

אורי הופרט

נגד

"יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[12.5.94]

לפני המשנה לנשיא א' ברק והשופטים ת' אור, מ' חשין

חוק זכרון השואה והגבורה-יד ושם, תשי"ג-1953, ס"ח, 144 סעיפים 1, 2, 3, (1), 2, (7), 3, 5, 6, 7- תקנון יד ושם, תשכ"ט-1968, ק"ת 563, סעיפים 15, 15(1), 15(2) – חוק הפרשנות, תשמ"א-8119, ס"ח 302, סעיף 17(ב) – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, סעיף 6(א) – חוק בתי קברות צבאיים, תשי"ו-1950, ס"ח 258.

מיני-רציו:

- * משפט חוקתי – זכויות הפרט – שוויון בפני החוק
- * משפט מינהלי – חוקיות המינהל – יישום העיקרון
- * משפט מינהלי – סמכויות עזר – היקפן
- * משפט מינהלי – פגמים בשיקול-הדעת – אי-סבירות
- * משפט מינהלי – רשות מוסמכת – יד ושם

העותר הוא ניצול שואה, שבני משפחתו נספו בשואה. המשיבה היא גוף סטטוטורי, הפועל מכוח חוק זכרון השואה והגבורה – יד ושם, תשי"ג-1953. במסגרת פעולותיה, החליטה המשיבה לקיים מפעל הנצחה, "מערת הנצחה", המיועד לאפשר הצבת אבן זיכרון הנושאת את שם הנספה. זהו מפעל להנצחה שמית אינדיווידואלית, האמור להתקיים בהר הזיכרון שבירושלים. הצבת האבן נעשית תמורת תשלום הנגבה לפי גודל האבן ולפי הכיתוב שעליה.לטענת העותר, בהקמת מפעל הנצחה המבוסס על תשלום תמורה, חורגת המשיבה מסמכויותיה. עוד טוען העותר, כי ההחלטה יוצרת הפליה בין קרובים של נספים אשר של ביכולתם לשאת בתשלום בעבור ההנצחה, לבין אלה שאינם מסוגלים לשאת בתשלום הכרוך בהנצחת יקריהם. בעצם דרישת התשלום בעבור הנצחה ממלכתית יש, לטענת העותר, משום אי-סבירות וחוסר שוויון.

בית המשפט הגבוה לצדק פסק:

- א. (1) בתוך סעיפיו של חוק זכרון השואה והגבורה – יד ושם, ומתוך תקנונה של המשיבה עולה, כי סמכותה של המשיבה לקיים מפעל זיכרון ביוזמתה ובהנהלתה קבועה בסעיף 2(1) לחוק. סמכותה לקבל תרומות עולה משילוב הוראות סעיפים 3-5 לחוק; הסמכות לקבל תרומות בתנאים שיוסכמו בין התורם לבין המשיבה קבועה בתקנון המשיבה (359 ג-ד).
- (2) בנסיבות דנן, מפעל "מערת הזיכרון" הוא מפעל המוקם ביוזמתה ובהנהלתה של המשיבה, והמבוסס, למעשה, על הסכם בין המשיבה לבין התורם, מבקש ההנצחה. ניתן לומר אפוא, שבהקימה ובקיימה את מפעל "מערת הנצחה" פעלה המשיבה במסגרת סמכותה הסטטוטורית (359 ה-ו).

- ב. (1) פעולה שעשתה רשות ציבורית במסגרת הסמכות הפונקציונלית הנתונה לה בדין, עדיין צריכה לעמוד במבחנים שמטיל המשפט המינהלי על שיקול הדעת של הרשות (360 ד-ה).
- (2) ההפליה אסורה על הרשות; הפליה היא יחס לא שווה לשווים, קרי, יחס שונה ללא הצדקה עניינית (360 ז).
- (3) לאכל יחס שונה ייחשב הפליה. לעתים יחס שונה הוא מוצדק בשל שוני בנסיבות בין מקרה אחד למשנהו, אם כי לכאורה מדובר בשווים. במקרה כזה, קיימת הבחנה מותרת בין שני המקרים, להבדיל מהפליה (361 ב).
- (4) גם אם הופר עקרון השוויון, במובן זה שניתן יחס שונה לשווים, עדיין אין לומר, בהכרח, כי מתן יחס שונה כאמור אינו מוצדק. זאת, משום שעקרון השוויון אינו עיקרון מוחלט אלא יחסי (361 ה).
- (5) ניתן לעגן את עקרון השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיגון כזה משמעותו העלאת עקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית. מכאן, שפרשנות של נורמות משפטיות, ובכללן החקיקה, תיעשה לאור עקרון השוויון שהוא בעל מעמד חוקתי, על-חוקי (362 ד, 363 א).
- ג. (1) בחינת חוק זכרון השואה והגבורה – יד ושם, מביאה למסקנה, כי הבטחת יחס שווה לקורבנות השואה היא יסוד מוסד בהקמתה של המשיבה. תכליתו של החוק היא להנציח את קורבנות השואה כולם (363 ג).
- (2) החוק אינו מציין במפורש, כי חלה על המשיבה חובה לנהוג בשוויון כלפי המונצחים, משפחותיהם או מכריהם, אולם חובה זו עולה הן מלשונו של החוק והן מרוחו: מלשונו – הואיל והוטל על המשיבה התפקיד להנציח זכרם של כל הנופלים, כולם כאחד. מרוחו – משום שמדובר בהנצחה ממלכתית, במפעל הנצחה לאומי במסגרת אתר היסטורי (363 ד-ו).
- (3) גם ההיסטוריה החקיקתית של החוק מצביעה על כוונה להנציח שווה של כל נספי השואה, ללא הפליה (364 א-ב).
- ד. (1) בנסיבות דנן, הן ההנצחה האינדיווידואלית של מי שנספה בשואה במסגרת "דפי העד" והן ההנצחה הקולקטיבית של הקהילות במסגרת "בקעת הקהילות", נעשו חנינם אין כסף, תוך שמירה על שוויון בהנצחה בין כל הנספים ובין כל הקהילות. בכך ממלאה המשיבה את התפקיד שהוטל עליה בחוק: הנצחה כללית של נספי השואה (365 ד).
- (2) מפעל "מערת ההנצחה", נושא העתירה, אינו אלא תוספת, אופציית הנצחה, שלא הייתה הכרחית, אך המשיבה רואה בה אופציית הנצחה רצויה: אופציה זו נותנת ביטוי לשאיפת בני המשפחות של קורבנות השואה להנציח את זכר יקיריהם בדרך נוספת (365 ה-ז).
- (3) תקציבה של המשיבה אינו מאפשר לה הנצחה נוספת של כל קורבנות השואה על-ידי אבני זיכרון ב"מערת ההנצחה". הנצחה נוספת כזו אפשרית רק אם המעוניינים בהנצחה יוכלו לממנה. משבחרה המשיבה לאפשר דרך הנצחה נוספת, לא פעלה המשיבה תוך הפליה, באשר אותה דרך הנצחה פתוחה בפני כל הרוצים בכך, כנגד תשלום תמורה לפי תעריף השווה לכול (366 ג-ה).
- ה. (1) יש שדרישת תשלום יהיה בה משום הפליה, אפילו הדרישה שווה לכול. אולם דרישת

התשלום תהווה הפליה רק אם חסרי אמצעים אינם מסוגלים או מסוגלים בקושי רב לעמוד בו, וטובת ההנאה או השירות שבעבורם נדרש התשלום הם חיוניים או חשובים עד כי אין הצדקה לתלות את קבלתם ביכולת התשלום של הפרט (366 ה-ו).

(2) בנסיבות דנן, התשלום הנדרש בעבור כל אבן זיכרון ב"מערת ההנצחה" אינו מכביד או בלתי סביר, עד כי ניתן לומר שיש עמו הפליה בשל ההבדלים ביכולתם הכספית של המעוניינים השונים בהנצחה. ניתן להניח, בדרגה הקרובה לוודאות, כי לאדם מן השורה יש יכולת כלכלית לעמוד בתשלום שנקבע בעבור מצבה, כמו בתשלום בעבור אבן הזיכרון במערת ההנצחה (367 ד-ז).

(3) אפילו ניתן לראות בחובת התשלום יסוד מפלה בשל קשיים שהיא מעמידה לחלק מהמעוניינים בהקמת יד הזיכרון ליקריהם במערת ההנצחה, קיים אינטרס לאפשר הקמת יד זיכרון נוספת ובצדה תשלום שיש בו כדי לסייע למשיבה בפעילותה הכללית, להשגת מטרותיה הכלליות. אינטרס זה שקול כנגד הפגיעה האפשרית באלה אשר מטעם כלשהו יתקשו בגיוס התשלום הנדרש להקמת יד זיכרון נוספת זו (367 ז, 368 א).

ו. (1) סבירות פעולתה של הרשות אינה נבחנת על-פי תוצאת לוואי שולית. היא צריכה להיבחן במכלול: האם, בסך הכול, הפעולה היא סבירה ומביאה לתוצאות רצויות, והאם, בהתחשב ביתרונות המפעל של "מערת ההנצחה", בנסיבות דנן, ובהתחשב בחסרונותיו, פעולתה של המשיבה עומדת במבחן הסבירות (369 ג-ד).

(2) בבחינת סבירותו של מפעל "מערת ההנצחה" יש לזכור את האינטרס של כל המעוניין בכך להציב אבן זיכרון להנצחת קרוביו, מכריו או ידידיו. אולם אין לשכוח גם את עניינה של המשיבה, שהוא, בעקיפין, עניינם של המונצחים עצמם, בני משפחותיהם וקרוביהם, וכן את עניין הציבור בכללותו, כי יועלו תרומות שיאפשרו למשיבה למלא את תפקידה המוגדר בחוק זכרון השואה והגבורה – יד ושם (370 ג-ד).

(3) מפעל "מערת ההנצחה" מהווה דרך הגיונית להעלאת תרומות, המשרתת את האינטרסים של המעוניינים בהנצחה ושל המשיבה, ובעקיפין של קורבנות השואה, משפחותיהם וקרוביהם (370 ה-ו).

(4) המשיבה אינה מפעל עסקי ואין לה כוונה לעשות רווחים ממפעל הזיכרון שעליו היא מופקדת. כל מעשיה מיועדים למפעל הזיכרון, וכל הכספים שהיא מקבלת מוקדשים ומנוצלים למטרה זו. בנסיבות אלה, אין לומר שפעילות המשיבה נגועה באי-סבירות בשל הקשר שבין התרומות לבין ההנצחה הנוספת שבמפעל מערת ההנצחה (371 א-ב).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג (1) 693.
- [2] בג"צ 678/88, 803 כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ואח'; אליהו נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מג (2) 501.
- [3] בג"צ 528/88, 335/89 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מג (4) 297.
- [4] בג"צ 246/81, 260 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (4) 1.
- [5] בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (1) 290.

[7] בג"צ 5688/92 ש' ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מז (2) 812.

[8] בג"צ 1/88, 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד מב (2) 309.

[9] בג"צ 651/86 מלכה ואח' נ' שר המשטרה ואח', פ"ד מ (4) 645.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

[10] 410ortwein v. Schwab . 656U. S (1973).

[11] 409united states v. Karas . U. S 434(1973).

התנגדות לצו-על-תנאי מיום 31.3.93. העתירה נדחתה. הצו-על-תנאי בוטל.

העותר טען לעצמו;

נ' וייל – בשם המשיבה.

פסק-דין

השופט ת' אור: העתירה

1. העותר, עורך-דין במקצועו, הוא ניצול שואה אשר אביו ורוב בני משפחתו נספו בשואה. המשיב, "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה (להלן – המשיב או יד ושם), הוא גוף סטטוטורי שהוקם לפי חוק זכרון השואה והגבורה – יד ושם, תשי"ג-1953 (להלן – חוק הזיכרון), הזוכה בהשתתפות כספית של אוצר המדינה וכן של הסוכנות היהודית. מטרתו הכללית של יד ושם להיות רשות זיכרון לששת המיליונים מבני העם היהודי שהושמדו בשואה (ראו סעיפים 1-2 לחוק הזיכרון).

העותר תוקף בעתירתו מפעל מסוים של המשיב, הוא מפעל "מערת ההנצחה". במסגרת מפעל זה, שהחל בשנת 1981, מוצבת, לבקשת בני משפחה או ידידים של אנשים אשר נספו בשואה, אבן זיכרון הנושאת את שם יקיריהם. זהו מפעל להנצחה שמית אינדוידואלית. אבן הזיכרון מוצבת במערת ההנצחה אשר בשטח יד ושם, במדרון המערבי של הר. אבן הזיכרון מוצבת במערת ההנצחה אשר בשטח יד ושם, במדרון המערבי של הר הזיכרון בירושלים. הצבת האבן נעשית תמורת תשלום הנע בין 450-800 דולר, לפי גודל אבן הזיכרון ולפי הכיתוב שעליה.

המפעל קיים כבר למעלה מעשור. תחילתו לא הייתה בתכנון מראש, אלא באופן ספונטאני, כתגובה לצורך או למשאלה שהתעוררו בעקבות כינוס עולמי של ניצולי שואה בחודש יוני 1981. חלק מהניצולים הביאו עמם לכנס אבני זיכרון, שעליהן חרטו את שם יקיריהם, וביקשו שהאבנים יישמרו באתר יד ושם. על רקע זה הוחלט על הקמת מערת הנצחה, שבה ייקבעו אבני הזיכרון שנאספו בכינוס. עלות הקמת המערה נתרמה על-ידי מארגני הכינוס. משתתפי הכינוס שילמו 300 דולר בעבור כל אבן זיכרון, סכום שהוא

עלות הכנת האבנים והצבתן. בעקבות הכינוס התקבלו ביד ושם פניות נוספות להצבת אבני זיכרון. בעקבות הפניות החליטה הנהלת יד ושם למסד את המפעל ולאפשר לכל מי שיבקש זאת להציב אבן זיכרון במערה תמורת סכומים קבועים. מכיוון שמשותפי הכינוס הביאו אבנים מכל הסוגים והגדלים והיה קשה לשבצן במערה, ומכיוון שהרישום על האבנים היה חובבני, הוחלט כי האבנים יוכנו ביד ושם.

2. העותר תוקף בעתירתו את מפעל מערת ההנצחה, ובפיו שלוש טענות מהותיות: ראשית, בהקמת מפעל "מערת ההנצחה", המבוסס על הנצחה כנגד תשלום תמורה, חרג יד ושם ממסגרת סמכותו בחוק; שנית, קיומו של מפעל זה סותר את עקרון השוויון, בעיקר בשל הפליה על בסיס כלכלי: לקרובים של נספים שהם בעלי אמצעים יש עדיפות על פני קרובים של נספים שאינם בעלי אמצעים ושאינם יכולים להרשות לעצמם תשלום כאמור. מוסיף העותר וטוען, כי גם אם קרובים מסוימים מסוגלים אך אינם מוכנים לשלם בעבור הנצחת יקיריהם, עדיין אין זה מוצדק להפלות אותם לרעה ולא להעניק להם אבן זיכרון, בעוד אלו המוכנים לשלם בעבור כך יקבלו אבן כזו כמצבת זיכרון ליקיריהם; שלישית, עצם קיום הנצחה ממלכתית של קורבנות השואה בתשלום כלשהו סותר את רוחו של חוק הזיכרון, ומכאן שהנצחה כזו היא בלתי סבירה ופסולה.

הסמכות להקים ולקיים את מפעל מערת ההנצחה

3. לפי עקרון חוקיות המינהל:

"רשות מינהלית נהנית אך מאותן סמכויות שהוענקו לה מכוח הדין. ללא הוראת הסמכה בת-תוקף אין בכוחה של הרשות לפעול. הדין הוא אביה מולידה של זו, ואין לה אלא מה שהראשון קצב לה. התימרה הרשות לחרוג מהתחום המוקצב, יוצאת היא מתחום הכרתו של הדין, ומבחינתו של זה מעשיה כמוהם ולא היו. והרי לך, בקליפת אגוז, עיקרו של המשפט המינהלי" (ב' ברכה, משפט מינהלי (שוקן, תשמ"ז) 35).

אם כן, יש לבחון את המסגרת הנורמטיבית שעל פיה הוקמה והוסמכה יד ושם לפעול, כדי שנוכל להשיב על השאלה הראשונה שעורר העותר, דהיינו, אם הקמת מפעל מערת ההנצחה וקיומו של המפעל נעשו במסגרת סמכויות יד ושם.

4. סעיף 1 לחוק הזיכרון קובע מיהם האנשים והגופים שלצורך הנצחתם מוקמת

יד הזיכרון. בין היתר הוא קובע:

"מוקמת בזה בירושלים רשות זכרון, יד ושם-

(1) לששת המיליונים מבני העם היהודי שהוכרעו בקדושת מעונים לטבח ולאבדון על ידי הנאצים ועזריהם; (2) לבתי אב מבית יעקב שהושמדו ונחרבו על ידי הצורר; (3) לקהילות, לבתי כנסת, לתנועות ולארגונים, למוסדות ציבור,

תרבות, חינוך, דת וחסד שנחרבו ונהרסו מתוך מזימת רשע למחות את שם ישראל ותרבותו מתחת השמיים; " ... סעיף 2, החשוב לענייננו, שכותרת השוליים שלו היא "תפקיד יד ושם וסמכויותיו", קובע:

"תפקידו של יד ושם הוא לאסוף אל המולדת את זכרם של כל אלה מבני העם היהודי שנפלו ומסרו את נפשם, נלחמו ומרדו באויב הנאצי ובעוזריו ולהציב שם וזכר להם, לקהילות, לארגונים ולמוסדות שנחרבו בגלל השתייכותם לעם היהודי וכן להנציח את זכרם של חסידי אומות העולם; למטרות אלה יהיה יד ושם מוסמך -

(1) להקים מפעלי זכרון ביוזמתו ובהנהלתו;

(2) לכנס, לחקור ולפרסם את כל העדות על השואה והגבורה ולהנחיל לעם את לקחה; (3) להשריש בארץ ובעם כולו את היום שנקבע על ידי הכנסת כיום הזיכרון לשואה ולגבורה ולטפח הווי של חדות זכרון לגבוריה ולקרבתיה; (4) להעניק לבני העם היהודי שהושמדו ונפלו בימי השואה והמרי אזרחות-זכרון של מדינת ישראל, לאות היאספם אל עמם; (4א) להעניק לחסידי אומות העולם אזרחות-כבוד, ואם הלכו לעולמם -

אזרחות-זכרון, של מדינת ישראל, לאות הוקרה על פועלם; (5) לאשר ולהדריך מפעלים העושים להנצחת זכרם של קורבנות השואה וגבוריה או לשתף פעולה עם מפעלים כאלה; (6) לייצג את ישראל במפעלים בינלאומיים שמטרתם הנצחת זכרם של קורבנות הנאציים וחללי המלחמה בהם; (7) לעשות כל פעולה אחרת שתדרש לשם ביצוע תפקידו" (ההדגשות שלי - ת' א').

סעיף 3 לחוק הזיכרון קובע, כי יד ושם הוא תאגיד הזכאי להתקשר בחוזים, לרכוש ולהחזיק נכסים ולהוציאם מרשותו ולהיות צד בכל הליך משפטי ובכל משא ומתן.

סעיף 5 עוסק בתקציב יד ושם, וקובע כי השתתפות אוצר המדינה בהקמתו של יד ושם ובהחזקתו תיקבע בתקציב המדינה. ההכנסות לכיסוי תקציב יד ושם יבואו מהשתתפות אוצר המדינה, מהשתתפות מוסדות וארגונים לאומיים וציבוריים, ממפעליו ושירותיו, מתשלומי חברים, מגויים ותומכים, מעיזבונות, הקצבות ותרומות, וכן מכספים ואמצעים חומריים אחרים שיגייס באישור הממשלה.

סעיף 6 קובע שמכו להתקין, באישור הממשלה, את תקנון יד ושם. סעיף 7 קובע את ההוראות שייקבעו בתקנון, וכיניהן:

"הוראות אחרות שהשר יקבע כנחוצות לקיומו של יד ושם כרשות זכרון."

בהסתמך על סעיף 6, הותקן תקנון יד ושם, תשכ"ט-1968 (להלן – תקנון יד ושם). סעיף 15 לתקנון זה קובע את תפקידי הנהלת יד ושם. סעיף 15(1) קובע שבמסגרת תפקידי ההנהלה וסמכותה:

"לאשר תקציב שנתי לצרכי פעולות המוסד וניהולו במסגרת אומדן ההכנסות, ההקצבות והתרומות העומדות להתקבל מדי שנה בשנה, וכל זה מתוך תיאום עם המוסדות המממנים את יד ושם."

סעיף 15(2) קובע שבמסגרת תפקידי ההנהלה וסמכות ההנהלה:

"לקבל תרומות והקצבות למטרות מיוחדות לפי התנאים שנקבעו או שהוסכם עליהם בין המוסד לבין התורם" (ההדגשה שלי – ת' א').

מתוך סעיפי חוק הזיכרון ותקנון יד ושם אשר הובאו לעיל עולה, כי סמכותו של יד ושם לקיים מפעל זיכרון ביוזמתו ובהנהלתו קבועה בסעיף 2(1) לחוק הזיכרון. סמכותו לקבל תרומות עולה משילוב הוראות הסעיפים 13-5 לחוק הזיכרון. הסמכות לקבל תרומות בתנאים שיוסכמו בין התורם לבין יד ושם קבועה בסעיף 15(2) לתקנון יד ושם.

5. האם חרג יד ושם ממסגרת הסמכות שהוענקה לו לקיים מפעל זיכרון לקבל תרומות בכך שהקים מפעל המבוסס על תרומות, המתקבלות בתמורה להנצחה שמית אינדיווידואלית? נראה שהתשובה לכך שלילית. סעיף 2(1) לחוק הזיכרון מקנה ליד ושם סמכות להקים מפעלי זיכרון ביוזמתו ובהנהלתו. מפעל מערת הזיכרון הוא מפעל המוקם ביוזמתו ובהנהלתו של יד ושם. הוראת תקנה 15(2) לתקנון יד ושם מסמיכה את הנהלת יד ושם לקבל תרומות והקצבות למטרות מיוחדות לפי תנאים שנקבעו או שהוסכם עליהם בין המוסד לבין התורם. מפעל מערת ההנצחה מבוסס, למעשה, על הסכם בין מוסד יד ושם לבין התורם, מבקש ההנצחה. לפי הסכם זה, בעקבות תרומה שבין 450-800 דולר תציב יד ושם במערת ההנצחה אבן זיכרון שעליה כתובים השמות שאותם מבקש התורם להנציח. אם כן, ניתן לומר שבהקיימו ובקיימו את מפעל מערת ההנצחה פעל יד ושם במסגרת סמכותו הסטטוטורית.

5. מסקנה זו מתחזקת לאור סמכויות העזר המוקנות ליד ושם לצורך מילוי תפקידי.

סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, קובע:

"הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו – משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת."

הוראה זו בעצם מצהירה על עיקרון פרשני ידוע, ולפיו:

... "הענקת סמכות לבצע פעולה משמעותה גם הענקת סמכות בצע כל דבר שבלעדיו לא ניתן לבצע אותה פעולה. כלל זה תולה יהבו בכוונת המחוקק: משהעניק זה האחרון במפורש את הסמכות ה'עיקרית', חזקה עליו שליווה אותה מכללא בסמכויות העזר החיוניות להפעלתה התקינה. והואיל וגם הסמכויות מכללא מקורן בבית היוצר של המחוקק, יש ביכולתו של הכלל הנדון לדור בכפיפה אחת עם עקרון חוקיות המינהל" (ברכה, בספרו הנ"ל, בעמ' 154).

וראו י' זמיר, "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א (תשנ"ב-ג) 81, 120-131.

במקרה שלנו אף אין צורך להיזקק להוראה הכללית האמורה בדבר סמכויות עזר, שכן חוק הזיכרון כולל הוראה מיוחדת בדבר סמכויות עזר. כמצוטט לעיל, סעיף 2(7) לחוק הזיכרון מסמיך את יד ושם "לעשות כל פעולה אחרת שתידרש לשם ביצוע תפקידו".

המשיב, יד ושם, הוסמך מפורשות לקיים מפעלי זיכרון לנספי השואה. לאיזון תקציבו הוא רשאי לקבל תרומות, כאמור בסעיף 5 לחוק הזיכרון. הוא הוסמך מפורשות לקבל תרומות למטרות מיוחדות בתנאים שעליהם הוסכם בינו לבין התורם (סעיף 15(2) לתקנון). יוצא אפוא, שיד ושם הצביע על מקור סמכות חוקי לפעולתו והראה כי מפעל מערת ההנצחה הוא מפעל שאותו הוא מוסמך לקיים ולנהל.

שיקול-דעת יד ושם

6. ראינו שליד ושם סמכות להקים את מפעל מערת ההנצחה. אולם פעולה שעשתה הרשות הציבורית במסגרת הסמכות הפונקציונלית הנתונה לה בדין, עדיין צריכה לעמוד במבחנים שמטיל המשפט המינהלי על שיקול הדעת של הרשות. כך, למשל, שיקול-דעת שהופעל תוך לקיחה בחשבון של שיקולים זרים או שיקול-דעת שהביא לתוצאה בלתי סבירה במידה המצדיקה התערבות יגרוור אחריו את התערבות בית המשפט הגבוה לצדק. במקרה שלפנינו נטען כי שיקול-דעת המשיב, יד ושם, נגוע בשני פגמים המצדיקים התערבות: הפליה וחוסר סבירות. עלינו לבחון אפוא, אם הקמתו וקיומו של מפעל מערת ההנצחה נגועים בשיקול-דעת פסול בשל שני פגמים אלו.

טענת ההפליה

7. עקרון השוויון הוא:

"מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח' [1], בעמ' 698).

ההפליה אסורה על רשות ציבורית. הפליה היא יחס לא שווה לשווים, קרי, יחס שונה ללא הצדקה עניינית. לגבי הפליה פסולה כתבנו בבג"צ 678/88, 803 כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ואח'; אליהו נ' שר הביטחון ואח' [2], בעמ' 507-508:

"הפליה פסולה פירושה יחס שונה אל שווים; פירושה יחס בלתי שווה ובלתי הוגן למי שראויים לאותו יחס..."

לא כל הבחנה ביחס הרשות אל אזרחיה, בין אזרח למשנהו, מהווה הפליה. לעתים יש הצדקה להבחנה כזו, בשל שוני כזה או אחר בין השניים. וכבר נאמר, ש'לא כל הבדלה בין סוגי בני אדם שונים קרויה 'הפליה'; גלום בו כמושג הפליה הרעיון של אי-הגינות שבנהיגת אי-שוויון בשווים' (דברי השופט ויתקון בבג"צ 30/55, בעמ' 1265). ההפליה, להבדיל מהבחנה בין פלוני למשנהו, משמעותה מנהג שרירותי של איפה ואיפה, שאין לו הצדקה בשל העדר שוני הגיוני משמעותי בנסיבות בין האחד למשנהו."

לא כל יחס שונה ייחשב הפליה. לעתים יחס שונה הוא מוצדק בשל שוני בנסיבות בין המקרה האחד למשנהו, אם כי לכאורה המדובר בשווים. במקרה כזה, אנו אומרים שקיימת הבחנה מותרת בין שני המקרים, להבדיל מהפליה. ברוח זו כתבתי בבג"צ 335/89, 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח' [3], בעמ' 299:

"עקרון השוויון בא לשרת מטרה של השגת תוצאה צודקת. לא השוויון ה'טכני' או ה'פורמאלי' הוא הראוי להגנה, אלא השוויון המהותי, דהיינו השוויון בין שווים. בני האדם, או קבוצות בני האדם, שונים לא אחת זה מזה או זו מזו בתנאיהם, בתכונותיהם ובצרכיהם, ולעתים יש צורך להפלות בין מי שאינם שווים כדי להגן על החלש או הנוזק, לעודדו ולקדמו. שוויון בין מי שאינם שווים אינו, לעתים, אלא לעג לרש. לפיכך, השאלה המתעוררת כשנטענת טענת הפליה אינה רק אם פלוני מופלה לטובה לעומת אלמוני, אלא יש גם לברר אם ההפליה היא בלתי מוצדקת (ההדגשות שלי – ת' א'). דהיינו, האם מסיבות זהות גררו אחריהן יחס שונה. ההבחנה בין מסיבות שונות, מאידך, אין בה משום הפליה..."

גם לאחר שמתברר כי הופר עקרון השוויון, במובן זה שניתן יחס שונה לשווים, עדיין אין עולה בהכרח המסקנה כי מתן יחס שונה כאמור אינו מוצדק. זאת, משום שעקרון השוויון אינו עיקרון מוחלט אלא יחסי:

"עקרון השוויון הוא יחסי מבחינה נוספת: לעתים עשוי להיווצר עימות בינו לבין עקרונות אחרים ונוצר צורך לאזן ביניהם. כך, למשל, תיתכן סיטואציה, שבה תנוקוט רשות ביחס שונה אל שווים, ואף-על-פי-כן לא תיפסל פעולתה המפלה בשל הצורך החברתי להגן על אינטרס אחר" (א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה 4, תשנ"א) 299 (ההדגשה שלי – ת' א').

וראו בג"צ 98/69 [1], בעמ' 699, מפי השופט לנדוי.

ולמטה מזה כותב הפרופסור רובינשטיין:

"מבחינת הדין המצוי אנו רואים, כי עקרון השוויון איננו עיקרון מוחלט במשפט, ובתי-המשפט מוכנים לבחון שמא במרה קונקרטי קיימים טעמים ענייניים, המצדיקים הפליה, טעמים שאין להם דבר וחצי דבר עם עקרון השוויון" (רובינשטיין, בספרו הנ"ל, בעמ' 305).

בעניין אחד כותב חברי, השופט ברק:

"אכן, השוויון אינו העיקרון היחיד, שיש להתחשב בו. לעתים קרובות ניתן להצדיק תוצאה בלתי שוויונית על יסוד שיקולים אחרים, כגון שיקולי ביטחון, יציבות פוליטית, וכיוצא באלה שיקולים אחרים, שבעיני השוקל טובים הם ויפים מעקרון השוויון" (בג"צ 260,246/81 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח' [4], בעמ' 13).

ובספרו הוא מסכם את הדברים:

"לעתים קיימת סתירה בין עקרון השוויון לבין עקרונות יסוד אחרים. לשם פתרון של סתירה זו, אל לו לשופט להעדיף העדפה מלאה עיקרון אחד על-פני רעהו. עליו לאזן בין העקרונות המתנגשים, תוך מתן משקל לכל אחד מהעקרונות הנוגדים. לשם כך, עליו לעשות שימוש בשיקול דעתו השיפוטי" (ברק, פרשנות במשפט כרך ב, פרשנות החקיקה (נבו, תשנ"ג) 460).

היום ניתן לעגן את עקרון השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיגון כזה משמעותו העלאת עקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית. עמדה התומכת בעיגון עקרון השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הבעה כבר בספרות המשפטית. כך, למשל, כותב השופט ברק:

"על-פי גישה פרשנית זו, המושג 'כבוד האדם וחירותו' צריך לקבל את משמעותו המלאה. יש ליתן לו אותו תוכן, אשר ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית מעניקים (אובייקטיבית) למושג 'כבוד האדם וחירותו'. מהותו תיקבע על-פי תפיסות היסוד של 'הציבור הנאור' בישראל. על כן, יש לכלול במסגרת 'כבוד האדם וחירותו' את השוויון, חופש הביטוי, חופש האמונה והדת, חופש היצירה, האסיפה וההתאגדות. כל אלה הם ביטוי לכבוד האדם וחירותו במדינה יהודית ודמוקרטית" (א' ברק, "זכויות האדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב-ג) 253, 261; ההדגשה שלי – ת' א').

במקום אחד הובעה הדעה, שניתן לעגן את עקרון השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בשלוש דרכים: ראשית, בסעיף המטרה של חוק היסוד; שנית, בערך של כבוד האדם הנצור בחוק היסוד (כמו דעתו של השופט ברק לעיל); ושלישית, מכוח תביעתן העצמית של זכויות היסוד הפרטיקולריות הכלולות בחוק היסוד. ראו י' קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א (תשנ"ב-ג) 323, 345-361.

למסקנה זו בדבר הכללת עקרון השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יש השלכה גם לענייננו. פרשנות נורמות משפטיות, ובכללן כמובן החקיקה, תיעשה לאור העלאתו של עקרון השוויון במדרגה נורמטיבית והפיכתו לעיקרון בעל מעמד חוקתי, על-חוקי. כבר היום ניתן להצביע על דוגמאות של פסקי-דין שבהם התפרשו חוקים תוך מתן משקל גדול יותר לזכויות הנצורות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מאשר המשקל שניתן להן בעבר. באיזון בין האינטרסים המגולמים בזכויות אלו לבין אינטרסים אחרים, שאינם מגולמים בזכויות חוקתיות, התחזק מעמדם של האינטרסים הראשונים. ראו, לדוגמה, הדרך שבה התפרשו הוראות חוק שעניינן זכות היציאה מן הארץ המוגנת בסעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל [5]; ברע"א 7208/93 [6]. על אותו משקל, גם הוראות חוק הזיכרון העומד במרכז דיוננו, הקובעות את סמכויותיו של יד ושם, צריכות להתפרש לאור העלאת עקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית.

8. בחינת חוק הזיכרון תביאנו למסקנה, שהבטחת יחס שווה לקורבנות השואה היא יסוד מוסד בהקמת יד ושם. תכליתו של החוק היא להנציח את קורבנות השואה כולם.

סעיף 2 לחוק הזיכרון קובע, כי:

"תפקידו של יד ושם הוא לאסוף אל המולדת את זרם של כל אלה מבני העם היהודי שנפלו ומסרו את נפשם..." (ההדגשה שלי – ת' א').

אכן, חוק הזיכרון אינו מציין במפורש כי חלה על הרשות חובה לנהוג בשוויון כלפי המונצחים, משפחותיהם או מכריהם. אולם חובה זו עולה הן מלשונו של החוק והן מרוחו. מלשונו – הואיל והוטל על יד ושם התפקיד להנציח זכרם של כל הנופלים. לפי סעיף 1 לחוק, יד ושם היא רשות המוקמת להנצחת ששת המיליונים כולם כאחד. החוק אינו מציין דרך הנצחה שונה לנספים אינדיווידואליים שונים או לקהילות שונות, ומכאן שיש לנהוג בהם בשוויון. רוחו של החוק מקפלת בתוכה חובה לנהוג בשוויון משום שמדובר בהנצחה ממלכתית. עקרון השוויון והאחידות בהנצחה ממלכתית נקבע כבר בפסיקה שהתייחסה לחוק בתי קברות צבאיים, תש"י-1950. מפסיקה זו ניתן ללמוד אנלוגיה למקרה של אתר הנצחה לזכר חללי השואה. בשני המקרים אין המדובר במפעל הנצחה אישי פרטי, אלא במפעל הנצחה לאומי במסגרת אתר היסטורי. אכן, כפי שכותב חברי, השופט ברק, בבג"צ 5688/92 ש' ויכסלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח' [7], בעמ' 825:

"מהי התכלית המונחת ביסודו של החוק? נראה לי כי התכלית הספציפית, בכל הנוגע למצבות, הינה האחידות. תכלית זו עולה מלשונו של החוק וממבנהו. משפחת החייל הנפטר אינה רשאית לקבוע את צורת המצבה והכיתוב עליה. 'צורתה ומימדיה של מצבה צבאית ייקבעו על ידי קצין מוסמך' (סעיף 5(ב)). גם ההיסטוריה החקיקתית מצביעה על תכלית זו" (ההדגשה שלי – ת' א').

ולמטה מזה, שם:

"האחידות בבית הקברות הצבאי ובמצבה הצבאית משרה פשטות וכבוד..."

זאת ועוד: האחידות יוצרת את האחוה והשוויון ומדגישה את אחדות המטרה. היא משרה אוירה של הוד וקדושה" (ההדגשה שלי – ת' א').

דברים אלו יפים גם לעניין חוק הזיכרון, שתכליתו הקמת אתר הנצחה ממלכתי לחללי השואה.

9. גם ההיסטוריה החקיקתית של חוק הזיכרון מצביעה על כוונה להנצחה שווה של כל נספי השואה. דברי הכנסת של אותם ימים היו טעונים רגשות בעוצמה רבה, ומדבריהם של חברי הכנסת בעת הדיון עולה בבירור הכוונה להבטיח הקמת יד זיכרון לכל הנספים בשואה וללא הפליה. אומר חבר הכנסת יעקב חזן:

"אנו חייבים להקים יד ושם לרבים, למיליונים, אשר מתו כצאן קדושים המובל לטבח, לכל בית ישראל אשר נפל שדוד לפני הרוצח, לילדי ישראל התמימים והנחמדים, לאחיותינו ולאחינו, לאמהותינו, ולאבותינו אשר למענם חיינו כאן, למענם בנינו את הארץ הזאת, למענם התאמצנו לחדש מינו כקדם ולא זכינו להצלתם" (ד"כ 22(תשי"ג) 1331).

אומר חבר הכנסת זרח ורהפטיג:

"כאשר מדברים על קרבנותינו וזכרונם, נדמה לי לפעמים שיש בכך משום חילול הקודש, כאשר מתחילים לעשות הפליות בין הקורבנות, כאילו קורבנות אלה קדושים יותר, ואלה – פחות..."

"...ומי זה יעז להגיד שמי שירה הוא קדוש, ומי שהלך לתומו למוות אינו קדוש" (שם, בעמ' 1345).

ולמטה מזה:

"ה'יד ושם' צריך לקום לכל אלה אשר מתו על קידוש השם, לכל מיליוני הקורבנות האלה. במותם בלבד הוכיחו את קדושתם" (שם, בעמ' 1346).

כדברי ח"כ אלעזר פרי בקריאה השנייה והשלישית:

"כנסת נכבדה, הננו עומדים על קברם הפתוח של מיליונים מבני עמנו. להם אנו באים להציב זכר. אנו רוצים שבמפעל הזה, שאנו מחליטים היום להקימו, יהיו שותפים כולם-כערכם, כזכותם. ישנה קנה מידה אחד לדמוקרטיה של אמת, לשוויון של אמת, לשותפות של אמת – זכות העמל, זכות הדם" (ד"כ 24(תשי"ג) 2404).

אומרת ח"כ אסתר רזיאל-נאור בקריאה ראשונה:

"כוונתם של הוגי הרעיון היתה בוודאי הנצחתו של כל אדם מישראל, שהוא בן מלך ומגלם בקרבו עולם ומלואו של דורות וצאצאים וקניני תורה וערכי

מוסר ודעת. כוונתם של הוגי הרעיון היתה בודאי לאסוף את כל הניצוצות שנישאו והועפו עם עלות עתה ענן הכבשנים השמימה, וללכד אותם על אדמת ישראל למצבה רבתי, שתזכיר לעם היהודי, לדורות הבאים ולעולם ומלואו, מה היה לנו וכיצד לא שכחנו מה שהיה לנו" (ד"כ 22(תשי"ג) 1335).

10. האם יד ושם מקיים את עקרון השוויון במובן האמור לעיל? כמבורר לעיל, עקרון השוויון נועד להשיג צדק. עיקרון זה עניינו שוויון מהותי ולא שוויון פורמאלי. כדי להצביע על הפרת עקרון השוויון, לא מספיק להצביע על כך שהופר השוויון הפורמאלי בדרך או במידה כלשהי. בנוסף יש להראות כי אין בנמצא אינטרסים אחרים בעלי משקל העשויים להצדיק הפרה כזו.

במקרה שלנו, אין לומר שנפגע עקרון השוויון במובן זה שיד ושם אינו דואג להנצחת כל קורבנות השואה. כפי שהוברר, המשיב מקיים מפעלי הנצחה כלליים ללא תשלום ותוך שמירה על שוויון בהנצחה בין כל הנספים ובין כל הקהילות שהושמדו בשואה. מפעל ההנצחה האינדיווידואלית המרכזי הוא מפעל "דפי העד" אשר בהיכל השמות. כל אדם שנספה בשואה יונצח בהנצחה אינדיווידואלית ביד ושם במסגרת דפי העד – אותם דפים שנועדו לשמש עד וראיה לעצם קיומה של השואה ולהיקפה. מפעל ההנצחה הקולקטיבית המרכזי הוא "בקעת קהילות". זהו מפעל קולקטיבי במובן זה שלא מונצחים בו יחידים בשמם אלא קהילות. כל קהילה שאנשיה נספו בשואה מובטחת לה הנצחה ביד ושם במסגרת מפעל בקעת קהילות. הן ההנצחה האינדיווידואלית של מי שנספה בשואה במסגרת דפי העד והן ההנצחה הקולקטיבית של הקהילות במסגרת בקעת קהילות נעשות חינם אין כסף, תוך שמירה על שוויון בהנצחה בין כל הנספים ובין כל הקהילות. בכך ממלא יד ושם את התפקיד שהוטל עליו בחוק הזיכרון: הנצחה כללית של נספי השואה. אכן, הנצחה זו היא שוויונית לחלוטין, הן מבחינת טיב ההנצחה הניתנת לכל אדם או קהילה והן מבחינה זו שהיא ניתנת לכולם (אינדיווידואלים וקהילות) ללא כל תשלום. בכך מקיים המשיב את עיקר החובה הסטטוטורית המוטלת עליו בסעיף 2 לחוק הזיכרון. בקיימו חובה זו, שומר יד ושם על עקרון השוויון.

11. מפעל מערת ההנצחה אינו אלא תוספת, אופציית הנצחה, שלא הייתה הכרחית, אך יד ושם רואה בה אופציית הנצחה רצויה. במסגרת מפעל הנצחה זה מונצח זכרם של קורבנות אינדיווידואליים וקולקטיביים (קהילות) בתמורה לתשלום של בין 450

ל-800 דולרים בעבור כל אבן זיכרון.

יד ושם רואה בהנצחה הנעשית במערת ההנצחה אופציה רצויה משום שהיא נותנת ביטוי לשאיפת בני המשפחות של קורבנות השואה להנציח את זכר יקיריהם בדרך נוספת, של הצבת אבני זיכרון שעליהן חרוטים שמות הקרבנות או הקהילות. בנוסף, דמי ההשתתפות בהנצחה זו מאפשרים ליד ושם לעמוד בהוצאות הכרוכות במפעל מערת ההנצחה: הוצאות הכנת האבנים והצבתן במערה והוצאות הפיתוח של המערה וסביבתה. ההפרש משמש את יד ושם לצורך מפעלי ההנצחה הכלליים ופעולותיו השוטפות האחרות.

לפי תצהיר התשובה של יד ושם, הגם שהוא זוכה בהשתתפות כספית מאת אוצר המדינה וכן בהקצבה מאת הסוכנות היהודית, אין די בכך כדי לכסות אף את הוצאותיו השוטפות, לפיכך הוא נזקק להשלמה מתרומות. חלק מהתרומות שמקבל יד ושם הן תרומות כלליות, המוענקות על-ידי תורמים אנונימיים או על-ידי תורמים שאינם מייצגים את תרומתם למטרה מוגדרת. חלק מהתרומות מוענקות במסגרת מפעל מערת ההנצחה. תרומות אלו משמשות קודם כול לכיסוי הוצאות מפעל הנצחה זה, אולם העודף משמש להשלמת תקציבו של יד ושם לצורך מפעלי ההנצחה הכלליים, דוגמת דפי העד. יוצא, כי התרומות המתקבלות במסגרת מפעל מערת ההנצחה מסייעות למפעלי ההנצחה הכלליים, הניתנים חינם לכל קורבן או קהילה. כך, לדוגמה, עד היום רוכזו 2.7 מיליון שמות ביד ושם, אולם רק 1.5 מיליון מהם הועברו לדפי עד. 1.2 מיליון שמות נמצאים בספרי זיכרון, ושמות רבים עדיין נמצאים בחומר ארכיוני וממתנינים לריכוזם ולהעלאתם על דפי העד או על ספרי הזיכרון. עודף התרומות המתקבלות במסגרת מפעל מערת ההנצחה מופנה, בין היתר, לכיסוי הוצאות מפעל ההנצחה הכללי של דפי העד.

12. בנסיבות המבוארות לעיל, נראה שיד ושם מספק הנצחה מכובדת וראויה לכל קורבן שואה ולכל קהילה שאנשיה נספו בשואה, בתנאים של שוויון מוחלט, במסגרת מפעלי ההנצחה הכלליים.

אך תקציבו של יד ושם אינו מאפשר לו הנצחה נוספת של כל קורבנות השואה על-ידי אבני זיכרון במערת ההנצחה. הנצחה נוספת כזו אפשרית רק אם המעוניינים בהנצחה יוכלו לממנה. בנסיבות אלה, השאלה שלפניה עומד יד ושם היא, אם לאפשר את ההנצחה במערה לכל הרוצה בכך במימונו העצמי, או לשלול דרך זו של הנצחה בשל כך שלא כל הנספים יזכו להנצחה בדרך נוספת זו.

13. נראה לי, שבבוחרו לאפשר דרך הנצחה נוספת, לא פעל יד ושם תוך הפליה, באשר אותה דרך הנצחה נוספת פתוחה לפני כל הרוצים בכך כנגד תשלום תמורה לפי תעריף השווה לכול.

אכן, לעתים לא די בשוויון פורמאלי – מתן שירות או אפשרות זהים כנגד תמורה שווה. יש שדרישת תשלום יהיה בה משום הפליה, אפילו הדרישה שווה לכול. אולם דרישת התשלום תהווה הפליה רק אם חסרי אמצעים אינם מסוגלים או מסוגלים בקושי רב לעמוד בו; וטובת ההנאה או השירות שבעבורם נדרש התשלום הם חיוניים או חשובים עד כי אין הצדקה לתלות את קבלתם ביכולת התשלום של הפרט. ככל שהתשלום הנדרש הוא גבוה יותר וככל שהשירות או טובת ההנאה שעל הפרק הם חשובים יותר, כך תגבר נטיית בית-משפט זה לראות בדרישת התשלום משום הפליה הפוסלת את דרישת התשלום.

נזכיר בהקשר זה, שבארצות-הברית קיימת פסיקה נרחבת סביב הסוגיה של הפליה על בסיס כלכלי, כאשר השאלה היא עד כמה סעיף ההגנה השוויונית בתיקון ה-14 לחוקה האמריקנית (equal protection clause) מגן על חסרי אמצעים. סעיף ההגנה השוויונית אוסר על מדינות ארצות-הברית למנוע מאדם כלשהו בתחום שיפוטן the "equal

"Protection of the laws" במסגרת זו נבחנה, בין היתר, חוקיותם של חוקים אשר הטילו מטלה כספית לצורך קבלת שירות, והשאלה שהתעוררה שם הייתה, אם לא נפגע עקרון השוויון כשדלי אמצעים נדרשו לשלם בעבור אותו שירות.

בארצות-הברית נפסלו, מחמת הפליה נגד חסרי אמצעים, חוקים שדרישת התשלום שהוטלה בהם שללה, למעשה, מחסרי אמצעים זכויות יסוד הראויות להגנה חוקתית, כמו זכות ההצבעה או זכות הגישה למערכת המשפט.

המבחן שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני לצורך הכרעה אם מדובר בהפרה של השוויון בניגוד לסעיף ההגנה השווה, הוא מבחן ההצדקה הראציונאלית ("rational justification") או הבסיס הראציונאלי ("rational basis") של החוק הנבדק. כך, בעניין אחד נקבע, כי אגרת בית-משפט לצורך ערעור בסך 25 דולר אינה מנוגדת לסעיף ההגנה השווה בחוקה בשל הפליה לרעה של מערערים עניים, משום שלאגרה הצדקה ראציונאלית: איסוף כסף לכיסוי הוצאות הפעלה של מערכת בתי המשפט של מדינת אורגון [10] (ortwein v. Schwab (1973)). בעניין אחר נדונה אגרת פשיטת-רגל של 50 דולר לבית-משפט. נקבע, כי האגרה אינה מנוגדת לסעיף ההגנה השווה בחוקה משום שיש לה בסיס ראציונאלי [11] (united states v. Karas 14). אם נחזור לענייננו, השאלה הנשאלת היא אם התשלום הנדרש להצבת אבן זיכרון במערת ההנצחה יוצר הפליה לרעה של אותם קרובים או מכרים של ניצולי שואה, המעוניינים בהנצחתם אך אין בידם לעמוד בתשלום או שקשה להם לעמוד בו.

התשלום הנדרש בעבור כל אבן זיכרון במערת ההנצחה הוא בסך 450 עד 800 דולר, לפי גודלה של האבן ואורך הכיתוב שעליה. האם תשלום כזה הינו מכביד ובלתי סביר, עד כי נאמר שיש עמו הפליה בשל ההבדלים ביכולתם הכספית של המעוניינים השונים בהנצחה? נזכיר, שעלות מצבת אבן פשוטה בבית-קברות נעה בין 1,500 ל-2,000 ש"ח, כלומר בין כ-500 ל-650 דולר. הצבת אבן זיכרון במערת ההנצחה עולה, בממוצע, סכום דומה. אלו הם סכומים לא מבוטלים, אך אלו הם הסכומים שמשלם אדם מן השורה בקנותו מצבה לצורך הצבתה בבית-קברות. השוואה זו, בין עלות מצבה רגילה בבית-קברות לבין עלות אבן זיכרון במערת ההנצחה ביד ושם, יש בה כדי לספק קנה מידה לבחינת סבירותו של התשלום. זאת, מכיוון שהמטרה של הצבת מצבה דומה למטרה של הצבת אבן זיכרון – בשני המקרים מדובר בהנצחה של יקירים, ובשני המקרים דרך ההנצחה היא דומה: הצבת מצבה שעליה כתובים שמות המונצחים. ניתן להניח, בדרגה הקרובה לוודאות, כי לאדם מן השורה יש יכולת כלכלית לעמוד בתשלום של 1,500 עד 2,000 ש"ח בעבור מצבה. לפיכך, ניתן להניח כי אדם מן השורה מסוגל לעמוד בתשלום הנע בין 450 ל-800 דולר בעבור אבן זיכרון במערת ההנצחה.

15. על-כן, נראה לי שעקרון השוויון נשמר ושאינו יסוד לטעת ההפליה. ואפילו ניתן לראות בחובת התשלום יסוד מפלה בשל קשיים שהיא מעמידה לחלק מהמעוניינים בהקמת יד זיכרון ליקיריהם במערת ההנצחה, קיים אינטרס לאפשר הקמת יד זיכרון נוספת ובצדה

תשלום שיש בו כדי לסייע ליד ושם בפעילותו הכוללת, להשגת מטרותיו הכלליות.
אינטרס זה שקול כנגד הפגיעה האפשרית באלו אשר מטעם כלשהו יתקשו בגיוס
התשלום הנדרש להקמת יד זיכרון נוספת זו.

סבירות מפעל מערת ההנצחה

16. לעניין סבירות שיקול-דעתה של רשות ציבורית נאמר בבג"צ 953/87,
1/88 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו ואח'
נ' מועצת תל-אביב-יפו ואח' [8], בעמ' 324-325:

"אכן, הרשות השלטונית... רשאית לפעול על-פי שיקול-דעתה, ובלבד
ששיקול-דעת זה מקיים את כללי המשפט המינהלי הישראלי (החוקק
וההלכתי, המהותי והדיוני) בעניין הפעלתו של שיקול-דעת מינהלי. על-
כן, חייב שיקול הדעת השלטוני לקחת בחשבון אותם שיקולים, הנופלים
לדל"ת אמותיו של החוק המסמיך אותו להפעיל שיקול-דעת. שיקול
החורג ממטרותיו של החוק המסמיך הוא שיקול זר, ועל-כן פסול, ואין
הרשות השלטונית רשאית להתחשב בו. זאת ועוד: אין לה, לרשות
השלטונית, חופש לעצב לעצמה את מטרות, שלשמן היא רשאית
להפעיל את שיקול-דעתה. שיקול-דעת, המופעל מכוח החוק, חייב
להתקיים במסגרת המטרות שהחוק קבען, ובמסגרת זו בלבד. אפילו
נאמר בדבר חקיקה מפורש, כי שיקול הדעת הוא מוחלט, הרי גם אז
מתפרש שיקול הדעת כמחייב את בעל הסמכות לפעול לשם הגשמת
מטרות החקיקה שמהן יונקת סמכותו".

במקרה אחר נקבע, על-ידי השופט בייסקי:

"משבאים לבחון את סבירותה של החלטה או מעשה מינהלי, יש לעשות זאת
בהתחשב בנסיבות המיוחדות של המקרה ובחינת כל הגורמים: בקביעת גבולותיו של
'מיתחם סבירות' יש להתחשב, בין השאר, בשאלה, אם הרשות הציבורית נתנה משקל
ראוי לגורמים הרלוואנטיים השונים שבהם עליה להתחשב. החלטתה של רשות
מינהלית תיפסל בשל חוסר סבירות, אם המשקל שניתן לגורמים השונים אינו ראוי
בנסיבות העניין. אכן, שיקול ואיזון זה הם מעיקרי תפקידיה של הרשות הציבורית,
והביקורת על אופן ביצועם נתונה לבית המשפט... (בג"צ 341/81, בעמ' 354, וראה
האסמכתאות שם).

משום כך יבחן בית המשפט, אם השיקול שהדריך את הרשות או הנימוק אשר ניתן
על-ידיה עומדים בביקורת, או שמא תחת המסווה של שיקול לגיטימי עומדים גורמים
אחרים, שיסודם בשרירות או בשיקול פסול (בג"צ 199/51, וכן בג"צ 376/81 הנ"ל).
בדומה לכך, כאשר שיקולים לגיטימיים וכן זרים או פסולים משמשים בערבוביה.

בג"צ 392/72, מובאים מבחנים שניסח המלומד A. De smith. בספרו nd, judicial, review of administrative action 362-1986 (ed 2, London) (308) והם חמישה במספר: מהי המטרה האמיתית שבשבילה נעשה השימוש בסמכות; מהי המטרה העיקרית (הדומיננטית); האם הרשות הייתה משתמשת בסמכותה לולא השיקול הפסול; האם אחת המטרות היתה מטרה חוקית; והאם השיקול הפסול השפיע באופן ממשי על מעשה הרשות" (בג"צ 651/86 מלכה ואח' נ' שר המשטרה ואח' [9], בעמ' 657-658).

17. העותר טוען, כי קיום מפעל מערת ההנצחה נגוע בחוסר סבירות המצדיק את התערבותנו. לפי טענת העותר, נעוץ חוסר הסבירות בקיום מפעל הנצחה ממלכתי לנספי השואה, אשר חלק מהציבור, אפילו חלק קטן שלו, אינו יכול ליטול בו חלק בשל עלותו הכספית, וכן בעצם דרישת התשלום בעבור הנצחה ממלכתית.

על-פי המבחנים שזכרו ולאור כל המבואר לעיל, דעתי היא שאין למצוא דופי בסבירות פעולתו של יד ושם.

נראה לי, שלא ניתן לקבל את הטענה שלפיה מספיק שמתי מעט אינם מסוגלים לעמוד בתשלום זה כדי לפסול את כל מפעל מעת ההנצחה המבוסס על הצבת אבני זיכרון אינדיווידואליות בתשלום. סבירות פעולת הרשות אינה נבחנת על-פי תוצאת לוואי שולית. סבירות פעולת הרשות צריכה להיבחן כמכלול: האם, בסך הכול, הפעולה היא סבירה ומביאה לתוצאות רצויות. האם, בהתחשב ביתרונות המפעל של מערת ההנצחה ובהתחשב בחסרונותיו, פעולת הרשות עומדת במבחן הסבירות. אכן, ייתכן כי עדיף היה שיד ושם יספק, לצד מפעלי ההנצחה הכללית, מפעלים של הנצחה אינדיווידואלית לבקשת בני משפחות, ידידים או מכרים של נספי השואה, שאינם כרוכים בתשלום כלשהו. דרישת התשלום אינה יתרון. היא אילוץ. אולם השאלה אינה אם דרישת התשלום יש עמה יתרון או אם היא רצויה. השאלה היא אם מפעל מערת ההנצחה, המאפשר הנצחה אינדיווידואלית של נספי שואה בתמורה לתרומה של מבקשי ההנצחה, הדומה בשיעורה לעלות מצבה סטנדרטית בבית-קברות רגיל, כאשר התרומה משמשת הן לכיסוי הוצאות מפעל מערת ההנצחה והן למפעלי ההנצחה הכלליים של יד ושם, הוא מפעל העומד במבחן הסבירות. לשאלה זו התשובה היא, לדעתי, חיובית.

18. גם אם הנצחה בדרך מסוימת עולה יותר מתשלום סטנדרטי, שגובהו כגובה מחיר מצבה רגילה, אין לומר, אוטומטית, כי ההנצחה בלתי בירה. גם אם הנצחה בדרך מסוימת ניתנת רק בעבור תשלום שאינו שווה (מבחינת היכולת לשלמו) לכל נפש, עדיין יש לבחון אם אין לדרישת תשלום זו בסיס ראציונאלי שעשוי להצדיק אותה.

ואמנם, על-פי תצהיר המשיב מערת ההנצחה אינה דרך ההנצחה הבלעדית שנעשית תמורת תשלום משמעותי. ביד ושם נעשית הנצחה מיוחדת, בדרכים נוספות, בעבור תרומות משמעותיות. דוגמה להנצחה אינדיווידואלית בתשלום היא הנצחה דרך חריטת שם המונצחים בשלטי נחושת הקבועים בקיר. הנצחה כזו פתוחה לכל המעוניין תמורת עשרת

אלפים דולר. דוגמאות אחרות הן אולם הרצאות, חדר לימוד, פסל ומצפור על שם מונצחים, שהוקמו ביד ושם בעבור תרומות משמעותיות של קרוביהם או מכריהם. כמו כן, מתקיימת ביד ושם הנצחה קולקטיבית בתמורה. כך, קהילות או גופים שונים מונצחים ביד ושם על דרך של ייחוד חדר, מבנה, שלט או מונומנט באתר יד ושם בעבור תרומה משמעותית. האומנם תיחשב הנצחה זו כבלתי סבירה וכסותרת את עקרון השוויון רק משום שאדם מן היישוב אינו יכול להרשות לעצמו הוצאה בסדר הגודל של תרומות אלו? בהתחשב בכך שהנצחה ממלכתית בסיסית ניתנת באופן שווה לכל קורבנות השואה, קשה לראות מדוע כל תוספת הנצחה צריכה אף היא לינתן חינם אין כסף לכל המעוניין, כאשר אין ברשותו של המשיב תקציב המאפשר לו שירות כזה. יתרה מזאת, שוויון, כאמור, משמעותו יחס שווה אל שווים. אדם או גוף כלשהם, המציעים להעלות תרומה משמעותית ליד ושם, אינם נמצאים במעמד זהה לאדם או לגוף שאינם מציעים תרומה כזו – גם אם האחרונים אינם מציעים תרומה בשל חוסר יכולת כלכלית. אין, לדעת, לשלול שעצם היכולת והמוכנות של אדם או גוף לתרום כסף לרשות זיכרון ממלכתית כמו יד ושם, כאשר מטרתו המרכזית היא סיוע לרשות הזיכרון במפעליה ופעילויותיה, יצדיק כי תינתן לו בעבור כך "תוספת הנצחה". נכון שאנשים רבים העשויים להיות מעוניינים בתוספת הנצחה כאמור ייאלצו לוותר עליה ולהסתפק בהנצחה הבסיסית הניתנת חינם. אולם הציבור בכללותו, ובמיוחד ציבור קרובי הקורבנות ומכריהם, ייצא נשכר מן התרומה.

בבחינת סבירות מפעל מערת ההנצחה יש לזכור את האינטרס של כל המעוניין בכך להציב אבן זיכרון להנצחת קרוביו, מכריו או ידידיו. אולם אין לשכוח גם את עניינו של יד ושם, שהוא, בעקיפין, עניינם של המונצחים עצמם, בני משפחותיהם וקרוביהם, וכן את עניין הציבור בכללותו, כי יועלו תרומות שיאפשרו ליד ושם למלא את תפקידו המוגדר בחוק הזיכרון אשר הקים אותו. סוג אחד של תרומות ליד ושם מבוסס על תרומות אנונימיות כלליות, תרומות "טהורות", שבעבורן אין התורם מקבל דבר ואשר אינן מופנות למטרה אחת מסוימת ומוגדרת. סוג אחר של תרומות מבוסס על תרומות שבעבורן התורם מקבל תמורה מסוימת. אך בסיכומו של חשבון, היתרון הצומח למקבל התרומה, יד ושם, גדול מחסרונו כתוצאה מהענקת אותה תמורה לתורם. מפעל מערת ההנצחה שייך לסוג זה של תרומות. הוא מהווה דרך הגיונית להעלאת תרומות, המשרתת את האינטרסים של המעוניינים בהנצחה במסגרת המפעל מחד גיסא ושל יד ושם, ובעקיפין של קורבנות השואה, משפחותיהם וקרוביהם, מאידך גיסא.

19. הטענה הנוספת של העותר לאי-סבירות מפעל מערת ההנצחה היא שבעיקרון אסור שהנצחה ממלכתית של קורבנות השואה תהא כרוכה בתשלום כספי כלשהו. לפי טענה זו, יש פסול בעצם הדרישה שישולם כסף בעבור הנצחה ממלכתית של קורבנות השואה. טענה זו מכוונת לכך שככל שמדובר בהנצחה ממלכתית של קורבנות השואה, חלה על המדינה חובה לסבסד אותה בשלמותה. הטענה הזו שונה מן הטענה של אי-סבירות בשל אי-יכולת שווה לשאת בהוצאות הכרוכות בהנצחה נוספת. היא אינה מתרכזת בהשוואה בין המונצחים או מבקש ההנצחה השונים, אלא בפסול הכרוך בעצם העובדה שהמדינה קושרת הנצחה ממלכתית, שהיא חובה קדושה, לתשלום כלשהו של כסף פרטי, תשלום

הנושא "אופי מסחרי". העותר רואה במפעל מערת הנצחה "מיסחור", ומכנה אותו "מפעל עיסקי" שנועד "לעשות רווחים."

מתוך כל שהובהר לעיל, ברי שאין המדובר במפעל עסקי או בכוונה של יד ושם לעשות רווחים ממפעל הזיכרון שעליו הוא מופקד. כל מעשיו ופעולותיו מיועדים למפעל הזיכרון, וכל הכספים שהוא מקבל מוקדשים ומנוצלים למטרה זו. כבר בחוק המקים אותו ואחר כך בתקנון יד ושם נקבע, שלצורך פעילותו הענפה יידרשו לו משאבים שאת חלקם ייאלץ לגייס, בין היתר, מתרומות. ואכן, את הכספים המתקבלים מהמבקשים להקים יד זיכרון במערת הנצחה מייעד יד ושם להנצחת יקיריהם של אלו המבקשים זאת ולפעילותו הכללית שנועדה להגשים את המטרות שלשמן הוקם, ואותן בלבד.

בנסיבות אלה, אין לומר שפעילות יד ושם נגועה באי-סבירות בשל הקשר שבין התרומות לבין הנצחה נוספת שבמפעל מערת הנצחה.

20. לקראת סיום, וכדי למנוע ספק, ראוי להוסיף הערה. בהגיעי למסקנה שאין לפסול את מפעל מערת הנצחה בטענות הפליה או חוסר סבירות, לא התכוונתי אלא להשיב לטענות העותר כאיל נגוע המפעל בתורת שכזה בפסולים אלה, וכי על-כן יש להורות על ביטולו. שאלה אחרת היא, מה יהיה דינם של אותם מקרים שבהם יד ושם ישתכנע ברצונם של יחיד או יחידים להנציח את יקיריהם במערת הנצחה, בלי שיש להם היכולת הכספית לכך או שהם מתקשים בגיוס הכספים הנדרשים לכך. דומה שראוי כי יד ושם ישקול אם לא יהיה ראוי במקרים אלה, אשר יהיו בוודאי מקרים לא רבים, לאפשר השתתפות של אותו יחיד או יחידים במפעל מערת הנצחה כנגד תשלום נמוך מהמקובל, אשר, בהתאם ליכולתם, הם יוכלו לעמוד בו. לדעתי, כך ראוי שיעשה במפעל בעל אופי ציבורי רגיש כמו מערת הנצחה, ובטוחני שיד ושם ישכיל לפעול בדרך זו ולקבוע נהלים שיבטיחו את הדבר.

21. אכן, הוויכוח אם מפעל מערת הנצחה ראוי הוא אם לאו, בשל כך שהוא מנציח רק את המעוניינים בכך והמוכנים לשלם בעבור כך, הוא ויכוח לגיטימי. העותר נמנה עם אלו שרואים בהנצחה כזו הנצחה פסולה. הוא גם נתן לכך ביטוי בטיעונו הנרגש והמרגש לפנינו. כניצול שואה, אשר רואה, על-פי השקפתו, פסול בדרך פעולת יד ושם, לא היסס העותר להשתמש בביטויים קשים נגד פעולות יד ושם. לא נבוא עמו חשבון על כך, בהתחשב בכך שהנושא הוא רגיש וטעון. אך לעיצום של דברים, לא ראינו לקבל את גישתו, ועל סמך כל המבואר לעיל דין העתירה להידחות.

22. העתירה נדחת. בנסיבות המקרה – אין צו להוצאות.

המשנה לנשיא א' ברק: אני מסכים.

השופט מ' חשין: אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט אור.

ניתן היום, ב' בסיוון תשנ"ד (12.5.94).