

על ליברליזם ולאומיות ועל מה שאין ללמוד מפסק-הדין בעניין קסטנבאום¹

בעניין קסטנבאום החליט בית-המשפט העליון, ברוב דעות של הנשיא שמגר והשופט ברק, לאפשר למשיב להוסיף על מצבת רעייתו המנוחה את שמה באותיות לטיניות ואת תאריכי לידתה ופטירתה בספרות לפי הלוח הגרגוריאני, אף-על-פי שבחווה שחתם עליו המשיב עם החברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נקבע שהכיתוב יהיה אך ורק באותיות עבריות וללא ספרות. לדעתם, תנאי זה פוגע באופן חמור בחירות הפרט ואין הוא בריאכיפה. לעומתם סבר המשנה לנשיא אלון, בדעת מיעוט, שיש לקבל את עמדת החברה קדישא, שכן, מבחינת הנורמות של המשפט הציבורי, כמו גם מבחינת תקנת-הציבור, אין פגם בתנאי האמור של החברה קדישא. מחלוקת זו בין ברק ושמגר, מצד אחד, לבין אלון, מצד אחר, עומדת במרכזם של שני מאמרים שהתפרסמו באחרונה, ומשמשת לגבי שני מחבריהם דוגמת-אב לבעיות-יסוד של תפיסתנו הלאומית והחברתית.² במאמר זה ברצוני לדון בפרשנותם של כותבים אלה לפסק-הדין ובכמה שאלות עקרוניות העולות אגב כך.

לדעתו של שטרנהל, בעניין קסטנבאום מתמודדות שתי תפיסות שונות לגבי מהות הלאום. לפי התפיסה האחת, שהוא מייחס אותה לברק ולשמגר,³ (א) במקום הראשון עומד היחיד, בעל הזכויות הטבעיות, ותכליתה של המערכת הפוליטית והחברתית היא להגן על זכויות אלה ולממשן; (ב) המערכת האזרחית, שמוקדה, כאמור, בזכויות היחיד, היא המגדירה את הלאומיות; המושג לאומיות זהה למושג אזרחות. אקרא לתפיסה זו "התפיסה האזרחית". לפי התפיסה השנייה, ששטרנהל מייחס אותה לאלון, (א) הלאום קודם ליחיד והוא "בעל קיום משלו",⁴ בנפרד מהיחיד; (ב) הלאום מוגדר על-ידי ההשתייכות האתנית, הדתית, התרבותית והלשונית. אקרא לתפיסה זו "התפיסה הלאומית".

את העדפת התפיסה האזרחית – ששטרנהל מייחס אותה, כאמור, לשמגר ולברק – אין הוא מסתיר. התפיסה האזרחית זוכה בכל כינויי השבח האפשריים, בעוד התפיסה הלאומית זוכה הן בגנאי מפורש והן בגנאי מכללא. התפיסה האזרחית היא "רציונלית",

1 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (להלן: עניין קסטנבאום).

2 ראו א' סכן "השופט מנחם אלון: משפט והשקפת-עולם" ממשל ומשפט ב (תשנ"ד) 153; ז' שטרנהל "שתי תפיסות של יחיד, חברה ולאום" ממשל ומשפט ב (תשנ"ד) 167.

3 למען הדיוק יש להעיר, שאף כי במקום אחד הוא קובע נחרצות כי "זהו ההקשר שבו מתנהל הויכוח בין השופטים שמגר וברק לבין השופט אלון" [ההדגשות שלי - ד' ס'] (שטרנהל, שם, בע' 171), הרי ברוב המקומות הוא מתייחס לברק בלבד, בלא להזכיר את שמגר, ולא במקרה. אפילו שטרנהל חש שייחוס תפיסה זו לשמגר חורג מגבול הסבירות.

4 שטרנהל, שם, בע' 171.

"ליברלית", "הומניסטית", "מודרנית", מתייחסת "למושג הדמוקרטיה כקטיגוריה אוניברסלית" ומהווה "ביטוי מובהק של תורת הזכויות הטבעיות"; ואילו התפיסה הלאומית משקפת "פרטיקולריות לאומית", "לאומיות של דם ואדמה", קשורה ל"פולחן מתים", ומן הסתם אינה רציונלית, הומניסטית, ליברלית או מודרנית. ואחרי כל אלה, המסקנה ששטרנהל פותח בה את דבריו אכן מתבקשת: כדי שמערכת המשפט שלנו תהיה רציונלית, ליברלית ומודרנית, עלינו לוודא ששופטים המחזיקים בתפיסה הלאומית, כמו אלון, לא יתמנו לבית-המשפט העליון, ולשם כך עלינו לאמץ את השיטה האמריקאית למינוי שופטים.⁵ וכי מי ירצה ששופטים המונחים על-ידי "דם גזע ואדמה", האטומים לזכויות האזרח והגוטיים אחר פולחן מתים ימונו למשרה השיפוטית הרמה ביותר?⁶ לא אוכל להתייחס במסגרת זו לשאלה הפילוסופית הכללית של היחס בין היחיד לאומה,⁷ ואף לא לשאלת אופיה המיוחד והבעייתי של האומה היהודית. על שתי שאלות אלה נשתברו כידוע קולמוסין רבים, והתמונה מורכבת ומסובכת.⁸ תחת זאת, ברצוני להפנות תשומת-לב לשתי הנחות בעייתיות של שטרנהל, שלהצבעה עליהן יש לקח חשוב. משהוצגו שתי העמדות החלופיות לגבי מעמדו של הלאום באופן כללי, עולה מאליה השאלה: מהו מעמדו של הלאום היהודי ומהו מעמדה של מדינת-ישראל (המסגרת האזרחית) ביחס ללאום זה? לפי שטרנהל, לדעתו של אלון, "האומה היא שנתנה לעצמה מדינה",⁹ ואילו לדעתם של שמגר וברק – בהתאם לתפיסה האזרחית – המדינה היא היא שמגדירה את האומה. במילים פשוטות וישירות: אם אנו רוצים להיות הומניים, ליברליים ורציונליים, עלינו להניח שאין קיום לאומה היהודית אלא משעה שהוגדרה כך על-ידי האזרחות הישראלית. עמדה כזאת נוגדת כמובן ניגוד גמור את כל האתוס הציוני, ואכן, שטרנהל טוען שלא במקרה נולדה הציונות במזרח אירופה, "בעולם, שבו תפיסה רציונלית ואינדיבידואליסטית של האומה היתה לא-אפשרית."¹⁰ בעולם בעל תפיסה נאורה של הלאום, כזאת שמחזיקים בה כביכול ברק ושמגר, לא היתה הציונות קורמת עור וגידים. כוונתו של שטרנהל הולכת ומתבררת: מקורה של הציונות בחטא, בתפיסה לא-רציונלית ולא-אינדיבידואליסטית. תקנתה היחידה היא זניחת תפיסה זו ואימוץ תפיסה

5 שם, בע' 168-169.

6 בלא כל קשר לתוכן דבריו של שטרנהל או לתקפות טיעוניו, אודה שלא ירדתי לסוף דעתו של העורך שבחר לכלול רשימה זו בגיליון המוקדש לכבודו של השופט אלון; קשה לחשוב על ביטוי המור יותר של חוסר כבוד לשופט פורש מהעלאת הטענה שעלינו לעשות ככל שניתן כדי שלא יתמנו עור שופטים כמותו.

7 ראו: W. Kymlicka *Liberalism, Community and Culture* (Oxford, 1989); Y. Tamir *Liberal Nationalism* (Princeton, 1993); S. Fleischacker *The Ethics of Culture* (Cornell, 1994).

8 למצב הפסיקה ראו, למשל, בג"צ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793 (להלן: עניין ברספורד), וההפניות הרבות הנזכרות שם.

9 שטרנהל, לעיל הערה 2, בע' 171.

10 שם, שם.

ליברלית והומניסטית, לפיה היחיד קודם לאומה וזו מוגדרת על-ידי האזרחות.¹¹ אחד האמצעים בדרך לתיקון זה הוא מעורבות ציבורית רחבה בתהליך של מינוי השופטים, כדי להשתדל שלא יתמנו שופטים בעלי תפיסה לאומית.

עמדה אנטי-ציונית (יש שיאמרו "פוסט-ציונית") זו היא כמובן לגיטימית, ולמחזיקים בה הזכות להיאבק על הטמעתה בדעת-הקהל ובמערכת המשפטית, אך ההגינות דורשת לנהל את המאבק בתום-לב וביושר: ראשית, יש לקרוא לילד בשמו, דהיינו, להצהיר במפורש שמדובר בקריאה ל"מרד", לכפירה ברעיונות-היסוד של הציונות; ושנית, אין לתלות עמדה זו באילנות גבוהים, שבוודאי אינם מחזיקים בה. הבה אפרט.

העמדה ששטרנהל מייחס לאלון, כי "האומה היא שנתנה לעצמה מדינה", ושמתנגדים לה כביכול ברק ושמגר היא הביטוי הברור ביותר של העמדה הציונית מקדמת דנא. היא העומדת ביסודה של מגילת העצמאות, אשר לפיה, "בארץ ישראל קם העם היהודי", ועתה, לאחר שנות גלות ארוכות, עם זה (שאינו מוגדר כמובן על-ידי האזרחות) מצהיר על "הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל – היא מדינת ישראל". אפשר שלא יהיה מיותר להזכיר כאן את חוק השבות, שהוא הביטוי המשפטי לזיקה המיוחדת הקיימת, לדעת המחוקק, בין מדינת-ישראל לבין העם היהודי, שהגדרתו אינה מצומצמת לגבולות האזרחות הישראלית. האם שמגר וברק כופרים ברעיונות-יסוד אלה של הציונות, כפי שטוען שטרנהל? אין ספק שהתשובה לכך שלילית, וכמעט מיותר להביא ראיות לכך. אסתפק בציטוט אחד מתוך דברי ברק בעניין ברספורד:

"תכלית [חוק השבות] הייתה להשיב בנים לגבולם ולהפוך את מדינת ישראל למדינתו של העם היהודי. זהו פירוש אשר לא יתכחש לרקע ולרעיון של הקמת מדינת ישראל, אלא יביא לידי הגשמת חזונה ומטרותיה' (השופט ח' כהן בבג"צ 72/62, בע' 2441). זהו מבחנו של 'היהודי מכל ימות השנה' (השופט לנדוי, שם, בע' 2445)... זהו גם המבחן המתבקש על-פי 'דרכי מחשבתם של אבות הציונות' (השופט לנדוי, שם, עמ' 2445)."¹² [ההדגשה שלי – ד' ס.].

רוב השופטים, גם האקטיביסטיים שביניהם, יודעים שיש גבול למידה שניתן "למתוח" בה את הפרשנות המשפטית.¹³ קיימים מקרים שאין מנוס בהם לפני השופט אלא להודות

11 הסופר אהרון מגד פרסם באחרונה מאמר שעורר פולמוס רב: א' מגד "יצר ההתאבדות הישראלי" מוסף הארץ 10.6.94. טענתו היתה שזה כמה עשורים, ובמיוחד בעת האחרונה, מנסים היסטוריונים, סוציולוגים, סופרים ואנשי-ירות ישראלים להראות שלידתה של הציונות בחטא, וכי מוטב היה לה שלא באה לעולם. את מאמרו של שטרנהל יש לראות בהקשר רעיוני זה.

12 עניין ברספורד, לעיל הערה 8, בע' 845, וראו שם בהמשך את הציטוט שמביא ברק מתוך הסכמה מדברי הנשיא אגרנט.

13 ראו, למשל, דברי א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 44: "גם המוחלט בשיקול הרעת חייב לרסן עצמו למסגרת החוק אשר נפת בו חיים."

כפער שבין עמדותיו והאידיאולוגיה המשפטית שלו לבין כוונת המחוקק, דברים אלה נכונים גם לגבי חוקרים מן האקדמיה; לעיתים עליהם להודות ביושר לבב בפער הקיים בין עמדותיהם הרדיקליות לבין כוונת המחוקק והפסיקה המקובלת של בתי-המשפט, במקום לנסות להראות באופן מלאכותי ומאולץ שעמדות אלה מצויות בבסיס המערכת המשפטית ואצל דובריה העיקריים.

הערת השנייה למאמרו של שטרנהל נוגעת יותר בגופם של דברים. לפי שטרנהל, שומה על האדם להכריע בין שתי תפיסות קוטביות של האומה, שאין ביניהן כל פשרה; זו האזרחית, המבוססת על הכרה בכבוד האדם וחירותו, וזו הלאומית, המקדימה את האומה ליחיד, ומייצגת גישה פרטיקולריסטית לא-הומניסטית ולא-רציונלית. מדובר במאבק בין בני-אור לבני-חושך, כאשר ברק ושמגר הינם כביכול במחנה הראשון ואלון במחנה השני. אבל הצגה זו של הדילמה, כאילו חייבים להכריע כך או אחרת, היא חסרת יסוד. כפי שברק חוזר ומלמדנו, בתי-המשפט עוסקים בנסיגות לאון בין ערכים שונים, שכל אחד מהם רצוי ובעל ערך, אלא שלא תמיד ניתן לממש את כולם. לומר על אדם שהוא ליברל אין פירושו שחירות היחיד היא שיקול הדוחה לגביו בהכרח כל שיקול אחר. גם הליברל עשוי להסכים שוויתור מסוים (לא גדול מדי) בחירות היחיד חייב להיעשות כאשר קיימת סכנה של פגיעה בערך חשוב אחר. התשובה לשאלה אם עמדה מסוימת הינה ליברלית או אינה כזו אינה בהכרח "כן" או "לא", אלא עניין של דרגה. אלון, ששטרנהל מציגו כנציג התפיסה הלא-ליברלית, רגיש בתחומים מסוימים באופן מיוחד לזכויות אדם,¹⁴ ואילו ברק ושמגר, שהוא מציג אותם כחסידי התפיסה האזרחית הליברלית, מוכנים לעיתים להעניק עדיפות לשיקולים אחרים, במיוחד לשיקולי ביטחון,¹⁵ על שיקולים של חירות היחיד.¹⁶ הכרעתו של אלון בעניין קסטנבאום אינה איפוא ביטוי לעמדה כללית הדוחה את כבוד האדם וחירותו מפני תפיסת-עולם שלמה, הממוקדת כל-כולה, כביכול, ב"דם, גזע ואדמה", אלא ביטוי להנחה שבמקרה מסוים זה, השיקול של חירות הפרט אינו חזק דיו לדחות את השיקולים האחרים שעל הפרק.

בנקודה זו ראוי שנוכיר לעצמנו במה מדובר בעצם. אלון אינו קובע שבכל בתי-הקברות בארץ, או בירושלים, יהיה הכיתוב מעתה בעברית בלבד, או שעל כל התברות קדישא לאמץ את נוסח החוזה של גחש"א "קהילת ירושלים". מדובר בפסיקה צנועה הרבה יותר, שההקשר המשפטי הכללי שלה, דהיינו, החלת המשפט המינהלי על גופים פרטיים, שנוי במחלוקת.¹⁷ מה מונח כאן על כפות המאזניים? בכף האחת, זו התומכת בעמדת

14 ראו, למשל, ההפניות אצל סכן, לעיל הערה 2, בע' 154, הערה 3.

15 ראו בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון, פ"ד מו(1) 267 (להלן: עניין האגודה).

16 גם השיקול של השפה העברית כערך לאומי הוא שיקול שיש להביא בחשבון לדעת ברק, אף שבמקרה דנן אין הוא גובר. ראו עניין קסטנבאום, לעיל הערה 1, בע' 519.

17 על התלבטות בית-המשפט העליון בשאלה של החלה זו ראו א' בנבנישתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" ממשל ומשפט ב (תשנ"ד) 11. על עניין קסטנבאום, ראו שם, בע' 16-18.

החברה קדישא, מונחים לכאורה השיקולים הנאים: (א) מדובר בחוזה שקסטנבאום חתם עליו בדעה צלולה, אף שהיה יכול לבחור בית-קברות אחר למנוחת-עולמים לאשתו.¹⁸ (ב) גם אם התנאי בחוזה שהכיתוב יהיה בעברית הוא תנאי שבית-המשפט אינו "מתלהב" ממנו, הרי שבוודאי אין הוא לא-סביר באופן חמור, והרי יסוד מוסד הוא שלאור העיקרון החשוב של חופש החוים,¹⁹ יש צורך בטעמים חזקים במיוחד כדי להתערב בחוזה ולבטל את כולו או מקצתו; דהיינו, רק כאשר קיימת פגיעה "באשיות היסוד של הסדר החברתי".²⁰ (ג) ניתן אף לטעון שהתנאי הינו סביר לנוכח התאמתו לאחד מערכי-היסוד של תקומתנו הלאומית, דהיינו, חידוש הלשון העברית. טיעון זה הינו מרכזי אצל אלון.²¹ (ד) בצד הסובלנות הנדרשת כלפי היחיד, דהיינו, קסטנבאום, עלינו להתחשב גם ברגשות שאר המבקרים בבית-הקברות (כמו גם בשוכנים בו), שבחרו בבית-קברות זה, בין השאר, בשל הקפדתו על כיתוב עברי, וכיתוב לועזי עלול לפגוע ברגשותיהם.²² השיקול המרכזי בכף השנייה של המאזניים, זו התומכת בעמדת קסטנבאום, הוא שיקול שאין לזלזל בחשיבותו כלל, דהיינו, חירותו של היחיד וזכותו לקבוע בעצמו ולעצמו כיצד ינהל את חייו וכיצד ינציח את מתיו. שיקול נוסף בכף זו הוא העובדה שמדובר בחוזה אחיד, שחופש החוים מוגבל בו יותר מאשר בחוזה רגיל.

ראוי להתייחס כאן להתנגדות חשובה שמעלה סבן לשיקול (ד) לעיל. לדעתו, טיעון זה מבטא "היעדר רגישות להבחנה בין רגשותיו של האדם ביחס לפעולות הנוגעות לעצמיותו ולשארי בשרו, לבין רגשותיהם של בני-אדם ביחס לפעולות פרטיות של אחרים."²³ אף שסבן אינו מפתח התנגדות זו ואינו מפנה לספרות-עזר, ניתן לשער שמה שעומד ביסודה הוא הבחנתו הידועה של דבורקין בין "העדפות חיצוניות" ל"העדפות פנימיות".²⁴ העדפות פנימיות לגבי מעשיו של הזולת נוגעות במעשים שיש להם השפעה ישירה על הפועל; למשל, העדפתו שלא יעשנו לידו, כי העישון מזיק לבריאותו. בהעדפה זו אין האדם מביע כל עמדה עקרונית נגד העישון, ואינו כופר בזכותו של המעשן לעשות זאת בביתו. לעומת זאת, העדפות חיצוניות לגבי מעשיו של הזולת מבוססות על התנגדות אידיאולוגית למעשים אלה גם אם אין להם כל השפעה ישירה על המתנגד; למשל, התנגדות ליחסים הומוסקסואליים המתקיימים בין בגירים בהסכמה ובצנעת הפרט. לדעת

18 מוזכר החברה קדישא האמורה היה בעצמו מוכן להפנות את המשיב לחברה קדישא שמאפשרת הקמת מצבה כרצונו. ראו דברי אלון בעניין קסטנבאום, לעיל הערה 1, בע' 507, 504.

19 ראו, למשל, ד"ר 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 468 ואילך (להלן: עניין בית יולס).

20 ע"א 148/77 רוט נ' ישופה בניה בע"מ, פ"ד לג(1) 617, 629, כמצוטט אצל אלון בעניין קסטנבאום, לעיל הערה 1, בע' 508.

21 ראו עניין קסטנבאום, שם, בע' 496-503.

22 השוו דברי אלון, שם, בע' 507.

23 סבן, לעיל הערה 2, בע' 155.

24 R.M. Dworkin *Taking Rights Seriously* (London, 1977) 234-235, 272-278.

דבורקין, אין להעניק משקל להעדפות אתרונות אלה, שכן הן מבוססות על חוסר כבוד לבני-אדם ועל כפירה בזכותם לחיות על-פי השקפת-עולמם. לענייננו, דומה שסבן מבקש לטעון, שבעוד העדפתו של קסטנבאום הינה פנימית, ולכן ראויה להתחשבותנו, העדפתם של שוכני בית-העלמין וקרוביהם היא העדפה חיצונית, ולכן אינה מבססת כל טעם בעל משקל. מכאן, אף שלכאורה מדובר בהעדפה של אדם אחד כנגד העדפותיהם של רבים, אין להעדפת הרבים כל משקל במקרה זה, ועליה לסגת מפני העדפתו של היחיד. אלא שגם אם נתעלם מן הקשיים הרציניים בהבחנתו של דבורקין²⁵ ונקבל אותה לצורך הדיון, לא ברור לי כלל מדוע תיחשב במקרה שלפנינו ההעדפה שקסטנבאום יחרות בעברית בלבד על מצבת אשתו העדפה חיצונית. דומה שזו דוגמה מצוינת דווקא להעדפה פנימית, בדיוק כמו דוגמת העישון: שוכני בית-הקברות וקרוביהם, כמו גם החברה קדישא, אינם מתנגדים כלל שקסטנבאום יקבור את אשתו במקום אחר ויקים עליה מצבה בהתאם לרצונו. כל שהם רוצים הוא שמצבה הכוללת כיתוב לא-עברי ותאריך לא-עברי לא תשכון בשכנות למצבותיהם שלהם. כדי לחדד את הדברים, הבה נניח שבאחרית ימיה, היתה המנוחה מתקרבת לנצרות, ובקשתה האחרונה היתה שעל מצבתה יוקם צלב גדול. האם ההעדפה שלא יוקם צלב מעין זה בבית-הקברות הנ"ל היתה נחשבת אף היא בגדר העדפה חיצונית, ובתור שכזאת לא היתה זכאית שיכבדו אותה? על כך ניתן לכאורה לענות, שהקמת צלב אינה דומה לכיתוב בלועזית, והואיל ובדרישה לכיתוב עברי בלבד אין כל היגיון, איננו צריכים להתחשב בה. אבל תשובה מעין זאת מבטאת התנגדות סובסטיבית לעמדה שעל הפרק, כלומר, היא מבטאת העדפה חיצונית. ההבחנה בין העדפות פנימיות וחיצוניות באה ללמדנו שעלינו לכבד את העדפותיו של הזולת – יהיו אשר יהיו – ובלבד שהן העדפות פנימיות. כאמור, איני רואה כל סיבה לא לראות את העדפותיהם של שאר שוכני בית-הקברות כשייכות לסוג זה. דבריו של אלון שרירים וקיימים איפוא:

"בבית קברות זה של חברה קדישא 'קהילת ירושלים' טמונים אלפי אלפי שוכני עפר מבני ירושלים ומאלה שנקבצו אליה, שנמנו עם הציבור הציוני לכל גוונים וזרמים, אשר ביקשו, הם או קרוביהם, להיקבר בבית החיים בירושלים מתוך ידיעה כי הכיתוב שעל גבי המצבות... הוא על טוהרת העברית... אם נבוא עתה, כיום הזה,

25 לא קל להבין מהי ההבחנה בין שני סוגי ההעדפות, ומדוע העדפות חיצוניות אינן נחשבות. ראו ביקורתיהם הנוקבות של סרטוריוס והארט: R. Sartorius "Dworkin on Rights and Utilitarianism" *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (London, M. Cohen ed., 1984) 205–213; H.L.A. Hart "Between Utility and Rights" *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (London, M. Cohen ed., 1984) 214–226. על כך שדבורקין עצמו נכשל ביישום המתחייב מהבחנה זו לגבי סוגיית הפורנוגרפיה, ראו: R. Langton "Whose Right? Ronald Dworkin, Women, and Pornographers" *Philosophy & Public Affairs* (1990) 311.

וגבטל תנאי זה של כיתוב עברי בלעדי שעל גבי המצבה, האם אין בכך משום פגיעה חמורה באינטרסים של הזולת, בכבוד המתים, ... ובכבוד החיים, ... בבואם מכאן ואילך לעלות על קבר יקיריהם בבית הקברות, שעל גבי מצבותיו ילך ויגבר הכיתוב באותיות של כל אומות העולם?"²⁶

משהסברתי שהעדפותיהם של קסטנבאום ושל שאר מבקרי בית-הקברות נמצאות באופן עקרוני על אותו מישור, יש לחפש דרך להשוות ביניהם, מלאכה שאינה קלה כלל ועיקר. אעיר רק שיש לנקוט כאן משנה זהירות בשימוש בביטוי "רציונליות". האופן שבני-אדם בוחרים לקבור בו את מתיהם ולהנציחם משתנה כידוע מחברה לחברה ומאדם לאדם, וקשה בדרך-כלל לומר שנהגים מסוימים הינם "רציונליים" יותר מאחרים. בעיני בני-אדם מסוימים אין חשיבות רבה לטקסים הקשורים למוות, לאופן המדויק של הקבורה (אם בכלל) ולביקורים בבית-הקברות. הרמב"ם, למשל, קבע, שצדיקים "אין בוגין להם נפש [מצבה] על קברותיהם, שדבריהם הם זכרונם." והוא ממשיך וקובע באופן קסיגורי: "ולא יפנה אדם לבקר הקברות."²⁷ לגבי אחרים, לדברים הללו יש חשיבות עצומה. הם ישקיעו לעיתים ממון רב בבניין מצבה מפוארת, יקפידו בביקוריהם התכופים לטפח את סביבות הקבר, ירגו על תופעות שלא לפי טעמים בבית-הקברות ויתעקשו על כיתוב זה או אחר על המצבה. להתעקשות זו יינתנו כמובן נימוקים, אך דומה שאין כמעט גבול לנימוקים שניתן להעלות כאן; יש שיבקשו להוסיף ליד שם בנם החלל את מקצועו הצבאי,²⁸ יש שיבקשו להוסיף ליד שם המת את שמות אחיו ואחיותיו, מפני שחשוב להם לבטא את הקרבה של בני המשפחה למת,²⁹ יש שיבקשו להוסיף על קברי יקיריהם את תואריהם האקדמיים,³⁰ ועוד ועוד. העובדה שלפנינו דרישות שונות ולעיתים משונות, שלגבי כל אחת מהן מועלית תדיר הטענה שהנוהג המסוים חשוב ביותר לקרובים (ואולי אף למת עצמו), מעלה באופן טבעי הרהורים ספקניים לגבי הנימוקים שמועלים בהקשרים אלה.³¹ מסקנתי מהרהורים אלה היא, שאף שעלינו לעשות את אשר ביכולתנו לכבד את דרישותיהם של הנפטרים או קרוביהם, אסור להיתפס להגזמות לגבי הפגיעה הכרוכה בדחיית הדרישות. כמו אלון, אף אני "איני בא, חס ושלום, לומר, שאין משום נימה רגשית

26 עניין קסטנבאום, לעיל הערה 1, בע' 503.

27 רמב"ם, אבל, ד, ד. על השימוש בביטוי "נפש", כשם למצבה, ראו דברי אלון בע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2), 793, 807 (להלן: עניין הגר).

28 ראו בג"צ 532/74 בן זאב נ' המועצה הציבורית להנצחת החייל, פ"ד ל(1) 305.

29 ראו בג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הבטחון והמועצה הציבורית להנצחת החייל, פ"ד מז(2) 812 (להלן: עניין ויכסלבאום).

30 ראו עניין הגר, לעיל הערה 27, בע' 797, 803.

31 כך, למשל, לענייננו, דומה שקשה להתייחס ברצינות יתרה לדברי מר שופמן, בא-כוח המבקש, כי בלא כיתוב לועזי על המצבה לא יידעו העולים לקבר לקרוא את שמה של הנפטרת. ראו דברי אלון על כך בעניין קסטנבאום, לעיל הערה 1, בע' 498.

או אישית למראה השם בלועזית שאליו היה הנפטר מורגל.³² אך באותו אופן אין לבטל את הנימה הרגשית והאישית של איתם מתים או קרוביהם הרואים בכך משום כבוד לחיים, כבוד למתים וכבוד לישראל, שבבית-העולמים יופיע על המצבות כיתוב עברי בלבד. מדובר בהכרעה לא-קלה, אף-על-פי שתוצאותיה אינן חמורות מדי, כמדומה, לגבי אף אחד מהצדדים.

חשוב להדגיש שאחד השיקולים החשובים המנחים את אלון במקרה שלפנינו הוא התנגדותו לפרשנות המרחיבה של המושג "תקנת-הציבור" בדיני חוים, הגורמת לצמצום משמעותי בזכות-היסוד של חופש החוים.³³ התנגדות זו אינה מבטאת עמדה אנטי-ליברלית, אלא, בדיוק להיפך, מבטאת כבוד לאדם ולהחלטות החוזיות שהוא מקבל באופן חופשי. הגבלה מוגזמת של חופש החוים מבטאת גישה פטרנליסטית מצד המחוקק או בית-המשפט, גישה הרואה את האדם כלא-בוגר וכבלתי-אחראי להתחייבויות שהוא נוטל על עצמו.³⁴ התנגדותו של אלון לצמצום חופש החוים הינה עקבית, והיא באה לידי ביטוי כבר בפסיקה קודמת.³⁵ אין מדובר איפוא ברטוריקה בלבד, הבאה להצדיק באופן מלאכותי את התוצאה הרצויה מבחינה "אורתודוקסית". איני טוען, כמובן, שחופש החוים הוא עיקרון מוחלט (ואלון גם הוא אינו סבור כך בוודאי), אך אין להניח לעובדה זו לסמא את עינינו מראות, שבנסיבות שחופש החוים מופר בהן (גם אם בצדק), קיימת פגיעה בחירות.³⁶ בעוד שטרנהל סבור שפסק-דינו של אלון מבוסס על השקפה מסוימת (ומוטעית) על מושג האומה, סבן סבור שמה שעומד ביסודה הוא "יסודות ההשקפה האורתודוקסית". לדעתו, פסק-דין זה הוא "דוגמה לאופן שבו אלון אינו מגשר, וקרוב לוודאי אינו יכול לגשר, על כמה סתירות ופערים עמוקים" בין ההשקפה האורתודוקסית לבין ההשקפה הדמוקרטית הליברלית [ההדגשות שלי - ד' ס'].³⁷ ההבדלים בין תפיסות אלה "הם מהותיים מאוד וקשים ביותר לגישור."³⁸ התיזה שמציע איפוא סבן הינה קיצונית: לא בניגוד מקרי ומקומי עסקינן, אלא בניגוד מהותי, שאין דרך לגשר עליו; "ההשקפה האורתודוקסית" אינה יכולה בשום אופן להוביל למסקנות אחרות בסוגיה זו. הואיל

32 שם, שם.

33 ראו דבריו שם, בע' 508.

34 על חשיבות חופש החוים ראו דברי בית-המשפט העליון ברע"א 5248/90 אנטין נ' פרנקל, פ"ד מה(5) 139, 143: "חופש החוים הוא מעקרונות היסוד של תפיסתנו המשפטית והחברתית, ומעמד לו כזכות יסוד חוקתית." וראו גם ג' שלו דיני חוים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 25: "עקרון חופש החוים הוא העיקרון החשוב ביותר בדיני-החוים בישראל."

35 ראו עניין בית יולס, לעיל הערה 19.

36 גם ברק רואה בחופש החוים חלק מכבוד האדם וחירותו, והוא מבטא עמדה זו גם בעניין קסטנבאום, לעיל הערה 1, בע' 533.

37 סבן, לעיל הערה 2, בע' 154.

38 שם, בע' 156.

ומדובר בתיוזה כה חזקה, היינו מצפים לנימוקים כבדי-משקל להגנתה, אלא שאלה אינם ניתנים. הבה אפרט.

ראשית, כלל לא ברור למה מתייחס סבן בביטוי הכללי "ההשקפה האורתודוקסית"; האם הכוונה להלכה? לרוח ההלכה כפי שנוסחה על-ידי בעלי הלכה? לרוח ההלכה כפי שפירשה חוקרים מאוחרים? למערכת של אמונות ודעות שהאדם המאמין מחויב (או אמור להחזיק) בה? לאידיאולוגיה של מפלגה מסוימת? למאפיינים סוציולוגיים של שומרי ההלכה (היום או בעבר)? להבהרת נקודה זו יש חשיבות מכרעת, כמובן, כאשר אנו מבקשים לבחון את הטענה בדבר קיומו של ניגוד מהותי ובלתי-ניתן לגישור בין ההשקפה הנידונה לבין העמדה הליברלית, ולמרות זאת, אין במאמר שלפנינו ולו מראה-מקום אחד למקור כלשהו המייצג "השקפה אורתודוקסית" זו.

שנית, עם כל הכבוד, איני יודע על מה מבוססת הטענה שההשקפה האורתודוקסית מייחסת "חשיבות עצומה[!]"³⁹ לאחידות; ושוב, המחבר אינו מספק כל הפניות או מראי-מקום לביסוס הדברים. לפחות במה שנוגע במצב בבתי-הקברות, בולט ברובם דווקא חוסר האחידות במבנה המצבה, בכיתוב שעליה ועוד. כל מי שביקר מעודו בבית-קברות יהודי, בארץ או בחוץ-לארץ, ראה עד כמה אין אחידות בין המצבות. מבחינה זו, החוזה של גחש"א "קהילת ירושלים" משקף נוהג יוצא מן הכלל. זאת ועוד: גם בהלכה אין דרישה לאחידות בבית-הקברות. פשוט איני מבין על מה מבוססת הטענה שעמדת גחש"א "קהילת ירושלים" יורדת עד שורשי ההשקפה האורתודוקסית, ושלפיכך, אדם (או שופט) אורתודוקסי עקבי חייב לקבל אותה.⁴⁰

שלישית, לדעת סבן, אלון אינו רגיש להבחנה דלעיל בין העדפות פנימיות וחיצוניות בשל שתי "הנחות יסוד[!]" של ההשקפה האורתודוקסית:⁴¹ (א) שחירויות פרט רבות מצטמצמות מאוד כאשר הפרט יוצא לרשות הרבים, למשל, אכילת חמץ בפרהסיא; (ב) שאי-תגובה קהילתית לפעולה ברשות הרבים פירושה הסכמה או הזדהות עם הפעולה. לגבי נקודה (א), הדוגמה של אכילת חמץ בפרהסיא מבטאת היטב את הקושי בדבריו של סבן, שכן, מבחינת איסור אכילת חמץ, אין כמובן כל הבדל בהלכה בין רשות היחיד לרשות הרבים! האיסור המיוחד על הצגת (לא אכילת) חמץ בפרהסיא אינו איסור של ההלכה, אלא של המחוקק הישראלי,⁴² ולדעת יוזמיו, תכליתו "למנוע פגיעה ברגשות

39 שם, בע' 155.

40 לגבי הזיקה כביכול בין ההשקפה האורתודוקסית לבין דרישת האחידות הנ"ל של החברה קדישא, ראוי להפנות לדברי אלון בעניין קסטנבאום, לעיל הערה 1, בע' 486, המזכיר לנו, שהוועד שהקים את החברה קדישא "קהילת ירושלים" בירושלים, בשנת 1936, וקבע את נוהליה, כלל יהודים שלא היו שומרי מצוות, כמו יצחק בן-צבי ואחרים.

41 סבן, לעיל הערה 2, בע' 155.

42 ראו סעיף 1 לחוק חג המצות (איסורי חמץ), התשמ"ו-1986, ס"ח 220: "מצהרי יום י"ד בניסן... לא יציג בעל עסק בפומבי מוצר חמץ למכירה או לצריכה."

הציבור"⁴³ ובמה שיוזמיו ראו כצביון הלאומי של מדינת-ישראל,⁴⁴ ולא באינטרסים הלכתיים. האם הסדר חקיקתי זה הוא שאמור לשכנענו בחשיבות "העצומה" של הפרהסיה ב"השקפה האורתודוקסית"? האם הוא שמלמד על קיומה של "הנחת יסוד" לגבי הבדל בין רשות היחיד לבין הפרהסיה? אתמהא.

לגבי נקודה (ב), גם כאן לא ברור על מה הדברים מבוססים, והיכן מצוי כאן ההבדל "העמוק" בין "ההשקפה האורתודוקסית" לבין העמדה הליברלית. נכון שקיימת בהלכה מצווה להוכיח את העברייין, במסגרת מצוות "הוכח תוכיח".⁴⁵ אבל, ראשית, מצווה זו חלה גם בעבירות שנעשו בצנעה ואינה מוגבלת רק לעבירות בפרהסיה. שנית, אף שאחד הטעמים למצווה זו הוא לא להיראות כמסכימים למעשים (הנתפסים כ-) שליליים, טעמים נפוצים יותר קשורים באחריות כלפי כל אדם מישראל ולרצון למנוע בני-אדם מעבירה. שלישיית, איני רואה מדוע השקפה ליברלית מוכרחה להתנגד לתגובה קהילתית על פעולה פרטית שהקהילה מתנגדת לה בכל מאודה. רבים מאיתנו מצפים, למשל, מן הנציגים הרשמיים של ממשלת גרמניה להביע התנגדות ברורה וחד-משמעית למגמות של שנאת זרים, גם כאשר אינן כרוכות בעבירה על החוק, ובהיעדר תגובה זו, אנו חוששים שמא ממשלת גרמניה אינה מתנגדת להן באמת ובתמים. דווקא משום שליברליזם אינו מחייב להניח רלטיביזם מוסרי, יש חשיבות מיוחדת בחברות ליברליות למחאה נגד גישות מפלות, גזעניות ואחרות. תפקידה של מחאה זו הוא להבהיר, שהעובדה שאיננו מטילים איסור משפטי על מעשים מסוימים אינה מבטאת הסכמה או אדישות, אלא נובעת מן ההנחה שיש טעמים טובים לא לאסור התנהגויות מסוימות - למרות סלידתנו המוצדקת מהן. לעומת זאת, במסגרת חשיבה אורתודוקסית, שלעברייין ברור בה שההלכה אינה מכירה בלגיטימיות של מעשיו ואינה מכירה בזכותו לעשות ככל העולה על רוחו, יש לכאורה פחות חשיבות למחאה אם מטרתה של זו להפריך את הדעה שאנו מסכימים להתנהגות השלילית.

דומה לעיתים שכותבים מסוימים משתמשים בביטויים כמו "דמוקרטי", "ליברלי" ו"סובלן" כבמעין כינויי שבח, שראוי לשלול אותם ממי שאינו מפגין דבקות מספקת בעיניהם בערכים האמורים. אף-על-פי שלדעת סבן, אלון מגלה "רגישות גבוהה לזכויות אדם בהקשרים מסוימים", הואיל ובמישורים אחרים, הנוגעים בסכסוך הישראלי-הערבי, הוא מגלה "רגישות מוגבלת מאוד",⁴⁶ ההערכה הכוללת של סבן לגביו היא כי מדובר

43 ראו דברי ההסבר בהצעת חוק חג המצות (איסורי חמץ), התשמ"ה-1985, ה"ח 160.

44 ראו דברי ההסבר של דב שילנסקי, יו"ר ועדת הפנים ואיכות הסביבה, שהגישה את הצעת-החוק לכנסת, בתוך ד"כ 105 (תשמ"ו) 3970: "מדינת ישראל היא לא רק המולדת של העם היהודי, היא גם הלון הראווה של העם והתנהגותו היא חינוכית לעם ישראל כולו. הצגת חמץ בפסח, בפומבי, פוגעת בדמות של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי, כמדינה יהודית, כמדינת אותו עם שבמשך דורות הקפיד על צביון חג המצות."

45 ראו למשל ברמב"ם, דעות, ו, ו-ח.

46 סבן, לעיל הערה 2, בע' 154. אין זה מקרה שלגבי המקרים שאלון ניצב בהם ב"צד"

ב"יריב מעמיק [שוב, לא "יריב" סתם] של ההשקפה הדמוקרטית ליברלית.⁴⁷ באופן דומה, לפי שטרנהל, הואיל ואלון מחזיק בתפיסה של "דם, גזע ואדמה", תפיסה המקדימה את קיומה של האומה לזה של היחיד, אין הוא יכול להתייחס ברצינות לכבוד האדם ולחירותו, ועלינו לשלול ממנו את התארים "ליברלי", "רציונלי" ו"מודרני". התנגדותי לגישה דיכוטומית זו מיוסדת על שיקולים מושגיים ונורמטיביים. השיקול המושגי טוען, שהגבלת השימוש במונחים כמו "ליברלי", "אורתודוקסי", ו"דמוקרטי" רק לבני־אדם או לגופים המחזיקים בערכים אלה באופן קיצוני ורואים בהם את חזות הכל מצמצמת באופן בלתי־נסבל את יכולתנו לערוך הבחנות מועילות וחשובות בחיינו החברתיים. היא מעודדת את המחשבה, המוטעית, שמי שאינו ליברל (למשל) "עד הסוף" אינו שונה באופן משמעותי ממי שאינו ליברל כלל. היא מסמאת את עינינו מראות שבמציאות האנושית קיים מדרג רב־פנים ודינמי של עמדות לגבי הליברליזם, כמו גם לגבי חשיבותם היחסית של ערכים אחרים.

השיקול הנורמטיבי טוען, שאין זה מן הראוי לייחס חשיבות עליונה לערך אחד, וגם ערכים חשובים עשויים לעיתים להידחות מפני ערכים אחרים. קרוב לוודאי שאין אף חובה מוסרית שכל המקרים הפרטיים הנופלים בגדרה דוחים כל שיקול מוסרי אחר.⁴⁸ אפילו לגבי חיי אדם, שלגביהם אנו טוענים תדיר שאין להם מחיר ואין להם תחליף, אנו מוכנים לעיתים לשקללם ביחס לשיקולים אחרים, כפי שציין בצדק ג'יימס גריפין:

"Non-equivalence is not incomparability... an individual human life has no

הליברלי, סבן משתמש בכיטוי "רגישות גבוהה", ואילו לגבי המקרים שאלון ניצב בהם בצד הלא־ליברלי, הרגישות המיוחסת לו היא לא רק מוגבלת, אלא מוגבלת "מאוד". זאת, אף־על־פי שאם יש כאן הבחנה כלל, היא הפוכה: העמדה הבולטת והיוצאת־דופן היא דווקא זו שמציג אלון במאבקי על כבוד האדם וחירותו בהקשר של מעצרים בלא משפט, במיוחד מעצר חייבים (ראו מספר הפניות אצל סבן עצמו, שם, שם, הערה 3), בעוד עמדותיו בהקשר של הסכסוך הישראלי־הערבי נתמכות גם על־ידי שופטים אחרים של בית־המשפט העליון ואינן מעוררות תשומת־לב מיוחדת. כדוגמה לרגישות ה"מוגבלת מאוד" של אלון בהקשר זה, מפנה סבן לבג"צ 620/85 ח"כ מיעארי נ' יו"ד הכנסת, פ"ד מא(4) 169. אולם, כזכור, בפסק־דין זה לא היה אלון בדעת יחיד, וכמותו סברה גם המשנה לנשיא מרים בן־פורת (כתוארה אז). הוא מפנה גם לע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים עשרה, פ"ד מג(4) 221, שדעתו של אלון בה היתה גם דעתו של השופט דב לוין. ההפניה השלישית והתמוהה מכולן היא לבג"צ 2581/91 סלחאת נ' ממשלת ישראל (לא פורסם), שעמדתו של אלון בו לא היתה שונה מזו של שני השופטים האחרים באותו דיון, ד' לוין וש' לוין. האם עלינו לומר שלכל השופטים הנכבדים הללו "רגישות מוגבלת מאוד" לזכויות האדם? והאם גם אצלם עלינו להבין מוגבלות זו על־ידי קישורה להשקפה האורתודוקסית (או לתפיסת הלאומיות האורגנית)?

47 סבן, שם, בע' 153.

48 ראו בעניין זה ד' סטטמן דילמות מוסריות (תשנ"א) פרק ג, סעיף 3.2.

equivalent. But that is not to say that nothing can be ranked with, let alone outrank, a human life. The French government knows that each year several drivers lose their lives because of the beautiful roadside avenues of trees, yet they do not cut them down. Even aesthetic pleasure is (rightly) allowed to outrank a certain number of human lives."⁴⁹

כפי שגריפין ממשיך ואומר, יש להיזהר כאן מהגזמות:

"It is easy here to move imperceptibly from Kant to cant. We want to express our sense of the enormous value of certain things – human standing, an individual human life – and once again we reach for strong expressions. But in real life, in concrete situations, we often do, and should, back down. We find out that we did not mean literally what, in searching for strong expressions, we ended up saying."⁵⁰

מה שנכון לגבי ערך חיי אדם נכון בוודאי לגבי כיבוד חירותו. היה זה ישעיהו ברלין שכה טרח להדגיש, במסתו הידועה על שני מושגים של חירות,⁵¹ את העובדה שמוצדק ונכון לעיתים לפגוע בחירות כדי לזכות ברווח במונחים של ערכים אחרים, אף כי אין להכחיש במקרים אלה שהחירות נפגעה.⁵²

המסקנה מהדיון בשיקולים הממלאים תפקיד בעניין קסטנבאום היא איפוא זו: אין מדובר במאבק-איתנים בין שתי תפיסות-עולם שכל אחת מהן מוליכה להחלטה חד-משמעית מסוימת, אלא בהתנגשות בין שיקולים שונים, בעלי משקל שונה, שאינה מחייבת הכרעה דרמטית בנוסח "או-או" או רציונליות, ליברליות והומניזם, או פרטיקולריזם, אי-רציונליות ופולחן מתים [שטרנהל]; או ערכים דמוקרטיים וליברליים או יהדות אורתודוקסית [סבן]; אלא הכרעה והירה, המביאה בחשבון את מכלול השיקולים שעל

J. Griffin *Well-Being: Its Meaning, Measurement, and Moral Importance* (Oxford, 1986) 82

Ibid, *ibid* 50

בתוך י' ברלין ארבע מסות על חירות (תשל"א) 170.

על כך שאוטונומיה אינה ערך עליון ראו, למשל, דבריו של ג'רלד דבורקין:

"There is an intellectual error that threatens to arise whenever autonomy has been defended as crucial or fundamental: This is that the notion is elevated to a higher status than it deserves. Autonomy *is* important, but so is the capacity for sympathetic identification with others... or the virtue of integrity." (G. Dworkin *The Theory and Practice of Autonomy* (Cambridge, 1988) 32)

הפרק ואת משקלם היחסי.⁵³ אילו היה מדובר בדרישה מרחיקת-לכת יותר מאשר כיתוב לועזי (למשל, הקמת צלב, בדוגמה שהוזכרה לעיל), סביר להניח שגם ברק ושמגר היו מעדיפים את עמדת החברה קדישא והיו מוכנים לפגוע בזכותו של המשיב. לעומת זאת, אילו היה מדובר בניסיון של החברה קדישא לכפות על אדם כיתוב עברי בלא שקדם לכך חוזה בינה לבין האדם הפונה, מותר לשער שגם אלון היה רוחה את עמדת החברה קדישא. למן עניין קסטנבאום, נזקק בית-המשפט העליון פעם נוספת לסוגיית הכיתוב על מצבות בעניין ויכסלבאום.⁵⁴ הורי החייל ערן ויכסלבאום ביקשו להוסיף על המצבה את השורה "אח ללימור, ג'ק ועדי". בית-המשפט פסק בדיון הראשון, ברוב קולות של השופטים מלץ וגולדברג ובניגוד לדעתו החולקת של ברק, לדחות את עתירת ההורים ולאשר את דרישת האחידות של המועצה להנצחת החייל. בכך אימץ בית-המשפט לכאורה עמדה המזכירה את זו של אלון בעניין קסטנבאום.⁵⁵ בית-המשפט ניסה אומנם להסביר מדוע אין הלכת קסטנבאום צריכה לחייב בעניין ויכסלבאום, אך לעניות דעתי, בחינת מכלול השיקולים המעורבים בשתי פרשיות אלה מעלה שהן קרובות למדי. נכון שלבתי-הקברות הצבאיים קיים חוק מיוחד המסדיר את הקבורה,⁵⁶ אך דווקא את צורת המצבה ואת הכיתוב עליה אין חוק זה מסדיר, והוא מסמיך לשם כך את המועצה הציבורית להנצחת החייל, שתקנותיה הן בגדר חקיקת-משנה, וככאלה, בגדר מושא טבעי לביקורת מינהלית,⁵⁷ מן הסוג שבית-המשפט לא נמנע מלהפעיל בעניין קסטנבאום. לעומת זאת, בעניין קסטנבאום מדובר בחוזה עם גוף פרטי, ואין זה ברור מאילו שיש בו מקום להתערבות מינהלית.⁵⁸ הבדל אחר "לטובת" אכיפת האחידות בעניין ויכסלבאום הוא שמדובר בבית-עלמין צבאי, שהוא "מקום קדוש לעם ולמדינה", בעוד בית-עלמין אזרחי, כזה העומד במרכזו של עניין קסטנבאום, הוא "מקום קדוש למשפחות הנפטרים" בלבד.⁵⁹ אין להקל ראש בהבדל זה. ברם, מצד אחר קיים שיקול רציני "לטובת" האחידות בעניין קסטנבאום, והוא עקרון חופש החוזים,⁶⁰ שאינו רלוונטי בעניין ויכסלבאום. בינתיים פנה בג"צ למועצה להנצחת החייל וביקשה לשקול שוב את עמדתה ולבחון אם אין מקום להקצות לכל משפחה מקום על המצבה להוספת כיתוב אישי. המועצה החליטה ברוב לא-גדול לדחות הצעה זו ולהשאיר את המצב על כנו, ושר הביטחון קיבל את הצעתה. בעקבות החלטה זו, עתרה המשפחה שוב לבג"צ, שפסק בנושא בהרכב של

53 לדיון מתון מעין זה במקרה אחר העוסק במחלוקת לגבי כיתוב על מצבה, ראו דברי אלון בעניין הגר, לעיל הערה 27.

54 לעיל הערה 29.

55 שוב: האם גם לגבי מלץ וגולדברג עלינו לומר שפסיקתם לטובת האחידות קשורה ל"יסודות ההשקפה האורתודוקסית", או "בתפיסה אורגנית של האומה"?

56 עניין ויכסלבאום, לעיל הערה 29, בע' 820.

57 השוו דברי ברק, שם, בע' 823.

58 ראו מאמרו של בנבנישתי, לעיל הערה 17, בע' 13.

59 עניין ויכסלבאום, לעיל הערה 29, בע' 820.

60 ראו עניין בית יולס, לעיל הערה 19.

חמישה שופטים, ב־27 במרס 1995.⁶¹ בדיון הנוסף אימץ בית־המשפט את דעתו של ברק בדיון הראשון, וקיבל, בניגוד לדעתו החולקת של גולדברג, את עמדת המשפחה. לדעת שופטי הרוב, החלטת שר הביטחון לא הביאה בחשבון את מרכיב הרגשות של קרובי החייל, ולפיכך היא לוקה בחוסר סבירות קיצוני, המתיר התערבות של בית־המשפט.⁶² למרבה המזל, שופטי בית־המשפט העליון אינם רואים עצמם לכודים בהכרח להכריע "או-או", בין השיקול הליברלי לבין שיקולים אחרים, הכרעה מן הסוג ששטרנהל וסבן מבקשים למצוא.⁶³ יתר על-כן, רובם ככולם מייחסים חשיבות לאותם ערכים (אף כי הם נחלקים תדיר לגבי פירושהם ויישומם): לזכויותיו של היחיד, לשלום הציבור ובטחונו, לאופיה היהודי של מדינת־ישראל ועוד. כל השופטים, כולל ברק ושמגר, מעדיפים לעיתים שיקולים אחרים על זכויות הפרט, כמו, למשל, בעניין גירוש כארבע מאות אנשי

61 דג"צ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון (טרם פורסם) (להלן: הדיון הנוסף).

62 הטיעון שנועד לבסס מסקנה זו מהווה תמרור נוסף (לדעתי, תמרור אזהרה) בדרכו האקטיבית של בג"צ, ותוצאתו היא שמעשה, אין לשום החלטה של רשות מינהלית חסינות מפני טענת חוסר סבירות קיצונית, או במילים אחרות, כל החלטה תוכל להיפסל על-ידי בג"צ בטענה שחרגה ממתחם הסבירות. הלוגיקה של הטיעון פועלת כך: לצורך פשטות, הבה נניח שבסוגיה הדורשת הכרעה מתחרים שני שיקולים, A ו-B (אצלנו: רעיון האחידות לעומת ההתחשבות ברגשות המשפחה). נתינת עדיפות ל-A גוררת הכרעה DA (מניעת כיתוב אישי), ואילו נתינת עדיפות ל-B גוררת הכרעה DB (אישור כיתוב אישי). הבה נוסיף ונניח שהכרעה DA אינה כשלעצמה בלתי־סבירה באופן קיצוני (ראו במיוחד דברי השופטת דורנר בדיון הנוסף, לעיל הערה 61, פסקה 7), כיצד יוכל בית־המשפט לבטל את ההחלטה? הווה אומר, בטענה שהרשות התעלמה מ-B, ו"במקרה זה ההתעלמות מן השיקול הרלוואנטי הפכה את ההחלטה אף בלתי־סבירה" (שם, שם). ומניין שהרשות אכן "התעלמה מהנושא האמור לחלוטין"? (דברי ש' לוי, שם, פסקה 4 [ההדגשה שלי - ד' ס']). ברוב המקרים - וכן במקרה שלפנינו - הראיה היחידה לכך היא בעצם העובדה שהרשות הכריעה לטובת A, ולא לטובת B, שממנה אנו אמורים ללמוד שהרשות התעלמה מ-B ולכן לקתה בחוסר סבירות קיצונית. נקל לראות כיצד אסטרטגיה זו מטשטשת את ההבחנה בין חוסר סבירות לבין חוסר סבירות קיצונית, באופן המקשה לראות איזו משמעות מעשית נותרה להבחנה זו כהגבלה על סמכות בג"צ.

63 השוו דברי ברק עצמו בעניין קסטנבאום, לעיל הערה 1, בע' 522: "הפתרון לניגודים אינו בהתעלמות מעיקרון אחד או מערך אחד והעדפתו המלאה של הערך האחר. הדרך הראויה היא בהעמדת עקרונות אלה זה בצד זה, במתן משקל ראוי לכל אחד מהם ובאיוון בין העקרונות בנקודת החיכוך." ההדגשה החוזרת ונשנית של ברק כי מדובר בצורך לאון בין שיקולים שכל אחד מהם הוא בעל ערך (גם אם הוא נדחה בנסיבות מסוימות על-ידי שיקולים אחרים, ראו שם, בע' 525, 533) מראה עד כמה הוא רחוק מן העמדה הרדיקלית שמייחס לו שטרנהל, כאילו מדובר בהתנגשות בין תפיסה רציונלית, הומניסטית וליברלית לבין תפיסה השוכה ובלתי־רציונלית, שאדם מודרני ירחק ממנה.

החמאס.⁶⁴ אין הם משום כך "יריבי" ההשקפה הליברלית, ואין הם מוציאים את עצמם בכך מן הקהילה הדמוקרטית המודרנית. באותו אופן, כאשר שופטים כמו אלון מעניקים לעיתים חשיבות עצומה לכבוד האדם וחירותו (כמו בשאלות של מעצר לפני משפט) גם במחיר פגיעה בערכים אחרים,⁶⁵ אין הם נהפכים משום כך ליריביהם של ערכים אלה, ואין הם מביעים בכך מחויבות בלתי-חוזרת לפסוק "לשובת" החירות בכל מקרה. מורכבותה של המציאות האנושית, שמתחרים בה לעיתים קרובות שיקולים שכל אחד מהם הוא בעל ערך, משתקפת בגישתם רבת-האנפין של שופטי בית-המשפט העליון, הרגישים בדרך-כלל לצורך למצוא איזון הולם בין ערכים בהתאם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה, בלא לקדם באופן קנאי ערך אחד בלבד ובלא ליצור ניגודים "קוטביים" ו"מהותיים" כאשר אין הם קיימים. יהיה טוב אם מורכבות זו לא תשושש ולא תאבד גם במאמריהם הפרשניים של אנשי האקדמיה.

דני סטטמן*

64 ראו עניין האגורה, לעיל הערה 15. כזכור, החלטה זו התקבלה פה אחד בהרכב של שבעה שופטים, כולל שמגר וברק. לביקורת נוקבת על פסיקה זו, ראו ח' כהן "גירוש כהלכה" ממשל ומשפט א (תשנ"ב-תשנ"ג) 471. לדעת כהן, בית-המשפט "ניער חוצנו" בפרשה זו "מערכי היסוד של המשפט ההומניטרי" [1] (שם, בע' 476).

65 כביטוי של סבן על אלון, לעיל הערה 2, בע' 153.

66 לא אחת נטען כי למדיניותו הליברלית של אלון לגבי מעצר חייבים היו תוצאות שליליות, למשל בתחום של גביית חובות.

* מרצה בכיר, המחלקה לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן.

מוקדש לכבודו של המשנה לנשיא מנחם אלון, עם פרישתו. תודתי לדוד הד, אלימלך וסטרייך, יאיר לורברבוים, איציק עמית, דודי שוורץ ויולי תמיד על הערותיהם לטיוטות קודמות. אני מודה גם לעורך עמרי ידלון, לסגן העורך יואב ספיר, לקורא עלום-שם ולחברי מערכת עיוני משפט על כמה הערות והצעות מועילות.