שתי תפיסות של יחיד, חברה ולאום

בעקבות ע"א **חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום***

זאב שטרנהל**

בעניין קסטנבאום** החליטו הנשיא שמגר והשופט ברק ברוב דעות כי יש למשיב זכות להוסיף על מצבת רעייתו המנוחה את שמה באותיות לטיניות, ואף את תאריכי לידתה ופטירתה בספרות, לפי הלוח הגריגוריאני. החלטה זו התקבלה למרות שבתוזה, שהמשיב חתם עליו, נקבע כי הכיתוב על גבי המצבה יהיה אך ורק באותיות עבריות וללא ספרות.

הנשיא שמגר סבר כי בשל היותה של החברה קדישא גוף בעל מעמד ציבורי מיוחד, יש לחיל בעניין זה גם נורמות ציבוריות, הגוברות במקרה זה על דין החוזים הכללי. נורמות אלה מחייבות לכבד את חידותו של הפרט, רגשותיו וכבודו, כל עוד אין הדבר פוגע ברגשות או באינטרסים לגיטימיים של הזולת. על-כן, לדעתי יש להתחשב במקרה זה בבקשתו של המשיב בדבר הכיתוב הרצוי לו.

השופט ברק סבר אף הוא כי יש להחיל על החברה קדישא, בצד חובות מהמשפט הפרטי – גם חובות מהמשפט הציבורי. חובות אלה מחייבות את החברה קדישא להתחשב בכבוד האדם ובחופש המצפון, המחשבה והביטוי, ולהיענות לבקשה בדבר הכיתוב על המצבה. עוד סבר השופט ברק כי התנאי בחוזה הקבורה הוא תנאי מקפח במובנו של חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, ועל-כן – בטל; וגם אם היה מדובר בחוזה פרטי, היה התנאי בטל בשל היותו טותר את תקנת הציבור.

המשנה לנשיא אלון היה בדעת מיעוט. גם הוא סבר כי יש להחיל על החברה קדישא הן את כללי המשפט הפרטי והן את כללי המשפט הציבורי בשל אופיה הדו-מהותי. אולם, לדעתו, מבחינת נורמות המשפט הציבורי אין פגם בהוראת החברה באשר לבלעריות הכיתוב העברי על המצבה. הוראה זו גם אינה נוגדת, לדעתו, את תקנת הציבור, ומשקפת ערך יסוד בערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית. [המערכת]

---

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

** פרופסור מן המניין בתוג למדע המדינה, האוניברסיטה העברית בירושלים.

nevo.co.il

אם יש מסקנה בעלת ערך מעשי מיידי שניתן להסיק מפסק-הדין, הרי היא זו: מי שרוצה בפסיקה ליברלית, ידאג למינויים של שופטים ליברלים; ולחילופין, מי שחפץ בפסיקה בעלת אופי מאופק ומגביל יותר, ישתדל להושיב על כס המשפט שופטים שמרנים. זוהי פחות או יותר המסקנה העולה מרבריו של המשנה לנשיא בית-המשפט העליון מנחם אלון. ואמנם, בצדק עמר המשנה לנשיא אלון על "הקשר הבלתי ניתן לניתוק – בין עולמו של הדין לבין עולמו של הדיין, על הקשר וההשפעה התוורת שבין אישיותו של השופט, השקפת עולמו ודעותיו על החברה וערכיה, לבין מילוי תפקידו האוביקטיבי בשבתו על כס המשפט" (**עניין קסטנבאום**, עמ' 514).

בארצות-הברית, שבה נוטים יותר מאשר אצלנו לקרוא לילד בשמו, היה מינוי שופטים, מאז ומתמיד, עניין פוליטי. יש מקרים שבהם שופט עליון אחר עשוי לרכז בידיו עוצמה רבה יותר מעשרות סנטורים, והשפעתו על חייהם של האמריקנים היא לפעמים גדולה יותר מזו של הקונגרס כולו. לכן אין חוקת ארצות-הברית מסתכנת בהפקדת מינויים של שופטים עליונים בידי ועדות "אובייקטיביות" כביכול, המתגייסות מתוך קבוצות העילית הפוליטית והתרבותית, אלא עושה אותו, כמו כל עניין שלטוני מרכזי, לתהליך גלוי ולנושא הראוי למשא ומתן בין הבית הלבן לסנט. על-פי שיטת האיזון והבלימה הנהוגה שם, מוכרע הרכבו של המוסד השיפוטי העליון על-פי יחסי הכוחות בין הרשות המבצעת למחוקקת. אולם זהותו הפוליטית של הנשיא והרכב הסנט משקפים את רצון הבוחר: לנשיא, המציע את המועמר, השפעה מכרעת על הרכבו של בית-המשפט העליון, אך תהליך המינוי נעשה בראש חוצות, לעיני מצלמות הטלוויזיה, והוא נמשך פרק זמן מספיק כדי לאפשר לציבור להכיר את עמדותיו של המועמר ולסנט – למדוד את תגובות הבוחר.

אך לא רק הרשות המבצעת והרשות המחוקקת מעורבות בעיצוב דמותה של צמרת הרשות השופטת. כל קבוצות הלחץ וכל הגופים הפוליטיים הפעילים בזירה הציבורית האמריקנית נוטלים חלק בתהליך הבחירה. תהליך זה מושפע מיחסי הכוחות הקיימים בחברה. חסרון שיטה זו הוא שאין היא מבטיחה שהגבחר לתפקיד הוא תמיד האיש המתאים ביותר מבחינה מקצועית, אלא הפחות שנוי במחלוקת, ושסיכוייו לעבור את מסננת הסנט, המשקפת בדרך-כלל את רעת הציבור, הם הטובים ביותר. היתרון של השיטה הוא בכך שאיש אינו קונה חתול בשק.

בשנים האחרונות היה תהליך מינויים של השופטים בורק ותומס לדרמה ציבורית מרתקת. מינויו של בורק, משפטן מהשורה הראשונה אך שמרן מובהק, הוכשל עקב הגיוס הכללי של כל הארגונים הליברליים, שידעו כי ביום שיכנס הפרופסור לשעבר מייל לתפקידו, יופסק תהליך הביצוע של התיקונים החברתיים שהחל בימי הנשיא ג'ונסון. ההתנגדות העזה הכשילה את מינויו של מי שנחשב לאחד המשפטנים המבריקים בארצות-הברית. אולם לא היה די בהתנגדות הליברלים כדי למנוע לפני פחות משנתיים את אישור מועמדותו של קלרנס תומס, פוליטיקאי אלמוני בעל תואר במשפטים, אף הוא שמרן קיצוני אך בעל יתרון פוליטי גדול ביתם לבורק: עורו השחור ניטרל באופן חלקי את הקואליציה הליברלית שלחמה בבורק. עם מינויו הרחוק ידעו הכול, שהוצב מכשול נוסף על דרכה של כל חקיקה חברתית מתקדמת.

nevo.co.il

לעומת התהליך הפוליטי הפתוח, הגלוי, הציני והחושפני המקובל בארצות-הברית, מבוססת השיטה הישראלית, אחד השרידים האחרונים של שיטת המינויים על-ידי ועדות מסדרות, על שתי מוסכמות. האחת קובעת שמינוי שופטים הוא עניין לקבוצת עילית קטנה, שאינה חייבת לתת דין-וחשבון לאיש; השנייה מטפחת את המיתוס שלפיו בורכו השופטים בחוכמה נסתרת, מטפיסית, הדומה במקצת לזו האמורה להנחות את האפיפיור מרגע בחירתו. גרסה אחרת של אותה תפיסה היא שהשופטים מתזקים ביכולת טכנית יחידה במינה, הדומה במקצת לזו של מנתחי לב או מוח, מושא לקנאה וליראת-כבוד אינסטופית מצד בני-תמותה רגילים. יכולת נדירה זו אמורה להביא אותם לידי פתרון אובייקטיבי בכל נושא שידרוש את פסיקתם.

החברה הישראלית עדיין לא סיגלה לעצמה את הגישה הבוגרת, הרואה במינוי שופטים חלק בלתי-נפרד מכללי המשחק הדמוקרטי. גם חובת הציות לפסיקה מצטיירת לעתים קרובות כחובת הישמעות לכוח עליון, ולא כביטוי של הסדר רציונלי וולונטרי שאי-אפשר בלעדיו בחברה דמוקרטית.

יתרה מזאת, בתי-המשפט שלנו רחוקים מאוד מלעודד את החברה להביט בשופטים ובתהליך השיפוטי בעיניים מפוכחות. לא פעם מתלווים גילויי רוגז לכל סימן של ביקורת על פסיקה גם כאשר נראה שהכרעת דין זו או אחרת אינה עומדת במבחן השכל הישר. הרושם הוא שנוח להם לשופטים לעטות את הילת האל-טעות, ולהתבצר מאחורי חומת מגן הדומה לזו המקיפה את המכשף אצל שבטים הקרויים פרימיטיביים.

אין ספק שבחברה חופשית וכותו של האזרח לדעת מהי השקפת עולמו ומהי תפיסתו המוסרית של מי שמופקד על שלטון החוק, ובתוקף תפקידו רשאי לבחון את טיבה של חקיקה פרלמנטרית או של החלטת ממשלה. זכות זו מוקנית לאזרח בתוקף היותו חלק מהגוף הריבוני, ואין היא שונה בעיקרה מהזכות להכיר את עמדותיו הפוליטיות והמוסריות של מי שמבקש לייצגו ולפעול בשמו בכנסת ובממשלה. דין זה חל, כמובן, גם על היועץ המשפטי לממשלה. שיטת המינוי של היועץ המשפטי גרועה הרבה יותר משיטת מינוי השופטים, אך בשני המקרים מתקיים עיקרון דומה: המינוי מוכרע בתוך קטן וסגור של יודעי דבר, תוך התייעצות עם ידידים או אפילו עם בני משפחה, אך בלי השתתפותו של הציבור.

לכן ראוי המשנה לנשיא אלון להוקרה מיוחדת על שאחז את השור בקרניו: שופט, ובמיוחד שופט עליון, הדן בשאלה השייכת כולה לתחום הפילוסופיה הפוליטית, אינו תופס את מקומו בבית-המשפט ללא מטען אידאולוגי משלו, ללא השקפת-עולם, ללא דעות מגובשות על מהות הטוב הפוליטי. במובן זה אין מעמדו של השופט שונה מזה של היסטוריון או של איש מדעי החברה, המצווה לעשות את מלאכתו נאמנה אך לא לוותר על סולם ערכיו. וכאן טמון יתרונו הגדול של השופט העליון: בעוד שפילוסוף פוליטי, היסטוריון או סוציולוג אינו יכול אלא לקוות שלכתביו תהיה השפעה כלשהי על קוראיו, רשאי השופט לגלם את הכרעותיו המוסריות, הפילוסופיות והאידאולוגיות בדמות של פסיקה המחייבת את החברה כולה. אלמלא היו מ' שמגר, מ' אלון וא' ברק שופטים עליונים, היה להתרייגות ביניהם ערך דומה לזה שיש לסמינריון מוצלח במחשבה מדינית באוניברסיטה. אך מאחר שמדובר כאן בערכאה השיפוטית העליונה, קיבלו דעות הרוב

nevo.co.il

משקל של הכרעה המציבה נורמה משפטית חדשה ומחייבת. מי לא יקנא במי שמחזיק בסמכות שכזאת? ומי לא יברך עליה, בתנאי שתמיד ימצא בבית-המשפט רוב ליברלי?

למעשה, נסוב הדיון שלפנינו על שתי בעיות עקרוניות: מהות הלאום והיחס בין היחיד לחברה. ובעצם הנושא השני נובע מן הראשון, והיחס בין היחיד לכלל מותנה בתפיסת הלאום. אולי אין זה מקרה שבעיית מהות הלאום עלתה על סדר יומו של בית-המשפט בהקשר של כיתוב על מצבות: מאז סוף המאה הקודמת תופס בית-הקברות מקום מיוחד במינו במיתולוגיה הלאומית, כסמל של המשכיות וקרבה שבטית, כהתגלמותה של שרשרת הדורות הקושרת את החיים אל המתים ואל העתידים להיוולד. באירופה היה בית-הקברות הכפרי, המצטופף סביב הכנסייה המקומית הקטנה, למקום פולחן: פולחן המתים היה לפולחן האומה.

בעיקרו של דבר, הוויכוח בין השופט אלון לשופט ברק מתמקד באופן תפיסת הלאום. השופט ברק שייך לאסכולה הליברלית, התופסת את האומה כמכלול של יחידים הנהנים מזכות של הגדרה עצמית. מאז המהפיכה הצרפתית מוגדרת זכות זו באמצעות עקרון הזכויות הטבעיות והחלתו על החברה כולה. האסכולה הליברלית אינה כופרת בהיסטוריה ובתרבות המשותפת – בראשה הלשון – כגורמי ליכוד לאומי, אך נקודת המוצא שלה היא זכויות היחיד. לכן נושאת תפיסה זו אופי פוליטי ומשפטי במהותו והיא מחייבת, באופן כללי, זהות בין מושג האזרחות לבין הלאומיות. גישה זו התפתחה בעיקר בחברות, שבהן היתה האומה תוצר של תהליך פוליטי: בצרפת, בניגוד לגרמניה, קדמה המדינה לאומה, והיא שעיצבה את האומה. אוכלוסיות בעלות זהות אתנית ודתית שונה גובשו ליחידה פוליטית אחת בכוח היותן נתונות לשלטון אחד. תושבי הארץ היו נתיני מלך צרפת: בעקבות המהפיכה והפעלת עקרון הזכויות הטבעיות, היה כל תושב הארץ לאזרח חופשי ושווה זכויות. על יסוד עיקרון זה שותררו גם היהודים, ובפעם הראשונה בהיסטוריה האירופית היו לאזרחים שווי זכויות. מצב זה התקיים במשך 150 שנה, עד לקץ של שנת 1940, כאשר בעקבות המפלה במלחמת העולם השנייה, ניצח עקרון הלאומיות ההיסטורית, התרבותית והאתנית. הלאומיות של דם ואדמה חגגה את ניצחונה, ובישול השווין ליהודים סימל את חיסולה של תרבות פוליטית שלמה, המעוגנת בנאורות של המאה ה-18.

בתפיסה הליברלית של האומה מושג ה"אזרחות" זהה עם מושג ה"לאומיות". הלאום נתפס במונחים פוליטיים, משפטיים וחילוניים, והוא משוחרר מכבלי המסורת, הדת, ההיסטוריה והתרבות, שאינם חסרי חשיבות, אך גם אינם ראשוניים. במקום הראשון עומד היחיד, בעל הזכויות הטבעיות, והמערכת הפוליטית והחברתית כולה נתפסת כקיימת למען מימושן של זכויות אלה. בניגוד לתפיסה הליברלית של הלאומיות התפתחה לאומיות אורגנית, שבטית, לאומיות של "דם ואדמה". ורם זה צמח בד בבד עם הזרם הליברלי ועוצמתו היתה רבה גם במערב אירופה, אך אין ספק שוכה בעמדה מכרעת באזורים שבהם קדם הלאום למדינה: בגרמניה ובארצות מרכז אירופה ומזרחה.

בארצות אלה נקבעה זהותו של היחיד לא על-ידי אזרחותו, אלא על-ידי השתייכותו האתנית, הדתית, התרבותית והלשונית. למושג האזרחות לא היתה משמעות ממזרת לנהר הריין: דוברי צרפתית שחיו בבלגיה או בשוויץ מעולם לא תבעו להסתפח לצרפת; בניגוד

לגרמנים, לסרבים, לרומנים, לפולנים, לאוקראינים או לסלובקים, שזהותם נקבעה על-ידי לשונם ותרבותם, ולרוב גם על-ידי דתם. מחשבתו של יוהן גוטפריד הרדר היא שהיתה רלוונטית למזרח אירופה, ולא משנותיהם של לוק, קנט, מיל או מרקס. בהקשר היסטורי ואינטלקטואלי זה באה לעולם התנועה הלאומית היהודית המודרנית. הציונות נולדה בעולם, שבו תפיסה רציונלית ואינדיבידואליסטית של האומה היתה לא-אפשרית.

זהו ההקשר שבו מתנהל הוויכוח בין השופטים שמגר וברק לבין השופט אלון. המשנה לנשיא אלון שייך בבירור לאסכולה "התרבותית", הקרובה לתפיסה האורגנית של הלאום. אסכולה זו רואה באומה גוף חי שלשונו היא ביטוי לזהותו, ועל כן ראויה לבלעדיות כבית-הקברות, המסמל יותר מכול את ההמשכיות והאחדות של האומה. האומה היא שנתנה לעצמה מדינה, והמדינה ראוי שתהיה, כפי שקבע ואת המחוקק, לא רק "רמוקרטית" אלא גם "יהודית": לא מדינה של "יהודים", סורח המשנה לנשיא אלון להדגיש, אלא מדינה "יהודית", שבה שוורים שיקולים "הלכתיים ולאומיים" (שם, 510-511). בעיני המשנה לנשיא אלון מהווה ההלכה חלק בלתי-נפרד מתרבות האומה, ומכאן, מזהותה. כפיית השימוש הבלעדי בשפה העברית על-ידי החברה קדישא אינה נתפסת על-ידו כפגיעה בזכותו של היחיד מהטעם הפשוט שעל היחיד, כחלק בלתי נפרד מהכלל, לקבל את דין הכלל בכל הנוגע לשאלות של זהות לאומית. האומה, לפי המשנה לנשיא אלון, אינה בבחינת סך-הכול של יחידים, המחליטים לחיות בצוותא, אלא גוף שלם, בעל קיום משלו. האומה קודמת כאן ליחיד, וזכות הכלל להגן על בלעדיות השפה, שהיא הביטוי לייחודו.

על כן, אומר המשנה לנשיא אלון, צדקו המייסדים של החברה קדישא כאשר "ביקשו עם תחילת ניצני עצמאות יהודית, בשנת 1937, לקיים את 'האיחוד הלשוני של לשון הקודש' בבית העלמין של החברה קדישא שנוסד על-ידיהם..." (שם, 502). המשנה לנשיא אלון מצפה ממר ליונל אדיה קסטנבאום, העותר, ש"יקבל עליו באהבה וברצון 'עול' זה של לשונה ושפתה של המדינה היהודית" כי "ראוי ורצוי שערך-על זה של כיתוב בלשון העברית, שמקובל היה על כל הנפטרים בבית עלמין זה, ימשיך ויאחד את כל אלה שמצאו וימצאו בו מנוחתם כבוד" (שם, 516). כך "ישמרו שרשרת הדורות והערבות ההדדית בין החיים למתים, וכך יובטחו ליכודה ושלמותה של האומה".

לעומת המשנה לנשיא אלון מתרכז השופט ברק בהבטחת חירות היחיד, ורואה במירת הסובלנות את בסיסה של הדמוקרטיה. הסובלנות מהווה בעיניו "מטרה ואמצעי גם יחד" (שם, 521). גם השופט אלון אינו מבטל את ערכה של הסובלנות, אך מציג דרישה שלפיה "**הסובלנות** מטעם הרוב כלפי המיעוט מן הראוי שתאזן במידה מסוימת של **סבלנות** מטעם המיעוט כלפי הרוב, איזון שיימצא לפי משקלו הסגולי של כל אחד משני הערכים המתנגדים." (שם, 507). המשנה לנשיא אלון מציין כי "במיוחד בשאלה כגון זו שלפנינו זקוקים אנו ונזקקים אנו לעקרון העל של האיזון המאזן בין הערכים השונים..." (שם). אולם, כאשר נאלץ המשנה לנשיא אלון להכריע בין הערכים הסותרים, הוא בוחר, מתוך דבקות בתפיסתו הכוללת, בערך הלאומי, הקולקטיבי.

עמדתו של השופט ברק מנוגדת באורח קוטבי. הוא מכיר במעמדה של "השפה

nevo.co.il

העברית" כאחד "מערכי היסוד של שיטתנו", אולם סבור "כי מקום שערך זה מתנגש 'חזיתית' עם הערך בדבר כבוד האדם, ידו של הערך בדבר כבוד האדם על העליונה..." (שם, 525). הכרעה חד-משמעית זו מעוגנת בתפיסה, שלפיה "כבוד האדם נמנה עם זכויות האדם הבסיסיות" (שם, 524). כך מביע השופט ברק את דבקותו בעקרונות הנאורות ובאסכולת הזכויות הטבעיות. השופט ברק רואה ביחיד את תכליתה הסופית של כל פעולה חברתית ופוליטית. קדימותו של היחיד ביחס לכלל נתפסת כנורמה אוניברסלית, שתקפותה מתקיימת מעבר לזמן ולמקום מוגדרים. תפיסתו של השופט ברק היא חילונית במהותה, ואינה נזקקת להגדרתה של מדינת ישראל כמדינה "דמוקרטית ויהודית": אין הוא נזקק אלא למושג הרמוקרטיה כקטיגוריה אוניברסלית, ביטוי מובהק למימושה של תורת הזכויות הטבעיות.

מול הפרטיקולריזם הלאומי של המשנה לנשיא אלון, הציג השופט ברק תפיסה הומניסטית ואוניברסליסטית הרואה את החברה כמכלול של יחידים, ומגשימה את עקרון הבכורה של היחיד ביחס לכלל. אך מעל לכול, הרקע לפסיקתו של השופט ברק הוא הכרה בסמכותה של הביקורת הרציונלית לבחון את ההסדר הקיים ולעצבו מחדש על-פי רצונו של היחיד. והרי הביקורת – ביקורת הדת, הפילוסופיה, המוסר, החוק וההיסטוריה – היתה מאז המאה ה-18 התכונה הבולטת ביותר של המודרניות. הרעיונות העיקריים של התקופה המודרנית – קדמה, מהפיכה, חירות, דמוקרטיה – נבעו מן הביקורת. זאת היתה הביקורת הרציונלית של הערכים המסורתיים – ערכי הדת בראש ובראשונה – שיצרה את תורת הזכויות הטבעיות. זה מאתיים שנה אלה היסודות היחידים, שעליהם ניתן לבנות סדר חברתי ראוי לשמו.

אלה הנושאים האמיתיים, שעליהם נחלקו הדעות בדיון שלפנינו. אם ינוצל כראוי, יירשם פסק-דין זה כתמרור חשוב בדרכה של החברה הישראלית ליישם בחיי היום-יום שלה את נורמות ההתנהגות, שהורישה לעולמנו המאה ה-18.

nevo.co.il