

חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים"
נגד ליונל אריה קסטנבאום

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים [30.4.92]

לפני הנשיא **מ' שמגר**, המשנה לנשיא **מ' אלון** והשופט **א' ברק**

חוק העמותות, תש"ם - 1980, ס"ח 210, סעיף 1 - **חוק החוזים האחדים**, תשמ"ג - 1982, ס"ח 8, סעיפים 2 (המונחים "חזקה אחידה", "לקוח", "ספק"), 3, 19, 20, 30 - **חוק החוזים האחדים**, תשכ"ד-1964, ס"ח 58 - **חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב]**, תשל"א-1971, ס"ח 130, סעיף 15 - **תקנות שירותי הדת היהודיים (חברות לעניני קבורה)**, תשכ"ז-1966, ק"ת 130, תקנות 1 (המונח "חברה לעניני קבורה"), 2, 2(א), 4, 7 - **חוק החוזים (חלק כללי)**, תשל"ג-1973, ס"ח 118, סעיפים 12, 25(ב), 30, 39 - **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**, ס"ח תשנ"ב 150, סעיפים 1, 2, 8 - **חוק תקציבי השירותים הדתיים היהודיים**, תש"ט-1949, ס"ח 150, סעיפים 8, 8(ד) - **תקנות מועצת בתי העלמין היהודיים בירושלים**, תשכ"ז-1967, ק"ת 1304 - הצעת **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**, ה"ח תשנ"ב 60, סעיף 1 - **פקודת בריאות העם**, 1940, ע"ר תוס' 1, (ע) 191, (א) 239, סעיף 8(4) - **תקנות הביטוח הלאומי (דמי קבורה)**, תשט"ו-1955, ק"ת 1108 - **תקנות השירותים הדתיים היהודיים (אגרות שירותים של חברות קבורה)**, תשל"ל-1969, ק"ת 10, תקנות 2, 4, 5 - דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922, ח"א"י כרך ג, (ע) 2738, (א) 2569, סימן 82 - **פקודת החברות [נוסח חדש]** תשמ"ג-1983, נ"ח 764, סעיף 235 - **חוק-יסוד: חופש העיסוק**, ס"ח תשנ"ב 114, סעיף 1 - **פקודת הניקיון [נוסח חדש]**, נ"ח 266, סעיפים 36, 63 - **חוק-יסוד: הממשלה**, ס"ח תשנ"ב 214.

המשיב פנה, באמצעות אחיו, למערכת והסדיר עמה את עניני ההלוויה והקבורה של המנוחה. אחי המערער חתם על "טופס רישום והזמנת קבורה", אשר בתחתיתו נאמר כי ההזמנה נעשית על דעת תקנות המערכת וההתחייבויות הנובעות מכך וכי המזמין מאשר קבלת דף הסבר, שבו נאמר, בין היתר, כי על-פי התקנות האמורות הכיתוב על המצבה יהיה אך ורק באותיות עבריות, ללא ספרות וללא ציור או תמונה. המשיב פנה למערכת וביקש לאפשר לו לרשום את שמה ושנות הלידה והפטירה של רעייתו המנוחה באותיות לועזיות ובספרות שכן היא התגוררה מרבית חייה בארצות-הבריה, הייתה ידועה לפי שמה הלועזי וחייה התנהלו לפי הלוח הלועזי, והמבוקש הוא לכבודה ולרצונה ויעזור גם לרבים מקרוביה, מכריה ומוקריה מחו"ל להתייחד עם זכרה בבית העלמין. בקשה זו הושבה ריקם מנימוקים של שיקולים הלכתיים ולאומיים. זאת מדיניות המערכת מאז היווסדה.

המערכת היא עמותה, והיא הגדולה מבין חברות הקדישא הפועלות בירושלים. אחדות מהחברות האחרות מאפשרות הן חריטת שם הנפטר בלועזית והן ציון התאריך האזרחי. לאחר שתשומת לב המערכת הפנתה למצבה

= 465 =

מסוימת שעליה נעשה רישום של תאריך אזרחי (אף כי ללא ידיעה מראש של המערכת), היא הסכימה לאפשר רישום תאריך גריגוריאני על גב המצבה של המנוחה, אך בתנאי שהתאריך יירשם במלים עבריות ולא בספרות. מאוחר יותר, בשלב הדיון בנדון בבית המשפט העליון, הובעה גם הסכמתה לחריטת תאריכי הלידה והפטירה בספרות, ובלבד שייחרטו על גב המצבה.

המשיב עתר לבית המשפט המחוזי בבקשה למתן פסק-דין הצהרתי, לפיו קנויה בידי זכות להוסיף על המצבה, שהוקמה על קבר רעייתו המנוחה, את שמה באותיות לאטיניות ואת תאריכי לידתה ופטירתה בספרות, לפי הלוח הגריגוריאני. בית המשפט קיבל את התביעה. מכאן הערעור.

בית המשפט העליון פסק:

א. (אליבא דנשיא מ' שמגר): (1) במקרה דנן, פתרון הבעיה נשלט על-ידי יישום נורמות מתוך המיקבץ הדואלי של המשפט הציבורי והמשפט הפרטי לגבי זכויות הפרט וביטוי החירות המחשבתית האישית על צורותיה השונות, אשר עליהם מגינה שיטת המשפט בחברה חופשית. אל תחום זה חוברים כללים מהמשפט הפרטי בכלל ומדיני החוזים בפרט - אשר יש בהם הד לשמירה על העקרונות שהחברה שוקדת עליהם. היסוד הדומיננטי הוא היסוד הציבורי, המעצב, בין היתר, כללים בעניין יחסה של חברה מתוקנת לתחושות האישיות-רגשיות של הפרט ולכבודו כאדם, ובלבד שאין במימושם פגיעה מהותית בדיון או בזכויותיהם של אחרים (481 א-ב).

(2) בני האנוש הנמנים עם חברה נתונה נקראים לכבד את התחושות האישיות-רגשיות של הפרט ואת כבודו כאדם, וזאת מתוך סובלנות ומתוך הבנה, כי הדגשים הרגשיים האישיים שונים מאדם לאדם וכי בחברה חופשית אין שאיפה לקולקטיביות של אמונות, דעות או רגשות. חברה חופשית ממעטת בהטלת הגבלות על בחירותיו הרצוניות של הפרט ונוהגת בסבלנות, בסובלנות ואף בניסיון להבין את האחר, וזאת גם כאשר מדובר בהליכה בדרכים שאינן נראות בעיני הרוב כמקובלות או כרצויות (481 ב-ג).

(3) כפי שיש לקבל ולכבד זכותה של חברה לטפח תרבותה, לשונה הלאומית, מסורתה ההיסטורית וערכים כיוצא באלה, כך

גם צריכה לשרור נכונות לחיות עם פרט זה או אחר בתוך החברה, הבחור בדרך שאיננה זהה למגמות ולשאיפות של הרוב שבה. כשם שאין לכבול ידי רוב הציבור או מקצתו, המבקש לטפח, כדון, גישה המקדמת לשון, מסורת ותרבות לאומיים, כך גם אין מקום לאסור על פלוני, בעל הדעה האחרת, את ביטויה של גישה אישית או אף ציבורית הפוכה. בחברה חופשית יש מקום לדעות רבות ושונות, וקיומה של החירות שבה, הלכה למעשה, מוכח על-ידי יצירת האיזון הנכון, בעזרתו שואפים לאפשר לכל אחד להגיע לביטויו האישי בדרך שהוא בוחר. זו מהותה של הסובלנות, שהיא מתירה מיגוון של דעות, חירות של יכוח וחופש מצפון, כל עוד אלה אינם יוצרים סיכון כלל או לפרט אחר (481 ג-ה).

(4) פגיעה בחוק או באופן מהותי באנשים אחרים היא המחסום הלגיטימי לפריסת הכנפיים של החירות האישית. מידתה של פגיעה כזאת - מבחינת החומרא או הקולא - נבחנת לפי מבחן האדם הסביר מן השורה, היינו לפי אמת מידה אובייקטיבית ולא לפי תחושות ותגובות סובייקטיביות. בחברה חופשית, ההשלמה עם חירותו של אחר היא בגדר ציווי לכל פרט החי בה, ורק דברי עלבון וקנטרנות אמיתיים יכולים להקים את החיץ, המונע מעשיו של הפרט המבקש לפעול לפי תחושותיו ולפי אמונותיו. בכגון דא יש גם להבחין בין מה שאדם עושה בתחומו שלו לבין הנעשה בתחומם של אחרים, ואין דומה מי שרושם, למשל, דברים ברשות הפרט, או להבדיל על מצבה של יקיריו, למי שרושם דברים ברשותם של אחרים (481 ז-482 ב).

ב. (אליבא דנשיא מ' שמגר): (1) (בעקבות ע"א 280/71 [1]): לכל אדם זכות לכבד בדרך נאותה את זכר

= 466 =

אהוביו שהלכו לעולמם, בהתאם לאורח חייהם ולמסורתם, כל זמן שהדבר איננו פוגע ברגשות או באינטרסים לגיטימיים של הזולת. בית הקברות הינו מקום לא רק לקבורת מתים, אלא גם להבעת האהבה והכבוד שרוחשים החיים למתים (482 ב-ג).

(2) המצבה איננה מבנה ציבורי, אלא, בראש ובראשונה, סימון מקשר אישי בין החיים, השומרים בלבם זכר הנפטר, לבין מי שהלך לעולמו. זוהי יד, שהוצבה על-ידי אלה הבאים לפקוד מקו זה, אשר נועדה, בראש ובראשונה, להם ואשר עניינם בה צריך להיות מוגן ומיוחס (482 ג-ד).

(3) מקים המצבה אינו ראשי לעשות ככל העולה על רוחו. יש מקום לפיקוח, כדי שלא ייפגעו צורת בית הקברות ורגשותיהם של אחרים. כשבוחנים פגיעות 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 את שהיה לדעתו נראה חשוב בעיני הנפטר, צריכה לסגת מפני רגישותו של אחר, רק אם ברור וגלוי כי מה שנרשם יעורר התנגדותו החריפה והמוצדקת של סביר (482 ד-ה).

(4) מציב המצבה ואדם אחר שפוקד קבר אחר בבית הקברות אינם נצבים במישור אחד. המגמה צריכה להיות, כי אל לו לפרט האחד להיכנס לתחום רעהו ולהתערב ללא צורך בעולמו וברגשותיו. חייב אדם להתיר בידי האחר את הזכות ואת החירות לעשות כרוחו, על-פי רגשותיו ותחושותיו, והסובלנות מחייבת, שהאחד לא יתערב בענייניו של האחר, שאינו צריך לנגוע לו, כל עוד אין המדובר בנתונים עמם גם האדם הסביר אינו יכול להשלים, כגון רישום דברי בלע או קינטור או חריטה חזותית פוגענית (482 ה-ו, 483 א).

(5) במקרה דנן, מה שמבוקש על-ידי המשיב אינו קיצוני מדיי וחרגי מדיי לפי מהותו עד שיש בו כדי לפגוע באופן מהותי ברגשותיהם של אחרים. שאיפת המערערת לשליטת הלשון העברית בנוסח הכיתוב על המצבות היא לגיטימית, וכונותיה הן ללא דופי מהבחינה הציבורית-לאומית, אולם אין בהן כדי להתיר כפיית דעתה של המערערת על אחר (482 ו-483 א).

(6) במקרה דנן, מה שמוצג על-ידי המערערת כעיקרון מקודש, שאסור לסטות ממנו ואשר יש לקיימו באופן דווקני גם מול רצונו של הפרט לגישה ייחודית-אישית אחרת, אינו המקובל בבתי-קברות רבים אחרים, למשל בתל-אביב, ואינו מקיים על-ידי מספר חברות קדישא נכבדות בירושלים.

מכאן, שמה שמבוקש על-ידי המשיב אינו יוצא דופן באופן קיצוני ואינו בעל אופי פוגע. לפיכך אין לאסור ציון תאריך אזרחי או חריטת השם בכתב הלועזי, אם הדבר חשוב מן הבחינה הרגשית לקרוב המנציח את יקירו. דברים אלה אינם מתייחסים לבתי-קברות בהם חלים הסדרים מיוחדים מכות חוק מיוחד (483 ב-ד, ו).

ג. (1) (אליבא דנשיא מ' שמגר): (1) במקרה דנן, אין לראות את המערערת כצד רגיל לחוזה, אשר בתניותיו בחר המשיב מרצונו. במציאות הקיימת בתחום הקבורה לא הייתה למשיב למעשה ברירה אחרת. כמו כן, חופש הבחירה של מי שבא ביגונו כדי להסדיר קבורת יקירו אינו יכול להימדד, מבחינת שיעורו, על-פי אמת המידה הנוהגת בתחום ההתקשרויות הרגילות בין ספק ללקוח (484 א-ב).

(2) התפקיד המבוצע על-ידי המערערת הוא תפקיד שהוא בעיקרו ציבורי, הן מן הבחינה הפורמאלית והן מן הבחינה המהותית; חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], תשל"א-1971, ותקנות שירותי הדת היהודיים (חברות לעניני קבורה) תשכ"ז-1966, קובעים לגבי חברות קדישא לא רק הוראות רישוי גרידא; חיקוקים אלה משקפים גם את מעמדן המהותי המוכר של החברות במסגרת שירותי הדת הציבוריים החיוניים וביצוע פונקציה חברתית שאין בלעדיה, ובכך הן מושוות לעניין הדין החל על פעולותיהן לתאגידים הסטטוטוריים, ויש להחיל עליהן, אם כי את עקרונות היסוד של הגינות, שוויון, סבירות, יושר ותום-לב וכיוצא בהם מושכלות ראשונים של מינהל ציבורי ראוי (484 ב-ה).

= 467 =

(3) במקרה דנן, יש לבחון את ההסדר החוזי לאור אופייה הציבורי של המערערת ולפי הכללים הנורמטיביים המנחים

המשליכים על מירווח דרישותיה המותרות של המערערת. כיבוד רגשות הפרט ושמירת כבוד האדם משליכים גם על ההסדר החוזי בין בעלי הדין ועל הכללים לפיהם ייבחן תוכנו. יש לבחון את חוזהיה של המערערת, שהיא גוף משפטי בעל מעמד ציבורי מיוחד, דרך האספקלריה של הכללים הדנים בחוזי רשות. כללי המשפט הציבוריים חלים על חוזים אלה כדין מיוחד, הדוחה את דין החוזים הכללי (484 ז-48 ד).

ד. (אליבא דשופט א' ברק): (1) אם מוענק לגוף פלוגי תפקיד סטוטורי, יש להחיל עליו, לעניין ביצועו של תפקיד זה, את המשפט הציבורי. אין די בכך שאותו גוף פועל על-פי רישיון מטעם השלטון. הענקת הרישיון שוללת מפעולת אותו גוף את אופיו האסור, אך אין בה כדי להפוך את פעילותו לפעילות בתחומי המשפט הציבורי (517 ז-ה).

(2) במקרה דנן, מיקום הסוגיה בתחום המשפט הציבורי אינו נקי מספקות. המערערת מהווה "יציר כלאיים" מיוחד במינו. היא כוננה במשפט הפרטי, תחילה כאגודה עותמנית וכיום כעמותה, את החוזה (האחיד) עם המתקשרים עמה היא כורתת כאישיות משפטית במשפט הפרטי. אין הצדקה להחיל עליה את הלכות המשפט הציבורי רק עקב כך שהיא נותנת שירות שלא לצורכי רווח, לציבור בכללו, או עקב כך שרבות מההוראות הסטוטוריות העוסקות בקבוצה ענייני רישוי חברות הקבוצה ופיקוח על בעלי הרישיונות (516 ו, 517 ב-ג, ז-518 א).

(3) בתקנה 7 לתקנות שירותי הדת היהודיים (חברות לעניני קבורה), תשכ"ז-1966, המעניקה לחברה לעניני קבורה שקיבלה רישיון רשות לעשות כל פעולה סבירה הדרושה למען קבורת נפטר יהודי, יש כדי להעניק סמכות סטוטורית לחברה קדישא. בהפעלת סמכות זו וכן בתפקידיה האחרים מוטל עליה פיקוח, בין השאר, על-ידי מועצת בתי העלמין היהודיים בירושלים, המוקמת מכוח [תקנות מועצת בתי העלמין היהודיים בירושלים](#), תשכ"ז-1967.

גם ההרשאה להטיל אגרה, שניתנה לחברה כאמור בתקנה 2 לתקנות השירותים הדתיים היהודיים (אגרות שירותים של [חברות קבורה](#)), תש"ל-1969, מצדיקה מסקנה, לפיה ניתן להטיל עליה - בצד החובות מהמשפט הפרטי - גם חובות מהמשפט הציבורי (518 ז-ב).

(4) כגוף ציבורי הפועל במשפט הציבורי מוטלות על המערערת חובותיו של המשפט הציבורי. במסגרת זו עליה לפעול בהגינות ובסבירות וכנאמן של האינטרס הציבורי. אסור לה לשקול שיקולים זרים ולהפלות, ועליה לפעול לשם הגשמת התכלית העומדת ביסוד השלטונית שהיא מפעילה. תכלית זו היא התכלית הסובייקטיבית שעמדה לנגד עיני המחוקק והתכלית האובייקטיבית של דבר חקיקה בישראל. תכליות אלה כוללות את עקרונות היסוד של המשפט והמשטר - עקרונות יסודיים של שוויון, חירות וצדק, שהם נחלתן של כל המדינות המתוקנות והנאורות. הן כוללות "זכויות יסוד שאינן כתובות על ספר", אלא נובעות במישורן מאופייה של המדינה כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש. מקום שתכליות אלה מתנגשות, על הרשות השלטונית לפעול על-פי האיזון הראוי ביניהן שנקבע - כשאלה פרשנית-הלכתית - על-ידי בית המשפט (518 ז-519 ב).

ה. (אליבא דשופט א' ברק): (1) במסגרת השיקולים, אשר המערערת - כרשות ציבורית הנותנת שירותי קבורה - מוסמכת לקחת בחשבון, עומד השיקול של השפה העברית. שיקול זה מהווה אחת מהתכליות הסובייקטיביות, שעמדו לנגד עיני המחוקק שעה שהסמיך גופים לעניני קבורה של יהודים, והוא מהווה חלק מהתכלית האובייקטיבית המונחת ביסוד חקיקה זאת, שכן העברית היא שפתה הרשמית של המדינה (כצד הערבית), והחייאתה היא מהישגיה החשובים ביותר של התחייה הלאומית. הלשון העברית אינה נחלת

= 468 =

קבוצה זו או אחרת של יהודים בישראל; היא נכס של האומה כולה. דרישה לכיתוב עברי אינה פוגעת בכבוד האדם הנפטר או של בני משפחתו, ואם ישנם אנשים רגישים מיוחדים העשויים להיפגע מכך, הרי לא רגישות מיוחדת ויוצאת דופן זו היא הנלקחת בחשבון באיזון בין ערכים חברתיים. טבעי שרשות ציבורית דוגמת המערערת תהא מוסמכת לדאוג לכיתוב העברי על מצבות ותהא רשאית לעמוד על כך, כי על המצבות באחריותה ייתכן ביטוי לכיתוב עברי (519 ב-ו, 522 ה-ו).

(2) שיקול נוסף שעל רשות ציבורית כמערערת לקחת בחשבון הוא השיקול של כבוד האדם ושל רגשותיו והשקפתו של הפרט. "כבוד האדם" הוא זכות יסוד של האדם בישראל. בעבר היה הבסיס לזכות זו הלכתי. כיום הביסוס הוא [בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), המעניק לה מעמד חוקתי מיוחד (519 ז-520 א).

(3) במקרה דנן, לשיקול של כבוד האדם יש היבט כפול: ראשית, כבוד האדם וחופש המצפון, הביטוי והמחשבה של הנפטר. ייתכן שבחיינו ביטא האדם רצון משלו באשר לכיתוב על מצבתו - והדבר בא לידי ביטוי בצוואה שערך. על רצון זה יש להגן. הוא משקף את כבוד האדם ואת חוש המחשבה, הביטוי והמצפון שלו בחייו. שנית, כבוד האדם וחופש המצפון והביטוי של משפחת הנפטר. לבני משפחת הנפטר עומדות הזכות והחירות, כי זכר יקירם יכובד בדרך הנראית להם כראויה, וכי תינתן להם אפשרות להביע את רגשותיהם כלפיו באופן הנראה להם כמתאים. כיתוב בלשון שהמנוח ובני משפחתו דיברו בה הוא ביטוי לכך (520 א-ב).

(4) על הרשות השלטונית להתחשב בכבוד האדם ובחופש המצפון, המחשבה והביטוי של הנפטר בחייו ושל הקרובים לו אחר מותו, בשעה שהיא מעניקה שירותי קבורה. משמעות הדבר, היענות לבקשת הנפטר (בחייו) או משפחתו (לאחר מותו), כי הכיתוב על המצבה יהא בשפה שתיבחר על-ידי. כבוד האדם בו מדובר הוא גם כבודם של כל אלה אשר נקברו באותה חלקה ושל משפחותיהם.

המדובר בזכות אדם אינדיבידואלית, המשותפת לכל יחיד ויחיד בתור שכזה (520 ה-ו).

(5) בצד השיקולים של הלשון העברית מזה ושל כבוד האדם מזה עומד השיקול בדבר הסובלנות. ביסוד הקיום של המשטר הדמוקרטי עומד הערך של הסדר הציבורי.

בלא סדר אין חירות. מרכיב מרכזי של הסדר הציבורי הוא עקרון הסובלנות. חיי חברה תקינים מבוססים, מטבע הדברים, על ויתור הדדי ועל סובלנות הדדית: סובלנות למעשי הזולת ולדעותיו וסובלנות גם כלפי חוסר הסובלנות.

הסובלנות מהווה מטרה ואמצעי גם יחד. היא מהווה מטרה חברתית בפני עצמה, אשר להגשמתה צריכה כל חברה

דמוקרטיה לשאוף. היא משמשת אמצעי ומכשיר לאיזון בין מטרות חברתיות אחרות וליישובן, מקום שאלה מתנגשות זו בזו (520 ו-521 ד).
(6) על המערערת, ככל רשות שלטונית, לאזן בין השיקולים הנוגדים, כשקיימת התנגשות ביניהם, ולנהוג על-פי המערכת הנורמטיבית העולה מאיזון זה.
בעמידה על בלעדיות הכיתוב העברי על מצבה של יהודי שאינו חפץ בכך יש פגיעה ממשית וקשה בכבודו של אותו אדם בישראל. אין זו רגישות של היהודי החריג יוצא 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 העם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בלבם. הכרה בכבוד האדם מחייבת מתן חירות לאדם לעצב את כיתוב המצבה כפי שנראה לו ראוי (521 ו, 523 א-ב).
(7) פגיעה בכבוד האדם תתרחש, אם שלטון (לא ישראלי) יעמוד על כך שהכיתוב על מצבתו של יהודי יהא דוקא שלא בעברית, ואם כל שלטון יבקש לקבוע כללים נוקשים באשר לעיצוב מצבות. כבוד האדם הוא

= 469 =

כבודם של כל הנפטרים הקבורים בבתי-קברות ושל בני משפחתם. שלטון במדינה דמוקרטית ראוי לקבוע כללי כיתוב שנועדו שלא לפגוע בכבוד אדם עצמו. אם יינתן לכל אחד הדרור לעצב מצבה כרצונו, יהיה בכך ביטוי לחירותו שלו, אך הוא עשוי לפגוע בכך בכבודם ובחירותם של האחרים. נדרש "איזון פנימי" בין כבוד האדם של הפרטים השונים בינם לבין עצמם. דבר זה מחייב לעתים את הרשות הציבורית לקבוע כללים שיבטיחו אחידות ופשטות, אך אלה צריכות להיות מכוונות לשמירת הכבוד ולא לשמירת ערכים אחרים, כגון מעמד השפה העברית (523 ג-ה).
(8) 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 (523 ה).
(9) רשות ציבורית דוגמת המערערת, המפעילה סמכות שלטונית, אינה מוסמכת לפגוע פגיעה ממשית וקשה בכבוד אדם (של הנפטר או של קרוביו) על-מנת לקדם את הערך בדבר השפה העברית. בהתנגשות בין השיקולים של לשון עברית וכבוד האדם יד הערך בדבר כבוד האדם על העליונה. שימוש ייחודי בשפה העברית מטפח את כבודם של אלה הרואים בשפה העברית ביטוי לאישיותם.
לעומת זאת, כפיית הכיתוב העברי על מצבה של אדם אשר הוא בחייו - או משפחתו לאחר מותו - מתנגדים לכך, מהווה פגיעה בכבודו של אותו נפטר.
על-כן, באיזון הכולל בין הערכים המתנגשים מהווה דרישה של ייחודיות הכיתוב העברי פעולה בלתי סבירה (523 ז-ז, 525 א).
(א) ו. (אליבא דשופט א' ברק): (1) (בעקבות ד"נ 9/77 [27]) חירויות היסוד מהוות חלק מן המשפט, כשמן וכייעודן, היינו ככללי יסוד, המנחים ומגבשים דפוסי המחשבה והפרשנות המשפטית ומשפיעים עליהם מרוחם וממגמתם (524 א-ב).
(2) כבוד האדם נמנה עם זכויות האדם הבסיסיות. מבין אלה הוא המרכזי והיסודי. ממנו נגזרות רבות מהזכויות האחרות. הוא מוליד זכויות וחובות, קובע סמכויות וכוחות ומשפיע על פרשנותו של כל דבר חקיקה. זו מציאות נורמטיבית, ממנה מתבקשות מסקנות אופראטיביות. רשות שלטונית, המבקשת 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 הנדרש" (סעיף 8 (524 ב-ה)).
ז. (אליבא דשופט א' ברק): (1) חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, קובע, כי בית-משפט מוסמך לבטל או לשנות תנאי בחוזה אחיד, שיש בו, בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות, משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק, העלול להביא לידי קיפוח לקוחות. תחולת חוק זה אינה מוגבלת אך לחוזים מסחריים. היא משתרעת על מכלול החוזים האחידים, יהא תוכנם אשר יהיה. כמו כן אין תחולת החוק מוגבלת למצרכים או לשירותים (525 ה-ז).
(2) במקרה דנן, אין ספק כי בין המערערת לבין המשיב נכרת חוזה אחיד, שכן תנאיו - והתנאי בעניין הכיתוב על המצבה בעברית ככלל זה - נקבעים מראש על-ידי המערערת, כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בין המערערת לבין כל אלה המבקשים להיקבר או לקבור את יקיריהם בחלקת קבר שבידי המערערת (525 ז-526 א).
ח. (אליבא דשופט א' ברק): (1) התיבה "קיפוח" היא עמומה. היא משקפת ערך חברתי שלילי, אשר תוכנו המשפטי חייב להיקבע על-פי תכליתה של הנורמה המשפטית המעוגנת בתיבה זו, תכליתו של חוק החוזים האחידים הינה למנוע חוסר הגינות ביחס החוזי, הנובע מכך שצד אחד לחוזה הוא הקובע את תנאיו בחוזים רבים ואינו מאפשר על-כן משא ומתן ראוי ומתן ביטוי לרצון הלקוח. מבחן הקיפוח הוא מבחן ההגינות והסבירות. תנאי הוא מקפח, אם יש בו הגנה על אינטרס (כלכלי או אחר) של ספק מעבר לנתפס כראוי בסוג

= 470 =

זה של התקשרות. הוא אינו מקפח, אם נועד לשמור על האינטרס הלגיטימי והסביר של הספק (526 ב-ד).
(2) חוסר ההגינות של התנאי המקפח הוא בהגנת היתר שהוא נותן לספק לעומת הלקוח, המצוי במצב כוח נחות. הקיפוח, שחוק החוזים האחידים אוסר עליו, הוא קיפוח הנגזר מחוסר השוויון שביחסי הכוחות בין הצדדים היוצר מעין תלות או היעדר ברירה בהזיקותיו של הלקוח אל הספק. המדובר ביתרון בלתי הוגן באמצעות הכתבת תנאים. נקודת המבט של בית המשפט אינה של כלל הלקוחות, אלא של לקוח אינדיבידואלי ואנונימי - העומד כביכול מאחורי מסך של בערות - המוצא עצמו ניצב בפני תנאי בחוזה אשר מקפח אותו (526 ד-ו).

(3) אמת המידה בדבר "תנאי מקפח" אינה בהירה. אין היא מקרינה מתוכה היא ועל רקע תכליתה דימוי חד-משמעי באשר להיקף פריסתה. מטבע הדברים הוא, שמוענק שיקול-דעת שיפוטי נרחב באשר למהות הקיפוח. המבחן בכללותו הוא כללי וסתמי מדי ומשאיר מקום נרחב לשיקול-דעת שיפוטי (527 א).

(4) בהיזקקו לדיבור "קיפוח" אצל המחוקק לבית המשפט את התפקיד לצקת תוכן ערכי למה שנראה התנהגות בלתי הוגנת בחברה בזמן נתון. זוהי הסמכה חקיקתית לחקיקה שיפוטית. בית המשפט חייב לקבוע - על-פי הבנתו את טבע ההתקשרות בין הצדדים מזה ואת טבעם של ערכי החברה מזה - אם ההתקשרות היא הוגנת, או שמא יש בה הגנה יתרה על האינטרסים של הספק. הבחינה היא דו-רמתית. ברמה האחת נבחנים יחסי הצדדים והאינטרסים הטיפוסיים שלהם, וברמה האחרת נבחנת תפיסתה החברתית של השיטה באשר להגון ולסביר בסוג יחסים מסוים (527 א-ב).

(5) קביעת הקיפוח משקפת את האיזון הראוי אשר החברה יוצרת בין שיקולים כלכליים, מוסריים וחברתיים. היא מבטאת תפיסה חברתית באשר להגון ולראוי ביחסים חוזיים אחידים. אין היא פרי השקפה כלכלית אחת, ועל-כן יש מקום לתנאי מקפח בכל סוג של "שוק", וקיומו אינו מותנה ביחס מונופוליסטי בין הספק לבין הלקוח ואינו מותנה בסוג מסוים של תניות. הוא חל לעניין כל תניה שבחובה אחיד, יהיה עניינה אשר יהיה (527 ג-ו).

(6) במקרה דנן, התנאי בדבר כיתוב עברי ייחודי של שם הנפטר הוא תנאי מקפח בחובה אחיד. הוא פוגע בזכות החוקתית בדבר כבוד האדם תוך קידום אינטרסים שהמערערות מבקשת לקדם - שכשלעצמם ראויים הם וחשובים ובעלי ערך חברתי ניכר - מעבר למידה הראויה בנסיבות העניין. כמו כן יש לקחת בחשבון את העובדה, כי התנאי האמור הוטל על המשיב לאחר מות רעייתו, שעה שהיה נתון במצב שלא איפשר לו לשקול את תוכן התניה ולבחון את האפשרות לפנות לחברה קדישא אחרת; אפשרות שספק אם הייתה מעשית (527 ו-528 א, ה-ו).

ט. (1) עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של אדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת המשפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט. זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם (530 א-ב).

(2) עקרונות היסוד של המשפט הציבורי חלים במשפט הפרטי. הם מוזרמים כעקרונות פרשנות שונים, המופעלים על פעולות משפטיות במשפט הפרטי, באמצעות כלים של משפט פרטי כגון עקרונות תום הלב (סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973), ותקנת הציבור (סעיף 30 לחוק) מזה ועולות הרשלנות והפרת חובה חקוקה (סעיפים 36 ו-63 לפקודת המיקין [נוסח חדש]) מזה (530 ב-ו).

(1) הוראת סעיף 30 [\[חוק החוזים \(חלק כללי\)\]](#) - בעיקר הקביעה כי חוזה הנוגד את תקנת הציבור בטל - מזרימה אל תוך המשפט הפרטי את עקרונות היסוד של המשפט בכלל ואת זכויות האדם הבסיסיות בפרט.

= 471 =

באמצעות הקביעה האמורה מבטיחה שיטת המשפט, כי רמה מינימאלית של התנהגות ראויה תחול בתחומי המשפט הפרטי, ובעזרתה מכוונת החברה את ההתנהגות הראויה של הפרטים ביחסיה החוזיים (531 א-ג).

(2) בהעברת עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט מתחומי המשפט הציבורי אל תחומי המשפט הפרטי חלה בהם תמורה. חובת השלטון לקיים זכויות אדם אינה זהה בתוכנה לחובת הפרט לקיימן. חובת השלטון חמורה יותר, והגנה על היסוד כלפיו היא מקיפה יותר. עם זאת, גם כל פרט חייב בכיבוד זכויות היסוד של הפרט האחר. לפיכך נפסק, למשל, כי הגבלה בלתי סבירה על חופש העיסוק נוגדת את תקנת הציבור: נפסל תנאי בחוזה שבו נטל על עצמו עיתון התחייבות שלא לפרסם עניינים מסוימים ונקבע, כי בטלים חוזה לעבדות, חוזה השולל מאדם את חופש המצפון והדת או המעמידו בתלות השוללת את עצמאותו ועוד (531 ד-ו).

(3) הדיבור "תקנת הציבור" הוא דיבור עמום, ואין הוא מקרין מתוך עצמו - על רקע תכליתי - משמעות ברורה. כמו לעניין מושגי שסתום אחרים, כך גם לעניין תקנת הציבור, מוטל על בית המשפט לקבוע את תוכנו בכל חברה נתונה ובכל עת נתונה. שיקול-דעתו של בית המשפט בדון אינו שרירותי. בית המשפט אינו נותן ביטוי לתחושותיו הסובייקטיביות. הוא חייב ליתן ביטוי לתפיסות היסוד של החברה בה הוא חי ופועל ולהשקפות המקובלות על הציבור הנאור, המבטאות את המצפון הציבורי והכללי ואת השכנוע ההערכתי של החברה באשר להתנהגות הראויה והבלתי ראויה ביחסים החוזיים בין הפרטים. שכנוע זה יונק חיותו ממסמכי היסוד של החברה - חוקי היסוד והצהרת העצמאות - ומעקרונותיה, כפי שמצאו ביטוי בחקיקה ובהלכות הפסוקות לדורותיהן (532 ד-א).

(4) תוכנו של הדיבור "תקנת הציבור" בסעיף 30 [\[חוק החוזים \(חלק כללי\)\]](#) משתנה עם שינוי הזמנים ועם השינויים הכללים החלים בעם ובמדינה. אין קטיגוריות מוגדרות מראש של "תקנת הציבור". הקטיגוריות של תקנת הציבור פתוחות, וניתן להוסיף עליהן (532 ד-ז).

יא. (1) חופש החוזים הינו זכות חוקתית. האוטונומיה של הרצון הפרטי היא אחת מזכויות היסוד של האדם שיש להתחשב בה. זהו חלק מכבוד האדם וחירותו.

ההתקשרות חוזית היא ביטוי לאוטונומיה זו. עם זאת, חופש החוזים, בדומה לזכויות האדם האחרות, אינו ערך מוחלט. הוא זכות חוקתית יחסית, שיש לאזנה כנגד סוגי חופש אחרים וכנגד אינטרסים אחרים, הראויים להגנה, כגון הגינות, יושר, טוהר מידות ושוויון, ולכן נדרשת פעולה של שקילה ואיזון של ערכים מתנגשים וקביעת סדר עדיפות לאור האיזון המתבקש מתפיסת הציבור הנאור בתקופה נתונה בחברה נתונה (533 ב-ג, ה-ז, 534 ה).

(2) כאשר תוכנו של חוזה פוגע בחופש העיסוק, בכבוד האדם, בחופש התנועה, בחופש המצפון והדת או בחופש הביטוי - נדרש איזון בין העקרונות המתנגשים. רק כאשר משקלו של העיקרון בדבר חופש החוזים והאוטונומיה של הרצון הפרטי קטן ממשקלו של הערך הנוגד והמתנגש - רק אז יש מקום לבטל תניה בחוזה או את החוזה כולו בשל ניגוד לתקנת הציבור. כך למשל, לא כל תניה בחוזה הפוגעת בחופש העיסוק בטלה. רק אותה הגבלה שהיא "בלתי סבירה" מתבטלת. משמעות חוסר הסבירות, בהקשר זה, היא, כי ההסדר החוזי, הפוגע בחופש העיסוק, מבוסס על

פגיעה העולה על זו הנובעת מהאיזון הראוי בחברה בין חופש העיסוק לבין חופש החוזים, פגיעה הנותנת משקל כבד מדי לחופש החוזים ואינה נותנת משקל ראוי לחופש העיסוק (533 ג-ד, 534 ה-ז).
(3) האיזון הנערך במשפט הפרטי דומה לזה שנערך במשפט הציבורי, אך אין זהות בין השניים. בתחום המשפט הפרטי יש לתת משקל נכבד לערך בדבר חופש החוזים. במשפט הפרטי מאפשרים לפרטים - בתחומים ידועים ומוגדרים - לוותר במידת מה (אך לא באופן מלא או מהותי) על זכויות היסוד שלהם.

= 472 =

ויתור זה - המוצא ביטוי בחוזה - משפיע, מטבע הדברים על "נוסחת האיזון" הראויה בין הערכים השונים. להבדיל מהאיזון במשפט הציבורי, הפגיעה בזכות האדם במסגרת המשפט הפרטי מבוססת על רצון הנפגע ולא על כוח שלטוני (534 ז-535 א).

(4) הרתיעה מעריכת איזון במסגרת המשפט הפרטי וראיית "תקנת הציבור" כמושגיות מסוכנת, שיש להימנע מלהיזקק לה - עקב עמימותה ועקב התערבותה בחופש החוזים - אינן מוצדקות. שופט אינו בן-חורין לקיים תניה בחוזה, הנוגדת את טובת הציבור, או לבטלה. החובה לבטלה נובעת מעצם התפקיד השיפוטי. בין אם הוא מקיים את התניה ובין אם הוא מבטלה, הוא מפעיל את העיקרון של "תקנת הציבור". עמימות המושג "תקנת הציבור" אינה מטירה לשופט להתעלם ממנו (535 א-ב, ג-ו).

(5) לא על האינטרסים של צד זה או אחר מגן בית המשפט. הוא משקף את האינטרס הציבורי הכללי. אמת, תקנת הציבור היא שחוזים יקוימו, אך אין זו תקנת הציבור היחידה ואף אין זו תקנת הציבור החשובה ביותר. תקנת הציבור משמעותה, כי לחופש החוזים יש גבולות. אמנם, תקנת הציבור מחייבת ביצוע חוזים, אך זאת בתנאי שאין הם מנוגדים לתקנת הציבור. יש ליתן תוקף מלא לחוזה התואם את עיקרי הסדר הציבורי ואושר החברה ולשלול תוקף זה מחוזה החורג מתפיסותיו של הציבור הנאור. את העיקרון של תקנת הציבור יש להפעיל בזהירות ובאחריות, תוך גילוי רגישות שיפוטית לערכים המתנגשים, ותוך מתן פתרון הולם את שיטת המשפט ואח ערכי היסוד של החברה בהווה, תוך שמירה על המשכיות ועל התפתחות הדרגתית (536 ג-ד, 537 א-ד).

(6) אין **בחוק החוזים האחידים** ובכללי הקיפוח שבו כדי למנוע תחולתו של עקרון "תקנת הציבור" על חוזה אחיד. כל עיקרון וגישתו שלו, כל דין ותנאיו שלו. דיני הקיפוח מתמקדים, בראש ובראשונה, בצדדים וביחסי הכוחות שבניהם. ההגינות או חוסר ההגינות נקבעים על-פי תפיסת היסוד של החברה, אך הם נגזרים מיחסי הכוחות שבין הצדדים, ואילו תקנת הציבור נגזרת מעקרונות היסוד של השיטה. חוסר ההגינות הינו כלפי השיטה כולה (538 ב-ג).

(7) במקרה דנן, התניה בדבר ייחוד הכיתוב העברי נוגדת את תקנת הציבור, שכן היא פוגעת קשה ובאופן ממש בכבוד האדם ובסובלנות הנדרשת בחברה דמוקרטית (537 ד-ה).

יב. (דעת מיעוט - המשנה לנשיא מ' אלון): (1) על פעילות השלטון ביחסיו עם האזרח חלות נורמות המשפט הציבורי, הן כשהוא פועל בתחום המשפט הציבורי והן בפעילותו בתחום המשפט הפרטי ביחסיו עם האזרח, היינו בתחום המכונה "חוזי רשות". במקרה אחרון זה מצוה השלטון הן על דיני המשפט הפרטי והן על נורמות המשפט הציבורי (491 ז-492 א).

(2) במקרה דנן, על המערער, שאופייה הוא דו-מהותי, יחולו הן כללי המשפט הפרטי והן נורמות המשפט הציבורי, תוך התחשבות באופייה המיוחד, המשפיע הן על עקרונות המשפט הפרטי והן על נורמות המשפט הציבורי (49 א, 492 ג).

יג. (דעת מיעוט - המשנה לנשיא מ' אלון): (1) למערכת משפטית יש גוף בדמות הדין שבמשפט ויש נשמה, ולעתים אף נשמה יתרה, במהות ערכי המשפט (493 ב).

(2) בפעילות המערער משולבת רגישות אישית ו"נשמית" מיוחדת, הן מבחינה אישית של הנפטר והתייחדות קרוביו וידידיו עם זכרו, והן מבחינת הציבור בכללו ורגישותו המיוחדת לכבודם ולאופיים של הליכי הקבורה ולכבודו של בית הקברות. רגישות מיוחדת אלה באו לכלל ביטוי בעולמה של יהדות בשורה של הלכות והנהיות, המהוות רקע ותשתית למגמות ולערכי-על ציבוריים ופרטיים, המיוחדים לפעילות המערער והמהווים חלק מהנורמות שלפיהן עליה לפעול (493 ב-ה).

(3) (בעקבות ע"א 280/71 [1]): החברה האחראית לניהול בתי העלמין רשאית לפקח הן על צורת הכתובת

= 473 =

החוקה על המצבה והן על תוכנה, כך שלא תיפגע צורתו החיצונית של בית העלמין ולא ייפגעו רגשות בני הציבור הנזקקים לו (502 ה-ו).

(4) החלטת המערער, לפיה על המצבות שבבית הקברות שתחת פיקוחה ייכתב כיתוב עברי בלבד, ללא כיתוב לועזי, שבאה להוסיף לכבוד הראוי למקום, אינה בלתי סבירה או שרירותית ואין היא בגדר "כפייה לאומית". בכיתוב לועזי יש משום פגיעה חמורה באינטרסים של הזולת בכבוד המתים הקבורים בבית הקברות, שביקשו להיקבר באותו בית-קברות מתוך ידיעה שהכיתוב על המצבות שם הוא על טוהרת העברית, ובכבוד בני משפחותיהם. כמו כן, במקרה דנן, קיימות לפחות ארבע חברות קדישא אחרות בירושלים, שלפי תקנוניהן אינן מקפידות על בלעדיות השפה העברית, אם כי המדובר בבתי-קברות המיועדים בעיקר לבני עדה יהודית זו או אחרת, להבדיל מבית הקברות שבו ביקש המשיב לקבור את אשתו, שבו קבורים רבים מאנשי האוניברסיטה העברית שבה עבדה (498 א-499 א, 501 ז-502 א, 503 א-ד, 504 א, ה-ו).

יד. (דעת מיעוט - המשנה לנשיא מ' אלון): דרישת הסובלנות מטעם הרוב כלפי המיעוט מן הראוי שתאזן במידה מסוימת של סבלנות מטעם המיעוט כלפי הרוב, איזון שיימצא לפי משקלו הסגולי של כל אחד משני הערכים המתנגדים (507 ה).

טו. (דעת מיעוט - המשנה לנשיא מ' אלון): (1) במושג של "תקנת הציבור", כמובנו לפי סעיף 30 החוזים (חלק כללי), יש לעשות שימוש זהיר מאוד, נוכח הכלל הגדול בדבר עקרון חופש החוזים, שיסוד מוסד הוא במערכת המשפט, למרות שאינו אבסולוטי ויש לו גבולות ותחומים. כיבוד רצונם החופשי של הצדדים לחוזה הוא עיקרון גדול שבתקנת הציבור) ואין לסגת הימנו אלא במקרים חריגים ויוצאי דופן, שיש בהם משום פגיעה באושיות יסוד של הסדר החברתי (508 ד-ו).

(2) במקרה דנן, אין בהוראת המערערת בדבר בלעדיות הכיתוב העברי על המצבה משום פגם בנורמה מן הנורמות של המשפט הציבורי. היא הוראה טובה, נכונה וסבירה, ולפיכך גם אינה נוגדת את תקנת הציבור (508 ג-ד).

טז. (1) (דעת מיעוט - המשנה לנשיא מ' אלון): (1) ההתערבות השיפוטית בתנאי מתנאי חוזה אחיד היא על-פי מבחן הקיפוח, שאינו אלא מבחן של הגינות וסבירות, שבאמצעותו מרכיב בית המשפט את השקפותיו החברתיות על גבי החוזה האחיד שלפניו. בדונן בבדיקת תנאי מקפח על בית המשפט לשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות, ובנוסף לכך עליו להתחשב גם בנסיבות המיוחדות של העניין הנדון לפניו (509 ה-510 א).

(2) במקרה דנן, לא קיים כל תנאי מקפח אלא להפך: מדובר בתנאי סביר והגון, ובנסיבות המיוחדות של העניין, תהא פגיעה בציבור גדול ורב, שכבר הובא למנוחת העולמים, על-ידי ביטולו (510 א-ב).

יז. (דעת מיעוט - המשנה לנשיא מ' אלון): (1) בפרשנות דבר חקיקה על בית המשפט לתת את הדעת, בין היתר, לתכלית החקיקה ולהיסטוריה החקיקתית לשם ביאור לשון החוק, אך יש לעשות כן בזהירות מרובה, ובמיוחד כשמדובר בפירוש מונחים-ערכים כגון כבוד האדם וחירותו, שמעצם טבעם הם כוללניים ובלתי מבוארים (511 א).

(2) **בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** נקבע בלשון ברורה, שתכליתו היא לעגן את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. תכלית דו-ערכית זו - מדינה יהודית ודמוקרטית - חד היא, ובא זה ולימד על זה, ובא זה ומשלים את זה.

עם חקיקת סעיף 1 לחוק-יסוד זה הפכו זכויות היסוד לזכויות הכתובות על ספר, שההגנה עליהן היא כדי לעגן את ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, ערכים היונקים מערכי מורשת ישראל ומורשת היהדות ומערכי הדמוקרטיה של מדינה שוחרת חופש. השימוש בשפה

= 474 =

העברית והכיתוב בשפה זו הם ערך יסוד בערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית (511 א-ב, 512 ז-513 ב).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאזכרו:

- [1] ע"א 280/71 ג' ג'דעון נ' חברת קדישא גחש"א ואח', פ"ד כז (1) 10.
- [2] בג"צ 532/74 כן-צבי ואח' נ' המועצה הציבורית להנצחת החייל ואח', פ"ד ל (1) 305.
- [3] בג"צ 731/86 בשג"צ 91/87 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', פ"ד מא (2) 449.
- [4] בג"צ 262/62 פרץ ואח' נ' המועצה המקומית כפר-שמריהו, פ"ד טז (1) 2101.
- [5] ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח', פ"ד מג (1) 441.
- [6] ע"א 391/80 מירה ומיכאל לסרסון ואח' נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח (2) 239.
- [7] ע"ב 2/84, 3 נימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225.
- [8] ע"א 148/77 ש' רוט ואח' נ' ישופה בניה בע"מ, פ"ד לג (1) 617.
- [9] ע"א 793/76 (המ' 506/78) לוקמן נ' שיף, פ"ד לג (2) 533.
- [10] בג"צ 142/89, 172 תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד מד (3) 529.
- [11] ע"ב 1/88 נימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב (4) 177.
- [12] בג"צ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני ת"א ואח', פ"ד א 85.
- [13] בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי ואח', פ"ד טז (1) 2407.
- [14] בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה (1) 749.
- [15] בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין ירושלים, פ"ד כה (1) 325.
- [16] בג"צ 126/84 גלבע ואח' נ' מפעל הפיס ואח', פ"ד לט (4) 68.
- [17] בג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה ואח', פ"ד לד (2) 566.
- [18] בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח' פ"ד יח (1) 598.
- [19] בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118.
- [20] בג"צ 532/74 כן-צאב ואח' נ' המועצה הציבורית להנצחת החייל ואח', פ"ד ל (1) 305.
- [21] בג"צ 355/79 קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח', פ"ד לד (3) 294.
- [22] בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מא (1) 421.
- [23] בג"צ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ ואח' נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע ואח', פ"ד ל (1) 757.
- [24] בג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא (3) 255.
- [25] בג"צ 73/53, 87 חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871.
- [26] בג"צ 124/70 שמש ואח' נ' רשם החברות, פ"ד כה (1) 55.

- [27] ד"ר 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת ענתון "הארץ" בע"מ ואח', פ"ד לב (3) 337.
 [28] בג"צ 337/81 מיטרי ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לז (3) 337.
 [29] בג"צ 935/89, 940, 943 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מד (2) 485.
 [30] ע"א 764/76 שמעוני נ' מפעלי רכב אשדוד (מ.ל.) בע"מ, פ"ד לא (3) 113.

= 475 =

- [31] ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וציוד ספורט ישראל בע"מ נ' נחמיאס ואח', פ"ד כט (1) 63.
 [32] ע"א 1/79 מפעלים לניקוי יבש קשת בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לד (3) 365.
 [33] ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל - עמותה נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל ואח', פ"ד מה (5) 89.
 [34] ע"א 661/88 חימום נ' חמיד ואח', פ"ד מד (1) 75.
 [35] ע"א 614/76, 675 פלמונית ואח' נ' אלמוני; אלמוני נ' פלמונית ואח', פ"ד לא (3) 85.
 [36] ע"א 566/77 דיקר נ' מוך ואח', פ"ד לב (2) 141.
 [37] ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נ' מזיאר, פ"ד יז 1319.
 [38] ע"א 682/74 יקותיאל נ' ב' ברגמן ואח', פ"ד כט (2) 757.
 [39] ע"א 245/81 חוריה סולטאן נ' חסן סולטאן, פ"ד לח (3) 169.
 [40] ע"א 493/69 מדינת ישראל נ' חדד ואח' וערעור שכנגד, פ"ד כד (1) 7.
 [41] ע"א 685/81 ליינס וג'נרל חברה לבטוח ע"מ נ' בורכרד ליינס בע"מ וערעור שכנגד, פ"ד לח (3) 421.

פסק-דין אנגליים שאוזכרו:

[43] NEVILLE V. DOMINION OF CANADE NEWS COMPANY, LIMITED [1915] 3 K.B. 556 (C.A.).

[44] HORWOOD V. MILLAR'S TIMBER AND TRADING COMPANY, LIMITED [1917] 1 K.B. 305 (C.A.).

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- [א] ברכות, ס, א
 [ב] עירובין, עב, ב
 [ג] גיטין, מא, ב; עד, ב
 [ד] קידושין, ס, ב
 [ה] רש"י, ביצה, ב, ב, ד"ה דהיתרא עדיף ליה
 [ו] תוספות, ביצה, ב, ב, ד"ה וכת כח דהיתרא עדיף
 [ז] שו"ת יביע אומר, ח"ג, י"ד, ט
 [ח] שו"ת ציץ אליעזר, ח"ט, יד
 [ט] שו"ת מהר"ם שיק, ל"ד, קעא; חו"מ, נו
 [י] ויקרא רבה, יד, א [יא] בראשית, א, כז [יב] רש"י, בראשית, א, כז [יג] בראשית רבה, ח, א [יד] מגילה, כט, א [טו] רמב"ם, אבל, יד, יג [טז] שו"ע, י"ד, שסח, א

= 476 =

[יז] סנהדרין, מו, ב - מז, א

הערות:

1. לתנאי מקפח בחוזה אחיד ראה: ע"א 568/88 חברת בית יהונתן בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' וערעור שכנגד, פ"ד מה (2) 385; ע"א 688/89 הילולים (אריזה ושיוק) בע"מ ואח' נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד מה (3) 188; ע"א 867/86, ע"א 209/87 א' שרון ואח' נ' שכון עובדים בע"מ ואח', פ"ד מה (3) 617.
2. לחופש החוזים ראה: ג' שלו, "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז (תשמ"ז-מ"ח) 465; מ' דויטש, "החוזה הכפוי והחופש מהתקשרות בחוזה" עיוני משפט טו (תשנ"א-נ"ב) 35; רע"א 2512/90 סופרגז חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נ' תופיני סער ואח', פ"ד מה (4) 405; רע"א 5248/90 אנטין ואח' נ' פרנקל, פ"ד מה (5) 139.
3. לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ראה: א' ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב-ג) 9; ש' אלמוג, "חוק-יסוד: חופש העיסוק"; חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפט וממשל א (תשנ"ב - ג) 185.

ערעור על פסק-דין של בית המשפט המחוזי בירושלים (הנשיא ו' זיילר) מיום 25.12.90 בה"פ 2116/89*. הערעור נדחה

ברוב דעות נגד דעתו החולקת של המשנה לנשיא מ' אלון.

צ' טרלו - בשם המערערות;
י' שופמן - בשם המשיב.

פסק-דין

הנשיא מ' שמגר: 1. ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, אשר נעתר לבקשת המשיב והצהיר, כי למשיב הזכות להוסיף על המצבה, שהוקמה על קבר רעייתו המנוחה, את שמה באותיות לאטיניות ואת תאריכי לידתה ופטירתה בספרות, לפי הלוח הגריגוריאני.

2. העובדות העיקריות אינן שנויות במחלוקת והן תוארו על-ידי הערכאה הראשונה: המנוחה נפטרה ביום 5.12.87. לבקשת המשיב, פנה אחיו למחרת היום אל המערערות והסדיר עמה את ענייני ההלוויה והקבורה, בחלקה המוחזקת על-ידי המערערות בהר המנוחות בגבעת שאול שבירושלים. בשלב זה חתם המזמין על "טופס רישום הזמנת קבורה", אשר בתחתיתו נאמר כך: "על דעת תקנות החברה (המערערות - מ' ש') וההתחייבויות הנובעות מכך, הנני מזמין

----- * פ"מ תשנ"א (1) 122.

= 477 =

בזה ביצוע הקבורה של הנפטרת הנ"ל ומאשר כי קיבלתי דף הסבר למזמין לוויה".
לטופס זה צורף דף הסבר כנ"ל, אשר בתחתיתו נרשם:

"לתשומת לב מזמין מצבה"

לפי תקנות הח"ק, הכתב שעל המצבה יהיה כתוב אך ורק באותיות עבריות ללא ספרות וללא ציור או תמונה".

ביום 24.12.87 פנה המשיב אל המערערות במכתב, בו ציין כי רעייתו נולדה בארצות-הברית, גרה שם מרבית חייה, הייתה ידועה לפי שמה הלוועזי וחייה התנהלו לפי הלוח הלוועזי. לפי דעת הכותב -

"לכבוד הנפטרת ולרצונה ששמה ושנות הלידה והפטירה יופיעו על המצבה בצורה המוכרת לה ולנו. הדבר גם יעזור ויאפשר לרבים מבני המשפחה ולקרובים ומוקירים, בייחוד אלה מחו"ל, להתייחד עם זיכרה בבית העלמין".

בתגובה השיבה המערערות במכתב מיום 6.3.88, כי נושא מבוקשו של המשיב "נדון לא אחת בפניות של משפחות אשר ביקשו ליתן ביטוי לשפת ארץ מוצאם". אולם עם כל ההבנה שרוחשת המערערות לבעיה זו, הרי ש"תקנות היסוד של קבעו במפורש כי הרישום על גבי המצבות בחלקות המוחזקות על ידי חברתנו ייעשה אך ורק בשפה העברית ובהתאם ללוח העברי". קביעה זו נעשתה, כאמור במכתב, משיקולים הלכתיים ולאומיים. הטעם ההלכתי יסודו בפגיעה הגלומה בציון תאריך המהווה מניין להולדתו של ישו הנוצרי. הטעם הלאומי נעוץ ברצונם של "קירי ירושלים של אותם ימים, הועד הלאומי וקהילת ירושלים, ליתן ביטוי לתקומת ישראל ולממלכתיות...". לאחר שגם פנייה של המשיב אל מועצת בתי העלמין לא הועילה, פנה המשיב אל בית המשפט קמא, בבקשה למתן פסק-דין הצהרתי כמפורט בסעיף 1 לעיל.

עובדות נוספות הצריכות לעניין הן אלו המתייחסות לאופייה של המערערות ולפעולותיה: המערערות רשומה כיום כעמותה לפי חוק העמותות, תש"ם-1980. אולם, היא נוסדה עוד בשנת 1936 בחסות כנסת ישראל וקהילת ירושלים, מוסדות שפעלו מלפני קום המדינה, כשמטרתה להיות החברה קדישא של הציבור הציוני בירושלים, חילוני כדתי; זאת, להבדיל מעשרים ויותר חברות קדישא אחרות של עדות, כוללים וארגונים אחרים, שפעלו אז בירושלים וגם שנים רבות לאחר מכן. כיום פועלות בירושלים, לבד מהמערערות, עוד תשע חברות קדישא, אם כי היא הגדולה ביותר ומבצעת כמחצית מהקבורות. לפחות ארבע מהחברות האחרות, הפועלות באותם אתרים שבהם פועלת המערערות, אם כי לא בחלקה הספציפית בה נטמנה המנוחה, מאפשרות הן חריטת שם הנפטר בלוועזית והן ציון התאריך האזרחי; ואילו המערערות מחויבת, לטענתה, למצוא מכנה משותף בין קבוצות הציבור השונות אותן היא משרתת, ומכנה משותף זה היה והינו השימוש הבלעדי בשפה העברית על גבי המצבות, מטעמי דת ולאום ובעיקר מטעמי לאום. עוד יצוין, כי אחרי שתשומת לב המערערות הופנתה למצבה שעל קברו של פרופ' שמואל אטינגר ז"ל, שעליה נעשה רישום של תאריך אזרחי (אף כי ללא ידיעתה מראש של המערערות), הייתה

= 478 =

המערערות מוכנה לאפשר רישום תאריך גריגוריאני על גבי המצבה של המנוחה, אך בתנאי שהתאריך יירשם, כמו במקרה הקודם הנ"ל, במלים עבריות ולא בספרות. בעת הדיון לפנינו הובעה מצד המערערות גם הסכמה לחריטת תאריכי הלידה והפטירה בספרות, ובלבד שיחרטו על גב המצבה.

3. בית המשפט קמא (מפי נשיאו הנכבד) בחן את ההתקשרות בין הצדדים, בין היתר, באספקלריה של [חוק החוזים](#) על גבי המצבה, הינו "תנאי מקפח" בחוזה אחיד, כמשמעותו של מונח זה בסעיף 3 לחוק. נקודת המוצא הייתה האמור בפסק-דינו של בית-משפט זה בע"א 280/71 [1], בעמ' 23, לפיו:

"כולי עלמה 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 האהדה והכבוד שרוחשים החיים למתים".

בית המשפט הזכיר, כי "מי שמבקש להגביל את הקרובים לנהוג על-פי הרגשתם ורצונם, חייב להצביע על אסמכתה ברורה בדיון" (בג"צ 532/74 [2], בעמ' 306).

מכאן הסיק בית המשפט, כי מי שמבקש לשלול מפלוני את הזכות המתוארת לכיבוד זכרו של המת, בדרך הנבחרת על-ידיו, מקפח לכאורה אותו פלוני; אם רוצה המשיבה לסתור את המסקנה בדבר קיפוח, עליה להצביע על "אסמכתה ברורה בדיון" או להראות שאין להגיע למסקנה כזו בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות (סעיפים 3 ו-19 לחוק).

אשר לציון התאריכים הגריגוריאניים על גבי המצבה, הרי, כאמור, סמך בית המשפט החלטתו על הלכת ע"א 280/71 [1] הנ"ל, אשר בה נפסלה, לפי [חוק החוזים האחדים](#), תשכ"ד-1964 (היינו, החוק הדין בסוגיית החוזים האחדים במתכונתו הקודמת), תניה, שאסרה ציון תאריכי הלידה והפטירה על-פי "הלוח הכללי". בית המשפט קבע שם, כי לא היה יסוד להנמקה ההלכתית אותה ביקשו להעמיד ביסוד ההגבלה. בעניינינו הוסיף בית המשפט המחוזי, כי על חולשתו של הטעם ההלכתי ניתן ללמוד מהסכמתה של המערערת לחריטת התאריך הלוועזי באותיות עבריות (במקרה של פרופ' אטינגר ז"ל ובמקרה דנן) וכן מן העובדה שחברות קדישא אחרות אינן אוסרות רישומים כגון דא. תאריכים לוועזיים הופיעו במסמכיה של המערערת אשר הוגשו לבית המשפט. מן האסמכתאות שצירף המשיב ממקורות הלכתיים עולה, כי בחלקם הובעה הסכמה לשימוש בתאריך לוועזי בהקשר דנן, או לפחות הובעה הסתייגות מהטלת איסור על כך.

בית המשפט לא מצא כל טעם לאומי, אשר בכוחו לבסס את התנאי שקבעה המערערת, לעניין השימוש בספרות במקום אותיות עבריות. השפה העברית הלאומית כוללת, כשהיא נכתבת, את

= 479 =

הספרות בכתיב המקובל. כי הן אוניברסאליות והפכו לחלק אינטגרלי של הכתיבה בעברית ושל צורתה.

הערכאה הראשונה הוסיפה, כי במסגרת הרצון לחתור לקראת אינטגרציה מלאה של החברה הישראלית-יהודית, יש דברים שניתן וצריך לאכפף, משום שכל דרך חלופית תנציח את שאינו משותף בין תושבי הארץ. כך, למשל, אין ברירה זולת החלת חינוך עברי ושימוש בשפה העברית כשפה דומיננטית במוסדות ממשלה, בתקשורת הממונית ובחיי היום-יום. לעומת זאת, מכבדת הציבוריות הישראלית מנהגי פזורות שונות, החל מהסחרה ליוצאי כורדיסטן, עבור דרך המימונה ליוצאי מרוקו וכלה חדשות ברדיו ובטלוויזיה ליוצאי פזורות שונות, בשפתם שלהם.

כשבאים לבחון, היכן צריך שתהיה "כפייה לאומית" והיכן ניתן וצריך להשכיל ולנהוג באורך רוח עד להשלמת האינטגרציה, נכון יהיה ליתן, בין השאר, משקל נכבד לאותם עניינים שיש בהם נימים ואספקטים אישיים או רגשיים, והאופן והדרך בהם רואה אדם לכבד ולהנציח את יקיריו שהלכו לעולמם נמנים עם סוג זה של עניינים.

ברוח זו קבעה הערכאה הראשונה, שאין לכפות על מי שהורגל כל חייו לראות את שם יקיריו כתובים באותיות לאטיניות, כי שמותיהם ייחרטו על מצבה המוקמת על קברותיהם רק באותיות עבריות; כדבריה*:

"מצבה היא יד שנעשתה למען החיים, כדי ליתן לאדם הנותר בחיים תחושה, שהיקרים לו לא נעלמו כליל, וכי נותרה להם יד גם בעולם הזה. הפיכת יד זו לגוף דומם משמים וחסר הבעה, מבחינת הנותר בחיים, היא קשה, ואין לכפות אותה כשאין טעמים כבדי משקל לעשות כן".

לדעת בית המשפט המחוזי, מביא סירובה של המערערת לתוצאה של קיפוח של המשיב הנזקק לשירותיה.

4. על סמך אלה החליט בית המשפט קמא להיעתר לבקשת המשיב והצהיר, כי למשיב הזכות להוסיף על המצבה את שם המנוחה באותיות לאטיניות ואת תאריכי לידתה ופטירתה לפי הלוח הגריגוריאני ובספרות.

מכאן הערעור שלפנינו.

5. טענה מרכזית של המערערת היא, כי הערכאה הראשונה לא הבחינה כנדרש בין הנושא של נטל ההוכחה לבין הדיון במהותה של ההוכחה בתביעה מסוג זה. לטענתה, במקרה דנן מדובר בהתקשרות במישור המשפט הפרטי, ואין מקום ליישומה של המבחן ששימש בג"צ 532/74 [2]

= 480 =

הנ"ל, לפיו מי שמבקש להגביל את הקרובים לנהוג על-פי הרגשתם, חייב להצביע על אסמכתא ברורה בדיון. מבחן זה יפה במישור המשפט הציבורי, ואכן בג"צ 532/74 [2] הנ"ל דובר בקבוצה בבית-קברות צבאי, נושא המוסדר מכוח חוק ומנוהל על-ידי רשות ציבורית. כאשר מדובר בהתקשרות בחוזה בתחום המשפט הפרטי, יש לאזן בין זכות היסוד החוקתית של חופש החוזים לבין החובה החוקתית לבטל תנאי מקפח בחוזה אחיד. את התשובה יש למצוא במסגרת המשפטית של החוק ומבחניו, כפי שנתפרשו בפסיקה, ובהתאמה למקרה דנן.

המערכת חוזרת על טענותיה בערכאה הראשונה ומבקשת להדגיש את הפגיעה ברגשות קרוביהם של נפטרים אחרים (ברוח דעת המיעוט של השופט ויתקון בע"א 280/71 [1] הנ"ל), את העובדה שאין לה מונופול בירושלים, וכן את הצביון והרגישות המיוחדים לעיר זו. המערכת מצביעה על אסמכתאות הלכתיות, מהן יש ללמוד, לטענתה, על האפשרות לרשום תאריך לועזי במלים עבריות, בניגוד לנקיבתו בספרות. היא מוסיפה, כי אין דומה שימוש בתאריך לועזי ובספרות לצרכים אזרחיים-משפטיים, כגון לצורך הגנה על זכויות יוצרים בספר או שימוש בכתבי-בידיון, לחריטת התאריך על גבי מצבה בבית-קברות יהודי; כפי שאין דומה השימוש שנעשה בשפות לעז באספקטים השונים של חיי היום-יום לשימוש כזה בבית הקברות. המצבות יעמדו על תלן עד תחיית המתים, ומן הראוי כי במקום זה תשלוט לשון הקודש, המאחדת את העם. השפה העברית הייתה נחלתו הייחודית של העם היהודי במשך אלפיים שנה, ומשימת החייאתה כשפה אחידה ומאחדת עמדה בראש מעייניהם של האבות המייסדים של המדינה ונחרטה על מגילת העצמאות. כיום העברית הינה מכנה משותף לאומי, המאחד את מי ששומר מצוות ואת מי שאינו עושה כן, ואין ליטול ממאפיין מרכזי זה של העם את ייחודו. דרישתה של המערכת אין בה כל גנאי או מעשה בלתי הוגן או בלתי צודק, והיא איננה נוגדת את התפיסות המוסרית והחברתיות הנהוגות במדינה.

עד כאן טענות המערכת.

6. (א) פתרונה של המחלוקת שלפנינו מן הנכון שיבוא כפועל יוצא מהגדרת מהותה ומיקומה של הפלוגתא בתוך הפסיפס של תחומי המשפט. בכל הנוגע לתשתית העיונית של הסוגיה בה אנו דנים כאן, יכול, כמובן, שיסתבר, כי מדובר על מספר תחומי משפט החוברים יחד, או אף משתלבים זה בזה. בכגון דא יש לראות תחומי המשפט - בתוך כל שיטת משפט נתונה - כמזינים זה את זה וכיונקים זה מזה, והוא כל עוד אין במהותו של העניין כדי ליצור סייג להעברת כללים מתחום אחד למשנהו. כך, למשל, שואפים הכללים של עדות שמיעה בתחום האזרחי לזהות עם אלו השימיים בתחום הפלילי, אולם בכל הנוגע למידת ההוכחה הנוהגת בכל אחד מתחומי המשפט האמורים, שומר כל תחום על ייחודו. דוגמה זו ישימה במיוחד לצורך ענייננו, כי שורשיהם של הכללים הדנים במידת ההוכחה נטועים בתפיסות היסוד המשפטיות של חברתנו.

(ב) בעקבות איכנו של התחום המשפטי הנוגע לעניין כאמור לעיל יבוא השלב השני: יהיה צורך להגדיר את הנורמה המנחה, אשר על יסוד יישומה יתקבל המענה השלילי או החיובי, לפי העניין, להשגותיה של המערכת.

= 481 =

7. לטעמי, נשלט פתרונה של הבעיה שלפנינו על-ידי יישום נורמות מתוך המיקבץ הדואלי של המשפט הציבורי והמשפט הפרטי; כוונתי לתחום של זכויות הפרט ולביטוייה של החירות המחשבתית האישית על צורותיה השונות, אשר עליהם מגינה שיטת המשפט בחברה חופשית. אל תחום זה חוברים כללים מדיני המשפט הפרטי בכלל ומדיני החוזים בפרט-אשר בהם יש הד לשמירה על העקרונות שחברתנו שוקדת עליהם.

היסוד הדומיננטי הוא, לדידי, זה הציבורי, המעצב, בין היתר, כללים בעניין יחסה של חברה מתוקנת לתחושות האישיות-רגשיות של הפרט ולכבודו כאדם, ובלבד שאין במימושם פגיעה מהותית בדיון או בזכויותיהם של אחרים. בני האנוש הנמנים עם חברה נתונה נקראים לכבד את התחושות האישיות-רגשיות של הפרט ואת כבודו כאדם, וזאת מתוך סובלנות ומתוך הבנה, כי הדגשים הרגשיים האישיים שונים מאדם לאדם וכי בחברה חופשית אין שאיפה לקולקטיביות של אמונות, דעות או רגשות. חברה חופשית ממעטת בהטלת הגבלות על בחירותיו הרצוניות של הפרט ונוהגת בסובלנות, בסובלנות ואף בניסיון להבין את האחר, וזאת גם כאשר המדובר בהליכה בדרכים שאינן נראות בעיני הרוב כמקובלות או כרצויות. כפי שיש לקבל ולכבד זכותה של חברה לטפח תרבותה, לשונה הלאומית, מסורתה ההיסטורית וערכים כיוצא באלה, כך גם צריכה לשרור נכונות לחיות עם פרט זה או אחר בתוך החברה, הבוחר בדרך שאיננה זהה למגמות ולשאיפות של הרוב שבה. כשם שאין להצר צעדיו של מי שמבקש לקדם דרכים חוקיות את השלטתה הבלעדית בחיינו של הלשון העברית ואף את הטוהר שבביטוייה היגויה, וכשם שאין לכבול ידי רובו של הציבור או מקצתו, המבקש לטפח, כדון, גישה המקדמת לשון, מסורת ותרבות לאומיים, כך גם אין מקום לאסור על פלוני, בעל הדעה האחרת, את ביטוייה של גישה אישית או אף ציבורית הפוכה. בחברה חופשית יש מקום לדעות רבות ושונות, וקיומה של החירות שבה, הלכה למעשה, מוכח על-ידי יצירת האיזון הנכון, אשר בעזרתו שואפים לאפשר לכל אחד להגיע לביטויי האישי בדרך שהוא בוחר. זו מהותה של הסובלנות, שהיא מתירה מיגוון של דעות, חירות של יכוח וחופש מצפון, כל עוד אלה אינם יוצרים סיכון לכלל או לפרט אחר.

בפרפרזה לדברי R. P. WOLFF ניתן אף לדבר על יסוד ההכרח אשר בקיומה של הסובלנות, כפועל יוצא ראציונאלי. מן הרצון לקיים חברה דמוקרטית, אשר ביטוייה לא רק בחסים בין השלטון הריבוני לבין הפרט אלא גם ביחסים בין פרט אחד למשנהו.
WOLF F ציין, כי -

"IN THE WOULD-BE ORTHODOX SOCIETY, TOLERANCE OF DIVERSITY IS A NECESSARY EVIL, URGED BY THE VOICES OF REASON AGAINST THE PASSION OF INTOLERANT FAITH"
(R. P. WOLFF, "BEYOND TOLERANCE" A CRITIQUE OF PURE TOLERANCE (BOSTON, 1965) 20).

8. משמעותן של נורמות כלליות אלו מתחדדת כאשר מדובר בתחום אישי-רגשי, וזאת, למשל, בכל הנוגע למתן האפשרות לפרט לכבד זכר יקריו בדרך שהוא בוחר, ובלבד שאין בה כדי לפגוע בחוק או, באופן מהותי, באנשים אחרים.

= 482 =

ככל שהדבר מתייחס למהותיותה של הפגיעה, שהיא המחסום הלגיטימי לפריסת הכנייים 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. בחברה חופשית, ההשלמה עם חירותו של אחר היא בגדר ציווי לכל פרט החי בה, ורק דברי עלבון וקנטרנות אמיתיים יכולים להקים את החיץ, המונע מעשיו של הפרט המבקש לפעול לפי תחושותיו ולפי אמנותיו. בכגון דא יש גם להבחין בין מה שאדם עושה בתחומו שלו לבין הנעשה בתחומם של אחרים, ואין דומה מי שרושם, למשל, דברים ברשות הפרט, או להבדיל על מצבה של יקריו, למי שרושם דברים ברשותם של אחרים.

9. מהי הזכות בה אנו דנים במקרה דנן? כמוזכר כבר בע"א 280/71 [1] הנ"ל (שם, השופט עצינוני בעמ' 23), מקובל עלינו, כי זכותו של כל אדם לכבד בדרך נאותה את זכרם של אהוביו שהלכו לעולמם, בהתאם לאורח חייהם ולמסורתם, כל זמן שהדבר איננו פוגע ברגשות או באינטרסים לגיטימיים של הזולת. ברור גם, כנאמר שם, כי "בית-קברות הינו מקום לא רק לקבורת המתים, אלא גם להבעת האהבה והכבוד שרוחשים החיים למתים" (ציטוט שהובא שם מתוך JUR. 2ND. (ROCHESTER AND SAN FRANCISCO, 1964) 744 14 AM).

המצבה איננה מבנה ציבורי, אלא, בראש ובראשונה, סימון 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.

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 יקריו, 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 אינם 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.

10. בהקשר זה עולה במקרה דנן השאלה, אם מה שמבוקש על-ידי המשיב אינו קיצוני מדיי וחרגי מדיי לפי מהותו, עד שיש בו אכן כדי לפגוע באופן מהותי ברגשותיהם של אחרים.

תשובתי לכך היא שלילית. כשלעצמי הנני מכבד מאוד את רצונה של המערערת לשמור על טוהר הכיתוב העברי הבלעדי על המצבות, ולא יכול להיות ספק בכך שכוונותיה הן ללא דופי מן הבחינה הציבורית-לאומית. אולם לא זאת השאלה המכרעת, שהרי כבר הבהרנו, שמדובר

= 483 =

בחובה לכבד רצונו של הפרט לנהוג אחרת, במלים אחרות, השאלה הניצבת לפנינו איננה, אם יש שלילה או חיוב בשאיפתה של המערערת, לפיה הלשון העברית תשלוט בכיפה בנוסח הכיתוב על המצבות. השאיפה היא, כאמור, לגיטימית. אולם אין בה כדי להתיר כפיית דעתה של המערערת על אחר. כל הנעשה בהסכמה, ואף תוך שכנוע, הוא חיובי ורצוי; אך מה שנעשה בהקשר זה בניגוד לרצונו של האדם ולמרות התנגדותו אינו יכול להיות מוכר, כל עוד מכבדים רצונו וחירותו של הפרט ומכירים בזכותם האנושית, שלו ושל הנפטר בחייו, לבחירה אישית. אין צריך לומר, שמסקנתו הייתה שונה, לו היה המדובר

ברישום דברי בלע או קינטור או בחריטה חזותית פוגענית, אך לא אלו העובדות שלפנינו.

זאת ואף זאת; אינני יכול להתעלם מכך שמה שמוצג לפנינו על-ידי המערערת כעיקרון מקודש, שאסור לסטות ממנו ואשר יש לקיימו באופן דווקני גם מול רצונו של הפרט לגישה ייחודית-אישית אחרת, אינו המקובל בבת-קברות רבים אחרים; כך, למשל, אין להתעלם מכך כי מה שנדרש על-ידי המערערת אינו מקיים בערים אחרות, כגון בתל-אביב, ואינו מקיים על-ידי מספר חברות קדישא נכבדות בירושלים. הווי אומר, כאשר באים לבחון אם בקשה פלונית היא כה חריגה, עד שיש בה כביכול כדי לפגוע ברגשות של אחרים, אין אפשרות להתעלם מכך שמה שמבוקש כאן מקיים הלכה למעשה ומקובל במקומות רבים אחרים בארץ, וביניהם על-ידי החברה קדישא היחידה הפועלת בתל-אביב. משמעות הדברים היא, שמה שמבוקש על-ידי המשיב איננו יוצא דופן באופן קיצוני ואינו בעל אופי פוגע, כי אין להניח שבני המשפחה של הנפטרים, הקבורים בחלקות אחרות בירושלים או בתל-אביב ובנותיה, קרוצים מחומר אחר ואינם רגישים לנעשה סביב מצבת יקיריהם.

11. לאור האמור לעיל אפשר לסכם ולומר, כי היחס האנושי לרגשותיו של הפרט, המבקש להנציח יקירו על-ידי הצבת מצבה, מחייב מירב הסובלנות וההתחשבות ברגשות אלה. משמעות הדברים היא, שאין לאסור איסורים ולהטיל הגבלות שאינם הכרחיים לפי אמות המידה הנ"ל. אין לכפות אימוצן של נורמות, אשר גורעות מדרך ההנצחה בה בוחר הקרוב המציב את המצבה, מחד גיסא, ואשר משקפות רצון לכפות דפוסים של אמונות ודעות על אחר, מאידך גיסא, כל עוד אין המדובר בפגיעה בעקרונות הדת או בפגיעה חמורה בזולת. הנהנים והמציאות בבת-קברות רבים בירושלים ובערים אחרות מוכיחים, כי לא בפגיעה מסוג זה מדובר כאן.

משמע, אין לאסור ציון תאריך אזרחי או חרית השם בכתיב הלוועזי, אם הדבר חשוב מן הבחינה הרגשית לקרוב המנציח את יקירו. לשם הסרת ספק אוסיף, כי דבריי הנ"ל אינם מתייחסים לבת-קברות בהם חלים הסדרים מיוחדים מכוח חוק מיוחד (ראה [בג"צ 532/74 \[2\] הנ"ל](#)).

12. טענת המערערת היא, כי כל מערכת יחסיה עם המשיב מושתתת אך ורק על הסדר חוזי, אשר בו בחר המשיב מרצונו, אחרי שהועמד על הכלל אותו קבעה המערערת בנושא שלפנינו, ובכגון דא אין לכפות עליה ויתור על תניה חוזית מוסכמת ותקפה.

= 484 =

המענה לטענה זו מורכב ממספר רבדים. ראשית דבר, אין לראות את המערערת כצד רגיל לחוזה, אשר בתניותיו בחר המשיב מרצונו. במציאות הקיימת בתחום הקבורה לא הייתה למשיב למעשה ברירה אחרת. המערערת היא החברה קדישא המבצעת כחמישים אחוז מן הקבורות בירושלים, ומי שאינו משתייך לעדה או לארגון מוגדרים אין לו, הלכה למעשה, חלופה סבירה אחרת. יתרה מזו, ברוב הישובים בארץ יש רק חברה קדישא אחת בעלת מעמד בלעדי.

שנית, חופש הבחירה של מי שבא ביגונו כדי להסדיר קבורת יקירו, אינו יכול להימדד, מבחינת שיעורו, על-פי אמת המידה הנוהגת בתחום ההתקשרויות הרגילות בין ספק ולקוח.

שלישית, התפקיד המבוצע על-ידי המערערת הוא תפקיד שהוא בעיקרו ציבורי, הן מן הבחינה הפורמאלית והן מן הבחינה המהותית: [חוק שירותי הדת היהודיים \[נוסח משולב\]](#), תשל"א-1971, [ותקנות שירותי הדת היהודיים \(חברות לעניני קבורה\)](#), תשכ"ז-1966, קובעים לגבי חברות קדישא לא רק הוראות רישוי גרידא; החיקוקים הללו משקפים גם את מעמדן המהותי המוכר של החברות במסגרת שירותי הדת הציבוריים החיוניים ובביצוע פונקציה חברתית שאין בלעדיה. יפים לכאן, בשינויים המחויבים, דברי השופט ברק [בבג"צ 731/86](#), [בשג"צ 91/87 \[3\]](#), בעמ' 462, שנאמרו לגבי חברת החשמל:

"... הצטברו בה מספר תכונות, המשוות אותה, לעניין הדין החל על פעולותיה, לתאגידים הסטטוטוריים. תכונות אלה הן בעיקר: קיומן של סמכויות שלטוניות, הענקת זיכיון בלעדי מהמדינה והשליטה על אמצעי (ייצור) חיוני..." (הסוגריים הוספו - מ' ש').

ובהמשך נאמר שם, בעמ' 463, כי יש להחיל על חברת החשמל, אם כי במשורה, את "עקרונות היסוד של הגינות, שוויון, סבירות, יושר ותום-לב וכיוצא בהם מושכלות ראשונים של מינהל ציבורי ראוי".

הקבורה היא פעולה שחברה איננה יכולה בלעדיה, שהרי אין חברה מתוקנת ובת קיימא, אשר מתיה מוטלים ברחובותיה של עיר או בבתיה ואין מי שמביאם אל העפר ממנו באו. חברה תרבותית רואה בקבורה פעולה ציבורית חיונית, אשר עולה - מבחינת אופייה הציבורי - על פעולות ההספקה של מצרכים, כגון חשמל, גז או מים, המעוגנות במידה רבה בתחום הכלכלי. החברה קדישא אינה פועלת למטרות רווח אלא למען קיום מצווה או חובה ציבורית, הכול לפי תפיסתו של כל פרט, וחיוניותה המפליגה היא המקנה לה את דמותה ואת מהותה הציבוריות.

13. מקובל עלי, כי על ההסדר החוזי ניתן גם להשקיף דרך האספקלריה של דיני החוזים, בין אלו של החוזים האחידים, כפי שהעניין תואר בהרחבה בערכאה הראשונה - והדברים שנאמרו שם אף הם מקובלים עלי, ובין אלו של דיני החוזים הכלליים. אולם, לידי יש לבחון את ההסדר החוזי נושא דיון זה לאור אופייה הציבורי של המערערת ולפי הכללים הנורמטיביים המנחים המשליכים על מירווח דרישותיה המותרות של המערערת. כיבוד רגשות הפרט ושמירת

= 485 =

כבוד האדם, אשר עליהם הורחב הדיבור לעיל, משליכים גם על ההסדר החוזי בין בעלי הדין ועל הכללים לפיהם ייבחן תוכנו. כדברי השופט ברק בבג"צ 731/86, בשג"צ 91/87 [3] הנ"ל, בעמ' 459:

"... המשפט המינהלי הוא אחד, והריהו חל על כל הגופים שראוי להם להיות כפופים לו, בין אם בית המשפט הדן על-פי אותו משפט מינהלי הוא בית המשפט הגבוה לצדק, ובין אם הוא בית-משפט אחר..."

כפי שהובהר לעיל, החברה קדישא היא גוף משפטי בעל מעמד ציבורי מיוחד, כי פעולתה היא בעיקרה ציבורית. על חזיה ניתן, על-כן, להסתכל דרך האספקלריה של הכללים הדנים בחוזי רשות, אשר עשויים ללמד על חובתה של הרשות לאמץ כללים השואבים מדמותה וממעמדה הציבוריים. אלו מעוגנים במשפט הציבורי, כי לפיו נקבעות הנורמות לפעילותה של הרשות (ראה פרופ' ג' שלו, חוזי רשות בישראל (אבישר, תשמ"ה) 45). בקשר לסוגיה זו נאמר עוד בבג"צ 262/62 [4], כי גם כאשר הרשות מבצעת פעולה אזרחית-פרטית, מוטלות עליה חובות שמקורן במעמדה כלפי הציבור (ראה גם דברי פרופ' ד' פרידמן, "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי" משפטיים ה (תשל"ג-ל"ד) 598, 623). פרופסור שלו גורסת (בספרה הנ"ל, בעמ' 46), כי במקרה של התנגשות בין שתי מערכות דינים, הציבורית והאזרחית-הפרטית, יש לראות את כללי המשפט הציבורי החלים על חוזי רשות כ-LEX SPECIALIS, הדוחה את דין החוזים הכללי החל על חוזי רשות. מסקנתי בסוגיה שלפנינו נגזרה על יסוד תיזה הזזה לתפיסה זו.

במסקנתי בדבר מהותם של כללי המשפט הציבורי לפיהם נשלטת ונבחנת פעולתה של החברה קדישא, היה, על-כן, לדידי כדי לשמש מענה מספיק ומסכם לקושיה שלפנינו.

14. אם הייתה כוונת המערערת לכפות ציות להגבלותיה על יסוד התניה שנכללה בדף ההסבר שצורף לחוזה (האחיד) והיווה חלק ממנו, הרי רשאי היה בית המשפט לבחון את התניה הנ"ל לפי אמות המידה אשר בחוק. מאחר שהנושא נדון בהרחבה בע"א 280/71 [1] הנ"ל (בכל הנוגע לחריטת התאריכים) ובפסק-דינה של הערכאה הראשונה (בשני העניינים המבוקשים), לא אשוב ואפרט הנושא כאן, כי הדברים נכונים ושרירים. ניתן גם להגיע למסקנה זזה לפי הוראותיו של סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ולעניין זה מקובלים עלי דברי חברי הנכבד, השופט ברק:

חברי הנכבד, המשנה לנשיא, התייחסו בדבריו לפרשנותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אני מעדיף להשאיר שאלה פרשנית זו בצריך עיון, מאחר שהדבר אינו דרוש, לדעתי, לצורך עניינינו.

15. הייתי דוחה את הערעור.

= 486 =

המשנה לנשיא מ' אלון: חברה קדישא גחש"א, "קהילת ירושלים"

1. שנת ה'תרצ"ו למניינם של ישראל היא 1936 למניינן של אומות העולם. בשנה זו נתכנסו מיקירי ירושלים ומראשיה ועמדו והקימו חברה קדישא גחש"א (ראשי תיבות: גמילות חסד של אמת) "קהילת ירושלים". בראשותו של "ועד חברה קדישא שעל יד ועד הקהילה בירושלים" עמד מר גד פרומקין, שכיהן כשופט בית המשפט העליון בעת משול המנדט הבריטי בארץ ישראל, ועם חבריו נמנו הרב מ' אוסטרובסקי; מר י' ברוידא; מר י' בן-צבי, לימים הנשיא השני של מדינת ישראל; מר מ' לולו; מר חיים סלומון, לימים ראש ועד הקהילה; ד"ר מ' עליאש, לימים השגריר הראשון של מדינת ישראל בחצר סט. ג'יימס שבמלכות אנגליה, וד"ר ח' שמטרלינג; עם מייסדיה של החברה נמנו עוד עו"ד ש' הורוביץ, ד"ר א' רופין ואחרים. פרטים על כך מצויים בכרזים, בתקנות ובמסמכים נוספים, שהוגשו לבית המשפט המחוזי ולנו. מר ח' שחור, מזכיר החברה קדישא "קהילת ירושלים", בתצהירו בבית המשפט המחוזי מוסיף ואומר (סעיפים 3-8):

"ח"ק 'קהילת ירושלים' נוסדה בשנת 1936 בחסות כנסת ישראל וקהילת ירושלים (ועד הקהילה), שהיו מוסדות ציוניים של המדינה בדרך. עם מייסדיה נימנו ראשי הציבור הירושלמי, שומרי מיצוות ושאינם שומרי מיצוות, כעולה מן הכרז שפורסם בשנת 1937... ומן התקנות שפורסמו בשנת 1938... תקנות אלה הן 'הסידורים הפנימיים' הנזכרים בסעיף י' של התקנון המעודכן של ח"ק 'קהילת ירושלים'..."

מאז ראשית פעולותיה, בשנת 1939, הציבה לעצמה ח"ק 'קהילת ירושלים' את המטרה להיות החברה קדישא הממלכתית של הציבור הציוני בירושלים - חילונית כדתי - המאורגן בכנסת ישראל ובוועד הקהילה. זאת בהבדל מעשרים ומעלה חברות קדישא של עדות, 'כוללים' וארגונים אחרים, שפעלו בירושלים של אותם ימים ובמשך שנים רבות לאחר מכן.

כלפי הציבור אשר אותו שירתה, נהגה ח"ק 'קהילת ירושלים', ונוהגת גם כיום, כך שגם אנשים ונשים בעלי השקפת עולם חילונית לא חשו אף שמץ של כפיית מנהגים שאינם לרוחם, וציינו ומציינים לשבח את השמירה על כבוד המת

ועל כבוד המשפחה, תוך קירוב לבבות בין שומרי מיצוות לבין שאינם שומרי מיצוות. בידי מכתבים רבים, מאת אנשים ידועי-שם ושאינם כאלה, הנותנים לנו את ברכותיהם. שמירת מנחה משותפת לכל הציבור הצינוני בירושלים, שומרי מיצוות ואחרים, עמדה ועומדת תמיד נגד עיניהם של אנשי הח"ק 'קהילת ירושלים'.

המנחה המשותפת לציבור כולו היה, ועודנו, השימוש בלשון העברית בלבד על המצבות מטעמי לאום; והימנעות מציון תאריך אזרחי, הפוגע ברגשות של יהודים רבים שומרי מיצוות, הרואים בציון תאריך זה על מצבה עבירה על איסור מן התורה, לאמור כי 'בשם אלהים אחרים לא תזכירו' (שמות כ"ג, י"ג). כך במשך יותר מיובל שנים.

= 487 =

הכללים דלעיל הם חלק בלתי נפרד ממערכת הכללים המכוונת להביא לאחידות ולשוויון בנוגע למצבות בבתי העלמין של ח"ק 'קהילת ירושלים'. כללים אלה מתייחסים גם לסוג האבן המשמשת לעיצוב המצבה, למידותיה ולמרחקים בין המצבות. כל אלה תוך מתן אפשרות לביטוי אישי של משפחת הנפטר או הנפטרת, לגבי המצבה ותוכן הכיתוב, ובלבד שלא ייפגעו רגשות משפחותיהם של נפטרים אחרים".

2. הנה כי כן, החברה קדישא "קהילת ירושלים" באה לעולם כדי לתת שירותי קבורה נאותים וטובים, המקובלים על כל הציבור הצינוני בירושלים, על כל זרמיו ופלגיו. נציגי כל הציבור הזה ישבו על המדוכה וקבעו את פרטי הכללים ועיקרי הדברים הכרוכים בכך. פרטים ועיקרים אלה מצאו את ביטויים בתקנות החברה ובתקנות המשנה שלה, בהנחיות פנימיות ובכתבי הסכמה שונים, מקצתם באלה ומקצתם באלה. בין היתר נקבע בהם, כאמור, כי בנוסח של המצבה לא יופיעו לא תאריך לועזי ולא כיתוב לועזי. עניין הכיתוב בלעז אינו מופיע במפורש בנוסח התקנות עצמן, אלא נאמר בהן, במרומז, כי "הכתובת על המצבה זקוקה לאשור הועד".

באי הכוח המלומדים של בעלי הדין דרשו נוסח זה כמין חומר, זה אומר בכך זה טוען בכך, כשבין היתר מושמעת על-ידי מר טרלו, בא-כוחה המלומד של החברה קדישא, הטענה, כי עניין מניעת הכיתוב בלעז אינו מופיע בגופן של התקנות מפני עינא בישא ומה יאמרו שלטונות המנדט.

דבר זה עניין הוא להיסטוריונים ולחוקרי העתים לענות בו, ואני אין אני רואה כל חשיבות, לצורך העניין שלפנינו, בהכרעתה של שאלה זו. ברור הוא, ואין חולק על כך, כי אי-כתיבת התאריך והכיתוב הלועזיים נהוגה הייתה ומקובל היה בחברה קדישא זו, על-פי הוראותיה המפורשות והמחייבות, למעלה מיובל שנים, וכל מי שביקש שירותיה הובא דבר זה לידיעתו ולאישורו, אם בחתימתו ואם בחתימת שלוחו. וכך נאמר מפורשות בחוזה שנכרת בין החברה קדישא לבין כל המבקש שירותיה (חוזה כזה נכרת גם במקרה שהוא נושא דיונו - להלן פסיקה 23), כי לפי תקנות החברה קדישא, הכתב על המצבה "יהיה כתוב אך ורק באותיות עבריות". לימים, משהוקמה מועצת בתי העלמין היהודיים בירושלים, על-פי החוק, סמכה גם זו דעתה על תקנות והוראות יסוד אלה (ראה להלן, סוף פסיקה 10).

3. החברה קדישא "קהילת ירושלים", החברה קדישא הגדולה היא בין חברות הקדישא שבירושלים ומשרתת היא למעלה מ-50% מתושביה של ירושלים. מדרכו של ציבור גדול זה שחלוק הוא בענייני אמונות ודעות, השקפות עולם ואורחות חיים. ציבור זה ראה ורואה בשימוש בלשון העברית אחד הישגים המופלאים של תקופת התחייה הלאומית; יחד עם זאת, נזקק הוא ומשתמש הוא, בחיי יום-בעבודה, במסחר ובמחקר, גם ללשונות אחרות וגם לתאריכים שאינם לפי הלוח העברי. אך כדי למנוע פיצול ובליל של לשונות על מצבות הנפטרים כשיבוא יומם וינוחו בשלום על משכבם, ביקשו ומצאו דבר, שעליו התאחדו כל בני ציבור זה, והוא התאריך שעל גבי המצבה והכיתוב עליה יהיו עבריים בלבד.

= 488 =

ההליכים - דין ופשרה

4. במשך הזמן באו פניות לחברה קדישא הנ"ל להתיר להם את השימוש בתאריך לועזי. הפניות נדחו, והוסבר לפונים על שום מה נדחו. הם שמעו, שקלו וקיבלו. רק פעם אחת פנה לבית המשפט (בשנת 1981) מי שקנה חלקת קבר אצל חברה קדישא "קהילת ירושלים" ולא הותר לו להשתמש בתאריך הלועזי; התביעה נדחתה, וטעמה ונימוקה עמה. היו גם פניות להתיר כיתוב לועזי, אך לכלל תביעה לבית המשפט הדבר לא בא, ולראשונה הוגשה התביעה בנדון במקרה שלפנינו.

5. וזה אשר אירע בעניין שלפנינו. הגב' קסטנבאום, עליה השלום, הלכה לעולמה בירושלים ביום 5.12.87 והובאה למנוחת עולמים בהר המנוחות בירושלים, בחלקה המוחזקת על-ידי החברה קדישא "קהילת ירושלים". עם הקמת המצבה ביקש בעלה של המנוחה (להלן ייקרא - המבקש), שעל המצבה יכתב גם התאריך הלועזי וששמה של המנוחה יכתב גם בכיתוב לועזי. החברה קדישא סירבה, משום שהדבר נוגד את תקנותיה וכלליה, והמבקש ידע על כך מראש; כן הוסיפה ואמרה, כי אחיו של המבקש, שהסדיר את ענייני ההלוויה, חתם אותה שעה מטעם המבקש על טופס, אליו צורפו מסמכים בענייני הקבורה והזמנת מצבה, ונאמר בהם, בין היתר, כי הכתב שעל גבי המצבה יהיה אך ורק באותיות עבריות וללא ספרות.

עוד בבית המשפט המחוזי ובטרם הינתן פסק-דין חזרה בה החברה קדישא ממקצת סירובה באשר לציון התאריך הלוועזי, והיא נתנה הסכמתה לכתיבתו, ובלבד שייכתב בכיתוב עברי וללא ספרות. וכך אכן נכתב על גבי מצבתו של המנוח פרופ' שמואל אטינגר, זיכרונו לברכה ("עשרים וארבעה בינו אלף תשע מאות ותשע עשרה" ו"שניים בספטמבר אלף תשע מאות שמונים ושמונה", ולא-24.6.1919 ו-2.9.1988). אך המבקש לא הסתפק בכך, ובית המשפט המחוזי נענה לתביעתו, הן לעניין התאריך הלוועזי והספרות והן לעניין הכיתוב הלוועזי. בעת שמיעת הערעור לפנינו הצענו למר טרלו, בא-כוחה המלומד של החברה קדישא, להסכים לכתיבת התאריך הלוועזי גם בספרות על גבי המצבה. החברה קדישא שקלה בדבר ונתנה הסכמתה, והתנתה הסכמתה בכך שהתאריך בספרות יופיע על הצד האחר של המצבה ולא על זה שמלפנים. בכך הסיכמה איפוא החברה קדישא לחלק ניכר ועקרוני של תביעת המבקש; אך היא המשיכה להתנגד לכתיבת השם של המנוחה, על גבי המצבה, בכיתוב שאינו עברי. את ההצעה בדבר ההבחנה בין כתיבת תאריך לוועזי, ובספרות, על גבי המצבה, לבין כיתוב השם על המצבה בלוועזית הצענו לרגל השינויים שחלו מאז הקמתה של החברה קדישא בשני עניינים. האחד - במשך הזמן היה השימוש בתאריך של אומות העולם, ובספרות, לחלק מן השימוש בשפה העברית, כפי ששגורה היא כיום בפי כולנו, הדיוטות כמלומדים, אנשי עסקים כעובדי כפיים; חזקה על מתקני התקנות ומנחי ההנחיות של החברה קדישא, שגם אליבא דמחשבתם הטובה, לרגל התפתחות ושינוי אלה שוב אין מקום למניעת השימוש בתאריך לוועזי ובספרות לצורך קיום המכנה המשותף של השימוש הבלעדי בשפה העברית על גבי הכתובת שעל המצבה. והעניין האחר - כיום שנויה היא במחלוקת הפוסקים השאלה, אם אכן קיים איסור הלכתי של הזכרת תאריך לוועזי, אם לכתחילה ואם בדיעבד, והחברה קדישא סברה, יופה סברה, שמן הראוי לנקוט את דרך המקילים, שהרי

= 489 =

קבלה בדינו כי "כוח דהיתרא עדיף" (ברכות, ס, א[א]; עירובין, עב, ב[ב]; גיטין מא, ג[ג]; עד, ג[ג]; קידושין ס, ב[ד], ועוד), וזאת, על שום כי -

"טוב לו להשמיענו כח דברי המתיר, שהוא סומך על שמועתו ואינו ירא להתיר; אבל כוח האוסרין - אינה ראה. שהכל יכולין להחמיר, ואפילו בדבר המותר" - (רש"י, ביצה, ב, ב, ד"ה דהיתרא עדיף ליה [ה], ותוספות: ביצה, ב, ב, ד"ה וכו"ת כח דהיתרא עדיף [ו]).

על הדין הנ"ל בשאלת הזכרת התאריך הלוועזי, והנימוקים להיתר, ראה שו"ת יביע אומר (לרב עובדיה יוסף), ח"ג יו"ד, ט[ז]. ושו"ת ציצ"ק אליעזר (לרב אליעזר ולדינברג), ח"ט, יד[ח] - שניהם מחשובי הפוסקים בימינו. בדורות קודמים הדבר נאסר - ראה, דרך משל, שו"ת מהר"ם שיק (ל' משה שיק, מגדולי המשיבים במאה התשע-עשרה בגולה אשר בהונגריה), יו"ד, קעא[ט]; וראה עוד להלן, בהמשכם של דברינו.

ראויה היא החברה קדישא לשבח על גמישותה זו בכלכלת דרכה ועל פתיחותה לצורכי השעה. מן הראוי היה שהמבקש ייענה לפשרה הגונה וסבירה זו ולא יוסיף לעמוד גם על הכיתוב הלוועזי של שם המנוחה, עליה השלום, על גבי המצבה. לצערנו לא כך סבר מר שופמן, בא-כוחו המלומד של המבקש, ועומד הוא בדרישתו בדבר זכות הכיתוב הלוועזי; סובר הוא, שזכות האזרח עדיין נפגעת ממניעת הכיתוב הלוועזי של שם המנוחה על גבי המצבה, וכזאת לא ייעשה בזכויותינו.

6. כאמור, בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד הנשיא ו' זיילר) נענה לבקשת המבקש לציון על גבי המצבה את התאריך הלוועזי, ובספרות, ואת הכיתוב הלוועזי של שם המנוחה. כאמור, עניין כתיבת התאריך הלוועזי, ואף בספרות, שוב אינו עומד לדיון, ומקובל הדבר על החברה קדישא, כמפורט לעיל; אתיחס איפוא בהמשכם של דברים לעניין הכיתוב הלוועזי בלבד. חברי הנשיא דחה את הערעור גם בעניין זה. דעתי אינה כדעתו. סבור אני, כי מן הראוי לקבל את הערעור של החברה קדישא בכל הנוגע לכיתוב העברי, והעברי בלבד, על גבי המצבות במקום הקבורה של החברה קדישא "קהילת ירושלים".

7. חברי נזקק, לשם פתרונה של השאלה שלפנינו, כדבריו, ליישומן של הנורמות מתוך המיקבץ הדואלי של המשפט הציבורי והמשפט הפרטי. אכן, גם לדעתי, הדין במקרה דנן מן הראוי שיתמקד, בראש ובראשונה, בעובדה שהחברה קדישא ממלאת, למעשה, תפקיד שיש בו משום שירות ציבורי. אך שונה היא מסקנתי מהמסקנה אליה בא חברי.

מן הראוי להקדים ולומר דברים באשר לגופים ולמקרים שבהם מן הראוי ומן הדין להיזקק לנורמות מתחום המשפט המינהלי-ציבורי, מהו שיעורה של היזקקות זו ומה טיבן של הנורמות האמורות.

= 490 =

מהותה של חברה קדישא מבחינת המשפט המינהלי

8. החברה קדישא היא דו-מהותית. שתי מהויות, מינהלית ופרטית, משמשות בה כאחד, ומדרכו של עולם יש שמתוך כך משמשות בה שתי מהויות אלה בערבוביה. אמנם אין היא מבחינת שני מלכים המשתמשים בכתר אחד, אבל הרי היא בבחינת מלך המשתמש בשני כתרים (לפי מקורות לשוננו מן הראוי היה לכנות מהות דואלית זו בשם "דו-פרצופי", כמאמרם של חכמינו (ויקרא רבה, יד, א[נ]): "בשעה שברא הקדוש ברוך הוא אדם הראשון, דו-פרצופין בראו", על-פי האמור בבראשית

א. כז[א]: "זכר ונקבה ברא אותם", היינו, לפי מדרש אגדה, בבריאה ראשונה נברא אדם בשני פרצופין - זכר ונקבה - ואחר כך נחלקו; וראה: רש"י, בראשית, א, כז [ב]; בראשית רבה, ח, א[ג]; וכן ראה כל כתבי אחד העם (דביר, תש"ז) שם: "לפי שגלותנו היא באמת דו-פרצופים: אחד גשמי ואחד רוחני"; אך מושג זה - דו-פרצופי - נתקבל בדורות אחרונים למי שאין תוכו כבר, ועל-כן קשה הוא השימוש בו).

גוף דו-מהותי זה בעולמה של מערכת משפטנו אינו תופעה חדשה עמנו.
בבג"צ 731/86, בשג"צ 91/87 [3], אומר השופט ברק, בעמ' 461:

"היא (חברת החשמל - מ' א') מהווה 'יצור כלאיים'. מבחינה אירגונית, כמוה ככל חברה ממשלתית אחרת. מבחינה פונקציונלית, היא בעלת סמכויות שלטוניות, ושולטת היא על אחד מגורמי הייצור המרכזיים במדינה - החשמל".

ובהמשכם של דבריו, בעמ' 462:

"המייחד את חברת החשמל הוא, שהצטברו בה מספר תכונות, המשוות אותה, לעניין הדין החל על פעולותיה, לתאגידים סטטוטוריים. תכונות אלה הן בעיקר: קיומן של סמכויות שלטוניות, הענקת זיכיון בלעדי מהמדינה והשליטה על אמצעי ייצור חיוני (חשמל) (ראה בבג"צ 351/80 (המ' 764/80)), בעמ' 685). חברת החשמל היא PUBLIC UTILITY, ובתור שכזו יש לה מעמד מיוחד".

החברה קדישא דומה היא - אם כי גם שונה היא - מבחינת הגדרת מהותה לזו של חברת החשמל. אין אני רואה צורך, ואולי גם לא ניתן הדבר, להציב מבחינים ברורים ומוצקים לבחינת השאלה, אימתי ייחשב גוף כדו-מהותי. נעניין בבחינת מהותה של החברה קדישא. מחד גיסא - החברה קדישא היא עמותה פרטית. היא אינה בעלת מונופולין, כחברת החשמל, אלא קיימות חברות קדישא מרובות; אין בידה זיכיון בלעדי מטעם המדינה. מאידך גיסא, סממנים מובהקים של מהות ציבורית מצויים בה.

תקנה 2 לתקנות שירותי הדת היהודיים (חברות לעניני קבורה) קובעת, כי - "חברה לעניני קבורה חייבת ברשיון מאת השר"; "חברה לעניני קבורה", לפי ההגדרות שבתקנה 1 לתקנות, היא: "חברה קדישא או כל אדם העוסק בקבורת נפטרים יהודיים". תקנות אלה הותקנו על-פי סעיף 8 של חוק תקציבי השירותים הדתיים היהודיים, תש"ט-1949, כפי שתוקן. סעיף זה, הזהה

= 491 =

לסעיף 15 לחוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], מסמיך בסעיף-קטן (3) את שר הדתות להתקין תקנות בדבר:

"רישוי חברות לעניני קבורה של יהודים, ובלבד שיובטח כי לא יינתן רשיון אלא לגוף שהוכיח שיש בידיו לעשות את הסידורים המינהליים והכספיים הדרושים לשם מילוי תפקידי; לענין זה יראו רשות מקומית ומועצה דתית כגוף שהוכיח שיש בידו לעשות סידורים כאמור".

ברישיון מפורשים התנאים הבאים (תקנה 4 לתקנות הנ"ל):

"(1) החברה תחתום על הסכם עם המוסד לביטוח לאומי לפי תקנה 3 לתקנות הביטוח הלאומי (דמי קבורה), תש"ט-1955, והיא לא תדרוש ולא תגבה בקשר לקבורה כל סכום אחר מלבד הסכום שנקבע בהסכם עם המוסד לביטוח לאומי כאמור;

(2) החברה תגיש לשר דינים וחשבונות בצורה ובמועדים שהשר יקבע, אם בדרך כלל ואם לחברה פלונית".

ובאשר לזכויות מחזיק ברישיון נאמר בתקנות (תקנה 7):

"חברה לעניני קבורה שקיבלה רשיון כאמור רשאית לעשות כל פעולה סבירה הדרושה למען קבורת נפטר יהודי; רשויות המדינה והרשויות המקומיות חייבות להושיט לה כל עזרה הדרושה לכך" (ההדגשה שלי- מ' א').

אל נכון נאמר איפוא מפי כבוד השופט עזיוני בע"א 280/71 [1], בעמ' 18, כי -

"לאור מהותה ותפקידיה של חברה קדישא אשר נוסדה כדי לתת שירותי קבורה ליהודים, הרי היא נחשבת לגוף קואו-ציבורי, הממלא תפקידים ציבוריים חיוניים, למרות היותה רשומה כאגודה עתמאנית".

ועוד: "שירותי קבורה, על כל הכרוך בהם, הם שירותים ציבוריים שאינם נופלים בחשיבותם משירותים אחרים שעל המדינה לספק לאזרחיה" (שם, בעמ' 21). והייתי מוסיף ואומר, שמבחינה חברתית ורגשית שירותים אלה אף עולים הם, מבחינת חשיבותם הציבורית ואופיים, על שירותים רבים אחרים, כולל צרכי חשמל, שעל המדינה לספק לאזרחיה. ועוד נתייחס לכך להלן.

הנורמות החלות על פעילותה של החברה קדישא

9. מקובל, שעל פעילות השלטון ביחסיו עם האזרח חלות הנורמות של המשפט הציבורי, הן כשהוא פועל בתחום המשפט הציבורי בלבד והן בפעילותו בתחום המשפט הפרטי ביחסיו עם האזרח, היינו בתחום המכונה "חוזי רשות"; במקרה אחרון זה מצווה השלטון הן על

= 492 =

דיני המשפט הפרטי והן על נורמות המשפט הציבורי. על חוזי רשות אלה אמרנו במקום אחר (ד"נ 22/82 [5], בעמ' 465):

"הלכה מקובלת בידינו, כי רשות ציבורית, אף כאשר היא פועלת בתחום המשפט הפרטי, מצווה, בנוסף לקיומם של דיני המשפט הפרטי, גם על שמירתם של כללי יסוד שבתורת המשפט הציבורי...".

וזוהי -

"... דוגמא מובהקת לכך שהרשות נושאת עמה את משפטה 'האישי', הוא המשפט הציבורי, בכל סוגי פעילויותיה" (ג' שלו, בספרה הנ"ל, בעמ' 54). וראה עוד ג' שלו דיני חוזים (דין, תש"ן) 647-654.

גוף שאופיו הוא דו-מהותי, כאמור לעיל, יחולו עליו הן כללי המשפט הפרטי והן נורמות המשפט הציבורי. הנורמות והכללים האמורים יופעלו תוך התחשבות באופיו המיוחד של הגוף, ולייחוד זה השפעה הן על העקרונות מתחום המשפט הפרטי והן על הנורמות מתחום המשפט הציבורי.

בבג"צ 731/86, בשג"צ 91/87 [3] הנ"ל, נאמר מפי השופט ברק, בעמ' 461, לעניין תחולת כללי המשפט הפרטי:

"מערכות אזרחיות אלה גמישות הן באופיין. הן מבוססות על עקרונות יסוד, כגון תום-לב, זהירות, יושר. עקרונות יסוד אלה נמצאים בהתפתחות מתמדת. בפיתוחן של נורמות אלה ניתן להתחשב, כמובן, באופיו הציבורי של הגוף הפועל. ייחודה של חברת החשמל, שגופה אזרחי ונשמתה ציבורית, עשוי להשפיע על רמת תום הלב, הזהירות והיושר הנדרשים ממנו".

ולעניין כללי המשפט הציבורי נאמר שם, בעמ' 463:

"עם זאת, איני סבור כי יש להפעיל על חברת החשמל, שעה שהיא פועלת במשפט הפרטי (כגון בהתקשרויותיה החוזיות), את המשפט המינהלי על מלוא היקפו ודקדוקו. יש להפעיל עליה את עקרונות היסוד של הגינות (שוויון, סבירות, יושר ותום-לב וכיוצא בהם מושכלות ראשונים של מינהל ציבורי ראוי. בהגשתם של עקרונות אלה, הלכה למעשה, יש להתחשב באופיה המיוחד של חברת החשמל, שהיא 'יצור כלאיים' מיוחד במינו".

וראה עוד דברי פרופ' ג' שלו במאמרה על "הסכמים פוליטיים" עיוני משפט טז (תשנ"א-נ"ב) 215, 224.

= 493 =

דרך יישום של סוגי כללים ונורמות אלה להלכה ולמעשה, והשאלה ידו של מי מביניהם תגבר כאשר קיימת סתירה ביניהם, אינה פשוטה כלל ועיקר" (בבג"צ 731/86, בשג"צ 91/87 [3], בעמ' 461, מול אותיות השוליים ה-ו), הכול לפי אופיו המיוחד של הגוף הדו-מהותי ולפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. כך בסוגיה דנן מדובר, בראש ובראשונה, בתחום פעולתה הציבורית של החברה קדישא, היינו סיפוק שירותי קבורה, והדעת נותנת, שבתחום זה יוגבר יישומן של הנורמות מהמשפט הציבורי על פעילותה של החברה קדישא. בדבריו של השופט ברק, המצוטטים לעיל, נאמר על חברת החשמל "שגופה אזרחי ונשמתה ציבורית" (שם, מול אותיות השוליים ד-ה). אכן, למערכת משפטית גוף יש בדמות הדין שבמשפט ונשמה יש, ולעתים אף נשמה יתרה, במהות ערכי המשפט (ראה ע"א 391/80 [6], בעמ' 264). לחברת החשמל - אולי גם נשמה יש. אך לחברה קדישא - ודאי שגם נשמה יש. פעילותה של חברה קדישא - בכל אומה ולשון ובעולמה של יהדות בפרט - בהבאת אדם למנוחת עולמו, משולבת בה רגישות אישית ו"נשמתית" מיוחדת, הן מבחינה אישית של הנפטר והתייחסות קרובה וידידית עם זכרו, והן מבחינה הציבור בכללו ורגישותו המיוחדת לכבודם ולאופיים של הליכי הקבורה ולכבודו של בית הקברות. רגישויות מיוחדות אלה באו לכלל ביטוי בעולמה של יהדות בשורה של הלכות והנחיות: בבית הקברות, שבמורשת ישראל מכונה בית מועד לכל חי, אין נוהגין בקלות ראש, כשם שבית הכנסת אין נוהגים בו קלות ראש (מגילה, כט, א[ב]; רמב"ם, אבל, יד, יג[ט]; שו"ע, יו"ד, שסח, א [טז]).

נוהגים בו, מתוך הקפדה יתרה, על יקרא דשכבי (כבוד המת), יקרא דחי (כבוד החיים) ויקרא דישאל (כבוד ישראל) (סנהדרין, מו, ב-מז, א[יז]; רמב"ם, שם[טו]; ושו"ע, שם[טז]). מאלפות הן המלים "גחש"א" - שהם ראשי תיבות "גמילות חסד של אמת" - שמהוות חלק מתוארה ושמה של החברה קדישא. העיסוק בהבאת אדם למנוחת עולמים הוא גמילות חסד - שהיא אחת התכונות הנעלות בעולמה של יהדות- ולא גמילות חסד בלבד, אלא גמילות חסד של אמת, שלא על-מנת לקבל פרס; ערר-על, שאינו נמדד, ושאינו יכול להימדד, במושגים של תועלת וטובות הנאה שבהאי עלמא.

הלכות והנחיות אלה בכל הנוגע לסדרי הקבורה ולבית הקברות מהוות רקע ותשתית למגמות ולערכי-על ציבוריים ופרטיים, המיוחדים לפעילותה של החברה קדישא והמהווים חלק של הנורמות שלפיהן עליה לפעול. אופי ותפיסה אלה משמעותם פחותה באשר לפעילותה של החברה קדישא, דרך משל, לעניין חוזה הנעשה על-ידיה לשכירת מכונית או שאר דברים הדרושים לה במהלך עבודתה, ושלגביהם דומה, בעיקרה, פעילותה של החברה קדישא לפעילותה של כל חברה פרטית אחרת.

טענות בעלי הדין במקרה שלפנינו

10. משבאנו לכאן, נעמוד על בירורה של הסוגיה שלפנינו. ההנמקה שבפי מר שופמן, לפיה בטלה היא דרישתה של החברה קדישא שהכיתוב על מצבת המנוחה יהיה בשפה העברית בלבד, כך היא (בסיכומים שהגיש בבית המשפט המחוזי):

"כלל יסוד הוא שאדם רשאי לכבד את זכר אהוביו שהלכו לעולמם בהתאם לרצונו ולהרגשותיו, וע"פ אורח חייהם של הנפטרים, כל עוד אין הדבר אסור על פי דין או על פי הוראה חוזית העומדת במבחן תקנת הציבור [וחוק החוזים](#) [האחידים](#), התשמ"ג-1982..."

= 494 =

בעניינו ביקש המבקש להקים מצבה לאשתו המנוחה, ובשניים נבלם רצונו ע"י המשיבה: חקיקת שמה של באותיות לועזיות וציון שנות הולדתה ופטירתה על פי הלוח הכללי..."

בקשת המבקש לחרוט על מצבת אשתו את שמה באותיות לועזיות נובעת מכך שבשם זה היתה ידועה למשפחתה ולידידיה, בעיקר במשך שנות חייה בחו"ל. כמו כן, יאפשר הדבר לקרוביה ולמוקריה, שלא כולם קוראים עברית, להתייחד עם זכרה בבית העלמין (ר' נספח ב' לבקשה). אין המבקש לבד במבוקשו זו. משפחות פונות לא אחת לחברה קדישא 'קהילת ירושלים' בבקשה לתת ביטוי על גבי המצבה לשפת ארץ מוצאם, אך החברה משיבה את פניהם ריקם (נספח ו' לבקשה).

הכלל של המשיבה המחייב את השימוש בלשון העברית בלבד נובע מטעמי לאום, ולא מטעמי דת (סעיף 7 לתצהיר התשובה). לא נטען כי קיים איסור הלכתי בדבר חריטת אותיות לועזיות. אף לא נטען כי אותיות לועזיות פוגעות ברגשותיו של מאן דהוא או כי בני משפחות נפטרים ביקשו אי פעם הבטחה או התחייבות שלא יהיה שימוש בשפה לועזית על גבי המצבות (השווה סעיף 9 לתצהיר מטעם המשיבה)."

על פנייתו של בעלה של המנוחה, שהיא כאמור לעיל נספח ב לבקשה, השיב מר שחור, מזכיר החברה קדישא, לאמור (בכל הנוגע לכיתוב בלשון העברית):

"נושא זה שאתה מעלה נדון לא אחת בפניות של משפחות אשר ביקשו ליתן ביטוי לשפת ארץ מוצאם. אנו מבינים ללבך ולרצון הכן ליתן ביטוי בשפה אשר אשתך המנוחה השתמשה בה בחיים, ברם תקנות היסוד של החברה. קבעו במפורש כי הרישום ע"ג המצבות בחלקות המוחזקות ע"י חברתנו ייעשה אך ורק בשפה העברית ובהתאם ללוח העברי. קביעה זו לא נעשתה מתוך גחמה גרידה אלא משיקולים הלכתיים ולאומיים.

אנו מייחסים לבית העלמין יחס של מקום קדוש ומקום לפולחן דתי..."

חברתנו קמה ע"י יקירי ירושלים של אותם ימים, הועד הלאומי וקהילת ירושלים, כדי ליתן ביטוי לתקומת ישראל ולממלכתיות שביקשו המייסדים לתת בכל עניין הנוגע ליהודים ולארץ ישראל. הקפדנו עד היום הזה משך למעלה מחמישים שנה שלא לסטות ולא לפרוץ פירצה באותם גדרים של תקנות היסוד שקבעו לנו מייסדי החברה ואיננו רואים סיבה לעשות זאת עם כל ההבנה גם כיום. חובתינו ומחויבותנו הינם לא רק לאלה הנטמנים כיום אלא גם כלפי אלו שנטמנו בחלקותינו וכלפי המשפחות שהביאו יקיריהן לקבורה באדמת חברתנו על דעת אותן תקנות. אנו מצפים להבנה מצדך ומצד בני משפחתך לעמדתנו זו ואנו משוכנעים כי אלו אשר יבואו לפקוד את קבר אשתך המנוחה ויכלו להתייחד עם זכרה מבלי שהעדר הלשון הלועזית והתאריך למינים יפגום בהתייחדותם זו."

= 495 =

מוסיף ומשיב מר טרלו, בא-כוח החברה קדישא, לסיכומי מר שופמן, בא-כוח המבקש, בין היתר, לאמור:

"ככל שמדובר במוקירי המנוחה היושבים בישראל, קשה להעלות על הדעת (וזה גם לא נטען במפורש) שאינם יודעים צורת אות עברית עד כדי קריאת השם 'קסטנבאום' (או תאריך עברי). אשר לאנשים הגרים בחוץ לארץ, הרי ככל שמדובר במכריה - מוקיריה מן הפעילות שלה בחו"ל בקהילות יהודיות ומפעילותה הציונית - הרי כל מי שמאורגן בקהילה יהודית - רפורמי, קונסרבטיבי, אורתודוקסי, יודע צורת אות עברית - לפחות מבית הכנסת. ואם יש איש בודד שאינו יודע, הרי לא לבדו יבוא לבית העלמין, וחזקה שמי שיבוא עימו יקרא באזניו את הכתוב על

המצבה".

באי-כוח בעלי הדין נחלקו בדעותיהם, אם והיכן נאמר בתקנות, במסמכי הסידורים הפנימיים ובמסמכים שונים אחרים של החברה הקדישא, שיש לכתוב את שם המנוח בכיתוב עברי בלבד. כבר אמרתי לעיל, כי אין אני רואה כל חשיבות בהכרעתה של שאלה זו. ברור הוא, כי הייתה זו הוראה מפורשת וברורה מטעם החברה קדישא, כך נהגה מאז ייסודה מלפני יובל שנים, הדבר הובא לידיעת כל מי שנזקק לשירותיה והוא נדרש לחתום על כך, ומעולם לא נכתב כיתוב לועזי על מצבה שהוקמה מטעם חברה קדישא "קהילת ירושלים". נוהג זה אושר הן בהנהלת החברה קדישא, והן במועצת בתי העלמין, אשר לה סמכות פיקוח, לפי החוק, על החברה קדישא (תקנות מועצת בתי העלמין היהודיים בירושלים, תשכ"ז-1967). וכך נאמר במכתב, שהשיב בא-כוח מועצת בית העלמין לפנייתו של עו"ד שופמן למועצה, סיום 1 בדצמבר 1988 (נספח יא לבקשת המשיב בבית המשפט המחוזי), כי אין היא מוצאת מקום להתערב בהחלטת החברה קדישא, כי "בקשת מרשיך מנוגדת לתקנות היסוד של החברה שפועלת בירושלים מזה עשרות בשנים".

כיתוב עברי ולועזי לאור הנורמות הציבוריות שבפעילותה של החברה קדישא

11. כאמור, נושא הדיון שעלינו להכריע בו אחד ומיוחד הוא: האם יש בהחלטה שקיבלה החברה קדישא "קהילת ירושלים" בדבר כיתוב עברי בלועזי על המצבות בבית הקברות שהיא אחראית לו משום פגיעה בנורמה מנורמות המשפט המינהלי - לפי טיבן ושיעורן של נורמות אלה החלות על החברה קדישא - באופן שמצדיק התערבותנו לביטולה של החלטה זו? בהעמדת השאלה בצורה זו אין אני מביא חשבון, בשלב זה של דיוני, את העילה מכוח ההתחייבות של המבקש בחוזה שבניו לבין החברה קדישא, שלפיו הסכים המבקש לכיתוב עברי בלבד, וממילא אין אני דן בשלב זה בשאלה, אם תנאי ההסכמה שבחוזה זה נוגד את תקנת הציבור ואם - מאחר שחוזה אחיד הוא - יש בו משום תנאי מקפח שמן הדין לבטלו. עילה חוזית זו אדון בה לכשתבוא שעתה.

ודוק, דרך זו היא הדרך הנקוטה בידי החברה קדישא, שבראש ובראשונה מבססת היא טענותיה על תקנותיה, מסמכיה ונוהגיה כמקור לפעילותה בסיפוק צרכי הקבורה והקמת המצבה, תקנות, מסמכים ונוהג, שהובאו לידיעת המבקש עובר לקבורת המנוחה, ושמכוחם ועל פיהם היא פועלת.

= 496 =

12. עיקרון גדול בתחום הנורמות הציבוריות (שעליו מצווה החברה קדישא בפעילותה הציבורית, בא לכלל ביטוי בדבריו של השופט עציני בע"א 280/71 [1] הנ"ל, בעמ' 23):

"כולי עלמא לא פליגי שזכותו של כל אדם לכבד בדרך נאותה את זכרם של אהוביו שהלכו לעולמם, בהתאם לאורח חיים 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' AMERICAN JURISPRUDENCE, 2ND ED., VOL. 14. P. 744."

מכוחו ומכוח כוחו של עיקרון זה הוחלט בע"א 280/71 [1], על דעת הרוב, לבטל את החלטת החברה קדישא שבתל-אביב, שסירבה לאפשר לבנו של המנוח ד"ר גדעון להוסיף תאריכי לידה ופטירה לפי הלוח הלועזי. כאמור לעיל, בחן השופט עציני תחילה את מהות פעילותה של החברה קדישא וקבע, כי אמנם רשומה היא כאגודה פרטית, אבל היא ממלאת תפקידים ציבוריים חיוניים, והשירותים שהיא מספקת המה שירותים ציבוריים. כן הוסיף וקבע, בהביעו את דעת הרוב, שמה שנאמר בטופס של חברה קדישא, כי תאריכי הלידה והפטירה על המצבה יהיו רק לפי הלוח העברי, יש בו משום תנאי מגביל, שאינו מחייב את בנו של המנוח שחתם עליו. לדעת המבקש בתיק שלפנינו, יש בה בפסיקה זו כדי להסיק הימנה גם לענייננו, היינו שסירובה של החברה קדישא "קהילת ירושלים" לרשום על המצבה את שמה של המנוחה בכיתוב לועזי אינו כדין ובטל הוא. לעומתו, לדעת החברה קדישא, מקום יש להבחין בין ע"א 280/71 [1] לפרשה שלפנינו. כאמור, אדון בשלב זה של הדברים בשאלה, אם יש בנדון דנן משום פגיעה בנורמה של המשפט הציבורי שחל בנושא שלפנינו, מבלי להתייחס לשאלה של תוקף התנאי החוזי.

13. לדעתי, המסקנה אליה הגיע בית-משפט זה בע"א 280/71 [1] בדבר ביטול ההחלטה של החברה קדישא שבתל-אביב, שאסרה לכתוב על המצבה את תאריכי הלידה והפטירה לפי הלוח הכללי, אין בה כדי להביא לאותה מסקנה לעניין השאלה העומדת לדיון לפנינו, היינו ההוראה בדבר איסור הכיתוב הלועזי על המצבה של שם המנוחה בחברה קדישא של קהילת ירושלים. הנושא העומד לדיון ולהכרעה במקרה דנן שונה הוא במהותו מהנושא שעמד לדיון בע"א 280/71 [1], וכן שונות הן הנסיבות במקרה דנן מהנסיבות כפי שהן שם [1]. ולא זו אף זו. מתוך דברים שנאמרו בפסק-דינו של בית-משפט זה בע"א 280/71 [1] ועל פיהם, יש להגיע לכלל מסקנה שונה והפוכה לעניין השאלה שלפנינו.

14. כפי שעולה מהחומר שלפנינו, החברה קדישא "קהילת ירושלים" היא אחת מתוך תשע חברות קדישא הפועלות בירושלים, היא החברה קדישא הגדולה ביותר, המשרתת למעלה ממחצית תושבי ירושלים. מאז היווסדה מטרתה היא לשרת את כלל הציבור הציוני בירושלים, ומשום כך קבעו מייסדיה, מלפני יובל שמאחר שלציבור זה יש, לפחות, מכנה משותף אחד שאינו שנוי במחלוקת, והוא החשיבות הערכית והלאומית של השפה העברית, יבוא מכנה משותף זה לכלל ביטוי בצור הכיתוב על המצבות המוקמות על-ידיה, שיהא בשפה העברית

בלבד. זהו המכנה המשותף המקובל על כלל הציבור, שלמענו הוקמה החברה קדישא לפני למעלה מיובל שנים.

השגת מכנה משותף זה היא ערך-על, המיוחד לפעילות הציבורית שהחברה קדישא דגן מופקדת עליה בסיפוק צורכי קבורה לכלל הציבור שלמענו הוקמה ושלמענו היא פועלת, ומהווה הוא חלק של הנורמות שלפיהן עליה לפעול. השאלה הניצבת לפנינו היא, אם ערך זה של השגת מכנה משותף של הכיתוב בשפה העברית על גבי כל המצבות של המובאים למנוחת עולמים באתר הקבורה של החברה קדישא "קהילת ירושלים" בלתי סביר הוא, ופגום הוא, לגופו, ובנסיבות שלפנינו, בהתחשב בעיקרון, שזכותו של כל אדם לכבד בדרך נאותה את זכרו של אהוביו שהלכו לעולמם, בהתאם לאורח חייהם ולמסורתם. האם התקנה וההוראה בדבר השגת המכנה המשותף האמור דינה ליבטל לגופה ובנסיבות שלפנינו.

15. בבוא בית המשפט המחוזי לקבוע, על שום מה אין בנימוקיה של החברה קדישא כדי להצדיק שלא להיענות לבקשת המבקש לכיתוב בשפת לעז על מצבתה של המנוחה, מנמק הוא ואומר*:

"אם אני מבין נכון את טענת המשיבה (החברה קדישא - מ' א'), הרי שסירובה להתיר כתב לעז נעוץ בטעמים לאומיים ולא בטעמי דת. חרף גישת המשיבה הרואה ברישום כתב לעז מעשה לאומי פסול, היא עצמה משתמשת בטפסיה, כפי שכבר הראיתי, באותיות לעז לציון שמה ותפקידה. אינני מביא זאת חלילה כדי להקניט את המשיבה, אלא כדי להראות ולהצביע כי יש והמציאות מכתובה אופן וצורת התנהגות שגישה אידיאולוגית מנותקת ממצאות, היתה אולי פוסלת אותה. אני מניח שהמשיבה משתמשת באותיות לעז, ובשפת לעז, לתיאור שמה ותפקידה לא מתוך חיבה יתירה לכתב זה אלא משום שבעוונותינו הרבים, הציבוריות הישראלית טרם הפכה לחברה אינטגרטיבית המשוחררת מכבלי ההרגלים והמסורות של ארצות המוצא מהן באו תושבי הארץ. תושבי הארץ היהודים נקבצו כאן מנדחי ישראל שהיו פזורים בין כל אומות העולם, תהליך קליטתם וקיוצם מכל קצווי תבל נמשך במלוא העוצמה גם בימים אלו, ועד שישירו מעליהם כל חלקי האוכלוסיה את תרבויות המוצא שלהם לטובת תרבות אחידה שתיווצר בקרב תושבי הארץ, יחלוף עוד זמן רב. במסגרת זאת, חלקים ניכרים של האוכלוסיה אינם בקיאים מספיק בשפה העברית, וכדי לאפשר להם להבין מי הוא הגוף הכותב אליהם, בחרה המשיבה להוסיף למכתביה גם כותרת לועזית.

במסגרת הרצון לחתור לקראת אינטגרציה מלאה של החברה הישראלית-יהודית, יש דברים שניתן וצריך לאכפף משום שכל דרך חילונית תנציח את שאינו משותף בין תושבי הארץ. כך, למשל, אין ברירה זולת 'כפיית' חינוך עברי ושימוש בשפה

----- * פ"מ תשנ"א (1), בעמ' 128-129.

העברית כשפה דומיננטית במוסדות ממשלה, בתקשורת ההמונית ובחיי היום-יום. לעומת זאת מכבדת הציבוריות הישראלית מנהגי פזורות שונות, החל מהסהרנה ליוצאי כורדיסטן, עבור דרך המימונה ליוצאי מרוקו וכלה בחדשות ברדיו ובטלוויזיה ליוצאי פזורות שונות, בשפתם שלהם.

כשבאים לבחון היכן צריך שתהיה 'כפייה לאומית', והיכן ניתן וצריך להשכיל ולנהוג באורך רוח עד להשלמת האינטגרציה, נכון יהיה ליתן בין השאר משקל נכבד לאותם ענינים בהם יש נימים ואספקטים אישיים או רגשיים. האופן והדרך בהם רואה אדם לכבד ולהנציח את יקיריו שהלכו לעולמם נמנים על סוג זה של ענינים. כמאמר בית-המשפט העליון בע"א 280/71, הרי (שזכותו של כל אדם לכבד בדרך נאותה את זכרו של אהוביו שהלכו לעולמם בהתאם לאורח חייהם למסורתם... (שם, ע' 23)....

הנמקה זו אינה מקובלת עלי. מדובר במצבה בבית-קברות, ולא בפירמה של נייר מכתבים, ואף לא בחדשות ברדיו ובטלוויזיה. ברור ומובן, ששוב אין מקום (פעם היו גם זמנים אחרים...) לאיזו שהיא כפייה באשר לשימוש בלשון העברית בחיי יום-יום;

לכפייה זו אין מקום, לא רק משום שמצווים אנו להקל על אלה שבאים ומתקבצים במדינה היהודית, ששפות זרות שגורות בפיהם ואינם יודעים את הלשון העברית, אלא גם מי שידוע עברית על בוריה, הרשות נתונה לו כמו לכל אדם להאזין לחדשות ולכל תכנית שהיא ברדיו ובטלוויזיה, בכל לשון שהיא, ככל שהדבר טוב לו ונוח לו. שפה, כמו כל ערך תרבותי אחר, אינה נקנית בכפייה. גם קשה לי להבין, עם כל הכבוד, מה להן לסהרנה ולמימונה לנושא דיונו. מן הראוי לקיים ולשמר תרבויותיהם של בני העדות השונות, כפי שהתפתחו בתפוצות השונות, גם לאחר עלייתם למולדתם, למדינת ישראל. אך מה לכל אלה ולשאלת כיתוב בלעז על מצבות בבית העלמין היהודי של קהילת ירושלים? בבית העלמין מן הראוי לנהוג, כאמור לעיל, בכבוד ראש, ולהקפיד על כבוד המת, כבוד החיים וכבוד ישראל (החברה קדישא של קהילת ירושלים ראתה לנכון להנהיג, שעל גבי המצבות שבבית הקברות שתחת פיקוחה ייכתב כיתוב עברי בלבד, ללא כיתוב לועזי, משום שלדעתה יש בכך, בירושלים שבארץ-ישראל, כדי להוסיף לכבוד הראוי למקום. האם יש בהוראה זו משום שיקול "בלתי סביר" שמן הראוי לבטלו? או שמא זהו שיקול "שרירותי"? טוב עשה השופט המלומד, שלא דן בטענתו של מר שופמן, שמא מי שיעלה על הקבר לא ידע לקרוא את שם הנפטר כשהוא כתוב באותיות עבריות. המנוחה עלתה לארץ עם משפחתה, נמנתה על

האוניברסיטה העברית בירושלים, וקשה להניח שטענה זו, עליה חזר מר שופמן לפנינו, נטענה ברצינות. וגם לולא עברה זה של המנוחה, היה זה מקרה נדיר ביותר שיימצא בן משפחה שלא יוכל לקרוא את שם המשפחה של הנפטר שנכתב באותיות עבריות. לא ידוע לי על בני קהילה יהודית כלשהי, לכל סוגיהן וזרמיהן, שמי שחבר בה אינו יודע לפחות צורת אותיות עבריות כדי לקרוא שם משפחה שעל המצבה. איני בא, חם ושלו, לומר, שאין משום נימה רגשית או אישית למראה השם בלועזית שאליו היה הנפטר מורגל. אבל האם בכך די ומספיק, בבואנו לאזן לבין הערך הגלום בתקנה ובהוראה בדבר כיתוב בשפה העברית, כדי לקבוע שהוראה זו של כיתוב עברי דינה ליבטל? האם אין זה סביר שבבית-עלמין, שבכבוד מיוחד יש לנהוג בו, יש בשימוש ייחודי

= 499 =

בשפה העברית שעל גבי המצבה משום טיפוחם של כבוד זה, ושל אחדות זו של כל שוכני עפר הנקברים בבית הקברות? וכי זוהי "כפייה לאומית"?

16. אכן, התקנה של החברה קדישא "קהילת ירושלים" שלא להרשות כיתוב לועזי אינה מטעמים של איסור הלכתי, אבל במורשת ישראל ראו בכך חשיבות מיוחדת משום הכבוד וכובד הראש המחויבים בבית הקברות. דברים מאלפים על כך מצויים בתשובה לר' משה שיק, מגדולי המשיבים בגולת הונגריה במאה התשע-עשרה (שו"ת מהר"ם שיק, חו"מ נו"ט).

מהר"ם שיק נשאל על מקרה -

"שאיש אחד מת לו מת, ושינוי (צ"ל: ושינוי - מ' א') מנהג מקומו, כי העמידו להנעדר מצבה על קברו, והכתב גם הלשון שחקקו על המצבה הוא כתב ולשון אונגארי"ש, וכזאת לא נעשה ולא נשמע עוד בקהילות קדושות שבישראל לשנות מנהגם בדבר שבפרהסייה".

ר' משה שיק משיב, כי יש להתנגד לתופעה זו. מאלפים הם נימוקיו:

"המקום של בית הקברות הוא מקום קדוש וצריכין לנהוג בו כבוד, כדאיתא ביו"ד (בשו"ע יורה דעה - מ' א') סי' שס"ח דצריכין לנהוג בו כבוד, דאסור לאכול שם, וכן כל דבר של חול אסור לעשות שם, עיי"ש (עיין שם-מ' א'). גם החברה המתוקן לזה נקראת חברה קדושה..."

ולכך המנהג דווקא להעמיד מצבה כתוב וחרוט בלשון הקודש, שהוא הלשון שנברא בו העולם, ובלשון זה ניתנה לנו התורה וכל ספרי הקודש. ובו היה הדיבור ממנו יתברך אל נביאיו הקדושים, ובו דיברו רבותינו ואבותינו הקדושים אשר זכותם עדיין מגין עלינו.

והוא הלשון המצרף כל בית ישראל לעם אחד, וכתבי אמרת ה' צרופה, והוא המגן לכל החוסים בו והוא המייחד אותנו.

ולכן נכון וראוי הוא הלשון הזה להיות כתוב וותרת (וחרות?) ונאמר במקום קדוש. מה שאין כן שאר מקומות שהם מיוחדים רק לצורך ועניני עולם הזה, הנאמרים בכל לשון".

וכך נאמר באחרונה בתשובתו של הרב אליעזר ולדינברג, מגדולי המשיבים בימינו, כי:

"שם, על סף עולם האמת, ישנה ביותר החובה היהודית לאחד כל שוכני העפר הישראליים אל האיחוד הלשוני לשון הקודש" (שו"ת ציץ אליעזר, ח"ט, יד [ח]).

דומה שמן הראוי כאן להזכיר, מעניין לעניין באותו עניין, שכבוד וקדושה אלה שיוחדו לשפה העברית הם ששמרו על הלשון העברית כלשון התרבות העברית, אף-על-פי שבחיי יום-יום שלטו לשונות זרות בקיבוצים היהודיים בפזורות השונות. אומר על כך י' קויפמן, בספרו

= 500 =

הגדול גולה ונכר (כרך ב) 38-39, כאשר בא הוא לדון בשינוי שחל בתופעה זו בסופה של המאה השמונה-עשרה, עם פרוס האמנציפציה:

"לפנים יכלה היהדות לקיים את הלשון העברית בתור לשון תרבותית. מקור כחה של לשון זו היתה קדושתה הדתית, וכל זמן שהתרבות היתה דתית, קיימת היתה באומה השאיפה לשמור על תרבות זו - קל לשונה הקדושה. ברשות החיים החילוניים - בשוק - שלטו לשונות הגויים, בטהרתן או בצורה מיוחדת. אבל לשונות אלה לא יכלו לדחות את לשון הקודש מרשות היצירה התרבותית-הדתית. העברית (לפרקים יחד עם הארמית אחותה) היתה לשון ספרות 'תורה', לשון ההלכה והאגדה, וכן גם לשון שירת הקודש. בכח תפקידה היסודי הזה יכלה לשמש בתקופות ידועות גם לבוש ליצירה חילונית".

בסופה של המאה השמונה-עשרה, עם הפילוג באומה היהודית בין שומרי תורה ומצוות לאלה שאינם מקפידים על כך, חל שינוי מהותי ביחס לחיוניותה של הלשון העברית וביחס לשימוש בה.

ממשיך ואומר פרופ' קויפמן, שם:

"אולם לשון זו לא יכלה להחזיק מעמד, משנתערער האידיאל התרבותי הישן. משהתחילה התרבות החילונית החדשה כובשת את היהדות, התחיל מתגבר גם כחה של לשון תרבות זו. ברשות התרבות החילונית לא יכלה העברית לעמוד בפני לשונות הנכר החיות והמושרשות בקרקע. ובמדה שדחקה התרבות החילונית את רגליה של תרבות התורה דחקה גם לשונה את לשון תרבות התורה. לשונות הגויים התחילו כובשות עתה את היהדות לא בתור לשונות-שוק בלבד, אלא גם בתור לשונות תרבות. הלשון העברית מוכרחה היתה להתבצר עתה בתחום הצר של הדת."

דחיקתה זו של הלשון העברית מלשמש אף כלשון תרבותית בלבד היה בה כדי להטיל ספק, משקמה תנועת התחייה הלאומית בסופה של המאה התשע-עשרה - היינו כעבור כמאה שנים - אם ניתן יהא להשתמש בלשון העברית כלשון שנית לה התבטא וליצור בה במציאות המודרנית. ואכן, רבים וטובים פקפקו באפשרות זו, והוגה חזון המדינה היהודית, בנימין זאב הרצל, נמנה עמם, ואף הציעו, כי אחת מלשונותיה של אירופה תהא לשונה של המדינה העברית העתידה לקום. אך פקפוקים אלה נעלמו והיו כלא היו. אסרנו על כך במקום אחר (מ' אלון, המשפט העברי - תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו ("ל מאגנס, מהדורה 3, תשמ"ח(1346-1347):

"...התחושה הפנימית כי השימוש בלשון העברית בחיי החברה, הכלכלה והרוח של יום יום היא כורח לאומי, שבלעדיו אין תחייה לאומית שלמה, היא שהביאה לכך שתהיה העברית ביישוב העברי לא רק ללשון הקודש, אלא ללשון הלאומית, המדוברת והנכתבת, של העם העברי השב לארצו. בשנת תרע"ג-1913, בעת

= 501 =

'מלחמת השפות', נתקבלה ההחלטה הנחושה לטובת השימוש בלשון העברית כשפת ההוראה שבמוסדות היישוב, ובשנת תרע"ט-1919 הוכרזה הלשון העברית מפי הנציב העליון הרברט סמואל כאחת משלוש הלשונות הרשמיות של ארץ-ישראל - ומאז נקשרה לשון זו עם המציאות והחיים. כתוצאה מעמל ללא לאות של גופים ציבוריים ויחידים קנאיים - ובראשם מחיה הלשון העברית כלשון דיבור, אליעזר בן-יהודה, שלחם על כך ארבעים שנה עד לפטירתו בשנת 1922 - נוצרו ביטויים ומונחים, סגנון ונוסח, שבשיעור ניכר נידלו מן האוצרות הקדומים של הלשון, כשמצד אחד היה בהם כדי להיענות לצרכים המודרניים, והולכים ומתחדשים, של לשון מודרנית בימינו, ומצד שני - כדי לשמור על המשכיותה ורציפותה של הלשון העברית הקדושה בת אלפי השנים עם הלשון הלאומית שבימינו אנו. תחיית העברית כשפת יום יום בחיי המעשה היתה - בהשוואה לנסיגות דומים של החייאת לשון לאומית בעמים אחרים - 'תופעה שאין לה תקדים בהיסטוריה האנושית', והשימוש בלשון העברית היה כבר ערב הקמתה של מדינת ישראל תופעה לאומית ראשונה במעלה. כיום אין כל אפשרות לתאר את חיי החברה והתרבות של המדינה ללא העברית, וכל הוויכוחים והפקפוקים בדבר אפשרות ביצועה של משימה זו שוב אינם אלא נושא למחקר היסטורי ובלשני בלבד. במשימה גדולה ומופלאה זו של תחיית העברית בחיי המעשה נטלו ונטלים חלק כל חלקי הציבור העברי שבישראל, הן אלה שאינם שומרי תורה ומצוות, ושואים בלשון העברית נכס לאומי בלבד, הן אלה שנמנים עם מחנה שומרי התורה והמצוות, שואים בה גם לשון הקודש. ולא זו בלבד שאין איש המנער חוצנו מתחיית הלשון העברית בימינו, אלא שזכתה העברית, והיתה לאחד הערכים הרוחניים והמעשיים הגדולים המשותפים לכל חלקי האומה, לערך המשלב את האומה כולה להרמוניה אחת ומאוחדת."

17. השמירה על כיתוב המצבות בלשון הקודש במאה התשע-עשרה - וזאת בעיצומה של תקופת האמנציפציה שבה חדלה בחוגים רחבים הלשון העברית מלשמש כלשון התרבות היהודית - כפי שנזכרנו לדעת מתשובתו האמורה של המהר"ם שיק [ט]. היא גורם קטן, אבל משמעותי, להחייאת הלשון העברית עם תנועת התחייה הלאומית. הגורם העיקרי והמכריע לתופעת החייאת הלשון העברית בחיי המעשה, שכאמור "אין לה תקדים בהיסטוריה האנושית", היה בכך שמאז ומתמיד שימשה לשון זו, בכל תקופות הגלות כולל תקופת האמנציפציה, כלשון שבה נכתבה ונוצרה הספרות העצומה שבעולמה של הלכה ושבמשפט העברי - בספרות הפירושים והחידושים, בספרות הפוסקים ובספרות השאלות והתשובות, והכיתוב העברי על המצבות אף הוא חלק, גם אם זעיר וקטנטן, בתופעה מופלאה זו של שמירת הלשון העברית כלשון תרבותית חיה - בזכותה של היצירה ההלכתית הענפה והעצומה (ועמדתי על כך בהרחבה בספרי הנ"ל, בעמ' 1321-1320, 1345-1347). ואם באו ונתאפסו יוקרי ירושלים, מראשי הציונות על זרמיה, והחליטו להמשיך ולקיים תופעה זו של כיתוב בלעדי בעברית על המצבות שבחברה קדישא שבקהילת ירושלים, האם נאמר כי תקנה זו הייתה אז, או הינה כיום, "פגומה" מבחינת דיני המשפט הציבורי, ומן הראוי ומן הדין לבטלה? מייסדי החברה קדישא, שנמנו עם כל שכבות

= 502 =

הציבור היהודי הינו, שומרי תורה ומצוות ושאינם מקפידים על כך, ביקשו עם תחילת ניצני עצמאות יהודית, בשנת 1937, לקיים את "האיחוד הלשוני של לשון הקודש" בבית העלמין של החברה קדישא שנוסד על-ידיהם; האם משאלה-מטרה זו פגומה הוא, אז או היום, כך שהיא מאפשרת ומצדיקה את התערבותו של בית המשפט כדי לבטלה?

ע"א 280/71 [1] והפרשת שלפנינו -

18. הנימוקים שהביאו את בית-משפט זה בע"א 280/71 [1] להחלטה בדבר ביטול ההוראה שמנעה לכתוב על המצבה תאריך לפי הלוח הכללי, ובספרות, אינם יפים לנושא שלפנינו, היינו כיתוב השם של הנפטר בלועזית. הנימוק שהובא על-ידי החברה קדישא לאי-כתיבת תאריך לפי הלוח הכללי היה משום האיסור ההלכתי להעלות על-ידי הזכרת תאריך זה את שנת לידתו של הנוצר. נימוק זה לא עלה יפה, גם אישים ומוסדות דתיים משתמשים בתאריך של הלוח הכללי, וכן הוא במצבות של בתי-קברות שונים. ואם באיסור מדובר, אין נפקח מינה בין שימוש בתאריך לצורך מסחרי או בבית הקברות (שם) [1], בעמ' 19). וכפי שראינו לעיל היו חכמים שראו בתאריך לפי הלוח הכללי משום איסור הלכתי, אך גדולי הלכה אחרים לא סברו כך.

נימוק נוסף שמודגש בפסק-דינו של בית המשפט בע"א 280/71 [1], הוא, שהתאריך לפי הלוח הכללי הפך לחלק מהותי ואינטגרלי של חיי היום-יום, גם כשהם מתנהלים על טוהרת השימוש בשפה העברית, ואין לך תעודה אישית - כגון תעודת לידה ותעודת זהות - או ציבורית ומשפטית, שאינה נושאת עליה גם את התאריך של הלוח הכללי. בצדק נאמר על כך מפי השופט עציוני, כי "אין זו אלא שלילה שרירותית של הזכות להשתמש בלוח הכללי לציון תאריכי לידתו ופטירתו של אדם שכל מאורעות חייו סבבו על פי לוח זה" (שם, בעמ' 23). מובן ואין צריך לומר, שנימוק זה אין לו ולא כלום לעניין השאלה העומדת לדיון לפנינו.

19. ולא זו בלבד, אלא דברים שנאמרו בע"א 280/71 (1) מביאים הם למסקנה שונה בשאלה שלפנינו מאשר המסקנה שנתקבלה בשאלה שעלתה בו. נאמר על-ידי השופט עציוני בהמשכם של דברים, שם, בעמ' 23-24:

"אינני גורס שמקים המצבה רשאי לעשות ככל העולה על רוחו; אדרבא, החברה האחראית לניהול בתי-העלמין רשאית ורשאית לפקח הן על צורת הכתובת החקוקה על המצבה, והן על תכנה, כך שלא תיפגע צורתו החיצונית של בית-העלמין ולא ייפגעו רגשותיהם של בני הציבור הנזקקים לו.

כאן המקום לציון כי כשמדובר בפגיעה ברגשות, המבחן המתאים יהא 'דעתו ורגישותו של רוב או חלק ניכר מאותו ציבור ולא דעותיהם הקטביות של אנשים הנמנים על מיעוט קיצוני בהשקפותיו' (ראה פסק-דיני בבג"צ 124/70, בע' 516).

אם נמוד את העניין בקנה-מידה זה, ברור לי שלא היה כל מקום, לא מנקודת מבט האינטרס הציבורי, ולא מנקודת מבט אינטרסים אחרים, לאסור על המערער לציון על מצבת אביו את התאריך הכללי בנוסף לתאריך העברי.

= 503 =

כאמור, משרתת המשיבה את כלל הציבור היהודי ולא דוקא חלק דתי-קיצוני ממנו...."

האם קנה מידה זה חל גם לעניין הדרישה של החברה קדישא "קהילת ירושלים", שהכיתוב על גבי המצבה יהיה בשפה העברית בלבד? האם אלה הן הנסיבות המרשות ומצדיקות לומר, כי הדרישה לכיתוב עברי בלבד פגומה היא, בלתי סבירה או שרירותית?

20. זאת ועוד. מהדברים שהובאו זה עתה בע"א 280/71 [1], עולה, כי מחובתה של החברה האחראית לניהול בית העלמין להקפיד, כי לא ייפגעו רגשותיהם של בני הציבור הנזקקים לבית העלמין; ועוד מודגש שם, למעלה מהעניין שזה עתה צוטט על-ידינו (שם, בעמ' 23), כי זכותו של כל אדם לכבד בדרך נאותה את זכרם של האוביו שהלכו לעולמם, "כל זמן שדבר זה אינו פוגע ברגשות או באינטרסים לגיטימיים של הזולת". בבית-קברות זה של חברה קדישא "קהילת ירושלים" טמונים אלפי אלפי שוכני עפר מבני ירושלים ומאלה שנקבצו אליה, שנמנו עם הציבור הציוני לכל גונוני וזרמיו, אשר ביקשו, הם או קרוביהם, להיקבר בבית החיים בירושלים מתוך ידיעה כי הכיתוב שעל גבי המצבות בבית-קברות זה שבירושלים הוא על טוהרת העברית, שפה שהייתה עבורם ערך עליון, יקר ללבם ולרגשם. אם נבוא עתה, כיום הזה, ונבטל תנאי זה של כיתוב עברי בלעדי שעל גבי המצבה) האם אין בכך משום פגיעה חמורה באינטרסים של הזולת, בכבוד המתים, שכבר הלכו לעולמם ונטמנו בעפרו של בית-קברות זה, ובכבוד החיים, המה קרוביהם ובני משפחתם של אלה, בבואם מכאן ואילך לעלות על קבר יקיריהם בבית הקברות, שעל גבי מצבותיו יילך ויגבר הכיתוב באותיות של כל אומות העולם?

21. ואחרון אחרון - הבדל חשוב קיים בנסיבות המקרה דנן לעומת הנסיבות שבע"א 280/71 [1]. בע"א 280/71 [1] לא הייתה כל אפשרות לקבורה באמצעות חברה קדישא אחרת. נאמר על כך בפסק הדין שם, בעמ' 21:

"ואם גם טענה המשיבה כי המערער לא היה זקוק דוקא לשירותיה היא, ויכול היה לבחור עבור אביו קבורה בבתי-עלמין אחרים לפי בחירתו, הרי טענה זו אין לה אחיזה במציאות וכל בר-בי-רבי יודע כי רוב בתי העלמין בתל-אביב - מקום פטירתו של המנוח-מלאים, או שחלקות הקבורה נקנו מראש ושמורות לבעליהן. רק יחידי סגולה הנמנים על

נכבדי העיר והארץ או בעלי אמצעים למיניהם, יכולים לרכוש שם מקומות קבורה, ואילו רוב הציבור נזקק לבית-העלמין בבתי-ים שברשות המשיבה. כשאדם בא לקבור את מתו או להקים מצבה לשמו, אין לו, לאמיתו של דבר, ברירה אלא להסכים לתנאים שמטילה עליו חברת הקבורה המונופוליסטית".

שנות הן הנסיבות במקרה דנן. בין יתר חברות הקדישא שבירושלים, שהן תשע כמספר, קיימות לפחות ארבע, שלפי תקנוניהן אינן מקפידות על בלעדיות של השפה העברית, והן

= 504 =

מאפשרות, לכל מי שחפץ בכך, לפנות אליהן ולבקש את שירותי הקבורה מהם. נאמר על כך בתצהיר האמור של מזכיר החברה קדישא "קהילת ירושלים":

"12. בירושלים פועלות כיום, מלבד ח"ק 'קהילת ירושלים', תשע חברות קדישא, ומהן ידועות לי לפחות ארבע אשר מאפשרות חריטת שם הנפטר או הנפטרת באותיות לועזיות על המצבה וציון התאריך האזרחי.

13. יודגש כי ארבע חברות אלה מביאות לקבורה כל יהודי הפונה אליהן, בלי קשר לשייך עדתי או אחר. יתר על כן, הן התחייבו על כך כלפי המוסד לביטוח לאומי, בתמורה להתחייבות המוסד לכסות את הוצאות הקבורה, כך שזו מבוצעת חנים - מבחינת המשפחה או הידידים של הנפטר או של הנפטרת.

14. הווה אומר כי ח"ק 'קהילת ירושלים' אינה גורם 'מונופוליסטי' בעיר. כל נפטר או נפטרת יכול שיובא למנוחות על ידי חברה קדישא אחרת, באותם התנאים, בבית העלמין המצוי באותו אתר גיאוגרפי (הר הזיתים או הר המנוחות), תוך מתן ביטוי לרצון המשפחה בכל הנוגע לשימוש באותיות לועזיות ובתאריך אזרחי על המצבה. רצופים לכאן תצלומים של מצבות כאלה, בהר המנוחות (מקום קיברה של אשת המבקש, נוחה עדן), אשר נבנו בחלקות של שלוש מבין ארבע החברות הנזכרות בסעיפים 11 ו-12 לעיל. בצד כל תצלום נכתב שמה של החברה קדישא שעסקה בקבורת המנוח או המנוחה. התצלומים מצורפים ומסומנים חש/3, חש/4, חש/5.

15. בירור טלפוני עם החברות קדישא היה מגלה למבקש איזו חברה קדישא מוכנה לאפשר לו הצבת מצבה על קבר אשתו לפי תנאיו. אילו היו המבקש או אחיו, בעת באו למשרדי ח"ק בקשר לסידורי הקבורה, והובררו להם התנאים בנושא האותיות הלועזיות והתאריך האזרחי, חולקים על התנאים הנ"ל, הייתי מפנה אותו מיד לארבע החברות קדישא המאפשרות זאת, והדבר לא היה מעכב את הקבורה עיכוב של ממש".

מר שופמן, בא-כוחו המלומד של המבקש, אינו מכחיש את האמור לעיל, אלא שטוען הוא, כי ארבעה בתי-קבורה אלה מיועדים בעיקר לבני עדה יהודית זו או אחרת, ואילו המבקש מעדיף שרעייתו המנוחה, שנמנתה עם סגל האוניברסיטה העברית, תובא למנוחות בבית-קברות ששם הובאו לקבורה רבים מבין אנשי האוניברסיטה העברית שבירושלים. טיעון זה סביר הוא, כל עוד מקבל עליו המבקש את נהגה והנחיותיה של חברה קדישא זו באשר לכיתוב העברי על גבי המצבה, כפי שכן נהגו כל אנשי האוניברסיטה העברית, ללא יוצא מן הכלל, מזה שנים ארוכות. אך רצונו של המבקש הוא שלא לקחת חלקת קבורה בחברות קדישא האחרות - אף שזה היה עונה לרגשותיו כאשר עולה הוא לקבר המנוחה - משום שאנשי אוניברסיטה אחרים קבורים בחברה קדישא "קהילת ירושלים", אך מבקש הוא להעביר לחברה קדישא זו את נהגן של ארבע החברות קדישא האמורות לאפשר כיתוב לועזי על גבי המצבות. על טענה מעין זו אין לי אלא לומר שלא צריכה היא להתקבל על דעת החברה קדישא.

= 505 =

לסיכום ביניים - האם סירובה של החברה קדישא "קהילת ירושלים" לכיתוב לועזי על גבי המצבה של המנוחה, בתנאים ובנסיבות אלה שעמדנו עליהן במפורט זה עתה, האם סירוב זה אינו עולה בקנה אחד עם הנורמות הציבוריות שהחברה קדישא חייבת לפעול לפיהן ובלתי סביר הוא? האם אין החברה צודקת בטענתה, שדרישת המבקש בלתי סבירה היא?

האיזון בין הנורמות הציבוריות

22. בפסק-דינו נאמר על-ידי חברי הנשיא, שהינו -

"מכבד מאוד את רצונה של המערערת לשמור על טוהר הכיתוב העברי הבלעדי על המצבות, ולא יכול להיות ספק בכך שכוונתה הן ללא דופי מן הבחינה הציבורית-לאומית. אולם לא זאת השאלה המכרעת, שהרי כבר הבהרנו, שמדובר בחובה לכבד רצונו של הפרט לנהוג אחרת" (סעיף 10 לפסק-דינו).

לשם כך יש לגלות סובלנות וסבלנות ונכונות לחיות עם פרט זה או אחר בתוך החברה, הבוחר בדרך שאיננה זהה למגמות ולשאיפות של הרוב שבה, שהרי בחברה חופשית אין שאיפה לקולקטיביות של אמונות, דעות או רגשות (שם, פיסקה 7).

דברים אלה מקובלים עלי, ויסוד מוסד הם בהגותה של חברתנו ובמערכת משפטנו.
אוסף ואצין, כי שורשם-יסודם בעולמה של יהדות. כבר עמדתי על כך במפורט ובארוכה במקום אחר (ע"ב 2/84, 3 [7]).
בעמ' 296-294], וכאן אצין דברים אחדים בלבד:

"מלחמתם ועמידתם בשער של נביאי ישראל, גם כאשר נתקלו בתגובות קשות וזועמות, שימשו מקור השראה
בלתי נדלה למאבק על חופש הבעת דעות ולמשטרים הדמוקרטיים הנאורים שבימינו. והדברים ידועים ואינם צריכים
ראיה, וכל בר-בי-רב בתורת המדינה ובמשנת הדמוקרטיה מצוי אצלם.

דומה שאין לך ביטוי יותר קולע וממצה לחופש הבעת דעה ולחשיבותה של כל דעה ודעה - ואף זו שדעת יחיד היא
- מהכלל שטבעו חכמים לעניין מחלוקת בית שמאי ובית הלל, ש'אלו ואלו דברי אלוהים חיים' (עירובין, יג, ב;
ירושלמי, ברכות, פ"א, ה"ד; ירושלמי, יבמות, פ"א, ה"ו). לצורכי המעשה, כהתנהגות מחייבת, ההלכה היא כבית
הלל 'מפני שנוחין ועלובין (סבלנין - ראה רש"י, עירובין, יג, ב) הוי', אך דעת בית שמאי ממשיכה להוות דעה
לגיטימית ומהותית בעולמה של הלכה. גישה זו הייתה לאחד מקווי אופיה של הלכה. ה'זקן ממרא', גם לאחר
שהסנהדרין - בית הדין העליון של האומה - פסק כגדו, יכול הוא להמשיך ולדבוק בצדקת דעתו 'וללמד כדרך שהיה
למד' ובלבד שלא יפסוק כך למעשה (משנה סנהדרין, יא, ב; בבלי סנהדרין, פו, ב). יתרה מזו: דעת המיעוט יכול
שתבוא שעתה ותיהפך לדעה המקובלת שינהגו לפיה" (שם, בעמ' 294).

= 506 =

ובהמשכם של דברים, בעמ' 295:

"ריבוי דעות זה אין בו משום תופעה שלילית או פגם, אלא מהותי הוא לעולמה של הלכה. 'ואין בזה שום השתנות
או חסרון, לומר שנעשית התורה על ידו כשתי תורות חלילה; אדרבה - כך דרכה של תורה, ואלו ואלו דברי אלקים
חיים' (ויכוח מים חיים, פולין, פראג, הקדמה לר' חיים בר' בצלאל, המאה השש עשרה; ראה על כך במפורט, אלון,
למספר הנ"ל, בעמ' 1149-1145). ולא זו בלבד, אלא יש בריבוי הדעות והגישות כדי יצירתה של הרמוניה, של
אחדות מתוך שוני. כדבריו הנאים של אחרון כותבי ספרי ההלכות, ר' יחיאל מיכל עפשטיין, בתחילתה של מאה זו:

'וכל מחלוקת התנאים והאמוראים והגאונים והפוסקים, באמת למבין דבר לאשורו, דברי אלקים חיים המה, ולכולם
יש פנים בהלכה; ואדרבה, זאת היא תפארת תורתנו הקדושה והטהורה, וכל התורה כולה נקראת שירה, ותפארת
השיר היא כשהקולות משונים זה מזה. וזהו עיקר הנעימות' (ערוך השלחן, חו"מ, הקדמה).

ולהלן נאמר עוד, בעמ' 296-295:

"ריבוי הדעות הוא חלק מהותי ומבורך בכלל חייה של חברה מתוקנת... ריבוי דעות זה מן הראוי שיכובד על-ידי
המנהיג ועל-ידי השלטון. ביטוי מאלף לכך נמצא בדברים הבאים (במדבר רבה, פינחס, פרשה כא, ב; תנחומא,
פינחס, י):

'כשם שאין פרצופיהן (של בני אדם) שוין זה לזה, אלא כל אחד ואחד יש לו דעה בפני עצמו... שכן משה מבקש מן
הקדוש ברור הוא בשעת מיתתו ואומר לפניו: רבונו של עולם, גלוי וידוע לפניך דעתם של כל אחד ואחד, ואין דעתן
של בניך דומה זה לזה. כשאני מסתלק מהן, בבקשה ממך, מנה עליהם מנהיג שיהא סובל לכל אחד ואחד לפי
דעתו'.

זאת תורת המנהיגות והשלטון במורשת ישראל... שיהיו סובלים כל אחד ואחד, כל קבוצה וקבוצה, לפי דעתם ולפי
השקפת עולמם. וזהו סודן הגדול של הסובלנות ושל ההקשבה לזולת, וזהו כוחה הגדול של זכות הבעת הדעה לכל
אחד ואחד ולכל ציבור וציבור, שלא זו בלבד שהכרחיים הם למשטר תקין ונאור אלא אף חיוניים לכוחו היוצר. שהרי
בעולם הריאלי 'שני יסודות מתנגדים זה לזה מתלכדים יחד ומביאים לידי הפריה, ומכל שכן בעולם הרוחני' (הרב
אברהם יצחק הכהן קוק, הניר, ירושלים, תרס"ט, עמ' 47; אדר היקר, עמ' יג ואילך).

אך, עם כל הכבוד, לא שאלת הסובלנות וההקשבה לזולת, זכותו לאורח חיינו גם כאשר במיעוט הוא ואי-כפיה לקולקטיביות,
לא אלה וכיצא באלה עומדות לדיונו.
מספר שאלות אחרות מבקשות הכרעתנו. השאלה האחת היא- החלטה של גוף ציבורי בדבר דרישה לכיתוב

= 507 =

עברי - שכשלעצמה טובה, נכונה, צודקת וללא דופי היא-האם "חוסר הסובלנות" על-ידי סירוב ליחיד זה או אחר, המבקש
כיתוב לועזי על המצבה, יש בו כדי לפגום בהחלטת הגוף הציבורי, החברה קדישא. האם לוקה החלטה זו בחוסר איזון נאות
בין הערכים והנורמות שעל החברה קדישא ליישמן בפעילותה הציבורית בסיפוק צרכי הקבורה של המבקשים את שירותיה,

חוסר איזון שבלתי ראוי הוא במידה המצדיקה ביטול החלטתו של הגוף הציבורי? הרי החלטת החברה קדישא היא "ללא דופי מן הבחינה הציבורית-לאומית"; כיצד היא נעשית, בהינף יד וכלאחר יד, פגומה וראויה לביטול. ומה הדין כאשר יבקש המבקש שעל המצבה יהיה רק כיתוב לועזי, כי הכיתוב העברי "זר" הוא למי שאינו יודע עברית וגורם להפרעה להתייחדותו עם הנפטר? לדעת מר שופמן, בא-כוחו המלומד של המבקש, גם זה עניין של "סובלנות" הוא ויש להיענות גם לכך. האומנם כן? והרי עקרון יסוד במערכת משפטנו הוא עקרון האיזון בין ערכים שונים, כאשר הם מתנגדים זה לזה; היכן האיזון בנדון דנן?

ולא זו אף זו, וזו השאלה השנייה. במקרה דנן, גילוי הסובלנות כלפי המבקש האחד או כלפי - השניים מביא לכלל פגיעה חמורה ברצונם של אחרים, שדעתם - מאז ייסוד החברה קדישא בשנת 1937 - הייתה בעד כיתוב עברי בלבד; האם אין ב"סבל" של כל האחרים משום משקל נגד לדרישה של "סובלנות" מטעם המבקש ובא-כוחו?

ולא זו אלא אף זו, וכאן באים אנו לשאלה השלישית. הרי, כאמור, בפני המבקש פתוחה הייתה דרך לפנות לחברה קדישא אחרת, שתאפשר לו את הכיתוב הלועזי, ואין כל ספק בכך שזה ניתן היה בהישג יד, ומזכיר החברה קדישא, מר שחור, אף מוכן היה לטפל בכך ולהסדיר בדרך זו את המשאלה של המבקש במקרה לא שכיח זה. האם על-אף כל אלה מצויה כאן עילה משפטית של פגיעה בנורמה ציבורית, המאפשרת ומצדיקה ביטולה של הוראת החברה קדישא על-דינו?

לדעתי, כאמור, התשובה לכך היא שלילית. דרישת הסובלנות מטעם הרוב כלפי המיעוט מן הראוי שתאוזן במידה מסוימת של סובלנות מטעם המיעוט כלפי הרוב, איזון שיימצא לפי משקלו הסגולי של כל אחד משני הערכים המתנגדים. במיוחד בשאלה כגון זו שלפנינו זקוקים אנו לעקרון העל של האיזון המאזן בין הערכים השונים, ומכוח איזון זה אין למצוא פגם בהחלטה ובנוהג של החברה קדישא בדבר כיתוב עברי בלעדי על המצבות שבבית החיים שבפיקוחה.

תוקף הדרישה לכיתוב עברי מכוח החוזה שבין החברה קדישא והמבקש

23. משבאנו לכאן, שוב אין אנו צריכים להאריך בדיונו בשאלה הנוספת שעלתה בפרשה דנן, היינו תוקף התנאי שבחוזה שבין המבקש לבין החברה קדישא. המבקש, באמצעות אחיו, חתם על טופס רישום הזמנת קבורה; בטופס נאמר, בין היתר, כי "על דעת תקנות החברה וההתחייבויות הנובעות מכך, הנני מזמין בזה ביצוע הקבורה של הנפטרת הנ"ל"; לטופס צורף דף הסבר למזמין לווייה, ובו נאמר כדלהלן:

= 508 =

"לתשומת לב מזמין מצבה.

לפי תקנות הח"ק, הכתב על המצבה יהיה כתוב אך ורק באותיות עבריות ללא ספרות וללא ציור או תמונה".

לפנינו איפוא חוזה, חתום כדת וכדין, שנכרת בין החברה קדישא לבין המבקש, שבתנאי מתנאיו נאמר, שהכתב שעל המצבה יהיה כתוב אך ורק באותיות עבריות (כאמור לעיל, בעניין הספרות כבר ויתרה החברה קדישא). האם קיימת עילה משפטית לביטולה של הוראה זו בדבר הכתב שעל המצבה שיחיה כתוב אך ורק בלשון העברית?

שתי עילות משפטיות אפשריות עלו בדיון שלפנינו לביטולה של ההוראה האמורה:
האחת - ההוראה שבתנאי האמור נוגדת את תקנת הציבור, ואשר-על-כן בטלה היא לפי סעיף 30 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#); והשנייה - מאחר שהחוזה חוזה אחיד הוא, והתנאי תנאי מקפח הוא, הרי יש לבטלו (סעיף 3 [לחוק החוזים האחידים](#) מתשמ"ג).
תחילה - לעניין תקנת הציבור.

תקנת הציבור

24. כאמור וכמפורט בדברינו לעיל, התקנה-הוראה של החברה קדישא בדבר בלעדיות הכיתוב העברי שעל המצבה אין בה משום פגם בנורמה מן הנורמות של המשפט הציבורי, שעלינו להיזקק להן לרגל היות דין החברה קדישא כדין גוף דו-מהותי, כמפורט וכמבואר לעיל. ההוראה האמורה טובה, נכונה וסבירה היא בבואנו לאזן בין הערכים השונים המצויים בפרשתנו ובנסיבותיה. מתוך כך, המסקנה המתבקשת מאליה היא, כי הוראה זו גם אינה נוגדת את מושג תקנת הציבור, במובנו לפי סעיף 30 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#). מקבל עלינו, כי במושג זה של תקנת הציבור יש לעשות שימוש זהיר מאוד, לאור הכלל הגדול שבידינו בדבר עקרון חופש החוזים, שיסוד מוסד הוא במערכת משפטנו (ראה [ד"נ 22/82](#) [5], בעמ' 468 ואילך). יחד עם זאת, גם עקרון חופש החוזים, ככל עיקרון משפטי-ערכי, אינו אבסולוטי, ויש לו גבולות ותחומים. כיבוד רצונם החופשי של הצדדים לחוזה הוא "עיקרון גדול שבתקנת הציבור" ([ע"א 148/77](#) [8], בעמ' 620), ועיקרון זה אין לסגת הימנו אלא במקרים חריגים ויוצאי דופן שיש בהם משום פגיעה "באשיות יסוד של הסדר החברתי" (שם). הכלל הגדול הוא איפוא; שיש "לחשב היטב חשבוננו של שכר השמירה על תקנת הציבור כנגד הפסדה של הפגיעה בזכותו של אדם, שהשמירה עליה אף היא משום תקנת הציבור יש בה" ([ע"א 793/76](#) (המ' 506/78) [9], בעמ' 563; וראה עוד במפורט שלו, בספרה הנ"ל, דיני חוזים, בעמ' 32-33, 377-389). משמדובר בגוף דו-מהותי כגון בעניין שלפנינו, שבו יש להיזקק הן לנורמות מתחום המשפט הפרטי והן לאלה שמתחום המשפט הציבורי, מקום יש לומר כי המושג "תקנת הציבור" יתפרש בצורה נרחבת יותר, גם כאשר אנו נזקקים לו לעניין החוזה שבתחום המשפט הפרטי שנכרת על-ידי גוף זה.

לעניין שלפנינו אין צורך להכריע בדבר. בתנאי האמור אין משום פגם בנורמה מהנורמות של המשפט הציבורי, ואין לבוא ולומר כי תנאי זה בחוזה נוגד הוא את תקנת הציבור, וודאי הוא שאין בו משום תנאי "הפוגע באשיות יסוד של הסדר החברתי" (ע"א 148/77 [8], בעמ' 629).

= 509 =

חוזה אחיד - תנאי מקפח

25. ומכאן לטענה בדבר ביטול התנאי האמור על שום שתנאי מקפח הוא. אף לעניין עילה זו איני רואה מקום לדיון מפורט, לאור הדברים שאמרנו בסוגיית הנורמות שבמשפט הציבורי בפרשתנו, ואסתפק בקצירת האומר.

מדובר בעניינינו בחוזה אחיד (ראה ההגדרה שבסעיף 2 לחוק החוזים האחידים מתשמ"ג). תנאי בחוזה אחיד שהוא מקפח על בית המשפט לבטלו או לשנותו (סעיף 3 לחוק הנ"ל). הלכה מוסכמת היא, שהקיפוח במובן חוק החוזים אחידים אינו מוגבל לענייני כלכלה וכסף, וע"א 280/71 [1], עליו עמדנו לעיל, יוכיח. נאמר על כך בדבריו של אריאל בן נון (א' בן נון, "חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982" פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, ג' תדסקי עורך, תשמ"ז) 29-30):

"אמנם במרבית המקרים ספקים ולקוחות עוסקים בקשרים עסקיים, באספקת מצרכים ושירותים ובתמורתם. אך גם פגיעה בערכים חברתיים ומוסריים עשויה לחייב התערבות שיפוטית, ואפילו עניינים השייכים לאורח-החיים של הפרט, לתרבות הנפש, כשאין אמות-מידה בידי השופט שידריכו אותו, מלבד השקפתו האישית" (ההדגשה שלי - מ' א').

כלילת מכלול עניינים אלה במושג התנאי המקפח מבוססת על הפסיקה המובאת בהערותיו של המחבר המלומד ועל פסיקה נוספת המצויה בדינו (ראה במפורט שלו, בספרה הנ"ל, דיני חוזים בעמ' 31-30, 611-643). כמו כן, דברים שאמרנו לעיל לעניין היקפו של המושג "תקנת הציבור", משדנים אנו בחוזה שנכרת על-ידי גוף דו-מהותי אשר נורמות המשפט הציבורי והפרטי משמשות בו כאחד, ייתכן שיפיעים הם גם לעניין המושג "תנאי מקפח" שבחוזים אחידים.

כאמור, ההתערבות השיפוטית בתנאי מתנאי חוזה אחיד היא על-פי מבחן הקיפוח. "מבחן זה אינו אלא מבחן של הגינות וסבירות, אשר באמצעותו מרכיב בית-המשפט את השקפותיו החברתיות על גבי החוזה האחיד שלפניו" (שלו, שם, בעמ' 31-30; וראה שם, בעמ' 638 ואילך).

לפי הוראות סעיף 3 לחוק החוזים האחידים מתשמ"ג, ידון בית הדין, כמפורט בחוק, בתנאי בחוזה אחיד שיש בו משום קיפוח - "בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות...". במקרה דנן, בו מדובר בתביעה בהליך מסוים וקונקרטי שבין ספק לבין לקוח, דן בית המשפט לפי הוראות סעיף 19 לחוק, אשר זו לשונו:

"(א) מצא בית משפט, בהליך שבין ספק ולקוח, שתנאי הוא מקפח, יבטל את התנאי בחוזה שביניהם או ישנה אותו במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח.

(ב) בהשתמשו בסמכותו לפי סעיף קטן (א) יתחשב בית המשפט במכלול תנאי החוזה ובנסיבות האחרות, וכן בנסיבות המיוחדות של הענין הנדון לפניו" (ההדגשה שלי - מ' א').

= 510 =

דיונו של בית הדין בבדיקתו של תנאי מקפח הוא "בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות"; בדיונו של בית המשפט, במקרה דנן, יתחשב בית המשפט, בנוסף לכך, גם "בנסיבות המיוחדות של הענין הנדון בפניו".

העולה מן האמור. דברים מפורטים שאמרנו בדיונו בתוקפה של ההוראה בדבר כיתוב עברי בלעדי של שם המנוחה על גבי המצבה, מבחינת הנורמות של המשפט הציבורי, יפים הם ונכונים הם לעניין הטענה בדבר קיומו של קיפוח בתנאי שבחוזה האחיד שבין החברה קדישא למבקש באשר לדרישה לכיתוב עברי בלעדי. תנאי זה סביר הוא והגון הוא, ואין בו משום קיפוח המבקש; ומכל שכן הוא בנסיבות המיוחדות שבמקרה דנן, שציבור גדול ורב שכבר הובא למנוחת עולמים ייפגע על-ידי ביטולו של תנאי זה, ושמצויות גם מצויות חברות קדישא אחרות המאפשרות כיתוב לועזי על גבי המצבה.

26. סיכומו של דבר: התקנה של החברה קדישא "קהילת ירושלים" בדבר כיתוב עברי בלעדי על המצבה שבחלוקת הקבורה שבפיקוחה טובה ונכונה היא לפי נורמות המשפט הציבורי, ותנאי כאמור שריר ותקף הוא גם לפי דיני החוזים שבמשפט הפרטי; הכול כמתחייב מאופייה הדו-מהותי, הציבורי והפרטי של החברה קדישא "קהילת ירושלים".

27. משכתבתי את פסק-דיני, בא לפני פסק-דינו של חברי, השופט ברק, ומבקש אני להוסיף הערות אחדות, בקצירת האומר.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

חוק-יסוד זה יצא מתחת ידה של הכנסת לאחר כתיבת פסק-דין. חברי, השופט ברק, מתייחס בדבריו להוראת סעיף 2 שבחוק היסוד, שלפיו "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"; אכן, השאלה העומדת לדיון לפנינו עניינה "כבודו של אדם", אלא שלדעתי, הוראות חוק-יסוד זה תומכות הן במסקנה אליה הגעתי.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כמה וכמה מעלות טובות מצויות בו, הן מבחינת תוכנו והן מבחינת דרך פרשנותו, ולדרך פרשנותו נודעת חשיבות מרובה לעמידה על תוכנו. לא כאן המקום להאריך בדברים, ועוד תבוא השעה לכך; עתה אעמוד על מספר סימני דרך יסודיים שבחוק-יסוד זה.

שלא כדרכם של חוקים אחרים, ואף של חוקי-יסוד, הציב המחוקק בראשו של חוק-יסוד זה, שמספר סעיפיו שנים-עשר, סעיף "מטרה", אשר זו לשונו:

"חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

= 511 =

בידוע, כי בפרשנותו של דבר חוק על בית המשפט לתת את הדעת, בין היתר, על תכלית החקיקה ועל ההיסטוריה החקיקתית לשם ביאור לשונו של החוק. דא עקא, שהעמידה על תכליתו והיסטוריה אלה סכנה של חוסר ודאות ובהירות רובצת לפתחה, "שהרי מושגים אלה... מושגים עמומים ובלתי מוגדרים הם, ויכול אתה למצוא להם רמזים לכאן ולכאן והדגשים לכאן ולכאן" (בג"צ 142/89, 172 [10], בעמ' 563); משום כך מצווים אנו על זהירות מרובה בבואנו להיזקק להם לשם ביאורה של לשון החוק (שם). וזהירות מרובה זו חובה כפולה ומכופלת היא עלינו בבואנו לפרש מונחים-ערכים כגון כבוד האדם וחירותו, שמעצם טבעם כוללניים ובלתי מבוארים הם.

חסד עשה עמנו המחוקק בחוק היסוד האמור, וטובה מרובה נחזיק לו על כך, בקובעו בלשון ברורה-עד כמה שניתן להיעשות בדברו של חוק - תכליתן של הוראות יסוד אלה, שהיא "לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (ההדגשה שלי - מ' א'). תכלית דו-ערכית זו - מדינה יהודית ודמוקרטית - חד היא, ובא זה ולימד על זה, ובא זה ומשלים את זה, והיו לאחדים בדינו. מעתה, יתפרשו המונחים-ערכים כבוד האדם וחירותו ככאים להגשים תכלית דו-ערכית זו.

עצם עיצומה של הגדרה שלובת ערכים זו כבר נקוטה בדינו בפסיקות של בית-משפט זה, כשיסודה בהכרזת העצמאות של מדינת ישראל. בע"ב 2/84, 3 [7] דנתי בערכי היסוד של חופש הדעות, חירות הביטוי, סובלנות, שוויון האדם באשר הוא אדם שנברא בצלם אלוהים וזכויות המיעוט, לפי עקרונות מורשת ישראל ששימשו מקור השראה בלתי נדלה למשטרים הדמוקרטיים הנאורים שבימינו, וינקו אלה מאלה. וכך נאמר בסיכומם של דברים בעמ' 297:

"אופיה 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. אופיה 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 (כפי שבא לידי ביטוי לאחר מכן בחוק השבות, תש"ו-1950) וכיוצא באלה. ואף עקרונות אלה משמשים נר לרגלינו. מכלול כלל עקרונות אלה הוא מכבשן עולמה של דמותה המיוחדת של המדינה היהודית; טובי הגויה של תורת הציונות, על כל אגפיה וזרמיה, יהודים בעלי השקפות עולם שונות, אזרחי מדינת ישראל בני לאומים ודתות שונים, כולם דנו ודנים במשמעותם וביישומם של מכלול עקרונות מגילת העצמאות בחיי המעשה של המדינה היהודית".

דברים אלה חזרו וצוטטו, מתוך הסכמה, על-ידי חברי, הנשיא שמגר (ע"ב 1/88 [11], בעמ' 189).

על החשיבות המיוחדת שייחסה הכנסת לתכלית האמורה של עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית נוכל לעמוד גם מתוך עיון בהיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד

= 512 =

האמור. תחילתו של חוק-יסוד זה בהצעת חוק פרטית של חבר הכנסת אמנון רובינשטיין, שהועברה לוועדת חוק ומשפט של הכנסת (ראה הצעת חוק-וקוד: כבוד האדם וחירותו, בעמ' 60). בהצעת החוק הפרטית לא מצוי היה סעיף המטרה הנ"ל שבחוק היסוד כפי שהוצע לאחר מכן על-ידי ועדת החוקה, חזק ומשפט, ובסעיף 7(א) ו-7(ג) שבהצעת החוק הפרטית, שכותרתו "סייגים", נאמר, בין היתר, שאין לפגוע בזכויות שבחוק היסוד אלא בחוק ההולם מדינה דמוקרטית שאין לעשות

שימוש בזכות שבחוק במטרה לפגוע במשטר הדמוקרטי (ראה דברי הכנסת השתיים-עשרה, מושב שלישי, חוברת כז (תשנ"א) 3365-3366, ודברי הסבר שם; וראה והשווה הנוסח שנתקבל בסעיף 8 לחוק-יסוד: [כבוד האדם וחירותו](#), שעניינו בשינויים מחויבים, ההוראות שבסעיף 7(א) ו-7(ג) הנ"ל). משהובאה הצעת החוק מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט (ראה לעיל) לשם קריאה ראשונה בכנסת, הוסף סעיף המטרה הנ"ל, בו נאמר "כדי לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית..." (סעיף 1 להצעה). נוסח זה נתקבל, כאמור, בחוק היסוד בעת הקריאה השנייה והשלישית, על דעת כל חברי הבית. מתוך הדיון המאלף בחוק היסוד האמור מן הראוי לצטט דברי של חבר הכנסת אוריאל לין, יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, שאמרם עם הבאת החוק לקריאה שנייה ושלישית (דברי הכנסת השתיים-עשרה, מושב רביעי, חוברת כד (תשנ"ב) 3782):

"החוק הזה הוכן מתוך הבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית. היינו מודעים לכך, שאין אנחנו יכולים להעביר חוק-יסוד, שמעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם לא נגיע להסכמה רחבה של כל סיעות הבית.

ובעמ' 3783:

"החוק פותח בהכרזה דקלרטיבית, בדקלרציה שהוא נועד להגן על כבוד האדם וחירותו על-מנת לעגן בחוק את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. החוק במובן זה קובע כבר בסעיף הראשון, שאנחנו רואים עצמנו מחויבים לערכים של מורשת ישראל ולמורשת היהדות, שכן נקבעה מפורשות קביעה פוזיטיבית-ערכית של מדינת ישראל כמדינה יהודית וגם דמוקרטית. החוק מגדיר כמה מחירויות היסוד של הפרט, שאף אחת מהן אינה בסתירה למורשת ישראל או לעולם הערכים הרווח והמקובל היום במדינת ישראל, על כל סיעות הבית".

עם חקיקתו של סעיף 1 לחוק-יסוד: [כבוד האדם וחירותו](#) חל איפוא חידוש מהותי הן באשר למקור תוקפן של זכויות היסוד האמורות והן באשר להבהרת תוכנה ומקור תוקפה של התכלית שלובת הערכים האמורה. עד לחקיקת סעיף מטרה זה, מקור התוקף והתכלית האמורים יסודם היה, כאמור לעיל, במגילת העצמאות, ש"מבטאת את חזון העם ואת האני מאמין שלו" (בג"צ 10/48 [12], בעמ' 89), אף מפאת חוסר הנפקות המשפטית של הכרזת העצמאות (שם) היו אלה "זכויות יסוד שאינן כתובות על ספר", אלא הן נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש" (בג"צ 243/62 [13], בעמ' 2415, מפי הנשיא לנדוי). עם היכנס [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) לתוקפו, ובראשו סעיף המטרה שבו, היו זכויות יסוד אלה לזכויות

= 513 =

הכתובות על ספר, ותכלית חקיקתן כתובה אף היא על ספר, היינו שההגנה עליהן "כדי לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", ערכים היונקים מערכיה של "מורשת ישראל ומורשת היהדות" ומערכי הדמוקרטיה של מדינה שוחרת חופש.

העלאת מקור תוקפן ותכליתן של זכויות יסוד אלה לכלל חוק כתוב וחוקק חשיבות רבה נודעת לה בפרשנותן של זכויות יסוד אלה וביישומן להלכה ולמעשה.

אמרנו מה שאמרנו הן מפאת חשיבותם של דברים לתוכנו של [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) ולדרך פרשנותם של עקרונות היסוד שבמערכת משפטנו, והן מפאת נושא הדיון שבסוגיה שלפנינו. אין ספק, והדבר אינו שנוי במחלוקת ולא יכול להיות שנוי במחלוקת, שהשימוש בשפה העברית והכיתוב בשפה זו ערך יסוד הם בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. וכבר אמרתי דברים שאמרתי בעניין זה בפסק-דין לעיל, וכל מה שאוסיף לא יהא אלא בבחינת גורע. בבוא חברי, השופט ברק, לדון בעריכתו "של האיזון הראוי בין הערך הציבורי של הלשון העברית לבין כבוד האדם (של הנפטר וקרוביו)", אומר חברי:

"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..." (פיסקה 10 לפסק-דין).

לעומת זאת -

"היתר לכיתוב לא עברי (בצד הכיתוב העברי) אין בו פגיעה של ממש בכבוד האדם של אלה שכתוב 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 שכתוב זה אינו נראה להם. פגיעה כזו היא פרי רגישות הטבעית והרגילה של אדם הרגיש לכבוד האדם..." (שם).

על שום מה יש בשלילת הכיתוב הלוועזי משום פגיעה קשה וממשית בערך היסוד של כבוד האדם, לא ברור לי כל צורכו. ואשר לחלוקה שבדברי חברי בין מי שרגישותו הוא 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 בלוועזית, והם נהגו כך משום שלדעתם, ולדעת משפחותיהם, זהו

היקרא דשכבי והיקרא דחיי (כבוד המת וכבוד החיים) - שכל אלה אינם בבחינת "האדם הרגיל" אלא בעלי "רגישות חריגה ויוצאת דופן".

28. כבוד האדם ותקנת הציבור

לדעת חברי, מניעת כיתוב לועזי על גבי המצבה פגיעה כה ממשית וקשה היא, עד שנוגדת

= 514 =

היא את תקנת הציבור, ותנאי המונע כיתוב זה בטל ומבוטל הוא לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי). לשון אחר, גם אם אין מדובר בגוף ציבורי או בגוף אחר שעקרונות המשפט הציבורי, כולם או מקצתם, חלים עליו או על פעולותיו, וגם כאשר מדובר בחוזה אחיד, שבא להגן על הצד החלש והנחות) אלא בחוזה רגיל, בין שני יחידים, הבאים על הסכם מרצונם החופשי והגמור, שבמקום קבורה שראובן רוכש משמעון תקום מצבה שלא יהיה עליה אלא כיתוב עברי בלבד, אזי תנאי זה פסול הוא, אף שאין זה חוזה אחיד, וראובן יכול שימצא מקום קבורה בבית-קברות יהודי אחר, בו אין מניעה לכיתוב לועזי על גבי המצבה. זוהי תוצאה, שקשה לי להולמה, ויש בה משום התערבות קשה וחמורה בזכות היסוד של חופש ההתקשרות ביחסים משפטיים שבין שני צדדים פרטיים לחוזה. תמים דעים אני עם חברי הנכבד, כי לא "יעלה על הדעת כי ניתן לערוך חוזה בישראל בין שני פרטים, ולפיו האחד הופך להיות העבד של האחר". חוזה עבדות זה הוא בלתי חוקי ובלתי מוסרי. אבל מה לה לדוגמה "מעניינת" זו ולשאלת תוכנו של המושג תקנת הציבור ככולל מניעת כיתוב לועזי על מצבה בבית-קברות יהודי, כאשר הצדדים הסכימו על כך מרצונם החופשי והגמור, מתוך כבוד המת, כבוד החי וכבוד המקום?

בדעת המיעוט בד"נ 22/82 [5], שחברי נמנה עמה, נאמר על-ידי חברי, שלעניין מכרז, עקרון השוויון משותף הוא למכרז פרטי כלמכרז ציבורי. גישה זו לא נתקבלה על דעת הרוב בד"נ 22/82 [5] הנ"ל; לדעת הרוב, אין הצדקה לכפיית עקרון השוויון במכרז פרטי, כשם שאזרח פרטי רשאי להפלות בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאתם יעסוק, ואפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי סבירים. בסוגיה שלפנינו מביא חברי לצמצום משמעותי נוסף בזכות היסוד של חופש ההתקשרות, כאשר יש בה משום פגיעה בכבודו של אחד המתקשרים, כגון תנאי זה של כיתוב לועזי בסוגיה שלפנינו, וזאת באמצעות הכללת פגיעה זו כנוגדת את עקרון תקנת הציבור. על דרך פרשנותו של המושג תקנת הציבור בחוק החוזים (חלק כללי) כבר עמדתי לעיל בפסק-דיני (וראה במיוחד דברי השופט ויתקון המנוח, המצוטטים בד"נ 22/82 [5], בעמ' 466), ודומה עלי שהרחבה כה ניכרת ומהותית של המושג תקנת הציבור שבחוק החוזים (חלק כללי) יש בה לא רק משום פגיעה קשה בזכות היסוד של חופש ההתקשרות של האדם שהמשפט הפרטי חל על התקשרותו, אלא אף יש בה משום פאטרנליזם לא רצוי ולא מוצדק (ראה ד"נ 22/82 [5] הנ"ל, בעמ' 469 ואילך) ומשום הכנסת חוסר ודאות וחוסר יציבות מבחינת ידיעת הדין המשפטי ואופן יישומו בהתקשרויות שעליהן חלים דיני המשפט הפרטי.

29. ככל הנראה, דרך פרשנותו של מושג יסוד כה חשוב ועקרוני כ"כבוד האדם" יכול שתהא שונה מן הקצה אל הקצה. פלורליזם זה בדרכי הפרשנות של שופטים היושבים על מדין יש בו מן הטוב, שהרי ריבוי דעות מביא לכלל העמקת העיון והרחבת הדעת. אבל תופעה זו גם חוזרת ומצביעה על הקשר - הבלתי ניתן לניתוק - בין עולמו של הדין לבין עולמו של הדיין, על הקשר וההשפעה החוזרת שבין אישיותו של השקפת עולמו ודעותיו על החברה וערכיה, לבין מילוי תפקידו האובייקטיבי בשבתו על כס המשפט. ועל כל אלה עמדתי בהרחבה במקום אחר (ראה לאחרונה בג"צ 1635/90 [14], בעמ' 813-818; וראה לעיל בפסק-דיני, פסקה 25, בדבריו של המלומד בן נון, בחיבורו הנ"ל).

= 515 =

30. אשר על כל אלה דעתי היא, שיש לקבל את הערעור ככל הנוגע לכיתוב השם שעל גבי המצבה בשפה הלוועזית.

אחרית דבר

31. הכרזת הראשון, מחודש ניסן תרצ"ז, היא שנת 1937, שבו פנו יקירי ירושלים לתושביה בעניין ייסודה של החברה קדישא "קהילת ירושלים", פותח במלים הבאות:

"אחד התפקידים העקריים של כל קהילה וקהילה בתפוצות ישראל הוא: סדור בית עלמין וחברה קדישא בצורה נאותה ומתאימה. מבלעדי זה לא יתואר שום ארגון קהילה בישראל. בירושלים שאלת סדור חברה קדישא על יסודות צבוריים היא אחת השאלות הכי כאובות. במשך דורות היתה הקבורה בירושלים כמעט כעין קנין פרטי ברשות יחידים מבלי כל בקורת ציבורית".

ובהמשכו נאמר לאמור:

"החברה קדישא שעל יד ועד הקהילה בירושלים נגשת לתקן ולשפר את המצב מתוך הכרה ברורה שהכל צריך להיעשות על טהרת הקודש על פי המסורת והמנהגים הקבועים, התעוררו מיסדי החברה לארגן את עניני הקבורה בצורה הוגנת ונאה, כיאות לקהילה קדושה וחשובה כקהילת ירושלים, תיבנה ותיכונן..."

הקבורה וההלוייה תסודרנה בצורה שיהיה בה משום 'קרא דשכבי ויקרא דחי', מתוך כוונת ראש ובהכרת ערך השעה. החברה תעמוד תחת פקוח ציבורי, בתור אחד המפעלים החשובים של קהילת ירושלים, וישתתפו בה מטובי הצבור בתור ראשי-דגל ועסקנים מתנדבים".

בדרך זו ובמטכונת זו, נהגה ונהגת החברה קדישא "קהילת ירושלים" זה למעלה מיובל שנים. ואף המבקש, בעלה של המנוחה, במכתבו שבו פנה לחברה קדישא, כותב בין היתר (נספח ד לבקשה לבית המשפט המחוזי): "אני מודה לכם מקרב לב על הטיפול הנכבד והנאה בכל הקשור ללויה". במכתב זה הוסיף לבקש, כי על המצבה ייכתב גם תאריך הלידה והפטורה של אשתו המנוחה בספרות ולפי הלוח הכללי ושמה בכיתוב לועזי. הבקשה הראשונה נענתה על-ידי החברה קדישא, מתוך שנהגה ברוחב לב ובפתיחות הדעת בהתחשב בשינויים החברתיים ובדעת הפוסקים המקילים וכן בהתפתחות שימושה והיקף יריעתה של הלשון העברית עם חלוף העתים, אף שבכך שינתה מהכללים ומההנחיות שלפיהם נהגה למעלה מיובל שנים. היא ראתה עצמה מחויבת לנהוג כך משום הפיקוח הציבורי שהיא עומדת בו. לבקשה השנייה, הכיתוב הלועזי של שם המנוחה, לא נענתה. 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

= 516 =

הוא לפי מיטב השיקולים המשפטיים, החברתיים, היהודיים הדמוקרטיים. אולי 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 דישאל מחייב כי גם המבקש, מתוך כיבודה וכבודה של רעייתו המנוחה, יקבל עליו באהבה וברצון "עול" זה של לשונה ושפתה של המדינה היהודית.

השופט א' ברק: מחלוקת נפלה בין חבריי. במחלוקת זו - דעתי כדעת הנשיא שמגר. כמוהו סבור אף אני, כי דין הערעור להידחות, וכי דין התניה בדבר בלעדיות הכיתוב העברי על המצבה להתבטל. חברי, המשנה לנשיא, השופט אלון, ממקד את עיקר הדין בתחומי המשפט הציבורי. לדעתו, על-פי מבחניו של זה, התניה בדבר בלעדיות הכיתוב העברי תקפה היא ותופסת. גם חברי, הנשיא שמגר, ממקד את חוות-דעתו לתחומי המשפט הציבורי ומגיע למסקנה הפוכה. כאמור, במחלוקת זו דעתי כדעת הנשיא שמגר. עם זאת, ספק בעיניי אם המשפט הציבורי הוא "שדה המריבה" העיקרי.

כשלעצמי, הייתי מגיע לאותה מסקנה עצמה אם חברה קדישא לא הייתה גוף ציבורי כלל ועיקר. אבקש לנמק השקפתי זו. זאת ועוד: הנשיא זיילר בבית-המשפט המחוזי ביסס את פסק-דינו על דיני החוזים האחידים. לדעתו, התנאי בדבר ייחודיות הכיתוב העברי מהווה תנאי "מקפח". מסכים אני עמו בעניין זה ומבקש אני לנמק השקפתי זאת. עם זאת, ספק בעיניי אם האחידות שבחווה היא גורם המפתח. לדעתי, אם התניה בעניין ייחודיות הכיתוב העברי הייתה מעוגנת בחוזה "רגיל" (שאינו אחיד), דינה היה להתבטל בהיותה נוגדת את "תקנת הציבור". מבקש אני לנמק השקפתי זו. אפתח בנייתו הדין על-פי המשפט הציבורי ובהנמקת עמדתי התומכת בהשקפתו של הנשיא שמגר. אעבור לניתוח הדין על-פי [חוק החוזים האחידים](#) מתשמ"ג, תוך ביסוס עמדתי, המקבלת את פסק-דינו של הנשיא זיילר. אסיים בנייתו הדין על הכללים בדבר תקנת הציבור.

המשפט הציבורי

1. חברי, המשנה לנשיא, השופט אלון, ממקם את חברה קדישא בכלל ואת החוזים שהיא עושה לקבורת הנפטר בפרט בעיקר בתחומי המשפט הציבורי. מיקום זה אינו נקי מספקות ואינו פשוט כלל ועיקר. בע"א 280/71 [1] פסק השופט עיצוני, כי חברה קדישא "נחשבת לגוף קוואזי-ציבורי, הממלא תפקידים ציבוריים חיוניים, למרות היותה רשומה כאגודה עתמאנית" (בעמ' 18). הוא מציין, בעמ' 21, כי חברה קדישא "הוקמה למעשה מכוח סעיף 8(א)(3) של חוק השירותים הדתיים, תש"ט-1949", וכי "אין חולק על כך כי שירותי קבורה על כל הכרוך בהם, הם שירותים ציבוריים שאינם נופלים בחשיבותם משירותים אחרים שעל המדינה לספק

= 517 =

לאזרחיה" (שם). עם זאת, נפסק הדין על-פי [חוק החוזים האחידים](#) מתשכ"ד, ולא על-פי הלכות המשפט הציבורי. גם השופט ויתקון סבר בע"א 280/71 [1], כי חברה קדישא "ממלאת תפקוד סטטוטורי" (עמ' 14). עם זאת סבר, כי בהתקשרותה עם האזרח היא פועלת על-פי חוזה אחיד, ודינו של זה צריך להיקבע על-פי [חוק החוזים האחידים](#) מתשכ"ד. "השאלה העומדת לפנינו" - פסק השופט ויתקון - "מתעוררת במסגרת המשפט הפרטי, ולא הציבורי" (שם) [1], בעמ' 5 (1).

נמצא, כי חרף אופייה הציבורי נחתך הדין בע"א 280/71 [1] על-פי דיני המשפט הפרטי כפי מצבם אותה עת. אמת, בקביעת אופיו המקפח של התנאי החוזי יש מקום להתחשב במהותו הציבורית של צד לחוזה. אך "המיקום הגיאומטרי" של הבעיה בע"א 280/71 [1] הוא בתחומי המשפט הפרטי. השופט ויתקון ראה מסגרת זו כ"מיטת-סדום של יחסי לקוח-ספק" (עמ' 17).

ואילו השופט עצינוני סבר, כי ניתן לחלץ את העניין ממיטת סדום זו באמצעות הכללים של המשפט הפרטי, שעניינם ביטול תנאי בחוזה הנוגד את תקנת הציבור ודיני הקיפוח שבחוזים האחידים.

2. אכן, חברה קדישא מהווה "יציר כלאיים" מיוחד במינו, וכלשונו היפה של חברי, השופט אלון, "גוף דו-מהותי". כפי שציין חברי, חברה קדישא כוננה במשפט הפרטי. היא היוותה בעבר "אגודה עותמנית" וכיום היא מהווה "עמותה". את החוזה (האחיד) עם המתקשרים עמה היא כורתת כאישיות משפטית במשפט הפרטי. מהו ההיבט הציבורי של חברה קדישא, המצדיק החלתן של הלכות המשפט הציבורי עליה? לעניין זה אין די בכך שהשירות שהיא נותנת הוא למען הציבור בכללו ולא נועד לצורכי רווח.

רבות הן העמותות המעניקות שירותים לציבור בכללו, וכל עמותה, מעצם הגדרתה, מתאגדת "למטרה חוקית שאינה מכוונת לחלוקת רווחים בין חבריו" (סעיף 1 לחוק העמותות). לא יעלה על הדעת לטעון, כי המשפט הציבורי - הרואה ברשות הציבורית נאמן של הציבור (בג"צ 142/70 [15]) - יוחל על כל מי שפועל למען הציבור שלא למטרת רווח. כלום עמותות הפועלות למען קשישים וחולים פועלות בתוך תחומי המשפט הציבורי? אכן, החלתו של המשפט הציבורי על גוף אשר התאגד על-פי המשפט הפרטי מחייב תנאים נוספים, מעבר לביצוע תפקידים שלציבור עניין בהם. מהותם של תנאים אלה אינה פשוטה לקביעה. היא מחייבת זהירות רבה. מדינות אחרות, בהן התעוררו בעיות דומות, התקשו במתן תשובה לשאלה זו (ראה 103

J. BEATSON, "'PUBLIC' AND 'PRIVATE' IN ADMINISTRATIVE LAW" LAW Q. REV. (1987) 34; L. BROWN AND J.F. GARNER, FRENCH ADMINISTRATIVE LAW 79 (LONDON, 3RD. ED., 1983)). לענייננו נוכל לקבוע, כי אם מוענק לגוף פלוני תפקיד סטטוטורי, יש להחיל עליו, לעניין ביצועו של תפקיד זה, את המשפט הציבורי. ודוק: משאיר אני בצריך עיון אם תנאי זה הוא הכרחי. לדעתי, הוא תנאי מספיק, כך, למשל, חברת החשמל נתפסת כיציר כלאיים, בין השאר, בשל "קיומן של סמכויות שלטוניות" (בג"צ 731/86, [בשג"צ 91/87 \[3\]](#), בעמ' 462). לעניין זה, אין די בכך שאותו גוף פועל על-פי רישיון מטעם השלטון. הענקת הרישיון שוללת מפעולתו של אותו גוף את אופיו האסור. אין בהענקת הרישיון כדי להפוך את פעילותו של אותו גוף לפעילות בתחומי המשפט הציבורי, שאם לא כן "תביא לתוצאה המשונה, שלפיה כל אדם או גוף, הפועל על-פי היתר (כגון נהג מוביל, קבלן הבונה בניין, סוחר במטבע זר וכיוצא בהם) ממלא תפקיד על-פי דין" (בג"צ 126/84 [16], בעמ' 72). רבות מההוראות הסטטוטוריות העוסקות בקבורה עניינן רישוי חברות הקבורה ופיקוח על בעלי הרשימות. פקודת בריאות העם, 1940, קובעת כי "אין קוברין מת אלא בבית עלמין... שנתאשר כדן בתור

= 518 =

בית עלמין..." (סעיף 4(8)). [חוק תקציבי השירותים הדתיים היהודיים](#) וכיום [חוק שירות הדת היהודיים \(נוסח משולב\)](#) - מסמיק את שר הדתות להתקין תקנות בדבר "רשוי חברות לעיני קבורה של יהודים" (סעיף 8). מכוח סמכותו זו התקין שר הדתות את [תקנות שירותי הדת היהודיים \(חברות לעיני קבורה\)](#), על פיהן "חברה לעיני קבורה חייבת ברשיון מאת השר" (תקנה 2(א)). הוראות אלה עניינן חובת רישוי, ואין בכוחן בלבד להפוך את בעל הרישיון לגוף הפועל במסגרת המשפט הציבורי.

3. היש ייחוד נוסף לחברה קדישא כדי לעשותה "כשירה" לתחולת המשפט הציבורי? אחד התנאים למתן רישיון קבורה הינו, שחברה קדישא תחתום על הסכם עם המוסד לביטוח לאומי לשם הסדרת תשלום דמי קבורה על-ידי הביטוח הלאומי ישירות לחברה קדישא, ובמקביל מניעת קבלת תשלום מהפרט ([תקנות הביטוח הלאומי \(דמי קבורה\)](#), תשס"ו-1955). אף בכך אין כדי להעביר את מרכז הכובד של פעולות חברה קדישא לתחומי המשפט הציבורי. התקדמות מה לעבר המשפט הציבורי ניתן למצוא [בתקנות שירותי הדת היהודיים \(חברות לעיני קבורה\)](#), הקובעות (תקנה 7):

"חברה לעיני קבורה שקיבלה רישיון כאמור רשאית לעשות כל פעולה סבירה הדרושה למען קבורת נפטר יהודי; ורשויות המדינה והרשויות המקומיות חייבות להושיט לה כל עזרה הדרושה לכך".

בכך יש כדי להעניק סמכות סטטוטורית ("לעשות כל פעולה סבירה") לחברה קדישא. בהפעלתה של סמכות זו וכן בתפקידיה האחרים מוטל עליה פיקוח. פיקוח זה מופעל, בין השאר, על-ידי מועצת בתי העלמין היהודיים בירושלים, המוקמת מכוח [תקנות מועצת בתי העלמין היהודיים בירושלים](#). זאת ועוד: [תקנות השירותים הדתיים היהודיים \(אגרות שירותים של חברות קבורה\)](#), תשל"ל-1969, קובעות, כי "חברה לעיני קבורה הרוצה להטיל אגרת שירותים על מקימי מצבה על קבר הנמצא בבית קברות שבבעלותה או בחזקתה או תחת רשותה ופיקוחה, תגיש בקשה בכתב לשר כי יאשר הטלת אגרת שירותים כאמור" (תקנה 2). משניתן האישור, רשאית אפוא חברה קדישא להטיל אגרה. "שיעורי האגרה יכולים להיות מסווגים לפי אחוזים שונים או לפי דרגות שונות, בהתייחס לשווי המצבות או גדלן, או בהתאם לחלוקת שונות בבית הקברות" (תקנה 4). "השר רשאי לפי שיקול דעתו לאשר את האגרה המבוקשת כמות שהיא או להכניס בה שינויים, וכן להתנות את האישור בכל תנאי שימצא לנכון בדבר הקמת ועדות ערעור ומתן פטורים והנחות למקרי סעד ומחוסרי יכולת..." (תקנה 5). נמצא, כי לחברה קדישא סמכות שלטונית להטיל אגרות. נראה לי, כי מכלול הסמכויות השלטוניות הקשורות בשירותי הקבורה יש בהן, במשקלן המצטבר, כדי לגרום לכך כי חברה קדישא חוצה את הגבול שבין משפט פרטי לבין משפט ציבורי, וכי ניתן אפוא להטיל עליה - בצד החובות מהמשפט הפרטי - גם חובות מהמשפט הציבורי.

= 519 =

הציבורי. במסגרת זו עליה לפעול בהגנות ובסבירות וכנאמן של האינטרס הציבורי (ראה [בג"צ 531/79](#) [17], בעמ' 571). אסור לה לשקול שיקולים זרים. אסור עליה להפלות. כמי שמפעילה סמכות שלטונית, עליה לפעול לשם הגשמת התכלית העומדת ביסוד סמכות זו. תכלית זו היא התכלית הסובייקטיבית שעמדה לנגד עיני המחוקק והתכלית האובייקטיבית של דבר חקיקה כישראל. תכליות אלה סוללות את עקרונות היסוד של המשפט והמשטר. עקרונות אלה הם "עקרונות יסודיים של שוויון, חרות וצדק, אשר הם נחלתן של כל המדינות המתוקנות והנאורות" (השופט ח' כהן [בבג"צ 301/63](#) [18], בעמ' 612). תכליות אלה כוללות "זכויות יסוד' שאינן כתובות על ספר", אלא הן נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש" (השופט לנדוי [בבג"צ 243/62](#) [13], בעמ' 2415). מקום שתכליות אלה מתנגשות, על הרשות השלטונית לפעול על-פי האיזון הראוי ביניהן. איזון זה נקבע - כשאלה פרשנית-הלכתית - על-ידי בית המשפט (ראה [בג"צ 306/81](#) [19], בעמ' 141).

5. במסגרת השיקולים, אשר חברה קדישא - כרשות ציבורית הנותנת שירותי קבורה - מוסמכת לקחת בחשבון, עומד השיקול של השפה העברית. מוכן אני להניח, כי שיקול זה מהווה אחת מהתכליות הסובייקטיביות שעמדו לנגד עיני המחוקק שעה שהסמיך גופים לענייני קבורה של יהודים ליתן שירותי קבורה. גופים אלה עמדו על כיתוב עברי על המצבות בעבר (עוד לפני קום המדינה), ויש להניח, כי התכלית הסובייקטיבית הייתה, כי רשאים הם לעמוד על כך גם בעתיד. מקובל עלי גם, כי שיקול זה מהווה חלק מהתכלית האובייקטיבית המונחת ביסודה של החקיקה שהסמיכה גופים לענייני קבורה של יהודים ליתן שירותי קבורה. הטעם לכך נעוץ בעובדה כי עברית היא שפת המדינה. היא שפתה הרשמית של המדינה (בצד הערבית) (ראה סעיף 82 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922, וכן א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה 4, תשנ"א) 87). החייאת השפה העברית היא מהישגיה החשובים ביותר של התחייה הלאומית. טבעי הוא, על-כן, כי רשות ציבורית כחברה קדישא, העוסקת במתן שירותי קבורה ליהודים, תהא מוסמכת לדאוג לכיתוב העברי על מצבות ותהא רשאית לעמוד על כך כי על המצבות שבאחריותה יינתן ביטוי לכיתוב העברי. זהו שיקול רלוואנטי, אשר חברה קדישא, כרשות ציבורית המעניקה שירותי קבורה, מוסמכת לשקול. חזקה על דברי החקיקה שהעניקו סמכויות שלטוניות לגופים העוסקים בקברתם של יהודים, כי הסמיכו אותם לשקול את שיקולי השפה העברית, וכי איפשרו לה - לאור תחום פעולתה המיוחד, שענייני קבורה של יהודים - ליתן חשיבות ערכית ולאומית לשפה העברית. אכן, הלשון העברית אינה נחלתם של קבוצה זו או אחרת של יהודים בישראל. הלשון העברית היא נכס של האומה כולה. שיקוליה של הלשון העברית במסגרת סמכותו של גוף ציבורי הנותן שירותי קבורה ליהודים הינם אפוא תוצאה טבעית ומובנת מאליה.

6. שיקול נוסף שעל רשות ציבורית כחברה קדישא לקחת בחשבון הוא השיקול של כבוד האדם ושל "רגשותיו והשקפותיו של הפרט..." (משופט לנדוי [בבג"צ 532/74](#) [20], בעמ' 306). "כבוד האדם" הוא זכות יסוד של האדם בישראל. "כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם" ([בג"צ 355/78](#), 370, 391, 373 [21], בעמ' 298). בעבר היה הביסוס

= 520 =

לזכות זו הלכתי. כיום הביסוס הוא [בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), המעניק לה מעמד חוקתי מיוחד. שיקול זה של כבוד האדם, בהקשר שלפנינו, הוא בעל היבט כפול: ראשית, כבוד האדם וחופש המצפון, הביטוי והמחשבה של הנפטר. ייתכן שבחיי ביטא האדם רצון משלו באשר לכיתוב על מצבתו - והדבר בא לידי ביטוי בצוואה שערך. על רצון זה יש להגן. הוא משקף את כבודו של האדם ואת חופש המחשבה, הביטוי והמצפון שלו בחייו. השאיפה לקבורה ראויה היא טבעית לאדם בתור שכזה; שנית, כבוד האדם וחופש המצפון והביטוי של משפחת הנפטר. לבני משפחת הנפטר עומדות הזכות והחירות, כי זכרו של יקירם יכובד בדרך הנראית להם כראויה, וכי תינתן להם האפשרות להביע את רגשותיהם כלפיו באופן הנראה להם כמתאים. כיתוב בלשון שהמנוח ובני משפחתו דיברו בה היא ביטוי לכך. עמד על כך השופט ש' אשר בבית המשפט המחוזי בפרשה נושא [ע"א 280/71](#) [1], באומרו:

"החירויות של אזרח במדינה דמוקרטית כוללות, בין היתר, גם חופש לכבד את זכרם של אבותיו באופן ובדרך הנראים לו - כל עוד שהדבר אינו מתנגד, ואינו מסכן, את טובת הכלל" (מצוטט [בע"א 280/71](#) [1], בעמ' 14).

ברוח דומה פסק השופט ויתקון [בע"א 280/71](#) [1], כי זכותה של המשפחה לכיתוב על המצבה "מקורה בחופש המצפון או בחירויות האזרח..." (שם, בעמ' 15). היטיב להביע זאת השופט עציוני [בע"א 280/71](#) [1], בעמ' 23, בציינו:

"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 מתים, אלא גם להבעת האהבה והכבוד שרוחשים החיים למתים".

אכן, כבוד האדם, וכן חופש המצפון, המחשבה והביטוי של הנפטר בחייו ושל הקרובים לו לאחר מותו - בכל אלה חייבת רשות שלטונית להתחשב שעה שהיא מעניקה שירותי קבורה. משמעות הדבר, היענות לבקשת הנפטר (בחייו) או משפחתו (לאחר מותו), כי הכיתוב על המצבה יהא בשפה שתיבחר על-ידי. ודוק: כבוד האדם בו עסקינן אינו רק הכבוד של המשיב ושל רעייתו המנוחה. זהו כבודם של כל אלה אשר נקברו באותה חלקה ושל משפחותיהם. עניין לנו אפוא בזכות אדם אינדיווידואלית, המשותפת לכל יחיד ויחיד בתור שכזה.

7. בצד השיקולים של הלשון העברית מזה ושל כבוד האדם מזה עומד השיקול בדבר הסובלנות. אכן, ביסוד הקיום של המשטר הדמוקרטי עומד הערך של הסדר הציבורי:

"היחיד הציבור לא יוכלו ליתן ביטוי ל'אני מאמין' שלהם, אם לא יישמר הסדר הציבורי. בלא סדר אין חירות..."
(בג"צ 14/86, [22], בעמ' 433).

מרכיב מרכזי של הסדר הציבורי הוא עקרון הסובלנות:

"הבטחת סובלנות הדדית, שמירה על כבוד האדם וקיומה של מערכת עצמאית של

= 521 =

בתי-משפט, השופטת ללא השפעות חיצוניות, הם מערכי היסוד של המדינה" (שם, בעמ' 434-433).

אם כל יחיד בחברה דמוקרטית יבקש לממש את מלוא מאווייו, סופה של החברה שלא תוכל לממש אף את מיעוטם של המאויים. חיי חברה תקינים מבוססים, מטבע הדברים, על ויתור הדדי ועל סובלנות הדדית. זוהי "הסובלנות ההדדית הדרושה בחברה פלורליסטית" (השופט ויתקון בג"צ 549/75, [23], בעמ' 764). עמד על כך חברי, השופט אלון, בציינו:

"זאת תורת המנהיגות והשלטון במורשת ישראל - שיהיו סובלים כל אחד ואחד, כל קבוצה וקבוצה, לפי דעתם ולפי השקפת עולמם. וזהו סודן הגדול של הסובלנות ושל ההקשבה לזולת, וזהו כוחה הגדול של הבעת הדעה לכל אחד ואחד ולכל ציבור וציבור..." ("ע"ב 2/84, [7], בעמ' 296).

ואף אני עמדתי על כך בפרשה אחרת, בציינו:

"המשטר הדמוקרטי מבוסס על סובלנות... זו הסובלנות למעשי הזולת ולדעותיו. זו הסובלנות גם כלפי חוסר הסובלנות. בחברה פלורליסטית כשלנו הסובלנות הוא הכוח המאחד אותנו והמאפשר לנו חיים משותפים..." (בג"צ 390/85, [24], בעמ' 277-276).

ודוק: הסובלנות מהווה מטרה ואמצעי גם יחד. היא מהווה מטרה חברתית בפני עצמה, אשר להגשמתה צריכה כל חברה דמוקרטית לשאוף. היא משמשת אמצעי ומכשיר לאיזון בין מטרות חברתיות אחרות וליישובן, מקום שאלה מתנגשות זו בזו. לבחינתה של התנגשות זו נעבור עתה.

8. עמדתי על השיקולים אשר צריכים להילקח בחשבון - במסגרת המשפט הציבורי - על-ידי חברה קדישא. לעתים משלימים שיקולים אלה את זה ומובילים כולם לכיוון אחד. כזה הוא מצב הדברים בכל אותם המקרים שרצון הנפטר (בחייו) ובני משפחתו (לאחר מותו) ושל כלל הציבור הינם, כי על המצבה יהא כיתוב בעברית בלבד. אך לעתים עומדים השיקולים השונים זה לעומת זה. חברה קדישא מבקשת לקיים כיתוב בעברית בבד. הנפטר (בחייו) ומשפחתו (במותו) מבקשים כיתוב שונה. לציבור כולו השקפות ודעות נוגדות בעניין זה. מצבים אלה - כך נמסר לנו - אינם נדירים. כיצד על רשות ציבורית, כחברה קדישא, הפועלת במשפט הציבורי, לנהוג במצב דברים זה? התשובה הינה, כי ככל רשות שלטונית, על חברה קדישא לאזן בין השיקולים הנוגדים ולנהוג על-פי המערכת הנורמטיבית העולה מאיזון זה. אכן, הבעיה שלפנינו אינה שונה מבעיית האיזון הראוי הקיימת במצבים רבים, שבהם מתנגשים ערכים, אינטרסים, עקרונות וזכויות בתחומי המשפט הציבורי:

"לא פעם נמצא כי בצד עיקרון מצוי הניגוד לאותו עיקרון, וליד התיזה מצויה האנטייתזה.....

= 522 =

... עקרונות היסוד של השיטה צועדים לא פעם זוגות זוגות, כאשר לכל אחד מהם כיוון משלו..." ("ע"ב 2/84, [7], בעמ' 308).

הפתרון לניגודים אלה אינו בהתעלמות מעיקרון או מערך אחד והעדפתו המלאה של הערך האחר. הדרך הראויה שיש לנקוט היא בהעמדת עקרונות אלה זה בצד זה, במתן משקל ראוי לכל אחד מהם ובאיזון בין העקרונות בנקודת החינוך. זהו "תהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם, לאחר שקילה, של אלה אשר, לאור המסיבות, ידם על העליונה" (השופט אגרנט בג"צ 73/53, [25] 87, בעמ' 879). כמובן, הביטויים "איזון" ו"משקל" הם מטאפורות:

"מאחריהם עומדת התפיסה, כי לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות זהה בעיני החברה, וכי בהעדר הכוונה חקיקתית, על בית המשפט להעריך את החשיבות החברתית היחסית של העקרונות השונים. כשם שאין לך אדם ללא צל, כן אין לך עיקרון ללא משקל. קביעת האיזון על בסיס המשקל משמעותה מתן הערכה חברתית באשר לחשיבותם היחסית של העקרונות השונים" (בג"צ 14/86, [22] 434, בעמ' 434).

9. אפתח את הבחינה המשפטית בדבר האיזון בין הערכים המתחרים בערך החברתי בדבר הלשון העברית. ערך זה הוא בעל חשיבות במדינת ישראל המתחדשת. השפה העברית היא שפתה הרשמית של המדינה. היא אחד מנכסיה התרבותיים החשובים של החברה הישראלית (בצד השפה הערבית, שגם היא שפה רשמית ונכס תרבותי חשוב של חברתנו ושפת הדיבור של מיעוט מאזרחי). המאבק על הלשון העברית היווה נדבך חשוב בגיבוש עצמאותנו המדינית. עם שיבת הבנים לארצם הם "החיו שפתם העברית" (בלשונה של ההכרזה על הקמת מדינת ישראל). עם הקמת המדינה קמה גם פריחה לשפה העברית.

נראה לי אפוא, כי רשות ציבורית, אשר נותנת מכוח דבר חקיקה שירותי קבורה ליהודים, רשאית לעמוד על כך כי על גבי המצבות השונות הנבנות על גבי קברים של יהודים בישראל יהיה כיתוב עברי. דרישה זו נגזרת ממעמדה של הלשון העברית בישראל ומכוחה השלטוני-ציבורי של חברה קדישא ליתן שירותי קבורה ליהודים. דרישה זו אינה פוגעת בכבוד האדם הנפטר או של בני משפחתו. גם מי שאינו רגיש לשפה העברית, אינו צריך להיפגע אם על קבר של יהודי בישראל מצוי כיתוב בעברית.

ואם ישנם אנשים רגישים מיוחדים העשויים להיפגע מכך, הרי לא רגישות מיוחדת ויוצאת דופן זו היא הנלקחת בחשבון באיזון בין ערכים חברתיים. המבחן המתאים הוא "דעתו ורגישותו של רוב או חלק ניכר מאותו הציבור ולא דעותיהם הקטניות של אנשים הנמנים על מיעוט קיצוני בהשקפותיו" (השופט עזיוני בג"צ 124/70, [26] 516, בעמ' 516). אכן, המשיב אינו חולק על כך, כי המצבה של רעייתו המנוחה תישא כיתוב בעברית. בקשתו הינה אך זו, כי בנוסף לכיתוב בעברית תישא המצבה גם כיתוב באנגלית. לעומת זאת, עמדתה של חברה קדישא הינה לבלעדיות הכיתוב העברי (בכל הנוגע לשמה של המנוחה). האם על-פי כללי המשפט הציבורי רשאית רשות ציבורית כחברה קדישא, הפועלת על-פי חוק, לדרוש בלעדיות לכיתוב העברי על גבי המצבה של יהודי?

= 523 =

10. תשובה לשאלה זו מחייבת עריכתו של האיזון הראוי בין הערך הציבורי של הלשון העברית לבין כבוד האדם (של הנפטר וקרוביו). איזון זה מתחייב, שכן 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 היא 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 בלבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר - לעתים ראצינאלי ולעתים בלתי ראצינאלי - בין החיים לבין המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכנו ואשר הנותן ביטוי למאויי 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 בהן פגיעה קשה וממשית בערך היסוד של כבוד האדם. ודוק: הפגיעה בכבוד האדם מקורה בשלילת החירות לעצב את תוכן המצבה כפי שהמנוח (בחייו) ומשפחתו (לאחר מותו) מבקשים לעצבה. אין פגיעה זו קשורה בשפה העברית כשלעצמה. פגיעה בכבוד האדם תתרחש, אם שלטון (לא ישראלי) יעמוד על כך שהכיתוב על מצבתו של יהודי יהא דווקא שלא בעברית, ואם כל שלטון יבקש לקבוע כללים נוקשים באשר לעיצובן של מצבות. אף כאן יש לזכור, כי כבוד האדם הוא כבודם של כל הנפטרים הקבורים בבתי-קברות ושל בני משפחתם. שלטון במדינה דמוקרטית רשאי לקבוע כללי כיתוב אשר נועדו שלא לפגוע בכבוד האדם עצמו. אכן, אם יינתן לכל אחד הדרור לעצב מצבה כרצונו, יהיה בכך ביטוי לחירותו שלו, אך הוא עשוי לפגוע בכך בכבודם ובחירותם של האחרים. נדרש כאן "איזון פנימי" בין כבוד האדם של הפרטים השונים בינם לבין עצמם. דבר זה מחייב לעתים את הרשות הציבורית לקבוע כללים שיבטיחו אחדות ופשטות. כפי שכבר צוין "האחידות והפשטות הם שנותנים את הכבוד" (בג"צ 532/74, [20] 308, בעמ' 308). אך אחידות ופשטות אלה צריכות להיות מכוונות לשמירת הכבוד ולא לשמירתם של ערכים אחרים, כגון מעמדה של השפה העברית. 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 הרגישות הטבעית והרגילה של אדם הרגיש לכבוד האדם (שלו או שלזולתו).

11. המוסמכת רשות ציבורית, דוגמת חברה קדישא, המפעילה סמכות שלטונית, לפגוע פגיעה ממשית וקשה בכבוד האדם (של הנפטר או של קרוביו) על-מנת לקדם את הערך בדבר השפה העברית? לדעתי, התשובה על שאלה זו היא בשלילה. 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

בחשבון שיקוליה את הצורך ולשמר ולקדם את הלשון העברית. היא רשאית לעשות כן גם אם יש בכך פגיעה ממשית וקשה בפרטים בעלי רגישות מיוחדת וקיצונית. היא אינה רשאית לפגוע בפגיעה ממשית וקשה בכבוד האדם של הפרט "הרגיל" וה"ממוצע" בישראל.

מסקנה זו מתבקשת ממקומו המרכזי של הערך בדבר כבוד האדם בישראל. למרכזיותו של ערך היסוד ישנן השלכות משפטיות ישירות. עמד על כך השופט שמגר בציינו:

"... קבלתה של נקודת המוצא המשפטית, כי ההכרה בחירויות היסוד היא חלק מהותי מן המשפט בישראל טומנת בכנפיה גם את המסקנה כי חירויות-היסוד מהוות חלק מן המשפט, כשמן וכיעודן, היינו ככללי-יסוד המנחים ומגבשים דפוסי המחשבה והפרשנות המשפטית ומשפיעים עליהם מרוחם וממגמתם" (ד"ר 9/77 [27], בעמ' 359).

אכן, מרכזיותו של הערך בדבר חופש האדם אינו מתבטא אך ברטוריקה בדבר חשיבותו של ערך זה. הוא מתורגם לשפת המשפט בתפיסה הפוזיטיביסטית, כי כבוד האדם מוליד זכויות וחובות, קובע סמכויות וכוחות ומשפיע על פרשנותו של כל דבר חקיקה. כבוד האדם בישראל אינו מטאפורה. זו מציאות נורמטיבית, ממנה מתבקשות מסקנות אופראטיביות. לענייננו מתבקשת המסקנה, כי הסמכה כללית של רשות שלטונית לבצע פעולות מסוימות - כגון ניהולו של בית-קברות - אינה מתפרשת כמאפשרת לאותה רשות שלטונית לפגוע בפגיעה 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 הנדרש" (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 (ראה בג"צ 337/81 [28]). כיום נוספה על כך דרישה נוספת באשר למהותו של אותו חוק. אכן, כבוד האדם נמנה עם זכויות האדם הבסיסיות. מבין אלה הוא המרכזי והיסודי. ממנו נגזרות רבות מהזכויות האחרות. מכאן המסקנה הפרשנית, הנחתכת לפי הדין שקדם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי סמכות שלטונית כללית - דוגמת הסמכתה של חברה קדישא לנהל באופן סביר בתי-עלמין של יהודים - אינה כוללת בחובה סמכות לפגיעה ממשית וקשה בכבוד האדם (של הנפטר ומשפחתו). סמכות לניהול סביר של בתי-עלמין מאפשרת לחברה קדישא לקבוע כללים באשר לאחידות ולפשטות. אין היא כוללת בחובה את ההסמכה להכתיב את הכיתוב ולקבוע לאדם בישראל (בחייו) ולמשפחתו (במותו) באיזו שפה (בנוסף לעברית) יירשם שמו על גבי המצבה.

12. חברי, המשנה לנשיא השופט אלון, שואל וחוזר ושואל בפסק-דין: האם דרישת הכיתוב העברי מהווה שיקול בלתי סביר? "האם אין זה סביר שבבית-עלמין, שכבוד מיוחד יש לנהוג בו, יש בשימוש ייחודי בשפה העברית שעל גבי המצבה משום טיפוחם של כבוד זה ושל אחדות זו של כל שוכני עפר הנקברים בבית הקברות?" (פיסקה 15). תשובתי על שאלה זו הינה: "סבירות"

משמעותה איזון ראוי בין ערכים מתחרים (ראה בג"צ 935/89 [29]). שימוש ייחודי בשפה העברית מטפח את כבודם של אלה הרואים בשפה העברית ביטוי לאישיותם. לעומת זאת, כפיית הכיתוב העברי על מצבה של אדם אשר הוא בחייו - או משפחתו לאחר מותו - מתנגדים לכך, מהווה פגיעה בכבודו של אותו נפטר. על-כן, באיזון הכולל בין הערכים המתנגשים מהווה דרישה זו של ייחודיות הכיתוב העברי פעולה בלתי סבירה.

ממשיך חברי ושואל: מייסדי חברה קדישא, "ביקשו עם תחילת ניצני עצמאות יהודית, בשנת 1937, לקיים את 'האיחוד הלשוני של לשון הקודש' בבית העלמין". "האם משאלה-מטרה זו פגומה היא, אז או היום?" תשובתי לשאלה זו הינה: המשאלה אינה פגומה כלל ועיקר. שמירת הלשון העברית, פיתוחה וקידומה - ערכים חברתיים חשובים הם בישראל. אך לצדה של משאלה חשובה בדבר הלשון העברית עומדת משאלה נוספת חשובה גם היא, שעניינה כבוד האדם בישראל. כאשר שתי המשאלות הללו אינן עולות בקנה אחד, יש להכריע ביניהן. בהכרעה זו - יד כבוד האדם על העליונה. ודוק: אין הכרעה זו עושה את המשאלה-מטרה של איחוד הלשון בבית העלמין לפגומה או לפסולה.

ערכה של הלשון העברית עומד וקיים בשיטתנו המשפטית. במצבים מסוימים - ידו על העליונה; במצבים אחרים - ידם של עקרונות אחרים על העליונה. אכן, זו מהותם של ערכים, אשר (להבדיל מכללים) ממשיכים לעמוד בעינם ולהקרין ממהותם הפנימית, גם אם מתנגשים הם עם ערכים אחרים. אכן, איני סבור כלל ועיקר, כי הערך בדבר הלשון העברית בלתי סביר הוא או פגום הוא נהפוך הוא: הערך בדבר השפה העברית מהווה אחד מערכי היסוד של שיטתנו. הנני סבור, כי מקום שערך זה מתנגש "חזיתית" עם הערך בדבר כבוד האדם, ידו של הערך בדבר כבוד האדם על העליונה, אלא אם כן ניתן להצביע על חקיקה כדין הקובעת הסמכה מפורשת וברורה של רשות שלטונית לפגוע בכבוד האדם. הסמכה כזו אינה מצויה במקרה שלפנינו.

13. בית המשפט המחוזי הכריע את הדין בפרשה שלפניו על בסיס המשפט הפרטי. במסגרתו נערך הדיון כולו על רקע [חוק החוזים האחדים](#) מתשמ"ג. השקפתו של בית המשפט המחוזי בעניין זה נראית לי, וברצוני לנמק את השקפתי זו. החוק קובע, כי בית-משפט מוסמך לבטל או לשנות תנאי בחוזה אחד, שיש בו, בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות, "משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות" (להלן - תנאי מקפח) (סעיפים 3 ו-19). החוק חל על "חוזה אחד", כלומר "נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בהותם" (סעיף 2). תחולתו של החוק אינה מוגבלת אך לחוזים מסחריים. היא משתרעת על מכלול החוזים האחדים, היא תוכנם אשר יהיה. כמו כן אין תחולתו של החוק מוגבלת למצרכים או לשירותים. החוק חל על כל חוזה המקיים את ההגדרה בדבר "חוזה אחד". הדיבורים "ספק" ו"לקוח" מוגדרים בחוק. "ספק" הוא "מי שמציע שהתקשרות עמו תהיה לפי חוזה אחד, ואחת היא אם הוא הנותן או המקבל של דבר" (סעיף 2). "לקוח" הוא "מי שספק מציע לו שהתקשרות ביניהם תהיה לפי חוזה אחד, ואחת היא אם הוא המקבל או הנותן של דבר" (סעיף 2). על-פי הגדרות אלה אין ספק, כי בין חברה קדישא לבין

= 526 =

המערער נכרת חוזה אחד. החוזה הוא אחד, שכן תנאיו - והתנאי בעניין הכיתוב של המצבה בעברית בכלל זה - נקבעים מראש על-ידי חברה קדישא, כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בין חברה קדישא לבין כל אלה המבקשים להיקבר או לקבור את יקיריהם בחלקת קבר שבידי חברה קדישא. אכן, בעניין זה מקובל הוא על כל הצדדים, כי לפנינו חוזה אחד, והשאלה היחידה העומדת להכרעתנו הינה, אם התנאי בדבר ייחוד הכיתוב העברי מהווה "תנאי מקפח".

14. תנאי בחוזה אחד, שיש בו משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח הלקוחות, יבוטל על-ידי בית המשפט (סעיף 3). "קיפוח" מהו? התיבה "קיפוח" עמומה היא. היא משקפת ערך חברתי שלילי אשר תוכנו המשפטי חייב להיקבע על-פי תכליתה של הנורמה המשפטית המעוגנת בתיבה זו (השווה): צ' כהן, בעלי מניות בחברה - זכויות תביעה ותרופות (לשכת עורכי הדין, תשנ"א) 302; י' גרוס, דירקטורים ונושאי משרה בחברה (המכון למחקר עסקים בישראל, אוניברסיטת תל-אביב, תשמ"ח) 406 לעניין הדיבור "קיפוח" בסעיף 235 [לפקודת החברות \[נוסח חדש\]](#), תשמ"ג-1983). נראה לי, כי תכליתו של [חוק החוזים האחדים](#) מתשמ"ג - כפי שהמאטריה בה הוא עוסק מצביעה - הינה למנוע חוסר הגינות ביחס החוזי, הנובע מכך שצד אחד לחוזה הוא הקובע את תנאיו בחוזים רבים ואינו מאפשר על-כן משא ומתן ראוי ומתן ביטוי לרצונו של הלקוח. עמדה על כך השופטת בן-פורת בציינה, כי מבחן הקיפוח "הוא מבחן ההגינות והסבירות" ([ע"א 754/76](#) [30], בעמ' 122). תנאי הוא מקפח, אם יש בו הגנה על אינטרס (כלכלי או אחר) של ספק מעבר לנתפס כראוי בסוג זה של התקשרות. תנאי אינו מקפח, אם הוא "נועד לשמור על האינטרס הלגיטימי והסביר של הספק" (השופטת בן-פורת [ע"א 764/76](#) [30] הנ"ל, בעמ' 123). חוסר ההגינות של התנאי המקפח הוא בהגדרתו היתר שהוא נותן לספק לעומת הלקוח. "המצוי במצב כוח נחות..." (השופט ויתקין [ע"א 285/73](#) [31] בעמ' 78). אכן, ה"קיפוח", [שוהו החוזים האחדים](#) אוסר עליו, הוא קיפוח הנגזר מחוסר השוויון שביחסי הכוחות בין הצדדים (ראה ס' דויטש, "שמרנות בפרוש הוראות חוק החוזים האחדים, תשכ"ד-1964" הפרקליט לב (תשל"ח-תש"ם) 27, 30) ואשר נוצר "בעיקרו על רקע היחסים הבלתי-שווים בין הספק לבין לקוחו, היוצרים מעין תלות או העדר ברירה בהזיקתו של הלקוח אל הספק" (השופט שמגר [ע"א 764/76](#) [30], בעמ' 119). בבסיסו של ה"קיפוח" בחוק עומד הרצון למנוע "בליעת יתר" של הספק, כלומר הגנה על האינטרסים שלו מעבר לנתפס כראוי, וזאת בחוזה שבו הוא קובע את תוכן התניות. עניין לנו אפוא ב"יתרון בלתי הוגן באמצעות הכתבת תנאים" (השופט שמגר [ע"א 1/79](#) [32], בעמ' 374). יתרון זה נקבע על בסיס תפיסה כוללת של החוזה כולו, ועל רקע איתור מכלול החובות והזכויות הקבועים בו. נקודת המבט של בית-המשפט אינה של כלל הלקוחות, אלא של לקוח אינדיבידואלי ואנונימי - העומד כביכול מאחורי מסך רולטיאני של בערות ("מסך הבערות") (ראה (J. RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (CAMBRIDGE, 1971) - אשר ימצא עצמו ניצב בפני תנאי בחוזה, אשר מקפח אותו. "... אבן-הבוחן לענין קיומו של קיפוח אינה טמונה דוקא במענה לשאלה אם מתקפחות זכויותיו של ציבור הלקוחות כולו או רק אלה של לקוח אינדיבידואלי זה או אחר; אך אבן-הבוחן היא כללית ואובייקטיבית ועניינה בכך אם נוצרה לגבי הלקוח סכנה-בכוח, כי ימצא את עצמו עקב התנאי המגביל בנסיבות שבהן תראה הערכאה השיפוטית משום קיפוח..." (השופט שמגר [ע"א 764/76](#) [30] הנ"ל, בעמ' 120).

= 527 =

15. אמת המידה בדבר "תנאי מקפח" אינה בהירה. אין היא מקרינה מתוכה היא ועל רקע תכליתה דימוי חד-משמעי באשר להיקף פריסתה. מטבע הדברים, מוענק שיקול-דעת שיפוטי נרחב באשר למהותו של הקיפוח. "המבחן בכללותו הוא כללי וסתמי למדי ומשאיר מקום נרחב לשיקול דעת למועצה או לבית-המשפט" (השופט י' כהן [ע"א 1/79](#) [32], בעמ' 369). אכן, בהזיקתו לדיבור "קיפוח" אצל המחוקק לבית המשפט את התפקיד לצקת תוכן ערכי למה שנראה התנהגות בלתי הוגנת בחברה הישראלית בזמן נתון. זוהי הסמכה חקיקתית לחקיקה שיפוטית. בית המשפט חייב לקבוע - על-פי הבנתו את טבע ההתקשרות בין הצדדים מזה ואת טבעם של ערכי החברה הישראלית מזה - אם ההתקשרות היא הוגנת, או שמא יש בה הגנה יתרה על האינטרסים של הספק. הבחינה היא דו-רמתית. ברמה האחת נבחנים יחסי הצדדים והאינטרסים הטיפוסיים שלהם. וברמה האחרת נבחנת תפיסתה החברתית של שיטתנו באשר להגן ולסביר בסוג יחסים מסויים. עמד על כך השופט שמגר

בצינו, בע"א 764/76 [30], בעמ' 120:

"הקיפוח, הווה אומר, הפגיעה המהותית בזכויות של הלקוח, נמדד על-פי אמת-מידה מוסרית וחברתית..."

במקום אחר הוא הצביע על כך כי "השיקול המנחה עת באים לשלול חוסר הגינות או ניצול לרעה, הוא שיקול מוסרי או חברתי" (עמ"א 1/79 [32] הנ"ל, בעמ' 374).
אכן, קביעת הקיפוח משקפת את האיזון הראוי אשר החברה הישראלית יוצרת בין שיקולים כלכליים, מוסריים וחברתיים. אין היא פרי השקפה כלכלית אחת. "תנאי הקיפוח" אינו מבטא חזון כלכלי זה או אחר. הוא מבטא תפיסה חברתית באשר להגון ולראוי ביחסים חוזיים אחידים (ראה עמ"א 1/79 [32] הנ"ל, שם). על-כן יש מקום לתנאי מקפח בכל סוג של "שוק". קיומו אינו מותנה ביחס מונופוליסטי בין הספק לבין הלקוח:

"המבחן איננו אם הקונה המסוים חייב היה להיזקק לשירותיו הטובים של ספק ספציפי דווקא. אילו גרסנו כך, היינו מגבילים את תחולת הסעיף כמעט רק למונופולים, פירוש שהיה מסכל במידה רבה את מטרת המחוקק..."
(השופטת בן-פורת, בע"א 764/76 [30] הנ"ל, עמ' 122).

בדומה, קיומו של הקיפוח אינו מותנה בסוג מסוים של תניות (כגון שחרור מאחריות בגין פגיעות גוף). הוא חל לעניין כל תניה שבחוזא אחיד, יהיה עניינה אשר יהיה. על-כן הוחל עקרון הקיפוח בחוזא אחיד שעניינו שמירת השבת (ראה המ' (י-ו) 545/67 [42]), או שעניינו כיתוב תאריך עברי בלבד במצבה (ע"א 280/71 [1]), או תניות בחוזא המסדירות היחסים בין קבוצות כדורגל לבין שחקניהן (ע"א 825/88 [33]). האם התנאי בדבר כיתוב עברי ייחודי של שם הנפטר הוא תנאי מקפח בחוזא אחיד?

16. תשובתי לשאלה זו - בעקבות פסק-דינו של הנשיא זיילר בבית המשפט המחוזי - הינה בחיוב. מתוך מכלול הנסיבות מתבקשת המסקנה, כי קופחה זכותם החוקתית של רעיית המשיב (בחייה) ושל המשיב. במסגרת זו יש לקחת בחשבון, בין השאר, את העובדה, כי התנאי האחיד בדבר ייחודיות הכיתוב העברי הוטל על המשיב לאחר מות רעייתו; שעה שהוא היה נתון במצב

= 528 =

שלא איפשר לו לשקול את תוכן התניה ולבחון את האפשרות לפנות לחברה קדישא אחרת. ספק גם אם פנייה כזו היא מעשית, בהתחשב באורח חייהם של המשיב ורעייתו המנוחה. עמד על כך הנשיא זיילר בפסק-דינו:

"... אין המשיבה יכולה להשמיע, בתום-לב, טענה כי בני משפחת המנוחה יכלו לקברה בחלקה המוחזקת על-ידי חברה קדישא אחרת. מי שמתהדר בהיותו חברה קדישא 'כללית-ציונית', אל יתפלא שנוהרים אליו קהל לקוחות הרואים עצמם הנמנים על חוגים אלו, ובתור שכאלו יש להם הזכות שלא להיות מקופחים. כל הדברים הללו מקבלים משנה תוקף נוכח הנסיבות הדוחקות, העצובות והרגשיות, בהן נתון המזמין בשעה קשה של עשיית סידורי הלוויה. מדובר בסידורים שנעשו, כזכור, ביום הפטירה. זוהי שעה דוחקת. את המת יש לקבור, ויש להניח שהצער והיגון אופפים את כל המטפלים בענין מקרב בני המשפחה, ובנסיבות אלו הדעת אינה נתונה למיקח וממכר על תנאי מקפח זה או אחר, או על יכול לחזר אחר הפתחים של חברה קדישא עדתית, או קטנה אחרת, תוך בדיקה מהם הכללים החלים אצל כל חברה קדישא כזו. אם יש נסיבות מוחצות שצריכות להניע את בית-המשפט להפעיל את סמכותו, ולבטל או לשנות תנאי מקפח, אלו הן הנסיבות.

.....

מדובר בעניינו על יחסים בלתי שווים בין הספק לבין הלקוח, זאת לא רק בשל 'עוצמת' הספק המחזיק בחלקות הגדולות ביותר בבית-הקברות בירושלים, ובתוכן חלקות מיוחדות שהנקברים בהן נמנים על החוגים אליהן משתייכת המנוחה או משפחתה, אלא גם בשל המעמד המיוחד בו נתון הלקוח, כשמתו מוטל לפניו, דעתו אינה מיושבת וזמנו אינו פנוי לדקדק בסעיפי חוזא אחיד..."

לדברים אלה אני מסכים. מי שמתו מוטל לפניו אינו מעיין בדו"חות צרכניים באשר לשירות הטוב ביותר. הוא נתון בלחץ ובמבוכה, בכאב וברפיון דעת. דעתו אינה פנויה "למחקרי שוק". זאת ועוד: התנאי בדבר ייחודיות הכיתוב העברי של שם הנפטר פוגע בזכות החוקתית בדבר כבוד האדם (של הנפטר בחייו ושל משפחתו). פגיעה זו יש בה משום קיפוח, שכן היא מקדמת את האינטרסים שחברה קדישא מבקשת לקדם - שכשעצמם ראויים הם וחשובים ובעלי ערך חברתי ניכר - מעבר למידה הראויה בנסיבות העניין. אינטרסים אלה היו מוגנים במידה הראויה בנסיבות העניין, אילו נקבעו אך כללים באשר לאחידות ולשמירה על כבודם של כלל הנפטרים וקרוביהם. כפי שראינו, הכללים קובעים הוראות מעבר לכך, שכן מגמתם היא שמירה על הלשון העברית וקידום כבודה. שמירה על ערך זה מקפחת היא את זכותם החוקתית של רעיית המשיב

----- * ה"פ (י-ם) 2116/89, בעמ' 131-132.

(בחייה) ושל המשיב. היא פוגעת בזכותם החוקתית מעבר לנדרש מהצורך לקיים ולנהל בית-קברות של יהודים בישראל. הדברים שעמדתי עליהם במסגרת הדיון במשפט הציבורי חלים אף כאן, שכן האיזון הראוי בין הערך בדבר השפה העברית וכבוד האדם - איזון ראוי שעמדתי עליו במסגרת המשפט הציבורי - חל גם בענייננו.

17. עד כה הנחתי, לעניין [חוק החוזים האחידים](#) מתשמ"ג, כי חברה קדישא הינה ספק "רגיל" הפועל אצל "הלקוחות" במשפט הפרטי. על בסיס הנחה זו הגעתי למסקנה - היא מסקנתנו של בית המשפט המחוזי - כי התנאי בדבר ייחודיות הכיתוב העברי הוא מקפח. כפי שראינו(ראה פסקה 3 לעיל) חברה קדישא היא יצור כלאיים, ויש בה גם מהות של רשות ציבורית. מעמדה זה מחייב אותה לרמת התנהגות גבוהה מזו המקובלת על כל ספק במשפט הפרטי. אם ספק פרטי נחשב כמקפח, מקום שהוא מחייב לקוח לרשום על גבי מצבה אך בכיתוב עברי, על אחת כמה וכמה ספק שהוא רשות ציבורית (ראה [בג"צ 262/62](#) [4], בעמ' 2115). לאור מסקנתנו בדבר הספק "הפרטי", אין לנו צורך לבחון את מידת הקיפוח של התנאי מקום שהספק הוא "ציבורי".

תקנת הציבור

18. עמדתי על כוחותיה של חברה קדישא כגוף הפועל במשפט הציבורי. ניתחתי את התקשרותה מזווית הראייה של [חוק החוזים האחידים](#). דומה שבכך מן הראוי למצות את העיון המשפטי בסוגיה שלפנינו. חרף זאת, הניתוח אינו נראה לי שלם. משפטית ואינטלקטואלית הנני חש, כי הטיפול המשפטי מצדי עסק ב"תקיפה עקיפה" של הבעיה בלא "תקיפה ישירה" שלה. כבר הצבעתי על כך כי קיומה של חברה קדישא בתחומי המשפט הציבורי הוא גבולי. מרכז הכובד נראה לי כשייך לתחומי המשפט הפרטי. הנני סבור, כי הייתי מגיע לאותה מסקנה עצמה, אם חברה קדישא הייתה גוף פרטי למהדרין. זאת ועוד: פסיקת הדין על בסיס [חוק החוזים האחידים](#) מתשמ"ג נראה לי מקרי. שאלתי וחזרתי ושאלתי את עצמי, אם הייתי משנה מפסיקתי אילו החוזה לא היה אחיד. ככל שהרביתי להגות בדבר, הגעתי לכלל מסקנה, כי מרכז הכובד של הבעיה המשפטית שלפנינו איננו פעילותה של חברה קדישא בתחומי המשפט הציבורי, ואף לא אופיו המקפח של החוזה האחיד. מרכז הכובד של הבעיה הינו תחולתם של עקרונות המשפט הציבורי - כגון הערך בדבר השפה העברית, כבוד האדם והסובלנות - בתחומי המשפט הפרטי. לעניין זה מוכן אני להניח, כי חברה קדישא הינה גוף פרטי וכי החוזה שכרתה אינו אחיד. האם חוזה כזה, המחיל תניה בדבר בלעדיות הכיתוב העברי, תקף?

19. הצגתה של השאלה באור זה מעוררת מערכת סבוכה של בעיות קשות. במרכזן עומדת השאלה בדבר היחס בין עקרונות היסוד של המשפט הציבורי לבין חוזה שנכרת במשפט הפרטי. כך, למשל, כאשר המשפט הציבורי הישראלי מגן על כבוד האדם וחירותו (ראה [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)) - כיצד משפיעה הוראה זו על פרטים הכותרים חוזה בתחומי המשפט הפרטי? בדומה, המשפט הציבורי מגן על חופש העיסוק (ראה [חוק-יסוד: חופש העיסוק](#)). מה כוחה של הוראה זו באשר לחוזים שפרטים עושים במסגרת המשפט הפרטי? פשיטא, שהוראות המשפט הציבורי מכוונות אל רשויות השלטון - הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת ורשויות שלטוניות

אחרות. אך האם מכוונות הוראות אלה גם אל הפרטים ביחסיהם ההדדיים, ואם כן, על-פי איזו תפיסה משפטית?

20. דומה כי מובן וברור הוא, שעקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט. אכן, עקרונות היסוד הם עקרונות של השיטה כולה, ולא של המשפט הציבורי בלבד. זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון. הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם. כלום יעלה על הדעת כי ניתן לערוך חוזה בישראל בין שני פרטים, ולפיו האחד הופך להיות עבד של האחר? אכן, השאלה האמיתית אינה, אם עקרונות היסוד של המשפט הציבורי חלים בתחומי המשפט הפרטי. התשובה על שאלה זו פשוטה היא וברורה- כן. השאלות האמיתיות הינן, כיצד מוזרמים עקרונות היסוד של המשפט הציבורי אל תחומי המשפט הפרטי, ומהם הצינורות דרכם מועברים עקרונות אלה אל ההתנהגות של הפרט ביחסיו עם פרטים אחרים. אף כאן דומה שאין מחלוקת על כך שכללי המשפט הציבורי מוצאים את ביטויים בתחומי המשפט הפרטי בדמות עקרונות פרשנות שונים, המופעלים על פעולות משפטיות במשפט הפרטי.

כך, למשל, צוואה וחוזה יש לפרש על בסיס החזקה של שוויון. אם על-פי פירוש אפשרי אחד החוזה הוא חוקי ועל-פי פירוש אחר החוזה נוגד את החוק - יש לבחור בפירוש הנותן לחוזה משמעות התואמת את החוק (ראה סעיף 25(ב) [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#)). הצינור הפרשני הוא חשוב, אך בוודאי אינו מספיק ליצירת הקשר בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי. הקיימות דרכי קשר נוספות?

21. התשובה לשאלה זו היא בחיוב. המשפט הפרטי כולל בחובו מספר דוקטרינות, אשר משמשות כלים שבאמצעותם מוזרמים עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אל תוך המשפט הפרטי. במרכזם של כלים אלה עומדים עקרונות תום הלב (סעיפים 12 ו-39 [לחוק החוזים \(חלק כללי\)](#)) ותקנת הציבור (סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי)) מזה ועוולות הרשלנות (סעיף 36 [לפקודת הנזיקין \[נוסח חדש\]](#)) והפרת חובה חקוקה (סעיף 63 [לפקודת הנזיקין \[נוסח חדש\]](#)). מזה. שאלה יפה היא, אם הזרמתם של עקרונות המשפט הציבורי לתחומי המשפט הפרטי נעשית אך באמצעות

כלים של משפט פרטי ("הזרמה אמצעית", "תחולה עקיפה"), או שמא נעשית ההזרמה במישרין, בלא כל צורך לחלחל דרך דוקטרינות של משפט פרטי ("הזרמה בלתי אמצעית", "תחולה ישירה"). התשובה על שאלה זו שנויה במחלוקת במשפט המשווה (ראה H. MANGOLDT AND F. KLEIN, DAS BONNER GRUNDGESETZ (BAND I) 131) עיקר הוויכוח נסב סביב עקרון השוויון ומידת תחולתו הישירה, מקום שפרט מסרב להתקשר בחוזה עם פלוני, והטענה הינה, כי במעשהו זה הוא מפלה את פלוני. אין לנו צורך לבחון בעיה זו, שכן לענייננו שלנו די בתחולה העקיפה ובהזרמה האמצעית של עקרונות המשפט הציבורי באמצעות העיקרון של תקנת הציבור. לבחינתו של זה נפנה עתה.

= 531 =

22. סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) קובע:

"חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל".

הוראה זו - ובעיקר הקביעה כי חוזה הנוגד את תקנת הציבור בטל - מזרימה אל תוך המשפט הפרטי את עקרונות היסוד של המשפט בכלל ואת זכויות האדם הבסיסיות בפרט (ראה (79 K. LARENZ, ALLGEMEINER TEIL DES DEUTSCHEN BURGERLICHER RECHTS (1983)). סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) הוא מכשיר משפטי עיקרי - בצד עקרונות אחרים, כגון תום הלב - אשר באמצעותו מובטחת ההרמוניה הכללית בשיטת המשפט. זהו הכלי המרכזי המשקף "את אושיות היסוד של הסדר החברתי" (הנשיא שמגר בע"א 661/88 [34], בעמ' 84). העיקרון, לפיו חוזה הנוגד את "תקנת הציבור" בטל, מכניס אל המשפט הפרטי את עקרונות היסוד של המשפט הציבורי. באמצעותו מבטיחה שיטת המשפט, כי רמה מינימאלית מסוימת של התנהגות ראויה תחול בתחומי המשפט הפרטי. בעזרתו מכוונת החברה את ההתנהגות הראויה של הפרטים ביחסיה החוזיים. עמד על כך השופט שמגר בע"א 614/76 [35], בעמ' 93:

"הבסיס העיוני המונח ביסוד הכללים, שעל-פיהם בוחנים תקפותן של התקשרויות לפי אמת-המידה של תקנת הציבור, טמון בהשקפה, כי ההימנות על קבוצה חברתית, או על סוג אנשים מוגדר, גורר עמו, לעתים, התחייבויות בעלות משקל כה מכריע וכה קובע מבחינה חברתית וציבורית, עד כי אין להסכים לכך שפלוני הנמנה על הקבוצה או סוג האנשים יפרוק מעל עצמו, באמצעותה על התקשרות חוזית גרידא, את עולה של התחייבות כגון זו".

ודוק: בהעברתם של עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט מתחומי המשפט הציבורי אל תחומי המשפט הפרטי חלה בהם תמורה. חובתו של השלטון לקיים זכויות אדם אינה זהה בתוכנה לחובתו של הפרט לקיים זכויות אדם. ברור כי חובתו של השלטון חמורה היא יותר, וההגנה על זכויות היסוד כלפיו היא מקיפה יותר. עם זאת, גם כל פרט חייב בכיבוד זכויות היסוד של הפרט האחר. אכן, חובתו של הפרט לקיים את זכויות היסוד של זולתו נגזרת מאותו מקור עצמו ממנו נגזרת חובת השלטון - אלה הם תפיסות היסוד החברתיות ועקרונות היסוד המשפטיים עליהם בנויה שיטת המשפט. על-כן, לא רק השלטון מחויב בכיבוד זכות האדם בדבר חופש העיסוק של הפרט, אלא גם מעסיק מחויב בכיבוד חופש העיסוק של המועסק על-ידיו. מכאן התפיסה, כי הגבלה בלתי סבירה על חופש העיסוק נוגדת את תקנת הציבור (ראה ע"א 566/77 [36]). בדומה, לא רק השלטון מחויב בכיבוד זכות האדם לחופש הביטוי, אלא גם מתקשרים חוזיים מחויבים בכיבוד של זכות זו. על-כן נפסל תנאי בחוזה שבו נטל על עצמו עיתון התחייבות שלא לפרסם עיניים מסימים (ראה NEVILLE V. DOMINION OF CANADE NEWS COMPANY LIMITED (1915) [43], AT 556). כמו כן, לא רק השלטון מחויב בכיבוד זכות האדם בדבר כבוד האדם וחירותו, אלא כל פרט מחויב בכך ביחסיו עם הפרטים האחרים. על-כן חוזה לעבדות בטל הוא. בדומה בטל חוזה השולל מאדם את חופש המצפון והדת או המעמידו בתלות השוללת את עצמאותו. הוא הדין בחוזה הלואה, בו מתחייב הלואה להימנע

= 532 =

מכל פעילות, לרבות מסירת נכסים, נטילת הלואות וביצוע פעולות כלכליות אחרות (ראה HORWOOD V. MILLAR'S TIMBER AND TRADING COMPANY LIMITED (1917) [44], AT (31).

23. הדיבור "תקנת הציבור" הוא דיבור עמום. אין הוא מקרין מתוך עצמו על רקע תכליתי - משמעות ברורה. כמו לעניין מושגי שסתום אחרים, כך גם לעניין תקנת הציבור, מוטל על בית המשפט לקבוע את תוכנו בכל חברה נתונים ובכל עת נתונה. "ישומה והפעלתה נתונים איפוא לשיקול-דעתו של בית-המשפט" (ע"א 614/76, 625 [35] הנ"ל, בעמ' 93). עם זאת, שיקול-דעת זה אינו שרירותי. בית המשפט אינו נותן ביטוי לתחושותיו הסובייקטיביות. בית המשפט חייב ליתן ביטוי לתפיסות היסוד של החברה שבה הוא חי ופועל. עמד על כך השופט לנדוי בדבריו, המהווים ציוני דרך בפסיקה הישראלית:

"אין זאת אומרת, שביט-המשפט רשאי להתערב כרצונו ביחסי החוזה, לפי השקפתו הפרטית של השופט על מה שטוב ומועיל בעיניו מבחינות עקרוניות אלו, אלא עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב" (ע"א 461/62 [37], בעמ' 1335).

"ההשקפות המקובלות על הציבור הנאור" מבטאות את המצפון הציבורי הכללי ואת השכנוע ההערכתי של החברה באשר להתנהגות הראויה והבלתי ראויה ביחסים החוזיים בין הפרטים. שכנוע זה יונק חיותו ממסמכי היסוד של החברה - חוקי היסוד והצהרת העצמאות - ומעקרונותיה, כפי שהם מצאו ביטוי בחקיקה ובהלכות הפסוקות לדורותיהן.

24. תוכנו של הדיבור "תקנת הציבור" בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) משתנה עם שינויי הזמנים. "מעצם הווייתה היא מושג גמיש, המשתנה משיטת משפט אחת לרעותה, על-פי המקום והזמן..." (הנשיא שמגר בע"א 661/88 [34] הנ"ל, בעמ' 84).

העיקרון של "תקנת הציבור" משקף את תפיסות היסוד של השיטה, ואלה משתנות עם השינויים הכלליים החלים בעם ובמדינה

(ראה WRIGHT, "PUBLIC POLICY" LEGAL ESSAYS AND ADDRESSES (1939).

על שינויים אלה בתקנת הציבור, עמד פרופ' וינפילד בצינו:

PUBLIC POLICY IS NECESSARILY VARIABLE. IT MAY BE
"VARIABLE NOT ONLY FROM
ONE CENTURY TO ANOTHER, NOT ONLY FROM ONE
GENERATION TO ANOTHER, BUT
EVEN IN THE SAME GENERATION. FURTHER, IT MAY
VARY NOT MERELY WITH
RESPECT TO THE PARTICULAR TOPICS WHICH MAY
BE
INCLUDED IN IT, BUT ALSO WITH
RESPECT TO THE RULES RELATING TO ANY ONE
PARTICULAR TOPIC" (P.H. WINFIELD,
PUBLIC POLICY IN THE ENGLISH COMMON LAW" 42)
76, 94-93). HARV. L. REV. (1928-29"

זאת ועוד: אין קטיגוריות מוגדרות מראש של "תקנת הציבור". הקטיגוריות של תקנת הציבור פתוחות. "תקנת הציבור אינה נושא סגור שאין להוסיף עליו" (שלו, בספרה הנ"ל, דיני חוזים, בעמ' 381). אכן, כשם שעקרונות היסוד של שיטת המשפט וזכויות האדם נמצאו בתנועה מתמדת, כן מצויה תקנת הציבור - המשקפת אותם - בתנועה מתמדת. "אך מובן שהתפיסות

= 533 =

ככגון דא משתנות עם חלוף העתים ומבטאות תמיד את אמונותיה ודעותיה של אותה התקופה" (השופט שמגר בע"א 614/76, 625 [35] הנ"ל, בעמ' 84). "בת-המשפט מוסיפים למגוון הקיים של מקרים בהם מופעל העקרון או אף גורעים ממה שהיה מקובל בעבר וכל זאת במסגרת היישום של העקרון הכללי הרחב..." (ע"א 614/76, 625 [35] הנ"ל, שם).

25. עקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות האדם בפרט אינן מגבשות בדרך מכאנית "תקנת ציבור". כפי שראינו (ראה פסיקה 8 לעיל), לעתים קרובות היסוד מתנגשים זה בזה. זכויות האדם של האחד פוגעות בזכויות האדם של האחר.

חופש העיסוק של האחד פוגע בחופש החוזים של האחר. חופש הביטוי של האחד פוגע בכבוד האדם של האחר. דבר זה בולט במיוחד במסגרת העיקרון של "תקנת הציבור" בחוזים, שכן אחד מעקרונות היסוד של שיטתנו הוא העיקרון בדבר חופש החוזים (ראה ד"נ 22/82 [5]), ואחת מזכויות היסוד של האדם שיש להתחשב בה היא זו של האוטונומיה של הרצון הפרטי. זהו חלק מכבוד האדם וחירותו. התקשרות חוזית היא ביטוי לאוטונומיה זו. חופש החוזים הינה זכות חוקתית. כאשר תוכנו של חוזה פוגע בחופש העיסוק, בכבוד האדם, בחופש התנועה, בחופש המצפון והדת או בחופש הביטוי - אין לגבש את "תקנת הציבור" על-ידי הפעלה פשוטה של עקרונות אלה. נדרש איוון בין העקרונות המתנגשים. רק כאשר משקלו של העיקרון בדבר חופש החוזים והאוטונומיה של הרצון הפרטי קטן ממשקלו של הערך הנוגד והמתנגש - רק אז יש מקום לבטל תניה בחוזה או את החוזה כולו בשל ניגוד לתקנת הציבור (ראה - 178, RESTATEMENT, SECOND, CONTRACTS). עמד על כך פרופ' FARNSWORTH בצינו:

"IN DOUBTFUL CASES, HOWEVER, THE COURTS DECISION MUST REST ON A DELICATE BALANCING OF FACTORS FOR AND AGAINST ENFORCEMENT OF THE PARTICULAR AGREEMENT. ENFORCEMENT SHOULD NOT BE REFUSED UNLESS THE POTENTIAL BENEFIT IN DETERRING MISCONDUCT OR AVOIDING AN INAPPROPRIATE USE OF THE JUDICIAL PROCESS OUTWEIGHTS THE FACTORS FAVORING ENFORCEABILITY" (E.A. FARNSWORTH, CONTRACTS (BOSTON AND TORONTO, VOL. 2, 1990) 5).

אכן, כשם שחופש החוזים אינו ערך מוחלט, כך גם זכויות האדם האחרות אינן משקפות ערכים מוחלטים. עניין לנו בזכויות חוקתיות יחסיות. מעצם מהותן הן עשויות לנגוד זו את זו, ולהתנגד זו בזו. נדרשת פעולה של שקילה ואיזון. עמדתי על כך בפרשה אחת, בצייני:

חופש ההתקשרות אינו חופש מוחלט. ככל זכות יסוד חוקתית, זהו חופש יחסי. יש לאזן אותו כנגד חופשים אחרים וכנגד אינטרסים אחרים, הראויים להגנה. הגינות, יושר, טוהר מידות, שוויון - כל אלה הם אינטרסים ראויים, העשויים, בתנאים מסוימים ובנסיבות מסוימות, לאזן את חופש החוזים" (ד"נ 22/82 [5] הנ"ל, בעמ' 486).

על הצורך במתן משקל לערכים ולעקרונות המתנגשים ועל הצורך באיזון ביניהם עמדו מרבית שיטות המשפט. ביטוי לכך נותן פרופ' VON MEHREN בקובעו:

= 534 =

"THE REASONS FOR REFUSING ENFORCEMENT ON GROUNDS OF PUBLIC POLICY TO PROMISES OR AGREEMENTS THUS DERIVES NOT FROM CONSIDERATIONS THAT RELATE DIRECTLY TO A REGIME OF PRIVATE CONTRACTS BUT RATHER FROM ANY OF THE MYRIAD OF POLICIES HELD BY SOCIETY WITH RESPECT TO PUBLIC WELFARE. THESE POLICIES NEED NOT BE FIXED; THEY REFLECT CURRENT MORES. THE DECISION IN A PARTICULAR CASE OFTEN TURNS ON A DELICATE BALANCING OF CONSIDERATION BASED ON SUCH POLICIES AGAINST OTHER CONSIDERATIONS FAVORING A REGIME OF PRIVATE CONTRACT" (A. VON MEHREN, "A GENERAL VIEW OF CONTRACT" INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPERATIVE LAW, VOL. 7 - CONTRACTS IN GENERAL, AT 30).

ועל אותו רעיון חזר פרופ' סטון בקובעו כי:

"THE FIELD OF PUBLIC POLICY, FOR INSTANCE IN CONTRACT, SHOULD ON THIS VIEW SERVE ADMIRABLY TO DISPLAY THE PROCESS OF CONFLICT AND COMPROMISE OF INTERESTS OR CLAIMS WHICH LIES BEHIND ALL PARTS OF THE LAW" (J. STONE, SOCIAL DIMENSIONS OF LAW, AND JUSTICE (LONDON, 1966) 19).

הנה כי כן, "תקנת הציבור" הינה פרי האיזון והשיקולים של ערכים מתנגשים. עמד על כך השופט ויתקון, בציינו:

"כאן, כרוב בעיות המשפט והחיים בכללותם, לא הברירה בין טוב ורע היא המקשה עלינו את ההכרעה. הקושי הוא לברור בין שיקולים שונים, שכולם טובים וראויים לתשומת-לב, אך סותרים זה את זה, ועלינו לקבוע את סדר עדיפותם" (ע"א 461/62 [37] הנ"ל, בעמ' 1337).

בקביעת סדר העדיפות משתקף האיזון המתבקש מתפיסתו של הציבור הנאור בתקופה נתונה בחברה נתונה. על-כן, לא כל תניה בחוזה הפוגעת בחופש העיסוק בטלה. רק אותה הגבלה על חופש העיסוק שהיא "בלתי סבירה" מתבטלת. חוסר הסבירות, בהקשר זה, משמעותו, כי ההסדר החוזי, הפוגע בחופש העיסוק, מבוסס על פגיעה העולה על זו הנובעת מהאיזון הראוי בחברה הישראלית בין חופש העיסוק לבין חופש החוזים. הגבלה על חופש העיסוק היא בלתי סבירה, אם היא נותנת משקל כבד מדי לחופש החוזים ואינה נותנת משקל ראוי לחופש העיסוק (ראה מ' גולדברג, "הגבלת חופש העיסוק של עובד מכוח חוזה" מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 7; א"ד חרמון, "תקנת הציבור והגבלות על חופש העיסוק באספקלריה של הפסיקה הישראלית והאנגלית" ספר יצחק כהן (פפירוס, תשמ"ט) 393). הוא הדין בהתנגשות בין ערכי יסוד אחרים. בכל מערכת נתונה של התנגשות בין ערכי יסוד זכויות אדם יש לערוך איזון ושקילה, ו"תקנת הציבור" תשקף את תוצאתה של אותם שקילה ואיזון. איזון זה דומה הוא לאיזון הנערך במשפט הציבורי (ראה פסקה 9 לעיל). עם זאת, אין זהות בין השניים. השוני הבסיסי נובע, בין השאר,

= 535 =

מתוך כך שבתחום המשפט הפרטי יש להתחשב בערך בדבר חופש החוזים וליתן לו משקל נכבד. אכן, אנו מאפשרים לפרטים - בתחומים ידועים ומוגדרים - לוותר במידת מה (אך לא באופן מלא או מהותי) על זכויות היסוד שלהם. ויתור זה - המוצא ביטוי בחוזה - משפיע, מטבע הדברים, על "נוסחת האיזון" הראויה בין הערכים השונים. איזון זה שונה הוא מהמקובל במשפט הציבורי, שכן הפגיעה בזכות האדם במסגרתו אינה מבוססת על רצונו של הנפגע,

אלא על כוח שלטוני.

26. שופטים בישראל נרתעים מעריכתו של איזון במסגרת המשפט הפרטי. הם רואים ב"תקנת הציבור" מושגים מסוכנת שיש להימנע מלהזיק אליה. "... המושג 'טובת הציבור' כמוהו כסוס פרוע, שאין לרכב עליו, באשר הוא עשוי להביא את השופט לדרך ללא מוצא" ((השופט עציוני בע"א 614/76, 625 [35] הנ"ל, בעמ' 98). סכנה זו מקורה בעמימות של הדיבור "תקנת הציבור", שאינה מאפשרת הגדרת גבולות מראש. "רתיעתה מהפעלת כללי טובת הציבור, כשאין הכרח בכך, נובעת מאפיינים של כללים אלה ומאפיו של המושג 'טובת הציבור' שאינו מאפשר הגדרה ותחומים מדוייקים..." (השופט אשר בע"א 614/76, 625 [35] הנ"ל, בעמ' 100). כן מבוססת רתיעה זו מחוסר הנחת של שופטים לפטור מחבות חוזית, בשל טעמים של תקנת הציבור, מי שנטל עליו חבות חוזית מתוך רצון חופשי. "דעתם של בתי-המשפט איננה נוהה כשצד להסכם מבקש לפסול מטעמי תקנת הציבור למרות שהתקשר בהסכם ללא לחץ אילוץ או השפעה פסולה אחרת ומבלי שהוטעה או רומה, והוא אף נהנה ממנו לפני שהחליט שהגיע הזמן לדרוש את פסילתו" (שם; ראה גם ע"א 566/77 [36], בעמ' 148). רתיעה זו מצאה את ביטויה בדבריו של השופט ח' כהן, לפיהם "תקנת הציבור היא בהרחבת חופש החוזים ולא בהגבלתו; בשמירה על קיום הבטחות והתחייבויות ולא בפתיחת פתח להפרתן" (ע"א 682/74 [38], בעמ' 765) ובדבריו של חברי, השופט אלון, כי "תקנתו של הציבור היא, בראש ובראשונה, שהצדדים יקימו את ההתחייבויות שנטלו על עצמם מרצונם החופשי והברור..." (ע"א 148/77 [8] הנ"ל, בעמ' 638).

27. עמדה שיפוטית זו טבעית היא. אין היא מוצדקת. נמתחה עליה ביקורת הן בארצות המשפט המקובל והן בישראל. אין היא מקובלת בארצות המשפט האזרחי (ראה ע"א 661/88 [34] הנ"ל, בעמ' 85). אכן, שופט אינו בן-חורין לקיים תניה בחוזה, הנוגדת את טובת הציבור, או לבטלה. חובתו לבטל תניה הנוגדת את תקנת הציבור נובעת "מעצם תפקידו השיפוט" (השופט ויתקון בע"א 461/62 [37] הנ"ל, בעמ' 1337). בין אם הוא מקיים את התניה ובין אם הוא מבטלה, הוא מפעיל את העיקרון של "תקנת הציבור". עיקרון זה משקף את תפיסות היסוד של החברה, ואין השופט רשאי להתעלם ממנו. אמת, מושגיות זו של "תקנת הציבור" עמומה היא, ורב חוסר הוודאות האופף אותה. אך רבים הם המקרים בהם חייב שופט לפעול במסגרת מושגיות עמומה ובתחום נרחב של חוסר ודאות. כך הוא המצב בתחומי המשפט הציבורי. כך, למשל, כיום מוסמך שופט להכריז על בטלותו של חוק רגיל המגביל את חופש העיסוק ואשר - לעניין בטלותו של החוק - נחקק שלא "לתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל" (סעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). אם שופט רשאי וחייב לקבוע תכלית ראויה מהי וטעמים של טובת הכלל מהם, כלום לא יוכל לקבוע "תקנת הציבור" מהי לעניין בטלותו של חוזה? וכלום אין השופט קובע יום-יום את

= 536 =

היקף פריסתם של עקרונות עמומים, כמו תום הלב, צדק וסבירות? כל אלה אינם סוסי פרא שאין לרכוב עליהם, אלא עקרונות יסוד החיוניים לתיפקודה הראוי של החברה, אשר מן הראוי להפעילם. בצדק ציינה השופטת נתניהו כי:

"הבהלה, שנתפש לה שופט השלום המלומד, שמא חלילה יצור פרא, בהלה שלא במקומה היא. מדיניות משפטית המופעלת כהלכה אינה בוראת יצורי פרא. תקנת הכלל כונתה אמנם בעבר, לפני יותר ממאה וחמישים שנה, כ'סוס פרא'.. והשופט, המפעיל שיקולי מדיניות משפטית, תואר, בעקבות זאת, כרוכב על סוס הפרא... אך על השופט לרכב על סוס זה בזהירות ומתוך אחריות. עלינו לרסנו ולנתבו בתבונה בין השיקולים השונים, שאותם עליו לאזן. זאת עליו לעשות מתוך תפישתו את השקפת החברה, בה הוא חי ופועל, ואת ערכיה וצרכיה. כך רותם הוא את סוס הפרא ומאלפו. הוא איננו בורא יצורי פרא אלא פותר בעיות, המתעוררות עם קצב החיים ועם המושגים והערכים המשתנים של החברה" (ע"א 245/81 [39], בעמ' 174-175).

אכן, לא על האינטרסים של צד זה או אחר מגן בית המשפט. הוא משקף את האינטרס הציבורי הכללי. אמת, תקנת הציבור היא שחוזים יקוימו, אך אין זו תקנת הציבור היחידה ואף אין זו תקנת הציבור החשובה ביותר. "תקנת הציבור" הינה מושג מורכב, המאזן בחובו ערכים ואינטרס נוגדים. קיום החוזה הוא רק אחד השיקולים במסגרת זו. בצדק ציינו פרופ' פרידמן ופרופ' כהן, כי התפיסה, לפיה תקנת הציבור היא שהחוזה יקוי, אינה אלא משחק מלים:

"תקנת הציבור משמעותה כי לחופש החוזים יש גבולות. אמנם, תקנת הציבור מחייבת ביצוע חוזים, אך זאת בתנאי שאין הם מנוגדים לתקנת הציבור. משחק המלים מושתת איפוא, על שני צדי המושג תקנת הציבור: הצד המגביל את קיום החוזה והצד המחייב את קיומו" (ד' פרידמן ו-נ' כהן, חוזים (אבירים, כרך א, תשנ"א) 39).

בצדק ציין פרופ' פרידמן - לעניין אותו משחק מלים עצמו - כי:

"האימרה שצוטטה איננה מסייעת כלל לקביעת הגבולות בין התחום הרחב שבו מחייבת תקנת הציבור קיום החוזה לבין התחום, המצומצם יותר, שבו היא מחייבת פסילת הסכם או תנאי מתנאיו. כל שניתן לומר הוא כי כוונת האימרה להבליט את אותו צד של תקנת הציבור המחייב הכרה בחופש ההתקשרות ולהצניע, אם לא לצמצם כליל את האספקט המלמד על הגבולות שיש להציב לאותו חופש. בתור שכזו שייכת האימרה למאה ה-19. היא אכן נאמרה בתקופה זו ושיקפה היטב את הלך המחשבה ששרר אז, ואשר השפעתו ניכרת גם כיום. אולם בינתיים נתחזקה ההכרה כי 'שיטה המזמינה כל פרט לעסוק בעניינו, יאה המחיר לזולת אשר יהיה, חייבת

בסופו של דבר לפעול לטובת העשיר והחזק... וכי מושגי הצדק כפי שהם נתפשים כיום וצרכי החברה מחייבים להציב לחופש החוזה גבולות מתאימים" (ד')

= 537 =

פרידמן, "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור" עיוני משפט ז (תשל"ט-תש"מ) 431, 434).

כמובן, אין לעבור מקיצוניות לקיצוניות. היפר-אקטיביות והיפר-פאסיביות - שתיהן בלתי רצויות הן. יש לגלות רגישות שיפוטית לערכים המתנגשים ויש לתת פתרון הולם את שיטת המשפט שלנו ואת ערכי היסוד של החברה שלנו בהווה, תוך שמירה על המשכיות ועל התפתחות הדרגתית. יפים לענייננו דבריו של הנשיא שמגר, לפיהם:

"אין מקום לדבר על רשימה סגורה, אך גם אין לפתוח פתח ליצירה של תכנים שיפוטיים בהנף קולמוס ועל-פי אמות מידה פרסונאליות. דרושה עירנות לרחשי התקופה והמקום, אולם דרושות גם זehירות והליכה בתלם שיפוט מחושב..." (ע"א 661/88 [34] ה"ל, בעמ' 85).

אכן, העיקרון של תקנת הציבור הוא עיקרון מרכזי וחשוב. מכאן הצורך להפעילו בזהירות ובאחריות. לא חששות על דבר סוסים פרועים צריכים להשפיע על שיקולינו, אלא הצורך למצוא איזון ראוי בין חופש החוזים והאוטונומיה של הרצון הפרטי לבין ערכים חוקתיים אחרים, הנוגדים להם. אסור שתקנת הציבור תיהפך למכשיר יום-יומי לביטולם של חוזים ולסיכולן של ציפיות סבירות. אך אסור גם שתקנת הציבור תיהפך לאות מתה. נדרשת דרך ביניים, שקולה וזהירה, המעניקה את מלוא התוקף לחוזה, התואם את עיקרי הסדר הציבורי ואושיית החברה והשולל תוקף זה מחוזה החורג מתפיסותיו של הציבור הנאור. חזקה על השופטים - המורגלים בעריכתו של איזון זה בתחומי משפט שונים - כי יעמדו במשימה זו.

28. האם התניה בדבר ייחוד הכיתוב העברי נוגדת את תקנת הציבור? לדעתי, התשובה היא בחיוב. כבוד האדם של המנוחה (בחייה) ושל משפחתה נפגע, אם אין מאפשרים כיתוב על מצבה לפי רצון המנוחה (בחייה) או משפחתה. כפי שראינו, הרצון לכבד את הנפטר בכיתוב על צוואתו הוא טבעי לאדם. זוהי היד שהחיים מושיטים אל המתים. זהו הקשר החי חרף המוות. שלילת האפשרות להגשים רצון זה פוגעת קשה ובאופן ממש בכבוד האדם. הסובלנות הנדרשת בחברה דמוקרטית נפגעת אף היא על-ידי כך. פגיעה זו נראית בעיני עמוקה וקשה, ובכוחה להתגבר על אינטרס של קידום השפה העברית ושמירתה ועל העקרון בדבר חופש החוזים. אין לפרט בישראל החופש לפגוע פגיעה ממשית באמצעות התקשרות חוזית בכבוד האדם של המתקשר השני. נראה לי, כי מסקנתי זו היא המתבקשת מתוך "ההשקפות המקובלות על הציבור הנאור" בישראל. על-פי השקפות אלה יש לאפשר לפרט (בחייו) ולמשפחתו (לאחר מותו) לקבוע כרצונו - ובלא לפגוע בכבוד האדם של האחרים - את השפה בה יירשם שמו על המצבה. זהו ביטוי אישי רגשי למכמני הנפש של האדם, ואין לסבול, בחברה דמוקרטית ופולוראליסטית, שלילתו של ביטוי זה מכוחו של חוזה. כוחה של השפה העברית עמה להוות נכס מרכזי של המדינה, גם אם בבתי העלמין היא כיתוב שאינו עברי בצד הכיתוב העברי. אכן, בחברה דמוקרטית, השוחרת זכויות אדם, יש להשאיר לאוטונומיה של הרצון הפרטי של המנוחה (בחייה) ועל משפחתה - בלא התערבות חיצונית בין של השלטון ובין של מתקשר חוזי אחר - את ההכרעה הסופית בדבר ציון

= 538 =

הדרך האחרון של חיי האדם, הכיתוב על מצבתו. אוסיף, כי בנסיבות המקרה שלפנינו שיקולים אלה של תקנת הציבור מקבלים משנה תוקף בהתחשב בשני הנתונים הבאים: ראשית, האופי הציבורי או הכעני ציבורי של חברה קדישא, המטיל עליה מגבלות (בתחומי המשפט הפרטי). שאינן מנת חלקם של פרטים אחרים; שנית, האופי האחיד של החוזה, היעדר משא ומתן של ממש, והנסיבות האישיות הקשות אשר במסגרתן נכרת החוזה.

29. הגעתי אפוא למסקנה, כי הן על-פי עקרון "הקיפוח" שבחוזים אחידים והן על-פי עקרון "תקנת הציבור" שבחוזים בדרך כלל, התניה בדבר ייחודיות הכיתוב העברי דינה להיפסל. אכן, אין בחוק החוזים האחדים מתשמ"ג ובכללי הקיפוח שבו כדי למנוע תחולתו של עקרון "תקנת הציבור" על חוזה אחיד (ראה: ע"א 493/69 [40], בעמ' 10; ע"א 280/71 [1] ה"ל; ע"א 685/81 [41], בעמ' 428). דבר זה מצא ביטוי מפורש בחוק (סעיף 20 וכן ע"א 1/79 [32] ה"ל). כל עיקרון וגישתו שלו, כל דין ותנאיו שלו. דיני הקיפוח מתמקדים, בראש ובראשונה, בצדדים וביחסי הכוחות שביניהם. ההגינות או חוסר ההגינות נקבעים על-פי תפיסת היסוד של החברה, אך הם נגזרים מיחסי הכוחות שבין הצדדים. לא כן תקנת הציבור. זו נגזרת מעקרונות היסוד של השיטה. הצדדים עצמם - ייתכן ששווים הם, והתניות "הגונות" הן ביחסייהם ההדדיים. חוסר ההגינות הינו-אם ניתן לומר זאת - כלפי השיטה כולה. כמובן, בגיזרה מסוימת קיימת חפיפה בין שני העקרונות.

חפיפה כזו קיימת בערעור שלפנינו. תפיסות היסוד של החברה, המעצבות את חוסר ההגינות שבדרישת הייחודיות של הכיתוב העברי כתנאי מקפח, מעצבות גם את ניוודה של התניה לתקנת הציבור.

30. חברי, המשנה לנשיא, השופט אלון, הוסיף - כתגובה לחוות-דעתי שלי - דברים על [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#). אכן, חוק זה - ולידו [חוק-יסוד: חופש העיסוק](#) ו[חוק-יסוד: הממשלה](#) - הביאו לשינוי יסודי במעמד החוקתי של זכויות האדם בישראל. פירושם של חוקי-יסוד אלה יעסיק אותנו רבות. לא זה המקום לעמוד על כך. מבקש אני אפוא רק ליתן "הערת אזהרה" זו: עמדתו הפרשנית של חברי, המשנה לנשיא, לדיבור "כמדינה יהודית ודמוקרטית" אינה פשוטה כלל ועיקר, לא בתוכנה ולא בשיטתה. הסוגיה היא כבדה מדיי, חשובה מדיי וסבוכה מדיי, מכדי שניתן יהא לדון בה אגב אימרת אגב לאימרת אגב.

מטעמים אלה דעתי היא - כדעת הנשיא - שדין הערעור להידחות.

הוחלט ברוב דעות, כנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיא, לדחות את הערעור, כאמור בפסק-דינו של הנשיא.

ניתן היום, כ"ז בניסן תשנ"ב (30.4.92).