

בישראל של 1996 לא קשה לחדד את הוויכוח שבין מדינה דמוקרטית נאורה לבין מדינה המשתיתה את אורחותיה על בסיס ההלכה היהודית. בעמודים הבאים מובאת ומודגמת שיטתו של פרופ' אריאל רוזן צבי ז"ל לשילוב היהדות והדמוקרטיה

וילכו שניהם יחדיו

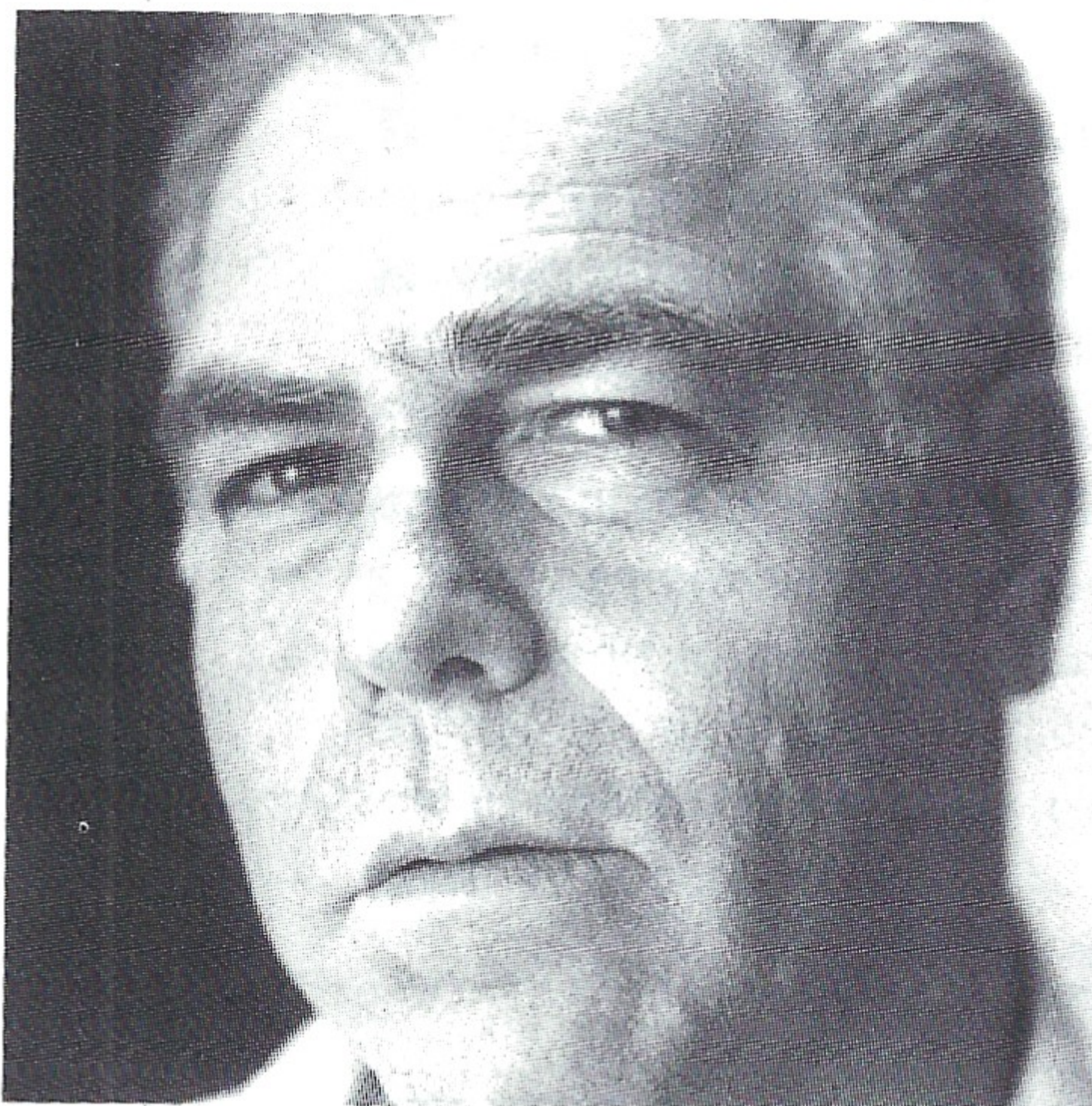
הרב בני לאו

לזכרו של פרופ' אריאל רוזן צבי

שנים ארוכות מנסה מדינת ישראל לפלס את דרכה בהגדרת דמותה הייחודית. הזרמים התרבותיים השונים בציבור הישראלי באים לידי ביטוי בוויכוח שבין מדינה דמוקרטית נאורה, הדומה למדינות מערב מתוקנות, לבין מדינה יהודית, המשתיתה את אורחותיה על בסיס ההלכה היהודית. בין שני קטבים אלה ישנם הרבה נקודות אמצע המחפשות את האיזון הנכון שבין יהדות לדמוקרטיה. הוויכוח גבר לפני כארבע שנים, עת חוקקה הכנסת את חוק-היסוד כבוד-האדם-וחירותו, הנפתח בסעיף "מטרה", אשר זה לשונו:

חוק-יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. השופט (בדימוס) מנחם אלון פירש פסקה זו כך (ע"א 19/492):

אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל מצא את ביטויו בהכרזת העצמאות, בה מדובר על קיום שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, בלי הבדל דת, גזע ומין, ועל הבטחת חופש הדת, מצפון לשון, חינוך ותרבות. עקרונות אלה משמשים נר לרגלינו. אופייה היהודי של מדינת ישראל מצא את ביטויו בהכרזת העצמאות על-ידי עצם הגדרתה של המדינה כמדינה יהודית, ולא רק של יהודים, על-ידי פתיחת שעריה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות וכיוצא באלה. מכלול עקרונות אלה הוא מכבשון עולמה של דמותה המיוחדת של המדינה היהודית.



ניסה לשלב בין יהדות לדמוקרטיה, פרופ' אריאל רוזן צבי ז"ל

בספרו "להיות עם חופשי" שולל אמנון רובינשטיין את הגדרת המדינה כמדינה יהודית: "ישראל מוגדרת לעתים כמדינה יהודית, אך הגדרה זו מחטיאה את המטרה. מדינה אינה יכולה להיות יהודית, משום שאין היא יצירת היהדות... מוטב לדעתי לחזור להגדרתו הראשונית של הרצל: ישראל היא מדינת היהודים". כאמור, חוקי-היסוד הגדירו את דמותה של המדינה לא על פי חזונו של הרצל ורובינשטיין, אלא בשילוב הערכים. הצורך לפרש את שילוב הערכים המפורש בחוק "מדינה יהודית ודמוקרטית" הניב שורה ארוכה של מאמרים ופולמוסים. האחרון שבהם בכתב-העת "עיוני משפט" יט (3), יולי 1995. איני כדאי להכניס ראשי בוויכוח עמוק זה. ברצוני להביא את תמצית דבריו של אחד מהאישים שבחייהם ובתורתם ניסוי לשלב את שני הערכים הללו. פרופ' אריאל רוזן צבי (להלן אר"ץ) ז"ל חי בעומקה של האסכולה הליברלית בעולם המשפט ובעומקה של הלכה בחייו הפרטיים. שילוב נדיר זה הוליד אישיות מרתקת. אר"ץ הותיר בידינו מאמר ובו הוא משרטט את הדגם הרצוי בעיניו לשילוב שני הערכים יהדות ודמוקרטיה בעולם המשפטי. במאמרי אביא את שיטתו, ואשתדל להראות כיצד היא עשויה לסייע בידינו ליצור את הסינתזה המיוחלת ולהימנע מקרע המאיים להתרחש בין שתי תרבויות בארצנו הקטנה.

1 "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?", עיוני משפט, כרך יט.

כל מחזיק ספר, בהלכה או במשפט, יודע
 שניתן לנסוע על ציר ראשי או על ציר עוקף;
 הכול תלוי בגישתו ובכוח הרצון של הרב או
 הפוסק. טענתו של אר"ץ היא שבמקומות
 שבהם יש חשש גדול להתנגשות שבין ערכי
 הדמוקרטיה לערכי היהדות, יש צורך וחובה
 לאמץ את הפרשנות העוקפת את
 ההתנגשות ומאפשרת נסיעה בטוחה, גם
 אם לא בדרך-המלך

תמצית שיטתו של אר"ץ

השניות המתבטאת בצמד יהדות ודמוקרטיה מאפיינת את המדינה כשני תאומי סיאם המחוברים זה לזה בכמה מקומות מרכזיים (בלב מבחינת התחושה הרגשית, ובמוח מבחינת התפיסה האינטלקטואלית...). זו אינה רק שניות משפטית, אלא שניות חברתית, רוחנית ואפילו קיומית, החותכת את התפיסות הדתיות, ההיסטוריות, הפילוסופיות והתרבותיות. בשניות זו יש משהו משתק ומנטרל, אך בעת ובעונה אחת גם חלק מרתק ומפנה... כאשר קיימת התנגשות בין היסוד היהודי ליסוד הדמוקרטי, אני מציע שינחו אותנו כמה קני-מידה. קני-מידה אלה נועדו להשיג שתי מטרות עיקריות. ראשית, לצמצם את תחום המחלוקת האפשרית בין יהדות לדמוקרטיה. לשם השגת מטרה זו ניתן להשתמש בדרכי עקיפות, להיפגש במישור התוצאה בלבד, ולהימנע מהכרעות אידיאולוגיות. שנית, למנוע השתלטות מוחלטת של יסוד זה או אחר, העלולה לפגוע במסורת תרבותית ומשפטית ולתרום להרחבה של תחושת הניכור של קבוצות מסוימות כלפי המדינה...

■ אני מסכים לדעה הכללית הרווחת, כי המאמץ העליון צריך להיות מכוון להשגת מכנה משותף או סינתזה בין הערכים, תוך התייחסות לערכי היסוד ולעקרונות היסוד הקבועים בחוקי-היסוד...
 ■ על בית-המשפט להימנע ככל האפשר מפתחת חזיתות אידיאולוגיות מיותרות.
 ■ רצוי להימנע מהכרעה עקרונית, א-פריורית וקבועה, בדבר העדפת יסוד אחד על אחר.
 ■ כאשר אחד היסודות, הדמוקרטי או היהודי, מסוגל להכיל כמה חלופות אפשריות, יש לתת משקל עודף ליסוד האחר, היהודי או הדמוקרטי, אם זה נוטה בבירור לאחת החלופות.
 ■ לצורך הכרעה בין שני היסודות במצבים של התנגשות או סתירה, יש להבחין בין סוגי העניינים השונים ולבחון חלופת תפקידים בין כל אחד מן היסודות האלה, לצורך הקביעה בדבר העדפתו של אחד מהם בנסיבות שונות. על ההכרעה להיות מבוססת לא רק על איזון נקודתי, אלא גם על איזון כללי בין זכויות הפרט לבין אינטרס הציבור וטובת הכלל.

(עפ"י "עיוני משפט" יט, ראה הערה 1)

להלן אדגים כיצד ניתן ליישם את העקרונות שאר"ץ מציב לפנינו.

1. הצורך בהכרעות דין ללא פתיחת חזיתות אידיאולוגיות גישה זו מהווה את אחד הרכיבים המרכזיים בפרוגרמה שמציע אר"ץ להתמודדות שבין יהדות לדמוקרטיה. הפיכת כל ויכוח משפטי לוויכוח אידיאולוגי בין שני הערכים האלה מחדדת את המתח התרבותי הקיים ממילא במדינה ומשרתת את האינטרסים של מי שאינו מעוניין בשילוב ערכים זה. משני צדי הקשת נמצא את מי שיעדיף להעניק משמעות אידיאולוגית לכל ויכוח. המשותף להם הוא הרצון לראות את המדינה מבוססת על ערך אחד ולא על שילוב הערכים. דוגמה לגישה זו אפשר לראות בפרשת קסטנבאום.

לפני כעשר שנים נדון בבית-המשפט העליון ערעור של החברה-קדישא קהילת-ירושלים נגד מר קסטנבאום. הרקע לערעור הוא כדלהלן: קסטנבאום ביקש להסדיר את קבורת רעייתו על-ידי החברה-קדישא הנ"ל. בפנייתו לחברה-קדישא הוא קיבל "טופס רישום הזמנת קבורה", שבתחתיתו מופיע



מי שרוצה בפסיקה ליברלית ידאג למינויים של שופטים ליברליים, פרופ' זאב שטרנהל

סעיף ובו מתחייב המזמין להישמע להוראות ולתקנות החברה-קדישא. לטופס זה צורף דף הסבר ובו כתוב: "לפי תקנות החברה-קדישא, הכתב שעל המצבה יהיה כתוב אך ורק באותיות עבריות..."

לאחר מספר חודשים פנה האלמן לחברה-קדישא בבקשה שיתירו לו לרשום את שמה ואת תאריך פטירתה של אשתו בלועזית, היות שרוב ימיה חיה בארצות-הברית. בפנייה ציין האלמן שדבר זה יעזור ויאפשר לרבים מבני המשפחה, לקרובים ולמוקירים להתייחד עם זכרה. החברה-קדישא סירבה בנימוס להיענות לבקשה מטעמים הלכתיים ולאומיים. הטעם ההלכתי יסודו בפגיעה הגלומה בציון תאריך המהווה מניין להולדתו של ישו הנוצרי. הטעם הלאומי נעוץ ברצונה של קהילת-ירושלים לתת ביטוי לתקומת ישראל ולממלכתיות. האלמן פנה לבית המשפט המחוזי בירושלים, וזה קבע שהתנאי שהעמידה החברה-קדישא אינו קביל. נקודת המוצא של בית-המשפט המחוזי הייתה הזכות שיש לכל אדם "לכבד את זכר יקיריו בהתאם לאורח-חיהם ולמסורתם, כל זמן שדבר זה אינו פוגע ברגשות או באינטרסים לגיטימיים של הזולת"².

לאור קביעה זו פנתה החברה-קדישא בערעור לבית-המשפט העליון, שנדון בפני הנשיא שמגר, המשנה

2 ע"א 280/71 [1], ע' 23.

3 ע"א 294/91.

4 משפט וממשל, כרך ב, טבת תשנ"ד, ע' 167 ואילך.

לנשיא מנחם אלון והשופט אהרון ברק³. הנשיא שמגר והשופט ברק החליטו, על פי דעת הרוב, כי לקסטנבאום יש זכות להוסיף על מצבת רעייתו את שמה בלועזית וכן את תאריכי הלידה והפטירה. המשנה לנשיא, אלון, היה בדעת מיעוט, וסבר שתקנת החברה משקפת ערך-יסוד בערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית. עד כאן הרקע.

בעקבות פסק זה פירסם זאב שטרנהל (פרופסור למדע-המדינה באוניברסיטה העברית) מאמר בשם "שתי תפיסות של יחיד, חברה ולאום"⁴, וכך הוא פותח את מאמרו:

אם יש מסקנה בעלת ערך מעשי מידי שניתן להסיק מפסק הדין, הרי היא זו: מי שרוצה בפסיקה ליברלית, ידאג למינויים של שופטים ליברליים.

בהמשך המאמר מתאר שטרנהל את המחלוקת שבין השופטים כהתמודדות בין שתי תפיסות שונות לגבי מהות

וקרוב לוודאי אינו יכול לגשר על סתירות ופערים עמוקים. לדעת סבן הפער אינו מקומי אלא מהותי, ואין דרך לגשר עליו.

לפני כחצי שנה פירסם ד"ר דני סטטמן מאמר תגובה למאמריהם של סבן ושטרנהל⁶. במאמרו מראה סטטמן כיצד ניתן לקיים את המחלוקת שבין ברק לאלון לא על בסיס אידיאולוגיה של השקפות לאומיות דתיות וליברליות (סטטמן, שם ע' 250):

אין מדובר במאבק איתנים בין שתי תפיסות עולם שכל אחת מהן מוליכה להחלטה חד-משמעית מסוימת, אלא בהתנגשות בין שיקולים שונים, בעלי משקל שונה, שאינה מחייבת הכרעה דרמטית בנוסח "או-או" – או רציונליות, ליברליות והומניזם, או פרטי-קולריזם, אי-רציונליות ופולחן מתים (שטרנהל); או ערכים דמוקרטיים וליברליים או יהדות אורתודוקסית (סבן) – אלא הכרעה זהירה, המביאה בחשבון את מכלול השיקולים שעל הפרק ואת משקלם היחסי.

דומני, שלכך כיוון אר"ץ בדברו על הימנעות מהכרעות אידיאולוגיות בעולם המשפט.

2. כאשר אחד היסודות, הדמוקרטי או היהודי, מסוגל להכיל כמה חלופות אפשריות, יש לתת משקל עודף ליסוד האחר, היהודי או הדמוקרטי, אם זה נוטה בבירור לאחת החלופות.

פיסקה זו מדברי אר"ץ משמעותית ביותר, והיא מהווה בעיניי את הפתח הראשי להתמודדות שבמתח בין ערכי היהדות לדמוקרטיה. הכול יודעים שאם יש רצון לעמת בין שני ערכים, אין פשוט וקל מזה.

הגדרה מצמצמת וממוקדת של ערך אחד מול הגדרת מצמצמת וממוקדת של הערך השני הינה מתכון בטוח להתנגשות בלתי פתירה. אר"ץ מציע לנו לרווח את פרשנות הערכים, בכל מקרה לגופו, ועל-ידי כך ליצור מרווח מספיק לאכלוס שני הערכים בכפיפה אחת.

אם ברוח השנים האחרונות נמשיל גישה זו לנסיעה בציר יהודה ושומרון, נוכל לומר שלפנינו בחירה בין נסיעה על הציר הראשי לבין נסיעה על ציר עוקף. הציר הראשי בנוי על תוואי דרך ברור, בדרך-כלל קצר יותר ומוביל מנקודה לנקודה. הסכנה היא, שבנסיעה בציר הראשי ייפגע הנוסע מן המארב. הציר העוקף מסורבל יותר, ארוך יותר אך מונע את החיכוך המסוכן. כל מחזיק ספר, בהלכה או במשפט, יודע שניתן לנסוע על ציר ראשי או על ציר עוקף; הכול תלוי בגישתו ובכוח הרצון של הרב או הפוסק. טענתו של אר"ץ היא, שבמקומות שבהם יש חשש גדול להתנגשות בין ערכי הדמוקרטיה לערכי היהדות, יש צורך וחובה לאמץ את הפרשנות העוקפת את ההתנגשות ומאפשרת נסיעה בטוחה, גם אם לא בדרך-המלך.

אדגים גישה זו בשתי דוגמאות, הן מצד הפרשנות החלופית בעולם ההלכה והן מצד הפרשנות החלופית בעולם המשפט.



שתי תפיסות שלעולם לא ייפגשו?
השופט מנחם אלון (מימין) והשופט אהרון ברק

הלאום. לפי האחת (זו של ברק) במקום הראשון עומד היחיד, ותכליתה של המערכת הפוליטית והחברתית היא להגן על זכויות היחיד ולממשן. לפי התפיסה השנייה (זו של אלון) הלאום קודם ליחיד, והוא בעל קיום משלו ומוגדר על-ידי השתייכות אתנית, דתית, תרבותית ולשונית.

שטרנהל אינו מנסה אפילו להסתיר את עמדתו ביחס שבין שתי תפיסות אלה. בשורה אחת ניתן לתמצת ולומר, שלדעתו יש לפנינו מלחמת של בני אור בבני חושך; בני העולם הנאור והמתקדם מול דת לאומית הקשורה לדם ולאדמה ולפולחן מתים. מסקנתו הפשוטה היא, שאם חפצי מדינה מודרנית וליברלית אנחנו, עלינו לדאוג לכך שאנשים כמנחם אלון לא ימונו לשופטים. שטרנהל מוביל את הוויכוח שבין אלון לברק למחוזות קוטביים כאלה עד שאין שום יכולת בעולם לגשר ולקשר ביניהם. אלה הם שתי תפיסות שלעולם לא ייפגשו: הגישה ההומניסטית, המבוססת על ההכרה בכבוד האדם וחירותו, ומולה הגישה הלאומית, המקריבה את היחיד על מזבח האומה.

ברוח מאמרו של שטרנהל פירסם א' סבן מאמר ביקורת על אותו פסק דין, "השופט מנחם אלון, משפט והשקפת עולם"⁵. גם הוא רואה פסק דין זה כ"דוגמה לאופן שבו אלון אינו מגשר

5. משפט וממשל הנייל, ע' 153 ואילך.

6. יעל ליברליזם ולאומיות ועל מה שאין ללמוד מפסק הדין בעניין קסטנבאום,"

עיוני משפט כ (1), טבת תשנ"ו, ע' 239 ואילך.

שבהקשר שהוא קרוב מאוד לנושא שלנו חוזרת ונשנית במקורות ההתייחסות אל הרעיון שמצא שם את ביטויו במלים "מפני דרכי שלום".

לו הייתה פסיקת מועצת הרבנות הראשית מבוססת על עמדה הלכתית חד-משמעית ושאינה ניתנת לפרשנות, הרי שהיינו מוצאים את עצמנו תקועים במבוך הסתירה שבין פסק בית-המשפט העליון לבין ההלכה. אכן היו מי שביקשו להעמיד כך את הדברים ולחדד את החרבות במלחמת הערכים. דוגמה כואבת לכך נמצאת בתשובתו של הרב עובדיה יוסף⁹:

בדבר השערורייה שקברו אישה נוצרייה בבית-העלמין היהודי שבעיר ראשון-לציון, וזאת על פי רמאות אנשי משפחתה, שהטעו את החברה-קדישא והחזיקוה כיהודייה, וכשנודע הדבר לאנשי החברה-קדישא ביקשו להוציא את גופתה מהקבר שבו נטמנה על מנת לקבורה בבתי-הקברות הנוצריים. אך ב"בית-המשפט העליון" (המרכאות במקור; ב.ל.) החילוני פסקו לאסור להוציא את גופתה ממקום קבורתה. ובעוונות הרבים אנו בגלות בין שופטי הערכאות החילונית, אשר על פיהם יקום כל ריב וכל נגע, עד שהשם יתברך ירחם עלינו וישיב שופטינו כבראשונה ויועצינו כבתחילה ויסיר ממנו יגון ואנחה.

הרב יוסף מכריע בסוף דבריו שמצווה לעודד את קרובי הנפטרים הקבורים בתוך דל"ת אמות של הנוצרייה לפנות משם את יקיריהם. מי שמכיר את פסקי הרב יוסף יודע שאין דומה לו במציאת פרשנויות שונות ודרכי חלופין לפסקי דין. נראה לכאורה, שאף אם הוא מגיב בצורה כל-כך קיצונית לפסק של בג"ץ, אין זאת אלא שנמתח החבל יתר על

המידה, ואנו עדים לקרע בין החוק וההלכה.

לשאלה זו נדרש פרופ' אליאב שוחטמן. במאמר שהקדיש לפסיקת בג"ץ ז'101 דן שוחטמן בדרכים האפשרויות להתמודדות ההלכתית עם שאלה זו.

מסקנתו היא, שיש מקורות אחדים בספרות ההלכתית שלא הובאו בתשובת הרב שרביט, שיש בהם כדי לעורר ספק אם אומנם המסקנה שאליה הגיע היא המסקנה ההכרחית היחידה בהלכה היהודית, במיוחד לנוכח העובדה שבמקרה הנידון מדובר במציאות שכבר נוצרה ולא על מצב של לכתחילה. בסיכום דבריו הוא יותר נחרץ וקובע ש"איסור זה אינו נמנה עם האיסורים המוחלטים, ורבים המקרים שבהם מצאו הפוסקים מקום להתיר את הדבר, כשהנסיבות הצדיקו זאת וכאשר מדובר היה במציאות שכבר נוצרה".

לאור דברי שוחטמן, אני חוזר למודל שהציע לפנינו אר"ץ. לפנינו התנגשות בין ערכי הדמוקרטיה – במקרה זה כבוד האדם לקבור את יקיריו על פי הזהות שלפיה הם חיו כל ימיהם (גם אם לא על פי ההלכה) – לבין ערכי היהדות המונעים מלקבור גוי עם יהודי. הדרך להימנע מההתנגשות במקרה זה היא לאמץ את קריאתו של השופט שמגר ולמצוא

א. קבורת גוי בבית-קברות יהודי (פרשת תרזה אנגלביץ')

בכל כמה חודשים אנו מתעוררים למקרא כותרות ראשיות המספרות על קבורה של אזרח ישראלי מחוץ לגדר בית-הקברות בגין היותו לא יהודי. המקרים הקשים הם קבורתם של חיילים (דוגמת לב פסחוב ז"ל מבית-שאן) או של תינוק שנדרס עם משפחתו, ליד שדרות, והובא לקבורה מחוץ לגדר. לפני שנים אחדות סערה המדינה בפרשת תרזה אנגלביץ'. גם כאן אסקור בקצרה את האירוע:

גב' אנגלביץ' נקברה בראשון-לציון כיהודייה, ולאחר קבורתה טענה החברה-קדישא כי הוטעתה וכי יש להוציא את המנוחה לחלקה מיוחדת בקצה בית-הקברות מאחר שהיא נוצרייה. כיוון שלא ניתן רישיון להוצאת הגופה, קמו שני אברכים והוציאו את הגופה בעצמם, ללא רישיון. משנתגלה

הדבר, חויבה החברה-קדישא, על פי צו של נשיא בית-המשפט העליון, להחזיר את הגופה למקום קבורתה הראשון. לאחר הקבורה מחדש הגישה החברה-קדישא בקשה למשרד הבריאות לקבלת רישיון להוצאת הגופה. משנענתה בשלילה פנתה לבית-המשפט הגבוה לצדק בבקשה לבטל את החלטת מנכ"ל משרד הבריאות, שלטענת החברה-קדישא ניתנה משיקולים זרים. בית-המשפט העליון לא נענה לבקשת החברה-קדישא, והגופה הושארה במקום.

מה שהחריף את העימות בין מערכת החוק וההלכה היה דעת מועצת הרבנות הראשית לישראל, שתמכה בפסיקתו של הרב שרביט, שנדרש לעניין⁷:

האישה ובתה הנוכריות נקברו בטעות בקבר ישראל ליד יהודים, ברמאות ובהצהרות כוזבות וזיוף מסמכים על-ידי קרוביהן בזמן הקבורה, שלא גילו את האמת והטעו את אנשי החברה-קדישא. אם כן נראה ודאי שצריכין לפנות משם ולהעבירם לבית-קברות של גויים. ואם זה בלתי אפשרי מאיזו סיבה שהיא, צריכים להעבירן לחלקה נפרדת בבית-הקברות, לפחות שמונה אמות, כדרוש לפי ההלכה.

חוות-דעת הלכתית כזו ומולה הכרעת דין נגדית ומחייבת של בית-המשפט העליון מותירות את הציבור המחפש שילוב של הערכים, נבוך. השופט שמגר אומנם פנה בסיכום דבריו בניסיון למנוע קרע זה⁸:

מבקש הייתי כי מעבר לקבלת מרותו של החיקוק ושל המסקנה בדבר חוקיותה של הפעלת הסמכויות על פיו, גם יתגלו מצד כל בעלי הדין הכנה והשלמה, אשר מתוכן תסולק המרידות, אשר הדיה עלו מתוך דבריהם של באי-הכוח המלומדים. הרי כבוד האדם בחייו ובמותו הוא בין ערכי היהדות המקודשים, ויהיה זה על כן בגדר הציפייה הסבירה, אם גישה זו תשמש גם את מי שכבר פעלו כאן בהענקת חסד של אמת.

אינני מתיימר להביע דעתי על פרשנותו של דבר הלכה, אולם דומה שלא יהיה זה מנותק מן הפרשה שלפנינו, אם גם ניתן את הדעת לכך



ביצר את עמדת המגן של הרבנות בפרשת תרזה אנגלביץ', הרב עובדיה יוסף

10. "פסיקת בג"ץ בפרשת קבורתה של תרזה אנגלביץ' – מתן יד לכפייה אנטי-דתית", דיני ישראל טו (תשמ"ט-תש"ן), ע' קעט ואילך.

7. דעת הרב שרביט התפרסמה בקובץ "ברקאיי" ב (תשמ"ה), ע' 43.

8. בג"ץ 637/85.

9. יביע אומר, כרך ז, סימן לו.

את הפרשנות ההלכתית המתירה את השארת הגופה בבית-קברות של ישראל, מפני דרכי שלום. אין ספק שמועצת-הרבנות-הראשית והרב עובדיה יוסף ידעו את המקורות החלופיים שהציע פרופ' שוחטמן. נראה לי שהסיבה שמנעה מהם לבחור בדרך זו הייתה המתח החברתי, החשדנות ההדדית והפרסום התקשורתי העוין שנלווה לפרשה. כל אלה יחד חברו לבצר את עמדת הרבנות ויצרו את חומת המגן הגבוהה והמבדילה. דיאלוג שקט וענייני בין הצדדים היה עשוי להוביל את כל הפרשה לסיום אחר.

ב. טיפול רפואי בכפייה (פרשת קורטאם)

לפני שתים-עשרה שנה נערך מרדף משטרתי אחרי שני עברייני סמים. במהלך המרדף הבחין אחד השוטרים באחד העבריינים שמכניס יד לפיו ובולע דבר מה. לאחר שנתפס העברייני, נשלח לבדיקה רפואית ונתגלה בבטנו גוף זר. לאחר ששוחחו עם העברייני, שוכנעו הרופאים שהוא אכן בלע כמות גדולה של סם ושכדי להצילו ממוות יש לנתחו באופן מיידי. העברייני התנגד לניתוח, ואז הוציא שופט שלום בחיפה צו המאפשר לנתח את העברייני בעל-כורחו.

בניתוח נתגלו שתי חבילות של הירואין, ואלה שימשו בעת המשפט כראיות נגד העברייני. הדיון נסב סביב השאלה האם ראיות אלו קבילות, לאור העובדה שהן הוצאו בניגוד לרצונו של העברייני. לאחר שבית-המשפט קיבל את הראיות הללו, פנה העברייני ועירער בפני בית-המשפט העליון¹¹. השופט בך התייחס, בין יתר דבריו, לפסיקה באנגליה ובארצות-הברית, שבהן "נתקבל ונשתרש העיקרון כי האדם

הוא שליט על גופו וכי לא ניתן להפעיל עליו טיפול פיס, ולא כל שכן לנתח את גופו, בניגוד לרצונו וללא קבלת הסכמתו..." מסתבר כי אסור לרופא לבצע ניתוח בניגוד לרצונו של הפציינט, אפילו נחוץ הדבר להצלת חייו של הפציינט. ואומנם, מסקנתו של השופט בך הייתה שהניתוח נעשה כדי, בהתחשב בחריגות שונות המצמצמות את הדין האמור. השופט בייסקי, שישב גם הוא באותו דין, לא קיבל את העמדה העקרונית של השופט בך, שגם במדינת ישראל יש לקבל את העיקרון בדבר זכותו של אדם שלא ינותח בלי הסכמתו¹²:

כשלעצמי, אין אני סבור כי בסוגיה קשה וסבוכה זו עלינו לאמץ בהכרח את העקרונות שנתגבשו בארצות-הברית ובאנגליה, הן העקרון הכולל האוסר טיפול פיס על-ידי רופא שלא בהסכמת הפציינט והן החריגים המעטים הפוטרים מהעיקרון. אין אני מפחית מערך האסמכתאות אשר הזכיר חברי, אך אין אני משוכנע, כי גישה זו עולה בקנה אחד עם הפילוסופיה היהודית לקדושת החיים כערך עליון ועם מסורת ישראל להציל במקום שניתן להציל.

בהמשך דבריו פורש השופט בייסקי את המקורות

ההלכתיים, המורים לכפות על חולה טיפול רפואי, במקום שיש סיכוי טוב להציל אותו, וכך מסיים הוא את דבריו:

סבורני כי העיקרון של קדושת החיים והצלתם כערך עליון מצדיק שלא להיצמד לאותם כללים הדוגלים כמעט בנוקשות, למעט חריגים מסוימים, באיסור התערבות בגופו של אדם ללא הסכמתו, בלי להתחשב בתוצאות... על כן, כאשר נתון אדם בסכנת מוות ודאית מיידי, או שצפוי הוא לנזק חמור ודאי לבריאותו, מותר ומותר לבצע ניתוח או התערבות אחרת בגופו אף שלא בהסכמתו.

פרופ' עמוס שפירא כתב מאמר ביקורת חריף על פסק דין זה, ותקף לא רק את השופט בייסקי, אלא אף את השופט בך¹³. הוא מכתיר את פסק דינם "הגיגים פאטרנאליסטיים", וטוען שפסק דין זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות החירות והאוטונומיה של היחיד. "בכל הכבוד", אומר שפירא, "נורמות כאלה לא יכירן מקומן בשיטת משפט הדוגלת בזכות הפרט להגדרה עצמית, בחירה חופשית ושליטה בגורלו". מובן שמי שמבקש לראות את מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית נאורה, כשאר מדינות המערב, לא יכול לשאת את דברי השופט בייסקי, אולם דווקא דבריו הם התשובה הנכונה לאיזון הנצרך והיכול להיות בין ההלכה לדמוקרטיה. במקרה זה הדמוקרטיה מנווטת את דרכה ומוצאת מסלול פרשני שתואם את עקרונות היהדות. על-ידי מציאת מסלול פרשני זה נמנעה התנגשות בין ההלכה והדמוקרטיה, וניתנה אפשרות לבטא פסק דין המושתת על שילוב ערכים אלה.

בעולמה של ההלכה יש עקרונות-על, שאינם שנויים במחלוקת ואינם גמישים, ועמם יש עקרונות שניתנים לפרשנויות שונות ומגוונות. גם בעולמה של הדמוקרטיה יש עקרונות משני הסוגים. בכל מקרה שאנו מוצאים עצמנו מול סכנת התנגשות בין שני הערכים יהדות ודמוקרטיה, עלינו לבחון אצל מי העיקרון הוא מוחלט וחד-ערכי ואצל מי ניתן למצוא חלופה המצמצמת את החזית ומונעת את ההתנגשות. משני צדי המתרחש יש כוחות הפועלים על מנת לחדד את הפער ולהביא את המדינה לצורך של הכרעה בין שני הערכים הללו. אנו, אנשי הציונות הדתית, שחרתנו על דגלנו את הנאמנות הכפולה לערכי המדינה היהודית הדמוקרטית, צריכים להיות גם נושאי הדגל בחינוך וביישום של שילוב ערכים זה. עלינו להעמיק אצל בנינו ואצלנו את משמעות הערכים, את המתח שביניהם ואת כיוון הפתרון לחיים בתוך מתח זה.

סעד

הצילומים באדיבות ארכיון "כל העיר"; צילום: י"ר מורד, אורי שטמן, רפי קוץ, פלאש 90



למצוא את הפרשנות ההלכתית המקילה, מפני דרכי שלום. השופט שמגר