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 מורשת שיפוטית וערכית שהוא מותיר לנו.

אחת הנקודות המעניינות לגבי השקפת העולם של השופט אלון, היא שהשקפת עולם זו רלוונטית ותשובה, על אף שהיתה לרוב גישת 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" בדו-שיח אמביוולנטי פנימי של חלק נוסף 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 סינתיזה אידאית המעצימה את משקלה של השקפת העולם והתכנים הדתיים בהגדרה הישראלית.[1] מטעמי הגינות יש להסמיך למונח "יריב" הערה מאזנת: הסינתיזה האידאית שהשופט אלון תתר אליה מכילה מינון גבוה (יותר מכפי שהורגלנו לו בקרב מגהיגים דתיים אורתודוקסים) של היסודות האוניברסליים של היהדות על פני ההיבטים האתנוצנטריים והפטריארכליים שלה.[2] ומתינות יחסית זו היא שהפכה את אלון בכמה הזדמנויות לבר-פלוגתא, של הממסד הדתי ובעיקר של השקפת העולם התרדית.

---

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה לחברי בפקולטה, פרופי יוסי אדרעי, שולמית אלמוג, אריאל בנדור, ד"ר עלי זלצברגר וסנדי 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.

nevo.co.il

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),[3] וזה בשעה מגלה מה שנראה כרגישות מוגבלת מאוד בסוגיות זכויות אדם שבהן מעורב השסע הלאומי-אתני: עתירות מהשטחים, עתירות של פעילים פוליטים בקרב ערביי ישראל, וכדומה.[4] על כן אתמקד במישור העקרוני והמופשט יותר של השקפת עולם ערכית ושיפוטית. תועלתה של התמקדות כזו גם בהזדמנות שהיא יוצרת לשוב ולהרהר בכמה יסודות שנויים במחלוקת בזהותנו הקולקטיבית כעם וכקבוצות אורחים.

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

השופט אלון מנסה לשכנע אותנו לקבל כאפשרית, ולאמץ באהבה, סינתיזה של יהדות אורתודוקסית עם ערכים דמוקרטים ליברליים. להערכתי סינתיזה 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 קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום**.[5] כדוגמה לאופן שבו אלון אינו מגשר, וקרוב לוודאי אינו יכול לגשר, על כמה וכמה סתירות ופערים עמוקים: הפער שבין הדגשת 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;[6] וכן הפער שבין תפיסת האדם כיצור וקנין של אלוהיו לבין הדגשת האוטונומיה האנושית.

---

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

4. ראו, למשל, בג"צ 620/85 **ח"כ מיערי נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מא (4) 169; ע"ב 2/88 **בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-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 בדבר חשיבות רעיון הסובלנות בעולמה של יהדות ההלכה, אדגיש כבר כאן, שמובנה הממשי של סובלנות בתפיסה הדמוקרטית ליברלית, היא סובלנות והגם שלא בלתי מוגבלת) גם כלפי הרחוקים ממך בעמדות הנוצא. 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 שבלב או לדעות הפרט, אלא באה לידי ביטוי גם כלפי התנהגות החיצונית. עניין זה ארחיב בהמשך.

7. השוו, עמדתו של הנשיא שמגר (לעיל, הערה 5) ובמיוחד עמ' 481-483. הויתוי בין אי הסלת איסור על-ידי המדינה על פעולה לבין לגיטימציה או הודאות עם הפעולה, הוא היסק רווח

עניין קסטנבאום עוסק באדם שביקש לחרוט על מצבת אישתו את שמה גם בלועזית, וחברת קדישא מנעה זאת ממנו. השופט אלון, בדעת מיעוט, ביקש לדחות את בקשתו של קסטנבאום, ונתן לכך הנמקות אחדות. אתמקד בשתיים מהן. בהנמקה אחת גרס השופט אלון, שאם תיעתר בקשת התובע יהפכו בית-הקברות ומצבותיו לבליל לשונות ואותיות. לפיכך רצוי שכיתוב אחיד בעברית "ימשיך 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 אחיד בכל בית-הקברות.

נראה לי שהמוטיבים המרכזיים המתגלים בהנמקות אלו של השופט אלון, נעוצים ביסודות ההשקפה האורתודוקסית: חשיבותה העצומה של האחדות הקהילתית וקדימותה על פני תירויות פרט רבות; זיהוי האחדות התברתית 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 בפרהסיה וכדומה); וההנחה האחרת, שלפיה אי תגובה קהילתית לפעולה ברשות הרבים פירושה הסכמה או הודהות עם הפעולה. ההשקפה הדמוקרטית-ליברלית רחוקה מכך מאוד. יש הבדל עמוק בין פעולה פרטית הנעשית בציבור לבין פעולה ציבורית. הרגישות, והסקת הסכמה והודהות, שמורות בעיקר למישור הפעולה הציבורית. קרי, כאשר מנגנוני המדינה, נציגיה הרשמיים, או סמליה, מזדהים 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.[7]

ליברליזם, כידוע, אין פירושו חירות חסרת סייגים. כמו כן, מצויים גוונים שונים של ליברליזם, ובתוכם צירופים של ליברליזם ולאומיות.[8] 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 נובע אולי ההיסק האמור מעיסוקה הדומיננטי **באיסור הדתי**: שאלה הנתפסת לרוב **כזהה** לשאלת הטוב והרע. משמע, כל מה שהוא רע הוא אסור (אם כי לעתים קרובות לא נלוות לאיסור הדתי כל עונש אנושי). לעמות זאת, במערכות משפטיות מודרניות, ובמיוחד בליברליות שביניהן, אין כלל זיהוי הכרחי 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 המהרבה.

8. לדיון פילוסופי בסוגיות של ליברליזם וקהילה וליברליזם ולאום, ראו W. Kymlicka,

לעיל, בין תפיסת העולם האורתודוקסית לבין תפיסת העולם הדמוקרטית ליברלית, הם מהותיים מאוד וקשים ביותר לגישור. הניגודים מחייבים באופן בסיסי הכרעה: מתן קדימות לתפיסה אחת על פני מתחרתה.[9] הפערים בין תפיסות העולם המתחרות קשים מאוד לגישור גם לאדם כמו השופט אלון, שאין שום ספק שמחויבויות דמוקרטיות קרובות ללבו. הזמנתו אותנו להיכנס ל"פרדס" הסינתיזה בין האורתודוקסיה והדמוקרטיה היא, על כן, הזמנה מעוררת יראה.

השופט אלון יסען 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] וירת המחלוקת 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 לגיטימים 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 החדרת גוף הלכות או עמדות, שמקורן המשפט העברי, ורוחן דתית 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 הסענה האמורה, בדבר הכורח בהכרעה בסיסית המעניקה קדימות לאחת העמדות, אינה נסתרת על-ידי קיומם של בני אדם אורתודוקסים המחזיקים בעמדות ליברליות? אני נוטה להשיב על כך בשלילה. ראשית, בני אדם חיים עם סתירות, ולעתים עם סתירות עמוקות. יתר על כן, מצויות דרכים להקהייה חלקית של המתחים. אם יותר לי, החילוני, להשתמש השערה, נראה לי שנתיב הקהייה חשוב היא עריכת קטגוריזציה חדה של תחומים, כגון בין קיום מצוות לבין איכון עמדות עקרוניות; הפרדה בין חיי היום-יום של הפרט בדלת 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", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659-688. אלון התמקד בעיקר בעמדתו של ברק כפי שהופיעה במאמר "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 9-36.

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' עואזמי, 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 בסיס בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המחוקק מפנה לערכי היסוד של המדינה – "מדינה יהודית דמוקרטית". 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 לוז חברתי, מכנה משותף אידאי לפחות לרוב רובו של העם. המשפט העברי, ובעיקר מטען הערכים הדתיים שברקעו ומטען העמדות הגלווה לו, לא רק שאינם מכנה משותף, אלא הם אחד מקווי השסע העמוקים ביותר בחברה הישראלית. המסקנה הבלתי נמנעת, לדעתי, היא שהסינתיזה שהמחוקק שולח אותנו אליה איננה התיבור בין ההוויה הדתית והמחויבויות הדמוקרטיות, אלא הצירוף שבין ההוויה הלאומית (והמאבק הלאומי) של העם היושב בציון ברורות האחרונים לבין המחויבויות הדמוקרטיות שעם זה נושא עמו.[12]

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

> מדינת ישראל תהא פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החירות הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גוע 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 שהוכרתי, 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 בחזונותיהם האוניברסליים של "נביאי ישראל". אכן פסקה זו תומכת להפליא בפרשנותו של השופט ברק למונח "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 סובל שאין לפנות פניית רצונית (ובדיעבד) למשפט העברי, כמקור השראה אפשרי.

13. בג"צ 10/48 דיו 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 לרת היהודית (בגרסתה האורתודוקסית). טיעון זה מכיל שני כשלים קשים: ראשית, גם לו היה הטיעון הדתי נכון, והמדינה איננה כה "מיוחדת" ללא זיקה 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 להיבנות על תכנים שאינם עוד נחלתו של רוב העם היהודי ברורות האתרונים. המציאות של העם היהודי מגלה רוב חילוני, פלורליזם דתי, פלורליזם אידאולוגי בשאלות שונות, וחיים עם מיעוט אתני לאומי גדול אחר. זאת המציאות, וכאן התומרים לבירתם 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 מסוימת, 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 מדינתית, תוך שאיפה שיהיו צודקים וראויים להוות דוגמה; שפה עתיקת יומין שקמה לתחייה; שותפות בסמלים לאומיים רבים, בתוכם ימי חג ומועד; שותפות בערכי יסוד בעלי ערך רב.

סיכומם של דברים: האמירה הטעונה, שהמכונן מפנה אותנו אליה – "מדינה יהודית דמוקרטית", היא בעיקרה ההוויה הלאומית המורכבת והעמוקה שאנו חיים בה. ערכי היסוד של הוויה זו נושאים עמם מתח מסוים, 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 מיעוט דתי משמעותי, ובורך כלל מצויה סובלנות והתחשבות בערכיו ובדרכו של מיעוט 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 תמיד גם לתחום המשפטי, ואולם בעקבות חוקי היסוד החדשים, המבקשים לבסס 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 טעון ידע ומעורר מחשבה, ועמדותיו כופות עלינו כאמור בחינה עצמית והתמודדות עיונית מתמדת.

nevo.co.il