

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6024/97

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט י' אנגלרד

המערערות:

פרדריקה שביט

נ ג ד

המשיב:

חברה קדישא גחש"א ראשל"צ

תאריך הישיבה:

ט"ו באלול התשנ"ח (6.9.98)

בשם המערערות:

עו"ד גלי בר-אל, עו"ד הרב אורי רגב

בשם המשיב:

עו"ד יאיר שילה

פסק-דין

השופט מ' חשין:

מצבה בבית קברות. מה ייחרט עליה? מה יירשם עליה? מי יחליט על כך? את הקבר תפקוד המשפחה, יפקדו החברים, לא איש זולתם. הם שיזכרו, הם שיבואו, הם שיבכו, הם שיכאבו. האם יהיו אלה הם שיחליטו כיצד יזכרו את המת או שמא יחליט על-כך איש זולתם - למשל, חברה קדישא? ואולי יחליט על-כך רב העיר - כל רב בעירו? ואפשר יחליט גוף ממלכה אחר? בתי-המשפט נדרשו לשאלה זו לא אחת, גם לעניינם של בתי קברות רגילים גם לעניינם של בתי קברות צבאיים. תחילת הדברים היתה בפרשת גדעון נ' חברת קדישא גחש"א (ע"א 280/71, פ"ד כז(1) 10) ועקבו אותה פרשת בן זאב נ' המועצה הציבורית להנצחת החייל (בג"ץ 532/74, פ"ד ל(1) 305), פרשת אלי מוזס נ' חברה קדישא גחש"א - קהילת ירושלים (ע"א 492/79, פ"ד לה(4) 157), פרשת שרית בסט נ' שר הביטחון (בג"צ 556/83, פ"ד לח(1) 177) ופרשת יוסי גינוסר נ' שר הביטחון (בג"ץ 1438/91, פ"ד מה(2) 807). אחרי אלו צעדה פרשת חברת קדישא גחש"א - קהילת ירושלים נ' קסטנבאום (ע"א 294/91, פ"ד מו(2) 464) ולאחריה באה פרשת ויכסלבאום נ' שר הביטחון: פעם אחת בבית-המשפט הגבוה לצדק (בג"ץ 5688/92, פ"ד מז(2) 812) ופעם אחת בדיון נוסף (דנג"ץ 3299/93, פ"ד מט(2) 2).

195). ואחרי פרשת ויכסלבאום באה פרשת בר גור נ' שר הבטחון, אף היא שתי פעמים (בג"ץ 3807/96 ובג"ץ 5843/97; טרם פורסמו). גם בית-המשפט המחוזי נדרש לשאלה לא אחת (בנוסף לאותם עניינים שבאו בערעור לפני בית-המשפט העליון). כך, למשל, בפרשת יצחק בורגמן נ' חברה קדישא גחש"א ראשון-לציון (ה"פ 752/94; לא פורסם), בפרשת דרורה כגן נ' חברה קדישא גחש"א ראשון-לציון (ה"פ 1275/93, 1276; לא פורסם), בפרשת שילה ששון נ' חברה קדישא גחש"א הרצליה (ה"פ 200585/98; טרם פורסם), ועוד. אל כל אלה סופח עצמו חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996 - לרבות התקנות שהותקנו מכוחו - ועימו בג"ץ 619/97 ח"כ דוד צוקר נ' שר הדתות (התלוי ועומד לעת הזו לפני בית-המשפט).

אני תמה ביני-לבין-עצמי אם יש עוד אומה או לשון המעסיקות עצמן כך בקדחתנות ובצפיפות בנושא חריטה על מצבת-קבר; מעסיקות עצמן - ולא תאמרנה הרף.

עיקרי העובדות שלעניין

2. ביום כ"ו בכסלו תשנ"ז (7 בדצמבר 1996) נפטרה הגב' רוזה גרייטל לבית עולמה. משפחת המנוחה ביקשה לקבורה, כמקובל, במקום מגוריה - בעיר ראשון-לציון - וחברה קדישא המקומית, החברה קדישא גחש"א ראשון-לציון, נענתה לבקשה וקברה את המנוחה בבית הקברות שבניהולה, בית הקברות היחיד שבעיר. לאחר הקבורה ביקשה המשפחה כי שמה של המנוחה ייחרט על המצבה בעברית ובלועזית, וכי יום הלידה ויום הפטירה ייחרטו בספרות לפי הלוח הכללי (הלוח הגריגוריאני). חברה קדישא סירבה להיעתר לשתי הבקשות - גם לעניין חריטת השם בלועזית גם לעניין חריטת המועדים לפי הלוח הכללי - אך לימים, ובהיתר הרב הראשי של החברה קדישא בראשון-לציון, הרב ברוייר, נתרצתה והסכימה כי שמה הפרטי של המנוחה (רוזה) ייחרט גם בלועזית. ואולם באשר לחריטת מועדי הלידה והפטירה על-פי הלוח הגריגוריאני עמדה החברה קדישא על דעתה וסירבה להיעתר למשפחה.

בסירובה להיעתר למשפחה סמכה החברה קדישא עצמה אל החלטתו של הרב ברוייר, ושפנתה המשפחה אל הרב ברוייר בבקשת היתר - נתקלה בסירוב מוחלט. לא הועילו טענות המשפחה כי באותו בית קברות עצמו ניצבות מצבות הנושאות תאריכים לועזיים. תשובתו של הרב ברוייר היתה כי כך היה בעבר, אך מאז מינויו לתפקיד רבה של החברה קדישא במקום אין הוא מתיר עוד לחרוט על מצבות מועדי לידה ופטירה לפי הלוח הכללי. המשפחה הוסיפה ופנתה לרב וולפא, רבה הראשי של ראשון-לציון, ולרב חברה קדישא האחראי על מחוז ירושלים, אך גם כאן ללא הועיל. אלה חזרו והיפנו את המשפחה אל הרב ברוייר, ואילו הרב

ברויר עמד על דעתו. וכך, משנחסמו בפני המשפחה כל דרכים אחרות, פנתה בִּיתָה של המנוחה - הד"ר פרדריקה שביט - אל בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, בבקשה כי יואיל ויצהיר על זכותה לחרוט על גבי המצבה שעל קבר אימה את ימי הלידה והפטירה בספרות לפי הלוח הגריגוריאני.

בית-המשפט המחוזי, מפי השופט יהודה זפט, דחה את בקשתה של ד"ר שביט, ועל החלטת-דחייה זו הערעור שלפנינו.

רקע משפטי - פרשות גדעון וקסטנבאום

3. מלכתחילה סברתי לתומי כי אין לנו אלא ללכת בדרך שנכבשה בידי מי שקדמו לנו: דרך שנכבשה ועפרה הודק היטב-היטב. בראשית היתה פרשת גדעון (לעיל), בה החליט בית-המשפט - ברוב דעות - כי זכות היא הקנויה לאדם לחקוק על מצבה שהוא מקים על קבר (באותו מקרה - אביו) את ימי לידתו ופטירתו של המנוח לפי הלוח הכללי. פסק דינו של השופט עציוני - אליו צירף עצמו השופט ברנזון - משמיענו הלכה צלול וברור, בלשון נמרצת וחותכת, והמעין יעיין ויידע. כך, למשל, אומר השופט עציוני (שם, 23) כי:

"כולי עלמא לא פליגי שזכותו של כל אדם לכבד בדרך נאותה את זכרם של אהוביו שהלכו לעולמם, בהתאם לאורח חייהם ולמסורתם כל זמן שדבר זה אינו פוגע ברגשות או באינטרסים לגיטימיים של הזולת. וברור גם ש'בית-קברות הינו מקום לא רק לקבורת המתים, אלא גם להבעת האהבה והכבוד שרוחשים החיים למתים'."

ועוד (שם, שם):

"... אין זו אלא שלילה שרירותית של הזכות להשתמש בלוח הכללי לציון תאריכי לידתו ופטירתו של אדם שכל מאורעות חייו סבבו על-פי לוח זה! ..."

מה נוסף עוד ומה נאמר? לעניינה של הלכה קבע בית-המשפט, כי האיסור לחרוט את ימי הלידה והפטירה לפי הלוח הלוועזי הינו "תנאי מגביל" שיש בו משום קיפוח כהוראת סעיף 14 לחוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964, ודינו בטלות.

4. פסק-הדין בפרשת גדעון ניתן בשנת 1972, והארץ שקטה שמונה-עשרה שנים. כך - עד לפרשת קסטנבאום. במקרה זה עתר קסטנבאום לבית-המשפט המחוזי, בבקשה כי יותן לו לחרוט על המצבה שהוקמה על קבר אישתו המנוחה את שמה באותיות לטיניות ואת ימי הולדתה ופטירתה בספרות לפי הלוח הגריגוריאני. בית-המשפט המחוזי נעתר לתובע, ובית-המשפט העליון דחה ברוב דעות את ערעורה של החברה קדישא. פסק-הדין מחזיק שישים ושניים עמודים צפופי-שורות, ואני מתקשה להעלות בדעתי ולו טעם אחד - לכאן או לכאן - שבית-המשפט לא נדרש לו ולא חרש בו, חרש - אף העמיק למעניתו. המכנה המשותף העיקרי להנמקותיהם של שופטי הרוב ימצא את מקומו בהיבטיו השונים של עקרון תקנת הציבור, במובנו הרחב של מושג זה. הנשיא שמגר הדגיש בדבריו את עקרונות המשפט הציבורי המכתיבים מסקנה כי יש ונכון להיעתר למבקש, בהוסיפו כי מסקנה שהגיע אליה נדרשת גם מהוראות חוק החוזים האחדים, תשמ"ג1982- וגם מתקנת הציבור כמשמעותה בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג1973-.

השופט ברק סבר אף-הוא כי הצורך להיעתר לתובע נובע גם מן המשפט הציבורי גם מהוראות חוק החוזים האחדים, אך לידיו עיקר הפסול בהחלטתה של החברה קדישא "ימצא בהיותה סותרת את תקנת הציבור. אכן, אומר השופט ברק "מרכז הכובד של הבעיה המשפטית שלפנינו איננו פעילותה של חברה קדישא בתחומי המשפט הציבורי, ואף לא אופיו המקפח של החוזה האחד. מרכז הכובד של הבעיה הינו תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי - כגון הערך בדבר השפה העברית, כבוד האדם והסובלנות - בתחומי המשפט הפרטי" (שם, 529). בהמשך דבריו מצביע השופט ברק על עקרונות-המיסגרת במשפט הפרטי - כעקרונות תום-הלב ותקנת הציבור - ומוסיף הוא וקובע כי עקרונות אלה נמלאים תוכן בעיקר-היסוד של המשפט ובתפישות התשתית החברתיות עליהן בנויה שיטת המשפט. מסקנתו היא, כי הוראתה של חברה קדישא ולפיה יש לחרוט את שם המנוחה על גבי המצבה באותיות עבריות בלבד, נוגדת את תקנת הציבור בהיותה פוגעת אנושות בכבוד האדם - בכבוד החי ובכבוד המת. "הפגיעה בכבוד האדם מקורה בשלילת החירות לעצב את תוכן המצבה כפי שהמנוח (בחיי) ומשפחתו (לאחר מותו) מבקשים לעצבה" (השופט ברק, שם, 523); והערך של כבוד האדם עולה על כל שאר ערכים הבאים איתו במלחמה ומבקשים למעט ממנו.

בתחילה ביקשנו להזכירנו דברים אחדים שאמר בית-המשפט, אך מתוך שפסק-הדין מלא וגדוש בדברי-חוכמה ובמוסר-חכמים, ומחשש שמא בהבאתם של דבר-מוסר אחד או של הלכה אחת נכלים הלכות ודברי-מוסר אחרים, אמרנו לא נביא ולא נצטט. נפנה את הקורא איפוא אל פרשת קסטנבאום והקורא יקרא ויחכים.

5. דברי חברי והכרעתם בדיון, גם מכאן גם מכאן, נכוחים הם בעיניי. לאמיתם של דברים, כל שלושה טעמי ההלכה בפרשת קסטנבאום מזינים עצמם מאותו מקור, מְרֻוּם עצמם מאותה באר. סברה דומה העליתי בפרשת קרן גימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יוסף יעקב; אגד - אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' יוסף יעקב (ע"א 1795/93, 1831; טרם פורסם). באותו עניין עמד לדיון תקנון של אגודה שיתופית, והשאלה שנשאלה היתה אם יש ונכון לבטל הוראה פלונית בו כהוראה נוגדת-חוק. חברי השופט אנגלרד סבר כי אותה הוראה פלונית ראויה לביטול באשר יש לראותה כתנאי מקפח כהוראת חוק החוזים האחידים, תשמ"ג 1982-. שלא כחברי השופט אנגלרד, חברי השופט טירקל סבר כי חוק החוזים האחידים אינו חל על תקנון של אגודה שיתופית, אך מסקנתו אף-הוא היתה כי אותה הוראת-תקנון ראויה היא לביטול באשר נוגדת היא את תקנת הציבור כהוראת סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג 1973-. בקוראי את דברי חברי אותה עת, תמהתי ביני-לבין-עצמי מה בין חנה לבין פניה, והעדתי על עצמי כי מתקשה אני "להבדיל בין סמכות לסמכות, בין מגל לחרמש, בין כלי מבער רע מימין לבין כלי מבער רע משמאל" (שם, בפסקה 14 לחוות-דעתי). הוספתי ואמרתי כי "תקנת הציבור" היא המבוע והמקור, וממנה יצאו יובלי-נורמות אל כל פינות המשפט. המשכתי עוד ואמרתי (שם, שם):

"תקנת הציבור" מישכנה הוא בבירתה של ממלכת החוזים, ושולחת היא את נציגיה אל כל נסיכויות החוזים. אחת מנסיכויות אלו היא נסיכות החוזים האחידים. וכך, בהשתכנו בנסיכות החוזים האחידים מבקש אותו נציג של תקנת הציבור להיטמע בעם-הארץ ולזכות בשם מקומי משלו, שם שיעשה אותו בן-בית במקומו. שם זה הוא (על דרך סגי נהור, בהיפוך), 'תנאי מקפח'. בבואה אל נסיכות החוזים האחידים מתגלגלת איפוא תקנת הציבור אל-תוך 'התנאי המקפח'. מושג התנאי המקפח מהווה מעין קריסטליזציה של תקנת הציבור בנסיכות החוזים האחידים. לשון אחר: ביחסיהם של 'ספק' ו'לקוח' - אלה השניים שסביבם נע חוק החוזים האחידים - תקנת הציבור הוא התנאי המקפח, והתנאי המקפח היא-היא תקנת הציבור."

כך שם - כך גם כאן. בית-המשפט הגיע לאותה מסקנה וקבע אותה הלכה גם בפרשת גדעון גם בפרשת קסטנבאום. לא יד המקרה היתה זו. אותם עיקרי-יסוד הטבועים עמוק בליבנו פנימה - כבוד האדם, הצורך בקיומה של סובלנות בין אדם לרעהו, הצורך החברתי לתת ולא רק לקחת, זכויות היחיד, חופש המצפון והביטוי, חירות המחשבה והמעשה כראוי לחברה חופשית - כל אלה ועיקרי-יסוד אחרים זולתם - הם שהוליכו את עטו של השופט עציוני לעת קובעו הלכה שקבע, והם שפינו דרך לנשיא שמגר ולשופט ברק לומר דברים שאמרו. אכן, בית-המשפט הדגיש בהדגשת-יתר - גם בפרשת גדעון גם בפרשת קסטנבאום - כי זכויות היחיד אפשר שנעצור אותן בדרכן, נגביל אותן, מקום שבאות הן בהתנגשות חזיתית חריפה עם זכויות שוות-מעמד של הזולת, והן זכויות הבאות להגן על אינטרס נעלה מהאינטרס הראשון. כך, למשל, פגיעה מהותית בריגשות הזולת לא תותר. ואם יבקש פלוני לחרוט על קבר אביו או אימו - בבית עלמין יהודי - צלב של הנוצרי, אני מניח

כי בית-המשפט לא היה מוצא פגם או סירכה בהחלטתה של חברה קדישא לאסור זאת. לא כן היה באותן פרשות של גדעון וקסטנבאום, שהמדובר לא היה אלא בחריטת שמו של אדם באותיות לטיניות (בצד חריטה בעברית) ובחריטת יום לידתו ויום פטירתו בספרות לפי הלוח הגריגוריאני.

6. אלו היו פרשות גדעון וקסטנבאום, וזו היתה השאלה שבית-המשפט נדרש לה לעומקה והכריע בה. במרכז הדין הועמדה סוגיית החריטה על מצבה-שעל-קבר, ובית-המשפט סב-הלך סביב לה עד שפתר כל קושיה, יישב כל חילוקי-דעות, הכריע בכל שאלה, קבע הלכה שקבע. וההלכה צלולה, אין בה לא עֲכִירוֹת ולא ספיקות. לתומי סברתי כי יש בה באותה הלכה שנקבעה כדי להכריע אף בענייננו. כיצד זה איפוא שבית-משפט קמא סירב ללכת במסילה? על-שום-מה-ולמה ראה בית-משפט קמא צורך לכבוש לו דרך משלו ובדרך שנכבשה ועפרה הודק היטב סירב ללכת? מסתבר כי בית-המשפט המחוזי סומך את עיקרי דבריו לדבר-חוק שנתקבל לאחר ההלכה בפרשות גדעון וקסטנבאום, הוא חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, תשנ"ו-1996 (להלן נכנה חוק זה - חוק הקבורה החלופית), שלדעתו היה בו באותו חוק כדי לבטל את הילכת גדעון-קסטנבאום.

כולנו נסכים, כמובן, כי חוק מאוחר יכול שִׁיָּה חוק או הלכה שקדמו לו, והשאלה בכל מקרה ועניין אינה אלא אם אמנם עומד החוק המאוחר בסתירה-שאין-לה-תקנה עם חוק או הלכה קודמים לו. זו, על-רגל-אחת, תורת הביטול מכלל ואיך אינו אלא פירוש והבהרה. נעבור איפוא ונדבר מעט בחוק הקבורה החלופית, ולאחר מכן נידרש לשאלת היחס בינו לבין הילכת-גדעון-קסטנבאום.

לעניינו של חוק הקבורה החלופית

7. חוק הקבורה החלופית - חוק קצר-שורות ותמציתי - כשמו המלא כן הוא: חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית. ובלשונו של סעיף 2 לחוק: "אדם זכאי להיקבר על פי השקפתו בבית עלמין אזרחי חלופי אם בחר בכך...". כן מוסיף החוק וקובע (בסעיף 3 ב) כי "קבורה תיערך תוך שמירת כבוד המת". תחילתו של החוק היתה בהצעת חוק של חברי הכנסת דוד צוקר ובנימין טמקין, והמציעים אף הסבירו את מטרתם, והיא:

"כל אדם שנפטר בישראל זכאי להיקבר בדרך מכובדת (סעיף 3 המוצע). באופן התואם את השקפת עולמו. ולכן, מוצע שלא לכפות על הליכי הקבורה מנהגים דתיים כלשהם, אשר לעתים הינם זרים להשקפת עולמו של הנפטר." (הצעות חוק לשנת תשנ"ו, מס' 2520 מיום 4.3.1996, 600).

ובהמשך:

"מוצע לפתור את בעיית קבורתם של יהודים, ושאינם יהודים ובני עדה דתית מוכרת אחרת, החפצים בקבורה שתיעשה על פי עקרונותיהם והשקפת עולמם.

עוד מוצע לפתור גם את בעיית קבורתם של חסרי עדה דתית מוכרת".

החוק קובע כי השר לענייני דתות יקבע מקומות אשר ייועדו לשמש כבית עלמין אזרחי חלופי לפי החוק, וכי בתי העלמין יהיו באזורי הארץ השונים ומרחקים סבירים ביניהם (סעיף 4 לחוק). בתי העלמין האזרחיים החלופיים אמורים להיות מנוהלים בידי תאגידים לענייני קבורה (סעיף 5 לחוק), והשר לענייני דתות הוסמך להתקין תקנות ביצוע וביניהן תקנות לרישוי תאגידים לענייני קבורה וקביעת נוהלי קבורה (סעיף 6 לחוק).

ניתן דעתנו כי החוק - כשמו - מדבר על קבורה אזרחית חלופית, כאומר: דרך המלך היא הקבורה בבתי הקברות הרגילים, ואילו המבקש להלך בדרך מקבילה, חלופית, זכותו ללכת בה ובלבד שיביע רצונו בכך. סעיף 2, כפי שראינו, קובע את זכותו של אדם לבחור להיקבר בבית עלמין אזרחי חלופי, ומוסיפה אותה הוראת-חוק וקובעת כי "הבחירה יכול שתהיה בצוואה או בכל דרך אחרת". המבקש איפוא כי יקברו אותו - לאחר אריכות ימים ושנים - בקבורה אזרחית חלופית, עליו הנטל לומר זאת ולבקש זאת. יש להניח כי אם בני משפחתו הקרובים של אדם יאמרו כי זה היה אמנם רצונו של הנפטר, יכובד רצונו של האדם כך.

חוק הקבורה החלופית הינו, איפוא, חוק-מיסגרת: חוק המצהיר על זכויות עקרוניות והמתווה עקרונות לביצוע בעתיד בידי מי שהושם כממונה על ביצועו. בכך חינו. בכך גם מכשלתו.

8. הרשויות לא נזדרזו בביצועו של החוק. כך, למשל, על-אף שתחילתו של החוק היתה ביום 21 במארס 1996, לא הותקנו תקנות אלא לאחר כשנתיים וחצי; אלו הן תקנות הזכות לקבורה אזרחית חלופית (רישוי תאגידים לענייני קבורה וקביעת נוהלי קבורה), התשנ"ט 1998-, אשר נתפרסמו ביום 17.12.1998 ונקבע בהן כי תחילתן תהא 30 יום מיום פירסומן (קובץ התקנות לשנת תשנ"ט, מס' 3942 מיום 17.12.98, 177). צירוף הדברים אלה-אלה ילמדנו כי גם תקנות אלו לא הותקנו אלא בעקבות עתירה שהוגשה לבית-המשפט הגבוה לצדק ואשר נדבר בה בסמוך.

וכך היו דברים שהיו: משבושש השר לענייני דתות להתקין תקנות לביצועו של חוק הקבורה החלופית, ומשלא קבע - כחובתו בסעיף 4(א) לחוק - מקומות אשר ייועדו לשמש כבית עלמין אזרחי חלופי לפי החוק, עתרו חבר הכנסת דוד צוקר וד"ר בנימין טמקין - יוזמי החוק - ועימהם מר ארז אפשטיין, לבית-המשפט הגבוה לצדק, בבקשה כי נצווה את השר לענייני דתות למלא את המטלות שהוטלו עליו בחוק. עתירה זו הוגשה לבית-

המשפט ביום 27 בינואר 1997 - כעשרה חודשים לאחר תחילתו של החוק - ולעת הזו עדיין תלויה היא ועומדת לפני בית-המשפט (בג"ץ 619/97 ח"כ דוד צוקר ואח' נ' שר הדתות). בעוד העתירה תלויה ועומדת - וכשנתיים לאחר הגשתה - התקין השר לענייני דתות אותן תקנות שהזכרנו למעלה, ובכך נענתה אחת ממישאלות העותרים. מישאלתם האחרת - קביעתם של מקומות לקבורה חלופית - טרם נענתה, הגם שנעשו מעשים מסויימים לקראת ביצועו של החוק הלכה למעשה.

9. פירושם של דברים הוא זה, שחוק הקבורה החלופית - לעת הזו - אינו, בעיקרו, אלא שלט ושלד: לא ניתנו עליו גידים, לא הועלה עליו בשר, לא קרם עליו עור ולא ניתנה בו רוח. העתירה המבקשת לדחוק ברשויות כי תעשינה את המוטל עליהן - כטענת העתירה - עדיין תלויה ועומדת לפני בית-המשפט.

עד כאן - ראשי פרקים בעניינו של חוק הקבורה החלופית, ונעבור מכאן אל פסק דינו של בית-משפט קמא.

מה טעם סטה בית-משפט קמא מהילכת-גדעון-קסטנבאום?

10. בראשית פסק-דינו מזכיר בית-משפט קמא את הילכת קסטנבאום - עליה מסתמכת המערערת - וממשיך הוא וקובע כי לאחר אותו פסק-דין "נפל דבר בישראל", והוא, חקיקתו של חוק הקבורה החלופית. חוק זה, כך קובע בית-המשפט, "בא לפטור מעולה של הקבורה על-פי דינים ומינהגים דתיים כל מי שרצונו בקבורה אחרת". זו היא קביעת החוק, ומכאן נלמד ה"אידך גיסא"; והוא: הענקת זכות מלאה לחברה קדישא, בכל אתר ואתר, להקפיד על מינהגים המקובלים עליה. ובלשון בית-המשפט:

"לאחר פסק הדין בע.א. 294/91 [פרשת קסטנבאום - מ' ח' נפל דבר בישראל. ב21.3.96 - פורסם חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית תשנ"ו1996-... חוק זה בא לפטור מעולה של הקבורה על פי דיני ומנהגים דתיים כל מי שרצונו בקבורה בדרך אחרת, בבתי עלמין אזרחיים שייעודו לכך באזורי הארץ השונים, במרחקים סבירים ביניהם, וינוהלו בידי תאגידים לענייני קבורה. האידך גיסא של אותו חוק, כדבר הלמד מאליו, מתן אפשרות לחברות קדישא בכל אתר ואתר להקפיד על קיום קבורה בבתי העלמין המנוהלים על ידם על פי דיני ומנהגי ישראל המקובלים במקומותיהם.

אם מע.א. 294/91 יצאה הלכה לפיה מצוות הסובלנות וכיבוד חירות הפרט מחייבת חברה קדישא לאפשר בתחומה סטיה ממה שנחשב בעיניה, ואף בעיני השופטים המכובדים שדנו בע.א. 294/91, כראוי בבית עלמין יהודי במדינת ישראל לפי דיני ומנהגי ישראל, בא המחוקק ואמר את דברו:

המעוניין להקבר על פי השקפתו, יטמן בבית עלמין אזרחי. שם יוכל לממש את זכותו להקבר על פי רצונו והשקפתו, ולא בבתי העלמין של חברות הקדישא. בכך בוטלה הקונספציה שביסוד ע.א. 294/91 לפיה באתר קבורה בעל אופי דתי, יכובד רצון הפרט גם אם אינו תואם את מנהג ודין המקום להשקפת בעליו ומנהליו, ונקבע תחתיו עקרון ההפרדה בין בתי עלמין בהם הקבורה תיעשה על פי דינים ומנהגים דתיים לבתי עלמין בהם הקבורה תיעשה על פי השקפתו של הנפטר, כפי שהובעה בצוואתו או בדרך אחרת."

במילים אחרות: חוק הקבורה החלופית ילמד אותנו גם על דרך החיוב גם על דרך השלילה. על דרך החיוב ילמדנו, כי יוקמו בתי קברות אזרחיים חלופיים. ועל דרך השלילה ילמדנו (על דרך של "הסדר שלילי"; "האידיך גיסא", בלשון בית-המשפט) כי נתבטל, כמו מעצמו, העיקרון שנקבע בפרשת קסטנבאום (ובפרשת גדעון) באשר לכיבוד רצונו של היחיד להיקבר על-פי דרכו. משניתנה ליחיד אפשרות להיקבר על-פי דרכו ורצונו בבית עלמין אזרחי חלופי, שוב אין מקום לכפות על חברה קדישא את דרכו ורצונו של היחיד.

בית-המשפט מסכים, אמנם, כי חוק הקבורה החלופית "טרם מומש", שכן טרם כוננו בתי עלמין אזרחיים חלופיים, אך לדעתו אין בעובדה זו "כדי להצדיק כפיה על המשיבה [חברה קדישא - מ' ח'] לסטות בתקופת הביניים (עד להקמת בתי עלמין אזרחיים חלופיים) מהמקובל עליה, בגיבוי פסיקת הרב המקומי, כדין ומינהג המקום". בית-המשפט מוסיף וקובע כי אין בו בחוק הקבורה החלופית הוראות מעבר, וכי "לזכויות הקבועות בו, כמו לעקרון ההפרדה בין אתרי קבורה דתית לאתרי קבורה חלופית" יש "תחולה מיידית" (כוונתו של בית-המשפט היא הן להוראות החוק עצמן והן "לאידיך גיסא"). לחברה קדישא "אין ... השפעה על קצב פעולתו של השר ... ואין היא אחראית למעשיו או למחדליו. את זכות המבקשת על-פי החוק עליה לתבוע מידי של השר הממונה, ולא מידיה של המשיבה".

מוסיף בית-משפט קמא וקובע, כי יש בתי עלמין בקירבת ראשון-לציון (בית העלמין בחולון ובית העלמין ירקון), ובהם מסכימה החברה קדישא המחזיקה בהם לחרוט על מצבות את ימי הלידה והפטירה לפי הלוח הגריגוריאני. מכאן, כך אומר בית-המשפט, "ניתן להגשים את הזכות למצבה על פי טעמה והשקפתה של המנוחה במרחק סביר מראשון לציון, ובנסיבות אלו אין הצדקה לאכוף על המשיבה לסטות מפסיקת רב העיר באשר למנהגי הקבורה הראויים בבית עלמין יהודי בישראל".

המערערת תוקפת טעמים אלה, אחד לאחד, ועתה נידרש לדברים לגופם.

לענייננו של ההסדר השלילי בצידו של חוק הקבורה החלופית

11. לא ימצאו חולקים כי חוק הקבורה החלופית חולל שינוי ניכר בדיון הקבורה של ישראל. בעוד אשר לפני היותו החזיקו חברות קדישא בארץ ב"מעין-מונופולין" על קבורתם של יהודים, אמורים להיכון על-פי החוק תאגידים שאינם חברות קדישא, ועימם אמורים לקום בתי עלמין אזרחיים חלופיים בהם ייקברו אנשים, לרצונם, שלא לפי ההלכה היהודית האורתודוקסית. השאלה אינה אלא אם אל חוק זה מתלווה צל של הסדר שלילי, ועיקרו: ביטול הילכת גדעון-קסטנבאום ושיחרור חברות קדישא מעולה של אותה הלכה. בית-משפט קמא קובע כי כך הוא דין - לאמור: כי מאז חוק הקבורה החלופית בטלה ועברה מן העולם הילכת גדעון-קסטנבאום - ואילו אנו, מתקשים אנו לקבל הכרעת-דין זו.

12. ראשית לכל נאמר - והוא אינו עיקר - כי דברי בית-משפט קמא מכבידים עלינו במאוד, ולו משום שחוק הקבורה החלופית אינו, לעת הזו, אלא שלט ושלד. האמירה כי "זכאי אדם להיקבר על-פי השקפתו בבית עלמין אזרחי חלופי אם בחר בכך" - כלשון סעיף 2 לחוק - אינה, לעת הזו, אלא אמירה פרוגרמטית נעדרת כל ממשות. בתי עלמין אזרחיים חלופיים לא קמו - אף לא נדע אימתי יקומו - ואני מתקשה לקבל כי עצם קיומו של החוק - אשר אף שיני-חלב לא צימח עדיין - יש בו כדי לבטל הלכה. קיומו של "סעד חלופי" מחייב שני אלה: אחד, כי יהיה סעד, ושניים, כי יהיה זה סעד זמין, סעד יעיל, סעד שניתן להידרש לו. בענייננו שלנו אין לא סעד זמין ובוודאי שאין סעד יעיל. לשון אחר: על-פי מצב הדברים כיום, אין בפועל קבורה חלופית על-פי החוק. נוכח כל זאת נתקשה להבין כיצד תוכל החברה קדישא של ראשון-לציון להתנער מאחריותה ומחובתה כלפי כלל הציבור - קרא: כלפי תושבי העיר אותם נועדה ואמורה היא לשרת - אחריות וחובה שהיא נושאת בהן למיצער מאז הילכת גדעון-קסטנבאום. אין זה אלא לעג לכבודו של אדם באומרנו לו כי ילך אצל השר ויטען כנגד התמהמהותו לבצע את החוק. וכי יכול אדם לאַחַר את יום מותו עד אשר ייכנו בתי קברות חלופיים? ואולם לא נספק עצמנו בטעם זה. נדבר עתה על החוק כמו הוקמו על-פיו בתי קברות אזרחיים חלופיים, ובטעם זה נראה עיקר.

13. אמת נכון הדבר: לכל הסדר נורמטיבי מתלווה הסדר שלילי, הוא ה"אידך גיסא" כלשונו של בית-משפט קמא. הערנו על כך במקום אחר (רע"א 5768/94 א.ש.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה; (טרם פורסם), וכך אמרנו:

"כשם שאין אדם ללא צל, כן - על דרך העיקרון - אין הסדר חוק בלא הסדר שלילי בצידו. וכשם שהצל ילך עם בעליו כן ילך ההסדר השלילי עם הסדר החוק. מעטפת ההסדר השלילי יכולה שתהיה צרה ויכולה

שתהיה רחבה, ואולם לעולם תהא מעטפת הסדר שלילי כלשהי.
(פיסקה 118 לחוות-דעתי)

ומהו אותו הסדר שלילי (שם, פיסקה 97 לחוות דעתי):

"הסדר שלילי המשתמע מגופו של חוק - והעוטף את החוק סביב-סביב
לו - הוא אמירה מכללא על בלעדיות החוק בתחומים מסויימים, ומדמה
הוא עצמו לביטול חוק (או הלכה) בידו של חוק מאוחר"

הסדר שלילי - צילו של החוק - מלווה את החוק, ואין צל שהוא אדון לעצמו. הסדר שלילי יילמד מתוך הוראות החוק הגלויות לעין ובבחינת תשתיתו של החוק, ואין הסדר שלילי שהוא בבחינת חי הנושא את עצמו. לענייננו שלנו ניתן לומר, כי ההסדר השלילי העוטף את חוק הקבורה החלופית הוא זה, שלאחר תחילת החוק אין היתר לקבור קבורה "חלופית" אלא בקיום הוראות החוק. לא אמרנו כי זה ההסדר השלילי המתלווה אל החוק. כל שאנו אומרים הוא, שהסדר שלילי מעין זה עשוי להילמד מהוראותיו הגלויות של החוק. ואולם, מתקשים אנו להבין כיצד ניתן להסיק מהוראות החוק - לא עוד, אלא "כדבר הלמד מאליו" - את "עקרון ההפרדה" שבית-משפט קמא מדבר בו. כמו הורנו החוק כי לאחר תחילתו יש "קבורה דתית" - כמינהג כל אתר ואתר; בצידה יש "קבורה חלופית"; וכי עצם קיומה של קבורה חלופית עושה את החברה קדישא גבירה במקומה, גבירה המשוחררת מעול המשפט הציבורי, מעול תקנת הציבור ומעול חוק החוזים האחידים - הכל כהילכת גדעון-קסטנבאום. בית-משפט קמא מצמיד לחוק הקבורה החלופית צל שהוא ארוך ורחב בהרבה מצל שעשוי חוק הקבורה החלופית להטיל, צל שהיה ראוי כי ילווה הסדר חוק מפורש ורחב בתחומי התפרשותו מחוק הקבורה החלופית, למיצער במתכונתו הנוכחית.

14. יתר-על-כן: תכליתו של חוק הקבורה החלופית, מעיקרו, היתה להוסיף חלופה לדרכי הקבורה המקובלות - למי שחפץ בקבורה בהתאם להשקפת עולמו ושלא על-פי הדרך הנהוגה במקומותינו; להוסיף חלופה - לא לגרוע מן הקיים; ואין בהוספת החלופה כדי לחסר כהוא-זה מן החובות המוטלות על חברה קדישא - כל חברה קדישא - בתחומיה. האמירה כי הקניית זכות לקבורה אזרחית חלופית נועדה - על דרך ההסדר השלילי - לשלול זכות לכיתוב לועזי על מצבה ולציון מועדים על-פי הלוח הגריגוריאני, היא בבחינת חסן sequitur. אכן, הקניית זכות לאדם להיקבר בקבורה חלופית על-פי השקפת עולמו, אין בה כדי ללמד כי בטלה מאליה זכותו של אותו אדם לכיתוב לועזי על מצבה בבית-קברות רגיל, אם אמנם קנה זכות זו לפני היותה של אותה זכות לקבורה חלופית. לא מצאנו בחוק הקבורה החלופית ולו רמז, כי לאחר תחילתו קנו חברות קדישא

זכות להעמיד דרישות אשר ex hypothesi - על-פי הילכת גדעון-קסטנבאום - פוגעות בכבוד האדם, פוצעות בתקנת הציבור, חותרות תחת עיקרי המשפט הציבורי, אסורות על-פי חוק החוזים האחדים.

15. נושא ההסדר השלילי קשור בטבורו לנושא הביטול מכלילא (ראו דברים שאמרנו בפרשת בנק המזרחי המאוחד ("פרשת חוק גל": ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי; רע"א 1908/94 גבעת יואב - מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' שירותי אשראי מסחרי (ישראל) בע"מ; ע"א 3363/94 נחמיאס נ' כפר ביאליק כפר שיתופי בע"מ), פ"ד מט(4) 221, 554 עד 557) ובפרשת א.ש.י.ר., לעיל, שם, בפסקאות 96 עד 118 לחוות-דעתי). פירוש דברי בית-משפט קמא הוא, שחוק הקבורה החלופית ביטל מכלילא את הילכת גדעון-קסטנבאום. למסקנה זו לא נוכל להסכים. הלכה שקבע בית-המשפט העליון בונה עצמה על עיקרי-יסוד של שיטת המשפט בישראל - כבוד האדם, תקנת הציבור, עקרונות המשפט הציבורי - והיא כה מוצקה ואיתנה, עד שנתקשה לקבל כי נתבטלה מכלילא, כביכול, על-ידי עצם קבלתו של חוק הקבורה החלופית; כי רוח שחוק הקבורה החלופית העלה בעוברו לידנו נשא את הילכת גדעון-קסטנבאום אל מחוץ לגדר עד שנעלמה והיתה-כלא-היתה. לביטולה של הלכה כהילכת גדעון-קסטנבאום - הלכה המעגנת עצמה בזכויות היסוד של האדם - היינו מצפים לאמירה מפורשת של החוק. אמירה מעין-זו לא נמצאה לנו.

לשון אחר: המערערת קנתה זכות על-פי ההלכה לחרוט על המצבה שעל הקבר את יום הלידה ואת יום הפטירה של אמה על-פי הלוח הגריגוריאני, ולא ידענו כיצד יש בהוראות חוק הקבורה החלופית - בין הוראות מפורשות בו בין הוראות מכלילא - כדי לבטל זכות זו כלא-היתה. כך היה גם לפני היות חוקי היסוד. ראו והשוו: בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 358-359. לאמור: לביטולן של זכויות יסוד - או לצימצום תחום תחולתן - נדרשנו לדבר-חקיקה ברור ומפורש ולא סיפקנו עצמנו בהסדר שלילי. אם כך היה לפני חוקי היסוד, לאחר היותם - לא-כל-שכן; שהרי עתה מגן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - מפורשות - על כבוד האדם, והוא אותו יסוד איתן שעליו מושתתת הילכת גדעון-קסטנבאום.

16. זאת ועוד: לאחר היותם הוסיפו חוקי היסוד חיזוק ותוקף נורמטיבי לעיקרון שהיה מקובל לפני היותם. כוונתנו לפיסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בסעיף 8 ב), אשר לפיה ומכוחה - בין במישרין בין על דרך ההקרנה - נפרש כל הוראת-דין כפוגעת בזכויות יסוד רק אם עומדת היא בתנאי-יסוד אלה, והם: הוראת-הדין הולמת את ערכיה של מדינת ישראל; הוראת-הדין נועדה לתכלית ראויה; והפגיעה שהוראת-הדין פוגעת בזכות אינה עולה על הנדרש. לתנאי אחרון זה ראו, לאחרונה: פרשת כביש בר-אילן (בג"ץ 5016/96, 5025, 5090, 5434 ליאור חורב נ' שר התחבורה; ח"כ אופיר פינס נ' שר התחבורה; ח"כ יוסף שריד נ' שר התחבורה; האגודה לשמירת זכויות הציבור הדתי והחרדי בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53-54, מפי

הנשיא ברק, והאסמכתאות המובאות שם; בג"ץ 3648/97 ועוד סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח' (טרם פורסם, בפיסקאות 50 ואילך לפסק-הדין).

וכה היו דבריו של השופט ברק בפרשת קסטנבאום (שם, 524):

"כבוד האדם בישראל אינו מטאפורה. זו מציאות נורמטיבית, ממנה מתבקשות מסקנות אופרטיביות. לענייננו מתבקשת המסקנה, כי הסמכה כללית של רשות שלטונית לבצע פעולות מסוימות - כגון ניהולו של בית-קברות - אינה מתפרשת כמאפשרת לאותה רשות שלטונית לפגוע פגיעה ממשית וקשה בכבוד האדם של הנוגעים בדבר. רשות שלטונית, אשר מבקשת לפגוע בכבוד האדם, חייבת לקבל לשם כך הסמכה מפורשת וברורה מאת המחוקק, ומאז חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הסמכה זו צריכה להיות מעוגנת בחוק 'ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הדרוש' (סעיף 8). תפיסת יסוד זו - בדבר הצורך בהוראת חוק מפורשת וברורה המאפשרת פגיעה בכבוד האדם - אינה חדשה עמנו. מימים ימימה מקובל עלינו, כי הרשות השלטונית אינה מוסמכת לפגוע בזכויות יסוד בלא הסמכה מפורשת וברורה לכך ... כיום נוספה על כך דרישה נוספת באשר למהותו של אותו חוק."

אכן, נתקשה - נתקשה במאוד - לקבל פירוש ולפיו בא חוק הקבורה החלופית לטאטא מאיתנו והלאה - כמו בדרך אגב - זכויות שהילכת גדעון-קסטנבאום רואה אותן כזכויות הנלמדות מכבוד האדם, מתקנת הציבור, מליבתו של המשפט הציבורי. נתקשה לקבל פירוש כזה, ואכן נדחה אותו מעל פנינו.

יתר-על-כן: אם אמנם חברה קדישא גוף דו-מהותי היא - כהילכת קסטנבאום - לאמור: גוף שהילכות המשפט הציבורי, בעיקרה, פורשות עליו רשת (ראו: פרשת קסטנבאום, שם, 484-485, 490-492, 517-519. ראו עוד: ע"א 3414/93 שמחה און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3) 196; א' בבנישתי, "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב, תשנ"ד-1994, 11); אם נזכור כי הילכות המשפט הציבורי תופשות בחברה קדישא בשל כך שממלאת היא תפקיד ציבורי וחברתי על-פי דין; ואם נוסיף ונזכור כי כבוד האדם ותקנת הציבור מוליכים אותנו היישר אל חיובה של חברה קדישא לנהוג כהילכת גדעון-קסטנבאום; אם נדע כל אלה, תמהני כיצד תוכל חברה קדישא להשיל את חובתה מעל גבה, ולא עוד אלא על דרך של לימוד מכללא והסדר שלילי קונספטואלי. לביטול הילכת גדעון-קסטנבאום נדרשת עוצמה רבה מזו שהסדר שלילי וביטול מכללא יכולים לספק לנו.

טענת חברה קדישא כי עמותה פרטית היא

17. טוענת החברה קדישא כי הילכת גדעון-קסטנבאום אינה תופשת בה; והטעם לדבר: להבדילה מחברות הקדישא שהיו בפרשת גדעון ובפרשת קסטנבאום, עמותה פרטית היא; אין היא מסונפת כלל למועצה הדתית של ראשון-לציון; והקרקע בבית הקברות היא בבעלותה, לאחר שרכשה אותה בכסף מלא. ומשידענו כל אלה, כך ממשיכה היא וטוענת, נוסף ונדע כי עושה היא בשללה וכי רשאית היתה לחייב את המערערת באשר לכיתוב שעל המצבה. טענה זו אינה מקובלת עלינו במקרה שלפנינו. בוודאי כך דין לעניין החלת חוק החוזים האחידים על מערכת היחסים שבין החברה קדישא לבין המערערת. כך הוא דין גם לעניין החלת כללי המשפט הציבורי ובוודאי כך לעניין תקנת הציבור.

הנחת-היסוד בהילכת גדעון-קסטנבאום היתה זו, שהחברה קדישא נולדה באורח פורמלי בחיק המשפט הפרטי, ואולם משהחלה עוסקת במה שעסקה הפכה היא לגוף דו-מהותי, גוף הכפוף גם לכללי המשפט הפרטי גם לעיקרי המשפט הציבורי. אמר הנשיא שמגר בפרשת קסטנבאום (לעיל, שם, 484) כי תפקידה של החברה קדישא הוא "בעיקרו ציבורי, הן מן הבחינה הפורמלית הן מן הבחינה המהותית". אופי פעילותה של החברה קדישא לא נשתנה: הוא הטובע במיצחה סימן והוא המעלה אותה ברשת הילכת גדעון-קסטנבאום. אכן, העובדה כי קרקע מסוימת מצויה בבעלותו של גוף פרטי, אין בה, כשהיא לעצמה, כדי לפטור אותו גוף - תמיד ובכל נסיבות שהן - מעיקרי המשפט הציבורי. יש שקנין פרטי יהא בעל אופי ציבורי מבחינת מהות השימוש בו, ואופיו זה - באשר הוא - יגרור אחריו עיקרים מן המשפט הציבורי אשר ידבקו באותו גוף ויחייבו אותו בהתנהגותו. ראו, למשל, והשוו: פרשת אנו, לעיל. ראו עוד: בג"ץ 2481/93 דין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456; אילנה דיין - אורבך, "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי", עיוני משפט כ (תשנ"ז 1996) - 377, 422 ואילך. בוודאי ייאמרו דברים אלה על החברה קדישא שלפנינו והיא חברה קדישא כללית; לאמיתם של דברים החברה קדישא האחת והיחידה בראשון-לציון.

חברה קדישא שלפנינו דינה כדין שאר חברות קדישא, ודין החל על חברות קדישא אחרות חל עליה אף-היא.

פסיקתו של רב חברה קדישא; כבוד האדם; רשות היחיד ורשות הרבים

18. מוסיפה החברה קדישא וטוענת כי כפופה היא לפסיקת הרב הראשי של חברה קדישא ולהוראות הרב המקומי של ראשון-לציון, וכי פסיקת ההלכה של אלה אוסרת עליה חריטת אותיות לועזיות וציון ימי לידה ופטירה לפי הלוח הגריגוריאני. גם טענה זו אינה מקובלת עלינו.

ראשית לכל, סברה זו נדונה לגופה גם בפרשת גדעון גם בפרשת קסטנבאום, ולמרות חוות-דעת הילכתיות שהובאו לידיעת בית-המשפט פסק בית-המשפט את שפסק - ובשתי הפעמים. לעניין זה נזכור במיוחד את דבריו של המישנה לנשיא השופט אלון בפרשת קסטנבאום (שם, 488-489, 503-499); ולמרות שהמישנה לנשיא היה במיעוט בהכרעת הדין, הנה לעניין זה כתב את שכתב על דעת המותב.

שנית, מסתבר כי אין הלכה גורפת וכוללת האוסרת כי ייחרטו על מצבה אותיות בלעז או ימי לידה ופטירה לפי הלוח הגריגוריאני. בבתי קברות רבים בארץ אין כלל איסור על-כך (ראו, למשל, דברי הנשיא שמגר בפרשת קסטנבאום, שם, 483, ודברי השופט עזיוני בפרשת גדעון, שם, 19), והחברות קדישא באותם מקומות מתירה למשפחות, לרצונן, לחרוט על המצבה את שמות המנוחים באותיות לטיניות ואת ימי הלידה והפטירה בספרות ולפי הלוח הגריגוריאני. אכן, גם בבית הקברות של ראשון-לציון יש מצבות הנושאות כיתוב שלא-בעברית וציון ימים לפי הלוח הגריגוריאני, אלא שלדברי הרב של החברה קדישא כך היה לפני בואו למקום, ואילו משבא הטיל איסור על-כך. פירוש הטענה הוא, שכל רב של חברה קדישא - או רב מקומי - יוכלו להתיר או לאסור, לרצונם, והקהילה כולה תהא מחוייבת לציית להם. הנה-כי-כן, בבתי הקברות של החברה קדישא של תל-אביב, לא הוטל איסור - לא מטעם הרב של חברה קדישא ולא מטעם הרב המקומי - על חריטת אותיות לטיניות או על חריטת ימי הלוח הגריגוריאני. ואולם, אם מחר-מחרתיים יקום בתל-אביב רב אשר לא ידע את יוסף, ואותו רב יבקש להחמיר ויטיל איסור, כי אז אליבא דטענת חברה קדישא יתפוש האיסור.

הלכה זו, ההלכה המקנה לרב המקום סמכות-על על תחום-שיפוטו - הילכת המרא דאתרא - כוחה-עימה כלפי מי שהם שומרי-מיצוות או על-פי דין מפורש של המדינה. בימים שמכבר, ובקהילות ישראל שהיו מפוזרות בין העמים בכל המדינות, זו היתה ההלכה ואין בילתה. זו ההלכה, כמסתבר, בקהילות ישראל בעולם גם בימינו-אנו. ראו עוד: מנחם אלון, המשפט העברי (ירושלים, תשנ"ב), מהדורה שלישית מתוקנת ומורחבת), כרך ראשון, 547 ואילך. לא כן בישראל, שנקבצנו אל ארצנו, ולא נמצא לי טעם טוב - מבחינת דין המדינה - להשליט את הילכת המרא דאתרא על הכל - על שומרי-מיצוות ועל מי שאינם שומרי-מיצוות - כמו היתה חוק המדינה. אכן, החלטת הרב של החברה קדישא - המבקש להשליט את סברתו על כל הקהילה, על שומרי-מיצוות ועל מי שאינם-שומרי-מיצוות - אינה מקובלת עלינו מכל-וכל. הבה נקרב ראשינו ונתמה: הנה הן רחובות

ונס-ציונה, תל-אביב ויפו, רמת-גן וגבעתיים, חולון ובת-ים, חיפה והקריות; מצבות אשר הוצבו בכל אחת מאלו ניתן לחרוט עליהן, כמסתבר, את יום הלידה ואת יום המוות לפי הלוח הכללי; כך בכל אלו, ואילו בראשון-לציון נאסר הדבר - כיום - באיסור חמור. בידענו כי הגבולות של כל מקומות-ישוב אלה נתחמו בידי המדינה ולא בידי ההלכה; כי תחום שלטונו של המרא דאתרא נקבע על-פי דין המלכות; נעמוד אנו ונשאל: מה בין מינסק לבין פינסק, שכאן יותר וכאן ייִאָסר? אף אתה אמור: החברה קדישא מבקשת להשליט את החלטת המרא דאתרא על תושבי ראשון-לציון; לכפות את איסוריו על כל תושבי העיר; כי כך קובעת ההלכה. ואילו אנו, אנו לא מצאנו לא דין ולא צדק כי נאכוף על בני-העיר את איסוריו על המרא דאתרא. הילכת ג'דעון-קסטנבאום חיה וקיימת היא עימנו ולא נגרע דבר מכוחה: לא מכוחה המגיסטריאלי ולא מכוחה המוסרי.

מונחת לפני מסכת יבמות והיא בספר גדול-מידות, כבד-מישקל ומעורר-כבוד, כדרכם של ספרי תלמוד. הספר ראה אור בידי הרב נחמן אברהם גאלדבערג בשנת "תברך" (קרא: תרכ"ב), Berlin, 1863. בצידו מונחת לפני מסכת נדרים אשר ראתה אור בדפוס האלמנה והאחים ראָם, ושנת ההוצאה - 1863. כמודפס בעמוד הראשון: תרנ"ז 1897. כך הוא אף מישנה תורה, הוא היד החזקה, "להנשר הגדול הרב הגאון רבינו משה בר מיימון זצ"ל". ספר זה, כבד-גוף וגדול-מידות "הוגה בעיון נמרץ והובא לדפוס" בידי הרב נחמן אברהם גאלדבערג, ושנת ההוצאה - כאמור בו - שנת "תברך", Berlin, 1862. ועוד מונח על שולחני, דרך קבע, תנ"ך בהוצאת מוסד הרב קוק (מוגה בידי מרדכי ברויאר) והוא משנת 1989. משניות מבוארות בידי פנחס קהתי הן משנת 1991; כך א' של האנציקלופדיה התלמודית נדפס בשנת תשי"ב 1951-, סידור "רינת ישראל" בעריכת שלמה טל (מהדורה רביעית) הוא משנת 1983; והדפסה שמינית של הספר "מכלול המאמרים והפתגמים" מאת משה סבר ובהוצאת מוסד הרב קוק היא משנת "תשמ"ז (1987)". מסתבר איפוא כי האיסור על השימוש ב"למניינם" אינו איסור גורף וסוחף. בנסיבות אלו תחייב הילכת ג'דעון-קסטנבאום ככתבה וכלשונה.

אחרת יכול שיהיה דין אם יבקש פלוני לחרוט על מצבה, למשל, סמל של צלב, ואין צורך כי נאריך בכך. אכן, חוות-דעת (לחומרה) שהוגשו לעיונו נדונו גם בפרשת ג'דעון וקסטנבאום, ולא נחזור על דברים שנאמרו.

19. חברה קדישא עושה עצמה אפטרופה על נפטרים שנקברו בבית הקברות של ראשון-לציון - עליהם ועל קרוביהם - וטוענת היא לפנינו כי כבודם של הנפטרים ורגשותיהם של בני המשפחות עלולים להיפגע אם יהיו בבית הקברות מצבות ועליהן כיתוב באותיות שאינן-עבריות ובמספרים שלפי הלוח הגריגוריאני. טענה זו תמוהה משהו, ולו משום שבבתי קברות אחרים בארץ לא הוטל איסור שהטיל הרב של החברה קדישא בראשון-לציון. וכי אנשי ראשון-לציון שונים מאנשים אחרים בארץ? מהו המיוחד את תושבי ראשון-לציון משאר תושבי

המדינה? וכי רגישותם של אנשי ראשון-לציון לאותיות שאינן עבריות וללוח הגריגוריאני שונה מרגישות שאר בני-הארץ? אף אתה אמור: תושבי ראשון-לציון ותושבי תל-אביב רבה (למשל) - אין כל הבדל בין אלה לבין אלה (למיער, לענייננו עתה). ההבדל אינו אלא בפסיקת הרב של החברה קדישא. אלא שפסיקתו של רב החברה קדישא אינה מחייבת את הציבור כולו. נהפוך הוא: הילכת ג'דעון-קסטנבאום היא המחייבת; ומחייבת היא גם את הרב של החברה קדישא בראשון-לציון.

יתר-על-כן: כפי שאמרנו, עשתה עצמה החברה קדישא אפטרופא על מי שנקברו בראשון-לציון, עליהם, על קרוביהם ועל ריגשותיהם של אלה ושל אלה. ואולם, את קרוביהם של הנפטרים לא שמענו, וטרוניה מפיהם לא עלתה לפנינו. טיעוניה של החברה קדישא לא יצאו מגדרה של השערה, ובהשערה - כידוע - אין די. להסרת ספק נסיף ונאמר, כי גם לו בא לפנינו מי בטרוניה, ספק אם היינו שומעים לו. ומשלא בא, בוודאי אין צורך שנטרוד עצמנו בהשערה פורחת.

20. טענה זו של פגיעה בכבוד המת ובריגשות בני המשפחה אינה חדשה עימנו. היא עלתה מפורשות בפרשת קסטנבאום, ובית-המשפט אמר בה דברים מפורשים. כך, למשל, אמר הנשיא שמגר (שם, 482):

"המצבה איננה מבנה ציבורי, אלא, בראש ובראשונה, סימן מקשר אישי בין החיים, השומרים בלבם זכר הנפטר, לבין מי שהלך לעולמו; זוהי יד, שהוצבה על-ידי אלה הבאים לפקוד מקום זה, אשר נועדה, בראש ובראשונה, להם ואשר עניינם בה צריך להיות מוגן ומיוחס.

...

מציב המצבה ואדם אחר שפוקד קבר אחר בבית הקברות אינם ניצבים במישור אחד. המגמה צריכה להיות, כי אל לו לפרט האחד להכנס לתחום רעהו ולהתערב ללא צורך בעולמו וברגשותיו. חייב אדם להותיר בידי האחר את הזכות ואת החירות לעשות כרוחו, על פי רגשותיו ותחושותיו, והסובלנות מחייבת, שהאחד לא יתערב בענייניו של האחר, שאינו צריך לנגוע לו, והוא, כאמור, כל עוד אין המדובר בנתונים עמם גם האדם הסביר אינו יכול להשלים." (ההדגשה במקור - מ' ח')

על כבוד האדם הרחוב דיבור חברי השופט ברק, אלא שלדבריו יש לשמור בעיקר על כבוד המת המוטל לפנינו. השופט ברק דיבר על הכיתוב שעל המצבה, וכך אמר בפרשת קסטנבאום (שם, 523):

"עמידה על בלעדיות הכיתוב העברי על מצבה של יהודי שאינו חפץ בכך יש בה פגיעה ממשית וקשה בכבודו של אותו אדם בישראל. אין זו רגישותו של היהודי החריג ויוצא-הדופן. 'האדם הרגיל', שאינו בעל רגישות מיוחדת במינה, נפגע קשות אם אין בכוחו לקבוע כי על גבי המצבה של עצמו או של היקרים לו, יהא כיתוב בלשון הנראית לו כראויה והמנציחה בצורה הנראית לו כהולמת את היקרים לו. כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו השומרים את זכרו בליבם. כבוד זה מתבטא, בין

השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זכרון ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר - לעתים רציונלי ולעתים בלתי רציונלי - בין החיים לבין המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכנו, והנותן ביטוי למאוויו הנפש הנכספים. זוהי ה'יד' שהחיים מושיטים למתים. זהו הביטוי החיצוני המשקף את הקשרים הפנימיים בין הדורות. הכרה בכבוד האדם מחייבת מתן חירות לאדם לעצב את כיתוב המצבה כפי שנראה לו כראוי. שלילתו של חופש עיצוב זה והטלת חובת השימוש בכיתוב עברי בלבד, יש בה פגיעה קשה וממשית בערך היסוד של כבוד האדם. ודוק: הפגיעה בכבוד האדם מקורה בשלילת החירות לעצב את תוכן המצבה כפי שהמנוח (בחיו) ומשפחתו (לאחר מותו) מבקשים לעצבה."

21. בפרשת מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות מר יצחק רבין (בג"ץ 3872/93, פ"ד מז(5))

(485) דיברתי על חופש הדת ועל החופש מדת, ובהמשך לעיקרי-יסוד אלה המשכתי ודיברתי על רשות היחיד, על רשות הרבים, ועל מה שביניהן. בין השאר אמרתי דברים אלה (שם, 507-508):

"ניתן אולי לתמצת - ולו בחלקו - את העיקרון השליט ביחסי דת ומדינה באמירה (השאובה ממקום אחר, אך לאחר קרצוף הירוקה שעליה, צריפת הסיגים, וניפוי כל האסוציאציות הבלתי רצויות והבלתי רלוואנטיות): היה אדם בצאתך ויהודי באוהלך; רשות הרבים מזה ורשות היחיד מזה ... רחובה של עיר מכאן וביתו של אדם מכאן. המדינה ושליחיה - בהם הממשלה, המינהל ובתי המשפט - ישמרו ויגנו על חופש הדת של אדם בביתו, אך בצאתו מביתו ובבואו אל רשות הרבים, או אל רשות היחיד של הזולת, שוב לא יוכל לכפות רצונו ודעתו על זולתו. רשות היחיד ליחיד - יחיד יחיד ורשותו שלו, ורשות הרבים - לרבים. כבודו יהודי פנימה, ובביתו תגן המדינה על זכותו לנהוג כרצונו (בכפוף לשיקולים של הגנה על הזולת ושל שמירת הסדר הציבורי) - שומר מצוות ומי שאינו שומר מצוות; לא כן ברשות הרבים, ובלבד שיישמרו הסדר, מנהגות החוץ ושלווה הציבור. יפה תלמוד תורה עם דרך ארץ: תלמוד תורה באהלה של תורה ודרך ארץ לבר-אוהל-של-תורה (אך גם באוהל).

האינטרס שקנו שומרי מצוות משקלו הוא רב-עד-מכריע בביתם פנימה, וכל עוד מבקשים הם דבר לעצמם; ככל שירחקו מביתם ויקרבו אל רשות הרבים - או אל רשות היחיד של הזולת - או ככל שיבקשו לשלול דבר מן הזולת, כן יחלש כוחו של אותו אינטרס, והרי כנגדו יעמדו אינטרסים של הזולת, ברשות הרבים או ברשות היחיד שלו."

בפרשת כביש בר-אילן (לעיל) הוספתי ודיברתי על רשות היחיד ועל רשות הרבים, וכך אמרתי בין שאר דבריי

(שם, בפיסקאות 25, 26 ו-27 לחוות דעתי):

"25. כלל גדול הוא בתורה: רשות היחיד - ליחיד, רשות הרבים - לרבים. ביתו של אדם - לו ולמשפחתו, רחובה של עיר - לקהילה כולה. כך הוא אף ביחסי דת ומדינה. לכל אדם שמורה זכותו לחופש הדת ולחופש מדת ברשות היחיד, והמדינה ושלוחיה ישמרו ויגנו על חופש זה בכל הדרכים העומדות לרשותם. כך ברשות היחיד וכך ברשות הרבים. כברשות

היחיד כן ברשות הרבים, תגן המדינה על זכותו של אדם לחופש הדת ולחופש מדת. זכותו זו של אדם פירושה הוא, שאין כופין אותו בענייני דת לא לכאן ולא לכאן. ברשות היחיד תגן המדינה על חופש הדת ועל החופש מדת באשר רשות היחיד היא, וברשות הרבים תגן המדינה על חופש הדת ועל החופש מדת באשר רשות הרבים היא. כל דברים אלה כולם ייאמרו ויקויימו ובלבד שיישמרו הסדר ושלוש הציבור. ראו, למשל: פרשת מיטראל, 509-507.

26. ענייננו הוא בשני זוגות אלה: ביחיד ובכלל, ברשות היחיד וברשות הרבים. שני הזוגות יוצרים ביניהם חיבורים אחדים, ומבין החיבורים האפשריים לא יעלה ספק באשר לחיבורים אלה (בכפוף לחוק ולחוקה): ברשות היחיד לא יותר יחיד אחר ולא יותר הכלל לכפות רצונו על היחיד. ברשות הרבים לא יותר יחיד אחד לכפות רצונו לא על יחיד אחר ולא על רבים. השאלה שלענייננו נסבה על החיבור שבין היחיד לבין הרבים ברשות הרבים, לאמור: האם קנו הרבים זכות לכפות על יחיד המצוי ברשות הרבים מינהגות שמקורם בדת, לאמור, לשלול מן היחיד המצוי ברשות הרבים את זכותו לחופש, ולענייננו: לחופש מדת. בשאלה זו נגענו בפרשת מיטראל, ואמרנו עליה דברים אלה:

.....

פירוש הדברים הוא, כי נטל כבד מוטל על הכלל מקום שמבקש הוא לשלול מן היחיד הנמצא ברשות הרבים את זכותו ואת חופשו: לכפות על היחיד הנמצא ברשות הרבים מינהגות שמקורם בדת.

27. רשות היחיד מזה ורשות הרבים מזה. מה היא רשות היחיד ומה היא רשות הרבים לעניינם של חופש הדת והחופש מדת? ביתו של אדם הוא לכל הדעות רשות היחיד. ביתו של האדם הוא מיבצרו. ואולם דומה כי ניתן - אף ראוי - להרחיב לעניינים מסוימים את רשות היחיד גם מעבר לארבעה הכתלים ולחצר. וכך אמנם נעשה בזהירות-יתירה. הנה היא שכונה של שומרי-מיצוות, ובינות לבתים סימטאות, מישעולים ורחובות צרים וצדדיים. זר לא יהלך בהם, והם לשימושם של המתגוררים במקום. לא יחא זה מרחיק לכת אם נאמר כי בנושא של חילול השבת בפרהסיא, גם אותם חללים בין הבתים, וסביבם, רשות היחיד הם, רשות היחיד של שומרי-המיצוות."

ובאותה רוח המשכתי ואמרתי דברים נוספים.

22. קיברו של אדם - הקבר והמצבה שעליו - הם גם רשות היחיד גם רשות הרבים. כל נפטר ורשות היחיד שלו; דל"ת האמות הן שלו, והוא ומשפחתו עושים בשלהם. כך, למשל, בביתם - ובעוד הנפטר בין החיים - דיברו הנפטר ומשפחתו ביניהם בלשון-עם-זר (רוסית, גרמנית, אנגלית, אמהרית), כתבו לעז (רוסית, גרמנית, אנגלית, אמהרית), וניהלו את חייהם - כרובנו - על-פי הלוח הגריגוריאני. האדם ושפתו - שפה על-פה, שפת-הכתב, שפת-לוח-השנה - היו לאחדים. בני המשפחה הקרובה לא הכירו את הנפטר אלא באותה שפה ובלוח-לעז - כך שוחחו ביניהם כל העת, כך גם כתבו איש אל-רעהו - ועתה מבקשים הם לזכור אותו כפי שהיה. מבקשים הם להמשיך ולשוחח עם היקר להם בשפתו, מבקשים הם לצייר אותו נגד עיניהם כפי שהיה, מבקשים הם לקרוא על המצבה את שמו כפי שהורגלו, את יום לידתו כפי שהוא עצמו נהג לכותבו. שמו של הנפטר כי

יכתב אך בעברית; ימי הלידה והפטירה אם ייחרטו רק לפי הלוח העברי; תעלה ותגבה מחיצה נפשית בין המשפחה לבין הנפטר, והנפטר ירחק מקרוביו. הדבר הוא אמוציונאלי - אפשר בלתי רציונאלי? אכן כן. אך גם עליה לקבר היא מעשה אמוציונאלי. ובכל-זאת לא נמנע מאם ששכלה את בנה לחבק את המצבה הדוממת והקרה. לא תהא זו אלא התנשאות יהירה ופאטרנליזם כופה אם נאמר לאותה אם שכולה כי שומה עליה ללמוד עברית - שהרי בארץ העברים היא - וכי אם תעשה כמצוה עליה תוכל לקרוא את שמו של בנה בשפתה (החדשה) ואת ימי הולדתו ופטירתו על-פי הלוח העברי.

זו רשות היחיד.

אך בית עלמין הוא גם רשות הרבים, שהרי המצבות-שעל-הקברים ניצבות חשופות וגלויות, שורות-שורות, אלו-בצד-אלו, והמהלך יהלך ביניהן לרצונו. בית עלמין מדמה עצמו במובנים מסויימים לבית משותף - לחצר משותפת, לבתי-מגורים הסמוכים אלה-אל-אלה - בהבדל חשוב זה, ששכנות בין החיים תמיד תבוא לקיצה בעוד אשר שכנות בבית עלמין היא שכנות לעולם (אם תרצו: עד תחיית המתים). שכן, ראוי לו שינהג כראוי לשכן טוב. ושכן טוב לא יעשה מעשים שיפגעו בשכנו. כך, למשל, לא ייחרט צלב על קבר ישראל, שצלב עלול לפגוע - מעבר לסיבולת הראויה - בכבוד השכן המת ובריגשות בני משפחתו. כשם ששכן טוב לא יקים רעש גדול ולא יפיץ ריחות רעים אל-סביבותיו, כן לא יעשה בבית עלמין. ואולם נפלא ממני מדוע כתיבת שמו של נפטר באותיות קיריליות - אותן אותיות שידע, אותה שפה שחי בה - תפגע בשכנו. וכי בחייו לא שמע אותו שכן את השפה המדוברת של האותיות הקיריליות? ומדוע ייפגע לאחר-מות? כך בשפה וכך בציון ימי הלידה והפטירה לפי הלוח הגריגוריאני. וכי אותו שכן לא ניהג את חייו לפי הלוח הגריגוריאני? וגם אם הוא עצמו לא ניהג את חייו כך, האם לא ניהגו קרוביו, ידידיו והאנשים שסביבו את חייהם לפי הלוח הגריגוריאני? אכן, גם לנפטר ולבני משפחתו גם לשכן ולבני משפחתו - לאלה ולאלה, לכל כת לעצמה - אינטרס לגיטימי, אלא שאין שקילות בין כבודו של הנפטר שלפנינו וכבודם של קרוביו לבין כבוד השכן הנפטר (ההיפותטי) וכבודם של קרוביו. כבודו של הנפטר שלפנינו - כבודו-שלו וכבודה של משפחתו - מכריעים את הכף. האיסור שאסרה חברה קדישא על המערכת, עובר - ובאורח ניכר - את המידתיות שהיא מותרת בה.

23. חברה קדישא הסבה את תשומת ליבנו לפרשת בורגמן נ' חברה קדישא גחש"א ראשון-לציון אשר הוכרעה בבית-המשפט המחוזי בפסק-דינו של השופט ד"ר ג' קלינג (ה"פ 752/94; לא פורסם). גם באותו עניין סירבה החברה קדישא (אותה חברה קדישא שלפנינו) להתיר כיתוב על מצבה שלא-בעברית וציון מועדי לידה ופטירה שלא על-פי הלוח העברי בלבד. בני המשפחה טענו כי ניהלו את חייהם "לפי מנין השנים הכללי, ואנו מורגלים בשימוש בו, ואיננו מצויים ולא מבינים כלל את הלוח העברי, וחלק ניכר מבני משפחתנו גם לא קורא

ולא דובר עברית "... יתר על כן, כך טען הבעל-האלמן: "כפי שאני מבין ומכיר את רצון רעייתי ז"ל - היא היתה מעדיפה שעל מצבתה יירשם שמה בשפת האם שלה ושתאריך הולדתה ופטירתה יירשם בספרות לפי הלוח הכללי, בנוסף, כמובן, לכיתוב העברי". ועוד טען הבעל: "אני מדגיש, כי אין אני שולל את הכיתוב העברי - וכל שאני מבקש הוא לאפשר לי לציין, בנוסף לו, גם את תאריכי הולדתה ופטירתה של רעייתי ז"ל לפי הלוח הכללי, וכן את שמה באותיות קיריליות."

על אף הילכת קסטנבאום לא נעתר בית-המשפט למבקשים, וקיים את סירובה של החברה קדישא. בית-המשפט סבר כי יש לאבחן את הילכת קסטנבאום, ואת הכרעתו בדין תמך במספר טעמים. העיקרי שבאותם טעמים היה זה, שבפרשת קסטנבאום החזיקה החברה קדישא במעין-מונופולין, בעוד אשר לעניינה של המשיבה לפניו (החברה קדישא בראשון-לציון) יכולה היתה משפחת המנוחה לפנות לחברה קדישא אחרת, זולת המשיבה, בערים סמוכות לראשון-לציון. אשר-על-כן: "משעומדת למבקשים הברירה, שלא עמדה בפני המבקש בענין קסטנבאום, ומשהמשיבה אינה נהנית מאותו מעמד בלעדי שהיה לחברה קדישא בענין קסטנבאום, בענייננו אין חובה לילך בעקבות אשר נאמר שם."

אמת נכון הדבר: הנשיא שמגר אמר בפרשת קסטנבאום (שם, 477, 484), כי החברה קדישא באותו עניין קברה למעלה מחמישים אחוז מהנפטרים בירושלים, אך זאת קבע רק לעניין חלותו של חוק החוזים האחידים (וגם כך לא היה זה אלא אחד משלושה נימוקים). אשר למישנה לנשיא, השופט אלון, בחוות-דעתו מאבחן הוא במפורש את עניינו של קסטנבאום מפרשת גדעון, באומרו כי בעניין שלפניו קיימות חלופות לקבורה וכי אין מדובר במונופולין (פרשת קסטנבאום, לעיל, שם, 490, 496, 503-504, 507, 510). בין כך ובין אחרת, אין בדברים אלה כדי לגרוע כהוא-זה מן הטעמים האחרים שביסוד פסק-הדין: כך לעניין תקנת הציבור וכך לעניין חלותם של עיקרי המשפט הציבורי. יתר-על-כן: פסק דינו של בית-המשפט בפרשת קסטנבאום מייסד עצמו - בראש ובראשונה - על תקנת הציבור ועל חלותו של המשפט הציבורי על גופים דו-מהותיים, וצימצום ההלכה למצב של מעין-מונופולין אינו במקומו.

ואולם גם אחרת: וכי לחברה קדישא בראשון-לציון אין מונופולין על הקבורה בראשון-לציון? ומנין זכותה הציבורית והמוסרית לשלוח את אנשי ראשון-לציון לקבור את מתיהם בערים אחרות? והרי כך יכול היה לעשות גם בית-המשפט בפרשת קסטנבאום, לאמור, לשלוח את המערער לקבור את אישתו בבית קברות אחר (או בחלקה אחרת באותו בית קברות, חלקה אותה מנהלת חברה קדישא אחרת).

בית-המשפט בפרשת בורגמן מוסיף וקובע כי בפרשת קסטנבאום ראו שופטי הרוב "להעדיף בנסיבות ... את זכותם של המבקשים, שרצו במצבה שתדבר אל ליבם בשפה המובנת להם ושעליה תאריך המובן להם." על כך אומר בית-המשפט:

"אין מקום כי אהרהר אחרי דעתם של שופטי הרוב בענין קסטנבאום. אך אעיר, שספק בעיני אם אדם החי בישראל יכול להישמע בטענה שאין הוא יודע טיבו של הלוח העברי או כי אינו קורא עברית. חלק ניכר מחיי של כל הגר בישראל הוא על פי הלוח העברי. על פיו נקבעים מועדי ישראל ויום העצמאות. מועדים אלה הינם ימי מנוחה על פי סעיף 18א' לפקודת סדרי השלטון והמשפט תש"ח 1948-, ומכך נגזרות נורמות משפטיות רבות ומהן אף ענשיות. לא יישמע אדם בטענה שבגלל אמונתו, או העדר אמונתו, אינו יודע מתי חלים מועדים אלה, כי מנוכר הוא ללוח העברי. לא ניתן להטיל ספק בכך שללוח העברי משמעות והשלכה על כל החי במדינה, והוא אחד ממאפייניה של המדינה כמדינה יהודית.

כך גם כל החי בישראל, או הבא לבקר בה, מקבל על עצמו את המפגש עם השפה העברית. כך מקובל במדינות רבות שבהן שמות רחובות ותמרורים נכתבים רק בשפת המקום. כך הוא דרכו של עולם שבכל מדינה ומדינה נהוגים לשונה וכתבה, והבא בשעריה חייב להסכין לכך. אם לצורך תנועה ועשייה במדינה כך, לא יהא משום הכבדה יתירה על אותם קרובים של המנוחה, שיבואו ממדינות הים להשתטח על קברה, אם לא ייתקלו בכיתוב באותיות קיריליות. אם אכן יבואו לעלות לקבר המנוחה, יהיו להם קרובים שבישראל לעיניים. לכן, לטעמי, מלכתחילה אין פגיעתם של קרובי המנוח, שמצבתו תעוצב בעברית בלבד, קשה ומכבידה, כזו של קרובי נפטרים, החיים באמונתם, והמבקרים את קברי קרוביהם ושעיניהם נתקלות שלא לרצונם בכיתוב באותיות זרות."

הבאתי את הדברים במלואם ואומר כי אתקשה להסכים להם. תשובתי לבית-המשפט תימצא בדבריי למעלה.

הערות-שוליים (שלא-לעניין אך לעניין)

24. בבוא יומי, ומשתוצב מצבה על קיברי, אבקש כי ייחרטו עליה יום לידתי ויום פטירתי כדבר הלוח העברי. כך מולדתי. כך אלך. כך אָזְכֶּר. זה רצוני וכך אצווה את ילדיי. ואולם לא אעז ולא יעלה על דעתי לעצור את ידו של מי שיבקש לחרוט על קבר אביו את יום הלידה ואת יום הפטירה לפי הלוח הכללי. כשם שאבקש כי יכבדו את רצוני כן אורה את עצמי לכבד את זולתי.

25. כללם של דברים: מטעמים שביארת ופירטתי באריכות, אציע לחבריי כי נקבל את הערעור, נבטל את פסק דינו של בית-המשפט המחוזי, ונצהיר כי המערערת זכאית לחרוט על מצבת אמה המנוחה את ימי לידתה ופטירתה בספרות על-פי הלוח הכללי (הגריגוריאני). עוד אציע לחבריי כי נחייב את המשיבה לשאת בהוצאות היתירות שהמערערת תעמוד בהן בשל כך שהחריטה הנוספת באה באיחור. במקרה של חילוקי-דעות יכריע בית-משפט קמא בנושא הוצאות אלו. בנוסף לכך תישא המשיבה בהוצאות המערערת ובשכר-טירחת עורך-דין בסכום כולל של 50,000 ש"ח.

אחר הדברים האלה

26. קראתי בהנאה מרובה את חוות-דעתו של חברי השופט אנגלרד, וכעוצמת ההנאה כן עוצמת אי-ההסכמה לדבריו. תשובתי לחברי תימצא בדברים שכתבתי ועתה לא אמרתי אלא להעיר הערות מיספר.

חברי אומר כי המחלוקת בין בעלי-הדין, ביסודה, אין היא אלא מחלוקת אידיאולוגית, ואילו אנו, השופטים, נגררים אנו אחריה בעל-כורחנו. על כך אומר שני אלה: ראשית לכל, מצידה של העותרת, למיצער, לא נמצא לי כי המחלוקת מחלוקת אידיאולוגית היא. נהפוך הוא: המחלוקת היא אישית-אינטימית - הלוח העברי אינו מדבר כלל אל ליבם של קרובי המנוחה - ובבואם של הקרובים אל בית הקברות מבקשים הם להתייחד עם מי שהכירו ולא עם מי שלא הכירו. שנית, גם לו היתה זו מחלוקת אידיאולוגית שנתגלעה בין בעלי-הדין, שומה היה עלינו לפותרה, שלכך הושבנו על כס השיפוט. המחוקק ציווה אותנו והורנו: אמור אשר תאמר, אך אמור. ראו, למשל: דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 88.

דבר שני: חילוקי-הדעות שנתגלעו בין בעלי-הדין הינם, לאמיתם, חילוקי-דעות בין רצונו וכבודו של הפרט - העותרת שלפנינו - לבין ההלכה שהמרא דאתרא הורה את החברה קדישא. ואולם סברתו של המרא דאתרא אינה מחייבת אלא מי שהם שומרי-מיצוות או במקום שחוק המדינה מלווה אותה בחיוב על-פי דין. שומה עלינו לזכור כי מדינת ישראל אין היא מדינת-הלכה. מדינת-חוק היא. ישראל היא דימוקרטיה ושולט בה החוק - הוא שלטון החוק (פרשת מיטראל, לעיל, 500). שיקולינו ייסובו את הפרט, את האדם, את רצונו, את טובתו, את רווחתו - והכל על-פי חוק המדינה. על דרך העיקרון נאמר, כי הלך-דעתנו יהיה אנתרופוצנטרי ולא תיאוצנטרי. מכאן שחילוקי-הדעות אליבא דידנו הם חילוקי-דעות בין אדם לאדם ולא בין אדם להלכה. ועל חילוקי-דעות אלה עמדנו בחוות-דעתנו.

שלישית: אין זה מדויק לומר כי אומרים לנו לכפות על החברה קדישא מעשה שהיא אסורה בו. החברה קדישא היא המבקשת לכפות על העותרת, וכפיה זו לנו אוסרים.

ולבסוף: חוק הקבורה החלופית אפשר יחולל שינוי בנוהגי הקבורה בארץ, לרבות בנוהגי הקבורה שבבתי העלמין של החברות קדישא למיניהן; אפשר יחולל שינוי ואפשר לא יחולל שינוי. ימים יגידו, ומה לנו שנקדים נבואה למעשה. ואולם, גם אם יבוא שינוי במינהגותיהם של אנשים - ושינוי של-ממש, אם יבוא, לא יבוא אלא בעוד שנים - רובא-דרובא של הציבור ילך אל חברות קדישא: חברות קדישא הן שתטפלנה בנפטרים והן שתביאנה אותם לקבר ישראל בחלקות קרקע שבהחזקתן. כל שנשתנה הוא, שחוק הקבורה החלופית קבע חריג לכלל, והוא בקיומה של "קבורה אזרחית חלופית". קבורה כסדר ובמהלך הדברים הרגיל היא בבית עלמין רגיל של חברה קדישא; ואילו בית עלמין שאינו בית עלמין רגיל של חברה קדישא, אין הוא אלא "בית עלמין אזרחי חלופי". הנפטרים שווים הם אמנם איש לרעהו, אך הקבורה בבית קברות "חלופי" אין היא קבורה "מן-המניין"; קבורה "חלופית" היא. לא עוד, אלא שהמבקש להיקבר בבית עלמין "חלופי" מוטל עליו נטל כי יבקש על-כך, שאם לא ביקש, ייטמן - מעשה-שיגרה - בבית קברות של חברה קדישא.

יש מי שיבקשו להיקבר באורח "אזרחי חלופי", ואולם דומני שלא אטעה אם אומר כי אלה אין הם אלא מיעוט מן הכלל. למיצער, בימינו-שלנו. בני-אדם מן-הישוב לא ייצאו מדרכם ולא יבקשו להיטמן בבית עלמין אזרחי חלופי. בקשתם (מכללא) תהא להיטמן במקום בו נטמנו אבותיהם, אבות-אבותיהם ובני משפחתם שהלכו לעולמם; כשם שהיו בחייהם יחדיו כן יבקשו להיות יחד לאחר מותם.

והשואל ישאל: אם אלה פני הדברים, מה זכותה של חברה קדישא - זכות ציבורית, זכות מוסרית, זכות מכל מין וסוג שהם - לכפות את דעתו של המרא דאתרא על בית-ישראל כולו? בחייו של אדם אין המרא דאתרא בן-סמכות אלא כלפי הבאים לשאול בעצתו. מדוע יינתן כוח רב בידיו - שלא על-פי חוק מפורש - להחליט על דרך קבורתו של אדם? השאלה שאלה והתשובה בה.

הנוטל על עצמו נטל ציבורי ולמען הציבור, יוסיף וידע כי לא יותר לכפות את רצונו על הציבור אלא על-פי הסמכה בחוק; וגם חוק יכופ ראשו לפני חוק-יסוד. חברה קדישא נושאת במיגבלות הרגילות שכל רשות ציבור נושאת בהן. המרא דאתרא - באשר הוא - אין הוא נעלה על כל רשות ציבור אחרת, וכמותו של המרא דאתרא כן הן החלטותיו, שאין הוא רשאי לכפות על הציבור אם פוגעות הן בעיקר-יסוד של חיינו. לא בשמיים היא.

ש ו פ ט

השופט י' אנגלרד:

1. חז"ל ידעו את פשר האסון: לא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דיניהם על דין תורה ולא עבדו לפני משורת הדין (בבלי בבא מציעא ל:); אקמצא ובר קמצא חרוב ירושלים (גיטין, נה:-נו.); מקדש שני שהיו עוסקים בתורה ובמצות ובגמילות חסדים מפני מה חרב? מפני שנאת חנם שהיתה ביניהם (יומא ט). והא בהא תליא: "דלפנים משורת הדין הוא פשרה ומתוך שהייתה אצלם שנאת חנם לא רצו לכנוס לפשרה הבעלי דינים" (עץ יוסף, עין יעקב, בבא מציעא ל). החובה לנהוג לפני משורת הדין היא חובתם המוסרית של היחידים. כפי שמסביר המהרש"א על אתר: "אמר לשני בעלי דינים שכל אחד מהם יתרצה בו לפני משורת הדין שהדבר תלוי בהם; דהדין לא יעשה לפני משורת הדין בעל כרחם וק"ל". (עיין להלכה שו"ע חו"מ, סימן יב, סעיף ב, בהגהות הרמ"א ובנושאי הכלים). לא פעם פונה בית המשפט לבעל דין כי יעביר על מידותיו, אך אם הלה אינו נענה לו, אין לשופט אלא שורת הדין. גם בסוגיה שלפנינו, שאינה חדשה, פנו בתי המשפט בעבר אל בעלי הדין בבקשה כי ינהגו בסובלנות.

2. אך צרתנו בעת הזאת היא כפולה ומכופלת: בניגוד לחכמינו ז"ל, אין כיום בינינו הסכמה לא על הדין ולא על לפני משורת הדין. אמנם, הכל מודים כי יש לנהוג בסובלנות תוך כדי עשיית וויתורים - אך כל זאת אצל בעל הדין האחר, כי הלוא הוא אשר מחמיר על כל קוצו של יוד, הוא המדקדק בקטנות, הוא אשר נוהג במידה של יקוב הדין את ההר. אני? אצלי מדובר בפגיעה אנושה בעקרונות יסוד, בזכויות יסוד, בעקרונות המשפט הציבורי, בכבוד האדם, בתקנת הציבור, בתיקון העולם, ברגש ובתחושות, בחירות האישית, ברשות היחיד. אתה! היאך אתה מעז פנים? מעשיך שלך, הם התנשאות יהירה ופאטרנליזם כופה; רגישותך? רגישותו של היהודי החריג והיוצא דופן.

3. אלה הם הביטויים המלווים את המחלוקת בענייננו. ועל שום מה היא המחלוקת החריפה הזאת? על טיב תאריכי הלידה והפטירה החרותים על מצבת המת השוכב על משכבו בבית עולמו, ואין לו מנוחה נכונה. והשופטים נגררים למחלוקת זו, שביסודה אינה אלא מחלוקת אידיאולוגית. ובידוע, כי הכרעה משפטית, אין בכוחה לפתור את המחלוקת האידיאולוגית הקשה המתנהלת בתוככי הציבור היהודי על מהות היהדות ועל יחסי דת ומדינה בישראל, המדינה היהודית הדמוקרטית. חקיקת התאריך על המצבה, אינה אלא היבט אחד של מחלוקת זו. לכן, אין על חברי השופט מ' חשין לתמוה כי אומתנו מעסיקה עצמה בקדחתנות בנושא חריטה על

מצבת-קבר ולא תאמר הרף - כי במחלוקות מעין אלה אין הרף, ואין הלכה צלולה ואין הליכה במסילה, ואין דרך כבושה. כי דור דור ודורשיו!

4. כפי שאראה בהמשך דברי, בית משפט זה הכריע בעבר במחלוקות דומות על פי דרך האיזון של עקרונות יסוד, תוך כדי ניסיון להחיל מבחן של סבירות על רגשותיהם ההדדיים של בעלי הדין. אומר מיד, כי לטעמי בהקשר של אמונות ודעות אין כלל אפשרות למדוד את רגשותיהם של בני אדם על פי מבחן אובייקטיבי של סבירות. לפנינו תחום השקפתי המתרכז סביב סמלים, שמידת מרכזיותם בחיי האנשים אינה יכולה להימדד לפי קנה מידה חיצוני של סבירות. כל קביעה בדבר מידת הסבירות של סמל כלשהו תהיה בהכרח ביטוי לסולם ערכים סובייקטיבי. יתרה מזו, מעמדו של סמל מסוים בחברה נתונה אינו בהכרח קבוע לאורך זמן. הוא עשוי להשתנות על-פי ההקשרים החברתיים והמדיניים, כפי שהם מעת לעת. לעתים קרובות, הקנאות לשמירת סמל כלשהו, אינה אלא תגובה לקנאותם של בעלי השקפה נוגדת המבקשים להרסו. טול, לדוגמה, את מצוות קידוש השם במסורת היהדות. הכלל הגדול הוא כי "כל עבירות שבתורה אם אומרין לאדם 'עבור ואל תהרג' יעבור ואל יהרג חוץ מעבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים", אך הגמרא ממשיכה: "לא שנו אלא שלא בשעת השמד, אבל בשעת השמד אפילו מצוה קלה יהרג ואל יעבור.... אפילו שלא בשעת השמד לא אמרו אלא בצניעה אבל בפרהסיא - אפילו מצוה קלה יהרג ואל יעבור.... מאי מצוה קלה - אמר רבא בר רב יצחק אמר רב: אפילו לשנויי ערקתא דמסאנא [אפילו לשנות את רצועת הסנדל] - (סנהדרין, עד); ראה רמב"ם, הלכות יסודי התורה, פ"ה, ה"ב-ד.

כך אפשר כי גם התאריך החקוק על מצבה ייפך בעיניו של אדם לרצועת הסנדל, עליה מוכן הוא למסור את נפשו....

5. אבחן תחילה את דרכו של בית משפט זה במחלוקת על חקיקת התאריך במצבות בבתי עלמין יהודיים. בפרשת **גדעון** (ע"א 280/71 **גדעון נ' חברה קדישא גחש"א**, פ"ד כז(1) 10) שנדונה לפני למעלה מחצי יובל שנים, כינה השופט מ' עציני את הסוגיה "מלחמת יהודים", שסיבתה, לדעתו, ב"סירובה העקשני" של החברה קדישא להרשות לבנו היחיד של המנוח להוסיף לתאריך העברי גם את תאריך לידתו ופטירתו על פי הלוח הכללי. בחוות דעתו, אליה הצטרף גם השופט ח' ברנזון, השופט עציני קובע לגבי עמדתה של החברה קדישא את הדברים הבאים:

יש בגזירה זו משום פגיעה חמורה בזכות הטבעית, האלמנטרית והמוכרת של כל אדם בישראל לנהל את חייו על-פי הלוח הכללי, אותו לוח שעל-פיו, למעשה - לפי החוק שלנו - נקבעות זכויותינו המשפטיות. בפקודת הפרשנות (נוסח חדש) נקבע במפורש כי "שנה" ו"חודש" -

למנין הלוח הגרגוריאני, וכי "שנת הכספים" היא שנים-עשר החדשים המסתיימים בשלושים ואחד במרס של כל שנה, (סעיף 1 לפקודה). אדם חי כל ימי חייו לפי לוח זה; בתעודות הלידה והפטירה מצוין תמיד התאריך הכללי בנוסף לתאריך העברי; בתעודות הזהות מצוין תאריך הלידה הכללי; כל העסקות למיניהן, בין אם הן מתחום המשפט הפרטי ובין אם מתחום המשפט הציבורי - המסמכים המתייחסים אליהן נושאים גם תאריך כללי, שלא לדעת על קבצי החוקים והתקנות. כפי שכבר נרמז לפני כן, גם בתעודותיה הרשמיות של הרבנות לא נפקד מקומו של התאריך הלועזי. האם לזה לא ייקרא קיפוח? והרי אין זו אלא שלייה שרירותית של הזכות להשתמש בלוח הכללי לציון תאריכי לידתו ופטירתו של אדם שכל מאורעות חייו סבבו על-פי לוח זה! (שם, בעמ' 23).

אמנם, במקרה זה, החברה קדישא פעלה בהסתמכה על חוות דעתו ההלכתית של הרב עובדיה יוסף, אשר

פסק כי:

"יש לאסור בהחלט העמדת מצבה בתאריך לועזי, כי יש בזה איסור תורה, שנאמר: "בשם אלוהים אחרים לא תזכירו", שעל-ידי המנין הלועזי עולה בזכרונו מחשבת מספר שנות לידת הנוצרי". (שם, בעמ' 19).

על כך משיב השופט עציוני כי "קשה להתייחס לחוות דעת זו כאל סוף פסוק בעניין זה", וזאת מן הנימוק הבא:

---כפי שהוכח, מופיעים תאריכים לועזיים בהרבה בתי-קברות בהנהלת חברה קדישא, ואסתפק בכך שאצביע על בתי-העלמין ברחוב טרומפלדור בתל-אביב, בחיפה ובצפת. יתר על כן: גדולי התורה והאומה הקבורים בתפוצות הגולה, נקברו במקומות קבורה בהם מקובל היה להקים מצבות עם תאריכי לידה ופטירה כלליים. ואם לא די בכך, הרי המבקש בהר-הרצל בירושלים בו טמונים נבחרים העם ויקירי ישראל, יווכח במו עיניו כי על מצבותיהם חקוקים גם תאריכי לידתם ופטירתם על-פי הלוח הכללי. עם אלה נמנים: קבריהם של בני משפחת חוזה המדינה בנימין זאת הרצל, קבריהם של המנהיגים הציוניים וולפסון, סוקולוב, לוקר, ואחרים. (שם, שם).

ומכאן מסקנתו של השופט עציוני:

ברור איפוא, שהטענה כאילו ציון תאריכים כלליים בבתי-קברות יהודיים עלול לפגום בהלכה או לפגוע ברגשותיהם הדתיים של יהודים, היא מחוסרת כל יסוד ומופרכת מעיקרה. (שם, שם).

6. עד כאן הדברים של השופט עציוני לגבי מה שהוא רואה כ"דין תורה", והנה דבריו באשר "לפנים

משורת הדין":

טוב היתה עושה המשיבה לו היתה נעתרת לפנייתו של המערער ומוותרת מרצונה היא על אותו תנאי מגביל שאין לו הצדקה כלשהי. הנה-כי-כן סבורני ש"מלחמת יהודים" זו היתה מיותרת לחלוטין. לצערנו צפות מלחמות אלה ועולות לעתים קרובות בבית-המשפט, ויסודן בהשקפות עולם נוגדות בדבר המבנה הרצוי של חיינו הלאומיים ותכנם. אין כמובן לאסור על מלחמות אלה כל עוד הן מתחוללות בקשר לדברים מהותיים ולא על קטנות של מה בכך שברובן - טפלות לעיקר. אין אנו יחידים בעולם בשטח זה, וויכוחים בדומה לאלו הם נחלת רבים וטובים (ראה, B. Mitchell, "Law, Morality and Religion in a Secular

134 p. Society", אך כאמור, מן הראוי להבחין תמיד בין העיקר לטפל, בין מה שהוא מן היסודות הסטרוקטורליים לבין היסודות האורגנמנטיים גרידא. נראה לי שאם ברצוננו לשמור על ייחודנו ואחדותנו כעם, אין מנוס מוויתור הדדי, עד כמה שאין הוא נוגע לדברים עקרוניים. המלחמה, אותה נלחמת המשיבה, אינה מלחמה על עקרונות, אלא על דברים צדדיים אשר מרבים ללא צורך ריב ומדון במדינה. (שם, בעמ' 24).

7. יצוין, כי השופט א' ויתקון, בעל דעת המיעוט בפרשת **גדעון**, הסתייג מגישה החלטית זו וכך הוא

אומר:

נראה לי שכנגד המשיבה אין למערער פתחון-פה. היא מנהלת את עניניה ברוח השקפתה וקובעת מה שנאה בעיניה לגבי המצבות שבבית-העלמין שבהנהלתה. אין נפקא מינה, אם נסכים או אם לא נסכים להשקפה זו. לא בידינו להתווכח עמה, אם השקפתה מעוגנת בדיון או בהלכה או ברוח הדת היהודית בת זמננו. נכון הדבר, איסור הלוח הכללי אינו אחד מתרי"ג המצוות, וייתכן שהמשיבה מחמירה יתר-על-המידה. נכון גם שחוות-דעתו של כבוד הרב הראשי, הרב עובדיה יוסף, שעליה מסתמכת המשיבה, אף היא נושאת תאריך לפי הלוח הכללי, ולא זו בלבד שנהוג לציין תאריכים לפי לוח זה בכל מסמך רשמי וטקסי הנערך במדינת ישראל, אלא שאף במסמכים היוצאים מתחת ידי הרבנות מוצאים אותו לעתים קרובות. כמו-כן נמצא שבעבר הרשו חברות קדישא סימון תאריכים על קברים לפי הלוח הכללי, וכנראה לא ראו בכך פגיעה ברגשות יהודים דתיים. היום יש לפנינו עדות מטעם המשיבה, שברשות הרבים שהיא ממונה עליה - והמדובר הוא ברשות הרבים ולא ברשות היחיד (ראה המ' 545/67 (ירושלים) **אורן נגד מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ם מחוזיים, כרך סז, ע' 284), יש לנהוג מנהג אחד ואחיד, והוא לחקוק במצבות את תאריכי הלידה והפטירה לפי הלוח העברי בלבד. בתחום רגשי זה, מי יגיד לנו, אם זוהי גישה "סבירה" אם לא? (שם, בעמ' 15-16).

8. בפרשת **קסטנבאום** (ע"א 294/91 **חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד

מו(2) 464), חזר ועלה העניין ושוב נחלקו דעות השופטים, וגם הפעם המחלוקת מצויה במידה רבה במישור ההשקפתי. כלומר, לב הבעיה הוא: מהי הרגישות עליה יש להגן, על מי מוטל להיות סובלני ומי נושא בחובת הוויתור? אמנם לשם פתרון הבעיה, בית המשפט נזקק למוסדות משפט ולכלים מושגיים באמצעותם הוא מבקש להכריע בין הדרישות המנוגדות של בעלי הדין; ואלה הם הכלים (בראשי פרקים): המשפט הציבורי הדוחה את דין החוזים הכללי, תנאי מקפח בחוזה אחיד, כבוד האדם וחירותו, תקנת הציבור. אך, כלים אלה אינם מצליחים לכסות על הבעיה ההשקפתית המונחת ביסוד המחלוקת.

9. השאיפה של הנשיא מ' שמגר היא לאובייקטיביות, ויפה אומר הוא בחוות דעתו בפרשת **קסטנבאום**:

ככל שהדבר מתייחס למהותיותה של הפגיעה, שהיא המחסום הלגיטימי לפריסת הכנפיים של החירות האישית, הרי מידתה - מבחינת החומרא או הקולא - נבחנת לפי המבחן של האדם הסביר מן השורה, היינו לפי

אמת מידה אובייקטיבית ולא לפי תחושות ותגובות סובייקטיביות. (שם, בעמ' 482).

והנשיא מ' שמגר מפעיל את מבחנו ה"אובייקטיבי" בדרך הבאה:

אין ללמוד מן האמור לעיל, כי מקים המצבה רשאי לעשות ככל העולה על רוחו. יש מקום לפיקוח, כדי שלא ייפגעו צורת בית הקברות ורגשותיהם של אחרים. אולם, כמוזכר כבר באופן כללי לעיל, הרי כאשר בוחנים פגיעותם של אחרים, מן הראוי לקבוע אמת-מידה המעוגנת בסבירות ובסובלנות ולא בקיצוניות. זכות היחיד לקבוע יד, אשר לידה יתייחד עם יקירו, ולרשום עליה את החשוב בעיניו או שהיה לדעתו נראה חשוב בעיני הנפטר, צריכה לסגת מפני רגישותו של אחר, רק אם ברור וגלוי כי מה שנרשם יעורר התנגדותו החריפה המוצדקת של אדם סביר. מציב המצבה ואדם אחר שפוקד קבר אחר בבית הקברות ואינם ניצבים במישור אחד. המגמה צריכה להיות, כי אל לו לפרט האחד להיכנס לתחום רעהו ולהתערב ללא צורך בעולמו וברגשותיו. חייב אדם להותיר בידי האחר את הזכות ואת החירות לעשות כרוחו, על-פי רגשותיו ותחושותיו, והסובלנות מחייבת, שהאחד לא יתערב בעניינו של האחר, שאינו צריך לנגוע לו, והוא, כאמור, כל עוד אין המדובר בנתונים עמם גם האדם הסביר אינו יכול להשלים. בהקשר זה עולה במקרה דנן השאלה, אם מה שמבוקש על-ידי המשיב איננו קיצוני מדיי וחריג מדיי לפי מהותו, עד שיש בו אכן כדי לפגוע באופן מהותי ברגשותיהם של אחרים. תשובתי לכך היא שלילית. (שם, שם).

10 ברוח דומה ערך גם חברי השופט א' ברק את מאזן האינטרסים המנוגדים, כשבמרכז עניינה של החברה הקדישא מצוי, לדעתו, הערך החברתי של בלעדיות הלשון העברית. לסברתו, המבחן ב"מאזן הרגישויות" הוא לא רגישות מיוחדת ויוצאת דופן של אדם, אלא - כהגדרתו של השופט עציוני בפרשת **גדעון** - "דעתו ורגישותו של רוב או חלק ניכר מאותו הציבור ולא דעותיהם הקטביות של אנשים הנמנים על מיעוט קיצוני בהשקפותיו". (שם, בעמ' 502). חברי השופט א' ברק מסיק לגבי נסיבות המקרה בפרשת **קסטנבאום**:

היתר לכיתוב לא עברי (בצד הכיתוב העברי) אין בו פגיעה של ממש בכבוד האדם של אלה שכיתוב זה אינו נראה להם. פגיעה כזו הינה פרי רגישות חריגה ויוצאת דופן. לעומת זאת, חיוב לכיתוב עברי בלבד יש בו פגיעה של ממש בכבוד האדם של אלה שכיתוב זה אינו נראה להם. פגיעה כזו היא פרי רגישות הטבעית והרגילה של אדם הרגיש לכבוד האדם (שלו או של זולתו). (שם, בעמ' 523[ו]).

11. האם השוואה זו של רגישויות מושתתת היא על מבחן אובייקטיבי? או שמא אין היא אלא ביטוי של השקפה סובייקטיבית? כבר המשנה לנשיא מ' אלון, בדעת המיעוט שלו בפרשת **קסטנבאום**, העיר על כך:

על שום מה יש בשלילת הכיתוב הלועזי משום **פגיעה קשה וממשית** בערך היסוד של **כבוד האדם**. לא ברור לי כל צורכו. ואשר לחלוקה שבדברי חברי בין מי שרגישותו היא טבעית ורגילה לבין מי שרגישותו

היא חריגה ויוצאת דופן, לדעתי - אם לנקוט הבחנה זו - מסקנתי שונה היא משל חברי, כפי שעולה מדברים שכתבתי בפסק-דיני. קשה לי גם להשלים עם כך שכל אלה שעל גבי מצבתם מצוי כיתוב עברי בלבד - והמה אלפי אלפים - כשעל מצבתו של אף אחד מהטמונים בחלקת בית-קברות זה לא מצוי כיתוב בלועזית, והם נהגו כך משום שלדעתם, ולדעת משפחותיהם, זהו היקרא דשכבי והיקרא דחיי (כבוד המת וכבוד החיים) - כל אלה אינם בבחינת "האדם הרגיל" אלא בעלי "רגישות חריגה ויוצאת דופן". (שם, בעמ' 513[ו-ז]).

והמשנה לנשיא מ' אלון מסיים את חוות דעתו במסקנה הבאה:

בכיתוב בלשון העברית ראתה ורואה החברה קדישא עקרון יסוד של מייסדיה, וערך-על של אלפי הנפטרים, שמצאו מנוחתם כבוד בבית הקברות במשך למעלה מיובל שנים. עיקרון וערך זה יפים ונכונים היו בשעתם ויפים ונכונים הם כיום, מאזנים הם לפי שיקול הנורמות הציבוריות שהיא מחויבת בהם, ותקפים הם לפי עקרונות המשפט הפרטי מכוח החוזה שנכרת בינה לבין המבקש. כך הוא בעיניהם של ראשי החברה קדישא ומועצת בית העלמין, וכך הוא לפי מיטב השיקולים המשפטיים, החברתיים, היהודיים והדמוקרטיים. אולם המבקש, בעלה של המנוחה, שאיני מטיל ספק בכנות משאלתו, יחזור ויהרהר, יחזור וישקול, ויוותר על משאלתו זו, לכבודם של כל אלה שמצאו מנוחת עולמים באתר קבורה זה מתוך ידיעה שהכיתוב העברי הוא הכיתוב הבלעדי על המצבות המוקמות בו, ולכבודו של בית הקברות, שיש לנהוג בו בכבוד ראש, לבל תיפתח תקופה חדשה, שבה יתנוססו על גבי המצבות המוקמות בו, אם תיעתר בקשתו, כל לשונות הלעז שהביאו עמם הנפטרים בחייהם מארצות גלותם - אותיות לאטיניות, קיריליות, סיניות, אמהריות ויפניות - ובית הקברות, על מצבותיו, יהפוך לבליל לשונות ואותיות. ראוי ורצוי שערך-על זה של כיתוב בלשון העברית, שמקובל היה על כל הנפטרים בבית עלמין זה, ימשיך ויאחד את כל אלה שמצאו ושימצאו בו מנוחתם כבוד. דומה שהיקרא דשכבי, היקרא דחיי והיקרא דישראל מחייב כי גם המבקש, מתוך כיבודה וכבודה של רעייתו המנוחה, יקבל עליו באהבה וברצון "עול" זה של לשונה ושפתה של המדינה היהודית. (שם, 515-516).

והנה לנו "דין תורה" ו"לפנים משורת הדין", השונים תכלית שינוי מדעתו הנזכרת של השופט עציוני.

12. על רקע חילוקי דעות השקפתיים אלה, האם יש להתפלא כי גם בין שופטי בית המשפט המחוזי אין

תמימות דעים? כך, למשל, גורס השופט ד"ר ג' קלינג בפרשת **בורגמן** (ה"פ 752/94 (ת"א) **בורגמן ואח' נ'**

חברה קדישא גחש"א ראשון לציון ואח' (לא פורסם)) כי:

מלכתחילה אין פגיעתם של קרובי המנוח, שמצבתו תעוצב בעברית בלבד, קשה ומכבידה, כזו של קרובי נפטרים, החיים באמונתם, והמבקרים את קברי קרוביהם ושעיניהם נתקלות שלא לרצונם בכיתוב באותיות זרות.

לעומתו, השופט א' גורן בפרשת **כגן** (ה"פ 1275/93 (ת"א) **כגן ואח' נ' חברה קדישא גחש"א ראשון לציון**,

(לא פורסם)) מגיע למסקנה כי:

עם כל הכבוד, לרבני העיר ראשון לציון, ודברי אלה נאמרים בכל הכנות והענווה, נראה לי כי עתירות המבקשים אינן חורגות מן המקובל בבתי עלמין אחרים במדינה, ששם הרבנים אינם כה מחמירים כפי שמחמירים רבני [חברה קדישא גחש"א ראשון לציון].

לפני דברים אלה השופט גורן ציין כי התרשם מאד מדברי עדותו של הרב טרוביץ מטעם החברה קדישא, ואין לו ספק כי דבריו שיקפו את הכרתו ואת סבלו האמיתי שייגרם, אם אכן ייעתר בית המשפט לעתירות.

13. כולם תמימי דעים כי יש סף של רגישות שאין לחצותו כלפי ציבור שומרי תורה ומצוות. גם חברי השופט מ' חשין מכיר בגבול של רגישות שאין לעברו; ולכן הוא אומר כי "אחרת יכול שיהיה דין אם יבקש פלוני לחרוט על מצבה, למשל, סמל של צלב". ובהמשך --- לא יחרט צלב על קבר ישראל, שצלב עלול לפגוע - מעבר לסיבולת הראויה - בכבוד השכן המת וברגישות בני משפחתו". שאלתי את עצמי האם אמנם זה מתפקידו של בית משפט לקבוע את הגבולות ה"לגיטימיים" של רגישותו של ציבור מאמינים בכלל, ושל ציבור שומרי תורה ומצוות, בפרט? יתרה מזו, תחימת תחומי הרגישות "הסבירים" מושתתת במידה מכרעת על השקפה סובייקטיבית, כפי שמוכיחים חילוקי הדעות בין השופטים, בינם לבין עצמם.

14. אשוב לפסיקתו של בית משפט זה. הן בפרשת **גדעון** הן בפרשת **קסטנבאום**, ההנחה הייתה כי עניין חקיקת התאריך למנינם, אינה נוגדת את ההלכה היהודית. השופט עציוני לא היסס להסיק זאת על פי פרשנותו שלו את ההלכה היהודית, תוך כדי דחייתו של פסק ההלכה שניתן על ידי הרב עובדיה יוסף ואשר קבע כי יש בעניין איסור תורה. ההנחה בדבר היתר אפשרי על פי ההלכה הדריכה גם את בית המשפט בפרשת **קסטנבאום**. מסקנה זו עולה אף מחוות דעתו של המשנה לנשיא מ' אלון, המציין כי:

על הדין הנ"ל בשאלת הזכרת התאריך הלוועזי, והנימוקים להיתר, ראה שו"ת יביע אומר (לרב עובדיה יוסף), ח"ג יו"ד טז, ושו"ת ציץ אליעזר (לרבי אליעזר ולדינברג), ח"ט יד[ח] - שניהם מחשובי הפוסקים בימינו (שם, בעמ' 489[ב], ההדגשה שלי, י"א).

בכך לא דק פורתא, משום שלא הבחין בין כתיבת תאריך נוצרי באגרות חול ובהקשר מסחרי לבין חקיקתו על מצבת הנפטר בבית העלמין. והנה, בשו"ת ציץ אליעזר מאת הרב אליעזר ולדינברג, ח"ט, יד[ב], עליו מסתמך, לכאורה, השופט אלון, המחבר קובע במפורש כי לגבי מצבה "גובל זה יותר עם חילול השם". (דומה כי המשנה לנשיא מ' אלון התכוון לשו"ת ציץ אליעזר, ח"ח, ח[ח], העוסקת בעיקר בכתיבת תאריך אזרחי במכתבים; כי בתשובה בח"ט, יד, אין בכלל סעיף קטן ח. מכאן, כי הציטוט בחוות דעתו משובש). בניגוד להנחה שהדריכה את בית המשפט הזה בשתי הפרשות הנזכרות, אין למצוא בפסקי ההלכה היתר לחקיקת תאריך נוצרי על המצבות. כל הפוסקים, שנשאלו על כך, אסרו על חריטת תאריך נוצרי, כפי שפסק במקרה שלפנינו גם הרב של ראשון לציון.

15. כדי להבהיר את השאלה ההלכתית, אביא במלואה שת תשובתו של הראשון לציון, הרב עובדיה

יוסף, בשו"ת יביע אומר, חיו"ד, סימן לב[ב]:

ובדבר השאלה אם מותר לחקוק במצבה שם הנפטר בלועזית ותאריך הפטירה בלועזית למספרם, הנה בשו"ת מהר"ם שיק (חלק חו"מ סי' נו) נשאל בזה במעשה שהיה באחד ששינה ממנהג המקום, והעמיד מצבה על קבר המת שהיה ממשפחתו, וחקק שם המת בכתב ולשון הונגרי, וכתב, והנה רע עלי המעשה מכמה טעמים, האחד מפני שהבית עלמין הוא כחצר השותפין, והרי אפילו בדבר של חול אין אחד מהשותפים רשאי לשנות דבר מבלי הסכמת כל השותפים, וכרקי"ל בחו"מ (סי' קנד), וכ"ש במנהג שנהגו אבותינו מדורי דורות מימות עולם, שאפילו גבאי החברה קדישא אינם רשאים לשנות מבלי הסכמת המרא דאתרא ורוב החברים, ואפילו אם משנים לכבודו של המת יש בזה ביזוי ופגיעה בכבוד מתים אחרים, וכ"ש אם הוא לגנאי שבדאי שאין לגרום דבר של גנאי לאותו המת, שמא הרר תשובה בלבו וכו', והכלל בזה מנהגם של ישראל תורה הוא ואסור לשנות דבר. ועוד שהבית עלמין הוא מקום קדוש וטהור. וכמ"ש האליה רבה (ס"ס תקפא) בשם מהרי"ל. וצריכים לנהוג בו כבוד, וכמ"ש ביו"ר (ס' שס"ח) שאסור לנהוג שם קלות ראש, ואין אוכלים ושותים שם, ואין לטייל שם לקפנדריא וכו', ואף החברה המתעסקת בנפטרים נקראת חברה קדישא, כי ההוא עלמא הוא עלמא דקשוט, כלומר עולם האמת, ונקרא עולם ברור העליונים למעלה והתחתונים למטה, כמ"ש בב"ב (י:). ולכן המנהג בכל תפוצות ישראל שעל המצבה חוקקים אך ורק בלשון הקודש, לשון שנברא בו העולם, וניתנה בו התורה, וכל כתבי הקודש. ובו היה דיבורו של השי"ת לכל נביאי ישראל וכו', והחוקק על מצבת הנפטר בשאר לשונות, הרי הוא גורם גנאי למת, ומעיד שכל עניניו הם במה ששייך לעלמא דשקרא, ועוד יש חשש בזה משום חקות העכו"ם להתדמות אליהם וכו', ולכן על החברה קדישא לעמוד על המשמר ושלא להרשות שום שינוי ממנהג ישראל הקדושים. עכת"ד. גם בשו"ת שערי צדק (חיו"ד סי' קצט) נשאל בזה, והשיב, הדבר פשוט וברור שאיסור גדול יש בשינוי מנהגי ישראל מימי עולם שנהגו לחקוק במצבות אך ורק בלשון הקודש שם הנפטר ותואריו, והמשנה לחקוק בכתיבת עכו"ם הרי הוא בכלל לא תקים לך מצבה אשר שנא ה' אליה, שמצבה כזאת היא שנואה להשי"ת, דהויא בכלל אבזרייהו דעכו"ם ותועבה היא. והרי מנהג ישראל להתפלל אצל קברות המתים בעד החיים, וכדאיתא בתענית (טז). ובש"ע ס"ס תקפא). וכן אמרו בזוה"ק (פר' שמות), שאלמלא תפלת המתים על החיים לא יתקיימו אפילו חצי יום. וע"ע להב"ח יו"ד (ס"ס ריז), ואם יעשו איסור גדול זה על מצבת הקבר של המת, באיזה פנים יעמוד להתפלל על החיים, אשר על ידו נגרם בזיון כזה ללשון הקודש שניתנה בו התורה וכו', ולכן אין ספק שיש איסור גדול וחמור מאד לעשות כן, ובשום אופן אין להרשות לכתוב על המצבה אלא בלשון הקודש וכמנהג כל ישראל. וכבר ראיתי להגאון מהר"ש קלוגר שאסר לעשות כן איסור עולם. עכת"ד. וכן העלה בשו"ת פרי השדה ח"א (סימן ג) ובספרו דודאי השדה (סי' יט). ע"ש. והנה המהר"ם שיק (בחיו"ד סי' קעא) אחר שכתב לאסור שינוי הלשון, מלשון הקודש ללשון לועזית, כתב עוד, אך מה שהוסיפו לכתוב מספר השנים לפי מספרם בלעז, זוהי עבירה כפולה ומכופלת, שלדעתי יש בזה איסור דאורייתא, שנא' ושם אלהים אחרים לא תזכירו, והמונה לפי מספרם הוא עובר על איסור זה, שע"י המנין עולה בזכרוננו מחשבה של לידת הנוצרי יש"ו, דזיל בתר טעמא וכו', ולכן אם אפשר להסיר ולהשליך את המצבה ההיא הנה מה טוב, ואם אי אפשר, לפחות יש להטיח על המצבה טיט או גבס הדבוק מאוד על הכתב, כדי שלא ישאר זכר מכתובת לשון לועזית, וממספר השנים של אוה"ע, ע"ש. והנה גם המהר"ם בן חביב בגט פשוט (סי' קכז סוף סק"ל) הזהיר שלא להשתמש אפי' באגרות חול בתאריך הנוצרים, ואין לכתוב אלא התאריך לבריאת עולם, ושלא כמו שנהגו איזה אנשים היושבים בארץ לועז למנות באגרותיהם כמנין הנוצרים בשמות החודשים ובמנין השנים, ואין נכון לעשות כן. ע"ש. וע"ע בשו"ת פרי השדה ח"א (סוף סי' ג) שהביא בשם

ספר אמרי יושר מהגאון רבי מאיר א"ש זצ"ל, שכתב תשובה בענין זה, והעלה במסקנתו, שלא לכתוב על המצבה אלא רק בלשון הקודש ומספר השנים כמו שאנו מונים תמיד לבריאת עולם, ואין לשנות כלל. ע"ש. (וכ"כ עוד בקיצור נמרץ בשו"ת דודאי השדה סי' יט). ואע"פ שבספרי שו"ת יביע אומר ח"ג (חיו"ד סי' ט) העלתי להקל מן הדין בכתיבת מספר השנים למנינם באגרות חול, כי באמת אין מספרם שייך ללידת יש"ו הנוצרי, וכמ"ש ג"כ הרשב"ץ בס' קשת ומגן (דף יא ע"א) להוכיח במישור שמנין הנוצרים אינו תואם המציאות ללידת יש"ו. ע"ש. וכ"כ בספר כל בו גרינאליד ח"ב (עמוד קמז), ושארף החתם סופר שהזהיר על זה בתורת משה, מפני שאז חשב שמספר זה יש לו שייכות ללידת משיחם יש"ו, אשר באמת אין לזה שום שייכות כלל, וכמ"ש באוצר ישראל, לכן גם הוא חזר מזה, וכתב בתשובותיו כמה פעמים למספרם. וכן נהגו מהר"י יוצפא והגאון רעק"א וכו'. ע"ש. וכן ראיתי עוד להגאון הצדיק רבי יושע פריינד בשו"ת מאור יושע, שהביא דברי המהר"ם שיק שהחמיר בזה, וכתב לחלוק עליו מכמה טעמים, שאם כן ביטלת כל המשא ומתן במסחר ובבנקים שבדורינו, שבכל השטרות והשיקים רגילים לכתוב למנינם, וכמעט מן הנמנע להזהר בזה וכו', והובא בדברי הרב השואל בספר אז נדברו (חלק יב סי' לח). ע"ש. והנה רב אחד חשב להשיג על דברינו שבתשובת יביע אומר הנ"ל, ורב אחאי גאון מהרא"י ולדינברג בשו"ת ציץ אליעזר חלק ט (סי' יד אות ג) דחה דבריו לנכון. ע"ש. גם לאחר מכן ראיתי בשו"ת באר משה (חלק ח' סי' יח) שכל להשיג על דברינו. ע"ש. אולם אין דבריו מחוורים כלל. ואכמ"ל. **ומכל מקום מודה אני שבמצבות של בית עלמין יש להקפיד על כך, ולא לכתוב אלא המנין שאנו מונים לבריאת עולם. ואין לשנות כלל מן המנהג שנהגו בו בכל תפוצות ישראל. שהמצבה היא עדות להשאר הנפש, וכמ"ש מהר"ש ויטל בשער המצות (פר' ויחי) ובשו"ת חיים שאל ח"א (סי' עא אות ו). ואין הנפש מכרת אלא במנין שהוא אמתי, והמטבע הנכון בעולם האמת. וכ"כ גם בשו"ת ציץ אליעזר חלק ט' (סי' יד אות ב) לחלק בזה בין כתיבת אגרות חול לחקיקה שעל מצבות בית עלמין. ע"ש. ולכן תחזקנה ידי החברה קדישא שעומדת על המשמר שלא לשנות ממסורת ישראל מדורי דורות, ויהי כן ה' עמהם לחזק כל בדק, ולהגדיל תורה ולהאדירה.** [ההדגשה שלי, י"א]

16. ברי, כי אין כל מקום שבית משפט זה יניח הנחה שונה בדבר תוכנה של ההלכה, מאשר זו שנפסקה על ידי הראשון לציון ועל ידי המרא דאתרא של ראשון לציון. נמצא, כי השאלה המתעוררת כאן שונה בנקודה מרכזית מזו שהוכרעה על ידי בית משפט זה בפרשות הקודמות. כעת, עלינו להכריע, האם נכריח את החברה קדישא להתיר מעשה חקיקה במצבה, האסורה על פי פסיקת ההלכה של המרא דאתרא, פסיקה על פיה החברה חייבת לנהוג בהתאם לרשיון שלה. שאלה זו לא עמדה בפני בית המשפט הזה בפרשות הקודמות, משום שאלה יצאו מן ההנחה (המוטעית) כי אין איסור הלכתי בדבר. נמצא כי כעת, מול רגישות המערערים עומדת רגישותם של שומרי תורה ומצוות הנשמעים לפסק ההלכה. יצוין, כי העובדה שחברות קדישא שונות נוהגות אחרת וכי בדפוסים ישנים או חדשים וכן במכתבים מופיע התאריך הכללי - עובדה זו אינה מעלה ואינה מורידה. עקרון גדול בהלכה הוא כי הציבור מחויב על ידי פסק ההלכה היוצא מפי המרא דאתרא, כאן הרב של ראשון לציון. דבר זה נקבע, כאמור, גם במפורש ברשיון החברה. כפי שעולה מן המקורות, יש לפסק ההלכה הזו גם על מה לסמוך.

17. כאמור, לטעמי, אין על בית המשפט למדוד רגישויות, שאין ניתנות למדידה אובייקטיבית. חברי השופט מ' חשין בא בטרזניה לחברה קדישא על שעשתה את עצמה אפטרופא על מי שנקברו בראשון לציון, מבלי ששמענו את קרוביהם של אותם נפטרים. האם חברי מטיל ספק בכך כי ימצאו יהודים רבים וטובים, יראי שמיים, אשר יחפצו בכל לבם כי החברה קדישא תנהג על פי מצוות רב העיר ואשר יאמינו כי יש יסוד לאיסור הדתי כמפורט בפסק ההלכה של הראשון לציון?! האם זו השערה פורחת? אתמהה!

18. השאלה הגדולה הניצבת לפנינו כעת היא היחס בין עקרון חופש הדת של החברה קדישא ושל שומרי תורה ומצוות מבין קרובי הנפטרים - מחד גיסא, לבין עקרון החירות של קרובי הנפטר לנהוג על פי השקפת עולמם - מאידך גיסא. והכל בגדרי בית הקברות שהוא לכל הדעות מקום קדוש על פי דיני ישראל (אם כי לא במסגרת דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924). רחוק אני מלזלזל לא בערכים וברגישות של אלה ולא בערכים וברגישות של אלה. צדיק באמונתו יחיה! לטעמי, אין לנו שום רשות לדרג, על פי סולם ערכים שהוא בהכרח אישי, את מעמדן הערכי או הרגשי של הדרישות המנוגדות. בעיני היהודי שומר תורה ומצוות, עבירה על איסור הלכתי עשויה להיות חמורה כחקיקת צלב ממש; ומניעת חקיקת תאריך כללי היא בעיני המערערים פגיעה חמורה בערכי יסוד שלהם. כאמור, המאבק האמיתי חורג מגדרי בית הקברות; מאחורי המחלוקת עומדים כוחות הנלחמים על דמותן של היהדות ושל מדינת ישראל. זוהי המציאות העומדת לפני בית משפט זה שאין להתעלם ממנה.

19. אמרתי כי הכרעה שיפוטית אינה יכולה, ואף אינה צריכה להתיימר, להכריע במחלוקת השקפתית. טוב ויפה היה לו בעלי הדין היו מגיעים לידי הסכמה הדדית, מבלי להפוך את הסכסוך למחלוקת אידיאולוגית עקרונית שתביא בסופו של עניין לשסעים נוספים בחברה המפולגת בלאו הכי. טוב ויפה היה לו שוכני עפר היהודיים היו נחים במדינה היהודית על משכבם בצוותא ללא ריב וללא מדון בין החיים. אך דבר זה לא בידינו הוא. חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו 1996-, מצביע על דרך העתיד בה בחר המחוקק: המתים ייפרדו זה מזה, כל אחד ייקבר על פי השקפתו בה דגל בחייו עלי אדמות. ההסדר החדש מביא פתרון לבעייתם של אחדים, אך חוששני כי הוא ייצור בעיות חדשות לאחרים.

20. מה אם כן הפתרון המשפטי במקרה הנדון? שני העקרונות הנזכרים - חופש הדת של החברה קדישא וחירותם של קרובי הנפטר - הם חשובים. דא עקא, בהעדר הסכמה בין בעלי הדין, עיקרון אחד חייב לסגת מפני העיקרון האחר. זוהי בעיית הצדק האמיתית: מצב שבו, לצערנו, אין להשיג את שמירתם של כל האינטרסים הלגיטימיים, אלא יש הכרח להעדיף את האחד על פני האחר. רבים וטובים מדברים בהקשר זה על איזון בין אינטרסים מנוגדים. איני משוכנע כי דימוי זה מתאר נכונה את ההליך השיפוטי שבו אנו חייבים, בסופו של יום,

לדחות זכות אחת מעל פני זכות אחרת. יהא דבר זה אשר יהא, אני בדעה כי בסוגיה הנדונה זכותם של קרובי הנפטור לעצב את המצבה לפי השקפתם, חייבת לסגת מפני זכותה של החברה קדישא לנהוג על פי פסק ההלכה של המרא דאתרא. וכל כך למה? החברה היא כפי ששמה מעיד עליה, קדושה, דהיינו, מוסד בעל תפקיד דתי שכיניו הוא במסורת היהודית: גמילות חסד של אמת. על החברה לנהוג על פי ההלכה היהודית כפי שנפסקת על ידי המרא דאתרא; כך הוא מקידמת דנא, וכך נאמר בתנאי הרשיון, וכך כתוב במסמכים, וכך הייתה ציפיתם של רבים מבין מתי העיר, וכך דורשים רבים מבין קרובי הנפטרים.

21. לדעתי, אין בית משפט זה מוסמך, עקרונית, לכפות על גוף דתי - יהא הוא ציבורי או פרטי - לנהוג בניגוד לדין הדתי על פיו הוא אמון. כי הרי בכפייה מעין זאת, יש משום פגיעה חמורה בעקרון חופש הדת. פגיעה זו מותרת אך ורק על פי גזירה מפורשת של המחוקק, כגון המקרה שבו יש במעשה הגוף הדתי משום עבירה על פי דיני העונשין; או המקרה שבו אוסר המחוקק מטעמים חשובים, בדרך אחרת, על הגוף הדתי לנהוג על פי מצוות דתו. בהעדר הוראה מפורשת, אין לכפות על אדם להפר את מצוות הדת, קלה כחמורה. זאת ועוד אחרת, בהקשר הנדון, אין בית משפט זה רשאי להרהר אחר נכונותה של ההלכה שנפסקה על ידי המוסד המוסמך על פי הדין הדתי. אין בית המשפט פוסק הלכה דתית, והשקפתו האישית של השופט על טיב האמונה ועל טיב פסק ההלכה - דהיינו: האם הם עקביים או תואמים את רוח הזמן - השקפה זו אינה רלוונטית, כפי שציין, בצדק, השופט א' ויתקון בפרשת **גדעון**. אם יש בפסק ההלכה משום פגיעה בהשקפותיהם של אנשים הנזקקים לשירותיו של הגוף הדתי, מן הראוי למצוא לכך פתרון משביע רצון. אך הכפייה על אדם להפר את מצוות הדת אינה יכולה להיות הפתרון הנכון במדינה דמוקרטית, המכבדת את עקרון חופש הדת. הבעייתיות שבפתרון הכפייה בולטת במיוחד, כאשר בית המשפט נוטל על עצמו את המשימה להעריך את חשיבותה של מצווה דתית כלשהי, ואת מידת הפגיעה שיש בהפרתה ברגשות הציבור הדתי.

לכן, אם דעתי תישמע, על בית משפט זה להימנע מלכפות על החברה קדישא להפר את פסק ההלכה של הרב המקומי המוסמך. אי-לכך, יש לדחות את הערעור.

ש ו פ ט

הנשיא א' ברק:

מצטרף אני לפסק דינו של חברי, השופט מ' חשין. התוצאה אליה הגיע, והנמקתו לתוצאה זו, מקובלים עלי. מבקש אני להעיר מספר הערות.

1. בית המשפט המחוזי איבחן את פרשת קסטנבאום (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464). על פי גישתו, הלכות הפסק אינה חלה לאור חוק הזכות לקבורה ואזרחית חלופית, תשנ"ו 1996 - (להלן - חוק הקבורה החלופית). כפי שציין חברי, השופט מ' חשין, אין בחוק זה כדי להשפיע על הרציונל של פרשת קסטנבאום. חובתה של חברה קדישא - כ"גוף דו-מהותי" - לא השתנתה עם חקיקתו של חוק הקבורה החלופית. חוק זה לא יצר איזון חדש בין השיקולים והערכים המתנגשים. מכיוון שכך, איני צריך לנקוט עמדה בשאלה, אם במישור החוקתי חוק הקבורה החלופית מסוגל היה, אילו ביקש זאת, לשנות מהאיזון הראוי בין הערך בדבר הלשון העברית, לבין כבוד האדם, חופש המצפון, המחשבה והביטוי, והערך בדבר סובלנות. ספק בעיני, אם איסור מפורש על כיתוב לועזי - איסור הפוגע בכבוד האדם של הנפטר ומשפחתו - היה בו כדי לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. כאמור, אין לנו צורך להכריע בשאלה זו, ונוכל להשאיר בצריך עיון. על כל פנים, במישור הפרשני - אותו מישור בו מבקשים אנו להתרחק ככל האפשר מפירוש העשוי להעמיד הוראה בסכנה של אי-חוקתיות - מתבקשת המסקנה - אליה הגיע חברי, השופט מ' חשין - כי האיזון הראוי בין הערך הציבורי של הלשון העברית לבין כבוד האדם (של הנפטר וקרוביו), כפי שנקבע בפרשת קסטנבאום, עומד בעינו.

2. חברי, השופט אנגלרד, הכניס לתוך מעגל הערכים הדורשים הכרעה, את הערך (והחרות) בדבר חופש הדת. ענין זה לא נדון בפרשת קסטנבאום. ההנחה בפרשה זו היתה כי "התקנה של חברה קדישא 'קהילת ירושלים' שלא להרשות כיתוב לועזי אינה מטעמים של איסור הלכתי" (המשנה לנשיא, השופט אלון בפרשת קסטנבאום, עמ' 499). חברי, השופט אנגלרד מציין כי יש לאיסור הכתוב בלועזית היבט הלכתי שנגעל מעינו של המשנה לנשיא, השופט אלון. היבט זה ענינו חובתם הדתית של אנשי חברה קדישא ושל ייראי שמים בראשון לציון לקיים את מצוותו של ה"מרא דאתרא". בענין זה לא נשמעו בפנינו טיעונים. הנני מניח, לצורך פסק הדין, כי הלכתו של המרא דאתרא יוצרת חיוב דתי המוטל על אנשי חברה קדישא ועל אנשים דתיים המשתייכים לקהלו של המרא דאתרא. איזו השפעה יש לנתון חדש זה?

3. בפרשת קסטנבאום קבענו כי חברה קדישא - כל חברה קדישא - הינה "גוף דו-מהותי". מוטלות עליה, בצד החובות של המשפט הפרטי, גם החובות של המשפט הציבורי. במסגרת זו על חברה קדישא לפעול בהגינות ובסבירות. עליה לפעול כנאמן הציבור. אסור לה לשקול שיקולים זרים. אסור לה להפלות. עליה להגשים את התכלית המונחת ביסוד מעמדה הציבורי. תכלית זו כוללת, בין השאר את הערכים והעקרונות,

אשר עליה להגשים בביצוע תפקידים לטובת כל הקהל כולו, ולא רק לטובת האנשים הדתיים. כאשר ערכים ועקרונות אלה מתנגשים, עליה לפעול באופן המגשים את התכלית המשקפת את האיזון הראוי בין הערכים והעקרונות המתנגשים. מהם ערכים ועקרונות אלה, וכיצד נערכת ההתנגשות ביניהם?

4. בפרשת קסטנבאום קבע בית המשפט - וענין זה מקובל היה על כל שופטי ההרכב - כי הערכים והעקרונות הבאים לידי התנגשות הם אלה: מחד גיסא, הערך בדבר הלשון העברית. מאידך גיסא, הערך של כבוד האדם. בית המשפט איזן בין ערכים ועקרונות מתנגשים אלה. הוא קבע, בדעת רוב, כי ידו של הערך בדבר כבוד האדם על העליונה. וכך כתבתי:

"רשות שלטונית בישראל נעדרת את הכוח לפגוע פגיעה ממשית וקשה בכבוד האדם על-מנת לקדם את הערך בדבר השפה העברית. בהתנגשות זו בין השיקולים של לשון עברית וכבוד האדם יד הערך בדבר כבוד האדם על העליונה. אכן, רשות שלטונית בישראל, העוסקת במתן שירותי קבורה ליהודים, רשאית לקחת בחשבון שיקוליה את הצורך לשמר ולקדם את הלשון העברית. היא רשאית לעשות כן גם אם יש בכך פגיעה ממשית וקשה בפרטים בעלי רגישות מיוחדת וקיצונית. היא אינה רשאית לפגוע פגיעה ממשית וקשה בכבוד האדם של הפרט 'הרגיל' וה'ממוצע' בישראל. מסקנה זו מתבקשת ממקומו המרכזי של הערך בדבר כבוד האדם בישראל" (פרשת קסטנבאום, עמ' 523).

עד כאן פרשת קסטנבאום. עתה בא חברי, השופט אנגלרד, ומאיר את עינינו, כי בפרשה שלפנינו יש להתחשב בנתון נוסף. נתון זה הינו פסק ההלכה של המרא דאתרא של ראשון לציון. כיצד משתנה התמונה הנורמטיבית בשל הוספת "נתון" זה?

5. פסק ההלכה של המרא דאתרא מוסיף, כמובן, מורכבות למצב שכשלעצמו אינו פשוט. חברי, השופט אנגלרד קובע, כי עלינו להוסיף לתמונה הכוללת את "חופש הדת של החברה קדישא ושל שומרי תורה ומצוות מבין קרובי הנפטרים" (פסקה 18 לפסק דינו). כשלעצמי ספק בעיני אם הפגיעה היא בחופש הדת. איש אינו מחייב את אנשי חברה קדישא לחרוט על המצבה כיתוב שאינו בעברית. ממילא הם לא יפעלו בניגוד להוראת המרא דאתרא בענין זה. הכיתוב נעשה על ידי אנשי מקצוע ולא על ידי אנשי חברה קדישא. בדומה, איש אינו מעלה על דעתו כי על מצבתו של נפטר שומר מצוות יחרט כיתוב שאינו בעברית, בניגוד להסכמתו או הסכמת קרוביו. הכיתוב הלא עברי נעשה רק על מצבה של נפטר, במקום שהוא (בחיי) או קרוביו (לאחר מותו) מבקשים זאת. על כן נראה לי כי חופש הדת אינו נפגע. עם זאת, מקובל עלי כי גם אם אין קיימת פגיעה בחופש הדת, קיימת פגיעה ברגשות הדת של אנשי חברה קדישא ושל שומרי תורה ומצוות מבין קרובי הנפטרים. עמדתי על הבחנה זו בפרשת חורב (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 58) בצייני:

"חילול השבת ברחוב בר-אילן פוגע ברגשותיהם [של בני האוכלוסיה הדתית המתגוררת בסמיכות לרחוב בר-אילן]; התנועה בשבת ברחוב בר-אילן פוגעת באורח חייהם. מבחינתם שלהם הפגיעה היא קשה ומרה. זהו האינטרס המונח על הכף האחת. יודגש: איני סבור כי נסיעה בשבת ברחוב בר-אילן פוגעת בזכות החוקתית של כל אחד מבני השכונה לחופש דת. חופשיים בני השכונה לקיים את מצוות הדת. תנועת המכוניות בשבת אינה שוללת מהם חופש זה, ואינה פוגעת בו... עם זאת, תנועת המכוניות בשבת פוגעת ברגשות הדתיים של בני השכונה ובאורח חייהם הדתי".

ניתן כמובן לטעון כי הוראת המרא דאתרא הינה להסיר כיתוב שאינו בעברית. במקרה זה, אם מונעים משומר תורה ומצוות - הרואה עצמו כפוף להוראתו של המרא דאתרא - הסרת הכיתוב, יש בכך משום פגיעה בחופש הדת שלו. אכן, ברוח זו משקיף חברי, השופט אנגלרד, על המקרה שלפנינו. הוא שואל: "האם נכריח את חברה קדישא להתיר מעשה חקיקה במצבה, האסור על פסיקת ההלכה של המרא דאתרא" (פסקה 16). כפי שצינתי, ענין זה לא הובהר כלל בפנינו. עם זאת, בהמשך אניח כי ענין לנו בערך (ובחירות) שענינה חופש הדת, וזאת בשל אי קיום הוראתו של המרא דאתרא.

6. הנה כי כן, בפרשת קסטנבאום הועמד על הכף האחת של מאזני הצדק הערך בדבר שימור הלשון העברית, ועל הכף השניה הערך (והחירות) בדבר כבוד האדם. עתה עלינו להוסיף בכף האחת, בצד שימור הלשון העברית, גם את הערך (והחירות) בדבר חופש הדת, אשר בעיני אינו אלא היבט של כבוד האדם (ראו בג"ץ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 282, 286). במקביל יש להוסיף, בכף השניה, היבט נוסף של פגיעה בכבוד האדם, היא הפגיעה המתרחשת כאשר פוגעים בכבודו של האדם מטעמים של דת. אכן, בעיני, חופש מדת אף הוא היבט של כבוד האדם. הנה כי כן, כנגד חופש הדת של האחד עומד החופש של השני לפעול על פי האוטונומיה של הרצון הפרטי. זהו החופש של הפרט שלא לראות עצמו מחוייב באיסור דתי שהוא אינו מאמין בו. זהו החופש של הפרט לנהל את דרכו - בחייו ובמותו - על פי השקפתו. אכן, ככל שהשיקול התומך בכיתוב עברי בלבד נע משיקולים של לשון לשיקול של חופש דת, כך נע השיקול הנגדי משיקול של חופש הרצון לשיקול של מניעת כפיה דתית. דומה, כי חברי השופט אנגלרד זנח בפסק דינו לחלוטין את השיקול של השפה העברית. כך הוא מציין את הדילמה בפרשה שלפנינו:

השאלה הגדולה הניצבת לפנינו כעת היא היחס בין עקרון חופש הדת של החברה קדישא ושל שומרי תורה ומצוות מבין קרובי הנפטרים - מחד גיסא, לבין עקרון החירות של קרובי הנפטר לנהוג על פי השקפת עולמו - מאידך גיסא."

במסגרת זו שוב לא ממלא השיקול של השפה העברית כל תפקיד. אכן, אם השיקול נגד כיתוב זה הוא ציווי דתי, הרי מי שמבקש לקיים כיתוב זה נאלץ להמנע מכך מכוח כפיה דתית. לפנינו איפוא מצב של ערכים מתנגשים. חופש הדת מתנגש עם החופש מדת. התנגשות זו נערכת בתוך גדרי המושגיות של כבוד האדם עצמו. כיצד פותר בית המשפט התנגשות זו?

7. התשובה שניתנה לשאלה זו מאז קום המדינה היתה כי על בית המשפט להעמיד את השיקולים הנוגדים על מאזני המשפט. עליו לאזן בין הערכים והעקרונות המתנגשים. עליו להכריע באיזון על פי משקלם של השיקולים הנוגדים בנקודת ההכרעה. כך נהג בית משפט זה מיום הקמתו עד עצם היום הזה. זוהי "תורת האיזון (ה-balancing) הנוהגת במשפט הציבורי שלנו" (פרשת חורב, עמ' 37). למיטב ידיעתי, רק במקרה אחד סרב בית משפט זה (בדעת רוב) להיזקק לתורת האיזונים. היה זה כאשר על כפות המאזניים הונח עצם קיומה של המדינה (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365). כאשר נתבקשנו להחיל גישה זו על דבר אופיה של המדינה כמדינה דמוקרטית, סרבנו לכך (ראה ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225). אכן, מאז קום המדינה עוסקים אנו באיזון בין ערכים ואינטרסים נוגדים. זהו "תהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים של בחירתם לאחר שקילה, של אלה אשר, לאור הנסיבות, ידם על העליונה" (השופט אגרנט בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 879). כחוט השני עוברת בתפישתנו החוקתית והיוריספרודנטלית התפישה, כי:

"בחייה המאורגנים של החברה אין 'הכל או לא כלום'. יש 'תן וקח', ואיזון בין האינטרסים השונים" (בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169, 178).

ביסוד תפישה זו עומדת ההכרה כי הערכים והעקרונות - והחירויות הנגזרות מהם - אינם בעלי אופי מוחלט. לערכים, לעקרונות ולחירויות אין משקל "מוחלט". משקלם הוא תמיד יחסי. מעמדם נקבע ביחס לערכים, עקרונות וחירויות אחרים עימם הם עשויים להתנגש (ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 205).

8. תורת האיזון הוחלה על ידי בית משפט זה במקום שאחד הערכים או העקרונות היה קשור בחופש הדת או הרגשות דתיים (ראו: פרשת חורב עמ' 38). כך, למשל, בכל מקרה בו התנגשו רגשות הדת בחופש הביטוי, ערכנו איזון בין הערכים המתנגשים (בג"ץ 351/72 קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד כו(2) 811; בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיוס אינק נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22). בדומה,

כאשר הערך בדבר רגשות הדת (בשמירת השבת) התנגש באינטרס הציבור (באספקה סדירה של דלק, או בהגשמת חופש התנועה), נערך על ידינו איזון בין הערכים המתנגשים (ראו: ע"פ 217/68 יזרמאקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 343, 364; פרשת חורב). אכן, רגשות הדת וחופש הדת הם ערכים וחירויות בעלי חשיבות רבה. עם זאת, אין הם ערכים או חירויות מוחלטות. תמיד יש לערוך איזון בינם לבין הערכים והחירויות המתנגשים בהם (פרשת חורב, עמ' 38). עמד על כך השופט זמיר, בצינו:

"הרגשות הדתיים אינם זוכים להגנה מוחלטת. אין חוק המקנה הגנה מוחלטת לזכות כלשהי או לערך כלשהו. הזכויות והערכים, יהיו אשר יהיו, הינם יחסיים. מכאן, בהכרח, שגם ההגנה עליהם היא יחסית. כך גם ההגנה על הרגשות הדתיים" (בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509, 521).

ובפרשה אחרת ציינתי:

"חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן, עד כמה שהוא מוצא מכוח האמונה אל פועל המעשה, אינו חופש מוחלט... חופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן הוא חופש יחסי. יש לאזן בינו, לבין זכויות ואינטרסים הראויים אף הם להגנה" (בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה, נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449, 455).

בגישה זו נקט המשנה לנשיא, השופט אלון, כאשר איזן בין דרישות סותרות באשר לסדרי התפילה ברחבת הכותל המערבי (בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265, 274). בגישה דומה נקט השופט טל בפרשת חורב.

9. על רקע זה נבחן את האיזון הראוי במקרה לפנינו. ככל הנוגע לאיזון בין הערך בדבר הלשון העברית והערך בדבר כבוד האדם, אין לי אלא לחזור על האמור בפסק הדין בפרשת קסטנבאום. לא נותר לי אלא לבחון אם מסקנה זו משתנה לאור הערכים והעקרונות החדשים הבאים בחשבון בעקבות עמדתו של חברי, השופט אנגלרד. מחד גיסא מונח הערך (או החירות) בדבר חופש הדת כהיבט של כבוד האדם; מאידך גיסא מונח הערך (או החירות) בדבר חופש מדת שאף הוא היבט של כבוד האדם. כיצד ייעשה האיזון במקרה זה? הניתן לאזן בין ערכים ועקרונות המתנגשים בגדריה של חירות אחת? התשובה היא בחיוב. לא פעם איזנו בין היבטים שונים של חירות אחת. כך עשינו, למשל, כאשר חופש הביטוי - שלשיטתי נגזר מכבוד האדם - מתנגש עם רגשות דת - שאף הוא נגזר מכבוד האדם (ראו בג"ץ 243/81 חברת יקי יושע בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לה(3) 421; בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיוס אינק' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 38). בדומה, עשינו כך כאשר חופש הביטוי - שכאמור נגזר על פי גישתי מכבוד האדם - מתנגש עם

חופש התנועה בתוך המדינה - שאף הוא נגזר לשיטתי מכבוד האדם (ראו: בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים, פ"ד לד(2) 169). בדוגמא זו ההתנגשות הינה, בעיקרו של דבר, בין שני היבטים של חופש הביטוי. כך נעשה גם כאשר השם הטוב (הנגזר מכבוד האדם) מתנגשים עם חופש הביטוי (שאף הוא נגזר, לשיטתי, מכבוד האדם) (השוו: ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840). אכן, במצבים של התנגשות בין ערכים ועקרונות בגדריה של חירות אחת - כמו במצבים של התנגשות בין חירויות שונות - הדרך לפתרון הקושי אינה זו של "הכל או לא כלום", אלא של איזון בין הערכים והעקרונות המתנגשים. אין, איפוא, לומר כי בהתנגשות בין חופש הדת לבין החופש מדת, ידו של אחד מהם תמיד על העליונה. לו היינו אומרים כך, היינו שוללים מאחת משתי החירויות האלה את מעמדה החוקתי. הדרך הראויה היא זו של איזון בין הערכים והעקרונות המתנגשים בגדריה של חירות אחת. במסגרת איזון זה יש לשאוף לכך כי "גרעינה" של כל אחת מהחירויות הללו יישמר, וכי הפגיעה תהיה רק "במעטפת" שלה (השוו: סעיף 19(2) לחוקה הגרמנית הקובע כי "בשום מקרה אין לפגוע במהות (ה-essence) של זכות יסוד"). כן יש להתחשב בעוצמת הפגיעה ובמהותה. ההכרעה עצמה צריכה להעשות מתוך שיקולים של סבירות, הגינות וסובלנות.

10. נפנה איפוא, למקרה שלפנינו. על כף אחת של המאזנים מונח כבוד האדם של הנפטר וקרובי משפחתו, המבקשים לכתוב על המצבה כיתוב לועזי. חירות זו מגינה עליהם מפני פגיעה ברגשותיהם. היא שומרת עליהם מפני כפיה דתית. חירות זו נפגעת באופן קשה, ממשי ומהותי אם אין מאפשרים להם לקבוע על גבי המצבה של הנפטר כיתוב של שם או תאריך לידה בשפה בה יחפצו. עמדתי על כך בפרשת קסטנבאום, בצייני:

"האדם הרגיל", שאינו בעל רגישות מיוחדת במינה, נפגע קשות אם אין בכוחו לקבוע כי על גבי המצבה של עצמו או של היקרים לו יהא כיתוב בלשון הנראית לו כראויה והמציגה בצורה הנראית לו כהולמת את היקרים לו... שלילתו של חופש עיצוב זה והטלת חובת השמוש בכיתוב עברי בלבד יש בהן פגיעה קשה וממשית בערך היסוד של כבוד האדם" (שם, עמ' 523; ראה גם בג"ץ 5688/92 יכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מז(2) 812, 827).

פגיעה זו נעשית חריפה יותר, כאשר המניע לה הוא מה שנתפס בעיני הנפגע ככפיה דתית.

11. על הכף השניה של המאזניים מונח חופש הדת של אנשי חברה קדישא הנשמעים לפסק ההלכה של המרא דאתרא. כן מונחים על כף זו כבודם של נפטרים והרגשות של קרוביהם, אשר השימוש בלשון זרה על גבי מצבות בבית הקברות - אף שאינם המצבות של יקיריהם - פוגע בהם. אף פגיעה זו יש להתחשב בה. אף היא חלק מכבוד האדם של הנפטר וקרוביו.

12. כיצד נאזן בין שיקולים מתנגשים אלה? נראה לי כי בנסיבות המקרה שלפנינו, ידה של הכף בה מצויים הנפטר וקרובי משפחתו המבקשים לקיים כיתוב לועזי על המצבה, על העליונה. הטעמים לגישה זו הם שנים: ראשית, הפגיעה בנפטר ובקרוביו - שעה שנמנע מהם כיתוב בשפה בה יחפצו - היא ישירה וקשה. לעומת זאת, הפגיעה בנפטר ובקרוביו שעה שמאפשרים לאחרים כיתוב שאינו בעברית - היא עקיפה וקלה. אלה האחרונים, אינם נפגעים מהכיתוב שעל המצבה של יקירם. הם נפגעים מהכיתוב שעל המצבה של הזולת - כיתוב שקיים בבית הקברות זה שנים רבות. לא הרי פגיעתם של הראשונים כהרי פגיעתם של האחרונים. בוודאי כך, אם אנו שוקלים פגיעות אלה במאזני הסובלנות. עמד על כך הנשיא שמגר בפרשת קסטנבאום, בציינו:

"מצב המצבה ואדם אחר שפוקד קבר אחר בבית הקברות אינם ניצבים במישור אחד. המגמה צריכה להיות, כי אל לו לפרט האחד להכנס לתחום רעהו ולהתערב ללא צורך בעולמו וברשותו. חייב אדם להותיר בידי האחר את הזכות ואת החירות לעשותו כרוחו, על פי רגשותיו ותחושותיו. הסובלנות מחייבת שהאחד לא יתערב בעניינו של האחר, שאינו צריך לנגוע לו, והוא, כאמור, כל עוד אין המדובר בנתונים עמם גם האדם הסביר אינו יכול להשלים" (שם, עמ' 482).

אף חברי, השופט מ' חשין עמד על כך, תוך שהבחין בין "רשות היחיד" של המצבה או הנפטר לבין "רשות הרבים" של המצבות האחרות (פסקה 22 לפסק דינו).

13. שנית, איסור על כיתוב לועזי מטעמים שבדת - להבדיל מטעמים שבלשון העברית - מהווה כפיה דתית. הוא פוגע בחופש הרצון של הנפטר וקרוביו. הוא פוגע באוטונומיה של הרצון הפרטי שלהם באחת מנקודותיו הרגישות ביותר - היחס לקרוב יקר במותו. הוא פוגע ביד המושטת של החיים אל המתים. הוא מנתק את הקשר - שלעיתים הוא רציונלי ולעיתים אינו רציונלי - בין החיים למתים. פגיעה זו קשה היא וחרפה. היא נעשית חריפה שבעתיים כאשר המניע לה הוא בכפיה דתית. לעומת זאת, הפגיעה בשומרי המצוות - פגיעה שאני מכיר בה ומתחשב בה - שלא ניתן להם לקיים את פסק ההלכה של המרא דאתרא, אינה כה קשה וחרפה. אין לשכוח כי ענין לנו בהלכה "מקומית", שכן כל מרא דאתרא והלכתו שלו. צוין בפנינו - וחברי, השופט מ' חשין הביא זאת בהרחבה - כי בבתי קברות רבים בישראל ניתן לקיים כיתוב לועזי על מצבות. המרא דאתרא של בתי קברות אלה לא ראה למנוע כיתוב זה. גם בבית הקברות שבראשון לציון - הוא בית הקברות בו עסקין - מצויות מצבות רבות בכיתוב לועזי. משמע, שהמרא דאתרא אותה עת לא ראה לנכון למנוע זאת. אותם אנשי חברה קדישא, שבעבר לא שללו הכיתוב, לפתע משנים מעמדתם שלהם, בשל שינוי בזהות המרא דאתרא. זאת ועוד: אין הם נדרשים לעשות מעשה - כגון עריכת הכיתוב על הצוואה בניגוד להלכתו של המרא דאתרא.

כל שנדרש מהם הוא להימנע מעשית מעשים - כגון מחיקת הכיתוב - כדרישת המרא דאתרא. לבסוף, נראה לי לכאורה כי ענין הכיתוב בעברית על מצבות, עם כל חשיבותו מבחינה הלכתית, אינו עומד ב"גרעינה" של ההלכה אלא בשוליה. יש להניח כי בעניינים "גרעיניים" כל המרא דאתרא היו פוסקים באופן דומה. ריבוי הדעות בעניין זה עשוי להצביע על כך כי עניין לנו בנושא "מקומי" שאינו עומד במרכז עולמה של היהדות. על כל פנים, ענין זה לא נתבהר בפנינו בשל היעדר טיעון בעניין זה. (השוו לבחינה מעין זו: בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית, פ"ד מד (2) 673; ע"פ 217/68 יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב (2) 343, 356).

14. הגעתי איפוא, למסקנה כי בהתנגשות בין חופש הדת - של אנשי חברה קדישא, נפטרים וקרוביהם המבקשים לקיים רק כיתוב בעברית על המצבה של זולתם בשל פסק ההלכה של המרא דאתרא - לבין החופש מדת - של נפטרים וקרובים המבקש לקיים כיתוב בלועזית על המצבה של יקרים - יד הרצון לקיים כיתוב בלועזית על העליונה. אם נצרף זאת להחלטה בפרשת קסטנבאום, שהגיע למסקנה דומה לענין ההתנגשות בין האינטרס בלשון העברית לבין כבוד האדם, הרי המסקנה הסופית מתבקשת מאליה: יש להתיר כיתוב בלועזית על מצבות בבית הקברות בראשון לציון.

15. יטען הטוען: נקודת המבט, מכוחה ניתנה עדיפות לערכים ולעקרונות המצדדים בהכרה בכיתוב לועזי על המצבה, הינה נקודת מבט חילונית. אילו נערך האיזון מתוך נקודת מבט דתית, היו התוצאות שונות. אין בידי לקבל טיעון זה. נקודת המבט לעריכת האיזון אינה חילונית ואינה דתית. נקודת המבט לעריכת האיזון משקיפה על ההתנגשות בין הערכים והעקרונות מזוית הראיה של כלל ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. זו נקודת מבט אינטגרטיבית, המבוססת על סינטזה בין ערכים יהודיים לערכים דמוקרטיים. בית המשפט אינו חילוני ואינו דתי. בית המשפט מתחשב ברגשות כולם; בית המשפט מביא בחשבון את החירויות כולן; בית המשפט מבטא את הערכים כולם - ערכים יהודיים וערכים דמוקרטיים. הוא עושה, כמיטב יכולתו, לאזן בין הרגשות, החירויות והערכים המתנגשים.

16. ניתן כמובן לטעון שהאיזון שערכתי אינו ראוי. ניתן לגרוס - בדומה למה שקבע המשנה לנשיא, השופט אלון בפרשת קסטנבאום - כי באיזון הראוי ידה של הלכת המרא דאתרא על העליונה. זוהי מחלוקת לגיטימית, המוצאת את ביטוייה ברבים מפסקי הדין של בית משפט זה, בהם דעת הרוב קובעת. והנה, בערעור זה נוקט חברי, השופט אנגלרד, בעמדה שונה לחלוטין. על פי גישתו, בכל מקרה בו גוף דתי - אפילו מפעיל הוא סמכות ציבורית - פועל על פי נורמה הלכתית - המבססת את חופש הדת שלו - יש לנהוג על פי הציווי הדתי. כותב חברי:

"אין בית משפט זה מוסמך, עקרונית, לכפות על גוף דתי - יהא ציבורי או פרטי - לנהוג בניגוד לדין הדתי על פיו הוא אמון. כי הרי בכפיה מעין זאת, יש משום פגיעה חמורה בעקרון חופש הדת. פגיעה זו מותרת אך ורק על פי גזירה מפורשת של המחוקק. ... בהיעדר הוראה מפורשת, אין לכפות על אדם להפר את מצוות הדת, קלה כחמורה" (פסקה 21).

לשיטתו של חברי, תורת האיזון אינה חלה מקום שהחירות הנוגעת בדבר הינה חופש הדת. לדעת חברי, "בסוגיה הנדונה זכותם של קרובי הנפטר לעצב את המצבה לפי השקפתם, חייבת לסגת מפני זכותה של החברה קדישא לנהוג על פי פסק ההלכה של המרא דאתרא" (פסקה 20). ביסוד השקפתו של חברי מונחת התפישה, כי תורת האיזונים לא צריכה לחול בסוגיה שבה המחלוקת מצויה "במידה רבה במישור השקפתי" (פסקה 8). כותב חברי:

"לב הבעיה היא: מהי הרגישות עליה יש להגן, על מי מוטל להיות סובלני ומי נושא בחובת הוויתור? אמנם לשם פתרון הבעיה, בית המשפט נזקק למוסדות משפט ולכלים מושגיים באמצעותם הוא מבקש להכריע בין הדרישות המנוגדות של בעלי הדין... אך כלים אלה אינם מצליחים לכסות על הבעיה ההשקפתית המונחת ביסוד המחלוקת" (פסקה 8).

לגישת חברי, ההשוואה בין הרגישויות אינה ראויה, שכן היא אינה מבוססת על מבחן אובייקטיבי. אין היא אלא ביטוי של השקפה סובייקטיבית המשתנה משופט לשופט. כותב חברי:

"שאלתי את עצמי האם אמנם זה מתפקידו של בית המשפט לקבוע את הגבולות הלגיטימיים של רגישותו של ציבור מאמינים בכלל, ושל ציבור שומרי תורה מצוות, בפרט? יתרה מזו: תחימת תחומי הרגישות 'הסבירים' מושתתת במידה מכרעת על השקפה סובייקטיבית, כפי שמוכיחים חילוקי הדעות בין השופטים בינם לבין עצמם" (פסקה 13).

ובמקום אחר הוא מוסיף:

"לטעמי, אין על בית המשפט למדוד רגישויות, שאין ניתנות למדידה אובייקטיבית.... אין לנו שום רשות לדרג, על פי סולם ערכים שהוא בהכרח אישי, את מעמדם הערכי או הרגשי של הדרישות המנוגדות... הכרעה שיפוטית אינה יכולה, ואף אינה צריכה להתיימר, להכריע במחלוקת השקפתית" (פסקאות 18 ו-19).

לגישה זו אין בידי להסכים. קבלתה של גישה זו יש בה פגיעה קשה בחירותו של הפרט בכלל ובחירותו של כל אדם, לרבות האדם הדתי, לחופש דת ולחופש מדת בפרט. אנמק גישתי זו.

17. חברי השופט אנגלרד קובע כי במקום שענין לנו בגוף דתי ובדין דתי, אין סמכות לבית המשפט - בהעדר הוראת דין מפורשת - לכפות התנהגות בניגוד לדין הדתי, זאת בקלה כבחמורה. גישה זו ניתן לשקול, מקום שהגוף הדתי מפעיל את סמכותו הדתית על קבוצת מאמינים, המקבלים את מרותו. אף במצב דברים זה יש להתחשב - כפי שפרשת קסטנבאום מלמדת אותנו - בעקרונות כלליים, כגון תקנת הציבור ותום לב. גישה זו בוודאי אינה מקובלת - ועשויה להיות בה כפיה דתית - כאשר ענין לנו בגוף דתי המפעיל סמכות ציבורית על קבוצות אוכלוסיה שאינה מאמינה בו, והמקבלת את מרותו רק משום שהיא מחוייבת לכך. ברשימה ארוכה של פסקי דין פסקנו לגבי גופים, כגון הרבנות, המועצות הדתיות ובתי הדין הרבניים, המפעילים סמכות סטוטורית כי היקף תחולתו של הדין הדתי נקבע על פי תכליתו של כל חוק וחוק. תכלית זו נקבעה על פי האיזון הראוי בין הערכים והעקרונות הנוגעים בדבר (ראו: למשל, בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 613; בג"ץ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד מג(2) 661; בג"ץ 3944/92 מרבק - בית מטבחים בע"מ נ' הרבנות הראשית נתניה, פ"ד מט(1) 278; בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני, פ"ד מח(2) 221). פסיקה זו חלה גם לעניינה של חברה קדישא, שכן נקודת המוצא שלנו הינה כי חברה קדישא אינה גוף פרטי המפעיל סמכותו מכוח הסכם (מפורש או משתמע) בין מאמינים שומרי מצוות. נקודת המוצא שלנו - כפי שנקבע בפרשת קסטנבאום - הינה כי חברה קדישא היא גוף ציבורי הפועל במשפט הציבורי. מוטלות עליה חובותיו של המשפט הציבורי.

18. גישתו של בית משפט זה, מיום היווסדו, התבססה על הצורך לאזן בין הערכים והעקרונות המתנגשים. כך לעניין התנגשות בין ערכים ועקרונות בכלל (ראו פסקה 7 לעיל); כך לעניין התנגשות בין ערכים ועקרונות בהם נוטלים חלק חופש הדת וחופש מדת (ראו פסקה 8 לעיל). איזון זה מתחייב מערכה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). רק מכוחו של איזון זה נוכל לקיים במדינתנו - שאינה מדינת הלכה - את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

19. שלילת ההכרה בכוחו של בית המשפט לקבוע את הגבולות הראויים להגנה של רגשות הדת, תוביל בסופו של דבר - במדינת ישראל שאינה תיאוקרטיה (בג"ץ 3872/93 מיטראל נ' שר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 506) - לאי התחשבות ברגשות אלה. סופו של תהליך זה יביא לפגיעה בחופש הדת עצמו. אכן, דווקא הצורך להגן על רגשות הדת ועל חופש הדת מחייב עריכתם של איזונים בין הערכים והעקרונות השונים. איזונים אלה - המבוססים על משקלם היחסי של העקרונות והערכים - מחייבים הבחנה בין דרגות שונות של פגיעה ברגשות. הבחנה זו בין דרגות שונות של פגיעה ברגשות מתחייבת גם מהצורך להבטיח סובלנות. רק בזכותה של הסובלנות נוכל לקיים חיים משותפים. חיי חברה תקינים מבוססים, מטבע הדברים, על ויתור הדדי ועל סובלנות

הדדית (ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 211). סובלנות המבוססת מעצם טיבעה על דחיית הגישה של הכל או לא כלום, ועל אימוץ הגישה של ויתור הדדי, תוך הבחנה בין דרגות שונות של פגיעה ברגשות (ראו בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265, 354; בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיוס אינק נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 30). אכן, חברה דמוקרטית, המבקשת להכיר ולהגן על זכויות האדם של כל תושביה, חייבת להכיר ברגשות האדם, וחייבת לאזן ביניהם, תוך התחשבות במידת הפגיעה ברגשות. רק פגיעה מעבר ל"רמת סיבולת" שאינה ראויה, תזכה להגנה; עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני:

"עלינו להכיר בקיומה של 'רמת סיבולת' של פגיעה ברגשות, אשר כל אחד מבני החברה הדמוקרטית נוטל על עצמו כחלק מההסכמה החברתית המונחת ביסוד המשטר הדמוקרטי. רק כאשר הפגיעה ברגשות עולה על 'רמת סיבולת' זו, ניתן להצדיק בחברה דמוקרטית, הגבלתן של זכויות אדם... כמובן, 'רמת הסיבולת' אינה אחידה. היא משתנה מזכות לזכות; היא משתנה מפגיעה לפגיעה... בחברה שערכיה דמוקרטיים, ניתן לפגוע בזכויות אדם כדי להגן על רגשות האדם - לרבות רגשות דתיים ואורח חיים דתי - ובלבד שהפגיעה ברגשות היא מעבר ל'רמת הסיבולת' הנתפסת כראויה באותה חברה" (פרשת חורב, עמ' 47, 48).

גישה שונה, לא רק שלא תשמור על חופש הדת עליו מתבסס חברי, השופט אנגלרד, אלא שתביא לפגיעה קשה בו.

20. מקובל עלי שתורת האיזונים אינה פשוטה לביצוע. אין לנו "כלים מדעיים" לכך. הדיבור "איזונים" ו"משקל" אינם אלא מטאפורות. מאחוריהן מסתתרת התפישה, כי הערכים, העקרונות והחירויות אינן בעלות חשיבות זהה (ראו א' ברק, פרשנות במשפט 215 (כרך שלישי, 1994)). קביעת חשיבות חברתית יחסית של הערכים והעקרונות היא פעילות נורמטיבית סבוכה (ראו בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229). אך מכאן ועד למסקנה כי לאור הקשיים יש להימנע מפעילות זו, ארוכה הדרך. רבים הם המוסדות המשפטיים המבוססים על צורך באיזונים. לא יעלה על הדעת להימנע מהם אך בשל הקשיים שבהם. טול מושגים כמו סבירות, הגינות, תום לב, מידתיות ותקנת הציבור. כל אלה ורבים אחרים משקפים איזון בין ערכים ואינטרסים מתנגשים (ראו בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513, 514). כלום נמנע משימוש במושגים זה רק משום הקשיים שהיא מעוררת?

21. חברי, השופט אנגלרד, מלין על כך שההכרעה במידת הפגיעה ברגשות על פי תורת האיזונים הינה סובייקטיבית לכל שופט ושופט. הוא שולל את ההתחשבות ברגשות השונים ודירוגם בשל האופי ה"השקפתי"

שלהם ובשל הצורך להכריע ב"מחלוקת השקפתית". אכן, איני שולל המסקנה כי בשלב מסוים נכנסים לגדר השיקולים היבטים סובייקטיביים (ראו א' ברק, שיקול דעת שיפוטי 187 (1987)). איני מתעלם מהאופי ה"השקפתי" של ההכרעה. עם זאת, חשוב לזכור כי חלקם של השיקולים הסובייקטיביים הוא קטן. עיקר מלאכתו של השופט מוכתב על פי מערכת מסועפת של שיקולים אובייקטיביים. אלה מתבקשים ממסמכי היסוד; אלה נקבעו בעבר בפסיקה; אלה משותפים לכל שופט ושופט. אמת, ההכרעה היא תמיד ערכית. אך מכאן לא נובע שהיא סובייקטיבית. מרבית ההכרעות הערכיות הן אובייקטיביות, ומתבקשות מערכי השיטה. שופט מקצועי מסוגל לבצען, תוך הבחנה בין השיקולים האובייקטיביים לבין תפישתו הסובייקטיבית. כך נעשה הדבר מאז ומעולם. הקשיים הרבים הכרוכים בכך, האופי ה"השקפתי", והצורך לעתים בהכרעה סובייקטיבית, אינו שולל את מעמדם של ערכים ועקרונות במשפט, ואת הצורך לאזן ביניהם בנקודת החיכוך. לא נרצה לחזור אחורה לתורות משפט של מושגים (Begriffsjurisprudenz) בהן המסקנה עלתה, כאילו מעצמה, מתוך שיקולים אובייקטיביים. אנו מעדיפים תורת משפט של אינטרסים (Interessenjurisprudenz) ותורת משפט של ערכים (Wertungsjurisprudenz) בהן נדרשת הכרעה "השקפתית" (ראו דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה (טרם פורסם)). אנו מעדיפים מהות על פני צורה. כל אלה ניתנים להשגה על פי הכרעה אובייקטיבית, שאינה אישית לכל שופט ושופט, גם אם היא "השקפתית". על כל פנים, זו צריכה להיות המגמה, תוך שמכירים בכך, כי לעתים אין מנוס מהכרעות סובייקטיביות. "מחיר" זה - כדאי לשלמו כדי, להבטיח צדק במשפט.

22. בפתח פסק דינו מצר חברי על שהצדדים לערעור שלפנינו - והצדדים לעתירות דומות שהוגשו בעבר - לא הגיעו לידי הסכמה ביניהם. לצערו זה של חברי אני מצטרף. יש לעשות הכל להשגת הבנה והסכמה המבוססים על תן וקח, על פשרה וסובלנות. אף אנו, במסגרת ערעור זה, הצענו הצעות שונות לצדדים, על מנת להגיע לפתרון מוסכם. צר לנו על שהדבר נכשל. מכיוון שכך, אין מנוס מהכרעה שיפוטית. עם זאת, מן הראוי הוא, כי ככל האפשר, גם ההכרעה השיפוטית תשקף את אותה פשרה ואותה סובלנות, שרק באמצעותם תשמר אחדותה של החברה. אכן, במסגרת חברתית כשלנו, בה חלק ניכר של הציבור אינו נשמע להלכותיו של מרא דאתרא, אין מנוס ממסגרות נורמטיביות המבוססות על סובלנות ופשרה. במציאות משפטית כשלנו, בה לעתים מחויבים אנשים שאינם מאמינים להיזקק לשירותים דתיים הניתנים לרוב על ידי אנשים מאמינים, אין מנוס מחיפוש אחר אמות מידה שאין בהן הכל או לא כלום. שאין בהם תפישה כי דין קלה כדין חמורה. אכן, תורת האיזון, החלה בכל תחומי המשפט, מתאימה במיוחד לתחום היחסים בין דת ומדינה, בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. רק נסיון למציאת סינתזה בין הערכים המתנגשים יאפשר לנו חיים משותפים. הדגשת הניגוד והשוני תוביל אותנו לקרע ולפירוד. על כן, קביעה נוקשה, שאין בה כל פשרה, לפיה רשאים אנשי חברה קדישא לנהוג על פי הלכת המרא דאתרא שלהם בקלה כבחמורה, יהיו

רגשותיהם של הלא מאמינים אשר יהיו, היא מרשם לקרע ולפירוד. המבקש פשרה והבנה צריך להמשיך בנסיון לחפש איזונים בין הערכים והעקרונות המתנגשים.

23. מטעמים אלה אין בידי להצטרף לעמדתו של חברי, השופט אנגלרד. אין אלה טעמים סובייקטיביים. אלה הם טעמים אובייקטיביים. הם מתבקשים ממבנה המשפט שלנו; מערכיו היהודיים והדמוקרטיים, מהפסיקה רבת השנים של בית משפט זה, והצורך להבטיח סבלנות וסובלנות. מטעמים אלה מצטרף אני לפסק דינו של חברי, השופט מ' חשין.

נ ש י א

הוחלט, ברוב דעות של הנשיא ברק והשופט חשין כנגד דעתו החולקת של השופט אנגלרד,

כאמור בפסק דינו של השופט חשין.

היום, כ"ב בתמוז התשנ"ט (6.7.99).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

נ ש י א

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
G05.97060240