

גבולות מיסוד הדת

גדעון ספיר*

במרוצת השנים מאז קום המדינה, ובייחוד בשנים האחרונות, נשמעת קריאה ל"הפרדת הדת והמדינה". קריאה זו איננה זוכה בדרך כלל לפירוט ולהבהרה מלאים, וגם היסודות הנורמטיביים שאמורים להצדיקה אינם נחשפים בבירור. על פניו, ניסיון לבסס אותה יחייב שימוש רב בזכויות לחופש דת ולחופש מדת. אולם אחת הטענות שננסה לבסס במאמר זה היא שחרף חשיבותן הרבה של שתי הזכויות הללו, השינוי בדפוס היחסים בין הדת למדינה, שמבקשים לחולל חסידי ההפרדה, איננו יכול להיתמך בשתי הזכויות בלבד, והוא מחייב יצירתו של עיקרון חוקתי נוסף, שבשיח החוקתי האמריקני מכונה "עיקרון איסור מיסוד הדת". המאמר ייוחד לתיאור גרסאות אפשריות לעיקרון זה ולבחינת הטעמים שיכולים לעמוד ביסוד העיקרון בכלל וביסוד כל אחת מגרסאותיו בפרט.

מבין הגרסאות השונות לאיסור מיסוד הדת נתמקד בעיקר באחת, ונכנה אותה "הגרסה הניטרלית". הגרסה הניטרלית לאיסור מיסוד הדת מבוססת על תפיסה כללית יותר, אשר רווחת בשיח הפילוסופיה הפוליטית בעשורים האחרונים, ונהוג לכנותה "ליברליזם פוליטי". חסידיה סבורים כי המדינה חייבת לשמור על ניטרליות בכל האמור בשאלת "החיים הטובים", ולהימנע מקידומן של תפיסות טוב כלשהן. אנו ננסה להציג טיעון מקיף נגד התביעה לניטרליות ונגד היומרה של המצדדים בניטרליות להציגה כמתחייבת מן התפיסה הליברלית, ובה בעת להפריך גם את הגרסאות המקומיות של התביעה לניטרליות בהקשר של יחסי דת ומדינה.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לחבריי יעקב בן-שמש, מוריה בקשי, דפנה ברק-ארו, אמנון דה-הרטוך, תדר ליפשיץ, שחר ליפשיץ וחברי מערכת **משפט וממשל**, על הערותיהם המועילות לטיוטות מוקדמות של המאמר. תודה מיוחדת לדני סטטמן שרבות מן התובנות במאמר זה התפתחו במהלך עבודה משותפת עמו או בהשראת מאמרים אחרים שכתב.

א. פתיחה. ב. הפרשנויות השונות לאיסור מיסוד הדת: 1. איסור מיסוד הדת כאיסור כפייה; 2. איסור מיסוד הדת כמחייב ניטרליות; 3. איסור מיסוד הדת כמחייב הפרדה נוקשה; 4. איסור מיסוד הדת כמחייב הפרדה מוסדית. ג. הקשר בין איסור מיסוד הדת ובין חופש הדת והחופש מדת. ד. מדוע לאסור מיסוד? 1. מסגרת הדיון; 2. הטיעון בדבר מניעת חיכוך; 3. תמיכה בדת מהווה פגיעה בכבודם של מי שאינם מאמינים; 4. תמיכה בדת פוגעת בחופש הבחירה; 5. על מומחיות, מגוון ותועלת; 6. תמיכה ממשלתית עלולה להשחית את הדת; 7. טיעונים בעד מתן תמיכה מעדיפה לדת ושתי גרסאות הניטרליות. ה. סיכום ומסקנות.

א. פתיחה

מדינת ישראל מקיימת מאז הקמתה ועד היום קשר הדוק עם הדת בכלל ועם הדת היהודית בפרט, קשר שספק אם יש לו מקבילה במדינה ממדינות המערב. קשר הדוק זה בא לידי ביטוי הן בתחום ההקצאות והן בתחום הרגולציה, שהם כידוע שני המכשירים העיקריים שבאמצעותם מערכת פוליטית מוציאה מדיניות מן הכות אל הפועל.¹ אשר להקצאות, במסגרת סל השירותים שמדינת ישראל מספקת לאזרחיה, במישרין או באמצעות מתווכים, כלולים שירותי דת רבים. המדינה מעסיקה רבנים, כמו גם כוהני דת מדתות אחרות, מסייעת בהקמתם של בתי כנסת ומקוואות, מממנת שיעורי דת במסגרות החינוך הפורמליות והבלתי פורמליות, מחזיקה מערך של פיקוח בתחום הכשרות, מספקת שירותי קבורה ועירובין ועוד. בכל האמור ברגולציה, משפט המדינה מאמץ בתחומים מסוימים את הדין הדתי. כך, למשל, בענייני נישואין וגירושין² ובתחומים אחרים הסדרים משפטיים

1. יצוין שככל שהמדינה עושה שימוש בשני המכשירים בדרך שאינה ניטרלית, הדבר עומד לכאורה בניגוד לאינטואיציה ליברלית בסיסית. עם זאת, קיים הבדל בין מכשירי ההתערבות הבלתי ניטרלית במידת הפגיעה הפוטנציאלית בחירות הטמונה בהם. הקצאה בלתי ניטרלית משמעה חריגה מניטרליות תוך שימוש בהטבה אך לא בכפייה, רגולציה בלתי ניטרלית משמעה חריגה מניטרליות תוך שימוש בכפייה. הבדל זה מסביר מדוע הרגולציה הבלתי ניטרלית נתפסת, מזווית הראיה הליברלית, כבעייתית יותר מאשר הקצאה בלתי ניטרלית.
2. סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס"ח 166 קובע כי "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה". ולפיכך, נישואין בין יהודים המתקיימים בתחומי המדינה חייבים לענות על דרישות ההלכה כדי לקבל תוקף משפטי. עם זאת, בצדם של הנישואין ההלכתיים, הכירו בתי המשפט בתוקפם של נישואין אזרחיים של אזרחי המדינה ותושביה המתקיימים בחו"ל, ראו מנשה שאוה, *הדין האישי בישראל* (מסדה, תשנ"ב), 539-541, וביתר פירוט, מנשה שאוה, "תוקפם של נישואין אזרחיים שנערכו בחוץ לארץ בין יהודים אזרחי המדינה", *עיוני משפט יג* (תשמ"ח) 275, או בנישואין הנערכים על ידי קונסולים של מדינות מסוימות, כך שלא נדרשת אפילו יציאה מהארץ לשם השלמת

מבוססים על נורמות דתיות. כך, למשל, הדבר בחקיקה מוניציפלית האוסרת פתיחת בתי עסק בימי המנוחה הדתיים, לפי לוח הזמנים הדתי. החיבור בין הדת למדינה בא לידי ביטוי גם בקשר מוסדי. ספקי השירותים הדתיים משתייכים בחלק גדול מן המקרים לשירות הציבורי, וכך גם חלק מן המופקדים על אכיפת הנורמות הדתיות.

במרוצת השנים מאז קום המדינה נמתחה לא אחת ביקורת על מצב העניינים בתחום יחסי הדת והמדינה, ביקורת על המצב בכללותו, כמו גם ביקורת פרטנית על הסדרים ספציפיים. בתחום ההקצאות, היו שמתחו ביקורת הן על עצם מעורבותה של המדינה בהספקת שירותי הדת והן על התיקף והאופן שבו היא מספקת שירותים אלה.³ ביקורת חריפה יותר נמתחה על הרגולציה מטעמי דת, בתחומים כגון אישות, שמירת שבת וכשרות. ואולם, חרף ביקורת זו, במשך שנים רבות לא חל שינוי משמעותי בדפוס היחסים בין הדת למדינה בישראל. יציבותו של מערך ההסדרים בתחום הדת והמדינה, שזכה לכינוי "סטטוס קוו",⁴ היה לפליאה בעיני רבים, שניסו להבין ולהסביר את התופעה

ההליך. ראו לאחרונה בג"ץ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89. החוק הישראלי מעניק הכרה גם לקשר זוגי של מעין-נישואין. שורה של חקיקים מעניקים הטבות, השמורות באופן עקרוני לזוגות נשואים, גם לזוגות החיים בצוותא כבעל ואישה בלי שנישאו באופן רשמי. לסקירה מפורטת של חוקים העוסקים בידועים בציבור ראו מנשה שאוה, "הידועה בציבור כאשתו – הגדרת מעמדה וחזיוניתה", עיוני משפט ג (תשל"ג) 484, בעמ' 492-484. לסקירה ביקורתית עדכנית של מצבת הזכויות המוקנות לידועים בציבור בישראל ראו שחר ליפשיץ, "נשואים בעל כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים בציבור", עיוני משפט כה(3) (תשס"ב) 74.

3. הדיון בנושא הוביל לשינויים מסוימים, ולהצעות לרפורמה, מרחיקות לכת יותר או פחות, באופן הספקת השירותים. ראו, למשל, דין-וחשבון הוועדה הציבורית לביקורת המועצות הדתיות ותפקודן, (יולי 1993); משה גפני, הצעת חוק רשות שירותי הדת היהודיים, תש"ס-2000, פ-1360. הונחה ביום 7.2.2000; רות גביוון ויעקב מדן, מסד לאמנה חברתית חדשה בין שומרי מצוות ותושביי ישראל (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ג), 262-251; יונה יהב, הצעת חוק שירותי הדת היהודיים, תשנ"ז-1997. ד"כ 164 (תשנ"ח) 874.

4. על ההיסטוריה של הסטטוס קוו ועל תכניו ראו מנחם פרידמן, "ואלה תולדות הסטטוס קוו: דת ומדינה בישראל", המעבר מיישוב למדינה 1947-1949: רציפות והתמורות (ורדה פילובסקי – עורכת, מוסד הרצל לחקר הציונות, תשמ"ח) 47; Gidon Sapi, "Religion and State in Israel—The Case for Reevaluation and Constitutional Entrenchment", 22 *Hast. Int. & Comp. L. Rev.* 617 (1998-99) 617, pp. 619-625.

אך ראו גם דברי השופט חשין בבג"ץ 3872/93 מיטראל נ' רה"מ ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485 (להלן: בג"ץ מיטראל), בעמ' 506-507. ("לעתים נהוג להעמיד יחסי דת ומדינה בישראל על פי הנוסחה של "סטטוס קוו"... מושג זה ... אין הוא כשאר "סטטוס קוו" שבעולם... סטטוס קוו "נוסח ישראל" הוא מושג עמום, מעורפל וגמיש: האוחזים בו מזה ומזה ימשכו אותו כל אחד מהם לעברו הוא, והרי הוא כתומר ביד היוצר – מי המרחיב ומי המקצר.")

המעניינת.⁵ תהיה הסיבה ליציבות רבת השנים אשר תהיה, בשנים האחרונות המציאות בתחום רגיש זה הולכת ומשתנה. בחומת הסטטוס קוו נבעות פרצות, ושאלות מרכזיות, שנותרו מיותמות במשך שנים רבות, שבות ומונחות על שולחנם של קובעי המדיניות במדינת ישראל. כמה גורמים מאיצים חברו לתחייתו של הקונפליקט, וביניהם, שינוי במפה הפוליטית,⁶ התחזקות כוחו של בית המשפט העליון,⁷ המגמה המסתמנת בחברה הישראלית לעבור מ'שיח זהות' ל'שיח זכויות',⁸ ומגמת שינוי כללית המתרחשת ביחסי

5. ראו, למשל, אשר כהן וברוך זיסר, "בין הסכמיות שבירה לשבירת ההסכמיות: תמורות ביחסי דת ומדינה – בין קונסוציונליות להכרעה", רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר – עורכים, רמות, תשנ"ח) 675.

6. בשנים האחרונות ניכרת מגמת קיטוב והקצנה בשאלות דת ומדינה, הבאה לידי ביטוי במפה הפוליטית: עליית כוחן של המפלגות החרדיות מהר גיסא, והתחזקות הרמטית של המפלגות החילוניות מאידך גיסא. בבחירות 1981 היו למפלגות הקיצוניות, אגודת ישראל ורצ, משישה מנדטים. בבחירות 2003 היו למפלגות החרדיות, אגו"י, דגל התורה וש"ס, ולמפלגות החילוניות, מרצ, שינוי והבחירה הדמוקרטית, 37 מנדטים. הקצנה זו הולידה, בין היתר, את תופעת החרמת מפלגות כשותפות לקואליציה, על רקע דתי. גם בעבר היו תופעות של פסילה על הסף, למשל סיסמת מפא"י המפורסמת 'כלי חרות ומק"י' ופסילת מולדת והמפלגות הערביות. אולם פסילות אלו באו על רקע של קיצוניות בעמדות מדיניות. במגעים לכינונה של הממשלה הנוכחית הוצגה על ידי שינוי בראשונה (למיטב ידיעתנו) תביעה לפסילה קטגורית של המפלגות החרדיות. ראש הממשלה, אריאל שרון, קיבל עמדה זו והמפלגות החרדיות נפסלו כשותפות בממשלתו השנייה.

7. בשנים האחרונות בית המשפט העליון מתערב יותר מבעבר בענייני דת ומדינה, כשלרשותו עומד מאז 1992 גם הנשק החוקתי. בין העניינים שבהם התערב בית המשפט בשנים האחרונות מצויות סוגיות כגון גיוס בחורי ישיבות (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481), הרכב מועצות דתיות (בג"ץ 699/89 חופמן נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד מח(1) 678), ייבוא בשר לא כשר (בג"ץ מיטראל לעיל, הערה 4), מתן תעודות כשרות (בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673) ומכירת חזיר (בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש (טרם פורסם)). נכונותו הגוברת של בית המשפט העליון לדרון בענייני דת ומדינה, בצירוף הנשק החוקתי שנטל לעצמו, הובילו בשנת 1992 לידי שינוי הדפוס הקבוע של נוסח ההסכמים הקואליציוניים בענייני דת ומדינה, ולידי הוספת מרכיב להסכם, שאותו כינה הנשיא ברק "הסכם עוקף בג"ץ". ראו: בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758.

8. המונחים שאובים ממאמרו של אבי שגיא, "התבררה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות", מחקרי משפט טז (תשס"א) 37. שגיא מציע הנגדה בין שני סוגי השיח: שיח הזכויות מתמקד בהתנגשות בין אינטרסים של צדדים נצים, ואילו שיח הזהות מאופיין בדיאלוג משמעותי עם האחר. לשימוש בהנגדה כהסבר אפשרי לתהליכי השינוי בתחום הדת והמדינה ראו גם דפנה ברק-ארוז, "גלגולו של חזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי?", משפטים לג (תשס"ג) 403, בעמ' 473.

הממשל והמשק בישראל.⁹ עקב כך, שלוש רשויות השלטון נתבעות היום יותר מאי פעם לדון מחדש (או אולי בפעם הראשונה) בשאלות אלו ולהגיע בנוגע לכל אחת מהן להסדר מניח את הדעת, שלא בהכרח יעלה בקנה אחד עם המציאות ששררה בעניינו בעבר. כמו בכל קונפליקט פוליטי, גם הקונפליקט בתחום הדת והמדינה יוכרע במידה רבה בדרך של כיפוף ידיים ושל הסכמי קחתן פוליטיים.¹⁰ אולם בצד הסתר-מכר הפוליטי, המתנהל בעיקר

9. לדעתנו, ניתן לסמן כקו פרשת מים בעניין את המהפך של שנת 1977. נדמה שהמחקר לא הדגיש במידה מספקת את השינוי האידאולוגי במישור הכלכלי שבישר מהפך 77. קווי היסוד של ממשלת רבין בשנת 74 דיברו בסעיף 4, פרק ה, על תכנון כלכלי וחברתי. "המדיניות של הממשלה תושתת על תכנון כולל שתפקידו להדריך את הפעילות הכלכלית והחברתית בניצול כל גורמי הייצור והמשאבים... הממשלה תעשה לתיכנון כוח-האדם בישראל...". ראו ד"כ 70 (תשל"ד) 1613. לעומת זאת, ממשלת בגין הראשונה התחייבה בסעיף יב לעודד את היוזמה התופשית. ראו: ד"כ 80 (תשל"ז) 17. מאז לא היה ויכוח אידאולוגי מהותי במישור הכלכלי בין מצעי שתי המפלגות. גם ממשלת האחדות בראשות פרס, באמצע שנות השמונים, קיבלה את העיקרון של הקטנת חלקם של השירותים הציבוריים. ראו סעיף 17 לקווי היסוד, ד"כ 100 (תשמ"ד) 117. כשהוקמה שוב ממשלת שמאל בשנת 1992, היא המשיכה את מדיניות הניהול הפתוח ממעורבות יתר של הממשלה בחיי המשק והכלכלה. נדמה אפוא שתיאורו של שר האוצר בנימין נתניהו, איננו רחוק מהאמת. ב-18 ביולי 2003 אמר נתניהו בראיון למעריב את הדברים הבאים: "ברל כצנלסון ובן-גוריון עשו את הטעות הגדולה של הקמת מדינה סוציאליסטית, ואנחנו צריכים לעמוד שנים על שנים כדי לתקן את הטעות ולצאת מהמבנה השגוי הזה. זה לוקח זמן. התחלנו את השינוי בשנות השבעים, ורק בשנות האלפיים התחלנו את המעבר למשק חופשי." ישי וורייט ומיכל קפרא, "בן-גוריון אשם", מעריב – מוסף שבת (18.7.03) 6. אם נתעלם לרגע מההערכה השיפוטית שבדברים, הרי שתיאור תהליכי השינוי הוא מדויק.

10. כך, למשל, בראשית אוקטובר 2003 החליטה הממשלה על ביצוע רפורמה מקיפה בתחום שירותי הדת. לנסח ההחלטה ראו: [URL: <http://www.pmo.gov.il/nr/exeres/985F3BC2-8/10/20038544-40BB-802D-375136984EAD.htm>] (נצפה לאחרונה באוקטובר 2004). על פי ההחלטה, משרד הדתות יפורק ואגפיו יחולקו בין משרדי הממשלה השונים. המועצות הדתיות, המספקות כיום את חלק הארי של שירותי הדת בישראל, יפורקו, והאחריות להספקת שירותי הדת תועבר בעיקרה לרשויות המקומיות. ההחלטה, שנתקבלה בלחצה של מפלגת שינוי, חוללה משבר קואליציוני והולידה איומי פרישה מצד המפד"ל. המפד"ל מיקדה את ביקורתה במרכיב אחד ממרכיבי הרפורמה והוא ההחלטה להעביר את האחריות לניהול בתי הדין הרבניים מן המשרד לענייני דתות למשרד המשפטים, בגלל זהותו והשקפותיו של שר המשפטים הנוכחי, יו"ר שינוי יוסף לפיד. לאחר משא ומתן גובשה פשרה, שהניחה את דעת שרי המפד"ל וחיסלה את המשבר, ועל פיה, חרף העברת האחריות הנוכחית למשרד המשפטים, תחזוק "מעורבותו של נשיא מועצת הרבנות הראשית לישראל בנושאים הנוגעים לפעילותה של מועצת הרבנות הראשית לישראל". ראו הצעת חוק הרבנות הראשית לישראל (תיקון) תשס"ד-2003, ה"ח 266 ובדברי ההסבר שם.

ברשות המחוקקת והמבצעת, אפשר ואף ראוי שהשאלות הרלוונטיות ייבחנו גם מן הזווית הנורמטיבית.

במאמר זה ברצוני להרים תרומה לבהיגת יחסי הדת והמדינה בכלל, ובישראל בפרט, מן הזווית הנורמטיבית, ועל כן שפת הדיון שאקיים תהיה שפת הזכויות והעקרונות החוקתיים. הקונפליקטים בשאלות דת ומדינה רבים ומגוונים, ומעורבים בהם זכויות ועקרונות חוקתיים רבים. במאמר שלפנינו אינני מתכוון לבחון בפירוט את כל הקונפליקטים ואף לא את מקצתם. אינני מתכוון גם לבחון את מידת הרלוונטיות של כל אחד מן העקרונות החוקתיים לעניין. חלף זאת, אתבונן על הסוגיה במבט-על, ואנסה לברר אם בתחום יחסי הדת והמדינה קיימים, או ראוי שיהיו, זכויות או עקרונות חוקתיים ייחודיים, מלבד הזכויות והעקרונות הכלליים, שיש להביא בחשבון, ואם כן מהו המובן המדויק של אותם עקרונות וכיצד בדיוק הם אמורים להשפיע.

שני מושגי יסוד מרכזיים שעולים מיד עם הצגת השאלה הם חופש הדת והחופש מדת. שני מושגים אלה, משקפים יחס דו-ערכי כלפי הדת. מצד אחד, הזכות לחופש דת מעניקה לכאורה לדת הגנה מיוחדת, מלבד ההגנות 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. יש הטוענים שיחסי הגומלין בין חופש הדת והחופש מדת מבוססים על סימטריה ושלא ניתן להפרידם זה מזה, ולכן אין לתאר אותם כשני עקרונות נפרדים.¹¹ יהיה היחס הפנימי בין שתי הזכויות הללו אשר יהיה, על פניו נראה שהתייחסות רצינית אליהם תחייב בחינה מחודשת של חלק מן ההסדרים הקיימים היום בישראל בתחום הדת והמדינה.

במהלך השנים מאז קום המדינה, וביתר שאת בשנים האחרונות, נשמעת קריאה "להפרדת הדת והמדינה". קריאה זאת איננה זוכה בדרך כלל לפירוט ולהבהרה מלאים, וממילא גם היסודות הנורמטיביים שאמורים להצדיקה אינם נחשפים בצורה ברורה. על פניו, ניסיון לביסוסה יחייב שימוש רב בשתי הזכויות שהוזכרו זה עתה. אולם אחת הטענות שאנסה לבסס כבר בשלבים מוקדמים במאמר היא שהרף חשיבותן הרבה של שתי הזכויות הללו, השינוי בדפוס היחסים בין הדת למדינה שמבקשים לחולל חסידי ההפרדה, איננו יכול להיתמך בשתי הזכויות בלבד, והוא מניח או מחייב יצירתו של עיקרון חוקתי נוסף, שבשיח החוקתי האמריקני מכונה עקרון "איסור מיסוד הדת". חלק נכבד מן המאמר יוקדש אפוא לתיאור גרסאות אפשריות לעקרון זה ולבהיגת הטעמים שיכולים לעמוד ביסוד העיקרון בכלל וביסוד כל אחת מגרסאותיו בפרט.

11. ראו למשל Kathleen M Sullivan, "Religion and Liberal Democracy", 59 *U. Chicago. L. Rev* (1992) 195, p.197; Suzanna Sherry, "*Lee v. Weisman*: Paradox Redux", 1992 *Sup. Ct. Rev.* (1992) 123, p.139. אך השוו לדני סטטמן וגדעון ספיר, "חופש הדת, החופש מדת והגנה על רגשות דתיים", מחקרי משפט כא (תשס"ד) 5 (להלן: סטטמן וספיר), שם אנו חולקים על טענת הסימטריה.

להבדיל מהופש הדת וההופש מדת, שאולי לא זכו בישראל להתייחסות אקדמית מפורטת,¹² אך הם שגורים ללא ספק על לשונם של משפטנים ואנשי ציבור בישראל, עקרון איסור מיסוד הדת כמעט איננו מוכר בשית הישראלי. את זרותו של "איסור מיסוד הדת" לשיח החוקתי בישראל ניתן אולי לתרץ ולזקוף לעובדה שהוא גם הפחות מובן מאליו מבין שלושת העקרונות. מדינות מערביות רבות אינן כוללות אותו כחלק מעקרונות היסוד החוקתיים של שיטתם,¹³ הוא גם איננו כלול אף לא באחד מן המסמכים המשפטיים היסודיים המעצבים את החוק והמוסכמות הבינלאומיות בתחום זכויות האדם,¹⁴ ויש טוענים

12. עליאף ריבוי הוויכוחים הציבוריים והמשפטיים בישראל בתחום של דת ומדינה ותשומת הלב הרבה שהם מושכים, קיימת כתיבה מחקרית מעטה יחסית בנושא חופש הדת. ראו שמחה מירון, "חופש הדת לעומת החופש מדת", עיוני משפט ג (תשל"ג-תשל"ד) 414; שמעון שטרית, "חופש המצפון והדת: החופש מפני כפיית נורמות דתיות, קביעת חובת היזקקות לרשות דתית, והטלת הגבלות מטעמי דת", משפטים ג (תשל"א) 467; צבי ברנזון, "חופש הדת והמצפון במדינת ישראל", עיוני משפט ג (תשל"ג) 405; חנן שלה, "על חירות המצפון וחירות הלב", זכויות אורה בישראל – קובץ מאמרים לכבודו של חיים ה. בהן (רות גביון – עורכת, האגודה לזכויות האדם בישראל, תשמ"ב) 85; Amnon Rubinstein, "Law and Religion in Israel", 2 *Israel L. Rev.* (1967) 380; Ruth Lapidoth, Michael Corinaldi, "Freedom of Religion in Israel", *Israeli Report to the XIV International Congress of Comparative Law* (Alfredo Mordechai Rabello – ed., Hamaccabi Press (Jack), 1994) 273. כפי שניתן לראות, רוב המחקרים הללו הם משנות השישים והשבעים.

13. כך למשל בשבדיה. ה-Freedom of Religion Act שנחקק בשבדיה בשנת 1951 עיגן את חופש הדת והחופש מדת, אך לא ביטל את מעמדה המיוחד של הכנסייה השבדית כדת המדינה. בינואר 2000 נכנסה לתוקפה רפורמה שקרסמה במעמד הכבודה של הכנסייה השבדית אך לא ביטלה אותו לחלוטין. ראו: Kenneth Stegeby, "An Analysis of the Impending Disestablishment of the Church in Sweden", 1999 *B. Y. U. L. Rev.* (1999) 703; Jonas Alwall, "Religious Liberty in Sweden: An Overview", 42 *J. Church & St.* (2000) 147.

14. אפילו בארצות הברית חל עיקרון זה בראשיתו רק על הממשל הפדרלי, אך לא חייב את ממשלי המדינות. רק לאחר מלחמת האזרחים וקבלתו של התיקון ה-14 לחוקה האמריקנית, הוחל העיקרון גם על המדינות. ראו: Leonard W. Levy, *The Establishment Clause religion and the First Amendment* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1994), 79-93. יש המרחיקים לכת וטוענים שלמעשה הכללתו של העיקרון בתיקון הראשון לחוקה נבעה דווקא מהרצון להגן על הדת הממוסדת במדינות השונות מפני התערבות פדרלית. ראו: Wilber G. Katz, *Religion and American Constitutions* (Northwestern University Press, 1964), 8-10. (religion clauses were designed to bar congress from interfering with existing establishments in the states); Mark De Wolfe Howe, *The Garden and the Wilderness* (The University of Chicago Press, 1965), 1-31.; "Religion", *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* (Kermit L. Hall — ed., Oxford University Press, 1992), p. 717 ("It is likely that most of the framers meant only to outlaw national religious

שפעילות מצד המדינה, אשר מפרה את עקרון איסור המיסוד, איננה מפרה בהכרח זכות אדם כלשהי.¹⁵

ואולם את זרותו של העיקרון לשיח הישראלי ניתן לא רק לתרץ אלא אולי אפילו לנסות להצדיק, ובתוך כך כבר על הסף לנסח, כטענה נגד הפרויקט שנוטל על עצמו מאמר זה, כלומר נגד ההתמקדות בעקרון איסור מיסוד הדת ובתביעה הרחבה להפרדת הדת מהמדינה בישראל. מדינת ישראל מוגדרת במסמכי היסוד החוקתיים שלה כמדינה יהודית ודמוקרטית. יהיו שיטענו, כי הגדרה מכוונת זאת מונעת הפרדה מן הסוג שמתבקש מעקרון איסור מיסוד הדת, ולכן דיון בעיקרון זה, בין שהוא ניתן להצדקה ובין לאו, איננו יכול להיות רלוונטי למציאות הישראלית.

טענה זאת לוקה לטעמי בשניים. ראשית, היא מניחה את מה שאיננו מובן מאליו. מדינת ישראל אכן מוגדרת כמדינה יהודית, אבל המשמעות של הגדרה זאת אינה ברורה כלל ועיקר ושנויה במחלוקת.¹⁶ באופן ספציפי, אין זה ברור שהגדרתה של המדינה כיהודית שוללת על הסף את האיסור שמציב איסור מיסוד הדת, על פי אחת מגרסאותיו, על העדפה של הדת היהודית על פני דתות אחרות ואפילו לא את הדרישה שמציב איסור מיסוד הדת, בגרסה מהמירה יותר שלו, להימנע מכל תמיכה בדת, לרבות תמיכה לא מעדיפה. ניתן לחשוב על פרשנות לרכיב ה'יהודית' בהגדרת המדינה, שממנה תיגזר חובת המדינה לקדם היבטים יהודיים תרבותיים, ולא היבטים יהודיים דתיים, או אפילו על פרשנות צנועה עוד יותר שתסיק מן הרכיב אך חובה לנקוט צעדים לשימור הרוב היהודי במדינה, אך לא חובה להתערב בקביעת צביונה – תרבותית או דתית.¹⁷ מדינת ישראל יכולה אפוא באופן עקרוני להיות מדינה יהודית ובאותה עת להפריד בין דת למדינה כמצוות איסור מיסוד הדת בגרסתיו הקיצוניות, ולכן יש חשיבות לבחינת ההצדקות האפשריות לתביעה להפרדה כזאת.

לטענה נגד ההתמקדות ברעיון ההפרדה תולשה מרכזית נוספת. גם אם מטעם כלשהו הגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית מחייבת העדפתה של הדת היהודית ולפיכך

establishments while leaving the question of state religious establishments to the political judgment of the states.")

15. ראו למשל: Michael J. Perry, *Religion in Politics, Constitutional and Moral Perspectives*, (Oxford University Press, 1997), 16-17. טענה זאת מקובלת גם על ארגון האומות המאוחדות. ראו: Note by the Secretary General: Elimination of all Forms of Religious Intolerance (U. N. Doc. A/8330 Ann. III, 1971).

16. ראי, באופן כללי, חוברת יט(3) של עיוני משפט שיוחזה לנושא וכן הפולמוס בין השופטים אלון וברק: אהרון ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", *משפט וממשל* א (תשנ"ב) 9, בעמ' 30-31; מנחם אלון, "דרך חוק בתוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", *עיוני משפט* יז (תשנ"ב) 659.

17. לצורך מועיל של מנעד הפרשנויות האפשריות למונח "יהודית", לרבות השתיים שהוזכרו בגוף הטקסט, ראו רות גביוון, "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט", *עיוני משפט* יט (תשנ"ה) 631, בעמ' 640-644.

שוללת הפרדה - לפי פירושה השונים - בין דת למדינה, עדיין נודע ערך רב לדיון בהצדקות להפרדה, שכן רק כך נדע מהו המחיר, אם יש כזה, הכרוך בהימנעות מהפרדה, הימנעות המתחייבת על פי הנטען מהגדרתה החוקתית של המדינה כיהודית. כאמור, בשיח הפוליטי הציבורי בישראל נשמעות טענות בדבר קיומו של מחיר כזה אך מעולם לא התקיים בסוגיה דיון מסודר. המסקנה שאבקש לגזור מן הדיון שיוצע במאמר הזה היא שניתן לחשוב על אלטרנטיבה שתאפשר למדינה לתמוך בדת בכלל או בורם דתי דווקא, ואפילו להעדיף על פני אופציות אחרות או זרמים דתיים אחרים, בלי שהדבר יהיה כרוך במחיר כבד מדי מנקודת מבט דמוקרטית-ליברלית. אם מסקנה זאת מבוססת דיה, משמעות הדבר, שבניגוד לטענה רווחת, לפחות בכל האמור בקשר דת-ומדינה, מדינת ישראל יכולה להיות יהודית ובאותה עת גם דמוקרטית-ליברלית.

נקודה זאת מובילה אותי למה שבעיניי יהיה הציר המרכזי במאמר. כידוע, שיח הפילוסופיה הפוליטית, והשיח הישראלי בפרט, נשלט בעשורים האחרונים (ואם לא נשלט, לפחות מושפע עמוקות) על ידי תפיסת עולם שנהוג לכנותה "ליברליזם פוליטי" או "ליברליזם ניטרלי". חסידי הליברליזם הפוליטי סבורים כי על המדינה להישאר ניטרלית בכל האמור בשאלת "החיים הטובים", ולהימנע מקידומן של תפיסות טוב כלשהן. התביעה להפרדת דת ומדינה עשויה להישען, כפי שמציעים כותבים רבים, על ההנמקה הליברלית מבית מדרשו של הליברליזם הפוליטי. במידה מסוימת, סדר ההנמקה הוא אפילו הפוך. שהרי, במובן מסוים, ניתן לומר שדת היא הפרדיגמה של תפיסת טוב, ובמידה רבה, הטיעונים נגד כניסת המדינה למגרש המשחקים הפרפקציוניסטי התנסחו וקיבלו השראה מן ההקשר של הממשק בין הדת למדינה. הדיון בסוגיית יחסי הדת והמדינה יאפשר, ולמעשה יחייב, דיון גם בתובנות הבסיסיות של הליברליזם הניטרלי. במהלכו ננסה לברר מה יכולים להיות הנימוקים נגד מעורבות המדינה במחלוקות בשאלות הטוב, ובנוגע לכל אחד מהם נבצע בדיקה כפולה: ראשית, נבחן אם הנימוק יכול לעמוד כטעם כללי להימנעות כזאת, ואפילו אם נגיע למסקנה שהנימוק כנימוק כללי איננו משכנע, נבחן שמא יש לו בכל זאת משקל כלשהו בנוגע ליחסי דת ומדינה דווקא. לליברליזם הפוליטי ולתביעתו לניטרליות קמו במהלך השנים מבקרים, גם מתוככי האסכולה הליברלית. הללו סבורים כי ניטרליות היא לא רק בלתי אפשרית אלא גם בלתי נחוצה, אפילו בהתבסס על הנחות מוצא ליברליות. טיעוני הנגד הללו צברו תאוצה בשנים האחרונות בשיח הבינלאומי, אך טרם זכו לחשיפה ממשית בשיח הישראלי. מטרתו העיקרית של מאמר זה תהיה להציג בצורה בהירה טיעון מקיף נגד התביעה לניטרליות ונגד היומרה של המצדדים בניטרליות להציגה כמתחייבת מן התפיסה הליברלית, ובה בעת להפריך גם את הגרסאות המקומיות של התביעה לניטרליות בהקשר של יחסי דת ומדינה.

כאמור, עקרון איסור מיסוד הדת מוכר פחות בשיח הישראלי מחבריו, חופש הדת והחופש מדת, וגם בשיח האמריקני. שם עיקרון זה נכלל בחוקה, אין הסכמה באשר למשמעותו המדויקת, או בנוגע לטעמים המצדיקים את הכללתו בחוקה. את הדיון בעיקרון זה, ובמשמעויות הנגזרות ממנו לענייננו, אחלק אפוא לשני חלקים: בראשון אעסוק בהגדרות, ובשני בהצדקות. בפרק ב אתאר ארבע פרשנויות נבדלות לעקרון איסור מיסוד הדת: איסור כפייה, ניטרליות, הפרדה נוקשה, והפרדה מוסדית. שלוש הפרשנויות

הראשונות חלוקות ביניהן בשאלת היקף התמיכה הממשלתית בדת שכל אחת מהן תתיר. הראשונה (איסור כפייה), מתירה למדינה לתמוך ואף להעדיף דת לעומת אופציות אחרות, אך מבקשת לשים גבול למידת ההעדפה המותרת; השנייה (ניטרליות), מתירה למדינה לתמוך בדת אך אוסרת תמיכה מעדיפה, ואילו השלישית (הפרדה נוקשה) שוללת כל ביטוי של תמיכה של המדינה בדת, גם כזו שאינה מעדיפה. את הגישה הרביעית לעקרון איסור מיסוד הדת לא ניתן למקם בבירור על סקלה אשר מודדת את מידת התמיכה של המדינה מותר להעניק לדת – תמיכה מעדיפה כל זמן שאינה כרוכה בכפייה, תמיכה שוויונית, או איסור מוחלט לתמוך תמיכה כלשהי. עניינה של גישה זו אינו בהיקף התמיכה המותר אלא בצורתה. פרשנות זו לאיסור מיסוד הדת מזהה 'מיסוד' עם 'חיבור ממסדי', ואוסרת על המדינה להפוך את הדת ומוסדותיה לחלק מן המערכת השלטונית.

אחת הגרסאות לאיסור מיסוד הדת, זו שכינינו הפרשנות הניטרלית, מחייבת את המדינה להימנע באופן מוחלט מהעדפתה של דת אחת או של זרם דתי אחד על פני דתות וזרמים דתיים אחרים, או של דת בכלל על פני צורות חיים ואמונות אחרות. בפרק ג אבחן, ואדחה, טענה נפוצה ולפיה איסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית חוזר למעשה על מה שמתחייב כבר מחופש הדת והחופש מדת, ובמילים אחרות שהגנה על חופש הדת והחופש מדת מהחייבת אימוץ הפרשנות הניטרלית לאיסור מיסוד הדת. אטען שמדינה המבקשת להגן על חופש הדת והחופש מדת של אזרחיה אינה חייבת לשמור על ניטרליות בין דת לדרכי חיים אחרות או בין הדתות והזרמים הדתיים השונים. עם זאת אטען כי מדינה האמונה על חופש הדת והחופש מדת חייבת לסייג את היקף התמיכה המעדיפה שהיא בוחרת להעניק לדת בכלל או לדת/זרם דתי מסוים. במקום אחר,¹⁸ דנתי בפירוט, בצוותא עם דני סטטמן, בזכויות לחופש דת ולחופש מדת. הדיון שאקיים בפרק זה יתבסס במידה רבה על המתווה שהצענו באותו מאמר, אך לא יחייב היכרות מוקדמת אתו.

בפרק ד אחזור לדון באיסור מיסוד הדת, ואבחן שורה של טיעונים (נוסף על טיעון חופש הדת והחופש מדת שכבר נדון בפרק ג) לטובת אימוץ העיקרון בגרסתיו השונות. את רוב הטיעונים אדחה כליל וקצתם – אקבל. בניגוד לעמדה רווחת בשיח הליברלי, אטען כי שום דבר במערכת הערכים הליברלית אינו צריך למנוע מן המדינה להיכנס למגרש המשחקים הפרפקציוניסטי. משכך, אין כל סיבה למנוע מהמדינה להכיר בדרך חיים כלשהי, ובכלל זה גם בדת בכלל או בדת מסוימת, לתמוך בה ואף להעדיפה. עם זאת, יש להציב שתי מגבלות להתערבות זו, האחת נוגעת למידת ההתערבות והשנייה – לאופניה. מדינה המחשיבה את חופש הבחירה, כפי שמתבקש מאימוץ תפיסת עולם ליברלית, חייבת להימנע מהצמדת תג מחיר גבוה מדי לבחירה באופציות שהיא אינה חפצה ביקרן. הצמדת תג מחיר כזה מרוקנת מתוכן את האפשרות לבחירה אוטונומית. הדברים אמורים ביתר שאת כשמדובר בעניינים מתחום הדת, שכן העדפה מופרזת מצד המדינה של אופציה דתית או של אופציות מתחרות, עלולה לפגוע (בהתאמה) גם בחופש מדת או בחופש הדת של האזרחים. בנוסף, מדינה הכותרת לתמוך בדת, אפילו תמיכה לא מעדיפה, והחפצה לשמור על עצמאותה של הדת ועל צביונה הרוחני, חייבת להקפיד גם שהתמיכה שהיא מעניקה

18. סטטמן וספיר (לעיל, הערה 11).

לדת לא תהיה כרוכה בחיבור מוסדי בינה ובין הדת, שכן חיבור כזה מוליך להסתאבות של המערכת הדתית ולשעבודיה למרותה של המדינה. המשמעות האופרטיבית של עמדה זאת תהיה, שלא קיים טעם טוב לאימוץ אחת משתי הפרשנויות הראשונות לאיסור מיסוד הדת, הפרדה נוקשה או תביעה לניטרליות, אלא רק לאימוצן של השתיים האחרונות – איסור כפייה והפרדה מוסדית.

המסר שיבקש אפוא המאמר לבסס הוא כפול, חלקו הראשון כללי והשני מתמקד ביחסי הדת והמדינה. הטענה הראשונה, שאיננה נוגעת ליחסי הדת והמדינה דווקא, היא שהתביעה הליברלית לניטרליות, והמגבלות שנגזרות ממנה להתנהלותה של המדינה, אינן מוצדקות. הטענה השנייה, הממוקדת ביחסי דת ומדינה, היא שקשה לחשוב על טעם טוב ליצירתה של נורמה שתחלוש על יחסי הדת והמדינה, באופן שיטיל מגבלות מיוחדות על המדינה ביחסה אל הדת. אין כל סיבה לחייב את המדינה להעניק זכויות יתר לדת לעומת הזכויות המוענקות לתופעות ותפיסות מקבילות, אך בה במידה אין בנמצא טעם טוב להטיל עליה מגבלות שאינן מוטלות על אחרים. לטענה זאת, אם תתקבל, יש אפקט משחרר, מוויית הראייה של המצדדים בדת, אך באותה עת יש לה גם אפקט מחשק. כשם שהצדקתה של כל פעילות מצד המדינה מותנית בכיבודם של עקרונות היסוד החוקתיים הכלליים, כך גם ראוי שיהיה בכל הנוגע לפעילות שמיועדת או מובילה לתמיכה בדת. אם כל אקט של תמיכה בדת מצד המדינה חייב לעלות בקנה אחד עם עקרונות היסוד החוקתיים ובכללם הגנה על זכויות הפרט, הרי מסקנתנו בנוגע להשלכותיהם של חופש הדת, החופש מדת ואיסור מיסוד הדת על מערכת היחסים הראויה בין הדת למדינת ישראל יכולה וצריכה לשמש רק כתחילתו של הדיון ולא כסיומו.

ב. הפרשנויות השונות לאיסור מיסוד הדת

בשנת 1689 פרסם ג'ון לוק חיבור מהפכני שכותרתו "אגרת על הסובלנות". בפתח החיבור הציע לוק את הצהרת הכוונות הזו:

הריני סבור שקודם־כל הכרח הוא להבחין בין הממשל האזרחי ובין הדת, להתוות גבולות נכונים בין הכנסייה לבין המדינה. אם לא ייעשה כך לעולם לא יהיה קץ למחלוקות בין אלה שטובת הנפשות או טובת המדינה היא באמת נגד עיניהם לבין אלה המעמידים פנים שטובה זו היא מבוקשם.¹⁹

לוק טען שוויכוחים בשאלות דת טעוני יצרים, בלתי ניתנים ליישוב²⁰ ומסוכנים. לפיכך הוא קרא להסרת מחלוקות בענייני דת מסדר היום הציבורי כדי להימנע מן המאבקים

19. ג'ון לוק, *איגרות על הסובלנות*, מאגנס, תש"ף, 40.

20. שם, בעמ' 50-51. ("שהרי כל כנסייה היא בעיני עצמה בעלת האמונה הנכונה, ובעיני הכנסייה האחרת הריהי טועה או כופרת; כל מה שהיא מאמינה בו נראה בעיניה כאמת, ואת

והמלחמות שמחלוקות אלו מחוללות.²¹ לאלו החוששים כי הסרת ענייני הדת משולחן הדיונים הציבורי תפעל נגד האינטרס הדתי השייך לז'ק כי חשש זה איננו ממשי משני טעמים עיקריים. ראשית, אמונה דתית מבוססת ממילא על שכנוע פנימי ואינה ניתנת לכפייה,²² ושנית, עיקר מהותה של דת אמיתית הוא המלחמה שמקיים המאמין בתשוקותיו ומידותיו המגונות, בתחומיה של האמונה הפרטית,²³ ולכן לוויכוחים בשאלות דת נודעת חשיבות מעשית מועטה בפעולת הממשל האזרחי.

לז'ק עצמו האמין שלשם השגת שלום אזרחי די בכך שהמדינה תימנע משימוש בכוח הכפייה להבטחת ציות למצוות הדת. הוא היה מוכן, לעומת זאת, להרשות תמיכה ממשלתית בדת מדינה. במילים אחרות, בעוד לז'ק התנגד להתערבות המדינה בחופש הדת ובחופש מדת של אזרחיה, הוא לא שלל מה שמכונה בשפה החוקתית המודרנית "מיסוד הדת".²⁴ הוגים רבים בני זמננו מחייבים רמה גבוהה יותר של הפרדה בין הדת והמדינה מזו שדרש לז'ק. הם טוענים שעל המדינה להגן לא רק על חופש הדת והחופש מדת, אלא גם להימנע ממיסוד הדת. כפי שצינו בפתח המאמר,²⁵ טענה זאת איננה מקובלת על הכול. בין מדינות המערב יש שאינן כוללות את איסור מיסוד הדת בין עקרונות היסוד החוקתיים של שיטתן, והוא גם איננו כלול אף לא באחד מן המסמכים המשפטיים היסודיים המעצבים את החוק

הדעה השונה היא רואה כמוטעית. הנה כי כן המחלוקת בין הכנסיות הללו באשר לצדקת הדוגמות שלהן ובאשר לדרך הפולחן הנכונה היא שווה בשני הצדדים, ואין שופט, לא בקונסטנטינופול גם לא במקום אחר בעולם, היכול להכריע בעניין זה. ההחלטה בשאלה זו היא נתלת השופט העליון של בני-אדם, והיא שלו בלבד".

21. שם, בעמ' 90-92. ("ואמנם, אם נייטב לתת דעתנו נבין שהסיבה צפונה כולה בבעיות שאנו דנים בהן כאן. שהרי לא חילוקי הדעות, אלא ההתנגדות לסבול את האנשים המחזיקים בדעות שאינן דעות הממשל, היא זו שגרמה לרוב הפלוגתות ולמלחמות שהתעוררו בעולם הנוצרי מהמת הדת... זה היה, בעיקרו של דבר, עניין להסכם בין הכנסייה למדינה, והרי אילו היה כל אחד מן השותפים להסכם מסתפק בעניינים השייכים לו בעליל, כשהממשל האזרחי דואג למצב הטוב של המדינה, ואילו הכנסייה דואגת לגאולת נפשות, לא היה יכול להתקיים בכלל ריב כלשהו ביניהם...")

22. שם, בעמ' 42 ("ואילו דת אמת, דת הנושאת גאולה, הריהי מבוססת על השכנוע הפנימי של הנפש, ובלעדיו אין לדבר ערך כלשהו לפני אלוהים, והלא זה טבע השכל האנושי שהוא אינו נכנע לאלימות חיצונית").

23. שם, בעמ' 36-37. ("המבקש לשתף עצמו במלחמתה של כנסיית-הנוצרי יקרא קודם-כל תיגר על חסאיו שלו עצמו, על יוהרתו ועל תאוותו; לשווא יכנה עצמו נוצרי בלא קדושה בחייו, בלא טוהר במידותיו, בלא טוב וענוה ברוחו").

24. לתיאור כזה של עמדתו של לז'ק ראו: Michael W. McConnell, "The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion", 103 Harv. L. Rev. (1989-1990) 1409, pp. 1430-1435.

25. לעיל, טקסט בסמוך להערות 13-15.

והמוסכמות הבינלאומיות בתחום זכויות האדם. ואולם, חרף היעדר הסכמה גורפת בעניין, יש תומכים רבים לרעיון הכללת איסור מיסוד הדת בין עקרונות היסוד החוקתיים. גם בין התומכים בהטלת איסור על מיסוד הדת חלוקות הדעות בשאלה מה בדיוק ראוי להיחשב כמיסוד. דעה אחת סבורה כי עקרון איסור מיסוד הדת ראוי להתפרש בצמצום כמחייב את המדינה להימנע מהתערבות מעדיפה בעניין הדת במידה כזאת שתהפוך את האפשרות להימנע מפעילות דתית או מהשתתפות בדת אחרת מזו שבה תומכת המדינה קשה במיוחד לאזרח. עם זאת, לפי פרשנות זאת אין מקום להטיל איסור גורף על המדינה להעדיף דת לעומת אופציות אחרות. דעה שנייה, מחמירה יותר מקודמתה, גורסת כי על המדינה להימנע מפעילות כלשהי שתכליתה עידוד הדת. ואולם בעוד פרשנות זאת שוללת העדפה ממשלתית של הדת, היא איננה אוסרת על המדינה להעניק תמיכה לדת, אם תמיכה זאת אינה נובעת או מוליכה להעדפתה של הדת על פני אופציות חיים אחרות, או של דת מסוימת על פני דתות אחרות. דעה שלישית דורשת מידה רבה יותר של הפרדה, ומתעקשת על הפרטה מלאה של הדת, תוך אימוץ מערכת של סדר אזרחי שבמסגרתה לא תורשה המדינה אפילו להכיר בדת. לבסוף, דעה רביעית אינה מגדירה את עקרון איסור מיסוד הדת במונחים של מידת התמיכה שהוא מאפשר למדינה להעניק לדת – תמיכה מעדיפה אך לא כופה (הדעה הראשונה), תמיכה שוויונית (הדעה השנייה), או הטלת איסור תמיכה מוחלט (הדעה השלישית). לפי עמדה זו, איסור מיסוד הדת ראוי להתפרש כאיסור להפוך את הדת לחלק מן הממסד. ארבע פרשנויות אפשריות אלה לאיסור מיסוד הדת יכולו (בהתאמה): איסור כפייה, ניטרליות, הפרדה נוקשה והפרדה מוסדית.²⁶ בהמשך הפרק נתאר ביתר הרחבה כל אחת מארבע הפרשנויות לאיסור מיסוד הדת.

1. איסור מיסוד הדת כאיסור כפייה

גישה אחת לאיסור מיסוד הדת מתירה למדינה להכיר בדת כבעלת ערך גבוה יותר מערכן של אופציות חיים אחרות, אך אוסרת על המדינה לנקוט פעולה כלשהי, במעשה חקיקה או בגיבוש מדיניות, שתכליתה או תוצאתה כפיית אזרחי המדינה להתנהג בהתאם לדרישות הדת.²⁷ ניתן להציע לפחות שתי פרשנויות אפשריות למונח כפייה: צרה ורחבה. הפרשנות

26. בבואם לסקור את מנעד האפשרויות של יחסי דת ומדינה, בהקשר של סוגיית המיסוד, אנשי מדע המדינה משתמשים פחות בפרשנויות שבגוף המאמר, ויותר בארבעה מודלים מקובלים: מודל ההפרדה, מודל הכנסייה הרשמית, מודל הכנסייה הנתמכת ומודל הקהילות המוכרות. ראוי למשל בנימין נויברגר, דת ודמוקרטיה בישראל, 7-17 (מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, תשנ"ז); בנימין נויברגר, "דת ומדינה – הסדרים ומגמות במדינות דמוקרטיות", שני עברי הגשר: דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל (מרדכי בר-און וצבי צמרת – עורכים, יד בן צבי, תשס"ב) 3. אנו סבורים שלצורכי הדיון הנורמטיבי החלוקה שאנו מציעים מכסה טוב יותר את מגוון האפשרויות בתחום המיסוד, ולכן בחרנו להשתמש בה.

27. גרסה זאת לאיסור מיסוד הדת הועלתה בחוגי האקדמיה בארצות הברית כבר בראשית שנות השישים. ראו: Josse H. Choper, "Religion in the Public Schools: A Proposed Constitutional Standard", 47 Minn. L. Rev. (1962-1963) 329, p. 330. ראו גם: Michael W. McConnell

הצרה לאיסור כפייה תזוהה ככפייה רק מקרים שבהם אדם מאולץ בכוח, או באיום להשתמש בכוח, לעשות דבר מה שלא היה עושה אלמלא כן.²⁸ הפרשנות המרחיבה, לעומת זאת, מטשטשת את ההבחנה בין שכנוע לשימוש בכוח, או בין כפייה עקיפה לישירה, ומחשיבה את שתי השיטות ככפייה אסורה. על פי הגישה המרחיבה יש לאסור כל התערבות ממשלתית הכרוכה בהעדפת דת – אפילו כזו שאיננה כרוכה בכפייה במונח הצר – אשר מקשה על האזרח להישאר חילוני או להימנע מציות לתביעותיה של דת אחרת מזו שהוא מחזיק. פסק דין ידוע של בית המשפט העליון האמריקני יסייע להבהרת היקפה של הפרשנות המרחיבה לאיסור כפייה. בפסק דין זה פסל בית המשפט מטעם חוקתי הכללתה של תפילה בטקס הסיום של בית ספר תיכון ממשלתי. בית המשפט מצא שבהכללתה של תפילה בטקס הסיום יוצרת המדינה לחץ ציבורי על התלמידים להשתתף, באופן פעיל או סביל, בטקס דתי. לחץ זה, קבע בית המשפט, הגם שאינו ישיר ובוטה, עשוי להיות ממשי לא פחות מכפייה ישירה, ועל כן הוא עומד בסתירה לעקרון איסור מיסוד הדת. בלשונו של השופט Kennedy,

to recognize that the choice imposed by the State constitutes an unacceptable constraint only acknowledges that the government may no more use social pressure to enforce orthodoxy than it may use more direct means.²⁹

2. איסור מיסוד הדת כמחייב ניטרליות

הגישה

גישה שנייה לאיסור מיסוד הדת מתארת עיקרון זה כתביעה כלפי המדינה לשמור על ניטרליות בגישה כלפי הדת. ואולם דרישה זאת של ניטרליות עלולה להתברר כחסרת משמעות מעשית, שהרי כדבריו של דוגלס לייקוק (Laycock), אחד המשפטנים האמריקנים המובילים התומכים בגישה זאת, אנשים שונים, המחזיקים במגוון רחב של דעות בשאלת יחסי דת ומדינה, מתארים את עמדתם כניטרלית.³⁰ מכאן שאם ברצוננו להשתמש בדרישה

"Coercion: The Lost Element of Establishment", 27 *William & Mary L. Rev.* (1985-86)

933. לדיון ביקורתי בגרסה זאת לאיסור מיסוד הדת ראו: Steven G. Gey, "Religious

Coercion and the Establishment Clause", 1994 *U. Ill. L. Rev.* (1994) 463

28. זוהי הפרשנות שהציע לוק למונח זה. ראו לוק (לעיל, הערה 19), בעמ' 18-19; ראו גם:

Michael W. McConnell, "Religious Freedom at a Crossroads", 59 *U. Chi. L. Rev.* (1992)

115, p. 159

29. ראו: *Lee v. Weisman* 505 U.S. 577, 112 S. Ct. 2649 (1992), p. 564; פסק דין אמריקאי נוסף

בו הביע השופט קנדי עמדה זאת הוא: *Allegheny County v. Greater Pittsburgh ACLU*,

492 U.S. 573, 109 S. Ct. 3086 (1989), p. 661

30. ראו: Douglas Laycock, "Formal, Substantive, and Disaggregated Neutrality Toward Religion", 39 *DePaul L. Rev.* (1989-1990) 993, p. 994

לדעתו של Laycock נובעות

הניטרליות כאמת מידה לבחינת פעולות השלטון, בהקשר של יחסי דת ומדינה, נחוצה לנו הגדרה ברורה יותר שלה. לשם חידודו של המושג מציע Laycock הבחנה בין שני סוגים שונים של ניטרליות: ניטרליות פורמלית וניטרליות מהותית.

ניטרליות פורמלית מחייבת את המדינה להימנע משימוש בדת כסטנדרט לעשייה או להימנעות מעשייה. בניסוחו של קורלנד (Kurland), ניטרליות פורמלית אוסרת לעשות שימוש בדת כמדד להענקת הטבה או להטלת מעמסה.³¹ ניטרליות מהותית, הגרסה המועדפת על Laycock, מטילה על המדינה חובה להקטין ככל שניתן את השפעתה בתחום הדת, במובן של עידוד או החלשה של אמונה ופעילות דתית.³² פרשנות זאת לאיסור מיסוד הדת מבקשת להשאיר את האמונה והפעילות הדתית במידת האפשר להכרעתו הפרטית של האזרח.³³

Laycock מסביר כי שתי הגרסאות לתפיסה הניטרלית – הגרסה הפורמלית והגרסה המהותית – עשויות לעתים להוביל למסקנות מעשיות זהות: שהרי לעתים הדרך למזעור ההשפעה הממשלתית בתחום האמונה הדתית כרוכה בהתעלמות מהממד הדתי שבהתנהגות מסוימת, במובן זה שהתנהגות זו תזכה ליחס זהה לזה הניתן להתנהגות חילונית מקבילה.³⁴ אולם לדעתו, במקרים רבים הן מחייבות תוצאות שונות זו מזו, שהרי המדינה פועלת דרך שגרה לעידוד או להחלשה של פעילויות פרטיות רבות. ניטרליות מהותית מחייבת שסוג כזה של עידוד או החלשה מצד המדינה לא יופנה כלפי הדת. עקב כך, ניטרליות מהותית תחייב לא אתה שימוש בדת כסטנדרד להתנהגות מיוחדת מצד המדינה, שלא כדרישת הניטרליות הפורמלית.³⁵

נדמה ש-Laycock מפריז בחשיבות ההבחנה בין שתי הגרסאות. הגם שמבחינה מושגית מדובר בהבחנה תקפה, בפועל יש לה לדעתנו נפקויות מעשיות מעטות מאוד. תמיכה שתעמוד בתנאי הניטרליות הפורמלית תעמוד, בדרך כלל, בדרישות הניטרליות המהותית. יתר על כן, בניגוד לדבריו של Laycock, בדרך כלל ניטרליות מהותית לא רק תאפשר ניטרליות פורמלית אלא תחייב אותה. הבה ניקח לדוגמה את שאלת התמיכה הממשלתית במסגרות חינוך דתיות. אימוץ עמדה של ניטרליות פורמלית תאפשר למדינה לתמוך בחינוך הדתי, ובלבד שיובטח שהתמיכה תינתן בשווה לכל בתי הספר, לרבות אלו שאינם דתיים, בלא שימוש בסטנדרטים דתיים כטעם לחלוקה. אולם נדמה שלתוצאה דומה נגיע גם אם

העמימות וחוסר ההסכמה בנוגע למשמעות המדויקת ולהשלכות המעשיות של העמדה הניטרלית, בין היתר, מן העובדה שרובנו מחשיבים את עצמנו כהוגנים ולכן גם נוטים להניח שהעדפותינו האינסטינקטיביות הן הוגנות ולפיכך ניטרליות.

31. Philip B. Kurland, "Of Church and State and the Supreme Court", 29 *U. Chicago L. Rev.* (1961) 1, p. 96.

32. Laycock (לעיל, הערה 30), בעמ' 1001.

33. שם, בעמ' 1002.

34. שם, בעמ' 1003.

35. שם, שם.

נבחר בניטרליות מהותית כסטנדרט המחייב.³⁶ טענה זו אכן שנויה במחלוקת בספרות המשפטית האמריקנית,³⁷ אולם לדעתנו קשה להתעלם מטיעונו המשכנע של מייקל מקונל (McConnell) בעניין. McConnell מצביע על כך שבהיעדר תמיכה ממשלתית בבתי ספר דתיים, הדרך היחידה הפתוחה לפני הורים החפצים להעניק לילדיהם חינוך ברוח דתית כרוכה בויתור על זכותם לחינוך חינם. הורים כאלה יחויבו בתשלום כפול: תשלום אחד למערכת המסים המסבסדת את מערכת החינוך הממלכתית החילונית ותשלום שני לכיסוי עלות החינוך של ילדיהם בבתי הספר הדתיים. בהטילה חובת מס על כלל האוכלוסייה, בזמן שהסובסדיה ניתנת רק למשתמשים בשירותי החינוך של המדינה, מעודדת המדינה, לטענת McConnell, הורים דתיים, להימנע מניצול זכותם להעניק לילדיהם חינוך דתי.³⁸ ניטרליות מהותית בתחום החינוך מחייבת את המדינה לתת יחס שווה למסגרות דתיות ולא דתיות תוך התעלמות מהממד הדתי של מסגרות החינוך הדתיות. טיעונו של McConnell תקף לא רק בשדה החינוך. כדבריו הנכוחים של הרב אהרן ליכטנשטיין:

[s]o long as democratic theory and practice were dominated by the laissez-faire approach of classical liberalism, the effects of nonestablishment were relatively minor. The church lost its privileged position, but the field was left fully open for its

36. גרמה ש-Laycock עצמו איננו מקבל טענה זאת. ראו: Douglas Laycock, "The Benefits of the Establishment Clause", 42 *DePaul L. Rev.* (1992-1993) 373, p. 377 ("If the church-sponsored education and social services are indistinguishable from the church itself, then the tax support violates the Establishment Clause").

37. באחרונה ניתנו בארצות הברית פסקי דין סותרים, בערכאות נמוכות, בשאלת חוקיותו של הסדר ה-Vouchers. להסדר זה מתכונות מספר, והמשותף לכולן הוא מתן הטבות כספיות ישירות או עקיפות להורים השולחים את ילדיהם לבתי ספר דתיים, הטבות שמכסות חלק מעלות שכר הלימוד בבתי ספר אלה. יש הטוענים כי הדבר עולה כדי מיסוד הגם שמדובר, לכל היותר, בתשלום זהה לזה שמשלמת המדינה עבור תלמיד במערכת החינוך הכללית. לדיון בטיעונים השונים שמועלים בהקשר זה ראו: Eugene Volokh, "Equal Treatment is not Establishment", 13 *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* (1999) 341. בשנה האחרונה נדונה שאלת חוקיותם של הסדרים מן הסוג הנדון גם בבית המשפט העליון האמריקני והמגמה המסתמנת היא להכשירם, תוך התבססות על הגרסה הניטרלית לאיסור מיסוד הדת. ראו למשל: *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U. S. 639, 122 S. Ct. 2460 (2002), p. 652 ("Where a government aid program is neutral with respect to religion, and provides assistance directly to a broad class of citizens who, in turn, direct government aid to religious schools wholly as a result of their own genuine and independent private choice, the program is not readily subject to challenge under the Establishment Clause").

operation as a purely voluntary force. The abandonment of laissez-faire has changed the situation drastically. The erosion of the private sector attendant upon the intrusion of the state into all walks of life has directly and materially affected church-state relations.³⁹

המסקנה המתבקשת מתיאורו של הרב ליכטנשטיין הנה שבמציאות ימינו, שבה המדינה מעורבת בתחומי עשייה רבים שהיו שמורים בעבר ליזמה פרטית, יש, במרבית המקרים, רק דרך אחת לשמור על ניטרליות ממשלתית מהותית. מדינת רווחה המבקשת להימנע מעידוד או מהחלשה של אמונה דתית או של היעדרה, מדינה המבקשת להשאיר את השאלה הדתית, ככל האפשר, לשיקול דעתו של הפרט, תהיה חייבת, במרבית המקרים, לכלול דת בין מגוון הפעילויות שהיא מסבסדת. הצגה נכונה של משוואת הניטרליות במדינת הרווחה המודרנית מחייבת לדעתנו זיהוי של 'היעדר תמיכה' עם 'החלשה' ולפיכך ניטרליות מהותית תחייב 'תמיכה'.

ניטרליות בין מי למי?

התביעה לניטרליות יכולה להיות מופנית בשני מישורים שונים. ניתן לדבר על ניטרליות בין דת ובין תפיסות טוב מתחרות, א־דתיות או אפילו אנטי־דתיות, אך ניתן גם לדבר על ניטרליות בין קבוצות דתיות מתחרות. ניקח לדוגמה את נתוני פרשת התנועה המסורתית שגדונה לפני מספר שנים בבית המשפט העליון.⁴⁰ טענת העותרים בפרשה זו, טענה שקיבל בית המשפט, הייתה שהקריטריונים שגיבש משרד הדתות לתמיכה בשיעורי תורה נוסחו באופן שהוביל להפליית לרעה של התנועה המסורתית לעומת ארגונים אורתודוקסיים. בפרשה זו גדונה אפוא טענה לחריגה מניטרליות מן הסוג השני, כלומר העדפתו של זרם דתי אחד על פני זרמים דתיים אחרים. אולם ניתן היה לדמיין גם עתירה נגד העדפת דת על פני פעילויות אחרות, אם, למשל, הייתה המדינה מסבסדת שיעורי תורה אך מסרבת להעניק סבסוד דומה לשיעורי העשרה אחרים, נאמר בתחום המוזיקה והאמנות. מה מבין אלו נובע מאימוצו של איסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית? הפליה בין דת ובין תפיסות טוב אחרות, הפליה בין תפיסות דתיות שונות, או שני סוגי ההפליה?

בדברינו לעיל ציינו כי איסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית (המהותית) מטיל על המדינה חובה להקטין ככל שניתן את השפעתה בתחום הדת, במובן של עידוד או החלשה של אמונה ופעילות דתית. ניסוח זה של העיקרון מטיל לכאורה על המדינה חובת ניטרליות בשני המישורים – הן בין דת לתפיסות אחרות והן בין תפיסות דתיות שונות. אולם יש

38. McConnell (לעיל, הערה 28), בעמ' 132.

39. Aharon Lichtenstein, "Religion and State: The Case for Interaction", 15 *Judaism* 387, p. 396 (American Jewish Congress, 1966).

40. בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (להלן: בג"ץ התנועה המסורתית).

המסייגים את התביעה לניטרליות רק למישור היחסים בין זרמים דתיים שונים. זו, למשל, הייתה דעתם של כמה משופטי בית המשפט העליון האמריקני. כך, למשל, קבע נשיא בית המשפט העליון האמריקני, השופט Rehnquist, כי איסור המיסוד המופיע בחוקה האמריקנית אינו מהייב "government neutrality between religion and irreligion". לדעתו, החוקה האמריקנית אוסרת רק "establishment of a national religion, and preference among religious sects or denominations"⁴¹. דעה דומה השמיעו גם השופטים Thomas ו-Saclia⁴².

בשלב זה של הדיון עדיין איננו יכולים להעריך את שתי העמדות בשאלת היקפה של הדרישה לניטרליות, כל שכן להכריע ביניהן. למשימה זו נוכל לגשת רק לאחר שנדון בטעמים השונים שניתן להציע לאיסור מיסוד הדת. די לנו כעת שנצביע על כך שאיסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית כולל למעשה לפחות שתי פרשנויות לעיקרון, שכל אחת מהן צריכה להישקל בנפרד.

3. איסור מיסוד הדת במחייב הפרדה נוקשה

גרסה שלישית לעקרון איסור מיסוד הדת מחייבת הפרטה מוחלטת של הדת תוך יצירת חומת הפרדה⁴³ בין הדת למדינה. אימוץ עמדה זאת יחייב את המדינה, למשל, להימנע לחלוטין מלהציג סמלים דתיים ברשות הרבים, גם במקרים שאינם עולים כדי תמיכה מעדיפה.⁴⁴ לפי גישה זאת תהיה המדינה מנועה מלהעניק תמיכה כספית או שוות כסף למוסדות דת ופעילויות דתיות, גם אם הקריטריונים להענקת התמיכה ניטרליים במובן זה שאינם נובעים או מובילים להעדפתה של הדת על פני פעילויות והתאגדויות לא-דתיות.⁴⁵ איסור מיסוד הדת על פי גרסה זאת מתואר לעתים כדרישה ליצירת "סדר ציבורי חילוני".⁴⁶

⁴¹ Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38, 105 S. Ct. 2479 (1985), p. 113 (Rehnquist J., dissenting).

⁴² Rosenberger v. Rector & Visitors of the University of Virginia 515 U.S. 819, 115 S. Ct. 2510 (1995), p. 855 (Thomas J., concurring); Edwards v. Aguillard 482 U.S. 578, 107 S. Ct. 2573 (1987), p. 639 (Scalia J., dissenting).
בהקשר האמריקני, ראו גם: Robert L. Cord, *Separation of Church and State: Historical Fact and Current Fiction* (Lambeth Press, 1982).

⁴³ הביטוי "חומת הפרדה", שאול מפסק דינו של השופט Black בפרשת *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1, 67 S. Ct. 504 (1947), p. 16. חוזר למעשה על דבריו של תומס ג'פרסון שלפיהם תוקן התיקון הראשון לחוקה האמריקנית (Letter from Thomas Jefferson to the Baptists of Danbury, Connecticut (Jan. 1, 1802)), "building a wall of separation between church and State", *Writings* (Merrill D. Peterson — ed., Literary Classics of the U.S., 1984) 510.

⁴⁴ ראו, למשל: Sullivan (לעיל, הערה 11), בעמ' 207.

⁴⁵ ראו, למשל: Ira C. Lupu, "To Control Faction and Protect Liberty: A General Theory of the Religion Clauses", 7 *Journal of Contemporary Legal Issues* (1996) 357, p. 362.

4. איסור מיסוד הדת כמחייב הפרדה מוסרית

תוך הסתכנות בפשטנות יתר, נדמה שניתן לדרג את שלוש הפרשנויות לאיסור מיסוד הדת שהוצגו עד כה, על פי מידת התמיכה הממשלתית בדת שכל אחת מהן תאסור. המחלוקת בין העמדות השונות נסבה סביב השאלה אם יש לחייב את המדינה להימנע מכפייה בלבד, כפי שמתבקש מקריאתו של איסור מיסוד הדת כאיסור כפייה, להימנע אפילו מתמיכה מפלה (באחד משני המישורים או בשניהם), כפי שדורשת גרסת הגיטוריות לאיסור מיסוד הדת, או שמא יש לאסור אפילו גילויי הכרה מינימליים מצד המדינה כלפי הדת, כדרישת גרסת ההפרדה הנוקשה לאיסור מיסוד הדת.⁴⁷ לעומת שלוש גישות אלו, את הגישה הרביעית לעקרון איסור מיסוד הדת לא ניתן למקם בבירור על הסקלה שציירנו, אשר מודדת את מידת התמיכה שלמדינה מותר להעניק לדת: תמיכה מעדיפה כל עוד אינה כרוכה בכפייה, תמיכה שוויונית, או איסור מוחלט על תמיכה כלשהי. הפרשנות הרביעית לאיסור מיסוד הדת מוזה "מיסוד" עם "חיבור ממסדי", ואוסרת על המדינה להפוך את הדת ומוסדותיה

("The state may help museums display artifacts, and hospitals deliver health care, but may not help religious organizations minister to souls, even if the ministry is commingled with activity of secular value") יצוין ש-Lupu עצמו אינו תומך בגישה זאת אלא רק מציג אותה כאחת משתי דרכים אפשריות לפירוש עקרון איסור המיסוד בחוקה האמריקנית.

46. צרפת יכולה לשמש דוגמה טובה למערכת המקפידה על הפרדה נוקשה. לתיאור והערכה של הגישה הצרפתית ליחסי דת ומדינה ראו, למשל: Michel Troper, "French Secularism, or Laïcité", 21 *Cardozo Law Rev.* (1999-2000) 1267. בצרפתי בחוקיות האיסור ללבוש רעלות במערכת החינוך הציבורית. בית המשפט קבע כי לבישת סמלים דתיים מוגנת על ידי חופש הדת, אולם חופש זה אינו מעניק זכות להצגה פרובוקטיבית של סמלים העלולה לפגוע בכבוד ובחירות של תלמידים אחרים, לשבש את סדרי בית הספר ולפגוע בתהליך החינוכי. ראו, לענין זה: Thomas Giegerich, "Freedom of Religion as a Source of Claims to Equality and Problems for Equality", 34 *Israel L. Rev.* (2000) 211, p. 248. בעת האחרונה, הממשל הצרפתי אף מגביר את המאמץ לשמור על הפרדה מוחלטת, כאמצעי להתגבר על המתחים הפנימיים הביניים ובין-גזעיים המתעוררים במדינה. במסגרת זאת נחקק חוק שאוסר שימוש בסממנים דתיים בולטים בבתי ספר ציבוריים. ראו ספי הנדלר, "צרפת הצביעה נגד הרעלה והכיפה", *מעריב* (11.2.04) 21; שירות "הארץ", "הפרלמנט הצרפתי אישר ברוב מוחץ: כיסוי הראש יאסר בבתי-ס", *הארץ* (11.2.2004) 1, א6. סוגיה דומה נדונה גם בישראל, בעתירה שהוגשה נגד סירובו של בית ספר פרטי קתולי לאפשר לתלמידות לכסות את ראשן במטפחת. ראו בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח(5) 199, בעמ' 203. בית המשפט העליון דחה את העתירה בשל העובדה שמדובר בבית ספר פרטי, אך קבע שהיה מקבלה אילו היה מדובר בבית ספר ממלכתי ("אילו ביקשה העותרת לכסות את ראשה במטפחת, כמצוות דתה, בבית-ספר רשמי, מן הראוי היה להכיר בזכותה זו... כללים ברבר אחידות הלבוש אין בכוחם לגבור על חופש הדת של התלמיד. חופש דת או אחידות הלבוש - חופש דת עדיף").

לחלק מן המערכת השלטונית. על פי פרשנות זו, מותר למדינה לספק תמיכה לדת, אולם תמיכה זו אסור לה להיות כרוכה בהכללת הממסד הדתי באדמיניסטרציה הממשלתית. ודוק, באמרנו שגישה זו נבדלת מקודמותיה, אין כוונתנו לטעון להיעדרו המוחלט של קנה מידה להשוואה בין הראשונות לאחרונה. את החיבור הממסדי ניתן בהחלט לתאר כשיטה לתמיכה בדת וככזה לבחנו לאור מידת התמיכה המותרת, אם בכלל, על ידי כל אחת משלוש הגישות האחרות. ואולם ההכדל החשוב בין גישה זאת לקודמותיה נעוץ בעובדה שזאת האחרונה תאסור חיבור ממסדי בין הדת למדינה אף אם מידת התמיכה הכרוכה בחיבור זה לא הייתה נחשבת לאסורה על פי מי משלוש הגישות האחרות.⁴⁷ הדברים נכונים גם בכיוון ההפוך: על פי גישה זאת, האוסרת חיבור מוסדי בין הדת למדינה, אף אם פעילות ממשלתית כלשהי תיחשב לתמיכה מופרזת ואסורה בדת על פי מי משלוש הגישות האחרות, לא יהיה בעובדה זו בפני עצמה כדי לאסור פעילות זאת, בהיעדר ממצאים נוספים שיצירו על קיומה של התקשרות ממסדית מסוכנת בין הדת לממשל.⁴⁸

47. לתאור כזה של המחלוקת ראו: Sullivan (לעיל, הערה 11), בעמ' 202. יצוין שההכרעה בין פרשנויות אלה לא תסיים בהכרח את המחלוקת המשפטיות בעניין הפעילות הממשלתית המותרת, משום שעדיין תיתכן מחלוקת בשאלת משמעותן של פעילויות ממשלתיות שעל הפרק. למשל, בנוגע לסוגיית הצבתם של סמלים דתיים בשטח ציבורי. גם אם יוחלט על אימוץ עמדה ניטרלית, יש שיראו בהצבת סמלים דתיים בשטח ציבורי פעילות שיש בה משום הפגנת תמיכה בדת, בניגוד לחובת הניטרליות, בעוד אחרים עשויים לסבור שהפעולה אמנם מבטאת הכרה בדת אך אין בה משום חריגה מן הדרישה לניטרליות. הוא הדין באשר לנסיבות הראויות להיחשב ככפייה. למשל, כפי שצינו לעיל, השופט הקנדי סבר כי הכללתה של תפילה בטקס סיום מהווה כפייה. ארבעת שופטי המיעוט בפסק הדין, השופטים Rehnquist, Scalia, White, Thomas הסכימו אתו שאיסור מיסוד הדת ראוי להתפרש כאיסור כפייה, אך סברו שבנסיבות המקרה לא הייתה כפייה. *Lee v. Weisman*, לעיל הערה 29.
48. עם זאת נדמה שקיימת חפיפה מסוימת, כמעט הכרחית, בין דרישותיה של פרשנות זו ובין תביעותיהן של חלק מן הפרשנויות האחרות. נדמה שפעילות הנוגדת את האיסור לחבר חיבור ממסדי תעמוד בסתירה לפרשנות הנוקשה לאיסור מיסוד הדת וברוב המקרים, גם לפרשנות הניטרלית. לעומת זאת, נראה כי כל עוד לא יהיה החיבור המוסדי כרוך בהענקת סמכויות כפייה למוסדות הדת, לא יהיה בו משום סתירה לפרשנות האוסרת כפייה.
49. לעמדה כזאת, המבקשת לבסס טענה ולפיה זו הייתה גם הכוונה המקורית של מגנסי החוקה האמריקנית בהכלילם את איסור מיסוד הדת במסגרת התיקון הראשון, 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, p. 972. זו גם הייתה בפועל הפרשנות המקובלת לעיקרון, והפרקטיקה הנוהגת בארצות הברית עד אמצע המאה העשרים. ראו: Hall (לעיל, הערה 14), בעמ' 718. ("Nineteen-century Americans understood the Constitution to require separation of church and state only at the institutional level")

ג. הקשר בין איסור מיסוד הדת ובין חופש הדת והחופש מדת

כאמור, במאמר זה אני מתכוון לבחון אם יש מקום במדינת ישראל, או בכל מדינה מערבית אחרת, לכלול בין העקרונות החוקתיים גם את עקרון איסור מיסוד הדת, ואם כן, מהם הטעמים המצדיקים הכללתו ומהי המשמעות המדויקת שיש לתת לו. ואולם בטרם ניגש לבחון שאלה זאת, עלינו להשיב על טענה אפשרית ולפיה אין כל צורך להכליל את העיקרון במסגרת החוקה, לפחות במובן אחד שלו, לא משום שהוא אינו ניתן להצדקה אלא משום שהמגבלות שהוא עשוי להציב לפעילות המדינה כבר ראויות להכלל ממילא בחוקה במסגרת שני העקרונות החוקתיים הייחודיים האחרים, הלא הם חופש הדת והחופש מדת. הטענה, ביתר פירוט, היא שהגנה על חופש הדת והחופש מדת מחייבת את המדינה, לכל הפחות, לשמור על ניטרליות בגישתה כלפי הדת. אם הטענה נכונה, הדבר מצמצם מראש את מסגרת הדיון האפשרי באיסור מיסוד הדת. כפי שהוסבר בפרק הקודם, איסור מיסוד הדת יכול להתפרש כמטיל על המדינה חובה להפריד עצמה הפרדה נוקשה מן הדת, תביעה מרחיקת לכת יותר מן התביעה לניטרליות. איסור מיסוד הדת עשוי גם להתפרש כמגביל לא את היקף התמיכה בדת אלא את צורתה ואוסר חיבור מוסדי בין המדינה לדת. קיומן של שתי אפשרויות פרשניות אלה מעניק, לפחות בשלב זה, פוטנציאל של קיום עצמאי לעקרון איסור מיסוד הדת. עם זאת, אם אכן חופש הדת והחופש מדת מחייבים ניטרליות, הדבר מייתר את הצורך לבחון את ההצדקות האפשריות לאיסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית. השאלה שנבקש לבחון בפרק זה תהיה אפוא אם חופש הדת והחופש מדת מחייבים את המדינה לשמור על ניטרליות בתחום הדת.

בפתח המאמר ציינו כי קיים מתח מסוים בין חופש הדת לחופש מדת, שכן הזכות לחופש דת מעניקה לכאורה לדת הגנה מיוחדת, מלבד ההגנות הרגילות שכל קבוצה או כל פעילות אנושית זכאיות להן, ואילו הזכות לחופש מדת מטילה לכאורה הגבלה על מה שניתן להעניק לדת. אולם אם נתמקד לא בדת לעומת אופציות אחרות אלא במערכת היחסים הפנימית בין הדתות השונות ייתכן ששני העקרונות פועלים באותה מגמה. בעוד העדפה של דת לעומת אופציות אחרות עשויה לנגוד את עקרון החופש מדת, העדפה של דת או זרם דתי מסוים על פני דתות וזרמים אחרים עשויה לפגוע בחופש הדת של בני אותם זרמים. לנקודה זאת חשיבות רבה לנושא דיוננו בפרק זה, שכן ממנה עולה שהתביעה לניטרליות עשויה להסתמך לא רק על החופש מדת אלא גם על חופש הדת. נפתח אפוא בחופש הדת ואחר כך נעבור לחופש מדת.

בין האוחזים בדעה שכל סטייה מניטרליות בתחום הדת לטובת דת או זרם דתי כלשהו כרוכה בפגיעה בחופש הדת של בני דתות וזרמים אחרים ניתן למנות, ככל הנראה, את השופט יצחק זמיר, בפרשת התנועה המסורתית.⁵⁰ טענת העותרים בפרשה זו, שנתקבלה על ידי בית המשפט, הייתה שהקריטריונים, שגיבש משרד הדתות לתמיכה בשיעורי תורה, נוסחו באופן שהוביל להפליית הרעה של התנועה המסורתית לעומת ארגונים

50. בג"ץ התנועה המסורתית (לעיל, הערה 40 והסקט שלידה).

אורתודוקסיים. 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 שבהר לעצמו",⁵¹ ומכאן שאין לשר הדתות זכות להפלות לרעה את התנועה המסורתית בחלוקת התקציב.

לדעתי, החיבור שיוצר זמיר בין חופש הדת ובין התביעה לשמירה על ניטרליות בשאלות דת (שוויון וניטרליות הם במידה רבה מושגים מתחלפים בשיח הזכויות הליברלי) איננו מוצדק. לצורך בירור הטענה עלינו לבחון בעיון את הרציונלים שבבסיס הזכויות לחופש הדת ולחופש מדת, ומהם לגזור את היקפן הראוי של הזכויות. במקום אחר אני דן בהרחבה, בצוותא עם דני סטטמן, בהצדקות להיריונות אלו ובשאלת היקפן.⁵² הדיון כאן יתבסס במידה רבה על הניתוח שנערך באותו מאמר, אך לא יהייב היכרות איתו.

במאמרנו, אנו מעמידים את חופש הדת על שני רציונלים, חופש המצפון והזכות לתרבות. הרציונל המוכר והמקובל יותר לחופש הדת מבין השניים הוא חופש המצפון. כפייה על אדם לפעול בניגוד לאמונתו הדתית היא כפייה עליו לפעול בניגוד למצפונו ובניגוד לערכים שמכוננים חלק מרכזי מעולמו.⁵³ הזיקה בין חופש המצפון לחופש הדת נתפסת כה הדוקה, עד שלעתים מתייחסים אליהם כמושג אחד, "חירות המצפון והדת".⁵⁴

כיצד פוגעים במצפונו של אדם? לכאורה, התשובה פשוטה: כאשר כופים עליו לפעול בניגוד לעקרונותיו העמוקים, כפי שזה עתה הוסבר. ברם, כאן, כמו במקרים רבים אחרים, המושג "כפייה" אין פירושו כפייה פיזית ממשית, אלא גביית מחיר כבד בגין התנהגות (או הימנעות) מסוימת. כפייה על אדם להשתתף במלחמה הנוגדת את צו מצפונו היא גביית

51. שם, בעמ' 374, פסקה 27 לפסק דינו של השופט זמיר.

52. סטטמן וספיר (לעיל, הערה 11).

53. השוו דברי 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 Ltd.* [1985] 1 S. C. R. 295. ובאותה רוח השוו גם דברי 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 (Vic.)* [1983] 49 A. L. R. 65, pp. 68-9.

54. "חירות המצפון והדת היא אחת מחירויות הפרט הראשוניות והידועות". ראו חמן פ. שלח, "על חירות המצפון וחירות הלב", *זכויות אזרח בישראל – קובץ מאמרים לזכרו של חיים כהן* (רות גביון – עורכת, האגודה לזכויות האזרח, תשמ"ב) 85. עיון בפסיקה של בית המשפט העליון מלמד שברוב הגדול של המקרים חופש המצפון נקשר לחופש הדת (או לחופש מדת). יוצאים מהכלל עניינים שבהם נקשר חופש המצפון לשאלת הפטור משירות צבאי. ראו, למשל, בג"ץ 734/83 שיין נ' שר הבטחון, פ"ד לח(3) 393 (סירוב לשרת בלבנון); בג"ץ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו(1) 726 (סירוב לשרת בשטחים המוחזקים).

מחיר של (נניח) מאה יום בכלא בגין סירוב להשתתף בה, מחיר שבגללו אנשים מסוימים עשויים לפעול בניגוד למצפונם ולהתגייס למלחמה בעוד אחרים עשויים לשלם את המחיר. על הראשונים נוכל לומר שהמדינה הצליחה לכפות עליהם לפעול בניגוד למצפונם, ואילו על האחרונים נצטרך לומר שהמדינה ניסתה לכפות זאת עליהם, ובכך לא כיבדה את מצפונם אף שנכשלה בהשגת מטרתה. המחיר שבאמצעותו כופים עשוי להיות סנקציה, כגון כלא ("אם לא תתגייס, תיכלא למאה יום"), וגם שלילת הטבה ("אם לא תתגייס, תישלל ממך הטבת מס מסוימת"). גם כאן נוכל לומר, כי מי שלא עמד בפיתוי ההטבה נכפה לפעול בניגוד לצו מצפונם, ואילו מי שהצליח לעמוד בפיתוי, לא זכה שהמדינה תכבד את מצפונם. בכלל, כפייה היא עניין של דרגה, וכך גם כפייה מצפונית: ככל שמחיר הדבקות בעקרונות האישיים – במונחי סנקציה או במונחי פיתוי – גבוה יותר, כך מעמיקה הפגיעה בחופש המצפון. ככל שהמחיר נמוך יותר, כך מצטמצמת הפגיעה, עד אשר הטענה בדבר כפייה מצפונית נשמעת מלאכותית, שהרי בסופו של דבר לא ניתן לדבוק בעקרונות בלא לצפות לשלם מחיר בלשהו על דבקות זו.⁵⁵

האמור לעיל מאפשר לנו להבהיר את ההבחנה בין איסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית ובין חופש הדת כנגזרת של חופש המצפון. לפי הפרשנות המרחיבה שהצענו כעת, כפייה הפוגעת בחופש הדת איננה כוללת רק כפייה פיזית ממשית אלא גם הצבת תג מחיר יקר בגין התנהגות מסוימת, או לחילופין מתן תמריץ חזק לאימוצה. אולם גם לפי פרשנות מרחיבה זו, חופש הדת איננו אוסר להלוטין הבחנה בין דת ובין פעילויות חילוניות מקבילות, או בין דתות ובין זרמים דתיים שונים, או במילים אחרות הוא איננו דורש מן המדינה ניטרליות גמורה בשאלות של דת. איסור מיסוד הדת במונחו כתביעה לניטרליות מציב אפוא למדינה תביעה מרחיקת לכת יותר מזו שמציב לה עקרון חופש הדת במונחו כחופש המצפון.

הפער בין התביעה הגלומה בחופש הדת במונחו כחופש המצפון ובין התביעה לניטרליות הגלומה, לפחות כאפשרות, בעקרון איסור מיסוד הדת, מתבטא לא רק בעצמת ההעדרה האסורה לפי כל אחד מן העקרונות. קיים הבדל גם בתחומי החלות של המגבלה שמציב כל אחד מהם. חופש הדת במונחו כחופש המצפון אוסר על המדינה לכפות (כשכפייה יכולה להתפרש במונח רחב) על האדם הדתי לנהוג בניגוד למצוות דתו. האיסור הוא לחייב אדם לעשות מה שעל פי דתו אסור לו לעשות או למנוע ממנו לעשות מה שדתו מצווה עליו לעשות. שני האיסורים הללו מספקים 'הגנה' חלקית מאוד על אורח החיים הדתי מפני מעורבות מצד המדינה. הבה נניח שהמדינה מתליטה לספק חינוך חינוך לאורחיה, לרבות אלה הלומדים במסגרות פרטיות, ולמעט אלה הלומדים במוסדות חינוך דתיים. החלטה

55. סטטמן וספיר (לעיל, הערה 11), בעמ' 14. אלה, כמובן, הערות חלקיות ובלתי מספקות על המושג "כפייה", שיש עליו ספרות פילוסופית ענפה. ראו, למשל, ספרו של: Alan Wertheimer, *Coercion* (Princeton University Press, 1989). וכן, מהעת האחרונה: Denis G. Arnold, "Coercion and Moral Responsibility", 38 *Am. Phil. Q.* (2001) 53; Grant Lamond, "Coercion and the Nature of Law", 7 *Legal Theory* (2001) 35.

כזאת היא בלא ספק בלתי ניטרלית, אך קשה לראות באיזה מובן היא פוגעת בחופש המצפון של התלמידים הדתיים או של הוריהם.

נסכם: חופש הדת במובנו כחופש המצפון אינו מטיל על המדינה חובה לשמור על ניטרליות בענייני דת. הוא איננו מחייב ניטרליות – אלא מטיל לכל היותר איסור הפליה בוטה של הדת לרעה והחובה שהוא מטיל אינה נוגעת לכל עניין שדת מעורבת בו, אלא רק למקרים שבהם ההעדפה כרוכה בכפיית האדם הדתי לנהוג בניגוד למצוות דתו. לאיסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית יש אפוא קיום ותחולה מעבר לחופש הדת במובנו כחופש המצפון.

מסקנה דומה עולה לדעתנו גם לאחר בחינת הבסיס השני לחופש הדת, הלא הוא הזכות לתרבות. כפי שהסברתי במקום אחר,⁵⁶ הדת היא דוגמה מובהקת לתרבות מקיפה (all encompassing culture), שלהגנתה חשיבות רבה עבור חברי התרבות. בהסבר חשיבותה של תרבות ניתן למצוא בספרות שני כיוונים: האחד מניח שתרבות נחוצה כדי לממש חיים אוטונומיים ובעלי משמעות,⁵⁷ והאחר, שהתרבות נחוצה כביטוי לזהותו של היחיד.⁵⁸ כך או אחרת, הדת זקוקה להגנה מיוחדת, במסגרת הזכות לתרבות, בשל המעמד השולי, ולפיכך המאויים, של הדתות במדינות הליברליות. כפי שהסברתי שם, את חופש הדת יש להבין "כמכשיר שתכליתו הבטחת הישרדותן של תרבויות מיעוט שהפסידו בשדה הקרב הדמוקרטי המבוסס על הכרעת הרוב".⁵⁹ מובן שסירוב להיענות לבקשותיהם של בני קבוצות דתיות להתחשבות והעדפה מסוגים שונים אינו גורר באחת כליה על תרבותם, אבל לטווח ארוך הוא מקשה עליה להתפתח ולשגשג.

לעיל ציינתי כי היקפה של ההגנה על הדת במסגרת חופש הדת במובנו כחופש המצפון מצומצם מן התיבעה הגלומה באיסור מיסוד הדת כניטרליות. לכאורה, כשמתבוננים בחופש הדת כמשקפי הזכות לתרבות, הפער נסגר, שכן, כפי שמיד אסביר, הזכות לתרבות מחייבת את המדינה להגן על האינטרס הדתי גם במקרים שבהם לא עומדים על הפרק איסור או חובה שיש לקיים. אולם בד בבד נוצר פער בין שני העקרונות, הפעם בכיוון ההפוך, שכן חופש הדת במובנו כזכות לתרבות עשוי לא רק לאפשר אלא אפילו לחייב את המדינה לפעול באופן בלתי ניטרלי ולהעדיף את הדת, דבר שאיסור מיסוד הדת כניטרליות שולל מכול וכול. אבהיר.

56. Gidon Sapi, "Religion and State – A Fresh Theoretical Start", 75 Notre Dame L. Rev. 579 (1999).

57. Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture* (Clarendon Press, 1989).

58. ראו, למשל, אבישי מרגלית ומשה הלברטל, "ליברליזם והזכות לתרבות", *רב-תרבותיות במדינת דמוקרטית ויהודית* – ספר חזיון לזכרו של אריאל רוזן-צבי ז"ל, (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר – עורכים, רמות, תשנ"ח) 93.

59. גדעון ספיר, "גיוס בחורי ישיבות לצה"ל: הצעת מתווה לשיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים", *פלילים ט (תשס"א)* 217, בעמ' 238. השוו מרגלית והלברטל (לעיל, הערה 58), בעמ' 104: "אילו היה עניין זה [עיצוב המרחב הציבורי של המדינה – ג"ש] מסור לכותות-השוק, הייתה תרבות הרוב משתלטת עד מהרה על כל המרחב הציבורי".

במאמרנו בעניין חופש הדת והחופש מדת הסברנו כי "ההיקף של מה שנדרש בשל ההגנה על התרבות רחב ממה שנדרש בשם ההגנה על המצפון. תרבות היא תופעה רחבה ורב־ת־פנים, ופעולות שונות של המדינה או של גופים פרטיים עלולים לכרסם בה או לערער אותה. אם תרבות המיעוט זקוקה להגנה מפני ההגמוניה של תרבות הרוב, הרי שיש מקום להרבה יותר הגבלות על הרוב, ופטורים למיעוט, מאשר אלה הנדרשות מהרצון להגן מפני פגיעה במצפונם של יחידים. למשל, קשה להציג אי־תמיכה במוסדות חינוך דתיים (מעבר לתמיכה הרגילה שמעניקה המדינה לכל בתי הספר) כפגיעה במצפונם של הדתיים (כולם? מנהלי בתי הספר? התלמידים?), אך לכאורה ניתן להציג אותה כפגיעה בזכות לתרבות, שכן בלא מערכת חינוך חזקה במיוחד יקשה על המיעוט להתחרות בתרבות הרוב בעיצוב פני הדור הבא.⁶⁰ הכרה בזכות לתרבות של קבוצות דתיות מאפשרת להם לדרוש מהמדינה סוגים שונים של תמיכה, או אפליה מתקנת, הכול כדי לאפשר להן להתפתח ולשגשג בעולם חילוני."⁶¹

חופש הדת במובנו כזכות לתרבות רחב יותר בהיקפו מחופש הדת במובנו כחופש המצפון. העניין הוא שמנקודת המבט של התביעה לניטרליות הוא רחב מדי. הזכות לתרבות לא רק שאיננה מחייבת ניטרליות, אלא לעתים היא מחייבת סטייה מניטרליות לטובת תרבות המיעוט הנתונה בסכנה. אם קבוצת המיעוט היא קבוצה דתית, פירושו של דבר שהמדינה עשויה להידרש לא רק להימנע מהפליית לרעה, אלא אפילו להעדיפה על פני קבוצות תרבות אחרות. הדברים נכונים גם בכיוון ההפוך. לו יצויר מצב שבו דווקא הדת נתונה במצב של דומיננטיות ייתכן שהמדינה תידרש להעדיף קבוצות תרבות לא דתיות על פני קבוצות דתיות. הזכות לתרבות, בין שהיא מגויסת להגנת הדת ובין שהיא מגויסת להגנתם של מיעוטים לא דתיים, עשויה אפוא לחייב את המדינה להעדיף אופציה מתחרה בהקשר הדתי.

נסכם. בניגוד לעמדה שביטא השופט זמיר בפרשת התנועה המסורתית, נראה כי יש להבחין בין עקרון איסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית ובין עקרון חופש הדת לפי שני הרציונלים שבבסיסו. חופש הדת במובנו כחופש המצפון אינו שולל כל העדפה אלא רק הפליה קשה שמציבה תג מחיר בעייתי בגין הבחירה הדתית, וגם אז רק בעניינים שבהם על הפרק עומדים איסור או חובה דתית. חופש הדת במובנו כזכות לתרבות לא רק שאינו אוסר העדפה אלא לעתים אפילו מחייבה. כיבודו של חופש הדת אינו מחייב אפוא את אימוצו של איסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית.⁶² להפך, כפי שהסברנו, לעתים שני העקרונות

60. ניסיון מועיל למפות ולהגדיר את הטענות והצידוקים השונים המועלים בסוגיית הזכות לתרבות נמצא אצל Jacob T. Levy, המתאר שמונה דרכים עקרוניות לכיבוד של הזכות לתרבות בידי המדינה. ראו: Jacob T. Levy, "Classifying Cultural Rights," *Nomos XXXIX* (eds., New York University Press, 1997) 22. השנייה מבין שמונה הדרכים היא: "Assistance to do those things the majority can do unassisted" (ההדגשה במקור – ג"ש). שם, בעמ' 25.

61. סטטמן וספיר (לעיל, הערה 11), בעמ' 15-20.

62. מדינות רבות באירופה כוללות את הזכות לחופש דת בחוקותיהן לצד ביסוס מעמדה של דת

עלולים להיות במסלול התנגשות. ואולם אם נחזור לרגע לדוגמה שבה פתחנו, פרשת התנועה המסורתית, נציין שאף שלפי הסברנו השופט ומיר אינו צודק בטענתו שהופש הדת אוסר על המדינה להעדיף זרם אחד מחברו, בכל זאת ייתכן שלחברי התנועה המסורתית עמדה באותה פרשה טענת חופש הדת, אך זאת מטעם אחר. אפשר שבאותה פרשה נפגע חופש הדת של חברי התנועה המסורתית, אך זאת לא בשל כך שהופלו לרעה לעומת הזרם האורתודוקסי, אלא בשל העובדה שלפחות במדינת ישראל מהווה התנועה המסורתית קבוצת מיעוט תרבותית ולכן עומדת לחבריה הזכות לתרבות, שלמצער מחייבת שלא יופלו לרעה וייתכן שמצדיקה אפילו את העדפתם לטובה.

עד כאן באשר להבדל, ואולי אף למתח, בין חופש הדת ובין התביעה לניטרליות. כעת נעבור לבחון מה בין התביעה לניטרליות ובין החופש מדת. האם חופש זה איננו מטיל על המדינה חובה לשמור על ניטרליות בענייני דת? התשובה לדעתי היא שלילית, גם כאן. במאמרנו בעניין חופש הדת והחופש מדת אנו טוענים, בעקבות דפנה ברק-ארו ורון שפירא,⁶³ כנגד טענת הסימטריה בתחום הזכויות בכלל ובמערכת היחסים שבין חופש הדת לחופש מדת בפרט. אנו מסבירים כי הזכות ל-X אינה גוררת בהכרח זכות ללא-X ומכאן שגם הזכות לחופש מדת אינה יכולה להסתמך על הזכות לחופש הדת ועליה להיות מוצדקת בהצדקה נפרדת. מבין שני הרציונלים שעליהם ביססנו את חופש הדת אנחנו שוללים על הסף את הרלוונטיות של הזכות לתרבות, שכן הזכות לתרבות ניתנת רק למיעוטים ולא לתרבות הרוב, משום שזו האחרונה אינה זקוקה להעדפה מיוחדת כדי להתפתח וכדי להנחיל את תכניה לדור הבא.⁶⁴ וכאן יש להדגיש: הכוונה אינה שלתרבות הרוב אין, באופן כללי, אינטרסים שעלולים להיפגע לעתים גם על ידי תרבות המיעוט. הנקודה היא שאינטרסים אלה אינם זקוקים להגנה מיוחדת כמו אלה של תרבות המיעוט.⁶⁵ החופש

מסוימת כדת המדינה (State Church). לו היה חופש הדת אוסר כל ביטוי של העדפה, היו חוקותיהן של אותן מדינות והפרקטיקה הגוהגת בהן בלתי קוהרנטיות בעליל. לעמדה הזאת ראו: Carolyn Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 2001), 84. ("[I]f all religions had to be given the same privileges as the State Church, the whole notion of a State Church would be undermined") לדעת המחברת, זהו הרציונל שעומד ביסוד סירובה של ה-Commission of Human Rights לקבל תלונות נגד מעמדן המועדף של כנסיות מסוימות בטענה שהענקת המעמד המועדף פוגעת בחופש הדת של המתלונן. שם, בעמ' 80-84.

⁶³ Daphna Barak-Erez, Ron Shapira, "The Delusion of Symmetric Rights", 19 *Oxford J. of Legal Stud.* (1999), 297.

⁶⁴ בלשונם של הלברטל ומרגלית, המשקפים את העמדה המקובלת בעניין זה: "המדינה אמורה להיות ניטרלית כלפי תרבות הרוב" שהרי תרבות זו יכולה "מעצם מהותה – לקיים סביבה פחות או יותר הומוגנית אפילו מבלי ליהנות מזכויות מיוחדות". מרגלית והלברטל (לעיל, הערה 58), בעמ' 103.

⁶⁵ חברים מקבוצת המיעוט מהווים לעתים רוב באזור גיאוגרפי נתון, ולכן באיזור זה דווקא בני קבוצת הרוב עשויים לזכות בהגנה תרבותית. נחשבו, למשל, על החרדים בבני ברק,

מדת יכול להיות אפוא מבוסס רק על חופש המצפון. אבל גם כאן, כמו בעניין חופש הדת במובנו כחופש המצפון, מסגרת הזכות מצומצמת למדי בהיקפה.⁶⁶ היא איננה אוסרת כל העדפה, אפילו הקלה ביותר, והיא נוגעת רק למקרים שבהם מחייבים אדם חילוני להשתתף בריטואל דתי אך לא למקרים אחרים שבהם המדינה מעדיפה דת, כגון במקרים שבהם חקיקה כלשהי מבוססת על רציונל דתי. יוצא שגם החופש מדת איננו מחייב את המדינה לניטרליות כלפי הדת.

לסיכום, התביעה לניטרליות מצד המדינה בעניינים הקשורים לדת איננה מתבקשת מן הצורך לכבד את חופש הדת או החופש מדת. מי שמבקש להטיל על המדינה חובת ניטרליות יצטרך אפוא לבסס את עמדתו על טעמים אחרים. בפרק הבא, שבו נבחן את הצידוק לעקרון איסור מיסוד הדת, על גרסאותיו השונות, נציג ונבחן גם כמה טעמים כאלו.

ד. מדוע לאסור מיסוד?

1. מסגרת הדיון

כאמור, את עקרון איסור מיסוד הדת ניתן לפרש בארבע דרכים שונות, שאותן כינינו הפרדה נוקשה, ניטרליות, איסור כפייה והפרדה מוסדית. בפרק זה נעסוק בהערכת ארבע פרשנויות אלה, וננסה לבסס את הטענה שרק שתי הפרשנויות האחרונות – איסור כפייה ודרישת הפרדה מוסדית – נחוצות מבחינה מעשית ומוצדקות מבחינה מוסרית. בפתח הדיון, שתי הערות חשובות שיסייעו להבין את מוקדיו ואת מהלכו: ההערה הראשונה תוכנית, והשנייה מתודולוגית.

אשר לתוכן – כאמור, פרק זה יוקדש לבחינתם של כמה טיעונים בעד הטלת איסור על מיסוד הדת בגרסאותיו השונות של האיסור. כפי שהסברנו, מבין ארבע הגרסאות לאיסור מיסוד הדת שהצגנו, שלוש הראשונות מתמקדות בהיקף התמיכה המותרת ואילו הרביעית עניינה בדרכי התמיכה המותרות ולא בהיקפן. את עיקר הדיון נקדיש לשאלת היקף התמיכה. בגרסה הרביעית, גרסת ההפרדה המוסדית, נטפל בנפרד משום שכפי שנראה, הטיעונים בשאלה המוסדית שונים באופיים מן ההנמקות המועלות בסוגיית ההיקף.

שהם מיעוט לעומת הרוב החילוני בארץ, אבל רוב לעומת המיעוט החילוני בבני-ברק, דוגמה נוספת יכולים לשמש אנגלופונים בקוויבק שבקנדה שבה יש רוב של פרנקופונים. זכותם של הפרנקופונים בקוויבק להגן על תרבותם עשויה להתנגש ולפגוע יתר על המידה בזכותו של המיעוט האנגלופוני בקוויבק להגן על תרבותו שלו. לדיון בהשלכות של מתן אוטונומיה טריטוריאלית-תרבותית למיעוט לעומת חברי קבוצת הרוב המתגוררים בתחומי האוטונומיה, ראו אילן סבן, המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שפועות – המיעוט הערבי בישראל והמיעוט רובר הצרפתית בקנדה (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, תש"ס), פרק 2.

⁶⁶ במאמר אנו טוענים שהיא מצומצמת אפילו יותר מהיקפו של חופש הדת כחופש המצפון, וגם מיקודה שונה במקצת. ראו סטממן וספיר (לעיל, הערה 11), בעמ' 42-48.

שלוש הגרסאות הראשונות לאיסור מיסוד הדת חלוקות ביניהן בשאלת היקף התמיכה המותרת: האחת (איסור כפייה), מתירה תמיכה מעדיפה אך מבקשת לשים גבול למידת ההעדפה המותרת, השנייה (ניטרליות) אוסרת העדפה, ואילו השלישית (הפרדה גוקשה) שוללת כל ביטוי של תמיכה, גם כזו שאינה מעדיפה. גם כאן, משקל הדיון בכל אחת מן החלופות לא יהיה זהה. עיקר המאמץ בסוגיית ההיקף ייחתר לבחינה ולהפרכה של טיעונים בעד הטלת איסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית. החלטתנו להתמקד בגרסה זאת לאיסור מיסוד הדת, מבוססת על כך שמבין שלוש הגרסאות, דווקא התביעה מן המדינה להימנע מפעילות המבטאת העדפה של הדת או של זרם דתי כלשהו נראית לכאורה כמתבקשת ממה שנתפס בעיני רבים כאחד ממושכלות היסוד הליברליים הבסיסיים, הלא היא חובתה של המדינה להימנע מגקטת עמדה בשאלת החיים הטובים.

חלק נכבד מן הכתיבה הליברלית מראשית שנות השבעים ואילך מוקדש לדחייתן של הגישה הפרפקציוניסטית, זו הסבורה (1) שצורות חיים מסוימות טובות יותר מאחרות ו-(2) שהמחוקק רשאי ואף נדרש לבסס את הכרעותיו בעצבו את החוק ואת המערכת הפוליטית שלטונית על תפיסותיו בדבר אופי החיים הטובים. זרם מרכזי בהגות הליברלית, שיכונה להלן "ליברליזם פוליטי", חולק (לפחות) על השנייה מבין טענות הפרפקציוניסטים. ג'ון רולס (Rawls), ההוגה הליברלי הבולט בין האחרים בתפיסה האנטי-פרפקציוניסטית טוען, למשל, כי התאוריה שלו אינה מנסה "to evaluate the relative merits of different conceptions of the good וכי במדינה המבוססת על אדני הצדק "Everyone is assured an equal liberty to pursue whatever plan of life he pleases as long as it does not violate what justice demands".⁶⁷ ניטרליות הפכה אפוא בעשורים האחרונים, לאחת ממילות המפתח בהגות הליברלית.

ואולם עם הזמן החלו להתגלות חולשותיו של רעיון הניטרליות. אחת הטענות הבולטות נגד הרעיון היא שהוא אינו קוהרנטי, משום שכל מערכת פוליטית המבצעת הכרעות

⁶⁷ John Rawls, *A Theory of Justice* (Bhelnap Press of Harvard University Press, 1971), 94; John Rawls, *Political Liberalism* (Columbia University Press, 1993), 95-190; לדעה דומה ראו גם: Charles E. Larmore, *Patterns of Moral Complexity* (Cambridge University Press, 1987), 43 ("The ideal of neutrality can best be understood as a response to the variety of conceptions of the good life."); Bruce A. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State* (Yale University Press, 1980), 11. למעשה, רולס והוגים אחרים השותפים לדעותיו הבהירו שהם שמים על ניטרליות בשאלת החיים הטובים בכלל מהווה הכללה של הרעיון שבבסיס חירות הדת, כלומר הם הבינו את חופש הדת כמחייב לפחות ניטרליות. ראו: Rawls, בעמ' 206, 220. Bruce Ackerman, *Reconstructing American Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1984, 99; Charles E. Larmore, *The Morals of Modernity* (Cambridge University Press, 1996), 144. בדיונו בפרק ג לעיל, חלקנו על תובנה זו של רולס וטענו כי כיבוד חופש הדת אינו מחייב איסור מיסודה כניטרליות אלא רק איסור כפייה.

מוכרחה להישען על מערכת כלשהי של ערכים שנויים במחלוקת ולתמוך בה.⁶⁸ טענה חזקה נוספת שהועלתה נגד הליברליזם הפוליטי היא שהמדינה הליברלית איננה ניטרלית כלל ועיקר. לדעת האוחזים בדעה זאת, ליברליזם נכשל בהשגת היעד של התעלות מעל מחלוקות כיתתיות, ולמעשה מציע השקפה המתחרה בעמדות אחרות שכלפיהן הוא (הליברליזם) מתיימר להיות ניטרלי.⁶⁹ שני טיעוני הנגד שהוזכרו זה עתה אינם מתמקדים בשאלת ההצדקות לניטרליות. הם מוכנים לקבל את הנחות המוצא שהביאו את הליברליזם הפוליטי לידי ניסיון לגבש מערכת פוליטית הבנויה על אדני צדק ניטרליים, אך חולקים על ישימות הפרויקט (טיעון הנגד הראשון) או לכל הפחות על מידת הצלחתו של הליברליזם הפוליטי ליישמו (טיעון הנגד השני). מאמץ ביקורתי אחר מתמקד בהפרכת ההצדקות שהציע הליברליזם הפוליטי לצורך למצוא עקרונות צדק ניטרליים (טיעון הנגד השלישי). בעקבות הביקורת, על שני כיווניה (הפרקטי והרעיוני), נזנח רעיון הניטרליות במידה רבה בשנים האחרונות, ומעטים בלבד מוסיפים לנסות להצדיקו.⁷⁰ במאמר שהתפרסם לפני שנים מספר כתב תומס הורקה (Hurka: "it is hard not to believe that the period of neutralist liberalism is now over")⁷¹

דרך תמונת המצב בשיח הליברלי שתוארה זה עתה, הנחת היסוד של הליברליזם הפוליטי דווקא מוסיפה להישמע בישראל, באשר לתפקיד המדינה בשאלת החיים הטובים בכלל ובאשר לדת בפרט.⁷² יש הסבורים כי החשיבה הליברלית אינה רק ההשקפה הראויה אלא גם ההשקפה המכוננת של מערכת המשפט הישראלי בכלל והמשפט הציבורי הישראלי בפרט.⁷³ ואם אכן אחיזה בהשקפת עולם ליברלית מחייבת ניטרליות מצד המדינה, אך טבעי שהאוחזים בהשקפת עולם ליברלית יצדדו גם באיסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית. שכיחותה של הטענה בזכות הניטרליות בשיח הישראלי, הופכת אפוא מראש לאטרקטיבית

68. ראו, למשל: William A. Galston, *Liberal Purposes: Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State* (Cambridge University Press, 1991), 92-94.

69. ראו, למשל: Larry Alexander, "Liberalism, Religion, and the Unity of Epistemology", 30 *San. Diego L. Rev.* (1993) 763, p. 764 ("the liberalism... is itself just a sectarian view on the same level as... other views that it purports to be neutral about").

70. עובדה זו אין פירושה שהמחנה הליברלי כולו נמצא בנסיגה, אלא שאפילו בקרב מחנה זה גוברת המגמה הפרפקציוניסטית. עם הכותבים המשתייכים לזרם הליברלי הפרפקציוניסטי נמנים בין היתר Galston (לעיל, הערה 68) וכן: Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Clarendon Press, 1986).

71. Thomas Hurka, "Book Review: Sher, Beyond Neutrality", 109 *Ethics* (1998) 190.

72. ראו, למשל, ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' אלמוני, פ"ד מט(1) 221, בעמ' 242, פסקה 13 לפסק דינו של השופט שמגר ("אחד מהיבטיו של חופש הדת והמצפון הוא ניטרליות המדינה כלפי הדתות השונות...") (ההדגשה במקור - ג"ש).

73. ראו, למשל, מנחם מאוטנר, "מינוי שופטים לבית-המשפט העליון בחברה רב-תרבותית", מחקרי משפט יט (תשס"ב) 423.

יותר את השנייה מבין שלוש הגרסאות לאיסור מיסוד הדת שנבקש לדחו – הלא היא גרסת הניטרליות, ונותנת טעם נוסף להחלטתנו להתמקד דווקא בה. הקשר האפשרי בין התביעה הכללית לניטרליות ובין התביעה המקומית לניטרליות בשאלות דת מסביר מדוע החלטנו להתמקד דווקא באיסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית. ואולם קשר אפשרי זה מחייב אותנו גם לבחינה מסודרת של טיעונים בזכות הניטרליות בכלל, שהרי מהם נגזרת, על פי הנטען, תביעה לניטרליות בשאלות דת. עם זאת, מכיוון שענייננו בהיבט הנורמטיבי של השאלה, לכן כשנתאר את הטיעונים נגד הליברליזם הניטרלי לא נדון בשני מישורי ההתקפה האופרטיביים על הפרויקט הליברלי-ניטרלי (שאלת הייתכנות – טיעון הנגד הראשון, ושאלת ההצלחה – טיעון הנגד השני) ונסתפק בדיון במישור הנורמטיבי בלבד, זה הבוחן לגופם את הטעמים שהציע הליברליזם הניטרלי למשימה שנטל על עצמו (טיעון הנגד השלישי).⁷⁴

ואולם אם נרצה לעשות את מלאכתנו שלמה, לא נוכל להסתפק בהצגה ובדחייה של הטיעונים העקרוניים לטובת ניטרליות. דחייתה של הניטרליות בעיקרון מגביל כללי אינה מובילה באופן אוטומטי לדחייה על הסף של עקרון איסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית. לפחות אפריורי, ייתכן שקיימים טעמים לאימוצה של הניטרליות כאמת מידה בתחום יחסי הדת והמדינה, חרף דחייתה כאמת מידה כללית. לכן, במקביל לדיון בגישה הניטרלית ככלל, נצטרך לברר אם קיים טעם טוב שיחייב ניטרליות בגישתה של המדינה כלפי הדת דווקא. נוכל לסכם את הדברים כך: ההנחה שבה נשתמש היא שקיים קשר בין התביעה לניטרליות בעיקרון כללי ובין תביעה לניטרליות בענייני דת, אולם הקשר הוא חד-כיווני, כלומר גם אם לא קיים טעם טוב לאמץ עמדה כללית של ניטרליות אפשר שקיים טעם מקומי לאמצה דווקא בשאלות דת. בדרכנו לשלילת אימוצו של איסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית נצטרך אפוא לדחות הן את הטיעונים הכלליים והן את אלה המקומיים – המצדיקים ניטרליות כלפי הדת דווקא.

אשר למתודולוגיה – המחלוקת בדבר היקפו ואופיו של איסור מיסוד הדת יכולה להיות נעוצה בשני מוקדים. ייתכן שכל ארבע הפרשנויות לאיסור מיסוד הדת, או לפחות חלקן, מסכימות על היעדים שלשמם נוסד העיקרון אך חלוקות בשאלת האמצעים שיש לנקוט לשם השגת אותם יעדים מוסכמים. אך באותה מידה ייתכן שהמחלוקת נסבה סביב הגדרת היעדים עצמם. כמובן, חוסר ההסכמה יכול להיות הן באשר למטרה והן באשר לאמצעים להשגתה. לדוגמה, יש הסבורים כי תכליתו של עקרון איסור מיסוד הדת לשים קץ למלחמות הדת, ושלשם השגת מטרה זאת יש לפרש את העיקרון כמחייב הפרדה נוקשה.⁷⁵ המחזיק בדעה שונה מזו שתוארה זה עתה יכול לחלוק על היעד שהציבה לעצמה, להסכים עם היעד אך לחלוק בשאלת האמצעים הנחוצים להגשמתו, או, כמובן, לחלוק על בעלי דעה זאת בשני המישורים – הן בנוגע למטרה והן בנוגע לאמצעים להגשמתה. מכאן, שכדי להציע מסגרת דיון ממצה לשאלה שלפנינו יש לכלול בה את שני מישורי המחלוקת

74. בחלק זה נסתמך במידה מסוימת על טיעונים קיימים, אולם גם כאן נציע כמה חידושים ודגשים צנועים משלנו.

75. ראוי: Sullivan (לעיל, הערה 11), בעמ' 206.

האפשריים (אמצעי ומטרה). המתודולוגיה שננקוט נגזרת מן הרצון לתת מענה על צורך זה: הדיון ייפתח בהצגת הטיעונים לטובת אימוץ איסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית, אולם במהלך הדיון בכל טיעון וטיעון נבחן לא רק את תוקפו אלא גם את מידת התאמתו דווקא לפרשנות זאת לאיסור מיסוד הדת.

כאמור, מוקדו של פרק זה באיסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית ובשל כך גם בעמדה הניטרלית הכללית, שממנה, על פי הנסען, נגזר העיקרון, הלא היא התביעה מן המדינה שלא לנקוט עמדה בשאלת החיים הטובים. לתביעה כלפי המדינה להישאר ניטרלית כלפי השקפות עולם מתחרות בשאלת החיים הטובים קיימות כמה הצדקות עיקריות. **טיעון אחד** גורס שהניטרליות מתחייבת מן הצורך להימנע ממאבקי כוח שיפגעו ביציבותה של המדינה ויקעקעו את יסודותיה. כך, למשל, טען לוק כי "לא חילוקי הדעות, אלא ההתנגדות לסבול את האנשים המחזיקים בדעות שאינן דעות הממשל, היא זו שגרמה לרוב הפלוגתות ולמלחמות שהתעוררו בעולם הנוצרי מחמת הדת".⁷⁶ **טיעון שני** הוא שתובת הניטרליות נובעת מהחובה לשמור על כבודם של האזרחים, כיצורים אוטונומיים בעלי כושר בחירה. העדפה מצד המדינה של תפיסת טוב מסוימת מבטאת יחס של ולוול כלפי אזרחים המחזיקים בתפיסה שונה, ולכן יש להימנע ממנה. לפי קו **טיעון שלישי**, החובה לנהוג ניטרליות נועדה להגן לא רק על כבודם של הפרטים הבודדים, אלא על עצם יכולתם לבחור בלא הפרעה. ההנחה שביסוד טענה זו היא שסימון מצד המדינה של השקפה דתית מסוימת, של השקפה דתית בכלל, או של מערכת ערכים כלשהי מסדר ראשון, כבעלת ערך רב יותר מהשקפות מתחרות, עלולה לגרום לפרטים לאמץ את ההשקפה המומלצת מתוך יחס של כבוד כלפי האוטוריטה השלטונית, דבר העומד בניגוד לעקרון החירות. מכאן, שמדינה המחויבת לעקרון החירות חייבת להימנע מתמיכה בדת. **טיעון רביעי** בזכות הניטרליות מתבסס על טענה בדבר חוסר המומחיות של המדינה לגלות מהי צורת החיים העדיפה. **טיעון חמישי** מבוסס על טענה לקיומו של מגוון צורות חיים ראיות שאף לאחת מהן אין עדיפות על חברותיה. **טיעון שישי** ואחרון מתבסס על חוסר התועלת שבשימוש בכוחה של המדינה לקידומה של תפיסת טוב כלשהי. בהמשכו של הפרק נבחן בעיון כל אחד מן הטיעונים.

2. הטיעון בדבר מניעת היכוד

כאמור, הטיעון הראשון לטובת אנטי־פרפקציוניזם הוא ששמירה על ניטרליות בשאלת הטוב נחוצה לשם הסרתם של נושאים בעלי פוטנציאל הרסני מסדר היום הציבורי. בבסיס הטיעון הנחה ולפיה המאבק על לבה, כיסה וסמכויותיה התוקיות האחרות של המדינה, מלבה את העימות בין הצדדים החלוקים, ומכאן, שאם המדינה תהיה מנועה מלנקוט עמדה בעניינים מסוימים, הדבר יצמצם, גם אם לא יאיין את העימות.⁷⁷

76. לוק (לעיל, הערה 19), בעמ' 90.

77. הטענה לזיקה חזקה בין ניטרליות להימנעות מחיכוך מרכזית בדבריו של Rawls, ראו, למשל: Rawls (לעיל, הערה 67), בעמ' 157 ("the values that conflict with the political conception").

לטיעון זה שתי חולשות מקדמיות שנוכיר בקצרה. ראשית, כפי שצינו לעיל, יש הטוענים כי ליברליזם מבטא עמדה סובסטיבית, ומכאן שאימוץ עמדה ניטרלית אינו מסיר את הנושא מסדר היום, אלא מכריע בו בהתאם לתובנה הליברלית. שנית, גם במישור התוצאה, קל להראות כי בדרך כלל הימנעות מהכרעה היא הכרעה לטובת אחד הצדדים.⁷⁸ אם טענות אלה מדויקות, נשמטת הנחת המוצא של הטיעון כולו, שכן מה שמוצג כעמדה ניטרלית אינו באמת ניטרלי. לא זו אף זו, אם אכן העמדה הניטרלית לכאורה אינה באמת ניטרלית, הרי נקיטתה עשויה להיות מכוונת או לפחות להיתפס כמכוונת לשמש כלי אסטרטגי להכרעה. ואולם נקיטת עמדה סובסטיבית במסווה של הימנעות מנקיטת עמדה, עשויה להביא לידי תוצאה הרסנית הרבה יותר מהכרעה גלויה לטובת עמדה כלשהי. יש שיסכימו להיות בצד המפסיד במשחק שכלליו ברורים לכל, אך יסרכו להפסיד במשחק סמוי השולל סיכוי שווה להכרעה.⁷⁹ יוצא שככל שניטרליות אמיתית איננה אפשרית, עשוי הטעם שהובא להצדקת נקיטת גישה "ניטרלית" – הרצון למנוע מאבק הרסני – לשמש דווקא להצדקת הימנעות ממנה.

גם אם הטיעון לטובת ניטרליות ככלי למניעת חיכוכים צולח את המחסום העובדתי, כלומר גם אם נניח ש"ניטרליות" אמיתית אכן אפשרית, עדיין יכולים האוהזים בגישה הפרפקציוניסטית להשיב לטיעון זה באחד משני כיוונים. כיוון אחד מבוסס על חישובי תועלת-עלות, כלומר טענה שהעניין שעומד על הפרק הנו כה חשוב עד כדי נכונות ליטול את הסיכון הכרוך בהתערבות ממשלתית.⁸⁰ הכיוון השני מבוסס על מדיניות צמצום סיכונים

of justice and its sustaining virtues may be normally outweighed because they come into conflict with the very conditions that make fair social cooperation possible") רציונל דומה מוצע בספרות החוקתית, כגימיק בעד אימוץ אסטרטגיה חוקתית. הטיעון הוא שהכללתו של נושא בחוקה תוך שריונו, מאפשרת הרחקתו מסדר היום הציבורי, באופן שימנע חיכוכים מתמידים. לתפיסת החוקה ככלל השתק ראו: Stephen Holmes, "Gag Rules or the Politics of Omission", *Constitutionalism and Democracy* 19-58 (Jon Elster, Rune Slagstad – eds., Cambridge University Press, 1988), 19. לפיתוח הטיעון והדגמתו בהקשר הישראלי ראו: Gidon Sapir, "Religion and State in Israel: The Case for Reevaluation and Constitutional Entrenchment", 22 *Hast. Int. & Comp. L. Rev.* (1998-99) 617.

78. להמחשת שתי הטענות והקשר ביניהן בכלל ובהקשר הישראלי בפרט, ראו שהר ליפשיץ וגדעון ספיר, "מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי? על פרשת שליט ותפקידו הראוי של בית המשפט בחברה דמוקרטית" (עתיד להתפרסם במחקרי משפט).

79. טענה דומה עולה בהקשר החוקתי נגד הצדקתה של האסטרטגיה החוקתית ככלל השתק, וזאת במקרים שבהם ההסדר החוקתי לא הושג בהסכמה, או כשכלל ההשתק משתיק רק חלק מן השחקנים. לטענה כזו בתוספת הדגמות מן ההקשר הישראלי, ראו ספיר (לעיל, הערה 4).

80. מייקל סנדל (Michael J. Sandel) משתמש בטיעון כזה בדיונו בסוגיית ההפלות. לדעתו, זוהי דוגמה טובה לגסיבות שבהן צד אחד סבור שאי-התערבות תותיר על כנו מצב דברים כה חמור, עד ששווה לסכן את היציבות הפוליטית כדי לשנות את המצב הקיים. Michael J. Sandel, "Political Liberalism", 107 *Harv. L. Rev.* (1993-94) 1765.

ולא חיסולם המוחלט, כלומר טענה שאימוץ מנגנוני הכרעה דמוקרטיים, הטלת מגבלה על סוג והיקף האמצעים שהמדינה תהא רשאית להפעיל לשם קידום התפיסה המועדפת עליה, והגנה על שורה ארוכה של זכויות אדם,⁸¹ די בהם כדי להפחית את החשש מפני התפתחות קונפליקט בלתי נשלט. ג'ון לוק, למשל, החזיק בכיוון המחשבה השני. לוק, שהצביע על הקונפליקט בשאלות דת כמקור לאי-השקט ולמלחמות התכופות בדבריי ימי אירופה, לא העלה אפילו בדעתו הטלת איסור על מיסוד הדת, במובן של ניטרליות וכל שכן לא במובן של הפרדה נוקשה. כל שלוק ביקש לבסס הוא חופש דת.⁸² שני כיווני התשובה האפשריים ל"ניטרליות ככלי למניעת חיכוכים" שלובים כמובן זה בזה. הנכונות שלא לנקוט את אמצעי המניעה הגורף ביותר כלפי סיכון גוברת ככל שקיימת הערכה לקיומו של סיכוי בצד הסיכון. ולענייננו, הנכונות להסתפק בפחות מאנטי-פרפקציוניזם עשויה לנבוע מהאמונה שהשאלות הנדונות הן בעלות חשיבות, ושרתימתה של המדינה לטובתה של עמדה מסוימת הנה חיונית לשיפור סיכויי האזרחים לבחור בנתיב הנכון בשאלת החיים הטובים.

ואולם יש המרחיקים לכת וטוענים שגם לו ניתן היה לקבל את אחד משני כיווני התשובה לחשש מפני התפתחות קונפליקטים סביב הניסיון לרתום את המדינה לצדה של תפיסת טוב כלשהי, החשש עודנו מבוסס בכל האמור בתפיסות טוב דתיות. ודוק, מוקד הטענה כאן שונה ממוקדה בגרסתה הכללית. הטעון הכללי בזכות הניטרליות התמקד בפוטנציאל ההרסני של הקונפליקט הנובע מסוג השאלות העומדות על הפרק וממידת חשיבותן לצדדים החלוקים. לעומת זאת, הטעון נגד חריגה מניטרליות כלפי הדת מבוסס על חשש מפני מאפייניה של הדת. טעון זה מבסס עצמו בדרך כלל על שתי טענות משלימות, אמפירית ועקרונית. הטענה האמפירית היא שבמהלך ההיסטוריה האנושית נטו קבוצות רוב דתיות לחוסר סובלנות שטופו בניסיון לכפות על פרטים שאינם משתייכים אליהן לציית לעיקרי אמונתן. ההיסטוריה איננה חייבת לחזור, מודים המחזיקים בנימוק זה, אולם לטענתם חוסר הסובלנות הדתי אינו מקרי, אלא נובע ממאפיינים מושגיים הטבועים בדת באשר היא. מאפיינים אלו עודם קיימים, וקיומם מחזק את הסבירות שההיסטוריה תחזור אם לא ינקטו הצעדים הנדרשים למניעת הישנותה.

בין המשמיעים טעון זה חלוקות הדעות באשר לצעדי המנע שיש לנקוט. יש הסבורים שכצעד מנע על המדינה להפלות את הדת באופן בוטה כלומר לאמץ איסור על מיסוד הדת במובנו כהפרדה נוקשה,⁸³ ויש הטוענים שניתן "להסתפק" בהטלת איסור על מתן

81. כפי שמציין ג'ורג' שר (Sher), מתן הגנה חוקתית לזכויות אדם איננו מחייב את המדינה לניטרליות.

George Sher, *Beyond Neutrality* (Cambridge University Press, 1997), 111-114.

82. יצוין שלשיטת לוק, אפילו חופש זה היה מוגבל מבחינת אלו שראויים היו ליהנות מהגנתו. לדעת לוק "אין להתייחס בסובלנות כלשהי לאלה המכחישים את קיומה של האלוהות. שהרי על מי שמכחיש את קיום האל (atheus) אינן מקובלות לא ההבטחות, לא האמנות ולא הבריתות, שהם הקשרים היוצרים את החברה האנושית." לוק (לעיל, הערה 19), בעמ' 83-84.

83. למעשה, מטיעון זה ממש מתבקשת הפרדה נוקשה: אם בדת טמונה סכנה ממשית, על המדינה להגבילה ולהחלישה ולא רק להיות ניטרלית כלפיה.

יחס מעדיף לדת ולמוסדותיה, כלומר באימוץ איסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית. ודוק, הצגתה של העמדה המרוככת מבין השתיים בהקשר הנוכחי כעמדה ניטרלית, הנה מטעה. לפי מהלך הטיעון שהצגנו עד כה, אין עוד התנגדות לאימוץ גישה פרפקציוניסטית אלא רק לבחירה באופציה הדתית דווקא כאופציה המועדפת. בנסיבות כאלה, אימוץ עמדה ניטרלית, דווקא כלפי הדת, פירושו המעשי הפליית של הדת לרעה לעומת אופציות אחרות. כך או כך, אפילו נסכים כי הגרסה הניטרלית לאיסור מיסוד הדת איננה באמת ניטרלית, עדיין קיים הבדל של מידה בין דרישותיה של גרסה זו ובין אלו המתבקשות מאימוץ גרסת ההפרדה הנוקשה. אימוץ גרסת ההפרדה הנוקשה יאסור על המדינה כל ביטוי של הכרה בדת ובצרכיה. לכן, למשל, מדינה המאמצת את מודל ההפרדה הנוקשה לא תוכל לתמוך כספית במערכת חינוך דתית, אף אם היא תומכת במערכות חינוך פרטיות אחרות המדיגשות מערכות ערכים מתחרות. אימוץ הגרסה "הניטרלית" עדיין יתיר תמיכה כזאת, הגם שלא יחייב שהתמיכה תהיה לזו הניתנת לאופציות אחרות.

נקרב מבטנו לטיעון בדבר הסכנות שבדת. תוקף הטענה הוא שדת וסובלנות אינן יכולות לדור בכפיפה אחת, ובמילים אחרות, שפרטים המקבלים דת כלשהי כאמיתית אינם יכולים לפתח עמדה סובלנית כלפי המחזיקים באמונות דתיות, או לא דתיות, אחרות. בהיעדר האפשרות לפתח עמדה סובלנית, מתעורר, על פי הנטען, חשש שתברי קבוצה דתית יבקשו לעשות נפשות לעמדתם תוך שימוש בכפייה אם וכאשר יצברו די כוח פוליטי לעשות זאת. למניעת תוצאה בלתי רצויה זאת נהוצה הפרדה ברורה ונוקשה בין הדת למדינה, שתמנע מן הדת לעשות שימוש בכוחותיה של המדינה לצרכיה.

טיעון עקרוני זה עודנו מועלה בידי הוגים חשובים בתמיכה לגרסת ההפרדה הנוקשה של איסור מיסוד הדת – למשל, קתלין סוליבן (Sullivan). Sullivan מוכנה להודות שליברליזם דמוקרטי הוא סוג של אמונה הדומה במידה רבה לאמונה דתית.⁸⁴ ואולם תרף הדמיון בין השניים, תומכת Sullivan במתן יחס שונה מצד המדינה לשני סוגי אמונה אלו – אמונה דתית ותרבות ליברלית דמוקרטית – על בסיס הקביעה שהתרבות הליברלית-דמוקרטית, להבדיל מן הדת, כוללת בתוכה שורה ארוכה של בלמים אשר מרחיקים את החשש שדמוקרטיה ליברלית תהפוך אי פעם ל-"totalistic orthodoxy as threatening as any papal edict".⁸⁵ לטעמה של Sullivan, כל גישה ליחסי דת ומדינה שלא תשלול לחלוטין תמיכה ממשלתית בדת, לא תספיק למניעת מלחמת דתות כוללת – התכלית שלשמה נועד לדעתה איסור המיסוד – משום שדת, שלא כסוגים אחרים של מערכות אמונה, הנה במהותה בלתי סובלנית.⁸⁶ הבה נקרב מבטנו לטענה זאת. מהם, לדעתה של Sullivan והמחזיקים בעמדותיה, מאפייני הדת אשר גורמים למאמיניה להיות בלתי סובלניים? יש המזהים את המקור לחוסר הסובלנות של הדתיים בטענתה של

84. Sullivan (לעיל, הערה 11), בעמ' 200.

85. שם, בעמ' 201 (והדגשה שלי – ג"ט).

86. לדיון היסטורי ועקרוני בדבר הויקה בין דת לסובלנות או להיעדרה, ראו: Gustav Mensching, *Tolerance and Truth in Religion* (University of Alabama Press, 1971).

הדת לבעלות על האמת המוחלטת.⁸⁷ כמי שמאמינה בבעלותה על האמת המוחלטת אין הדת יכולה, כך נטען, לסבול עמדות אחרות המכחישות את אותה אמת או סותרות אותה. חוסר הסובלנות מצד הדת כלפי בעלי דעות אחרות נובע אפוא מן ההיקש הבא שעושים, לפי הנטען, אנשים דתיים:

א. התגלות אלוהית נעלית על מקורות ידע אחרים כמו ניסיון או היגיון.

ב. הדת קיבלה את אמיתותיה באמצעות התגלות אלוהית. לפיכך:

ג. הדת מחזיקה באמת המוחלטת, שאיננה ניתנת לערעור בדרך הניסיון או ההיגיון. לדעתנו, השימוש בהיקש זה לביסוס הנחת חוסר הסובלנות מופרך משתי סיבות. ראשית, ההנחה השנייה שעליה הוא מתבסס איננה מהווה אבן פינה ביסודות אמונתם של חלק נכבד מחברי הדתות המונותאיסטיות הגדולות בימינו. שנית, גם אם הנחה זו נכונה, ואתה ההיקש כולו, אין ההיקש מוביל בהכרח למסקנה הנוספת האמורה לגבי ממונו, בדבר חוסר יכולתם של אנשים דתיים לפתח עמדה סובלנית כלפי בעלי השקפות עולם שונות משלהם. נבאר כל אחת משתי הטענות.

תיאור הלך המחשבה הדתי שהוצג זה עתה אכן אפיין דתות בעבר, ואין גם ספק שעודנו מאפיין זרמים דתיים רבים גם כיום.⁸⁸ אולם הצגתו כאחד ממאפייניה (ההכרחיים או אפילו השכיחים) של "דת" בימינו רחוקה מלהיות מובנת מאליה. תיאור זה בוודאי אינו משקף, למשל, פרשנויות ליברליות לנצרות ויהדות. זרמים ליברליים, יהודיים ונוצריים, מציגים כיום עמדה ספקנית למדי כלפי שאלת ההתגלות. כך, למשל, קובע מייקל פרי (Perry), בעצמו קתולי ליברלי, כי "Many religious believers understand that human beings are quite capable... of deceiving themselves, about what God has revealed."⁸⁹ אנשים המשתייכים לזרמים ליברליים אלו, סבור פרי, מעניקים משקל רב בהרבה להיגיון ולניסיון האנושי כדרך לגילוי המסר האלוקי. פרי קובע אפוא כי עבור אנשים אלו (והוא ביניהם), "an argument about the requirements of human well being... that is grounded on a claim about what has revealed is highly suspect if there is no secular route to the religious argument's conclusion."⁹⁰

87. לטיעון כזה, בקונטקסט היסטורי ראו, למשל, מירי אליאב-פלדון ואלי בר-נביא, "שורשי הסובלנות הדתית בתרבות המערב", *זמנים* 57 (1996-1997) 59 ("הנצרות... לא הייתה הדת היחידה שדגלה באקסלוסיביות. היהדות והאיסלם... ראו עצמן באותה מידה כאוהות, כל אחת בנפרד ובאופן בלעדי, באמת הדתית המוחלטת. לפיכך, כל אחת מהן הייתה מערכת טוטאלית, אטומה בפני כל אמת אחרת ובלתי סובלנית מעצם מהותה").

88. תיאור זה נכון בוודאי בנוגע לזרם האורתודוקסי ביהדות ולזרמים שמרניים בנצרות.

89. Perry (לעיל, הערה 15), בעמ' 74.

90. שם, שם. ראו, בדומה, שמואל הוגו ברגמן, *השמים והארץ* (שדמות, תשכ"ט), כו ("בכל מקום בו מתנגש הנוסח המקודש עם הרגש המוסרי, עלי להקריב את הטכסט ולא את שכלי או את רגשי. כשנאמר לנו שם שאלוהים ציווה על מעשה המתנגד לרגשנו המוסרי מצווים אנו לענות: לא ייתכן שאלוהים ציווה כזאת" (ההדגשה במקור - ג"ס)).

עקב נטישת מסלול ההתגלות האלוקית הוודאית, והכניסה לעולם ההיגיון האנושי, כמקור לאישושן של אמיתות דתיות, נגרעת מהגותם של דתיים המשתייכים לזרמים ליברליים הטענה לבעלות על האמת המוחלטת.⁹¹ אין אפוא כל צידוק לתאר אנשים דתיים אלו כסובלניים פחות, מעשית או פוטנציאלית, מחבריהם המחזיקים בהשקפות עולם לא דתיות. מכאן, שככל שמדובר בזרמים דתיים ליברליים, אין הטיעון דלעיל, בדבר הסכנות הנובעות מחוסר הסובלנות הדתית, יכול עוד לשמש טעם לשמירה על הפרדה הרמטית בין הדת למדינה.⁹²

91. עיינו לדוגמה בציטוטים מהגותם של שני התאולוגים האלה, הראשון יהודי רפורמי והשני נוצרי:

Traditional Judaism... relied heavily on what God "told" them... Theologians term what God has "said" to humankind God's revelation. That is, to begin with, God has a truth we do not have. But, what was hidden to us, God then makes known to us; God reveals it to us. For traditional Judaism, God's revelation is the Torah... liberal Jews have a different view of revelation. We place very much more weight than our tradition did on the human role in creating religion. We are also much less certain about exactly what God has revealed to us. Thus, we also have a more positive appreciation of changes in religious ideas.

Eugene B. Borowitz, *Liberal Judaism* (New York, N. Y. : Union of American Hebrew Congregations, 1984), 5

God is unchanging, but the demands of the New Testament are different from those of the Old, and while no other revelation supplements the New, it is evident from the case of slavery alone that it has taken time to ascertain what the demands of the New really are... In new conditions, with new insights, an old rule need not be preserved in order to honor a past discipline.

John T. Noonan, Jr., "Development in Moral Doctrine", 54 *Theological Studies* (1993) 662, pp. 676-677

92. גם בקרב חברים בזרמים אשר מחזיקים באמונת ההתגלות, ניתן לזהות מגמה דומה של ניסיון האחדה בין ההיגיון האנושי לתכני ההתגלות. עם זאת, הכלי שנוקטים אלו ליישוב הסתירות לכאורה, הוא פרשנות, אמצעי בוטה פחות, שאינו מחייב נטישה פורמלית של עקרון עליונות ההתגלות ואמיתותה. לסקירת ניסיונות פרשניים בכיוון זה ראו משה הלברטל, *מהפכות פרשניות בהתהוותן: ערבים בשיקולים פרשניים במדרשי הלכה* (מאגנס, תשנ"ז). יצוין שבשולי מחנה ההוגים האורתודוקסי, ישנה גם כתיבה המנסה להצדיק נטישת מתורת הפרשנות ואימוץ זהיר של מתודת הדחייה המפורשת, במקרי סתירה בין ההיגיון (המוסר) לצו האלוקי. ראו, למשל, עדיאל שרמר, "הפרשנות העוקרת והעקירה המפורשת", *מחויבות יהודית מתחדשת* (אבי שגיא וצבי זוהר - עורכים, מכון שלום הרטמן בשיתוף עם הוצאת הקיבוץ המאוחד, תשס"א) 747.

ואולם עיקר פרכתו של ההיקש אינה בהנחותיו, או במסקנתו הישירה, אלא במסקנות הנוספות שמנסים להעמיס עליו. נדמה שלא רק בחברי דתות ליברליות אין לחשוד, אף פריורי, בתוסר סובלנות, אלא גם במאמינים המשתייכים לזרמים אורתודוקסיים רבים. גם אלו הטוענים לבעלות על האמת המוחלטת, אינם מנועים בהכרח מלהיות סובלניים. כדי לאשש טענה זאת נחוץ לנו דיון קצר בטיבה של הסובלנות.⁹³

המושג סובלנות הנו פרדוקסלי במידת מה. בדרך כלל לא נדבר על סובלנות כלפי דבר מה שאנו מחשיבים כנכון ואמיתי.⁹⁴ היותי סובלן משמעו שאני מסכים להיות בשלום עם משהו או משהו שאני מתנגד לו או שאיני מקבלו בשלמות. לשון אחר, עקרון הסובלנות מבוסס על ההנחה שהעמדה הנסבלת מהווה סטייה מן האמת. על כן מי שמחזיק בעמדה רליגיזסטית או ספקנית, אשר איננו מאמין בקיומה של אמת אחת בת הוכחה, אינו יכול להיחשב סובלן, במובן הלוגי החמור של המושג. לא ייפלא אפוא שערש לידתה של הסובלנות נמצא בתרבות דתית אשר הניחה קיומה של אמת אובייקטיבית מוכחת.⁹⁵

אמונה באמיתות עמדתך ובטעותם של החולקים עליה מהווה אם כן תנאי הכרחי מושגי לסובלנות. מאמינים אורתודוקסים, יהודים ונוצרים, ממלאים תנאי זה. השאלה החשובה לענייננו היא אם הם יכולים למלא גם את התנאי השני לסובלנות, אם הם יכולים להימנע מתרגום אמונתם בצדקת עמדתם לכפייתם של המחזיקים בהשקפות "מוטעות" לציית לצווים הנובעים מן האמונה "האמיתית". אבי שגיא משיב על שאלה זאת בחיוב.⁹⁶ נימוקים בעד סובלנות ניתן לחלק באופן גס לשני סוגים: מוסריים ותועלתניים. לדעת שגיא, סובלנות בהקשר הדתי, סביר להניח שתתבסס על נימוקים תועלתניים, אולם כפי ששגיא מראה יפה, ניתן לזהות יסודות בהגות הדתית שיכולים לשמש בסיס גם לנימוק מוסרי בעד סובלנות. הבה נדגים נימוק אפשרי אחד מכל סוג.

נימוק תועלתני אחד בזכות הסובלנות ובגנות הכפייה מיסוד על התפיסה שערכו של המעשה הדתי תלוי, לפחות במידה כלשהי, בהיותו מיסוד על אמונה, וכי זו איננה ניתנת להכתבה חיצונית. הטענה, במילים אחרות, היא שאין דרך לכפות מעשה דתי, שכן מעשה הנעשה בכפייה מאבד את ערכו כמעשה דתי. כפייה בהקשר הדתי הנה אפוא חסרת תועלת, ולכן אין טעם לנקטה. טיעון מוסרי אפשרי בזכות הסובלנות מבוסס על הערך של חירות האדם. על פי טיעון זה סובלנות מתבקשת מן ההכרח בחשיבותה של הבחירה החופשית – כסממן המבדיל בני אדם מיתר היצורים בעולם – שאין להגבילה אפילו אם תוביל לטעות.

93. הדיון להלן מבוסס על מאמרו של אבי שגיא (שווייצר), "הדת היהודית: סובלנות ואפשרות הפלורליזם", עיון מד (תשנ"ה) 175, והמקורות המובאים במאמר.

94. ראו: Jeremy Waldron, "Locke: Toleration and the Rationality of Persecution", *John Locke: A Letter Concerning Toleration in Focus* (John Horton, Susan Mendus — eds., Routledge, 1991) 17, p.100.

95. ראו, למשל, אליאב פלדון וברנביא (לעיל, הערה 87), בעמ' 59 ("במקורה, הסובלנות היא תולדה של אי-סובלנות, פרי דיאלקטי של פרץ הקנאות הדתית האיום ביותר בתולדותיה של אירופה" (ההדגשה במקור – ג"ס)).

96. ראו שגיא (לעיל, הערה 93), בעמ' 186.

לשני רעיונות אלו – האחד בדבר הקשר ההדוק בין אופיו הוולונטרי של מעשה לערכו הדתי, והשני בדבר השיבותה של הבחירה התופשית – שורשים בהגות היהודית והנוצרית.⁹⁷ כך או אחרת, נראה שהשאלה האמיתית איננה פילוסופית, דהיינו אם הדת יכולה באופן תאורטי להיות סובלנית, וגם לא פרשנית, דהיינו אם יש בטקסטים דתיים ביטויים בכיוון זה, אלא שאלה עובדתית, סוציולוגית-פסיכולוגית. האם אנשים דתיים עלולים להיחפך מסוכנים? לדעתנו יש סיבה טובה להניח שרעיונות מבססי סובלנות, שקנו להם שביחה בעולם המערבי המודרני, יהיו חזקים דיים לשכנע אנשי דת, לפחות אלו שגדלו והתחנכו בתרבות המערבית, להימנע מכפיית עמדותיהם, גם אם יגיעו לעמדת כוח שתאפשר כפייה.⁹⁸ Sullivan והתומכים בגישתה הולקים על ההערכה שמעריכים אנו את מידת האיום על עקרון הסובלנות מצדן של דתות במערב. לדעתם, חרף השינוי בהלך הרוחות הכללי, ונחלחלו של הלך רוחות סובלני בקרב מנהיגי דת ומאמיניה, עדיין קיים חשש ממשי שדתות ומנהיגיהן ינסו לעשות שימוש בכוחה של המדינה כדי לכפות את עמדותיהם על אחרים, אם רק יתאפשר להם.⁹⁹ שתי העמדות מבוססות אפוא בסופו של יום על הערכה. בגסיכות כאלה יש לדעתנו עדיפות להערכה האופטימית מזו הפסימית. ככלות הכול, מה שמבקשים Sullivan וחבריה להצדיק הוא הפליה לרעה של הדת, בין בהוצאתה כליל מרשימת הפעילויות הנתמכות בידי המדינה – כפי שדורש איסור מיסוד הדת בגרסתו הנוקשה,

97. ראו, למשל, שם, בעמ' 186-194; בין סמכות לאוטונומיה במסורת ישראל (זאב ספראי ואבי שגיא – עורכים, הקיבוץ המאוחד, 1997) ובפרט מיכאל צבי נהוראי, "כופין אותו עד שיאמר רוצה אני", בין סמכות לאוטונומיה במסורת ישראל (זאב ספראי ואבי שגיא – עורכים, הקיבוץ המאוחד, 1997), 364 ואביעזר רביצקי, "שאלת הסובלנות במסורת היהודית: בין פלורליזם לפטרנליזם", בין סמכות לאוטונומיה במסורת ישראל (זאב ספראי ואבי שגיא – עורכים, הקיבוץ המאוחד, 1997), 396; צבי זוהר ואבי שגיא, מעגלי זהות יהודית במסורת ההלכתית (הקיבוץ המאוחד, תש"ס), ובמיוחד פרקים 9-10. ראו גם נחום אליעזר רבינוביץ, רבקה של תורה (מעלות – פרקים מחשבת ההלכה והאקטואליה, תשנ"ט), 100-101. ("תקופתנו מאופיינת בכך שבעיני רוב הבריות ערכה של חירות הפרט גדולה מכל שאר צרכי בני אדם. תופעה זו ברכה יש בה... אף שמבחינת האמונה ושמירת המצוות דורגו לקוי וחסר ביחס לדורות עברו, העמקת תודעת חופש הפרט מהווה התקדמות מוחלטת מעבר למה שהושג בימים ההם... ככל שחווית הבחירה היא עמוקה יותר וחיונית יותר, כך צלם האלוה שבאדם שלם יותר... מי שלבטי הדור אינם זרים לו, ואף הוא עבר איתם את חווית התגלית המבקיעה לעמקי הנפש – התגלית שחופש הפרט הוא אשר בלעדיו אין טעם לחיים.")

98. שני מנהיגים אורתודוקסיים בני זמננו שכתרו לנקוט עמדה כזאת הם הרב יוסף רב סולובייצ'יק והרב אברהם יצחק הכהן קוק. ראו, למשל: Shalom Carmy, "Pluralism and the Category of the Ethical", 30 *Tradition* (1996) 145; Tamar Ross, "Between Metaphysical and Liberal Pluralism: A Reappraisal of Rabbi A. I. Kook's Espousal of Toleration", 21 *Ass'n for Jewish Stud. Rev.* (1996) 61.

99. ביטוי אותנטי לעמדה כזו ניתן למצוא בספרים כגון זה של ספי רכלבסקי, המורו של משיח (ידיעות אחרונות, 1998).

ובין, למצער, בהטלת איסור על העדפת הדת (חרף ההיתר להעדיף אופציות אחרות) כפי שדורש איסור מיסוד הדת בגרסתו ה"ניטרלית". מי שמבקש לבסס עיקרון חוקתי המפלה את הדת לרעה, נטל ההוכחה על כתפיו.

נוסף על מאזן הנטלים, הנוטה לדעתנו לרעת המצדדים בהפליית הדת לרעה, ניתן כמובן להשיב למצדדים בהפליה גם באחד משני הכיוונים שהזכרנו בראש הפרק כערוצי תשובה פוטנציאליים על הטיעון הכללי בדבר מניעת היכוך. גם כאן, שני הכיוונים שלובים למעשה זה בזה. מי שמאמין כי להשתתפותה של הדת במגרש המשחקים הפרפקציוניסטי יש גם ערך חיובי, יהיה מוכן ליטול סיכון מחושב ולהסתפק בפחות מהגנה מקסימלית. נחזור ונדגיש: **שלא כמצב ששרר במדינות אירופה בשעה שגזון לזק פרסם את חיבורו על הסובלנות, קיימות כיום בכל מדינות המערב הגנות חוקתיות מפני גילויי חוסר סובלנות, על רקע דתי, מצדה של המדינה.** בצדו של עקרון איסור מיסוד הדת, שכאמור במדינות מערביות רבות לא אומץ, מצויים עקרון חופש הדת והחופש מדת, שאומצו בכל מדינות המערב. ההגנה החוקתית על חירויות אלו נועדה להבטיח, לכל הפחות, שחברי דת שלטת לא יוכלו להצר צעדיהם של מיעוטים שאינם שותפים לאמונת הרוב. כאמור לעיל, הגנה זו כוללת לא רק איסור כפייה ממשית וישירה אלא גם הצמדת תג מחיר גבוה מדי לבחירה או להימנעות מבחירה באופציות דתיות מסוימות, כלומר איסור מיסוד הדת בגרסת איסור כפייה. מי שיוצא מנקודת מוצא שמעורבותה של הדת בדיון הציבורי בשאלות מהותיות עשויה להועיל, יתקשה להסכים להוסיף על הגנות חוקתיות אלו, גם הגנה בדמות איסור מיסוד דת נוקשה או אפילו תביעה, מחמירה פחות, לניטרליות, שאף היא כאמור מקפחת את הדת.

בין קוראי טיוטות מוקדמות של מאמר זה היו שלא השתכנעו מן הטיעון שהצגתי עד כה. יש ששאלו, למשל, אם העמדה שהצגתי עדיין בתוקף גם לאחר הפיגוע הנורא במגדלי התאומים ובפנטגון. האם אירועים אלה אינם מהווים עדות לסכנה הנשקפת לשלום מדינות התרבות ולשלום העולם כולו מן הלהט הדתי? להלן תשובתי: אין ספק שיש בעולם דתות וזרמים דתיים שבכיוון האידאולוגי-דתני-אולוגי שבתור לעצמם יש פוטנציאל מסוכן לשלום העולם. בזרמים בלתי סובלניים כאלה, אם ננקוט לשון המעטה, המדינה בוודאי אינה יכולה לתמוך. אפשרות כזאת אפילו אינה עולה על הדעת. התמודדות עם הסכנות הגלומות בזרמים כאלה מחייבת פעולה של המדינה הרבה מעבר לאיסורי התמיכה שכלולים בעקרונות חוקתיים כמו איסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית או אפילו בגרסת ההפרדה הנוקשה. איסור מיסוד הדת בשתי גרסאות אלה מחייב את המדינה למשוך את ידה, בצורה חריפה יותר או פחות, מן הפעילות הדתית, אבל הוא איננו מובע מן הדתות שפעילותן הופרטה להמשיך לפעול בתופשיות במסגרת פרטית. להפך, לדתות אלה עומדת הזכות לחופש דת כמגן מפני התערבות מצד המדינה. אולם לאלמנטים פרטיים שפעילותם או האידאולוגיה שלהם מהוות איום על שלוםם וביטחונם של אזרחי המדינה והעולם, או אפילו רק על המשך קיומם של כללי המשחק הדמוקרטיים, לא יכולות לעמוד ההגנות החוקתיות מפני התערבות. על כך אינני סבור שיש מי שיחלוק, אם כי ייתכנו מחלוקות בשאלה מתי בדיוק הופך האיום לממשי דיו כדי להצדיק התערבות ומהם האמצעים שניתן לנקוט כשהתערבות נהפכת לנחוצה ולגיטימית. השאלה שהתשובה עליה שנויה כנראה במחלוקת

משמעותית היא השאלה אם העובדה שבעבר הרחוק שימשה הדת מקור קבוע לקונפליקטים אלימים והעובדה שגם כיום אלמנטים דתיים משחקים תפקיד ביצירת איום על שלום העולם, מצדיקות הטלת מגבלה גורפת על תמיכה מעדיפה מצד המדינה, ואולי אפילו על תמיכה כלשהי בדת. את תשובתי השלילית על שאלה זו ניסיתי לבסס על שלושה טעמים: ראשית, אין לדת כתופעה מגבלה אינהרנטית לפתח צורת חשיבה והתנהגות סובלנית; שנית, קיימים זרמים דתיים רבים שהפנימו צורת חשיבה זאת לתוך עיקריהם התאולוגיים; ולבסוף, מערכות דמוקרטיות מצוידות היטב להתמודדות עם תופעות חריגות, שמקורן דתי או אחר, כך שאין צורך והצדקה בהוספת עקרון חוקתי גורף נוסף שיטפל, טיפול מונע, בדת דווקא.¹⁰⁰

3. תמיכה בדת מהווה פגיעה בכבודם של מי שאינם מאמינים

הנימוק הבא לטובת איסור מיסוד הדת, אין בו די להצדקת עקרון ההפרדה הנוקשה, אולם כותבים מספר מציגים אותו כטעם לאימוץ הפרשנות הניטרלית של איסור מיסוד הדת.¹⁰¹ הטענה היא שמיסוד של תפיסת טוב כלשהי יפגע בכבודם של מי שאינם מצרדים בה. כמו הטיעון הקודם שהצגנו, גם טיעון זה לטובת ניטרליות – הטיעון בדבר כבוד האדם – אינו מכון כלפי מיסוד הדת דווקא, אלא כלפי מיסודה של תפיסה כלשהי בשאלת החיים הטובים, שהרי ההנחה שבבסיסו היא שמיסוד של תפיסה בלשה, דתית או שאינה דתית, יפגע בכבודם של אלו שאינם מצרדים בה. נתאר תחילה את הטעם לדחייתו של הטענה הכללית ואחר כך ננסה לברר אם נותר טעם חזק לאימוצה לפחות כטעם להימנעות מהעדפתן של תפיסות טוב דתיות.

במושג "כבוד" נעשים שימושים רבים. אולם כפי שמבהיר דני סטטמן, מאותו מגוון שימושים ניתן לחלץ שתי גישות בסיסיות: כבוד במובן הקנטיאני, של ראיית האדם כתכלית ולא כאמצעי בלבד, וכבוד כיהס לא משפיל.¹⁰² כדי להתמודד עם הטיעון דלעיל

100. Sullivan חולקת על טענה זו וסבורה שרק הפרדה נוקשה תועיל לריסון הפוטנציאל ההרסני שבמתח על רקע דתי, ראו: Sullivan (לעיל, הערה 11), בעמ' 198 ("It might be objected that separation of church and state is not necessary to extinguish wars of religion; all that is needed is a state monopoly of force. But such a view would ignore the historical correlation between government partiality toward faith and the existence of religious strife").

101. הטענה בדבר הפגיעה בכבוד מושמעת כמובן בראש ובראשונה בנוגע להפעלת אמצעי כפייה. ראו, למשל: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1977), 272-273 ("Government must not only treat people with concern and respect, but with equal concern and respect... It must not constrain liberty on the ground that one citizen's conception of the good life of one group is nobler or superior to another's."). אך יש שיטענו שכל סטייה מעקרון הניטרליות, גם אם אינה מלווה בכפייה, יש בה פגיעה בכבוד.

102. דני סטטמן, "שני מושגים של כבוד", עייני משפט כד (תשס"א) 541.

גדרש דיון קצר בשתי הגישות והמתחייב מכל אחת מהן, מטבע הדברים, הדיון יהיה קצר ותמציתי.

כדבריו של סטטמן, ההנחיה המעשית, היחידה כנראה,¹⁰³ שניתן לחלץ מן המשמעות הראשונה של מושג הכבוד היא החובה שלא לפגוע באוטונומיה האנושית. ערכו המרומם של האדם לפי הגישה הקנטיאנית נובע מהיותו "יצור בעל תבונה המסוגל... להשתחרר מהדטרמיניזם הכובל בעולם הטבע".¹⁰⁴ לשון אחר, "האדם הוא בעל כבוד (dignity) בזכות יכולתו להחיים אוטונומיים, ומכאן שכיבוד האדם פירושו אי־פגיעה באוטונומיה שלו, הימנעות מלהפריע לו לעצב את חייו כפי שיחפוץ".¹⁰⁵ בדרך זו של הצגת הדברים ברורה למדי הוויקה בין הסיעון בדבר החובה להימנע מפגיעה בכבוד לעקרון חופש הדת האוסר כפייה. פחות ברורה ויקתו לפרשנות הניטרלית של איסור מיסוד הדת, שהרי ביסוסה מחייב להניח, הנחה שאיננה מובנת מאליה, כי גם העדפה שאינה עולה כדי כפייה פוגעת באוטונומיה. בין כך ובין כך איננו חייבים לעסוק בשאלות אלה כעת, שכן בסיעון בדבר גזירתו של עקרון איסור מיסוד הדת מן התביעה לכיבוד האוטונומיה האנושית נדון ממילא בהמשך, כסיעון נפרד לטובת אנטי־פרפקציוניזם,¹⁰⁶ ולכן נדלג עליו כעת ונעבור למובן השני של מושג הכבוד.

המשמעות השנייה של מושג הכבוד, כבוד כיחס לא משפיל, היא ברורה יותר. כדבריו של סטטמן, להשפלה, כמו לשאר הרגשות, יש מאפיינים אוניברסליים, שניתן ללומדם ולנתחם. מבין אותם מאפיינים של השפלה החשוב ביותר הוא "התחושה של תדרה חברתית".¹⁰⁷ הטענה תהיה כי העדפה מצד המדינה של תפיסת טוב מסוימת משדרת מסר של דחייה כלפי אלו שאינם אווזים בהשקפה המועדפת, וכך פוגעת בכבודם. סיעון זה אינו יכול לרעתנו להתקבל בקלות.

כפי שמדגיש סטטמן, היווצרותה של תחושת ההשפלה, או מידת הלגיטימיות לאחוז בה, תלויה במידה רבה בכוונותיו של הפועל. אם פלוני אינו מתכוון להעביר בהתנהגותו מסר של דחייה לאלמוני, נחלש הטעם, ועמו גם ההצדקה, לכך שאלמוני יחוש מושפל עקב התנהגותו של חברו. תובנה זו בדבר משקלה של כוונת הפוגע כמדד רלוונטי היא, על פניו, בעלת חשיבות לענייננו. ברות זאת טוען המלומד האנגלי ג'ון פיניס (John M. Finnis) כי חקיקה בענייני מוסר עשויה לא רק שלא לבטא בו אלא אפילו לבטא יחס של כבוד והערכה כלפי אותם בני אדם שמעשיהם הוצאו מחוץ לחוק. כך הדבר במקרים שבהם החקיקה נובעת מדעה שהתנהגות האסורה מבטאת תפיסה מוטעית בנוגע לכבוד האדם (במובנו

103. סטטמן מסביר כי התייחסות לאדם בכבוד לפי מובנו הקנטיאני היא "התייחסות אליו באופן הראוי לו, דהיינו, באופן הנדרש מבחינה מוסרית. אבל כדי לדעת מהו האופן הראוי לו, עלינו לפנות לאמת־מידה שונה מכבוד, אחרת נימצא טובבים במעגל" (ההדגשה במקור – ג"ס).

שם, בעמ' 547.

104. שם, בעמ' 546.

105. שם, בעמ' 573.

106. ראו להלן, פרק ג, סעיף 4.

107. סטטמן (לעיל, הערה 102), בעמ' 559.

הקנטיאני, הפעם), או אפילו פוגעת בפועל בכבוד האדם וערכו – בכבודם של מבצעה כבני אדם, כמו גם בכבודם של אחרים שעלולים להשתכנע ממעשיהם או לחקותם.¹⁰⁸ אם יסוד הכוונה משפיע על מידת הפגיעה בכבוד, נראה לכאורה שהעדפתה של תפיסת טוב מסוימת איננה יכול להישלל בקלות מטעמי פגיעה בכבוד, כל עוד היא אינה מבוססת על הסתייגות מן האחר אלא רק מן התפיסה שהוא אוהו בה, וכל שכן במקרה שבו המעדיף סבור שהכללים שמכתיבה תפיסת הטוב המועדפת יכבדו את הנוהגים לפיהם.

יש שיטענו, ובצדק, כי ההבחנה שהצענו בין הסתייגות מן האחר ובין הסתייגות מן התפיסה שהוא אוהו בה איננה תמיד משכנעת. היא במיוחד איננה משכנעת כאשר "התפיסה" שבה אוהו "האחר" מהווה מרכיב חשוב בזהותו. במקרה כזה, דחיית התפיסה קרובה מאוד לדחיית האוהו בה. או אז, העובדה שהמעדיף אינו סבור, ואינו מתכוון, שהעדפתו תשפיל את האחר אלא תכבד אותו לא רק שאינה מפתחת את ממד ההשפלה אלא מגבירה אותה, בבחינת adding insult to injury. כך, למשל, בנוגע לחקיקה האוסרת קיום יחסי מין הומוסקסואליים בין בגירים. אין ספק שרבים, ו-Finnis ביניהם, סבורים באמת ובתמים שחקיקה מעין זו מגנה על כבוד האדם. אך העובדה שהם מחזיקים בכנות בעמדתם אינה הופכת את החקיקה למשפילה פחות עבור אחרים, אלא דווקא מחדדת אותה, בהוסיפה התנשאות מוסרית לאיסור המוטל.

העובדה שהבסיס לחקיקה אינו נעוץ בזלזול או בכוונה לפגוע בכבודם של אלה המתנגדים לה, איננה שומטת אפוא, באופן אוטומטי, את הבסיס המוסרי מטענתם שהחקיקה פוגעת בכל זאת בכבודם. לפחות במקרים שבהם העניין השנוי במחלוקת מהווה מרכיב מכונן בזהותם העצמית של המפסידים, יש בסיס לטענתם בדבר הפגיעה בכבודם. כל זאת נכון, וחרף זאת, לדעתנו, טענה זו איננה בעלת משקל מספיק להצדקת אימוץ מדיניות ניטרלית. ניקח שוב את הדוגמה שבה השתמשנו לעיל, גישתה של המדינה כלפי יחסים חד-מיניים. מדינה שהרוב בה מסתייג מקיומם של יחסים כאלה יכולה לבטא את הסתייגותה בהטלת איסור פלילי לקיימם, אולם באפשרותה לבטא הסתייגות כזאת גם באמצעים קיצוניים פחות, למשל, בסירוב להעניק לקשרים מונוגמיים הומוסקסואליים מעמד שווה לזה הניתן לקשרים מונוגמיים הטרוסקסואליים.¹⁰⁹ נדמה שמידת הפגיעה בכבוד הכרוכה בכל אחת מן האפשרויות איננה זהה, ובאופן כללי נראה שככל שעצמת ההעדפה

108. ראו: John M. Finnis, "Legal Enforcement of 'Duties to Oneself': Kant v. Neo-Kantians",

Gerald Dworkin, "Equal Respect and the", 87 Colum. L. Rev. (1987) 433, p. 437. ראו גם:

Dworkin, "Enforcement of Morality", 7 Soc. Phil. & Pol'y (1990) 180, p. 189. מסיים את

מאמרו בקביעה זו: "קיים פער בין ההנחה שהמדינה מחויבת לגלות מידה שווה של רגישות

וכבוד לכלל אזרחיה, ובין המסקנה השוללת, כבלתי לגיטימית, (אפילו) כפייה מצד המדינה,

המבוססת על השקפתם של מרבית האזרחים שפעילות מסוימת היא בלתי מוסרית, מרושעת

או מוטעית. פער זה טעון מילוי". שם, בעמ' 193 (התרגום שלי – ג"ס).

109. העדפת הקשרים ההטרוסקסואליים יכולה להתבטא בסירוב מוחלט להעניק הכרה וזכויות

נלוות לקשרים הומוסקסואליים, אך היא יכולה להיות מצומצמת יותר ובמקרים מסוימים

להישאר ברמה הסימלית בלבד. כך, למשל, בארצות הברית. בהכללה גסה, ניתן לומר

של עמדה מסוימת גבוהה יותר כך מהריפה תחושת ההשפלה של מי שנמצא בצד המקופח. לכך שתי סיבות. ראשית, עצמת ההעדפה הממשלתית יכולה להיתפס כמשקפת את עצמת ההסתייגות מן הדרך שנדחתה, וכעצמת הדחייה כך עוצמת הפגיעה. שנית, עצמת ההעדפה הממשלתית יכולה להיתפס כמשקפת את מידת הכבוד שרוחשת המדינה לאזרחים בהשקפה הדתויה. שימוש באמצעי קיצוני של הטלת איסור מבטא אפס סובלנות, ואם תרצו, היעדר כבוד לעמדה, השגויה אולי, של האזרח בהשקפה הדתויה, ואילו שימוש באמצעי מעדיף קיצוני פחות יכול לבטא, בצד הדחייה, גם מידה של כבוד למי שאוחז בהשקפה הדתויה. הטיעון מן הכבוד נשקל בהקשרו של הדיון הנוכחי לא כטעם לשלילתן של פרקטיקות בופות – בכלל או בהסתמך על השקפות דתיות – אלא כטעם להטלת איסור על כל העדפה ממשלתית החורגת מן הניטרליות. נדמה, שלפחות במקרים שבהם המדינה מסתפקת באמצעי העדפה מתונים, שאינם עולים כדי כפייה, הפגיעה בכבודם של אלו הנמצאים בצד "המקופח" היא חלשה מכדי שתוכל להצדיק ניטרליות מוחלטת, אפילו כשמדובר בעניינים הנוגעים במרכיבי הזהות הבסיסיים שלהם.

כל זאת באשר לשלילת הניטרליות באופן כללי. אולם יש שיטענו שבמקרה שבו התפיסה המועדפת היא דתית, מצטרף יסוד משפיל נוסף למשוואה. כך, למשל, טוען קנט גרינאוולט (Greenawalt) שביסוסה של מדיניות על טיעונים דתיים עלול לגרום לאלו שאינם מסכימים לטיעונים אלה תחושה של פגיעה בכבודם. הם עלולים לחוש שמתייחסים אליהם כאל "אזרחים סוג ב".¹¹⁰ תחושת הפגיעה בכבוד קשורה למסר התבוני אצל המסתמכים על טיעונים דתיים, כאילו יש להם גישה לאמת הבסיסית על אודות המציאות, שאחרים, למרבה הצער, לא זכו לה:

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.¹¹¹

שבארצות הברית הושווה, במרב העניינים, מעמדם של זוגות הומוסקסואליים לזה של זוגות הטרוסקסואליים, למעט ההכרה הרשמית המלווה במתן הסטטוס "נשוי". לא במפתיע, גם הסדרים חליפיים כאלה אינם מספקים את מי שחפץ בשוויון מלא. ראו יובל מרין, "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל באלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד מינית", *המשפט* 1 (תשס"ב) 253; Yuval Merin, *Equality for Same-Sex Couples* (University of Chicago Press, 2002).

Kent Greenawalt, *Private Consciences and Public Reasons* (Oxford University Press, 1995), 132.

111. שם, בעמ' 157 (ההדגשה במקור – ג"ם).

היוםרה לאחוז בידע ייחודי מעמיקה אפוא את תחושת היעדר הכבוד השווה בקרב אלו שאינם שותפים לידע זה.

ברים, כפי שטען בצדק Perry, טיעון זה אינו משכנע שהרי גם טיעונים חילוניים רבים מציגים לכאורה את בעליהם כבעלי ידע ייחודי - על אודות טבע האדם, מבנה החברה וכדומה.¹¹² אין כל סיבה להפלות לרעה את הדת לעומת בחירות אחרות.

4. תמיכה בדת פוגעת בחופש הבחירה

הוגים ליברלים רבים אותים בדעה שאוטונומיה אישית היא הערך הליברלי המרכזי שעל המדינה מוטלת החובה לקדם.¹¹³ הטענה בדבר חשיבותה של האוטונומיה מבוססת כאמור לעיל, לפחות במסורת הקנטיאנית, על תפיסתה של האוטונומיה כמאפיין המבחין את בני האדם משאר היצורים. במסורת הדתית, יש המזהים ומאדירים כישור אנושי זה, כוח הבחירה, כצלם אלוהים שבתבניתו נברא האדם.¹¹⁴ בין כך ובין כך, עדות למקומה המרכזי של האוטונומיה בהגות הליברלית ניתן למצוא בקישור הברור שנעשה בין האוטונומיה לזכויות אדם בסיסיות, כגון חופש הביטוי וההבעה, חופש ההתאגדות והתנועה, חופש העיסוק והשמירה על אורחות חיים ייחודיים וכדומה, זכויות שאין עוררין על מעמדם וחשיבותן. את חובת ההגנה על זכויות אלו מקובל לבסס, בין היתר, על תפקידן האינסטרומנטלי בקידום האוטונומיה האנושית.¹¹⁵ כדבריו של מלומד אחד "The content of the system of basic

112. Perry (לעיל, הערה 15), בעמ' 50-51.

113. ראו, למשל: Stephen Gardbaum, "Liberalism, Autonomy, and Moral Conflict", 48 *Stan. L. Rev.* (1995-1996) 385, p. 386; Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy* (Cambridge University Press, 1988), 29-33. Raz (לעיל, הערה 70), בעמ' 429-424. הכותבים הליברליים המדגישים את ערך האוטונומיה ומבקשים לבסס עליה את כללי ההתנהגות הראויים במערכת הפוליטית משתייכים לזרם בחשיבה הליברלית המכונה "ליברליזם פרפקציוניסטי". כפי שצינו בגוף המאמר, יש כמובן הוגים ליברליים המתנגדים לביסוס כללי ההתנהגות הפוליטיים על ערך האוטונומיה, לא משום שהם חולקים בהכרח על ערכה הרב, אלא משום שהתנאי שהם מציבים ללגיטימיות של מערכת פוליטית הוא היותה מבוססת על הנחות מוצא שעשויות להיות מקובלות על הכול. כותבים אלה, שהבולט בהם הוא John Rawls, משתייכים לזרם המכונה ליברליזם פוליטי. ראו לעיל, סקסט בסמוך להערות 65-69.

114. גרסתו הדתית של הטיעון מובילה ישירות לחובת ההגנה על האוטונומיה האנושית. גרסתו הקנטיאנית צריכה לעבור בתחנת ביניים, כזאת שתבהיר מדוע המאפיין התיאורי גורר חובת הגנה על אפשרות מימוש.

115. חיבור מסוג זה מקובל למדי בפסיקת בית המשפט העליון בישראל. כך, למשל, במקום אחד טוען הנשיא ברק שחופש הדת "אינו אלא היבט של כבוד האדם" (ע"א 6024/97 שביט נ' חברא קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, בעמ' 649, פסקה 6 לחוות דעתו), מושג שאותו מפרש הוא במונחים של אוטונומיה ומימוש עצמי (ראו, למשל, בג"ץ 5688/92

liberties... will embody the conditions necessary in a given historical circumstance for the growth and exercise of powers of autonomous thought and action" ¹¹⁶ במילים אחרות, ההחשבה הרבה שאנו מחשיבים באופן אינטואיטיבי את האוטונומיה אנושית ניכרת בתובנה – הקושרת בין האוטונומיה לזכויות אדם – הרואה באוטונומיה את הערך האולטימטיבי שביסוד מערכת זכויות האדם הבסיסיות כולן.

משעמדנו על מקומה המרכזי של האוטונומיה בתרבות המערבית, עלינו לבחון מהן ההשלכות המדיניות הנובעות מן החובה לכבדה. ¹¹⁷ ההשלכה הראשונה, והמתבקשת מאליה, היא הטלת איסור על המדינה להשתמש בכוח הכפייה. המונופול על הפעלת אלימות לגיטימית הנו המאפיין הייחודי של המדינה. ¹¹⁸ ואולם העמדה הליברלית המסורתית הנה שכל שימוש מצד המדינה בכפייה או באיומים חייב לעמוד במבחן עקרון ההיזק המיליאני, אשר על פיו כל זמן שפעולתו של הפרט איננה מזיקה לאחרים, יש לאפשר לו להתחיל בחופשיות אם להמשיך בה בלי שיצטרך לחשוש מסנקציות משפטיות, כלכליות או חברתיות. ¹¹⁹ האסכולה הליברלית, שאת גישתה אנו בוחנים בראש פרק זה, מחשיבה כאמור את החירות כערך הליברלי המרכזי. אחת המשימות שנוטלים על עצמם הנמנים עם אסכולה זאת היא להסביר מדוע וכיצד ראוי להפנים את עקרון ההיזק כחלק אינטגרלי מן התפיסה הליברלית-פרפקציוניסטית תוך הצדקתו במונחים של הגנה על החירות.

לדעתו של יוסף רו (Raz), חשיבותה של החירות נובעת מהיותה תנאי הכרחי להצלחה אישית. הוא טוען, באופן העולה בקנה אחד עם המסורת הליברלית, שבחירתו של אדם במטרותיו מגדירה מהם התנאים ההכרחיים להצלחתו. ¹²⁰ כך, למשל, אדם המתחיל להיהפך לסופר, מגדיר מחדש את התנאים הנחוצים לרווחתו. קבלתה של טענה זו מוליכה למסקנה ששגשוגו האישי של אדם כרוך בהצלחתו בהגשמת מטרותיו. ¹²¹ אם יצליח בניסיונו להיהפך

ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, בעמ' 827. לביקורת על ההתמקדות ברציונל האוטונומיה כטעם להגנה על זכויות אדם, ראו סטטמן (לעיל, הערה 102), במיוחד בעמ' 579-578.

¹¹⁶ John Gray, *Liberalism* (University of Minnesota Press, 1986), 61.

¹¹⁷ לדיון נרחב בשאלת החובות הנגזרות ממחויבותה של המדינה לערך האוטונומיה ראו: Raz (לעיל, הערה 70).

¹¹⁸ ראו, למשל: Max Weber, *Economy and Society: an outline of interpretive sociology* (Guenther Roth, Claus Witt - eds., Bedminster Press, 1968), 54, p. 56.

¹¹⁹ John Stuart Mill, *On Liberty* (World Publishing, 1962), 13.

¹²⁰ Joseph Raz, "Facing Up: A Reply", 62 *S. Cal. L. Rev.* (1988-89) 1153, p. 1215. צירופה של הבחירה האישית כמרכיב מכונן בהגדרת החיים הטובים, איננו מוציא את Raz ממשפחת הפרפקציוניסטים. כדי שתיחשב פרפקציוניסטית צריכה הגדרת הטוב להיות מבוססת לא רק על העדפות אישיות, אך אין מניעה שהעדפות כאלה יהוו מרכיב בהגדרה.

¹²¹ Raz מסייג את הטעון ומבהיר כי הוא מותנה בכך שהמטרה שנבחרה הייתה ראויה. הצלחתו של אדם, הבוחר בחיי פשע, להגשים את מטרתו, אינה מובילה לשיפור באיכות חייו.

לסופר טוב, יהיו חייו טובים יותר משהיו לו לו היה נהפך לסופר גרוע, או לו נכשל לחלוטין בכתיבת ספרים. קבלתה של מסקנה זאת מובילה, לדעת Raz, למסקנה נוספת ולפיה מתן אפשרות לאדם לעסוק בחופשיות ביעדים שבהם בחר, מהווה מרכיב חיוני בדרכו להצלחה. מסקנה זאת ניתן לנסח גם באופן שלילי: הענקת חירות לאדם לפעול להגשמת מטרותיו תקדם את סיכוייו לשפר את איכות חייו, ואילו הפעלת כוח כדי למנוע אותו מלעסוק בפעילות שבה בחר תמנע ממנו את האפשרות לשפר את איכות חייו. אם חירות הנה תנאי הכרחי לשגשוגו של הפרט,¹²² המסקנה האופרטיבית המתבקשת היא שמדינה האמונה על שגשוגם של אזרחיה חייבת להימנע כמעט תמיד מהפעלת כוח או איומים כלפי אזרחיה, משום שדרכי פעולה אלה פוגעות בסיכויים להגשמת היעד של שגשוג והצלחה אישית. מדינה המחויבת לקידום האוטונומיה, חייבת אפוא להימנע מכפייתם של אזרחיה. ואולם יש הטוענים שמדינה כזאת חייבת להימנע גם מתמיכה פחות קיצונית בתפיסות טוב כלשהן. הטענה היא שעל מדינה המחויבת לערך האוטונומיה לשמור על נייטרליות בין השקפות עולם מתחרות בשאלת החיים הטובים. עמדה זאת מבוססת על ההנחה שסימון מצד המדינה של מערכת ערכים כלשהי מסדר ראשון, כבעלת ערך רב יותר מהשקפות מתחרות, עלולה להוביל פרטים לאמץ את ההשקפה המומלצת מתוך יחס כבוד כלפי האוטוריטה השלטונית, או מתוך רצון להשיג את היתרונות שהמדינה מצמידה לבחירה באותה השקפה,¹²³ דבר העומד בניגוד לעקרון החירות. ודוק, כקודמיו, גם טיעון זה לטובת נייטרליות אינו מכוון נגד מיסוד הדת דווקא, אלא נגד מיסודה של תפיסה כלשהי בשאלת החיים הטובים.

122. Raz עצמו איננו סבור שחירות הנה תנאי הכרחי, אלא רק נחוצה בתנאי החיים המודרניים. ראו דבריו בתשובה לוולדרון:

"Waldron regrets the fact that I do not regard autonomy as a universal value. But he gives no reason to think that it is a universal value. To be a universal value it must be the case that people who lack personal autonomy cannot be completely well-off, or have a completely good life. I offered my version of an essentially Aristotelian account of well-being according to which it consists in successful pursuit of worthwhile activities in a life free from repression of important aspects of one's personality. I think that there were, and there can be, non-repressive societies, and ones which enable people to spend their lives in worthwhile pursuits, even though their pursuits and the options open to them are not subject to individual choice."

שם, בעמ' 1227.

123. היחס המועדף שמעניקה המדינה לאופציה מסוימת אינו בהכרח מבטא העדפה ערכית מצד המדינה. לפעמים התמיכה נובעת מלחצים פוליטיים. במקרים כאלה הפגיעה באוטונומיה אינה נובעת מן המסר הממשלתי שאינו קיים, שכן גם האזרחים מודעים לטעמי ההעדפה, אלא מהנתונים העובדתיים הפשוטים ההופכים את האופציה הנתמכת לאטרקטיבית יותר. תודתי ליעקב בן-שמש על הבהרת נקודה זו.

הטעם לרצונה של המדינה להעניק תמיכה מעדיפה לאופציה מסוימת גובע מן האמונה שאופציה זאת נכונה יותר מן האחרות ומן ההנחה שתמיכה באותה אופציה תעודד את האזרחים לבחור בה. ואולם לפי הטענה שתיארנו זה עתה, מי שמייחס ערך לבחירה החופשית צריך להימנע מתמיכה מעדיפה, משום שתמיכה כזאת תפגע באפשרות הבחירה החופשית. יוצא אפוא שהשאלה שאנחנו מבקשים להשיב עליה היא אם מי שאוחז בשתי האמונות דלעיל, יכול לברור לעצמו דרך פעולה אופרטיבית שתישאר נאמנה לשתי האמונות. האם ניתן אופרטיבית להישאר נאמן הן לתפיסה הסבורה כי קיים נתיב אחד טוב יותר מאחרים בדרך אל החיים הטובים, והן לתפיסה הסבורה כי בחירה חופשית הנה בעלת ערך. ודוק, מוקד השאלה כאן איננו במישור האנליטי, כלומר בקשר בין ערך הבחירה האוטונומית לערך הנקיטה של הדרך "הנכונה", הגם שיש מקום וצורך לברר גם פן זה של השאלה. מוקד השאלה הוא במישור האופרטיבי. האם ניתן לאחוז בשני הקצוות, גם לעודד או לכל הפחות לאפשר בחירה אוטונומית, וגם לעודד את האזרחים לבחור באפשרות "הנכונה"?

קן טיעון אחד, שיש המנסים לנקוט אותו כדי להצדיק סטייה מניטרליות, הוא ערעור על עצם הטענה שהעדפה מצד המדינה של אופציות מסוימות אינה מתיישבת עם ערך האוטונומיה. ג'ורג' שר טוען, למשל, שהתפשטותה של התנהגות לא מוסרית עלולה לטשטש את החשיבות והתוכן שבאופציות המוסריות והנכונות וכך למנוע הכרעה אוטונומית "נכונה", וכן להפך, הצבת תג מחיר גבוה ואפילו הטלת איסור על צורות התנהגות מסוימות עשויה לקדם הכרעות אוטונומיות עתידיות בכיוון הנכון מזווית הראייה הפרפקציוניסטית המסוימת. כיוון תשובה זה מזכיר את אמרתו הידועה של בעל ספר החינוך, "אחרי המעשים נמשכים הלבבות", אבל לטעמנו הוא לוקה בשתיים. ראשית, הוא מניח הנחה שטעונה היא עצמה הוכחה ושנית, גם אם ההנחה נכונה, הוא ממשכן את האוטונומיה העכשווית לטובת אוטונומיה מובטחת בעתיד. אם לאוטונומיה ערך משמעותי, העדפה כזאת איננה מובנת מאליה.

ואולם ההכרה בכך שהעדפה ממשלתית אכן משפיעה על תהליך קבלת ההחלטות אין פירושה שלפנינו דילמה בלתי פתירה. לדעתנו, ניתן להצדיק העדפה ממשלתית אפילו לשיטתו של מי שמייחס ערך לבחירה החופשית, וזאת אם נקבל גרסה מרוככת של הטענה, ולפיה העדפותיה של המדינה אמנם משפיעות על שיקול הדעת של האזרח, אך אינן בהכרח מאיינות אותו. חברות מערביות מודרניות הנן פחות הומוגניות לעומת חברות מסורתיות בעבר, ועם זאת יהיה זה נאיבי לטעון שהפרטים במדינה המודרנית מקבלים את החלטותיהם בניתוק מוחלט מהשפעות סביבתיות. ילדים מושפעים מהוריהם וממוריהם, וגם בני אדם בוגרים מושפעים מן הדעות הרווחות בחברה שבה הם חיים. האם משמעות הדברים היא שהפרטים (אפילו) בעולם המודרני מנועים מלהחליט החלטה ריבונית? תשובה חיובית לשאלה זאת, פירושה המעשי הפיכתו של ערך החירות לאידאל שאינו בר השגה.¹²⁴ לטעמנו, ניתן להשיב על השאלה בשלילה. תשובתנו השלילית תבסס עצמה על

124. כפי שיעקב בן-שמש העיר לי, בצדק, תפיסה כזאת של חירות לא רק שתהפוך תירות לערך שאינו בר השגה אלא תהפוך אותה למושג חסר מובן. האדם הוא הרי לא אוסף הבחירות

שני ראשים: הראשון, הגדרת חירות בערכים יחסיים ולא בערכים מוחלטים, והשני הערכה שונה ואופטימית יותר של עמידותה של רוח החירות האנושית בפני השפעות חיצוניות. נבאר שני ראשים אלו לפי הסדר.

קשה לדמיין מצבים של חירות מוחלטת או היעדרה. מחד גיסא, רק במקרים קיצוניים ניתן לתאר בני אדם כנטולי חירות לחלוטין, ומאידך גיסא, לנוכח קיומן של השפעות חיצוניות כאלה ואחרות, ספק אם ניתן לדבר על מצב של חירות מוחלטת. נדמה שמרבית בני האדם ממוקמים בציר החירות אי שם בין הקצה של חירות גמורה להיעדרה המוחלטת. אותה יחסיות אינה רק פרי ההשפעות החיצוניות שלהן חשופים כל בני האדם בחברה המודרנית, היא גם תוצר של הרקע השונה ונסיבות החיים של כל אדם ואדם. ניקח לדוגמה שני צעירים מסיימי תיכון, שניחנו בנתונים שווים מבחינה אינטלקטואלית להצליח במסלול האקדמי לקראת רכישת כל מקצוע שבו יבחרו, אך בעוד אחד מהם הוא בן למשפחה בעלת אמצעים, השני הנו יתום עני המטופל בכמה אחים צעירים. הגם שלשניהם ניתנת חירות פורמלית לבחור את נתיב חייהם, נדמה שלא יהיה זה נכון לטעון שחירותם שווה במידתה, משום השוני במצבם הכלכלי ובמחויבויותיהם המוטריית.¹²⁵

לתובנה זאת, ולפיה נכון יותר למדוד חירות בערכים יחסיים, בגלל קיומם של גורמים חיצוניים, המשתנים מאדם לאדם, והמשפיעים על מידת החירות השמורה לכל אדם, ראוי לדעתנו לצרף הנחה נוספת בדבר מידת עמידותם של בני האדם בפני השפעות חיצוניות, כמו גם בדבר מידת יכולתם להתגבר על נסיבות חיים מגבילות חירות. באופן ספציפי, נדרשת הערכה מחודשת, מאוזנת יותר, של השפעת פעילותה של המדינה על חירותם של האזרחים. נדמה שאין ספק כי בחירתה של המדינה בצורות חיים מסוימות כמועדפות פוגעת באוטונומיה של אזרחיה. יש גם היגיון בטענה שמעמדה האוטוריטטי של המדינה מעניק להעדפותיה משקל רב מבחינת השפעתן על שיקול הדעת העצמאי של האזרח, אולי רב יותר משל כל גורם אחר. אך עם זאת נדמה שבדומה לגורמי השפעה אחרים, גם מעורבותה של המדינה איננה שוללת לחלוטין את אפשרות הבחירה החופשית, אלא מגבילה אותה בלבד.

מדינה המחויבת לערך האוטונומיה איננה חייבת אפוא לשמור על ניטרליות מלאה, ומותר לה להביע דעה אוהדת על אופציות מסוימות ואף לספק תמריצים לאימוצן. הטעם לכך הוא שכשם שקיומם של תמריצים לאמץ אופציות מסוימות או לדחותן, הנובעים ממקורות שאינם המדינה, לרבות נתונים הסובייקטיביים של האזרחים השונים, איננו שולל מן האזרחים בדרך כלל את היכולת להכריע הכרעה אוטונומית, כך גם פעולת ההעדפה מצד המדינה, שאיננה עולה כדי כפייה עקיפה, איננה שוללת את חופש הבחירה

החופשיות שלו. האדם הוא בראש ובראשונה אוסף ההשפעות הסביבתיות עליו. רק משנבנה אדם על בסיס "השפעות סביבתיות" אלה, יכול הוא להפעיל את חירותו לבחור. בשלב זה הוא יכול, לעתים, לדחות חלק מההשפעות הסביבתיות שעיצבו את זהותו, אך גם אז סביר להניח שההכרעות האלה תהיינה אף הן במידה רבה תוצרים של "השפעות סביבתיות" אחרות.
125. לטענה שחירות נמדדת במונחים יחסיים ראו: Raz (לעיל, הערה 70), בעמ' 373.

של האזרת. נמצא אפוא שעל השאלה שהעלינו לפני מספר פסקאות ניתן להשיב בחיוב. מדינה המייחסת ערך רב להכרעה אוטונומית, אך בד בבד סבורה שבחירות מסוימות הנן בעלות ערך רב יותר מבחירות אחרות (או שבחירות מסוימות בעייתיות במיוחד) יכולה לבטא נאמנות לשני יעדיה, לאפשר לאזרחיה לכלכל את צעדיהם באופן אוטונומי ובאותה עת לעודדם לבחור נכונה.¹²⁶

מדינה המחויבת לערך האוטונומיה איננה חייבת לשמור על נייטרליות מלאה, אך מכאן לא נובע שכל דרכי ההעדפה וכל המינונים שלה הנם לגיטימיים. כפי שצינו לעיל, מדינה האמונה על ערך החירות חייבת בדרך כלל להימנע מלהפעיל כוח או איומים כאמצעי לנתב את אזרחיה לבחירות הנראות בעיניה ראויות. אולם לדעתי, במדינה המייחסת חשיבות עליונה לאוטונומיה יש לצמצם עוד יותר את מתחם הלגיטימיות של תמיכה מעדיפה. את איסור הכפייה יש לפרש בהקשר זה לא רק במובנו המצומצם, קרי איסור להשתמש בכוח או איום בשימוש כזה, אלא במובן רחב יותר, האוסר להצמיד תג מחיר גבוה מדי לבחירה באופציות שאינן נתמכות בידי המדינה. ודוק, תג מחיר גבוה אינו נמדד במונחים של היקף התמריץ בלבד. ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם המדינה אינה מספקת תמריץ סובסטנטיבי – שלילי או חיובי – לטובת בחירה מסוימת וחרף זאת התערבותה בוטה

126. בהקשר האמריקני התעוררה שאלת גבולות הלגיטימיות של העדפה ממשלתית בעניינים שאינם נוגעים לדת (ענייני הדת מטופלים בתיקון הראשון לחוקה, במסגרת עקרון איסור מיסוד הדת, והכללים שלהם מחמירים יותר) ב-West Virginia State Board of Education v. Barnette et al., 319 U. S. 624, 63 S. Ct. 1178 (1943). באחת האמירות המצוטטות ביותר בתולדות בית המשפט העליון האמריקני קבע השופט Jackson כדלקמן:

"If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act their faith therein."

(ההדגשה שלי – ג"ס). ראו שם, בעמ' 64. לכאורה בנוסחו הנוכחי אוסר העקרון לא רק את כפייתן של אמונות וערכים אלא אפילו את הצגתן כאמיתות שהמדינה מחזיקה בהן. במילים אחרות, הוא מחייב נייטרליות ממשלתית גמורה. ואולם כפי שמציין Steven Shiffrin, בפועל עושה בית המשפט האמריקני שימוש באיסור רק בעניין אמיתות מתחום הדת, ואילו בעניין אמיתות בעניינים אחרים הוא מסתפק באיסור כפייה. ראו: Steven H. Shiffrin, "Liberalism and the Establishment Clause", 78 Chi.-Kent L. Rev. (2003) 717. במאמר אחר שהתפרסם באותה חוברת, טוען Steven Smith כי עמדה כזאת, המחייבת נייטרליות גמורה, איננה ניתנת ואיננה ראויה להגנה. עוד הוא טוען כי גם הניסיון לצמצם את האיסור לענייני דת בלבד אינו מתיישב מבחינת הקשרו עם הנסיבות וההכרעה בפסק הדין ואף איננו ניתן להגנה. לפיכך מציע Smith להחליף את המלה or, שהדגשנו בציטוט, במילה and כך שהאיסור יחול רק על כפייה ולא על העדפה שאינה עולה כדי כפייה. ראו: Steven D. Smith, "Barnette's Big Blunder", 78 Chi.-Kent L. Rev. (2003) 625.

ועוברת את הקו האדום. למשל, לדעתי, מדינה המנהלת מסע תעמולה שבמרכזו הסיסמה "הדת שייכת לעבר, אנשים מודרניים משתמשים בשכלם כתחליף", איננה כופה חילון, אך היא יוצרת אווירה עוינת לדת במידה שעשויה להותיר אנשים דתיים בפני שתי אפשרויות, להפוך חילונים במחיר בגידה בערכים שהם מאמינים בהם או לדבוק באמונותיהם תוך ויתור על כבודם או על המעמד הציבורי שממנו הם נהנים. כאן ההעדפה מצד המדינה באה לידי ביטוי ברטוריקה בלבד, בלי שמתלווה אליה טובת הנאה ממשית כלשהי. אף על פי כן, גם כאן נדרשים האנשים, שבותרים שלא לישר קו עם מדיניות הממשלה, לשלם מחיר כבד בגין בחירתם, דבר המהווה לדעתנו פגיעה בלתי לגיטימית בחירותם בתחום הדת.¹²⁷

קביעה זאת נכונה כמובן גם בנוגע לפעילות ממשלתית הפוכה. מדינה המנהלת מסע תעמולה שבמרכזו הסיסמה "חילון מביא לידי אבדן ערכים ומגביר את הפשיעה", איננה כופה דתיות, אך היא יוצרת אווירה עוינת לחילוניות באופן שעשוי להותיר אנשים חילוניים בפני שתי אפשרויות, לקבל את מצוות הדת בניגוד לצו מצפונם או לדבוק בחילוניותם במחיר אבדן כבודם או מעמדם. במדינה המטפחת את ערך החירות בתחום הדת יש לשלול סוג כזה של תעמולה משום שהוא חורג מקו הגבול המינימלי לשמירה על ערך זה.

את התובנה שכיבוד ערך האוטונומיה אינו מחייב את המדינה להימנע לחלוטין מלהיכנס למגרש המשחקים הפרפקציוניסטי, אך הוא מחייב הצבת קו גבול להתערבות שיכלול יותר מאיסור כפייה במובן הצר של המלה, צריך וניתן לתרגם למונחים חוקתיים. איסור מיסוד הדת, במובנו כאיסור כפייה, יכול לתת ביטוי לתובנה זאת בהקשר של הבחירה הדתית. ודוק, איסור כזה יהיה רחב יותר בהיקפו מן המגבלה שכבר כלולה בחופש הדת ובחופש מדת. מכיוון ששתי הזכויות הללו אינן מבוססות על ערך האוטונומיה הכללי, אלא על חירויות ממוקדות יותר, גם היקף פריסתן יהיה ממוקד יותר מאיסור מיסוד הדת כאיסור כפייה. הדברים בולטים במיוחד אם נתבונן בחופש הדת ובחופש מדת כנגזרות של חופש המצפון. חופש הדת, במובנו כחופש המצפון מגן על האדם הדתי בכל האמור בזכותו לקיים את צווי הדת (עשה ולא תעשה). החופש מדת במובנו כחופש המצפון מגן על האדם החופשי מפני השתתפות כפויה בריטואלים. שתי הזכויות הללו מתמקדות אפוא בהיבטים מסוימים מאוד של הפרקטיקה הדתית. לעומת זאת, איסור מיסוד הדת כאיסור כפייה יאסור כל תמיכה מעדיפה מופרזת בהקשר הדתי, גם אם על הפרק לא עומד צו דתי שיש למלא או ריטואל דתי שממנו מבקשים להימנע.

איסור מיסוד הדת כאיסור כפייה ניתן להצדקה, ואיננו חוזר על מה שכבר מוגן במסגרת ההגנות החוקתיות האחרות בתחום הדת. ובכל זאת, ספק אם יש בו צורך. נבחר. בדיון שקיימנו במאמר בעניין חופש הדת, טענו כי לנוכח אפשרות הרדוקציה של הזכות לעקרונות חוקתיים אחרים, קרי חופש המצפון והזכות לתרבות, אין עוד כל צורך והצדקה

127. לניסוח דומה של הטענה ראו: Kent Greenawalt, "Religious Law and Civil Law: Using Secular Law to Assure Observance of Practices with Religious Significance", 71 S. Cal. L. Rev. (1997-1998) 781, p. 826. ("condemnation of the views of a minority, say by a public display that portrays a faith as primitive or degrading, will send the forbidden message even more directly than the more benign endorsement of the majority's position").

לקיומה העצמאי. הסברנו ש"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".¹²⁸ דברים דומים ניתן לומר גם בנוגע לאיסור מיסוד הדת כאיסור כפייה, כאמור, הטעם להרחבת איסור המעורבות המדינתית בשאלת הטוב, מעבר לאיסור הכפייה בכוח או באיומים, הוא ההכרה בחשיבות האוטונומיה. ואולם אם ערך האוטונומיה נראה בעינינו מרכזי וחשוב דיו, יש להגן עליו במסגרת החוקה. מעת שעקרון האוטונומיה מוגן בחוקה, מתייתר הצורך לעגן בחוקה עיקרון נפרד לשם הגנה על האוטונומיה בתחום הדת דווקא.¹²⁹ וגם כאן מדובר לא רק בחיסכון מושגי אלא גם בבעיה נורמטיבית.

הטענה שביקשתי לבסס עד כה הייתה שהגנה על ערך האוטונומיה איננה מחייבת ניטרליות ממשלתית בשאלות הטוב בכלל ובענייני דת בפרט. ואולם יהיו שיטענו כי גם אם תמיכה ממשלתית בדרכי חיים מסוימות אינה שוללת את חופש הבחירה, ולכן בדרך כלל כיבוד ערך האוטונומיה אינו שולל העדפה מצד המדינה של אופציות מסוימות,

128. סטטמן וספיר (לעיל, הערה 11), בעמ' 34.

129. במאמרנו בעניין חופש הדת והחופש מדת (סטטמן וספיר (לעיל, הערה 11)), ציינו כי למי שמקבל את הרציונל של הזכות לתרבות לביסוס חופש הדת יש אולי טעם מעשי אחד להמשיך קיומו הנבדל של חופש הדת, לפחות לעת עתה. ההכרה בזכות לתרבות במשפט הליברלי חדשה יחסית, ומעמדה המשפטי עדיין אינו מבוסס דיו. גם במשפט הישראלי טרם קנתה זכות זו שביתה. ראו, באחרונה, בג"ץ 4112/99 עראלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393. לדיון בפסק הדין ראו אילן סבן, "קול (דו-לשוני) בודד באפלה? בעקבות בג"צ 4122/99 עראלה נ' עיריית תל-אביב-יפו", עיוני משפט כז (תשס"ג) 109; גרשון גונטובניק, "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל", עיוני משפט כז (תשס"ג) 23, בעמ' 67-70. עד שכך יקרה, מוטב להותיר את חופש הדת כזכות עצמאית. ראו ספיר וסטטמן (לעיל, הערה 11), בעמ' 34, הערת שוליים 108. בכל האמור באיסור מיסוד הדת טעם מעשי כזה אינו קיים. שהרי מחד גיסא, איסור מיסוד הדת אינו כלול כלל בחוקה הישראלית, הכתובה או הבלתי כתובה. הזכות לאוטונומיה, לעומת זאת, קונה לעצמה שביתה בשנים האחרונות במשפט החוקתי הישראלי כזכות על. ראו באחרונה בג"ץ 9596/02 פיצוי נמריץ-המומחים למימוש זכויות רפואיות וביטוחים נ' שר המשפטים (טרם פורסם), פסקה 6 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') תיאודור אור (הזכות ל)"אוטונומיה... מהווה... עקרון יסודי בשיטתנו המשפטית, והיא מעוגנת כיום בהוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו"; בג"ץ 4330/93 גאנב נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, בעמ' 233-234, פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא ברק. למעשה הזכות לאוטונומיה מאיימת לבלוע את כל הזכויות האחרות, דבר שבא לידי ביטוי בהתחזקות רציונל האוטונומיה במרכיב הבסיסי בכל אחת מהן. כך, למשל, בעניין חופש העיסוק וחופש הביטוי. בנסיבות אלה, אין כל היגיון בהצעה להוסיף לחוקה גם הגנה נפרדת לאוטונומיה בענייני דת.

כיבוד ערך האוטונומיה מחייב את המדינה להימנע בכל זאת מקידום האופציה הדתית. וכל כך למה? משום שהדת במהותה מחנכת לציות לאוטוריטה חיצונית ומתנגדת לרעיון חופש הבחירה האישי. תיאור כזה של הדת נשמע לא אחת לא רק מפיהם של הוגי דעות ליברלים א־דתיים או אנטי־דתיים, אלא גם מפיהם של הוגים דתיים.¹³⁰ הללו מציירים תמונת עולם דיכטומית ולפיה המאבקים העכשוויים בשאלות מוסר ותרבות ניטשים בין תפיסות מסורתיות של אמונה באל ובין ליברליזם מודרני, או בין השקפה דתית לחילונית, כשהבריה התיכון של אותם מאבקים נסב על שאלת חשיבותה של האוטונומיה האנושית. אינני מקבל תפיסה זו. לעומת העמדה המובעת על ידי הוגי דעות דתיים שמרנים מזה,¹³¹ וליברלים חילונים מזה,¹³² אין להבנתי ניגוד מוחלט בין נאמנות לאוטונומיה ובין נאמנות לקוד המוסרי הדתי הקשית. בהצגת עקרון החירות האישית יש להימנע מן ההפרזה האינטלקטואלית, שלפיה תנאי להגדרתה של התלטה כאוטונומית הוא היותה פרי רציונליות ביקורתית,¹³³ ובה בעת יש להימנע מפשטנות היתר התופסת דתיות כמייצגת ציות עיוור, נטול ביקורתיות, למערכת הוקים בלתי הגיונית. גם האדם הדתי יכול לחיות וחי בפועל חיים אוטונומיים.¹³⁴

טענתנו, שמדינה החפצה לשמור על האוטונומיה של אזרחיה חייבת להימנע מכפייה – כשאיסור הכפייה מתפרש בצורה רחבה – אך רשאית לנקוט אמצעי תמיכה קיצוניים פחות בדרכי חיים מסוימות, משמשת מטרה לביקורת, הניתנת לניסוח במונחי סכנת "המדרון

130. ראו דניאל סטטמן ואברהם שגיא, דת ומוסר (מוסר ביאליק, תשנ"ג), פרק ז. סטטמן ושגיא מציינים כי "לתפיסה זו של הדת, המעמידה במרכז את מושג הציות, יש מסורת ארוכה". שם, בעמ' 210.

131. ראו: David M. Smolin, "Regulating Religious and Cultural Conflict in a Postmodern America: A Response to Professor Perry", 76 Iowa L. Rev. (1991) 1067, p. 1096 ("there is 'stark contrast between loyalty to autonomy and loyalty to God's fixed moral code'").

132. ראו, למשל: Sullivan (לעיל, הערה 11).

133. ראו Raz (לעיל, הערה 70) בעמ' 371.

134. כפי שמסבירים סטטמן ושגיא, יש יסוד הגיוני לטענה שאימוץ תפיסה דתית עשוי לא רק להתיר אלא אפילו לחייב הפעלת שיקול דעת אוטונומי. ובלשונם: "דומה שהאל אף מעוניין שהאדם ישתמש בכשריו השכליים, שאם לא כן, לשם מה ברא אותם? לומר שהאדם צריך לוותר על כישוריו הרציונליים ולפעול מתוך ציות בלבד, פירושו, להטיל פגם במעשה הבריאה של האל, שיש בו כביכול דברים מיותרים". סטטמן ושגיא (לעיל, הערה 130), בעמ' 221. לדיון במקומה של האוטונומיה בתגות ובהלכה היהודית, ובמתח בינה ובין מקומה המרכזי של הסמכות (האלוקית או הרבנית) בחיי הדת, ראו הקובץ בין סמכות לאוטונומיה (לעיל, הערה 97). בסיום פרק המבוא לקובץ מציינים העורכים, ספראי ושגיא, כי "התמונה המתקבלת מקריאת המאמרים איננה של תמיכה בסמכות מוחלטת, אך גם לא של קריאה לאנרכיה דתית. האוטונומיה של איש האמונה וההלכה תחומה במסגרת חובתו הדתית ואחריותו כלפי הקב"ה ובראיו. האיוון שבין הסמכות לבין האוטונומיה הינו אתגר דתי ראשון במעלה, שנוגע לכל אדם מישראל...". שם, בעמ' 30.

החלק"ק". החשש שמטריד את מציגי הביקורת הוא שמה שמתחיל כהעדפה בלבד יסלים ויוביל לבסוף לשימוש בכוח הכפייה מצדם של המחזיקים בתפיסת החיים המועדפת.¹³⁵ המחזיקים בטענה זו מבקשים למצוא ביסוס לחששם בכך שהגבול המפריד בין כפייה להשפעה ניתן להיחצות בקלות.¹³⁶ ככל שהחשש הוא מפני גלישה לכפייה, נדמה שניתן להביא ראיות אמפיריות להפרכתו מכמה מדינות אירופיות אשר סוטות מעמדה ניטרלית כלפי הדת אך שומרות בקפדנות על הגבול שבין העדפה לכפייה.¹³⁷ ואולם את החשש ניתן למקד גם במידת הישימות של המבחן המוצע כמדד. הטענה תהיה שההבחנה בין רמות ואופנים שונים של העדפה היא בלתי מעשית, וזאת משום שלא ניתן – כך נטען – להציע קו מנחה עקיב ליישום מושגים מעורפלים כמו "כפייה עקיפה" או "כפייה פסיכולוגית" שנעשה בהם שימוש לצורך הגדרתה של כפייה במובן הרחב. לדעתנו, טיעון זה אינו משכנע, לא משום שאין בו עצמו מידה מסוימת של אמת, אלא משום שניתן היה להעלותו לא רק כנגד הצעתנו אלא גם כנגד מודלים אחרים שהוצעו בשאלת תמיכת המדינה בדת. ספק בעינינו אם מבחן כלשהו לקביעת המותר והאסור בתחום התמיכה הממשלתית בדת מציע קווים מנחים ברורים וקלים ליישום, והניסיון האמריקני בעניין יוכיח.¹³⁸ לאמתו של דבר, ספק אם קיים עיקרון חוקתי כלשהו שניתן לתרגם לשפת המעשה בצורת מבחן פשוט ונוח להפעלה. עובדות אלו אינן מונעות מן המחוקק ומבית המשפט לנסות לאמץ מבחנים ראויים להתלת אותם עקרונות בנסיבות העניין, תוך שימוש בדרך פעולה קוואליטטית והפעלת מידה לא מבוטלת של שיקול דעת שיפוטי. לנוכח חוסר האפשרות לנסח מבחנים פשוטים, קלים ליישום, שבה ומתעוררת השאלה המהותית: האם קיימים ניואנסים גופפים, מבחינת התנהגותה של המדינה, במרווח שבין ניטרליות לכפייה במובן הצר? אם ניואנסים

135. ראו, למשל: Douglas Laycock, "Religious Liberty as Liberty", 7 J. Contemp. Legal Issues (1996) 313, p. 321.

136. ראו, למשל שם; ראו גם Gey (לעיל, הערה 27), בעמ' 492: "[T]he term coercion is open to a wide range of definitions, each leading to very different results" (ההדגשה במקור – ג"ש).

137. ראייה נוספת ניתן להביא מן המצב בארצות הברית בתקופה שקדמה לקבלת התיקון ה-14 שהרחיב את תחולת איסור המיסוד שבתיקון הראשון, שחל במקור רק על המימשל הפדרלי, גם בנוגע למדינות. ראו Smolin (לעיל, הערה 131), בעמ' 1093: "Religious conflict has not generally threatened the temporal peace in America, despite the fact that colonies and states exercised de jure and de facto establishment of religion from the colonial era until World War II".

138. תומכי הגרסה הניטרלית לאיסור מיסוד הדת אמנם טוענים שהיא קלה ליישום. ראו, למשל: Mark Tushnet, "Of Church and State and the Supreme Court: Kurland Revisited", 1989 Supreme Court Review (1989) 373, p. 400 ("stating that formal neutrality would be a 'rigid and easily applied test'"). ואולם, כפי שמדגים בבירור McConnell, טענה זאת איננה נכונה. ראו: Michael W. McConnell, "Accommodation of Religion: An Update and a Response to the Critics", 60 Geo. Wash. L. Rev. (1991-1992) 685, p. 738.

כאלה קיימים, דחייתה של דרישת הניטרליות אינה מחייבת לאמץ איסור כפייה במובן הצר כסטנדרד הראוי בשאלות דת ומדינה, ואזי שבה ומתעוררת השאלה היכן, במתחם שבין ניטרליות לכפייה במובן הצר, ראוי למתוח את הגבול. בדיוננו עד כה תיארנו בקווים כלליים את מיקומו הראוי (לדעתנו) של הקו.

5. על מומחיות, מגוון ותועלת

את שלוש הטענות האחרונות לטובת ניטרליות נוכל לסקור בקיצור.

מומחיות

הטענה לניטרליות בשל היעדר מומחיות קושרת בין כישורים ובין מידת הלגיטימיות שבהכרעה. הנחת המוצא היא שיש להתיר למדינה להכריע רק בעניינים שבדונה בהם יש להניח כי תוכל להגיע לבחירה הנכונה. הטיעון הוא שלמדינה אין כל כישורים למצוא את התשובה הנכונה בשאלת מהות החיים הטובים, ועל כן אין גם כל הצדקה להעניק לה את הפריבילגיה להכריע בעניין. ג'ון לוק ניסח את טיעונו בדבר חופש הדת בכיוון זה:

הדרך היחידה, הצרה, לשמייס אינה ידועה טוב יותר לממשל
משהיא ידועה לאנשים פרטיים, ועל כן לא אוכל ללכת בעקבותיו
שהרי הוא אינו מכיר את הדרך טוב ממני, ואשר ודאי שפחותה
דאגתו לגאולתי הוודאית מדאגתי שלי.¹³⁹

כדי להצליח, על הטיעון נגד מעורבות המדינה בשאלת החיים הטובים להניח כי לפרטים סיכוי טוב יותר ממדינה למצוא את התשובה הנכונה. בדבריו של לוק שצוטטו לעיל טעם אחד התומך בהנחה זו. במסתו המפורסמת של ג'ון סטיוארט מיל, על החירות, מובא טעם נוסף. נתאר את שני הטעמים בקצרה.¹⁴⁰ מיל טוען כי החיים הטובים מבוססים גם על מצבו המסוים של הפרט, יכולותיו, צרכיו מגבלותיו והעדפותיו ואלו ידועות לו טוב יותר מלמדינה.¹⁴¹ זאת ועוד, מיל ולוק מסבירים כי סיכויי ההצלחה בבחירת המדיניות תלויים במידת המוטיבציה של המחליט להצליח בהחלטותיו, וגם כאן לפרט יתרון על המדינה.¹⁴²

139. לוק (לעיל, הערה 19), בעמ' 59.

140. אופן הצגתם של הטיעונים כאן כמו גם ניסיון הפרכתם מושפע מן הניתוח המוצע בספרו של Sher (לעיל, הערה 81), בעמ' 128-138.

141. "כשהחברה נכנסת לתחומי [של הפרט - ג"ס], וכשהיא מבטלת את שיקול־דעתו ואת שאיפותיו בדברים שבינו לבין עצמו, יכולה היא לעשות זאת רק על יסוד השערות כלליות; ואלה אפשר שתהיינה בלתי־נכונות בהחלט, ולו אף תהיינה נכונות, גם אז אפשר ואפשר שבמקרים פרטיים ישתמשו בהם בני־אדם שלא כהלכה, היות ואינם מבינים את מסיבות המקרים האלה אלא עד כמה שיכול להבינם מי שמסתכל בהם אך ורק מבחוץ". ג'ון סטיוארט מיל, על החירות (מאגנס, תשכ"ז), 137.

142. "האדם בעצמו הוא המעוניין ביותר באושרו הפרטי. לעומת התעניינותו בו בעצמו, כאין וכאפס היא מדת ההתעניינות שיכולה להיות בו לכל בני־אדם וזלתי". שם, בעמ' 136.

כשמדובר בהחלטות בעניינים אחרים, כלכליים למשל, למדינה מוטיבציה מיוחדת להצליח משום שאת תוצאות החלטותיה ניתן להעריך בקלות. לעומת זאת סוגיית החיים הטובים מעורפלת הרבה יותר ולכן גם מידת ההצלחה איננה קלה לבדיקה. משום כך, אין למדינה אינטרס חזק להצליח, וזאת להבדיל מהאזרח שחייב הם העומדים כאן על הפרק. גם טיעון זה אינו מצדיק לדעתי אימוצה של ניטרליות מצד המדינה בשאלת החיים הטובים. הלא אין הטענה שהמדינה איננה יכולה להגיע לתובנות נכונות בדבר החיים הטובים אלא שהיעדר גישות קלה למידע והיעדר תמריץ להצליח מעוררים חשש שלא תגיע להכרעות נכונות. אולם אם מדובר בחשש, נדמה שלכל היותר הוא צריך להטיל על המדינה תובת זהירות מיוחדת – להבדיל מאיסור מוחלט – שתחייב אותה לבחון את השאלות שעל הפרק בצורה יסודית בטרם תגיע להחלטה. ניתן לחשוב על מנגנונים פוליטיים שיחייבו את המדינה לנמק היטב את העדפותיה אם הן מבוססות על השקפות פרפקציוניסטיות בשאלת החיים הטובים. זאת ועוד, לדעתי, החשש מפני טעויות מצד המדינה הנובעות מבורות או מחוסר אכפתיות, כמו גם ההנחה הסמויה בדבר יכולתם של פרטים למצוא את הגתיב הנכון (בעבורם) בכוות עצמם, נראים בעיני מופרזים מעט. אשר למדינה, סוף סוף ההחלטות במערכת דמוקרטית מבוססות על מצרף השקפותיהם של הפרטים, דבר המשפר הן את איכות המידע הרלוונטי והן את המוטיבציה של מקבלי ההחלטות להחליט נכון. אשר לפרטים, גם אם לא נגלוש בצורה מוחלטת לעמדה פטרנליסטית, נדמה שהניסיון המצטבר בדבר התנהגותם של פרטים רבים, דווקא במערכות הקרובות לאידאל הניטרלי, מחליש מעט את ההנחה בדבר מחויבותם המלאה של פרטים לאושרם שלהם. ודוק, נימוקי הנגד שהובאו זה עתה אינם מוליכים לדעתי למסקנה שחששותיו של מיל הם חסרי בסיס אלא רק לכך שהמסקנה שמבקשים להסיק ממנה קיצונית מדי.

מגוון

הטענה בדבר קיומו של מגוון אפשרויות "טובות" גם היא איננה יכולה לעמוד בבסיס גישה ניטרלית. קבלתה איננה מובילה למסקנה שעל המדינה לשמור על ניטרליות כלפי כל האפשרויות המתחרות. אנטי־פרפקציוניזם קיצוני כזה ניתן היה להצדיק רק אם היינו גורסים ששום דרך חיים אינה עדיפה מדרך חיים אחרת. ואולם קשה לחשוב על פילוסוף פוליטי רציני שיטען טענה ממין זה.¹⁴³ זאת ועוד, הטענה בדבר קיומו של מגוון היא עצמה איננה מספקת לנו מידע בדבר המרחב של הבחירות שביניהן אין כל עדיפות. מכאן, שאין מניעה עקרונית לאמץ עמדה פרפקציוניסטית בלי שזו תנגוד את טענת המגוון. השופט האמריקני Joseph Story הביע בראשית המאה ה-19 את דעתו ולפיה מטרתו של

143. גם Raz, שכפי שהסברנו לעיל מייחס ערך עליון לאוטונומיה, קובע כמעט כמובן מאליו שאוטונומיה הנה בעלת ערך רק אם הבחירה היא באופציה בעלת ערך מבחינה מוסרית. בחירה באופציה בלתי מוסרית לא רק שאינה בעלת ערך עצמאי אלא שהיא הופכת את המעשה לגרוע יותר משהיה לו היה נעשה באופן בלתי אוטונומי. ראו: Raz (לעיל, הערה 70), בעמ' 380-381.

עקרון איסור מיסוד הדת שבחוקה האמריקנית הייתה "to exclude all rivalry among Christian sects, אך בה בעת "Christianity ought to receive encouragement from the state"¹⁴⁴ לכאורה אפילו גישה פרפקציוניסטית צרה זו עולה בקנה אחד עם טענת הפלורליזם המוסרי, בהכלילה במסגרת הבחירות המועדפות את כל הזרמים הנוצריים. גם אצל כותבים מודרניים נוכל למצוא עמדות שיש בהן ערבוב של פלורליזם מוסרי עם גימה פרפקציוניסטית מובהקת. כך, למשל, טוען רוברט ג'ורג' (George), מן הבולטים שבמחנה משפט הטבע, כי ישעיה ברלין צודק בביקורתו על מסורת החשיבה של אריסטו ותומס אקווינס שסירבה להכיר בקיומו של מגוון צורות של טוב, ולכן גם בקיומו של מגוון בחירות ראויות. לפיכך סבור George כי המחוקק רשאי להגביל רק מספר מצומצם של בחירות, אלו שאינן עולות בקנה אחד עם אף צורת חיים ראויה אחת מבהינה מוסרית.¹⁴⁵ עמדה כזאת איננה מונעת מ-George לקבוע שמערכות יחסים הומוסקסואליות אינן ראויות ולכן על המדינה לגנותן.¹⁴⁶

הועדר תועלת

טיעון זה בזכות הניטרליות כקודמו נוסח במקור בידי לוק בהקשר של כפייה בתחום הדת, אולם לכאורה הגיונו תקף גם בעניין העדפה שאינה כרוכה בכפייה. כפי שכבר נאמר לעיל, לוק טען כי "דת אמת, דת הנושאת גאולה, הריהי מבוססת על השכנוע הפנימי של הנפש, ובלעדיו אין לדבר ערך כלשהו לפני אלוהים, והלא זה טבע השכל האנושי שהוא אינו נכנע לאלומות חיצוניות".¹⁴⁷

טענת חוסר התועלת בהעדפה ממשלתית סותרת סתירה חזיתית את הטיעון שבחנו לעיל ולפיו תמיכה ממשלתית פוגעת בחופש הבחירה. אם תמיכה מצד המדינה ממילא איננה משפיעה על האדם להעדיף אופציה אחת מאחרת, אין בה משום פגיעה בחופש הבחירה, ולהפך, אם היא משפיעה על בחירותיו של האדם, יש בה בהחלט תועלת. אולם, כפי שטענו לעיל, האמת נמצאת אי שם באמצע. העדפה מצד המדינה אכן משפיעה על בחירותיו של האדם, אולם אם היא אינה חורגת מגבולות ברורים, היא אינה מאיינת את מרכיב הבחירה החופשית. העדפה יכולה אפוא לעלות בקנה אחד הן עם כיבוד האוטונומיה והן עם העיקרון שתנאי הכרחי להצדקת פעולה מצד המדינה הוא שפעולה זו תניב תוצאות.

6. תמיכה ממשלתית עלולה להשחית את הדת

עד כה סקרנו את הטיעונים המרכזיים שהועלו בספרות הליברלית בזכות אימוץ גישה ניטרלית מצד המדינה בשאלת החיים הטובים, והתמודדנו אתם אחד לאחד. במהלך הדיון

144. Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* (F.B. Rothman, 1991) 726, 728.

145. Robert P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality* (Clarendon Press, 1993).

146. שם.

147. לוק (לעיל, הערה 19), בעמ' 42.

בחלק מן הטיעונים בחנו גם אפשרות לאמץ גישה מצומצמת יותר שתחייב ניטרליות לפחות כלפי הדת, וגם אפשרות זאת שללנו. אף אחד מן הטיעונים הכלליים אינו מצדיק אימוץ גישה ניטרלית, וקל וחומר שאינו יכול להצדיק הפרדה נוקשה, הכרוכה בהפליית הדת לרעה. ברם, ייתכנו טעמים נוספים, שמלכתחילה הם רלוונטיים רק לעניין הדת, ולכן לא הועלו במסגרת השיח הליברלי הכללי בסוגיית מעורבות המדינה בשאלת החיים הטובים. טיעון אחד כזה נסקור כעת.

לוק היה נוצרי אדוק, קריאתו, בדומה לקריאתם של הוגי דעות נוצרים אחרים בתקופתו, להפרדת הדת והמדינה, נבעה בלא ספק מן השאיפה לטהר את הדת. הדת הנוצרית, אשר ניסתה להפיץ, במאות הראשונות שלאחר ייסודה, מסר של רוחניות וחסד, נהפכה, במרוצת ימי הביניים, למערכת פוליטית בעלת עצמה, שהואשמה פעמים רבות, בידי מאמיניה שלה, בחוסר צדק ובשחיתות. הסלידה מן השחיתות שפשתה בכנסייה, מילאה, כפי שמסביר קוונטין סקינר, תפקיד מפתח בהתפתחותה של תנועת הרפורמציה.¹⁴⁸ בעוד מרטין לותר מיקד את התקפתו על ההנהגה השלטת בזמנו, ולפיה אנשי הכמורה משתייכים למעמד נפרד מיתר המאמינים, הנהנה מסמכויות וזכויות מיוחדות,¹⁴⁹ הטיפו הוגי דעות נוצרים אחרים להפרדת הדת מן הפוליטיקה – לבידודה של הדת מן ההשפעה המשחיתה של מאבקי הכוח הפוליטיים – כמרשם לריפוייה של הדת משחיתותה.¹⁵⁰ הוגי דעות מודרניים עושים שימוש בטיעון זה להצדקת הגרסה הניטרלית,¹⁵¹ או אפילו הנוקשה, לאיסור מיסוד הדת. לדעתנו, טיעון זה משכנע יותר מקודמיו, אולם גם הוא איננו יכול להצדיק איסור מיסוד דת נוקשה או ניטרלי. באופן עקרוני, החשש מפני השפעותיה המזיקות של המעורבות הדתית בפוליטיקה על המערכת הדתית הנו מבוסס למדי. כדבריו הנכוחים של הרב אהרון ליכטנשטיין, מיסוד הדת חושף אותה לשתי סכנות גדולות:

There is, first, the external threat. The state may seek to impose its authority and values upon religion in order to advance its own secular, perhaps even anti-religious ends Erastianism.¹⁵²

¹⁴⁸ Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought* (Cambridge University Press, 1978), 27–34.

¹⁴⁹ שם, בעמ' 13.

¹⁵⁰ ראו, למשל: Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (Schocken Books, 1961), 291–297.

¹⁵¹ ראו, למשל: Laycock (לעיל, הערה 36), בעמ' 380: "Government-sponsored religion is theologically and liturgically thin . . . [i]n tolerant communities, efforts to be all-inclusive inevitably lead... to a secular incarnation with plastic reindeer, to Christmas and Chanukah mushed together as the Winter Holidays" ראו גם Perry (לעיל, הערה 15), בעמ' 18: "one way for state to corrupt religion—to co-opt it, to drain it of its prophetic potential—is to seduce religion to get in bed with government".

¹⁵² הביטוי "ארסטיאניזם" משמעו שליטה ופיקוח מצד השלטון החילוני על הדת ומיסדותיה.

poses, secondly, an internal threat, the danger that the spiritual quintessence of religion will be diluted, if not perverted, by its official status. Quite apart from the threat of overt or covert state interference, an Establishment religion lives under a Damocles' sword of worldliness, the perennial possibility that its public investiture will corrode the fiber of its principles and purpose, that it will fall prey to spiritual pride writ large.¹⁵³

אף אנו סבורים כי הסכנה הטמונה בקשר ההדדי בין דת למדינה הנה ממשית. אולם, לדעתנו, המסקנות המעשיות שהגרסה הניטרלית או גרסת ההפרדה הנוקשה מבקשות לחלץ מעובדה זו הנן בלתי מוצדקות. אכן, כדי למנוע מן המדינה להשתמש בדת כמכשיר לקידום מטרותיה החילוניות וכדי לשמור על טהרתה הרוחנית של הדת, יש לחפש דרכים לבודד את הדת מהשפעותיה של המדינה. אולם הטלת איסור גורף על המדינה לנקוט עמדה, אפילו אינה כרוכה בכפייה, בהסתמך על אמונה דתית, נראית לנו כדרך קיצונית מדי להשגת המטרה.

נדמה, שהשחיתות שפשתה בממסד הנוצרי בימי הביניים לא נבעה מכך שהמדינה סתה מעמדה של ניטרליות כלפי הדת, אלא מן ההתמסדות של הדת, מן הבירוקרטיזציה שלה, ומן התיכור ההדוק בין הממסד הדתי לממסד השלטוני החילוני. נושאי המשרה הדתיים נעשו מושחתים משום שהממסד הדתי גטל לעצמו סמכויות פוליטיות, לרבות סמכויות כפייה, בהפך לזרוע של מערכת הממשל הפוליטי, ולפרקים אף ייסד לעצמו ישות פוליטית עצמאית.¹⁵⁴ אם הערכה זאת נכונה, מה שנחוץ כדי למנוע השחתת הדת אינו איסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית או הנוקשה, אלא איסור חיבור ממסדי בין הדת למדינה. על פי גישה זו, יש להתיר למדינה לתמוך בדתות ובפעילות דתית, אם רוב אזרחי המדינה תפצים בכך, אך יש להבטיח שתמיכה כזאת לא תיעשה בדרך של יצירת חיבור ממסדי בין המדינה לדת. הכהונה הדתית חייבת להישאר בלתי תלויה, מבחינה פוליטית, במדינה. נקיטת אמצעי הגנה זה תפחית את הסיכון שהדת תאבד מטהרתה הרוחנית ומן האוטונומיה שלה,

מקורו ברפורמטור שוויצרי בן המאה ה-16 בשם ארסטוס. ראו **דאנציקלופדיה העברית: בללית, יהודית וארצישראלית** (כרך ה, חברה להוצאת אנציקלופדיות בע"מ, תשכ"ז), 1028.

153. Lichtenstein (לעיל, הערה 39), בעמ' 394.

154. ראו, למשל: Uta-Renate Blumenthal, *The Investiture Controversy, Church and Monarchy from the Ninth to the Twelfth Century* (University of Pennsylvania Press, 1988); Richard William Southern, *Western Society and the Church in the Middle Ages* (Hodder and Stoughton, 1970-1971); Gerd Tellenbach, *The Church in Western Europe from the Tenth to the Early Twelfth Century* (Cambridge University Press, 1993).

בלי שתמנע מן הדת את האפשרות לקדם את מטרותיה בדרך של תחרות הוגנת עם תפיסות אחרות.¹⁵⁵

אולם אפילו נניח שהטיעון שהוצג זה עתה איננו נכון – אפילו נסכים שגם אם נקפיד שהדת תשמור על עצמאותה הממסדית, העדפה ממשלתית, או אפילו תמיכה ממשלתית לא מעדיפה כלפי הדת עשויה לפגוע בטהרתה הרוחנית של הדת – עדיין אין פירושו של דבר שדין הגרסה הניטרלית, או הנוקשה, לאיסור מיסוד הדת, להתקבל. לטיעון בדבר "השתתת הדת" ייתוד משלו. שלא כטיעונים אחרים המועלים לשם תמיכה באיסור מיסוד הדת, עניינו העיקרי של טיעון זה אינו רווחתו של הבלתי מאמין או של המדינה החילונית, אלא דווקא הצלחתה של הדת להגשים את שאיפותיה שלה. אולם אם הדאגה להשגת יעדיה של הדת היא העומדת ביסוד טיעון זה, איננו יכולים להכריע בעניין בלי שנבחן מהי עמדתה של הדת עצמה. כדי שנוכל להחליט מה היא הדרך הטובה ביותר להשגת יעדי הדת עלינו לבדוק היטב מהם אותם יעדים, ומהם, לדעת הדת עצמה, התנאים הנדרשים להשגתם. נדמה שבדיקה כזאת של השיקולים מזווית הראיה של הדת עצמה תוביל אותנו, באשר לזרמים דתיים רבים, לדחיית הפרשנות הניטרלית וכל שכן לדחיית הפרשנות הנוקשה לעקרון איסור מיסוד הדת.

דתות מסוימות עשויות לקבל את הגיונו של הטיעון, לפחות כבסיס לפרשנות הניטרלית. חברי דתות המתמקדות בהשגת שלמותם הרוחנית של מאמיניהן, וסבורות שכל שנחוצ להשגת מטרה זו הוא קיומה של הנהגה רוחנית עצמאית והבטחת חירותם של המאמינים לקיים את מצוות הדת, עשויים לתמוך באיסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית.¹⁵⁶ אולם

155. עמדה דומה ביטאו הוגי דעות אוונגליקנים, ובראשם המנהיג הבפטיסטי Roger Williams, במהלך הדיונים שקדמו לקבלתו של התיקון הראשון לחוקה האמריקנית האוסר את מיסוד הדת. Williams, מייסדה של Rhode Island, סבר שאיסור מיסוד הדת נחוץ לשם הגנה על הדת מפני השפעתה המזיקה של המדינה, אך בה בעת סבר שתמיכת המדינה בדת איננה צריכה להיות כרוכה בשליטה מצד המדינה בדת, ולכן אין צורך לכלול איסור תמיכה מוחלט במסגרת איסור המיסוד. לתיאור עמדתו של Williams ראו: Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (Foundation Press, 1988), 1158-1160 ("Roger Williams saw separation largely as a vehicle for protecting churches against the state. To the extent that it was possible to accept state aid without state control, he urged cooperation..."); Timothy L. Hall, "Roger Williams and the foundations of Religious Liberty", 71 *B. U. L.* (1991) 455.

156. אם כי גם חברי דתות כאלה עשויים להתנגד לניטרליות בטענה שלא ניתן להפריד את הציבורי מן הפרטי, או את המדינה מן החברה, כלומר שכל משטר פוליטי, אפילו הוא מתמקד בתחום הציבורי ומותיר לכאורה חופש פעולה מלא בתחום הפרטי, מחלחל כלפי מטה ומשפיע על כל תחומי החיים ועל כל מערכות היהסם, לרבות אלו שסווגו בתחום הפרטי. הטענה מקבלת משנה תוקף אם נניח עוד כי העמדה הניטרלית נובעת ממערכת ערכים ליברלית ומבטאת אותה, וליברליזם כולל מערכת ערכים סובסטנטיבית. לטיעון בדבר השפעתה של הספירה הפוליטית-ציבורית על הספירה הפרטית ראו: Stephen Macedo, *Liberal Virtues*.

יש דתות המציבות לעצמן יעדים שאפתניים יותר, ומצביעות על תנאים מוקדמים נוספים כמינימום ההכרחי להשגת יעדים אלו. הדת היהודית, לפחות בגרסתה האורתודוקסית, הנה דוגמה טובה לדת מן הסוג השני.¹⁵⁷ העמדה האורתודוקסית גורסת כי לעם היהודי ייעוד משותף – מלבד הייעוד הפרטי של כל אחד מיחידיו – אשר יוכל להתגשם רק בדרך של הקמת קהילה רוחנית המחויבת להשיגו.¹⁵⁸ למעשה, כינונה של קהילת מאמינים חיוני על פי התפיסה היהודית לא רק להגשמת יעדיה של האומה הישראלית אלא גם למימוש יעדיה של כל אחד מחבריה.¹⁵⁹ דת שכזו לא תוכל להסתפק באיסור מיסוד ניטרלי, כפרט במדינה אשר חדלה זה מכבר לשמש 'שומרת לילה' בעבור אזרחיה. מרשם מסוג זה ימנע מחלות מסוימות או ירפא אותן, אך ימית את החולה; הוא יגן על הדת היהודית מפני השפעתה המשחיתה של הפוליטיקה, אך בה בעת גם ימנע ממנה את האפשרות להשיג את יעדיה השאפתניים. הדת היהודית, ודתות אחרות חופפות כול, כגון הדת המוסלמית, לא יוכלו אפוא לקבל את דרגת ההפרדה המתבקשת מן הגרסה הניטרלית לאיסור מיסוד הדת, וכל

Citizenship, Virtue, and Community in Liberal Constitutionalism (Clarendon Press, 1990), 39-77.

157. נציין, עם זאת, שגם בקרב היהדות האורתודוקסית, ישנם הוגים שניסו לגבש תפיסות של מידור בין הדת למדינה. כפי שמסביר אבי שגיא, "פעולת המידור מצמצמת את שדה החיים הדתיים לתחום מוגדר ומאפשרת מרחב פתוח של שדות פעילות, שאופן תפקודם אוטונומי ואינו נקבע על בסיס צורות הארגון הדתיות." אבי שגיא, *אתגר השיבה אל המסורת* (הקיבוץ המאוחד, תשס"ג), 59. בין ההוגים שאימצו גישה כזאת מציין שגיא את ארנסט סימון. במסתו "האם עוד יהודים אנחנו?", שהתפרסמה לראשונה ב"לוח הארץ" (תש"ב), ומופיעה עתה בקובץ המאמרים של סימון, *האם עוד יהודים אנחנו: מבוא* (ספריית פועלים, תשמ"ג), 6-49. סימון הבחין בין דתות 'קתוליות' ובין דתות 'פרוטסטנטיות' בהתאם למידת נכונותן לאמץ מודלים של מידור. שגיא מסביר כי כאדם אורתודוקסי לא העלה סימון בדעתו אפשרות לזוותר על התפיסה הקתולית, ולפיה היהדות היא דת טוטאלית המשתרעת על כל תחומי החיים, אך לנוכח מה שתפס כמשבר שבו נתונה היהדות האורתודוקסית גרס כי לעת עתה יש לאמץ את הגישה הפרוטסטנטית הממדרת. הוגה אורתודוקסי נוסף בן זמננו שצידד במידור הוא ישעיהו ליבוביץ. ראה שגיא, שם. אימוץ מודל פרוטסטנטי, אפילו כפתרון ארעי ובדיעבד, עשוי להוביל את המצדדים בו להסכין לאיסור מיסוד הדת בגרסתו הניטרלית. ראו גדעון ספיר, "שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו", *עיוני משפט* כה (תשס"א) 189, בעמ' 210-214 (ניסיון לתאר את השופטים אלון ואנגלרד כמייצגים של הגישה הקתולית (אלון) והפרוטסטנטית (אנגלרד), ולנעוץ בכך את שרשי המחלוקת בין השניים בשאלת מקום המשפט הדתי במשפט המדינה).

158. ראו שמות, יט, ו'; כוזרי, ב, נד; רמב"ם, מלכים, י, א'-ג'; יוסף דב הלוי טולובייצ'יק, "קול דודי דופק", *כבוד היחיד והיחד: מבחר כתבים עבריים* (פינחס הכהן פלאי – עורך, אורות, תשל"ו) 333.

159. ראו מורה נבוכים ג, כז; כוזרי ב, מח.

שכן את זאת המתבקשת מגרסת ההפרדה הנוקשה, וזאת אפילו אם יסכימו שהימנעות מהפרדה כזאת עשויה לסכן את טהרתן ולחשוף אותן לניסיונות ניצול מצד המדינה. נוכל לסכם אפוא כי אמנם הסכנות הנובעות מכריכתן של דת ומדינה הנן ממשיות למדי, אולם ההצעה ליצור הפרדה נוקשה בין הדת למדינה, או אפילו ההצעה להטיל חובת ניטרליות ממשלתית כלפי הדת, כדרך למניעתן, הנן מיותרות או לכל הפחות בלתי קבילות מנקודת ראותן של דתות מסוימות. איסור מיסוד הדת בגרסתו הנוקשה או הניטרלית בלתי קביל שכן החלתו תמנע מדתות מסוימות את האפשרות לקדם את מטרותיהן; הוא מיותר משום שדרך אחרת, פחות דרסטית, עשויה להספיק לשם מניעת הסתאבות הדת. כמענה לסכנת הסתאבות הדת די בכך שנטיל איסור על יצירת חיבור ממסדי בין המדינה לדת. אין כל צורך שנוסף על דרישת ההפרדה המוסדית נאסור על המדינה לתמוך בדת ובפעילויותיה, אפילו תמיכה מעדיפה, גם באופן שאיננו כרוך בחיבור מוסדי.

7. טיעונים בעד מתן תמיכה מעדיפה לדת ושת גרסאות הניטרליות

עד כה ניסינו לאתר טעמים להימנעות ממיסוד הדת, אך לא עסקנו בשאלה מה יכולים להיות הטעמים בעד מיסודה. במהלך הדיון הנחנו במובלע שהמצדדים במיסוד הדת עושים זאת בשל אמונתם באמיתותה. אולם ניתן היה להעלות על הדעת כמה טעמים אחרים לטובת מיסוד הדת, כאלה שאינם מתמקדים בערך האמת שלה אלא בתרומתה לכלל ולפרט. להבחנה בין טיעונים המתבססים, בוריאציות שונות, על הנחת אמיתות הדת, ובין טיעונים המבוססים על ערך אחר שבדת, השפעה מסוימת על מסקנות דיונונו בשני עניינים. נפקות אחת היא במסגרת הערכת הטיעונים נגד מיסוד הדת בכלל, והטיעונים לטובת אימוץ הגרסה הניטרלית לאיסור מיסוד הדת בפרט. כפי שמיד נראה, ככל שמיסוד הדת, במובן של העדפתה על פני אופציות אחרות, איננו מנומק בערך האמת שלה, אלא בתרומתה למדינה ולפרטים שבה, נחלש באופן מהותי משקלם של חלק מן הטעמים נגד המיסוד.

להבחנה בין שני סוגי ההצדקות נפקות גם בשאלה איזו ניטרליות, אם בכלל, ראוי לאמץ. לעיל הצענו שתי גרסאות לאיסור מיסוד הדת במובנו כתביעה לניטרליות כלפי הדת. אפשרות אחת הייתה שלמדינה אסור להעדיף דת ואפשרות שנייה הייתה שלמדינה אסור להעדיף זרם דתי אחד מהאחרים.¹⁶⁰ בפרק ג, בחנו ודחינו כמה טיעונים בזכות הניטרליות בכלל ובזכות ניטרליות כלפי הדת בפרט. אולם, לדעתנו, עיון בטעמים שניתן להעלות בעד העדפת הדת, יגלה שלפחות לכמה מהטיעונים בזכות הניטרליות שדחינו משקל שונה בכל אחת מגרסאות הניטרליות, כשבאופן כללי הם עשויים להצדיק, אם בכלל, רק ניטרליות בגרסתה השנייה, כלומר ניטרליות בין זרמים דתיים שונים, אך לא ניטרליות בין דת בכלל לאופציות מתחרות. נפנה עתה לתיאור הטעמים האפשריים להעדפת הדת ואחר כך נבהיר את חשיבות ההבחנה ביניהם לענייננו.

ההחלטה להעדיף דת יכולה להיות מבוססת כאמור על הנחת אמיתותה. אולם התמיכה בדת איננה חייבת להיות מבוססת על הנחה זו אלא על התועלת הצומחת מקיומה של הדת.

160. ראו לעיל, פרק א2.

ניתן לחשוב על כמה טיעונים להצדקת התמיכה בדת המבוססים על קו מחשבה זה. טענה אחת להצדקת מתן יחס מועדף לדת היא שבזכות מאפיינים שונים של הדת, המאמינים הם, בדרך כלל, בעלי רווחה נפשית (well-being) גבוהה יותר מזו של לא-מאמינים. מתאם חיובי בין דתיות לרווחה נפשית הוכח במחקרים עקיבים באשר לנוצרים, ולא מומן אושש גם באשר ליהודים.¹⁶¹ אם הגדלת הרווחה הנפשית היא לפחות אחת המטרות של המדינה, הרי יש למדינה טעם מיוחד לתמוך בדת. ההחלטה להעניק יחס מועדף לדת יכולה להתבסס גם על ההנחה שלדת תרומה קריטית לחברה. יש לה יכולת לשמש משקל-נגד לכוחה של המדינה, שכן לגופים וולונטריים עצמאיים כוח גדול יותר מזה של האזרח היחיד לרסן את הכוח הפוליטי. במדינה המודרנית, הדת נותרה אחד הגופים האחרונים שעשויים למלא תפקיד זה, החיוני במשחק האיוונים והבלמים של הדמוקרטיה.¹⁶² תרומה נוספת של הדת, לפי הנטען, נעוצה בהשראה המוסרית שלה,¹⁶³ כפי שעולה לכאורה מנתונים אמפיריים על הקשר בין דתיות ובין פעילות חברתית והתנדבותית. מחקר שערך ביבי (Bibby) בארצות הברית ובקנדה העלה כי הסיכוי שאנשים המבקרים בקביעות בכנסיה ישקיעו מזמנם ומכספם בפעולות התנדבות חברתיות כפול מהסיכוי שלא-דתיים יעשו כן. מסקנתו הכללית היא ש"קבוצות דתיות הן מקור עיקרי של ערכים בין-אישיים", והוא מביע ספק בדבר היכולת של מקורות לא-דתיים להיות אפקטיביים בה במידה בקידום אנושיות (civility) ורוחניות.¹⁶⁴ השפעה מוסרית זו של הדת עשויה גם להוות מקור השראה לחברה כולה. אם טיעון זה נכון, הרי קבוצות דתיות הן סוג של משאב חברתי ומוסרי, שיש למדינה אינטרס לשמור ולפתח.¹⁶⁵

161. לגבי נוצרים, ראו: Robert A. Witter, William A. Stock, Morris A. Okun, Marilyn J. Haring, "Religion and Subjective Well-Being in Adulthood: A Quantitative Synthesis", 26 *Review of Religious Research* (1985) 332; *Well-Being: The Foundation of Hedonic Psychology* (Daniel Kahneman, Ed Diener, Norbert Schwarz — eds., Russell Sage Foundation, 1999). אשר ליהודים, ראו נעה וילצ'ינסקי, *דתיות ובריאות נפשית: משמעות בחיים, פחד מוות ותמיכה חברתית נתפסת כמתווכים את הקשר בין התנהגות דתית ואמונה דתית לרווחה נפשית ומצוקה נפשית*. (היבור לשם קבלת תואר דוקטור לפסיכולוגיה, אוניברסיטת בראיילן, 2001).

162. הדברים מקבלים משנה תוקף עם המעבר במדינות העולם המערבי ממודל של מדינה שומרת לילה למודל מדינת הרווחה. ראו יצחק ומיר, *הסמכות המינהלית* (כרך א, גבו, תשנ"ו), 31-34.

163. להצגה של טיעון מסוג זה ראו: Stephen L. Carter, *The Culture of Disbelief: How American Law and Politics Trivialize Religious Devotion* (Basic Books, 1993), 3-104.

164. Reginald W. Bibby, *The Bibby Report: Social Trends Canadian Style* (Stoddart Books, 1995), quoted and referred to: John Von Heyking, "The Harmonization of Heaven and Earth?: Religion, Politics, and Law in Canada", 33 *U. B. C. L. Rev.* (1999-2000) 663, p. 669.

165. לעתים ממשלות סומכות ביועצן על ארגונים דתיים שימלאו שירותים חברתיים מסוימים

שתי הטענות בזכות העדפת הדת שהזכרנו זה עתה מבטאות עמדה אוהדת כלפי הדת ואמונה בהשפעתה החיובית על החברים בה ועל החברה בכללה. ברי שעמדה כזאת אינה נחלת הכול. יש שיחלקו על עצם קיומה של תועלת מן הסוג המוזכר, או שיטענו שבצד התועלת הנ"ל אחראית הדת גם לנזקים לא מבוטלים המקוּזים את יתרונותיה ואף עולים עליהם.¹⁶⁶ למעשה, חלק מן הנימוקים שהצגנו לעיל לטובת אימוצו של עקרון איסור מיסוד הדת במובנו כהפרדה נוקשה, או לכל הפחות במובנו כניטרליות, טענו לקיומם של נזקים כאלה.¹⁶⁷ ספק אם ניתן בכלל להכריע במחלוקת.¹⁶⁸ סביר להניח שלדעה המוקדמת או הקדומה של המתבונן תהיה השפעה ממשית על עמדתו בשאלה. אך חרף הקונטרברסליות

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).

166. ראו, למשל: Christopher L. Eisgruber, Lawrence G. Sager, "The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis For Protecting Religious Conduct", 61 *U. Chicago L. Rev.* (1994) 1245, p. 1265: "[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..." להשקפה דומה על סכנותיה של הדת, ראו באחרונה בני בית הלחמי, "עשר הערות למאמרו של אבשלום אליצור על הדת", *שיחות* טו (2001), 168, ותגובתו של דני סטטמן, "בין מחקר הדת לבין הזמנה לאכול סופגניות", *שיחות* טז (2001) 90. למחקר אמפירי שנערך בישראל הטוען לקיומו של יחס הפוך בין מידת הדתיות ובין מחויבות לסובלנות ולערכי הדמוקרטיה, ראו יוחנן פרס ואפרים יערי-וכטמן, *בין הפכמה למחלוקת* (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1998). בשל החששות מהאופי האנטי-דמוקרטי של הדת, יש סבורים שלעתים לא רק שאין להעדיף דת לעומת פעילויות או ארגונים לא-דתיים, אלא יש להפלותה לרעה. כך, למשל, טוען Gey, שבשל סכנותיה של הדת לדמוקרטיה יש לפרש את איסור מיסוד הדת בחוקה האמריקנית כמחייב הגבלות של הביטוי הדתי, בנסיבות שבהן הביטוי הלא-דתי מותר. ראו: Steven G. Gey, "When is Religious Speech Not 'Free Speech'?" 2000 *U. Ill. L. R.* (2000) 379. במיוחד חלק IV.

167. ראו לעיל, פרק ד, סעיפים 2-4.

168. חוסר האפשרות להכריע במחלוקת היה הטעם שבגינו הבענו במקום אחר את הדעה שלא ניתן להשתמש בטיעונים הללו להצדקת מתן הגנה מיוחדת לדת מן הסוג של חופש הדת, אלא יש לחפש רציונלים אחרים לזכות זאת. ראו סטטמן וספיר (לעיל, הערה 11), בעמ' 84-87. מכל מקום, בשונה מהמאמר דלעיל, דיוננו במאמר הנוכחי בוחן את מידת הלגיטימיות שבהחלפה שלמוניות להעדיף דת, ואיננו מבקש לבסס טעם לבחינתו של השלטון ליתן העדפה כזאת. לפיכך, כאן חוסר ההסכמה איננו יכול לשמש טעם אוטומטי לפסילתה של אפשרות ההעדפה.

של טיעוני הזכות וקשיי אישושם או הפרכתם, נדמה שקיים הבדל מהותי בינם ובין טיעונים לטובת הדת המבוססים על ערך האמת שלה. טיעונים לטובת הדת המעוגנים בהנחת אמיתותה מחייבים אותנו להיכנס לדיון מעמיק באמיתות דתיות או לחילופין להסתמך באופן מוחלט על טענות התגלות, הנמצאות, כפי שהסברנו לעיל, מחוץ למתחם האישוש וההפרכה. לעומת זאת, טיעונים לטובת הדת המצביעים על ערכה לפרט ולחברה מבוססים בסופו של דבר על טיעונים סוציולוגיים בני מדידה.

להבדל זה בין שני סוגי הטענות נפקות בסוגיית משקלם של חלק מטיעוני הנגד שסקרנו עד כה, טיעונים שמטרתם לבסס איסור העדפת הדת. באופן כללי, אם לאותם טיעונים משקל כלשהו, הוא קיים רק אם הבסיס להעדפת הדת הוא הנחת אמיתותה. כך בעניין הטענות בדבר היעדר מומחיות. הטענה הייתה שלמדינה אין הכלים להכריע בדבר יתרונותיה של הדת. אם העדפת הדת מבוססת על ערך האמת שלה, אפשר להבין את הטענה, אף אם בסופו של דבר היא בלתי משכנעת. אולם ככל שהעדפת הדת מבוססת על ערכה לחברה ולפרט, טיעון היעדר המומחיות נראה בלתי מבוסס בעליל. מדוע נניח שהמדינה יכולה לשקלל את יתרונותיהן והסרונותיהן של דרכי מדיניות בתחומים שונים אך לא את מידת התועלת שתצמח לה מתמיכה מעדיפה בדת? דברים דומים ניתן לומר גם באשר לטענה בדבר פגיעה בכבוד. אם העדפת הדת מבוססת על הכרעה בדבר אמיתותה, לטענה בדבר פגיעה בכבוד משקל מה. אולם ככל שהתמיכה מבוססת על טיעון סוציולוגי בדבר התועלת שמביאה הדת למאמיניה, או לציבור כולו, קשה לראות מדוע התחלטה להעדיפה על פני אופציות אחרות ולתמוך דווקא בה פוגעת בכבודו של החילוני.

להחלטה אם לבסס את העדפת הדת על הנחת אמיתותה או על תועלתה לחברה ולפרט השלכה גם על שני סוגי הניטרליות. נראה, שהעדפת זרם דתי אחד על פני זרמים אחרים יכולה להתבסס ביתר קלות על הנחת אמיתותו מהתבססות על תועלתו לחברה ולפרט. קשה לראות, למשל, כיצד טיעון בדבר שירותי ההשואה והתיווך שיכולה הדת להעניק לחברה בכללה יכול להצדיק העדפתה של הדת היהודית על פני הדת הנוצרית. העדפה של דת או זרם דתי מסוים על פני דתות או זרמים אחרים ניתן יהיה לבסס, לעומת זאת, ביתר קלות על טיעונים תיאולוגיים בדבר אמיתותה של הדת הנתמכת.

שתי הנפקויות בין שני סוגי הביסוסים האפשריים להעדפת הדת כרוכות זו בזו. אם אכן, כדברינו, ביסוס ההעדפה על אמיתות הדת בעייתי יותר מביסוסה על התועלת שבדת, ואם אכן, כדברינו, העדפת זרם דתי אחד על פני האחרים קל יותר לבסס על טענת אמיתות מעל טענת תועלת, יוצא שהטיעון בעד ניטרליות בין זרמים דתיים חזק יותר מהטיעון בעד ניטרליות בין דת ובין אופציות מתחרות. בין כך ובין כך, בדיוננו בפרק זה דחינו את כל הטענות שהוצגו להצדקת ניטרליות, ולכן דין שתי גרסאות הניטרליות להידחות.

ה. סיכום ומסקנות

במאמר זה סקרנו מגוון של טעמים נגד כניסה של המדינה למגרש המשחקים הפרפקציוניסטי בכלל, ונגד תמיכה מצד המדינה בדת ובפעילויותיה בפרט, ודחינו את כולם. לפיכך, איננו רואים סיבה לאמץ את הפרשנות הנוקשה או אפילו הניטרלית לעקרון איסור מיסוד הדת,

כאמת מידה ראויה בשאלת יחסי דת ומדינה. ואולם מתן היתר למדינה לתמוך בדת אין פירושו להסיר כל מגבלה מתמיכה כזו. מן הטיעונים שנדונו ונתקבלו, עולים שני סוגי מגבלות שיש להטיל על התמיכה בדת במדינה המחליטה להעניק תמיכה כזאת. מגבלות אלה ניתן לעגן בחוקה במסגרת עקרון איסור מיסוד הדת, שיתווסף על שני העקרונות החוקתיים המוכרים החלים בתחום יחסי הדת והמדינה (חופש הדת והחופש מדת). נחזור בקצרה על מגבלות אלו.

מגבלה אחת, שעלתה מן הדיון שקיימנו בסעיף 4 לפרק ד, נוגעת להיקף התמיכה ולאופייה. מדינה המחשיבה את האוטונומיה של אזרחיה, מחויבת להימנע מכפייה של אמונות או של ריטואלים דתיים על מי שאיננו מעוניין לקבלם עליו מרצון. כפי שהסברנו, את איסור הכפייה יש לפרש בהקשר זה לא רק במובנו המצומצם, קרי איסור להשתמש בכוח או לאיים בשימוש כזה, אלא במובן רחב יותר, האוסר להצמיד תג מחיר גבוה מדי לבחירה באופציות שאינן נתמכות בידי המדינה. המגבלה השנייה, שעלתה מן הדיון שקיימנו בסעיף 6 לפרק ד, נוגעת לדרכי התמיכה. אנשים דתיים החפצים להבטיח שהמדינה לא תוכל להטיל את מרותה וערכיה על הדת לשם קידום יעדיה, והמבקשים להימנע מסכנת דלדול, אם לא עיוותו, של היסוד הרוחני של הדת, צריכים לשאוף להכללתה, במסמכי היסוד החוקתיים של מדינתם, של חובת הפרדה מוסדית של הדת ומוסדותיה מן המדינה. תמיכה מצד המדינה בדת ובפעילויותיה בלא חיבור מוסדי בין השתיים אינה מן הנמנעות,¹⁶⁹ ובמקום אחר, אני מציע מודל אפשרי לתמיכה ממשלתית בדת שיוכל לעמוד במגבלות אלו.¹⁷⁰

בין שתי המגבלות שראוי להטיל על תמיכת המדינה בדת, ושניתן לכלול בעקרון איסור מיסוד הדת, יש כמה הבדלים, שעל אחד מהם חשוב לחזור. איסור מיסוד הדת כהפרדה מוסדית יכול וראוי לשמש כעיקרון חוקתי עצמאי. ניתן אולי לחשוב על טעמים טובים להפרדה מוסדית גם במערכות יחסים אחרות שמנהלת המדינה, אולם גם אז השיקולים שהעלנו נגד חיבור מוסדי בין המדינה לדת (הרצון לשמור על עצמאות הדת ולמנוע את הסתאבותה) נותרים על כנם כשיקולים ייחודיים ליהסי דת ומדינה דווקא. שונים הדברים

169. כך, למשל, הם פני הדברים בגרמניה. סעיף 140 לחוק היסוד הגרמני קובע כי: "Religious bodies that are corporate bodies under public law shall be entitled to levy taxes in accordance with Land law". David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (University of Chicago Press, 1994), 412. משמעות הדברים, במילים אחרות, היא שלארגונים דתיים נתונה הסמכות להטיל מס על חבריהם, למטרות דת. עם זאת, אוסר חוק היסוד הגרמני יצירת דת מדינה (State Church). כפי שהסביר המלומד הבולט בתחום זה בתקופה שבה נחקק האיסור, המניע להכללת האיסור היה נעוץ ברצון למנוע התערבות – מצד הממשלה או מצד ישות כלשהי בתוך המערכת הכנסייתית, שהוקמה או שאוישה בידי המדינה – בניהול ענייניה הפנימיים של הכנסייה, ובמילים אחרות, נגד יצירת חיבור מוסדי כלשהו בין הדת למדינה.

170. גרעון ספיר והדר ליפשיץ, "שירותי הדת היהודיים בישראל: דיון נורמטיבי וניהולי לקראת הפרטה" (טרם פורסם).

באשר לאיסור מיסוד הדת כאיסור כפייה. כפי שעולה מן הדיון שערכנו, עיקרון כזה ניתן להצדיק על בסיס הזכות לאוטונומיה, ומשכך, לא מדובר כאן בעיקרון חוקתי ייחודי הנוגע דווקא ליחסי דת ומדינה, אלא בנגזרת של עיקרון רחב יותר שיש לכלול בחוקה. אם כיבוד ערך האוטונומיה מחייב הטלת איסור על תמיכה מעדיפה מופרזת מצד המדינה, איסור כזה צריך שיחול על המדינה ביחסיה עם כל המתחרים במגרש המשחקים הפרפקציוניסטי ולא רק ביחסה כלפי הדת. במדינות, כגון ישראל, שבהן עקרון האוטונומיה זוכה להכרה ועיגון חוקתי, אין הצדקה להחיל עיקרון נפרד גם על יחסי המדינה והדת. הטלת מגבלה על היקף התמיכה של המדינה בדת ועל דרכי התמיכה המותרות, נוסף על הטלת המגבלה הכללית על תמיכתה של המדינה באופציות אחרות – הנה מיותרת. היא גם תקפח את הדת ותפגע בעקרון השוויון.

שתי מגבלות אלו שראוי להטיל על היקף התמיכה הלגיטימית של המדינה בדת ועל צורתה, אינן המגבלות היחידות שבהן תצטרך התמיכה הממשלתית בדת לעמוד. במאמר זה דחיתי ניסיון לבסס חובה כללית לנהוג בניטרליות, או אפילו להפלות לרעה את הדת לעומת אופציות אחרות, בהקשרם של המושגים 'איסור מיסוד הדת' ו'חופש הדת', והצדקתי הטלת חובה להפריד הפרדה מוסדית ולאסור העדפה מופרזת, במסגרת הזכות לאוטונומיה. לא דנתי כלל במתבקש מהחלתן של זכויות אדם קיימות, בעלות תחולה כללית, על יחסי הדת והמדינה בכלל ועל סוגיות ספציפיות בפרט. מובן מאליו שזכויות אלו יציבו אף הן מגבלות על פעילות המדינה בכל הנוגע לתמיכתה בדת.

בהקשר הישראלי ניתן להדגים טענה זו, למשל, בסוגיית הזכות לחופש העיסוק. אחד הנימוקים שניתן להציע לעובדה שהפרויקט החוקתי במדינת ישראל דרך במקום במשך שנים רבות, הוא החשש שהיה לגורמים הדתיים במערכת הפוליטית מפני ההשלכות שתהיינה לכינון החוקה על הסטטוס־קוו בענייני דת ומדינה. והנה, בשנת 1992, לאחר 44 שנים שחונות, חוקקה הכנסת שני חוקי יסוד בתחום זכויות האדם. להצלחה מפתיעה זאת ניתן להציע הסברים מספר, ¹⁷¹ כשאחד מהם קשור להחלטה הטקטית להפריט את מגילת הזכויות ולהתחיל במהלך עם הזכויות הבעייתיות פחות. מבין הזכויות, הזכות שאושרה בקלות הרבה ביותר היא הזכות לחופש העיסוק. הדבר התבטא בעובדה שזכות זו הייתה היחידה שהצליחו היוזמים להשיג לה 'שריון', מן הסוג שבפסיקה מאוחרת יותר כונה "שריון פורמלי". כידוע, לפי הדוקטרינה החוקתית שנהגה בעת חקיקת שני חוקי היסוד, קיומו של שריון פורמלי היה תנאי הכרחי להקניית מעמד חוקתי לחוק־יסוד. נמצא, שמבין כל זכויות האדם שנכללו במהלך של קבלת חוקי היסוד בשנת 1992, רק חופש העיסוק נהנה, בעת קבלתו, ממעמד חוקתי ברור. ¹⁷² אם אחד הטעמים לאי־הצלחתו של מפעל חקיקת החוקה

171. לדיון בסוגיה ראו גדעון ספיר, "ההליך החוקתי כהליך פוליטי", מחקרי משפט יט (תשס"ב) 461, בעמ' 487-489.

172. הדוקטרינה החוקתית הישראלית, עד פסק הדין בע"א 6821/93, רע"א 1908/94, רע"א 3363/94, בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מוגדל בפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, גרסה שתוק יסוד הנטול שריון אינו נהנה ממעמד חוקתי ולכל הפחות אינו מאפשר ביקורת שיפוטית, ולכן היה יסוד הגיוני להניח שזה יהיה גם דינו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. השקפה דומה

עד שנת 1992 היה החשש מפני השפעתו על ההסדרים בתחום הדת והמדינה, יש להניח שהצלחתו של חופש העיסוק לצלוח את המחסום נבעה גם מן ההנחה שלשריונה החוקתי של זכות זאת לא תהיה השפעה משמעותית על תחום זה. ואולם המציאות טפחה על פני המחוקק והוכיחה שגם הזכות לחופש העיסוק, ואולי דווקא זכות זאת, יכולה לחולל מהומה רבתי ולחייב שינויים משמעותיים בסטטוס קוו.¹⁷³

הדת מלווה את הציוויליזציה האנושית משחר לידתה. יש התולים בה חלק גדול מן הרעות שהביאה האנושות על עצמה ויש הסבורים שבלעדיה לא ניתן לקיים חברה מוסרית ויציבה. בין שני הקצוות ניתן כמובן למצוא השקפות נחרצות פחות או מורכבות יותר. בין כך ובין כך, ככל שהרברים נראים היום, ובניגוד להערכות שניתן היה להעלות בראשיתו של העידן המודרני, התופעה הדתית איננה עומדת להלוף מן העולם.¹⁷⁴ משטרים דמוקרטיים צריכים אפוא לקבוע את כללי המשחק החוקתיים ביחסיהם עם הדת. העמדה שביקשתי לבסס במאמר זה היא שהמערכת החוקתית באותן מדינות לא צריכה לכלול כמעט שום עיקרון ייחודי להסדרת יחסי הדת והמדינה. אין כל סיבה להעניק לדת הגנות מיוחדות נוסף על אלה שראוי להעניק לתופעות מקבילות שמקורן אינו דתי, אך בה במידה כמעט אין להטיל על הדת מגבלות מיוחדות מלבד אלה שיחולו על תופעות מקבילות שאינן רתיות. המגבלה הייחודית היחידה שניתן לחשוב עליה, תובת הפרדה מוסרית בין המדינה לדת, היא כזו שדווקא לדת ולאדם הדתי יש אינטרס חזק לקבל. בראשיתה של המאה העשרים ואחת, הגיע הזמן שנתחיל לדבר על "נורמליזציה" של הדת.

הביעו גם מלומדים נוספים. ראו, למשל: Ehud Sprinzak, Larry Diamond, "Introduction", *Israeli Democracy Under Stress*, (Ehud Sprinzak, Larry Diamond — eds., Lynne Rienner Publishers, 1993) p. 20: "Although the law... was adopted as a basic law, in contrast to the new Basic Law: Freedom of Occupation, it was not 'entrenched'... Thus, although it is called a 'basic law', it does not include the element that grants this appellation practical meaning". אפילו הנשיא ברק הודה, בכובעו כמלומד, כי יש מקום למחלוקת בשאלת מעמדו החוקתי של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לנוכח הימנעותה של הכנסת מלשריינו. ראו אהרון ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", *ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי* (יצחק זמיר – עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השווואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג) 163, בעמ' 167.

173. די אם נזכיר, לדוגמה, את סוגיית ייבוא הבשר הקפוא, שהולידה שורה של פסקי דין, תיקון לחוק היסוד, וחוק מיוחד שהתקבל לפי דרישות פסקת ההתגברות.

174. תחייתה של הדת במדינות מזרח אירופה בעידן הפוסט־קומוניסטי היא ראייה טובה לחיזוק הערכה זו. ראו, לעניין זה: *Religion and Politics in Comparative Perspective: the one, the few, and the many* (Ted G. Jelen, William Clyde Wilcox — eds., Cambridge University Press, 2002).
