



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

חופש הדת והחופש מדת בראי הרעיון הדמוקרטי

אביחי דורפמן

חופש הדת והחופש מדת בראי הרעיון הדמוקרטי
אביחי דורפמן

חופש הדת והחופש מדת בראי הרעיון הדמוקרטי

אביחי דורפמן



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

Freedom of Religion and Freedom from Religion: A Democratic Perspective
Avihay Dorfman

עריכת הטקסט: תמר שקד
עיצוב הסדרה: טרטקובר, עיצוב גרפי – טל הרדה
עיצוב העטיפה: יוסי ארזה
סדר: נדב שטכמן פולישוק
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

התצלום על העטיפה: *Stump Texture*; Brocko; dreamstime.com

מסת"ב 978-965-519-153-0 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"ה
נדפס בישראל, 2015

המכון הישראלי לדמוקרטיה
רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602
טל': 02-5300888
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:
החנות המקוונת: <http://tinyurl.com/idi-store>
דוא"ל: orders@idi.org.il
טל': 02-5300867 ; פקס: 02-5300800, 1-800-20-2222

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במינהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משוקת ומפיצה את פירות עבודתם.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הספר רואה אור הודות לתרומתן הנדיבה של קרן משפחת רוזרמן וקרן אנונימית הפועלת בישראל.

תוכן העניינים

9	תקציר
11	מבוא
14	פרק ראשון רקע משפטי ופילוסופי
23	פרק שני החופש מדת: כישלון התאוריה הליברלית
34	פרק שלישי חופש הדת: כישלון התאוריה הליברלית
39	פרק רביעי על צורת השלטון הדמוקרטי כשלטון עצמי משותף
46	פרק חמישי האם, ומדוע, טיעונים מבוססי אמונה דתית עלולים לעמוד בסתירה לשלטון עצמי משותף?
57	פרק שישי החופש מדת: יישום
58	פרק שביעי חופש הדת: יישום
60	פרק שמיני הערת הבהרה על היחס בין אתיקה (של אזרחות) לבין המשפט
63	פרק תשיעי השלכות מעשיות של התזה המוצעת: משפט, חברה וכלכלה פוליטית
66	פרק עשירי דתיות מהי? על שאלת היקף השתרעותן של הזכויות לחופש דת ולחופש מדת
74	פרק אחד עשר הניתן ליישם את הגישה המוצעת במסגרת המשפט החוקתי הישראלי הנוהג?
88	סיכום
90	מקורות
iii	Abstract

תקציר

אורח החיים הדתי מקבל במשפט החוקתי של ישראל ובזה של דמוקרטיות מערביות אחרות יחס דו-משמעי. מצד אחד, לכל אזרח ואזרחית החירות לקיים אורח חיים דתי גם אם רוב רובו של הציבור אינו מזדהה עם אורח חיים כזה – עיקרון זה מכונה "חופש דת". מצד שני, לכל אזרח ואזרחית החירות לחיות בסביבה שאינה כופה אורח חיים בעל צביון דתי כלשהו (כמו למשל, איסור חוקי על קיום תחבורת ציבורית בימי שבת וחג) – עיקרון זה מכונה, לעתים, "חופש מדת". וכך, בעוד הזכות לחופש דת מעניקה יחס חיובי לדת, המתבטא בהגנה מיוחדת על אורח החיים הדתי, הזכות לחופש מדת מעניקה יחס שלילי בדמות הגנה מיוחדת מפני ייסודו של מרחב ציבורי המשקף אורח חיים דתי.

החיבור בוחן מדוע מתקיים יחס אמביוולנטי זה ומברר שאלות יסודיות הנוגעות ליחס שבין דת לבין מדינה. וביתר פירוט: מדוע ה"דת" זוכה במסורת החוקתית המערבית להתייחסות מיוחדת, שלילית או חיובית, וכיצד ניתן לקבוע מהי "דת" לצורכי המשפט החוקתי. דא עקא שהספרות המשפטית והפסיקה טרם נתנו תשובות מספקות לשאלות אלו. בהמשך לחסר זה החיבור מפתח את הטענה שרעיון הדמוקרטיה כשלטון עצמי משותף מספק את הבסיס העיוני הנדרש לצורך התמודדות עם השאלות החשובות הללו.

ואם כך, שתי הטענות המרכזיות כאן הן אלה:

א. ההצדקה הדמוקרטית לזכות לחופש מדת היא המבססת את ההגנה על האזרח מפני שלילת חירותו הפוליטית, הלוא היא החירות להיות מחוקק במשותף של החוק המחייב.

ב. לנוכח קיומה של חקיקה דמוקרטית המכבידה מאוד על האפשרות לממש אורח חיים דתי, ההצדקה הדמוקרטית לזכות לחופש דת תומכת בהגנה על חירותו של המאמין לממש אורח חיים זה, כך שבאופן טיפוסי ההגנה תינתן באמצעות מתן פטור מעמידה בדרישת החוק הרלוונטי.

מבוא

בחיבור זו אבקש לפתח גישה חדשה לשאלת יחסה של המדינה הדמוקרטית לדת. במרכז גישה זו עומד רעיון אחד: הכרחי לאמץ את צמד העקרונות "חופש דת" ו"חופש מדת" כדי שהסמכות הפוליטית של המדינה הדמוקרטית תיחשב לגיטימית. משתמע מכך שעל המדינה לכבד לא רק את חופש הדת של אזרחיה אלא גם, ובו בזמן, את זכותם לחופש מדת.

חוקרי משפט ופילוסופים פוליטיים מתקשים לתת פשר לשני עקרונות מוכרים למשפט ולתרבות של מדינות מודרניות רבות – חופש דת וחופש מדת. הבעיה שחוקרים אלו נתקלים בה היא למעשה משולשת: ראשית, מדוע דווקא הדת ומאמיניה – הם ולא אחרים – נהנים מיחס חיובי מצד המדינה בדמות הזכות לחופש דת; שנית, מדוע דווקא הדת ומאמיניה – הם ולא אחרים – סובלים מיחס שלילי מצד המדינה בדמות הזכות לחופש מדת; שלישית, גם אילו היה אפשר לתת הסבר מספק לכל אחת מן השאלות שלעיל בנפרד, שאלה קשה היא אם אפשר לחשוב עליהן במאוחד, כשני חלקיו של השלם. תשובה שלילית מנביעה את המסקנה שמתח תמידי שורר בין שתי הזכויות הנידונות, ולפיכך יישובן, זו בצד זו, הוא לעולם ביטוי של איזון אד-הוקי בין זכויות המושכות לכיוונים שונים ואף הפוכים.

הקושי המרכזי העובר כחוט השני בשלוש השאלות הללו הוא היחס המיוחד – לעתים לחיוב ולעתים לשלילה – שמקבלים המאמין או המאמינה. שהרי חברה חופשית היא חברה שמורכבת מריבוי של תפיסות טוב ומתרבויות שאינן מתקראות או נתפסות "דתיות". אף על פי שאין סיבה אפריורית להניח שתפיסות אלו הן בהכרח חשובות פחות מתפיסת טוב דתית, בכל זאת אין הן זוכות להתייחסות נבדלת – לחיוב או לשלילה – במשפט ובמוסכמות החברתיות הנוהגות. דרך אחרת להביע פליאה מהיחס המיוחד שהדת נהנית ממנו היא התבוננות במגוון האופנים שהמשפט יכול להגן בהם על מאמינים, כחלופה לחופש הדת, או להגן על הלא מאמינים מפניהם, כחלופה לחופש מדת. חשוב, למשל, על המקרה הראשון של הגנה על המאמין: אפשר לתת הגנה משפטית בעזרת שילוב של זכויות כגון

חופש המצפון, חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, הזכות לתרבות, לקניין פרטי ולפרטיות!¹ אגד כזה של זכויות עשוי להעניק מעטפת חוקתית חשובה לקהילה המעוניינת לקיים אורח חיים דתי ללא הפרעה חיצונית. יתרונה של גישה כזאת הוא בכך שהיא אינה מסמנת אמונה דתית כקריטריון הכרחי וכך מעניקה הגנה לתפיסות טוב ככאלה.

המבוי הסתום שאליו נקלעו חוקרי משפט שהתעמתו עם הקשיים במתן פשר לחופש הדת ולחופש מדת הוביל לאחד משני פתרונות (ארחיב עליהם בפרקים השני והשלישי): הראשון מבטא מעבר מניסיון לפתח תאוריה שמסבירה עקרונות את פשרן של שתי זכויות אלו למתן הסברים היסטוריים, כלומר שזכויות אלו הן לא פחות, אך גם לא יותר, מירושה היסטורית של התרבות המערבית. הסבר כזה מספר לנו כיצד הדברים התפתחו למעשה ולא כיצד היה עליהם להתפתח, או כיצד עלינו, כאן ועכשיו, לחשוב על זכויות אלו, ומה, בסופו של יום, לעשות אתן; השני מבטא את ביטול חשיבותן של הזכויות והעתקת ההגנה הניתנת לדת, או מפניה, לזכויות כגון חופש המצפון.

בסקירה זו אבקר גישות רווחות אלו ואציע במקומן פתרון לבעיה המשולשת שהוזכרה לעיל. לזכויות לחופש דת ולחופש מדת, אטען, צריך להיות קיום עצמאי. זאת ועוד, היחס ביניהן אינו מתאפיין בניגוד וברחייה, אלא להפך – בהשלמה. המפתח לכך הוא בהבנת מקומן של זכויות אלו על רקע הרעיון הדמוקרטי של שלטון עצמי משותף. אעשה זאת בשלושה שלבים: שלב אחד יתמקד בזכות לחופש מדת, השני בזכות לחופש דת, ואילו האחרון יקשור בין השניים. בכל אחד משני השלבים הראשונים אציע מקרה מבחן המבליט לטעמי את הקושי שבהתייחסות משפטית נבדלת לדת. בצד הצגת המקרה אביא בקצרה את ההסבר המוצע בספרות לזכות הרלוונטית ואציין את הקשיים העולים מהסבר זה.

אקדים ואומר כי הכשל המרכזי המשותף למרבית התאוריות המבקשות להתמודד עם שאלות של חופש דת וחופש מדת הוא בראיית זכויות אלו כזכויות ליברליות קלסיות החלות ביחסים שבין השליט לבין נתיניו. בכך הן מחמיצות

1 כך למשל, באחת הפרשות קבע בית המשפט כי "חופש הדת מוחזק כענף של חופש ביטוי בתחום האמונה הדתית". בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נח(3) 443, 462 (2004).

מאפיין חשוב ביחסים אלו כפי שהם מוכרים לנו לפחות זה שתי מאות – שבדמוקרטיה השליט הוא גם הנתין (או קבוצת הנתונים הפועלת במשותף). לפיכך יוצא שהגישות המקובלות לחופש הדת ולחופש מדת נעזרות בתפיסה לא ראויה של המציאות הפוליטית וכפועל יוצא – גם של טיבן של הזכויות לחופש דת ולחופש מדת. בניגוד למציאות בימים שזכויות אלו גובשו בתרבות המערבית (בסביבות המאה השבע עשרה), בימינו הפרט נושא משרה (office) של אזרח, ומתוקף תפקיד זה הוא אחראי ליצירתן המשותפת של הנורמות הכופות של המדינה. כפי שאטען להלן, לנתון זה השפעה מכרעת על ההבנה הנכונה של חופש הדת והחופש מדת.

שאלה נוספת שחיבור זה יתמודד עמה, חשובה לא פחות, היא מה צריך להיחשב "דת" לצורך ניתוח הזכויות לחופש דת ולחופש מדת. יש הניגשים לחקר זכויות אלו מתוך קבלתה, כמוכנת מאליה, של הגדרה פורמלית של דת. הגדרה זו יכולה להילמד מדבר חקיקה מסוים או מהתמקדות בדתות ההיסטוריות או בדתות המוכרות בכתביה התאולוגית או הסוציולוגית. גישה כזאת אינה יכולה להיות מספקת, לא רק כיוון שטבוע בה רכיב שמרני, אלא גם – ובעיקר – מפני שהיא איננה מתמודדת באמת עם השאלה מה הופך תפיסת טוב או עמדה מסוימת לדתית. חיי היום-יום שלנו רוויים בתיאורים של תפיסת עולם כזאת או אחרת כתפיסה דתית או אמונה כזאת או אחרת כדתית, גם אם לא מדובר בתפיסה או באמונה המתאימה לאחת ההגדרות הפורמליות של דת. קשבו על האשמה מוכרת שהופנתה בעבר כלפי תפיסות מרקסיסטיות מסוימות, שהן הפכו ל"דת" ושהאוחזים בהן נוהגים כ"דתיים". עם זאת, אינני טוען כי הדתות ההיסטוריות – ובייחוד שלוש הדתות המונותאיסטיות – הן בבחינת שחקניות שוליות בהבנת הזכויות לחופש דת ולחופש מדת. להפך: ברצוני לטעון שגם אם צביון דתי יכול להימצא בתפיסות שפורמלית נחשבות חילוניות (למשל, זרמים מסוימים בתוך המחשבה המרקסיסטית), המקרה הפרדיגמטי – ואולי החשוב ביותר – להבנת הקשר בין חופש הדת והחופש מדת לבין המדינה הדמוקרטית הוא המקרה של היהדות, הנצרות והאסלאם. הסיבה לכך היא שהקשר המיוחד בין האל לבין המאמין הוא שיכול ליצור התנגשות חריפה בין הרעיון של אמונה דתית לבין תפקיד האזרח בחברה דמוקרטית. לגישתי, הזכויות לחופש דת ולחופש מדת, יחדיו, הכרחיות כדי להפחית התנגשות זו למינימום הלגיטימי האפשרי.

פרק ראשון

רקע משפטי ופילוסופי

בפרק זה אתמקד בשתי סוגיות כלליות: הראשונה תראה בקצרה שהזכויות לחופש דת ולחופש מדת הן חלק מן החוקה הכתובה והלא כתובה של מדינת ישראל מאז הקמתה; השנייה נוגעת לחשיבות שיש לייחס לדיון בזכויות לחופש דת ולחופש מדת. כפי שאנסה להראות כאן, יש בזכויות אלו מאפיינים או נסיבות שהופכים את האתגר שבפיתוח הבנה שיטתית שלהן למיוחד בהשוואה למרבית זכויות היסוד המוכרות במשפטה של החברה המודרנית. וזוהי, בעצם, המוטיבציה העיקרית לחיבור זה.

1. מקורות חופש הדת והחופש מדת במשפט הישראלי

חיבור זה הוא משום ניסיון לפתח תאוריה של חופש דת וחופש מדת. תאוריה, מטבעה, אינה מתיימרת לתת תיאור של המציאות אלא להנהיר ולהצדיק עקרונות ורעיונות מסוימים שלפחות מקצתם מוכרים לנו מחוויית חיינו. במונח זה התאוריה שאפתח בהמשך מבקשת להעמיד את אותם עקרונות של חופש דת וחופש מדת באור המדויק ביותר, כלומר לתת להם פשר ולעמוד על חשיבותם. בסקירה קצרה זו אראה כי חומרי הגלם של התאוריה שאפתח נמצאים, במידה מסוימת, בתפיסה של החברה והמשפט הישראליים בכל הנוגע ליחסי הגומלין בין המדינה, הדת והאזרח.²

רכיב מרכזי ביחסי דת ומדינה הוא החלת הדין הדתי בסוגיות של מעמד אישי (ובמרכזן ענייני נישואין וגירושין). למעשה, הרעיון ההיסטורי שהניע את ההסדר האמור הוא דווקא המחויבות לעקרונות של חופש דת וחופש מדת. הסדר

2 מובן שההכרה בחופש הדת ובחופש מדת מופיעה גם מחוץ למשפט הישראלי, למשל בהצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948, באמנה האירופית לזכויות אדם משנת 1950, וכן בחוקות רבות – למשל, בתיקון הראשון לחוקה האמריקאית.

זה, המעניק אוטונומיה לקהילה דתית בעניינים אישיים, נוצר על ידי האימפריה העותמאנית כאשר שליטיה הבינו שהדרך היעילה ביותר, וכנראה גם המכבדת ביותר, לשלוט שליטה אפקטיבית בנתיני האימפריה היא באמצעות הפרד ומשול על בסיס דתי.³ פועל יוצא של הסדר זה הוא שכל נתין דתי נהנה מחופש מדת, משום שאינו נכפה לנהוג לפי הדת השלטת (שבה אינו מאמין); וכמו כן באפשרותו ליהנות מחופש דת, משום שאינו מוגבל בקיום חובותיו לפי דינו הדתי, לפחות בענייני מעמד אישי. גישה זו להתוויית יחסי דת ומדינה נשמרה, בעיקרה, בישראל עד ימינו. היום, מיותר לומר, הרציונל הסובלני שיוחס לגישה העותמאנית אינו תקף. טענה מוכרת בשיח הציבורי היא שאכיפת נורמות דתיות בענייני מעמד אישי על ידי המדינה היא משום פגיעה קשה בזכות לחופש מדת.⁴ כפי שאסביר בהמשך, הפסול המוסרי שבאכיפה כזאת, לגישה, הוא לא בהכרח תוכנן הדתי של הנורמות הנאכפות, אלא עצם כפיית מנהגים שצריכים להיות ענייני הפרטי של האזרח, בין שמנהגים אלו הם דתיים ובין שהם "חילוניים".

כך בכך עם הנצחת ההסדר העותמאני, שאומץ ברובו גם על ידי שלטון המנדט הבריטי,⁵ המשפט הישראלי הכיר בכל זאת בחשיבותן של הזכויות לחופש דת ולחופש מדת. במילותיו של פרופ' (לימים השופט) אנגלרד, מדינת ישראל היא "דמוקרטיה פלורליסטית, הדוגלת בעקרונות של חופש דת וחופש מדת".⁶ הכרה זו נעשתה בשני שלבים, שניהם הונהגו על ידי בית המשפט העליון: ראשית,

3 בין היתר הענקת אוטונומיה בעניינים אישיים לקהילה הדתית חוסכת מהשלטון המרכזי את הצורך לקיים שליטה אפקטיבית (למשל גביית מס) על כל נתין ונתין, שכן הקשר שבין השלטון לבין ראשי הקהילה הדתית הרלוונטית הוא חלופה פשוטה וזמינה יותר. להרחבה ראו BENJAMIN BRAUDE & BERNARD LEWIS EDS., CHRISTIANS AND JEWS IN THE OTTOMAN EMPIRE: THE FUNCTIONING OF A PLURAL SOCIETY (New York: Holmes & Meier, 1982); MARK MAZOWER, SALONICA: CITY OF GHOSTS (New York: Vintage, 2005)

4 ראו בעניין זה ע"א 450/70 רוגווינסקי נ' מדינת ישראל פ"ד כו(1) 131 (1971); Gidi Sapir & Daniel Statman, *Religious Marriage in a Liberal State*, 30 CARDOZO L. REV. 2855 (2009)

5 לעניין יחסו של שלטון המנדט לחופש הדת ראו סימן 83 ל"דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל" (1922).

6 יצחק אנגלרד, "יחסי דת ומדינה בישראל: הרקע ההיסטורי-הרעיוני", עיוני משפט יט (1995) 742, 741.

בשורה של פסיקות מוקדמות הכיר בית המשפט בזכויות לחופש מדת ולחופש דת בזכויות יצירות פסיקה, שרק חוק של הכנסת יכול לגבור עליהן.⁷ הכרה זו התגבשה לידי התפיסה "שלאזרח ולתושב [הישראלי] שמורים גם חופש הדת גם החופש מדת".⁸ שנית, עם בוא המהפכה החוקתית של אמצע שנות התשעים של המאה הקודמת הועלו הזכויות לחופש דת ולחופש מדת למעמד על-חוקי. כלומר, שתייהן הוכרו בזכויות שיש להן מעמד של זכות חוקתית, ומכאן שלא ניתן לפגוע בהן אפילו באמצעות חוק, אלא אם החוק הפוגע עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹ בית המשפט העליון קבע שההגנה על חופש הדת ועל החופש מדת מתבקשת מההכרה בזכות לכבוד האדם. אמירה טיפוסית בפסיקה היא ש"הזכות לחרות ולכבוד האדם כוללת, על פי כל פרוש מסתבר, גם את ההגנה על חופש הדת והמצפון. חופש הדת שתי פנים לו: חופש הפולחן הדתי ממנו נהנה המאמין בן אותה דת, והחופש מדת, ממנו נהנים בני דתות אחרים או בלתי מאמינים".¹⁰ מעניין לציין בהקשר זה כי אף על פי שבית המשפט, במקרה זה ובמקרים אחרים,¹¹ מוצא שיש קשר אינטימי בין שתי הזכויות, אין הוא מסביר מה בדיוק טיב הקשר.¹² מטרה חשובה אחת של חיבור זה היא אפוא להסביר מה צריך להיות הקשר האמור.

- 7 בעניין החופש מדת ראו בג"ץ 122/54 אקסל נ' חברי המועצה ובני העיר של אזור נתניה פ"ד ח 1524, 1531 (1954); בג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד יב 1041, 80-1079 (1958). בעניין חופש הדת ראו ע"פ 112/50 יוסיפו נ' היועץ המשפט לממשלת ישראל פ"ד ה 481, 486 (1951); בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו פ"ד טז 2101, 2104 (1962).
- 8 בג"ץ 3872/93 מישראל נ' ראש הממשלה ושר הדתות פ"ד מז(5) 485, 506 (1993). השופט חשין מוצא שני מקורות לקביעה זו: שלטון החוק וההלכה הפסוקה. שם, שם.
- 9 עוד ראו את הדיון להלן בפרק אחד עשר, בסעיף הראשון.
- 10 דברי המשנה לנשיאה ריבלין ברע"ב 4201/09 ראיך נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 2 (טרם פורסם; ניתן ביום 24.3.2010).
- 11 ראו למשל בג"ץ 953/01 ח"כ סולודקין נ' עיריית בית-שמש פ"ד נח(5) 595, 610 (2004). הנשיא ברק קובע כי "כל אדם בישראל נהנה מחופש דת ומחופש מדת".
- 12 נהפוך הוא: יש פסיקות שבהן בית המשפט אף קובע כי חופש הדת והחופש מדת הן זכויות במסלול התנגשות תמידי. ראו להלן הדיון בפרק יא.1. כפי שאטען בהמשך, מסקנה זו אינה הכרחית גם אם לעתים היא אפשרית (ראו בעניין זה ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ נג(3) 600, 649 (1999)). היא נובעת כנראה

2. האתגר ברמת המקרו־תאוריה:

חופש הדת ושאלת הקשר בין חירות לבין שוויון

בראשית שנות השבעים של המאה הקודמת עברה התאוריה הפוליטית הליברלית מעין מהפכה, עם פרסומה של תאוריית הצדק של ג'ון רולס.¹³ עיקרה של המהפכה אינו רק בתוכן שיצק רולס לתוך התאוריה, כי אם בעצם השבת נקודת המבט הליברלית־דאונטולוגית למרכז הבמה של התאוריה הפוליטית (שנשלטה עד אז בעיקר על ידי תורות מוסר תוצאתניות).¹⁴ הכותבים המרכזיים במסורת הליברלית שחודשה על ידי רולס, בכלל זה רולס עצמו, ביקשו להציע את הפרשנות הטובה ביותר לאופן שבו על חברה שמכבדת את ערכי החירות והשוויון להסדיר את חייה המשותפים. כלומר, הניסיון הוא למצוא תאוריה שיוצרת את השילוב הראוי ביותר בין חירות לבין שוויון.¹⁵ הייחוד של מסורת זו (המכונה לרוב "liberal egalitarianism") הוא הניסיון ליישב בצורה שיטתית בין חירות לבין שוויון מהותי, מתוך הבנה שהדבר אפשרי וראוי.

הזכות לחופש דת, לפחות כפי שהיא נתפסת בימינו בדמוקרטיות חוקתיות, מעלה את החשד שלא ניתן ליישב לחלוטין בין שוויון מהותי לבין חירות.¹⁶

מכך שבית המשפט מקנה לכל אחת משתי הזכויות היקף השתרעות רחב (ומלאכותי) כל כך עד שההתנגשות ביניהן בלתי נמנעת.

13 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971)

14 מסיבה זו הקדיש הפילוסוף תומס נייגל לרולס את אחד מספריו במשפט "To John Rawls who changed the subject" ("לג'ון רולס, ששינה את הנושא"). ראו THOMAS NAGEL, EQUALITY AND PARTIALITY (New York: Oxford University Press, 1991).

לביקורתו של רולס על תאוריה פוליטית תוצאתנית ראו RAWLS, "לעיל ה"ש 13, בעמ' 27. התועלתנות, על פי הבחנתו של רולס, כושלת בכך שאינה מתייחסת בכובד ראש להבדל בין הפרטים, ואילו תפיסת העולם הליברלית השוויונית מתחילה בדיוק בזה שהחיים של כל פרט ופרט חשובים במידה שווה.

15 ראו למשל: RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE 120, 123–125 (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000)

16 אחת הביקורות הקשות ביותר נגד רולס נוגעת לאפשרות של יישוב חירות עם שוויון מהותי. ראו Herbert L.A. Hart, *Rawls on Liberty and Its Priority*, 40 THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 534 (1973), reprinted in READING RAWLS: CRITICAL STUDIES

במילים אחרות, זכות זו עלולה לחבל במאמץ הליברלי המודרני להציג את זכויות היסוד כביטוי למחויבות של המדינה להתייחסות מכבדת כלפי כל אחד ואחת. ולכן על תאוריה טובה של הזכות לחופש דת להראות כיצד אפשר, אם בכלל, להתמודד עם חשד זה. ראו לצורך המחשה מקרה שקרה לאחרונה בארצות הברית:¹⁷ אחת המורות בבית ספר פרטי נוצרי עברה ממסלול הוראה "רגיל" למסלול הוראה של אשת דת לכל דבר ועניין, הפורשת את חסותה הרוחנית על תלמידה ומעניקה להם ייעוץ וליווי רוחני. בעקבות בעיה בריאותית ממושכת שממנה סבלה התגלע סכסוך בינה לבין בית הספר בעניין חזרתה לעבודה, והיא הגישה תביעה משפטית נגד שלטונות בית הספר בעילה של אפליית עובדת מחמת לקות פיזית. בתגובה היא פוטרה. בסופו של ההליך הגיעה ההכרעה בעניין לבית המשפט העליון של ארצות הברית, וזה קבע שהפיטורין היו כדין, משום שחוק איסור האפליה לא חל על צורת ההתקשרות של אותה עובדת עם בית הספר. בית המשפט הכיר בחריג לחוק הכללי האוסר על פגיעה בשוויון, מאחר שחריג זה מעוגן בפריבילגיה הייחודית שממנה נהנית הדת בחסות התיקון הראשון לחוקה האמריקאית.¹⁸ קידום תפיסת טוב דתית, כך נקבע, פוטר את קהילת בית הספר מכפיפות לחוק הכללי האוסר על אפליה. אם כך, ובניגוד לתפיסות ליברליות שוויונית מרכזיות, הזכות לחירות (כאן – הזכות לחופש דת) מתנגשת עם הזכות לשוויון, ואפילו גוברת עליה. זו כמובן לא הפעם הראשונה שבה בית משפט אמריקאי, או אחר, מצא שזכות המגנה על חירות מוכרת גוברת

ON RAWLS' A THEORY OF JUSTICE 230, 249–252 (Norman Daniels ed., New York: Basic Books, 1975). ביקורת זו, שמתמקדת במשמעות של הזכות לקניין באפשרות ליישב בין חירות לבין שוויון מהותי, הביאה את רולס לערוך שינויים ניכרים בניסוח עקרון הצדק הראשון. ראו JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM, Lecture VIII (New York: Columbia University Press, 1993)

Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC, 134 S.Ct. 694 (2012). לדיון השוואתי בשאלת המתח בין חופש הדת לבין עקרון השוויון בהזדמנויות לתעסוקה ראו גילה שטופלר, "הקונפליקט בין חופש הדת וחופש ההתאגדות לבין שוויון ההזדמנויות בעבודה: מבט השוואתי", *עבודה, חברה ומשפט* יא 323 (2006).

התיקון הראשון לחוקה האמריקאית קובע בחלקים הרלוונטיים כי "Congress shall make no law [...] prohibiting the free exercise of [religion]" (הקונגרס לא יחוקק חוק [...] המונע את המימוש החופשי של [דת]).

על זכות מוגנת ליחס שוויוני. אך מה שמעניין במקרה זה הוא שעולה החשד שההיררכיה הנוצרת כאן בין חירות לבין שוויון (מהותי) היא מבנית ושיטתית לכל סדר חוקתי המכיר בזכות לחופש דת, להבדיל מהחופש לקדם כל תפיסת טוב סבירה, בין שהיא דתית ובין שלא.¹⁹

כפי שאסביר בהמשך, בכתיבה על חופש הדת נעשו ניסיונות (למעשה, ניסיון מרכזי אחד) להתמודד עם קושי זה, אך הם אינם מספקים. לפיכך אתגר אחד חשוב שחיבור זה מבקש להתמודד עמו הוא הניסיון להראות שאפשר ליישב בין הגנה ממשית על חופש הדת לבין מחויבותה הבסיסית של המדינה להתייחסות שוויונית ומכבדת לכל אחד ואחת מאזרחיה. אני טוען כי הדבר אפשרי וכי חופש הדת מבטא מחויבות לשוויון בין אזרחים החיים במשטר של שלטון עצמי משותף.

3. האתגר ברמת המיקרו־תאוריה: היש משמעות, ולא כל שכן חשיבות, לזכויות לחופש דת ולחופש מדת?

מגילת זכויות היסוד בישראל ובדמוקרטיות אחרות אינה כוללת זכות אחת כללית לחירות או מחויבות אחת כללית לשוויון. האסטרטגיה החוקתית מדברת על פירוט של זכויות אחדות המעניקות הגנה שוויונית על החירות בהקשרים מסוימים. למשל, הזכות החוקתית לקניין עושה זאת בהקשר של הגנה על מימוש החירות של הפרט באמצעות רכושו; חופש הביטוי מגן על החירות של האזרח לפעול בחופשיות בזירה הפוליטית; הזכות לבריאות מבטיחה תנאי

19 עוד אציין כי אי־אפשר לברוח מהכרעה בשאלת יסוד זו. ניתן להרחיב הבחנה זו ולומר שכל חברה פלורליסטית המכירה בערכי היסוד של חירות ושוויון נוקטת עמדה בשאלת ההפרדה בין דת למדינה. מובן שכל מדינה עשויה להגיע לנקודת שיווי משקל שונה מרעותה (השוו, למשל, את ארצות הברית עם ישראל ועם צרפת), אך אי־אפשר להימנע מלהגיע לבחירה בנקודה כלשהי. ראו James Q. Whitman, *Separating Church and State: The Atlantic Divide, in Law, Society, and History: Themes in the Legal Sociology and Legal History of Lawrence M. Friedman* 233 (Robert W. Gordon & Morton J. Horwitz eds., New York: Cambridge University Press, 2011). הבהרה זו חשובה כדי למנוע את הטענה (השגורה, אך השגויה) כאילו העיסוק בהפרדת דת ומדינה ובעיקרון של חופש מדת הוא עניין ייחודי להשקפת העולם האמריקאית־פרוטסטנטית.

פתיחה ראויים של סביבה בריאה לשם מימוש החירויות האחרות; וכן הלאה. גם חופש הדת והחופש מדת הן זכויות שקשורות, במובן הרלוונטי, לחירויות בהקשרים מסוימים בלבד, אך לא באחרים. אולם למרות דמיון שטחי זה יש הבדל של ממש בין חופש דת וחופש מדת, מצד אחד, לבין זכויות יסוד אחרות, מהצד השני.

ניקח לדוגמה את הזכות החוקתית לקניין. הבנה מעמיקה שלה, או של כל זכות אחרת, מצריכה התייחסות לעצם קיומה ולתוכנה. בכל הנוגע לעצם קיומה: אפשר לבחון אם לזכות זו ערך מוסף בהגנה על הפרט – כלומר, מלבד מה שהיה ניתן להשיג בהיעדרה, בהסתמך על ההגנות שמעניקות זכויות אחרות (למשל, הזכות לפרטיות). תשובה שלילית הייתה מבהירה שאין בה צורך ממשי, ואילו תשובה חיובית הייתה מסייעת בזיהוי האופן שבו הזכות תורמת את תרומתה הייחודית להגנה על החירות. בכל הנוגע לתוכנה: אפשר לבחון מהם העקרונות הבסיסיים המרכיבים את הזכות (למשל, הקשר המשולש בין הבעלים, המדינה והמשאב) ואת היקף התפרשותה. דברים דומים אפשר לבחון בהקשר של זכויות יסוד אחרות.

חשוב לומר כי סביב שאלות אלו מתנהלים ויכוחים מושגיים, נורמטיביים ופרשניים, בעיקר בכל הנוגע לתוכנה של הזכות הרלוונטית (למשל, אם חופש הביטוי חל על מעשים שאינם כוללים דיבור; אם ההגנה על הקניין מחייבת פיצוי בגין הפקעתו, ואם כן מהו). עם זאת, על פי רוב, אין מדובר בוויכוחים שמבטאים כפירה בעצם קיומה של זכות יסוד כלשהי (לקניין, לביטוי, לפרטיות וכיוצא באלה) או שמביעים את העמדה שניתן "להסתדר" בלעדיה. מרבית הוויכוחים הם על עוצמת הזכות בהשוואה לאחרות ועל תוכנה המדויק. כך למשל, הוויכוחים המתנהלים בארצות הברית בשנים האחרונות סביב היחס בין הזכות לחופש הביטוי לבין ההגבלות על מתן תרומות למתמודדים בבחירות הם ויכוחים על הפרשנות הראויה ביותר של אותה זכות ועל האופן שבו ניתן ליישב בינה לבין מחויבויות בסיסיות של החברה הדמוקרטית.²⁰ ויכוחים אחרים מהעת האחרונה נוגעים למקומה של הזכות לפרטיות בהגנה על הפרט מפני שימוש

20 ראו פסיקת בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010)

בטכנולוגיות מעקב מתקדמות.²¹ גם כאן נראה שחשיבותה של הזכות במערך זכויות היסוד אינה שנויה במחלוקת עזה. במקום זאת המחלוקת היא על היקף הזכות, על תכניה ועל חשיבותה בהשוואה לאינטרסים מתנגשים.

לעומת זאת כאשר עסקינן בזכויות לחופש דת ולחופש מדת, אחת השאלות המרכזיות המתעוררות נוגעת לעצם קיומן של זכויות אלו – אם קיימות זכויות כאלה, ואפילו אם כן – אם ניתן לתת להן את ההכרה שהן דורשות.²² שאלה כפולה זו עומדת במרכז החיבור, ולכן אגע בה כאן בקצרה. מטרתי בפרק מבואי זה היא רק לסבר את האוזן באשר לאתגר הייחודי שזכויות אלו מציבות בהשוואה למרבית זכויות היסוד האחרות.²³ ואכן, כפי שאראה להלן, העיסוק בזכויות לחופש דת ולחופש מדת מתמקד בעיקר בבחינת הערך המוסף של זכויות אלו למערך זכויות היסוד, שכן ייתכן – וזו העמדה הדומיננטית היום בספרות הליברלית – שהן נבלעות כליל בתוך זכויות אחרות, כגון חופש המצפון או הזכות לתרבות, בלי שהן מותירות חותם או עושות איזושהי עבודה עצמאית שלא היה אפשר לעשות בהיעדרן.

זאת ועוד, גם לולא נבלעו זכויות אלו כליל בתוך זכויות מוכרות אחרות, שאלה קשה אחרת המתעוררת בהקשר שלהן היא מדוע דווקא דת? כלומר, מדוע קיימות זכויות יסוד שהדת היא מושאן הבלעדי, הן במקרה שיחסה של המדינה לדת הוא חיובי (באמצעות חופש דת) והן במקרה שיחסה הוא שלילי (באמצעות חופש מדת). במילים אחרות, מדוע תפיסת טוב דתית זוכה למקום ייחודי בארכיטקטורה החוקתית של מדינה, המחויבת להתייחס בכובד ראש – ולכן בצורה שוויונית – לתפיסות הטוב של כלל אזרחיה, בין שהם דתיים ובין שלא. למיטב ידיעתי טרם פותחה תאוריה של חופש דת וחופש מדת שמצליחה לצלוח

21 ראו פסיקת בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *U.S. v. Jones*, 132 S.Ct. 945 (2012)

22 לדיון מקיף בנקודה זו ראו STEVEN D. SMITH, *THE DISENCHANTMENT OF SECULAR DISCOURSE* 109–150 (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010)

23 אינני טוען, עם זאת, כי רק הזכויות לחופש דת ולחופש מדת סובלות מקושי עמוק יותר מזכויות היסוד האחרות. ייתכן שקושי דומה (אך לא זהה) חל בעניין הזכות לכבוד האדם. די בכך שאטען כי האתגר האינטלקטואלי של הבנת הזכויות הראשונות והצדקתן שונה איכותית מהעיסוק התאורטי במרבית זכויות היסוד האחרות.

אתגר אחרון זה. העמדה הרווחת היא שלא ניתן לתת תשובה תאורטית-עקרונית מספקת ליחס המיוחד – החיובי או השלילי – שהדת זוכה לו במשפט החוקתי. רוב המאמץ ה"תאורטי" מתרכז אפוא בניסיון לתפור הסבר פרגמטי ליחס מיוחד זה, מתוך הודאה בכך – מפורשת או מובלעת – שאין צידוק עקרוני לדבר קיומן של זכויות לחופש דת ולחופש מדת.

כפי שאטען בהמשך, התפיסה הליברלית שביקשה לתת פשר לקיומן של הזכויות לחופש דת ולחופש מדת כשלה, משום שהיא החמיצה את הקשר החשוב בין זכויות אלו לבין דמוקרטיה. אינני טוען, כמובן, שליברליזם במיטבו עוין את המשטר הדמוקרטי, אלא שהשניים אינם זהים ושההתמקדות בהמשגה דמוקרטית של זכויות אלו תצליח להסביר מדוע, במצבים מסוימים, ראוי לתת יחס מיוחד לאזרחים – חיובי או שלילי – על בסיס השתייכות לתפיסת טוב דתית.

פרק שני

החופש מדת: כישלון התאוריה הליברלית

1. הקושי התאורטי

אפתח בתיאור כישלונה של התאוריה המובילה בעניין החופש מדת – התאוריה שמעגנת זכות זו בחירות של הפרט לבחור בעצמו איזו אמונה או מנהג דתי לאמץ, אם בכלל. כישלון זה בא לידי ביטוי בכך שמקרים מובהקים שמקובל לראותם במשפט, בשיח הציבורי ובאינטואיציות הקדם-תאורטיות ככפייה דתית אינם נקלטים במכ"ם של גישה זו.²⁴ המקרה הפרדיגמטי הוא מצב שבו המדינה מעצבת את רשות הרבים באופן שתואם ציוויים או נוהגים דתיים, והטעם המרכזי לעיצוב כזה הוא דתי (ולעתים הטעם המתלווה אליו – "תכלית סוציאלית" – הוא לא יותר מרציונליזציה בדיעבד וניסיון להתחמק מכך שהנימוק המרכזי, זה שעושה את העבודה, הוא הנימוק הדתי).²⁵ קחו לדוגמה את המקרה של השבתת

24 להכרה במושג "כפייה דתית" והקשר ההדוק שהוא מקיים עם הזכות לחופש מדת ראו למשל בג"ץ 122/54 אקסל נ' חברי המועצה ובני העיר של אזור נתניה פ"ד ח 1524, 1531 (1954) ("במדינה דמוקרטית אין מקום לכפייה [של איסור אכילת חזיר]...[יש להשאיר את הדבר למצפוננו של כל אדם ואדם ולשטח המוסר]"); בג"ץ 163/57 לובין נ' עירית תל אביב-יפו פ"ד יב 1041, 1080 (1958) ("כפייה מטעמי דת"); בג"ץ 3872/93 מישראל נ' ראש הממשלה ושר הדתות פ"ד מז(5) 485, 501 (1993) ("כפייה דתית"); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה פ"ד נא(4) 1, 59-60 (1997) ("כפייה דתית").

25 עוד על התכלית הסוציאלית ראו בבג"ץ 5026/04 דיזיין 22: שארק דלוקס רהיטים נ' רוזנצוויג, פ"ד ס(1) 38, 57-60 (2005); עע"ם 2469/12 ברמר נ' עיריית תל אביב-יפו, בפסקה ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (טרם פורסם; ניתן ביום 25.6.2013). ראוי להבהיר שאינני טוען כי התכלית הסוציאלית היא, בהגדרה, מעשה רציונליזציה (ולכן מלאכותי), אלא שראוי לגלות חשדנות כלפי טיעונים כאלה, בעיקר כאשר הם מנוסחים כעניין מובן מאליו (as a matter of course), כאילו היה זה ברור ומקובל על הכול (וכאן הדגש: על "הכול", ובכלל זה על מי שתפיסת הטוב שלהם שוללת

תחבורה ציבורית בשבת ובחג, שהטעם העיקרי לה (כך אני מניח) הוא קדושת השבת.²⁶ ההתנגדות הרווחת להסדרה זו של המרחב הציבורי היא שיש בה משום כפייה דתית, ולכן דינה להיפסל. דומה שהתנגדות מטעם זה איננה נחלת קבוצות קיצוניות בחברה הישראלית.²⁷ אך מדוע דינה להיפסל? ובאופן קונקרטי יותר – כיצד ניתן לבטא את הפסול האמור מתוך שימוש בשיח הזכויות?

2. חופש מדת כחופש המצפון

על פי התאוריה המקובלת, הזכות לחופש מדת נועדה למנוע מצבים שבהם המדינה משתמשת בכוחה הכופה כדי לחייב את אזרחיה לקיים, בעל כורחם, מצוות או מנהגים דתיים. דוגמה קיצונית אחת היא איסור של כפיית אמונה – האינקוויזיציה, ניתן לטעון, פסולה משום שעניינה כפיית אמונה דתית על הלא

את המנהג הרלוונטי שהחוק מבקש לעגן). במקרים מסוימים נראה שבית המשפט בורח לתכלית הסוציאלית כדי להתחמק מהתמודדות עם הפגיעה בזכות לחופש מדת. הדוגמה המובילה שבעזרתה אני ממחיש את הטענה בדבר פגיעה בחופש מדת נבחרה במיוחד מפני שהתכלית הסוציאלית, גם אם היא קיימת, זניחה בהשוואה לתכלית הדתית. ראו הדיון בה"ש 26 להלן. לניתוח היסטורי של שאלת מרכזיותה של התכלית הסוציאלית בהקשר אחד (מכירת בשר חזיר) ראו דפנה ברק-ארוז, "גלגוליו של חזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי?", **משפטים** לג 403 (2003).

26 באחד מסבכי הוויכוחים האחרונים בסוגיה זו (החלטת מועצת העיר תל אביב-יפו מפברואר 2012 לבקש את אישור הממשלה לאפשר תחבורה ציבורית בשבת) אמר רבה הראשי של העיר הרב ישראל מאיר לאו כי "זוהי פגיעה חמורה בקדושת השבת שהינה זכר לבריאת העולם, זכר ליציאת מצרים, יום מנוחה לכל עובד, יום התעלות רוחנית וליכוד המשפחה". ראו יאיר אטינגר, "רב העיר תל אביב נגד הפעלת התחבורה בשבתות: תפגע בהיסטוריה של העיר", **הארץ**, 21.2.2012. נראה שהשיקול החברתי, שלעיתים מוזכר בהקשרים קרובים, אינו תומך באופן חזק בהשבתת תחבורה ציבורית, שכן הוא פוגע באפשרות של ציבור האזרחים שאינם נהגי אוטובוס ליהנות מיום מנוחה עם המשפחה (בהתחשב בעובדה שזמינותה של תחבורה ציבורית עשויה לשפר, ולפעמים אף לאפשר, את אותה תכלית חברתית של יום מנוחה משפחתי). לדיון בשיקול החברתי העומד בבסיס החקיקה להסדרת יום השבת ראו עניין דיזיין

22, לעיל ה"ש 25, בעמ' 58-60.

27 ראו ההפניות לעיל בה"ש 24.

מאמין. זכותו של הלא מאמין לחופש מדת, כך ימשיך הטיעון, אמורה להגן עליו מפני התערבות ברוטלית שכזאת. דוגמה קיצונית פחות להפרה של החופש מדת, כפי שזכות זו מוסברת על ידי התאוריה המקובלת, היא החיוב המדינתי להשתתף בטקס נישואין דתי לצורך קבלת הכרה רשמית במעמד של בני זוג "נישואים". אך מה באשר להשבת תחבורה ציבורית בשבת ובחג? לכאורה נראה שהזכות לחופש מדת של הנוסעים בשבת לא נפגעה. אין ספק שזכויות אחרות שלהם נפגעות (למשל, חופש התנועה וחופש העיסוק). אולם עצם השבתת התחבורה הציבורית כביטוי לקדושת השבת איננה כופה אמונה דתית, שכן שום איש אינו נדרש להאמין בקדושת השבת. אין בה גם משום כפייה על הלא מאמין להשתתף בטקס שעניינו קדושת השבת. ואף אין בה בהכרח משום כפיית אורח חיים דתי, לפחות לא כלפי אלו שיכולים למצוא חלופות לנסיעה באוטובוס (מוניות, רכב פרטי, אופניים ועוד).²⁸ וככל זאת, מדוע הסתת הדיון מכפייה דתית וחופש מדת אל חופש התנועה וחופש העיסוק נתפסת מלאכותית ולא משכנעת, לפחות לא בקרב הנאבקים בשם אידאלים של שוויון וחירות בהשבתת תחבורה ציבורית בשבת ובחג?

זאת ועוד, דומה שההתנגדות להשבתה כזאת – כמו גם לסגירת רחובות ראשיים, בתי עסק, האיסור על מכירת אוכל לא כשר וכו' – היא עקרונית ולא רק פרגמטית. כלומר, זוהי התנגדות שקמה – או אפשר שתקום – גם אם אין מתרחשת פגיעה מהותית בחופש התנועה (למשל, מאחר ששוק תחרותי מבטיח את זמינותן של מוניות שירות במחירים נמוכים). הסיבה לכך היא שהפסול המרכזי הוא דבר הכפפתה של רשות הרבים – ובכך של ציבור האזרחים – לנורמה מדינתית שטעמה העמוק, אם נהיה כנים, הוא קדושת השבת.²⁹ כאמור, התאוריה המקובלת בדבר חופש מדת כהגנה מפני כפיית אמונה או אורח חיים

28 לטיעון ברוח זו ראו בג"ץ 129/57 מנשי נ' שר הפנים פ"ד יב 209, 216–217 (1958); בג"ץ 174/62 הליגה למניעת כפייה דתית נ' מועצת עיריית ירושלים פ"ד טז 2665, 2668 (1962); דני סטטמן וגדעון ספיר, "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים", מחקרי משפט כ 5, 42–48, 55 (2004).

29 מובן שאם הטעם המרכזי הוא אחר (למשל הפחתת זיהום אוויר), ההתנגדות העקרונית איננה במקום, אם כי במקרה כזה לא ברור מדוע מתחייבת השבתה מלאה ומדוע היא צריכה להתרחש ביום שבת ובחג דווקא. בסבב האחרון של הוויכוח הציבורי

דתי איננה מסוגלת להכיל התנגדות כזאת.³⁰ בעבורה התנגדות עקרונית זו חסרת בסיס ולכן יש לייחסה להטיות (biases) שליליות נגד הדת ומאמיניה. כפי שאטען בהמשך, הסיבה שיש בחקיקה המורה על השבתת תחבורה ציבורית בשבת משום פגיעה בחופש מדת היא שחקיקה כזאת פוגעת בחירות הפוליטית הבסיסית של האזרח: החירות להיות היוצר במושותף של החוקים שעל פיהם הוא או היא חיים. חקיקה כזאת משליטה – ליתר דיוק, מנחיתה – נורמה מחייבת על מי שלא היה יכול להיות שותף של ממש להליך קבלתה, ולכן אין לה הלגיטימציה שהייתה יכולה להיות לה אילו הטעם הדתי העומד מאחוריה (או מלפניה) היה מוצא אל מחוץ להליך חקיקתה ולשיח הציבורי שנלווה אליו. זאת ועוד, דומה שמקרה מבחן זה אינו בבחינת מקרה קצה יוצא דופן שמאתגר את התאוריה המקובלת בעניין הזכות לחופש מדת. נהפוך הוא: לטעמי מדובר במקרה מבחן פרידגמטי שבו מתעוררת טענה לפגיעה בזכות לחופש מדת. כדי להיווכח בזה נחזור לדוגמאות על האינקוויזיציה וטקס הנישואין. האם הפסול המוסרי העמוק שבמקרי כפייה אלו הוא באמת – ובמיוחד – עניין הדת? כלומר, האם הביקורת על מדינה שמאמצת פרקטיקות כאלה נוגעת דווקא לכך שהיא מחייבת את אזרחיה להאמין או לפעול בעל כורחם בהתאם לתפיסת טוב דתית? סבורני שלא. לתפיסתי, אין הברדל חשוב, אם בכלל, בין מדינה שרותמת את שירותי האינקוויזיציה לכפיית אמונה נוצרית לבין מדינה שמפעילה אותה כדי לכפות אמונה חילונית, מדעית, אתית או, לצורך העניין, אמונה בצדקת מנהיגה.³¹

סביב השבתת תחבורה ציבורית בשבת בתל אביב השמיעו תומכי ההשבתה את הטענה שהטעם לה הוא קרושת השבת. ראו הדיון לעיל בה"ש 26.

30 גרוען ספיר יטען כי מקרה זה עלול – אם בכלל – להיות הפרה של נורמה האוסרת על מיסוד הדת. אך תפיסה זו מניחה הפרדה – מלאכותית בעיניי – בין החופש מדת למיסוד הדת. כפי שאראה להלן, מיסוד הדת הוא מקרה פרטי של פגיעה בחופש מדת. ראו גרוען ספיר, "גבולות מיסוד הדת", *משפט וממשל* ח 155 (2005).

31 דוגמה דרקונית פחות מן הזמן האחרון היא החלטת בית המשפט העליון של ארצות הברית לפסול חוק המחייב ארגונים לא ממשלתיים העוסקים בביעור מחלת האיידס ואשר מקבלים תמיכה כספית מממשלת ארצות הברית להצהיר במפורש כי הם מתנגדים למוסד הזנות. הטעם לפסילה היה בכך שמדובר בכפייה פסולה של השקפת עולם באמצעות כפיית ביטוי (compelled speech), ומכאן שהיא פוגעת בזכות לחופש הביטוי. ראו *AID et al. v. Alliance for Open Soc'y Int'l*, 133 S. Ct. 2321 (2013).

הפסול המוסרי באינקוויזיציה נעוץ בהתערבות הקשה בחירותו הבסיסית ביותר של האדם, כזאת שאינה ניתנת לכדי צמצום לחירות לגבש אמונה דתית דווקא. ניתוח דומה אפשר להציע גם לדוגמה של טקס הנישואין. גם כאן הפסול המוסרי איננו בהכרח בכפייה להשתתף בטקס דתי דווקא, אלא בחיוב להשתתף בטקס המנוגד לתפיסת עולמו של הנכפה להשתתף בו. למשל, מדינה המחייבת את אזרחיה להצדיע לדגל כתנאי לקבלת אזרחות או לקוד קידה לפני מנהיגה חוטאת בדיוק באותו חטא של כפיית טקס נישואין דתי. הפן הדתי של הטקס איננו הרכיב ההכרחי שהופך את הכפייה לפסולה, גם אם ביכולתו להעצימה; עצם מעשה הכפייה, דתית או חילונית, הוא שצריך להיתפס כפסול, אם אכן אין לו הצדקה שהנכפה להשתתף יכול לקבלה מנקודת מבטו. כך יוצא שהתאוריה המוכרת והדומיננטית ביותר בספרות לזכות לחופש מדת שוגה בזה שהיא מייחסת פסול מוסרי מסוג אחד – של כפיית אמונה או מנהג דתי – למה שנראה פסול מוסרי בסיסי יותר, אשר בינו ובין "דת" אין כל קשר הכרחי.³² היא מבלבלת בין פגיעה בחירויות כלליות – למשל חופש המצפון והחופש הפרטיות – לבין פגיעה בחירויות הקשורות בקשר עמוק ומיוחד לתפיסת טוב דתית – חופש מדת במקרה זה.

אם כך, ניתן לראות שתפיסה שמתחילה בשאיפה לעגן את ההגנה על חירותו של האדם מפני ההשלכות השליליות של כפיית נורמות דתיות על ציבור הלא מאמינים מגיעה, בסופו של דבר, להגנה על חופש המצפון (או חירויות אחרות שאינן מקיימות קשר ישיר והכרחי עם דת ואמונה דתית דווקא). ואכן, לא מפתיע לראות שהמצדדים בתפיסה זו נדרשים לבחור בין שני מהלכים תאורטיים, שמבטאים, בדרכים הפוכות, את חוסר היכולת למצוא היגיון בעיקרון חוקתי שבמרכזו השמירה על החופש מדת של הלא מאמין.

מהלך אחד עושה הכללה של החופש מדת לחופש המצפון, כך שכל מופע של הזכות לחופש מדת צריך להיתפס כזכות לחופש המצפון. משמעות מהלך זה היא, כאמור, שמקרים כגון השבתת תחבורה ציבורית בשבת ובחג אינם מבססים

32 קשר היסטורי יש בוודאי. עם זאת, תאוריה של עיקרון נורמטיבי כדוגמת הזכות לחופש מדת אינה יכול להתמצות בהיסטוריה שלו. תאוריה, אחרי הכול, אינה רק תיאור של מציאות.

טענה לפגיעה בחופש מדת שכן אין הם טומנים פגיעה הכרחית בחופש המצפון. כמו כן מהלך זה מתקשה להסביר מדוע הספרות המשפטית ותפיסות העומק של הציבור מייחדות לחופש מדת מרחב מחיה עצמאי, כזה שאינו ניתן להמרה אוטומטית לחופש המצפון.³³ המהלך השני מודה אף הוא כי הזכות לחופש מדת איננה זכות עצמאית וכי הבסיס הנורמטיבי הנכון הוא חופש המצפון. עם זאת, וכאן בא לידי ביטוי השוני מן המהלך הראשון, ניתן למצוא טעמים היסטוריים, תרבותיים, פסיכולוגיים או מוסדיים המצדיקים, מצד אחד, את מקומה הייחודי של הזכות לחופש מדת והרוחים, מצד שני, את סיפוחה לחופש המצפון.³⁴ מהלך זה נבנה משיקולים קונטינגנטיים (וייתכן שגם ספקולטיביים) הרואים צורך – שהוא, בהגדרה, זמני – בהותרת הזכות לחופש מדת על מכוונה, אף אם אין לכך הצדקה עקרונית.

3. חופש מדת כחופש דת

אפשרות מוכרת אחרת להבנת הזכות לחופש מדת היא בעזרת המרתה בזכות לחופש דת.³⁵ כזכור, הזכות לחופש המצפון מבססת את ההגנה מפני כפייה דתית על האיסור לפגוע במצפוננו של אדם, בין שהדבר קשור לציווי דתי ובין שלא.

33 מהלך כזה אומץ על ידי חוקרים בולטים בתחום. ראו למשל סטטמן וספיר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 34; RONALD DWORIN, IS DEMOCRACY POSSIBLE HERE? 61 (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006); CHRISTOPHER L. EISGRUBER & LAWRENCE G. SAGER, RELIGIOUS FREEDOM AND THE CONSTITUTION 52 (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007)

34 להדגשת טעמים מוסדיים (בבחינת פיצול ההגנה על כל טוב לזכות חוקתית אחרת) ראו ANDREW KOPPELMAN, DEFENDING AMERICAN RELIGIOUS NEUTRALITY chp. 4 (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013). מובן שהמהלך של קופלמן אינו יכול להתמודד באמת עם השאלה מהו ה"טוב" הראוי להגנה במפורצל מ טוב אחר, שזוהי למעשה השאלה מדוע לתת יחס מיוחד, שלילי או חיובי, לדת. להדגשת טעמים היסטוריים-פסיכולוגיים ראו Noah Feldman, *The Intellectual Origins of the Establishment Clause*, 77 N.Y.U. L. REV. 346, 424–426 (2002)

35 ביטוי לתפיסה זו מופיע בדברי השופט חשין בקובעו כי "חופש הדת – חופש הכולל חופש ממצוות הדת". בג"ץ 7203/00 מעדני אביב אוסובלנסקי נ' מועצת הרבנות הראשית פ"ר נו(2) 196, 211 (2001).

לעומת זאת גישה המתבססת על הזכות לחופש דת תוחמת את ההגנה מפני כפייה דתית לפגיעות הקשורות בקשר ברור וישיר לתפיסת טוב דתית. הרעיון בקווים כלליים הוא שכאשר המדינה מפעילה את כוחה הכופה בהקשרים דתיים היא עלולה לפגוע בזכותם של הנכפים לגבש בעצמם החלטה בעניין אימוץ אורח חיים דתי, ובכלל זה גם ההחלטה שלא לאמץ אורח חיים כזה. תאוריה זו, המוכרת למשל מכתובתו של ג'ון לוק, מדגישה את חשיבות האוטונומיות של בחירת היחיד בקשר לתפיסת הטוב שלו: אמונה דתית (או דחייתה) חייבת לנבוע מהמאמין. לכן חל איסור על המדינה לכפות אמונה, בין שהיא עושה זאת ביצירת חיובים קשיחים ובין שהיא עושה זאת בצורה רכה, קרי ביצירת תמריצים כלכליים או אחרים אשר ביכולתם לדרבן את האזרח לאמץ מנהג דתי מסוים או אורח חיים דתי מלא. למשל, חיוב אזרחים להגיע לתפילה אחת לשבוע פוגע בחופש מדת משום שהוא פוגע בחופש הדת – הוא גוזל מהאזרחים את חירותם להחליט בעצמם אם ראוי לקיים מנהג דתי זה.

היו שטענו נגד תאוריה זו כי אי־אפשר להכיל בתוך חופש הדת את הזכות לחופש מדת.³⁶ הסיבה לכך היא שהזכות לחופש מדת מגנה על החירות השלילית והאוטונומיה של הפרט שלא להיות מחויב לפעול כנגד צו מצפוננו. ואם כך, ממשך הטיעון, אין קשר חשוב, וודאי שלא הכרחי, בין חופש הדת לבין החופש מדת. אולם ההסבר שהצעתי בפסקה הקודמת מראה כי לא כך הם פני הדברים: חופש הדת יכול, לפחות מבחינה מושגית, לכלול הגנה מסוימת על החופש מדת. כפייה על הפרט לפקוד בית כנסת אחת לשבוע היא בוודאי פגיעה באוטונומיה שלו, אך בו בזמן היא גם פוגעת בחופש הדת שלו, כיוון שהיא שוללת ממנו את הזכות לאמץ מנהג דתי באופן אותנטי.

את בחינת הצלחתה או כישלונה של הזכות לחופש מדת כזכות לחופש דת יש אפוא לחפש במקום אחר. שאלה פתוחה היא אם הערך שבגיבוש אותנטי של אמונה דתית צריך לקבל עדיפות מוחלטת על פני הערך הקשור באמונה דתית עצמה, בעיקר אם מבינים שלרשות המדינה עומדות טכניקות רכות של כפייה דתית, כגון מתן תמריצים כלכליים שאינם מגיעים לכדי כפייה כוחנית של ממש. אשאיר שאלה זו להזדמנות אחרת.

36 סטטמן וספיר, לעיל ה"ש 28, *Why Freedom of Religion ; Does Not Include Freedom from Religion*, 24 L. & PHIL. 467, 489–494 (2005)

הקושי המשמעותי יותר של תאוריה הכורכת את החופש מדת בחופש הדת מחזיר את הדיון לקושי התאורטי שבו פתחתי את הפרק על החופש מדת – חוסר ההתאמה בין התאוריה למקרה הפרדיגמטי שבו מתעורר חשד לכפייה דתית, כגון איסור על תחבורה ציבורית בשבת ובחג. האם איסור כזה פוגע בחופש הדת של הלא מאמין? כזכור, שאלה זו קריטית עבור מי שסובר כי החופש מדת הוא זכות הכלולה בתוך הזכות לחופש דת. התשובה היא שלא: השבתת תחבורה ציבורית פוגעת בחופש התנועה של מי שמעוניין לנסוע בשבת, אך אין בה משום כפיית אמונה (בדבר קדושת השבת) או מנהג דתי. אחרי הכול השבתת התחבורה הציבורית, להבדיל מאיסור גורף על נסיעה בשבת בכל כלי תחבורה שהוא, איננה שקולה לחיוב הלא מאמין לפקוד את בית הכנסת או לבצע מנהג דתי כלשהו. בדיוק כמו ההסבר שמבקש לראות בזכות לחופש מדת מקרה פרטי של חופש המצפון, גם הניסיון לראות בזכות זו מקרה פרטי של חופש דת כושל במתן פשר לטענה הרווחת בדבר כפייה דתית המתייחסת למקרה השבתת התחבורה הציבורית בשבת או למקרים אחרים שבהם רשות הרבים מוסדרת על ידי המדינה על בסיס ציוויים דתיים.

בטרם אעבור לפיתוח גישה טובה יותר לחופש מדת, ראוי להתעכב על המקור לכישלונן של שתי התפיסות שהובאו זה עתה: החופש מדת כחופש מצפון והחופש מדת כחופש דת. הכוונה היא לאיתור הקושי הבסיסי האחראי לכך שהזכות לחופש מדת הופכת לעיקרון חוקתי חסר כל חשיבות משל עצמו. מהלך זה יאפשר להתחיל בגיבוש תפיסה טובה יותר של הזכות לחופש מדת, כזו שתוכל להסביר את ההבנה הקדם-תאורטית של המושג "כפייה דתית".

4. מקור הבטיחה: התפיסה הקדם-דמוקרטית

הן הפנייה לחופש המצפון והן הפנייה לחופש הדת מקפלות בתוכן הבנה צרה מדי של הפסול שבכפייה מדינתית של תפיסת טוב דתית. למעשה בשתיהן איסור זה מוגבל למצב שבו המדינה כופה על הפרט להאמין בתפיסת טוב דתית או לבצע פעולה הנתפסת כפעולה דתית מובהקת (כגון להשתתף בטקס דתי). גם אם נניח בצד את הטענה שהעליתי קודם, שהפסול המוסרי כאן הוא עצם הכפייה ולא בהכרח התוכן הדתי שנלווה לה, נוצר הרושם שההגבלה היחידה על כוחה של

המדינה בענייני דת היא מקרה של כפיית האמונה או המנהג הדתי. ממילא הסדרת רשות הרבים על בסיס נורמות ציבוריות המעוגנות בציוויים דתיים, כגון השבתת תחבורה ציבורית בשל קדושת השבת, אינה משום חריגה מהסמכות הלגיטימית של המדינה להפעיל את כוחה. אני מבקש לטעון כי הבנה זו צרה משום שהיא מניחה, במקרה הטוב, תפיסה ליברלית קלסית של גבולות הכוח של המדינה, וכי היא איננה רגישה למקור סמכות חשוב נוסף של המדינה – הרעיון הרפובליקני-דמוקרטי. בתמצית, התפיסה הליברלית הקלסית מדגישה את חשיבות האוטונומיה של הפרט, ואילו הגישה האחרת מדגישה את האוטונומיה של הפרט כאזרח ועל כן נקראת לעתים "אוטונומיה פוליטית".

אף על פי שהטיעון שהובא לעיל, וזה שיובא בהמשך, אינם היסטוריים ואינם תלויים באמיתות היסטורית כלשהי, כדאי להתעכב לרגע ולהזכיר את התקופה שבה הרעיונות של חופש המצפון וחופש הדת הגיעו לבשלות בהגות הליברלית הקלסית – ראשית העת החדשה. בתקופה זו נוסחו כמה מאבני היסוד בהגות הליברלית עד היום, ובפרט ההגות המתמודדת עם שאלת קיומה של סמכות פוליטית לגיטימית דרך רעיון האמנה החברתית.³⁷ רכיב מסוים ברעיון זה על גווניו הוא ההכרה בזכויות יסוד. זכויות אלו, אשר כלולים בהן חופש המצפון וחופש הדת, הן המגבלה העיקרית – ולעתים אף היחידה – על סמכותו הלגיטימית של השלטון³⁸ היות שהזכות מתווה על דרך השלילה את מערכת הציפיות המחייבת שבין השליט לבין הנשלט. כלומר – ככלל, הכוח לפעול נתון לשליט ובלבד שהוא – השליט – אינו פוגע בזכויות היסוד של הנשלט.

מעניין לציין בהקשר זה שצורת משטר כזאת איננה משתיתה את הלגיטימציה של השלטון (ואת גבולות כוחו) על יסודות דמוקרטיים. אין הכוונה שצורה זו איננה מתיישבת עם שלטון דמוקרטי, אלא שאין הכרח שהשלטון ייחשב דמוקרטי כדי שסמכותו הפוליטית תיחשב לגיטימית. וליתר דיוק, אין הכרח שהנשלט בעצמו יהיה היוצר במשותף של החוקים שלאורם הוא חי; שכן הלגיטימציה של השלטון אינה נסמכת על השתתפות זו, אלא על המחויבות של השליט לכבד את

37 עם הכותבים הבולטים ביותר נמנים תומס הובס, ג'ון לוק וד'אן ז'אק רוסו.

38 זכויות מרכזיות נוספות הן הזכות לחיים והזכות לקניין.

זכויות היסוד (לחיים, לקניין ולחופש מצפון) של נתיניו.³⁹ ואכן, במקרה או שלא במקרה, תפיסה זו של מקור הסמכות הלגיטימית של השלטון התפתחה והגיעה לבשלות אינטלקטואלית יחסית במאה שקדמה לתחילתו של הרעיון הרפובליקני בעולם המערבי.⁴⁰

בקצרה, רעיון רפובליקני זה קושר בין חופש (של הנשלט) לבין סמכות פוליטית (של השליט) בעזרת המושג "שלטון עצמי משותף". ציבור הנשלטים אינם נתינים כי אם מחזיקים בתפקיד של אזרחים.⁴¹ ככאלה הם מקבלים מעין בעלות, ומכאן אחריות, על ההליכים שדרכם נקבעות הנורמות המחייבות. בעקבות זאת מקור הסמכות הלגיטימית של השלטון טמון לא רק במחויבות לזכויות יסוד, אלא גם בעובדה שהחוקים הם יצירה משותפת של ציבור האזרחים. זכות היסוד הרלוונטית לצורת שלטון כזאת היא זכות ההשתתפות. שלטון השולל זכות כזאת לא ייחשב רפובליקני, גם אם הוא אינו מפר את הציוויים הליברליים בדבר חופש המצפון והדת.

מהן ההשלכות של פיתוח תפיסה של חופש מדת על בסיס ההגות הליברלית הקלאסית, שהיא, כאמור, אדישה לרעיון הרפובליקני? ובכן, תפיסה כזאת, בין

39 ג'ון לוק מדיגש כי "The Law of Nature stands as an Eternal Rule to all Men, Legislators as well as others" ("חוק הטבע עומד כחוק נצחי לכל בני האדם, מחוקקים כמו גם אחרים"; ההדגשה במקור). ראו JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT II: §135, p. 376 (Peter Laslett ed., London: Cambridge University Press, 2nd ed., 1967). גם ג'רמי וולדרון, בניסיונו לקרב את לוק למסורת הרפובליקנית, מודה כי לוק מגביל את המחוקק לתפקיד של "pin down more precisely the rules and distributions that already exist in rough and ready form in the law and in the state of nature" ("לאתר במדויק יותר את הכללים שכבר קיימים, אם כי בצורה לא מלוטשת, ואת התפרשותם כחוק ובמצב הטבעי"). JEREMY WALDRON, THE DIGNITY OF LEGISLATION 67 (Cambridge: Cambridge University Press, 1999).

40 לספרות היסטורית בנוגע לתחיית הרפובליקניות במערב ראו, ROBERT ROSWELL PALMER, THE AGE OF THE DEMOCRATIC REVOLUTION, VOL. I (New York: Harper & Row, 1959); GORDON WOODS, THE IDEA OF AMERICA: REFLECTIONS ON THE BIRTH OF THE UNITED STATES 57–60 (New York: Penguin, 2011).

41 מעניין שתפקיד האזרח לא היה קיים, וכנראה לא היה אפשרי, בממלכה הימי ביניימית הטיפוסית. למחקר היסטורי מצוין בסוגיה זו ראו DAVID NIRENBERG, COMMUNITIES OF VIOLENCE (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1996).

שהיא מוצגת במונחי חופש המצפון ובין שהיא מוצגת במונחי חופש הדת, לוקה בכך שביכולתה לתפוס רק את אותם מצבים שבהם המדינה כופה על נתיניה תפיסת טוב דתית (או אחרת). היא אינה יכולה להכיר במצבים שבהם המדינה פוגעת בזכותם של האזרחים להיות היוצרים במשותף של הנורמות שלאורן הם חיים. מצבים אלו הם חריגה מסמכותה הלגיטימית של המדינה הדמוקרטית גם אם הם אינם מעיבים על מחויבותה הליברלית להגן על חופש המצפון וחופש הדת. זהו, כזכור, בדיוק המקרה של השבתת התחבורה הציבורית בשבת (או של סגירת עורך תנועה מרכזי בשבת ובחג, או של איסור על פתיחת עסקים בשבת). וכאן גם אפשר לסגור את המעגל ולחזור למקום שבו התחיל הטיעון – קרי, אותו "קושי תאורטי" לתת פשר, במונחי הזכות לחופש מדת, לטענות העולות במקרים שכאלה בדבר קיומה של כפייה דתית פסולה.

חשוב להבהיר כי אינני טוען נגד עצם המחויבות של המדינה לעקרונות היסוד הליברליים, ולענייננו – החופש מכפיית אמונה או מנהג (דתי ולא דתי). אלא שטענתי היא שמדינה המבססת את הלגיטימיות של סמכותה על עקרונות אלו בלבד איננה יכולה להתייחס בכובד ראש למצבי כפייה דתית (כדוגמת השבתת תחבורה ציבורית בשבת ובחג), ולא כל שכן להתמודד עמם, משום שאין בהם משום פגיעה בחופש המצפון או הדת אף שבכל זאת אין להם לגיטימציה דמוקרטית.

פרק שלישי

חופש הדת: כישלון התאוריה הליברלית

1. הקושי התאורטי

הזכות לחופש דת נתקלת בבטייה תאורטית דומה, אך לא זהה, לבטייה שבה נתקלת הזכות לחופש מדת. הדפוס המוכר של מקרים שעולה בהם הטענה לפגיעה בחופש הדת הוא הדפוס של חוק מדינה כללי האוסר על מעשה מסוים. לאיסור זה יש טעם מהותי, אוניברסלי וראוי, אך הוא פוגע במיוחד – ואולי רק – במנהג דתי או באורח חיים של קהילה דתית. כזה הוא, למשל, האיסור על תקיפה או האיסור על יצירת מגע פיזי ללא הסכמה. איסור זה נאכף הן בדין הפלילי והן בדין האזרחי. ואולם קיומו מעמיד את ברית המילה בחזקת עברה פלילית ועוולה נזיקית. מדובר באיסור שתחולתו כללית במובן זה שאין הוא מבקש לצאת נגד יהודים דתיים דווקא, אלא להגן על ערכים אוניברסליים חיוניים לכל חברה אנושית. ברם איסור זה פוגע פגיעה קשה בציבור מסוים אשר מצווה למול את בניו. מדובר בדוגמה בלבד לאותו דפוס פרדיגמטי של מקרים שבהם חוק שתחולתו כללית משית עלות כבדה וקונקרטי על קבוצה שמבקשת לקיים ציווי אלוהי.⁴² מה יכול להיות הבסיס לטענת אותו ציבור מאמינים שאיסור כללי כלשהו, הגם שהוא ראוי לכאורה, דינו להיפסל כל עוד הם אינם פטורים מתחולתו? התשובה המידית היא הזכות לחופש דת. אך השאלה הקשה שמתעוררת כאן היא מדוע ראוי להגן על חופש הדת דווקא?

42 שאלה אחרת היא אם ניתן להרחיב את התיאור למקרים שבהם המאמין הדתי משתתף בטקס דתי גם אם אין חובה דתית לבצע ולהשתתף, מצד אחד, או למקרים שבהם הפגיעה הנטענת היא באורח חיים או בסולידריות של הקהילה הדתית, מצד שני. ראו, בהתאמה, *Hosanna- Tabor, לעיל ה"ש 17*. *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) ועניין Hosanna-

שתי תשובות עיקריות ניתנו עד כה: האחת, הגנה על חופש הדת נגזרת מן הזכות לחופש המצפון;⁴³ השנייה, כיוון שלדת יש מאפיינים של תרבות, וכיוון שתרבות ראויה להגנה (בשל תרומתה האפשרית לשגשוג הפרט והקהילה), חופש הדת הוא מקרה פרטי של הזכות לתרבות.⁴⁴ המשותף לשתי תשובות אלו הוא שהן דוחות את קיומה העצמאי של הזכות לחופש דת. וכך, הטוענים לפטור צריכים לבסס את טענתם על ההגנה על מצפונם או על תרבותם, ואולם היותה של המילה ציווי אלוהי אינה הכרחית לשם גיבוש טענה זו.

גישה ליברלית מאמצת בחום – לא כל שכן חוגגת – טענה מסוג זה, משום שמדינה המחויבת לערכי הליברליזם, כך נטען, איננה מורשית ליצור הבחנות בין תפיסות טוב למיניהן: מצפוננו של החילוני ומצפוננו של הדתי ראויים לקבל יחס דומה, וכך גם התרבויות שהם משתייכים אליהן. וכך נוצר פער גדול בין עולם המעשה לעולם התאוריה: בעולם המעשה הזכות לחופש דת נהנית מהכרה מיוחדת בחוקות ובאמנות בינלאומיות חשובות, בפסיקות בתי משפט חוקתיים ובשיח הציבורי;⁴⁵ לעומתה, חופש המצפון או הזכות לתרבות אינם נהנים מהכרה

43 ראו למשל Rawls, *לעיל* ה"ש 13, בעמ' 310–315; MICHAEL J. SANDEL, *DEMOCRACY'S DISCONTENT: AMERICA IN SEARCH OF A PUBLIC PHILOSOPHY* 65–71 (Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1996); WILLIAM A. GALSTON, *THE PRACTICE OF LIBERAL PLURALISM* 45–71 (New York: Cambridge University Press, 2005); Anthony Ellis, *What is Special about Religion?*, 25 L. & PHIL. 219, 240 (2006); BRIAN LEITER, *WHY TOLERATE RELIGION?* 7 (Princeton: Princeton University Press, 2013): "There are principled arguments why the state should tolerate a plethora of private choices and conscientious commitments [...] but not because of anything that has to do with religion as such" ("יש טיעונים עקרוניים המסבירים מדוע המדינה צריכה לסבול מגוון של בחירות פרטיות ומחויבויות מצפוניות [...] אבל לא בגלל שום דבר שקשור לדת ככזאת").

44 ראו למשל JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 251 (Oxford: Oxford University Press, 1986); Gidon Sapir, *Religion and State: A Fresh Theoretical Start*, 75 NOTRE DAME L. REV. 579, 625–641 (1999); Jeremy Waldron, *One Law for All?: The Logic of Cultural Accommodation*, 59 WASHINGTON & LEE L. REV. 3 (2002)

45 בית המשפט העליון האמריקאי קבע באחת הפרשות כי "Only beliefs rooted in religion are protected by the Free Exercise Clause, which, by its terms, gives special protection to the exercise of religion" ("רק אמונות הנטועות בדת מוגנות

דומה.⁴⁶ ההגנה על חופש המצפון ניתנת, אם בכלל, במקרים חריגים בלבד (כגון גיוס חובה לצבא, וגם אז יש המנתחים אותה כזכות לחופש דת).⁴⁷ בעולם התאוריה נמחקת כליל ההכרה המיוחדת שחופש הדת זוכה לה בעולם המעשה. כיצד ניתן ליישב פער זה? יש המסבירים זאת בטענה היסטורית פשוטה (ואף פשטנית) – הדת הייתה המקור העיקרי, ואולי היחיד, לצינוני מצפוני ולתרבות בתקופה שבה התגבשה ההכרה בחופש המצפון כעיקרון יסוד בעולם הליברלי. כלומר, המאבק בין האורתודוקסיה הפרוטסטנטית לבין ההטרודוקסיה הקתולית בתחילת דרכה של ארצות הברית הוא, בו בזמן, מקרה פרטי ומקרה כללי שבו התעורר הצורך להגן על חופש המצפון ועל התרבות של קבוצה נרדפת.⁴⁸ אולם הסבר זה אינו משכנע לא רק משום שהוא הופך בעיה נורמטיבית של הצדקה להסבר תיאורי-היסטורי, אלא משום שגם היום, בעידן מרוֹבָה תפיסות טוב דתיות ולא דתיות, חופש הדת מוסיף ליהנות מהכרה ייחודית. ניסיון אחר ליישב את הפער בין המעשה לבין התאוריה הוא בזיהוי סיבות פוליטיות או פסיכולוגיות שבעטיין ראוי לתת לאמונה דתית הגנה חזקה יותר מלתפיסות טוב אחרות. במקרה זה הועלתה הטענה ההיסטורית שקבוצות דתיות (באמריקה) הופלו לרעה לעומת קבוצות לא דתיות, ומכאן שהזכות לחופש דת

על ידי 'סעיף חופש הדת', אשר, לפי תנאיו, נותן הגנה מיוחדת למימושה של דת".
Thomas v. Review Bd. of Ind. Employment Sec. Div., 450 U.S. 707, 713 (1981)
 46 לביסוס נורמטיבי של הטענה שככלל, הזכות לחופש המצפון לא ראויה להגנה חוקתית
 ראו Richard J. Arneson, *Against Freedom of Conscience*, 47 SAN DIEGO L. REV. 1015 (2010)

47 *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965); *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970). לעומת הקשרים כגון גיוס חובה, חופש המצפון לא יגן על האזרח מפני תשלום מס הכנסה פרוגרסיבי, אף על פי שעבור הליברטריאן חיוב זה נתפס, על פי מיטב שיפוטו, כצורה מודרנית של שעבוד פסול. גם מקרים אחרים של חוסר הסכמה עם מדיניות הממשלה (כברוגמת סרבנות המס של הנרי תורו (Thoreau)) לא יזכו את הסרבן בהגנתה של הזכות לחופש המצפון, גם אם הפגיעה במצפונו היא באמת ובתמים חמורה.

48 ראו MARTHA NUSSBAUM, LIBERTY OF CONSCIENCE: IN DEFENSE OF AMERICA'S TRADITION OF RELIGIOUS EQUALITY (New York: Basic Books, 2008); JOHN M. BARRY, ROGER WILLIAMS AND THE CREATION OF THE AMERICAN SOUL (New York: Viking, 2012)

מבטאת את העיקרון של מניעת אפליה, להבדיל ממתן פריווילגיה.⁴⁹ טענה אחרת בכיוון זה היא שלדת יש פוטנציאל להוביל את מאמיניה להתפרצויות אלימות ולהפרת הסדר הציבורי, ולכן תפקידה של הזכות לחופש דת הוא למנוע מהשלטון לפגוע באורח החיים הדתי של ציבור המאמינים. אולם גם ניסיונות הסבר אלו אינם משכנעים – הן משום שהם מתבססים על הנחות אמפיריות לא מבוססות כדבעי, והן, ובעיקר, משום שכל הצלחה בגישור על הפער היא בהכרח קונטינגנטית (שכן היא לעולם מותנית בקיומה של אפליה ייחודית נגד דתיים או דובר המסוכנות הייחודית שלהם לסדר הציבורי).

2. מקור הבעיה: התפיסה הקדם־דמוקרטית של חופש הדת

מהו מקרה המבחן המובהק העומד לנגד עיניה של התפיסה הליברלית של חופש הדת? שאלה זו חשובה, כיוון שביכולתה להראות מדוע תפיסה זו נאלצת לאמץ טיעונים היסטוריים או פסיכולוגיים רעועים כדי לתת פשר למרכזיותה של הזכות לחופש דת בהווה. בפרק הקודם טענתי שהתפיסה הליברלית של החופש מדת מציבה במרכז (במובלע) את החשש מכפיית אמונה או מנהג דתי, ובכך היא מחמיצה את בעיית הכפייה הדתית העלולה להתעורר במשטר דמוקרטי. בעניין חופש הדת התפיסה הליברלית מעמידה במרכז את מקרה הרדיפה על רקע דתי. כלומר, חופש הדת בהמשגתו הליברלית נועד למנוע מהשלטון לרדוף, להטריד או לדכא את נתיניו בשל השתייכותם הדתית. הטלת איסורים או סנקציות על מי שאוחז בתפיסת טוב קתולית היא דוגמה היסטורית מוכרת. ניתן לטעון גם שהאיסור על חבישת רעלות וסמלי דת אחרים בבתי ספר ובמקומות ציבוריים נוספים בצרפת הוא דוגמה מודרנית למקרי רדיפה שמצדיקים את קיומה של הזכות הליברלית לחופש דת. עם זאת, נראה שהפסול המוסרי במקרים מעין אלה אינו קשור בהכרח בדת – הפסול הוא עצם הרדיפה של אזרחים על רקע תפיסות טוב שאינן מקובלות על קבוצת הרוב של אותה מדינה. פסול דומה היה מתעורר אילו המדינה הייתה רודפת את קהל חובבי הזמר המזרחי, הזכאים אף הם ליהנות

49 זוהי התזה המזוהה יותר מכול עם כתיבתם המשותפת של כריסטופר אייסגרובר ולורנס סייגר. ראו לעיל ה"ש 33.

מחופש בעיצוב תפיסת הטוב שלהם. אם כן, חופש הדת בהמשגתו הליברלית הוא מקרה פרטי של חופש המצפון או הזכות לתרבות, ומטרתו להציב לפני השליט מגבלה על כוחו: איסור על רדיפת נתיניו על רקע תפיסת טוב. לא רק שמקרי רדיפה – על רקע דתי או על רקע חילוני – כבר אינם החשש היחיד להתערבות המדינה בחיי הפרט, אלא שמאז התחייה הרפובליקנית בעולם המערבי נוצר דפוס חדש של מקרים שבהם חירותו של המאמין עומדת בסכנה. זהו הדפוס שהודגם באמצעות איסור המילה – חוק כללי שבבסיסו היגיון אוניברסלי ראוי, שתוצר הלוואי השלילי שלו הוא הטלת נטל כבד וממוקד על תפיסת טוב דתית כלשהי. ההמשגה הליברלית של חופש הדת מתקשה לסייע במקרה זה, משום שרדיפה על רקע דתי איננה בנמצא. אמנם יש מקרים שבהם חקיקת חוק כללי, כאמור, היא דרך שבאמצעותה מסווה המחוקק את רדיפתו את דת המיעוט; כך נטען בעניין החקיקה הצרפתית המטילה איסור כללי על שימוש בפרטי לכוש דתיים – המטרה האמיתית העומדת מאחוריו היא רדיפה של קהילת המיעוט המוסלמית (ובעיקר בנותיה של קהילה זו). אולם אי־אפשר להכליל מתוך מקרה כזה ולטעון שכל חוק כללי המטיל נטל מיוחד על תפיסת טוב דתית כלשהי עושה זאת מתוך מטרה נפסדת לפגוע באותה תפיסת טוב. ולכן מתעורר הצורך למצוא את אותה מסגרת נורמטיבית – את אותה שפה – שבעזרתה אפשר לנתח ולבחון את חוקתיותם של חוקים כלליים אלו. כאמור, התפיסה הליברלית של חופש הדת איננה יכולה לסייע במשימה זו; מה שחסר בה הוא הקישור העמוק בין ההליך שבו נחקק אותו חוק כללי ובין מי שמושפע ממנו (לרעה). התפיסה הליברלית הקדם־דמוקרטית לא ייחסה לקישור זה חשיבות, שכן גבולות סמכותו הלגיטימית של השליט נקבעים לאורך של זכויות היסוד של הנשלט (כגון חופש המצפון והדת). צורת שלטון דמוקרטית, לעומת זאת, מייחסת משקל רב להליך החקיקה, שכן ביכולתו לתרום ללגיטימציה של סמכות המדינה לכפות איסורים כלליים. גם כאן ראוי להבהיר שאיני טוען כי הגנה מפני רדיפה שלטונית של הפרט – דתי או לא דתי – איננה חשובה והכרחית. אני טוען שאין היא מספיקה ושבעיה זו קשורה בטבורה לכך שהתפיסה הליברלית של חופש הדת כושלת ביכולה להבין ולהצדיק את ההגנה שלה ראוי האזרח הדתי מפני המדינה הדמוקרטית.

פרק רביעי

על צורת השלטון הדמוקרטי כשלטון עצמי משותף

הליך קבלת החלטות דמוקרטי מתיימר להציג את ההחלטות שמתקבלות על פיו כלגיטימיות בגלל אופן קבלתן – קרי, מאחר שהן תוצר של הליך "דמוקרטי" – גם אם ההחלטות אינן הנכונות, הנכונות או אף הצודקות ביותר שניתן היה לקבל. הבחנה זו עומדת לא רק בנוגע לנושאים שוליים, אלא גם בנוגע להכרעות בנושאים מהותיים, ובכלל זה שאלות המערבות ויכוחים על צדק. מובן שלא כל הכרעה שהתקבלה באופן דמוקרטי ראויה להיחשב לגיטימית, אולם ישנן די והותר סוגיות חשובות בחיינו הציבוריים שהכרעה דמוקרטית בעניינן היא תנאי הכרחי ומספיק כדי שתיחשב לגיטימית, כלומר להכרעה שמבססת את סמכות המדינה לבצעה ולאוכפה גם כלפי מי שמתנגד לגופה.

איך כל זה נעשה?

ובכן, ההליך הדמוקרטי מציע למשתתפיו המרה של סוג ההתנגדות שעשויה להיות להם כלפי הכרעה של סוגיה שנמצאת בוויכוח ציבורי. בפרט הוא מציע להמיר התנגדות מבוססת תוכן (למשל, אם ראוי לגופו של עניין לפטור בחורי ישיבות משירות חובה בצבא) בהתנגדות מבוססת פרוצדורה (למשל, עמדת לא נשמעה, לא התקיים שיח ציבורי בסוגיה, קולה של הכנסת לא נשמע).

מעשה המרה זה מוכר לנו היטב מניסיון חיינו כאזרחים במדינה דמוקרטית. הכוונה היא לאותה תחושת בעלות שאנו חשים בכל הנוגע להכרעות שהתקבלו באורח דמוקרטי, אף על פי שאנחנו סבורים כי הן לא נכונות או צודקות לגופן. ומהכיוון ההפוך – זוהי אותה תחושת אחריות שיש לנו בכל הנוגע להחלטות שמתקבלות במדינה, שאינה מתפוגגת רק משום שהצבענו נגד החלטות אלו. שכן ההליך הדמוקרטי מתיימר לעשות בדיוק זאת – לקשור אותנו לתוצאת ההליך באופן שאינו מותנה בשאלת הסכמתנו או התנגדותנו לתוצאה. זהו הרעיון שהוזכר לעיל בדבר היות הדמוקרטיה בראש ובראשונה שלטון עצמי משותף (collective self-government).

הביטוי "בראש ובראשונה" נועד להבהיר כי התפיסה המוצעת כאן איננה מתנגדת לאפשרות ששלטון דמוקרטי עשוי להיות בעל ערך מסיבות אחרות, שאינן קשורות בהכרח לרעיון השלטון העצמי המשותף וללגיטימציה הנובעת ממנו. כך למשל, יש המעמידים את חשיבות ההליך הדמוקרטי של קבלת החלטות על אדנים אפיסטמיים – דמוקרטיה עשויה להיות המכשיר הטוב ביותר לקבלת החלטות הטובות ביותר; כלומר, החלטות המיישרות קו עם ציוויי התבונה.⁵⁰ אחרים מציעים הצדקה הנובעת מעקרון השוויון – קבלת החלטות דמוקרטית היא היישום של עקרון השוויון המופשט בזירה הפוליטית.⁵¹ כאמור, אינני מבקש לטעון כי דמוקרטיה פוגעת באפשרות לקבל החלטות תבוניות או בשמירה על שוויון (כלשהו). טענתי היא, ראשית, שאין קשר הכרחי בין דמוקרטיה לבין ערכי התבונה, ושנית, שרעיון השלטון העצמי המשותף מתיימר לבסס את הלגיטימציה של ההחלטה הדמוקרטית גם כאשר ההליך הדמוקרטי אינו תואם את צו התבונה או השוויון, ובכלל זה אפילו השוויון הפורמלי.⁵²

המפתח להצלחת השלטון העצמי המשותף נעוץ במושג "השתתפות", שעומד בבסיס צורת שלטון זו. ישנם אופנים שונים של "השתתפות", כמובן, אבל לא כולם רלוונטיים או נכונים אם מטרת ההשתתפות בהליך הדמוקרטי היא לרתום את המשתתף לתוצאתו כך שהשתתפותו תוכל לשמש טעם טוב כדי להבין את עצמו כיוצר במשותף של החלטה שהתקבלה בסופו של ההליך. כדי להבין זאת אפשר תחילה לראות שכל אחד מאופני ההשתתפות האפשריים

50 להצדקה האפיסטמית של דמוקרטיה יש כל מיני וריאציות, אך לכולן רעיון משותף: בתנאים מסוימים קבלת החלטות משותפת על ידי גוף הטרוגני עולה על קבלת החלטות של יחידים או של קבוצה הומוגנית.

51 ראו למשל Dworkin, "לעיל" ה"ש 15, פרק 4; Rawls, "לעיל" ה"ש 13, בעמ' 355: "We submit our conduct to democratic authority only to the extent necessary to share equitably in the inevitable imperfections of a constitutional system" ("אנו מקבלים את מרות השלטון הדמוקרטי בנוגע להתנהלותנו רק בה במידה שהיא הכרחית כדי לחלוק באופן שוויוני את הפגמים הבלתי נמנעים של מערכת חוקתית").

52 ושוב, הכוונה אינה לכך שההליך דמוקרטי יכול להכשיר כל החלטה, ובכלל זה החלטה הפוגעת בזכות יסוד. אלא ההליך יכול להקנות לגיטימציה להחלטה שאלמלא ההליך לא היה אפשר לבצע ולאוכפה באמצעות כוחו הכופה של השלטון. הנחתי היא שישנן סוגיות רבות בעלות חשיבות ציבורית ניכרת הראויות ומתאימות להכרעה דמוקרטית.

ממוקם על רצף שבין גילוי העדפות לבין פיתוח משנה פילוסופית עמוקה. וכך, בעניין הסוגיה של הנהגת יום שבתון ביום הבחירות, למשל, אפשר לחשוב על "השתתפות" בהליך של סכימת העדפות – כל משתתף מגלה את העדפתו (בעד או נגד למשל), וההחלטה המנצחת היא זו שזוכה ברוב מתוך אלה שגילו את העדפותיהם. מן העבר השני ניתן לחשוב על "השתתפות" כהצטרפות לדיאלוג המוכר למשל מסמינרים מחלקתיים באוניברסיטאות עילית, שבהם מנותחת הסוגיה ביסודיות ובשיטתיות בידי המומחים לדבר על בסיס תבונה, ותבונה בלבד. אלו כמובן שני אופנים קיצוניים של השתתפות. כל אחד מהם לבדו כולל רכיבים ראויים לשלטון דמוקרטי, אבל בצדם גם רכיבים שלא ראוי לאמצם לצורך קבלת החלטות דמוקרטית.

אפתח בגילוי ההעדפות. היכולת של כל אזרח להשמיע את העדפתו, בפתיחות ובחופשיות, היא כמובן רכיב הכרחי בשיח דמוקרטי עשיר, כן וחשוב מכול – חף מפטרנליזם מיותר. כך גם בעניין המחויבות של חברי הקהילה הדמוקרטית להתחשב בהעדפות הפרטים, לפחות בהקשרים מסוימים, כגון בשאלות של עיצוב רשות הפרט ופגיעה בזכויות מוקנות של המשתתף. עם זאת, שלטון המבוסס על קבלת החלטות באמצעות סכימת העדפות בלבד אינו מגיע כדי שלטון עצמי משותף,⁵³ שכן גילוי העדפות הוא בבחינת השתתפות פורמלית בלבד. המשתתף אינו מחויב להסביר את העדפתו ולהצדיק אותה לפני שאר המשתתפים, וממילא לא יכול להיווצר שיח או דיאלוג בנושא המובא להכרעה.

כפיית ההעדפות של הרוב על המיעוט במצב זה היא כפייה כוחנית ולא לגיטימית, שכן העדפה ל- x – או קבוצה של העדפות ל- x – איננה טענה ל- x ולא כל שכן הצדקה של x . כלומר, העובדה שאני, או רוב של אזרחים, מעדיפים יום שבתון ביום הבחירות איננה טענה, וודאי שלא הצדקה, להנהגת יום שבתון כזה. אזרחים המתנגדים לתוצאה זו אינם מחויבים לראות את עצמם

53 בכך השקפתי בעניין מהות הדמוקרטיה שונה בעליל מההשקפה שאומצה במאמר שכתבו סטטמן וספיר בעניין השימוש בטיעונים דתיים. ראו דני סטטמן וגדעון ספיר, "האם מדינה ליברלית רשאית לפעול מתוך הסתמכות על טיעונים דתיים?", מחקרי משפט כה 599 (2009).

שותפים לדבר קבלתה אם "השתתפותם" התמצתה בגילוי העדפתם בלבד. אם כן, הלגיטימיות של כפיית יום שבתון על בסיס סכימת העדפות מוטלת בספק, משום שללא החלפת דעות, טענות והצדקות נכשל הליך קבלת ההחלטות ברתיתם של כל המשתתפים, כולל המתנגדים, לתוצאתו. בשביל המתנגדים העובדה שרוב שהציבור מעדיף x ולא y , למשל במצב שבו רוב הצרכנים מעדיפים גלדת וניל ולא שוקולד (ועקב כך מעלים את מחירה של הראשונה ביחס לשנייה), היא שרירותית לחלוטין מנקודת מבט מוסרית ולכן נעדרת כוח להציג את עצמה כלגיטימית לכלל ה"משתתפים".

חשוב להבהיר כי אין בכך כדי לומר שלהחלטה כזאת לא יכולים להימצא טעמים אחרים העשויים לנסוך בה לגיטימיות. למשל, ייתכן שהיא אינה רק ביטוי להעדפות הרוב, אלא גם ההחלטה החכמה או המוסרית ביותר לגופו של עניין. אולם יש לשים לב כי מקור הלגיטימיות במקרה זה הוא לא ההליך הדמוקרטי עצמו, אלא תוכן ההחלטה – דבר היותה נכונה וראויה במנותק מהעדפות כאלה ואחרות. אך אם בקריטריון של חוכמה או צדק עסקינן, להליך הדמוקרטי עצמו תרומה עקיפה, אינסטרומנטלית וקונטינגנטית להשגת לגיטימציה. כך או כך, קריטריון כזה מרחיק את הרעיון הדמוקרטי מתפיסתו כשלטון עצמי משותף. וממילא עצם ההשתתפות בהליך איננה רלוונטית לצורך בחינת הלגיטימציה של קבלתה וביצועה של ההחלטה שהתקבלה.

על הקצה השני של רצף אופני ההשתתפות נמצאת התבונה כשהיא חפה מהעדפות, אידאולוגיות וכל השפעה אישית או סיעתית (sectarian) אחרת על תוכני ההשתתפות. חוסר התאמתה לרעיון השלטון העצמי המשותף נגזר משני אלו: ראשית, מדובר בהשתתפות שיש לה קשר רופף ביותר לחוויית החיים של המשתתף כאזרח החי כאן ועכשיו, מחזיק בעמדות מסוימות ומשקיף על המתרחש מנקודת מבטו שלו. על כן היא מכפיפה את ההליך הדמוקרטי לאמת מידה תבונית, כזאת שמבססת את הלגיטימציה של ההכרעה על התאמתה לאמת. עצם ההשתתפות של אזרחים אינה יכולה להספיק. יתר על כן, לא הכרחי שתהיה השתתפות עממית. די, ואולי כדאי, לאמץ את שלטונו של המלך הפילוסוף (בתוספת של מועצת מומחים) כדי לקבל החלטות שצריכות לזכות בלגיטימיות. שנית, ובהמשך ישיר לטעם הראשון, אופן השתתפות "מדעי" זה מדיר מקהילת האזרחים את כל מי שאינו מסוגל או מעוניין להגיע לשליטה מלאה בשיח התבוני

הנדרש לצורך קבלת החלטה מושכלת.⁵⁴ שלטון דמוקרטי, אחרי הכול, הוא שלטון העם ולא – ולמצער לא בהכרח – שלטון התבונה.

אם כן, מהו אופן ההשתתפות הרלוונטי לשלטון עצמי משותף? מהדברים המובאים כאן ברור שההשתתפות הרלוונטית צריכה להתבטא ביותר מגילוי העדפה גרדא, אך אין היא צריכה להיות מוגבלת לתבונה טהורה. השילוב בין השניים הוא אפוא הכרחי. וביתר פירוט – יש שני נדבכים שהצירוף שלהם מגיע כדי ה"השתתפות" הדרושה על מנת שקבלת ההחלטות תוכל להיחשב יצירה משותפת, ולכן דמוקרטית.

הנדבך האחד נוגע להיבטים התוכניים של אופן ההשתתפות. כאמור, השתתפות שביכולתה לקשור בדיאלוג את המשתתפים, ובכך לקושרם גם לתוצאת ההליך, צריכה לכלול השמעת טיעונים והצדקותם. למשל, תמיכה בשבתון ביום הבחירות צריכה לכלול הסבר על פשרה של העמדה וכן התייחסות להיבטים האמפיריים והנורמטיביים התומכים בה. בקצרה, ההשתתפות הנדרשת היא בשיח של הצדקות (בעד או נגד). האם בכך חוזרת בדלת האחורית התפיסה המדעית-תבונית שהוזכרה לעיל? לא. הטעמים שניתן להביא במסגרת שיח ההצדקות הדמוקרטי כוללים פנייה להסברים עקרוניים ומוסריים בצד טעמים פרגמטיים, טקטיים ואסטרטגיים. דומה שהשיח הציבורי המוכר לנו מדגים, גם אם לא בצורה מושלמת, את שפע הטעמים העולים בו – למן הגשמיים ביותר ועד לטעמים היורדים לשורשן של שאלות היסוד של הקיום האנושי (כגון שאלת משמעת החיים).

הנדבך השני נוגע להיבטים הפסיכולוגיים המתלווים להשתתפות בהליך דמוקרטי של קבלת החלטות. היבטים אלו עוסקים בהתכוונות (attitude) של המשתתף כלפי קהילת המשתתפים – מידת פתיחותו ונכונותו להשמיע ולשמוע אחרים. הכוונה היא לכך ש"השתתפות" בהליך הדמוקרטי דורשת מהאזרח מחויבות לנהוג בלב פתוח ובנפש חפצה. בכך אינני טוען כי על המשתתף להיות ניטרלי או להימנע מלגבש עמדה בסוגיה הנידונה טרם הדיון. להפך, רצוי שכל אחד יביא עמו "מהבית" עמדה שגובשה על בסיס העדפות ופיתוח חשיבה סדורה

54 בצד אלה שאינם מסוגלים מסיבות אובייקטיביות, החשד הוא שיש עוד רבים אחרים שאינם מעוניינים להקדיש את מיטב זמנם להתמחות ולהעמיק את הידע בנושא הדיון. אזרח הוא לא רק נושא תפקיד (office-holder). הוא גם – ואולי בראש ובראשונה – אדם פרטי.

בנושא המיועד לדיון. ההתכוונות הנדרשת אוסרת הפניית גב לשאר המשתתפים ולטיעונים הנשמעים מהם. הפניית גב היא מטפורה לאי־נכונות מוחלטת לסגת מהעמדה שאֵתה מגיע המשתתף לדיון; באופן טיפוסי היא מתבטאת באי־נכונות להגן על עמדת המשתתף כנגד טיעונים כבדי משקל. התנהגות כזאת מתרחשת, למשל, כאשר למשתתף יש מחויבות קודמת הגוברת (preempt) על המחויבות כלפי חברי הקהילה הדמוקרטית.

מדוע שני נדבכים אלו הכרחיים ליצירת הליך קבלת החלטות "דמוקרטי"? התשובה היא שכדי שההחלטה המתקבלת תיחשב החלטה שנוצרה במשותף, על המשתתפים להיות מסוגלים להבין את עצמם כמי שקיבלו בעלות משותפת – ולכן אחריות – על יצירתה. לעומת גילוי העדפות, שיכול להיעשות במנותק מכל קשר ממשי עם אחרים, החלפת דעות וויכוחים בין המשתתפים מחייבים התייחסויות גומלין שבבסיסן כל אחד מן המשתתפים מכיר באחר כמי שראוי להתייחסות ולהתחשבות, כלומר כמי שעצם הצטרפותו לדיון היא טעם מספיק להתייחס בכובד ראש לעמדותיו: לשוקלן, לעמתן מול עמדותיו שלו ולבסוף לאמצן או לרחותן על בסיס כל השיקולים הרלוונטיים. ההכרה הזאת אין משמעה כמובן גילוי חיבה או כל רגש אמפתי אחר. עניינה בקבלה של עוברת היותו של יריב לדרך משום שותף שווה לתהליך קבלת החלטה מחייבת. או במילים אחרות – הכרה באחר כאזרח.⁵⁵

שני הנדבכים הנזכרים הם, במצטבר, הכרחיים. ניתן לדמיין מקרים רבים שבהם אזרחים ונבחריהם מפירים לפחות אחד מהם. את הטיפול בעייה כללית זו

55 לשם המחשה חִשבו על מצב שבו רוב של אזרחים (ונציגיהם בכנסת) מחליטים להטיל חובת הצבעה בבחירות. סכימת העדפות הציבור הייתה מביאה לכך שהחוק יתקבל, אך הלגיטימציה של חוק כזה בעיני מי שמתנגד לתוכנו, כזכור, תהיה מוטלת בספק. אך מה יקרה אם הרוב המעוניין מוכן להשמיע את הרציונל שבסיס הצעת החוק, אך מסרב בכל תוקף להתמודד עם טענות־נגד ובאופן כללי פוטר את ההתנגדויות ב"אין על מה לדבר"? טענתי בטקסט המרכזי היא שבמצב דברים זה אין לקבוצת המיעוט טעם ראוי לראות את עצמם כיוצרים במשותף של החוק. ייתכן, ניתן לסבור, שיש סיבות טובות אחרות לקבל את החוק ואת ההשלכות הכופות שלו – למשל, אולי הוא ישפר לאין שיעור את התרבות הפוליטית או יתרום לביצועי חברי הכנסת. ואולם בהיעדר אלו, אכיפת החוק תהיה משום כפייה ברוטלית של כוח, ובמילים אחרות – הפיכת האזרחים לכדי נתינים.

אני מבקש להשאיר להזדמנות אחרת. אולם לטענתי הזכויות לחופש דת ולחופש מדת מטפלות בקבוצה מיוחדת של מקרים אלו, וייחודה מצדיק התייחסות עצמאית. הכוונה היא להפרה שיטתית של (לפחות) אחד הנדבכים שאיננה נובעת מהפסיכולוגיה האישית של משתתף זה או אחר. מקורה הוא מבני, שכן הוא נעוץ בתפיסת טוב שייחודה בדתיותה. חשוב להבהיר שאינני טוען כי כל תפיסה שנחשבת דתית בתרבות או במשפט תוביל בהכרח את משתייכיה להפרה של לפחות אחד משני הנדבכים. טענתי היא שמה שיכול לייחד תפיסת טוב דתית מכל שאר תפיסות הטוב הוא צורה מסוימת של אמונה, שבבסיסה עשויה לעמוד בסתירה עם הנדבך הראשון או השני או עם שניהם. הבהרה זו תלובן כמובן בהמשך, אך חשוב יהיה לקושרה לסוגיה חשובה שחיבור זה מבקש להתמודד גם עמה בהמשך – מהי תפיסת טוב דתית?

כפי שטענתי בתחילה, תאוריה של הזכות לחופש דת ולחופש מדת שמקבלת כפשוטה את ההגדרה המשפטית או הסוציולוגית של "דת" חוטאת בכך שהיא שבויה בהמשגות היסטוריות של תפיסת טוב דתית בלי שיש לה הכלים האינטלקטואליים להעריך המשגות אלו ובלי שיש לה האפשרות לבחון את התאמתן לתפיסה הקדם-תאורטית של הציבור בשאלה – אמונה דתית מהי?

האם, ומדוע, טיעונים מבוססי אמונה דתית עלולים לעמוד בסתירה לשלטון עצמי משותף?

טיעונים רבים שנשמעים בשיח הציבורי נסמכים בצורה זו או אחרת, במודע או שלא במודע, על תפיסת עולם דתית. צמחו, כעניין היסטורי, מתוך מערכת ציוויים דתית. לכן מטרתי בפרק זה איננה להציע ניתוח שחל על כל טיעון שקשור קשר כלשהו לתפיסת טוב דתית. כוונתי להתמקד בסוג מסוים של טיעונים מבוססי דת. מקרי השבתת התחבורה הציבורית בשבת וברית המילה ממחישים מצבים שבהם הטיעון העיקרי, ואולי היחיד המשכנע, הוא הציווי האלוהי, להבדיל מטעמים שיומרתם אוניברסלית. מדובר במקרים שבהם הטעם לפעולה – השבתת התחבורה בשבת ומילת הבן – הוא לא אחר מרצון האל.⁵⁶

עשויות להיות שתי סיבות לכך שהישענות על ציווי אלוהי אינה עולה בקנה אחד עם אופן ההשתתפות הדרוש להליך דמוקרטי של קבלת החלטות מהסוג שבו דובר לעיל. כל אחת מהן מבטאת תפיסה מסוימת של מהי אמונה דתית, להבדיל מאמונה במדע, במוסר ועוד. די באחת מהן כדי שלא להחשיב טיעון כזה כהשתתפות הדרושה להליך הדמוקרטי.

ראשית, תוקפו של טיעון הציווי האלוהי אינו נתון לבחינה רציונלית, בין שהיא מבוססת על שיקולים ראיתיים (האם ניתן לאמת את קיום האל?) ובין שהיא מבוססת על שיקולים מוסריים (האם ניתן לערער על שיפוטיו המוסריים?). במובן זה השימוש בציווי האלוהי כמוהו כרחיית שיח ההצדקות בשל חוסר הרלוונטיות של שיח זה לצורך ביסוס טענה הנסמכת על ציווי אלוהי. כך

56 בהמשך יהיה אפשר לבחון את הרחבת סוג הטיעונים הדתיים המיוחדים ולכלול בהם טיעונים הנסמכים על דוגמה מושרשת (גם אם אין לה עיגון מפורש בטקסט מכונן) או על פסיקה מחייבת של סמכות דתית שאיננה אלוהים (כגון רב או כומר), אשר גם אם איננה מעוגנת במפורש בטקסט קדוש, היא נתפסת בציבור הרלוונטי כמחייבת מאחר שניתנה על ידי מי שנתנה.

למשל, כאשר הטיעון בעד מילת הבן מתבסס על שיקולים ראייתיים כמו היגינה ובריאות הנימול, תוקפו של טיעון זה קם ונופל על נכונותן של הנחות היסוד שלו ושל כל יתר רכיבי הטיעון – למשל, אם נימולים נוטים לסבול פחות מחבריהם הלא נימולים מבעיות בריאות רלוונטיות. שאלה אחרונה זו משמשת בסיס לדיון בין חברי הקהילה הדמוקרטית, ובכך היא מאפשרת למצדדים ולמתנגדים ליצור דיאלוג – להתווכח, להחליף דעות וידע – ובעקבות זה להיחשב ליוצרים במשותף של ההחלטה שתנבע מאותו דיאלוג, יהא תוכנה אשר יהא.

אך כאשר הטיעון שואב את תוקפו דווקא מכך שהוא אינו נתון לבחינה אמפירית כלשהי, אלא מרצון אל, הדיאלוג ההכרחי הזה אינו יכול להתקיים. כך למשל, אם המתנגד למילה יטען טענות מוסריות ברבר שלמות הגוף והאוטונומיה של הפרט, יהיה אפשר להתווכח עם טיעון זה על ידי בחינת תוכנו והמטען הנורמטיבי שהוא נושא וכן על ידי עימות ערכי החירות והאוטונומיה עם ערכים קהילתיים (כגון משפחה ותרבות). החלטה מחייבת שמתקבלת על בסיס ויכוח כזה יכולה, בתנאים מסוימים, לבטא שלטון עצמי משותף. לעומת זאת כאשר התמיכה בחוקיות המילה נעשית על ידי פנייה לצייוי אלוהי, וכאשר משמעות ציווי זה היא שהוא חסין אפריורית מהפרכתו בעזרת פנייה לטיעונים אמפיריים (למשל הסיכון הכרוך בכיצוע המילה) או לטיעונים נורמטיביים (למשל אי-מוסריותה של הסרת חלק מגופו של אדם ללא הסכמתו), לא יכול להתקיים שיח ההצדקות הדרוש להליך הדמוקרטי. במילים אחרות, כאשר ה"השתתפות" של התומך בחוקיות המילה מתחילה ונגמרת בהתעקשות על העמדה ש"כך ציווה אלוהים", דומה ששום דיאלוג דמוקרטי לא יכול להיווצר, שכן אותו תומך מעמיד את עמדתו מעל ליכולת הבירור של חבריו לקהילה הדמוקרטית. בכך ה"משתתף" אינו מתייחס בכובד ראש לעובדת היות בני שיחו אזרחים ולכן שותפים מלאים בקבלת ההחלטה הסופית.

נשאלת השאלה אם אמונה דתית חייבת להיות אמונה בלתי מסויגת,⁵⁷ במובן של ראיית תוקפו של הציווי האלוהי כנכון אפריורית – כלומר, ללא קשר

57 כוונתי ב"אמונה לא מסויגת" יכולה להתיישב גם עם גישות תאולוגיות המכירות בחשיבות הדיאלוג המוסרי בין המאמין לבין האל (חשבו, למשל, על הדיאלוג בין אברהם לבין האל בעניין רצונו המשוער להמיט חרבן על כל תושבי סדום. בראשית יח,

לאפשרות ליישבו עם ציוויי המוסר או המדע. התשובה היא כמובן לא. אמונה דתית יכולה להכפיף את תוקפו של הציווי האלוהי לבחינה רציונלית, ראייתית ומוסרית, ובמובן זה ביכולתה ליצור המשכיות עם האמון שיש לנו במדע ובידע רציונלי אחר (ובעיקר במוסר). אבל, ומדובר ב"אבל" חשוב, טענתי היא שמאפיין המייחד אמונה דתית מאופני אמונה אחרים (למשל במדע) הוא שאמונה כזאת יכולה להיות מובנת על ידי המאמין כאמונה שבמסגרתה תוקפו של הציווי האלוהי אינו צריך, ואולי אף אינו יכול, להיות מוכפף לבחינה רציונלית. דומה שלא יכולה להיות "אמונה" במדע שבאמת ובתמים תיחשב לאמונה במדע אם תוקפן של מסקנות מדעיות עומד מעל לבחינה המדעית. במילים אחרות, אפשר לדחות את סיפור עקדת יצחק כביטוי לדרך היחידה האפשרית שעל המאמין להבין בה את תוקפו של הציווי האלוהי, כלומר ככזה שאינו מותנה בציוויים מוסריים או אחרים. עם זאת, לא ניתן לטעמי לדחות את שתי הטענות האלה: (א) אפשר לקבל את סיפור עקדת יצחק כביטוי אותנטי למהי אמונה דתית (כלומר, העמדת הציווי האלוהי מעל לציווי המוסרי או לכל בחינה רציונלית אחרת); ו-(ב) אי-אפשר לקבל סיפור דומה לזה של עקדת יצחק כביטוי לאמונה במדע או במוסר.

שאלה חשובה פחות לרגע זה קשורה לפשרה המדויק של אמונה דתית שדוחה את הכפפת תוקפו של הציווי הדתי לבחינה רציונלית: עד כמה היא נפוצה בישראל או במקומות אחרים, ובעיקר מה תוכנה? בעניין אחרון זה ישנן גרסאות שונות. הקיצונית ביותר מזוהה עם גישתו התאולוגית של ישעיהו ליבוביץ. לשיטתו, לא רק שאמונה דתית אינה צריכה להכפיף את תוקפו של הציווי האלוהי לבחינה רציונלית, אלא שהדבר בלתי אפשרי. כלומר, אמונה דתית, כדי שתיחשב כזו, חייבת לעמוד בניתוק גמור לכל צורת אמונה אחרת, כגון אמונה במדע. אך זו לא הגישה האפשרית היחידה כשמדובר בתפיסה המעמידה במרכז האמונה את אי-כפיפותו של הציווי האלוהי לכירור רציונלי. כפי שרמזתי לעיל,

כג-כה). ראו DAVID HARTMAN, A HEART OF MANY ROOMS: CELEBRATING THE MANY VOICES WITHIN JUDAISM 12–13 (Woodstock, VT: Jewish Lights, 1999). גם במקרה כזה לאחר שהדילוג מסתיים, ייתכנו נסיבות שבהן הכרעתו של האל אינה מתיישבת עם האינטואיציה המוסרית של המאמין. במקרה כזה מתחדדת שוב שאלת האמונה הבלתי מסויגת.

גרסה חלשה יותר מזו של ליבוביץ לשאלת היחס בין דת לבין תבונה גורסת שתוקפו של ציווי אלוהי אינו צריך להיות מוכפף לבחינה רציונלית (ואילו עבור ליבוביץ תוקפו חייב שלא להיות מוכפף, כאמור, כדי שיהיה אפשר להבין את הציווי כציווי אלוהי).

לסיכום הסיבה הראשונה: נימוק דתי, רצון האל, אינו מגיע כדי ה"השתתפות" הנדרשת להליך דמוקרטי של קבלת החלטות, ככל שמבטאו מייחס לו תקפות שאיננה מותנית בבחינה רציונלית, אמפירית או נורמטיבית. הקושי הנוצר עקב שימוש בנימוק כזה הוא חוסר האפשרות לנהל דיאלוג בין מצדדיו לבין מתנגדיו. העמדת תוקפו של הציווי האלוהי מעל לאפשרות הביורור הרציונלית היא משום הפניית גב לחברי הקהילה האזרחים, שכן אלה אינם נתפסים כמי שיכולים לבחון את כוחו של הטיעון, לא כל שכן לערער עליו. החלטה מחייבת למניעת תחבורה ציבורית בשבת, למשל, המתקבלת על בסיס רוב האוחז בנימוק דתי היא שימוש לא לגיטימי בכוחה הכופה של המדינה, שכן המתנגדים לה אינם יכולים לראות בעצמם יוצרים במשותף שלה – כלומר אזרחים ולא נתינים. כפי שאטען בהמשך, כנגד קושי זה צומחות הזכויות לחופש דת ולחופש מדת. האחרונה שומרת על הליך קבלת ההחלטות הדמוקרטי מפני אופני "השתתפות" הסותרים את רעיון השלטון העצמי המשותף; ואילו הראשונה מאפשרת למי שאינו רשאי להשתתף פטור מתוצאת ההליך בהנחה שתוצאה זו מטילה נטל כבד על מימוש אמונתו הדתית.

הסיבה השנייה שהישענות על ציווי אלוהי אינה עולה בקנה אחד עם תפיסת הדמוקרטיה כשלטון עצמי משותף נוגעת למחויבות של הדובר לאלוהיו, מצד אחד, ולקהילת האזרחים, מצד שני. הסיבה הראשונה שהובאה לעיל זיהתה מאפיין שמייחד אמונה דתית בלי לטעון שמאפיין זה הוא הכרחי לכל אמונה דתית. גם הסיבה השנייה נוגעת למאפיין שהוא ייחודי, גם אם לא הכרחי, לאמונה דתית. עם זאת, לסיבה זו, להבדיל מהסיבה הראשונה, יש לטעמי נוכחות ברורה מאוד ודומיננטית בקרב חלק ניכר מציבור המאמינים. כדי להיווכח בזאת אניח לצורך הדיון כי השימוש בציווי האלוהי כחלק מהדיאלוג הציבורי נעשה על ידי מי שאינו מקבל את ההפרדה בין אמונה לתבונה. כלומר, מי שאינו מעמיד את תוקפו של הציווי האלוהי מעל לאפשרות הביורור הרציונלית. לטענתי, גם במצב דברים זה הסתמכות על נימוק דתי עלולה לחתור תחת האפשרות ליצור הליך

קבלת החלטות שכל משתתף יכול לראות את עצמו שותף לו. הסיבה לכך היא שחלק מהמשמעות של מחויבות דתית היא לא רק מחויבות לתוכנו של הציווי (למשל מצוות מילת הבן), אלא היא גם מחויבות מסדר שני – להעמיד את הציווי לפני כל מחויבות אחרת, ובכלל זה לפני המחויבות לדיאלוג אזרחי. הכוונה היא לאותם מקרים שבהם "השתתפות" בדיון ציבורי איננה מלווה בפתיחות של המשתתף לעמדות אחרות ומנוגדות לשלו, שכן משתתף זה מגיע לדיון מבוצר בעמדתו. היא אינה נתונה להתאמות ולשינויים בעקבות האינטראקציה עם המשתתפים האחרים, בבחינת "זו עמדתי, והיא אינה נתונה לוויכוח".

ראוי להדגיש כי חוסר הנכונות להתדיין בלב פתוח ובנפש חפצה איננו מעיד בהכרח שתקפותו של הציווי האלוהי אינה כפופה לבחינה רציונלית, אלא על מחויבות מיוחדת של המאמין לקשר שלו עם האל. מעמדו המיוחד של האל אינו נובע בהכרח מכך שהוא חף מטעויות, אלא מכך שהוא חף מביקורת. במה דברים אמורים – בחד־צדדיות של האינטראקציה בין המשתתף המאמין ובין אחרים. הראשון אינו מציג את הציווי האלוהי (כגון זה הרלוונטי לוויכוח על מילת הבן) כבעל תוקף טרנסצנדנטלי, שאינו מותנה בבירור אמפירי, ראייתי או נורמטיבי. לשיטתו, אין, ולא צריכה להיות, התנגשות בין ציווי זה לבין "אמונה" במדע או במוסר. ברם לנכונותו לשכנע בכך את משתתפי הדיון לא מתלווה נכונות להיפתח לעמדות העומדות בסתירה לשלו. הוויכוח, אם אפשר לקרוא לכך "ויכוח", הוא לפיכך חד־צדדי; מקופלת בו התפיסה שמשתתפים אחרים אינם ראויים להכרה כמי שהם, כלומר כאזרחים היוצרים במשותף את החוק שלאורו הם חיים. היעדר הפתיחות וההכרה במעמדו של האחר כאזרח אינו נובע מן היררכיה בין המשתתף המאמין לבין יתר המשתתפים, אלא מן ההיררכיה שבין המחויבות של המאמין כלפי האל לבין המחויבות שלו כלפי יתר המשתתפים.

בנקודה זו עלולה להתעורר המחשבה (המוטעית) שהטיעון שהצעתו הוא פסיכולוגי ושכבסיסו עומדת הבחנה פסיכולוגית על טבעו של האדם המאמין. טיעון כזה מצריך ביסוס אמפירי שספק אם ניתן לספקו. מכל מקום, אין בכוונתי להציע טיעון כזה או להגן עליו. הטענה שהעליתי בדבר ההתכוונות והמחויבות כלפי האל היא טענה מבנית (structural) בנוגע לאמונה דתית טיפוסית. עניינה בזיהוי מאפיינים הטבעיים בדנ"א של מוסד הדת ולא – או לא בהכרח – בדנ"א של אדם מסוים (דתי או לא דתי); מאפיינים מבניים או מוסדיים בדת עצמה אשר

מעודדים או אף מחייבים לפתח בשיטתיות את המחויבות האמורה.⁵⁸ סוג זה של טיעון (בדבר מאפיינים מבניים בדת) נמנע מהסתמכות על הבנה נוסטלגית או אנקדוטית, במקרה הטוב, של המחויבות המיוחדת של המאמין לאלוהיו, שכן בכונתי להצביע על הפן המוסדי – על הנורמות ועל המבנים – של אותה מחויבות, כלומר על כך שהתביעה מן המאמין לפתח מחויבות מיוחדת כלפי האל היא אינהרנטית לדת ולא רק, או בהכרח, לחבר זה או אחר בה.

לחוסר הנכונות הזאת של התומך בציווי האלוהי מופע אחד: מחויבות לדבוק בציווי זה, יהא טיעונו של המשתתף האחר אשר יהא. כאמור, מדובר בביטוי חיצוני לנורמות בסיסיות המסדירות את תוכן מחויבותו של המאמין לאלוהיו. אפשר לחלק נורמות רלוונטיות אלו לשני סוגים:⁵⁹ סוג אחד של נורמות מסדיר את אופן ההתייחסות הלגיטימית של המאמין לרעיונות ולעמדות הסותרים, או היוצאים נגד, עיקרי דתו. הכוונה היא לאיסור על כפירה (heresy), המוכר בווריאציות שונות בשלוש הדתות המונותאיסטיות. בכיסו עומד האיסור על גיבוש דעה או אמונה הסותרת את הדוקטרינה הדתית. על פי רוב הוא כולל גם עיקרון מניעתי – איסור בדבר היחשפות לדברי כפירה (כגון קריאת טקסטים או שמיעת דוברים "חשודים"). פעולתה של הנורמה המדוברת יוצרת חיץ בין המאמין לבין דעות "כופרות": ההתמודדות עם דברי הכפירה היא קטגורית – הפניית הגב אל משמיע דברי הכפירה; ולא דליברטיבית – דיון ודיאלוג. זיהוי אדם כדובר דברי כפירה שוללת ממנו את ההכרה בהיותו בן שיח, כלומר כבעל תביעה להיות יוצר במשותף של החוק.

הסוג השני של נורמות מסדיר במישרין את אופן ההתייחסות של המאמין לאל. בקצרה ניתן לתאר את תוכן של נורמות אלו במונחים של דבקות חסרת פשרות באל. אף שעניינין בהתוויית היחס הראוי של המאמין לאלוהיו, השפעתן מורגשת בהכרח גם באופן שבו על המאמין לנהל את יחסי הגומלין שלו עם

58 גישה הפוכה לגישה זו היא הגישה הצומחת מפרויקט הנאורות. גישה זו אומרת שהמחויבות הבסיסית של האדם מתמצית בעיקרון של "תמיד לחשוב בשביל עצמך" ("The maxim of always thinking for yourself"). ראו Immanuel Kant, *What Does it Mean to Orient Oneself in Thought?*, in *PRACTICAL PHILOSOPHY* 8, 146 (Mary Gregor ed. & trans., Cambridge: Cambridge University Press, 1996)

59 המיון (לסוגים) המוצע כאן מבוסס על תוכן ולא על מבנה הנורמה.

אחרים. הכוונה היא שהדבקות באלוהים יוצרת מחויבות לאלוהים הקודמת למחויבויות אחרות ואף בולעת אותן. אין הכוונה לכך שהמאמין אינו יכול לפתח מחויבויות כלפי אנשים ורעיונות אחרים, אלא שהן כפופות למחויבות הראשונה, ובשני מובנים: הראשון, כפיפות במובן הפשוט של היררכיה, כפי שהדברים עולים למשל מעקדת יצחק, שבה נדרש אברהם להפנות את גבו לכל מחויבות אחרת שלו, ובכלל זה המחויבות הבסיסית לתפקיד האב ולמוסר; השני, כפיפות במובן של הבנת המחויבויות האחרות כביטוי, יישום או תולדה של המחויבות לאל.

אמחיש זאת בכל הנוגע ליהדות כמקרה פרטי המעיד על המקרה הכללי. את מרב תשומת הלב אבקש למקד ברעיון המצווה התמידית, ובייחוד באוסף המצוות התמידיות, שעניינן "אהבת" האל. כמו כן אתמקד במקורות ובעמדות מקובלים (main stream), עד כמה שהדבר אפשרי.⁶⁰

ב"ספר החינוך" (המתוארך למאה השלוש עשרה) נקבע כי המצווה של אהבת האל חלה בכל רגע נתון,⁶¹ בבחינת "שיתיה ה' לנגדי תמיד".⁶² זוהי אפוא מצווה תמידית. הרמב"ם מדגיש נקודה זו וכותב כי הדבקות באלוהים חלה על המאמין "תמיד בין בשבתו בין בקומו בין בשעה שהוא אוכל ושותה".⁶³ הרב קוק, למשל, כותב בהקדמתו לפירושו לסיידור התפילה על המחויבות של המאמין היהודי להימצא במצב מתמיד של תפילה.⁶⁴ כלומר, במצב מתמיד שבו "נפשו קשורה באהבת ה'".⁶⁵ דברים דומים נאמרו על ידי הרב שך, שתיאר את הדבקות הנדרשת באלוהים במונחים הטוטליים של "מסירות נפש".⁶⁶

מחויבות בלתי מתפשרת איננה חייבת להיות מחויבות שקושרת בין המאמין לבין האל ישירות, אלא היא יכולה להיות מתווכת בידי מנהיגי הקהילה הדתית הרלוונטית. יהדות ונצרות קתולית הן דוגמאות לכך. דוקטרינת "דעת תורה"

- 60 או בגרסה חלשה יותר: אתמקד במקורות ובעמדות שאינם נתפסים כשוליים או אוטוריים.
- 61 ספר החנוך, מצוה תיח. מצוות אהבת השם חלה "בכל-מקום ובכל זמן [...] וזאת מן המצוות התמידיות על האדם ומוטלות עליו לעולם".
- 62 תהילים טז, ח. ראו גם במדבר ו, ה.
- 63 משנה תורה, הלכות תשובה י, ג.
- 64 ראו ההקדמה לסדר התפילה לרב אברהם יצחק הכהן קוק, סדר תפילה עם פירוש עולת ראיה, יא-יג (ירושלים: מוסד הרב קוק, תשמ"ה).
- 65 משנה תורה, הלכות תשובה י, ג.
- 66 הרב אלעזר מנחם מן שך, מכתבים ומאמרים ה, קכד (בני ברק, תשמ"ח).

שהתפתחה בקהילה החרדית-ליטאית במאה הקודמת מדגימה אפשרות זו. על פי דוקטרינה זו, קביעה של אחד מגדולי התורה בשאלה הלכתית שבמחלוקת, ולעתים גם בשאלות לא הלכתיות, היא משום קביעה מחייבת עבור החברה החרדית.⁶⁷ הסבר להשקפה זו נמצא בדברי הרב אליהו אליעזר דסלר, המראים בבירור כי על המאמין הדתי להימנע מלערער על אותה דעת תורה ולכן לקבלה ככזאת, גם אם יש לו סיבה טובה לפקפק בנכונותה, וגם אם הוא סבור שביכולתו להגיע להחלטה טובה יותר: "וכבר אמרו לנו חז"ל לשמוע דברי חכמים, אפי' לון אומרים לנו על שמאל שהיא ימין, ולא לומר ח"ו שבודאי טעו מפני שאנכי הקטקטן רואה בחוש את טעותם, אלא החוש שלי בטל ומבוטל הוא כעפרא דארעא כלפי בהירות שכלם וסייעתא דשמיא שלהם".⁶⁸ לעתים הטעם לקבלת שיפוטו של יודע דבר הוא פער אפיסטמי המפריד בין ההדיוט ובין הבנה נכונה של הדברים (למשל, מדען שעוסק בשאלות שאינן ניתנות להבנה עמוקה על ידי ההדיוט). אך הדרישה לדבוק בדעת תורה חלה גם כאשר פער אפיסטמי כאמור אינו מתקיים (שכן איננו זקוקים ל"מדען" כדי להפריד יד ימין משמאל או ל"מומחה באתיקה" כדי להבין שאסור, מנקודת מבט מוסרית, להקריב את יצחק לאלוהים). ואכן, כפי שציינתי לעיל, עניינה של המחויבות הלא מסויגת לדבוק באל איננה זהה לחובה לקבל את הנאמר – את תוכן הדברים – כאמת, אלא היא החובה שלא להכפיף את הנאמר לביקורת, עצמית או חיצונית. על רקע זה לא מפתיע שההבחנה הלשונית הנהוגה בתקופות מסוימות בין הלא דתי לבין הדתי הייתה בין "אדם חופשי" לבין "שומר מצוות" – מי שמוגדר על דרך השלילה "לא חופשי".⁶⁹

- 67 לדיון מעניין בהתפתחות דוקטרינת דעת תורה ראו בנימין בראון, לקראת דמוקרטיזציה במנהיגות החרדית? דוקטרינת דעת תורה במפנה המאות העשרים והעשרים ואחת (ירושלים, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011). ראו גם לורנס קפלן, "דעת תורה: תפישה מודרנית של הסמכות הרבנית", בין סמכות לאוטונומיה במסורת ישראל 105, 112-113 (זאב ספראי ואבי שגיא עורכים, תל אביב: הקיבוץ המאוחד כשיתוף עם נאמני תורה ועבודה, 1997).
- 68 הרב אליהו אליעזר דסלר, מכתב מאלהו א, 75-76 (ירושלים: [ספריית], תשנ"ב), מצוטט אצל בראון, לעיל ה"ש 67, בעמ' 18-19 (ההדגשה שלי).
- 69 הבחנה זו הייתה נהוגה בעיקר עד לתחילת המאה הקודמת לערך, אך היא מוכרת גם בימינו אנו. ראו למשל את הכותרת של החיבור – רות גביון והרב יעקב מרן, מסד

מובן שלדבקות אינסופית באלוהים או בפרשניו המוסמכים עשוי להיות מחיר כבד ואולי אף בלתי אפשרי לנוכח המחויבויות הנוספות של המאמין (המחויבויות הקשורות למשפחתו, לקהילתו, למדינתו ועוד). אולם חשוב להבין שהמצווה התמידית של דבקות באלוהים מסמנת "אידאל", בלשונו של הרב קוק, שאליו יש לשאוף בהינתן המגבלות הקוגניטיביות, הרגשיות והחומריות של מאמין בשר ודם.⁷⁰ מנקודת המבט של אידאל זה מחויבויות המונעות הקדשה תמידית של הנפש לאלוהים הן, במקרה הטוב, בבחינת אילוצים פרגמטיים הרובצים, בלית בררה, על המאמין.⁷¹

אך עובדת היותה של מצוות הדבקות באלוהים תמידית אינה מספיקה כדי להפרידה ממצוות ומציוויים אחרים של כל אדם, מאמין או כופר. יש התופסים את תפקיד ההורה במונחים הדומים למצווה תמידית. כמו כן בגרסאות קיצוניות מסוימות – המוכרות, למשל, מתנועות פשיסטיות ומספרטה ההיסטורית – תפקיד האזרח מלווה גם הוא בחובה המזכירה מצווה תמידית. במה שונים מקרים אלו מן המצווה התמידית לדבוק באל? התשובה היא שבשביל האדם המאמין המצווה התמידית נתפסת כתובעת מקום של בכורה על פני כל שאר המחויבויות (אם נוצרת התנגשות בלתי נמנעת). זו הסיבה שאברהם נדרש להעדיפה על פני חובתו הבסיסית לילדו, וזו גם הסיבה שמשטרים טוטליטריים מוציאים על פי רוב את האמונה הדתית מן החוק (ואין קושי עקרוני, לטעמי, לראות משטרים אלו כמתיימרים ליצור "דת" משל עצמם). לסיכום, למחויבות כלפי האל יש שני מאפיינים חשובים: תוכנה הוא דבקות תמידית באל; וכוחה של דבקות כזאת מתבטא בעדיפות על פני מחויבויות אחרות, חשובות ככל שיהיו. הדבקות באל

לאמנה חברתית חדשה בין שומרי המצוות וחופשיים בישראל (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003).

70 קוק, עולת ראיה, לעיל ה"ש 64, בעמ' יג.

71 זוהי הסיבה שהמאמין ישאף לעצב את חיי משפחתו, קהילתו התרבותית וקהילתו הפוליטית באופן שמאפשר להפחית עד כמה שניתן את האילוצים למיניהם הבאים על חשבון קיום המצווה התמידית המדוברת. אינני טוען כי בכך ניתן להעלים כל התנגשות בין המצווה התמידית לבין מחויבויות אחרות (וגם אילו היה אפשר מעשית לעשות כן, תמיד יהיה אפשר לחשוב על וריאציות נוספות למקרה עקדת יצחק). טענתי היא שמידת הפער שבין האידאל לבין המציאות איננה קבועה.

היא כמובן לא רק המחויבות הלא מתפשרת לישות מופשטת, אלא גם, ובעיקר, למכלול ציווייה.⁷²

כיצד מיתרגמת מצוות הדבקות באל לשאלת ההשתתפות בשיח ההצדקות הדמוקרטיות? כפי שהסברתי לעיל, כאשר הדיון מתנהל ללא מוכנות של האדם להיפתח לעמדתו של האחר, וכפועל יוצא לשנות את עמדתו שלו בעקבות הדיון, לא נוצרת אותה "השתתפות" הנדרשת ליצירת שלטון עצמי משותף. במילים אחרות, אדם המגיע לוויכוח מתוך דבקות בעמדתו שלו ויהי מה איננו מתייחס בכובד ראש לעובדת היותו של העומד מולו אזרח; בכך הוא מפנה לו את הגב. הנורמות האוסרות על היחשפות לדברי כפירה מצד אחד והנורמות הדורשות דבקות בלתי מסויגת מצד שני הן שהופכות את הפניית הגב הנזכרת מעניין פסיכולוגי אישי של אדם זה או אחר לעניין מבני, למאפיין של אמונה באלוהים.⁷³ ושוב אדגיש כי אין במטפורה של הפניית הגב משום כוונה מתריסה נגד משתתפי השיח. הפניית הגב היא התוצאה של החובה לדבוק באלוהים: קיומה של חובה תמידית זו משמעה פנייה אל אלוהים – בבחינת תפילה תמידית, כדברי הרב קוק – וכפועל יוצא מזה הפניית הגב אל אחרים.

אם כך, לא מפתיע שלתפיסת הרב יוסף דוב סולובייצ'יק, איש האמונה חש בדידות על רקע "ההתחייבות הבלתי-מסויגת" כלפי האלוהים.⁷⁴ סולובייצ'יק מייחס את תחושת הבדידות ל"חווית האמונה עצמה"⁷⁵ ועומד על כך ש"אין קאטיגוריות של הכרה שבהן אפשר לבטא את מלוא ההתחייבות של איש

72 השוו עם דבריו של משה הלברטל הטוען כי "האמונה בקב"ה אינה רק אימוץ של טענה על-אודות קיומו או כול יכולתו; היא גם אמונה המאשרת את הטענה שהקב"ה טוב ומיטיב ודיין אמת". משה הלברטל, "על מאמינים ואמונה", בתוך: על האמונה: עיונים במושג האמונה ובתולדותיו במסורת היהודית 11, 13 (משה הלברטל, דוד קורצווייל ואבי שגיא עורכים, ירושלים: כתר, 2005).

73 כפי שהזכרתי לעיל, הבחנה זו תקפה גם בעניין דתות מוכרות אחרות. בנצרות, למשל, גאוה (pride) היא החטא הבסיסי ואילו חסד (grace) הוא המידה הטובה הבסיסית. אתיקת השיח הדמוקרטי (כלומר שיח ההצדקות) פועלת בדיוק בכיוון ההפוך, שכן היא מצריכה מינון מסוים של גאוה ומנגד דוחה את חשיבותו היתרה של החסד.

74 הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק, איש האמונה 55 (צבי זינגר וזאב גוטהולד מתרגמים, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשנ"ב).

75 שם, בעמ' 10.

האמונה".⁷⁶ דומה שניתן לחבר את בדידותו של איש האמונה גם עם אי-יכולתו (או נכונותו) להשתתף בשיח ההצדקות הדמוקרטי: הדרישה לדבקות מלאה באלוהית, הלוא היא הדרישה ל"כניעה והקרבה מליאות",⁷⁷ איננה מאפשרת למאמין להגיע בראש פתוח לדיון על ציווי אלוהי (אם לאסור את מילת הבן, למשל), ועל כן איננה מאפשרת לו להיפתח ולהכיר בשאר משתתפי הדיון. במובן זה איש האמונה מוציא את עצמו מהדיון ובכך אינו יכול לחוות דיאלוג אמיתי עם השאר או, במילים אחרות, להשתתף בדיון במקרה שעל הפרק עומד ציווי אלוהי. אדגיש שוב כי נוכחות פיזית בדיון ואפילו שמיעת העמדות של שאר המשתתפים אינה משום "השתתפות" לצורך קיומו של שלטון עצמי משותף.

76 שם, בעמ' 55.

77 שם, בעמ' 57.

פרק שישי

החופש מדת: יישום

אמחיש בקצרה את הדיון מן הפרק הקודם ואראה מדוע אמונה דתית עשויה במקרים מסוימים להצדיק הכרה בזכות לחופש מדת. כוונתי היא להציג את הרעיון הדמוקרטי של שלטון עצמי משותף כהסבר וכהצדקה לחופש מדת. ניתן להיווכח בזאת בעזרת מקרה השבתת התחבורה הציבורית בשבת ובחג.

נניח שקהילת האזרחים מבקשת להכריע מה יהיה דינה של תחבורה ציבורית כזאת. הליך קבלת ההחלטות כולל דיון ציבורי בהשתתפות האזרחים המעוניינים ובמנגנוני קבלת ההחלטות בקרב נבחרי הציבור (בכנסת, ברשות המקומית וכו'). עתה נניח כי מרבית המשתתפים תומכים בהשבתה, והטעם המרכזי (ואולי היחיד) לה הוא הציווי האלוהי בדבר קדושת השבת. ככל שתמיכה זו מלווה ב-(א) תפיסה שתוקפו של הטיעון הדתי אינו מותנה בכחינה רציונלית (ראייתית, מוסרית או אמפירית) ו/או ב-(ב) דבקות תמידית ולא מסויגת בציווי האלוהי – ההכרעה שתקבל אינה ראויה להיתפס בקרב המתנגדים לה כיצירה משותפת. על כן להכרעה כזאת אין הלגיטימציה ששלטון עצמי משותף יכול לנסוך בה.

במילים אחרות, חירותם הפוליטית של המתנגדים נפגעה משום שהם נדרשים להיות על פי נורמה (האוסרת על תחבורה ציבורית בשבת ובחג) שהם אינם יכולים לקבל עליה בעלות ולכן אחריות. במונח זה מציבור המתנגדים נשלל הסטטוס של אזרח; היחס אליהם הופך כעת ליחס שניתן לנתינים שנכפה עליהם לקבל מרחב ציבורי, בלי, כאמור, להיות שותפים לעיצובו.

דומה שזו בדיוק הפגיעה שאליה מכוונים מי שמעלים בהקשרים דומים את טענת הכפייה הדתית שנידונה לעיל. הכפייה היא לא – או לא בהכרח – כפיית אמונה או כפיית ביצוע מנהג דתי על הלא מאמין. היא נסבה על השלטת נורמה שמתנגדיה אינם יכולים לראות עצמם כיוצריה במשותף. וכאן בדיוק נכנסת הזכות לחופש מדת. עניינה הוא בהגנה על החירות הפוליטית של האזרח מפני הכפתו לנורמה שטעמה המרכזי שולל, מהותית, את מעמדו כאזרח החי במשטר של שלטון עצמי משותף. בכוחה של הזכות לחופש מדת להפוך חוק שבסיסו הנורמטיבי הוא הציווי האלוהי ללא חוקתי עקב זאת שהוא מונע מן המתנגדים לו להיות שותפים ביצירתו.

פרק שביעי

חופש הדת: יישום

טענתי לעיל שהזכות לחופש מדת מגנה על החירות הפוליטית של האזרח מאחר שהיא מונעת מ"משתתף" מלהשמיע טענה שתוקפה, בעיניו, אינו כפוף לבחינה רציונלית או שנלווית לטענה זו אי-נכונות להתוכח ולבחון אותה מחדש. הרעיון הדמוקרטי של שלטון עצמי משותף, כך טענתי, מצדיק שלילה כזאת. עם זאת, הכרחי להכיר בכך שלכוחה המניעתי של הזכות לחופש מדת עלול להיות מחיר כבד בדמות הפגיעה במאמין. שכן הוא נדרש להימנע מלהביא אל הדיון הציבורי את הטענה שהיא, בעיניו, החזקה והחשובה ביותר לצורך תמיכה בעמדתו – הציווי האלוהי.⁷⁸ הפגיעה בזכותו כאזרח להשתתף בדיון עלולה גם לפגוע ביכולתו לממש את תפיסת הטוב שלו, ככל שההכרעה שתתקבל אכן עומדת בסתירה לציווי האלוהי, שהוא נמנע, כאמור, מהשמעתו.⁷⁹

נניח, למשל, שמתקיים ויכוח ציבורי בנושא חוקיות מילת הבן. בצד טעמים אוניברסליים (הקשר בין מילה לבריאות טובה, שמירה על מסורת עתיקת יומין ועוד), נראה שהטיעון החזק ביותר שמעלים המצדדים בחוקיות המילה הוא הציווי האלוהי לעשות כן.⁸⁰ ברם הזכות לחופש מדת עשויה למנוע העלאתו של טיעון אחרון זה לדיון הציבורי, כאמור בשם הרעיון הדמוקרטי של שלטון עצמי משותף. וכאן נכנסת הזכות לחופש דת. כנגד פועלה של הזכות לחופש מדת

78 כפי שהסברתי לעיל, המניעה חלה ככל שתוקפו של הציווי האלוהי אינו כפוף לבחינה רציונלית או שהמאמין אינו נכון להיפתח לדיאלוג, שכנוע וכו'.

79 השוּו עם Jürgen Habermas, *Religion in the Public Sphere*, 14 EURO. J. PHIL. 1 (2006).
הברמס מציע להטיל את נטל התרגום של הטענה הדתית לשפה לא דתית על כתפי הלא מאמינים. ספק בעיניי אם מהלך זה יכול להתמודד עם המקרה שחיבור זה עוסק בו – טיעונים שכוחם מבוסס על ציווי אלוהי.

80 דברים אלו מתחדדים במקרה כגון זה, משום שהטענה החזקה ביותר נגד המילה היא אוניברסלית, ולכן אינה מבקשת לרדוף (persecute) תפיסת טוב דתית דווקא, כי אם להגן על ערכים בסיסיים המשותפים לכל תפיסת טוב סבירה (דתית ולא דתית).

קמה הזכות לחופש דת – המאמין שנמנע מהשמעת הצייווי האלוהי לתמיכה בהעדפתו אינו נכפה לחיות על פי חוק האוסר עליו לבצע מילה לבנו. במילים אחרות, הזכות לחופש דת יכולה לתת למאמין זה פטור מתחולתו הכללית של החוק.⁸¹ מתן פטור זה מבטיח שההכרעה הסופית – חוק האוסר על תקיפה – תהיה תוצאה של דיון שכל אחד ממשותפיו יכול להבין עצמו כיוצרה במשותף; ובד בבד, מי שבשם אותו רעיון של שלטון עצמי אינו יכול להשתתף בתהליך יצירתה לא יהיה כפוף לאותה הכרעה, ובמובן זה תעמוד לו טענה טובה לפטור מתחולתו הכללית של האיסור על תקיפה.

81 כתבתי "יכולה" לתת כדי להתריע שכמו כל זכות, גם הזכות לחופש דת איננה מוחלטת, במובן זה שבמקרים חריגים יהיה אפשר למנוע את מימושה כדי להגן על אינטרס או על זכות חשובים ביותר. במילים אחרות, פגיעה בזכות לחופש דת עשויה להיות מוצדקת, למשל אם היא מידתית. אתייחס לסוגיה זו בסעיף הראשון של פרק אחד עשר.

פרק שמיני

הערת הבהרה על היחס בין אתיקה (של אזרחות) לבין המשפט

שני הפרקים האחרונים קישרו בין תפיסה דמוקרטית של השתתפות לבין הזכויות לחופש דת ולחופש מדת. טענתי כי קביעת איסורים (חופש מדת) ופטורים (חופש מדת) הכרחית ליצירת שלטון עצמי משותף. בנקודה זו חשוב להבהיר את פשר האיסורים הללו, ובעיקר את שאלת אכיפתם במשפט.

במשפט הנוהג בישראל ובמדינות דמוקרטיות אחרות אין חקיקה האוסרת על האזרח להצדיק את עמדתו בעזרת ציווי אלוהי. למעשה, כל אזרח רשאי מבחינה חוקית להעדיף עמדה כלשהי ולהצביע בעבורה לפי ראות עיניו ובלי חובה (חוקית) לנמקה או להגן עליה. האם הגישה שפותחה בחיבור זה ממליצה על שינוי המצב החוקי כך ששימוש בציווי אלוהי, ובייחוד הצגתו ככעל תוקף אפריורי או אי-נכונות לבחינה ביקורתית שלו, יוצא אל מחוץ לחוק? התשובה היא לא, לפחות בכל הנוגע לאזרחים פרטיים (אם כי לא בהכרח בנוגע לנבחרי ציבור ועובדי מדינה בכירים). הסיבה לכך היא שהאיסור על פנייה לציווי האלוהי המגולם בחופש מדת מתייחס לאתיקה של האזרחות, קרי לחובות האתיות הנובעות מנשיאה בתפקיד זה. אין לכן שום הכרח בקיומה של חקיקה מחייבת האוסרת צורות מסוימות של השתתפות בשיח הציבורי. ולא בכדי: בצד הטעמים התומכים בהטלת מגבלות על המשתתף בדיון הציבורי יש גם טעמים השוללים התערבות בהחלטות של הפרט למי להצביע בבחירות ואיזו עמדה לקדם דרך ההליך הדמוקרטי. מדובר בשיקולים חיצוניים המבטאים את המחויבות של המדינה הדמוקרטית למגוון של זכויות, שבין כמה מהן שורר מתח מתמיד, למשל בין חופש הביטוי לבין הזכות לפרטיות. ואכן, בצד הזכות לחופש מדת עומדות הזכות לחופש הביטוי וזכויות נוספות המגנות על הפרט מפני התערבות בוטה מדי של המדינה במימוש חירותו. כלומר, מול החובה להימנע מהשתתפות שפוגעת ברעיון השלטון העצמי המשותף עומדים שיקולים כבדי משקל נגד

שימוש המדינה בכוחה הכופה כדי "להכריח" משתתפים לנמק את עמדותיהם ולהיות מוכנים להעמידן לביקורת ציבורית. שיקולים אלו מלמדים שאכיפתה של נורמת השתתפות דמוקרטית עלולה להביא לפגיעה קשה בחירויות בסיסיות אחרות. אין הכוונה כאן שאסור לעולם לאכוף אופני השתתפות ראויים (כגון לדרוש מהמשתתף לגלות נכונות להתמודד עם טיעוני נגד ונכונות לסגת מהציווי האלוהי, אם לא ניתן להגן עליו באמות מידה מדעיות או מוסריות); אלא שבד בבד עם הקושי המעשי שבאכיפה כזאת נראה שנדרש טיעון משכנע מדוע ראוי לעשות שימוש בכוחו הכופה של המשפט כדי להשיג מטרה חשובה אך במחיר כבד של פגיעה אנושה בחירויות בסיסיות, בכלל זה חירויות בסיסיות של עצם האפשרות לקיים משטר דמוקרטי.

מכאן נובע שהחובה הדמוקרטית המוטלת על המשתתף בהליך הדמוקרטי של קבלת החלטות – החובה לבוא לדיון בלב פתוח ובנפש חפצה – היא בעיקרה נורמה ששייכת לתחום האתיקה של האזרחות. אזרח הוא, כאמור, נושא תפקיד של יוצר במשותף של הנורמות שעל פיהן חיה הקהילה הפוליטית שהוא משתייך אליה. עיקר עניינה של האתיקה של האזרחות הוא באחריות המובנית אל תוך תפקיד זה. האמירה שהצבעה בבחירות היא חובתו האזרחית של האדם מבטאת את קצה הקרחון של רעיון זה. אזרח אחראי הוא גם זה שמצביע על בסיס טעמים משכנעים (ולא באופן שרירותי או כחלק ממילוי פקודה של בעל שררה), משתתף בשיח הציבורי ופועל, כמיטב יכולתו ובהתחשב באילוצי זמן ומשאבים אחרים, לקידום האינטרס המשותף של קהילתו הפוליטית. הדיון שניהלתי בשאלה מה נחשב "השתתפות" נוגע בדיוק בשאלת האחריות הנובעת מנשיאה בתפקיד האזרח. במובן זה, כלומר מנקודת המבט של האתיקה של האזרחות, אזרח שהשתתפותו בדיון הציבורי נגועה באחד או בשני המאפיינים שהזכרתי לעיל (תפיסת תוקפו של הציווי האלוהי כחסין מפני בחינה רציונלית או דבקות תמידית ולא מתפשרת בציווי זה) מגלה חוסר אחריות כמימוש תפקידו כאזרח. וכפי שטענתי, ההצדקה לקיומו של חופש הדת, והפטור מחקיקה כללית שביכולתו לתת במקרים מסוימים, היא במניעת ההתנגשות החזיתית בין תביעת האחריות האזרחית ובין מימוש תפיסת הטוב הדתית.

לעומת זאת לא כך הם פני הדברים כאשר מדובר בנבחר הציבור ובנושאי משרה בכירים ברשויות השלטון. דומה שחשיבות ההבחנה בין אתיקה לבין משפט

איננה תומכת במקרה זה ביצירת חיץ בין דרישות האתיקה בדבר ההשתתפות הראויה לבין הנורמות הכופות של המשפט. למעשה, נראה שההפך הוא הנכון. ראשית, חשוב לזכור שנבחר ציבור (או שר או פקיד בכיר אחר ברשות שלטונית) איננו "סתם" אזרח. תפקידו, המשרה שבה הוא משרת, מעניק לו השפעה מיוחדת על התוצר הסופי של ההליך הדמוקרטי, שכן בידי הכוח לתת ביטוי פורמלי ומחייב להחלטות שעברו הליכי יצירה משותפת. אשר על כן סבורני שאכיפתה המשפטית של אתיקה של נבחרי הציבור אינה מעוררת קשיים דומים לקשיים שמתעוררים במצב שבו מבקשים למשפט אתיקה של אזרחות טובה. אינני טוען כי אין קשיים כלל, אך לטעמי הקשיים העיקריים הם אינסטרומנטליים וקונטינגנטיים – האם למשפטיזציה של התנהגות פרלמנטרית ראויה יש תוצרי לוואי שליליים; להבריל מהקשיים העקרוניים העולים מאכיפה משפטית של אתיקת אזרחות – פגיעה אנושה בזכויות אדם בסיסיות. לא במקרה המשפט המינהלי רווי בדוקטרינות שתכליתן לבחון אם הטעמים העומדים בבסיס החלטה של רשות שלטונית הם זרים, ואילו במשפט המסדיר את ההתנהגויות של אנשים פרטיים כמעט שאינן קיימות דוקטרינות מקבילות.

סיכומו של דבר, הזוהרות שיש לגלות באכיפה משפטית של נורמות אתיות אינה צריכה להיות מכשול כאשר עסקינן ביצירת נורמה משפטית המחייבת את חבר הכנסת, השר או מעצב מדיניות מרכזי אחר בשירות המדינה להימנע מלפעול על בסיס ציווי אלוהי. אגב, דרישה זו היא חלק מן המשפט המינהלי הנוהג בישראל (כמו גם חלק מרכזי באיסור על מיסוד הדת שבתיקון הראשון לחוקה האמריקנית).⁸² וכך, גם המשפט המצוי וגם המשפט הרצוי, לשיטתי, חייבים לראות בחקיקה שבסיסה העיקרי הוא הציווי האלוהי חקיקה הפוגעת בזכות לחופש מדת של האזרח.⁸³

82 ראו למשל ההפניות בהערות 7 ו-24 לעיל. עוד ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 340 (ירושלים: שוקן, מהדורה שישית, 2005).

83 ושוב, השאלה אם פגיעה כאמור היא חוקתית מצריכה בחינה של מידתיות הפגיעה ובחינות אפשריות נוספות. הרחבה בנושא זה מופיעה בסעיף הראשון של הפרק האחד עשר להלן. לדיון כללי יותר בשאלת הפרשנות הראויה של דוקטרינת המידתיות במשפט החוקתי הישראלי ראו אביחי דורפמן, "כיבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי", עיוני משפט לו 109, 57-152 (2013).

פרק תשי"ו

השלכות מעשיות של התזה המוצעת: משפט, חברה וכלכלה פוליטית

אתעכב כעת על ההשלכות האפשריות של החלת משטר חוקתי העומד בבסיסן של הזכויות לחופש דת ולחופש מדת על הרעיון הדמוקרטי של שלטון עצמי משותף. במשטר כזה עומדת לפני המאמין אחת משתי אפשרויות – להשתתף בשיח הציבורי בנושא דת ומדינה (תחבורה ציבורית בשבת, מילת הבן ועוד); או להימנע מלהשתתף בו, למעט, אולי, הצגת טענותו לפטור מחוק שתחולתו כללית. האפשרות הראשונה אומרת כי עליו להימנע מלהציג את טיעונו בדבר הצייווי האלוהי ככזה שתוקפו אינו מותנה בבירור רציונלי וכי עליו לגלות נכונות מלאה להגן על עמדתו ולהיות פתוח לשקילה ולשינוי של טעמיו כחלק מההתדיינות עם אחרים. האפשרות השנייה צועדת בכיוון ההפוך – אי-השתתפות בהליך קבלת ההחלטות הדמוקרטי וקבלת זכאות עקרונית⁸⁴ לפטור מתחולתו של החוק שיתקבל, אם יתקבל, ככל שתהיה בו פגיעה ביכולתו לקיים ציווי אלוהי או מנהג דתי חשוב אחר.⁸⁵

סביר להניח שבכל הנוגע לשאלות בוערות לא מעטות של דת ומדינה אפשר לבחור בחירה מודעת בין שתי הבררות הנזכרות לעיל – השתתפות בשיח ההצדקות הדמוקרטי או פרישה. על רקע הנחה ריאליסטית זו מתעורר הצורך לבחון כיצד תשפיע המשגה הדמוקרטית של חופש הדת והחופש מדת על בחירת המאמין. הבחירה בפרישה עלולה ללכת יד ביד עם הנהגה דתית ריכוזית שמקצינה

84 הזכאות היא עקרונית משום שהיא כפופה למגבלות חיצוניות, כדוגמת פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

85 המעבר מציווי אלוהי למנהג דתי משמעוטי אחר מניח שתפיסת טוב דתית, ככל תפיסת טוב, מכילה אוסף של משמעויות הנע על הרצף שבין הגרעין הקשה לשוליים. מהי הנקודה המדויקת על אותו רצף שממנה והלאה ההגנה החוקתית על אורח חיים דתי איננה דרושה היא שאלה פרשנית מסדר שני שלא אדון בה בשלב זה.

את יחסה כלפי הלא מאמינים ובכך תורמת להחרפת הפילוג בחברה. למעשה, החשש הוא שההנהגה האמורה תעדיף את ההימנעות מן ההשתתפות, בין היתר ממניעים לא ענייניים (כגון שימור כוחה). המגמה ההפוכה שעשויה להתקיים היא הגברת ההשתלבות של המאמין בקהילה הפוליטית של אזרחי המדינה – כלומר, יצירת אינטגרציה בזירה הפוליטית. על פי מגמה זו, כאמור, על המאמין לעשות מאמץ להיפתח לדעות אחרות, לכבד את דובריהן ולבסוף להיות נכון לבצע הערכה מחודשת של טיעונו שלו. אין ספק, לדעתי, שמנקודת מבט דמוקרטית (ומשיקולים חשובים נוספים) עדיפה החלופה השנייה – זו שמבכרת את האתיקה של האזרחות על פני דבקות חסרת פשרות בציווי אלוהי כבסיס לכל שלטון. אך כיצד ניתן להבטיח שכך יקרה?

דומה שהבחירה בין השתתפות לבין פרישה תהיה מושפעת מגורמים רבים, מקצתם הלכתיים ומקצתם פוליטיים, מוסריים וכלכליים. לתאוריה המובאת כאן אין הכלים להעריך את כוחם של גורמים אלו ואת כיוון השפעתם (כלומר השתתפות או פרישה). כך למשל לא יהיה מופרך לסבור כי תהיה קורלציה בין אינטגרציה כלכלית (השתתפות חובקת כול בשוק העבודה) לבין נכונות להשתתף בשיח הציבורי הפוליטי, אך קיומה או היעדרה של אינטגרציה כזאת אינם נשלטים על ידי זכויות לחופש מדת ולחופש דת. כך גם באשר לפוליטיקה הפרלמנטרית: סביר להניח שאימוץ סדר יום פוליטי מתבדל – כלומר, של התרחקות מהשיח הציבורי ובעיקר מהניסיון לקיים דיאלוג עם שאר חברי הקהילה הפוליטית – עלול להרחיק את ציבור המאמינים הרלוונטי מהצלחת התקציבית. על כן אפשרות כזאת יכולה ליצור תמריץ חזק לטובת השתתפות ונגד פרישה. מכל מקום, ההכרה הדמוקרטית בזכויות לחופש דת ולחופש מדת מחייבת את מעצבי המדיניות לוודא שהשתתפות תניב תועלת שעולה במובהק על תועלתה של הפרישה.

ממד חשוב נוסף שמתלווה, ואולי אף קודם, לדיון בהשפעות המשפט על נמעניו הוא שאלת הזהות האישית של המאמין – איש האמונה הדתית או אזרח במדינה דמוקרטית.⁸⁶ שאלה זו קודמת כמובן לקיומן או להיעדרן של הזכויות

86 לדיון מרתק בעניין זה ראו ידידיה צ' שטרן, "עושר שמור לבעליו לדעתו: על מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית", מחקרי משפט יט 103 (2002).

לחופש דת ולחופש מדת; מדובר בשאלה קיומית למי שחיים בשלטון דמוקרטי. אולם היא בוודאי עשויה להיות מושפעת מהמשטר החוקתי הנוהג, ובייחוד מאתיקת האזרחות העומדת בבסיס הזכות לחופש מדת. אין בכוונתי לפתח נקודה זו לעומק, אלא רק לציין שהגישה המוצעת משפיעה על ההתמודדות עם שאלת הזהות. הרעיון המרכזי שארצה להעלות הוא שגישתי עשויה במובן מסוים להקל, אך במובן אחר להקשות עוד יותר, על בעיית גיבוש זהות דתית-אזרחית אחת. הסיבה לכך היא שבבסיסה עומדת חלוקת עבודה ברורה, יחסית, בין תפיסת האדם את עצמו ברשות הציבור לבין תפיסה זו הרלוונטית ברשות הפרט.

הזכות לחופש מדת – בכך שהיא שוללת את חקיקתן של נורמות שבסיסן הוא הציווי האלוהי – מגנה על האזרח מפני יצירת רשות רבים המוכתבת על ידי מצוות דתיות (למשל, הגנה מפני איסור על הפעלת תחבורה ציבורית בשבת); ואילו הזכות לחופש דת – בכך שהיא פוטרת את המאמין מתחולתן של נורמות כלליות שהוא אינו יוצרן במשותף – מגנה על האזרח מפני פגיעה במימוש תפיסת הטוב ברשות הפרט (שכוללת את המרחב הקהילתי והמשפחתי). הפרדה זו מקלה לפחות במובן הפורמלי, מכיוון שהיא קובעת קווי גבול ברורים יחסית בין המקום שבו האדם צריך לחבוש את כובע האזרח לבין המקום שבו כובע המאמין נהנה מבכורה. אבל מהותית, מובן שפתרון זה רק עלול להחריף את פתרון בעיית הזהות, בהנחה שאכן יש חשיבות ועניין בפתרונה,⁸⁷ שכן אמונה דתית אינה חייבת, ובמקרים רבים אף שוללת, את עצם ההפרדה בין רשות הרבים לבין רשות הפרט (או בין תפיסת צדק לבין תפיסת טוב).

87 זוהי שאלה פתוחה בעיניי. גם אם זהות חצויה נחשבת בעיה (שהיא כשלעצמה שאלה המניחה תפיסה תאורטית עמוקה על חשיבותה של כוליות [integrity] כרכיב מרכזי בתוך החיים הטובים), לא מובן מאליו שה"פתרון" ההכרחי או אף הראוי בנסיבות המקרה הוא למצוא דרך ליישב בין המתחים למיניהם. ניסיון החיים מלמד כי במצבים מסוימים "אין פתרון" עשוי להיות הפתרון הטוב ביותר, לפחות בתור מודוס ויונדי יציב.

פרק עשירי

דתיות מהי? על שאלת היקף השתרעותן של הזכויות לחופש דת ולחופש מדת

כפי שהבחנתי בתחילת חיבור זה, המחקר התאורטי על חופש הדת והחופש מדת מזמין התמודדות עם השאלה מהי "דת" לצורך מתן הגנה חוקתית עליה – באמצעות חופש הדת; ומפניה – באמצעות החופש מדת. לא מדובר בשאלה שולית, שכן יש לה השפעה מכרעת בכל הקשור למחשבה על מי ראוי להחיל את הזכויות המדוברות. כמו כן לא מדובר בשאלה פשוטה, שכן כל ניסיון להתבסס על התפתחות היסטורית של דת כזאת או אחרת עלול להביא לכך שתאוריה נורמטיבית, שעניינה בעקרונות הפעולה המחייבים והכופים של מדינה, הופכת לתיאור היסטורי של מציאות שאינו יכול להסביר כיצד עלינו להבין את חופש הדת ואת החופש מדת או להצדיקם וכיצד עלינו להפעילם מכאן ואילך.

למרבה ההפתעה יש יחס הפוך בין חשיבותה של השאלה מהי דת לבין ההתייחסות אליה בכתביה התאורטית על הזכויות לחופש דת ולחופש מדת. על פי רוב שאלה זו נתפסת כשאלה מתודולוגית (ולכן חשובה פחות) ולא כחלק אינהרנטי מתאוריה מוצלחת של חופש דת וחופש מדת.⁸⁸ תאוריות אחדות מצהירות במפורש שכל יומרתן הוא במציאת הסבר לזכויות לחופש דת ולחופש מדת ככל שהן חלות על דת או על דתות מסוימות – על פי רוב נצרות, יהדות ולאחרונה גם אסלאם. ייתכן שהמהלך המתודולוגי של צמצום היריעה לדתות המונותאיסטיות מבקש להציע תאוריה שמצליחה כאשר מדובר במקרים פרדיגמטיים של "דת" ולהשאיר מקרים אזוטריים מחוץ למאמץ התאורטי (או מתוך ניסיון להציע התאמות בתאוריה כחלק מן המעבר משלוש הדתות המונותאיסטיות לדתות אחרות).

בחירה מתודולוגית כזאת איננה בעייתית בעיניי, ובתנאי שהתאוריה הרלוונטית תוכל לספק לנו דין וחשבון בכל הנוגע לשאלה אילו מאפיינים הופכים

88 חריגים לכך הם TIMOTHY MACKLEM, INDEPENDENCE OF MIND chp. 4 (Oxford: Oxford University Press, 2006); וכן LEITER, לעיל ה"ש 43, בפרק 2.

את הדתות המונותאיסטיות למקרים הפרדיגמטיים. זיהוים של מאפיינים אלו יאפשר לבחון בכל מקרה ומקרה אם מדובר ב"דת" לצורך החלת הזכויות לחופש דת ולחופש מדת – הבחינה תוכל להיות מיושמת הן כלפי דתות אחרות והן כלפי זרמים מסוימים בתוך הדתות המונותאיסטיות. אולם מהלך כזה לא מוצע. כלומר, דלותה של התאוריה העכשווית אינה מתמצית רק בכישלון להסביר מדוע הזכויות לחופש דת ולחופש מדת (להבדיל מחופש המצפון או כל זכות רחבה אחרת) נהנות מהכרה ייחודית, אלא גם בחוסר העניין בהבנת המושג "דת" הנמצא בלבן של זכויות אלו.

אבקש להדגים טענה זו בעזרת התבוננות פשוטה בחיי היום-יום שלנו. במצבים מסוימים אנחנו נוהגים לתאר את אופני ההתייחסות של אדם מסוים, לפעמים ילד, אל אדם אחר כמעין יחס של מאמין-אלוהים – למשל, כאשר נאמר "ב' הוא האלוהים של א'" (לדוגמה, לאחרונה נשמעת ביקורת כלפי ציבור "מאמיניו" של גורו טבעונות מפורסם על כך שהם רואים בו מעין אלוהים). תיאור ביקורתי דומה מוכר גם בנוגע לזרמים מסוימים של התאוריה המרקסיסטית, המואשמים בתפיסה "דתית" של עיקרי משנתו של מרקס; או בנוגע לחלק מתפיסות העולם הסביביתיות, הנשענות על טעמים טרנסצנדנטליים חסרי כל ביסוס. טיעון דומה ניתן להעלות גם כלפי תאורטיקנים המסרבים בכל תוקף להכיר באפשרות שההוגה המועדף עליהם עשוי לשנות בהבנת המציאות או שבתאוריה שפיתח התגלו קשיים (לדוגמה, פילוסוף שנתפס כמעין "חסידו" של קאנט ורואה בהגותו אחדות בלתי ניתנת לערעור). מה שמוביל אנשים לתאר מקרים אלו במונחים של דת או דתיות הוא כנראה זיהוים של מאפיינים שיש להם דמיון לתפיסת עולם דתית "רשמית".

מנגד ניתן להעלות על הדעת גם מצבים שבהם המחזיקים באמונה המשתייכת, פורמלית או היסטורית, לקבוצת האמונות הדתיות אינם נתפסים כדתיים, או ליתר דיוק – אינם נתפסים כמי שדתיות היא האפיון המדויק של יחסם אל אלוהים או אל דתם. חשוב, למשל, על מי שרואה עצמו יהודי דתי, אך מחזיק בתפיסה הגורסת כי חייבת להיות חפיפה מוחלטת בין הציווי האלוהי ובין הציווי המוסרי האוניברסלי, כך שלמעשה אמונה דתית מעוגנת, בסופו של יום, ביכולתה של הדת לבטא את דרישות המוסר, במקרה הטוב, או ליישר אתן קו במקרה הפחות טוב. ההתייחסות אל דת המתוחמת לדלת אמותיה של התבונה, ואשר מציגה עצמה ככזו, שונה על פי רוב מן ההתייחסות לדתות שאינן מציגות את עצמן בצורה

כזאת. חשוב להדגיש כי אינני טוען שההתייחסות אליה היא בהכרח שלילית או חיובית – טענתי היא במישור האנליטי ולא במישור הנורמטיבי. העניין שברצוני להבהיר הוא שדת כזאת שונה איכותית הן מדתות מוכרות אחרות והן מתפיסות עולם שאינן נפלות לתוך הגדרה פורמלית או היסטורית של דת, אף שמתגלים בהן מאפיינים מעין דתיים (כמו בדוגמת הפילוסוף חסידו של קאנט שהובאה לעיל). זאת ועוד, תפיסת עולם "דתית" הכופרת במודע באפשרות קיומו של מתח בין ציווי דתי ובין ציווי מוסרי הופכת את הדת, במודע או שלא, לבעלת ערך אינסטרומנטלי בלבד, כלומר למעין מתווך אמין או יעיל בין המאמין לבין התבונה האנושית. לא מפתיע שהוגים כקאנט בזמנו ורונלד דבורקין בזמננו אנו כופרים בעצם אפשרות קיומה של חובה אלוהית, ככל שהיא עומדת בסתירה לתבונה האנושית (ולמוסר הנובע הימנה).⁸⁹

עינינו הרואות: הישענות על הגדרה פורמלית או היסטורית של דת היא בעת ובעונה אחת צרה ורחבה מדי (under- and over-inclusive). מצד אחד, הגדרה כזאת צרה מכדי להחיל תופעות של ייחוס דתיות להתנהלות של אנשים לא דתיים במובן הפורמלי של המילה; ומצד שני, היא רחבה מכדי להכיר בחריגותה של "דת" המשמשת אמצעי תיווך בין המאמין לבין התבונה האנושית. הבעיה בחוסר הדיוק הזה היא בהתוויה לא נכונה של היקף הזכויות לחופש דת ולחופש מדת. ככל שה"דת" המוגנת על ידי חופש הדת או המרוסנת על ידי החופש מדת זוכה לאותה הגדרה פורמלית או היסטורית, החלתן של שתי זכויות אלו תסבול אף היא מאותם שני עיוותים שהזכרתי זה עתה – החלת חסר והחלת יתר; או במילים אחרות, הגנת חסר והגנת יתר על הרעיון הדמוקרטי של שלטון עצמי משותף. זאת ועוד, כאשר יתעורר מקרה תקדימי שתעלה בו הטענה לפגיעה בחופש הדת או בחופש מדת, קשה לראות כיצד הגדרה פורמלית או היסטורית תוכל לסייע להחליט אם להחיל במקרה זה את אחת הזכויות הנזכרות אם לאו. לטעמי, קו פרשת המים הנכון בין תפיסה דתית ללא דתית איננו פורמלי או היסטורי; עניינו בהבנת המושג "דתיות" על רקע שתי הסיבות שהבאתי לעיל, שבעטיין טענה המבוססת על ציווי אלוהי ראויה ליחס מיוחד – חיובי, בדמות

89 ראו IMMANUEL KANT, RELIGION WITHIN THE LIMITS OF REASON ALONE 81–82 (Theodore M. Greene & Hoyt H. Hudson trans., New York: Harper & Row, 1960); RONALD DWORKIN, RELIGION WITHOUT GOD (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013)

חופש דת, או שלילי, בדמות חופש מדת.⁹⁰ שכן הייחוד המשותף למאמין דתי, לחסידו של קאנט ולמעריצו המושבע של גורו הטבעונות הוא באחד משניים: תפיסת תקפות הציווי הרלוונטי כחסין מפני בחינה רציונלית; או דבקות לא מתפשרת בישות הרלוונטית ובציוויה, שמשמעה מחויבות שלא להיפתח לעמדות מנוגדות. במובן זה, דתיות איננה מאפיין השמור בהכרח למי שמזהה עצמו כדתי, אלא לכל מי שפועל מתוך התכוונות (attitude) שעניינה אי-נכונות להשתתף בדאולוג על נכונות הציוויים הרלוונטיים, והמשמעות של הדאולוג אינה רק להשמיע ולשמוע טיעונים אלא להיות פתוח לשכנוע.

שאלה אחרת שיש להתייחס אליה היא מהי הנפקות המעשית שיש להבנת המושג "דתיות" בכל הנוגע להתוויית היקפן המדויק של הזכויות לחופש דת ולחופש מדת. אפתח בזכות לחופש מדת.

כיוון שזכות זו מציבה דרישת סף להשתתפות בשיח ההצדקות הדמוקרטי (שעניינה הנכונות להיכנס לדיון בלב פתוח ובנפש חפצה), ולנוכח עיגון דרישה זו ברעיון הדמוקרטי של שלטון עצמי משותף, לא כל טענה שמזהה את עצמה עם תפיסת טוב דתית מעלה חשש לפגיעה בחופש מדת של שאר המשתתפים. כלומר, עצם זיהויה של טענה מסוימת כטענה דתית אינו מנביע את המסקנה שלא יכול להיווצר סביבה הליך דיאלוגי הקושר בין כל משתתפיו ובין תוצאתו הסופית. ולהפך: טיעונים שאינם מזוהים, פורמלית או היסטורית, עם תפיסת טוב דתית עלולים לפגוע בזכות לחופש מדת, ככל שהם מבטאים את דתיותם של המחזיקים בהם.

כשמדובר בזכות לחופש דת השאלה המעניינת היא זו: האם כל מי שיצליח להוכיח, בדרגת ההוכחה הנדרשת,⁹¹ שתפיסת עולמו מאופיינת בדתיות, יוכל

90 כפי שהסברתי, ההבדל בין יחס חיובי לבין יחס שלילי נקבע בהתאם להקשר שבו מבקש המאמין להשתתף בדיון הציבורי על ידי השמעת טענה המבוססת על הציווי האלוהי. כאשר מדובר בטענה בעד חקיקת חוק שבבסיסו הגשמת ציווי אלוהי, היחס יהיה שלילי (חופש מדת); וכאשר הטענה היא לפטור מחוק בעל תחולה כללית שמסב פגיעה אגבית, אך משמעותית, לאפשרות מילוי של ציווי אלוהי, היחס יהיה חיובי (חופש דת).

91 הוספת התנאי "דרגת ההוכחה הנדרשת" מיועדת להסיר חששות ושיקולים ראיתיים בדבר תום לבו של הדובר המבקש לחסות תחת הגנתה של הזכות לחופש דת. גם אם הוכחה כזאת עשויה להתברר במקרים מסוימים כסבוכה, אין היא חריגה בנוף

לחסות תחת ההגנה שהזכות לחופש דת מעניקה? ראוי להדגיש כי להגנה כזאת השלכות נורמטיביות ומטריאליות חשובות, שכן נובעת ממנה זכאות עקרונית לפטור מתחולתו של איסור החל על כל יתר חברי הקהילה הפוליטית. הפטור מגיוס בחורי ישיבה לשירות צבאי חובה ממחיש זאת בצבעים עזים.⁹² ובכן, אציע הבחנה בין שלושה טיפוסים של מקרים שבעניינם יש הצדקה להחיל את הזכות לחופש דת ואטען שרק הראשון מתוכם מחייב את הגנתה של זכות זו.

בטרם אציג את המקרים אחזור ואזכיר ששתי הסיבות שבעטיין טענה הנסמכת על ציווי אלוהי אינה משום "השתתפות" לצורך קבלת הכרעה דמוקרטית אינן מתייחסות רק למישור הפסיכולוגי של הטוען. כלומר, תזת המחויבות לדבקות הלא מתפשרת איננה מבקשת ליצור קשר בין אישיותו הייחודית של המאמין לבין דבר אמונתו, אלא לזהות מאפיינים מבניים או מוסדיים בדת עצמה אשר מעודדים או אף מחייבים לפתח בשיטתיות את המחויבות האמורה. שאם לא כן, לא ברור מדוע צריך להיות הבדל ברור ושיטתי בין המרקם הפסיכולוגי של מאמין לבין מרקמו הפסיכולוגי של הלא מאמין – אני מניח שגם זה וגם זה יכולים, מבחינה פסיכולוגית, לפתח דבקות לא מתפשרת ברעיון מסוים, בין שרעיון זה הוא "דתי" ובין שאינו כזה. אחזור לרון בנקודה זו בדיון במקרה השלישי.

על רקע תזכורת זו אציג את שלושת טיפוסים המקרים הרלוונטיים ואת שאלת החלת חופש הדת והחופש מדת על כל אחד מהם:

92 המשפטי. בתי משפט מתמודדים עם שאלות דומות בכל מיני הקשרים (למשל, בזיהוי "שיקולים פסולים" בהחלטת הרשות המינהלית או בבחינת תום הלב של צד לחוזה). אני מביא דוגמה זו לצורך המחשה בלבד. שאלה פתוחה היא אם חופש הדת צריך לחול על מקרה זה. עיקר הקושי הוא בכך שלהבדיל ממקרה מילת הבן, לא ברור כלל אם יש ציווי אלוהי הנוגע ישירות לעניין השירות הצבאי. בלי להרחיב ניתן לטעמי להעלות כאן טענה טובה לפגיעה בחופש הדת. התנאי המרכזי הוא עד כמה הקהילה הדתית הרלוונטית אכן מבינה את הדרישה להקדיש את כל זמנה ללימוד תורה כחיוב דתי של ממש. מובן שטענה כזאת אינה יכולה לחול על מי שאינו מקדיש את זמנו ללימוד כאמור. באורח מפתיע בית המשפט העליון לא בחן כלל את הסוגיה מנקודת המבט של עימות בין חופש הדת לבין שוויון (או כבוד האדם). ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת פ"ד סא(1) 619 (2006).

המקרה הראשון הוא המקרה שמקיים שני תנאים: (1) דתיות המובנית אל תוך תפיסת הטוב הרלוונטית (במובן המדויק שנזכר לעיל); ו-(2) מושא הדתיות הוא תפיסת טוב שאיננה פסולה מחמת חוסר מוסריותה.

המקרה השני מקיים רק את תנאי הדתיות, אך כושל בכך שמושא הדתיות הוא תפיסת "טוב" שאינה יכולה להתיישב עם דרישות מינימליות של צדק (תפיסת טוב שבמרכזה אלימות כלפי ילדים, שימוש בסמים מסוכנים וכדומה).

המקרה השלישי הוא כזה שהתנאי הראשון מתקיים בו רק בחלקו, ואילו השני מתקיים במלואו. זהו מקרה שבו דתיותו של הדובר אינה קשורה, מבנית או מוסדית, לתפיסת הטוב הרלוונטית, אלא היא כל כולה קשורה לאישיותו של הדובר המסוים ולהחלטתו להימנע מהשתתפות בהליך קבלת ההחלטות הדמוקרטי בראש פתוח ובנפש חפצה. כך למשל, חסידו של קאנט מהדוגמה שלעיל מחייב את עצמו לדבוק בקאנט, אף שקאנט עצמו – כמו גם ערך האוטונומיה העומד במרכז תורת המוסר שלו – חייבים לשלול התנהגות כזאת.

המקרה הראשון הוא המקרה הפרדיגמטי להחלתן של הזכויות לחופש דת ולחופש מדת. התנאי הראשון (דתיות המובנית אל תוך תפיסת הטוב) מראה שיש התנגשות חזיתית בין תפיסת המאמין את משמעות השתייכותו לתפיסת הטוב הרלוונטית לבין אתיקת האזרחות הדורשת מכל משתתף בהליך הדמוקרטי נכונות להיפתח לנקודת מבטם של שאר המשתתפים. התנגשות כזאת מעמידה את המאמין בקונפליקט בין מחויבותו כמאמין לבין מחויבותו כאזרח. כפי שכבר הסברתי, השילוב של חופש מדת וחופש דת מאפשר להפחית, ולעתים אף לאיין, את עוצמת הקונפליקט. אולם פתרון זה של הקונפליקט יכול להיות מוצדק רק אם הקונפליקט הוא בין שתי מחויבויות שכל אחת מהן ראויה כשלעצמה. שאם לא כן לא מוצדק "לוותר" על דרישת האתיקה של האזרחות לטובת תפיסת טוב שמציבה במרכזה מנהגים אסורים בעליל.⁹³

93 השאלה כיצד לזהות מנהגים אסורים בעליל היא לעתים פשוטה מאוד (חשבו, למשל, על התעללות וצורות אחרות של אלימות קשה), אך במקרים אחרים עשויה להתברר כקשה להכרעה (חשבו, למשל, על תפיסת טוב המעודדת את המשתייכים אליה שלא לקחת חלק פעיל בחברה האזרחית, בשוק העבודה ובזירה הפוליטית). חיבור זה לא יעסוק בניסיון לזהות את אמת המידה המדויקת לזיהוי מנהגים אסורים "בעליל".

ניתוח זה ממילא מסביר גם את המקרה השני שהובא לעיל כמקרה שבענייניו אין הצדקה להחיל את הזכות לחופש דת. כלומר, לא ראוי להעניק פטור מתחולתו של חוק כללי בשל היעדר האפשרות להשתתף בשיח ההצדקות הדמוקרטי; שכן הפתרון הנכון הוא לסרב לראות את הטוען לפטור כמי שאין לו אפשרות להשתתף, במובן המדויק של "השתתפות", בשיח ההצדקות הדמוקרטי.

המקרה השלישי נופל בתווך בין מקרים שנדרשת בהם החלת הזכויות לחופש דת ולחופש מדת לבין מקרים שבהם אין להחילן. העניין המרכזי בו הוא שמאפיין הדתיות בהתנהגותו של האזרח הרלוונטי הוא אישיותי בלבד ולא מבני (כלומר, נובע מהמרקם הפסיכולוגי הייחודי של אותו אדם ולא מהשתייכותו לתפיסת טוב שמקבלת בחום או מחייבת התכוונות [attitude] של דתיות). סוג אחד של חששות שעשוי להתעורר במקרה זה נוגע באופורטוניזם או בהתנהגות אסטרטגית אחרת שמבקשת לנצל את ההגנה החוקתית הניתנת על ידי הזכות לחופש דת מפני חוק בעל תחולה כללית (כמו החקיקה האוסרת על תקיפה וממילא שוללת מילה). הגם שחששות כאלה הם אמיתיים ומהותיים אין הם שונים מחששות דומים המתעוררים בהקשרים אחרים במשפט שבהם יש פער בין המצג המוצג לבין כוונתו האמיתית של המציג.

בעייתיות מסוג שונה שמתעוררת במקרה זה היא המתח הנוצר בין דרישות אתיקת האזרחות – להיות יוצר במשותף של החוק – ובין חירותו הכללית של האדם לעצב את חייו על פי רצונו, ובמקרה זה לראות את עצמו כמי שאינו מחויב בדין וחשבון כלפי חבריו האזרחים בכל הקשור בהעדפותיו – למשל, גולש גלים מושבע שמתנגד לאיסור על עישון סמים קלים, אך אינו מגלה נכונות לנמק את עמדתו ולהגן עליה כאשר החברה מתלבטת אם לאמץ איסור כזה (או, במצב שבו אנו עוסקים, אם להתיר שימוש כאמור). אם תוצאת ההליך הדמוקרטי תהיה שיש לאמץ את האיסור, האם ראוי להחיל בענייניו של הגולש את חופש הדת ולהעניק לו פטור מהחוק שיאסור צריכת סמים? לטעמי, בהיעדר טעם ענייני לסירובו להשתתף בהליך הדמוקרטי אין הצדקה להתעלם מדרישת אתיקת האזרחות (כלומר, לוודא שהשתתפותו לא תתמצה בהשמעת העדפתו, בעד או נגד, אלא בהשתתפות של ממש). אין בכך כדי להוציא, כמובן, את האפשרות שזכויות חוקתיות אחרות עשויות להיות רלוונטיות במקרים מסוימים. קָשבו, למשל, על חופש המצפון במקרה שבו פציפיסט מושבע מתנגד לחוק המחייב

גיוס לצבא, אך מסרב להסביר את עמדתו או להגן עליה. מכל מקום, אי-מילוי דרישות אתיקת האזרחות המתבקשת מרעיון השלטון העצמי המשותף אינו גורר חבות משפטית, אך גם אינו מצדיק מתן הגנה משפטית-חוקתית מיוחדת בדמות חופש דת. הצדקה כזאת תקום, לטענתי, כאשר אי-מילוי דרישות אלו נובע מתפיסת הטוב של המאמין ובכפוף לכך שתפיסה זו איננה בלתי סבירה מבחינה מוסרית.

יתרונה של הגישה המוצעת לשאלה מהי דת לצורך החלת הזכויות לחופש דת ולחופש מדת הוא בהתנערות מהתפיסה השמרנית הרואה בדת היסטורית את המועמדת היחידה הראויה לקבלת יחס עדין (בדמות החופש מדת) ויחס אוהד (בדמות חופש הדת) בהקשרים מסוימים. אמת המידה שהצעתי מאפשרת לסרטט בצורה מדויקת יותר, ובהתבסס על רציונל אחד שהוא הרעיון הדמוקרטי, את קווי הגבול בין תפיסות טוב לבין אמונות למיניהן בהתאם לקיומה או היעדר קיומה של דתיות, בין שהן נחשבות לדתות היסטוריות ובין שלא. מתודולוגיה כזאת מופעלת בעניין כל שאר זכויות היסוד – קביעת היקף הזכות היא במידה רבה פונקציה של הטעמים שבגינם ראוי להכיר בזכות מלכתחילה. במובן זה ההישענות על תפיסה היסטורית או פורמלית של מהי דת היא חריג בנוף החוקתי. וכפי שטענתי, אין הצדקה לחריג זה בעיקר במצב שבו ניתן לפתח אמת מידה ראויה יותר. הניסיון להתחקות על מושג הדתיות והקישור בינו לבין הרעיון הדמוקרטי של שלטון עצמי משותף הם צעד חשוב לקראת פיתוח אמת מידה כזאת. באמצעותה יהיה אפשר ליצור קשר הדוק יותר בין הזכות לחופש מדת או לחופש דת, מצד אחד, לבין האינטרס הנמצא בבסיס ההכרה בה, מצד שני.⁹⁴

94 אינני טוען כי גישתי יוצרת, או שהיא צריכה ליצור, חפיפה מלאה או זהות מוחלטת בין הזכות לבין האינטרס שבבסיסה, אלא שהיא מקטינה את הפער הקיים ביניהם. לשתי גישות מרכזיות בשאלת הפער בין הזכות לבין האינטרס או הערך העומד בבסיסה ראו JOSEPH RAZ, *Rights and Individual Well-Being*, in *ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN* 29, 36–43 (Oxford: Clarendon Press, Oxford University Press, 1994); FRANCES MYRNA KAMM, *INTRICATE ETHICS: RIGHTS, RESPONSIBILITIES, AND PERMISSIBLE HARM* 247 (Oxford: Oxford University Press, 2007)

הניתן ליישם את הגישה המוצעת במסגרת המשפט החוקתי הישראלי הנוהג?

1. דוקטרינת האיזונים לעומת שיח הזכויות

המשפט החוקתי הישראלי פיתח בעשורים האחרונים תורת שפיטה ענפה של איזונים (שעליה ארחיב מיד). לא יהיה מוגזם לומר כי דוקטרינת האיזונים כמעט שבלעה לתוכה את המשפט החוקתי כולו:⁹⁵ היא יוצאת לדרך בשלב המקדמי של מתן פרשנות לנורמה החוקתית (על מה היא חלה ומה משמעותה), פונה משם לבחינת חוקתיותה של הפגיעה בה (אם החוק הפוגע הוא מידתי) ומסיימת בבחינת הסעד הראוי, באיזון הכולל, שיש לתת בגין פגיעה שנמצאה לא מוצדקת (אם יש להורות על בטלות הנורמה הפוגעת או שמא להשהות הכרזה זו לפרק זמן כלשהו או אפילו להימנע מביטולה).⁹⁶ לטענתי, הגישה שאני מפתח בחיבור זה לשאלת מהותן של הזכויות לחופש דת ולחופש מדת אינה מתיישבת עם משפט חוקתי הנסמך על תורת שפיטה כזאת. בפרק זה אסביר מדוע אני סבור כך ואטען כי חוסר ההתאמה בין הגישה המוצעת לבין תורת השפיטה הישראלית מבטא שתי בעיות עיקריות שבהן לוקה תורה זו – הבנת המושג "זכות" והבנת תפקידו של בית המשפט החוקתי בהגנה על זכויות. הדיון יבקש אפוא להראות שאימוץ הגישה המוצעת יבטא צעד בכיוון הנכון הן כשמדובר במקרה הפרטי של חופש

95 ראו למשל מיכאל בירנהק, מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 30 (רמת גן: אוניברסיטת בר-אילן, נבו, 2010). מדובר בביקורת על "זריוות-יתר לאזן", שהיא פועל יוצא משליטתה של "שפת האיזונים" במשפט החוקתי הישראלי.

96 הגיון האיזונים חדר למשפט החוקתי הישראלי עד כדי כך שלאחרונה הועלתה הטענה שבדיוק כשם שזכויות חוקתיות הן יחסיות, כך יש לראות גם את הסעד הניתן בבית המשפט בגין פגיעה בהן כיחסי, בהתאם למבחן המידתיות. ראו יגאל מרזל, "השעיית הכרזת הבטלות", משפט וממשל ט 39, 92-93 (2006).

דת וחופש מדת והן כשמדובר במקרה הכללי של ההגנה המשפטית על זכויות יסוד במשפט הישראלי.

אנסה להמחיש את הטענה בעזרת פסיקה של בית המשפט העליון שמשלבת בין שני רכיבים: במרכזה ניצבת טענה לפגיעה בזכויות לחופש דת ולחופש מדת; היא מהגימה נאמנה את דוקטרינת האיזונים כפי שפותחה בפסיקתו של בית המשפט העליון בעשורים האחרונים. הדיון בפסק הדין שאציג יחזור ויעלה את הבעיות שהזכרתי לעיל. הפסיקה המדוברת עוסקת בהחלטת רשות מקומית, עיריית רחובות, להקצות מגרש ציבורי לעמותה שמפעילה בית מדרש (כולל) בסמוך לשכונה חילונית.⁹⁷ הטענה המרכזית של תושבי השכונה שעתרו כנגד ההקצאה האמורה הייתה שהחלטת העירייה אינה סבירה מהטעם שהיא לא נתנה משקל ראוי לזכות התושבים לחופש מדת. הכוונה היא לכך ש"הקמת מבנה המיועד לפעילות דתית אינטנסיבית בסמיכות כה גדולה לבתי מגורים של תושבים חילוניים כופה עליהם שינוי בלתי רצוי באורחות חייהם החילוניים [...] יביא לכך שהתושבים החילוניים יאלצו [...] להיחשף הם עצמם, וילדיהם, לתכנים דתיים-חרדיים הזרים להם ולמנהגיהם".⁹⁸ בבואו לבחון טענה זו הציב בית המשפט מול הפגיעה בחופש מדת הנטענת כאן את זכותם של מקימי בית המדרש ותלמידיו לחופש דת. כלומר, בית המשפט הכיר בכך שהזכות לחופש מדת של התושבים החילונים נפגעה, ולכן היא שיקול נגד הקצאת המגרש לבית המדרש. לעומת זאת בית המשפט גם הכיר בכך שמה שמונח על הכף הוא לא רק החופש מדת אלא גם חופש הדת של מקימי בית המדרש ותלמידיו.⁹⁹ לפיכך החשש לפגיעה בזכות לחופש דת משמש כאן שיקול חשוב העומד מול השיקול של פגיעה בחופש מדת. באיזון הכולל מצא בית המשפט כי החלטת העירייה הייתה סבירה ומידתית, בין היתר משום שהתושבים העותרים לא הצליחו להרים את נטל ההוכחה בעניין קיומה של "פגיעה של ממש" בזכותם לחופש מדת.¹⁰⁰

97 בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות (טרם פורסם; ניתן ביום 1.8.2010).

98 שם, בפסקה 68.

99 שם, בפסקאות 70 ו-84.

100 שם, בפסקה 85.

בנקודה זו אעצור ואצביע על שתי נקודות הקשורות בטבורן – שתיהן תסמינים של דוקטרינת האיזונים שפותחה על ידי בית המשפט העליון. ראשית, לא ברור כלל מדוע נכון לומר שמקרה זה עוסק בהתנגשות – פוטנציאלית או ממשית – בין חופש דת לבין חופש מדת. לגישתי, זכויות אלו לא רלוונטיות לגיתוח המקרה הנתון. אין מתעורר בו חשש ליצירת נורמה מדינתית כופה שבבסיסה ציווי אלוהי, מצווה או מנהג דתי. כמו כן, לא ברור מדוע הזכות לחופש דת של מקימי בית המדרש ותלמידיו עומדת כאן על הכף. אין ספק שבניית בית המדרש המסוים תקדם את האינטרס שלהם במימוש תפיסת הטוב הדתית שלהם, אך לא ברור מדוע הדבר מתחייב כעניין של זכות חוקתית שמולה עומדת חובת העירייה או המדינה לבנות בית מדרש כאן ועכשיו.¹⁰¹ על רקע דברים אלו דומה שבית המשפט לא ייחס חשיבות לעצם שיוכם של טענה או שיקול לזכות יסוד. או במילים אחרות, בית המשפט פועל כאן לאור הגדרה ליברלית מאוד של היקף הזכויות לחופש מדת ולחופש דת, כך שגם אינטרסים שמקיימים קשר קלוש ביותר עם זכויות אלו נתפסים כנכללים בתוך היקף השתרעותן.

שנית, בית המשפט מכריע במאבק בין שתי הזכויות המתנגשות בעריכת איזון אד הוקי – הוא מעריך את מידת החשיבות החברתית של כל אחת מן הזכויות, ובעיקר את תחשיב העלות-תועלת בנתוני המקרה המסוים – העלות: מידת הפגיעה בחופש מדת; התועלת: קידום הזכות לחופש הדת ואינטרסים ציבוריים אחרים.¹⁰² גם כאן העובדה שמדובר בזכות, ולא כל שכן זכות יסוד, אינה מעלה ואינה מורידה לצורך הניתוח המשפטי שכן מידת ההגנה על הזכות כמידת הפגיעה באינטרס שהיא מגנה עליו. למעשה, היה אפשר לוותר מראש על אפיון האינטרס המוגן במונחי זכות ולברוק אם העירייה הביאה בחשבון את כל האינטרסים הרלוונטיים ואיזנה ביניהם מתוך מתן משקל הולם לחשיבותם ולמידת פגיעותם בנסיבות אותו המקרה.

101 מובן שבנסיבות אחרות לגמרי היה אפשר לגבש טענה טובה של פגיעה בחופש הדת (כגון במצב שבו מחוקק חוק כללי האוסר הקמה של מוסדות לימוד גבוהים שאינם אוניברסיטאות מחקר על שטח בבעלות המדינה).

102 עניין סולודוך, לעיל ה"ש 97, בפסקאות 84-85.

הגישה המוצעת בחיבור זה נמצאת כמתח ישיר עם דוקטרינת האיזונים, ובפרט עם שתי נקודות אלו. בכל הקשור לראשונה, גישת בית המשפט העליון היא להכיר בזכות בעלת היקף התפרשות נרחב ביותר. היקף רחב כזה מאלץ בהכרח את בית המשפט לדחות כל הכרעה ערכית של ממש לשלב האיזונים. או, במונחים המקובלים בעגה של בית המשפט, ההכרעה חייבת לעבור משאלת היקף הזכות לשאלה נפרדת של מידת ההגנה עליה. מצב דברים זה מחליש עד מאוד את החשיבות של הזכות כזכות – היא לכל היותר שלב מוקדם בניתוח המשפטי, מעין משוכה שאפשר לעבור בנקל, בלי להקדיש תשומת לב מיוחדת לשאלות שבבסיס חיבור זה – מהי הזכות הרלוונטית? על מה היא בדיוק מגנה? מהם הקריטריונים שבהתקיומתם ניתן ליהנות מהגנתה, ומהו הרציונל לכך? ועוד. דומה שאין דרך ברורה יותר להמחיש הברל זה מלחזור ולהדגיש שביט המשפט העליון ראה בהקמת בית מדרש תורני בשכונה חילונית באופייה משום פגיעה פוטנציאלית בחופש מדת של תושבי השכונה ובאי-הקמתו משום פגיעה אפשרית בחופש הדת של תלמידיו. המעבר המהיר לאיזון בין שתי הזכויות ה"מתנגשות" במקרה זה מבטא ויתור על החשיבות התאורטית והמעשית שיש לזכויות בהכרעת סכסוכים במשפט החוקתי.

האם אפשר לטעון נגדי כי אי-אפשר להסיק מסקנות כלליות מעיון בפסק דין אחד? ואולי, ליתר דיוק, מדובר במקרה קיצוני או בניתוח שגוי או נחפז של בית המשפט? תשובתי היא שלילית. לא רק שפסק דין זה איננו חריג בנוף השיפוטי, אלא שהוא ביטוי נאמן של פילוסופיית השפיטה שגובשה בבית המשפט כמודע ובשיטתיות. פילוסופיה זו מוכרת בעניין זכויות חוקתיות אחרות כדוגמת הזכות לקניין¹⁰³ והזכות לחופש הביטוי.¹⁰⁴ אך דומה שהניסוח הבהיר ביותר שלה מופיע בספרו של פרופ' אהרן ברק העוסק בדוקטרינת המידתיות ובהדגמה על הזכויות החוקתיות לחירות ולכבוד האדם. בכחנו את שאלת התוויית היקפן של זכויות אלו רוחה ברק את הוצאתה של פעולת הגנבה – או של כל פעולה רצונית אחרת הפוגעת בזכותו של אחר – מכלל הפעולות שייחשבו "בחירה רצונית" המשתייכת

103 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי פ"ד מט(4) 221, 431 (1995).

104 ראו למשל בג"ץ 606/93 קידום נ' רשות השידור פ"ד מח (2) 1 (1994).

לזכות לכבוד האדם או לחירות.¹⁰⁵ לשיטתו, ניתן, וצריך, להטיל איסור על גנבה ופעולות לא חוקיות אחרות, אלא שאיסורים אלו הם משום פגיעה (מוצדקת, אם היא מידתית) בזכות לכבוד האדם.¹⁰⁶ מכאן נובע שהזכות לכבוד האדם אליבא דברק חפה מתוכן מוסרי, שכן אין ביכולתה להבחין בין הבחירות שאנו עושים בחיינו לבין הקשר שלהן להגשמת האוטונומיה שלנו כיצורים חופשיים. הבחנה חיונית זו מוצאת אל מחוץ לכבוד האדם ומועתקת אל פסקת ההגבלה ובעיקר אל מבחן המידתיות. ברק מגן על תפיסה מרחיבה זו של הזכות לכבוד במונחים של "אידיאל שהחברה צריכה לשאוף למימושו",¹⁰⁷ אך קשה להבין מהו אותו אידיאל שכחלק ממנו כבוד האדם משתרע גם על חוסר כבוד לזכויות של הזולת (משפטיות ומוסריות), באופן שמקרב אותו לרעיון החופש המאפיין את מצב הטבע המצמרר המתואר בכישרון רב על ידי הובס.¹⁰⁸ על כל פנים קשה ליישבו עם אידיאל מוסרי בדבר כבוד האדם.¹⁰⁹

באופן דומה, הרחבה ניכרת של הזכויות לחופש מדת ולחופש דת מאיימת על רידוד תוכנו המוסרי. ואכן, עולה התהייה אם הקמתו של בית מדרש בלב שכונה חילונית יכולה להיחשב מעשה שיש להתייחס אליו ככזה המעורר טענה לפגיעה בזכות יסודית כמו הזכות לחופש מדת. כמו בדוגמה של הזכות לכבוד, גם כאן נראה שבית המשפט בוחר – במודע ולא בהיסח הדעת – בתפיסה רחבה ביותר של עולם המצבים היכולים להיתפס ברשתה של הזכות לחופש מדת (ובד

- 105 ראו אהרן ברק, מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 66-67 (שריגים-ליאון: נבו, 2010). כן ראו שם, בעמ' 113-114.
- 106 שם, בעמ' 66 ("פעולת הגניבה מכוסה במישור החוקתי, אך היא אסורה במישור התת-חוקתי").
- 107 שם, בעמ' 112.
- 108 אצל הובס "חירות" מוגדרת כיכולת לפעול "בן־העדר עכבות חיצוניות", ובמצב הטבע היא מנביעה כי "לכל אדם זכות לכל דבר, אפילו לגוף האחר". תומס הובס, לוויתן 91 (מנחם לורברבוים עורך, אהרן אמיר מתרגם, ירושלים: שלם, 2009).
- 109 להרחבת הביקורת ולהצעת פתרון להבניה ראויה של הזכות לכבוד האדם ראו דורפמן, לעיל ה"ש 83.

כבוד, עולם המצבים היכולים להיתפס ברשתה של הזכות לחופש דת).¹¹⁰ כאמור, העניין התאורטי והמעשי בעולם חוקתי כזה הוא לא בזכות, אלא רק – או כמעט רק – במשקל היחסי שיש לתת לשיקולים העומדים בבסיסה בנסיבות המקרה המסוים. מובן שעדיין לא ניתנה תשובה על השאלה (המופנית לבית המשפט המאמץ את דוקטרינת האיזונים) כיצד בדיוק נקבע המשקל – באופן כללי ובמקרה הפרטי – ואם ניתן ליצוק תוכן הכרחי לתוך הכרעות ערכיות שכאלה.¹¹¹ בכל הקשור לנקודה השנייה, המתמקדת בביצוע איזון אד הוקי, גישתי מנוגדת לעמדה הגורסת שזכות יסוד היא אך צעד ראשון בניתוח החוקתי (ששיאו כאמור בעריכת האיזון). המאמץ לתת פשר לזכויות לחופש דת ולחופש מדת על ידי הניסיון להציע להן אפיון והצדקה מדויקים ככל האפשר נועד לבטא את הרעיון שעסקינן בזכויות יסוד. אלו אינן נקודות פתיחה בניתוח החוקתי; במיטבה, זכות יסוד היא לא רק נקודת ההתחלה אלא היא – בכפוף לסייגים מוגבלים ביותר שאינם נתונים לשקילה אד הוקית – גם, ובעיקר, מסקנה בניתוח החוקתי.¹¹² מובן שהפנייה לאיזון אד הוקי היא במידה רבה פועל יוצא של הבחירה בפילוסופיית שפיטה שמעניקה היקף רחב ביותר לזכות היסוד. אחרי הכול, אי-אפשר להעניק הגנה חזקה ויעילה על זכות שהיקף השתרעותה מוגדר מראש כרחב ביותר. בנקודה זו מצדדי דוקטרינת האיזונים מעלים את הטענה שהבחירה בהרחבת היקף השתרעותה של הזכות נובעת מהחשיבות שמייחסים חוקי היסוד הישראליים לאיזון אד הוקי בין זכויות לאינטרסים מתנגשים. במילים אחרות, ניתן לטעון כי קיומה של פסקת ההגבלה בחוק היסוד, המתירה למחוקק לפגוע בזכויות המנויות בחוק היסוד ובלבד שהפגיעה עומדת בדרישות אחדות, היא ראייה חותכת לכך שזכויות היסוד הן יחסיות ושאפשר על כן לפגוע בהן כל עוד התועלת מפגיעה זו עולה על עלותה. כל גישה השוללת איזונים, יטענו

110 ואכן, בית המשפט אינו מוטרד מהשלכות בחירה זו, שכן היא רק שלב ראשוני בדרך לפתרון האולטימטיבי של בעיית ההתנגשות בין שתי זכויות רחבות היקף: מצאית האיזון הנכון בנסיבות המקרה. עניין סולודוך, לעיל הערה 97, בפסקה 74.

111 ברק מודה בכך ומפציר בחוקרי המשפט "לקדם תורת משפט של ערכים" שבצורתה "בית המשפט יוכל להגיע לפתרון טוב יותר במקום שהוא ניצב בפני בעיה שפתרונה מחייב התחשבות בערכים מתנגשים". אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית 267 (שריגים-ליאון: הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, כתר, ונבו, 2004).

112 ראו דורפמן, לעיל ה"ש 83.

המתנגדים, אפילו הייתה אפשרית בתאוריה, נידונה מראש לכישלון ברגע שבו "יגלה" המחוקק כי ביכולתו לפגוע בזכות היסוד ככל שהטוב החברתי דורש זאת. ביכולתו של טיעון זה, המוכר מכתבתו של אחד מחשובי התאורטיקנים של גישת האיזונים,¹¹³ לשמוט את הקרקע מתחת לרגליה של המסגרת התאורטית המוצעת בחיבור זה; שכן גם אם נסכים שהצעתי בדבר הבנתן של הזכויות לחופש דת ולחופש מדת אפשרית ואולי אף ראויה, אין ביכולתה לשמש מסגרת תאורטית של הזכויות החוקתיות לחופש דת ולחופש מדת בישראל, לפחות כל עוד פסקת ההגבלה עומדת על מכונה.

אך טיעון זה מניח את המבוקש, ועל כן הוא נידון לכישלון. ההשפעה האפשרית של פסקת ההגבלה על הגישה הנכונה להבנת הזכות לחופש דת ולחופש מדת אינה נובעת מעצם קיומה בשדה החוקתי; היא תלויה לחלוטין באופן שבו תפורש פסקה זו ותיושם על ידי בית המשפט. בית המשפט יכול – כפי שהוא אכן עשה הלכה למעשה – לתת לה פרשנות מקלה. כלומר, כזאת שמאפשרת למחוקק לראות את הזכויות לחופש דת ולחופש מדת כלא יותר מדרישה לחוקק חוקים שבאיזון הכולל מועילים לטוב החברתי יותר משהם מזיקים לו. אך זו, כמובן, רק אפשרות אחת מתוך רצף שלם של אפשרויות (החל בפסקת הגבלה מקלה ביותר וכלה בפסקת הגבלה מחמירה ביותר). אשר על כן, הניסיון לטעון על בסיס פרשנות זו של פסקת ההגבלה כי עצם קיומה מחייב את המסקנה שגישת האיזונים היא היחידה האפשרית במשפט החוקתי הישראלי הוא לא יותר מהנחת המבוקש. על כך יש להוסיף שהנחת המבוקש במקרה זה חושפת לא רק כשל לוגי בטיעון בעד גישת האיזונים, כי אם קושי נורמטיבי מהותי: הניסיון להסיק לאחור (backward induction) מה טבען של זכויות חוקתיות מתוך פסקת ההגבלה לוקה גם בהבנת הסדר הנכון של הדברים, שהרי טבען של הזכויות הוא שצריך להכתיב את פרשנותה הראויה של פסקת ההגבלה, ולא להפך.¹¹⁴

113 ראו לאחרונה & 4 L. Robert Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, Ethics Hum. Rts. 19, 23 (2010). כן ראו ברק, לעיל ה"ש 105, בעמ' 566-567.

114 במקום אחר אני מציע אפשרות קריאה שונה של פסקת ההגבלה, כזאת שמיישרת קו בצורה טבעית יותר עם הרעיון בדבר חשיבותן של הזכויות ככאלה. ראו דורפמן, לעיל ה"ש 83, בעמ' 57-152.

לסיכום הדיון בפרק זה: הגישה המוצעת לזכויות לחופש דת ולחופש מדת עומדת במתח עם דוקטרינת האיזונים כפי שפותחה בבית המשפט העליון בעשורים האחרונים. אך אפשר לציין שלושה טעמים עיקריים מדוע ראוי בכל זאת להתעקש על הרלוונטיות של הניתוח המוצע למשפט החוקתי הישראלי. ראשית, כפי שהדיון בפרק זה הראה וכפי שטענתי במקום אחר, דוקטרינת האיזונים מרחיקה את המשפט הנוהג בישראל משיח הזכויות ומעבירה את הדיון המשפטי אל עבר שיח ערכי המאופיין באד הוקיות ובעמימות מובנית. מנקודת המבט של הרעיון הדמוקרטי (שהוא הרעיון שנמצא בבסיס הזכויות לחופש דת ולחופש מדת) מעבר זה אינו ראוי, משום שהוא מחליש, ואולי אף מאיין, את הלגיטימציה של בית המשפט כמוסד שלא נבחר לקבל הכרעות ערכיות חשובות בעבור החברה. ואכן, קריאה מקסימליסטית של היקף הזכות הובילה את בית המשפט העליון לגישת האיזונים ולהכפפת הזכות לטוב החברתי ולשורה של הבחנות מסדר שני, כגון ההבחנה בין פגיעה בגרעין לבין פגיעה בשולי הזכות. המאמץ האינטלקטואלי הנדרש מבית משפט שמאמץ את הגישה המוצעת שונה מזה הנדרש על פי גישת האיזונים. על פי הגישה המוצעת כאן, העומס מتركז ברובו בשאלה אם עניין מסוים חוסה תחת הזכות לחופש דת או הזכות לחופש מדת. תשובה לשאלה זו גוררת חזקה כבדה בדבר אי-חוקקיותה של הנורמה הפוגעת.¹¹⁵

חשוב לציין כי הצורך בעיצוב מדויק ומצומצם של הזכות אינו אך אילוץ פרגמטי הנובע מכך שאי-אפשר, כעניין מעשי, להעניק לזכות הגנה חזקה ככל שהיא חלה על קשת רחבה של פעילויות ומצבים. במילים אחרות, העמדתה של זכות צרת היקף אינה צורך הנובע מהיותנו שבויים בעולם לא אידאלי, שכן צורך זה תקף גם בעולם שבו היה אפשר להרחיב מהותית את היקפה של הזכות. הצורך נובע בעיקרו מהרצון להותיר מרחב גדול ככל האפשר לדמוקרטיה המבוססת על שלטון עצמי. הגנה קטגורית על זכות מצומצמת תוחמת את גבולותיו של מגרש ההתדיינות הדמוקרטית בלי לבלוע אותו. בדרך זו ביכולתה של חלוקת העבודה בין בית המשפט לבין הרשות המחוקקת (והרשות המבצעת) ליצור את התמהיל הנדרש לקיומו של משטר הנהנה מלגיטימציה פוליטית: מצד אחד, צורת שלטון

115 איני נוגע בשלב זה בשאלת הסעד, המצריכה דיון עצמאי.

דמוקרטית רותמת את משתתפי ההליך הדמוקרטי לתוצאת ההליך (נניח חוק שהתקבל בבית הנבחרים) במובן זה שהלגיטימציה שלה אינה נובעת בהכרח מהסכמת המשתתפים לתוכנה, אלא מעצם היותם שותפים לפרויקט יצירתה; מצד שני, הזכויות לחופש דת ולחופש מדת תוחמות את גבולות המגרש, או את חוקי המשחק שבו מתקיים אותו הליך, במובן זה שהן מבטיחות שההשתתפות – ולכן גם הסולידריות הפוליטית שנוצרת בעקבותיה, קרי התחושה שהחלטה הסופית היא החלטה שלנו – תהיה נחלתם של משתתפים חופשיים ושווים זה לזה. על רקע זה, הקפדה על הגדרה צרה של הזכויות לחופש דת ולחופש מדת חיונית כדי להבטיח שההחלטות המתקבלות על ידי רשויות השלטון יהיו לגיטימיות ולא רק צודקות.¹¹⁶

שנית, דוקטרינת האיזונים, והמשפט החוקתי הישראלי כולו, אינם עובדה מוגמרת. למעשה, אנו נמצאים בראשית דרכו של הפיתוח התורת-משפטי של המשפט החוקתי הישראלי. לכן האפשרות לעשות התאמות ושינויים מבניים ועמוקים אינה רק חשובה ברמת העיקרון, אלא גם אפשרית ברמת המעשה. זאת ועוד, חלקה המרכזי של דוקטרינת האיזונים – מבחני המידתיות – פותח על דרך של פסיקה, ובמובן זה הוא אינו מוכתב על ידי לשונו של חוק היסוד.¹¹⁷ שלישית, בהמשך ישיר לנקודה השנייה, אפשר לראות ניצנים של מגמה חדשה בפסיקת בית המשפט העליון המערערת במידה מסוימת על דוקטרינת האיזונים.¹¹⁸ כרגע זה עיקר המאמץ בפסיקה מתמקד בהדגשת החשיבות של

116 ההבחנה בין לגיטימציה לבין צדק ניתנת להמחשה בעזרת ההבחנה בין שתי השאלות הבאות בכל הקשור להחלטה כלשהי: מי המחליט? והאם ההחלטה הוגנת?

117 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 8 את פסקת ההגבלה: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". מהי "מידה שאינה עולה על הנדרש"? זו, כאמור, שאלה שיש לפרש לאור החשיבות שהמשפט מייחס למהותה של זכות יסוד, כלומר לאורה של תורת שפיטה מגובשת.

118 השופט פוגלמן מבחין כי "מעבר 'אוטומטי' למבחני פסקת ההגבלה בכל מקרה שבו נטען כי דבר החקיקה פוגע בה, עשוי להביא, באיזון הכולל, לשחיקת ההגנה שמקנים חוקי היסוד". בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם; 28.2.2012).

השאלה אם נפגעה בכלל הזכות, כדי שתהיה הצדקה לכחון את מידתיות הפגיעה בה.¹¹⁹ אולם ניתן לראות התפתחות זו על רקע כללי יותר, והוא הניסיון להקנות לזכויות היסוד מעמד והכרה של זכויות, להבדיל מערכים או אינטרסים, חשובים ככל שיהיו. חשיבותה של מגמה זו איננה בהכרח באופן שבו היא מיושמת בכל מקרה ומקרה (למשל, חשבו על השאלה אם מוצדק לצמצם את הזכות לכבוד האדם כך שהיא לא תכלול את הזכות של האזרח למימוש חיי משפחה בישראל¹²⁰), אלא על האוריינטציה שהיא יוצרת בבית המשפט: זכויות יסוד מחייבות התייחסות של ממש לעובדה שמדובר בזכויות, ולכן יש צורך להתייחס בכובד ראש – מבחינה אינטלקטואלית ומבחינה מעשית – לשאלות בדבר מהותה של הזכות ושל היקפה המדויק.

2. הניתן ליישם את הגישה המוצעת כחלק מ"שיח הרגשות" שמתפתח בפסיקה הישראלית?

תוצר לוואי בעייתי נוסף שהטרנספורמציה משיח של זכויות לשיח של ערכים הביאה עמה הוא עליית מקומו של שיח הרגשות והרגישויות במשפט החוקתי.¹²¹ חיבור זה עוסק בזכויות לחופש דת ולחופש מדת. הוא אינו מתייחס, במישרין או בעקיפין, לתופעה שהתעצמה בפסיקת בית המשפט בעשורים האחרונים – הגנה על פגיעה ברגשות הדת. ויש לכך סיבה: שיח הזכויות עומד במתח אינהרנטי עם שיח של רגשות ורגישויות במובן זה שבמקום שבו מוכרת זכות יסוד אין הצדקה עניינית להתחשב בפגיעה ברגשות של הזולת בשל מימוש הזכות, למעט במקרים קיצוניים שבהם בעל הזכות עושה שימוש לרעה בזכותו מתוך כוונה לפגוע (וגם

119 ראו למשל בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות נ' משרד הבריאות (טרם פורסם; ניתן ביום 7.3.2013) (זכות קניין); בג"ץ 5998/12 רונן נ' כנסת (טרם פורסם; ניתן ביום 25.8.2013) (קניין); בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יושב ראש הכנסת (טרם פורסם; ניתן ביום 26.6.2013) (הזכות לחירות); בג"ץ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה (טרם פורסם; ניתן ביום 4.6.2013) (הזכות לכבוד, הזכות לקניין).

120 ראו את פסק דינם של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין ושל השופטת נאור בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים פ"ד סא(2) 202 (2006).

121 שוב, אינני טוען שיש כאן מהלך בלתי נמנע, אלא שזהו המהלך שנעשה בפועל בפסיקותיו של בית המשפט העליון בעשורים האחרונים.

אז אין הכרח שהזכות תיסוג מפני רגשותיו של הנפגע), או שהגנה על זכות תביא לתוצאה הרת אסון. במובן זה פגיעה ברגשות, כואבת ועמוקה ככל שתהיה, לא יכולה להכריע זכויות יסוד.

כך למשל, חופש הביטוי הוא, בין היתר, הפרויוילגיה הניתנת לאנשים חופשיים לבטא את עצמם גם אם הדבר מסב פגיעה רגשית לאחרים. למעשה, מוסריותו של שיח הזכויות, שבמרכזו התביעה להכרה בחירות ובשוויון של כל אחד ואחת, אינה תלויה בתחושות של נחיתות, עלבון והשפלה. נהפוך הוא. מאבקים חברתיים, כמו גם טיעונים מוסריים בעד הכרה בחירות ובשוויון זכויות לכול, אינם נובעים מעלבון ומסכנות, כי אם מעוצמה מוסרית וביטחון באפשרות השגתו של צדק.¹²² למרות זאת קבע בית המשפט העליון בשורה של פסיקות כי בד בבד עם זכויות היסוד והאינטרסים החברתיים האחרים (כגון שלום הציבור) יש להביא בחשבון את "רגשות הדת", והכוונה היא לרגשות נחיתות ועלבון של אנשים העלולים להיפגע מפעולה מסוימת על רקע השתייכותם לדת שמגנה פעולה זו או רואה בה דבר פסול. שיאה של מגמה פסיקתית זו הוא בפסילתו של תשדיר בחירות מהטעם שהוא פוגע יתר על המידה ברגשות הדת.¹²³

אך דומה שעיקר פעולתה של דוקטרינת הפגיעה ברגשות הדת היא בהעמדת טענה להצדקת חקיקה מדינתית של נורמות דתיות (סגירת כבישים ציבוריים בשבת, השבתת תחבורה ציבורית ועסקים בשבת ועוד). המהלך הכללי שמוביל לדוקטרינת הפגיעה ברגשות הדת הוא, כפי שטענתי בחיבור זה, שחקיקתו של חוק שבבסיסו ציווי דתי היא משום פגיעה בזכות לחופש מדת, במנותק משאלת פגיעתו בזכויות יסוד אחרות. טענה זו מקובלת על בית המשפט כבר משנות החמישים של המאה הקודמת. הדרך שבה, ברבות השנים, ריכך בית המשפט את "חומת האש" של הזכות לחופש מדת היא הצבת רגשות הדת כמשקל נגד לזכות זו.¹²⁴ לכאורה, אין במעשה זה משום הפחתה בחשיבותה של זכות יסוד

122 ראו דורפמן, לעיל ה"ש 83, בעמ' 112-114.

123 כג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי, מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, בפסקה 1-2, 14, לפסק דינו של הנשיא ברק; בפסקה 5-8, לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (טרם פורסם; ניתן ביום 28.6.2006).

124 על הרעיון של זכות כחומת אש ראו JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS על הזכות לחופש מדת (William Rehg trans., Cambridge, MA: MIT Press, 1996) 258.

במשפט, אבל רק כל עוד המשקל המיוחד הניתן לרגשות האמורים אינו חותר תחת ההיררכיה הברורה בין הזכות לרגשות.

ברם דומה שבית המשפט עשה את ההפך – ההגנה על רגשות הדת הפכה לאינטרס רב עוצמה. כוונתי אינה בהכרח למספר המקרים שבהם בית המשפט הכפיף את החופש מדת להגנה על רגשות הדת, אלא לאמת המידה שבה הוא השתמש כדי לקבוע אם במקרה מסוים התחשבות ברגשות ראויה לגבור על זכות יסוד. אמת המידה שנבחרה היא למעשה המינימלית והחד-צדדית ביותר. היא מינימלית כיוון שדי בכך שהלא מאמין עובר על ציווי דתי כדי שהדבר ייתפס כפגיעה ברגשות הדת. למשל, די בכך שאדם נוסע בשבת בציר תנועה ראשי העובר בסמוך לשכונה דתית כדי לשכלל את הטענה בדבר הגנה על רגשות הדת לטענה הגוברת על הזכות לחופש מדת (ולעתים גם על זכויות יסוד אחרות).¹²⁵ אמת מידה כזאת אינה מביאה בחשבון אפילו את ההבדל בין מי שעובר על ציווי דתי מתוך כוונה להכעיס ולפגוע במאמין לבין מי שעושה זאת כחלק משגרת חייו.¹²⁶ כמו כן, וכאן אני נוגע בחד-צדדיותה של אמת מידה כזאת, היא אינה מתמודדת עם האפשרות שפגיעה ברגשות, כיוון שעסקינן ברגשות, יכולה לפעול גם בכיוון האחר. שכן, גם רגשותיו של הלא מאמין עלולים להיפגע קשות מעצם הידיעה על דבר קיומם של מנהגים דתיים מסוימים. במובן זה היה אפשר ליצור עימות בין ההגנה על חופש הדת לבין פגיעה ברגשות הליברל בד בבד עם העימות בין חופש מדת לבין פגיעה ברגשות הדת.

לסיכום עניין זה, משמעות הדברים היא שחשיבות הזכות לחופש מדת לרעיון הדמוקרטי של שלטון עצמי משותף היא שיקול חזק נגד העצמת כוחה של דוקטרינת הפגיעה ברגשות הדת.¹²⁷ המשפט החוקתי הישראלי הנוהג עומד למעשה על פרשת דרכים. ככל שהמגמה של העצמת דוקטרינת הפגיעה ברגשות

125 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה פ"ד נא(4) 1 (1997).

126 ראו דני סטטמן, "פגיעה ברגשות דתיים", רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי 133 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוגן שמיר עורכים, תל אביב: רמות, תשנ"ח).

127 וגם אם יש הצדקה חיצונית לכך ששיח הזכויות צריך להתחשב ברגשות כקטגוריה עצמאית, ראוי להבין שהתחשבות ברגשות אינה יכולה להיעצר דווקא ברגשות הדת, אלא בכל רגש שראוי לתת לו הגנה, בין שהוא קשור לתפיסת טוב דתית ובין שלא.

הדת תימשך, כך גם תיחלש הזכות לחופש מדת עד לכיטולה דה פקטו. אך כל עוד בית המשפט מגביל את כוחה להכשרה אד הוקית של פגיעות בחופש מדת, ורק כאשר החשש שמנגד הוא לפגיעה הרת אסון ברגשותיו של המאמין, חשיבותה העקרונית של הזכות לחופש מדת נשמרת.¹²⁸

3. הניתן ליישם את הגישה המוצעת במדינה יהודית (ולא אך דמוקרטית)?

קושי נוסף העומד לפני החלת הגישה המוצעת במשפט החוקתי הישראלי עשוי להתעורר משום שאופייה של מדינת ישראל מוגדר "יהודית ודמוקרטית". הגדרה זו מופיעה בפסיקתו של בית המשפט העליון בכמה פסקי דין חשובים, ודוגמה בולטת היא פסק דינו של הנשיא אגרנט בעניין ירדור, הקובע שדבר קיומה של מדינת ישראל ככיתו של העם היהודי הוא "נתון [...] קונסטיטוציוני".¹²⁹ הכרה זו קיבלה ביטוי חוקתי פורמלי עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק.¹³⁰ חיבורי זה מתיישב ללא ספק עם אופייה הדמוקרטי של המדינה. למעשה, יומרתו היא להראות, בהקשר של יחסי דת ומדינה, מה צריך לנבוע מעצם קיומה של מחויבות לרעיון הדמוקרטי. מדינה הראויה להיחשב דמוקרטית, כך אני טוען, חייבת לכבד את חופש הדת של אזרחיה ובאותה מידה גם את החופש מדת של אזרחיה. אך מה באשר לאופייה של המדינה כמדינה יהודית? החשש הוא שהשילוב של "יהודית" עם "דמוקרטית" יפגום באפשרות לאמץ את הבסיס הדמוקרטי לזכויות לחופש דת ולחופש מדת.

128 כפי שהערתי לעיל, גם תפיסה של זכות כזכות (להבדיל מאינטרס או ערך) אינה מנביעה מסקנה שהזכות מוחלטת. הטענה היא שזכות יכולה להיות יחסית, אך בלי להפכה לערך המתמודד, באיזון אד-הוקי, עם ערכים מתחרים.

129 ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות לכנסת השישית פ"ד יט(3) 365, 386 (1964).

130 ראו סעיפים 1 ו-2 לשני חוקי יסוד אלה, בהתאמה. הכרה זו קובעה בדברי חקיקה וחוקה נוספים, כמובן. ראו למשל סעיף 7(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת, השולל את הזכות להיבחר ממי שמבקשים לשלול את אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ואת סעיף 2(2) לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953.

התשובה לכך תלויה, כמובן, באופן שבו יש להבין את דבר יהדותה של המדינה; ובייחוד – האם חייבת להתקיים התנגשות בין המחויבות לערכי היהדות לבין ערכי הדמוקרטיה? זוהי כמובן שאלה נצחית בשיח הציבורי ובמשפט הישראלי.¹³¹ יש כמה הצעות בכל הנוגע לשאלה זו – החל במי שמפרש "יהודית" כדת היהדות, עבור במי שמבקש לאמץ רק את אותם עקרונות אניברסליים של הדת היהודית, ומי שמזהה יהדות עם ציונות מדינית, וכלה במי שרואה ביהדות משום תרבות או מסורת לאומית. אין בכוונתי לדון בכל אחת מהצעות אלו ולהכריע מהי התפיסה הנכונה ביותר מנקודת מבט היסטורית או נורמטיבית, אלא לציין את הרעיון הזה: האופי היהודי-הדמוקרטי של ישראל אינו צריך להתנגש עם הגישה המוצעת כאן כל עוד אופייה היהודי של מדינת ישראל איננו מובן כאופייה הדתי של ישראל.¹³² במובן זה מדינת ישראל יכולה להיות מדינה "יהודית" אף על פי שאינה מקדמת או מעדיפה תפיסת טוב יהודית דתית. פרשנות זו, שלפיה יהדותה של ישראל אינה הופכת אותה למדינה תאוקרטית ואנטי-דמוקרטית, אומצה בפסיקות אחדות של בית המשפט העליון.¹³³

- 131 ראו למשל רות גביוון, "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן", משפט וממשל ו 25 (2001); סמי סמוחה, "מדינה יהודית ודמוקרטיה יהודית", משפט וממשל י 13, 23–19 (2007); מנחם מאוטנר, משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 31–32, 298, 345, 365, 420, 565–566 (תל אביב: עם עובד, 2008).
- 132 זוהי טעות נפוצה של הוגים, בעיקר זרים, המציגים את מדינת ישראל כמדינה המשלבת בין דמוקרטיה לפרפקציוניזם שכולו דתי. ראו למשל DWORKIN, לעיל ה"ש 33, בעמ' 57.
- 133 ראו במיוחד בג"ץ קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נד(1) 258, 281–82 (2000).

סיכום

בחיבור זה התמודדתי עם שאלת קיומן ועם תוכנן של הזכויות לחופש דת ולחופש מדת. אף על פי שלזכויות אלו נוכחות ניכרת במשפט הנוהג ובשיח הציבורי, הניסיונות לתת להן פשר בפיתוח הבנה שיטתית ומעמיקה שלהן טרם הבשילו לכדי תאוריה מספקת. כפי שטענתי, שלוש שאלות עיקריות מפרידות בין ניסיונות אלו לבין הצלחה תאורטית: הראשונה, מדוע זוכים הדת ומאמיניה דווקא – הם ולא אחרים – ליחס חיובי מהמדינה בדמות הזכות לחופש דת; השנייה, מדוע סובלים הדת ומאמיניה דווקא – הם ולא אחרים – ליחס שלילי מהמדינה בדמות הזכות לחופש מדת; השלישית, גם אילו היה אפשר לתת הסבר מספק לכל אחת מהשאלות בנפרד, שאלה קשה היא אם אפשר לחשוב עליהן במאוחד, כשני חלקיו של שלם. תשובה שלילית מנביעה את המסקנה שמתח תמידי שורר בין שתי הזכויות הנדרונות, ולפיכך יישובן, זו בצד זו, הוא לעולם ביטוי של איזון אד הוקי בין זכויות המושכות לכיוונים שונים ואפילו מנוגדים. המפתח למתן תשובה מספקת לכל שלוש השאלות קשור לרעיון אחד – דמוקרטיה כשלטון עצמי משותף. בכוחו של רעיון זה, כך טענתי, להסביר ולהצדיק את חופש הדת ואת החופש מדת כשני עקרונות הקובעים, יחדיו, כללי משחק להשתתפות בהליך קבלת ההחלטות הדמוקרטית. כללים אלו נוגעים ליכולת ולנכונות של האזרח להשתתף – בראש פתוח ובנפש חפצה – בהליך הציבורי של קבלת החלטות משותפות.

הזכות לחופש מדת נועדה, כך אני טוען, להגן על החירות הפוליטית של האזרח על ידי מניעת חברו לשיח מהשמעת טענה שתוקפה, בעיני אותו חבר, אינו כפוף לבחינה רציונלית או שנלווה לה חוסר נכונות להיפתח לוויכוח ולבחינה מחודשת שלה. לתפיסתי, שלילה כזאת מוצדקת על ידי הרעיון הדמוקרטי של שלטון עצמי משותף. בכוחה למנוע נורמה מדינתית שבבסיסה ציווי דתי. עם זאת, הכרחי להכיר בכך שלכוחה המניעתית של הזכות לחופש מדת עלול להיות מחיר כבד בדמות הפגיעה במאמין; שכן הוא נדרש להימנע מלהביא אל הדיון הציבורי את הטענה שבעיניו היא החזקה והחשובה ביותר

לצורך תמיכה בעמדתו – הציווי האלוהי. תוצר לוואי שלילי נוסף של מימוש הזכות לחופש מדת הוא הפגיעה הנלווית ביכולתו של אותו מאמין לממש את תפיסת הטוב שלו, ככל שההכרעה שתתקבל אכן עומדת בסתירה לציווי האלוהי, שהוא נמנע, כאמור, מהשמעתו. ומכאן עולה ההצדקה להכיר בזכות לחופש דת, אשר ביכולתה לבסס זכאות עקרונית לפטור מתחולתן של גורמות שתחולתן כללית, ככל שהן מסבות פגיעה קונקרטית וישירה ביכולתו של המאמין לפעול בהתאם לציווי האלוהי.

חלק חשוב נוסף בדיון הוקדש לשאלה מהי "דת" לצורך החלתן של הזכויות לחופש דת ולחופש מדת. בנקודה זו אני טוען שמרבית הגישות המקובלות לחקר הזכויות האמורות מתחילות ומסיימות בדתות המונותיאיסטיות ההיסטוריות כתשובה מכריעה, אולם בכך הן מניחות את המבוקש בשאלה מהם אותם מאפיינים שבגינם מוצדק, מצד אחד, להעניק הגנה מיוחדת למאמין (בדמות חופש דת), ומצד שני, להטיל הגבלה מיוחדת על המאמין (בדמות חופש מדת). תחת גישה זו הצעתי את המושג "דתיות" כמפתח להבנת הייחוד שיש ביחס החיובי והשלילי הניתן למאמין על ידי המדינה הדמוקרטית. כפי שטענתי, דתי ות איננה נחלת הדתות ההיסטוריות בלבד, אם כי נוכחותה בהן ניכרת, גם אם לא מוחלטת. ניתן לזהותה בנקל גם בתפיסות טוב ובאמונות שאינן חלק מדת רשמית. לניתוח זה עשויות להיות השלכות על קביעת היקפן הראוי, מנקודת המבט הדמוקרטית, של הזכויות לחופש דת ולחופש מדת.

מקורות

- אנגלרד, יצחק, "יחסי דת ומדינה בישראל: הרקע ההיסטורי-הרעיוני", **עיוני משפט** יט 741 (1995).
- בירנהק, מיכאל, **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** (רמת גן: אוניברסיטת בר-אילן, נבו, 2010).
- בראון, בנימין, **לקראת דמוקרטיזציה במנהיגות החרדית? דוקטרינת דעת תורה במפנה המאות העשרים והעשרים ואחת** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011).
- ברק, אהרן, **שופט בחברה דמוקרטית 267** (שריגים-ליאון: הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, כתר ונבו 2004).
- , **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (שריגים-ליאון: נבו, 2010).
- ברק-ארז, דפנה, **גלגוליו של חזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי?**, **משפטים** לג 403 (2003).
- גביון, רות, **"ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן"**, **משפט וממשל** ו 25 (2001).
- גביון, רות, **ויעקב מרן, מסד לאמנה חברתית חדשה בין שומרי המצוות וחופשיים בישראל** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003).
- דורפמן, אביחי, **"כיבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי"**, **עיוני משפט** לו 109 (2013).
- דרסל, אליהו אליעזר, **מכתב מאליהו** (ירושלים: [ספריית], תשנ"ב).
- הובס, תומס, **לויתן** (מנחם לורברבוים עורך, אהרן אמיר מתרגם, ירושלים: שלם, 2009).
- הלברטל, משה, **"על מאמינים ואמונה"**, **על האמונה: עיונים במושג האמונה ובתולדותיו במסורת היהודית** 11 (משה הלברטל, דוד קורצווייל ואבי שגיא עורכים, ירושלים: כתר, 2005).
- מאוטנר, מנחם, **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** (תל אביב: עם עובד, 2008).
- מרזל, יגאל, **"השעיית הכרזת הבטלות"**, **משפט וממשל** ט 39 (2006).
- סולוביצ'יק, יוסף דוב הלוי, **איש האמונה** 55 (צבי זינגר וזאב גוטהולד מתרגמים, ירושלים: מוסד הרב קוק, תשנ"ב).
- סטטמן, דני, **"פגיעה ברגשות דתיים"**, **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית**, **ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי** 133 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, תל אביב: רמות, תשנ"ח).

סטטמן, דני, וגדעון ספיר, "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים", *מחקרי משפט* כא 5 (2004).

——, "האם מדינה ליברלית רשאית לפעול מתוך הסתמכות על טיעונים דתיים?", *מחקרי משפט* כה 599 (2009).

סמוחה, סמי, "מדינה יהודית ודמוקרטיה יהודית", *משפט וממשל* י 13 (2007).

ספיר, גדעון, "גבולות מיסוד הדת", *משפט וממשל* ח 155 (2005).

קוק, אברהם יצחק הכהן, *סדר תפילה עם פירוש עולת ראייה* (ירושלים: מוסד הרב קוק, תשמ"ה).

קפלן, לורנס, "דעת תורה: תפישה מודרנית של הסמכות הרבנית", *בין סמכות לאוטונומיה במסורת ישראל* 105 (זאב ספראי ואבי שגיאי עורכים, תל אביב: הקיבוץ המאוחד בשיתוף עם נאמני תורה ועבודה, 1997).

רובינשטיין, אמנון, וברק מדינה, *המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד* (ירושלים: שוקן, מהדורה שישית, 2005).

שטופלר, גילה, "הקונפליקט בין חופש הדת וחופש ההתאגדות לבין שוויון ההזדמנויות בעבודה: מבט השוואתי", *עבודה, חברה ומשפט* יא 323 (2006).

שטרן, ידידיה צ', "עושר שמור לבעליו לרעתו: על מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית", *מחקרי משפט* יט 103 (2002).

שך, אלעזר מנחם, *מכתבים ומאמרים* (בני ברק, תשמ"ח).

Alexy, Robert, *The Construction of Constitutional Rights*, 4 L. & ETHICS HUM. RTS. 19 (2010).

Arneson, Richard J., *Against Freedom of Conscience*, 47 SAN DIEGO L. REV. 1015 (2010).

BARRY, JOHN M., ROGER WILLIAMS AND THE CREATION OF THE AMERICAN SOUL (New York: VIKING, 2012).

BRAUDE, BENJAMIN, & BERNARD LEWIS EDS., CHRISTIANS AND JEWS IN THE OTTOMAN EMPIRE: THE FUNCTIONING OF A PLURAL SOCIETY (New York: Holmes & Meier, 1982).

DWORKIN, RONALD, SOVEREIGN VIRTUE (Cambridge, MA, Harvard University Press, 2000).

——, IS DEMOCRACY POSSIBLE HERE? (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006).

——, RELIGION WITHOUT GOD (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013).

EISGRUBER, CHRISTOPHER L., & LAWRENCE SAGER, RELIGIOUS FREEDOM AND THE CONSTITUTION (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007).

Ellis, Anthony, *What is Special about Religion?*, 25 L. & PHIL. 219 (2006).

- Feldman, Noah, *The Intellectual Origins of the Establishment Clause*, 77 N.Y.U. L. REV. 346 (2002).
- GALSTON, WILLIAM A., *THE PRACTICE OF LIBERAL PLURALISM* (New York: Cambridge University Press, 2005).
- HABERMAS, JÜRGEN, *BETWEEN FACTS AND NORMS* (William Rehg trans., Cambridge, MA: MIT Press, 1996).
- , *Religion in the Public Sphere*, 14 EURO. J. PHIL. 1 (2006).
- Hart, Herbert L.A., *Rawls on Liberty and Its Priority*, 40 The University of Chicago Law Review 534 (1973), reprinted in *READING RAWLS: CRITICAL STUDIES ON RAWLS' A THEORY OF JUSTICE* 230 (Norman Daniels ed., New York: Basic Books, 1975).
- HARTMAN, DAVID, *A HEART OF MANY ROOMS: CELEBRATING THE MANY VOICES WITHIN JUDAISM* (Woodstock, VT: Jewish Lights, 1999).
- KAMM, FRANCIS MYRNA, *INTRICATE ETHICS* (Oxford: Oxford University Press, 2007).
- Kant Immanuel, *RELIGION WITHIN THE LIMITS OF REASON ALONE* (Theodore M. Greene & Hoyt H. Hudson trans., New York: Harper & Row, 1960).
- , *What Does it Mean to Orient Oneself in Thought?*, in *PRACTICAL PHILOSOPHY* (Mary Gregor ed. & trans., Cambridge: Cambridge University Press, 1996).
- KOPPELMAN, ANDREW, *DEFENDING AMERICAN RELIGIOUS NEUTRALITY* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013).
- LEITER, BRIAN, *WHY TOLERATE RELIGION?* (Princeton: Princeton University Press, 2013).
- LOCKE, JOHN, *TWO TREATISES OF GOVERNMENT* (Peter Laslett ed., 2nd ed., London: Cambridge University Press, 1967).
- MACKLEM, TIMOTHY, *INDEPENDENCE OF MIND* (Oxford: Oxford University Press, 2006).
- MAZOWER, MARK, *SALONICA: CITY OF GHOSTS* (New York: Vintage, 2005).
- NAGEL, THOMAS, *EQUALITY AND PARTIALITY* (New York: Oxford University Press, 1991).
- NIRENBERG, DAVID, *COMMUNITIES OF VIOLENCE* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1996).
- NUSSBAUM, MARTHA, *LIBERTY OF CONSCIENCE: IN DEFENSE OF AMERICA'S TRADITION OF RELIGIOUS EQUALITY* (New York: Basic Books, 2008).
- PALMER, ROBERT ROSWELL, *THE AGE OF THE DEMOCRATIC REVOLUTION* (NEW YORK: HARPER & ROW, 1959).
- RAWLS, JOHN, *A THEORY OF JUSTICE* (Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971).

- , *POLITICAL LIBERALISM* (New York: Columbia University Press, 1993).
- RAZ, JOSEPH, *THE MORALITY OF FREEDOM* (Oxford: Oxford University Press, 1986).
- , *ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN* (Oxford: Clarendon Press, 1994).
- SANDEL, MICHAEL J., *DEMOCRACY'S DISCONTENT: AMERICA IN SEARCH OF A PUBLIC PHILOSOPHY* (Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1996).
- Sapir, Gidon, *Religion and State: A Fresh Theoretical Start*, 75 *NOTRE DAME L. REV.* 579 (1999).
- Sapir, Gidon, & Daniel Statman, *Why Freedom of Religion Does Not Include Freedom from Religion*, 24 *L. & PHIL.* 467 (2005).
- , *Religious Marriage in a Liberal State*, 30 *CARDOZO L. REV.* 2855 (2009).
- SMITH, STEVEN D., *THE DISENCHANTMENT OF SECULAR DISCOURSE* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010).
- WALDRON, JEREMY, *THE DIGNITY OF LEGISLATION* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999).
- , *One Law for All? The Logic of Cultural Accommodation*, 59 *WASHINGTON & LEE L. REV.* 3 (2002).
- Whitman, James Q., *Separating Church and State: The Atlantic Divide*, in *LAW, SOCIETY, AND HISTORY: THEMES IN THE LEGAL SOCIOLOGY AND LEGAL HISTORY OF LAWRENCE M. FRIEDMAN* 233 (Robert W. Gordon & Morton J. Horwitz eds., New York: Cambridge University Press, 2011).
- WOODS, GORDON, *THE IDEA OF AMERICA: REFLECTIONS ON THE BIRTH OF THE UNITED STATES* (New York: Penguin, 2011).

חִקִּיקָה

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חוק יסוד: חופש העיסוק.

חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953.

פְּסִיקָה יִשְׂרָאֵלִית

בג"ץ 122/54 אקסל נ' חברי המועצה ובני העיר של אוור נתניה פ"ד ח 1524 (1954).

ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי פ"ד מט(4) 221 (1995).

- ע"מ 2469/12 ברמר נ' עיריית תל אביב-יפו (טרם פורסם, ניתן ביום 25.6.2013).
- בג"ץ 5026/04 דיזיין 22: שארק דלוקס רהיטים נ' רוזנצוויג פ"ד ס(1) 38 (2005).
- בג"ץ 174/62 הליגה למניעת כפיה דתית נ' מועצת עיריית ירושלים פ"ד טז 2665 (1962).
- בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית פ"ד נח(3) 443 (2004).
- בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת פ"ד סא(1) 619 (2006).
- בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה פ"ד נא(4) 1 (1997).
- בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות נ' משרד הבריאות (טרם פורסם; ניתן ביום 7.3.2013).
- בג"ץ 953/01 ח"כ סולודקין נ' עיריית בית-שמש פ"ד נח(5) 595 (2004).
- בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם; 28.2.2012).
- ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל פ"ד ה 481 (1951).
- ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות לכנסת השישית פ"ד יט(3) 365 (1964).
- בג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל אביב-יפו פ"ד יב 1041 (1958).
- בג"ץ 3872/93 מישראל נ' ראש הממשלה ושר הדתות פ"ד מז(5) 485 (1993).
- בג"ץ 129/57 מנשי נ' שר הפנים פ"ד יב 209, (1958).
- בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי, מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (טרם פורסם; ניתן ביום 28.06.2006).
- בג"ץ 7203/00 מעדני אביב אוסובלנסקי נ' מועצת הרבנות הראשית פ"ד נו(2) 196 (2001).
- בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות (טרם פורסם; ניתן ביום 1.8.2010).
- בג"ץ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה (טרם פורסם; ניתן ביום 4.6.2013).
- בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים פ"ד סא(2) 202 (2006).
- בג"ץ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה (טרם פורסם; ניתן ביום 4.6.2013).
- בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו פ"ד טז 2101 (1962).
- בג"ץ 606/93 קידום נ' רשות השידור פ"ד מח (2) 1 (1994).
- בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נד(1) 258 (2000).
- רע"ב 4201/09 ראיך נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם; ניתן ביום 24.3.2010).
- ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל פ"ד כו(1) 131 (1971).
- בג"ץ 5998/12 רונן נ' כנסת (טרם פורסם; ניתן ביום 25.8.2013).
- בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יושב ראש הכנסת (טרם פורסם; ניתן ביום 26.6.2013).
- ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראש"צ נג(3) 649, 600 (1999).

פסיקה אמריקאית

AID et al. v. Alliance for Open Soc'y Int'l, 133 S. Ct. 2321 (2013).

Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010).

Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

Hosanaa-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOL, 134 S.Ct. 694 (2012).

Thomas v. Review Bd. of Ind. Employment Sec. Div., 450 U.S. 707 (1981).

United States v. Jones, 132 S.Ct. 945 (2012).

United States v. Seeger, 380 U.S. 163 (1965).

Welsh v. United States, 398 U.S. 333 (1970).

Freedom of Religion and Freedom from Religion

A Democratic Perspective

Avihay Dorfman



THE ISRAEL
DEMOCRACY
INSTITUTE

Text Editor: Tamar Shaked
Series Design: Tartakover Design, Tal Harda
Cover Design: Yossi Arza
Typesetting: Nadav Shtechman Polischuk
Printed by Graphos Print, Jerusalem

Cover Photo: *Stump Texture*; Brocko; dreamstime.com

ISBN 978-965-519-153-0

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

Copyright © 2015 by the Israel Democracy Institute (R. A.)
Printed in Israel

The Israel Democracy Institute
4 Pinsker st., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602
Tel: (972)-2-5300-888
Website: <http://en.idi.org.il>

To order books:
Online Book Store: <http://tinyurl.com/en-idi-store>
E-mail: orders@idi.org.il
Tel: 1-800-20-2222, (972)-2-5300-800; Fax: (972)-2-5300-867

This book is published with the generous support of the The Ruderman Family Foundation and an anonymous donor operating in Israel.

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

Abstract

In Israel's constitutional law as well as that of other Western democracies, the religious lifestyle receives ambiguous treatment. On one hand, each and every citizen has the freedom to practice a religious lifestyle even if the vast majority of the public does not identify with this kind of lifestyle; this principle is called "freedom of religion." On the other hand, each and every citizen has the liberty to live in an environment that is religiously non-coercive (as for example, the legal prohibition on public transportation on the Sabbath and religious holidays); this principle is occasionally called "freedom from religion." Thus, while the right to freedom of religion accords religion positive treatment and is manifest in special protection granted for the religious lifestyle, the right to freedom from religion confers negative treatment in the form of special protection against the establishment of a public sphere that reflects a religious conception of the good life.

The essay examines the reasons for this ambivalent relationship and elucidates fundamental questions regarding the relationship between religion and state. More specifically: Why does "religion" warrant special treatment, negative or positive, in Western constitutional tradition and, for the purposes of constitutional law, what counts as "religion." The problem is that the legal literature and case law—in Israel and elsewhere—have not yet provided satisfactory answers to these questions. Further to this lack, the essay develops the argument that the idea of democracy as collective self-rule affords the necessary theoretical basis for addressing these important questions.

* Translated by Judyth Eichenholz

Hence, the two main arguments here are:

- a. The democratic justification for the right to freedom from religion is what grounds the protection of citizens from negation of their political freedoms, and is none other than the freedom to be a co-author of binding law.
- b. In light of the existence of democratic legislation that happens to make the ability to conduct a religious lifestyle a heavy burden, the democratic justification for the right to freedom of religion supports protection of the believer's right to lead this kind of lifestyle, such that protection will typically be granted through an exemption from complying with the law in question.



יחסי דת ומדינה מעוררים שאלות מרתקות על טיבה של המדינה, על הדת ועל החיים המשותפים של אזרחים בחברה חופשית ופלורליסטית. חיבור זה בוחן את ההיבטים המשפטיים-חוקתיים של יחסה של המדינה הליברלית כלפי הדת ומתמקד בתוך כך בשאלות שטרם ניתנה להן תשובה מספקת עד כה: מדוע ה"דת" זוכה במסורת החוקתית המערבית להתייחסות מיוחדת, לעתים שלילית ולעתים חיובית, וכיצד ניתן לקבוע מהי "דת" לצורכי המשפט החוקתי?

ד"ר אביחי דורפמן, לשעבר חוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה, הוא מרצה בכיר בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן באוניברסיטת תל אביב. עיקר עיסוקו בתאוריה של המשפט הפרטי, במשפט ולגיטימציה פוליטית, בהפרטה ובזכויות חוקתיות.

מחיר מומלץ: 64 ש"ח
מרץ 2015

מסת"ב: 0-153-519-965-978

www.idi.org.il



0 4500001135 9

דאנאקוד 450-1135

