הנפטר היה רווח כאשר היה חשש כי מקום הקבר יהפוך למקום ביזיון, ויסללו מעליו כביש או יעשו בו שימוש אחר לצורכי חולין¹⁰⁹. חריג נוסף הוכר כבר בהלכה הקדומה במקרה של קבר "שהוא מזיק את הרבים", או שהעיר "הקיפה אותו משלוש רוחותיו", דהיינו שבעבר היה מחוץ לתחומי העיר אך בעקבות התפשטותה בא בגבולה¹¹⁰. עם זאת, כבר במקורות קדומים ידעו להבחין בין סוגי קברים שונים, וכך אמרו במקור תנאי שהובא בתלמוד הירושלמי (נזיר פרק ט, הלכה ג, נז, ע"ד): "כל הקברות מתפנין חוץ מקברי המלך ומקברי הנביא. אמרו לו: והלא קברי בני דוד מתפנין, וקברי בני חולדה היו בירושלים ולא נגע בהן אדם לפנות מעולם".

- 105 ביטוי לחשש זה, נתן המהר"ם שיק, מגדולי התורה בהונגריה במאה הי"ט, בספר תשובותיו, יורה דעה, סימן שנג: "מהלין טעמי [=מהטעמים שלעיל] היה נראה לי דיש לפנות, אבל מי יתקע עצמו בדבר הלכה בדבר גדול ופומבי רבה. ובענין פינוי הגאון מהר"ם בנעט זצ"ל [=מגדולי ההלכה בגליציה במאה הי"ח], שהיו בו טעמים יותר ברורים, ופחדו ורעדו [=לפנות עצמותיו], עד שהסכימו גדולי עולם, כמובא בתשובת מרן [=החתם סופר, חלק ו, סימן לז].
- 106 על סוגיה זו ראו בהרחבה: נ' רובין, קץ החיים, לעיל הערה 98, עמ' 145–153; הנ"ל, "הקבורה השנייה בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד", בתוך: קברים ונוהגי קבורה (א' זינגר עורך, ירושלים תשנ"ד), 248–269, והמקורות הרבים שנוכרו שם; וראה קברים ונוהגי קבורה שם, במאמרה של ר' חכלילי, עמ' 181–189; ומאמרו של י' פטריך, שם, עמ' 190–211. על תופעה זו בספרות ההלכה המאוחרת, ראו לדוגמא: שו"ת נודע ביהודה, מהדורא קמא, יורה דעה, סימן פט; שו"ת שרידי אש, חלק ב, סימן קכה; שו"ת בצל החכמה, חלק א, סימן יד; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, סימן כ, אות כב; הרב י' חזני, "פינוי עצמות קדושי מזיריץ הי"ד", תחומין יג (תשנ"ג), 89–105.
- 107 בגישה זו נוקט הרב משה פיינשטיין, מגדולי ההלכה בארצות הברית במאה ה-20. ראו שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק א, סימן קנג. בין השאר, הוא שולל את העברת עצמותיו של מונטיפיורי לארץ ישראל, מכיוון שיש בכך מעין "אפליה" כלפי כל שאר החכמים, "צדיקים וקדושים", ששרידי עצמותיהם יישארו בחו"ל.
- 108 ראו דברי הרב טולידנו, להלן הערה 117, עמ' 385.
- 109 ראו שולחן ערוך, יורה דעה שסג, א שם; ותשובת המהרש"ם (מרבני פולין, המאה ה-19), שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן רב (בענין אישה שנקברה בחצר ביתה בכפר, והיה קיים חשש אמיתי שברכות הימים יפנו נוכרים קברה משם וינהגו ביזיון בעצמותיה); שו"ת מנחת אלעזר, חלק ד, סימן נג (בענין חיילים שנקברו בקבר אחים בשדה המערכה). כיוצא בדבר התיר הרב עובדיה יוסף לפנות שלושה קברים שהיו בשטח העיר ימית, קודם מסירתה לידי המצרים, בעקבות הסכם השלום. ראו: ילקוט יוסף, חלק ז, עמ' רצד.
- 110 ראו ירושלמי נזיר פרק ט, הלכה ג (נז, ע"ד).

חריג אחר לכלל האמור הוא כאשר הפינוי נועד להעביר את עצמות הנפטר לקברי אבותיו, או מקברו שבחו"ל לקבר שבארץ ישראל.¹¹¹ מעלת הקבורה באדמת ארץ ישראל, שלפי המסורת "מכפרת" היא על הטמונים בה¹¹², גוברת במקרה זה על האיסור, ורואים אותה כעשיית "רצונו" המשוער של הנפטר, אפילו לא הביע הסכמה מפורשת לכך¹¹³. חריג אחר לכלל הנזכר הוא כאשר הנפטר ציווה קודם פטירתו שיקברוהו במקום מסוים, אך קברוהו במקום אחר, או כאשר קיימת הנחה שנפטר רצה שיקברוהו לצד בני משפחתו¹¹⁴. במקרים כגון אלה, הזזת העצמות ממקום קבורתן והעברתן למקום אחר נתפשת לא רק כ"היתר"¹¹⁵ אלא אפילו כ"חובה"¹¹⁶ או "מצווה"¹¹⁷. מעבר לאיסור הזזת עצמות הנפטר ממקומן, קיים מכשול הלכתי נוסף והוא איסור ההנאה מן המת¹¹⁸.

111 לגבי המקרה ההפוך, של העברת גופת נפטר מארץ ישראל לחו"ל, ראו בהרחבה: הרב עובדיה יוסף, שו"ת יביע אומר, חלק ז, יורה דעה, סימן לח.

112 ראו לדוגמא רמב"ם הלכות מלכים ה, יא: "וכן הקבור בה נתכפר לו, וכאילו המקום שהוא בו מזבח כפרה, שנאמר וכפר אדמתו עמו, ובפורענות הוא אומר על אדמה טמאה תמות, ואינו דומה קולטתו מחיים לקולטתו אחר מותו, ואף על פי כן גדולי החכמים היו מוליכים מתייהם לשם, צא ולמד מיעקב אבינו ויוסף הצדיק". מקור דברי הרמב"ם הוא בדברי התוספתא (עבודה זרה, פרק ה) ובתלמוד (כתובות קיא, ע"א) שלפיהם "כל הקבור בארץ ישראל, כאילו קבור תחת המזבח". אכן, מן התלמוד הירושלמי (כלאים, פרק ט, הלכה ג), עולה דעתו החולקת של רבי בר קריא ולפיה מי ש"עולה" לארץ ישראל רק לאחר פטירתו, עליו אומר הכתוב "ונחלתי שמתם לתועבה". גישה שלילית זו, להעברת נפטר לא"י רק לאחר פטירתו, מועצמת בספר היסוד של המקובלים, ספר הזוהר, פרשת אחרי מות: "וכל מאן דלא זכי בחייו בארעא קדישא ומייתין ליה לאתקברא תמן, עליה כתיב ונחלתי שמתם לתועבה, רוחיה נפיק ברשותא נוכראה אחרא, וגופיה אתי תחת רשותא דארעא קדישא, כביכול עביד קדש חול וחול קדש, אבל מאן דזכי למיפק נשמתיה בארעא קדישא אחכפרו חוביו, וזכי לאתקשרא תחת גדפוי דשכינה, דכתיב וכפר אדמתו עמו" [תרגום: וכי מי שלא זכה בחייו בארץ הקודש, ומביאים אותו להיקבר שם, עליו כתוב ונחלתי שמתם לתועבה. רוחו יוצאת ברשות נוכרית אחרת [=בחחו"ל], וגופו בא תחת רשות ארץ הקודש, כביכול עושה הוא קודש לחול, וחול לקודש. אבל מי שזוכה להוציא נשמתו בארץ הקודש, מתכפרים עוונותיו וזוכה להתקשר תחת כנפי השכינה, שנאמר וכפר אדמתו עמו]. מסיבה זו נדרו חכמים רבים, וביניהם מקובלים רבים, לארץ ישראל גם בערוב ימיהם. וראו עוד: אור זרוע, הלכות אבלות, סימן תיט; מהרש"א, חידושי אגדות, בבא בתרא ס, ע"ב.

113 ראו שו"ת מהרלב"ח, סימן סג.

114 ראו לדוגמא: שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן שמג; שו"ת מלמד להועיל, יורה דעה, סימן קכא; הראי"ה קוק, שו"ת דעת כהן, סימן רב; הרב בצמ"ח עוזיאל, שו"ת משפטי עוזיאל, חלק א, יורה דעה, סימן ל.

115 ראו שו"ת הרדב"ז, סימן תריא, שהתיר לעשות כן אפילו במקום שבו העברת העצמות כרוכה לפעמים בבזיון חלקי שלהן. וטעם הדבר: מכיוון שהוא לתועלת הנפטר, אין לראות בכך בזיון.

116 שו"ת שבט הלוי (לרבי שמואל הלוי וואזנר, מרבני בני ברק, ארץ ישראל, המאה ה-20), חלק ב, סימן רז.

117 ראו: אור זרוע, חלק ב, סימן תכ; ר' יוסף קארו, שולחן ערוך, יורה דעה שסג, א; שו"ת מהר"י בירב, סימן לח; שו"ת מהרשד"ם, סימן רג; שו"ת חכם צבי, סימן נ (העברת עצמות נפטר יהודי שנקבר בקרקע השייכת ללא-יהודי); שו"ת מהר"ם שיק, יורה דעה, סימן שנג; שו"ת הר צבי, יורה דעה, סימן רעד; שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק ב, סימן קנד; שו"ת יביע אומר לרב עובדיה יוסף, חלק ו, יורה דעה, סימן לא; שו"ת יחוה דעת לרב עובדיה יוסף, חלק ד, סימן נו.

סוף דבר: הכלל במשפט העברי הוא שאין להזיז עצמותיו של נפטר ממקום קבורתו, ובוודאי שלא לעשות בהן שימוש לצורכי מחקר. החריג לכלל זה הוא כאשר הזזת העצמות נדרשת לכבודו של המת עצמו, או, במקרים נדירים, "לצורך גדול של רבים", כאשר לא ניתן לבחור בדרך אחרת.

יב. המישור החוקתי: ערכיה של מדינה דמוקרטית

לצד דברי החקיקה במישור הפלילי והאזרחי, שנסקרו לעיל בהרחבה, יש ליתן את הדעת גם למישור נוסף שכמעט ולא עלה עד כה. כוונתנו למישור המשפט הציבורי, ובעיקר למשפט החוקתי, שעצמתו נתעצמה עד מאד בעקבות חקיקת חוקי היסוד משנת 1992. השאלה הראשונה שעשויה לעלות בהקשר זה היא שאלת הסמכות, דהיינו: למי נתונה הסמכות לקבוע אם אמנם מדובר ב"אתר קבורה" או לא. כרגיל, שניים הם האוחזים בטלית זו, משרד הדתות ורשות העתיקות.

כפי שראינו לעיל, בהחלטתו הקצרצרה משנת 1993, בעניין פרשת החפירות בצומת הגבעה הצרפתית בירושלים, רמז בית המשפט הגבוה לצדק על כמה ערכים המשמשים בסוגיה זו, אך משנמנע לפרסם את החלטתו המנומקת כמובטח, לא נתקיים דיון של ממש בערכים אלה ובאיזון שנדרש ביניהם.

א-פריורי, ניתן לחשוב על כמה וכמה ערכים חוקתיים שעשויים להשפיע על סוגיה זו, וביניהם כבוד האדם, חופש הדת, זכות הקניין, חופש הביטוי וחופש המדע. יש להגן על זכויות אלה ולכבדן, כך שבאמצעותן יעוגנו ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית¹¹⁹. כשאר זכויות היסוד, גם זכויות אלה אינן מוחלטות. כמו בסוגיה זו גם כאן מתנגשים ערכים אלה ביניהם, ובמידה והם מתנגשים ביניהם, יש לאזן ביניהם. איזון זה יכול להיעשות על פי מעמדו של כל ערך במדרג הזכויות החוקתיות, עצמתו ומידת הפגיעה בו. על בסיס זה, נבחן להלן את יישום עקרונות אלה בענייננו.

ראש וראשון לערכים החוקתיים שנוגעים לענייננו הוא כבוד האדם, וכבוד המת שמהווה חלק בלתי נפרד הימנו. כידוע, כבוד האדם נתעלה בישראל למעמד של זכות חוקתית, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם מטרת חוק היסוד, ואף שמו, "כבוד האדם וחירותו" מלמדים על המקום המרכזי שתופס כבוד האדם במסכת ערכיה

חומר רב נאסף במאמרו של הרב פ"ב טולידנו, "פינוי עצמותיו של מונטיפיורי לארץ", תחומין ח (תשמ"ז), 382-387, ובמאמרו הנזכר של חזני, לעיל הערה 95.
118 לדיון בסוגיה הלכתית זו, ראו בהרחבה: הרב ש' גורן, "לימוד אנטומיה בבית ספר לרפואה", מאורות 2 (תש"ס), עמ' 5-17, ובמאמרו, לעיל הערה 51, עמ' 274.
119 כלשון סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

של מדינת ישראל¹²⁰. אם לא די במטרת החוק ובכותרתו, באים סעיפיו ומפרטים חובה זו לשמור על כבודו פרט היטב. סעיף 2 לחוק מורה אותנו לאמור: "אין פוגעים בחייו, בגופו¹²¹, או בכבודו של אדם כאשר הוא אדם". ואם תרצו, לא רק בלשון שלילה ואיסור, כ"זכות נגיטיבית", אלא אף כזכות "חיובית", כנאמר בסעיף 4 לחוק: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"¹²².

אפשר ופרשנות מרחיבה תוסיף על חובות מפורשות אלה גם את "זכות הקניין", והרי גופו של אדם – קניינו הוא¹²³, וכשם שאין אדם אחר רשאי לעשות שימוש בצלמו ובדמותו של חברו, ללא קבלת רשותו המפורשת, קל וחומר שאין הוא רשאי לעשות שימוש בגופו ממש, בבשר מבשרו ובעצם מעצמותיו. וכך מוסיף ומורה אותנו סעיף 3 לחוק היסוד, ש"אין פוגעים בקנינו של אדם".

כבוד המת הוכר זה כבר על ידי בית המשפט ככלול ב"כבוד האדם", הן במפורש, הן במשתמע, במספר רב של פסקי דין¹²⁴. וכבר כתבה השופטת בייניש, ש"על חשיבות השמירה על כבוד המת, ועל כבוד זכרו הנישא על-ידי החיים, כחלק מכבוד האדם, אין צורך להכביר מילים, ובית-משפט זה עמד עליה לא אחת בפסיקתו".

120 על "כבוד האדם" כזכות חוקתית, ראו: מ' אלון, כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל, חוג בית הנשיא לתנ"ך ולמורשת ישראל, ירושלים תשנ"ה; הנ"ל, "כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל", מחניים 12, (1996) עמ' 18–29; א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ג: פרשנות חוקתית (ירושלים תשנ"ד), 316–321; 403 ואילך; הנ"ל, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא, 271; י' קרפ, "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", משפטים כה (תשנ"ה), 129–159. על שורשיה של זכות זו במשפט העברי, ראה אלון, שם; א' מעוז, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", עיוני משפט יט (תשנ"ה), 547–630. דברים יפים בשבחה של זכות זו, כתב השופט ח"ה כהן כעשור שנים לפני חקיקת חוק היסוד, ראה: H. Cohn, On the Meaning of Human Dignity, *Israel Yearbook on Human Rights* 13 (1982), 226–251.

121 שאלה מעניינת היא האם חוק זה שעניינו "אדם", חל על "גופו" של אדם או שרידי גופו גם לאחר פטירתו. לעניין זה ראו הדיון במאמרי "משפט ורפואה" הנזכר לעיל, הערה 34.

122 ייתכן שפרשנות מרחיבה של הסעיף ותכליתו תביא למסקנה שהחיפוש בגופו של אדם והחיטוט בעצמותיו מהווה גם פגיעה ב"פרטיותו ובצנעת חייו", שגם הם נתעלו למדרגה של זכות חוקתית. ראו סעיף 8 לחוק היסוד הנזכר.

123 ראיית גוף האדם ואיברים (חיים) מאיבריו כנכסים, עולה לרוב בהקשר של מכירתם לאחר. לעניין זה ראו: י' ויסמן, "איברים כנכסים", משפטים טו (תשמ"ו), 500; ג' טרסקי, "קניין ועבירות – הבעלות על השתל המופק מן החי", הפרקליט לח(תשמ"ח), עמ' 281.

124 ראו, למשל, בדברי השופט טירקל, לפני חקיקת חוקי היסוד: "ההגנה על המת וכבודו כמוה כהגנה על החי וכבודו, וגם בכך נבדלת חברה חופשית ונאורה מהחברה הפראית או העשוקה", בג"צ 66/81 מפכ"ל משטרת ישראל נ' שופט בימ"ש שלום ברמלה ואח', פ"ד לה(4) 353; והשוו לדברים שאמר בית המשפט לאחר חקיקת חוקי היסוד: "כבוד האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו פורש עצמו גם על כבוד המת", מפי השופט מ' חשין, בג"צ 6126/94 סגש ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד נג(3) 866; "כבוד המת חשוב לכולנו, שהרי בצלם אלוקים נברא האדם", מפי הנשיא א' ברק, בג"ץ 3114/02 חבר הכנסת מוחמד ברכה נ' שר הביטחון בנימין, פ"ד נו(3) 15, וראו: ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464; דברי השופטת בייניש בע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 667, 674; והשוו לדברי השופט חשין, בע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, ועוד.

בהקשר הקונקרטי שלפנינו, ל"כבוד האדם" יש היבט כפול ומשולש: היבט אחד עיקרו בכבודו של הנפטר עצמו, שלא ייעשה גופו מושא למחקרים שעשויים לבזות אותו, מבלי שנתן הסכמה מפורשת לכך.

היבט שני, עיקרו הוא בערך שלמות הגוף, וראיית הפגיעה בו – גם לאחר פטירת האדם – כפגיעה ממשית שראויה להגנת החברה¹²⁵. המקום הרב שניתן לערך "שלמות הגוף" גם לאחר פטירה, בא לביטוי חריף במדינת ישראל. בצה"ל הוקמה יחידה מיוחדת במסגרת הרבנות הצבאית, שתפקידה הוא לאסוף את עצמות הנופלים בקרב, לא רק את אלה של חללי צה"ל אלא גם אלה של חללי האויב, לזהותן, ולנסות להביאן אלי קבר, לעתים גם במחיר סיכון חיים¹²⁶. ההיבט השלישי, עיקרו הוא בכבודם של החיים, שה"חייטוט" בעצמותיו של נפטר פוגע בעיקרי אמונתם וברגשותיהם הדתיים.

אין צריך לומר, שיכול ויהא ויכוח האם טיפול בעצמות מת בצורה "מכובדת" – איסופם בנפרד משאר הממצאים הארכיאולוגיים, וקבורתם בתום התהליך – אכן מהווה "פגיעה" בכבוד המת. מנקודת המבט של האמונה היהודית בתחיית המתים, וכך גם בדתות אחרות, שרידי גופו של אדם יקומו לתחייה בתחיית המתים. מכאן ההקפדה היתרה על שמירתם ועל רצון להימנע מכל פגיעה בהם¹²⁷. ההלכה היהודית, מקפידה ביותר על פגיעה, אפילו קלה, בעצמותיו של אדם. ממילא, בדיקות שונות שנעשות בעצמות לצרכים אנתרופולוגיים (כגון: פירוקן, ניסורן), מהוות פגיעה ב"כבוד המת" ואסורות לפי ההלכה.

לנוכח התפישה המחמירה האמורה של ההלכה היהודית, כל טיפול בעצמות אדם שאינו נעשה ל"כבודו של מת", פוגע בכבודו. עם זאת, לעניין היקף הפגיעה ועצמתו, יש להבחין בין מקרים שונים: אינה דומה נטילת עצם אחת או כמה עצמות בודדות לנטילת כמות גדולה של עצמות, ואינה דומה נטילת עצמות שבסוף התהליך תובאנה לקבורה, לבין מצב שבו תעמודנה העצמות ללא קבורה ימים רבים. ככל שמתארך משך הזמן שבו העצמות אינן מובאות לקבורה, כך גדלה הפגיעה. במידה ויש בטיפול בעצמות שלא למטרות קבורה סתירה לעקרונות ההלכה, עשויה להיות לפעולת הארכיאולוגים גם משמעות מסוימת במישור "חופש הדת"¹²⁸,

125 ולא לחינם נאסרה נתיחת מתים בהרבה דתות ותרבויות. לסוגיה זו, ראו בהרחבה מאמרי: הכהן, "משפט ורפואה", לעיל הערה 34.

126 הד לכך ניתן לאחרונה במאמץ צבאי מוגבר להביא את עצמות חיילי צה"ל שנהרגו בפיגוע ברצועת עזה בחודש מאי 2004 לקבר ישראל, גם במחיר סיכון חיים של החיילים שיצאו לשטח כדי לאסוף את שרידי הגופות.

127 להרחבה בנושא זה, ראו: הכהן, "משפט ורפואה", לעיל הערה 34.

128 על חופש הדת בישראל נרחיב דברים במקום אחר. לפי שעה, ראו: ש' מירון, "חופש הדת לעומת חופש מדת", עיוני משפט ג (תשל"ג), 414; צ' ברנזון, "חופש הדת והמצפון במדינת ישראל", עיוני משפט ג (תשל"ג), 405; ח"פ שלח, ח"פ שלח, "חירות המצפון והדת במשפט הישראלי", בתוך: ר' גביון (עורכת), חירות המצפון והדת – קובץ מאמרים לזכר ח"פ שלח

ובעיקר בעניין "הפגיעה ברגשות דתיים". אכן, כבר מימים ימימה נקבע ש"חופש הדת אין פירושו החופש לעשות כל מה שהדת מתירה אלא למלא את אשר הדת מצווה"¹²⁹. בענייננו, הדבר יהיה תלוי בשאלת קיומה של מצווה "חיובית", פוזיטיבית, המחייבת כל אדם מישראל לדאוג להבאת עצמות נפטר לקבורה, אפילו אינו אחד מקרוביו¹³⁰. במקרה זה, ובהנחה שהשאר העצמות בשטח או הטיפול בהן מנוגדים לכללי ההלכה היהודית, ייתכן שמגיעת הבאת העצמות לקבורה תעלה כדי כפיה אנטי-דתית של ממש¹³¹. אכן, גם אם אין כאן מצווה ממש, וממילא אין פגיעה בחופש הדת, עדיין עשויה להיות כאן פגיעה קשה ב"רגשות דתיים", לנוכח רגישותם המיוחדת של בני הדת היהודית להבאת עצמות אדם לקבורה¹³².

מנגד, לארכיאולוגים, כמו לשאר אנשי המדע, נתונה זכות ל"חופש מדת"¹³³, ובעיקר – בענייננו – הזכות המוכרת ל"חופש מדע" או ל"חופש אקדמי"¹³⁴.

- (ת"א, 1990), 23–96, וראו שאר המאמרים בקובץ שם; ש' שטרית, "חופש המצפון והדת: החופש מפני כפיית נורמות דתיות, קביעת חובת היזקקות לרשות דתית והטלת הגבלות מטעמי דת", משפטים ג, 467; ש' שטרית, בין שלוש רשויות – מאזן זכויות האזרח בענייני דת בישראל (ירושלים, 1999). בעניינה של זכות זו. על מעמדו החוקתי של "חופש הדת" בעקבות חקיקת חוקי היסוד, ראה, למשל, דבריו של פרופ' ברק: "בעבר לא היה לחופש הפולחן והדת מעמד חוקתי על-חוקי. עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש מקום לראות בו כחלק מכבוד האדם", פרשנות במשפט, פרשנות חוקתית (ירושלים תשנ"ד), 225.
- 129 כדברי השופט מ' זילברג, בג"צ 49/54 מלחם נ' השופט הרעני, פ"ד ח, 913. ראה גם דבריו בפרשת יוסיפוף: "אין ספק, כי חופש המצפון כולל גם את חופש הדת. ואולם כדי שאיו הוראת חוק אוסרת תראה כפוגעת בחופש הדת, אין די להוכיח כי הדת אינה אוסרת את המעשה, אלא צריך להוסיף ולהוכיח כי אותה עבירה – מצווה היא בעיני הדת. וכי הדת מצווה ומחייבת את עשיית המעשה ההוא. לא כל המותר על פי הדת, חייב להיות מותר גם מטעם החוק, שכן אין שני התחומים חופפים זה את זה: זו עוסקת בדברים שבין אדם למקום ודברים שבין אדם לחברו, וזה עוסק גם בדברים שבין אדם למדינה", ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה, 496 (להלן: "פרשת יוסיפוף").
- 130 שאלה בפני עצמה היא קיומה של מצווה מעין זו כאשר מדובר בעצמות של ספק-יהודי, או של מי שאינו יהודי.
- 131 ראו והשוו לדברים שכתב א' שוחטמן, "פסיקת בג"צ בפרשת קבורתה של תרזה אנגלוביץ' – מתן יד לכפייה אנטי דתית?", דיני ישראל טו (תשמ"ט), קעט.
- 132 על מקומה המרכזי של סוגיה זו בדת היהודית, ראה: פייגה, לעיל הערה 51.
- 133 על ההכרה בזכות זו במשפט הישראלי ראו לפי שעה המאמרים שנוכרו לעיל בהערה 128, וכן בג"צ 3872/93 מיטראל נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485; בג"צ 6111/94 הועד לשומרי מסורת נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד מט(5) 94.
- 134 על חופש המדע ויישומו במשפט האמריקני, ראו: S. Goldstein, The Academic Freedom: Its Meaning and Underlying Premises as seen through the American Experience, *Israel Law Review* 11 (1976), pp. 52–76. לסוגיית החופש האקדמי ויישומו בישראל, ראו: סעיף 15 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח–1958; ח' גנז, "חופש אקדמי", עיוני משפט יב (תשמ"ז), H. Cohn, Academic Freedom As A Human Right, in: *H. Cohn-Selected*; 442–415 *Essays* (Jerusalem 1992), pp. 335–341.

זכות זו אינה מוכרת מפורשות בדין הישראלי¹³⁵, אך ניתן לגזור אותה ממקורות שונים¹³⁶. בין השאר, לצד "חופש ההוראה"¹³⁷, ולצד זכותו של איש אקדמיה להביע עמדותיו בחופשיות, ללא תלות בגורמים פוליטיים ואחרים¹³⁸, שמור לו החופש לעסוק בתחום שבו חפץ לכו, במתודות ובדרכים שבהן הוא רוצה לנקוט, ובלבד שיהיו אלה דרכים מקובלות בשטח אותו מחקר מדעי. אין צריך לומר, שבדיקה מדעית של עצמות אדם היא אמצעי מחקר מקובל במדע האנתרופולוגי, וחשיבותה למחקר הארכיאולוגי, כמו גם לשטחי מחקר אחרים דוגמת אנתרופולוגיה וסוציולוגיה אינה מוטלת בספק¹³⁹. אם אמנם חפירת הקברים היא הדרך הטובה ביותר להשיג מידע מסוים, יש לראותה ככלולה במסגרת החופש האקדמי המקצועי¹⁴⁰.

עם זאת, ככל חירות אחרת גם החופש האקדמי אינו בלתי מוגבל. הוא מוגבל על ידי מגבלות שונות. חלקן, נובעות מערכים שמתנגשים עמו: בטחון המדינה¹⁴¹, צנעת הפרט¹⁴², חופש הקניין¹⁴³, ועוד. חלק מהמגבלות על חופש המחקר האקדמי נובע כמובן גם משיקולים פנימיים: מקצועיים, מוסריים, המסגרת התקציבית שקובעת את האמצעים שיעמדו לרשות החוקר לצורך מחקרו, ומכוח הסדרים שונים – חוקיים ובעיקר אתיים – שנהוגים בעולם האקדמי¹⁴⁴.

לענייננו, יש לזכור כי גם אם נראה באיסור חפירה בקברים הגבלה על החופש האקדמי, אין זו הגבלה מוחלטת. גם הארכיאולוגים עדיין רשאים לעסוק בהרבה תחומי מחקר במקצועם שאינם נוגעים דווקא לטיפול בעצמות. זאת ועוד: לא כל

135 במדינות אחרות יש ביטויים חוקתיים לקיומה של הזכות. ראו: גולדשטיין, לעיל הערה 134.
136 כגון חופש הביטוי שחלקו מתייחס ל"חופש הביטוי האקדמי", ולאוטונומיה של הפרט המבקש להרחיב דעתו בכל תחומי המחקר.

137 עימות בין חופש ההוראה לשאלות דת ומדינה בא לביטוי נרחב בפסיקה ובספרות המשפטית האמריקנית, בעקבות הויכוח על הוראת לימודי דת לצד הוראת תורת האבולוציה והתורה ה"בריאנתית" במוסדות אקדמיים שנתמכים מכספי ציבור.

138 מבחינה היסטורית, עניין זה עמד בשורשיה של הזכות לחופש אקדמי. ראו גולדשטיין, לעיל הערה 134.

139 ראו, למשל: ג' ברקאי, "קברים וקבורה ביהודה בתקופת המקרא", בתוך: קברים ונוהגי קבורה (א' זינגר עורך, ירושלים תשנ"ד), עמ' 96–99; ג' רובין, קץ החיים, לעיל הערה 98, בעמ' 23 והערות שם.

140 ראה גנז, לעיל הערה 134, בעמ' 427: "כל אימת שאפשר למורה אוניברסיטאי לקיים מגע עם תחום ידע, מגע שהוא בלתי אמצעי יותר מאשר מגע באמצעות בני-סמכא אחרים באותו תחום ידע, הריהו מצווה לקיים מגע כזה".

141 הדוגמא הבולטת בהקשר זה היא ביטחון המדינה. מכוח עיקרון זה, אין מאפשרים למדענים שונים לחקור את סודות הגרעין של מדינת ישראל או לעיין במסמכים שונים שבארכיון צה"ל.

142 כך, למשל, נמנעת לעתים מחוקר ספרות הגישה לארכיונו הפרטי של משורר או סופר, למרות שנפטר זה כבר.

143 כך, למשל, תימנע מחוקר כימיה הגישה למתקני הייצור של מזון מסוים שנוסחתו הסודית נשמרת בקפידה כדי להגן על קניינו של בעליה.

144 ראו גנז, לעיל הערה 134, עמ' 424–426.

חפירה בקבר חייבת להביא לכך שהעצמות הטמונות בו יוסטו ממקומן. לעתים רבות, מיקום הקברים, או הכלים שנמצאו באתרי הקבורה – ולא העצמות עצמן – הן הממצא החשוב, וניתן לחקור אותן ללא פגיעה בעצמות שלצדם.

יתר על כן: גם תיארוך שכבות ארכיאולוגיות או ממצאים, שלשמך נעשה פעמים רבות המחקר בעצמות אדם, יכול להיעשות, לעתים, באמצעים אחרים (דוגמת בדיקת פחמן של הממצאים בשטח, או תיארוך על פי הקשרם הכולל של הממצאים: צורת בניה, מטבעות וחרסים שנמצאו בשטח החפירה, וכיו"ב). ככל שהאיסור יהיה גורף יותר (איסור מוחלט על חפירת קברים), כך עצמת הפגיעה בחופש האקדמי של הארכיאולוגים תהיה גדולה יותר. ככל שהיקף האיסור יצומצם, כך עצמת הפגיעה תלך ותקטן. זאת ועוד: גם בעולם המחקר האקדמי בכלל, ובתחום המחקר הארכיאולוגי בפרט, יש מחקרים שחשיבותם לתחום המדעי אינה מוטלת בספק, ולעומתם כאלה שחשיבותם פחותה יותר. ממילא, ככל שמדובר בחפירה חשובה יותר¹⁴⁵, כך תיטה הכף להרחבת גבולות המחקר, לעומת חפירות הצלה אוזטריות, במקומות שוליים מבחינת חשיבותם ההיסטורית, שספק אם לבדיקת העצמות בהן תיוודע חשיבות של ממש למחקר הארכיאולוגי האקדמי¹⁴⁶.

אין צריך לומר שגם אם החופש האקדמי מעניק זכות לארכיאולוגים לעסוק בחפירת קברים, זו צריכה להיעשות רק ל"תכלית ראויה", למחקר שלשמו הם פועלים, ו"במידה שאינה עולה על הגדרש". מכוח עקרון המידתיות נדרשת אפוא זהירות מיוחדת של הארכיאולוגים בטיפולם בעצמות אדם (לדוגמא: הפרדתן משאר הממצאים שמתגלים בחפירה), קיצור משך הטיפול והגבלה, ככל שניתן, של היקף הפגיעה בעצמות. עם סיום המחקר, חייבות העצמות להגיע לקבורה ראויה.

לצד שתי זכויות אלה, עולות לעתים קרובות שאלות שעניינן בזכויות אחרות. כאשר מדובר ב"חפירת הצלה" ארכיאולוגית (וכך הן רוב החפירות שבהן מתעוררת שאלת חפירת הקברים בימינו), עולות דרך כלל שאלות של פגיעה בזכות הקניין¹⁴⁷. בדרך כלל, הזים מעוניין לסיים את החפירה במהירות האפשרית. גם הקרקע שעליה ניצב הקבר הוא בדרך כלל קניינו. כל עיכוב בחפירה, בשל הימצאות קברים והצורך באטימתם בצורה מיוחדת, עשוי להסב לו נזק כלכלי כבד. קל וחומר, כאשר מתגלים

145 כפי שהיה במקרה של החפירות בעיר דוד, שמבחינת מיקומן וחשיבותן בתולדות ירושלים רבה ביותר.

146 אבחנה מעניינת מנקודת מבט הלכתית עשה הרב גורן במאמרו הנ"ל, לעיל הערה 51, בעמ' 274. הוא מבחין בין חופש המחקר הרפואי, שעל אף הפגיעה במקרים מסוימים בכבוד המת (דוגמת נתיחה שלאחר המוות), אפשר ויש בה מצווה לבין הארכיאולוגיה שלשיטתו "אין בה מצווה אלא הכל לתועלת עצמית, אם משום מקצוע לחיות ממנו, או כסיפוק הרצון לדעת".

147 סוגיה זו נדונה בהרחבה במאמרה של ט' אינהורן: "Israeli Law, Jewish Law and the Archaeological Excavation of Tombs", 6 *International Journal of Cultural Property* (1997) 47-79; וראה: בג"צ 4146/95 עזבון המנוחה לילי דנקנר ז"ל ואח' נ' מנהל רשות העתיקות ואח', פ"ד נב(4) 774.

הקברים בתוואי של דרך מתוכננת. הסתת תוואי הדרך או מציאת פתרונות הנדסיים מורכבים¹⁴⁸ עשויים להביא לעיכוב ניכר בסיום העבודות, ולהביא לפגיעה מסוימת – זמנית או קבועה – בחופש התנועה של הנזקקים לשימוש בדרך זו¹⁴⁹.

יג. אחרית דבר, והיא ראשית, היא תכלית

לצד כל השיקולים שהובאו לעיל, יש לזכור כי הסובלנות וההקשבה ההדדית¹⁵⁰, כיבוד ערכיו של האחר, גם – ואולי דווקא – כאשר נובעים הם מרגשות דתיים¹⁵¹, הם ערך מרכזי במסכת ערכיה של "מדינה יהודית ודמוקרטית". דברים חשובים בנושא זה אמר המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט מ' אלון:

"זאת תורת המנהיגות והשלטון במורשת ישראל – שיהיו סובלים כל אחד ואחד, כל קבוצה וקבוצה, לפי דעתם ולפי השקפת עולמם. וזהו סודן הגדול של הסובלנות ושל ההקשבה לזולת, וזהו כוחה הגדול של הבעת הדעה לכל אחד ואחד ולכל ציבור וציבור"¹⁵².

והוסיף עליו נשיא בית המשפט העליון, השופט ברק, בפסק דין שנושאו היה קרוב

148 כגון יצירת "מנהרות טומאה", כפי שנעשה בצומת הגבעה הצרפתית. ראו: הכהן, ארכיאולוגיה וכבוד המת, לעיל הערה 53.

149 זו הייתה טענתם המרכזית של תושבי השכונות הסמוכות למחלף הגבעה הצרפתית בירושלים ראה לעיל הערה 67. חששם היה שבשל מציאת הקברים תתעכב לזמן ממושך השלמת המחלף, והססת נתיביו תפגע ביעילותו של המחלף.

150 אכן, אין לנצל את הסובלנות כדי לנקוט באמצעים אלימים שתכליתם כפיית עמדה על הצד האחר. ראה בג"צ המכון לארכיאולוגיה, לעיל הערה 51.

151 ראו דבריו הנכוחים של מ"מ הנשיא י' כהן, בבג"צ המכון לארכיאולוגיה, לעיל הערה 51, בפרשת החפירות בעיר דוד, שם בעמ' 549: "לו, לדוגמה, במהלך ביצוע חפירות על-פי רישיון, שניתן לפי החוק, היה מתגלה קבר עתיק, וראשי דת האיסלם בארץ היו מכריזים, שזהו קבר של קדוש שאסור לחפור בו, לא הייתי מתפלא, לו המנהל או השר היה מתחשב – בהחלטתו להתלות את הרישיון – בכך שהמשכת החפירות עלולה להתסיס חלק מן הציבור בארץ, ומסופקני אם במקרה כזה היו נשמעים אותם קולות מחאה בוטים, שדוגמתם הובאה בנספחי העתירה. התחשבות ברגשות חלק מהציבור, גם אם חלק זה הוא מיעוט ואין דעת הרוכ כדעתו, איננה בבחינת כניעה לאלימות... ניתן להגיד, באנאלוגיה לאמרה ידועה, שעניין חפירות הוא יותר מדיי רציני כדי להשאירו בידי ארכיאולוגים בלבד. זהו נושא בעל רגישות רבה, במיוחד בארצנו, והרשות לא רק רשאית אלא חייבת בעניינים אלה להשתמש בשיקול-דעתה על-פי החוק, מתוך התחשבות באמונתו של חלק מהציבור, כל עוד זאת היא אמונה כנה, שאיננה מנוצלת למטרות זרות לעניין, גם אם אמונה זו נשללה על-ידי אנשי המדע. אין פירושו של דבר, שהאינטרס של קידום המדע חייב לסגת בפני כל התנגדות, המבוססת על אמונה, אך זהו תפקידה הקשה של הרשות למצוא איזון מתאים בין האינטרסים הנוגדים".

152 ע"ב 2/84 ניימן נ. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 296.

לענייננו, ועיקרו האיזון בין כבוד הנפטר (במקרה זה, בנוגע לכיתוב שייחרת על מצבתו), כבוד החיים, חופש הדת וחופש הביטוי)¹⁵³:

"מרכיב מרכזי של הסדר הציבורי הוא עקרון הסובלנות. הבטחת סובלנות הדדית, שמירה על כבוד האדם וקיומה של מערכת עצמאית של בתי-משפט, השופטת ללא השפעות חיצוניות, הם מערכי היסוד של המדינה".

אם כל יחיד בחברה דמוקרטית יבקש לממש את מלוא מאווי, סופה של החברה שלא תוכל לממש אף את מיעוטם של המאוויים. חיי חברה תקינים מבוססים, מטבע הדברים, על ויתור הדדי, ועל סובלנות הדדית. זוהי "הסובלנות ההדדית הדרושה בחברה פלורליסטית"¹⁵⁴.

המשטר הדמוקרטי מבוסס על סובלנות. זו הסובלנות למעשי הזולת ולדעותיו. זו הסובלנות גם כלפי חוסר הסובלנות. בחברה פלורליסטית כשלנו הסובלנות הוא הכוח המאחד אותנו והמאפשר לנו חיים משותפים¹⁵⁵.

סובלנות, איפוק, מתינות בדין ומחוצה לו. זו כל התורה כולה. ואיך פירושה הוא. נצא ונלמד.

153 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום, פ"ד מו(2), 464, בעמ' 521–522.

154 (השופט ויתקון בבג"צ 549/75 חברת סרטי נוח בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל (164, 757 (1).

155 בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 277.