

משפט וממשל

כרך ב - חוברת 1 • טבת תשנ"ד • ינואר 1994

אילן סבן

השופט מנחם אלון: משפט והשקפת-עולם

השופט מנחם אלון: משפט והשקפת-עולם

אילן סבן*

כוחו של שופט, במיוחד שופט בית-המשפט העליון, הוא בהשפעה הנמשכת שיש להכרעותיו ולעמדותיו. משך ההשפעה ועוצמתה הן תלויות עניין ותלויות שופט. המשתנים המעורבים בכך מורכבים ואין בכוונתי להתמודד עמם כאן. בחרתי, תחת זאת, לנצל את מועד פרישתו של המשנה לנשיא, השופט אלון, כדי להמחיש את השפעתו, באמצעות התמודדות חלקית עם מורשות שיפוטיות וערכיות שהוא מותיר לנו.

אחת הנקודות המעניינות לגבי השקפת העולם של השופט אלון, היא שהשקפת עולם זו רלוונטית והשוכה, על אף שהיתה לרוב גישה מיעוט בבית-המשפט העליון. הסיבה לכך היא שגישתו של השופט אלון נותנת ביטוי מקיף, מנוסח היטב ואותנטי להשקפת עולם המצויה בקרב חלק מאתנו. ויותר מכך, היא אף מהווה לעתים "קול שני" ברו-שיח אמביוולנטי פנימי של חלק גוסף מאתנו. משום כך אין עמדותיו של השופט אלון מאפשרות התייחסות אדישה. הן מחייבות התמודדות מתמדת גם מצד החולקים על רבים מעיקרי גישתו, ובהם כותב שורות אלו.

ובאופן מפורש יותר: השופט אלון הוא יריב מעמיק של ההשקפה הדמוקרטית ליברלית. השקפתו שאותה שאף לקדם דרך הכרעותיו השיפוטיות, היא סינתזה אידאית המעצימה את משקלה של השקפת העולם והתכנים הדתיים בהוויה הישראלית.¹ מטעמי הגינות יש להסמך למונח "יריב" הערה מאונת: הסינתזה האידאית שהשופט אלון חתר אליה מכילה מינון גבוה יותר מכפי שהורגלנו לו בקרב מנהיגים דתיים אורתודוקסים) של היסודות האוניברסליים של היהדות על פני ההיבטים האתנוצנטריים והפטריארכליים שלה.² ומתינות יחסית זו היא שהפכה את אלון בכמה הודמנויות לבר-פלוגתא, של הממסד הדתי ובעיקר של השקפת העולם החרדית.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה לחברי בפקולטה, פרופ' יוסי ארדעי, שולמית אלמוג, אריאל בנדר, ד"ר עלי ולצברגר וסנרי קדר, שהעירו הערות חשובות לטיוטה קודמת של רשימה זו.

1. אומר מיד, שאין לי כל ביקורת על האופן שבו פעל אלון כשופט לקידום השקפת עולם זו. הוא השתמש במכלול הכלים הלגיטימי המצויים בידיו של שופט בית-המשפט העליון, כגון: פרשנות והכרעה ביחס לעמדה של ריסון או אקטיביזם שיפוטי.

2. למאמר מעניין העוסק במתח בין פרטיקולריזם ואוניברסליות ביהדות האורתודוקסית ראו M. Kellner, "On Universalism and Particularism in Judaism" (1993). המאמר הוצג בסמינר מחלקתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה בנובמבר 1993, והוא עומד להתפרסם בקרוב בכתב העת דעת.

עניין קסטנבאום עוסק באדם שביקש לחרוס על מצבת אישתו את שמה גם בלועזית, וחברת קרישא מנעה זאת ממנו. השופט אלון, בדעת מיעוט, ביקש לדחות את בקשתו של קסטנבאום, ונתן לכך הגמקות אחרות. אתמקד בשתיים מהן. בהנמקה אחת גרס השופט אלון, שאם תיעתר בקשת התובע יהפכו בית-הקברות ומצבותיו לבליל לשונות ואותיות. לפיכך רצוי שכתוב אחד בעברית "מישיך ויאחד את כל אלה שמצאו וימצאו בו מנוחתם". ההנמקה השנייה מופיעה כשאלה מעין-רטורית: מדוע חשובה יותר הפגיעה ברגשותיו של אדם, שנמנע ממנו לרשום על מצבת אהוביו כיתוב מסוים, מהפגיעה ברגשותיהם של שוכני בית-הקברות וקרוביהם המבקשים כיתוב עברי אחד בכל בית-הקברות.

נראה לי שהמוטיבים המרכזיים המתגלים בהנמקות אלו של השופט אלון, נעוצים ביסודות ההשקפה האורתודוקסית: חשיבותה העצומה של האחרות הקהילתית וקדימותה על פני חירויות פרט רבות; ויהיו האחרות החברתית עם האחידות; העדר רגישות להבחנה בין רגשותיו של האדם ביחס לפעולות הנוגעות לעצמיותו ולשארי בשרו, לבין רגשותיהם של בני אדם ביחס לפעולות פרטיות של אחרים. מקורו של העדר רגישות זה בשתי הנחות יסוד נוספות של ההשקפה האורתודוקסית: האחת, שחירויות פרט רבות מצטמצמות מאוד, ומסתיימות לעיתים, כאשר הפרט יוצא לרשות הרבים (כיתוב על מצבה החשופה לעיני הציבור, אכילת חמץ בפרהסיא וכדומה); והשנייה, שהנחה האחרת, שלפיה אי תגובה קהילתית לפעולה ברשות הרבים פירושה הסכמה או הזדהות עם הפעולה. ההשקפה הדמוקרטית-ליברלית רחוקה מכך מאוד. יש הבדל עמוק בין פעולה פרטית הנעשית בציבור לבין פעולה ציבורית. הרגישות, והסקת הסכמה והזדהות, שמורות בעיקר למישור הפעולה הציבורית. קרי, כאשר מנגנוני המדינה, נציגיה הרשמיים, או סמליה, מודעים עם עמדה או פעולה כזו או אחרת. חירותו של הפרט אינה נעלמת בהיותו ברשות הרבים, וסובלנות לפעולה של הפרט, גם אם היא חשופה לעין הציבור, אינה נתפסת מעיקרה כשקולה להזדהות או הסכמה עם הפעולה.³

ליברליזם, כידוע, אין פירושו חירות חסרת סייגים. כמו כן, מצויים גוונים שונים של ליברליזם, ובתוכם צירופים של ליברליזם ולאומיות.⁴ ואולם ההבדלים שהצבעתי עליהם

בגישות שמרניות וגישות דתיות מסוימות בכללן, (דוגמה לכך מהעת האחרונה, היא תגובת חלקים של הציבור להחלטת בג"צ בסוגיה של יבוא בשר לא כשר). בהקשרה של היהדות האורתודוקסית נוכח אולי ההיסק האמור מעיסוקה הדומיננטי באיסור הרתי: שאלה הנתפסת לרוב כזוהי לשאלת הטוב והרע, משמע, כל מה שהוא רע הוא אסור (אם כי לעתים קרובות לא נלווה לאיסור הרתי כל עונש אנושי). לעמות זאת, במערכות משפטיות מודרניות, ובמיוחד בליברליות שביניהן, אין כלל ויהיו הכרתי בין המותר והאסור (והצפוי לסנקציה) לבין שאלות של טוב ורע. דברים רבים הם רעים ובה בעת מותרים בגדר חירותו של אדם. אשר על כן הסכנה לזיהוי בין התרת פעולה או אי ענישתה על-ידי המדינה לבין לגיטימציה לפעולה זו היא סכנה פחות בהרבה.

⁴ לדין פילוסופי בסוגיות של ליברליזם וקהילה וקהילה וליברליזם ולאום, ראו W. Kymlicka,

רשימה קצרה זו לא באה לסכם את משמעות פועלו של השופט אלון במשפט הישראלי. קשה לסכם בשורות ספורות פעילות שיפוטית ואקדמית מעמיקה וענפה. והדבר קשה שבעתיים לגבי שופט מגוון כמו אלון, שפסיקתו מגלה רגישות גבוהה לזכויות אדם בהקשרים מסוימים (כגון זכויות עצירים ואסירים ושוויון נשים),⁵ ובה כשעה מגלה מה שנראה כרגישות מוגבלת מאוד בסוגיות זכויות אדם שבהן מעורב השטע הלאומי-אתני: עתירות מהשטחים, עתירות של פעילים פוליטיים בקרב ערביי ישראל, וכדומה.⁶ על כן אתמקד במישור העקרוני והמושפט יותר של השקפת עולם ערכית ושיפוטית. תועלתה של התמקדות כזו גם בהזרמתו שהיא יוצרת לשוב ולהרהר בכמה יסודות שנויים במחלוקת בהותנו הקולקטיבית כעם וכקבוצת אורחים.

אעבור אם כן לוויכוח מהותי עם מקצת עמדותיו של השופט אלון, כפי שעלו בפסיקתו ובכתביו.

השופט אלון מנסה לשכנע אותנו לקבל כאפשרית, ולאמץ כאהבה, סינתזה של יהדות אורתודוקסית עם ערכים דמוקרטיים ליברליים. להערכתי סינתזה מעין זו איננה אפשרית במקרים רבים, ובמקרים אחרים עלולה להוביל לפשרות לא נסבלות.

אביא את פסק-דינו של השופט אלון בע"א 294/91 חברת קרישא נחשיא קהילת ירושלים נ' קסטנבאום.⁷ כדוגמה לאופן שבו אלון אינו מגשר, וקרוב לוודאי אינו יכול לגשר, על כמה וכמה סתירות ופערים עמוקים: הפער שבין הרגשת הכלל ביהדות האורתודוקסית לבין מרכזיותו של הפרט וחירותו בהשקפה הדמוקרטית ליברלית; הפער שבין הקונפורמיות והאחידות שהאורתודוקסיה משתמשת בהם כאמצעים ללכידות חברתית, לבין רעיון הסובלנות המאפשר דו-קיום בחברה פלורליסטית;⁸ וכן הפער שבין תפיסת האדם כיציר וקנין של אלוהיו לבין הרגשת האוטונומיה האנושית.

³ לדוגמות ספורות, ראו ב"ש 16/87 דננאוילי נ' מ"ל, פ"ד מא (2) 281; ע"א 4/82 מ"י נ' תמיר, פ"ד לו (3) 201; בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני רתות, פ"ד מב (2) 221.

⁴ ראו, למשל, בג"צ 620/85 ח"כ מיערי נ' ירד הכנסת, פ"ד מא (4) 169; ע"ב 2/88 פ' שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג (4) 221; בג"צ 2581/91 פלחאת נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם).

⁵ פ"ד מו (2) 464.

⁶ עקב השימוש התכוף שעושה השופט אלון בטיעון דברר חשיבות רעיון הסובלנות בעולמה של יהדות ההלכה, אדגיש כבר כאן, שמובנה הממשי של סובלנות כתפיסה הדמוקרטית ליברלית, היא סובלנות (הגם שלא בלתי מוגבלת) גם כלפי הרחוקים ממך בעמדות המוצא. כלומר, זוהי סובלנות לא רק להבדלים דוגמת אלו שבין בית שמאי לבית הלל - הבדלים שהם פנימיים לתפיסת העולם הנדונה - אלא סובלנות להבדלים עמוקים הרבה יותר. כמו כן, מדובר בסובלנות שאינה מוגבלת בעיקר לעמדות שכלב או לרשות הפרט, אלא באה לידי ביטוי גם כלפי התנהגות החיצונית. עניין זה ארחיב בהמשך.

⁷ השו", עמדתו של הנשיא שמגר (לעיל, הערה 5) ובמיוחד עמ' 481-483. הויהו בין אי הטלת איסור על-ידי המדינה על פעולה לבין לגיטימציה או הזדהות עם הפעולה, הוא היסק רווח

לעיל, בין תפיסת העולם האורתודוקסית לבין תפיסת העולם הדמוקרטית ליברלית, הם מהותיים מאוד וקשים ביותר לגישור. הניגודים מהיבים באופן כסיסי הכרעה; מתן קרימת לתפיסה אחת על פני מתחרתה? הפערים בין תפיסות העולם המתחרות קשים מאוד לגישור גם לאדם כמו השופט אלון, שאין שום ספק שמחויבויות דמוקרטיות קרובות ללב. הזמנתו אותנו להיכנס ל"פרדס" הסינתטי בין האורתודוקסיה והדמוקרטיה היא, על כן, הזמנה מעוררת יראה.

השופט אלון יטען כמובן שלא הוא המזמין אותנו ל"פרדס" זה, אלא המחוקק בכבודו ובעצמו. במאמר שכתב לאחרונה, הוא אף תוקף נמרצות את השופט ברק על פרשנות שונה.¹⁰ חרת המהלוקת הנוכחית היא פרשנותו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כמה וכמה הוראות הנוגעות לזכויות יסוד חשובות. סעיף 1 מפרט את מטרת החוק, והיא "לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

עמדתו של השופט אלון באשר למשמעות המלים "מדינה יהודית ודמוקרטית" היא מורכבת ועמומה למדי. אודה שאינני משוכנע שהבנתי אותה כל צורכה. מצד אחד הוא טוען שעשויים להיות חילוקי דעות לגיטימיים בשאלה מהן ערכיה של מדינה יהודית, ומצד אחר הוא טוען שנוסדה כאן חובה לשופט לפנות ולעיין בהסדרי המשפט העברי לצורך הבנת משקלן וגבולותיהן של זכויות היסוד, שכן "הם הנתון המרכזי בהבנת המושג מדינה יהודית".¹¹

תהא אשר תהא עמדתו של השופט אלון, נראה לי כי החרת גוף הלכות או עמדות, שמקורן המשפט העברי, ורוחן הדת הלכתית, אל לב ערכי היסוד של המדינה, או הטלת

Liberalism, Community, and Culture (Oxford, 1989); Y. Tamir, Liberal Nationalism (Princeton Univ. Press, 1993).

9. האם הטענה האמורה, בדבר הכרח בהכרעה בסיסית המעניקה קרימות לאחת העמדות, אינה נסתרת על-ידי קיומם של בני אדם אורתודוקסים המחזיקים בעמדות ליברליות? אני נוטה להשיב על כך כשלילה. ראשית, בני אדם חיים עם סתירות, ולעתים עם סתירות עמוקות. יתר על כן, מצויות דרכים להקדיחה חלקית של המתחים. אם יותר לי, החילוני, להשמיע השערה, נראה לי שנתיב הקהית חשוב הוא עריכת קטגוריאציה חדה של תחומים, כגון בין קיום מצוות לבין אימוץ עמדות עקרוניות: הפרדה בין חיי היום-יום של הפרט בדת אמותיו לבין היחסים החברתיים והמבנה המדיני של החברה הרחבה; וכדומה.

10. מ' אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיתון משפט 10 (תשנ"ג) 688-659. אלון התמקד בעיקר בעמדתו של ברק כפי שהופיעה במאמר "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 36-9.

11. השופט אלון פונה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו גם בכמה פסקי-דין מהעת האחרונה. ראו קסטנבאום (לעיל, הערה 5); בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מ"י (טרם פורסם); ע"פ 92/3640 גבאי נ' מ"י (טרם פורסם); בש"פ 3734/92 מ"י נ' עזאומי, פ"ד מו (5) 72; בש"פ 4014/92 ששון נ' מ"י (טרם פורסם); ע"א 506/88 שפר (קטינה) נ' מ"י (טרם פורסם).

חובת פנייה ועיון בהן, היא מהלך שאין לו כסיס בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המחוקק מפנה לערכי היסוד של המדינה - "מדינה יהודית ודמוקרטית". משמע, אנו מופנים למהות משולבת אחת, המוכרת גם מוכרת לנו, שכן היא הוויית חיינו זה כמה עשרות שנים. הוויית מדינת ישראל וערכיה, בתקופת הזמן הנדונה, לא היו אף פעם דתיים, קל וחומר דתיים אורתודוקסים. יתר על כן, מעצם הדיבור על ערכי יסוד אנו עוסקים בערכים שמשמעם הכמעט הכרחי הוא שהם מהווים לזו חברתי, מכנה משותף אידאי לפחות לרוב רובו של העם. המשפט העברי, ובעיקר מטען הערכים הדתיים שברקעו ומטען העמדות הנלווה לו, לא רק שאינם מכנה משותף, אלא הם אחד מקווי השסע העמוקים ביותר בחברה הישראלית. המסקנה הבלתי נמנעת, לדעתי, היא שהסינתזה שהמחוקק שולח אותנו אליה איננה החיבור בין ההוויה הדתית והמחויבויות הדמוקרטיות, אלא הצירוף שבין ההוויה הלאומית (והמאבק הלאומי) של העם היושב בציון בדורות האחרונים לבין המחויבויות הדמוקרטיות שעם זה נושא עמו.¹²

השקפה פרשנית וקיומית זו מתחוקת מעיון במגילת העצמאות, שמרביתנו רואים עדיין "כמבטאת חזון העם ואת 'האני מאמין' שלו".¹³ ואלה היעדים וערכי היסוד של המדינה היהודית שהוקמה בארץ ישראל:

מדינת ישראל תהא פתוחה לעלייה יהודית ולקירוב גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החירות הצדק והשלום לאור חוונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המיוחדות.

כל כולה של פסקה פרוגרמטית זו, שהיא קרוב לוודאי החשובה מכל חלקי ההכרזה, פונה לשילוב שהזכרתי, בין משימה לאומית ומחויבות דמוקרטית עמוקה. אותו מרכיב-משנה, המתייחס למורשתו הדתית תרבותית של העם, נתפס כמשתלב בהרמוניה עם המחויבויות הדמוקרטיות של המדינה: ההכרזה שולחת אותנו אל "היסודות" - קרי, העקרונות הערכיים - ודווקא אל אלו המצויים בתזונותיהם האוניברסליים של נביאי ישראל. אכן פסקה זו תומכת להפליא בפרשנותו של השופט ברק למונת "מדינה יהודית דמוקרטית", פרשנות שלפיה "הפניה לערכים אלה [הערכים שהנחילה היהדות לעולם] היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופיה הדמוקרטי של המדינה, על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי".¹⁴

12. השוו ברק (לעיל, הערה 10) 29-30. למותר לציין כי איני טוען שאין לפנות פנייה רצונית (ובררנית) למשפט העברי, כמקור השראה אפשרי.

13. בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85, 89.

14. ראו ברק (לעיל, הערה 10) 31.

אנשים דתיים רבים - ואינני מונה עמם את השופט אלון - מבקשים להפחית ממשמעותה של ההוויה הלאומית שלנו כמשקפת את המהות היהודית של המדינה. הם רואים בכך אך מס שפתיים לאפיון "מדינה יהודית" ולייחודה. ייחודה של המדינה, הם אומרים, נעוץ בזיקתה לדת היהודית (בגרסתה האורתודוקסית). טיעון זה מכיל שני כשלים קשים: ראשית, גם לו היה הטיעון הדתי נכון, והמדינה איננה כה "מיוחדת" ללא דיקה מקיפה ועכשווית לדת היהודית, קשה להבין את תכליתו של הטיעון. המהות וערכי היסוד של עם ושל מדינה נבנים על הקיים, על תכנים משותפים הקיימים במציאות. הם לא יכולים להיכנות על תכנים שאינם עוד נחלתו של רוב העם היהודי בדורות האחרונים. המציאות של העם היהודי מגלה רוב חילוני, פלורליזם דתי, פלורליזם אידאולוגי בשאלות שונות, וחיים עם מיצוט אתני לאומי גדול אחר. זאת המציאות, וכאן החומרים לכריתם של ערכי היסוד.

הכשל השני מצוי בטענה שההוויה הלאומית היהודית בתפיסתה החילונית היא דבר שדוף, אולי ריק מתוכן. אכן קשה להתחרות בחזיונות על "עם נבחר" על-ידי ישות עליונה, אך התבוננות בהוויה הלאומית שלנו כמו שהיא, עשויה לגלות רבדים עמוקים של משמעות: תחושת שייכות לישות קולקטיבית מסיימת, שיש לה היסטוריה משותפת של אלפי שנים, שיש לה הווה, וצפוי לה עתיד; מורשת עשירה, דתית אך גם תרבותית ומוסרית עצומת חשיבות; תנועה לאומית של עם המכנס את תפוצותיו למולדתו ובונה לו חיים ומסגרת מדינית, תוך שאיפה שיהיו צורקים וראויים להוות רוגמה; שפה עתיקת יומין שקמה לתחייה; שותפות בסמלים לאומיים רבים, בתוכם ימי הג ומועד; שותפות בערכי יסוד בעלי ערך רב.

סיכומם של דברים: האמירה הטעונה, שהמכון מפנה אותנו אליה - "מדינה יהודית דמוקרטית", היא בעיקרה ההוויה הלאומית המורכבת והעמוקה שאנו חיים בה. ערכי היסוד של הוויה זו נושאים עמם מתח מסיים, אך ניתן לפתרון, בין תנועת שחרור לאומי של העם היהודי, על צרכיה הפרטניים, לבין מטען המחויבויות והערכים האוניברסליים שתנועה זו עצמה מחויבת להם. מצויה כאן גם מודעות ממשית לקיומו של מיצוט דתי משמעותי, ובדרך כלל מצויה סובלנות והתחשבות בערכיו ובדרכו של מיצוט זה. עם זאת, התשתית הערכית של המדינה נותרת דמוקרטית ליברלית באופיה ובצביונה, ובתוך כך, ניטרלית מבחינה דתית.

הוויכוח בין תפיסות העולם באשר למהותה ולערכיה של מדינת ישראל הוא ויכוח סוער ומסעיר, ובעל חשיבות גדולה. נושאי הוויכוח חדרו תמיר גם לתחום המשפטי, ואולם בעקבות חוקי היסוד החדשים, המבקשים לבטא את ערכיה של ישראל "כמדינה יהודית דמוקרטית", התעצמה חשיבותם של נושאים אלו. עתה יש בהם כדי להשפיע גם על תוקפם של חוקי הכנסת. השופט אלון, גם אם חולקים על עמדותיו, תרם לוויכוח זה תרומה איכותית רבה. קולו הוא קול סעון ידע ומעורר מחשבה, ועמדותיו כופות עלינו כאמור בחינה עצמית והתמודדות עיונית מתמדת.