

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

דני סטטמן וגדעון ספיר

א. מבוא ♦ **ב. חופש הדת** 1. הבסיס לחופש הדת 2. מה מוגן בחופש הדת? 3. החופש לפרש את מצוות הדת 4. חופש הדת לאן? ♦ **ג. חופש מדת** 1. מחופש הדת לחופש מדת 2. הגנות אחרות לחופש מדת ♦ **ד. חופש הדת וחופש מפגיעה ברגשות דתיים** ♦ **ה. קריאה ביקורתית של פסקי-הדין בנושא** 1. עניין חורב 2. עניין שביט 3. עניין גור-אריה ♦ **ו. ברק על חופש הדת, חופש הביטוי ו"נוסחות האיזונים"** 1. היקפו של חופש הדת 2. ברצותו מאריך וברצותו מקצר; חופש הדת לעומת זכויות אחרות 3. נוסחות האיזון ומעמד חופש הדת 4. מדרון חלקלק או כל מקרה לגופו? ♦ **ז. סיכום ומסקנות**

א. מבוא

לדמוקרטיה ליברליות יש יחס מורכב כלפי הדת ונושאייה. מבחינה היסטורית, כולן צמחו במדינות שלדת היה בהן מקום מרכזי, ותרבותן רוויה סמלים ומוסדות דתיים דורות אחרי שהדת כבר ירדה מגדולתה. במובן זה, הדת אינה עוד תרבות-מיעוט בין רבות אחרות, אלא בעלת מעמד מיוחד. מצד אחד, רעיון השוויון תובע לכאורה למנוע מהדת מעמד מיוחד במדינה, במיוחד אם נביא בחשבון שתפיסת-העולם הדתית מצויה במתח מסוים עם הדגשת חשיבותה של האוטונומיה האישית בדמוקרטיה החילונית הליברלית. צמד המושגים העיקרי שאמור להנחות את המדינה הליברלית בעיצוב יחסה אל הדת הוא חופש הדת וחופש מדת, אך מושגים אלה עצמם חוזרים ומשקפים את היחס הדו-ערכי הנזכר. שכן, מצד אחד, הזכות לחופש דת מעניקה לכאורה לדת הגנה מיוחדת, מעבר להגנות הרגילות שכל קבוצה או כל פעילות אנושית זכאיות להן. מצד אחר, הזכות לחופש מדת מטילה לכאורה הגבלה על מה שניתן להעניק לדת, כדי שלא תיפגע זכותם המיוחדת של הלא-דתיים להגנה מפני הדת. בהקשר הישראלי, שאלת מעמדה של הדת אינה יורדת מסדר-היום הציבורי מיומה הראשון של המדינה, ואם תרצו, מיומה הראשון של התנועה הציונית. בתי-המשפט הינם

* דני סטטמן הינו פרופסור מן המניין במחלקה לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה. גדעון ספיר הינו מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

** אנו מודים לרונן אברהם, איציק בנבגי, יצחק ברנד, דפנה ברק-ארו, יצחק עמית, ערו לנדאו, שאול סמילנסקי ולקורא עלום-השם של מחקרי משפט על הערות מועילות לטיטות קודמות, וכן לעוזר המחקר אביחי דורפמן על עזרתו הרבה. אנו מודים גם לחברי מערכת מחקרי משפט (אלעד ארנון, יעל מכנס ודוד קופל) על עבודתם המסורה והמקצועית.

דני סטטמן וגדעון ספיר

שחקנים מרכזיים בדיון זה, הן כמעוררים ומפרים את הדיון הציבורי והן כפוסקים הלכה למעשה בשאלות המגיעות אליהם. גושנים האחרונות נדרש בית-המשפט העליון פעמים אחדות לשאלות הנוגעות בחופש זדה, והתלטותיו שיקפו חילוקי דעות בין כותלי בית-המשפט כפי שעוררו חילוקי דעות בציבור. ההחלטות בעניין *כביש בר-אילן*,¹ בעניין *שביט*² ובעניין *גור-אדיה*,³ היו כולן החלטות רוב שבלטה בהן דעת מיעוט, שסברה כי לא ניתן לאינטרס הדתי המקום הראוי לו.

על-אף ריבוי הוויכוחים הציבוריים והמשפטיים בישראל בתחום של דת ומדינה ותשומת-הלב הרבה שהם מושכים, קיימת כתיבה מחקרית מעטה יחסית בנושא חופש הדת,⁴ במיוחד כאשר משווים אותה לכתיבה הענפה בנושא זה בארצות-הברית.⁵ המטרה העיקרית של מאמרנו היא להשלים חסר זה ולהציע תמונה מקיפה, מושגית ונורמטיבית של חופש הדת, החופש מדת והיחס ביניהם.

טענות על פגיעה בחופש הדת אינן הנתיב היחיד שיחידים דתיים או קבוצות דתיות מנסים להגן דרכו על האינטרסים שלהם. נתיב אחר הוא טענות על פגיעה ברגשות דתיים, מושג שכבר נידון בהרחבה במקום אחר.⁶ נתיבים אלה קרובים זה לזה, אף שיש ביניהם גם הבדלים חשובים, שנעמוד עליהם בהמשך. הם מופיעים כמעט תמיד ביחד; בשלושת העניינים שנוכרו לעיל – *חורב*, *שביט* ו*גור-אדיה* – נידונו הן האפשרות שחופש הדת נפגע והן האפשרות שהרגשות הדתיים נפגעו.

בחלק הראשון של המאמר, הכולל את סעיפים ב, ג וד, אנו מניחים את התשתית התיאורטית להבנת המושג חופש הדת. בסעיף ב אנו מנסים לבחון מדוע, אם בכלל, חופש הדת ראוי להגנה מיוחדת ומה נכלל בהגנה זו. בסעיף ג אנו מתמודדים עם התפיסה שחופש הדת כולל את החופש מדת, ומבררים אט החופש מדת ראוי להגנה מיוחדת, ואם כן, מה נכלל בה. בסעיף ד אנו עומדים על היחס בין ההגנה על חופש הדת לבין ההגנה על פגיעה ברגשות דתיים.

- 1 בג"ץ 5016/96 *חורב נ' שר התחכודה*, פ"ד נא(4) 1 (להלן: עניין *חורב*).
- 2 ע"א 6024/97 *שביט נ' חברה קדישא גחז"א ראשון לציון*, פ"ד נג(3) 600 (להלן: עניין *שביט*).
- 3 בג"ץ 1514/01 *גור-אדיה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו*, פ"ד נה(4) 276 (להלן: עניין *גור-אדיה*).
- 4 ראו ש' מירון "חופש הדת לעומת החופש מדת" עיוני משפט ג (תשל"ג) 414; ש' שטרית "חופש המצפון והדת: החופש מפני כפיית נורמות דתיות, קביעת חובת היוקרת לרשות דתית, והטלת הגבלות מטעמי דת" משפטים ג (תשל"א) 467; י' ברנזון "חופש הדת והמצפון במדינת ישראל" עיוני משפט ג (תשל"ג) 405; ח' שלח "על חירות המצפון וחירות הלב" *זכויות אורח בישראל; קובץ מאמרים לכבודו של חיים כהן* (ר' גביון עורכת, תשמ"ב) 85; *2 Isr. J. of Law and Religion* (1967) 254; R. Lapidoth and M. Corilandi "Freedom of Religion in Israel" *Israeli Report to the International Congress of Comparative Law* (A.M. Rabello ed. 1994) 273. כפי שניתן לראות, רוב המחקרים הללו הם משנות השישים והשבעים.
- 5 אין טעם למנות כרוכל את מאות המאמרים בנושא זה. נסתפק בציון שני סימפוזיונים חשובים במיוחד מהשנים האחרונות: *The J. of Contemporary Legal Studies* (1996) 275-516; *International Law and Religion Symposium 7 B.Y.U.L. Rev.* (2001) 413.
- 6 ד' סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב-תוכנית במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי (מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, תל-אביב, הוצאת רמות, 1998) 133-188.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

בחלק השני של המאמר, בסעיפים ה-1, אנו משתמשים בתשתית התיאורטית הנ"ל כדי לבחון את גישת בית-המשפט העליון לנושא הנידון. בסעיף ה' אנו מנתחים באופן ביקורתי את פסקי-הדין שהוזכרו לעיל, ומראים היכן הם טועים, לדעתנו. גם במקרים שבהם אנו מסכימים עם ההכרעה, אין אנו מקבלים תמיד את הטענות שהולחנו אליה. בסעיף ו' אנו עומדים על מעמד חופש הדת יחסית לחירויות אחרות ועל הבעייתיות של נוסחות האיזונים שבית-המשפט משתמש בהם לפתרון קונפליקטים.

המאמר כולל שלוש תזות שהן בלתי-תלויות זו בזו במידה רבה. התזה הראשונה היא תיאוריה מסוימת לגבי המושגים חופש הדת וחופש מדת המוצעת בסעיפים א-ב. התזה השנייה היא יישום של תיאוריה זו להבנת כמה פרשות מרכזיות בעניין חופש הדת שהגיעו להכרעת בית-המשפט. התזה השלישית היא ניתוח ביקורתי של מעמד חופש הדת בעיני בית-המשפט העליון בהשוואה למעמדן של זכויות אחרות. מבחינה תיאורטית, התזה החשובה ביותר היא הראשונה. אפשר שאחד הקוראים או הקוראות יסכימו עם תזה זו, אך יסברו שיישומה בפרשות הנ"ל גורר תוצאות שונות מאלה שאנו מציעים, כשם שייטכן שקורא או קוראת יסכימו גם עם ניתוחנו בחלק זה, אך ירחו את הניתוח של החלק השלישי. תקוותנו היא, כמובן, שקלענו אל המטרה בכל אחד מחלקי המאמר.

לפני כעשרים שנה טען מלומד אמריקאי שהמשפט החוקתי של הדת מצוי ב"אי-סדר רציני" (significant disarray),⁷ וכעבור שנתיים טען אחר שהוא מצוי ב"בלגן" (mess⁸). לאחר סקירה של הערכות אלה ואי-הסדרים שמדובר בהם, מרק טשנט (Tushnet) מסכם ואומר: "המשפט החוקתי המודרני פשוט אינו יודע איך לטפל בשאלות של דת."⁹ במידה מסוימת, הערכות כלליות אלה חלות גם על המשפט הישראלי. אנו מקווים איפוא שהמאמר הנוכחי יתרום להכנסת סדר בתיאוריה של חופש הדת בכלל ובמעמדו במשפט הישראלי בפרט.

ב. חופש הדת

משטר ליברלי, מעצם מהותו, מכבד את חירותם של האזרחים, דהיינו מבקש למעט ככל שניתן בהטלת הגבלות על צורות החיים ואופני ההתנהגות שהם בוחרים לעצמם. והנה, למרות מדיניות כללית זו של הימנעות מפגיעה בחופש, יוחסה במסורת הליברלית חשיבות מיוחדת לחירויות מסוימות, כגון חופש העיסוק, חופש הביטוי וחופש הדת. הבסיס לחשיבות זו נעוץ בערכן של הפעילויות המוגנות ליחיד או לחברה ובפגיעותן לנסינות הגבלה מטעם הרוב. לגבי כל החירויות הללו, השאלה הראשונה שעולה איפוא על הפרק היא מהו בדיוק הערך שעליו מבקשים להגן, או מדוע ערך זה פגיע במיוחד. לאחר ברור שאלה זו,

- Stephen Pepper "The Conundrum of the Free Exercise Clause – Some Reflections on Recent Cases" 9 *Northern Kentucky L. Rev.* (1982) 265, 303
7
P. Johnson "Concepts and Compromises in First Amendment Religion Doctrine" 72 *Calif. L. Rev.* (1984) 817, 839
8
M. Tushnet *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* (Harvard, 1988) 248. האוכורים בשתי ההערות הקודמות לקוחים משם, בעמ' 247, הערה 1.
9

יש לברר – ביחס לכל זכות וזכות – מוזו היקף ההגנה שיש להעניק להן (או לפעילות המוגנת במסגרתן). נעסוק בשאלות אלה לגבי זופש הדת, אוזת לאחת.

1. הבסיס לחופש הדת

בהתחשב בעוברה שכל מערכות המשפט הליברליות מכירות בחשיבותו של חופש הדת,¹⁰ הבסיס לכך אמור להיות הערך המיוחד של הדת או החיים הדתיים (ליחיד או לחברה) ופגיעותה מפני מעשים של השלטון המאיימים להחלישה או לפגוע בה. במסגרת חשיבה ליברלית, הערך המיוחד שמדובר בו אמור לשקף לא את נקודת-המבט של האנשים הדתיים, שלגביהם פשיטא שלדת יש ערך מיוחד, אלא נקודת-מבט כללית שנובעת מן ההצדקות הבסיסיות של המשטר הליברלי. במילים אחרות: גם התומכים הנלהבים ביותר של חופש הדת אינם יכולים לכסס את תביעתם למעמד מיוחד של חופש זה על עצם אמיתותן (בעיניהם) של טענות דתיות או על הטענה שהדת כשל עצמה הינה בעלת חשיבות מיוחדת. מבחינה זו, חופש הדת דומה לחירויות אחרות; גם חופש הביטוי אינו מניח שהביטוי עצמו הוא בעל ערך פנימי, אלא שהגנה על הביטוי נחוצה כדי להגן על האוטונומיה או על האפשרות לקדם את הידיעה האנושית, וכך הלאה.

לגבי הפגיעות האמורה, חשוב לזנוור שההניעה (מוטיווציה) העיקרית לעיגונו של חופש הדת כזכות-על היתה נעוצה בהיסטוריה האירופית העקובה מדם של רדיפות ונסיונות להביא לידי המרת דת בכפייה, או להשמדה ממש, של יחידים וקבוצות שסירבו להצטרף ל"דת האמת" או הציעו לה פרשנות שונה מן המקובל. במדינות המערב אין עוד חשש לרדיפות מסוג זה, ואף-על-פי-כן נטען להלן כי חלק מהרציונלים לחופש הדת מניחים גרסה מסוימת של רעיון הפגיעות.

ניתן לחשוב על ארבעה צידוקים להגנה מיוחדת לחופש הדת. לפי הראשון, פגיעה בחופש הדת מניבה תוצאות שליליות, בעיקר מוסריות, לחברה בכללה; לפי השני, פגיעה בחופש הדת פוגעת באושרם של היחידים הדתיים ובאחד המשאבים המרכזיים של המדינה להגדלת האושר של חבריה; לפי השלישי, פגיעה בחופש הדת מהווה פגיעה חמורה במצפון או ביושרה (integrity) של היחיד הדתי; ולפי הרביעי והאחרון, היא מחלישה את התרבות הדתית.

מבין ארבעה צידוקים אלה, השניים הראשונים, המבוססים על תרומת הדת למוסריות או לאושר, מציעים לכאורה תשובה חזקה יותר מן הראשונים לשאלה מדוע תזכה הדת במעמד מיוחד בהשוואה לאופני חיים או תפיסות-עולם אחרים. לפי הראשון, הדת תורמת תרומה קריטית לחברה. יש לה יכולת לשמש משקל-נגד לכוחה של המדינה, שכן לגופים וולונטריים עצמאיים יש כוח גדול מזה של האזרח היחיד לריסון הכוח הפוליטי. במדינה המודרנית

10 חופש הדת מוגן במסמכיהן המכונים של כל הדמוקרטיות המערביות, כמו גם במסמכי זכויות האדם הבינלאומיים. ראו למשל: Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights; Declaration on the Elimination of all Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, G.A. Res. 36/55, 36 U.N. GAOR, 36th Sess., 73rd plen. mtg., Supp. No. 51, U.N. Doc. A/36/51 (1981); Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2220, U.N. GAOR (1966) (entered into force on Mar. 23, 1976); Article 9 of the European Convention on Human Rights

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

נותרה הדת אחד הגופים הבודדים העשויים למלא תפקיד זה, החיוני במשחק האיזונים והבלמים של הדמוקרטיה.¹¹ תרומה נוספת של הדת, לפי הנטען, נעוצה בהשראתה המוסרית,¹² כפי שעולה לכאורה מנתונים אמפיריים על היחס בין דתיות לבין פעילות חברתית והתנדבותית. מחקר שערך ביבי (Bibby) בארצות-הברית ובקנדה העלה כי הסיכוי שאנשים המבקרים בקביעות בכנסייה ישקיעו מזמנם ומכספם בפעולות התנדבות חברתיות כפול מהסיכוי שלא-דתיים יעשו כן. מסקנחו הכללית היא ש"קבוצות דתיות הן מקור עיקרי של ערכים בינאישיים", והוא מביע ספק ביכולתם של מקורות לא-דתיים להיות אפקטיביים באותה מידה בקידום אנושיות (civility) ורוחניות.¹³ השפעה מוסרית זו של הדת עשויה גם להוות מקור השראה לחברה כולה. אם טיעון זה נכון, הרי שקבוצות דתיות הן סוג של משאב חברתי ומוסרי שיש למדינה אינטרס לשמר ולפתחו.¹⁴ אין צריך לומר שטיעון זה אינו מניח את אמינותן של האמונות הדתיות; אמונות עשויות להיות מועילות או מזיקות מבחינה חברתית בלא תלות בערך האמת שלהן, כפי שהבין אפלטון לפני שנים הרבה בהמליצו על השימוש בשקרים מועילים. מובן גם שהטיעון אינו מצדיק לכפות על לא-דתיים לנהל אורח חיים דתי או להחזיק באמונות הדתיות כדי להגדיל את המשאב האמור, כי כפייה כזאת מנוגדת חזיתית לליברליות. מה שאמור להיות מוצדק הוא הגנה מיוחדת על אלה שהינם דתיים בלאו הכי, וזאת, כאמור, על בסיס תרומתם החברתית-המוסרית המיוחדת.

אם ננקוט לשון המעטה, קר-טיעון זה לטובת חופש הדת אינו רווח במיוחד, למרות מחקריהם של ביבי ואחרים. הסיבה העיקרית לכך היא החשש שאף אם מחקרים אלה נכונים, הם מציגים רק חלק מהתמונה לגבי היחס בין דתיות לבין מוסר חברתי. אף שלדת יש

- 11 במאה הי"ט רווחה התפיסה של המדינה כשומר-לילה, שעיקר תפקידה בתחום הביטחון: להקים צבא, משטרה, בתי-משפט ובתי-סוהר, ולגבות מיסים לצורך זה. מעבר לכך לא היתה המדינה אמורה להתערב. תחומי החברה והמשק היו שמורים לגופים פרטיים, וההנחה היתה כי כוחות השוק יפעלו לסיפוק צרכי הציבור ביעילות. המציאות לא התאימה לציפיות: המדינה המתירנית הביאה לידי ניצול מתפיר והעמקת הפערים החברתיים. כפועל יוצא, התגבשה לקראת סוף המאה התשע-עשרה תפיסה חדשה של המדינה, כמדינת-סעד או מדינת-רווחה. לפי תפיסה זו, המדינה, מדינת-הסעד המודרנית, אמורה לסייע לשכבות החלשות של האוכלוסייה באמצעות חוקי מגן, כגון חוקי בטיחות או חוקי שעות עבודה מרביות, ועל-ידי מתן שירותים לנוקדים, כגון מענקי סעד, ביטוח זקנה ושירותי בריאות. המדינה נכנסה למעורבות רבה הן בהסדרה משפטית של תחומי חיים רבים והן בהספקת שירותים בסיסיים (ראו זמיר *הסמכות המינהלית* (תשנ"ו, כרך א) 31-34). אימוץ הדגם של מדינת-הרווחה גרם לריכוז כוח רב בידי המדינה, וכך בידד להחלשתם של מוקדי כוח חלופיים (התארגנויות פרטיות וולונטריות). במציאות כזאת מתעורר החשש שהמדינה תפתה לעשות שימוש לרעה בכוחה מכלי שיהיה לאורח הבודד די כוח להיאבק בה. על רקע זה הושמעה הטענה ביחס לתפקידה-ככוח של הדת כגורם ממצע ומתווך.
- 12 להצגה של טיעון מסוג זה, ראו: S. Carter *The Culture of Disbelief: How American Law and Politics Trivialize Religious Devotion* (1993).
- 13 R. Bibby *The Bibby Report: Social Trends Canadian Style* (Toronto, 1995) quoted and referred to by: J. Von Heyking "The Harmonization of Heaven and Earth? Religion, Politics, and Law in Canada" 33 *U.B.C.L. Rev.* (2000) 663, 669-670
- 14 ממשלות סומכות לעיתים בידען על ארגונים דתיים כי ימלאו שירותים חברתיים מסוימים בזמנים של מחסור, ראו: Canada West Foundation "Government Relations With Religious Non-Profit: Social Agencies in Alberta: Public Accountability in a Pluralist Society" *Alternative Service Delivery Project Report* (January, 1999)

השפעות מועילות בתחומים ובהקשרים מסוימים, יש לה גם השפעות שליליות, והשפעות אלה – הסכנה של פונדמנטליזם למשל – נראות, לפחות, כמאזנות את ההשפעות המועילות.¹⁵ מכאן, שהתשובה לשאלו: "היש לחברה האזרחית-הליברלית טעם מיוחד לרצות שהדתות יפרחו בקרבה?" אינה הדומשמעית, ומכאן שלא ניתן לבסס עליה הענקת הגנה מיוחדת לחופש הדת.¹⁶ אנו סבורים כי במצבו הנוכחי של המחקר בדבר היחס בין דתיות למוסריות יש לדחות את הצידוק הנ"ל לחופש הדת עד שיוכח באופן משכנע שיתרונותיה של הדת מבחינה חברתית ומוסרית אכן עולים באופן משמעותי על חסרונותיה וכי יש לה תרומה ייחודית לחברה.¹⁷ אם יהיה ניתן להוכיח זאת, יהיה עלינו להימנע מלסגור את הדלת בפני צידוק זה לחופש הדת.¹⁸

בעוד הצידוק הראשון מתמקד בתרומתה, בעיקר המוסרית, של הדת לחברה כולה, הצידוק השני עוסק בתרומתה של הדת למאמיניה. הרעיון הכללי הוא שבזכות מאפיינים שונים של הדת, המאמינים נהנים, בדרך-כלל, מרווחה נפשית (well-being) גבוהה מזו של לא-מאמינים. מתאם חיובי בין דתיות לרווחה נפשית הוכח במחקרים עקביים לגבי נוצרים,

- 15 יש, כמובן, הסבורים שהסכנות המוסריות הטמונות בדת עולות לאין שיעור על הסיכויים הטמונים בה. ראו למשל: C.L. Eisgruber & L.G. Sager "The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis For Protecting Religious Conduct" 61 *U. Chi. L. Rev.* (1994) 1245 ("[The] privileging of religion appeals to our desire as a society to remain alive to the moral, non-self-regarding aspects of life, and sees organized religion as a taproot of this vital aspect of human flourishing. But while religion sponsors the highest forms of community, compassion, love, and sacrifice, one need only look around the world, or probe our own history, to recognize that it also sponsors discord, hate, intolerance, and violence..." *Ibid.*, at p. 1265). "עשר הערות למאמרו של אבשלום אליצור על הדת" *שיחות* טו (2001), 168, והגובתו של ד' סטטמן "בין מחקר הדת לבין הזמנה לאכול סופגניות" *שיחות* טז (2001), 90. למחקר אמפירי שנערך בישראל, הטוען לקיומו של יחס הפוך בין מידת הדתיות לבין מחויבות לטובלנות וערכי הדמוקרטיה, ראו י' פרס וא' יער-יוכטמן *בין הסכמה למחלוקת* (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1998). בשל החששות מהאופי האנטי-דמוקרטי של הדת, יש סבורים שלעיתים לא רק שאין לספק לדת הגנה מיוחדת בהשוואה לפעילויות או לארגונים לא-דתיים, אלא יש לספק לה פחות הגנה. כך, למשל, ג' טוען שבשל סכנותיה של הדת לדמוקרטיה, יש לפרש את איסור המיסוד בחוקה כמחייב הגבלות של הביטוי הדתי בנסיבות שבהן הביטוי הלא-דתי מותר. ראו: Steven Gey "When is Religious Speech Not 'Free Speech'" (2000) *U. of Ill. L. R.* 279. במיוחד חלק IV.
- 16 לדין כללי בשאלת ההשפעה של אמונות דתיות על הפעילות המוסרית ראו ד' סטטמן וא' שגיאת *דת ומוסר* (תשנ"ג) פרק ה.
- 17 לדעת ויטמן, תרומה כזאת מאוששת כראוי במחקרים אמפיריים בארצות-הברית המוליכים למסקנה שכנסיות מעלות תרומה חשובה לדמוקרטיה הליברלית האמריקאית. ראו: P.J. Weithman *Religion and the Obligations of Citizenship* (Cambridge, 2002) Ch. 2.
- 18 העובדה שהצידוק המוצע מבסס את חופש הדת על שיקולים של טובת החברה, או טובת הכלל, ולא על טובתם של היחידים, אינה יוצאת-דופן בדיננים להצדקת חירויות שונות. רק לשם דוגמה: לדעת מיל, חירות הביטוי מוצדקת, בין השאר, היות ש"השתקת דעה זו או אחרת גורמת רעה מיוחדת במינה, שעל-ידי כך מקפחים את המין האנושי כולו" (ג' ס' מיל על *החירות* (תש"מ) 34).

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

ולא מזמן אושש גם לגבי יהודים.¹⁹ אם הגדלת הרווחה הנפשית היא לפחות אחת המטרות של המדינה, הרי שיש למדינה טעם מיוחד להימנע מפגיעה בדת כדי לא להחליש את אחד המשאבים האיתנים ביותר לאושרם של בני-אדם. גם טיעון זה, כקודמו, עלול להיתקל בתגובה שתטען כי למרות יתרונותיה של הדת לרווחה הנפשית של המאמינים, התוצאות הכלליות יותר של הדת, כגון דעות-קדומות, סמכותנות, הפליית נשים לרעה וכדומה, מזיקות. נוסף על כך, מנקודת-מבט ליברלית, הדת עשויה להיתפס כמפריעה לאדם לממש את האידיאל הליברלי של הֶכְנוּן-עצמי, ביקורתיות ואחריות. פגמים אלה בדת לא יניעו את הליברל לנסות לצמצם את חירותם של המאמינים לחיות לפי דתם, אכל הם עשויים לשמש לדיו טעם לסרב להעניק להם הגנה מיוחדת.

כאמור, שני הצידוקים האחרים לחופש הדת אינם מניחים דבר לגבי תרומתה המיוחדת של הדת ליחיד או לחברה. נפתח בראשון מביניהם, שהוא גם הרווח יותר, זה המבוסס על החשיבות של חופש המצפון. כמושג מצפון הכוונה היא לאמונתיו הנורמטיביות העמוקות של האדם, אלה שמכוננות את זהותו האישית. כפי שהסביר דנט בערך "מצפון" באנציקלופדיה הפילוסופית של Routledge, למושג זה יש היבטים שונים, וביניהם:

Those fundamental moral convictions by keeping to which they retain a sense of their moral integrity and decency as people. In this sense something is 'a matter of conscience', or raises 'questions of conscience', if it touches on such central personal principles.²⁰

השימוש כאן של דנט ואחרים במונח "מוסרי" (moral convictions) עלול להטעות, כי הכוונה אינה לידיעה של מערכת חוקים בעלת אופי אוניוורסלי – חוקי המוסר – אלא לאמונות נורמטיביות שתוכנן עשוי להשתנות מאדם לאדם. מה שמצפוננו של פלוני מורה לו לעשות, מצפוננו של אלמוני מורה לו להימנע מלעשות. דוגמה אהובה בהקשר זה: להקלברי פין של מרק טוויין יש נקיפות מצפון כשהוא נוטה להניח לעבד הנמלט ג'ים להמשיך לברוח, כי לפי הכרתו העמוקה והחינוך שקיבל, מעשה כזה הינו אסור.²¹ למושג "מצפון" יש איפוא אופי אינדיווידואלי וסובייקטיבי מובהק, הקשור מבחינה היסטורית לשימוש שעשו בו מרטין לותר וממשיכיו. לפעול בהתאם למצפון משמע לפעול בהתאם למה שהלב מורה, לא בהתאם להוראותיהם של אנשי הדת או הפוליטיקאים. לותר מציב את המצפון מעל לחוק, ומצהיר:

19 לגבי נוצרים, ראו: R.A. Witter, W.A. Stock, M.A. Okun & M.J. Haring "Religion and Subjective Well-Being in Adulthood: A Quantitative Synthesis" 26 *Review of Religious Research* (1985) 332; D. Kahneman, E. Diener & N. Schwarz *Well-Being: The Foundation of Hedonic Psychology* (New York, 1999). לגבי יהודים, ראו נ' זילציינסקי *דתות ובריאות נפשית: משמעות בחיים, פחד מוות ותמיכה חברתית נחפסת כמחוזכים אפשריים של הקשר בין התנהגות דתית ואמונה דתית לבין רווחה נפשית ומצוקה נפשית* (חיבור לשם קבלת החואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן, תשס"א).

20 N. Dent "Conscience" *Routledge Encyclopedia of Philosophy* (London, 1988, vol. II) 579

21 A. Donagan "Conscience" *Encyclopedia of Ethics* (vol. I) ראו למשל: 297, 298.

I lift my voice simply on behalf of liberty and conscience, and I confidently cry: No law, whether of men or of angels, may rightfully be imposed upon Christians without their consent, for we are free of all laws.²²

על-פי הבנה זו, המושג מצפון הוא מושג תרני ואנטינומיסטי באופן עמוק, המציב איום על הסדר הדתי, החברתי והפוליטי דוקיים.²³ במחקר שפורסם לאחרונה טוען אנדרו שקיים מתח בין המצפון הפרוטסטנטי לבין האידיאל התבוני של תקופת ההשכלה, וכי המודרניות היא תוצאת המתח בין שני אידיאלים אלה.²⁴

מדוע יש חשיבות כה רבה לכך שאדם יפעל על-פי מצפון, על-פי מה שליבו מורה לו? לשאלה זו שתי תשובות עיקריות, אחת דתית ואחת לא-דתית. התשובה הדתית, שניתן למצוא אותה אצל לותר והוגים פרוטסטנטיים אחריו, אומרת שרצון האל נגלה לאדם באמצעות המצפון האנושי,²⁵ וכאשר האדם דבק במצפון בכנות וביושר, הוא חושף את מה שהאל מבקש ממנו. זו התשובה הידועה המיוחסת ללותר לקריאה אליו בדיאט של וורמס (Diet of Worms) לנטוש את מצפון הטועה: "מצפוני שבוי בידי דבר האל... כאן אני עומד, איני יכול לפעול אחרת."²⁶ תשובה יחית זו אינה נגישה להגות ליברלית-חילונית (וגם לא לתפיסות רחיות שאינן מניחות כי הדרך לחשיפת רצונו של האל היא דרך המצפון²⁷), ולכן

M. Luther *Works* (Jeroslav Pelikan ed., St. Louis, Concordia Publishing House, 1958, vol. 35) 72; quoted in E. Andrew *Conscience and Its Critics: Protestant Conscience, Enlightenment Reason, and Modern Subjectivity* (University of Toronto Press, 2001) 22

לעמדה אחרת, הטוענת שהמושג מצפון אינו אנטי-סמכותני באופן פנימי, ראו: M.C. Murphy "The 'Conscience Principle'" 22 *Journal of Philosophical Research* (1997) 387

Andrew, *supra* note 22

השוו למשל לדברים הבאים המושמיעו בפי אלוהים אצל מילטון: "And I will place within them as a guide/My umpire *Conscience*" (*Paradise Lost* III: 194-5)

26 Luther *Works* (*supra* note 22, vol. 32, at p. 112). על ההקשר ההיסטורי של אירוע זה ראו בקיצור אצל מ' אליאב-פלדון *הרפורמציה הפרוטסטנטית* (הוצאת האוניברסיטה המשוררת, 1997) 33-34.

27 המושג מצפון במובנו המודרני אינו קיים כידוע במקורות הקלסיים של היהדות, שמבחינתם "מצפון" אינו אלא דבר צפון, נסתר, פנימי. ליבוביץ קרוב כנראה לאמת בטענתו החריפה כי "החורה והנביאים אינם פונים מעולם למצפון האנושי, שהוא חשוד מאוד כביטוי לעבודה זרה; המונח 'מצפון' אינו קיים במקרא. ההנחיה המצפונית היא מושג אחיאסטי או אלילי; 'האל שבלב', שבו דוגלים אנשי מוסר הומניסטים, הוא אל זר" (י' ליבוביץ *יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל* (תשל"ט) 27). לנוכח האופי האנרכי והאנטינומיסטי של המושג מצפון במסורת הפרוטסטנטית, היונק מן ההתנגדות עתיקת היום של הנצרות ללגליזם היהודי, ניתן לומר שמבחינה היסטורית המושג מצפון הוא כמעט אנטי-יהודי במובהק. היהדות הנורמטיבית לא הציבה את המצפון מעולם. כלותר – מעל לחוק. השוו גם: Z. Werblowsky "The Concept of Conscience in Jewish Perspective" in *Conscience* (ed. by The Curatorium of the Jung Institute, Zurich, Northwestern University Press, 1970) 81, 108. אין זה מפתיע שכאשר המושג מצפון מופיע במסורת היהודית אצל זרמים ליברליים במאה העשרים, הוא עולה כשיקול נגד חוקים מסוימים של ההלכה. דאו, למשל, מ' זמר *הלכה שפוייה* (1993) 53: "איננו יכולים להעניק לזקורות הספרותיים של ההלכה יותר מאשר סמכות משוערת, ולכן

השאלה עולה לגביה במלוא חריפותה: מדוע יש לכבד את מצפוננו של המחזיק באמונות מוסריות מוטעות? התשובה "החקנית" לכך היא שכפיית אדם לפעול נגד אמונותיו הנורמטיביות העמוקות מסיבה איום חמור על היושרה (integrity) שלו²⁸ ויוצרת אצלו תחושות קשות של ניכור-עצמי ואובדן זהות,²⁹ ולפיכך יש להימנע ממנה במידת האפשר.³⁰ גישה מעין זו עומדת ביסוד הדרישה הליברלית לגלות סובלנות כלפי סרבני חוק מסוימים במקרים שבהם חוק או פקודה כלשהם פוגעים חמורות במצפונם. כפי שהטעים חיים גנו, הטעם לכך שיש להתחשב בפגיעה זו אינו ההנחה שהוראות המצפון נכונות, אלא עצם העובדה שכך המצפון מורה: "חופש המצפון פירושו החופש לנהוג בהתאם להוראות המצפון גם אם הוא טועה. אילו היה החופש לנהוג בהתאם להוראות המצפון שואב את תוקפו מצדקתן של ההוראות אותן הוא מורה, היה אז חסר משמעות מעשית."³¹ אם מסכימים שהמצפון ראוי להגנה בלא תלות בתוכן אמונותיו, ברור מדוע חופש הדת ראוי להגנה מנקודת-מבט ליברלית. הואיל והאמונות הדתיות שייכות באופן מובהק לקטיגוריה של אמונות נורמטיביות עמוקות המכוננות את הזהות האישית, הרי שכפיית אדם לפעול בניגוד לאמונתו הדתית היא כפייתו לפעול בניגוד למצפונו ובניגוד לערכים שמכוננים חלק מרכזי מעולמו.³² לפיכך – לפי טיעון זה – חופש הדת ראוי להגנה מיוחדת. בהתאם לכך, הזיקה בין חופש המצפון לבין חופש הדת נתפסת כהדוקה עד כדי כך שמתייחסים אליהם לעיתים כאל מושג אחד: "חירות המצפון והדת".³³

יש לשקול את חקיקתם כנגד מצפוננו של כל יחיד ויחיד. אחת מאמות-המידה שקבעה היהדות המתקדמת בישראל למצוות הוא "העדר סתירה בין המצווה לצו המצפון" (שם, בעמ' 327, הערה 38).

28 לויקה בין ההגנה על המצפון לבין כיבוד היושרה המוסרית בהתנגדות מצפונית (conscientious objection) במקרים כהפלות או התאבדות בעזרת רופא, ראו M. Wicclair "Conscientious Objection in Medicine" 14 *Bioethics* (2000) 205.

29 לאור הבנה זו של המושג מצפון, קשה לקבל את עמדת בית-המשפט העליון הקנדי שקבע כי חיוב עובדים להתאגד באחד מארגוני העובדים המוכרים מהווה פגיעה בחופש המצפון שלהם. קשה לראות כיצד התאגדות כזאת תהווה פגיעה בעקרונות העמוקים המכוננים את הזהות האישית של העובד. ראו: *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.* 2001 SCC 70. מטעם דומה קשה לקבל את קביעתו של בית-משפט זה שאם תתקבל בקשתם של הורים החברים בכת "עדי יהוה" לא לתת עירוני דם לילדתם, תהיה בכך פגיעה בחופש המצפון של הילדה. ראשית, קשה להשתמש במושג מצפון לגבי ילדים, שאין להם עדיין עקרונות עמוקים המכוננים את הזהות האישית שלהם. שנית, אפילו היה מדובר בבוגרים, הימנעות מעירוני דם (או מכל טיפול רפואי אחר) עלולה לפגוע בבריאותם או אף בחייהם, אך מוזר לומר שהיא פוגעת במצפונם.

30 להגנה מקיפה על המושג מצפון, הטוענת שהוא חיוני בכל תיאוריה של מידות טובות, ראו לאחרונה: D. Langston *Conscience and Other Virtues* (Penn State University Press, 2001).

31 ח' גנו *ציונות וסדרות: אנרכיזם פוליטי וסרבנות פוליטית* (1996) 133.

32 השוו לדברי בית-המשפט הקנדי: "Religious belief and practice are historically prototypical and, in many ways, paradigmatic of conscientiously-held beliefs and manifestations and therefore protected by the charter" (*R. v. Big M Drug Mart* (1985) 1 SCR 295) וראו גם רוח גם בית-המשפט האוסטרלי: "freedom of religion, the paradigm freedom of conscience is of the essence of a free society" (*Church of New Faith v. Commissioner for Pay-Roll Tax* [1983] 49 ALR 65, 68-9).

33 שלח, לעיל הערה 4, בעמ' 85: "חירות המצפון והדת היא אחת מחירויות הפרט הראשוניות והידועות." עיון בפסיקה של בית-המשפט העליון מלמד שברוב הגדול של המקרים, חופש המצפון נקשר לחופש

כיצד פוגעים במצפוננו של אדם? לכאורה, התשובה פשוטה: כאשר כופים אותו לפעול בניגוד לעקרונותיו העמוקים, כפי שהוסבר זה עתה. ברם, חשוב לזכור שכאן, כמו במקרים רבים אחרים, המושג כפייה אין פירושו כפייה פיזית ממשית, אלא גביית מחיר כבד על התנהגות (או הימנעות) מסוימת. כפיית אדם להשתתף במלחמה הנוגדת את צו מצפוננו היא גביית מחיר של (נניח) מאה יום בכלא על סירוב להשתתף בה, מחיר שבגללו אנשים מסוימים עשויים לפעול בניגוד למצפונם ולהזגייס למלחמה בעוד אחרים עשויים לסרב לשלם את המחיר. לגבי הראשונים נוכל לומר שהמדינה הצליחה לכפות אותם לפעול בניגוד למצפונם, ואילו לגבי האחרונים נצטרך לומר שהמדינה ניסתה לכפות עליהם פעולה כזו, ובכך לא כיבדה את מצפונם אף שנכשלה בהשגת מטרתה. המחיר שבאמצעותו כופים עשוי להיות סנקציה, כגון כלא ("אם לא תזגייס, תיכלא למאה יום"), וגם שלילת הטבה ("אם לא תזגייס, תישלל ממך הטבת מס מסוימת"). גם כאן נוכל לומר כי מי שלא עמד בפיתוי ההטבה נכפה לפעול בניגוד לצו מצפוננו, ואילו מי שהצליח לעמוד בפיתוי לא זכה שמצפוננו יכובד על-ידי המדינה.³⁴ בכלל, כפייה היא עניין של דרגה, וכך גם לגבי כפייה מצפונית: ככל שמחיר הרבקות בעקרונות האישיים – במונחי סנקציה או במונחי פיתוי – גבוה יותר, כן הפגיעה בחופש המצפון גדלה; ככל שהמחיר נמוך יותר, כן הפגיעה קטנה; עד למקרים שבהם הטענה בדבר כפייה מצפונית נשמעת מלאכותית, שהרי בסופו של דבר לא ניתן לרבוך בעקרונות בלא לצפות לשלם מחיר כלשהו על דבקות זו.³⁵

הטיעון בדבר חופש המצפון לביסוס חופש הוית אכן מספק בסיס איתן להבנת השאלה מדוע הדת זקוקה להגנה, אך הוא מתקשה להסביר מדוע הפגיעה בחופש המצפון המתרחשת בעת פגיעה בחופש הדת מטרידה יותר³⁶ – ולכן זקוקה להגנה מיוחדת – מפגיעה בחופש המצפון בהקשרים אחרים.³⁷ דוגמה מובהקת לקושי זה היא הפטור שניתן בארצות-הברית

הדת (או חופש מדה). יוצא מהכלל הוא בג"ץ 734/83 שיין נ' שר הבטחון, פ"ד לח(3) 393, שבו נקשר חופש המצפון לשאלת הפטור משירות צבאי בלבנון.

34 ההבחנה בין סנקציה לבין מניעת הטבה הינה מורכבת ושנויה במחלוקת, ולא נוכל לדון בה כאן. יש לה חשיבות רבה במשפט האמריקאי, כי לפי פסיקת בית-המשפט העליון, נטל הראיה הנתון להצדקת פגיעה בזכות גדול יותר בסנקציות שהמדינה מטילה מאשר במניעת הטבות. לכמה דיונים בסוגיה זו, ראו: K. Sullivan "Unconstitutional Conditions" 102 *Harv. L. Rev.* (1989) 1413, 1415; C. Sunstein "Why the Unconstitutional Conditions Doctrine is an Anachronism" 70 *B.U. L. Rev.* (1990) 593, 602.

35 אלה, כמוכן, הערות חלקיות ובלתי-מספקות על המושג כפייה, שספרות פילוסופית ענפה עוסקת בו. ראו, למשל, ספרו של A. Wertheimer *Coercion* (Princeton, 1989), וכן, מהעת האחרונה: D. Arnold "Coercion and Moral Responsibility" 38 *American Philosophical Quarterly* (2001) 53; G. Lamond "Coercion and the Nature of Law" 7 *Legal Theory* (2001) 35.

36 השווה ח' שלח, הסבור שבית-המשפט הקנה עדיפות בלתי-מוצדקת ל"מצפון הדתי-קבוצתי" על "המצפון האישי-חילוני" בהכירו בהתנגדות הקראים לשיפוט הרבני כהתנגדות מצפונית (בבג"ץ 30/76 טיהו נ' בית הדין הדתי לעדת היהודים הקראים, פ"ד לא(1) 19), אך בסרבו להעניק מעמד כזה לסירוב החילוני לטקס נישואין דתי. ראו שלח, לעיל הערה 4, ובעמ' 114.

37 מקונל השיב על כך בטענה שקיים הבדל בין הכרעה מצפונית שמקורן דתי לאלה שמקורן אינו דתי. הראשונות נובעות מכפיפות לצו האל, ומבחינה זו הן מחוץ לטווח שליטתו של האדם, ואילו האחרונות נובעות מבחירה אישית רצונית. לדיון ביקורת בעמדה זו ראו ג' ספיר "גיוס בחורי ישיבות" פלילים ט (חשס"א) 217, 237-235; F.M. Gedicks "An Unfirm Foundation: The Regrettable";

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

משירות צבאי לאלה שמתנגדים לו מטעמים הנוגעים באמונותיהם ובחינוכם הדתי.³⁸ אם הבסיס לפטור הדתי הוא הגנה על חופש המצפון, מדוע יש להגבילו לבעלי אמונה דתית בלבד?³⁹ דומה שהמשפט הליברלי מתקשה למצוא תשובה מניחה את הדעת לשאלות אלה, והתוצאה היא צמצומו של חופש הדת עד כדי ריקונו מתוכן, כפי שנזכיר להלן בסעיף 33. נפנה עתה לצידוק האחרון לחופש הדת, מבין הארבעה שציינו לעיל, שפותח לפני שנים מספר בהרחבה על-ידי ג'וזף ספיר. צידוק זה מבוסס על הזכות לתרבות.⁴⁰ לפי הטיעון, הדת היא דוגמה מובהקת לתרבות מקיפה (all encompassing culture), שלהגנתה יש חשיבות רבה מבחינתם של חברי התרבות. בהסברתה של חשיבות זו ניתן למצוא בספרות שני כיוונים: האחד מניח שתרבות נחוצה למימוש חיים אוטונומיים ובעלי משמעות,⁴¹ והאחר, שהתרבות נחוצה כביטוי לזהותו של היחיד.⁴² כך או אחרת, מדוע הדת זקוקה להגנה מיוחדת במסגרת זכות זו? התשובה נעוצה במעמד השולי, ולפיכך המאויים, של הדתות במסגרת המדינות הליברליות. בלשונו של ספיר: "את חופש הדת יש להבין כאמצעי להבטיח את שרידותם של מיעוטים תרבותיים שהפסידו בשדה הקרב התרבותי של הרוב."⁴³ כמובן

Indefensibility of Religious Exemption" 20 *U. Ark. Little Rock L. J.* (1998) 555, 562-563

Section 6(j) of the Universal Military Training and Service Act of 1948, 50 U.S.C. app. §456(j) (1958) 38

דרך מקורית לפתרון בעיה זו הציע בית-המשפט העליון בארצות-הברית בפרשת *Seeger*: להרחיב את המובן של דתיות עד שיכלול בקרבו כל מצפוניות, והיינו דקות כנה בעקרונות. בפרשה זו ערער Seeger לבית-המשפט על שלא זכה כפטור בשל ספק בבסיס הדתי, הנדרש בחוק, להתנגדותו לשירות הצבאי. בית-המשפט טען כי "האמונות שהניעו אותו להתנגדות חופסות אותו מקום בחייו כמו האמונה באלוהים אצל חבריו הקווייקרים", ולחיוק הטענה ציטט בית-המשפט את דברי התיאולוג פאול טיליך: "And if that word [God] has not much meaning to you, translate it, and speak of the depths of your life, of the source of your being, of your ultimate concern, of what you take seriously without any reservation. Perhaps, in order to do so, you must forget everything traditional that you have learned about God (P. Tillich *The Shaking of the Foundations* (1948) 57, quoted in *U.S. v. Seeger* 380 U.S. 163 (1965), p. 187) זה, אין איפוא מקרה של חופש מצפון שאינו באחת גם מקרה של חופש הדת. להצעה, בהקשר האמריקאי, לקריאת ההגנה על חופש הדת כהגנה על חופש המצפון, וזאת הן מטעמים היסטוריים והן בשל היעדר הצדקה להבחנה בין השניים, ראו: Laura Underkuffler-Freund "The Separation of the Religious and the Secular: A Foundational Challenge to First Amendment Theory" 36 *Wm. & Mary L. Rev.* (1995) 837, 961-968

G. Sapir "Religion and State: A Fresh Theoretical Start" 75 *Notre Dame Law Rev.* (1999) 579 40

W. Kymlicka *Liberalism, Community and Culture* (Oxford, 1989) 41

ראו, למשל, א' מרגלית ומ' הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מ' מאוטנר, א' שניא ור' שמיר עורכים, 1998) 93. לביקורת על שני הרציונלים האמורים ראו ז' ברונר וי' פלד "על אוטונומיה, יכולות ודמוקרטיה: ביקורת הרב-תרבותיות הליברלית", שם, בעמ' 107.

Sapir, *supra* note 40, at p. 634. השוה הלברטל ומרגלית, לעיל הערה 42, בעמ' 104: "אילו היה עניין זה (עיצוב המרחב הציבורי של המדינה) מסור לכוחות השוק, היתה תרבות הרוב משתלטת עד מהרה על כל המרחב הציבורי."

שסירוב להיענות לבקשותיהם של בני קבוצות דתיות להתחשבות והערפה מסוגים שונים אינו גוזר באחת כליה על תרבותם, אבל לטווח ארוך הוא מקשה עליה להתפתח ולשגשג. הזכות לתרבות ניתנת רק למיעוטים, ולא לתרבות הרוב, משום שזו האחרונה אינה זקוקה להעדפה מיוחדת כדי להתפתח וכדי להנחיל את תכניה לדור הבא. בלשונם של הלברטל ומרגלית, המשקפים את העמדה המקיבלת בעניין זה: "המדינה אמורה להיות ניטרלית כלפי תרבות הרוב", שהרי תרבות זו יכולה "מעצם מהותה לקיים סביבה פתוחה או יותר הומוגנית אפילו מבלי ליהנות מזכויות מיוחדות".⁴⁴

כמו בצידוק מתופש המצפון, הבטיח לחופש הדת גם לפי צידוק זה אינו נעוץ במאפיינים ייחודיים של הדת, כגון אמונותיה המשאפיות או אופני הפולחן שלה; הוא נעוץ בטבעה של הדת כתרבות. כמו כל תרבות, לדת יש חשיבות רבה לדידם של הנוטלים בה חלק, וכמו כל תרבות מיעוט,⁴⁵ הדת זקוקה להגנה מיוחדת כדי לא להיבלע על-ידי תרבות הרוב. אף-על-פי-כן, ביסוס זה לחופש הדתו הסין יותר מאשר קודמו לסכנה של רדוקציה. הטעם לכך הוא שהדת במדינות הליברליות החילוניות היא הדוגמה המובהקת לתרבות מקיפה המאוימת על-ידי תרבות הרוב,⁴⁶ ואין עוד תרבויות רבות בעלות אופי זה.⁴⁷ מכאן שיש לכאורה היגיון במתן מעמד מיוחד לחופש הדת במקום להסתפק באזכור כללי של חופש התרבות.⁴⁸

44 הלברטל ומרגלית, שם, בעמ' 103.

45 בביטוי "תרבות מיעוט" כוונתנו לקבוצה חלשה או מאוימת, גם אם אין היא נופלת מספרית מ"תרבות הרוב".

46 מעניין שבראשית התפתחותה של החתיכה העוסקת בזכות לתרבות לא נעשה הקישור בין זכות זאת לחופש הדת, ולעיתים אף נשללה אפשרותו במפורש. ראו, למשל: W. Kymlicka *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995) 11 ("...the analogy between religion and culture is mistaken... it is quite possible for a state not to have an established church. But the state cannot help but give at least partial establishment to a culture..."). בכתיבה העכשווית, לעומת זאת, קישור זה רווח עד כדי הפיכת חופש הדת לעיתים לדוגמת מופת של הזכות לתרבות. ראו לאתרונה: B. Perekh "Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory" and J.T. Levy "The Multiculturalism of Fear" in *Obligation of Citizenship and Demands of Faith: Religious Accommodation in Pluralist Democracies* (N.L. Rosenblum ed., 2000); J. Spinner-Halev "Surviving Diversity: Religion and Democratic Citizenship" *Citizenship in Diverse Societies* ("most theorists of difference and multiculturalism exhibit very little sympathy for religious groups; religious groups are usually absent in their theorizing and there is usually a presumption in favor of secularism" (T. Moddod "The 'Recognition' of Religious Groups" in *Citizenship in Diverse Societies*, *ibid*, at p. 187).

47 מיעוטים אתניים נבדלים לעיתים קרובות מתרבות הרוב גם בדתם; כך לגבי הערבים בישראל, הפקיסטנים בבריטניה, התורכים בגרמניה וכך הלאה.

48 דוגמה להכרת המערכת המשפטית ברעיון הזכות לתרבות מצויה, לדעת פרשנים רבים, בפסק-הדין המפורסם בפרשת *Yoder* (1972) [406 US 205] (*Wisconsin v. Yoder*) של בית-המשפט העליון בארצות-הברית, שבו פטר בית-המשפט את חברי כת האמיש (Amish) מן החובה החוקית לשלוח את ילדיהם לתיכון בגיל ארבע-עשרה. לניי פרשנים אלה, ההכרה בחשיבות האינטרס של העותרים בשימור מסגרתם הקהילתית, על תרבותם המיוחדת, שימשה גורם מרכזי בגיבוש עמדתו של בית-המשפט. ראו,

מהו היחס בין חופש הדת במובנו כחופש מצפון לבין חופש הדת במובנו כזכות לתרבות? לכאורה, ההבדל מובן מאליו: בעוד המצפון הוא כמובן עניינו של היחיד, תרבות היא עניינה של קבוצה. בעוד חופש הדת כחופש מצפון אינו תורג מעבר לעולמו של היחיד, חופש הדת כזכות לתרבות נועד מעצם טבעו להרוג הריגה מעין זו, ואין הוא מבוסס על הגנת מצפון של כל יחיד ויחיד החבר בקבוצה. למרות הבדלים אלה בין שני המושגים הנ"ל, קיימת גם קרבה משמעותית ביניהם. ראשית, בהנחה שקולקטיבים אינם מסוג הישים שעשויים להיות להם אינטרסים, הרי שבשני המקרים מדובר בהגנה על אינטרסים של אינדיווידואלים.⁴⁹ ההבדל נעוץ בטיב האינטרס המוגן: במקרה של פגיעה במצפון, האינטרס הוא שמירה על היושרה המוסרית ("להיות מסוגל להסתכל על עצמך בראי"), ואילו במקרה של פגיעה בתרבות, האינטרס הוא אוטונומיה אישית או זהות (בהתאם לסוג התיאוריה שמאמצים לביסוס החשיבות של תרבות⁵⁰). לא על התרבות ככזאת מבקשים להגן, אלא על היחידים הנוטלים בה חלק, שעלולים להיפגע אם היא תיחלש או תעורער. אם חשיבות התרבות לגביהם מובנת במונחים של זהות אישית,⁵¹ הרי שהקרבה רבה עוד יותר, שכן גם התקפות על היושרה מנוסחות לעיתים באמצעות הרעיון של התקפה על הזהות האישית. כאשר אדם אנוס לוותר על אורח החיים או הסמלים המכוננים את זהותו האישית, הוא חש ניכור-עצמי ואיום על זהותו, ותחושות כלליות אלה הן גם מנת-חלקו של מי שנאלץ לפעול בניגוד למה שמצפון מורה לו. שנית, הגנה על המצפון אינה כל-כולה עניין אינדיווידואלי. לדעת רו, הנטייה לעגן זכויות בחירות היחיד מתעלמת מהעובדה שזכויות תלויות לעיתים בטובין קולקטיביים (collective goods),⁵² המאפשרים אותן ומעניקים להן משמעות. כדוגמה לכך מביא רו את חופש הדת:

While religious freedom was usually conceived of in terms of the interest of individuals, that interest and the ability to serve it rested in

למשל: S.L. Stone "The Intervention of American Law in Jewish Divorce: A Pluralist Analysis" 34 *Isr. L. R.* (2000) 170, 183; D. Snauwaert "Wisconsin v. Yoder and the Relationship Between Individual and Group Rights" *Philosophy of Education* (2001) 446. כפי שהראחה סטון (ש), בית-המשפט האמריקאי צמצם מאוד את ההכרה בזכות הנ"ל, ובאופן כללי: "The court remains inhospitable to claims of sizeable groups based on preservation of a separate, religious way of life, whether that of fundamentalist Christians... or Hasidic separatists"

49 יש כמובן מי שסובר אחרת, דהיינו שישים קולקטיביים קיימים, והם בעלי זכויות הנפרדות מאלה של היחידים החברים בהם, ולפי עמדה זו קיים הבדל משמעותי בין ביסוס חופש הדת על המצפון, הנושא אופי אינדיווידואלי מובהק, לבין ביסוסו על התרבות, הנושא אופי קולקטיבי.

50 ראו לעיל הערות 41 ו-42.

51 "זכותו של הפרט לתרבות נובעת מהעובדה שזהות האישיות עומדת בראש מעייניו של כל אדם, ומכאן החשיבות העליונה שהפרט מייחס לשמירה על אורח החיים המקובל עליו, לרבות סימני-ההיכר הנחשבים בעיניו ובעיני חבריו לקבוצת-התרבות למרכיבי הזהות המרכזיים שלהם." (מרגלית והלברטל, לעיל הערה 42, בעמ' 101.)

52 טובין קולקטיביים הם טובין ציבוריים שההנאה מהם פתוחה לגבי כל מי ששייך לחברה שבה הם קיימים, למשל היותה של החברה סובלנית, משכילה, רוחשת כבוד לבני-אדם וכדומה. ראו: J. Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986) 198-199.

practice on the secure existence of a public good: the existence of religious communities within which people pursued the freedom that the right guaranteed them. Without the public good the right would not have had the significance it did have. Furthermore, the existence of the right to religious freedom served in fact to protect the public good.⁵³

יתרה על-כן, לדעת וולצר, סירוב לציית על בסיס חופש המצפון "הוא כמעט תמיד מעשה קיבוצי, והוא מוצדק לאור הערכים של הקולקטיביות והמעורבות ההדדית של החברים בו".⁵⁴ מבחינה אטימולוגית המונח "מצפון" (conscience) מורה על ידע מוסרי משותף, וכמו שהידע המוסרי נרכש בתוך קבוצה והוא משותף, גם מחויבותו של בעל המצפון "היא כו-בזמן גם מחויבות לקבוצה ולחברה"⁵⁵ – מחויבות לאנשים אחרים, שמהם או יחד איתם נרכשו עקרונותיו. לדגרי וולצר, אילו נשען אי-ציות על מצפון פרטי באמת, הוא היה תמיד מוצדק, אך אף פעם לא היה מתרחש, שכן "הפרט שניסיונו המוסרי לא הצה אף פעם את תחומי המונולוג, לא ידע דבר על אחריות ולא תהיה לו כזו".⁵⁶

שיקולים אלה מבססים איפוא זיקה מעניינת בין חופש המצפון לבין הזכות לתרבות: מצד אחד, חרף הפן הקולקטיביסטי שלה, יש לזכות לתרבות גם פן אינדיווידואליסטי, שהרי בסופו של דבר היא מגינה על אינטרסים של יחידים. מצד אחר, חרף הפן האינדיווידואליסטי שלה, יש לחירות המצפון גם פן קולקטיביסטי, שכן היא קשורה לטובין קולקטיביים⁵⁷ ונעשית מתוך זיקה הדוקה ומחויבותו לקולקטיב. נוסף על כך, לפי הבנה מסוימת של הזכות לתרבות, קיימת חפיפה של ממש בין שני המושגים, שכן ביסוד שניהם מונח הרצון להגן מפני פגיעה בזהות האישית.

זיקה זו ממוטטת לכאורה את ההבחנה בין שני הרציונלים הנידונים לחופש הדת, שכן בשניהם יש בעת ובעונה אחת פן קולקטיביסטי ופן אינדיווידואליסטי, ובשניהם – לפחות לפי תיאוריה אחת – התכלית היא להגן מפני פגיעה בזהות האישית. אם כך, כל פגיעה בחופש המצפון היא לכאורה גם פגיעה בזכות לתרבות, ולהיפך. ברם, מסקנה זו אינה מתבקשת.

ראשית, אף שבשני הרציונלים יש פן קולקטיביסטי ופן אינדיווידואליסטי, מרכז-הכובד שונה בכל זאת; תרבות היא עניין ציבורי, ולכן המבחן לפגיעה בה מצריך התבוננות במציאות החברתית. לעומת זאת, מצפון הוא עניינו של היחיד, ולכן הדרך לברר אם היתה פגיעה בו מצריכה בראש ובראשונה התבוננות בנפשו של היחיד.

שנית, גם אם נכון שהאינטרס המוגן בשני המקרים הוא הזהות האישית, הרי שהפגיעה בזהות האישית הנגרמת מהגבלות על התרבות חלשה ועקיפה מזו הנגרמת כאשר אדם נכפה לפעול בניגוד לעקרונותיו המוסריים העמוקים. כפייה מהסוג האחרון מעוררת בדרך-כלל

Ibid, at p. 251 53

מ' וולצר "התובה לא לציית" גבול דעות (ד' ר"י מנוחין עורכים, 1985) 33. 54

שם, בעמ' 34. 55

שם, בעמ' 50. 56

לדוגמה לעניין מצפוני הקשור לקולקטיב ראו דיונו של רו בסירוב מצפוני: Raz, *supra* note 52, at p. 252. 57

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

ביטויים רגשיים עזים בדמות רגשות אשמה או נקיפות מצפון, מה שאין כן בהגבלות מהסוג הראשון. אינה דומה הפגיעה בזהות הנגרמת מכפיית יהודי דתי לאכול בשר לא-כשר, מקרה ברור של פגיעה במצפון, לפגיעה הנגרמת מנסיעת מכוניות בשבת ברחובותיה של שכונה דתית, מקרה של פגיעה בתרבות.⁵⁸ המושג פגיעה ביושרה נראה מתאים הרבה יותר במקרה הראשון מאשר במקרה השני. מכאן שלא כל פגיעה בתרבות – אפילו כמובנה כזכות לזהות – ניתנת לתיאור כאותה עת גם כפגיעה במצפון. לעומת זאת, פגיעות כמצפון ניתנות כמעט תמיד לתיאור גם כפגיעות בתרבות, שכן הן מהוות איום ישיר ומפורש על יכולתה של הקהילה הדתית לשמר את תרבותה המיוחדת.

עמדתו של בית-המשפט הישראלי

אף-על-פי שנושא חופש הדת התעורר בשורה ארוכה של פסקי-דין, קשה למצוא בדברי בית-המשפט העליון בישראל תפיסה ברורה לגבי הבסיס העיוני של חירות זו, וזאת בניגוד לדיון הסדור יחסית ברציונלים של זכויות אחרות, כגון חופש הביטוי וחופש העיסוק.⁵⁹ מהתבטאויות מעטות בעניין ניתן להסיק שלדעת בית-המשפט, חופש הדת קרוב לחופש המצפון. כך, למשל, השופט שמגר:

היבטיו השונים של חופש הדת והמצפון הכוללים, בנוסף לחופש המחשבה והאמונה גם את "הזכות להגשים את צווי המצפון בדרך של פעולות". ...אינו כולל רק את חופש האמונה שבלב, וכולל גם את החופש לפעול ולנהוג על-פי אותה אמונה.⁶⁰

שמגר כולל כאן בחבילה אחת את "חופש הדת והמצפון", משמע: ההגנה על חופש הדת אינה אלא הגנה על חופש המצפון.⁶¹ גישה זו עולה גם מפסקי-דין מוקדמים של בית-המשפט העליון. כך, למשל, בפרשת *יוסי פוף* גרס השופט לגדוי כי חופש המצפון הינו "מושג מתורת האתיקה, העוסקת בדיעת טוב ורע. אדם יכול לשאוב את השקפותיו על טוב ורע ממקור שאינו דתי, אבל אצל אדם דתי מודרך המצפון על ידי צווי הדת, ולכן אנו מקבלים את ההנחה, שעקרון חופש המצפון דורש לשם הפעלתו המלאה גם את חופש

58 נסיעת מכוניות בשכונות דתיות בשבת היא אחת הדוגמות שמרגלית והלברטל מזכירים כמה שניתן לאסור בשם ההגנה על הזכות לתרבות כמובנה כזכות לזהות (לעיל הערה 42, בעמ' 102).

59 לעניין הרציונלים לחופש הביטוי ראו, למשל, בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 876-878. בנוגע לחופש העיסוק ראו סקירת פסקי-הדין במאמרו של א' גרוס "כיצד היתה התחרות החופשית לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" *עיוני משפט* כג (תש"ס) 229.

60 ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, פסקה 4 לדעתו של שמגר.

61 לדעת השופט אור, חופש הדת אינו נכלל בחופש המצפון, אלא אדרבה, מאיים עליו: "המתח בין חופש הדת לבין חופש המצפון, שאחד מהיבטיו הוא גם החופש מדת... הוא מתח טבוע, בלתי נמנע." (בג"ץ 3872/93 מיטראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 485, פסקה 15 לחוות-דעתו (להלן: עניין מיטראל)). מבחינה היסטורית, מעניין להיווכח כאן במרחק הרב שעבר המושג מצפון מימי לידתו בתקופת הרפורמציה, שבה הוא נתפס כאחוז ללא הפרד בהנחות דתיות, ועד לרעיון הני"ל שחופש המצפון עלול לנגוד את חופש הדת. בכל מקרה ולגופו של עניין, אם מאמצים את גישת השופט אור, לא ברור מה יהיה הבסיס העיוני לחופש הדת, דהיינו מדוע תהיה הדת ראויה להגנה נפרדת.

הדת".⁶² הזיקה בין הגנה על חופש הדת לבין הגנה מפני פגיעה בזהות האישיה מופיעה במפורש בדברי הנשיא ברק בעניין גור-אליה: "חופש הדת קשור לפרט ולמימוש זהותו. הוא חלק מה'אני' שלו".⁶³

ניתן למצוא רמז לזיקה בין חופש הדת לבין הזכות לתרבות בפסק-הדין הראשון שבו עסק בית-המשפט בהרחבה בשאלת הזכות לתרבות, הלוא הוא פסק-הדין בעניין עדאלה נ' עידיית ת"א ואח'.⁶⁴ בפרשה זו הן בית-המשפט בשאלה אם מוטלת על העיריות חובה להוסיף כיתוב בערבית בשילוט העירוני כאשר מצוי בתחומן מיעוט ערבי. מכמה הערות-אגב הפוזרות לאורך פסק-הדין ניתן להבין שלדעת השופטים, כאשר עוסקים בהגנה על קבוצות מיעוט, קיימת זיקה ברורה בין דת לבין תרבות.⁶⁵ לעצם העניין, דהיינו לשאלת קיומה של זכות לתרבות במשפט הישראלי, נחלקו דעות השופטים: ברק ודורנר סברו כי יש זכות כזאת, וניתן לגזור אותה מהזכות לחופש ביטוי ומהזכות לכבוד האדם;⁶⁶ ואילו חשין התנגד בתוקף והכחיש את קיומה. לדעתו: "שלא כזכותו של היחיד, בית-משפט זה לא כונן בהלכה זכויות קיבוציות הנגזרות משונותן של קבוצות אוכלוסייה, זכויות שתכליתן היא לשמר אותה שונות. מעולם לא הכרנו בזכות משפטית קיבוצית של קבוצת אוכלוסייה לטיפוח ולקידום תרבותה ולשונה, לא-כל-שכן שלא הכרנו בחובת המדינה לסייע לדבר".⁶⁷

62 ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועמ"ש, פ"ד ה' 493, 481. גם השופט זילברג הסכים כי "חופש המצפון כולל גם את חופש הדת" (שם, בעמ' 496). ייתכן שתפיסה זו של בית-המשפט נבעה גם מאילוץ פרשני מסוים. הואיל וסעיף 83 לדבר-המלך במועצתו משנת 1922 מבטיח "חופש פולחן ומצפון", והואיל וב"פולחן" השופט לנדוי מבין בצדק "צורות של עבודות קודש אצל הדתות השונות – העניינים שבין אדם למקום, ולא העניינים שבין אדם לחברו", היה צריך לפרש את חופש המצפון באופן רחב כדי לכלול בו את יתר העניינים המוגנים במסגרת חופש הדת.

63 עניין גור-אליה, לעיל הערה 3, פסקה 10 לדעתו.

64 בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עידיית ת"א ואח', פ"ד נו(5) 393. לדיון בפסק-הדין ראו א' סבן "קול (דרלשוני) בודד באפלה?" עיוני משפט כו (תשס"ג) 109; ג' גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל" עיוני משפט כו (תשס"ג) 23, 67-70.

65 למשל: שהאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות "מחייבת את המדינות החתומות עליה לסובלנות כלפי קבוצות מיעוטיות בנושאי תרבות, דת ולשון" (שם, פסקה 25 לחוות-דעתו של חשין); "שמעמדה של הערבית כשפה רשמית על-פי סימן 82 המתוקן נועד לקיים את חופש הלשון, הדת והתרבות של המיעוט הערבי" (שם, פסקה 7 לחוות-דעתה של דורנר). (ההדגשות הוספו).

66 ראו ברק, שם, פסקה 18 לפסק-דינו.

67 חשין, שם, פסקה 54 לפסק-דינו. בנימוקיו לדחיית העתירה חשין עושה שימוש בשתי הבחנות: בין זכויות פרטיות לזכויות קיבוציות ובין זכויות שליליות לזכויות חיוביות. להבנתו, הזכות לתרבות הינה במהותה זכות קבוצתית, ובמסגרת העתירה היא גם נושאת אופי חיובי, ושני מאפיינים אלה מוציאים אותה ממסגרת שית הזכויות המוכר. ברם, שתי ההבחנות בעייתיות. אשר להבחנה בין זכויות פרט לזכויות קבוצתיות, כפי שהדגשנו לעיל, להבנתנו, שהיא גם ההבנה המקובלת בשית האקדמי בנושא, הזכות לתרבות הינה אומנם תלויה-קבוצה, אולם במהותה הינה זכותם של פרטים. ראו דברינו לעיל בטקסט סמוך להערה 49. אשר להבחנה בין זכויות שליליות לחיוביות, הבחנה זו מועלית גם בהקשרים אחרים. היא משמשת למשל אחד הנימוקים הסטנדרטיים המובאים נגד הענקת מעמד חוקתי למשפחת הזכויות החברתיות. הטענה היא שלהכריל מזכויות אזרחיות ופוליטיות, שהינן שליליות במהותן, זכויות חברתיות הן זכויות חיוביות. על-פי זונטען, אופיין החיובי של הזכויות החברתיות עושה אותן עמומות וקשות לאכיפה. המצדדים בהענקת מעמד חוקתי לזכויות חברתיות כופרים בתגובה הן בטענה כי זכויות אזרחיות ופוליטיות מצטמצמות לפן השלילי בלבד (לטענתם, בכל זכות, לרבות בזכויות אזרחיות

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

דומה שבמצב העניינים הנוכחי מוקדם לנבא אם הרעיון של חופש דת כזכות לתרבות יתקבל במשפט הישראלי, ואם כן, מה דמות תהיה לו. ראשית, יש לחכות ולראות כיצד תתפתח הפסיקה בעקבות הכרעת הרוב בעניין *עדאלה*, לגבי עצם הזכות לתרבות כזכות חוקתית; שנית, יש לחכות ולראות איזה מקום יקבל חופש הדת במסגרת זו, אם בכלל.⁶⁸

2. מה מוגן בחופש הדת?

מה בדיוק מוגן בחופש הדת כאשר מבינים אותו במסגרת חופש המצפון? כפי שהוסבר לעיל, ההגנה על חופש המצפון דורשת לא לכפות אדם להתנהג באופן המנוגד להכרותיו העמוקות ביותר, כפייה המהווה התקפה על יושרתו. התקפה זו תופסת בעיקר במקרים של התנהגות פעילה, דהיינו מקרים שבהם אדם נתבע לעשות משהו המנוגד למצפונו, להבדיל ממקרים של הימנעות. הטעם לכך מבוסס על הזיקה המיוחדת שבין התנהגות פעילה לבין יושרה, או בין פועלות (agency) לבין זהות. מה שאנו עושים הינו משמעותי בדרך-כלל יותר בקביעת זהותנו (בעיני עצמנו, כמו גם בעיני הזולת) מאשר מה שאנחנו נמנעים מלעשותו. בלשונו של ריצ'רד נורמן: "The things that I have done go to make up my life, they are distinctive: features of my sense of who I am. This is not normally true of omissions"⁶⁹ מבחינת היושרה של הפועל, הריגת אדם באופן פעיל חמורה בדרך-כלל יותר מאשר הימנעות מהצלתו. מאחר שכך, אין זה מפתיע למצוא שהתחשבות במצפון כמשפט באה לכיטוי בדרך-כלל בפטורים ממעשים פעילים הנוגדים את ערכיו של האדם.⁷⁰

ופוליטיות שמעמדן ההוקתי אינו מוטל בספק, קיימים גם מרכיב שלילי וגם מרכיב חיובי והן בעצם סיווגן של הזכויות החברתיות כחיוביות. ראו, למשל, ג' מונדלק "זכויות חברתיות" שנתון משפט העבודה 2 (תשנ"ט) 65-76, 91-104. נימוקי-גד אלה, ככל שהם משכנעים, יפים לכאורה גם בכל האמור בזכות לתרבות.

68 במקום אחד ברק טוען שחופש הדת "אינו אלא היבט של כבוד האדם" (עניין *שכיט*, לעיל הערה 2, פסקה 6 לחוות-דעתו), מושג שהוא מפרש במונחים של אוטונומיה ומימוש עצמי (ראו למשל בג"ץ 5688/92 *שמואל ויכטלבאום ואח' נ' שר הביטחון ואח'*, פ"ד מוז(2) 812, 827). ברם, טענה זו מעלה ביתר שאת את השאלה: אם הערך המוגן הוא אוטונומיה ומימוש עצמי, מדוע יזכה המימוש העצמי באמצעות הדת בהגנה מיוחדת לעומת מימוש עצמי באמצעות אופני חיים אחרים? לשאלה זו נשוב בסעיף 33 להלן (ראו גם ד' סטטמן "שני מושגים של כבוד" *עיוני משפט* כד (2001) 541, במיוחד בעמ' 578-579). מעניין שבמשפט האמריקאי ניתן למצוא כיוון הפוך לזה של ברק, דהיינו ניסיון של כמה פרשנים לבסס את האוטונומיה (כמו גם את חופש המצפון, ראו לעיל הערה 39) על חופש הדת. ראו למשל דוורקין, הסבור שהתיקון הראשון לחוקה, המבטיח *free exercise of religion*, מגן על זכותה של האשה לבחור בהפלה: R. Dworkin "Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled" 59 *University of Chicago L. Rev.* (1992) 381, 419. מהלך זה נובע משתי סיבות המשלימות זו את זו: האחת, שאין בחוקה האמריקאית הגנה על המצפון או על האוטונומיה, אף שיש הגנה על חופש הפעילות הדתית. האחרת, שההגנה המיוחדת על הדת נתפסת כבעייתית, כפי שכבר ראינו וכפי שעור נבהיר בסעיף 33. במצב עניינים זה, רב הפיתוי לפרש את ההגנה על חופש הדת פירוש רחב (עד מאוד), שלפיו הדת היא רק דוגמה אחת מני רבות למה שהחוקה ביקשה באמת להגן עליו, דהיינו חופש המצפון והאוטונומיה. להתנגדות לפרשנות זו ראו למשל מקונל, להלן ליד הערה 130.

69 R. Norman *Ethics, Killing and War* (Cambridge, 1995) 91

70 החוק מתיר מטעמי מצפון לפטור אדם משבועה (חוק לתיקון דיני הראיות [אזהרת עדים וכיטול שבועה])

דני סטטמן וגדעון ספיר

גם לגבי הימנעות, דומה שאם אדם אחר הוא האחראי להריגה, תחושת הפגיעה בזהות האישית עשויה להיות קטנה עוד יותר. במקרה כזה קל יותר להטיל את האחריות המוסרית על שכמו של אותו אדם. הרעיון כי הפגיעה ביושרה קטנה, אם בכלל, במקרים שניתן בהם להעביר את האחריות לאדם אחר עולה מהדוגמה הידועה של ויליאמס על ג'ים והאינדיאנים, דוגמה שאמורה לשכנענו בחשיבותו הרבה של היושרה, כנגד הגישה התועלתנית. פדרו מכוון את נשקו לעבר עשרים אינדיאנים ומתכוון להרוג אותם. הוא מציע לג'ים את האפשרות שג'ים יהרוג אחד מהם, ובתמורה ישחרר פדרו את תשעה-עשר האחרים.⁷¹ לדעת ויליאמס, יהיה זה אבסורד לומר שג'ים חייב מבחינה מוסרית לקבל הצעה זו, שהרי המעשה שאנו מבקשים לכפות עליו – הריגת אדם חף מפשע – מנוגד חזיתית לכל הווייתו:

It is to alienate him in a real sense from his actions and the source of his action in his own convictions.. [It] is to neglect the extent to which *his* actions and *his* decisions have to be seen as the actions and decisions which flow from the projects and attitudes with which he is most closely identified. It is, thus, in the most literal sense, an attack on his integrity.⁷²

אילו היתה הימנעות מהצלה במקרה זה אף היא בגדר פגיעה חמורה ביושרה, הרי שמבחינתו של ג'ים, גם הימנעות מלהרוג את האינדיאני היתה בגדר "התקפה על היושרה" שלו, והטיעון של ויליאמס היה נכשל על הסף. אלא שאין הדבר כך: ירי באדם חף מפשע אינו אותו דבר, מבחינת הפגיעה ביושרה, כעמידה מנגד בעוד משהו אחר יורה באדם חף מפשע.

נוכל להשתמש בדוגמה זו לקיומם הריון ולהבהרת ההבחנה שעל הפרק ביתר שאת. הפגיעה החמורה ביותר במצפון היא כאשר אדם דרש לעשות מעשים שהוא מתנגד להם בכל מאודו. פגיעה קלה יותר היא כאשר מונעים אותו מעשיית מה שהוא סבור שעליו לעשות. פגיעה קלה עוד יותר, שעשויה להיות ניחיה, היא עמידה מנגד כאשר האחריות להתנהגות השלילית מוטלת על כותבי הזולת. המקרה של ג'ים, הנמנע מלירות, שייך לסוג האחרון.

תש"ם, סעיף 5, ותקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, סעיף 162(ב), קובע שאין לחייב רופא לבצע הפלה אם הדבר כנוגד למצפנו (חוק העונשין, תשל"ו-1977, סעיף 318), ופותר נשים משירות ביטחון אם "טעמים שבמצפון או טעמים שבהווי משפחתי דתי מונעים אותה מלשרת בשירות בטחון" (חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986, סעיף 339). בית-המשפט העליון קבע שהחוק מאפשר לפטור גם גברים מטעמים שבמצפון במסגרת מה שהמחוקק מגדיר בסעיף 36 לחוק זה כ"טעמים אחרים", ראו בג"ץ 734/83 שייך נ' ש' הביטחון, פ"ד לח(3) 393, 402.

71 לדילמה דומה בספרות התלמודית ראו תוספתא, תרומות (ליברמן) ז, כ, 148-149; ירושלמי תרומות פרק ה, הלכה ד: "סיעה של בני אדם שהיו מהלכין בדרך, פגעו להן גויים ואמרו: תנו לנו אחד מכם ונהרוג אותו, ואם לאו הרי אנו הורגים את כולכם." לדעת הירושלמי, "אפילו כולן נהרגין, לא ימסרו נפש אחת מישראל", וכך פסק הרמב"ם בהלכות יסודי התורה, ה, ה.

72 B. Williams "A Critique of Utilitarianism" *Utilitarianism-For and Against* (Cambridge, J.J.C. Smart & B. Williams eds., 1973) 75, 116-117

הבה נקרב את מבטנו למקרים שבהם ראובן טוען לפגיעה בחופש המצפון בשל מעשים פסולים ששמעון עושה. בהתחשב בהגדרות המצפון שלעיל, כיצד ייתכן שפעולות של שמעון ייחשבו פגיעה במצפון של ראובן? הרי, כפי שציין גילברט רייל בצדק, "Judgements about the morality of other people's behavior would not be called verdicts of conscience"⁷³ על כך ניתן לכאורה להציע שתי תשובות. לפי האחת, הפגיעה אינה בעצם ההתנהגות השלילית של שמעון, אלא בתוצאתה, שאותה ראובן חש חובה מוסרית למנוע גם אילו לא היה אדם אחר מעורב בגרימתה. זה המקרה של ג'ים והאינדיאנים. בהתחשב בעובדה שאין מוטלת על אדם תובה למנוע כל תוצאה שלילית בעולם, יש להניח שמדובר בתוצאה חמורה במיוחד, וכן שהזיקה בין ראובן לבין התוצאה הינה ישירה או מיידית. לפי התשובה האחרת, הפגיעה היא בכך שמונעים את ראובן מלמנוע את שמעון מלהתנהג התנהגות הנתפסת פסולה בעיני הראשון. בתשובה זו נשמר הרעיון שבפגיעה במצפון, האדם מפר עיקרון בסיסי שלו, והעיקרון שמדובר בו הוא מה שההלכה קוראת "הפרשה מאיסור", דהיינו: החובה למנוע אחרים מלהתנהג התנהגות רעה. תשובה זו אינה יכולה להתקבל, שכן פירושה קעקוע של יסודות הליברליזם. אם אדם חש שמצפון או זהותו נפגעים מהעובדה שאין הוא מונע אחרים מלנהוג כפי שראוי לנהוג לדעתו, הדרך היחידה להגן עליו תהיה לאפשר לו לכפות על האחרים את עמדתו, תוצאה שלא ניתן לקבלה. בפרפרזה על דברי הארט⁷⁴ ניתן לומר ששום סדר חברתי המעניק לחירות הפרט ערך כלשהו לא יוכל להעניק גם זכות להגנה מפני פגיעה במצפון שאלה הן נסיבותיה. לאור כל אלה, ניתן, למשל, לקבל את טענת הפציפיסט כי גיוסו לצבא פוגע בחופש המצפון שלו, אבל לא ניתן לקבל את טענתו שגיוסם של אחרים פוגע במצפון. באופן דומה, ניתן לקבל את טענת הצמחוני שאם יאכל בשר, יפגע הדבר במצפון, אבל לא ניתן לקבל את טענתו שאכילת בשר על-ידי אחרים מכוננת פגיעה כזאת.

נבחן עתה את ההשלכות של דברים אלה על הכנת חופש הדת כאשר מבינים אותו במסגרת חופש המצפון. לדעתנו, המרכזיות של העשייה בקביעת הזהות האישית, ומכאן גם בקביעת חומרתה של הפגיעה ביושרה, קיימת גם בדת. דוגמה טובה למרכזיותה זו היא השימוש בגוי של שבת, שרווח מאוד בקהילות יהודיות במהלך ההיסטוריה. יעקב כ"ץ הראה ששימוש זה נגד לעיתים את ההלכה, והצריך את הפוסקים למצוא היתרים דחוקים כדיעבד. החומרה שבה נהג העם ביחס לאיסורי מלאכה המוטלים עליו לא התיישרה עם הקלות שבה נהג ביחס לאיסורים הרלוונטיים לגבי העסקת גוי. לגבי עצמו הקפיד היהודי על איסורי מלאכה בשבת, אפילו הקלים שבהם, בעוד שלגבי פעולותיו של הגוי שעבד אצלו נהג באופן מקל ביותר, מה שהניע את בעלי ההלכה למצוא פתחי היתר דחוקים כדיעבד לפרקטיקה הנוהגת. הסברו של כ"ץ הוא –

73 Donagan, G. Ryle *Collected Papers* (London, 1971, vol. 2) 185. השו גם דברי דונגן: *supra* note 21, at p. 297: "An agent's conscience is restricted to that agent's own actions: one's conscience cannot make one conscious that somebody else ought to do something".

74 ה' א' הארט חוק, *חירות ומוסר* (1981) 60-61.

דני סטטמן וגדעון ספיר

כי פעל כאן מה שניתן לכנותו אינסטינקט ריטואלי, והעניין יודגם על-פי הנושא שאנו דנים בו. האינסטינקט הריטואלי ירחיע את היהודי האמון על מלאכת השבת מלעשות דבר הדומה למלאכה – הוא לא יחלוב את פרתו, לא יסיק את תנורו, ויימנע מלעשות חשבון עם בעל המשכון הבא לשלם את חובו וליטול את משכונו, וכל כיוצא בזה. אולם אותו אינסטינקט עצמו לא התקומם נגד עשיית מלאכות אלו על-ידי גוי, בייחוד כשהיהודי לא היה צריך להורות לו כשבת מה יעשה והגוי היה למורד לעשותן ביוזמתו שלו.⁷⁵

במונחים של זהות אישית נוכל אולי לומר שכאשר היהודי מחלל שבת במעשיו שלו, או כביטוי ההלכתי, מחלל שבת "בידיים", הפגיעה מבוטאתו הינה החמורה ביותר. בהמשך לכך ובדומה לאמור לגבי פגיעה במצפון באופן כללי, גם כאן יש לצפות בדרך-כלל להבדל מסוים מבחינת הפגיעה ביושרה בין מקרים שהאדם נכפה בהם לעשות מעשה אסור, כגון לאכול אוכל לא-כשר, לבין מקרים שהאדם נכפה בהם לא לקיים מצוות עשה, כגון הנחת תפילין. אין כוונתנו להכחיש את הפגיעה האפשרית במצפון במקרים מהסוג האחרון,⁷⁶ רק לומר שהיא חלשה מעט בדרך-כלל מזו המאיינת מקרים מהסוג הראשון.

העמדה הנוספת שהצענו לגבי הפגיעה בחופש המצפון שהתנהגויות דתיות לא-רצויות של אחרים גורמות חלה אף היא לגבי הדת. רוצה לומר: אין אדם יכול לטעון לפגיעה בחופש הדת שלו, במובנו כחופש מצפון, על בסיס העובדה שאחרים נוהגים בניגוד למצוות הדת. סיכומו של דבר, אם מבינים את הפגיעה בחופש הדת במונחים של פגיעה במצפוננו של האדם הדתי, מתבררות ההשלכות הורמטיביות הכאות: ראשית, הפגיעה שיש להגן מפניה היא כפיית האדם הדתי לנהוג בניגוד לאמונתו והדתיות במעשה (חילול שבת) או במחדל (הימנעות מהנחת תפילין), כשהראשונה נוטה להיות חמורה יותר. שנית, חופש הדת אינו יכול להעניק הגנה מפני פגיעה מצפונית – אם יש כזאת בכלל – הכרוכה בצפייה בעברות דתיות של הזולת או בידיעה עליהן.

נפנה עתה לרון בשאלה מה מוגן בחופש הדת אם מבינים אותו במסגרת הזכות לתרבות. כאן נוכל להיעזר בהבחנות שעשינו בסוף סעיף ב1 בין הרציונל של חופש המצפון לבין הרציונל של הזכות לתרבות. לאור מה שכתבנו שם, דומה שרציונלים אלה נברלים הן מבחינת היקפה של הזכות הנובעת מהם, הן מבחינת משקלה של הזכות ביחס לאינטרסים מתנגשים. נפתח בהיקף. הואיל וכאמור לעיל, המיקוד העיקרי של הזכות לתרבות הוא בתהליכים חברתיים, ואילו המיקוד של חופש המצפון הוא בתהליכים פנימיים של יחידים, ההיקף של מה שגדרש בשם ההגנה על התרבות רחב ממה שגדרש בשם ההגנה על המצפון. תרבות היא תופעה רחבה ורב-פנים, ופעולות שונות של המדינה או של גופים פרטיים עלולים לכרסם בה או לערער אותה. אם תרבות זמיעוט זקוקה להגנה מפני ההגמוניה של

75 י" כ"ץ גוי של שבת (תשמ"ד) 176.

76 כידוע, גורות השמר במאה השנייה לספירה, שגדולי ישראל מסרו את נפשם עליהן, אסרו על מצוות עשה: ללמוד תורה, למול ועוד. ראו ווי"ר הו"ג גזירות השמר וקירוש השם כימי הדריינוס "מלחמת קודש ומאוידיולוגיה בתולדות ישראל ובולדות העמים" (תשכ"ח). וראו גם המדרש שהשופט טל מצטט בפסקה 5 לפסק-דינו בעניין מורכ, ליניל הערה 1.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

תרבות הרוב, יש מקום להגבלות רבות יותר על הרוב ופטורים למיעוט מאשר אלה הנדרשים מתוקף הרצון להגן מפני פגיעה במצפונם של יחידים. למשל, קשה להציג אי-תמיכה במוסדות חינוך דתיים (מעבר לתמיכה הרגילה שהמדינה מעניקה לכל בתי-הספר) כפגיעה במצפונם של הדתיים (כולם? מנהלי בתי-הספר? התלמידים?). אך ניתן לכאורה להציג כפגיעה בזכות לתרבות, שכן בלא מערכת חינוך חזקה במיוחד יקשה על המיעוט להתחרות בתרבות הרוב בעיצוב פני הדור הבא.⁷⁷ הכרה בזכות לתרבות של קבוצות דתיות מאפשרת להן לדרוש מהמדינה סוגים שונים של תמיכה, או הפליה מתקנת, הכל כדי לאפשר להן להתפתח ולשגשג בעולם חילוני. כפי שהרגיש ספיר: "the losers in the cultural debate need some leeway in order to survive, and that merely avoiding coerced assimilation will fall short of providing that leeway".⁷⁸ זאת ועוד, כפי שהסברנו שם, כדי לבסס טענת פגיעה בזכות לתרבות אין צורך להוכיח פגיעה חמורה בזהות, אלא די בפגיעה חלשה ועקיפה. מכאן שהיקף המקרים שעשויים ליפול בגדר חופש הדת במובנו כזכות לתרבות רחב מאלה שעשויים ליפול בגדר חופש המצפון.

נעבור למשקלה של הזכות לפי כל אחד מהרציונלים. העובדה שהפגיעה בזהות הנדרשת לכינון פגיעה במצפון חמורה וישירה מזו הנדרשת לכיסוס פגיעה בתרבות מסבירה כאמור את היקפו המצומצם יחסית של חופש הדת במובנו כחופש מצפון, אך בהיבט מעניקה לו משקל כבד יותר מאשר לחופש הדת במובנו כזכות תרבות. מי שמצפונו מאוים זקוק להגנה דחופה וחזקה יותר מאשר מי שתרבותו מעורערת או נחלשת. לכן, בדרך-כלל, לחופש הדת במובנו כחופש מצפון יש סיכוי טוב יותר לנצח בהתנגשות עם ערכים אחרים מאשר לחופש הדת במובנו כזכות לתרבות.

טעם נוסף לצורך לפרש את חופש הדת כזכות לתרבות באופן המעניק לו משקל קל יחסית קשור בפוטנציאל העצום שלה להטלת הגבלות על הציבור החילוני. הואיל ועצם שגשוגה של תרבות הרוב החילונית ונוכחותה במרחב הציבורי והתקשורת מאיימים על הציבור הדתי, רב הפיתוי להשתמש בזכות הנ"ל כדי לתבוע הגבלות על תרבות זו. ככל שהתרבות שרוצים להגן עליה חלשה יותר, כן קשה לה יותר לשרוד, וכך, לכאורה, יש להגביל יותר את הרוב כדי שלא יהרוס אותה. נשקפת איפוא סכנה של שימוש לרעה ברעיון הזכות לתרבות באופן שיאפשר למיעוט דתי להטיל על הרוב הגבלות בלתי-סבירות ובלתי-הוגנות. מן ההכרח איפוא להעניק לזכות זו עדיפות רק במקרים שבהם הפגיעה בתרבות הדתית הינה משמעותית וישירה ומחיר ההתחשבות מכחינתו של הרוב אינו גבוה. מכאן נובע, למשל, כי הציבור הדתי במדינת-ישראל לא יוכל לתבוע, בשם הזכות לחופש

77 ניסיון מועיל למפות ולהגדיר את הטענות והצידוקים השונים המועלים במסגרת הזכות לתרבות מצוי אצל ג'ייקוב לוי, המתאר שמונה אופנים עקרוניים לכיבודה של הזכות לתרבות על-ידי המדינה. ראו: J.T. Levy "Classifying Cultural Rights" *Nomos XXXIX: Ethnicity and Group Rights* 22 (New York & London, I. Shapiro & W. Kymlicka eds., 1997). השני מבין שמונת האופנים הוא: "Assistance to do those things the majority can do unassisted" (*Ibid.*, at p. 25). ראו גם א' סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" *עיוני משפט* כו (תשס"ב) 250, 241.

78 Sapir, *supra* note 40, at p. 634

דת, הטלת איסור על הצגה פומבית של מוצרי חמץ בכל כתי-העסק היהודיים בארץ,⁷⁹ בין אם מבינים זכות זו במונחים של חרבות וקל וחומר אם מבינים אותה כמונחים של מצפון. אין בכך כדי לשלול את הלגיטימיות של חקיקת חוק כזה מטעם המדינה על-סמך שיקולים הנוגעים, למשל, באופי היהודי של המדינה.⁸⁰

במציאות האקטואלית, מיעוטים דתיים החוששים מפני השפעתה של התרבות החילונית נוטים להסתגר בשכונות או ביישובים משלהם, לפתח מוסדות חינוך משלהם ולצמצם למינימום האפשרי את המגע עם תרבות הרוב. והדוגמה הידועה בארצות-הברית היא כת האמיש, ובישראל הקהילה החרדית כבני-ברק או בירושלים. גם הציבור הדתי הפתוח יותר לתרבות המודרנית-החילונית נוטה להסתגר באיזורים המאוכלסים בדתיים בלבד, ולשלוח את ילדיו למוסדות חינוך דתיים, ונועות-נוער ויתיות, יחידות צבא דתיות ואוניברסיטה דתית.⁸¹ במציאות חברתית-גיאוגרפית זו, התביעה לכיבוד הזכות לתרבות משמעה בדרך-כלל

79 ראו חוק חג המצות (איסור חמץ), התשמ"ו-1986.

80 כך אכן הוצג החוק הנ"ל בכנסת על-ידי חברי-הכנסת דב שילנסקי: "הצגת חמץ בפסח, בפומבי, פוגעת ברמות מדינת ישראל כמדינת העם היהודי, כמדינה יהודית, כמדינת ארצנו עם שבמשך דורות הקפיד על צביון חג המצות." (ד"כ 105 (תשמ"ו) 3970. והשוו גם דברי ההסבר להצעת-החוק, ה"ח 160. על כך שתכלית החוק היא הגנה על רגשות הציבור וכן על הצביון הלאומי של מדינת-ישראל. לאור הבנה זו של תכלית החוק ולאור טבען של ההגבלות שהוא מטיל, קשה לנו לקבל את תיאורם של רובינשטיין ומדינה (א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (1996) 217) שלפיו חוק זה "מטיל תובה דתית על הציבור הרחב". רלוונטית גם העובדה שרוב האזרחים היהודיים במדינת-ישראל מעידים על עצמם כי אינם אוכלים חנוך בפסח, ראו אמונת, שמירת מסורת וערכים של יהודים בישראל 2000 (ירושלים, 2000) 63. וראו עוד להלן ליד הערות 168-170. מגמה רומה של שימוש בטעמים לאומיים או בטעמי פגיעה ברגשות יתן למצוא ביחס לחקיקה בעניין גידול חזיר והפצתו. כידוע, יש בישראל שני חוקים בעניין, האחד אוסר גידול חזיר בתחומי הארץ, למעט כמה מקומות מוגדרים, והאחר מסמך עיריות להתקין חוקי צור שיגבילו או יאסרו מכירת חזיר בשטח שיפוטן. במאמרה של ד' ברק-ארו "גלגולו של חזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי?" משפטים לג (תשס"ג) 403, המתברת מצביעה, בין היתר, על שינוי שחל ברציונל שניתן לאיסורים שבחוק. בעת חקיקתם נזמקו האיסורים ברציונל לאומי-תרבותי, ואילו בשנות התשעים "עיקר ההתייחסות לאיסורי החזיר נעשתה באספקלריה של... ההגנה על רגשות הציבור הדתי." שם, בעמ' 470. ברק-ארו מצביעה גם על נפקות אפשרית בהיקף התפרשותו של האיסור לפי שני הרציונלים: "אם איסורי החזיר נתפסים כאינטרס דתי, היקף התחולה שלהם צריך לתפוף את מקום מושבו של הקהילה הדתית. אך בהנחה שהם מבטאים סמל לאומי, היקף התחולה שלהם צריך להיקבע בזיקה לתחומי הטריטוריה הלאומית." שם, בעמ' 472. כך או כך, מעולם לא נעשה ניסיון לתמוך את האיסוריו בטעם של תופש הדת, ואולי בכך יש כדי להסביר מדוע הנסיבות המשפטיות לתקיפתם לא התבססו על התופש מדת אלא על הפגיעה בחופש העיסוק.

81 כשיית הזכות לתרבות נעשה ניסיון לקטלג את סוגי הגיעוטים התרבותיים השונים, ובמסגרת זאת מוצעת הבחנה בין קבוצות מיעוט דתיות המבודדות עצמן מן החברה הכללית ונמנעות מהשתתפות בפעילות האזרחית הפוליטית לבין קבוצות דתיות שאינן מנסות לנתק את עצמן מהזרם המרכזי, אלא מתמקדות בניסיון להגן על עצמן מפני היבטים מסוימים בתרבות הרוב. ראו, למשל: W. Kymlicka & W. Norman "Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts" *Citizenship in Diverse Societies* (W. Kymlicka & W. Norman eds., 2000) 1, 22-23. הנקודה שביקשנו להדגיש בגוף המאמר היא שלפחות בישראל, גם הקבוצות הדתיות מן הסוג השני נוטות, לפחות בעשורים האחרונים, להסתגר מבחינה גיאוגרפית באיזורים וביישובים נפרדים.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

תביעה לכיבוד האוטונומיה של הקהילה הדתית במקום שבו היא מצויה,⁸² ולעיתים תביעה להעדר תקציבית, במיוחד בכל הנוגע בחינוך. במציאות זו של התבדלות (בדרגה זו או אחרת) לא יהיה בדרך-כלל צידוק להגביל את הרוב החילוני, בשם הזכות לתרבות של הדתיים, בתוך איזור המגורים והפעילות שלו, שהדתיים מנסים בלאו הכי להדיר ממנו את רגליהם.⁸³

3. החופש לפרש את מצוות הדת

שאלה מרכזית הנוגעת בחופש הדת היא כאיזו מידה, אם בכלל, בית-המשפט רשאי להעביר תחת שבט ביקורתו את הפרשנות שיחידים או מנהיגים דתיים מציעים לפניו למצוות דתם. אפשרות אחת היא לומר שבית-המשפט אינו רשאי לעשות כן, משום ש"מרכיב יסודי של חופש הדת הוא החירות של הקבוצה הדתית לפרש באופן מוסמך את ציווי דתה".⁸⁴ בהתאם לכך, על בית-המשפט לקבל ללא ביקורת את העמדה הדתית המובאת לפניו, ואז לאזן אותה, כפי שהנסיבות דורשות, עם ערכים ואינטרסים אחרים העומדים על הפרק. אפשרות אחרת היא לומר שבית-המשפט רשאי, ואף מחויב, לנקוט לגבי חוות-הדעת ההלכתיות הבאות לפניו אותה גישה שהוא נוקט לגבי חוות-דעת מקצועיות אחרות: גישה של "כבדהו וחשדהו". בהתאם לכך לא יירתע בית-המשפט מלבחון באופן ביקורתי את הפרשנות הדתית המוצעת עוד כטרם שייגש לאזן אותה אל מול שיקולים מתנגשים אחרים.

מה שתומך לכאורה בעמדה הראשונה הוא הבדל חשוב בין חוות-דעת הלכתיות המוגשות לבית-המשפט לבין חוות-דעת מקצועיות של רופאים, פסיכולוגים, מהנדסים וכדומה. חוות-הדעת מהסוג האחרון מנסות לשכנע את בית-המשפט באמיתותו של תיאור מסוים של מצב העניינים בתחום כלשהו, למשל שפלוני אינו שפוי לגמרי או שבניית הגשר נעשתה שלא על-פי הנהלים. מי שמגיש את חוות-הדעת מבקש לשכנע את בית-המשפט שהאמת בעניין כלשהו היא זו ולא אחרת. כאשר בית-המשפט בוחן את חוות-הדעת באופן ביקורתי, הוא עשוי להטיל ספק אם היא אכן חשפה את האמת הרלוונטית, ויסתמך לצורך זה

82 השו"ס פיר, לעיל הערה 37, בעמ' 234-235; ג' גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיני משפט כב (תשנ"ט) 129, 150-157; הלברטל ומרגלית, לעיל הערה 42, בעמ' 102-103. הרעיון שקבוצת מיעוט זכאית למעמד מועדף בתחום הגיאוגרפי שלה מסביר את התוצאה השונה שבית-המשפט העליון הגיע אליה בשני פסקי-הדין הבאים. בבג"ץ 166/71 הלון נ' ראש המועצה המקומית עוספיה, פ"ד כה(2) 591, דחה בית-המשפט עתירה נגד הגבלת פעילותו של בית-קפה בתחומי הכפר. שופטי ההרכב הבהירו כי אינם רואים צידוק לעצמם "לשלול את רצון הגוף הנבחר של התושבים להמשיך ולשמור על צביונו ואופיו המיוחד של הישוב שלהם... לפי רוח ותרבות הרוב הגדול של תושביו, שהם בני דת ועדה ובעלי אורחות חיים מנהגים ומסורת מיוחדים במינם", שם, בעמ' 594. ואילו בבג"ץ 230/73 ש.צ.מ. נ' דאש עיריית ירושלים, פ"ד כח(2) 113, דחה בית-המשפט ניסיון להסתמך על הלכת הלון כדי לתמוך בהחלטת העירייה לא לתת רשיון לתנות "ארוס" בירושלים. השופט עציוני ציין כי "במקרה שלנו מדובר על פתיחת משרד... בעיר מעורבת ומגוונת שאין בה צביון אחיד", שם, בעמ' 117.

83 שאלה מעניינת היא מה קורה כאשר המדינה מבקשת לכפות על בני המיעוט הרתי לצאת לזמן-מה מהאיזור המוגן של קהילתם למרחב השייך באופן כללי לתרבות הרוב, למשל לכפות גיוס לצבא על בני החברה החרדית. לדעת ספיר, (שם), הזכות לתרבות אכן מבססת טענה חזקה נגד גיוס כפוי על החרדים.

84 ר' גביון "כן לפרהסיה יהודית" מימד 24 (יולי 2002) 7, 10.

על פרשנות אחרת של העובדות, על הצבעה על כשלים פנימיים בחוות-הדעת וכדומה. המצב שונה בחוות-דעת הלכתיות. תפקידן של חוות-דעת אלה אינו לבסס את הטענה שפרשנות מסוימת להלכה היא הפרשנות הנכונה, אלא לבסס את הטענה שפרשנות מסוימת משקפת את הפרקטיקה הדתית בקרב ציבור מסוים. אם היא משקפת את הפרקטיקה הנוהגת, די בכך לכאורה להראות שהפרקטיקה שמבקשים להגן עליה שייכת לתרבות הדתית, ומכאן שהיא ראויה להגנה בשם הזכות לתרבות. במילים אחרות: מה שהמומחים הדתיים אומרים לבית-המשפט אינו "פרשנות דתית מטוימת היא נכונה", אלא "זו הפרשנות הדתית שלנו". דברים אלה מתיישבים עם מה שנאמר בסעיפים הקודמים, דהיינו שטענות על חופש הדת אינן מניחות לצורך תקפותן את נכונותה של הדת.

כרם, לדעתנו, בין שחוות-הדעת ההלכתית מבקשת לתמוך טענה על פגיעה בזכות לתרבות ובין שהיא מבקשת לתמוך טענה על פגיעה בחופש המצפון, אין היא חסינה מביקורת. אם הכוונה היא לחסות בצל הזכות לתרבות, הרי שגם חוות-הדעת ההלכתית מנסה לבסס בעיני בית-המשפט אמת מסוימת – לא אמת פרשנית-דתית, כי אם אמת סוציולוגית, רוצה לומר: הטענה שאמונה מסוימת, או פרקטיקה מסוימת, אכן מקובלת בקרב קבוצה דתית כלשהי. אבל הזיקה בין הפרשנות הדתית נשואת חוות-הדעת לבין הטענה הסוציולוגית אינה פשוטה, שכן פוסקי הלכה איום משקפים תמיד את התרבות הנוהגת, אלא חותרים לעיצובה. סוציולוגים יודעים מכבר שכדי לדעת איך קבוצה נוהגת וכמה היא מאמינה אין די להתבונן בקובצי החוקים שלה, אלא יש להתבונן בהתנהגויות ובעמדות הממשיות של חברי הקבוצה. התבוננות זו, כמו גם קריאה ביקורתית של חוות-הדעת עצמה, עשויות להוביל לדחיית המסקנה שעולה ממנה. לדוגמה: נניח שקבוצת יהודים דתיים דורשת למנוע מעבר של יהודים גלויי-ראש בשכונתם על בסיס טענה של זכות לתרבות, והם מגייסים לטובתם פסק הלכה המפליג בחומרה ההלכותית של הליכה בלא כיסוי-ראש ובצער שהדבר גורם ליהודים שומרי מצוות. אם ירצה בית-המשפט לדחות עתירה זו, הוא יוכל להסתמך, ראשית, על כך שהמקורות המובאים בפסק הדין הינם שוליים ושנויים במחלוקת, ושנית, על כך שקשה להתרשם שיהודיים דתיים טובלים כל-כך במציאות האקטואלית ממראה יהודים גלויי-ראש העוברים לידם.⁸⁵ העובדה שפסק הלכה שנוי במחלוקת, בלתי-מקובל או מציג עמדה שולית היא לעיתים קרובות (אף כי בהחלט לא תמיד) ראייה כי אינו משקף מאפיין תרבותי מרכזי של הקבוצה הרלוונטית, ומכאן שמוצדק לנקוט כלפיו עמדה חשדנית.

אם חוות-הדעת ההלכתית מבקשות לבסס טענה על פגיעה במצפון, היא עשויה לעשות זאת בשתי דרכים שונות. לפי האחת, בהנחה שפגיעה במצפון של האדם הדתי נגרמת כאשר הוא פועל בניגוד למה שההלכה תובעת ממנו, הרי שכדי לדעת אם נגרמה פגיעה כזאת, עלינו לדעת מה, כעניין אובייקטיבי, ההלכה תובעת, ועל כך חוות-הדעת ההלכתית מספקת תשובה. לפי הדרך האחרת, מה שההלכה תובעת מהאדם הוא לציית לפסיקותיו של רבו ("עשה לך רב"), ולכן, כדי לדעת אם מצפוןו מאוים, עלינו לדעת מה פסק הרב במקרה הרלוונטי, וזה תפקידה של חוות-הדעת ההלכתית. אם הדרך הנבחרת היא הראשונה, יוכל בית-המשפט להרהר בשאלה אם פסק ההלכה המוצג אכן משקף את מה שההלכה תובעת

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

כדרך שהוא מעלה הרהורים ביקורתיים לגבי חוות-דעת אחרות שמוגשות לפניו. אילו הציג האדם הדתי את עמדתו כעניין סובייקטיבי לגמרי ("כך אני מרגיש"), לא היה מקום לבחינה כזאת; אבל משעה שהוא מגייס פסקי הלכה כראיה לטובתו, הרי הוא יוצא מהתחום הסובייקטיבי ומבקש להציג לבית-המשפט עמדה אובייקטיבית לגבי המעמד ההלכתי של התנהגות נתונה. משעשה כן, אין הוא יכול למנוע את בית-המשפט מלבחון באופן ביקורתי את תקפותה של עמדה זו כפי שהוא כוחן עמדות המוצגות לפניו בתחומים אחרים.

דברים אלה חוזרים ומזכירים את המתח המובנה כמושג מצפון בין הסובייקטיבי לאובייקטיבי ובין האינדיווידואלי לקולקטיבי. בסעיף ב' הזכרנו את דעותיהם של רז ושל וולצר, המראים, כל אחד בדרכו, כיצד המצפון שעליו מגינים אינו מושג אינדיווידואלי לגמרי.⁸⁶ אחת התוצאות של מהלך זה (במיוחד בהקשר של וולצר) היא שכדי לברר אם המצפון נפגע, עלינו לחרוג מעבר להצהרה הסובייקטיבית של בעל המצפון.⁸⁷ על כך יש להוסיף שכמושג נורמטיבי-מעשי, המושג מצפון ייצא מכלל שליטה אם לא נצמיד אליו אמות-מידה אובייקטיביות כלשהן. בלעדיהן לא תהיה לנו דרך לדעת אם אכן נפגעו עקרונות עמוקים של המחלונן ונפגעה יושרתו. מכאן שיש גם דרישה להראות שהחוק או הפעולה שהעותר מתנגד להם עוינים באופן אובייקטיבי תפיסת-עולם או מערכת דתית מסוימת.⁸⁸ אבל, כפי שראינו זה עתה, דרישה זו חושפת את העותר לביקורת שיפוטית שעשויה להתנגד לפירוש שהוא מציע.

כאמור, דרך אחרת לביסוס טענה על פגיעה במצפון באמצעות הבאה של פסק הלכה מסתמכת על הרעיון שהאדם הדתי כפוף לפסיקות רבו, ולכן, אם הוא מראה שהרב אסר על מעשה מסוים, די בכך להוכיח שתהיה זו פגיעה במצפונו אם ייכפה לעשותו: הוא יאלץ אז לפעול בניגוד לעיקרון מרכזי המנחה את חייו, והוא החובה לציית להוראות רבו בכל דבר ועניין. לפי הבנה זו של תפקיד פסק ההלכה כעתירות או כתביעות של דתיים, אין צורך בעצם שהפסק המוגש לבית-המשפט יכלול יותר מאשר את השורה התחתונה, בלא המשא-ומתן ההלכתי ובלא כל נימוקים, שהרי בהבנה המוצעת, האדם הדתי אינו תומך את יתדותיו בטענה שפסק ההלכה נכון, אלא בטענה שזה פסק ההלכה שקבע לו רבו.

הואיל ובמסגרת הבנה זו אין העתירה מבוססת על הנכונות או הסבירות של פסק ההלכה, אין לבית-המשפט, לכאורה, מקום להעביר את הפסק תחת שבט ביקורתו, וכל שעליו לעשות הוא לוודא שאכן רבו של העותר פסק כפי שהעותר טען שפסק. בעניין *גור-אליה* השופטת דורנר אכן ממליצה על מדיניות מעין זו: "תוכן ציווי הדת נקבע על-ידי מורי ההלכה

86 ראו טקסט ליד הערות 52-56.

87 מכאן שאיננו יכולים לקבל את עמדת בית-המשפט כי "סרבנות מצפון היא עניין סובייקטיבי טהור" (בג"ץ 1380/02 *יונתן בן-אריזי נ' שר הביטחון*, פ"ד נו(4) 476, 478).

88 ניתן לטעון שמחח זה מובנה כבר במונח "conscience" עצמו, שמבחינה אטימולוגית הוא סוג של ידיעה (con-science). לאור זאת טען יונג: "conscience is a complex phenomenon, consisting on the one hand in an elementary act of the will, or in an impulse to act for which no conscious reason can be given, and on the other hand in a judgement grounded on rational feeling" (C. Jung "A Psychological View of Conscience" *Conscience* (ed. by The Curatorium of the Jung Institute, Zurich Northwestern University Press, 1970) 181. על האופי הבלתי-רציונלי של המצפון השוו גם ספרו של Andrew, *supra* note 22.

הרתיים, " היא אומרת, כלומר היהדות היא "דה-צנטרליסטית"; "אדם מאמין או ציבור של מאמינים בוחר לו את הרב, והרב הוא זה שקובע עבורו את חיובי דתו."⁸⁹ לפיכך, הואיל ובעניין גזר-אריה, קבע רבם של העותרים, הרב אבינר, שהשתתפות בסרט אסורה, זו ההלכה לדירם, ומכאן שהקרנת הסרט בשבת היא בגדר כפייתם להפר את ההלכה, מכאן שהיא פגיעה בחופש הדת שלהם. טיעון דומה מעלה השופט אנגלרד בעניין שכיט כאשר לתוקפה המחייב של פסיקת רב המקום (=הרב הראשי של ראשון-לציון) לגבי אנשי החברה קדישא.⁹⁰

חשוב לשים-לב שדורנר אינה מסתפקת בטענה שהעותרים מאמינים בכנות בחובתם לציית לרב אבינר, אלא טוענת שאמונה זו תואמת את גישת היהדות, שהיא, לדעתה, "דה-צנטרליסטית". העובדה שהיא נוספה טענה כללית זו תואמת יפה את דברינו לעיל על כך שטענות לחופש מצפון מחויבות להנחות כלליות על תפיסת-העולם של קהילה נתונה שהעותר משתייך אליה. אבל אם כן, ובהמשך לאמור לעיל, אין צידוק לקבל הנתות אלה בלא בדיקה. התיאור הכללי כאילו "היהדות" הינה דה-צנטרליסטית מציג תמונה לא-מדויקת של המסורת, שכן שאלת סמכותו של הרב בכלל והמרא דאתרא בפרט שנויה במחלוקת. המחלוקת נוגעת הן בשאלה אם אדם מחויב "לעשות לו רב" ולציית לו באופן עיוור, הן בשאלה באילו עניינים עליו להיוועץ ברב (עניינים הלכתיים, או גם עניינים פוליטיים ואישיים) והן בשאלה מיהו הרב שאדם כפוף לו -- ראש הישיבה, רב המקום, הרב הראשי, וכולי.⁹¹ יוצא שגם את הטענה הדתית הזאת אין בית-המשפט צריך לקבל בלא בדיקה.

כדי לזכות בהגנה על בסיס חופש המצפון באמצעות הטענה של החובה לציית לרב, על העותרים להוכיח שהם משתייכים לקהילה דתית משמעותית המחזיקה בעקרון ציות כזה, ושהם עצמם נוהגים בעקביות על-פי עיקרון כזה. אולם אפילו אז, יש מקום לדעתנו למדיניות משפטית התובעת מהמסתמך על פסיקת רבו להציג בפירוט מסוים את הטעמים שהובילו את הרב לפסוק כפי שפסק. הטעם למדיניות זו הוא הוזשש מפני מניפולציות – מודעות יותר או מודעות פחות – של מנהיגים דתיים על צאן מרעיחם, או, באמצעות העיקרון של חופש הדת, על הציבור בכללותו, שכן עיקרון זה מעניק לכאורה הגנה אוטומטית לכפופים למנהיגים אלה.

מסקנתנו עד כאן היא שבית-המשפט רשאי לבחון באופן ביקורתי את העמדות ההלכתיות המוצגות לפניו, ואין הוא מחויב לקבל אותן כתורה מסיני. דברים אלה נכונים במיוחד לגבי יחסו של בית-המשפט לרשויות מנהל דתיות, כגון הרבנות הראשית. אנשים דתיים אינם חשודים יותר מאחרים בשימוש לרעה בכוח שהמחוקק הפקיד בידיהם או בתכליות פסולות המגיעות אותם, אבל אין גם להגיה שהם חשודים פחות. כשם שלגבי רשויות מנהל אחרות בית-המשפט חושד לעיתים כי מאחורי חוות-דעתן המקצועית מסתתרים מניעים זרים או מטרות פסולות, כך אין לו לעיתים מנוס מלהתייחס במידה של חשד לחוות-הדעת ההלכתיות שגופים דתיים מציגים. אין בכך משום קטרוג מיוחד על גופים אלה. כבר חז"ל הכירו באפשרות שנושאי התורה ישתמשו בה למטרות לא-ראויות, יקיימו

89 עניין גזר-אריה, לעיל הערה 3, פסקה 2 לחוות-דעתה.

90 ראו עניין שכיט, לעיל הערה 2, פסקה 18 לפסק-דינו.

91 לדיון בכמה מקורות בעניין זה ראו ג' ספיר "שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו" עיוני משפט כה (תשס"א) 189, 197-198.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

אותה "שלא לשמה", במקום "לשמה", ולכן ציוו לא לעשות את דברי התורה "עטרה להתגדל בהם" ולא "קדרום לחפור בהם".⁹²

הצורך של בית-המשפט לבחון את טבעה של הפגיעה הדתית הנטענת קשור גם לצורך שלו לאזן בינה לבין טענות אחרות. מלאכת איזון זו חייבת לקבוע עמדה בשאלה עד כמה הפגיעה הנטענת בחופש הדת חמורה, שהרי לא כל התנהגות הנכפית על האדם הדתי פוגעת באותו אופן במצפונו וביושרתו.⁹³ בהקשר זה יש חשיבות, בין השאר, למקור החובה ההלכתית: ככל שהבסיס לה נעוץ בשיקולים מטא-הלכתיים, דהיינו ערכים, שיקולי מדיניות ואידיאולוגיה, כן הפגיעה במצפון הנגרמת מהפרתה קטנה בדרך-כלל. הטעם לכך הוא שבמקרים אלה יש לדתי יכולת תמרון גדולה יותר מאשר במקרים שבהם הבסיס לעמדתו הדתית הוא הלכתי "טהור",⁹⁴ שבהם אין לו דרך להתחמק מהציווי הדתי ולחיות בשלום עם מצפונו.⁹⁵ הבחנות אלה אינן מוצגות תמיד במפורש בחוות-הדעת ההלכתיות המוגשות לבית-המשפט, ולפיכך אין לו מנוס לעיתים אלא לברר אותן בעצמו כדי לגבש עמדה בשאלה עד כמה, אם בכלל, חופש הדת נפגע. מבחינה זו הפגיעה בחופש הדת אינה שונה מהפגיעה בחירויות אחרות, שגם לגביהן צריך בית-המשפט לבדוק אם מדובר בפגיעה ב"לוח" של הזכות, כביטוי של חשין, או ב"שוליה".⁹⁶ נקל לראות שהצורך לברר את עוצמת הפגיעה בחופש הדת חלה גם אם מבינים אותה במונחים של זכות לתרבות.

עמדתנו כי בחינה ביקורתית של הפרשנות הדתית הינה הכרחית להערכת טבעו ומשקלו של חופש הדת תואמת את מדיניותו העקבית של בית-המשפט בישראל בעניין זה, במיוחד בענייני כשרות. בשורה של פסקי-דין בחן בית-המשפט את הטיעונים ההלכתיים שהעלתה הרבנות הראשית כטעם לסירובה להעניק תעודת כשרות למפעלים ולבתי-עסק. בעניין דסקין נידונה עתירה נגד הרבנות בירושלים על ששללה תעודת כשרות מאולם חתונות שנערכו בו ריקודי-בטן.⁹⁷ בתשובחה הציגה הרבנות חוות-דעת הלכתית של שני רבני ירושלים, הרב קולין והרב משאש, שטענו כי הריקודים הנ"ל מונעים מבחינה הלכתית מתן תעודת כשרות למקום. אולם השופט אור דחה את הטענה שבגלל הריקודים הלא-צנועים לא יוכל משגיח הכשרות לעשות את עבודתו כנדרש, כמו גם את הטענה שמי שאינו מקפיד על ההלכה בהתירו מופעים דוגמת זה של העותרת חשוד כי אינו נאמן גם בענייני כשרות המזון. אומנם,

92 משנה אבות, ד, ה.

93 למשל: כפייה להבעיר אש בשבת, שהיא איסור מפורש מדברי תורה, מהווה בדרך-כלל פגיעה כואבת יותר במצפונו של האדם הדתי מאשר, למשל, כפייה (נניח במסגרת צבאית) לעסוק בתרגילי התעמלות בשבת, שהינה אסורה (לדעת פוסקים מסוימים) רק מהטעם של "עובדין דחול" (ראו ר' אליעזר ולדנברג *ציץ אליעזר*, חלק ו, סימן ד).

94 ההבדל בין ההלכתי והמטא-הלכתי הוא עניין של רצף ודרגה, ולא הכדל מהותי. קשה למצוא פסיקה הלכתית ששיקולים מטא-הלכתיים אינם מעורבים בה באופן זה או אחר.

95 נקל לראות שטיעון זה חל פחות על הדרך השנייה מבין שתי הדרכים הנזכרות לביטוס ההגנה על חופש הדת בחופש מצפון, שכן אם ההגנה מבוססת על חובת הציות המוחלטת לרב, שיקולי הפסיקה אינם מעלים ואינם מורידים לכאורה.

96 ראו ציטוט להלן ליד הערה 186.

97 בג"ץ 465/89 דסקין נ' המועצה הדתית לירושלים, פ"ד מוד(2) 673 (להלן: עניין דסקין).

דני סטטמן וגדעון ספיר

הרבנות לא טענה שעצם הפעלת הביקורת על שיקול-דעתה מהווה פגיעה בחופש הדת שלה, אבל אילו טענה כך, היתה טענתה ראויה להידחות על-סמך הטעמים שהוזכרו לעיל.⁹⁸ ביקורת דומה על עמדת הרבנות לזו שמצאנו בעניין *דסקין* אנו מוצאים בעניין *מישראל*,⁹⁸ שבה סירבה הרבנות הראשית להעניק חעודת כשרות המתייחסת לבשר קפוא כשר לחברה המייבאת גם בשר לא-כשר. הרבנות ביססה את סירובה, בין השאר, על הטענה כי הואיל והעותרת עוסקת גם בייבוא בשר שאינו כשר, אין היא נאמנה על הבשר הכשר שהיא מייבאת, והיא הסתמכה בעניין זה על פסקי הלכה של הרב משה פיינשטיין. אולם בית-המשפט דחה הסתמכות זו, הבחין בין פסקי ההלכה שהרבנות הסתמכה עליהם לבין נסיבות המקרה שנידון לפניו⁹⁹ ודחה את עמדת הרבנות.¹⁰⁰

ניתן לטעון לכאורה שבחינתם של פסקי-דין אלה באספקלריה של חופש הדת אינה מוצדקת, שכן הם עוסקים בביקורת שיפוטית על פעילותה של הרבנות כרשות מנהלית. כרשות כזו, הרבנות רשאית לפעול רק במסגרת הסמכויות שהחוק מעניק לה, ולפיכך בית-המשפט לא רק רשאי, אלא גם מחויב למעשה מכות תפקידו לבחון אם פעלה בגדרי הסמכות שהוענקה לה. כפי שהטעים בית-המשפט בעניין *דסקין*:

החוק מעניק את הסמכות למחן תעודות הכשר לאינסטנציה הלכתית דתית – מועצת הרבנות הראשית, או רב שהרמנה על ידה, או רב מקומי – אך בבואנו לפרש את החוק, אין לשכות שאנו בחוק חילוני עסקינן. לפיכך, על היקפה של הסמכות המוענקת למי שנמסרה לו הסמכות ליתן תעודת הכשר יש ללמוד מתוך החוק, ועל פי כללי פרשנות המקובלים בפירוש חוק חילוני.¹⁰¹

ברם, דומה שאין להפריז, מבחינת הנושא הנידון כאן, בחשיבות ההבדל בין רשויות מנהליות דתיות (כגון הרבנות או המועצה הדתית) לבין יחידים דתיים. נכון שבתי-המשפט אינם כפופים להלכה, ובבואם לפרש את החוק הם פועלים, כאמור בציטוט לעיל, "על פי כללי פרשנות המקובלים בפירוש חוק חילוני". אבל לחופש הדת יש משקל גם במקרים אלה, שכן רק בנסיבות יוצאות-דופן יהיה מוצדק שבתי-המשפט יכפה על גוף דתי לפעול בניגוד

98 עניין *מישראל*, לעיל הערה 61.

99 *שם*, בעמ' 627-628. ("הפסיקות שהובאו על ידי המשיבים בדבר אי הנאמנות של מי שמוכר או מי ששוחט במקום בו מוכרים גם בשר טרף, אינן ישימות לעניין בו אנו דנים. במקום שבו מוכרים גם בשר טרף, הסכנה של ערכוב בשר בבשר והחשש לטעות גלויים וברורים. במקרה כזה, אם יסרב רב, המוסמך לתת תעודת הכשר לפי חוק איסור הוואה, לתת התעודה לבית אוכל בו מגישים גם בשר טרף, או יסרב לתת תעודת הכשר לבשר אשר נשחט במקום בו מוחזק גם בשר טרף, יתכן שלא יהיה מקום לתקוף את החלטתו. לא כן בעניינו, כשמדובר במשלוח נפרד של בשר כשר ארוז, מסומן וחתום כהלכה, בצורה השומרת עליו בפני כל מגע עם מזון שאינו כשר.")

100 לפסק-דין נוסף הדן באורח ביקורתי בעמדת הרבנות בענייני כשרות ראו בג"ץ 3944/92 *מרבק נ' הרבנות הראשית נתניה*, פ"ד מט(1) 278, שבו אומר השופט בר את הדברים מרחיקי-הלכת הבאים: "אומר מיד, כי לו שוכנעתי כי תקנה זו, שהשתרשה במקומות רבים הן בישראל והן מחוצה לה, הייתה מבוססת על שיקולים בתחום הכלכלי בלבד ועל הדאגה לפרנסתם של בעלי-תפקידים מסוימים, כי אז הייתי מסיק מכך, שזוהי הלכה שאין הרבנות רשאית לקחתה בחשבון במסגרת החלטותיה על פי סמכותה לפי חוק הכשרות." (*שם*, בעמ' 290).

101 עניין *דסקין*, לעיל הערה 97, פסקה 6 לחוות-דעתו של השופט אור.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

מפורש להלכה. אין זה מקרי, שבכל הפרשות שבהן נדחתה עמדתם של גופים דתיים, אפילו כאשר הפעילו סמכות על פי-דין, לא הסתפק בית-המשפט בטענה הפורמלית ש"בחוק חילוני עסקינן", אלא ניסה להראות שהעמדה הנדחית אינה מתחייבת מבחינה הלכתית, אינה שייכת לגרעין הקשה של ההלכה.¹⁰² נוסף על כך, הגם שרשות קנהלית דתית הפועלת לפי חוק היא מושא טבעי לביקורת שיפוטית, ניתן לחשוב שכניגוד רשמית של הקהילה הדתית, היא ראוייה דווקא ליתר חסינות מאשר היחיד הדתי, מפני שפגיעה בה היא כפגיעה בקהילה כולה. לביקורת על פסק-דין של הרב הראשי עלולות להיות השלכות על הקהילה הדתית ועל תרבותה יותר מאשר לביקורת על טענת חופש דת הנשמעת מפי אדם יחיד.

סיכומו של דבר, אין אנו יכולים לקבל את העמדה שבית-המשפט צריך לתת "צ'ק פתוח" ליחידים או למנהיגים דתיים לרשום בו מה שירצו לגבי מה שהדת מחייבת, בלא בחינה ובלא ביקורת. עם זאת אין אנו רוצים ללכת כל הדרך לעמדה הקיצונית האחרת שלפיה מעמדה של חוות-דעת הלכתית המוגשת לבית-המשפט אינו שונה מזה של חוות-דעת מקצועית אחרת. כפי שנרמז לעיל, כאשר מדובר בחוות-דעת הלכתיות, יש טעם מיוחד לכבדן, והוא קשור להשפעה שיש לכך על הקהילה הדתית. התערבות ביקורתית של בית-המשפט החילוני בפרשנות הדתית שמנהיגים מוכרים של הציבור הדתי מציעים עלולה להיתפס כמשרדת אי-הכרה או זלזול בהם, ועלולה להחליש את הקהילה הדתית ולערער את הביטחון העצמי שלה בכוחה לפתח ולפרש את תרבותה. אין לנתק טיעון זה מהעובדה שמדובר בקבוצת מיעוט החרדה למעמדה וליכולת שרידותה אל מול הרוב החילוני, כלומר יש להבין טיעון זה במסגרת הרעיון של הזכות לתרבות.

קשה לשרטט מראש גבול מדויק להתערבות הראויה בפרשנות הדתית. מיקומו תלוי, בין השאר, באמון של בית-המשפט בתום-ליבם וביושרם של המנהיגים הדתיים. ככל שיתרשם כי העמדות ההלכתיות המוגשות לפניו כנות ועקביות ואין מאחוריהן מגיעים זרים, כן ייקל עליו להרחיב את המעמד המיוחד של הדת בהקשר הנידון ולמעט בביקורת שיפוטית על עמדות אלה. לעומת זאת, ככל שיתרשם כי העמדות אינן כנות ואינן עקביות, כן יצמצם מעמד מיוחד זה, עד כדי ביטולו לחלוטין.¹⁰³

102 ראו, נוסף למה שכבר נזכר כאן, גם את הערתו של הנשיא ברק בעניין שביט (לעיל הערה 2, בעמ' 653): "יש להניח כי בעניינים 'גרעיניים' כל המרא דאתרא היו פוסקים באופן דומה. ריבוי הדעות בעניין זה עשוי להצביע על כך כי עניין לנו בנושא 'מקומי' שאינו עומד במרכז עולמה של היהדות."

103 למרבה הצער, בכמה פרשות בעת האחרונה נכשלה הרבנות ביצירת האמון הנ"ל, ובכך עודדה את בית-המשפט להרחיב את היקף ביקורתו כלפיה. כוננתנו בעיקר לעניין דסקין, שבו התרשם בית-המשפט בצדק כי מה שהניע את הרבנות לא היה החשש מאי-כשרות המזון, אלא – בניגוד לטענתה – הרצון למנוע מופעים לא-צנועים; ולעניין מעדני אביב נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו"ן (2) 196, ובג"ץ 77/02 מעדני אביב נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו"ן (6) 249, שבו קבע בית-המשפט כי כוננתה האמיתית של הרבנות לא היתה – כטענתה – למנוע הונאה בכשרות מקהל שומרי הכשרות, אלא לכפות כשרות על מי שאינו מעוניין בכך. במצב עניינים כזה, לא רק שאין לצפות מבית-המשפט שיעניק הגנה מועדפת ומעמד מיוחד לחוות-הדעת הרבניות המוגשות לפניו, אלא להיפך, יש לצפות שאלה יועמדו לבחינה ביקורתית מיוחדת.

4. חופש הדת לאן?

במאמר "פגיעה ברגשות דתיים"¹⁰⁴ הופנתה תשומת-לב לקושי הכרוך בהענקת הגנה מיוחדת לרגשות דתיים בהשוואה לרגשות אזרחיים. הדבר מטריד במיוחד בתחום הפלילי, שבו רק פגיעה ("גסה") ברגשות דתיים מוכרת כעבירה, ולא פגיעה ברגשות אחרים. מנקודת-מבט ליברלית ושוויונית קשה להצדיק מעמד מיוחד זה. כדי להסביר כיצד הגענו אליו הועלתה ההשערה שהוא שריר מתקופה שבה אכן היה לדת מעמד מועדף, כין מעמד פורמלי (דת המדינה) ובין מעמד בזכות תרומתו המשוערת של הדת ליחיד ולחברה. המושג פגיעה ברגשות – כך נטען שם – הוא השלבו האחרון בהיסטוריה של המושג ניאופ (blasphemy), שתחילתה בהגנה על הדת (או האל), זממכה בהגנה על החברה (שסברו כי תיפגע אם יזלזלו בדת) וסופה בהגנה על רגשות המאמינים. ככל מקרה, לגבי עתידו של מושג זה, הכתובת רשומה על הקיר; בעוד עשור או שניים, קשה להניח שתיוותר במערכות משפט ליברליות הגנה מיוחדת לרגשות דתיים בהשוואה לרגשות אחרים (במיוחד של מינוטים).¹⁰⁵ גם אם היא תימצא עדיין בספר החוקים, סגור שתהיה בגדר אות מתה. ניתן לקבוע שאת המושג פגיעה ברגשות כבר "עיקרו בתי המשפט הלכה למעשה כשיקול נורמטיבי עצמאי".¹⁰⁶

מבחינות רבות, מצב דומה קיים גם בחופש הדת. כפי שהודגש בראש הדיון, לחופש הדת כקטיגוריה נפרדת עשוי להיות צידוק רק אם הדת ראויה להגנה מיוחדת. אבל הטיעונים שאמורים לבסס זאת בהגות הליברלית אינם משכנעים.¹⁰⁷ אם מבינים את חופש הדת במונחים של חופש מצפון, לא ברור מדוע יש צורך בקטיגוריה נפרדת ועצמאית של חופש הדת נוסף על זו של חופש המצפון. כך גם לגבי הזכות לתרבות: אם חופש הדת מוכן במונחים של זכות זו, מדוע אין די בה, ומדוע יש להוסיף עליה את חופש הדת? מדובר לא רק בחיסכון מושגי, אלא בבעיה נורמטיבית, שכן מתן מעמד נפרד לחופש הדת מעניק למצפוניסט הדתי יתרון בעומדו לפני בית-המשפט, יתרון שאינו עולה יפה עם עקרון השוויון. אם החוק דואג למצפונם של כל בני-האדם, אם הוא מכבד את כל התרבויות, לא ייתכן שיעניק מעמד מיוחד למצפון הדתי או לתרבות הדתית.¹⁰⁸

סטיבן סמית מראה יפה כיצד ה"ציונלים הלא-דתיים לחופש הדת נלכדים במתח פנימי השומט את הקרקע מתחתם. כפי שדברנו בראשית סעיף ב1, אם הבסיס לחופש הדת אינו נעוץ בהנחות לגבי אמיתותה של התפיסה הדתית, עליו להיות מבוסס על הנחות כלליות של

104 לעיל הערה 6.

105 השוו הרפורמה שפולטר (Poulter) מציע בעברות הניאופ והשנאה הגזעית, המנוסחות כדי למנוע ולאסור השפלה והסתה כלפי מינוטים "גזעיים או דתיים". ראו: S. Poulter "Towards Legislative Reform of the Blasphemy and Racial Hatred Laws" *Public Law* (1991) 371, 372. הסעיף העיקרי בהצעתו ולדיון ראו "פגיעה ברגשות דתיים", לעיל הערה 6, בעמ' 171-173.

106 סטטמן, שם, בעמ' 183.

107 ראו ניתוחו המאלף של סטיבן סמית: S.D. Smith "The Rise and Fall of Religious Freedom in Constitutional Discourse" 140 *University of Pennsylvania L. R.* (1991) 149. הדן בכל הרציונלים הלא-דתיים שהוצעו כדי להצדיק הגנה מיוחדת לדת, ומראה שאינם משכנעים.

108 עם זאת, למי שמקבל את הרציונל של הזכות לתרבות לכיסוס חופש הדת יש טעם מעשי להתנגד בשלב זה למחיקת המושג חופש הדת כזכות נכרלת. ההכרה בזכות לתרבות במשפט הליברלי חרשה יחסית, ומעמדה המשפטי אינו מבוסס עדיין יציב. גם במשפט הישראלי טרם קנתה זכות זו שביחה (ראו לעיל ליד הערה 64). עד שכך יקרה, מוטב להויר את המושג חופש הדת כזכות עצמאית על כנו.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

המשפט הליברלי-החילוני. אבל ברגע שמשתיחים את חופש הדת על הנחות אלה, המעמד הייחודי של הדת מתערער, שכן הנחות אלה מבססות באחת גם את החופש של פעילויות ומוסדות שאינם דתיים. "האסטרטגיה הכפולה" (במינוח של סמית') להצדקת חופש הדת, ששמה את הדת בשלב ראשון באותו מישור עם אינטרסים אנושיים שאינם דתיים, ומנסה בשלב שני ליחד אותה מהם, "פועלת כדי לאיין את כוחם של הרציונלים הלא-דתיים".¹⁰⁹

לעניות דעתנו, אין דרך להימלט ממתח זה ומהתוצאה הנגררת ממנו, דהיינו ויתור על חופש הדת כקטיגוריה עצמאית. דין ההגנה על חופש הדת כדין ההגנה על רגשות דתיים; רק נימוקים דתיים עשויים להצדיק את המעמד המיוחד של הגנות אלה. משעה שנימוקים אלה אינם באים כחשבון, נותרו רק רציונלים שאינם דתיים לעשות את המלאכה, אולם אלה נלכדים בהכרח במתח שסמית' דיבר עליו. רעיון השוויון, שהוא כה מרכזי בהגות הפוליטית והמשפטית המודרנית, אינו יכול לסבול את האפשרות שבין שתי פעילויות המוגנות תחת אותו רציונל תוכה האחת במעמד מיוחד יותר מזה של האחרת. לכן, בין אם מבינים את חופש הדת כסניף של חופש המצפון ובין אם מבינים אותו כסניף של הזכות לתרבות, אין צידוק לייחד לו מעמד מיוחד במסגרת (או לצד) זכויות אלה.

לנוכח הקשיים בהצדקת חופש הדת, אין זה מפתיע שהפסיקה בעשורים האחרונים במדינות ליברליות נוטה באופן עקבי לעבר צמצום ההגנה הנכללת תחת מושג זה, עד כדי ריקונו מתוכן. חולשתה של הדת במדינות אלה בעומדה לבקש מבית-המשפט פטורים או העדפות בולטת בהשוואה למצבה האיתן בעבר. ארצות-הברית היא דוגמה מובהקת לשינוי זה במעמדה של הדת. כפי שהסביר קונקל (Conkle) בהרחבה, לאבות המייסדים, כמו לדורות רבים של אמריקאים, היה ברור שלדת, ליתר דיוק – לנצרות, יש תפקיד ייחודי בעיצוב אופיה וחייה של האומה האמריקאית.¹¹⁰ בשנת 1892 קבע בית-המשפט העליון בלא הסתייגות: "This is a Christian nation",¹¹¹ וכעבור ארבעים שנה, בשנת 1931, חזר ואשרר זאת בקביעה "We are a Christian people".¹¹² לתפיסה עצמית זו היו כמובן השלכות מרחיקות-לכת לגבי יחסו של בית-המשפט לחוקים ונהגים בעלי אופי דתי.¹¹³ תפילות

Smith, *supra* note 107, at p. 219 109

D.O. Conkle "The Path of American Religious Liberty: From the Original Theology to Formal Neutrality and an Uncertain Future" 75 *Indiana L. J.* (2000) 1 110

Church of the Holy Trinity v. U.S. 143 U.S. 457, 471 (1892) 111

United States v. MacIntosh, 283 U.S. 605, 625 (1931) 112

מיותר כמעט לחזור ולהעיר כאן על הטעות הרווחת כאילו הפרדה חזקה בין הדת למדינה היתה מקובלת בארצות-הברית מאז ומעולם ("קיר של הפרדה", בניסוח הידוע של ג'פרסון (Wall of Separation)), בהשראת הדרישה להיעדר מיסוד בתיקון הראשון לחוקה. במחקר מקיף שפרסם לאחרונה הראה המבורגר שאין להבין את חופש הדת בתיקון הראשון לחוקה כמנחים של הפרדת הדת מהמדינה. הבנה כזאת מתחילה להתפתח בארצות-הברית במאה ה"ט, בעקבות חששות גוברים בארצות-הברית מפני כנסיות מאורגנות, במיוחד מפני הכנסייה הקתולית, והיא משתלפת על החשיבה המשפטית והציבורית רק במאה העשרים. לדעתו, לא רק שרעיון ההפרדה לא נכלל בחופש הדת שבחוקה, אלא שהוא מערער חופש זה. בעוד שהאיסור על מיסוד וחופש הדת בחוקה נועד להגביל את הממשל ביחסו לדת, רעיון ההפרדה התפרש כמגביל את הדת. ראו: P. Hamburger *Separation of Church and State* (Harvard, 2002).

נוצרות בכתיב הספר הציבוריים, למשל, נתפסו כחוקיות עד תחילת שנות השישים.¹¹⁴ העדפה זו של הדת מהדהדת עדיין בעניין *יזיד*,¹¹⁵ ברם, כפי שהעירו הפרשנים, הגישה המבוטאת בפרשה זו לא התזיקה מעמד זמן רב. עניין *סמית'*, בשנת 1990,¹¹⁶ ביטא גישה אחרת, שהלכה והתחזקה מאז, המצמצמת עד מאוד את חופש הדת. בפרשה זו נידונה השאלה אם יוכלו אזרחים אינדיאניים להשתמש בסם אסור מסוים (peyote) במסגרת טקס דתי, כמקובל במסורתם. בית המשפט השיב כשלילה, וקבע שחופש הדת אינו מגן על פעילויות מעין אלה ואינו מצדיק פטור מהחוקים החלים על הכל. לדעת קרטור, פסק-דין *סמית'* מסמן בבירור את הכיוון שהפרשנות הנוכחית של הדרישה החוקתית לקיומה החופשי של עבודה דתית צועדת אליו. היא צועדת לקראת עולם שבו אזרחים שיאמצו נהגים דתיים שלא יתאמו את המדיניות הרשמית של המדינה יהיו צפויים להגבלות בכפייה מטעם המדינה, שתוכל, בלא חשש מהתערבות שיפוטית, ללחוץ עליהם לשנות נהגים אלה.

הניתוח של עניין *סמית'* וכן של פסק-דין נוסמים מאז מביא את קונקל לכלל מסקנה כי "ההנחה שהדת הינה ייחודית ושיש לה חשיבות מיוחדת לא ננטשה עדיין לחלוטין, אבל היא הועמדה בסימן-שאלה גדול".¹¹⁷ באופן דומה קרוטר טוען שהפרשנות בעשורים האחרונים מבטאת רדוקציה של ההגנה על זדת להגנות הרגילות במסגרת חופש הביטוי, חופש ההתאגדות וחירויות אחרות, ובעצם דחיית הרעיון שלדת יש מעמד ייחודי.¹¹⁸ יש דורשים רדוקציה זו לשבח¹¹⁹ ויש דורשים אותה לגנאי,¹²⁰ אבל אין חולק על קיומה של מגמה זו בפסיקה ובניויריספרודנציה הנוכחית כארצות-הברית. מגמה דומה ניתן למצוא גם במדינות אחרות, ולא זה המקום לפרט.¹²¹

114 בשל תפיסת הנצרות כמרכזית לזהות האומה האמריקאית, וכשל תפיסתה כחינוך לכינון חברה מתורבתת, אישר גם בית-המשפט העליון עד סוף המאה הי"ט חוקים שונים בעלי אופי דתי, כגון חוקים נגד גיאופן (blasphemy), חוקים נגד פתיחת עסקים ביום ראשון ועוד. ראו למשל: H.F. Way "The Death of the Christian Nation: The Judiciary and Church-State Relations" 29 *Journal of Church and State* (1987) 509

115 לעיל הערה 48.

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

117 Conkle, *supra* note 110, at p. 2

118 Carter *The Culture of Disbelief*, *supra* note 12, at p. 130

119 ראו למשל: D.A.J. Richardson *Tolerance and the Constitution* (New York, 1986)

120 ראו במיוחד Carter, *supra* note 12, וכן: M.W. McConnell "An Update and Response to the Critics" 60 *George Washington L. R.* (1992) 685

121 לתיאור וביקורת על ההגנה המועטת ניתנת לזכות במסגרת האמנה האירופית לזכויות אדם ומוסדרותיה, ראו: C. Evans *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights* (Oxford, 2001) ("Freedom of religion or belief is acknowledged to be a 'precious asset' but the Court has not been prepared to accord it significant scope or protection." *id.*, at p. 201). לגבי המצב בקנדה ראו ניתוחו של Von Heyking (13 *supra* note), הטוען שהפרשנות הנוכחית של בית-המשפט הקנדי "לאמנה הקנדית של זכויות וחירויות" "collapses religion into conscience" (*Ibid.*, at p. 678). וזאלף לעקוב אחר הפולמוס הציבורי והמשפטי במדינות מסוימות סביב שאלת האיסור המוטל על נשיון מוסלמיות לחבוש כיסוי-ראש. לפי הבנתנו, איסור כזה הוא הפרה ברורה של חופש הדת, בין אם מבינים אותו כמנהגיו של מצפון (במקרים שהדת נתפסת כאסרת ממש ללכת בגילוי-ראש), בין אם מבינים אותו כמנהגים עול תרבות (שהרי הלבוש הוא מאפיין בולט ומרכזי

לנוכח מגמות אלה, למה ניתן לצפות בארץ לגבי מעמדו של חופש הדת? מצד אחד, ניתן לחשוב שמגמות אלה יתבטאו גם אצלנו. אם בארצות-הברית, שיש לה היסטוריה ארוכה של העדפת הדת והגנה חוקתית מפורשת עליה,¹²² נחלשה ההגנה המיוחדת על הדת, אם לא בוטלה הלכה למעשה, קל וחומר במדינה כישראל שבה אין לחופש הדת הגנה מפורשת בחוקי-היסוד שלה. מצד אחר, לדת היהודית יש מעמד מיוחד בחוק הישראלי, שאין לו אח ורע במדינות ליברליות אחרות, בכל הנוגע במעמד האישי, בנוהלי הקבורה ועוד, ומכאן ניתן לחשוב שיישמר לדת בישראל מעמד ייחודי. ברם, עובדה אחרונה זו עשויה גם להוליד תוצאה הפוכה: דווקא בשל המעמד המועדף של הדת בתחומים ידועים ומפורשים בחוק, בית-המשפט עשוי לסרב להעניק לה מעמד מיוחד מעבר לתחומים אלה. כפי שנראה בהמשך המאמר, אכן זה המצב בארץ, רוצה לומר: הפרשנות שהעניק בית-המשפט העליון לחופש הדת היתה בדרך-כלל פרשנות מצמצמת, ברוח מגמת הצמצום במדינות אחרות.

ביטול גמור של חופש הדת כזכות עצמאית, או פרשנות מצמצמת שלו, פועלים לכאורה נגד האינטרס של קבוצות דתיות, שהרי בהיות זכות זו על מכונה, הן זכו בהגנה נוספת מעבר להגנות הרגילות המוענקות לכל יחיד ולכל קבוצה במדינות ליברליות. אבל בחישובי רווח והפסד כאלה יש הכרח להתייחס להקשר הספציפי של מהלך זה בתנאים היסטוריים נתונים. בהקשר הישראלי, בהנחה שבית-המשפט העליון לא ישנה את הדרך הפרשנית שבה הוא נוקט זה שנים רבות, דומה שבאופן מפתיע, דווקא האורתודוקסים אינם צריכים לחשוש מהחלשה או ביטול של הזכות הנידונה. כפי שנראה בסעיף 11 להלן, כל אימת שהועלתה טענת חופש הדת לפני בית-המשפט מפי גופים או יחידים אורתודוקסיים, היא נדחתה, מה שאין כן כאשר הועלתה על-ידי גופים או יחידים דתיים לא-אורתודוקסיים. במציאות זו, דומה שההפסד של היהדות האורתודוקסית מקיומה של זכות לחופש דת עולה על הרווח שלה.

של כל קבוצה תרבותית וכלי חשוב לשימור תרבותה. למרות זאת, בטורקיה (א' הלפון "בשיעורי מדעים אסור לחבוש כיסוי ראש, המרצים לפילוסופיה מקפידים פחות" *הארץ* 18/5/03) ובצרפת נחקק לאחרונה חוק האוסר על כיסוי-ראש ועל שימוש בסממנים דתיים בולטים אחרים בבתי-ספר ציבוריים. ראו ס' הנדלר "צרפת הצביעה נגד הרעלה והכיפה" *מעריב* 10/2/04: בארצות-הברית אין כידוע איסור כזה, אף שלאחרונה החליט בית-המשפט בפלורידה כי משיקולי ביטחון, לא תוכל אשה מוסלמית שתסרב להצטלם בלא רעלה, לחדש את רשיון הנהיגה שלה (סוכנות רויטרס: "בית-המשפט חייב מוסלמית להצטלם ללא רעלה" *הארץ* 8/6/03).

122 בהקשר המשפטי האמריקאי, מתנגדי הרדוקציה של חופש הדת צורקים בטענתם כי מהלך זה מהווה פרשנות בעייתית ללשון התוקה, המבטיחה לדת במפורש "free exercise", אך אינה מבטיחה זאת לפעולות או למוסדות אחרים. ראו למשל: McConnell, *supra* note 120, at p. 690. כדי לבסס את העמדה המנוגדת, נאלץ בית-המשפט ונאלצים הפרשנים להציע פירוש חדש למושג דת, המטשטש לחלוטין את ההבדל בין אמונה והתנהגות דתיות לבין אמונה והתנהגות שאינן כאלה. כך, בפרשת *Seeger* (supra note 39) קבע בית-המשפט כי בביטוי "אמונה דתית" נכללת כל "אמונה כנה ומשמעותית" שמנחה את האדם בעיצוב אורחות חייו. לדעת פרנץ' (French), פסק-דין זה הוא השלב הראשון לקראת תיאור פוסטמודרניסטי של הדת. ראו: R. Redwood French "From Yoder to Yoda: Model of Traditional, Modern, and Postmodern Religion in U.S. Constitutional Law" 41 *Arizona L. R.* (1999) 49, 78, הנזכר אצל קונקל (supra note 110, note 168). נקל להבין את השיקולים שהניבו פרשנות זו, אבל הם מתיישבים אך בדוחק עם לשון החוקה ועם כוונת האבות המייסדים.

למרות כל האמור, סביר להניח שחופש הרת ימשיך להיות מושג מרכזי במדינות ליברליות בדיונים חוקתיים ומנהליים העוסקים במעמדה של הרת וביחסיה עם המדינה ועם אזרחים אחרים. טענתנו היא שגם במצב עניינים זה יש לפרש את חופש הרת כמבוסס לא על נכונותה של הרת או על תרומתה הסגולית לחברה, אלא על שני רציונלים שאינם דתיים: חופש המצפון והזכות לתרבות. חלק גדול ממה שנכלל בדרך-כלל במסגרת חופש הרת ימצא את מקומו תחת אחד משני רציונלים אלה (או שניהם), ומה שלא ימצא את מקומו שם אכן אינו ראוי, מנקודת-מבט ליברלית ושוויונית, להגנה מיוחדת.

ג. חופש מדת

1. מחופש הדת לחופש מדת

דפנה ברק-ארו ורון שפירא הראו לנוני כמה שינוי כיצד טיעונים בדבר זכויות סימטריות דווחים בדיונים משפטיים ומדוע טיעונים אלה הינם בעייתיים.¹²³ כך, למשל, בעניין נחמני¹²⁴ סברו חלק מהשופטים כי הזכות להורות (של רוני נחמני) שקולה כנגד הזכות לאי-הורות (של דני נחמני). כנגד דעה זו טענו ברק-ארו ושפירא, בצדק, כי הצידוק לזכות להורות אינו נעוץ רק בטבעה האוטונומי של ההחלטה להיות הורה (השקולה מבחינה זו להחלטה האוטונומית לא להיות הורה), אלא כאינטרס האנושי העמוק בהורות ובמשמעות ההורות לבני-אדם.¹²⁵ באופן כללי יותר, אילו כל שרצינו להגן עליו היה פעולותיהם האוטונומיות של בני-אדם, בלא תלות בתוכנן, לא היינו מדברים על זכויות ספציפיות: להתאגדות, לתנועה, לבריאות וכך הלאה. ההכרה בתוקמן של זכויות כאלה מלמדת שיש משהו בתוכנן של הפעילויות הנזכרות וביחסן אל טובת היחיד או החברה שמצדיק הגנה מיוחדת, ואין כל בסיס לחשוב, מלכתחילה, שהטעמים לחשיבותן של פעילויות אלה מנמקים גם את החשיבות – ולכן הראויות להגנה – של הימנעות מהן. במילים אחרות, אין בסיס לחשוב שהטעמים המבססים זכות ל-X – טעמים הקשורים לאופי המיוחד של X – יבססו גם זכות ללא-X, וממילא אין בסיס לחשוב מלכתחילה שהזכות ל-X היא בעלת אותו משקל כמו הזכות ללא-X (אם יש כזאת בכלל).¹²⁶

D. Barak-Erez & R. Shapira "The Delusion of Symmetric Rights" 19 *Oxford J. of Legal Stud.* (1999) 297

124 דנ"א 2401/95 דוחי נחמני נ' דני נחמני, פ"ד נ(4) 661, במיוחד דברי השופט שטרסברג-כהן.

125 דפנה ברק-ארו פיתחה דברים אלה במסגרת ביקורתה על פסק-דין נחמני, שם. ראו מאמרה, "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ (1996) 197. כשם שהזכות להיות הורה אינה גוררת את הזכות לא להיות הורה, כך גם להיפך: הזכות לא להיות הורה אינה גוררת את הזכות להיות הורה. זאת בניגוד לדעתו של ג'ון רוברטסון, למשל, שטען כי הזכות לא לפרות, שבאה לידי ביטוי בזכות ההפלה, גוררת זכות לפרות. ראו: J. Robertson "Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth" 6(1) *Virginia Law Rev.* (1983) 405

126 אחת התוצאות של שיקול זה נוגעת בזמיכה מטעם המדינה, על-ידי מימון או דרך אחרת, במימושה של זכות כלשהי. מהעובדה שהמדינה תומכת בזכות ל-X אין נובע שתובה עליה לתמוך גם בזכות ללא-X. נקודה זו הדגישה בית-המשפט העליון בארצות-הברית כאשר דחה את הטענה שאם המדינה מסבסדת הבאת ילדים לעולם, עליה לסבסד במקביל גם השלות. לדעת בית-המשפט: "the government

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

דברים אלה תופסים גם לגבי המושג חופש הדת, דהיינו: אין בסיס לחשוב שחופש הדת גורר גם חופש מדת. כפי שהסברנו בראשית הדיון (לעיל סעיף כו), הבסיס לחופש הדת, כמו גם לחירויות האחרות, אינו נעוץ בחשיבות האוטונומיה האישית בלבד, אלא בתכונות מיוחדות של הדת הנוגעות ביחיד או בחברה. הואיל וההצדקות הרלוונטיות קשורות לטבעה של הדת, אין להניח מראש שיחולו גם על ההגנה מפניה, ולכן אין להניח מראש שיגרור חופש מדת. עמדתנו זו מנוגדת לגישתו של בית-המשפט העליון, שהניח בשורה של פסקי-דין, כדבר מובן מאליו, שחופש הדת כולל גם את החופש מדת. כך, למשל, השופט אור אומר בעניין *חורב*: "בתוך המושג של חופש הדת והמצפון, מקופלת גם הזכות של בני הציבור לחופש מדת."¹²⁷ הואיל ולדעת בית-המשפט חופש הדת כולל גם (דהיינו: מחייב מבחינה הגיונית או נורמטיבית) את החופש מדת, יש גם לחופש מדת מעמד חוקתי.¹²⁸ עמדת בית-המשפט העליון לגבי היחס בין חופש הדת לחופש מדת מקובלת גם על מלומדים ושופטים בארצות-הברית בכל הנוגע בפרשנות התיקון הראשון לחוקה. התיקון מגן כידוע על "free exercise of religion", ולפי הפרשנות המקובלת, יש לכלול בכך לא רק את החופש לפעול לפי הדת, אלא גם את החופש להימנע מכך. קתלין טוליואן מייצגת קו-חשיבה זה:

The right to free exercise of religion implies the right to free exercise of non-religion. Just as Caesar may not command one to transgress God's will, he may not command one to obey it. To do either is to run afoul of free exercise. As the Court put it in *Wallace v Jaffree*, "the Court has unambiguously concluded that the individual freedom of conscience protected by the First Amendment embraces the right to select any religious faith or none at all." The "conscience of the infidel [or] the atheist" is as protected as any Christian's... [T]he affirmative right to practice a specific religion implies the negative right to practice none.¹²⁹

- choos[ing] to subsidize one protected right [does not mean they] must subsidize analogous counterpart rights" (*Rust v. Sullivan* 500 U.S. 173 (1991) 194)
- 127 עניין *חורב*, לעיל הערה 1, פסקה 16 לחוות-דעתו. השוו גם "מעקרון העל של חופש הדת וחופש מדת תיגזר הלכה כי אין כופים מצוות דת על מי שאינו שומר מצוות, ועל מי שאינם בקיום מצוות דת אין כופים... אלא על-פי... הכנסת" (חשין בעניין *מישראל*, לעיל הערה 61, פסקה 4); "חופש הדת אשר בעיני אינו אלא היבט של כבוד האדם... חופש מדת אף הוא היבט של כבוד האדם" (ברק בעניין *שביט*, לעיל הערה 2, פסקה 6); "חופש הדת כולל... גם החופש שלא להשתייך לשום דת" (ברנון בע"א 450/70 *דוגווינסקי מדינת ישראל*, פ"ד כו(1) 129, 134).
- 128 "אין, איפוא, לומר כי בהתנגשות בין חופש הדת לבין החופש מדת, ידו של אחד מהם תמיד על העליונה. לו היינו אומרים כך, היינו שוללים מאחת משתי החירויות האלה את מעמדה החוקתי." (ברק בעניין *שביט*, שם, פסקה 9) "עיקרון חוקתי הוא איפוא בישראל, שהיחיד זכאי גם לחופש הדת גם לחופש מדת, וחופש זה שקנה היחיד מעלתו היא מעלת-חוק (למצער)." (חשין בעניין *חורב*, שם, פסקה 26).
- 129 K. Sullivan "Religion and Liberal Democracy" 59 *U. Chi. L. Rev.* (1992) 195, 197

ד"ר סטטמן וגדעון ספיר

אלא שלדעתנו, ובהמשך לאמור לעיל, הזכות (החוקתית) החיובית לאמץ דת מסוימת ולפעול על-פיה אינה גוררת באופן אוטומטי את הזכות השלילית לא לאמץ דת כלשהי. היסק מעין זה היה תקף רק אילו הבסיס וזיחיד לחופש הדת היה האוטונומיה האישית, אבל כפי שהוסבר לעיל, יש צורך בצידוקים נוספים כדי לעגן זכויות בכלל ואת הזכות לחופש דת בפרט. צידוקים נוספים אלה אינם חלים בשווה על חופש הדת ועל החופש מדת, כפי שנראה מייד. עמדה אחרת בפרשנות החוקה האמריקאית, הקרובה לעמדה שהצגנו כאן, מצויה אצל מייקל מקונל, המבקר בחריפות את קו-הפרשנות שסוליואן מייצגת. לדעתו, מה שהחוקה מבקשת להגן עליו הוא פעילות דתית, ולא סתם מימוש עצמי:

The Free Exercise Clause does *not* protect the freedom of self-determination (with respect to abortion, working on Sunday, or anything else); it does protect the freedom to act in accordance with the dictates of religion, as the believer understands them.¹³⁰

אם חופש הדת אינו מוביל בהכרח לחופש מדת, הכל תלוי בטבעם של הטעמים הרלוונטיים. הבה נניח לצורך הדיון שההצדקות לחופש הדת שהוצגו לעיל תקפות, ונבחן אם הן מבססות גם חופש מדת.

אם ההגנה המיוחדת לדת מבוססת על תרומתה המיוחדת לרמה המוסרית של החברה, אזי פשיטא שהגנה דומה אינה מגישה לרוב החילוני, התורם פחות בתוקף ההנחות של טיעון זה. באותו אופן, אם ההגנה המיוחדת לדת מבוססת על תרומת הדת לרווחתו ולאישורו של המאמין, כמובן שהגנה זו אינה חלה על אורח החיים החילוני. אין בכך כדי לשלול מהחילונים את ההגנות הרגילות על חירותם, כגון חופש הביטוי, ההתאגדות והתנועה; הנקודה היא שאין הם נהנים מהגנה נוספת מפני פגיעות בחירותם המבוססת על הרעיון של חופש מדת.

אפשרות אחרת שנוכל לדחותה על הסף היא ההצעה השנייה שבה עסקנו לעיל, שלפיה חופש הדת נסמך על אופיה של הונרבות הדתית כתרבות מיעוט הזקוקה להגנה ולהעדפה כדי שתוכל לשרוד אל מול תרבות הרוב. אם זו ההצדקה לחופש הדת, ברור שהיא עצמה אינה גוררת גם חופש מדת מן הטעם הפשוט שהוזכר לעיל, והוא שתרבות הרוב אינה זקוקה להעדפה ולהגנה מיוחדת כדי שיוכל להשתמו ולהתפתח.¹³¹ יודגש שוב: הכוונה אינה שלתרבות הרוב אין, באופן כללי, אינטרסים שעלולים להיפגע לעיתים גם על-ידי תרבות המיעוט. הנקודה היא שאינטרסים אלה אינם זקוקים להגנה מיוחדת כמו אלה של תרבות המיעוט.¹³²

M. McConnell "Religious Freedom at a Crossroads" 59 *U. Chi. L. Rev.* (1992) 115, 130
174-175

131 ראו לעיל, טקסט ליד הערה 44.

132 תברים מקבוצת המיעוט מהווים לעיתים רוב באזור גיאוגרפי נתון, ולכן, באיזור זה דווקא בני קבוצת הרוב עשויים לזכות בהגנה תרבותית. הישבו למשל על החרדים בבני-ברק, שהם מיעוט יחסית לרוב החילוני בארץ, אבל רוב יחסית לזויעוט החילוני בבני-ברק. דוגמה נוספת יכולים לשמש אנגלופונים בקוובק שבקנדה שבה יש רוב של פרנקופונים. זכותם של הפרנקופונים בקוובק להגן על תרבותם עשויה

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

על כך נוסף שאף אם מניחים כי הזכות לתרבות חלה גם על תרבות הרוב, מטעה לנסח זכות זו במונחים של הגנה מפני תרבות המיעוט. נחשוב על מדינה שיש בה רוב פרוטסטנטי ושלושה מיעוטים: קתולי, יהודי ומוסלמי. אם מקבלים את הרעיון של זכות לתרבות, הרי שלקתולים, ליהודים ולמוסלמים במדינה זו יש בוודאי זכות להגנה והעדפה מיוחדות כדי לאפשר להם להתפתח ולשגשג. אם נקבל שגם לפרוטסטנטים זכות מעין זאת, הרי היא זכות להגנה והעדפה מיוחדות של הפרוטסטנטיות, לא זכות לחופש מפני הקתולים, המוסלמים או היהודים. במילים אחרות, הזכות של קבוצה, בין שהיא קבוצת מיעוט ובין קבוצת רוב, לשמר ולפתח את תרבותה היא זכות "חיובית": היא מוגדרת כמונחים של חשיבות התרבות לקבוצה וליחידיה, לא כמונחים של חשיבות ההגנה מפני הפרעות כאלה או אחרות לתרבות, שהיא נגזרת וקונטינגנטית. לענייננו: אם לרוב החילוני במדינה ליברלית-חילונית יש זכות לתרבות, הרי היא בראש ובראשונה זכות לשימור ופיתוח של התרבות החילונית, ורק באופן נגזר וקונטינגנטי זכות להגנה מפני כוחות שונים המאיימים עליה, בין שמקורם בקבוצות דתיות ובין בקבוצות אחרות. (הטיעון מניח כמוכח שתרבות חילונית אינה מאופיינת רק בשלילת הדת, אלא בתכנים חיוביים, אחרת לא היה כל סיכוי לטענת הזכות לתרבות של הרוב החילוני.) יוצא שגם אם תרבות הרוב החילוני במדינת ישראל (ותרבות רוב בכלל) ראויה להגנה,¹³³ מטעה לנסח הגנה זו במונחים של חופש מדת.

זאת ועוד: אם הזכות לפיתוח והגנה על התרבות החילונית גוררת, או כוללת, זכות נבדלת ועצמאית להגנה מפני הכוח העיקרי שמאיים עליה, דהיינו התרבות הדתית, יהיה עלינו לומר באותו אופן שהזכות לפיתוח והגנה של התרבות הדתית גוררת, או כוללת, זכות נבדלת ועצמאית להגנה מפני הכוח העיקרי שמאיים עליה, דהיינו התרבות החילונית. נצטרך להכיר איפוא לא רק ב"חופש מדת", אלא גם ב"חופש מחילוניות". אבל ריבוי זכויות זה רק מערפל

להתנגש ולפגוע יתר על המידה בזכותו של המיעוט האנגלופוני בקווקב להגן על תרבותו שלו. קונפליקט מסוג זה התעורר בעניין פודד המפורסם וכספיהו. בית-המשפט העליון הקנדי פטל חוק קוובקי אשר אסר על שימוש בשפה כלשהי בשילוט, לבר מצרפתית. ראו: [1988] *Ford v. Quebec (A.G.)* 2 S.C.R. 712. בתגובה, שב בית-הגבחים הקוובקי ועיגן את ההסדר בחוק מגובה כפסקת התגברות, אם כי ביתר מתינות בהשוואה לקודמו, בכך שהגביל עצמו רק לשלטים חיצוניים. אולם הציבור הקוובקי לא היה מאוחד בחמיכה בחוק. קבוצה אחת, מיוצגת על-ידי המפלגה הליברלית, תמכה הן בפסיקת בית-המשפט והן בשימוש בפסקת ההתגברות בחוק החדש כגרסתו המצומצמת. קבוצה אחרת, מיוצגת על-ידי המפלגה הלאומית הקוובקית, סברה שהיה ראוי לחוקק את החוק המקורי שהתייחס גם לשילוט פנימי, ולא לצמצמו. קבוצה נוספת, מיוצגת על-ידי הטיעה האנגלית במפלגה הליברלית, והיא החשובה לענייננו, התנגדה לחוק ותמכה בפסיקת בית-המשפט בטענה שהחוק, אפילו כגרסתו המתונה, אינו מגן במידה מספקת על זכויות הקבוצה האנגלופונית. ראו: *Débats de l'Assemblée nationale* (19 December 1988) 4370-4388; *Débats de l'Assemblée nationale* (20 December 1988) 4399-4499; *Débats de l'Assemblée nationale* (21 December 1988) 4513-4571. לדיון בהשלכות של מתן אוטונומיה טריטוריאלית תרבותית למיעוט ביחס לחברי קבוצת הרוב המתגוררים בתחומי האוטונומיה, ראו א' סבן *המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות – המיעוט הערבי בישראל והמיעוט דובר הצרפתית בקנדה* (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תש"ס) פרק 2.

133 בניגוד לדעתם של הלברטל ומרגלית, לעיל הערה 42 והטקסט שלידה.

את התמונה הנורמטיבית, שכן פשיטא שכל זכות ל-X כוללת את הזכות להגנה מפני מה שמאיים על X. בקונפליקט בין התרונות הדתית לחילוניות נצטרך להכריע בכל מקרה לגופו לפי מידת הפגיעה שעל הפרק ולפי חשיבותם של הזכויות והאינטרסים המעורבים, ואף אחד מהצדדים לא יוכל להיעזר בטענה שנוסף על זכותו להגנה על תרבותו, יש לו גם זכות להגנה מפני התרבות האחרת.

אם לא ניתן לבסס את הסימטריה בין חופש הדת לחופש מדת על הזכות לתרבות, הדרך היחידה שנותרת היא זו המבוססת על הזיקה בין הפגיעה בחופש הדת לפגיעה בחופש המצפון.¹³⁴ כפי שראינו, פגיעה כזאת מתרחשת כאשר אדם נכפה לעשות מעשים שהוא מתנגד להם בכל מאודו, שבעשותו אותם הוא מתנכר לעצמו ומערער את יושרתו. אין צריך לומר שלא כל הגבלה על החירות גוררת תוצאה זו, וכפי שהודגש לעיל, מדובר בעיקר על פעולה אקטיבית בניגוד לערכים, לא על השלמה סבילה עם מצב לא-רצוי. באופן טיפוסי, המעשים שעשייתם גורמת פגיעה במצפון הם שליליים כשלעצמם בעיני הנפגע, לא שליליים רק כי הוטלו עליו. במינוח מקובל, זם בעיניו *mala per se*, ולא *mala prohibita*. למשל, בנסיבות רגילות, אדם חילוני לא יחוש פגיעה במצפונו כאשר הוא נכפה לנסוע דרך ארוכה ועוקפת בשל תהלוכה דתית, מצעד צבאי או הפגנה פוליטית. הוא עשוי לנעוץ על הטרדה ולסבור שאין כל הצדקה לסגור את הכביש שבו הוא מבקש לנסוע, אבל יהיה זה מוזר אם יציג את תלונתו כפגיעה בחופש המצפון שלו.¹³⁵ הסיבה לכך היא כמובן שאין שום דבר בערכיו של החילוני המנוגד באופן עמוק לנסיעה עוקפת זו, ולכן הנסיעה אינה בשום אופן התקפה על יושרתו.¹³⁶

מתי חוקים או תקנות הנוגעים משיקולים דתיים עשויים לפגוע בחופש המצפון של החילוני בצורה המקבילה לפגיעה בחופש המצפון של הדתי כאשר זה נכפה לפעול בניגוד להלכה? כאשר החילוני נכפה להשתתף בטקס בעל אופי דתי מובהק, שבמקרה הטוב נר לו

134 אכן, בית-המשפט העליון כורך כדבר שכשגרה את החופש מדת עם חופש המצפון. ראו, למשל, בג"ץ 80/163 גורפינקל וחקלאי נ' שר-הפנים, פ"ד יז(3) 2048, 2068 ("הטלת איסור כזה [איסור על קיום קידושין פורטיים] על אדם שאינו מאוין, קשה ליישבה עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו"); ע"א 72/162 רופאין נ' שר-הפנים, פ"ד טז(4) 2428, 2447 ("מרדינתו מושתתת על חופש המצפון, ועל-כן אין לכפות על שום יהודי, שאינו מאמין, להכריז על עצמו כמחזיק בעקרונות הדת").

135 רובינשטיין מורה (לעיל הערה 80, בעמ' 192) ש"קשה לדבר על 'צווי המצפון' באותה דרך שבה דנים במצוות הדת", ובי "איסור הנסיעה בשבת לא יפגעו בציווי מצפוני של איש, שכן מעטים האנשים שמצפונם מחייבם לנסוע בשבת", אך למרות זאת נראה שהוא מקבל את הגישה שיש להבין את החופש מדת במונחים של חופש המצפון.

136 לכאורה, ניתן לטעון שהדרישה שמעשה ייחשב *mala per se* כדי שכפייתו עליו תיחשב פגיעה בחופש המצפון ממוטטת כמעט את ההגנה על חופש הדת בשם חופש המצפון, שכן עברות רבות נתפסות על-ידי הדתי כרעות רק משום שנאזרו על-ידי האל. במיוחד כך לגבי המצוות המכונות "שמעיות", שהפילוסוף היהודי רס"ג אומר עליהן כי הן כוללות מעשים שהשכל "אינו מחייב אהבתם כשלעצמם ולא הרחקתם כשלעצמם" (אמונות ודעות, מאמר שלישי, פרק א). אולם נראה שבהקשר הנוכחי יש להעדיף פירוש רחב יותר ל-*mala per se*, שכולל את כל המעשים הפסולים שפסלותם אינה נובעת מצו אנושי. הנקודה החשובה לגבי מעשים אלה היא שהאדם המאמין בפסלותם יימנע מעשייתם גם אם אין כל חוק האוסר עליו לעשות כן. בהחאם לכך, גם האיסורים השמעיים, למשל מאכלות אסורים, ייחשבו *mala per se* מהבחינה הרלוונטית.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

ובמקרה הגרוע מנוגד באורח עמוק לדברים שהוא מאמין בהם.¹³⁷ נחשוב על זוג חילוני הנישא בטקס דתי לא מתוך שהוא רוצה בכך, אלא רק מפני שהחוק מחייב. האשה ובן-זוגה חיים בעולם תרבותי רחוק מאוד מזה של הרבנות ונציגיה. והנה החתן נאלץ לתכוש כיפה, למלמל ברכות ולציית להוראותיו של מסדר התופה, והכלה צריכה לשתף עמו פעולה בטקס זר ומרוחק, שבאופן טבעי מעורר בשניהם תחושות של אבסורד ושל גיחוך-עצמי. רק במקרים כגון אלה, רוצה לומר כאשר כופים על חילונים להשתתף בטקסים דתיים, הטענה לחופש מדת מזכירה את טענת חופש הדת (אם מבינים אותה כמסגרת חופש המצפון). באופן כללי, קיים יחס ישיר בין מידת המעורבות בטקס הדתי ומידת המשמעותיות של הטקס לאדם לבין האפשרות לטעון לפגיעה במצפון; ככל שהאדם החילוני נתבע להשתתף באופן פעיל בפולחן הדתי, כגון אמירת ברכה, וככל שהטקס משמעותי יותר, כגון טקס נישואין, כך עשוי להיות מקום לטענה שכופים עליו לפעול בניגוד למצפונו.¹³⁸

אבל מסקנה זו נראית בלתי-מתיישבת עם הדרישה שהוצגה לעיל, שלפיה פגיעה בחופש המצפון מותנית בכך שהמעשה הנכפה יהיה בגדר *mala per se*, מה שאינו מתקיים לכאורה במקרים שלפנינו.¹³⁹ הלוא לגבי רוב החילונים, השתתפות בפולחן דתי – חבישת כיפה, אמירת ברכה, החזקת ספר תורה – אינה פסולה כשלעצמה, וקא ראייה שבנסיבות מסוימות הם נעתרים בקלות לבקשות ליטול בהם חלק בלא לחוש כל סתירה פנימית, בוודאי בלא

137 השוו דברי השופט ברנזון בע"א רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד (כו) 129, 134: "חופש המצפון הוא מושג רחב יותר מחופש הדת. הוא נעוץ במידה רבה בהכרתו האישית של כל אדם והיסוד הסובייקטיבי הוא עיקר. לפיכך... אפשר היה אולי לטעון שחיובו של כופר בדת להזדקק לשיפוטו של בית-דין דתי ולעבור טכס בעל אופי דתי-מסורתי, הנוגד את הכרתו ומצפונו מהווה פגיעה בחופש המצפון שלו."

138 לשאלת הפגיעה בחופש המצפון הכרוכה בכפיית השתתפות בטקסים דתיים נדרש בית-המשפט העליון כדונו במעמדם של נישואים פרטיים. בית-המשפט הבחין בין מקרים שהיתה בהם מניעה דתית לנישואין, כגון נישואי כוהן וגרושה, לבין מקרים שלא היתה בהם מניעה כזאת. במקרים מהסוג הראשון הצהיר בית-המשפט על תוקפם של הנישואים, מה שאין כן במקרים מן הסוג השני. אחד הנימוקים להבחנה היה שבעוד שבראשונים, האיטור הדתי על הנישואין מהווה פגיעה במצפון (איטור שכולל דתי-פולחני בהיותו מבוסס על מושגים עתיק-יומין... הטלת איטור כזה על אדם שאינו מאמין קשה ליישבה עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו", בג"ץ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048, 2069), פגיעה כזאת אינה מתקיימת במקרים שאין בהם מניעה דתית לנישואין. זאת ועוד: לדעת השופטים עציוני וזילברג, יש משום סתירה פנימית (ת"א (חי) 669/74 רוט נ' היועמ"ש, פס"מ מז 106, 112) או אף צביעות (גורפינקל וחקלאי, שם, בעמ' 2060) בתביעה להכרה בטקס נישואים פרטי בעל אופי דתי על בסיס הטענה שדרישת החוק לנישואין דתיים לא-פרטיים היא בגדר כפייה על המצפון. אלא שלדעתנו, הצדק עם חמן שלח הטוען כי "טקסי הנישואין הפרטיים שנערכו היו א-דתיים במידת האפשר, שכן הוצאו מתוכם כל היסודות הטקסיים-הדתיים שניתן היה לוותר עליהם מבלי לסכן את תוקפו של הטקס" ("על חירות המצפון וחירות הלב", לעיל הערה 4, בעמ' 104). עמדתו זו תואמת את עמדתנו בגוף הטקסט, שלפיה, ככל שהיסודות הדתיים-הפולחניים-הטקסיים עשירים יותר, כך מצפונו של האדם החילוני הנכפה להשתתף בטקס הדתי עלול להיפגע.

139 כמוכן, איננו מכחישים קיומם של מקרים שבהם ההתנגדות להשתתפות בטקס הדתי נובעת מהתנגדות לגישות מסוימות המבוטאות בו, הנתפסות על-ידי החילוני כפסולות. כך, למשל, אדם חילוני עשוי להתנגד להשתתף בטקס נישואין אורתודוקסי בשל המעמד הלא-שוויוני של הגבר והאשה שמבוטא בטקס, כמו גם במערכת היחסים שהוא מכונן. במקרים כאלה, הבסיס להתנגדותו של החילוני לטקס אינו נעוץ בעובדה שמדובר בטקס דתי, אלא בכך שמדובר בטקס שהינו בעייתי מבחינה מוסרית. מכאן שתהיה זו טענה להמשיג את טענתו של החילוני במקרים כגון זה במונחים של חופש מדת.

לחוש שבגדו בכך בעקרונותיהם העמוקים – הם חובשים כיפה בלוויה של השכן הדתי, עולים לתורה בבר-מצווה של הנכד וקובעים מזווה כפתח הבית.

שאלה זו מאפשרת להבהיר ביחד חדות את טיב הפגיעה במצפון שמדובר בה כאשר החילוני נכפה להשתתף באופן פעיל בטקס דתי. הבעיה אכן אינה בתוכן המעשה הדתי כשלעצמו, אלא בחוסר משמעותו לגבי החילוני ובהשלכה של חוסר משמעותיות זו לגביו. החילוני מרגיש בנסיבות אלה מנוכר לעצמו, חש כאילו הוא משחק תפקיד בהצגה שאין הוא משתייך אליה. תחושת הניכור העצמי מתעצמת ככל שהנסיבות שמדובר בהן מזמינות הענקת משמעות שתשקף את זהותו הייחודית. טקס גישואין הוא דוגמה מובהקת לנסיבות כאלה בהיותו אחד הצמתים המרכזיים בחיי האדם. אם בטקס זה אין אדם יכול לבטא את דעותיו וטעמו, אלא נכפה לבטא את דעותיהם וטעמם של אחרים ולהשתתף בפולחן זר ומזר, תחושת הניכור הינה טבעית. על-פי ההגדרה שנוסחה בסעיף 10, פגיעה במצפון כרוכה בפעולה בניגוד לעקרונות הנורמטיביים העמוקים של הפועל. הגדרה זו מתיישבת גם עם התיאור כאן, שכן התנגדותו של מי שמסרב להשתתף בטקס זר נובעת מהעיקרון שאדם חייב להיות אמיתי עם עצמו, להיות אותנטי – במיוחד בצמתים החשובים בחייו.

אנו מציעים איפוא להגביל את ההגנה על הזוּפּש מדת להגנה מפני כפיית השתתפות בטקסים דתיים.¹⁴⁰ כפי שהקדמנו לעיל, אין לקבל הרחבה של הגנה זו לכל מקרה של חקיקה או תקנה שמקורן דתי, כגון האיסור על נסיעה בשבת בנתיב תחבורה מסוים. הימנעות מנסיעה בכביש מסוים בשבת בוודאי אינה בגדר *mala per se*, וגם אינה מעוררת בנהג תחושות של ניכור וחוסר אותנטיות. נוסף ונאמר שהרחבת החופש מדת מעבר לגבולות ששרטטנו לא רק שאינה מוצדקת מבחינה עיונית, אלא יש בה משום הפליה לרעה של הציבור הדתי מבחינת יכולתו להשתתף בשדה-המשחק הפוליטי.¹⁴¹ שהרי בעוד חוקים

140 שאלה מעניינת, שלא נוכל לדון בה כאן, היא כיצד יש לראות את טקס הגירושין הדתי. לכאורה, טקס זה דומה יותר להליך משפטי-אזרחי סטנדרטי מאשר לטקס דתי, שהרי, בניגוד לטקס הגישואין, היסוד הדתי מוצנע בגירושין ואינו קיים כמעט. הגט אינו אלא שטר שבו הבעל כותב נוסחת-לשון כגון "הרי את מגורשת", "הרי את לעצמך" או "הרי את מותרת לכל אדם", והטקס עצמו אינו אלא מסירת השטר לאשה באופן רשמי, תוך כדי אמירת ובהרה: "הרי זה גיטך". אם כך, לכאורה, כפייה להתגרש בגירושין "דתיים" פוגעת פחות (אם בכלל) בחופש המצפון בהשוואה לטקס הגישואין. השוו דעתו של: K. Greenawalt "Religious Law and Civil Law: Using Secular Law to Assure Observance of Practices with Religious Significance" 74 *S. Calif. L. R.* (1998) 781, 815. הסבור שנתינת גט דומה למעשה חילוני יותר מאשר למעשה דתי מובהק, כגון "prayer and communal worship". גם טקס הגישואין היהודי היה טקס "אזרחי" במקורו, כפי שטען בהרחבה חיים כהן ("המימד הדתי בטקסי גישואין" *ספר זיכרון לגד טרסקי* (תשנ"ו) 265), שהרי "לא בסף ולא שטר ולא ביאה הם סמלים דתיים או דרכי שבקדושה דתית" (שם, בעמ' 268). כהן מראה כיצד נוספו לטקס במהלך הדורות סממנים דתיים מובהקים, ולפי דרכנו, סממנים אלה הם העושים את הטקס בעייתי מבחינת הפגיעה בחופש המצפון של החילוני. אם – בלשונו של כהן – תחזור "עטרה ליושנה" (שם, בעמ' 266), דהיינו יוצאו הסממנים הדתיים הללו, יהיה הטקס בעייתי הרבה פחות מבחינת הפגיעה במצפון.

141 השוו לאחרונה מסקנתו של גדי ברזילי כי "חובת המזיינה היא להגן על קהילת המיעוט לא רק כאשר זו עוסקת בענייניה שלה, כמו בעניין *Yoder*, אלא גם כאשר קהילת המיעוט רוצה להשתתף באמצעות תרבוהה שלה בעיצוב פניה של המדינה" (גד ברזילי "אחרים בתוכנו: משפט וגבולות פוליטיים לקהילה החרדית" *עיני משפט* כו (2003) 587, 621).

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

שמקורם בשיקולים דתיים פוגעים – בהתאם להרחבה זו – בחופש מדת של החילונים, ולכן פסולים (או זקוקים להצדקה מיוחדת), חוקים שמקורם בשיקולים אידיאולוגיים אחרים (חוקים "צמחוניים" למשל) אינם נתפסים כפוגעים בחופש מהאידיאולוגיה הרלוונטית, ולכן כשרים (או אינם זקוקים להצדקה מיוחדת). איש לא יטען שחוק נגד אכילת בשר לווייתנים, למשל, פוגע בחופש המצפון של חובבי בשר זה משום שהימנעות מאכילת בשר לווייתנים אינה בגדר *mala per se* לדידו של חובבי בשר לווייתנים ואינה מסיבה לו תחושות של ניכור עצמי. באותו אופן, לא ניתן לקבל שחוק האוסר נסיעה בשבת דרך איזור מסוים פוגע בחופש המצפון של החילונים (או הלא-יהודים) המבקשים לעבור שם בשבת. ואם לא בחופש המצפון עסקינן, לא ברור מדוע האזרחים זקוקים להגנה מיוחדת מפני חקיקה – ראשית או משנית – שמקורה בשיקולים דתיים בהשוואה לחקיקה שמקורה בשיקולים אידיאולוגיים או מעשיים אחרים. יש להדגיש: אין אנו מביעים כאן עמדה לגופה של השאלה אם חוק המגביל התנהגות משיקולים אידיאולוגיים שונים – "צמחוניים" או דתיים – הינו ראוי אם לאו מגקודת-מבט ליברלית. כל שאנו טוענים הוא שהעובדה שאדם מתנגד לחוק מסוים, אפילו מתנגד לו בתוקף, אינה גודרת שציות לחוק זה מהווה פגיעה במצפון, ועניין זה נכון לגבי חוקים שמקורם בשיקולים דתיים כמו לגבי חוקים שמקורם בשיקולים אחרים.

דוגמה לשימוש הבעייתי במושג חופש מדת כחופש מצפון מצויה בפרשת הוועד לשומרי מסורת.¹⁴² בפרשה זו עתר הוועד נגד הרבנות הראשית על סירובה לערוך חופה וקידושין במקום שאין בו תעודת הכשר. בין השאר טענו העותרים שסירוב זה פוגע כ"חופש המצפון שלהם הכולל גם את החופש מדת" (השופט אור, פסקה 3). השופט אור מקבל את טענת העותרים שהדרישה לשמירה על כשרות במקום עריכת הטקס עולה כדי פגיעה במצפונם, אבל לדעתו "אין זו פגיעה משמעותית" (פסקה 11 שם). ברם, על-פי המבחן שהוצע לעיל, הקפדה על כשרות המזון בסעודת הנישואין אינה מהווה השתתפות בטקס דתי, ולכן קשה לראות בה פגיעה במצפון של החילוני.¹⁴³ ברומה לכך, אם ימנעו אדם מללבוש בגד מסוים בטענה שהלבוש אינו הולם, הדבר עשוי לקומם ולהרגיז את האדם, אך לא תהיה בכך פגיעה במצפון. מכאן שהדרישה להופיע לפני בית-הדין הרבני "בלבוש צנוע והולם"¹⁴⁴ אינה

142 בג"ץ 6111/94 הוועד לשומרי מסורת נ' הרבנות הראשית לישראל, פ"ד מט(5) 94. עמדתו של השופט אור בפרשת הוועד לשומרי מסורת מתאימה לעמדתו בבג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' דאש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 501-502 ("מדינה אשר לצד חופש הדת והפולחן קיים בה גם חופש המצפון, אינה יכולה למנוע מפלוגי לאכול בשר לא כשר..."). עמדה דומה לזו של השופט אור ביטא נשיא בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע, אפרים לרון, בע"פ (ב"ש) 7182/98 שמוקלר נ' מדינת ישראל, תק-מח 399(3) 566, 578. לדעתו של לרון, חוקים דוגמת חוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), תשי"ז-1956, שהסמיך את הרשויות המקומיות לחוקק חוקי-עזר בדבר איסור מכירה של בשר חזיר, והוספת פסקת ההתגברות לחוק-היסוד: חופש העיסוק כמגמה לאפשר חקיקת חוק לאיסור ייבוא של בשר קפוא לא-כשר לארץ, פוגעים בחופש הדת.

143 השופט אור טוען בחוות-דעתו שאילו היתה הדרישה להשגחה על כשרות חלה גם על סעודה שלא במקום החופה, היתה הפגיעה במצפון חמורה יותר והיתה דוחה את החובה לכבד את הרב מסדר הקידושין. אבל לפי דרכנו, אפילו במקרה כזה, המשגת האינטרס המוגן של העותרים במונחים של חופש המצפון אינה מוצדקת.

144 תקנה נגד לתקנות הדין בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג.

מהווה פגיעה במצפוננו של האדם, אף-על-פי שבני-אדם נוטים לייחס חשיבות רבה להופעתם החיצונית.

דוגמה אחרת לבעייתיות הנ"ל מספק פסק-הדין הקנדי בעניין *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*¹⁴⁵ חברה זו הואשמה במכירת טובין ביום ראשון, בניגוד ל-*Lord Day's Act*.¹⁴⁶ החברה טענה בתשובתה שחוק זה מהווה הפרה של סעיף 2 באמנה הקנדית בדבר זכויות וחירויות, המבטיח את חירות המצפון והדת. נזית-המשפט העליון בקנדה קיבל עמדה זו, ופסק שחופש הדת האמור באמנה מתייחס אומנם בעיקר לחופש להחזיק באמונות דתיות ולנהוג על-פיהן, אך הוא כולל גם את החופש מדת, שפירושו החופש מכפייה מטעם המדינה המונעת על-ידי תפיסה דתית מסוימת ומעורדת אווזה. במקרה הנידון, טען בית-המשפט, החוק תובע מכל האזרחים, ובכללם הלא-נוצרים, לזנוז את היום המקודש לנוצרים ולהגן על קדושתו, תביעה שאינה מתיישבת עם סעיף 2 באמנה. אבל לדעתנו, זה תיאור מלאכותי ומאולץ של המצב שנוצר. אף אזרח לא-נוצרי אינו נדרש "להגן על קדושת השבת הנוצרית", דהיינו, כביכול, ליטול חלק פעיל בסוג של אמונה או עבודה דתית שהוא מתנגד לה. כל שהוא נדרש הוא לסגור את העסק ביום ראשון, הגבלה רחוקה מכפייה על אדם "to affirm a specific religious belief or to manifest a specific religious practice".¹⁴⁷ נכון שאם אני יהודי או מוסלמי, דתי מתירה לי לעבוד ביום ראשון, אבל, בניגוד לדברי בית-המשפט,¹⁴⁸ אין נובע מכך שאם מונעים אותי מלממש זכות זו, פוגעים בחופש הדת שלי, שהרי איני נדרש לעשות דבר-מה הנוגד את מצוות דתי.¹⁴⁹ ניתן למצוא בפסק-הדין גם קריטיקון אחר, המבוסס על הצורך של המדינה להיות ניטרלית בין כל התרכיבות המצויות בה כדי לא לטעת במקצתן – בדרך-כלל תרכיבות המיעוט – תחושה של ניכור והדרה.¹⁵⁰ ברם, בלא קשר לשאלת תוקפו של אידיאל הניטרליות,¹⁵¹ לא ברור מדוע יהיה במסגרת אידיאל זה להגנה מפני הערפה דתית מעמד מיוחס בהשוואה להגנה מפני הערפות אחרות.¹⁵² אם סמליה של המדינה מבטאים סוג

Supra note 32 145

Lord Day's Act, R.S.C 1970, c. L-13 146

עניין *Big M*, *supra* note 32, at p. 106 147

Ibid, at p. 105 148

149 בית-המשפט העליון בדרום-אפריקה הכזין בין המקרה הקנדי לבין חוק שאוסר מכירת משקאות חריפים בימי ראשון (ה-*Liquor Act*), וטען שהאחרון אינו מהווה פגיעה בחופש הדת (*S. v. Solberg* 1997). לדעתנו, הטענה שלחוק הקנדי הנ"ל יש "חכלית דתית טהורה", בעוד שלחוק הדרום-אפריקאי אין כל כוונה "לקדם דת ספציפית כלשהי" (*ibid*, at p. 87), אינה משכנעת. מצד אחד, בשני המקרים מדובר בחוקים היונקים מחשיבותו של יום ראשון במסורת הנוצרית, והמבקשים לבטא חשיבות זו במישור הציבורי. מצד אחר, בשני המקרים אין כופים אדם להשתתף באופן פעיל בפולחן דתי או להחזיק באמונות דתיות שאינן מאמיין בהן, ובמובן זה אין פוגעים בחופש המצפון שלו.

150 ראו במיוחד האזכור של סעיף 27 לאמנה, המחייב לפרש אותה באופן שיכבד ויקדם "את המסורת הרב-תרבותית של קנדה" (*שם, שם*).

151 לדעתנו, המדינה אינה יכולה ואינה צריכה להיות ניטרלית לגבי תפיסות שונות של הטוב. ראו בכיוון זה רן, לעיל הערה 53, פרק 5, וכן בהרזבה אצל: *G. Sher Beyond Neutrality* (Princeton, 1997).

152 לביקורת רחבה על פסק-דין זה ראו *Von Heyking*, *supra* note 13, סעיף IV, הטוען כי פסק-הדין מראה שבית-המשפט תופס את עצמו ככוח מחלן בחברה ("a secularizing force in society"), תוך התעלמות מחשיבותה של הדת ומהאופי הדתי של החברה הקנדית (*ibid*, at p. 677), ש-90%

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

של העדפה לתרבות הרוב, למשל הדגל הישראלי המכבט זיקה ללאום היהודי, ולא ללאומים אחרים החיים במדינה, אזי ללאומים אלה עשויה להיות טענה בדבר היעדר ניטרליות והיעדר כבוד אליהם, אבל אין להם, נוסף על כך, גם טענה נפרדת בדבר "חופש מלאום". באותו אופן אין זה ראוי שתהיה לקבוצות חילוניות טענה נפרדת של חופש מדת נוסף על הטענה בדבר היעדר ניטרליות.

ההגבלות שאנו מציעים כאן לשימוש במושג חופש המצפון בהקשר החילוני, רוצה לומר בהקשר של החופש מדת, הואמות פרשנות מקובלת גם לגבי הגבלות בהקשר הדתי. כוונתנו לתפוסה כי חופש הדת חל על פעולות שהאדם הדתי מחויב לעשותן, ולא על פעולות שהדת רק מתירה לו לעשות. ברוח זו קבע בית-המשפט האמריקאי כי אף-על-פי שהדת המורמונית מתירה פוליגמיה, אין החוק נגד פוליגמיה פוגע בחופש הדת של המורמונים, שכן דתם אינה מחייבת אותם לשאת יותר מאשה אחת. בית-המשפט הישראלי אימץ גישה דומה בעניין *יוסיפוף*, שבו טען הנאשם בביגמיה כי החוק נגד ריבוי נשים (סעיף 181 לפקודת החוק הפלילי 1936) נוגד את חופש הדת שלו. בית-המשפט קבע כי הואיל ואין בהלכה צו דתי של ריבוי נשים, לא יכולה להיות כאן פגיעה בחופש הדת.¹⁵³ המקבילה החילונית להבחנה זו היא ההבחנה בין מעשים שהאדם החילוני חש מחויב לא לעשותם, משום שעשייתם מובילה לתחרות זיוף או שקר עצמי, לבין מעשים שהאדם החילוני אינו חש חובה לא לעשותם בשם האותנטיות, אך הוא מתנגד להם מסיבות שונות. רק ניסיון לכפות מעשים על הקבוצה הראשונה עשוי להצדיק טענה בדבר פגיעה בחופש המצפון.

לסיכום, אם מבינים את חופש הדת במסגרת חופש המצפון, ניתן ליצור הקבלה מסוימת וחלקית בין חופש הדת לחופש מדת רק במקרים שבהם אדם לא-דתי נכפה לעשות מעשה או להשתתף בטקס בעלי אופי דתי מובהק,¹⁵⁴ במיוחד כאשר המעשה או הטקס מכוננים אירוע משמעותי בחייו. במקרים אלה האדם חש שהוא מתנכר לעצמו, שהוא נוהג באופן בלתי-אותנטי, ובמובנים אלה ניתן לומר שמצפוננו נפגע. כפיית התנהגויות אחרות, כגון הגשת אוכל כשר בנסיבות מסוימות, הימנעות מנטיעה ברכב בכביש מסוים או הצלת אדם המצוי בסכנת חיים¹⁵⁵ אינה יכולה להתפרש באופן סביר כפגיעה בחופש המצפון, וממילא לא ניתן לטעון במקרים כאלה להגנה חוקתית על בסיס חופש מדת.¹⁵⁶ לא ראוי לתת לחופש מפני

מהאזרחים בה מדווחים שאלוהים "חשוב" או נעשה "חשוב יותר" בחייהם, ויותר משליש מהילדים מתחת לגיל שתים-עשרה נוכחים לפחות פעם בחודש בתפילות דתיות (*ibid.*, at p. 669).

153 עניין *יוסיפוף*, לעיל הערה 62, בעמ' 494 (מפי השופט לנדוי) ובעמ' 496 (מפי השופט זילברג).

154 השוו פסק-דין של בית-המשפט העליון בארצות-הברית כי כפיית עובד ציבור להצהיר על אמונה באלוהים נוגדת את חופש הדת. ראו: *Torcaso v. Watkins* 367 U.S. 488 (1961).

155 כוונתנו כמובן לחוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ב-1992, שיוס חבר-הכנסת חנן פורת משיקולים דתיים-מוסריים.

156 שאלה מרתקת, המחכה להכרעת בית-המשפט העליון בארצות-הברית, היא אם אמירת המילים "אומה אחת בחסות האל" בשבועת האמונים למדינה היא בגדר מעשה דתי, שהאזרחים – במיוחד תלמידים בבתי-ספר – זכאים להגנה חוקתית מפני כפייתו עליהם. הסבורים שמלות שבועה אלה הן לגיטימיות טוענים כי אף-על-פי שהן מחייכות לאלוהים, אין להן מובן דתי בהקשר זה, ומכאן שאמירתן אינה מעשה דתי, אלא מעשה לאומי המבטא נאמנות ומחויבות למדינה ולחוקה.

כפייה במקרים אלה מעמד מיוחס בהשוואה לחופש מכפייה שמקורה בתפיסות-עולם אחרות.¹⁵⁷

2. הגנות אחרות לחופש מדת

בסעיף הקודם בחנו את המושג חופש מדת על-פי המחשבה הרווחת כי חופש זה כלול בחופש הדת. התנגדנו למחשבה זו וניסינו להראות שהרציונלים הסומכים את חופש הדת אינם חלים על החופש מדת, למעט, במידה מוגבלת, הרציונל של חופש המצפון. בסוף הדברים טענו, שאין להניח מראש כי המצפון ייפגע מחוקים ותקנות בעלי אופי דתי יותר מאשר מחוקים ותקנות בעלי אופי אידיאולוגי אחר. ברם, ניתן לטעון שבכל-זאת יש משהו בעייתי במיוחד בחוקים דתיים שפוסל אותם מראש בשיח הפוליטי-המשפטי, וממילא מעניק מעמד מיוחד להגנה מפניהם. קו-טיעון זה מצוי אצל כותבים ליברליים מסוימים בארצות-הברית, הסבורים שביסוס חוקים על תפיסות דתיות הינו בלתי-לגיטימי ואף מנוגד לחוקה.¹⁵⁸ קנט גרינאוולט (Greenawalt) מעלה בהקשר זה שני טיעונים. ראשית, הוא טוען, התבססות על טיעונים דתיים עלולה ליצור באלה שאינם מסכימים לטיעונים הללו תחושה של ניכור עצמי ופגיעה בכבודם. הב' עלולים לחוש שמתייחסים אליהם כאל "אזרחים סוג ב".¹⁵⁹ תחושת הפגיעה בכבוד קשויה למסר החיובי אצל המסתמכים על טיעונים דתיים, כאילו יש להם גישה לאמת הבסיסית על-אודות המציאות, שאחרים לא זכו בה למרבה הצער:

At least for many religious arguments, the speaker seems to put himself or herself in a kind of privileged position, as the holder of a basic truth that many others lack. This assertion of privileged knowledge may appear to imply inequality of status that is in serious tension with the fundamental idea of equality of citizens within liberal democracies.¹⁶⁰

157 לאור כל זאת יש לדחות את טענתו של כרק בעניין שביט כי הפגיעה "הקשה והממשית" בכבוד האדם הכרוכה בהגבלת החריטה על מצבו "נעשית חריפה יותר, כאשר המניע לה הוא מה שנתפס בעיני הנפגע ככפייה דתית" (עניין שביט, לעיל הערה 2, פסקה 10 לפסק-דין). אם המניע של המחוקק או הרשות המנהלית אכן משפיע על עוצמת הפגיעה בכבוד, לא ברור מדוע מניע דתי מחריף את הפגיעה בהשוואה למניעים אחרים. (ניתן, אגב, לחשוב בנקל על טיעון המבסס מסקנה הפוכה, דהיינו שהמניע הדתי מקל את עוצמת הפגיעה: אם החילוני מבין שהגבלה מסוימת נובעת משיקולים דתיים, הוא עשוי להתייחס אליה ביתר הבנה על-סמך דמחשבה שהגבלה אינה נובעת מתוך כוונה רעה, אלא מתוך כורח מצפונם של חברי-הכנסת הרתיים או יזרבינים.)

158 הטענה על ניגוד לחוקה נסמכת או על פרשנות מסוימת ל-"free exercise of religion" ככולל גם את החופש מדת, או על הפסקה האחרת בחיקון הראשון בענייני דת, זו האוסרת מיסוד. כדאי להעיר שבין שתי פסקות אלה קיים מתח פנימי. מצד אחד, החוקה אוסרת מיסוד של דת, ובכך, לכאורה, היא אוסרת על המדינה לקדם דת כלשהי. מצד אחר, החוקה מבטיחה קיום תופשי של עבודה דתית, ובכך היא מבטאת לכאורה העדפה כזאת.

K. Greenawalt *Private Consciences and Public Reasons* (New York, Oxford U. P., 1995) p. 132

Ibid, at p. 157 160

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

היומרה להחזיק בידע ייחודי מעמיקה איפוא את התחושה של היעדר הכבוד השווה בקרב אלה שאינם שותפים לידע זה.

ברם, כפי שטען מיכאל פרי בצדק, טיעון זה אינו משכנע. לא ברור מדוע הסתמכות על טיעונים דתיים גרועה מהסתמכות על טיעונים חילוניים, שהרי בשני המקרים אדם עשוי להתנגד להם בכל מאורד. באופן כללי יותר: העובדה שפלוני אינו מסכים לעמדה שאחר מבטא אינה גוררת שהחזקה בעמדה זו היא פגיעה בכבודו, או שהיא מסיבה לו תחושת ניכור עצמי. לגבי הטענה בדבר ידע ייחודי, הרי, כדברי פרי, גם טיעונים חילוניים רבים מציגים לכאורה את בעליהם כבעלי ידע ייחודי – על-אודות טבע האדם, מבנה החברה וכדומה.¹⁶¹

הטיעון השני שגרינאוולט מעלה מבוסס על הנזק שעלול להיגרם לדעתו כתוצאה מתחושת אי-השוויון והניכור שלעיל. תחושה זו אינה עתידה אומנם להניב אלימות של ממש, אבל היא עלולה ליצור מתחים חברתיים ולהחליש את הסובלנות והכבוד ההדדי בחברה. טיעון זה שייך למשפחה ענפה של טיעונים שלפיהם, מטעמים שונים, הדת מסכנת את החברה.¹⁶² תשובתו של פרי לטענה זו היא שהתכונות במאות שנים של השפעה דתית על הפוליטיקה בארצות-הברית מלמדת כי החשש מוגזם, או בלשונו הציורית, "השמים טרם נפלו" למרות המעורבות הרבה של הדת בפוליטיקה האמריקאית. יתר על-כן, כפי שציין מקנול, אי-היציבות החברתית שהולידו המחלוקות בענייני דת לא התקרבה לזו שנבעה ממחלוקות פוליטיות חריפות סביב נושאים כגון מלחמת וייטנם, הפרדה גזעית, קומוניזם, התאגדויות מקצועיות או עבדות,¹⁶³ והלוא איש אינו מעלה על דעתו להגביל את השימוש בטיעונים שהצמיחו מחלוקות אלה. צודק גם לורנס סולום (Solum) בטענתו כי התנאים במשטרים הדמוקרטיים המודרניים שונים באופן כה משמעותי מן התנאים שעוררו את מלחמות הדת במאה השש-עשרה עד שאין אנו צריכים עוד לראות במחלוקות דתיות מקור משמעותי לקונפליקטים אזרחיים.¹⁶⁴ בהיעדר ביסוס אמפירי ממשי לחששות מפני נטייה מיוחדת של הדת לעורר מחלוקות ומדנים במשטרים אלה,¹⁶⁵ אין צירוף לנקיטת עמדה, שהינה מרחיקת-לכת מבחינה ליברלית, המגבילה את השימוש בטיעונים דתיים במישור הפוליטי והמשפטי. באופן כללי, קשה לקבל טענות גורפות לגבי השפעתה המועילה או המזיקה של הדת בלא להתייחס לזהותה של הדת שמדובר בה ולתנאים הפוליטיים והתרבותיים בזמן נתון.

זאת ועוד: גם אילו היה זה נכון שלדת יש פוטנציאל מסוכן במיוחד מבחינה חברתית, לא ברור אם נובע מכך שיש להגביל אותה, או להיפך, לבצר את חירותה. הטיעון הנידון כאן, המבקש להעניק מעמד מיוחד לחופש מדת, מקבל את האפשרות הראשונה. אחרים הסיקו את האפשרות השנייה דווקא, וטענו שכיבוד חופש הדת נחוץ לשמירת הסדר החברתי מפני

M. Perry *Religion in Politics: Constitutional and Moral Perspectives* (New York, Oxford U. P., 1997) 50-51

162 ראו גם המקורות הנזכרים בהערה 15 לעיל.

M.W. McConnell "Political and Religious Disestablishment" (1986) *BYU L. Rev.* 405, 413

L.B. Solum "Faith and Justice" 39 *DePaul L. R.* 1990 1083, 1096

164 כמובן שאין אנו כופרים בכך שבאופן כללי, יש בדת גם פוטנציאל לקונפליקט, אלימות והרס, ואירועי ה-11 בספטמבר מהווים תזכורת כואבת למי ששכח זאת.

שאחרת תניע הדומיננטיות של הרוב החילוני את הדתיים להתנהגות אנטי-חברתית שתערער את היציבות ואף לאלימות.¹⁶⁶

עד כאן טיעוניו של גרינאוולט. טיעון אחר להענקת הגנה מיוחדת מפני חוקים שמקורם דתי עשוי להתבסס על ההנחה ששיקולים דתיים אינם לגיטימיים בשיח הציבורי והמשפטי במדינה ליברלית. לפי הנחה זו, השיקולים שמותר להשתמש בהם הם רק כאלה שעשויים, עקרונית, להיות מובנים לכל חבר בקהילה הפוליטית, כאלה שהוא עשוי, באופן עקרוני, לשקול לקבלם. ואילו השיקולים הדתיים, ממשיך הטיעון ואומר, הם כאלה שאינם נגישים למי שאינו מאמין, ולכן אינם לגיטימיים.¹⁶⁷ פירושו של דבר כי בניגוד לאמור לעיל, יש משהו מיוחד בחוקים דתיים, בהשוואה לחוקים "אידיאולוגיים" אחרים, שפוסל אותם מלהשתתף בשיח המשפטי, ובהתאם לכך יש צורך מיוחד בהגנה מפני חוקים "דתיים" הפוגעים בחירות בהשוואה לצורך בהגנה מפני חוקים אחרים העושים זאת. דהיינו: כפייה דתית מטרידה יותר מכפייה אחרת, ולכן יש לספק הגנה מיוחדת מפניה.

טיעון זה עורר דיון נרחב בספנות המשפטית בארצות-הברית, שלא נוכל לעסוק בו כאן.¹⁶⁸ לצורך הדיון הנוכחי די בכך שנאמר כי גם אילו היה הטיעון תקף, הרי שבמציאות הממשית קשה למצוא מקרים שבהם נעשה ניסיון לבסס חקיקה או פסיקה על טיעון דתי מובהק, כגון "אלוהים אמר שאסור לעשות X" או "כך כתוב בספר ויקרא".¹⁶⁹ הטיעונים שמפלגות או גופים דתיים מעלים בשיח הציבורי והפוליטי הם תמיד כאלה שעשויים להתקבל גם על דעתו של הלא-מאמין, טיעונים שאינם קדם-מניחים הנחות תיאולוגיות. למשל, בהקשר הישראלי, איננו מכירים ולו מקרה אחד שבו העלו דוברים דתיים את הדרישה לאמץ חוק X או להתקין תקנה X מפני שכך ההלכה אומרת. הנימוקים שהם מציעים הם כאלה שעשויים עקרונית להתקבל גם על דעתו של החילוני, ואכן הם מתקבלים לעיתים קרובות. מדובר בשני סוגי נימוקים: האחד, נימוקים לגבי האופי היהודי של המדינה, שהבסיס המוצע להם הוא לאומי או תרבותי, לא דתי. במסגרת נימוקים אלה מושם דגש בהגדרתה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית, שהינה מקובלת מאז ומעולם על הציגונות החילוניות.¹⁷⁰ הסוג האחר של נימוקים מתמקד בזכויות שונות של הציבור הדתי – לאוטונומיה מסוימת בתוך אזורי המגורים שלו, להגנה מפני פגיעה ברגשותיו וכך הלאה.

166 סמית' מכנה רציונל זה לחופש הדת 'The Civil Strife Rationale', והוא סבור שיש לדחותו. ראו: *Smitli, supra note 107, at pp. 207-210*.

167 טיעון זה מצוי בגרסות שונות אצל זוגים ליברליים שונים. ראו: J. Rawls *Political Liberalism* (New York, 1993) 212-254; C. Sunstein "Beyond the Republican Ideal" 97 *Yale Law Journal* (1988) 1539; Suzanna Sherry "Enlightening the Religion Clauses" *The J. of Contemporary Legal Studies* (1996) 473.

168 לביקורת רחבה ומאלפת על טיעון זה, ראו לאחרונה: Weithman *Religion and the Obligations of Citizenship*, *supra note 17*.

169 זו דוגמה של פרי לטיעון כזה – הנמקת חוק נגד הומוסקסואליות בטענה שספר ויקרא אוסר זאת. ראו פרי, לעיל הערה 161, בעמ' 45.

170 ראו, למשל, ע"פ 7182/98 יורי שמוקלר נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי כז(2) 199, שבו טען בית-המשפט בהרחבה כי חוק-עזר עיוני האוסר מכירת תזיר לא נועד לשרת תכלית דתית, אלא תכלית לאומית.

על כך ניתן להשיב שאף שבמישור הגלוי, הנימוקים שדוברים דתיים מסתמכים עליהם הינם בעלי אופי כללי, מה שמניע אותם באמת הוא טעמים דתיים, ואלה – כאמור לעיל – אינם שחקנים לגיטימיים במגרש הציבורי. אבל התעסקות זו במניעים הנסתרים של יחידים או גופים המעלים טענות במישור הציבורי הינה בעייתית. אם הטענות שפלוני מעלה מוצלחות ומשכנעות, לא ניתן לדחותן רק על רקע החשד שמניעים פסולים ביסודן, ואם אינן משכנעות, לא ניתן לקבלן גם אם נשתכנע שמניעיהן טהורים. נוסף על כך, בעקבות הוגים כפרויד, פוקו ואחרים למדנו להיות חשדניים כלפי ההסברים הרציונליים שבני-אדם מציעים להתנהגויותיהם ולאמונותיהם וכלפי הטענות שהם מעלים כשיח הציבורי. גם דיונים משפטיים הינם רציונליים רק ברובד מסוים, בעוד שברובד עמוק יותר הם מושפעים ממאבקי כוח ומנסינות לקדם אינטרסים של קבוצות ספציפיות. האסכולות הביקורתיות השונות במאה העשרים הגזימו לעיתים בתיאור מציאות זו, אבל הן לא טעו לחלוטין. סיכומו של דבר, אם המניעים הנסתרים העומדים ביסוד חלק גדול מהעמדות בשיח הפוליטי והמשפטי – השאיפה לכוח, מין, כבוד, אינטרסים מגזריים – אינם פוסלים אותן, לא ברור מדוע יפסלו המניעים הנסתרים את העמדות הרלוונטיות דווקא במקרה הדתי.

הסברנו לעיל את הקושי בביצור מעמד מיוחד למצפנו של הדתי בהשוואה למצפונם של אחרים. עתה ניתן לראות שעקרון השוויון, הממלא תפקיד מרכזי בטענה שהדת אינה ראויה להגנה מיוחדת יתר על פעילויות ומוסדות אחרים, מוליך גם למסקנה שהיא אינה ראויה להגנה פחותה מהם. רשאיית היא להתמודד בשדה הפוליטי והמשפטי לקידום הצרכים והאינטרסים שלה באמצעות חקיקה או פסיקה. העובדה שהחקיקה או הפסיקה אינן מוצאות חן בעיניו של אזרח פלוני או אלמוני או בעיני קבוצה כזו או אחרת אינה מכוננת שיקול נגדן יותר מאשר בכל מקרה אחר שבו חקיקה או פסיקה נחפסות כשגויות, מקוממות או טיפשיות. הענקת הגנה מיוחדת לאזרחים מפני חקיקה דתית מרגיזה בהשוואה לחקיקה מרגיזה אחרת הרי היא הפליית הדת לרעה, ועקרון השוויון אינו יכול לאפשר זאת.¹⁷¹

לסיום הדיון במושג חופש מדת ברצוננו להדגיש שקבלת עמדתנו בדבר הכוח המוגבל שראוי לתת למושג זה אין פירושה הותרת הציבור החילוני בלא משאבים להגנה מפני חוקים או מעשים שנתפסים על-ידו כמגבילים את חירותו. דוגמה טובה ניתן להביא מפסקי-דין שבהם פסל בית-המשפט הגבלות שונות על מסחר במזון: "ייבוא (עניין מישראל)", גידול (איסור גידול חזיר¹⁷²) או מכירה (התגיית רשיון לאטליו באי-מכירת בשר לא-כשר¹⁷³). לדעת רובינשטיין, בכל המקרים הללו הפסילה קשורה כרעיון של חופש מדת, ולפחות בעניין

171 הפליה זו מעוררת לעיתים תחושה של עוינות של ממש ביחס לדת. לטיעון מקיף על קיומה של עוינות כזו בבית-המשפט העליון בארצות-הברית, ראו מאמרו הפרובוקטיבי והמאלף של: F. Gedicks "Public Life and Hostility to Religion" 78 *Virginia L. Rev.* (1992) 671 בארץ, אלא גם בארצות-הברית, קבוצות דתיות מרגישות לעיתים קרובות שהן מודרות ומנוכרות מהחיים הציבוריים ואינן זוכות ביחס הראוי בבית-המשפט, ראו 4-6 *ibid.* לביטוי נוסף של תחושה זו, ראו: D.M. Smolin "Regulating Religious and Cultural Conflict in a Postmodern America: A Response to Professor Perry" 76 *Iowa L. Rev.* (1991) 1067.

172 ראו בג"ץ 105/54 לורוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40.

173 ראו בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש עיריית נתניה, פ"ד ח 1524.

מיטראל הדברים מפורשים.¹⁷⁴ אלא שלעניות דעתנו, לא היה צורך בעיקרון של חופש מדת כדי לקבל את טענת העותרים בפרשות אלה. היה ניתן לקבל את עמדתם, בין השאר, על בסיס הפגיעה לכאורה בחופש העיסוק, והדברים אמורים במשנה תוקף אחרי קבלת חוק-יסוד: חופש העיסוק, התשנ"ב-1992, ששדוג את מעמדה של זכות זו.

ד. חופש הדת וחופש מפגינה ברגשות דתיים

כפי שנאמר בפתיחה, ההגנה על חופש הדת נתפסת כחשובה יותר מאשר ההגנה מפני פגיעה ברגשות דתיים. משמעות הדבר היא נ"י אדם או גוף דתי שיפנה לבית-המשפט כדי לקבל סעד ינסה קודם-כל לתמוך את יתדותיו בפגיעה על פגיעה בחופש הדת, ורק כאפשרות חלופית, או כחזוקה נוסף, ינסה להתבסס על הפגיעה ברגשות. אבל לטענות על פגיעה ברגשות יש כוח מוגבל למדי, במיוחד כאשר מדובר בפגיעות אנכיות, כלומר מקרים שבהם הסבת כאב רגשי לדתי אינה כלל חלק מהטעמים שמניעים את הדילוני להתנהגות הנתפסת כפוגענית. כך, למשל, בעניין כביש בר-אילן: אף לא אחד מהטעמים המניעים את החילוני (או הלא-יהודי) להשתמש בכביש בשבת הוא הפגיעה הרגשית שתיגרם בשל כך לדתיים הגרים בשכונת לו. כהכנה לדיון, ברצוננו לחזור ולהבליט את המבנה הבסיסי של פגיעה ברגשות דתיים. בפגיעות כאלה קיימים בדרך-כלל שני רבדים, שאחד מהם טפיל ביחס לאחר. כאשר A פוגע ברגשותיו הדתיים של B באמצעות מעשה X, הוי שמעשה X עצמו מהווה הפרעה ל-B, הנובעת מאמונתו הדתית של זה. הואיל ו-B מפרש את ההפרעה הזאת, בהקשר נתון, כביטוי לזלזול או לחוסר התחשבות, B לא יק סוכל מן ההפרעה הישירה הכרוכה בהתנהגות הנ"ל, אלא גם נעלב, חש שכבודו נפגע. למשל: כאשר רב רואה אשה בלבוש לא-צנוע ברחובות תל-אביב בסתם יום של קיץ, הוא לא ימשיג את המקרה כ"פגיעה ברגשות" ולא יחוש עלבון או פגיעה בכבוד. הפרעה תהיה כאן, אבל לא פגיעה ברגשות. לעומת זאת, אם אשה באה להתייעץ עם הרב בלשכתו כשאין היא לבושה בצניעות, הרב יחוש פגיעה (או הפרעה) כפולה: ראשית, אותה הפרעה שהיתה לו במקרה הקודם, זו הנגרמת לאדם הסבור שיש לרסן את היצרים המיניים כאשר הוא נתקל בסיטואציה מגדה מבחינה מינית; אבל נוסף על כך הוא יחוש גם כעס ועלבון, שהם תוצאות המחשבה שבנסיבות הללו מוטלת על האשה חובה מיוחדת להימנע מההפרעה הנ"ל. הנחתו של הרב היא שהאשה יודעת שלבוש לא-צנוע מפריע לו, ולכן, אם בכל-זאת התלבשה כך, אין לכאבו כל משקל בעיניה, ואולי גרוע מכך, היא פועלת בכוונה להכאיב לו. המשקל הנורמטיבי של טענות על פגיעה ברגשות תלוי במוצדקות הציפיות של האדם הדתי לגבי ההימנעות מן ההתנהגות המפריעה בהקשר הנתון. הואיל ומדובר בהתנהגות שאין כוונתה לגרום הפרעה לדתי, והואיל ובכל מקרה ההפרעה אינה קריטית, איש אינו מעלה על דעתו למנוע איתה ברשות הרבים (לאסור הליכה בלבוש לא-צנוע בחוצות תל-אביב). השאלה היא אם ובתחום גיאוגרפי נתון – הבית, השכונה, היישוב, בית-הכנסת – יש לאדם דתי בסיס (מוטרי או אף משפטי) למנוע התנהגות כזאת, והתשובה על כך תלויה בתפיסתו לגבי מעמדו של האדם (או הציבור) הדתי בתחום זה.

174 לעיל הערה 61, בעיקר בפסק-דינו של השופט אור.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

מבחינת נוכחותם של שני הרברים כמוסבר, המקרה של הלכוש הלא-צנוע שונה מהמקרה של חבישת כיפה. רב הולך בחוצות תל-אביב ורואה גברים יהודיים רבים הולכים בגלוי-ראש. המראה אינו גורם לו הפרעה, אלא אם הוא עושה מאמץ מיוחד לחשוב על המצב הכללי העגום (לפי תפיסתו) של עם ישראל, שאינו שומר מצוות. בכל מקרה, אין כאן הפרעה ישירה כמו זו הנגרמת לו מהיתקלות באשה בלבוש לא-צנוע. היעדר הפרעה זה נכון גם אם הרב נפגש עם חילוני גלוי-ראש בארבע עיניים לעניין כלשהו, נניח בא לפגישה אצל רופא המשפחה שלו. עצם המראה של יהודי גלוי-ראש אינו בגדר הפרעה. עתה נניח שאדם חילוני, פוליטיקאי למשל, בא לביתו של הרב כדי להיוועץ עמו בעניינים פוליטיים. אם החילוני נכנס לבית גלוי-ראש, היש לרב בסיס להתלונן על פגיעה ברגשותיו? היש לו בסיס להיעלב? אם ההתנהגות שעל הפרק – הליכה בגלוי-ראש – אינה מהווה הפרעה כשלעצמה, אי-הימנעות ממנה אינה צריכה להיתפס כביטוי לחוסר התחשבות. קשה לא לחשוך שביסוד ציפיתו של הרב שהחילוני יחבוש כיפה בכואו אליו עומד סירוב עמוק לקבל את אורח החיים החילוני.

ההבדל הכולט בין טענה על פגיעה בחופש הדת לבין טענה על פגיעה ברגשות דתיים הוא שהראשונה אינה כוללת כל התייחסות לכאב רגשי ואינה מצפה לסעד רק משום שליחיד כלשהו, או לקבוצה כלשהי, יש רגשות כואבים. אחת ההשלכות של הבדל זה היא שטענות על פגיעה בחופש הדת אינן מסתככות בצורך להשוות את הכאב הרגשי של הדתיים לזה של החילונים המעורבים בעניין. מי שמבקש שיכבדו את חופש הדת שלו מבקש שיאפשרו לו לקיים את חייו הדתיים באופן שלם ובלא הפרעה. מי שמבקש שלא יפגעו ברגשותיו מבקש שלא יסבו לו כאב רגשי. אלה איפוא טענות בעלות מיקוד שונה.

עם זאת, יש גם קרבה רבה בין המושגים המסבירה מדוע לא תמיד קל להבחין ביניהם. ראשית, כפי שהסברנו זה עתה, טענות על פגיעה ברגשות נסמכות על הפרעה ישירה כלשהי, שאותה עצמה לא כדאי לחזור ולהמשיג במונחים של פגיעה ברגשות. אם דתיים מתלוננים שנסיעת מכוניות ליד בית-הכנסת שלהם בשבת פוגעת ברגשותיהם הדתיים, עלינו לשאול מהי הפרעה שאי-הימנעות ממנה מצמיחה כאב רגשי זה. נניח שההפרעה היא יצירת קושי לבאי בית-כנסת להתרכז בתפילתם.¹⁷⁵ אבל הפרעה לקהילה הדתית לקיים את פולחנה בתוככי בית-התפילה שלה נראית קרובה מאוד לפגיעה בחופש הדת, במיוחד במובנו כזכות לתרבות.¹⁷⁶ יוצא שהטענה לפגיעה ברגשות דתיים במקרה זה מסתמכת בעצם על טענה לפגיעה בחופש הדת.

175 ראו למשל בג"ץ 174/62 הליגה למניעת כפייה דתית נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד טז(4) 2665, 2668, ועניין חורב, לעיל הערה 1, בעמ' 24.

176 לאחרונה הוגש כתב-אישום נגד חמישה אנשים מעמותת "דעת אמת" שחילקו עלונים וחומר הסברה של עמותתם בכמה בתי-כנסת וישיבות בבני-ברק (ת.פ. 2623/03). מטרת העמותה היא, בין השאר, להראות לציבור החרדי שהתורה אינה אלוהית, "ועל ידי כך לשחררו מכבלי ההלכה". האישום הרלוונטי היה הפרת סעיף 447 לחוק העונשין (הסגת-גבול). בא-כוח הנאשמים ביקש לסגור את התיק על בסיס הטענה שבית-כנסת הוא מקום ציבורי על-פי טבעו, ולכן לא ניתן מושגית להסיג את גבולו, ולגבי הפגיעה ברגשות הדתיים הוא הסתמך על האמור בסטטמן "פגיעה ברגשות דתיים", לעיל הערה 6, בעמ' 184, שאין לאסור השמעה או פרסום של דברים רק בשל עצם העובדה שהם גורמים לפלוגי כאב רגשי. תודתנו לעורך-דין שחר אלדר שהואיל להמציא לנו עותק מבקשת הסגירה של התיק.

שנית, אם מבינים את חופש הדת במונחים של חופש המצפון, טבעי לתאר את הפגיעה בחופש הדת במונחים של הסבת כאב רגשי או מצוקה רגשית כתוצאה מהכרח לפעול בניגוד למה שהמצפון מורה. בנסיבות כאלו סביר שיתעיררו אצל הנכפה גם תחושות של חוסר כבוד, בשל העובדה שמזלזלים באמונתו העמוקות ביותר. לפי זה, פגיעה בחופש הדת היא באחת גם פגיעה ברגשות דתיים.

נקודת קרבה נוספת בין פגיעה ברגשות דתיים לבין פגיעה בחופש הדת נוגעת בהקשר ההיסטורי של השימוש במושגים אלה. כפי שהוסבר ב"פגיעה ברגשות דתיים", הרווחות של טענות על פגיעה ברגשות דתיים בעולם המערבי קשורה במעמדה השולי של הדת, שלאחר אובדן ההגמוניה שלה, היא "שרויה ואיום תרבותי מתמיד מצד החברה החילונית. איום זה חודר שלא מרצון לליבותיהם של אנשים דתיים, ומערער באופן זה או אחר את ביטחונם באמיתות דתם... ערעור זה מסביר את הפגיעות הכולטת של אנשים אלה מהתנהגויות ומהתבטאויות של בני החברה השלטת, החילונית".¹⁷⁷ גם חופש הדת, כאשר מבינים אותו במונחים של הזכות לתרבות, קשור, כפי שראינו, להיותה של הדת תרבות מיעוט הזקוקה להגנה מיוחדת כדי לשרוד מול הדומיננטיות של התרבות החילונית.¹⁷⁸ ההבדל הוא שלגבי פגיעה ברגשות דתיים, המעמד המאיים של הדת משמש הסבר לצמיחתם, אך לא צידוק להעניק להם הגנה מיוחדת, ואילו לגבי פגיעה בחופש הדת, מעמד זה אמור לספק צידוק נורמטיבי להגנה כזאת.

לגבי שני המושגים הנידונים אנו מניחים, כפי שעוד יודגש בהמשך, שאין לקבל את טענות הדתיים בלא בחינה ביקורתית. כאשר אדם טוען שחופש הדת שלו נפגע, עליו לשכנע את בית-המשפט לא רק שהוא חש סובייקטיבית שהתרחשה פגיעה כזאת, אלא שלתחושתו יש בסיס ממשי, כלומר שאכן מדובר בכפייה להפרי את מצוות הדת או בהפרעה ממשית לתרבות הדתית. כך גם לגבי הפגיעה ברגשות: כאשר אדם טוען שרגשותיו הדתיים נפגעו, עליו לנסות להסביר מדוע הכאב הרגשי אינו רציונלי,¹⁷⁹ מדוע ראוי שנגביל אחרים כדי למנוע אותו. ככל שהסבר זה ישכנע, וכן יגדל הסיכוי שהדתי יקבל את אשר הוא מבקש, אם כי היסוד של הכאב הרגשי נעשה אז מיותר כמעט. אם ההסבר אינו משכנע, כוחו של הדתי לבקש הגבלות כאלה חלש, אף כי הישערה אינו סגור לחלוטין לפני בקשות כאלה. אם מדובר בהפרעה מעיקה לאדם הדתי ובהגבלות פעוטה לחילוני, אין לשלול התחשבות באדם הדתי גם אם הטעמים לכאב הרגשי אינם חזקים במיוחד.

ה. קריאה ביקורתית של פסקי-הדין בנושא

נפנה עתה לניתוח ביקורתי של כמה פסקי-דין מובילים בארץ בתחום הנידון. נבחן לגבי כל אחד מפסקי-דין אלה, את הרלוונטיות של חופש הדת, חופש מדת וההגנה מפני פגיעה ברגשות דתיים.

177 "פגיעה ברגשות דתיים", שם, בעמ' 141.

178 ראו לעיל, ליד הערה 40.

179 לאחר עשוריים של דיון אינטנסיבי בטכעם של הרגשות, דומה שאין חולק כי יש בהם היבטים רציונליים חשובים. ראו, למשל: R. de Sousa *The Rationality of Emotion* (MIT Press, 1987).

1. עניין חורב

האם נסיעת מכוניות ברחוב בראילן בירושלים בשבת, בלב שכונות חרדיות, פוגעת בחופש הדת של הדתיים הגרים באיזור (או של הקהילה הדתית כולה)? בוודאי לא במובן של פגיעה בחופש המצפון, שהרי הדתיים אינם מחויבים לחלל שבת ושמירתה אינה נמנעת מהם. רבבות שומרי שבת גרו בעבר וגרים כיום באיזורים שמכוניות נוסעות בהם בשבת, ואיש לא העלה את הטענה שנסיעות אלה מכריחות אותם להפר את ההלכה או שמצב זה מהווה התקפה על יושרתם. אם יש כאן פגיעה בחופש הדת, היא יכולה להיות רק פגיעה בחופש הדת במובנה כזכות לתרבות, ובמובן זה, הטענה לחופש דת נשמעת סבירה. הדגשנו לעיל שמשכנה הטבעי של זכות זו הוא במקרים שקיימת בהם הפרעה לחייה של הקהילה הדתית בתוך המרחב הגיאוגרפי שלה.¹⁸⁰ הפרעה כזאת מקשה עליה לקיים את האווירה הנחוצה כדי לשמור ולפתח את תרבותה. במקרה הנידון: הואיל ורחוב בראילן עובר באיזור המאוכלס כמעט כולו בחרדים, הוא נתפס בעיניהם כחלק מ"הבית" שלהם, כרשות הרבים של קהילתם, שזכותם לעצב אותה עולה על זכותם של אחרים.

יישום זה של הזכות לתרבות שייך לקטיגוריה של הגבלות על אלה שאינם חברים בקהילה הרלוונטית, הגבלות שנועדו לסייע בשמירת תרבותה. לדעת לוי, הדוגמה הבולטת להגבלות כאלה היא האיסור על שלטי פרסומת באנגלית בקוובק.¹⁸¹ דוגמה נוספת היא זכותה של קהילה דתית, כגון קהילת האמיש, להתנגד להכנסת חומר פורנוגרפי לאיזור המגורים שלה בשל האיום של חומר זה על ערכיה.¹⁸² במקרים כאלה, טוען לוי, הצדקת ההגבלה המבוקשת תלויה בכך שיוכת כי ההגבלה תתרום באופן משמעותי לקהילה הרלוונטית וכי החירות הנפגעת אינה בעלת ערך גבוה מדי. לדעתנו, תנאים אלה התקיימו בפרשת כביש בראילן. סגירת הכביש לתנועה בשעות מסוימות בשבתות ובחגים אינה בגדר הפרעה משמעותית לאורח חייהם של הנוסעים בשבת, שנאלצים להאריך את דרכם בדקות ספורות בלבד, כך שמחיר סגירתו של הכביש פעוט. לעומת זאת, כמונחים של הקהילה הדתית, סגירת הכביש, לפחות באופן חלקי, בשבתות היא תרומה משמעותית הן לאווירת השבת והן, באופן כללי יותר, לתחושת הקהילה הדתית כי מכבדים את קיומה הנפרד ואת תרבותה ועושים מאמץ להניח לה לפתח אותה בלא הפרעה. באיזון בין שיקולים אלה נוטה הכף, לדעתנו, לטובת הדרישה הדתית.

האם סגירת הכביש היתה פגיעה בחופש מדת של הנהגים החילוניים (או הלא-יהודיים)? כבר ענינו על כך בשלילה לעיל, בסעיף 11, כאשר אמרנו שלא ניתן לקבל שחוק האוסר לנסוע בשבת דרך איזור מסוים פוגע בחופש המצפון של החילונים (או הלא-יהודים) המבקשים לעבור שם בשבת. כפייה לנסוע מדרך A במקום מדרך B אינה מתקרבת אפילו לכפייה להשתתף בטקס דתי, ולכן אין מקום להגנה מיוחדת מפניה,¹⁸³ מעבר להגנות הרגילות שיש לאזרח במדינה ליברלית מפני הגבלות על חייו ועל האוטונומיה שלו.

180 ראו לעיל, ליד הערות 81-83.

181 Levi, *supra* note 77, at p. 34

182 A. Buchanan *Secession: The Legitimacy of Political Divorce* (Boulder, Co., Westview Press, 1991) 59. *Levi, ibid*

183 השו דברי השופט טל, הטוען כי שאלת החופש מדת אינה מתעוררת כלל, שכן "אין השר מנסה, חלילה,

לגבי הפגיעה ברגשות הדתיים במקרה הנידון, העניין נותח בהרחבה ב"פגיעה ברגשות דתיים"¹⁸⁴ כדוגמה לשימוש הבעייתי במושג זה. בקיצור נמרץ, הגיתוח הראה שהרגשות הפגועים של התושבים הדתיים היו צייתים למלא תפקיד שולי בלבד בדיון, בדיוק כמו זה של הרגשות הפגועים של החילונים. לעצם הכאב הרגשי של הדתיים מהנסיעה בכביש בר-אילן אין משקל נורמטיבי שדי בו לתבוע לסגור את הכביש, אלא אם תביעתם תיתמך בטיעונים משכנעים לגופו של עניין, ואם טיעוניהם כאלה הם בנמצא – כפי שאנו אכן סבורים – אזכור הכאב הרגשי אינו נחוץ עוד.

שני שיקולים נוספים העלו השופטים נגד סגירת הכביש, ושניהם נראים לנו לא-משכנעים. הראשון הוא החשש נני בעקבות סגירת רחוב בר-אילן ייסגרו רחובות נוספים בירושלים או בערים אחרות. השופט חשין ביטא חשש זה בחריפות, באומרו: "עד עתה נסגרו כבישים אחד לאחד, כל אחד מהם לעצמו – זעיר-שם זעיר-שם – ומעתה ואילך יכתב ספר תורה מיוחד לסגירתם של כבישים. ונמו כבישים לא נסללו, לא נכבשו ולא נפתחו אלא כדי שנעמוד עליהם לסוגרם. סגירת כבישים לא עוד תהא מעשה חריג ויוצא-דופן, כשהייתה עד כה; סגירת כבישים תהא הנורמה וכוה נחיה."¹⁸⁵ אבל הרי הטעם שלעיל, שעשוי להצדיק את סגירת רחוב בר-אילן, אינו תקף לגוי רחובות העובדים בשכונות מעורבות, ומדוע נחשוש שסגירת כבישים תהיה "הנורמה שבה נחיה"? ואם מדובר באיזורים שאכן מאוכלסים במלואם כמעט באנשים דתיים, מדוע אבסורד לחשוב שאכן יהיו סגורים בשבת לתנועת מכוניות? לב העיר בני-ברק ורוב רחובותיה סגורים כידוע לתנועת מכוניות בשבתות וחגים זה שנים הרבה, והדבר לא גרם "לכחוב ספר תורה מיוחד לסגירתם של כבישים" בבני-ברק עצמה או ברמת-גן, באיזורים שהאוכלוסייה הדתית בהם אינה הרוב.

השיקול השני נגד סגירת הכביש הוא חופש התנועה. אבל הרעיון שכפייה על אדם לנסוע ביום מסוים מדרך A במקום מדרך B היא פגיעה בזכות היסודית של חופש התנועה נשמע מוגזם. בעניין זה אין ספק שהצדק עוז חשין:

האמנם זו חירות התנועה בענייננו-שלנו? אתקשה לומר כן. ראשית לכול, האיסור המיועד אינו חל אלא על הנסיעה ברחוב בר-אילן. רשאי אדם להיכנס לרחוב בר-אילן ובלבד שיהלך על רגליו. שנית, משך הנסיעה בדרך החלופית אינו רב אלא במעט-טקט ממשך הנסיעה ברחוב בר-אילן. בצרפנו את הדברים אלה אל אלה, נתקשה להימנע ממסקנה כי ענייננו לא יבוא אלא בשולי חירות התנועה: רחוק הוא מן הלוח, ועוצמתו כעוצמת זכות מן-שוליים.¹⁸⁶

2. עניין שביט

האם היתר למשפחתו של נפטר לחרוט על המצבה את תאריכי הלידה והפטירה על-פי הלוח הכללי היא פגיעה בחופש הדת כשזה מובן במובנים של חופש המצפון? כפי שהוסבר לעיל,

לכפות שמירת שבת על העותרים. הוא מתיר להם לנוע בשבת כאוות נפשם, בהגבלה קלה בשעות מסוימות" (פסקה 6 לפסק-דינו).

184 לעיל הערה 6, בעמ' 162-164.

185 עניין חזוב, לעיל הערה 1, פסקה 46 לפסק-דינו.

186 שם, פסקה 32 לפסק-דינו.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

חופש המצפון רלוונטי רק לגבי מעשים שהאדם עושה בעצמו, ולא לגבי מעשים שהזולת עושה. מעשים מכוערים שהזולת עושה עלולים להכעיס אותי או להמיט עלי בוש (אם מדובר בזולת שיש לי זיקה מיוחדת כלפיו), אך יהיה מוזר לתאר אותם כפגיעה במצפוני.¹⁸⁷ בטיעון זה היה די לדחות את טענת חופש הדת של אנשי החברה קדישא במקרה הנידון אם מבינים אותה כטענה של חופש מצפון, שהרי לא הם מבצעים את הכיתוב האסור (לשיטתם). כאמור לעיל, שום סדר חברתי המעניק לחירות הפרט ערך כלשהו לא יוכל להעניק גם זכות להגנה מפני פגיעה במצפון שאלה הן נסיבותיו.

על כך ניתן אולי להשיב שאין מדובר בהגנה על אנשי החברה קדישא מפני מעשים שהזולת עושה, אלא מפני הפרת חובה דתית שלהם, רוצה לומר החובה למנוע מאחרים לעבור עברה זו. כזכור, טענו לעיל שפגיעה במצפון עלולה להתרחש גם כאשר נמנע מאדם דתי קיום חובות עשה (ברית-מילה). אבל אם מקבלים טענה זו,¹⁸⁸ כמעט כל התנהגות חילונית עלולה להיתפס כפוגעת בחופש הדת: נסיעה בשבת בחוצות תל-אביב, אכילת מזון לא-כשר, הליכה בבגדים לא-צנועים וכך הלאה. בכל המקרים הללו יוכלו שומרי מצוות לטעון שפוגעים בחופש הדת שלהם לא בכך שמחייבים אותם לחלל שבת, לאכול לא-כשר או להפר את חוקי הצניעות, אלא בכך שמונעים אותם מלקיים את החובה ההלכתית להתנגד ולמנוע התנהגויות אלה. זו תוצאה אבסורדית, כמובן.¹⁸⁹

תשובה אפשרית לטיעון זה היא שמעמדם של אנשי החברה קדישא ביחס למתרחש בבית-הקברות שהם מופקדים עליו שונה ממעמדם של סתם אנשים דתיים ביחס למתרחש ברחוב החילוני. לאנשי החברה קדישא אחריות ישירה למה שקורה בבית-הקברות, מכוח החוק ומכוח העובדה שהם מנהלים את האתר בפועל. לכן, מעשים הנוגדים את ההלכה הנעשים במתחם בית-הקברות והנוגעים במרחב הסמכות של החברה קדישא נתלים בקולרה, ומכאן שהם מהווים פגיעה במצפונם הדתי של אנשי החברה קדישא ושל המרא דאתרא. אבל, ראשית, לא ברור שמבחינת הגדרים ההלכתיים של "הפרשה מאיסור" (=מניעה מאחרים לעבור עברה) וכדומה יש לאנשי החברה קדישא מעמד מיוחד. שנית, הטיעון מוביל למסקנה שכל איש מנהל דתי יוכל לטעון לפגיעה בחופש המצפון שלו אם ייעשו בתחום שהוא מופקד עליו דברים הנוגדים את ההלכה; למשל, אם באגף הספורט של העירייה שאדם

187 ראו לעיל טקסט ליד הערות 73-74.

188 שאלה בפני עצמה היא אם אכן יש במציאות בת-זמננו חובה הלכתית להניא חילונים מלעבור על ההלכה על בסיס מצוות "הוכח תוכיח" או על בסיס החובה להפריש מאיסור. בהתחשב בסיכוי הנמוך להניא את החילונים באמצעים אלה מלעבור על ההלכה, ספק גדול אם יש טעם לנקוט בהם. ראו, למשל, י' לוינגר בין שגרה לחידוש (תשל"ג, פרק תשיעי) במיוחד בעמ' 93-98.

189 לדעת אנגלרד, הכפייה על דת מתבטאת בכך שאנו מכריחים את החברה קדישא להחזיר את מה שההלכה אוסרת, דהיינו חריטת תאריך לועזי על המצבה (פסקה 16 לפסק-דין). בכך הוא מבקש לתאר את המצב כאילו מדובר בכפיית מעשה פעיל ("להחזיר"), ולא בצפייה גרידא במעשיהם של אחרים. אבל תיאור זה מניח את המבוקש, דהיינו מניח שלחברה קדישא יש סמכות לאסור את החריטה, ושהעותרת לא תוכל לעשות כרצונה בלא שהחברה קדישא תחזיר לה בפועל. אלא שאיש אינו מבקש מהחברה קדישא להחזיר, פשוט משום שאיש אינו זקוק להחזיר שלה. מה שאנשי החברה קדישא מבקשים לעשות הוא לאסור על שביט להקים מצבה כרצונה, ועליהם להוכיח שאם תעשה כן, יפגע הדבר בשמירת ההלכה שלהם.

דתי עומד בראשו יארגנו משחקים בשבת, או אם נספריית בית-הספר המגוהלת על-ידי אדם ירא-שמים ייכללו ספרים הכוללים דברי כפירה.

אפשרות אחרת היא לומר שמאכות עם תאריכים לועזיים אינן מאלצות אומנם איש לעבור על ההלכה, אבל יש בהן פגיעה אנושה בחנויה הדתית של אנשים דתיים הבאים לבית-העלמין או עובדים בו. טיעון זה קרוב למטגרת של הטיעון מהתרבות, רוצה לומר: הכנסת יסודות "חילוניים" לבית-העלמין מאיימת על יכולתם של אנשים דתיים לעצב את בית-הקברות בהתאם למנהגי דתם, ונוערות תחושות כלליות יותר של איום על יכולתם לנהל את חייהם הדתיים ללא הפרעה במשטר חילוני-ליברלי. האיומים השונים שהמיעוט הדתי ניצב לפנייהם אינם איומים הכרוכים נכפייה ממשית דווקא לעבור על חוקי ההלכה.

היה ניתן להתייחס באהדה לטיעון זה אילו דובר בבתי-עלמין המשרתים רק את חברי הקהילה הדתית, הזכאים – בהתאם לזכות לתרבות – לאוטונומיה מסוימת בתחומם. כפי שהוסבר לעיל, הביטוי הטבעי של הזכות לתרבות הוא הענקת מידה מסוימת של אוטונומיה לקבוצות הרלוונטיות בתוך האיזור הגיאוגרפי של חייהן ופעילותן. אולם המציאות בארץ שונה. כידוע, החברה קדישא חולשת לא רק על עסקי הקבורה במגזר הדתי, אלא על הפעלת בתי-קברות וניהול לוויית כמעט בכל המגזר היהודי. המצב בפועל הוא שכמעט כל המתים היהודיים נקברים בבתי-קברות המגוהלים על-ידי המיעוט הדתי ומלווים לדרכם האחרונה בטקס דתי. בנסיבות אלה, טענת החברה קדישא לאיום על תרבותה הדתית הנובע מהעובדה שפרט זה או אחר מבקש לחרוג בנוקצת מהמסגרת הדתית הכללית בבתי-הקברות נשמעת לא-משכנעת. נניח שמלווים חילוניים הקוברים אח מתם יסרבו להיענות להצעת אנשי החברה קדישא (שחילונים רבים נעתרים לה) לקרוע בגד, לחבוש כיפה או לומר קדיש בלוויה, ובמקום זאת יערכו בבית-הקברות נוקס קבורה חילונית. הלוויה והטקס בוודאי לא ימצאו-חן בעיני אנשי החברה קדישא, אך מי שזקוקה להגנה בהקשר הנידון היא תרבות האבל החילונית דווקא, ולא זו הדתית. ית-על-כן, דומה שהחברה קדישא אינה מעריכה עד כמה הסידור הנוכחי כבר מעניק לדת מעמד מיוחד ביותר, שקשה להצדיק מנקודת-מבט ליברלית. מנקודת-מבט זו – המכירוהו בחשיבות של חופש הדת כחופש תרבות – היה די בכך שהמדינה תקצה לדתיים בתי-קברות נפרדים שאותם יוכלו לנהל בהתאם להלכה, או תקצה להם מקום מתאים במסגרת בתי-הקברות הקיימים. ואילו המצב בפועל הוא שכמעט כל בתי-הקברות (היהודיים) בארץ נשלטים על-ידי החברה קדישא, ושגם טקסי הלוויות הם בעלי אופי דתי ברובם המכריע. מצב זה קרוב לפגיעה בחופש המצפון של אנשים חילוניים, שחלקם נאלצים להשתתף בטקס דתי בעל-כורדם בשעה שמתם מונת לפנייהם, ואין להם הכוחות או הזמן לארגן טקס אחר.

כנגד דברים אלה ניתן לטעון שהמצב המתואר השתנה משהתקבל חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ו-1996. נועתה, כפי שאכן ניסתה החברה קדישא לטעון בעניין שביט, יכולים החילונים לקבור את מתיהם ולבנות את מצבותיהם כרצונם בבתי-העלמין שלהם, ולכן החברה קדישא זכאית בכל אתר שעליו היא מופקדת, וזכאים הרבנים המנחים אותה, ליהנות מאוטונומיה גמורה ובבתי-הקברות הקיימים. בית-המשפט השיב על טענה זו באומרו שהחוק לא מומש עדיין הלכה למעשה, ולכן כמציאות הנוכחית אין לחילונים אפשרות לקבור את מתיהם כרצונם, ויש למצוא להם פתרון במסגרת בתי-העלמין הקיימים. ברם, הבעיה עמוקה יותר. כל עוד נוגדר הקבורה החילונית כקבורה "חלופית", וכל עוד מי

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

שממונה עליה יהיה השר לענייני דתות,¹⁹⁰ המוסמך, בין השאר, על "קביעת נוהלי הקבורה",¹⁹¹ הציבור הדתי נותר עדיין בעל מעמד מועדף בניהול בתי-הקברות. בהתחשב בכך שהציבור הדתי הוא מיעוט בארץ – והלוא על עובדה זו נסמכת הטענה המונחת כאן על זכותם המיוחדת להגנה תרבותית – מי שהיה צריך להיות זכאי לקבורה "חלופית" מוגנת היטב הוא דווקא הציבור הדתי, לא החילוני. אבל גם לאחר חקיקת החוק הנ"ל, בררת-המחדל לקבורתו של אדם יהודי היא קבורה דתית.¹⁹² במצב זה אין הדתיים יכולים לטעון בתוס' לב לקיומו של איום על התרבות הדתית הנובע מהעובדה שכמה אבלים אינם מקבלים את כל בקשותיהם של אנשי החברה קדישא.

טענה זו ניתנת להכללה: ככל שהדתיים (האורתודוקסיים) בארץ זוכים בזכויות-יתר בתחומים שונים, כגון קבורה ובמיוחד דיני אישות, כן קטנה יכולתם להסתמך על חופש הדת במובנו זכות לתרבות. על-סמך שיקול דומה רות הלפרין-קדרי מתנגדת לראות את דרישות הדתיים בהקשר של מעמד אישי כנובעות מרעיון הרב-תרבותיות, משום שלדעתה –

כפייה רשמית של תרבות המיעוט על הרוב הופכת כל טיעון של כיבוד ושימור לאירוני... האיום של אכיפת נורמות דתיות נוספות על הרוב יש בו ממש יותר מהאיום של היכחדות תרבות המיעוט. במקרה זה מאבד חלק נכבד מהטיעון הרב-תרבותי מכוחו.¹⁹³

סיכומו של דבר, אין לראות בהיתר לחרוט על מצבה תאריכים לפי הלוח הכללי פגיעה בחופש הדת, לא במובן של חופש מצפון ולא במובן של זכות לתרבות.¹⁹⁴ כפי שנרמז קודם, המצב ישתנה אם תהיה בעתיד חלוקה פרופורציונלית בין בתי-קברות המנוהלים על-פי דרישות ההלכה ומיועדים לאזרחים החפצים בקבורה דתית לבין בתי-קברות אזרחיים המנוהלים על-ידי רשות אזרחית-חילונית והמיועדים למי שאינו מעוניין בקבורה דתית או בקבורה בהשגחת הרבנות. במצב כזה, יהיה משום פגיעה בחופש הדת, בעיקר במובנו כחופש תרבות, אם תתבצע בכית-הקברות הדתי קבורה או תוקם מצבה הנוגדת את ההלכה. מה לגבי החופש מדת? האם קבלת עמדתה של החברה קדישא היתה פוגעת בחופש מדת של שכיט? כאמור לעיל, הדרך היחידה להצדיק הגנה מיוחדת לחופש מדת היא לקשר אותו לחופש המצפון. יש לבחון בזהירות את הנובע מכך לענייננו. לכאורה, ניתן לתפוס את האיסור על אדם לחרוט על מצבת יקיריו את התכנים הרצויים לו כפגיעה במצפון או מבינים מושג זה באופן רחב. אדם עשוי לחשוב שחובתו כלפי מתו היא להעמיד מצבה בצורה מסוימת, או לחרוט כתובת מסוימת, ואם מונעים ממנו אפשרות לעשות זאת, הוא חוטא כלפי

190 ראו סעיף 1 לחוק הנ"ל, וכן תקנות הזכות לקבורה אזרחית חלופית, התשנ"ט-1998.
191 ראו סעיף 6: "השר ממונה על ביצועו של חוק זה והוא יחקין תקנות לביצועו, ובכלל זה, תקנות לרישוי תאגידים לענייני קבורה וקביעת נוהלי הקבורה."
192 ראו במיוחד סעיף 11(ב) לתקנות הנ"ל, הקובע שיש צורך בהכעת רצון מפורשת כדי לקבור נפטר בבית-קברות חלופי, ובלעדיה הוא ייקבר בבית-קברות "רגיל", דהיינו דתי.
193 ר' הלפרין-קדרי "נשים, דת, ורב-תרבותיות בישראל" צביון 4 (2001) 26-27.
194 לגבי נסינו של אנגלרד להראות שמדובר בכפייה לעבור על דת משום שמדובר בהפרת פסיקתו של המרא דאתרא ראו מה שכתבנו בין הערות 90 ו-91.

המת ומפר חובה חזקה שתלה עליו. לפי הבנה זו, הגבלות מהסוג שביקשה החברה קדישא להטיל על פרדריקה שביט היוו פגיעה במצפונה. בום, יש לשים לב שלפגיעה זו אין כל קשר מיוחד לדת, שכן המניע להגבלות מהסוג האמור עשוי להיות שונה, למשל חשיבות האחידות בבתי-העלמין הצבאיים.¹⁹⁵ יוצא כי אף שהיה ניתן אולי לבסס את העתירה הנידונה על-סמך חופש המצפון, לא היתה טענה כזאת מצריכה – ואף לא היתה מאפשרת – להסתמך על המושג חופש מדת. הסתמכות כזאת מחייבת להניח נסיבות שהעותר נכפה להשתתף בטקס דתי, מה שלא התקיים במקרה הנידון.

לגבי פגיעה ברגשות דתיים בעניין שביט לאור הניתוח בסעיף ד לעיל, השאלה היא: האם כיתוב לועזי על מצבות הוא בגדר הפרעה ישירה (כמו בדוגמת הלבוש הלא-צנוע) לאנשים דתיים המבקרים בבית-הקברות או לאנשי החברה קדישא? בעניין זה דומה שהתשובה שלילית. ההפרעה אינה גדולה מזו שנגרמת למראה יהודי מהלך גלוי-ראש ברחוב. ברוב בתי-הקברות יש כיתוב לועזי על מצבות, ואפילו בבתי-הקברות בראשון-לציון. הואיל וכך, אין בסיס לתחושת עלבון כתוצאה מהמחשבה שכיתוב זה מבטא כביכול זלזול עמוק וחוסר התחשבות באנשים הדתיים (בשל ההפרעה כביכול הנגרמת להם בגינו).¹⁹⁶

3. עניין גר-אריה

האם הזיחר לרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו לשודר בשבת סרט שצולם בהשתתפות אנשים דתיים היווה פגיעה בחופש הדת שלהם? בדומה למה שאמרנו בעניין שביט ובהמשך לדין בסעיף ב, על-מנת לקבוע אם חופש הדת, במובנו כחופש המצפון, נפגע, עלינו להבחין בין שתי שאלות: (א) האם הקרנה כזאת היתה כופה על העותרים הפרה של ההלכה? (ב) האם הפרה זו היתה כרוכה במעשה או במחדל של העותרים? אם התשובה לשאלה הראשונה שלילית, דהיינו אין מדובר בהפרה כלשהי של מצוות הדת, הרי ששאלת חופש הדת, במובנה כחופש המצפון, אינה עולה כדרך-כלל. אם היא זיזיבית, אז רק אם ההפרה כרוכה במעשה

195 ראו דג"צ 3299/93 שמואל ויכסלבאום ואח' נ' שר היתחון ואח', פ"ד מט (2) 199.
 196 השופט אנגלרד מתנגד לכל העיסוק הביקורתי ברגשות ורגישויות. לדעתו, "אין על בית-המשפט למדוד רגישויות, שאינן ניתנות למדידה אובייקטיבית" (שביט, לעיל הערה 2, פסקה 17 לפסק-דינו). אבל קשה להבין איך יוכל בית-המשפט להתחמק ממלאכה זו בהתחשב בכך שהתוק תובע בכמה מקומות במפורש להגן על רגשות (דתיים ואחרים), ולא ניתן ליישם תביעה זו הלכה למעשה בלא לבחון ("למדוד") את טיב הרגשות הפגועים ועוצמתם כדי לקבוע את משקל הפגיעה ברגשות בהשוואה לאינטרסים והירויות אחרים שעל הפרק. זאת ועוד: בהתחשב בכך שלפי אנגלרד, קבלת העתירה בעניין שביט היתה בגדר הפרה של חופש הדת משום שכפתו על החברה קדישא להפר את ההלכה, לא ברור מדוע הוא נזקק לטענות אלה לגבי הסובייקטיביות של הרגשות והעדנים ("אין לנו שום רשות לדרג, על-פי סולם ערכים שהוא בהכרח אישי, את מעמדן הערכי או הרגשי של הדרישות המנוגדות", שם, פסקה 18). גם קשה להבין מדוע יכחיש את העובדה הגלויה שמבחינת הפגיעה במצפון הנגרמת ככפייה להפר את ההלכה יש משמעות לחומרת העברה ונסיבותיה. לניתוח ביקורתי של העמדה הסובייקטיביסטית הכללית העולה מדברי אנגלרד, המצויה בצורה מתונה גם אצל שופטים אחרים בבית-המשפט העליון, ראו ד' סטטמן "הצדק כשדה פרוץ: מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 171. להתנגדות להגנה על רגשות המבוססת על טעמים אזוריים לגמרי ראו דעתו של א' הראל בתוך הגנה על חופש הביטוי במשטר דמוקרטי (מויכו אקרמי מרדכי קרמניצר, הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003) 147-148. לדעת הראל, הגנה משפטית על רגשות דתיים עלולה לפגוע דווקא בדת.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

(או מחדל) של העותרים עצמם היא עשויה לזכות בהגנה בשם חופש המצפון. כדברי דונגן, "מצפוני של הפועל מוגבל למעשיו של הפועל עצמו".¹⁹⁷

לדעת דורנר, התשובה לשאלה (א) חיובית. לפי הבנתה, העותרים היו כפופים מבחינה הלכתית לפסק־דינו של המרא דאתרא שלהם, הרב אבינר, והואיל וזה פסק כי הופעה בסרט המוקרן בשבת אסורה, מכאן ש"בהופעתם בסרט המשודר בשבת יפרו העותרים עצמם את מצוות הדת, גם כאשר השידור יתבצע על-ידי אחרים".¹⁹⁸ הסברנו לעיל (סעיף ב) מדוע אין לתת לרבנים "צ'ק פתוח" לקבוע מהי ההלכה ומדוע יש מקום לביקורת שיפוטית זהירה ומכובדת על קביעותיהם. לעניות דעתנו, ביקורת זו מלמדת שבמקרה הנידון לא היתה הפרה של ההלכה. גם אם אסור מראש להצטלם לתוכנית המוקרנת בשבת – ועניין זה שנוי במחלוקת¹⁹⁹ – אין גובע מכך שהקרנת הסרט בשבת, הנעשית בניגוד לבקשת המצולמים, כופה עליהם להפר את ההלכה, שכן לא הם המחללים שבת, אלא המקרינים והצופים. אם אדם מקרין סרט בשבת באולפן טלוויזיה, העברה היא שלו, לא של המצולם, במיוחד אם האחרון לא העלה על דעתו שהתוכנית תוקרן בשבת (וזו הרי היתה טענה מרכזית של העותרים). לגבי הטענה שבהקרנת הסרטים ייעשו העותרים עצמם "שותפים" בעל כורחם לחילול שבת, לא זו המסקנה שעולה מפסיקות הלכתיות במקרים דומים ואף המורים יותר. למשל, לפי כמה פוסקים, מותר לתת ספר להדפסה בבית־דפוס שעובדים בו יהודים שיחללו שבת בשל כך, ומותר להכין לרופא חילוני לפני שבת פנקס שבו יכתוב בשבת, אף שירוע שהכתיבה לא תהיה רק בגרמי פיקוח־נפש המותרים.²⁰⁰ אם מעשים אלה מותרים מלכתחילה – והלאו מכירת מכוניות או מוצרי חשמל על-ידי דתיים לחילונים היא דבר יום ביומו! – קשה להבין כיצד במקרה שלנו, שבו לא ידעו העותרים כלל על הכוונה לחלל שבת, ייהשבו הם, כפי שטוענת דורנר, "שותפים" בחילול שבת ועבריינים דתיים.²⁰¹

אבל, כפי שהוסבר לעיל בסעיף 3, ביקורת זו על פסק ההלכה של הרב אבינר אינה מספיקה לדחיית את הטענה לפגיעה בחופש הדת, שכן עותרים אינם מסתמכים בעתירתם על נכונותו של הפסק, אלא על כפיפותם המוחלטת למצוות רבם. בהיעדר ראיה למניפולציה מצד הרב אבינר, ובהנחה, כאמור, שהעותרים שייכים לקהילה שבה נהוג למלא אחר הוראות הפוסק המקובל ללא ערעור, לא נוכל לדחות את הטענה שהקרנת הסרט בשבת נוגדת את

Supra note 21 197

198 עניין גור־אריה, לעיל הערה 3, פסקה 2 לפסק־דינה.

199 ראו המקורות הנזכרים אצל דורנר.

200 ראו המקורות הנזכרים אצל הרב ד' סתיו "צולם ביום חול, שודר בשבת" נקודה 211 (פברואר 1998) 52, 53, הערה 9.

201 טיעון זה של דורנר לביסוס המסקנה בדבר פגיעה בחופש הדת במקרה הנידון אינו משכנע איפוא, אבל יש לתמוה על שהיא נזקקת לו כלל, לאחר שהסבירה, כאמור לעיל, שפגיעה כזאת פירושה כפייה לעבור על מצוות הדת, וכי ביהדות, תוכן המצוות נקבע על-ידי המרא דאתרא. מדוע לא היה די בכך לבסס באופן נחרץ את הפגיעה בחופש הדת של העותרים? אפשרות אחת היא לומר שגם דורנר מרגישה שביח-המשפט אינו יכול לקבל ללא כל ביקורת את עמדתו של הרב אבינר, או כל רב אחר, במיוחד בעניין שמעמדו הדתי-הלכתי אינו מובן מאליו. אפשרות אחרת היא לומר שדורנר סבורה אף היא שבלא קשר למעמד ההלכתי, ניתן להכיר בזכות חופש דת רק כאשר מדובר במעורבות פעילה בעברה ההלכתית. וראו מייד בגוף הטקסט.

דתם של העותרים. הכל תלוי עתה בשאלה אם ההפרה הנ"ל היתה כרוכה במעשה (או במחדל) מצד העותרים עצמם.

דומה שבשאלה זו נחלקו דורנר וברק.²⁰² דורנר מבקשת להרחיב את גבולות ההגנה על חופש הדת מעבר למה שהיא מכנה "כפייה פיזית". חופש הדת של היהודי עשוי להיפגע לדעתה לא רק אם הוא עצמו נכפה לחלל שבת, אלא אפילו כאשר רכושו מעורב בחילול שבת; לא רק כאשר הוא נכפה ליטול צלב או לכרוע לפניו, אלא גם כאשר צלב מונח על דוכן השופט בבית-המשפט שבו הוא מופיע כעורך-דין. בניגוד לכך, ברק סבור שבעניין גדר-אריה מדובר בעברה דתית של אחרים, ששוכנת כזאת מחוץ לגבולות ההגנה על חופש הדת. אנו סבורים שהצדק בעניין זה עם ברק. קבלת הרעיון של "שותפות" בין עובדי העברה לבין העותרים מרחיבה באופן בלתי-נסוג את גבולות ההגנה על הדת, באופן שיתיר לדתיים להטיל הגבלות על החילונים ששום עמדה ליברלית לא תוכל לקבלן. דורנר צודקת שהגבול בין סיטואציה שתיחשב למעורבות פעילה לעניין ההגנה של חופש המצפון לבין סיטואציה שלא תיחשב למעורבות כזאת אינו חד, אבל המקרה שלפנינו שוכן בוודאות בקטיגוריה האחרונה, ולכן אינו יכול לחסות תחת כנפי חופש הדת בפירושו כחופש מצפון.

לסיכום, אנו סבורים שבמובנו כחופש מצפון, לא נפגע חופש הדת של העותרים בשל הקרנת הסרט נשוא הדיון בשבת. מה לגבי פגיעה בחופש הדת במובנה כזכות לתרבות? גם כאן תשובתנו שלילית, בהתאם למה שטענו לגבי היקפה של הזכות האמורה, לעיל בסעיף 2. עמדתנו היתה שטענות על בויס הזכות לתרבות משכנעות ככל שההפרעה לתרבות הדתית הינה ממשית וככל שהיא מחרחשת במתחם הגיאוגרפי שבו היא שוכנת, כ"בית" שלה. במקרה שלנו דומה שאף אחד מתנאים אלה אינו מתקיים. ההקרנה מתבצעת במעוז החילוניות, במסגרת תוכניות הטלוויזיה של ליל שבת, ואין בה הפרעה לפולחן הדתי או איום משמעותי על התרבות הדתית. אם יש כאן בכלל הפרעה, הרי שהיא עקיפה ורחוקה מכדי לזכות בהגנה תחת כנפי הזכות לתרבות.

האם מניעת ההקרנה היתה פוגעת בחופש מדת של הרשות השנייה? בהתאם לטיעון שפיתחנו בסעיף ג, ברור שהתשובה שלילית. אני שהמניע לעתירה היה מבוסס על הכרתם הדתית של העותרים, לא היתה קבלתה נופלת בגדר החופש מדת הזקוק להגנה. על-פי האמור שם, לחופש מדת – במובנו סניף של חופש המצפון – יש כוח רק כאשר אדם חילוני נכפה להשתתף באופן פעיל בטקס דתי, תנאי שלא היה מתקיים כמובן גם אילו נמנעה הקרנת הסרט. על כך יש להוסיף שאילו קיבל בית-המשפט את טענת העותרים, לא היה הבסיס לכך אמיתותה של תפיסת-העולם הדתית, אלא חשיבותו של חופש הדת במובנו כחופש מצפון. כמצב עניינים זה, מה שהמשיבים היו נכפים לעשות הוא לא לכבד את הדת, אלא

202 ייתכן שיש מחלוקת בין השופטים גם לגבי שאלה (א), אך עמדתו של ברק לגביה אינה ברורה לגמרי. מצד אחד הוא מדגיש – כפי שדורנר עושה – כי "רק פגיעה שאינה מאפשרת לפרט לקיים את מצוות הדת והאמונה שלו, או לנהל את אורח חייו כדתי, תיחשב לפגיעה בחופש הדת" (עניין גדר-אריה, לעיל הערה 3, פסקה 11 לפסק-דין). מכאן ניתן להבין לכאורה כי לדעתו, לא היתה במקרה זה כפייה להפך את ההלכה, ומכאן שברק אינו מקבל את ההסתמכות של דורנר על פסק המרא דאתרא, והוא סבור שאין לו כוח מחייב. ברם, מצד אחר אין הוא עושה מאמץ כלשהו להוכיח שלא היתה כאן כפייה על דת, והדגש בדבריו מושם בכך שמדובר בעברה דתית של אחרים.

את המצפון, וקשה להניח שמישהו יטען שנחוצה הגנה מיוחדת מפני חוקים או מעשים שנובעים מכיבוד המצפון.

הטענה על פגיעה ברגשות הדתיים של העותרים בגין ההקרנה נדחתה כמעט על הסף על-ידי ברק לאחר שקבע כי למשיבים עומדת טענת זכות, ולכן רק פגיעה דרמטית ברגשות תוכל לנצחה, פגיעה שלא התקיימה בנסיבות העניין.²⁰³ גם דורנר לא נדרשה כמעט לפגיעה ברגשות, הואיל ותמכה בטענה החזקה יותר, שלפיה ההקרנה תפר את חופש הדת של העותרים, טענה שבלעדיה לא היה ניתן – גם לדעתה – לדרוח את זכותה של הרשות השנייה לחופש ביטוי.

ברם, לדעתנו, אף שטענת העותרים בדבר פגיעה בחופש הדת אינה משכנעת, טענתם בדבר פגיעה ברגשות משכנעת וכנה, והיתה יכולה להצדיק את קבלת העתירה. כפי שנסיכר במפורט בהמשך, חופש הביטוי לא היה נפגע כלל אילו התקבלה העתירה, או שהיה נפגע באופן שולי וזניח. לכל היותר היתה הרשות השנייה סובלת נזק כספי מסוים אילו נדחתה ההקרנה,²⁰⁴ אך קרוב לוודאי שאפילו נזק זה היה נמנע.²⁰⁵ בהינתן עובדות אלה, הרושם הוא שהרשות השנייה פשוט לא היתה מוכנה לעשות את המאמץ הלא-גדול הנדרש כדי להזיז את הקרנת התוכנית ליום אחר. אולי חששה שהסכמתה תהווה תקדים מסוכן, אולי ראתה בכך עיקרון שאין להיכנע למה שפירשה כ"כפייה דתית".²⁰⁶ אלה בדיוק סוג הנסיבות שמצמיחות פגיעה ברגשות. אין מדובר כמוכך בפגיעה מכוונת; הרשות לא נהגה כפי שנהגה כדי לגרום לעותרים כאב רגשי. מדובר בפגיעה אגבית ברגשותיהם, אבל גם לפגיעה כזאת יש משקל מסוים. כפי שהוסבר בסעיף ד לעיל, במקרים כאלה קיימות שתי רמות של פגיעה: ההפרעה הישירה שמעשה מסוים גורם והפגיעה הרגשית הנגרמת בשל התחושה שההפרעה (ברמה הראשונה) מבטאת חוסר התחשבות עמוק באינטרסים ובצרכים של הנפגע. במקרה שלנו, ההפרעה ברמה הראשונה היא התחושה הלא-נעימה שיש לאדם דתי מהמחשבה שהוא שותף כביכול בעל-כורחו במעשה של חילול שבת פומבי בנסיבות המבטאות בתודעתו מבחינה סמלית את האופי החילוני של השבת. הזכרנו בסעיף 2 שלתחושה הדתית דינמיקה משלה שאינה חופפת לגמרי את ההגדרות ההלכתיות, וכאן לפנינו דוגמה נוספת לכך. אף שספק גדול אם יש כאן איסור מבחינה הלכתית, ובכל מקרה הרי הוא בעל משקל חלש יחסית, אין

203 לניתוח ביקורתי של גישת ברק ראו עוד להלן סעיף ו.

204 השוו דברי דורנר על כך שייחכן כי שידור הסרט ביום חול היה כרוך בשיפוי כספי לאחד הזכיינים (עניין *גזר-אדיה*, לעיל הערה 3, בעמ' 286). והשוו ב' ליפשיץ "ושבת מה יהיה עליה?" *מימד* 23 (שבת תשס"ב) 5, 8: כל הטענה של חופש הביטוי בפרשה זו "אינה אלא כסות עיניים בלבד לטעם האמיתי שעמד מאחורי הסירוב של הרשות השנייה לבקשה שלא לשדר את הסרט בשבת", והוא הרצון להרוויח עוד כסף: "הכול הוא עניין של כסף, והכסף יענה את הכול, ואין כל חרש תחת השמש" (*שם*, בעמ' 9).

205 לעניות דעתנו, הרשות השנייה לא היתה חשופה לתביעה כלשהי מצד זכייניה אילו העבירה את התוכנית ליום אחר. לפי סעיף 48 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, יש לה סמכות ליטול עד שני אחוזים מכלל יחידות השידור בשנה (כולל יום חול), ואין היא חייבת לשפות זכיון על נטילת זמן שידור. נוסף על כך, בסעיף 29 לבללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (שידורי תוכניות טלוויזיה בידי בעל זיכיון), תשנ"ב-1992, על הזכיינים מוטלת חובה להחזיק מלאי של תוכניות לשעת הצורך, כך שלא צריכה להיות לזכיון בעיה לשדר תוכנית אחרת במקום התוכנית נשוא העתירה.

206 שמה חשה הרשות, כמו ברק (לעיל הערה 157), שכאשר המניע להגבלה על פעילותה הוא מה שנתפס בעיניה ככפייה דתית, יש לנקוט כלפיה במשנה התנגדות?

לבטל משום כך את האוטנטיות של תחושת אי-הנוחות, המבוכה והמצוקה של העותרים לנוכח המחשבה שהם "יכבדו" כליל שבת בתוכנית טלוויזיה. נוסף על הפרעה זו מתקיימת גם הפגיעה ברמה השנייה, הצומחת מתחושה של התעלמות בלתי-מוכנת ובלתי-מוצדקת באינטרס שלהם מצד הרשות השנייה. אי-נכונותה לקבל את בקשת העותרים למרות המחיר הפעוט שהיה נדרש לשם כך נתפסת בדין בעיני העותרים כמשקפת חוסר אכפתיות וחוסר כבוד עמוק כלפיהם.²⁰⁷

תחושת אלה מקבלות משנה תוקף אם גוסיף להן את היחס הלא-סימטרי הבולט בחוזה הלא-כתוב בין הרשות השנייה, גוף ציבורי גדול, רב-השפעה ובעל ניסיון, לבין ארבעה תושבים דתיים ממצפה כרמים, "אנשים צעירים, נעורי ניסיון ומגע עם התקשורת".²⁰⁸ בחוזה מסוג זה, חובת תוס-הלב המוטלת על הצד החזק תזקה יותר, ומוטלת עליו חובה מיוחדת להיות רגיש למצבו של הצד החלש. לכן, לא העותרים הם אלה ש"היו אמורים לדעת כי הסרט ישודר בשבת",²⁰⁹ אלא הרשות היא זו שהיתה אמורה לדעת שאנשים דתיים עשויים להתנגד להשתתף בתוכנית שתוקרן בשבת. טענתו של ברק כי הואיל ונאמר לעותרים כי הסרט ישודר בתוכנית "תיבת תעודו", "מכך יכלו העותרים להבין כי הסרט ישודר בשבת", משקפת אי-הבנה לגבי אורח החינוך של הקבוצה הדתית הנידונה, שאינה מתמצאת בלוח שידורי הטלוויזיה בכלל ובתוכניות השבת בפרט, ומניחה כמובן מאליו שלא יזמינו אותם להשתתף בתוכנית טלוויזיה המיועדת לשידור בשבת. תחושת חוסר ההוגנות במעמדם מול הרשות השנייה מעצימה איפוא את הפגיעה ברגשותיהם של העותרים.²¹⁰

סיכומו של דבר, אנו מקבלים את הכרעתה של דורנר, אף כי לא מהנימוקים שהיא מציעה. היה ראוי לקבל את העתירה לא על בסיס זהגנה על חופש הדת, אלא על בסיס ההגנה על רגשותיהם הדתיים של העותרים.²¹¹ כיצד עמותנו מתיישבת עם המוסכמה המקובלת כי אינטרס כגון פגיעה ברגשות אינו יכול, אלא במקרים קיצוניים, לדחות טענת זכות כגון חופש הביטוי? תשובה על כך מצריכה עיון רחב יותר בעמדת ברק לגבי חופש הביטוי ולגבי "נוסחות האיזונים", ובה נעסוק בסעיף הבא.

ו. ברק על חופש הדת, חופש הביטוי ו"נוסחות האיזונים"

בסעיף הקודם בחנו כמה פסקי-דין מרכזיים של בית-המשפט העליון מתוך כוונה להדגים ולנתח באופן ביקורתי את השימוש שבית-המשפט העליון עושה במושגים נשואי מאמר זה:

207 השוו מה שנאמר ב"פגיעה ברגשות דתיים", לעיל הערה 6, בעמ' 155: "באי-נכונות להתחשב ברגשות הזולת גם כאשר מדובר בפגיעה חמורה ברגשות ובהגבלה קלה על הפוגע יש לעתים ביטוי לאופי מוסרי גרוע, לאי-אכפתיות כלפי הזולת... ההתעקשות לא להתחשב כלל ברגשותיו של הזולת מבטאת חוסר כבוד וחוסר אנושיות."

208 כניסוחה של דורנר, עניין גור-אריה, לעיל הערה 3, בפסקה 1 לפסק-דינה.

209 כטענת ברק, שם, פסקה 3 לפסק-דינו.

210 ייתכן שהעותרים היו יכולים להשיג את מבוקשם באמצעות דיני החוזים, במקום באמצעותו של המשפט המנהלי, על-סמך טענות כמו אלה שנוכרו בטקסט. לא נפתח כאן אפשרות זו.

211 לעמדה הפוכה ראו דברי א' הראל בתוך הגנה על חופש הביטוי במשטר דמוקרטי, לעיל הערה 196, בעמ' 161, וכן דברי ליפשיץ, לעיל הערה 204, בעמ' 174.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

חופש דת, חופש מדת ופגיעה ברגשות הדת. בסעיף זה, החותם את המאמר, אנו מבקשים להצביע על חוסר עקביות בטיפולו של בית-המשפט העליון, בעיקר של השופט ברק, במושג חופש הדת, ועל הבדל בולט בין טיפולו במושג חופש הדת לטיפולו בזכויות אחרות בכלל ובחופש הביטוי בפרט. דיון ביקורתי זה יניב כמה הרהורים על "נוסחות האיזון" להכרעה בניגודים בין זכויות ואינטרסים, נוסחות שניתן לתלות בהן את האשמה לחלק מהבעיות שיידונו להלן.

1. היקפו של חופש הדת

העמדה שברק מציג בעניין *גוד-אריה*, היא כי פגיעה בחופש הדת קיימת במקרה שבו נשללת מהאדם הדתי האפשרות לפעול לפי צווי דתו, או שנכפית עליו התנהגות המנוגדת לצווי אותה דת. לדבריו, "שידור הסרט בשבת אינו פוגע בחירותם [של העותרים] להאמין, ובחירותם לפעול על פי אמונתם. הוא אינו מונע מהם מלממש את כלליה ומנהגיה של אמונתם."²¹² בתמיכה בפרשנות זו, ברק מונה שלושה תקדימים שבהם הועלתה לדבריו טענה על פגיעה בחופש הדת ונדרחה על בסיס ההנחה שחופש דת יכול להיפגע רק כאשר מונעים אדם מלמלא אחר מצוות הדת: *עניין מידון*,²¹³ *עניין מיטראל*²¹⁴ ו*עניין חורב*.²¹⁵ חכה נתבונן בתקדימים אלה.

בעניין *מידון* נידונה עתירה נגד הפעלת שידורי הטלוויזיה בשבת. אחת מטענות העותר היתה בדבר פגיעה הנגרמת מ"חילול שבת בפומבי, במסגרת הטלוויזיה הישראלית, ברגשותיה של היהדות הדתית בישראל".²¹⁶ השופט ברנזון דחה את הטענה וקבע כי העותר לא נפגע, ואינו יכול להיות נפגע, על-ידי שידורי טלוויזיה בשבת. אם הוא בעל מכשיר טלוויזיה, אין איש כופה עליו להפעילו בניגוד להכרתו. מה שהעותר מבקש לעשות הוא למנוע מהזולת, בניגוד לרצונו ולהכרתו, לקיים אורח חיים שונה משלו וליהנות משידורי טלוויזיה בשבת.

האסמכתה הבאה שברק מביא היא מעניין *מיטראל*, שבה נידונה כזכור עתירתה של יבואנית בשר נגד החלטת הממשלה לעצור את תהליך ההפרטה של שוק הבשר המיובא. לפי הנטען, הטעם לכך היה רצון הממשלה להימנע, משיקולים קואליציוניים, מן הצורך ליתן רשיונות לייבוא בשר לא-כשר. אחת התשובות שהעלתה הממשלה להצדקת מדיניותה היתה הרצון להימנע מפגיעה ברגשות דתיים. על כך השיב השופט אור כי הפגיעה הנטענת ברגשות הדתיים אינה שיקול שיש בו כדי להצדיק את עמדת הממשלה לא להפריט את ייבוא הבשר.²¹⁷

בפסק-דין *חורב*, שבו עסקנו בהרחבה לעיל, סירב ברק לזהות את האינטרס החרדי הראוי להגנה במונחים של חופש הדת, בהסבירו כי "נסיעה בשבת ברחוב בראילן [אינה] פוגעת

212 עניין *גוד-אריה*, לעיל הערה 3, פסקה 11 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

213 בג"ץ 287/69 *מידון נ' שר העבודה*, פ"ד כד(1) 337.

214 לעיל הערה 61.

215 לעיל הערה 1.

216 עניין *מידון*, לעיל הערה 213, בעמ' 349.

217 עניין *מיטראל*, לעיל הערה 61, פסקה 15 לפסק-דינו של השופט אור.

בזכות החוקתית של כל אחד מבני השכונה לחופש דת. חופשיים בני השכונה לקיים את מצוות הדת. תנועת המכוננות כשבת אינה שוללת מהם חופש זה, ואינה פוגעת בו.²¹⁸ משורת התקדימים שהביא ברק נשמט מקרה נוסף שיכול לשרת את מטרתו, ואשר ניתן שנתיים בלבד לפני ההחלטה בעניין גור-אדיה. כוונתנו לפסק-הדין בעניין שביט, שבו סירב הנשיא ברק להכיר באינטרס של אנשי החברה קדישא כנופל במסגרת עקרון חופש הדת. כפי שראינו (לעיל סעיף ה2), לפי ברק, הואיל ואיש אינו חושב לחייב את אנשי החברה קדישא לחרוט בעצמם על המצבה כיתוב שאינו בעברית, "ספק אם הפגיעה היא בחופש הדת".²¹⁹ המכנה המשותף לכל המקרים שנמנו נעוץ כאמור בפרשנות המצמצמת המאומצת בהם לחופש הדת, התופסת את ההגנה על חופש זה במונחים של הגנה מפני כפייה לעבור על מצוות הדת. לדעת ברק, אף לא באחד ממקרים אלה מעורבת כפייה מהסוג הנזכר: שידורי הטלוויזיה בשבת לא יחייבו את האדם והדתי לחלל שבת או להימנע מקיום אחת ממצוותיה (עניין מידון); ייבוא בשר לא-כשר אינו מחייב אדם דתי לצרוך בשר כזה ואינו מונע ממנו אכילת בשר כשר (עניין מיטראל); מתן היתר לתנועת כלי-רכב בשבת אינו מחייב את שומרי המצוות לעבור על איסור הלכתי כלשהו הנוגע בשמירת השבת או לקיים את מצוות-העשה שעניינן שבת (עניין חודב); ומתן היתר לחרוט על המצבה תאריכים לפי הלוח הכללי אינו כופה את אנשי החברה קדישא להפך בעצמם את ההלכה (עניין שביט); ולבסוף, בעניין גור-אדיה, שידור התוכנית בשבת אינו כרוך בחילול שבת בפועל על-ידי שומרי המצוות המופיעים באותו סרט, ולפיכך אין הם יכולים לטעון לפגיעה בחופש הדת שלהם. כפי שהבהרנו לעיל, צמצומו של חופש הדת להגנה מפני כפיית האדם הדתי לנהוג בניגוד למצוות דתו עולה בקנה אזור עם הבנת הפגיעה בחופש הדת במונחים של פגיעה במצפון, במיוחד אם מבינים אותה במונחים של פעולה אקטיבית (במקרים לעיל: הדלקת טלוויזיה או נסיעה ברכב בשבת, אכילת בשר לא-כשר וכולי). לעומת זאת, כיבוד הזכות לתרבות עשוי לחייב את המדינה לא רק להימנע מכפייה, אלא לסייע באופן פעיל לחברי הקבוצה הדתית על-מנת להגן על תרבותה ולאפשר את פיתוחה, לעיתים תוך הטלת הגבלות מסוימות על התנהגותם של אחרים. העמדה שברק מציג בשאלת היקף ההגנה הראויה על חופש הדת מתיישבת יפה עם הרציונל של חופש המצפון, ופחות עם הרציונל של הזכות לתרבות. בהמשך הדברים נראה כי עמדה מצמצמת זו של ברק ביחס לחופש הדת אינה עולה בקנה אחד עם גישתו המרחיבה ביחס לזכויות אזרחות. בשלב זה ברצוננו להצביע על חוסר עקביות מסוים בשאלת היקפו של חופש הדת עצמו. בפרשה אחת לפחות ברק נוטש את העמדה המצמצמת ומאמץ פרשנות מרחיבה לחופש הדת, שמתאימה יותר לרציונל של הזכות לתרבות. כוונתנו לעמדתו בשאלת תוקפם של גיורים קונסרוטיביים ורפורמיים לצורכי חוק השבות והמרשם.²²⁰

218 עניין חודב, לעיל הערה 1, בעמ' 58.

219 עניין שביט, לעיל הערה 2, פסקה 5 לפסק-דינו של דשופט ברק.

220 בטרם נפנה להעיר על אי-עקביות זו, כדאי להעיר על בעייתיות מסוימת בהסתמכותו של ברק על שני פסקי-הדין הראשונים, בעניין מידון ובעניין מיטראל. שלפי דבריו נדחתה בהם הטענה לחופש דת. אולם האמת היא שלא נטענה בהם כלל הטענה לפגיעה בחופש הדת, אלא רק לפגיעה ברגשות דתיים, טענה שברק מוכן עקרונית לקבלה גם בדחאם למבחנו המצמצם. מהקטע שצוטט לעיל מעניין מידון עולה בבירור כי מידון לא טען לפגיעה בחופש הדת שלו, אלא רק לפגיעה ברגשותיו הדתיים, פגיעה שברק, לו

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

ראשיתם של הדברים בעניין פסדו-גולדשטיין,²²¹ שנידון בהרכב מורחב של שבעה שופטים ועסק בתוקפו של גיור לא-אורתודוקסי הנערך בארץ לצורך הרישום במרשם האוכלוסין ולצורכי חוק השבות. בפרשה זו התגלעו חילוקי דעות בין הנשיא דאז שמגר לבין השופט טל. לדעת הראשון, חופש המרת הדת מוגן במסגרת חופש הדת והמצפון, ומכאן שהחלטתו של התושב או האזרח להמיר את דתו צריכה להיות חופשית מהתערבות ומהסדרה של המדינה. ואילו לדעת האחרון, התנאת הרישום כיהודי על-פי חוק המרשם והענקת מעמד כעולה לפי חוק השבות בקיומו של גיור מסוג מסוים אינן פוגעות בחופש הדת של המתגייר. בפסק-דין מאוחר יותר, בעניין נעמ"ת,²²² שבו המשיך בית-המשפט העליון את המהלך שבו פתח בעניין פסדו-גולדשטיין (מהלך שנקטע באותה פרשה באופן מפתיע²²³), אימץ ברק את עמדתו של שמגר, והורה על רישום העותרים, שהתגיירו בגיורים ליברליים בישראל ובחוץ-לארץ, כיהודים. בפרשה זו, כמו בעניין פסדו-גולדשטיין, הציעה המדינה הסברים שונים לסירובה לרשום את העותרים כיהודים, ובית-המשפט דחה אותם, בהסתמכו, בין

ישב על כס השיפוט באוהה עת, היה מכיר מן-הסתם בקיומה. כך גם בעניין מיטדאל. המדינה לא טענה כי שיקוליה כשאלת ייבוא הבשר מבוססים על הרצון למנוע פגיעה בחופש הדת של שומרי המצוות, אלא רק ברגשותיהם. טענתה היתה כי במסגרת השאלה אם להעביר את הייבוא לידיים פרטיות היא רשאית "לשקול שיקולים בדבר אפשרות פגיעה ברגשות דתיים של חלקים באוכלוסייה". ייתכן שטענות של ברק נולדה בשל טענתו של השופט אור, שכתב את חוות-הדעת העיקרית בתיק. לאחר שהציג את עמדת המדינה לגבי הגנה על רגשות דתיים, עבר השופט אור במפתיע לדבר על פגיעה בחופש הדת, דבר שהמדינה לא טענה כלל, ובהמשך חזר והשתמש באופן נרדף בשני המושגים. חוסר הבחנה ברורה בין שני המושגים בדברי השופט אור, ובמיוחד אצל ברק, מפתיע במקצת לאור הניסיון השיטתי של ברק להבחין ביניהם בכל פסקי-הדין האחרים שזכרו.

221 בג"ץ 1031/93 פסדו-גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661.

222 בג"ץ 5070/95 נעמ"ת נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721.

223 בעניין פסדו-גולדשטיין עצר בית-המשפט באופן מפתיע כפסע לפני חיובו של משרד הפנים לרשום את העותרת כיהודייה במרשם האוכלוסין. כזכור, עתירתה של פסדו החבססה על הלכת ש"ס. שר הפנים טען כי הלכת ש"ס מוגבלת לגיורים שנערכו בחוץ-לארץ. גיורים שנערכים בישראל, לעומת זאת, כפופים לדרישות פקודת העדה הדתית (המרה), וזו מחייבת אישור הרב הראשי לשם מתן תוקף לגיור. בית-המשפט דחה את הטענה ברוב של 6:1 והסביר כי הפקודה נוגעת בענייני מעמד אישי בלבד. משקבע בית-המשפט כך, היתה התוצאה צריכה להיות לכאורה היעדרות לבקשתה של העותרת, כלומר רישומה כיהודייה והענקת תעודת עולה. אולם בית-המשפט לא עשה כן. וכך אמר הנשיא ברק: "הכרעתנו היום מצומצמת בהיקפה. כל שקובעים אנו הוא דבר אי תחולתה של פקודת העדות (המרה) לעניין הכרה בגיור על פי חוק השבות. איננו קובעים שכל גיור רפורמי מוכר לעניין חוק השבות וחוק המרשם. על כן, איננו מורים למשיבים לראות בעותרת יהודיה לעניין חוק השבות, ואיננו מצווים על רישומה כיהודיה במרשם." בית-המשפט נימק את החלטתו בטענה כי שאלת פירושו של חוק השבות וחוק המרשם לא הוצגה לפניו, אלא רק תחולתו של חוק ההמרה ביחס אליהם. פסיקת בית-המשפט מעוררת כמובן תמיהה. גברת פסדו פנתה למשרד הפנים בבקשה להכיר בגיור שעברה, ומשרד הפנים דחה את בקשתה בטענה שהגיור אינו עומד בדרישות של חוק ההמרה. משנפלו נימוקיו של משרד הפנים, היה ראוי לכאורה ליתן לה את הסעד שלו עתרה. בנסיבות אלה היו שראו בהימנעותו של בית-המשפט ממתן צו כזה דוגמה לריסון שיפוטי בנושא טעון ערכית, טיעון שנתמך בדברי בית-המשפט עצמו, שהוסיף בדברי ההנמקה להחלטתו המפתיעה כי ראוי ליתן לכנסת לקבוע את הסטנדרט הראוי להכרה בגיורים לצורכי חוק השבות. ראו: A. Maoz "Who is a Convert?" 15.

Justice (1997) 11, 15

דני סטטמן וגדעון ספיר

היתר, על הטעם שקבלתם כרוכה בפגיעה בחופש הדת. הנשיא ברק, שכתב את דעת הרוב, חזר על דברי שמגר – ברוחם ואף תוך ציטוט נרחב מהם – תוך שהוא מבהיר כי חופש המרת הדת מוגן במסגרת חופש הדת והמצפון, וכי שלילת הזכות לרישום כיהודים מאנשים שעברו גיור קונסרוטיבי או רפורמי עולה כיי פגיעה בחופש הדת שלהם.

על-פי דרכנו, הבה נבחן באיזה מובן היה חופש הדת עשוי להיפגע בפרשות אלה. אם הפגיעה בחופש הדת מובנת כמונוזים של כפייה להפר את מצוות הדת ובמסגרת חופש המצפון, קשה לראות איזו פגיעה היתה עשויה להתרחש כאן, שהרי איש לא העלה על דעתו למנוע רכנים לא-אורתודוקסיים מלקיים טקסי גיור לפי הבנתם או לכפות עליהם לקיים טקסי גיור אורתודוקסיים. אשר למתגייריו עצמם, איש אינו מונע אותם מלהתגייר גיור רפורמי או קונסרוטיבי, כשם שאיש אינו מחייבם להתגייר גיור אורתודוקסי.

כנגד מהלך זה ניתן להעלות את ההתנגדות הבאה. בסעיף 1 הובהר שהכפייה הדרושה לפגיעה בחופש המצפון בכלל ובחופש הדת בפרט אינה כפייה פיזית דווקא (להאכיל אדם בכוח בשר לא-כשר), אלא נקיבת מזיד כבד על הפעילות הרלוונטית, בדמות סנקציה כלשהי או שלילת זכות או הטבה. במקרה של אדם לא-יהודי המזדהה עם עקרונות היהדות הרפורמית ומבקש להתגייר, סירוב להכיר בו כיהודי לעניין חוק השבות הוא בגדר כפייה, כי – בהנחה שיש לו אינטרס לעלות לישראל – מופעל עליו בכך לחץ להתגייר גיור אורתודוקסי, שהוא מתנגד לו מעומק הלב. אף שאין זו פגיעה בחופש הדת במובן הרגיל, כי מצוות הדת שהוא נכפה להפר אינן שלו עדיין, זו פגיעה במצפון, כי הוא נכפה להפר עקרונות שהוא מזדהה עמם עמוקות, עקרונות הקשורים להשתייכות דתית.

כרם, מיהו זה שנתבע לשלם מזויר זה? אם מדובר בלא-יהודים שהם כבר אזרחי המדינה, אין המחיר שנקב חל עליהם; גיור לא-אורתודוקסי לא ישלול מהם את האפשרות להיות אזרחים ישראלים, ולכן לא ניתן לדבר לגביהם על פגיעה במצפון. המחיר היחיד שאנשים כאלה עשויים לשלם הוא אי-רישום כיהודים במרשם האוכלוסין, אבל מחיר זה נראה חלש מכדי לכונן טענה של כפייה. כפי שהדגיש ברק עצמו בעניין נעמ"ת, הקביעה שיש לרשום את פלוני במרשם האוכלוסין כיהודי, או כנשוי, "מוגבלת לרישום במרשם, ואין לה אף תוקף של ראייה לכאורה". רישום זה, טוען ברק, "ניטרלי לעניין המאבקים השונים המתנהלים מאז קום המדינה בענייני לאום, דת ונישואין".²²⁴

לעומת זאת, אם מדובר בלא-יהודים שאינם אזרחי המדינה, הטענה שהם נכפים להתגייר גיור אורתודוקסי, ובכך לפעול נגד מצפונם, נשמעת בלתי-סבירה. למעשה, היא גוררת שמדינה שמתירה הגירה אליה על סמך אמת-מידה X כופה בכך כל מי שאינו עומד באמת-מידה זו לפעול כדי שיעמוזי בה. למשל: שמכסת הגירה לארצות-הברית לגבי אנשי מחשבים כופה על כל מי שאינו איש מחשבים לנטוש את עיסוקו וללמוד מחשבים. באופן דומה: הקביעה שרק יהודים יכולים להגר לישראל אינה כופה את מיליארדי הלא-יהודים בעולם להמיר את דתם. הנקודה היא שהמחיר של אי-הגירה לארץ – אם בכלל יש כזה – אינו מחיר שניתן לראותו ככפייה.

זאת ועוד: ההתנגדות לעיל הניחה שהתאזרוזות היא זכות שניתן לתבוע אותה באמצעות

224 בעניין נעמ"ת, לעיל הערה 222, פסקה 22 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

תופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

המושג תופש הדת, ומן-הסתם גם כאמצעות זכויות אחרות. אבל זו טעות: הדעה המקובלת, וכמובן הפרקטיקה הנוהגת בפועל, היא שבנסיבות רגילות אין לאיש זכות לאזרחות, במיוחד אם אינו תושב. המקובל הוא שמדינות רשאיות, על-פי שיקול-דעתן, האידיאולוגיה שלהן והאינטרס שלהן, לקבוע מי ייכנס בשעריהן ומי לא. מבחינה זו, הניסיון לבסס זכות להגירה על-סמך חופש הדת אינו מוצלח יותר מניסיון לבסס זכות כזו על סמך זכויות אחרות – הזכות לחיים, לכבוד וכמובן לשוויון. דברים אלה אמר במפורש השופט טל בעניין פסדו-גולדשטיין:

אין התנאת כניסתו של זר לארץ בתנאי דת משום פגיעה בחופש הדת, והוא הדין לעקרון השוויון. אם פגיעה יש כאן הרי זו פגיעה "בחופש הכניסה לארץ" (חופש שאינו קיים, והמדינה רשאית להתנות את הכניסה לארץ ככל שייראה לה, כאמור לעיל), ולא פגיעה בחופש הדת. בכל הנוגע לחוקי הגירה (בשונה מחוקים אחרים), פרשנות לאור עקרונות החופש והשוויון איננה רלבנטית.²²⁵

עולה מכך שהטענה היחידה של מועמד להגירה יכולה להיות שהוא עומד באמות-המידה שקבעה המדינה, ובהקשר הישראלי פירושה להוכיח שהוא יהודי לפי חוק השבות. למעשה, בית-המשפט כבר פסק כך בעניינם של "היהודים המשיחיים" שביקשו שיכירו בהם כיהודים לצורכי חוק השבות. אחת הטענות שהעלו העותרים היתה ששלילת הזכות שקולה לפגיעה בחופש הדת שלהם. על כך השיבה השופטת נתניהו בצדק כי "אין כל קשר בין חופש המצפון והדת לבין השאלה מי הוא יהודי לפי חוק השבות".²²⁶ כך גם אצלנו: אם לא-אורתודוקסים מבקשים הכרה כיהודים לפי חוק השבות, עליהם להוכיח שהם יהודים בהתאם לחוק זה. אם לא יצליחו להראות זאת, אין הם יכולים לצפות לסעד באמצעות הערוץ של חופש הדת כמובנו כחופש מצפון.

סיכומו של דבר, את טענת חופש הדת בעניין פסדו-גולדשטיין ובעניין נעמ"ת לא ניתן להבין כמבוססת על חופש המצפון. אם יש דרך לבסס את עמדת העותרים במקרים הנדונים על רעיון חופש הדת, כדעת שמגר וברק, היא כרוכה בהבנה שונה של רעיון זה, דהיינו כהגנה על התרבות. בהתאם לכך, הפגיעה בלא-אורתודוקסים לא תהיה בכפיית מתגירים פוטנציאליים או רבנים להפר את מצוות דתם, אלא בהחלשה הכללית של התנועות הלא-אורתודוקסיות שתיגרם מאי-הכרה בגיוריהן. סירוב להכיר בגיורים רפורמיים וקונסרווטיביים לעניין חוק השבות או חוק המרשם משדר מסר של הפליה והדרה כלפי קבוצות אלה, ובכך מקשה עליהם עוד יותר להתחרות עם היהדות האורתודוקסית. הזכות לתרבות של קבוצות המיעוט הללו מחייבת איפוא את המדינה לא לפסול את גיוריהן.

בהבנה זו של טענת חופש הדת בהקשר הגידון נפתרת בעיית ההבחנה בין אזרחים לבין לא-אזרחים, שכן הקהילות שהמדינה נדרשת להגן עליהן שוכנות בתוכה. הרעיון הוא שהתנועות הרפורמית והקונסרווטיבית בארץ נחלשות מאי-הכרה של המדינה בגיורים שלהן. היחלשות זו עלולה לנבוע לא רק מסירוב לתת הכרה לפי חוק השבות, אלא אפילו

225 עניין פסדו-גולדשטיין, לעיל הערה 221, בעמ' 741.

226 בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 511-512.

מסירוב לרשום את המתגיירים במרשם האוכלוסין, שכן סירוב זה שולח מסר של הורה והדרה כלפי התנועות הנ"ל. אפילו אם חוק מרשם האוכלוסין מזהיר שהאמור בו אינו ראה לנכונות המידע, עצם העובדה שהמדינה מסרבת, במעשה רשמי, לכלול אדם במרשם תחת הכותרת "יהודי" עלולה להיות בעלת משמעות חברונית ממשית.²²⁷ על חשיבותו הסמלית של הרישום הנ"ל עמד אנגלרד בעניין נעמ"ת:

אחד מסימני ההיכר האופייניים של המחלוקת האידיאולוגית הוא המאבק על סמלים הנעדרים לעיתים מימד מהותי. אין ספק כי הסמל, כשלעצמו, הוא בעל משמעות עצומה בעיני בעל ההשקפה... והנה, הסוגיה שלפנינו, הנוגעת לרישומו של אדם כיהודי במרשם האוכלוסין, היא דוגמה מובהקת למאבק על סמל... ואמנם, אם רק בסטטיסטיקה חסרת משמעות עניינית מדונו, מדוע המשך המאבקים הרבים על הרישום? מדוע פסקי-הדין הרבים המשתרעים על עשרות עמודים ובהם נחלקות דעות השופטים? האמת היא, כמובן, כי הסמל כאן הוא המהות, וללא השקפת עולם נתונה אין הכרעה בשאלת הרישום ואין סטטיסטיקה.²²⁸

אין בדעתנו להכריע כאן בשאלה אם אכן היה ראוי לקבל את העתירות הנ"ל על בסיס ההבנה של חופש הדת כזכות לתרבות, אלא רק להצביע על חוסר עקביות מסוים בין הצהרות ברק לגבי חופש הדת בעניין *חורב*, עניין *שביט* ועניין *גור-אריה*. לבין פרשנותו לחופש זה בעניין נעמ"ת. עמדתו המרחיבה בפורשה האחרונה אינה מתיישבת בנקל עם הפרשנות המצמצמת שהוא מציע בפרשות האחרות. באלה הוא מצמצם את ההגנה על הדת להימנעות מכפייה לעבור על מצוותיה, ואילו בעניין נעמ"ת הוא מוכן לאמץ פרשנות רחבה יותר, שמתאימה יותר להבנה של חופש הדת במונחים של הזכות לתרבות.²²⁹ עמדה עקבית יותר הייתה מחייבת אחת משתיים: או דחייה על הסף של טענת חופש הדת במקרה של גיורים, כי אין מדובר בה בכפייה לעבור על ציווי הדת, או פתיחת הדלת לפני טענות על פגיעה בחופש הדת במקרים האחרים שהוזכרו בהסוגמך על הטענה של חשש לפגיעה ממשית ביכולת וכהניעה לקיים את אורח החיים והפולחן הדתי. ודוק, בקובענו כי קבלת הרציונל מן הזכות לתרבות הייתה מחייבת את ברק לזנוח את המבחן המצמצם שהציע בעניין *חורב*, עניין *שביט* ועניין *גור-אריה*, אין אנו טוענים כי הדבר היה צריך להוביל בהכרח לקבלת עמדתו של הצד האורתודוקסי. הכל תלוי בטבעו המיוחד של כל מקרה. בעוד שבעניין *חורב* אנו סבורים שרעיון הזכות לתרבות אכן היה מבסס וטיעון חזק לטובת ההכרעה שאליה הגיע בית-המשפט על הבסיס המוצלח פחות של הגנה מפני פגיעה ביוגשות, בעניין *שביט* ובעניין *גור-אריה*, דעתנו היא – כמוסבר לעיל – שלא היחה בהם פגיעה במצפון ואף לא פגיעה בזכות לתרבות.

227 דא עקא, ברק עצמו מציג עמדה הפוכה וטוען שלרישום במרשם האוכלוסין אין כל חשיבות, ובדיוק על-סמך קביעה זו הוא מכשיר את רישום הגרים שהתגירו בגיור לא-אורתודוקסי בארץ! יוצא אם-כן שברק עצמו מנוע מלהסתמך על הרציונל של זכות לתרבות כמובן שהוסבר בטקסט. עוד על הבעייתיות שבעמדת ברק בעניין נעמ"ת ראו ש' ליפשיץ וג' ספיר "מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי" (טרם פורסם).

228 עניין נעמ"ת, לעיל הערה 222, פסקות 4-2 לפסק-דינו.

229 אבל ראו לעיל הערה 227.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

כל שאנו טוענים הוא שאם מאמצים עמדה מרחיבה לגבי חופש הדת בעניין נעמ"ת, עמדה המניחה במוכלע את הרעיון של הזכות לתרבות, לא ניתן לא להחילה על הפרשות האחרות שזכרו, מה שהיה מעניק סיכוי גדול יותר לצד האורתודוקסי במקרים אלה. ניתוח זה מספק הזדמנות טובה להצביע על שלושה מאפיינים כלליים של פסיקת בית-המשפט העליון בתחום הנידון. ראשית, כמעט כל העתירות לבית-המשפט שהסתמכו על פגיעה בחופש הדת נדחו.²³⁰ בכל המקרים שבהם עסקנו – בר"אל, שביט, גור-אריה – לא קיבל בית-המשפט בסופו של דבר את הטענה לחופש דת,²³¹ והיא נדחתה גם בשורה של פסקי-דין אחרים.²³² שנית, במקרים המעטים שבהם זכו העותרים באזון קשבת מבית-המשפט בהסתמך על חופש הדת, עסקו העתירות באינטרסים של קבוצות יהודיות לא-אורתודוקסיות. המקרים היחידים שבהם קיבל בית-המשפט עתירות על כסיסו היו בעניין פסרו-גולדשטיין, בעניין התנועה המסורתית²³³ ומוקדם יותר בעניין פרץ נ' כפר-שמריהו;²³⁴ הראשון עסק, כפי שראינו, בתוקפו של גיור לא-אורתודוקסי לצורכי חוק המרשם, השני בהקצאת כספים לשיעורי תורה כתנועה הקונסרווטיבית והשלישי בזכותם של הרפורמים לשכור אולם ציבורי לתפילה.²³⁵ שלישית, כפי שנטען במקום אחר בהרחבה,²³⁶ ניתן להצביע בזהירות על מגמת התפלגות בין השופטים הדתיים והחילוניים במקרים שמועלית בהם טענת חופש הדת. כאשר על הפרק אינטרס יהודי-דתי אורתודוקסי, השופטים הדתיים נוטים לקבל

- 230 מצב דומה קיים גם בארצות-הברית לגבי פטורים מטעמים דתיים. כפי שציין גדקס (Gedicks, *supra* note 171, at p. 688), רק מקרים מעטים הגיעו לבית-המשפט, והדתיים הפסידו ברובם.
- 231 כזכור, בעניין שביט, לעיל הערה 2, ובעניין גור-אריה, לעיל הערה 3, היתה דעת מיעוט, של אנגלרד ודורנר (בהתאמה), שסברה כי יש לקבל טענה זו.
- 232 בג"ץ 329/87 סוקר-דס נ' שר הבטחון, פ"ד מג(4) 873; בג"ץ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מו(3) 282; ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221; בג"ץ 530/01 יונב נ' ניצב מיקי לוי, פ"ד נו(1) 22. גם לגבי פגיעה ברגשות דתיים – כמו לגבי פגיעה ברגשות בכלל – רוב העתירות והתביעות נדחו. ראו "פגיעה ברגשות דתיים", לעיל הערה 6, בעמ' 183. חופש הדת של לא-יהודים לא זכה בהצלחה גדולה יותר בבית-המשפט. ראו בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מח(5) 199, שבו דחה בית-המשפט את עתירתה של תלמידה מוסלמית שמנעו אותה מלכסות את ראשה בהתאם לתפיסתה את מצוות דתה. (פסק-הדין מאפשר אומנם להבין שאילו דובר בבית-ספר ממלכתי, היה נפסק אחרת, אבל ראו הסתייגותו של השופט גולדברג, ודומה שקשה לקבוע בוודאות כיצד ינהג בית-המשפט אם יבוא לפניו מקרה מעין זה.)
- 233 בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית בישראל נ' שר הדתות, פ"ד נג(5) 337. בקבלו את העתירה התבסס השופט זמיר, בין השאר, על הטענה ש"חופש הדת מטיל איסור על כל רשות מנהלית לפגוע באדם או גוף, ובכלל זה איסור להפלות אדם או גוף, בשל תפיסה דתית שבחר לעצמו" (שם, פסקה 27 לפסק-דינו), ומכאן שאין לשר הדתות זכות להפלות לרעה את התנועה המסורתית בחלוקת התקציב.
- 234 בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז(3) 2101.
- 235 לגבי הפגיעה ברגשות דתיים, המקרה הראשון, ועד כה האחרון, שבו הופעל סעיף 173 לחוק העונשין היה כדי להגן על רגשות דתיים מוסלמיים במקרה הידוע של "כרוז החזיר". ראו ע"פ 697/98 טטיאנה סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289.
- 236 G. Sapir "Law Or Politics: Israeli Constitutional Adjudication as a Case Study" 6 *UCLA J. of Int'l Law and Foreign Affairs* (2001) 169

את הטענה בדבר פגיעה בחופש הדת,²³⁷ ואילו השופטים החילוניים נוטים לדחותה; וכאשר על הפרק אינטרס יהודי-דתי קונסרוטיבי או רפורמי, המגמה מתהפכת: השופטים הדתיים נוטים לדחות²³⁸ בעוד השופטים החילוניים נוטים לקבל.²³⁹ (יוצאת מכלל זה היא עמדתה של השופטת דורנר בעניין *גולד-אליה*.²⁴⁰) שתי הנקודות האחרונות קשורות זו לזו, שכן בהתחשב ביחסי הכוח בבית-המשפט העליון, מובן שאם השופטים החילוניים סבורים שיש להגן יותר על התנועות הדתיות הלא-אורתודוקסיות, דין רוב העתירות האורתודוקסיות להידחות. האם הגנה חזקה יותר על חופש הדת של הקונסרוטיבים והרפורמים מאשר על זה של האורתודוקסים ניתנת להצדקה? אם מבינים את חופש הדת כמונחים של הזכות לתרבות, דומה שהתשובה חיובית. כפי שהודגש בסעיף ב' לעיל, הזכות לתרבות נתוצה כדי להגן על תרבותן של קבוצות מיעוט שמתקשו. לשרוד מול ההגמוניה התרבותית של הרוב. כאשר הגמוניה זו מגובה בכוח פוליטי, הצורך של המיעוט בהגנה גדולה עוד יותר. זה בדיוק מצבן של התנועות היהודיות הלא-אורתודוקסיות בארץ, שלא די להן שהן מיעוט קטן יחסית לציבור הדתי האורתודוקסי, אלא שהן סובלות מנהיות בולטת בכוחן הפוליטי וממאמץ מתמיד של האורתודוקסיה לעשות להן דה-לגיטימציה. במצב עניינים כזה הן זקוקות להגנה מיוחדת כדי שיוכלו לקיים את הפרשנות שלהן ליהדות.²⁴¹ בעתירות שלעיל היה נכון אפוא להעניק לאינטרסים שלהן משקל כבד יותר מזה שהיה ניתן, בנסיבות דומות, לעתירות של אורתודוקסים.²⁴² למותר להוסיף שמשקל כבד יותר אין פירושו שלילה מוחלטת של האפשרות שגם האורתודוקסים יזכו בהגנה על חופש הדת בשם זכותם לתרבות.

2. ברצותו מאריך וברצותו מקצר; חופש הדת לעומת זכויות אחרות
בניסיון לחזק את העמדה המצמצמת לגבי חופש הדת, ברק אומר בעניין *גולד-אליה*, את הדברים הבאים: "הרחבה בלתי מבוקרת של חופש הדת סופה זילות של חופש הדת וריקונו מתוכן." דברים אלה עומדים בניגוד ל"א רק לעמדה המרחיבה לגבי חופש הדת הנגקטת בעניין רישום גרים רפורמיים, אלא, לכאורה, בניגוד לעמדתו של ברק לגבי זכויות בכלל וחופש הביטוי בפרט. מדיניותו הכללית של ברק היא להרחיב את היקף תחולתן של הזכויות,

237 ראו במיוחד עמדתו של השופט אנגלרד בעניין *שביט*, לעיל הערה 2. נראה שבעניין *חודב*, לעיל הערה 1, השופט טל מקבל את הטענה לפגיעה בחופש הדת, אם כי הובר אינו ברור לחלוטין. ראו פסקה 6 לפסק-דינו.

238 אָלון, בכג"ץ 47182 קרן התנועה ליהדות מתקדמת נ' שר הדתות, פ"ד מג(2) 661; טל בעניין *פסדו-גולדשטיין*, לעיל הערה 221.

239 ברק בעניין *נעמ"ח*, לעיל הערה 222; שמוגו בעניין *פסדו-גולדשטיין*, שם; ש' לוי בעניין קרן התנועה ליהדות מתקדמת, שם.

240 ראו סעיף 3 לעיל.

241 השוו מה שכתבנו לגבי טענות הדתיים בעניין *שביט*, לעיל טקסט ליד הערה 193.

242 לאור ניתוח זה, בעניין *נשות הכוחל* (בג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש-הממשלה נ' ענת הופמן, פ"ד נו(3) 289), היה צריך לתת משקל רב יותר לחופש הדת של הנשים שביקשו להתפלל בכותל מאשר לחופש הדת של האורתודוקסים שביקשו למנוע אותן מלעשות כן.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

תוך שהוא שומר בידיו את האפשרות לדחותן או לצמצמן את משקלן במסגרת תהליך האיזון.²⁴³

הדברים אמורים במיוחד לגבי חופש הביטוי. כאן ברק מעדיף באופן עקבי גישה מרחיבה, אף מעבר למקובל בארצות-הברית,²⁴⁴ שבה חופש הביטוי הוא יסוד חוקתי ותרבותי מהותי. גישה מרחיבה זו בולטת ביחס לביטויי הסתה. בעוד שדברי הסתה חורגים מכלל הביטויים המכוסים על-ידי החוקה בארצות-הברית,²⁴⁵ ברק מוביל קו עקבי הכורך ביטויים אלה במסגרת חופש הביטוי המוגן באורח חוקתי. לדעתו, "כל ביטוי – לרבות הביטוי הגזעני – נכלל במהותו הפנימית של חופש הביטוי."²⁴⁶ ולא זו בלבד שהביטוי הגזעני –

243 ברק נמנע מהתבטאות כללית ברות זו. הוא אומר באופן זהיר כי "אין כל אפשרות ליתן פרשנות מרחיבה לכל זכויות האדם", שהרי "פרשנות 'מרחיבה' של זכות אדם אחת מובילה בהכרח לפרשנות 'מצמצמת' של זכות אדם אחרת" (פרשנות במשפט, כרך ג: פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 289). אולם בדיקת פרשנותו של ברק להיקפן של זכויות-אדם רבות מגלה נטייה להרחבה. כך, לדוגמה, כאשר לחופש העיסוק. בטרם נחקק חוק-היסוד נפסק בעבר כי אדם השווה בישראל שלא כדיון או מי שעוסק בה ללא רשיון אינו זכאי להשתלב בעבודה ואינו זכאי להטבות מכוח חוק הבטחת הכנסה; אך לדעת ברק (שם, בעמ' 599) חקיקת חוק-היסוד מחייבת שינוי ההלכה והכללת הנ"ל במסגרת החוק, כשאת היותו השהייה בלתי-חוקית יש לשקלל במסגרת פסקת ההגבלה. לפי פירושו של ברק, חוק-היסוד, שביקש בעליל לצמצם את היקף החולתה של הזכות בהשוואה למצב שנהג ערב קבלתו, יעניק דווקא הגנה נרחבת יותר. העברת הרכיב של אי-החוקיות לפסקת ההגבלה מרחיבה כמובן באופן משמעותי את היקף שיקול-הדעת של בית-המשפט. בניגוד לדעתו של ברק, אמנון רובינשטיין ומנחם גולדברג (נשיאו לשעבר של בית-הדין הארצי לעבודה) סבורים כי מי ששווה בישראל שלא כדיון או עובד בה ללא רשיון לא יוכל ליהנות מהגנתו של חוק-היסוד. ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 80, בעמ' 1141; מנחם גולדברג חופש העיסוק והגבלתו (תשנ"ט) 51-52. גישה הפוכה לזו של ברק, הנשמרת מפני הרחבת היקפן של זכויות האדם, ניתן למצוא אצל השופט זמיר. ראו למשל דבריו בע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 471, ביחס לחופש הקניין ("ככל שיורחב ההיקף של הקניין כזכות חוקתית, כך, יש לחשוש, תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זאת. ועל כך ניתן לומר: תפסת מרובה לא תפסת!"), ובכ"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל, תק-על 2001 (2) 509, 513, ביחס לזכות לשוויון ("בית-המשפט נתן מובן רחב לעקרון השוויון, במספר רב של פסקי דין, והחיל אותו כמעט על כל סוג של הבחנה בין בני אדם על יסוד שיקולים זרים... אולם המובן המקורי של עקרון השוויון, ודומה שהוא גם המובן המדויק, הוא מובן צר יותר. במובן זה, המקובל במדינות אחרות, עקרון השוויון מתייחס לרשימה מוגבלת של עילות מוגדרות, שאפשר לקרוא להן עילות השוויון הקלאסיות, והשופט חשין קורא להן עילות שוויון גנריות. כאלה הן, לדוגמה, הרת, הגזע, הלאום והמין: כל אדם זכאי לשוויון ללא הברל דת, גזע, לאום או מין. עקרון השוויון כמובן זה, להבדיל מן המובן הרחב, נחשב במדינות רבות, וראוי להיחשב, זכות חוקתית").

244 ראו לאחרונה א' בנדר ומ' טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי" משפטים לב (תשס"ב) 623.

245 *Dennis v. United States* 341 U.S. 494 (1951), כמאוזכר אצל בנדר וטמיר, שם, הערה 82.

246 ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד ג(5) 221, 296, ההדגשה נוספה. פסק-הדין המנחה בעניין זה הוא ההחלטה בעניין כהנא, שברק קובע בו כי "חופש הביטוי כולל בחובו, מבחינתו הפנימית, גם את החופש של הביטוי הגזעני" (בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 281).

"המקומם והצורם והמפיץ מדנים ושנאה"²⁴⁷... נופל ובגדריו של חופש הביטוי, אלא שההגנה עליו מתחייבת משלושת הרציונלים המוססיים, באופן כללי, חופש זה.²⁴⁸

רואים אנו איפוא כי בעוד שלגבי חופש הדת ברק חושש עד מאוד מ"הרחבה בלתי מבוקרת" שסופה "זילות וריקון מתוכן" של הזכות האמורה, לגבי זכויות אחרות, וחופש הביטוי בפרט, אין לו חששות כאלה. הנרה בביטויים גזעניים ושפלים במסגרת חופש הביטוי אינה מהווה לדעתו סכנה, ואין סופה זילות של חופש הביטוי וריקונו מתוכן. לא ייפלא איפוא שכאשר מועלית טענה – כמו בעניין *גד-אריה* – לפגיעה בחופש דת בנסיבות שבהן מעורבת לכאורה פגיעה בחופש הביטוי, הטענה נדחית על הסף. בפרשה זו ברק קובע כדבר מוכן מאליו שאינו צריך כל ראייה כי קבלת היחידה תפגע ב"זכות המשיבים לחופש ביטוי", ועמה ב"זכות הציבור לדעת". אין הוא מעלה ויל פקפוק בטענה זו, ואין הוא חוזר לדון בה או לסייג אותה בהמשך דבריו. לעומת זאת, את זענת העותרים לפגיעה בחופש הדת ברק דוחה מכל וכל, ומוכן להכיר רק באינטרס שלהם לאגיעת פגיעה רגשית, מהלך החורץ את גורל העתירה לשבט, כפי שיוסבר מייד. אם כך, מצד אחד קבלה ללא עוררין של זכות, בלא כל דיון ביקורתי בטעמים שתומכים בקיומה בנסיבות העניין, ומצד אחר הצבת תנאים מחמירים לפני ההכרה בכך שקיימת בכלל זכות בנסיבות אלה.

אלא שבניגוד לדעת ברק, נראה לנו שיש טעמים טובים לסבור שקבלת העתירה לא היתה גורמת כל פגיעה בחופש הביטוי. הרשות השנייה היא תאגיד סטטוטורי, שהוקם מכוח חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו. להכדיל מחוק רשות השידור, המטיל על הרשות את החובה לספק שידורי רדיו וטלוויזיה, חוק הרשות השנייה מגבש את מעמדה של הרשות כגוף שתפקידו פיקוח על שידורי זכיינים. זמן-האוויר בחדר השידור שהוקצה לרשות השנייה מחולק בין שלושה זכיינים, כל אחד יוגיים בשבוע, וזמן השידורים בשבת עובר בתחלופה בין שלוש הזכייניות. לרשות עצמה אין זמן-אוויר משלה, אולם החוק מקנה לה זכות ליטול פרק-זמן מיחידת שידור של בעל זיכיון לצורך מתן שידורים בנושאים שיש בהם לדעתה עניין מיוחד לציבור. התוכנית שבנידון נועדה לשידור בפרק-זמן מופקע שכזה. הרשות היא שהחליטה שנטילת פרק-הזמן תיעשה ביום השבת, וכשם שבחרה ליטול פרק-זמן זה, היא יכולה ליטול פרק-זמן ביום אחר. אילו נהגה הרשות השנייה כך, היתה אף ממלאת את תפקידה באופן נכון יותר, שהרי בכלל "הציבור" שהרשות אמורה לשרת את "עניינו" מצויים גם שומרי תורה ומצוות, שאינם יכולים לצפות בטלוויזיה בשבת. נדמה שעתירה מנהלית, אילו הוגשה על-ידי שומרי תורה ומצוות בניסיון לערער על שיקול-דעתה של הרשות בבחירת רצועות השידור המופקעות, לא היתה נדחית על הסף, והרשות היתה נדרשת להצדיק את בחירתה. אולם בעניין *גד-אריה*, נסבה העתירה כמובן לא על סמכותה של הרשות השנייה לייחד רצועת שידור שתכליתה שירות לציבור כולו דווקא ביום השבת, באופן הפוגע בחלק מן הציבור, אלא על הפעלת סמכות זו ונסיבותיה של תוכנית אחת. מה שהרשות התבקשה

247 עניין *כהנא, שם*, בעמ' 285.

248 לטענה זו יש חשיבות רבה מבחינת ההגנה על חופש הביטוי במקרה הנידון, שכן, כדבריה של השופטת דורנר, "כאשר מדובר בביטוי שלא נתפש על-ידי כל הרציונלים לחופש הביטוי, אפשר שהדבר יתבטא בהיקף ההגנה המשפטית על אותו ביטוי" (בג"ץ 606/93 *קידום יזמות ומו"לות בע"מ נ' רשות השידור*, פ"ד מח(2) 1, 13).

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

לעשות הוא להפעיל את הסמכות המוקנית לה על-פי חוק להזוה חדר-פעמית של המשבצת שנועדה לשידור התוכנית נשואת-המהלוקת מיום השבת ליום אחר מימות השבוע.²⁴⁹ הטענה לפגיעה בחופש הביטוי שברק מעמיד בענייננו כנגד האינטרס של העותרים היתה עשויה לשכנע אילו היתה הטלת איסור על שידור התוכנית בשבת מונעת כליל את שידורה. אולם בהינתן האפשרות הפשוטה להעביר את התוכנית משבת ליום אחר, לא ברור כלל איזו פגיעה בחופש הביטוי היתה מתלווה לקבלת העתירה. לא איוון נדרש בית-המשפט לעשות כאן, אלא מתן הוראה לרשות ציבורית המפעילה סמכות על-פי דין לעשות שימוש בסמכותה לכל תפיגע זכותו (לחופש דת) של חלק מהציבור או האינטרס שלו (במניעת פגיעה ברגשות). ברק מתעלם באופן תמוה מהאפשרות של הזנת התוכנית ליום אחר, התעלמות שבולטת על רקע הדיון המפורש באפשרות זו אצל דורנר. אף-על-פי שדורנר מכירה באפשרות זו, היא סבורה עדיין כי אילו התקבלה העתירה, היה בכך כדי לפגוע, כ"מידה מינימאלית", בחופש הביטוי. אולם אין היא מסבירה מדוע תיוותר אפילו פגיעה מינימלית בחופש הביטוי אם השידור יועבר ליום אחר מימי השבוע.²⁵⁰ מדברי המשיבים בעתירה ניתן אולי ללמוד שהדבר נעוץ בטבעה של רצועת השידור שתיוחד לשידור התוכנית בימי השבוע. הזכייניות לא יאותו להקצות זמן-אוויר במשבצת בעלת שיעור-צפייה גבוה, אלא רק במשבצות שאינן מאפשרות שיעור כזה, דבר שיגרור ירידה בחשיפה-בכוח של התוכנית, ומכאן פגיעה בחופש הביטוי. טענה זו אינה מובנת כלל ועיקר. ראשית, החוק שהקנה לרשות השנייה סמכות להפקיע זמן-אוויר מידי הזכייניות לא התנה את ההפקעה בהסכמתן של הזכייניות, ואף לא הותיר להן שיקול-דעת לגבי מיקומה המדויק של המשבצת שתופקע. כך לגבי מועד השידורים המקורי ביום השבת, וכך גם לגבי המועד החליפי. סמכותה של הרשות השנייה לקבוע את מועד השידור ולהכניס שינויים במועדים שנקבעו מותרת בידיה את האפשרות להבטיח משבצת שידור בעלת שיעור-צפייה גבוה, אם רק תחפרן בכך. שנית, גם אילו היתה הזנת התוכנית ליום חול מחייבת פגיעה בשיעור-הצפייה, לא היה בכך כדי לפגוע בחופש הביטוי. מסקנה זו עולה במפורש מפסק-הדין בעניין יגאל לכ, שבו נידונה עתירתם של עיתונאים ברשות השידור נגד הזנת התוכנית "יומן השבוע" מליל שבת למוצאי-שבת. ברור שהזנה כזו היתה פוגעת בשיעור-הצפייה של התוכנית, שכן שעות הערב בליל שבת זוכות באופן מסורתי באחוזי צפייה גבוהים ביותר. והנה, למרות הירידה הצפויה בשיעור-הצפייה מהזנת התוכנית למוצאי-שבת, דחה בית-המשפט בהינף-יד את טענת העותרים לפגיעה בחופש הביטוי.²⁵¹ דעתנו איפוא היא שאילו התקבלה העתירה בעניין גר-אדיה, לא היתה נגרמת כל פגיעה בחופש הביטוי. ואפילו ננית שהיתה נגרמת פגיעה, הרי שהיא היתה מזעזעית ביותר. והנה, למרות זאת, ברק מכיר כאן בזכותה ללא סייג של הרשות השנייה לחופש ביטוי בלא צורך לבחון את טבעה של הפגיעה הצפויה בו, בהתאם למדיניותו הכללית שלפיה כל ביטוי באשר

249 כנגד זאת ניתן לטעון שאף שההזנה בעניין גר-אדיה, (לעיל הערה 3) היא חדר-פעמית, היא עלולה לגרום הזנה רב-פעמית של כל תוכנית שנראים בה דתיים המיוערת לשידור בשבת. אולם דומה שלחשש זה אין אחיזה במציאות, ראו להלן הערה 269.

250 השופטת דורנר הוסיפה גם טענה בדבר פגיעה אפשרית בחופש הקניין של הרשות, שאליה התייחסנו כבר בהערה 205 לעיל.

251 בג"ץ 2437/92 יגאל לכ נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מונ(3) 756.

דני זטטמן וגדעון ספיר

הוא חוסה תחת כנפי ההגנה החוקתית של חופש הביטוי. לעומת זאת, כאשר הוא מגיע לדת, אין הוא מניח שכל דת, או כל עניין דתי, חוסה תחת כנפי ההגנה על חופש הדת, אלא מסייג את אפשרות ההקמה של זכות זו בתנאים מחמירים.

3. נוסחות האיזון ומעמד חופש הדת

חוליה מרכזית בפסק-הדין בעניין *גוי-אליה*, כמו גם בפרשות האחרות שהוזכרו, היא השימוש במוסכמות חוקתיות המקובלות בבית-המשפט העליון לאיזון בין זכויות ואינטרסים מתנגשים. בסעיף זה נתאר מוסכמות אלה ונצביע על הבעייתיות שבהן. מדובר כמובן בנושא רחב הראוי לדיון ארוך.²⁵² הטעם לכך שאנו נדרשים לו כאן הוא בשל ההשפעה של המוסכמות הנ"ל על ההכרעה במקרים של חופש הדת. ניווכח לראות שגם בעניין זה קיים אצל ברק חוסר עקביות מסוים.

נשמת אפו של ההליך המשפטי הווקתי היא בשלב האיזון. זכויות-אדם, חשובות ככל שיהיו, אינן בלתי-מוגבלות. לעיתים הן מתנגשות זו בזו, לעיתים הן מתנגשות באינטרסים ציבוריים ופרטיים, ובכל המקרים הללו יש לערוך איזון בין הזכות לבין מתחריה. כל שיטה משפטית חוקתית ומגנוני האיזון שלה. בישראל מקובלת כידוע הגישה כי בהתנגשות בין זכות-אדם לבין אינטרס, יש לערוך איזון אנכי בין הטונים, ואילו במקרים של התנגשות בין זכויות, נוסחת האיזון הינה אופקית. תיאור מפורט של שתי נוסחות האיזון הציג ברק בעניין *דיין נ' מפקד מחוז ירושלים*:²⁵³

אכן, נוסחאות האיזון משתנות על-פי הערכים המתחרים, ובמסגרתם של ערכים נתונים, על-פי המטרות החברתיות ותפיסות היסוד החוקתיות. על-כן אנו מבחינים בין "איזון אנכי" לבין "איזון אופקי". באיזון "האנכי", ידו של ערך אחד – המתנגש עם ערך אחר – על העליונה. עם זאת, עליונות זו משתכללת רק אם מתקיימות דרישותיה של נוסחת האיזון לעניין הסתברות הפגיעה בערך העדיף ומידתה. כך, למשל, האינטרס הציבורי בשלום הציבור ובסדר הציבורי גובר על חופש הביטוי, ובלבד שקיימת "ודאות קרובה" כי ייגרזו נזק מעשי לאינטרס הציבורי אם חופש הביטוי לא יוגבל. בדומה, האינטרס הציבורי לביטחון גובר על חופש התנועה מחוץ לגבולות המדינה, ובלבד שקיים "חשש כן ורציני" לפגיעה בביטחון אם תוגשם הזכות לצאת מהארץ. באיזון "האופקי" שני זערכים המתנגשים הם שווי מעמד. נוסחת האיזון בוחנת את מידת הוויתור ההדדי של כל אחת מהזכויות. כך, למשל, זכות התנועה וזכות התהלוכה הן שוות מעמד. ונסחת האיזון תקבע תנאים של מקום, זמן והיקף כדי לאפשר חיים בצוותא של שתי הזכויות. למותר לציין כי תנאים אלה של מקום, זמן והיקף עשויים להשתנות, על-פי מהותן של הזכויות "השוות", המטרות החברתיות המונחות ביסודן ותפיסות היסוד החוקתיות.

252 ראו לאחרונה מ' בירנהק "הנדסה חוקתית; המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" *מחקרי משפט יט* (תשס"ג) 591.

253 בג"ץ 2481/93 *דיין נגד מפקד מחוז ירושלים*, פ"ד מח(2) 456, 475.

לא ניתן להפריז בחשיבות הבחירה בין שתי נוסחות האיזון האפשריות. בחירה בנוסחת האיזון האנכית מובילה לאימוצה המלא של עמדת צד אחד ולדחייתה המלאה של עמדת הצד האחר. לעומת זאת, בחירה בנוסחת האיזון האופקית מחייבת פשרה בין שני הצדדים באופן שאף אחד לא יכול על מלוא סיפוקו, מחד גיסא, אך גם לא יידחה לחלוטין, מאידך גיסא. עניין גורד-אדיה מספק דוגמה מצוינת לנפקות הגדולה שנודעת לקטלוג של טענות הצדדים כזכויות או כאינטרסים לנוכח המוסכמות החוקתיות שתוארו זה עתה. טענת הרשות השנייה ואנשי חברת ההפקה מקוטלגת מייד בתחילת הדיון כטענת זכות, רוצה לומר הזכות לחופש הביטוי. השאלה של קטלוג טענתם של אנשי מצפה כרמים כזכות או כאינטרס תכריע אם-כן, לנוכח המוסכמה החוקתית, אם נוסחת האיזון שתיבחר תהיה האופקית או האנכית, וכפועל יוצא מכך, אם התיק יסתיים בפשרה או יוכרע בנוק-אאוט. אם טענת העותרים תתורגם לטענת זכות (=הזכות לחופש דת), לפנינו מפגש בין זכויות, ונוסחת האיזון שתיבחר היא האופקית, זו המחייבת פשרה. לעומת זאת, אם טענת העותרים תתורגם לאינטרס ברהגנה גרידא, יוקרב האינטרס על מזבח הזכות, אלא אם מדובר בפגיעה חמורה במיוחד, ואז הזכות היא זו שתוקרב להגנת האינטרס.²⁵⁴

לאור המעמד המיוחד של חופש הביטוי ולאור המעמד הבעייתי של ההגנה מפני פגיעה ברגשות, ינצח הראשון כמעט בכל התנגשות ביניהם. במילים אחרות, נוסחת האיזון אינה מותירה כמעט סיכוי לאינטרס הנ"ל לגבור. לשיטתו של בית-המשפט, רגשות ראויים עקרונית להגנה, אך זאת בשתי מגבלות משמעותיות. ראשית, שרגישות החורגת מזו של האדם הסביר, למשל של "בעלי השקפות פוריטניות קיצוניות",²⁵⁵ לא תובא בחשבון.²⁵⁶ שנית, שהפגיעה ברגשות תהיה חמורה ביותר. קשה איפוא לדמיין מקרה שבו פגיעה ברגשות תזכה בהגנת בית-המשפט במחיר של פגיעה בחופש הביטוי, ולא ייפלא שכל העתירות להגנה על רגשות מפני ביטוי פוגע שהונחו בשנים האחרונות לפתחו של בית-המשפט העליון נדחו,²⁵⁷ שכן רוב הפגיעות ברגשות אינן כאלה ה"מועזות את אמות הספים".²⁵⁸ חזרה לענייננו: קטלוג טענתם של העותרים כפגיעה ברגשות, ולא כפגיעה בחופש דת, לא רק בורת את נוסחת האיזון האנכי, אלא גם חורצת כ-במקום את גורל העתירה לשבט.

254 שיטת האיזונים מכונה בפי בירנהק (לעיל הערה 252) "הגדסה חוקתית". לדעתו, מתודולוגיה זו היא אמצעי נוסף להסתרת השיקולים הערכיים העומדים ביסוד ההכרעות השיפוטיות, ולהצגתן כתוצאה של הזנת נתונים למעין אלגוריתם חוקתי. באופן כזה נוצר מיתוס שלפיו "השיפוט אובייקטיבי, נטול פניות, חף משיקולים פוליטיים ומדיר רגליו מהכרעות ערכיות".

255 ראו בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומולות בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 ("טוב הטעם", המהווה ערך מתחרה לחופש הביטוי, משקף את הקונסנסוס הרחב המקובל בחברה הנאורה בישראל. בעניין זה אין להביא בחשבון רגשות של מיעוט, בין של אניני טעם ובין של בעלי השקפות פוריטניות קיצוניות").
256 ראו, למשל, עניין קידום, שם (ביטוי מסחרי); בג"ץ 5118/95 מאיו נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מט(5) 751 (ביטוי מסחרי); בג"ץ 4644/00 יפאורה תבוני בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178 (ביטוי מסחרי); בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 21 (ביטוי אומנותי); בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 641 (ביטוי אומנותי).

257 ראו למשל עניין יפאורה-תבוני, שם; עניין קידום, לעיל הערה 255; וכן בג"ץ 5118/95 מאיו נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, שם; ובג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 623.

258 ראו עניין סנש, שם, בפסקה 24 לפסק-דינו של ברק.

על רקע הדברים הללו, אחד הטיעונים שברק מעלה בעניין גוראדיה מעורר תמיהה מסוימת. כאמור, לאחר שסיווג את טענת העותרים למשפחת האינטרסים, ברק עורך ניתוח לפי נוסחת האיוון האנכית הספציפית המתאימה לענייננו. אך בסיימו ניתוח זה, אין הוא חותם בכך את הדיון, אלא מעלה טיווח נוסף שאין בו לכאורה כל צורך. ברק מסביר כי "מקובל הוא בחברה הישראלית, כי מתקיימים שידורי טלוויזיה בשבת, בהם נראים, בין השאר, יהודים שומרי תורה ומצוות, ובהם נערכים ראיונות ושיחות עימם". ברק מתרה בקוראי פסק-הדין וקובע: "אם כל אלה ייאסרו לשידור, רב הסיכוי כי הטלוויזיה תכבה בשבת ובעקבותיה יבוא גם הרדיו". טיעון זה הינו בעייתי, כפי שנראה בהמשך, אולם השאלה שכרצוננו לברר כעת אינה אם הטיעון משכנע, אלא לשם מה הוא נחוץ בכלל. כאמור, בחירה בשיטת האיוון האנכית מחייבת הכרעה, ובהינתן שעוצמת הפגיעה ברגשות בנסיבות המקרה שלנו אינה ברמה הזדושה לשם ביצוע ה"היפוך" שבנקודת האיוון בין חופש הביטוי לרגשות הדת, דינה שני הפגיעה ברגשות הוא התעלמות. מדוע ברק זקוק לתגבורת בדמותן של נבואות תורבן אפוקליפטיות על כיבוי הטלוויזיה והרדיו בשבת? דומה שהתשובה לשאלה נעוצה בשני שיקולים: ראשית, בחולשת הטענה של פגיעה בחופש הביטוי בהקשר הנידון, ושנית, בחולשת המדיניות הכללית של בחירה מלכתחילה באיוון אנכי במקרים של עימות בין זכויות לאינטרסים.

לגבי הפגיעה בחופש הביטוי, טענו לעיל שבעניין גוראדיה אין פגיעה כזאת כלל, או לכל היותר מדובר בפגיעה מזערית. אפשר שגם ברק חוש בכך, ולכן סבר שכדי לשכנע כי אכן מדובר בפגיעה בערך המקודש של חופש הביטוי, יש להעצים את הפגיעה. בהתאם להעצמה זו, אין מדובר רק בהגבלה מקומית על ביטוי במועד מסוים, אלא במהלך מרחיק-לכת שסופו הדממת הטלוויזיה (והרדיו) לחלוטין ביים השבת.

אשר לאיוון האנכי בין זכויות לאינטרסים, זו אכן-הנגף שרמזנו עליה לעיל באומרנו שבנוסחות האיוון טמון חלק מהאשם לבעיות בעמדת ברק בעניין גוראדיה. אם מניחים מראש שכל ביטוי מוגן תחת הזכות לזופש הביטוי,²⁵⁹ ואם מניחים שמהעבר השני מונח אינטרס בלבד והפגיעה בו אינה "מזעזעת את אמות הספים", הרי שעל בסיסה של נוסחת האיוון האנכי אין עוד כל צורך לבחון את טבעו המיוחד של הביטוי הרלוונטי או לנסות למצוא פשרה בין ההגנה עליו לבין הפגיעה באינטרס המתנגש. נוסחת האיוון גועלת את הדלת בפני נסיונות פשרה כאלה. אבל קשה להכין מודע האפשרות של פשרה מוצאת מכלל השבון במקרה של זכות המתנגשת באינטרס, וצד אוד (הזכות בדרך-כלל) פשוט מבס את הצד האחר. מדוע לא יחפש בית-המשפט, אפילו במקרים של התנגשות בין זכות לבין אינטרס, דרך של פשרה, כדי שאף צד לא יאלץ לוותר לגמרי? ביקורת זו על נוסחת האיוונים אכן נמתחה על-ידי זמיר, הסבור ש"שאלה היא, אם אפשר וראוי, למתוח קו בין סוגי ערכים הגוברים זה על זה ובין סוגי ערכים הנדרשים לוותר זה לזה. לכאורה בכל התמודדות בין שני ערכים מוכרים על-ידי המשפט, אפילו הם שונים במשקל, יש לעשות קודם-כל לדו-קיום של שני הערכים זה לצד זה. השאלה בדבר העדפת אחד הערכים על-פני משנהו עולה על הפרק רק אם המאמצים לקיום משותף של שני הערכים אינם עולים יפה".²⁶⁰

259 לעיל, ליד הערה 246.

260 זמיר ומ' סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה (ווש"ס) 165, 215.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

תרגום עמדתו של זמיר לשפת האיזונים גורר שראוי לפתוח תחילה בכל מקרה בניסיון לערוך איזון אופקי תוך ויתור הדדי, ורק כאשר לא ניתן להגיע לויתור כזה יש לעבור לאיזון אנכי ולהכריע בין הערכים המתנגשים. אם דינה של הצעת זמיר להתקבל, ברור שזיהויה של טענת העותרים כאינטרס שאינו "מועזע את אמות הספים" אינה מהווה סוף-פסוק, ונדרש טעם חזק במיוחד לא לנקוט בגסיבות העניין בדרך הפשרה.²⁶¹ באופן מפתיע מסתבר שגם ברק עצמו, לפחות בפסק-דין אחד, מקבל את גישתו של זמיר. בעניין דאם, שבו נידון העימות בין חופש הביטוי לבין האינטרס בדבר שמירת השפה העברית, ברק אומר את הדברים הבאים:

לעתים הערכים המתנגשים אינם שווי מעמד. על בית-המשפט לקבוע – בהיעדר הנחיה של הכנסת – מהי מידת הפגיעה בערך העדיף ומהי ההסתברות של אותה פגיעה, המצדיקים העדפתו של האחד על פני האחר ("איזון אנכי"). אף כאן יש לעשות כל מאמץ למניעת ההתנגשות החזיתית, תוך קביעת ויתורים הדדיים נדרשים. אך בהיעדר כל אפשרות ליישב בין הערכים המתנגשים, אין מנוס ממתן עדיפות – בהתקיים גוסחת האיזון הראויה – לערך האחר על פני האחר.²⁶²

ברק תומך אס-כן במקור זה בעמדתו של זמיר כי האיזון האופקי, קרי הפשרה, הוא האופציה המועדפת. יוצא כי אפילו במקרים של מפגש בין זכות לאינטרס, אין לקבל הכרעה אוטומטית²⁶³ בעד איזון אנכי, אלא יש לבחון את הנסיבות המיוחדות של המקרה ולברוק אם לא ניתן להגיע לפשרה כלשהי. רק אם יוכת, על-סמך תוכנם של הערכים המתנגשים בגסיבות העניין, שפשרה כזאת אינה אפשרית, תהיה הצדקה להכרעה חותכת לטובת צד אחד.²⁶⁴ דומה

261 על כך שצריך לחפש פשרות במקום להיחקע בוויכוחים "עקרונתיים" ראו רות גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: *מתחים וסיכויים* (תל-אביב, 1999) 131: "אצלנו מתגלגלות תלק מהסוגיות הללו למאבקים סמליים ועקרוניים, במקום שייחפסו כעניין של רגישות הדדית הפהוחה להסדרים רצוניים ומוסכמים. בר"כ המעבר למאבק סמלי אינו פועל לטובת העניין: הוא מגביר את החשש ואת הניכור, ואינו מסייע לפתרון הקשיים האמיתיים הקיימים."

262 ע"א 105/92 דאם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' ראש עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 204-205 (ההדגשה הוספה).

263 לסכנה ששיטת האיזון תוביל לגישה מכנית וחסרת רגישות, ראו Aleinikoff, הטוען כי בארצות-הברית "Balancing has become mechanical jurisprudence. It has lost its ability to persuade."

ראו: A. Aleinikoff "Age of Balancing" 96 *Yale L. J.* (1987) 943, 983.

264 ההכרה בכך שסיטואציות שנראות כקונפליקט מהסוג "או-או" מאפשרות לאמתו של דבר פתרון של פשרה הדורשת מידה של יצירתיות ודמיון, בדילמות משפטיות כמו גם בדילמות בתחומים אחרים. Day פיתח נקודה זו לגבי דילמות מוסריות, וניסה להראות שבתלק גדול מהן ניתן למצוא דרכים "לחמוק בין קרני הדילמה". ראו: J. Day "Moral Dilemmas, Compromise, and Compensation" 66 *Philosophy* (1992) 399; J. Day "More on Moral Dilemmas" 67 *Philosophy* (1991) 369; J. Day "More on Moral Dilemmas" 67 *Philosophy* (1992) 399. דוגמה יפה לפשרה כזאת מצויה בפסק-הדין של השופט טננבוים בתעבורה 5-526331-3 (י-ם) *מדינת ישראל נ' עלי סלמאן*, דינים תעבורה, כרך א, 62. פסק-הדין עסק במקרה של נהג מוסלמי שסירב להסיע עיוור מלווה בכלב נחייה על בסיס אמונתו הדתית שהכלב הוא חיה טמאה האסורה במגע, ובכך עבר לכאורה על סעיף 28(א) לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים תשי"ח-1957 (סירוב בלהי-סביר לעשיית שירות). הואיל והנהג לא הותיר את הנוסעים ברחוב, אלא דאג בעצמו למונית חלופית, לא היה זה, לדעת בית-המשפט, מקרה של "התנגשות חזיתית" בין חוק המדינה לבין האמונה הדתית, אלא פשרה

איפוא שכאן נעוץ ההסבר לצורך של ברוך באותה תחזית קודרת לגבי סגירת הטלוויזיה והרדיו בשבת. באמצעות תחזית זו הוא מבקש להזכיר באופן שאינו טכני מדוע אין לקבל כאן את האפשרות של פשרה, שעלולה לדעתו להוביל לפגיעה אנושה בחופש הביטוי, ומכאן שהאיזון האופקי אינו בגדר אופציה.

בשולי הדברים נציין כי לכאורה, לא רק שורת ההיגיון תומכת באימוץ הצעתו של זמיר לפתוח בפשרה, אלא ניתן למצוא לה סמך גם במבחנים של פסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד החדשים. כידוע, פסקת ההגבלה ממלאת תפקיד של נוסחת איזון, ולפי הפרשנות שברק נותן לה, כנוסחת איזון אנכית.²⁶⁵ אחד ממרכיביה של פסקת ההגבלה הוא דרישת המידתיות שבפגיעה, דרישה שנפרטה על-ידי ברוך לשלוש דרישות-משנה. לענייננו חשובה הדרישה השנייה, זו התובעת כי הפגיעה בזכות, שתכליתה מימוש האינטרס הראוי, תיעשה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה. דרישה אחת להכנה הדרישה היא שזו חלה בניסבות שבהן התכלית ("הראויה") שהינה מטרת הפגיעה יכולה להיות מושגת בדרכים אחדות הנבדלות זו מזו רק במידת הפגיעה בזכות העומתת בדרכן להשגת התכלית. אולם לדעתנו, זו הצגה שטחית של הדרישה האמורה, שאינה תואמת את המציאות השכיחה, ולפיכך פוגעת באפקטיביות של הדרישה הלכה למעשה. לדעתנו, ההבדלים בין הדרכים השונות להשגת התכלית לא יסתכמו בדרך-כלל במידת הפגיעה שהן מסיבות לזכות, אלא גם במידת ההגשמה של התכלית. סביר גם שברוב המקרים הללו יתקיים יחס ישר בין מידת ההגשמה של התכלית לבין מידת הפגיעה בזכות הכרוכה בשימוש באמצעי. אם הנחה זו נכונה, הרי שאם נכפוף את מבחן המידתיות השני לחובה לבחור כאמצעי שיבטיח הגנה מרבית על הזכות, לא ייוותרו מקרים רבים שתהיה בהם למבחן נפקות מעשית. נפקות כזאת תצמח למבחן המידתיות השני רק אם נפרש אותו כמחייב לכרוך בין האמצעים תוך התחשבות הן במידת הגשמתה של התכלית והן במידת הפגיעה בזכות הכרוכות בבחירתו של כל אמצעי ואמצעי.²⁶⁶ אולם אם זו פרשנותו הנכונה של מבחן המידתיות השני, נוסף כעת לאיזון בין זכויות לאינטרסים, זה שהוכרע עד כה בנצחון אחד הצדדים במפלתו של האחר, מימד של פשרה המאפיין דווקא איזונים אופקיים בין זכויות. במסגרת פשרה זו יהיה צורך לבחון את כל האופציות הפתוחות

סבירה בין הרצון – המעוגן בחוק – להבטיח שירות ראוי לבין הרצון לאפשר לאנשים דתיים לחיות על-פי אמונתם.

265 ראו א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" *משפט וממשל* א (תשנ"ג) 253, 266: "לשם איזון בין זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד, בינן לבין עצמן, אין 'פסקת ההגבלה' חלה." לדעה שונה, המבקשת להחיל את פסקת ההגבלה גם באיזונים אופקיים, ראו דברי השופט אלון בע"א 506/88 שפר נ' *מדינת ישראל*, פ"ד מח(1) 87, 105: "אמנם כן, סעיף 8 האמור ענינו במקרה של חקיקת חוק אחר שיש בו משום פגיעה בזכות מזכויות העל שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואין המדובר בו כאשר 'פגיעה' כזו עולה במקרה מסוים בין שתי זכויות יסוד המצויות בחוק יסוד זה גופו... אך אין כל טעם וכל הגיון שלא להקיש ולהחיל את הדרך שהתנוה: המחוקק בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו למקרה של פגיעה בזכות יסוד מכות חוק אחר, גם על מקרה של פגיעה וסתירה בין שתי זכויות יסוד שבחוק היסוד גופו."

266 פרשנות דומה נותנת לדרישת המידתיות גם השופטת דליה דורנר במאמרה "מידתיות" בתוך *ספר ברנזון* ב (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, תש"ס) 281, 290: "לעתים, נקיטת אמצעי הפוגע בזכות אך מעט יותר מאמצעי חלופי אפשרי עשויה להוביל לעלייה ניכרת בהסתברות או בהיקף של הגשמת התכלית. במקרה כזה, האמצעי הפוגעני יותר עשוי להיות מותר... אף שמבחן הפגיעה הפחותה אינו מתקיים באופן מוחלט."

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

ליישוב הקונפליקט בין הזכויות לאינטרסים, ובמקרים רבים להעדיף אופציה שתגן על האינטרס בצורה פחות ממושלמת, אך זאת במחיר של פגיעה מופחתת בזכות, על אופציה שתספק הגנה מלאה לאינטרס, אך תעשה זאת במחיר של דחייתה המלאה של הזכות.²⁶⁷

4. מדרון חלקלק או כל מקרה לגופו?

בסעיף הקודם ביקשנו להסביר מדוע נזקק ברק לטיעון על כיבוי הטלוויזיה והרדיו בשבת ולא הסתפק בהכרעה האוטומטית של נוסחת האיזון האנכית. עתה ברצוננו להתייחס בקצרה לגופו של הטיעון, ולהראות, ראשית, שאינו תקף, ושנית, שרוחו אינה עולה בקנה אחד עם גישתו הכללית של בית-המשפט במקרים אחרים.

כאמור, טענתו של ברק היא שאם נתקבל העתירה של אנשי מצפה כרמים, יהיו לכך השלכות מרחיקות לכת:

מקובל הוא בחברה הישראלית, כי מתקיימים שידורי טלביזיה בשבת, בהם נראים, בין השאר, יהודים שומרי תורה ומצוות, ובהם נערכים ראינות ושיחות עימם. כך משדרים בשבת בטלביזיה את פעולתה של הכנסת והממשלה, ובגדרי אלה, צופים בחברי כנסת ושרים שומרי תורה ומצווה המתראיינים ביום חול; כך, צופים בשבת בתוכניות בידור, פוליטיקה ותרבות, בהן נוטלים חלק פעיל יהודים שומרי תורה ומצוות. אם כל אלה יאסרו לשידור, רב הסיכוי כי הטלביזיה תכבה בשבת, ובעקבותיה יבוא גם הרדיו.²⁶⁸

לדעת ברק, בין קבלת העתירה במקרה הנידון לבין כיבוי כל השידורים בשבת יש מדרון חלקלק שלא ניתן לעצור בו, ולכן אסור לבית-המשפט לעשות את הצעד הראשון במדרון זה. אלא שלא ברור מדוע צעד זה אכן חייב להוביל לגלישה במדרון האמור.²⁶⁹ קיים הבדל של

267 נראה שגם ברק עצמו מקבל את הצעתנו להבחין בין האיזון האנכי, המחייב הכרעה, לבין מבחני המידתיות, המאפשרים ואף מעודדים פשרה. ראייה לכך ניתן למצוא בפסק-דינו בעניין *חורב* (לעיל הערה 1). בפרשה זו עמדו על הפרק, לשיטת ברק, חופש התנועה מזה ורגשות הדת מזה. לפי מבחני האיזון הישנים, היה ראוי להפעיל בנסיבות העניין את נוסחת האיזון האנכית, וזו שתוביל להכרעה בין הזכות לאינטרס. אולם ברק אינו משתמש באיזון האנכי. הוא מסביר כי מאז נחקקו חוקי-היסוד, מבחני האיזון יש להשתמש בהם בעימות בין זכויות לאינטרסים הם מבחני פסקת ההגבלה, ובכללם מבחני המידתיות (עניין *חורב*, פסקה 54 לפסק-דינו של הנשיא ברק). השימוש במבחני המידתיות מאפשר לברק להצדיק את מדיניות המפקח על התעבורה לגבי האיזון בין חופש התנועה הכללי לבין רגשות הדת, איזון המשקף דרך של פשרה. גישה זאת הולמת היטב את עמדתנו שגם בעימות בין זכויות לאינטרסים יש להעדיף את דרך הפשרה, ברם השימוש שברק עושה בה בעניין *חורב* מעצים את התמיהה על דבקותו באיזון האנכי בעניין *גז-אריה* (לעיל הערה 3). אם ברק סבור שלמן חקיקת חוקי-היסוד החדשים יש להשתמש במבחני המידתיות, וכי הללו מעודדים ומאפשרים פשרה, מדוע הוא בוחר בעניין *גז-אריה*, באיזון האנכי שמחייב הכרעה? גם אם הוא סבור שבנסיבותיו של עניין *גז-אריה*, פשרה אינה אפשרית, לא ברור מדוע הוא מסתחר מאחורי נימוק פורמלי שהוא עצמו אינו מחויב לו, ואינו מציג את שיקוליו בצורה גלויה. לדיון נוסף ראו גרעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות", עתיד להתפרסם במחקרי משפט.

268 עניין *גז-אריה*, שם, פסקה 7 לפסק-דינו.

269 בעקבות עניין *גז-אריה*, שם, הנוהיגה לאחרונה הרשות השנייה נוהל שעולה יפה עם עמדתה של השופטת דורנר, שלפיו, כאשר מייעדים תשדיר למשבצת שידור בשבת והמצולם הוא אדם דתי,

דני סטטמן וגדעון ספיר

ממש בין תוכנית שאנשים דתיים הם זוגיבורים הראשיים בה, כמו במקרה דנן, לבין תוכניות שהשתתפותם של דתיים בהן הינה שולית או אקראית, כפי שטענה בצדק השופטת דורנר:

הזכות לחופש הדת אינה גוברת בכל מקרה, אלא רק כאשר הנפגעים עומדים במוקד התוכנית שבה מדובר. כאשר זה המצב, פעולתם הטכנית של המשרדים היא פעולתם המהותית גם של המשרדים. (משכך, עוצמת השיוך של משודרים לתוכנית, כמו גם הפגיעה בהם, גוברים על זכות המשרדים לחופש הביטוי ולקניינם. לא ניתן להקיש מעניין זה לעניינם של מצולמינו אקראיים בקרב קהל, וגם לא לאישי-ציבור או כותבי ספרים המופיעים תדיר בטלביזיה בשבת. ניתן וצריך להסיק מכאן רק לגבי מקרים דומים.²⁷⁰

דברים ברוח זו יש לומר גם לגבי נבואתו החריפה והמפתיעה של השופט חשין בעניין *חורב*, שאותה הוכרנו לעיל, כי אם ייסגר רחוב בראילון בירושלים, יהיה זה האות לסגירה סיטונית וחטרת סייגים של רחובות: "נמו כבישים לא נסללו, לא נכבשו ולא נפתחו אלא כדי שנעמוד עליהם לסוגרם. סגירת כבישים לא עוד תהא מעשה חריג ויוצא-דופן, כשהייתה עד כה; סגירת כבישים תהא הנורמה וביה נחיה."²⁷¹ קשה להבין מדוע לא יוכל בית-המשפט להבחין, כפי שמתבקש, בין מקרים כגון עניין *חורב*, בהם מדובר ברחוב העובר בלב ליבן של שכונות חרדיות, לבין מקרים אחרים שמדובר בהם ברחובות החוצים שכונות מעורבות או שכונות חילוניות לגמרי.

החשש והחשדנות שעומדים ביסוד טיעונים אלה של ברק וחשין בעניין *חורב* ובעניין *גור-אריה* (בהתאמה) מפתיעים על רקע מדיניותו הכללית של בית-המשפט להתייחס לנסיבות המיוחדות של המקרה שלפניו, תוך הדגשה שאין להקיש באופן אוטומטי מן ההכרעה במקרה אחד למקרים אחרים. כמאות פסקי-דין אמר בית-המשפט שיש לבחון "כל מקרה לגופו", ולא חשש שפסיקותיו בעניין אחד יסמאו את עיניו מלראות את השיקולים המיוחדים הרלוונטיים לעניין אחר.²⁷² ככלל, בית-המשפט אינו חושש יותר מדי מגלישה במדרון חלקלק שתוביל את פסיקותיו לתוצאות מוטעות ומזיקות, והוא סומך על עצמו שיידע ליישם את תקדימיו באופן רציונלי ובהתאם למציאות המשתנה. בעניין *יפאורה-תבורי* דחה בית-המשפט במפורש את החשש שהגנה מסוימת לחופש הביטוי תוביל למדרון חלקלק שבסופו יותרו לשידור פרסומי תועבה. אף שבית-המשפט הסכים שהפרסומת שהציעה חברת יפאורה-תבורי הינה "וולגרית", וכי הנבול בינה לבין פרסומות אסורות אינו רחוק, הוא סבר בכל זאת ש"יישום זהיר של מבחן זה [שעת השידור, גיל הצופים, ההבחנה בין ייצוג מיני מפורש לרימוז מיני וכולין מסיר את החשש מפני גלישה במורד 'המדרון החלקלק'".²⁷³

מבקשים מראש את הסכמתו לכך. ככל שידוע לנו, נוהל זה לא הסב הפרעה לשירורי הטלוויזיה והרדיו בשבת.

270 שם, פסקה 10 לחוות-דעתה.

271 לעיל טקסט ליד הערה 185.

272 אין טעם להכביד על הקוראים במראי מקום לנקודה זו. חיפוש בכל אחד מהמאגרים המשפטיים תחת "כל מקרה לגופו" יוכיח את הנדרש.

273 עניין *יפאורה*, לעיל הערה 256, בעמ' 183-184.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

החשש המוגזם שהשופטים מבטאים במקרים של חופש הדת מפתיע גם לנוכח העובדה שבתחום הנידון יש לבית-המשפט מסורת עקבית של איפוק, וזאת בלשון המעטה, שהרי, כאמור למעלה, כמעט כל העתירות על בסיס זה נדחו.²⁷⁴ במצב עניינים זה, בית-המשפט יכול ביתר קלות לאפשר לעצמו להיות נדיב בלא לחשוש ממבול של עתירות ותביעות שלא יהיה ניתן להבחין אותן זו מזו ולדחותן.

זאת ועוד: כפי שהציע וולוך (Volokh) לאחרונה בניתוחו המקיף על טיעוני מדרון חלקלק, ההגדרה המועילה ביותר למדרון חלקלק היא זו "שכוללת את כל הסיטואציות שבהן הכרעה A, שאתם מוצאים אותה ראויה, תגדיל את ההסתברות שאחרים יקבלו את הכרעה B, שלה אתם מתנגדים".²⁷⁵ לפי הגדרה זו, מדרון חלקלק אינו כולל מקרים שבהם הכרעתי לטובת A תוביל אותי בעתיד להכריע B, שאני מתנגד לו עתה. כאשר מדובר על הכרעות של בית-המשפט העליון, דומה שהן קרובות יותר דווקא למקרים אחרונים אלה. אין אלה מקרים שבהם הכרעה A, שבית-המשפט תופס אותה כראויה, תוביל אחרים להכרעה B, שבית-המשפט מתנגד לה היום, אלא מקרים שבהם הכרעה A, שבית-המשפט תופס אותה כראויה, תוביל את בית-המשפט עצמו – לעיתים קרובות אותם שופטים עצמם – להכרעה B. אם וולוך צודק, מקרים כאלה אינם כלולים בקטיגוריה של מדרון חלקלק. ונקל להבין: אם השופטים סבורים שקיימת הבחנה של ממש בין A לבין B, שעל בסיסה הם תומכים ב-A ומתנגדים ל-B, מדוע נחשוב שאם הכריעו A, הם עלולים להכריע מחר B? גם אם ייתכן שאחרים יפרשום שלא כהלכה, דומה שאין חשש רציני שהשופטים יפרשו את עצמם שלא כהלכה.²⁷⁶

ברם, גם אילו היה זה נכון שבית-המשפט עצמו יתקשה להבחין, למשל, בין סגירת כבישים כבר-אילן וכבישים אחרים, כפי שעולה מדברי חשין, אין גובע מכך שהיה ראוי להימנע מהסגירה. באופן כללי, בטיעוני מדרון חלקלק יש דרישה להימנע מ-A, אף ש-A כשלעצמו לגיטימי ומוצדק, רק בשל החשש שהתרת A תוביל ל-B, כש-B כבר אינו מוצדק. אבל גם אם מקבלים ש-A יגרום באופן בלתי-נמנע ל-B, ההכרעה להעדיף את מניעת התוצאה השלילית B על התכלית החיובית A אינה מובנת מאליה. הכל תלוי בתוכן הערכים שעל הפרק. נניח שהיה ראוי להעניק לקבוצת אזרחים פטור מחוק כללי מסוים, אלא שאם נעשה זאת, יצליחו עוד כמה אזרחים, שהפטור אינו מגיע להם, לקבל את הפטור. במקרה כזה אין זה מובן מאליו שעדיף מצב שבו אף אחד אינו מקבל את הפטור על מצב שבו מי שמגיע לו מקבל ועוד כמה טפילים נהנים גם הם. גדיקס (Gedicks) העיר בצדק בהקשר זה שהמשפט החוקתי גדוש כללים הכוללים יותר מדי (overinclusive rules), מקרים שישומום מגן על אלה הראויים להגנה אך גם על אחרים שאינם ראויים לה. ההנחה היא שהערכים שהכללים מגינים עליהם הינם חשובים עד כדי כך שראוי ליטול את הסיכון שאזרחים שאינם

274 לעיל ליד הערה 232.

E. Volokh "The Mechanisms of the Slippery Slope" 116 *Harvard L. R.* (2003) 1006, 275 1030

276 טיעוני מדרון חלקלק היוו מטרה לביקורת רבה בעשור האחרון, ראו הפניות רבות אצל Volokh, *ibid.* notes 6-10. לדעת וולוך עצמו, אף שמגוימים לעיתים בסכנות של מדרונים, הם מהווים לעיתים סיכון של ממש, ולכן אין להקל ראש בסכנת ההחלקה.

דני סטטמן וגדעון ספיר

ראויים להגנה יזכו בה באמצעותם רק כדי להבטיח שלעולם לא תישלל ההגנה ממי שראוי לה. דוגמה טובה לדעתו היא הדגנה הרחבה על חופש הביטוי: הגרעין הקשה, או ה"לוח" של חופש זה, מתייחס לביטוי הפוליטי, אבל לא נוכל להגן עליו מכל משמר בלא לאפשר לביטויים נוספים, פורנוגרפיה למשל, לחסות תחת כנפי הגנתו.²⁷⁹ לענייננו: התחזית ש"סגירת כבישים תהא הנורמה" הינה מוגזמת בכל מקרה, שכן קשה להעלות על הדעת שבית-המשפט יתיר לסגור כבישים העוברים בשכונות חילוניות או ביישובים חילוניים. לכל היותר יש חשש שבעקבות הפסיקה בעניין מורכ יוחלט על סגירת כביש או שניים נוספים בנסיבות שלא יהיה בהן בסיס חזק דיו לעשות כן, למשל כי שיעור הדתיים באותו איזור אינו דומה לזה שבאיזור כביש בר-אילן. אבל לא ברור מדוע הגנת האינטרס הלגיטימי של החילונים במקרים האחרונים גוברת נהכרח על כינון האינטרס הלגיטימי (בהתאם לטיעון המדרון החלקלק לעיל) של הדתיים בפרשת כביש בר-אילן.

בפרשת סמית'²⁸⁰ טען בית-המשפט העליון בארצות-הברית שאם יוענק פטור מטעמי דת לשימוש בסם peyote, לא יהיה ניתן לקבוע למי מגיע פטור ולמי אין הוא מגיע, ותתרחש פגיעה בסדר החברתי. בביקורתו על פסק-הדין אמר גדיקס שטענה זו היא המחשה נוספת לעוינות של בית-המשפט כלפי הדת. איננו סבורים שניתן לייחס לבית-המשפט בישראל עוינות כזאת, אבל קשה להימלט מתחושה לא-נעימה המתעוררת מקריאת ההתבטאויות שלעיל לגבי התוצאות החמורות והבלתי-ניתנות לשליטה של כיבוד החופש הדתי, התבטאויות שקשה למצוא דוגמתן לגבי התוצאות של כיבוד חירויות אחרות.

ז. סיכום ומסקנות

1. במסגרת תפיסת-עולם ליברלית לא ניתן לבסס את המעמד המיוחד של חופש הדת על הנחות לגבי אמינותה של הדת ואף לא על הנחות לגבי תרומתה המיוחדת של הדת ליחיד או לחברה. אם חופש הדת ראוי להגנה מיוחדת, הצידוק לכך יצטרך להתבסס על זכויות וחירויות מוכרות בתפיסה הליברלית, המוענקות בשווה לכל האזרחים. ברם, מרגע שצידוק מעין זה מאומץ, קשה לעצור את תהליך הרדוקציה של חופש הדת לזכויות אחרות, ובראשן חופש המצפון והזכות לתרבות. תחת הכנפיים של שתי זכויות אלה עשויה הדת לזכות בהגנה לא רעה, אבל אליה וקרן בה: ככל שהיא מקפידה להסתופף תחת כנפיים אלה, כן היא הולכת ומאבדת שלא מדעת את תביעתה לייחודיות, ובזאת, בסופו של דבר, היא שומטת את הקרקע מתחת רגליה.

2. מלכוד זה מסייע להבין את המגמה הנוכחית בארצות-הברית, בקנדה ובמדינות אחרות, שמסרכת הלכה למעשה לקבל את הרעיון שהדת ראויה להגנה מיוחדת, ומשתיתה את ההגנה עליה על החירויות והזכויות הרגילות זמגועות לכל יחיד ולכל גוף במדינה ליברלית. אומנם, במסמכים החוקתיים של מדינות אלה יש עדיין מעמד של כבוד לחופש הדת, אך הוא הולך

Gedicks, *supra* note 171, at pp. 692-393 277

כביטוי של חשק, לעיל ליד הערה 186. 278

Gedicks, *supra* note 171 279

Supra note 116 280

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

ומאבד את הרלוונטיות שלו. אם מגמה זו תימשך, וכרגע קשה לראות מה יעצור אותה, הפסקות העוסקות בחופש הדת *will quietly retire from active duty*, כביטוי הציורי של סטיבן סמית'.²⁸¹

3. הכחשת הייחודיות של הדת אינה מונעת ממנה כל הגנה, אלא מצמצמת אותה להגנות המקובלות, ובראשן, כאמור, הזכות לחופש מצפון והזכות לתרבות. הואיל ופגיעה בדת היא דוגמה מופתית לפגיעה בכל אחת מזכויות אלה, תוכל הדת לקבל הגנה סבירה כמסגרתן. אלה הרציונלים המוסריים-הפוליטיים והמשפטיים שבאמצעותם יש להעריך טענות על פגיעה בחופש הדת. אין הם נבדלים לחלוטין זה מזה, ויש ביניהם חפיפה מסוימת.

4. במסגרת חופש המצפון, חופש הדת מגן מפני כפיית האדם הדתי לנהוג בניגוד למצוות דתו. במסגרת הזכות לתרבות, חופש הדת מגן מפני הפרעה או איום על החיים הדתיים, בדרך-כלל בתוך האיזור הגיאוגרפי שהמיעוט הדתי מהווה בו רוב. הרחבת ההגנה על חופש הדת מעבר לנסיבות אלה כמעט תמיד אינה מוצדקת, במיוחד נסיונות להטיל הגבלות על הרוב החילוני בתוך אזורי המגורים שלו.

5. כשם שקשה להצדיק את הטענה שחופש הדת ראוי להגנה מיוחדת בהשוואה לפרקטיקות, אמונות או מוסדות אנושיים אחרים, כך קשה להצדיק את הטענה שהחופש מדת ראוי להגנה כזאת. בעוד הטענה הראשונה מבטאת העדפה בלתי-מוצדקת של הדת, האחרונה מבטאת הפליה בלתי-מוצדקת שלה.²⁸² אין בסיס להעניק לאזרחים הגנה מיוחדת מפני חקיקה או פעולה "דתית" מעבר להגנות הרגילות מפני הגבלות על החירות.

6. בניגוד לעמדה רווחת, חופש הדת (יהיה תוקפו אשר יהיה) אינו כולל את החופש מדת. המקרים היחידים שמתקיימת בהם סימטריה מסוימת בין שתי תיריות אלה הם כאשר מבקשים לכפות אדם חילוני להשתתף באופן פעיל בטקס דתי ובהנחה שמכינים את החירות הנ"ל במסגרת חופש המצפון. רק במקרים אלה ניתן לרבר באופן סביר על פגיעה במצפוננו של החילוני הנגרמת בשל ההגבלה על חירותו.

7. ההבדל העיקרי בין טענה על פגיעה בחופש הדת לבין טענה על פגיעה ברגשות דתיים הוא שבראשונה אין הסתמכות על כאב רגשי, במיוחד לא על תחושות העלבון וחוסר-הכבוד שמאפיינות מקרים של פגיעה ברגשות. עם זאת קיימות נקודות קרבה משמעותיות בין מושגים אלה, המסבירות מדוע לא תמיד קל להבחין ביניהם.

8. בהמשך למגמות הנוכרות בנקודות 1-3 לעיל, גם המשפט הישראלי אינו מכיר בדת כראויה להגנה מיוחדת בתור שכזאת, אלא תופס את ההגנה עליה כמונחים של הגנה על כבוד האדם באופן כללי.²⁸³ התוצאה היא שגם במשפט הישראלי, רוב העתירות על בסיס חופש הדת נדחו.

Supra note 107, at p. 225 281

282 השו"ר' גביון הגנה על חופש הביטוי במשטר דמוקרטי (מרכז אקדמי מרכזי קרמניצר, הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003) 156: "אני חושבת שאין צורך לייחד את הדת, אבל גם אין צורך לייחד את הדת החוצה."

283 השו"ר במיוחד דברי ברק, לעיל הערה 68.

9. בית-המשפט בישראל אינו נוקט "מדה עקבית וברורה לגבי השאלה מדוע בדיוק הדת ראויה להגנה בתוך המסגרת הרחבה (מאוד²⁸⁴) של כבוד האדם, או לגבי השאלה מה נכלל בהגנה זו. לעיתים הוא מחזיק בדרישה המחמירה שרק כפייה להפר את מצוות הדת נכללת בהגנה זו, דרישה התואמת את התפיסה של חופש הדת כמונחים של חופש המצפון. לעיתים הוא מחזיק בדרישה מתונה יותר, התואמת את ההבנה של חופש הדת כמונחים של הזכות לתרבות. הדרישה המחמירה ננקטת כאשר מדובר בעתירות של אורתודוקסים, ולכן רובן ככולן נדחות, ואילו הדרישה המקילה ננקטת כאשר מדובר בעתירות של דתיים לא-אורתודוקסיים, ולכן לפחות חלקן מתקבלות. בשל שוליותן ותולשתן של התנועות הדתיות הלא-אורתודוקסיות בארץ, חופש הדת שלהן ראוי להגנה חזקה יותר אם תופסים אותו כמונחים של הזכות לתרבות, אך הוא ראוי להגנה חלשה יותר אם תופסים אותו כמונחים של חופש המצפון בשל האופי הפחות כובל של ההלכה. על בית-המשפט לנקוט עמדה עקבית ולבחון כל מקרה לגופו על-פי שני הפרמטרים הנ"ל, דהיינו חופש המצפון והזכות לתרבות.

10. אף שבית-המשפט מכיר באופן רשמי בזכות להופש הדת, שמעמדה ככזאת אמור להיות כמעמדן של זכויות אחרות, הוא מציג לגביה דרישות סף מחמירות הרבה יותר מאשר לגבי זכויות אחרות, והוא תוך חרדה גדולה מהתוצאות הבלתי-מבוקרות של היענות לה. לגבי חופש הביטוי, למשל, בית-המשפט מוכן להכיר בקיומה של זכות גם כאשר הפגיעה בביטוי הינה מזערית וגם כאשר כיבוד הזכות טומן בחוכו סכנות שונות לבטחון המדינה, הפצת גזענות²⁸⁵ ועוד. לעומת זאת, לגבי חופש הדת, בית-המשפט מציב תנאים מחמירים להקמת הזכות, והוא חוזר ומבטא חשש מתוצאות קשות ובלתי-ניתנות למניעה שייגרמו מכיבודו.

11. בית-המשפט הישראלי מקבל אף הוא את ההנחה שחופש הדת כולל את החופש מדת, ולאור זאת הוא מעניק לחופש מדת זוגה חוקתית שאין הוא ראוי לה לדעתנו. נסיון העבר מלמד שוויתור על העיקרון החוקתי של חופש מדת לא יותיר את הפונים לבית-המשפט בידיים ריקות ברוב המקרים שנעשה בהם שימוש בעיקרון זה, כי חוקיסוד: חופש העיסוק מעניק להם הגנה מספקת.

12. עיון באופן שבו בית-המשפט דוחה טענות לפגיעה בחופש הדת ולפגיעה ברגשות דתיים מעורר הרהורים ביקורתיים על "נוסחות האיזון" שהוא עובד על-פיהן, דהיינו הנוסחות של איזון אופקי ואיזון אנכי. לדעתנו, הזלת נוסחות אלה מובילה למדיניות שיפוטית נוקשה ובלתי-רגישה, שאין לה צידוק. הדעת אינה נותנת שוכל טענת זכות, למשל לחופש ביטוי, גם אם היא ב"שוליה" של הזכות, תקביל משקל שיאפשר לה לדחות באופן אוטומטי כמעט אינטרסים נוגדים (אלא אם אלה מרעידים את אמות הספים). במקרה של עתירות דתיות, מדיניות זו יוצרת מבחן-סף שהן מתקשות לעבור איתו, והתוצאה היא דחייה כמעט על הסף של העתירות.

284 לביקורת על פרשנותו הרחבה מדי של בית-המשפט למושג כבוד האדם ראו סטטמן "שני מושגים של כבוד", לעיל הערה 68.

285 ברק מודה שהביטוי הגזעני "מפיץ מוניטין ושנאה", לעיל ליד הערה 247, והוא מודע בוודאי לסכנות ההרסניות של הפצה כזאת, ובכל זאת הוא מעניק לביטוי זה הגנה חוקתית.

חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים

13. מצד אחד, המסגרת שהצענו כאן מחלישה את ההגנה על הדת מכיוון שאין היא תופסת את חופש הדת כמושג בעל תוקף עצמאי, נפרד מתירויות וזכויות אחרות. היא גם מסרבת להכיר בהתנהגותם העבריינית (מבחינה דתית) של החילונים כפגיעה בחופש הדת (השווה עניין שביט ועניין גור-אליה). מצד אחר, היא מבהירה את הבסיס התיאורטי לחופש זה, הווה אומר חופש המצפון והזכות לתרבות, ובכך מחזקת את האפשרות להתגונן מפני פגיעה בו בנסיבות שהדבר נדרש בהן.
