

## גיוס בחורי ישיבות לצה"ל: הצעת מתווה לשיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים

מאת  
גדעון ספיר\*

- א. הקדמה
- ב. שלושה מושגים יסודיים: דת ומדינה
- ג. עקרון חופש הדת
  1. טיעונים להצדקה של חופש הדת
  - (א) דת כמערכת אמונית שאינה בת-אישוש או בת-הפרכה
  - (ב) חופש הדת כתנאי הכרחי לחופש הבחירה
  - (ג) צידוקים נוספים לעקרון חופש הדת
  - (1) חופש הדת כנגזר מן החובה להכיר ולכבד בני-אנוש ומרכיבים יסודיים בזהותם העצמית
  - (2) חופש הדת כאמצעי להגברת התועלת החברתית
2. היקפו הראוי של עקרון חופש הדת
3. סיכום ביניים
- ד. טיעוני המחנה החרדי בעד מתן פטור משירות צבאי לתלמידי ישיבה
- ה. הערכת הטיעון החרדי
  1. הקדמה
  2. מאזן האינטרסים
  3. המתחייב מעקרון השוויון
- ו. אחרית-דבר – על מגבלות החקירה האמפירית

### הקדמה

למן הקמתה של מדינת-ישראל ועד לאחרונה הוסדרו שאלות דת ומדינה בישראל באמצעות הדוקטרינה המכונה סטטוס-קוו.<sup>1</sup> זו הקפיאה למעשה כל מחלוקת בענייני דת

---

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. דו"ח הועדה לגיבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות, בראשות השופט טל, ראה אור לאחר מסירת המאמר למערכת כתב-העת. אשר על כן אין במאמר התייחסות מקיפה לנתונים שהעלתה הוועדה ולמסקנותיה, למעט הפניות ספורות בהערות השוליים.  
מאמר זה נערך לשונית על-ידי המחבר.

1. לתיאור כללי של הסטטוס-קוו וההיסטוריה הפוליטית שלו, ראו: Charles S. Liebman

ומדינה, תוך שהיא משמדת את המצב המשפטי ששרר עם קום המדינה.<sup>2</sup> ההנחה המקובלת היתה שהסטטוס-קוו, שנתפס ככלל השתק לא-פורמלי,<sup>3</sup> משמש תנאי הכרחי ליצירתה ולהמשך קיומה של הדמוקרטיה הישראלית. הוסכם על הכל שישראל ניצבת לפני בעיות חמורות מחוץ, ולפיכך היא חייבת להימנע מוויכוחים פנימיים שעלולים לערער את יציבותה הפנימית.<sup>4</sup>

במהלך השנים האחרונות החלו דברים להשתנות באופן המעמיד בספק הן את יכולתו של הסטטוס-קוו להסדיר ענייני דת ומדינה והן את תועלתו ככלל השתק. ראשית, סדר העדיפויות הציבורי השתנה בשנים האחרונות באופן ההופך לכמעט הכרחי קיומו של דיון פתוח ומעמיק בשאלת היחס הראוי בין דת ומדינה בישראל. אף-על-פי שענייני ביטחון מהווים עדיין מקור לדאגה, עם התקדמות תהליך השלום, מאבדת הסכנה לעצם קיומה של מדינת-ישראל מחומרתה. הציבור הישראלי נעשה מודע יותר ויותר לכך שמחלוקות חריפות בענייני פנים בין פלגים שונים של הציבור הישראלי, ומעל לכל מחלוקות בשאלה של יחסי דת ומדינה, נהפכות לאיום האמיתי על יציבותה של המדינה. מתחזקת התחושה בקרב הציבור שהגיע הזמן לפתוח את השאלה של יחסי דת ומדינה בישראל לדיון מחודש ויסודי.

זאת ועוד, במהלך השנים האחרונות עוברת המערכת המשפטית והפוליטית במדינת-ישראל תהליכי שינוי שימנעו מן הסטטוס-קוו להמשיך לשמש ככלל השתק יעיל; ראשית, שיווי-המשקל שאפיין את הפוליטיקה הישראלית במשך שנים רבות, ושסיפק הגנה

and Eliezer Don-Yehiya *Religion and Politics in Israel* (Ch. 3, 1984); Eliezer Don-Yehiya "The Resolution of Religious Conflicts" *Israel in Conflict and Consensus in Jewish Political Life* (I. Cohen & E. Don-Yehiya eds., 1986) 203

2 מקובל לתאר כהסכם הפוליטי הראשון ביחס לסטטוס-קוו מכתב שנשלח ביוני 1947 על-ידי מנהיגי הסוכנות היהודית לראשי אגודת ישראל, בתקווה לשכנעם להצטרף לחזית האחידה שהציג היישוב היהודי אל מול ועדת האו"ם שנשלחה לבדוק את המצב בפלשתינה. המכתב, שכלל הבטחות אחדות בענייני דת ומדינה, פעל את פעולתו, ואגודת ישראל נמנעה, בניגוד לעמדתה המסורתית, מהבעת התנגדות להקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל. ראו תום שגב 1949: הישראלים הראשונים (1986) 233-234. את הגרסה המלאה של המכתב ניתן למצוא במשטר מדינת ישראל (יוחנן גל-גור ודן אביגדון עורכים, 1984) 559-560. עם זאת יודגש כי ההבטחות במכתב זה כללו הרבה פחות ממה שהוסכם עליו לבסוף בשנותיה הראשונות של המדינה. ראו מנחם פרידמן "ואלה תולדות הסטטוס קוו: דת ומדינה בישראל" המעבר מיישוב למדינה 49-1947: רציפות ותמורות (ו' פילובסקי עורכת, 1988) 47.

3 על כללי השתק ותפקידם כגורם מייצב במערכות דמוקרטיות בהתהוות, ראו: Stephen Holmes "Gag Rules or the Politics of Omission" 19 *Constitutionalism and Democracy* (Jon Elster & Rune Slagstad eds., 1988)

4 ראו, למשל, אליעזר דון יחיא מוסדות דתיים במערכת הפוליטית - המועצות הדתיות בישראל (1988) 277-280.

מוחלטת כמעט מפני שינוי תכניו של הסטטוס-קוו, הופר בשנים האחרונות, באופן המאפשר לצדדים היריבים לחרוג מן הסטטוס-קוו ולפעול לשינויו מבלי לשלם מחיר כבד מן הסוג שהיה כרוך בשינוי כזה בעבר.<sup>5</sup> שנית, הזרוע השיפוטית, בראשותו של בית-המשפט העליון, החלה נוטלת לעצמה סמכויות מרחיקות-לכת, המאפשרות לבית-המשפט לשמש בורר בסוגיות רבות מהתחום של יחסי דת ומדינה שהוסדרו בעבר באמצעות מנגנונים פוליטיים.<sup>6</sup> משקלן המצטבר של שורה ארוכה של החלטות שיפוטיות שהתקבלו בשנים האחרונות, מבית-מדרשו של בית-המשפט העליון, עולה כדי ערעור הסטטוס-קוו ואולי אף כדי ניפוצו המוחלט. בולטת בקבוצה זו של הכרעות שיפוטיות פסיקות האחרונה של בית-המשפט העליון בסוגיית גיוסם של תלמידי הישיבות לצה"ל.<sup>7</sup> בהחלטה זו מניח

5 יש המצביעים על הבחירות לכנסת התשיעית, שהתקיימו בשנת 1977, כנקודת-המפנה. במהלך שמונה הכנסות הראשונות למן קום המדינה שלטה מפא"י בזירה הפוליטית, תוך שהיא מצרפת לעצמה את המפלגות הדתיות כשותפות קואליציוניות נוחות יחסית. תמיכתן של אלה הושגה חלקי הבטחת שמירתו של הסטטוס-קוו. בבחירות לכנסת התשיעית הופר האיזון, ומאז לא חודש. בבחירות אלה איבדה מפלגת העבודה מכותה, והליכוד התחזק במידה שאיפשרה לו להתחרות בעבודה על השגת רוב להקמת קואליציה, תוך שהוא מסתייע במפלגות הדתיות, שנהפכו מכאן ואילך ללשון-מאזניים חשובה בכל משא-ומתן קואליציוני. מכאן ואילך החלו המפלגות הדתיות לנצל את מעמדן כלשון-מאזניים להשגת הישגים פוליטיים התורגים לעיתים הרחק מעבר לכוחן האלקטורלי האמיתי. מנגד, החלו המפלגות הגדולות לבחון אפשרויות להקמת קואליציה מבלי להסתייע במפלגות הדתיות, לרבות האופציה של ממשלת אחדות לאומית.

6 מאמר זה לא יעסוק בהערכת פועלו של בית-המשפט העליון בעניין. כידוע, הדעות בנידון חלוקות; יש המברכים על מגמה זו ומצדיקים אותה על רקע התעצמות כוחו של המחנה החרדי. ראו, למשל, דן מלר "בג"ץ: האופציה שבידי האורח החופשי במאבק להגנת זכויות הפרט שלו מפני הכפייה הדתית וההשתלטות החרדית" יהדות חופשית 14 (אפריל 1999); יש הרואים בה אכיפה בוטה מצד שופטי בית-המשפט של השקפת-עולמם החילונית הליברלית. ראו, למשל: Menachem Hofnung "The Unintended Consequences of Unplanned Constitutional Reform: Constitutional Politics in Israel" 44 *Am. J. Comp. L.* (1996) 585, 602 ("the civil judicial system is now viewed by a considerable portion of the Israeli population as an active participant in a political debate, an actor identified with the secular liberal segment of Israeli society"; ויש המבקרים אותה, בין היתר, על הנוק שהיא גורמת לעקרון הפרדת הרשויות, על כך שהיא מפחיתה את הסיכוי למציאת פתרון לבעיות דת ומדינה בדרך דמוקרטית מחוץ לכותלי בית-המשפט, ועל הכרסום שהיא יוצרת במעמדו של בית-המשפט בעיני הציבור הישראלי. ראו, למשל, מאמרי: "Religion and State in Israel: The Case for Reevaluation and Constitutional Entrenchment" 22 *Hastings Int. & Comp. L. Rev.* (1999) 617.

7 בג"צ 3267/97, 715/98 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481 (להלן: עניין רובינשטיין).

בית־המשפט לפתחה של הכנסת את המשימה להגדיר מחדש בחקיקה ראשית את הכללים המנחים בשאלת גיוס תלמידי הישיבות לצה"ל, תוך קביעה כי ההסדר הנהוג כעת<sup>8</sup> אינו עומד במבחן המחמיר המתבקש מן "המהפכה החוקתית".<sup>9</sup>

דיון מעמיק מחודש במחלוקות בענייני דת ומדינה הינו ראוי ובלתי־נמנע כאחד. הבעיה היא, מכל מקום, שבעוד שרבים מבקרים הן את הפורמט והן את התוכן של הסטטוס־קוו, מעט כותבים בוחרים לפרט כיצד בדיוק יש ליישב שאלות של דת ומדינה בישראל, פורמלית ומהותית. בעוד מטבע־הלשון "הפרדת דת ומדינה" משתרבב לעיתים קרובות לשיח הציבורי, מעט פוליטיקאים או אנשי אקדמיה (אם בכלל) נטלו על עצמם את המשימה להבהיר מה בדיוק מטבע־לשון זה מחייב להלכה ולמעשה.

במאמר זה כוונתי להעלות תרומה מסוימת לסגירת הפער. אינני מתיימר לבחון את כל המחלוקות המרכזיות בענייני דת ומדינה בישראל או לדון בכל השאלות הנורמטיביות והמעשיות העומדות בבסיס מחלוקות אלה. תכליתו הצנועה של המאמר היא להציע מתווה ראשוני של השיקולים הנורמטיביים שיש, להבנתי, להביא בחשבון בבחינת הסוגיה הטעונה ביותר מבין השאלות העומדות על סדר־היום הציבורי בתחום יחסי דת ומדינה, גיוס תלמידי הישיבות לצה"ל, ולהצביע על כמה שאלות מעשיות שיש לבחון על־מנת ליישם את המתאר הנורמטיבי הלכה למעשה.

בפרק ב אציג הבחנה בין שלושה מושגים: יחסי דת ומדינה; חופש דת, חופש מדת ואיסור מיסוד. בפרק ג אציג כמה הצדקות לעקרון חופש הדת, ואנסה לקבוע את היקף תחולתו הראוי. בפרק ד אתאר את הטענות שמעלים ראשי המחנה החרדי להצדקת תביעתם לשימור המצב הקיים ולהמשך הענקתם של פטור או דחייה משירות צבאי לתלמידי ישיבות. ולבסוף, בפרק ה, אבחן את הטענות השונים שהוצגו בפרק ד לאור מסקנותי מפרק ג ביחס לצידוקיו ולהיקף תחולתו הראוי של עקרון חופש הדת.

8 בהחלטתו בבג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, קבע בית־המשפט כי סעיף 36 לחוק שירות בטחון, תש"ט-1949, מהווה מקור משפטי להסדרת דחיית שירותם של תלמידי ישיבה. סעיף זה מעניק לשר הביטחון הסמכה לתת לאדם החייב בגיוס פטור מטעמים אחדים. על־פי ההסדר, שעבר תהפוכות מסוימות עם השנים, מקבל מי שלומד בישיבה ותורתו אומנותו דחיית גיוס שיש לחדשה מדי שנה. דחוי־גיוס מקבל פטור מוחלט משירות עם הגיעו לגיל ארבעים ואחת או אם הגיע לגיל שלושים וחמש ויש לו ארבעה ילדים. לתיאור כללי של פרטי ההסדר והרקע לגיבושו, ראו גיא זיידמן הזכות לשרת בצה"ל (תשנ"ו) 188-196; מגחם הופנונג ישראל בטחון המדינה מול שלטון החוק (תשנ"א) 243-247; עניין רובינשטיין, שם, פסקות 1-17 לפסק־דינו של הנשיא ברק; יחזקאל כהן גיוס כהלכה - על שחרור תלמידי ישיבות מצה"ל (תשנ"ג) 25-40 (להלן: כהן גיוס כהלכה).

9 בית־המשפט קבע כי קבלת חוקי־היסוד החדשים בשנת 1992 מחזקת את מעמדה של הדרישה לפיה ייקבעו "הסדרים ראשוניים" בחקיקה ראשית דווקא, ולא בחקיקת־משנה או בהסדרים מינהליים.

## ב. שלושה מושגים יסודיים: דת ומדינה

בשיח האקדמי בשאלות דת ומדינה, ובעיקר בשיח המשפטי החוקתי, התגבשה שפת מושגים אחידה. שלושה מושגים בסיסיים בשיח זה הינם: חופש דת, חופש מדת ואיסור מיסוד.

חופש דת כולל חירות ממגבלות, איסורים, וסנקציות שהמדינה מטילה על פעילות דתית. חופש דת כולל את הזכות להחזיק בדעות מסוימות, להשתתף בקהילה דתית ובפעילות פולחן דתיות ולהורות לאחרים את יסודות הדת ואמונותיה, ואת זכותן של קהילות דתיות להתאגד וליצור מוסדות בעלי סמכות ביחס לעניינים פרטיים הנוגעים בחיי הקהילה הדתית.

עקרון החופש מדת, מצד אחר, מטיל חובה על המדינה להימנע מכפייה ולהגן מפני כפייה מצד גורמים פרטיים (למשל, כפייה מצד דת הרוב), שמטרתה לחייב אנשים שאינם דתיים, או חברים בדתות מיעוט, להחזיק באמונות דתיות כלשהן או להשתתף בפעולות פולחן דתיות.<sup>10</sup>

עקרון איסור מיסוד הדת מחייב את המדינה להימנע משימוש בכוחה – לרבות כוח הכפייה, סמכות המיסוי או הזכות לעצב מדיניות רשמית – במטרה לסייע לדת כלשהי או לדת בכלל. עיקרון זה פתוח לפרשנויות אחדות, השונות זו מזו בנוגע לרמת הפעילות הממשלתית האסורה והיקפה.

כל אחד משלושת המושגים – חופש דת, חופש מדת ואיסור מיסוד – מחייב דיון נפרד,<sup>11</sup> אולם הפעם אסתפק בבחינה מדוקדקת של עקרון חופש הדת בלבד, היחיד משלושת המושגים שממלא, לדעתי, תפקיד במערך השיקולים לצורכי הדיון הנוכחי.<sup>12</sup> שתכליתו להציע מתווה ראשוני של השיקולים הנורמטיביים שיש להביא בחשבון כאשר

10 יש הטוענים כי לא ניתן להפריד את עקרון החופש מדת מעקרון חופש הדת, ולכן אין לתאר אותם כשני עקרונות נפרדים. ראו, למשל: Kathleen M. Sullivan "Religion and Liberal Democracy" 59 *U. Chi. L. Rev.* (1992) 195, 197; Suzanna Sherry "Lee v. Weisman: Paradox Redux" (1992) *Sup. Ct. Rev.* 123, 139.

11 לדיון והערכה נורמטיבית של הצדקות שונות לשלושת המושגים ראו מאמרי: "Religion and State – A Fresh Theoretical Start" 75 *Notre Dame L. Rev.* (1999) 579. ראו גם רות גביוון "דת ומדינה: הפרדה והפרטה" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 55.

12 יצוין, עם זאת, שיש הטוענים כי הענקת פטור על רקע דתי מחוק בעל תחולה כללית עולה כרי מיסוד הדת. ראו למשל: William P. Marshall "The Religious Freedom Restoration Act: Establishment, Equal Protection, and Free Speech Concerns" 56 *Montana L. Rev.* (1995) 227, 237–242; Christopher L. Eisgruber & Lawrence G. Sager "The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct" 61 *U. Chi. L. Rev.* (1994) 1245, 1266–1270; *City of Boerne v. Flores* 117 S. Ct. 2157, 2172 (1997).

באים לבחון את שאלת גיוסם של תלמידי הישיבות לצה"ל. את הדיון במושגים האחרים  
אשאיר לפיכך להודמנות אחרת.<sup>13</sup>

### ג. עקרון חופש הדת

חשיבות ההגנה על חופש הדת אינה שנויה עוד במחלוקת משמעותית, לפחות לא בקרב מדינות המערב, אולם שתי שאלות מרכזיות עודן שנויות במחלוקת בין המצדדים בהגנה על זכות זו. ראשית, האם יש לראות בחופש הדת ענף של זכות אדם כללית יותר, כגון חופש המצפון, או שמא מדובר בזכות נפרדת העומדת בפני עצמה, כפי שמשתמע, למשל, מן החוקה האמריקאית? שנית, האם יש לפרש את חופש הדת באופן מצמצם, כאוסר על המדינה להפלות את הדת או את מאמיניה לרעה, כך שחוקים ניטרליים בעלי תחולה כללית ייחשבו לגיטימיים, או שמא יש לפרש את הזכות בהרחבה ולחייב את המדינה לפטור את הדת ומאמיניה גם מחוקים ניטרליים על פניהם המקשים על שמירה על חוקי הדת?

בפרק הקרוב אעסוק בשתי שאלות אלה. בתשובה לשאלה הראשונה אעלה תחילה שתי טענות מקדמיות. ראשית, אטען כי לצורך הדיון הנוכחי, יש להתייחס אל הדת כאל סוג של תרבות חופפת-כל (קומפריהנסיבית); שנית, אטען כי יכולתה של קבוצה לשמר את

על-פי תפיסה זאת, ראוי היה לבחון לענייננו גם את הגיונה של התביעה לאיסור מיסוד. אני סבור שטענה זו איננה נכונה. לדעתי, הפרשנות הראויה לעקרון איסור מיסוד איננה מחייבת הימנעות ממתן פטורים. ראו מאמרי, לעיל הערה 6.

13 יודגש, עם זאת, שלו היתה תכלית המאמר גיבוש עקרונות-יסוד חדשים להסדרתם של יחסי דת ומדינה בישראל, ראוי היה לפתוח ולעסוק בהרחבה דווקא בעקרון איסור מיסוד, וזאת מכמה טעמים. ראשית, עקרון איסור מיסוד שנוי במחלוקת יותר משני העקרונות האחרים. מדינות מערב-אירופיות אחדות אינן כוללות עיקרון זה כחלק מעקרונות-היסוד החוקתיים של שיטתן, ועיקרון זה אינו כלול גם באף אחד מן המסמכים המשפטיים היסודיים המעצבים את החוק והמוסכמות הבינלאומיות בשאלות זכויות האדם. יש הטוענים באופן נמרץ שפעילות מצד המדינה המפירה את עקרון איסור המיסוד אינה מפירה בהכרח זכות אדם כלשהי. ראו, למשל: Michael J. Perry *Religion in Politics*, Constitutional and Moral Perspectives (Oxford, 1997) 16–17.

שנית, איסור מיסוד שנוי במחלוקת יותר מאשר חופש דת וחופש מדת גם בישראל. בעוד שבמירב העניינים מדינת-ישראל מגינה על חופש הדת והחופש מדת של אזרחיה, היא ממסדת דת באופן נרחב. דיון שתכליתו גיבוש עקרונות-יסוד חדשים להסדרתם של יחסי דת ומדינה בישראל ראוי שיתמקד בעיקר בשאלות השנויות במחלוקת. שלישית, כפי שמלומדים אחדים טוענים, רעיון הפרדת דת ומדינה מתקשר ומתפרש מושגית באופן הברור ביותר לעיקרון של איסור המיסוד משום שרק איסור מיסוד מחייב הפרדה אמיתית בין דת ומדינה. בעוסקנו באיסור מיסוד, אנחנו דנים למעשה בליבה של הדרישה להפרדת דת ומדינה.

תרבותה ומתן אפשרות ליחיד הקבוצה להשתתף בתרבות אליה הם משתייכים משמשים תנאי מוקדם ליכולתם של אותם פרטים לחיות באופן אוטונומי. בהסתמך על שתי טענות מקדמיות אלה, אפשר ואצדיק את חופש הדת כתנאי הכרחי לחופש הבחירה הנדרש לשם הגנה על ערך האוטונומיה וקידומו. נוסף להצדקה זו, אזכיר בהסכמה שתי הצדקות נוספות לחופש הדת: כנגזר מן החובה להכיר ולהביע כבוד לבני־אנוש ולמרכיבים היסודיים בוותם העצמית, וכאמצעי למיקסום התועלת החברתית. אטען, מכל מקום, שאף לא אחת משלוש הצדקות אלה לחופש הדת מחייבת הענקת יחס מיוחד לדת בהשוואה לתופעות אנושיות מקבילות.

בתמיכה להצדקה של חופש הדת כמקרה מיוחד של הזכות לתרבות, אטען, בין היתר, כי לרקונסטרוקציה זו שני יתרונות ניכרים. ראשית, תפיסת הדת כתרבות חופפת־כל מאפשרת להימנע מן המשימה הבעייתית של הגדרת דת. שנית, הגישה המוצעת לחופש הדת כנגזרת של הזכות לתרבות תואמת את האינטואיציה הבסיסית העומדת מאחורי כמה שאלות של דת ומדינה, כולל שאלת גיוסם של בחורי ישיבות לצה"ל, וככזו, היא עשויה לחשוף את המוטיווציות האמיתיות של הצדדים למחלוקת, לפשט את הדיון בנושא ולהביא לידי פתרון יעיל ומקובל של הבעיה.

בתשובה לשאלה השנייה, ביחס להיקף ההגנה הנגזרת מעקרונ חופש הדת, אטען כי לצורך שמירה על שלוש ההצדקות לחופש הדת – קידום האוטונומיה האנושית, כבוד לחוויות אישיות ומיקסום התועלת החברתית – ראוי עקרון חופש הדת להתפרש באופן רחב כמחייב הענקת פטורים לדת ולמאמיניה גם מחוקים ניטרליים.

## 1. טיעונים להצדקה של חופש הדת

### (א) דת כמערכת אמונית שאינה בת־אישוש או בת־הפרכה

בטרם אפתח בהצגת הטענות בעד ההגנה על חופש הדת, ברצוני להציג ולדחות תחילה את הטענות הקלסי המועלה באופן שגרתי להצדקת ההגנה על חופש הדת.<sup>14</sup> מנקודת־המבט של הוגי־דעות בתקופת ההשכלה (enlightenment),<sup>15</sup> מיוסד חופש הדת על אי־יכולתה של המדינה להפריך אמיתות דתיות. הטענה הינה, בקצרה, כי בעוד המדינה יכולה להעריך עמדות המבוססות על נתונים שהושגו באמצעות חקירה מדעית או הגיונית, אין לה, למדינה, כל דרך מעשית לבחון את אמיתות האמונות בהן מתחזקים הדתיים. בלשונו של ג'ון לוק, אמונה דתית –

14 לתיאור מפורט של טיעון זה ראו: Michael W. McConnell "The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion" 103 *Harv. L. Rev.* (1990) 1409, 1498–1499.

15 המעוניינים בדיון בעקרונותיה של ההשכלה מוזמנים לעיין ב: Ernst Cassire *The Philosophy of the Enlightenment* (Fritz C. Koelln & James P. Pettegrove trans., Boston, 1951 (orig. 1931)).

"is not capable of demonstration." It is not "capable to produce knowledge, how well grounded and great soever the assurance of faith may be wherewith it is received; but faith it is still, and not knowledge; persuasion and not certainty."<sup>16</sup>

לפיכך, בעוד המדינה יכולה, ולעיתים אף מחויבת, להכריע ולאליץ את אזהרה לציית לעקרונות מסוימים הנחוצים לצורך הסדרת ענייני המדינה, היא יכולה ומחויבת להימנע מהתערבות בשאלות הנוגעות באמונות דתיות.

טיעון זה אינו משכנע, מטעמים אחדים. ראשית, הוא מבוסס על הבחנה נלווית, שאנשים דתיים רבים יסרבו לקבל, בין עניינים ארציים (the city of men) לבין עניינים שמיימיים (the city of God). ביסוד עמדתם של הוגי דעות בתקופת ההשכלה בעד הענקת זכות יתרה להתנהגות דתית עמדה ההנחה שאמונות ופעילויות דתיות נבדלות מתפיסות ופעילויות שאינן דתיות לא רק בשאלת המקור להצדקתן, אלא גם בתחומים שכל אחת מהן מקיפה. הטיעון הינו שאל לה למדינה להתערב בשאלות של אמונה והתנהגות דתית לא רק משום שאינה יכולה לשמש שופט ביחס לאמיתות האמונות הללו, אלא גם ובעיקר משום שאינה חייבת לעשות זאת, מפני שאמונות ואמיתות דתיות אין להן כל השלכה מעשית על סדר-היום של המדינה.

אולם הבחנה זו בין עניינים דתיים לעניינים שאינם דתיים בעייתית למדי.<sup>17</sup> ראשית, תורת שתי החרבות הנוצרית, הגורסת הבחנה חדה בין הקדוש לחילוני,<sup>18</sup> זרה לחלוטין לדת היהודית, כמו גם לדת האיסלם. "שטח השיפוט" האידיאלי של מערכות דתיות אלה חורג הרחק מעבר לתחומם המצומצם של אמונות וריטואלים, משתרע לעבר ענייני מינהל ציבורי, לשאלות כלכליות וכיוצא בזה, ולמעשה אינו מותיר כמעט מאומה מחוץ לתחומו. הבחנה זו בין ארצי לשמיימי שנויה למעשה במחלוקת אפילו במדינות בעלות אוריינטציה נוצרית ברורה, שבהן, נוסף לשאלות בתחומי הפוליטיקה והכלכלה, חורץ שיקול-הדעת של המדינה החילונית גם את גורלן של מחלוקות בתחומי של המוסר.<sup>19</sup> הבחנתו של

John Locke "A Third Letter for Toleration" in: J. Locke *The Works of John Locke* 16 (vol. 6, 1963) 143

17 לבחינה מעמיקה של משמעויותיו השונות של הטיעון בדבר אופיה הפרטי של הדת, ראו גביון, לעיל הערה 11.

18 לרקע בנוגע לתורת שתי החרבות ראו: *The Church Speaks to the Modern World: The Social Teaching of Leo XIII* (Etienne Gilson ed., 1954) 167–168; Gerard E. Casper *Politics and Exegesis: Origen and the Two Swords* (California, 1979); Marsilius of Padua *The Defender of Peace* (Alan Gewirth trans., 1980)

19 לטיעון בכיוון זה מפי הוגי דעות נוצרי, ראו: David M. Smolin "Regulating Religious and Cultural Conflicts in a Postmodern America: A Response to Professor Perry" 76 *Iowa L. Rev.* (1991) 1067, 1091 ("Given religion's comprehensiveness, everything is, in a sense, religious. A conception of



מדיסון, מאבותיה המייסדים של ארצות-הברית, לפיה הטענה: "that the civil government is a competent judge of Religious truth... is an arrogant pretension" נכונה בעליל, אולם קביעתו זו נראית לכאורה תקפה לא פחות גם ביחס למידת התאמתה של המדינה כפוסקת בשאלות מוסר. אם המדינה יכולה לשמש בורר בשאלות מוסר, כפי שמקובל בכל מדינות המערב, מדוע עליה לנקוט ריסון בשאלות מוסר ביחס לאופוזיציה דתית יותר מאשר ביחס לאופוזיציה חילונית?<sup>20</sup>

ההבחנה שהציעה ההשכלה בין היגיון לאמונה אינה משכנעת מטעם נוסף. היא אינה מספקת נימוק מספק להגנה על חופש הדת של דתות ליברליות. דתות אלה עושות שימוש בהיגיון כמקור העיקרי לאישוש השקפותיהן,<sup>21</sup> דבר ההופך אותן לכאורה לחשופות לחקירה וביקורת הגיונית לא פחות מאשר תפיסות-עולם חילוניות מקבילות. לא ברור איפוא מדוע חייבת המדינה להימנע מהצרת צעדיהן של דתות ליברליות במקרים שבהם היא סבורה כי המסקנה אליה הגיעו חברי אותן דתות אינה עומדת במבחן ההיגיון.

לסיום, הבחנת ההשכלה בין אמונה והיגיון, המבוססת על הנחת האפשרות לאשש טיעונים מדעיים והגיוניים, הינה אנכרוניסטית במקצת. אכן, האמונה שכל האמיתות הינן בנות-בידור והוכחה בדרך של חקירה אמפירית או רציונלית היתה ממאפייניה הבולטים של תקופת ההשכלה. הנחת-היסוד של הוגי תקופה זו היתה שכל עוד יצורף השיח הציבורי מן הסיגים של אמונות בלתי-הגיוניות, עתידה האמת לצאת לאור ולהתקבל על הכל. תפיסה זו נזנחה זה מכבר על-ידי הוגי-דעות ליברליים מרכזיים. התיאוריה הליברלית מבית-מדרשו של רולס, למשל, מתבססת על הנחת קיומן של – "plurality of conflicting... conceptions of the meaning, value and purpose of human life, affirmed by the citizens of democratic societies" (the fact of pluralism)<sup>22</sup>

religion that seeks to 'privatize' it is in itself a non-neutral conception of religion at variance with historic forms of Christianity, Judaism, and Islam")  
20 למעשה גם לוק עצמו הודה בקיומם של "אזורי הפיפה" מסוימים בין תחומיהן של הדת והמדינה. פעילות מוסרית, קבע לוק, שייכת – "to the jurisdiction both of the... magistrate and conscience." John Locke *A Letter Concerning Toleration* (1689) reprinted in John Locke *A Letter Concerning Toleration in Focus* (John Horton & Susan Mendus eds., 1991) 42

21 ראו, למשל, דבריו של פרופסור פרי, מהוגי-הדעות החשובים בתחום יחסי דת ומדינה בארצות-הברית, ובעצמו קתולי מאמין: "Many religious believers understand that human beings are quite capable... of deceiving themselves, about what God has revealed." For them, "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." Perry *Religion in Politics*, *supra* note 13, at p. 74

22 John Rawls "The Idea of an Overlapping Consensus" 7 *Oxford J. Legal Stud.* 22 (1987) 1, 4

והפילוסופיה הליברלית של אקמן מבוססת על התפיסה לפיה: "while everybody has an opinion about the good life, none can be known as superior to any other" (the truth of pluralism).<sup>23</sup>

הטיעון הליברלי בנוגע לעובדות ולאמיתות הפלורליזם אינו מוגבל אך ורק לתחומי החקירה בשאלת אופי "החיים הטובים". כיום אין עוד הסכמה אפילו בשאלת יכולתם של מדעי הטבע להציע פתרון החלטי לשאלות הנבחנות בתחומם.<sup>24</sup> בעידן בו מוסכם על הכל כי מדע או היגיון אינם יכולים עוד לשמש מלות קסם, ושנאשים הגיוניים עשויים להיות חלוקים בדעותיהם בעניינים רבים, עמדה המצדדת בהענקת זכות יתרה לדת על בסיס ההבחנה בין אמונה להיגיון, הינה אנכרוניסטית למדי.<sup>25</sup> לאחר שדחיתי את טיעון ההשכלה המסורתי כבסיס לעקרון חופש הדת, אפנה לתיאור שלושה צידוקים אחרים לעיקרון זה המתקבלים על דעתי.

#### ב. חופש הדת כתנאי הכרחי לחופש הבחירה

את עקרון חופש הדת יש לבסס להבנתי, בראש ובראשונה, כנגזרת של עקרונות ליברליים יסודיים. אחד המאפיינים הבולטים של התורה הליברלית הוא החירות שזו מעניקה לאנשים להיות את חייהם בהתאם להשקפתם בנוגע למהות החיים הטובים. עם זאת יש לזכור ולהכיר בעובדה שפרטים אינם רואים עצמם כבולים בהכרח לעיסוק בהגשמת תפיסה אחת של החיים הטובים ולהשגת היעדים שתפיסה זו מחייבת.<sup>26</sup> חירות במובנה המלא כוללת איפוא לא רק את זכותו של הפרט לעצב את חייו בהתאם לאמונותיו, אלא גם את הזכות לבחון אותן אמונות ולשנותן. האמור עד כה אינו מהווה אלא חזרה על עקרונות יסודי ליברליים ידועים. הטיעון החדש יחסית, שיש לצרף לאלה שהוזכרו עד כה, הינו שאם ברצוננו לכבד ולקדם את יכולתם של הפרטים לבחור באופן חופשי, עלינו להגן גם על התרבות לה הם שייכים מפני ניוון והיעלמות, שכן האפשרות להמשיך להשתייך למערכת תרבותית זו מהווה תנאי הכרחי ליכולת לשקול ולבחור.

23 Bruce Ackerman *Social Justice in the Liberal State* (New Haven, 1980) 11

24 ראו, למשל, תומס קון המבנה של מהפיכות מדעיות (תרגום יהודה מלצר, תשל"ז).

25 כל שברצוני להבהיר בטענה אחרונה זאת הוא שההבחנה בין אמונה להיגיון אינה יכולה עוד לבסס טענה לזכות ליחס מיוחד מצד המדינה כלפי הדת, שתאסור על המדינה להתערב באורחות חייו של המאמין דווקא. הספקנות הליברלית עשויה עם זאת לבסס טיעון נגד כפיית תפיסה כלשהי של החיים הטובים. אם אין דרך לקבוע איזו תפיסה עדיפה, או שכל התפיסות שוות בערכן, נשמט לכאורה אחד הנימוקים המרכזיים לטובת כפייה.

26 John Rawls "Kantian Constructivism in Moral Theory" 9 *J. of Phil.* (1977) 515, 544; Ronald Dworkin "In Defense of Equality" 1 *Soc. Phil. & Pol.* (1983) 1, 24-40; Will Kymlicka *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford, 1995) 81

עלימנט להבהיר ולאשש טיעון זה עלינו לדון ולתאר בקצרה מחלוקת הנטושה בין אנשי התפיסה הקהילתית לתומכי הגישה הליברלית בנוגע לשאלת אופיים של בני-האדם. תומכי התפיסה הקהילתית, דוגמת סנדל<sup>27</sup> ומקינטייר<sup>28</sup>, נוטים לצייר שתי תיאוריות מנוגדות ביחס לזהותם של בני-האדם: אטומיסטית או מעוגנת (atomized or situated), ולשייך את שתי התיאוריות המנוגדות הללו לוויכוח הניטש בין התפיסה הליברלית לקהילתית. במה שמכונה בספרות כ-"agency debate", מתוארים הליברלים כמצדדים בתפיסה האטומיסטית, שעל-פיה בני-האדם מעוצבים באופן מלא ועצמאי, מספיקים לעצמם (self sufficient) ומממשים את כושר הבחירה החופשית בו ניהנו. בעלי התפיסה הקהילתית, לעומת זאת, מתוארים כטוענים שהקהילה אינה מהווה רק מרכיב קונטינגנטי באישיותם של חבריה, אלא משמשת מרכיב מכונן בזהותם. על הבחנה חדה זו נמתחת לאחרונה ביקורת מצד הוגי-דעות ליברליים אחדים בשני מישורים שונים: מהם שמכחישים את הקביעה לפיה ליברליזם הינו, או חייב בהכרח להיות, מבוסס על תשובה אטומיסטית לשאלת ה-"agency debate", או שקהילתיות כטיעון מסדר ראשון ביחס לשאלת אורח החיים הראוי מחייבת את המצדדים בה לאחוז גם בתפיסה אנטי-אטומיסטית בשאלת ה-"agency debate".<sup>29</sup> ליברלים אחרים תוקפים חזיתית את התיאור הקוטבי עצמו. לטענתם, מבנה האישיות הבסיסי של בני-האדם אינו תואם את אחד מן התיאורים המנוגדים בלבד, אלא מורכב במידה רבה מצירוף של שניהם. לטענתם של הוגי-דעות ליברליים אלה, לבני-האדם היכולת והכלים לקבל החלטות ביחס לשאלת החיים הטובים באופן חופשי, אולם נתוני-היסוד של השתייכותם התרבותית משפיעים באופן בלתי-נמנע על הכרעתם. לטיעון שהוכרתי זה עתה, לפיו שיוכם התרבותי של בני-האדם ממלא תפקיד בתהליך קבלת ההחלטות שלהם, שני חלקים. ראשית, נטען כי המערכת התרבותית אליה משתייך הפרט יוצרת ומגדירה לגביו את האפשרויות העומדות לפניו לבחירה. בלשונו של קימליקה, אחד מהוגי-הדעות הליברליים הבולטים האחרונים בתפיסה זו:

"the context of individual choice is the range of options passed down to us by our culture. Deciding how to lead our lives is, in the first instance, a matter of exploring the possibilities made available by our culture."<sup>30</sup>

חלקה השני של הטענה הינו שהכלים ואמות-המידה בהם משתמש הפרט להערכת האפשרויות העומדות לפניו מושפעים ומעוצבים באופן ניכר על-ידי התרבות בתוכה הוא גדל וחי. תרבות, על-פי הגדרתו של גיירדן, הינה:

"an historically transmitted pattern of meanings embodied in symbols, a

27 ראו, למשל: Michael J. Sandel "Introduction" *Liberalism and Its Critics* (Michael J. Sandel ed., 1984) 5.

28 ראו, למשל: Alasdair C. MacIntyre *After Virtue* (2nd ed., Notre Dame, 1984).

29 Stephen A. Gardbaum "Law, Politics, and the Claims of Community" 90 *Mich. L. Rev.* (1992) 685.

30 Kymlicka *Multicultural Citizenship*, *supra* note 26, at p. 126.

system of inherited conceptions expressed in symbolic forms by means of which men communicate, perpetuate, and develop their knowledge about and attitudes towards life."<sup>31</sup>

תרבותם של בני־האדם, על־פי הבנה זו, מספקת לפיכך את ה"משקפיים" דרכם הם מזהים התנסויות כבעלות ערך.<sup>32</sup>

העולה מן הטיעון התיאורי שהצגנו זה עתה הוא, כפי שטוען קימליקה בצדק, כי התנאים המוקדמים לקיום אפשרות של בחירה חופשית משמעותית כוללים לא רק, כפי שמקובל לחשוב, הענקת גישה חופשית למידע (הכוללת גם שמירה על חירות הביטוי והאספה) וגיבוש היכולות הרפלקטיביות הנחוצות להערכת המידע; על־מנת לאפשר בחירה חופשית משמעותית יש גם לאפשר לפרטים גישה למערכת תרבותית.<sup>33</sup> אולם, מורה גם קימליקה, ניתן לכאורה לטעון שגם אם נסכים שהשתייכות למערכת תרבותית הינה תנאי הכרחי לקיומה של אפשרות לבחירה חופשית, עדיין אין בכך כדי להסביר מדוע חברי מיעוטים תרבותיים חייבים בגישה דווקא לתרבותם. מדוע לא לאפשר או לעודד את חברי קהילת המיעוט התרבותית להיטמע בתוך תרבות הרוב ולעשות בכלים שמעניקה תרבות זו את השימוש הנחוץ לקבלת הכרעות?<sup>34</sup>

קימליקה מנסה להגן על עמדתו, לפיה חברותו של הפרט בתרבותו שלו דווקא הינה תנאי הכרחי לחיים אוטונומיים, בדרך הבאה. הוא אינו חולק על כך שהתבוללות מוצלחת של חברי תרבויות מיעוט בתוך תרבות הרוב הינה אפשרית באופן עקרוני, אולם לטענתו, התבוללות מוצלחת כרוכה ברוב המקרים בקושי רב, ועשויה להיות בלתי־אפשרית כמעט לחלק מחבריה של קבוצת המיעוט. מאוחר יותר מציג קימליקה טיעון נוסף ושונה בזכות ההגנה על תרבות המיעוט. טיעונו השני מבוסס על הקביעה לפיה, אפילו במקרים בהם המכשולים העומדים בדרכם של חברי קבוצות המיעוט להתערות בתרבות הרוב הינם מינימליים, שאיפתם של חברי מיעוטים תרבותיים לשמר את תרבותם עשויה להיות חזקה מאוד. לפיכך, טוען קימליקה:

"in developing a theory of justice, we should treat access to one's culture as something that people can be expected to want... Leaving one's culture, while possible, is best seen as renouncing something to which one is reasonably entitled."<sup>35</sup>

קימליקה אינו מפתח את טיעונו השני די הצורך, ועל־כן קשה להעריך עד כמה טיעון

31 Clifford Geertz *The Interpretation of Cultures* (1973) 89

32 Ronald Dworkin *A Matter of Principle* (1985) 228

33 Kymlicka, *supra* note 26, at p. 84

34 לטיעון מסוג זה ראו: Jeremy Waldron "Minority Cultures and the Cosmopolitan

Alternative" 25 *U. Mich. J. Law Ref.* (1992) 751, 762

35 Kymlicka, *supra* note 26, at pp. 85–86

זה משכנע.<sup>36</sup> אולם הנקודה החשובה שיש להדגיש לענייננו הינה שטיעונו השני של קימליקה אינו מצטרף לטיעונו הראשון ומחזקו, אלא מחליף אותו. לכאורה, ניתן לטעון רק אחד משני הטיעונים הבאים: או שהתערות מוצלחת של חברי תרבות המיעוט בתרבות הרוב אינה אפשרית, ולפיכך שימורה של תרבות המיעוט מהווה תנאי הכרחי לאוטונומיה אישית, או שהתערות מוצלחת אפשרית ואזי שימורה של תרבות המיעוט אינו נחוץ כתנאי לאוטונומיה אישית, ולפיכך עלינו להפש צידוקים אחרים לזכות לתרבות.<sup>37</sup> התשובה לשאלה איזו משתי ההנחות לעיל נכונה יותר תלויה, לדעתי, בהגדרה המדויקת של המושג "תרבות" בו עושות שתי ההנחות שימוש.

מקריאה ראשונית של הגדרתו של קימליקה את המושג "תרבות" בו הוא עוסק, נוצר תחילה רושם שכוונתו לשימוש מרחיב במונח "תרבות", ככזו המספקת לחבריה דרכי חיים משמעותיות במגוון רחב של טווח הפעילות האנושית.<sup>38</sup> אולם בהמשך, משעובר קימליקה לפרק הדיון המהותי, מתברר שהמושג "תרבות", נשוא הזכות להגנה בו הוא עוסק, מוגדר באופן מצומצם למדי. תרבות, בשפתו של קימליקה, היא כזו שהחבריה אינם מחזיקים בערכי מוסר אחידים או בצורת חיים מסורתית זהה; מאפייניה של תרבות לפי הגדרתו זו מצטמצמים למעשה בשפה אחידה ובהיסטוריה משותפת. קימליקה בוחר בהגדרה צרה זו של תרבות בכוונה תחילה. הוא מאמין שבהצגת "תרבות" בהגדרתה המצומצמת הוא מגביר את קסמה בעיני הוגי דעות ליברליים. לטענתו, היעדר ערכים משותפים הינו בדיוק הנתון המאפשר לתרבות לספק, "a meaningful context of choice for people, without limiting their ability to question and revise particular values or beliefs".<sup>39</sup>

לשון אחר, היעדר ערכים משותפים הוא בדיוק הסיבה שבגינה, לדעת קימליקה, הגנה

36 להצגה משכנעת וברורה של יסודות טיעון זה, שקימליקה מתאר, כאמור, באופן עמום בלבד, ראו אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, תשנ"ח) 93, 102-99. לשיטתם של מרגלית והלברטל, הזכות לתרבות "נובעת מהעובדה שזהות האישיות עומדת בראש מעייניו של כל אדם, ומכאן החשיבות העליונה שהפרט מייחס לשמירה על אורח החיים המקובל עליו, לרבות סימני ההיכר הנחשבים בעיניו ובעיני חבריו לקבוצת התרבות למרכיבי הזהות המרכזיים שלהם". שם, בע' 101. מרגלית והלברטל טוענים במידה רבה של צדק (בע' 102) כי שיטתם, שלפיה הזכות לתרבות שואבת את הצדקתה מהזכות לזהות, מצדיקה טווח חלול רחב יותר לזכות לתרבות משיטתו של קימליקה, שאני מאמץ בגוף המאמר, המבססת את הזכות לתרבות על הזכות לחירות. לתיאור ביקורתי קצר של שני הטיעונים ראו גם חיים גנו "לאומיות והגירה" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, תשנ"ח) 341, 345-348.

37 לביקורת על טיעונו של קימליקה בכיוון דומה לזה שאני מציע בגוף המאמר, ראו מרגלית והלברטל, שם, בע' 100-101.

38 Kymlicka, *supra* note 26, at p. 76.

39 *Ibid.*, at p. 96.

על הזכות לתרבות עשויה להתפרש כמקדמת ערכים ליברליים.<sup>40</sup> הבעיה בהצעתו זו של קימליקה נעוצה בכך שבהגדרו תרבות באופן כה מצמצם, הוא מחליש באופן ניכר את עמדתו ביחס לאלה החולקים עליו ודוחים את הטענה כי השתתפותו של הפרט בתרבותו הינה תנאי הכרחי למימוש זכותו לאוטונומיה. יתר עלי-כן, תיאורו המצמצם של קימליקה את התרבות נשואת הזכות להגנה משטש את ההבדל בין תפיסתו לתפיסת מתנגדיו, ולפיכך ממוטט למעשה את עמדתו לתוך עמדתם. נבאר טענתנו זאת.

הוגי-דעות ליברליים רבים שוללים עובדתית את הטענה לקיומן של תרבויות נבדלות במדינות המערב, ומתארים במקום זאת את הסצינה בת-זמננו כ-"freewheeling cosmopolitan life, lived in a kaleidoscope of cultures"<sup>41</sup>.

טענתם אינה ניתנת להפרכה בנקל. קשה להכחיש את הקביעה לפיה אורח אחת ממדינות המערב יוכל בקלות יחסית להשתלב בתרבותה של מדינה מערבית אחרת. יתר עלי-כן, יהיה זה בלתי-משכנע בעליל לטעון שפרט כזה לא יוכל להעריך ולבחור באופן מושכל בין האפשרויות שמציעה לו תרבותה של המדינה השכנה מבלי שייאלץ תחילה להתבולל באופן מוחלט בתרבותה של אותה מדינה. עובדה זו אין משמעה בהכרח שלחברים בקהילות תרבותיות מערביות אין סיבות משכנעות לרצונם בשימור תרבותם, על מאפייניה המיוחדים הספורים; אולם עובדה זו אכן גוררת את המסקנה שהטיעון בדבר הצורך בשמירה על התנאים המוקדמים הדרושים לחיים אוטונומיים אינו יכול לשמש אחת ההצדקות לזכותם לתרבות של חברי תרבויות המערב השונות.

בין שתרבויות מערביות עודן נבדלות זו מזו באופן משמעותי, כפי שטוען קימליקה, ובין שצודקים מתנגדיו בטענתם כי חברי קהילות אלה נחשפים למגוון חומרים תרבותיים ממקורות שונים, איש לא יוכל להכחיש שחלק מבני-האדם עודם חיים במסגרתה של תרבות נבדלת חופפת-כל.

בעשתי שימוש במונח "תרבות חופפת-כל" כוונתי לתרבות שמאפייניה המשותפים כוללים מגוון רחב של תחומי חיים. תרבות כוללת "מקיפה כמה היבטים חשובים של החיים: היא מגדירה את פעילויותיהם של האנשים... קובעת תעסוקות... ומגדירה מערכות יחסים חשובות... תרבות הקבוצה משפיעה על כל תחומי העשייה של אנשיה: בישול, סגנון ארכיטקטוני, שפה משותפת, המסורת הספרותית והאמנותית, מוסיקה, מנהגים, לבוש, חגיגות וטקסים".<sup>42</sup> בניגוד לחברים בתרבויות שעברו תהליך של ליברליזציה, מתווקים חברים בתרבויות חופפות-כל בעמדות מוסריות ובערכים זהים. חברים בתרבויות אלה, או לפחות חלק ניכר מהם, במיוחד המבוגרים שבהם, לא יוכלו לעולם להיטמע בתרבויות אחרות.

נרגיש, אין כוונתי לטעון שכל אדם הינו חבר בתרבות חופפת-כל, ואינני מרמז שחברות בתרבות כזו הינה הכרחית לחיים בעלי ערך, או עשויה לשפר את חייהם של

<sup>40</sup> Ibid, at p. 105

<sup>41</sup> Waldron, *supra* note 34, at p. 762

<sup>42</sup> מרגלית והלברטל, לעיל הערה 36, בע' 97. ראו גם: Avishai Margalit & Joseph Raz

"National Self Determination" 87/9 J. of Phil. (1990) 439, 442–447

בני-אדם בדרך כלשהי.<sup>43</sup> הטענה הצנועה שהצגתי עד כה, ושעליה אני מוכן להגן, הינה שחלק מבני-האדם משתייכים לתרבויות חופפות-כל, ושברובם, אין הם יכולים לנטוש את תרבותם ולהתערות באופן מוצלח בתרבויות אחרות. אותם בני-אדם זקוקים לתרבותם כתנאי הכרחי לחיים אוטונומיים ולחופש בחירה, ולפיכך, מדינות המחשיבות אוטונומיה כבעלת ערך, חייבות לנקוט צעדים להגנה על תרבויות אלה מפני היכחדות. אם טענה זו משכנעת, השאלה המעשית המתבקשת הינה: מה בדיוק נדרשת המדינה לעשות על-מנת להבטיח את הישרדותה של תרבות המיעוט החופפת-כל? האמנה הבינלאומית בנוגע לזכויות אזרחיות ופוליטיות קובעת בסעיף 27 כדלקמן:

"In those states in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language."

אולם גם לאחר קריאת סעיף זה נותרת בעינה השאלה: מהן בדיוק המחויבויות שמטילה זכות זאת על המדינות המכירות בה?

תשובה אפשרית אחת יכולה להיות שלצורך הגנה על תרבויות מיעוט, כל שעל המדינה לעשות הוא להפריט ענייני תרבות ותו לא. הטיעון בקצרה הינו שכל עוד המדינה מתעלמת לחלוטין מהבדלים תרבותיים ואינה פוסקת על בסיסם שאלות מדיניות כלשהן, יכולים חברי התרבויות השונות לשמר את תרבותם תוך בחירה חפשית. עמדה אחרת, ולדעת כותב שורות אלה מציאותית יותר, גורסת שעל-מנת להבטיח קיומן של תרבויות מיעוט, על המדינה לנקוט צעדים ממשיים לתמיכה בתרבויות אלה.<sup>44</sup> עמדה זו מבוססת על הטענה שהמדינה אינה יכולה להימנע מקידום זהויות תרבותיות מסוימות בתחומים

43 ראו: Avishai Margalit & Moshe Halbertal "Response to Amelie Oksenberg Rorty". 62 Soc. Res. (1995) 171, 172.

44 עמדה זו אומצה בבירור בכמה היקוקים בינלאומיים שהתקבלו לאחרונה בנושא זכויות מיעוטים. ראו, למשל: Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, *Universal Minority Rights* (Alan Phillips & Allan Rosas eds., 1995) 159, 161 ("States shall protect the existence and the national or ethnic, cultural, religious and linguistic identity of minorities within their respective territories and shall encourage conditions for the promotion of that identity"); CSCE Copenhagen Document (on the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimensions of the CSCE) Art. 33, *Universal Minority Rights*, *ibid*, at p. 351 ("The participating states will protect the ethnic, cultural, linguistic and religious identity of national minorities on their territories and create conditions for the promotion of that identity").

רבים – כגון בהחלטותיה בענייני שפה, מועדים ציבוריים, סמלי המדינה וכיוצא בזה – וכפועל יוצא, אינה יכולה להימנע מהפלייתן לרעה של זהויות תרבותיות אחרות. במדינה המנוהלת באופן דמוקרטי, אך טבעי הוא שתרבות הרוב היא זו שתזכה בתמיכת המדינה. מכאן, שאם לא יינקטו צעדים ממשיים לסייע לתרבויות המיעוט, סופן של תרבויות אלה למצוא את עצמן במלחמה מתמדת על עצם קיומן.

הקורא הסבלן עשוי לשאול: מה לדיון שקיימנו עד כה ולעקרון חופש הדת? התשובה לשאלה זו להלן. דת, כפי שסוציולוגים ואנתרופולוגים רבים גורסים, הינה בראש ובראשונה תרבות. תרבות כהגדרתו של מלומד אחד כוללת –

"crucial, essential aspects of group life, marrow-deep beliefs and institutions, such that any alteration in this 'culture' can seriously injure or damage the group in its very groupness. Language and religion are often 'culture' in this sense."<sup>45</sup>

דת, בדומה לתרבויות אחרות, כוללת שפה אחידה של מסורות ומוסכמות שעומדות בבסיסם של כללי התנהגות ומוסדות. ככזו, היא ממלאת בחייהם של חבריה תפקיד זהה לזה שממלאות תרבויות אחרות שאינן דתיות בחייהם של חבריהן. זאת ועוד, ברוב המקרים, דת אינה סתם תרבות, אלא תרבות חופפת-כל. אם נצרף את הגדרתה של דת כתרבות חופפת-כל לטענה כי מדינה אינה יכולה להימנע ממיסוד חלקי לפחות של תרבות, נגיע למסקנה המתחייבת שאלמלא תנקוט המדינה בצעדים מתקנים אחרים, עשויות דתות מיעוט למצוא את עצמן, בדומה לתרבויות מיעוט אחרות, בעמדת נחיתות ובסכנה קיומית. חברה המעוניינת לאפשר ולקדם חופש בחירה משמעותי לחבריה חייבת לפיכך להגן על דתות מיעוט לא פחות משהיא נדרשת להגן על תרבויות מיעוט אחרות. את חופש הדת יש לפרש לפי הבנה זו לא כסוג של הפרטת דת – שכן הפרטה כזו אינה אפשרית למעשה – אלא כאמצעי שתכליתו הגנה על הזכות הבסיסית של בני-אנוש להשתתף בתרבותם על-מנת לאפשר להם לבחור באופן חופשי את דרך חייהם בחברה הממסדת, לפחות באופן חלקי, את תרבות הרוב.

הרדוקציה של דת לסוג של תרבות – ושל חופש הדת לנגזרת של הזכות לתרבות – הכרוכה בהצדקה שהצענו זה עתה לחופש הדת כתנאי הכרחי לחופש בחירה, עומדת בניגוד ברור להצדקות מקובלות אחרות לחופש הדת, שבבסיסן הנחת המיוחדות לכאורה של התופעה הדתית. רדוקציה זו עשויה להביא חלק מן הציבור הדתי, במיוחד את החברים בזרמים שמרניים, לדחיית הצדקה זו. לדידם, הגדרת דת כסוג של תרבות עשויה להתפרש כהסכמה עם תיאוריות אנתרופולוגיות ביחס להתפתחות דתות קהילתיות, תיאוריות המטילות ספק בטענה לקיום מקור אלוקי לאמיתות הדת. לדעתי, גישה שמרגית זו אינה מוצדקת. הטעון שהעליתי עד כה אינו נוגע כלל בוויכוח על-אודות מקורות הדת ואינו נוקט כלל עמדה בשאלת ערכה היחסי או המוחלט. טיעון זה עושה שימוש רק

Lawrence M. Friedman "The War of the Worlds: A Few Comments on Law, Culture, and Rights" 47 Case W. Res. L. Rev. (1997) 379, 381



בנתון הגלוי לעין, על-פיו מערכות דתיות מתפקדות וחולקות מאפיינים זהים לאלה של מערכות תרבותיות שאינן דתיות. דמיון זה, מבלי שנעמס עליו מסקנות תיאולוגיות ואנתרופולוגיות מרחיקות-לכת, בצירוף הרציונל הליברלי שהצגתי לעיל, נותן טעם מספק לציפייתן של תרבויות דתיות להגנה מצד המדינה, בדומה להגנה לה ראויות תרבויות לא דתיות מקבילות.

לתיאור המוצע של דת כסוג של תרבות יש כמה יתרונות ניכרים. ראשית, בתארנו דת כסוג של תרבות, אנחנו נפטרים מן המשימה הבעייתית של הגדרת דת. הגדרת דת הינה בעייתית מסיבות אחדות. ראשית, יש טוענים כי המונח דת אינו ברהגדרה, אם משום שאין מאפיין אחד או קבוצת מאפיינים ברורה שכל הדתות חולקות במשותף ואשר יכולים להבחין דת מכל תופעה אחרת,<sup>46</sup> ואם משום שתהליך ההגדרה הינו שרירותי מטבעו.<sup>47</sup> שנית, אפילו היינו מוכנים להניח אפשרות הגדרתה של דת, קיים ספק אם לאלה המופקדים על מציאת הגדרה לדת, לצורכי השיט המשפטי-החוקתי, ישנם הכלים הדרושים לשם כך. כותבים רבים העוסקים בשאלה של הגדרת דת לצורכי השיט החוקתי מצביעים על העובדה הפשוטה לפיה יכולתן של דתות חדשות להתפתח, להתמודד בשוק החופשי של רעיונות תרבותיים ולשמש מקור פוטנציאלי לערכים אנושיים תלויה בהיקף הדמיון השיפוטי.<sup>48</sup> כותבים אלה מביעים ספק ביכולתם של חברי הזרוע השיפוטית לעמוד במשימת ההגדרה.<sup>49</sup> חששם הוא שבתי-המשפט ייטו לפסוק נגד דוגמאות יצירתיות ובלתי-מוכרות של התופעה הדתית.

הנקודה המרכזית שעקרון הדת כמערכת תרבותית מבקש להדגיש הינו שהגיעה העת לחדול מן הניסיון להבחין בין תרבות דתית לתרבות שאינה דתית. הטיעון בקצרה הינו שהתנאים הסוציאליים והתרבותיים בחברה בת-זמננו הופכים את המשימה של הגדרת הדת כתופעה נבדלת לבלתי-רלוונטית, שאפילו היינו יכולים למצוא הגדרה קוהרנטית לדת, לא הייתה להגדרה זו כל חשיבות לצורכי הצדק העיקרון של חופש הדת במדינות המערב בנות-זמננו, ולפיכך אין בה כל צורך.

היתרון השני הכרוך בהגדרת הדת כסוג של תרבות חופפת-כל ובהצדקת העיקרון של חופש הדת כנגזר של הזכות לתרבות הינו שהצדקה זו חופפת לאינטואיציה הבסיסית

George C. Freeman III "The Misguided Search for the Constitutional Definition 46  
of Religion" 71 *Geo. L. J.* (1983) 1519, 1565

Anita Bowser "Delimiting Religion in the Constitution; A Classification 47  
Problem" 11 *Val. U. L. Rev.* (1977) 163, 164: "A Judge cannot appeal to the  
canons of logic to decide whether a given classification is the necessary or the  
correct one. Because classification cannot be carried on deductively the task is  
inherently an arbitrary one"

"Developments in the Law – Religion and the State" 100 *Harv. L. Rev.* (1987) 48  
1607, 1631

Ira C. Lupu "To Control Faction and Protect Liberty: A General 49  
Theory of the Religion Clauses" 7 *J. Contemporary Legal Issues* (1996) 357,  
358

שמאחורי סוגיות מרכזיות בהן ממלא עיקרון חופש הדת תפקיד מרכזי, ובין היתר לזו העומדת בבסיס העמדה החרדית בשאלת גיוס תלמידי הישיבות לצה"ל.<sup>50</sup> כך, למשל, עשויה, לדעתי, הצדקת חופש הדת כנגזרת של הזכות לתרבות לסייע בידינו לתאר באופן נכון יותר את המחלוקת בשאלת סגירתו של כביש בריאילן לתנועת כליירכב בשבתות. פרשה זו, שגידונה בפסק-דין חורב,<sup>51</sup> עניינה תביעתו של המחנה החרדי להגביל ואף לאסור תנועת כליירכב, בשבתות ובמועדי ישראל, בכביש העובר בשכונה המאוכלסת בחרדים. בבואם לתאר את האינטרס החרדי הראוי לכאורה להגנה בנסיבות המקרה, סירבו שופטי הרוב, בראשות הנשיא ברק, לזהותו כחלק מעקרון חופש הדת, מן הטעם שסגירת הרחוב איננה משרתת את חופש הדת של התושבים הדתיים, שכן בני השכונה חופשיים לקיים את מצוות הדת גם אם מכוניות עוברות ברחוב בשבת.<sup>52</sup> חרף זאת, תיאר בית-המשפט, כדרכו בפסקי-דין אחרים,<sup>53</sup> את הבסיס לתביעה החרדית כזכות להגנה על רגשות הדת ועל אורח החיים החרדי.<sup>54</sup>

הצגת האינטרס החרדי כפגיעה ברגשות, ולא כפגיעה בחופש הדת, איננה סמנטית בלבד, אלא נושאת עימה משמעויות מעשיות. ראשית, בעוד שמוסכם על הכל כי תביעה המבוססת על עקרון חופש הדת הינה בעלת תוקף רב, טיעונים בדבר פגיעה ברגשות הינם, כפי שהסביר דני סטטמן, חלשים למדי, ומבססים "בדרך-כלל, לכל היותר, טעמים להתחשבות, אך לא חובה כזאת."<sup>55</sup> זאת ועוד, הטענה לפגיעה ברגשות גם "כורכת בחובה סוג של השפלה עצמית". המבסס את תביעתו על טענה ממין זה "גדמה כילד בכיין, שבמקום לקבול על חוסר ההגינות של ההתנהגות כלפיו... מתלונן על כך שכואב לו. מי שמבסס את תביעותיו המוסריות על כך שכואב לו חלש הרבה יותר ממי שמבסס את תביעותיו על טענות צדק או זכות."<sup>56</sup>

כשלעצמי, אינני משוכנע כלל ועיקר בצדקת שלילתו של בית-המשפט את עקרון חופש הדת כבסיס לתביעה החרדית, גם לפי הפרשנות המסורתית לעיקרון זה, שכן עמדה זו של בית-המשפט מאמצת פרשנות מצמצמת מאוד לתיאור מידת הפגיעה הנדרשת על-ימנת לבסס טענה על הזכות לחופש דת.<sup>57</sup> אולם דומני שההצעה שהעליתי במאמר זה

50 אינטואיציה זו תידון בהרחבה בפרק הבא.

51 בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (להלן: עניין כביש בריאילן).

52 שם, בע' 58.

53 ראו למשל ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, תק-על 98(3) 1.

54 עניין כביש בר אילן, לעיל הערה 51, בע' 34-38, 58, 60-61.

55 דני סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, תשנ"ח) 133, 160.

56 שם, שם.

57 כך, למשל, ניתן היה להציע שלא רק מניעה מוחלטת, אלא גם הכבדה על אפשרות השמירה על מצוות הדת תיחשב לפגיעה בחופש הדת. על-פי פרשנות מרחיבה זו ניתן היה אולי לראות בהפרעה שגורמת תנועת כליירכב לתפילות ולשיעורי התורה המתנהלים בבתי-הכנסת פגיעה מספקת בחופש הדת.

לביאור עקרון חופש הדת כנגזר מן הזכות לתרבות תאפשר, ללא ספק, לבסס את התביעה החרדית על עיקרון זה, ובכך לחזק ולהסיר ממנה את המעטה ה"מתבכיין".

כפי שהסביר יפה הנשיא ברק עצמו:

"ציפייתה של קהילה דתית היא, כי מנוחת השבת לא תצטמצם לרשות היחיד של חבריה, אלא תעטוף ותשרה גם ברשות הרבים. באה שבת – באה מנוחה, לא רק בחצרו הפרטית של אדם, כי אם גם בחובה של שכונה. ההמולה והשאון המאפיינים את ששת ימי השבוע יפנו את מקומם לתפילות חגיגיות, טיולי משפחה רגליים וכדומה. רחוב העובר בלב ליבה של שכונה, נפת תנועה משמעותי, קולות צופרים ושאון מנועים, מהווים, ללא ספק, ניגוד חריף לאווירת רחוב בשבת כפי שנתפסת בעיני רוחו של תושב השכונה."<sup>58</sup>

מה שמבקשים החרדים, לפי הסברו של ברק, הוא ליצור אווירה מסוימת ברשות הרבים שלהם, אמת, תביעה זו איננה מעוגנת בטענה כי תנועת כל"רכב בשבת בשכונות המאוכלסות בחרדים מונעת אותם מלקיים את מצוות הדת, אולם אם נפרש את חופש הדת כמקרה ספציפי של הזכות לתרבות, אין בכך לכאורה כל צורך. כדבריו הנכוחים של סטטמן:

"על הפרק זכותה של קהילת החרדים לעצב את חיי הקהילה שלהם ואת סביבת מגוריהם בהתאם לערכים שהם מאמינים בהם."<sup>59</sup>

תביעה זו הינה בדיוק מן הסוג עליו מבקשים מצדדי הזכות לתרבות להגן.

#### (ג) צידוקים נוספים לעקרון חופש הדת

בפתיחה לפרק זה הוצגה השאלה: האם יש להבין ולהצדיק את עקרון חופש הדת כנגזר מעקרון יסוד בסיסי יותר, כגון חופש המצפון, או שמא ניתן וראוי לבססו באופן עצמאי? עד כה ניסיתי לתאר ולהצדיק עיקרון זה כנגזר מן הזכות לתרבות. כעת אנסה לתומכו בשני נימוקים נוספים, כנובע מן החובה להכיר ולהביע כבוד לבני-אנוש ולמרכיבים היסודיים בזהותם העצמית, וכאמצעי למיקסום התועלת החברתית. המשותף לשני צידוקים אלה לחופש הדת ולצידוק הראשון שכבר תואר הינו שצידוקים אלה, כקודמם, כוללים דת במסגרת רחבה יותר של תופעות שראויות להגנה.

#### (1) חופש הדת כנגזר מן החובה להכיר ולכבד בני-אנוש

ומרכיבים יסודיים בזהותם העצמית

יש הטוענים שקיים הבדל מהותי בין הכרעות מצפוניות שמקורן דתי לאלה שמקורן אינו דתי, הבדל המחייב התייחסות שונה לכל אחד משני סוגי ההכרעות. בעוד הכרעות מצפוניות דתיות נובעות מכפיפות לצו האל, הכרעות מצפוניות שאינן דתיות נובעות

58 עניין כביש בראילן, לעיל הערה 51, פסקה 79 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

59 סטטמן, לעיל הערה 55, בע' 163.

מבחינה אישית רצונית. על-פי תפיסה זו, בעוד קונפליקטים שמקורם בעמדה מצפונית שאינה דתית הינם קונפליקטים בין שיפוטו של הפרט לשיפוטה של המדינה, קונפליקטים הנובעים מאמונות דתיות נתפסים כקונפליקטים בין השלטון האנושי לשלטון האלוהי. המצדדים בגישה זו מבקשים להדגיש כי דת טעונה התייחסות מיוחדת לא משום ששיפוטם שמקורם דתי הינם טובים, נכונים או מוסריים יותר משיפוטם שמקורם אינו דתי, אלא משום שמחויבויות שמקורן דתי נמצאות מחוץ לתחום שליטתו של הפרט.<sup>60</sup>

רציונל זה למתן יחס מיוחד לשיפוטם מוסריים שמקורם דתי הינו בעייתי בעיני, בהיותו מבוסס על הנחה דתית סובייקטיבית. אדם חילוני עשוי לדחות את הטענה לקיומו של אל מצווה, או את הטענה לקשר בין אותו אל לבין מחויבות כלשהי הנחווית להיות דתית. מדוע על אדם חילוני כזה להסכים להעניק חירות מיוחדת לאלה המבססים את התנהגותם על רצון האל בו הם מאמינים? דרך אחת לנסות להתגבר על טיעון-הנגד שהעלינו זה עתה יכולה להיות כרוכה בניסוח מהודש של הטיעון הדתי, בפורמט אקזיסטנציאלי, כמבוסס על אמונה, ולא על אמת מוכחת. הגרסה החדשה של הטיעון תהיה כי בעוד פעילות דתית מלווה באמונה סובייקטיבית של האדם המאמין שעל-פיה הוא מציית לצו האל, פעילות מצפונית שאינה דתית מלווה בתחושה של הפועל שעל-פיה הוא פועל מכוח הכרעתו העצמאית. על-פי גרסה זו, יש להעניק לדת טיפול מיוחד משום שהעמדת מכשולים בדרכו של המאמין לביצוע או להימנעות מביצוע מחויבות שלהבנתו אינה נתונה לשיקול דעתו עשויה לגרום לו כאב גדול מזה שייגרם למקבילו החילוני שייקלע לסיטואציה דומה.

גרסה זו של הטיעון גם היא אינה משכנעת. לאמיתו של דבר, היא אפילו מעליבה. לדידו של סרבן-מצפון חילוני, השתתפות בפעילות מלחמתית אינה נוגדת את רצונו החופשי, אלא סותרת מניה וביה מחויבות מוסרית המוטלת עליו מבלי שיוכל להסירה.<sup>61</sup> סרבן-מצפון זה מאמין כי הימנעות ממעשה אלימות מהווה חובה מוסרית, ולא זכות-יותר. העובדה שמודעותו לחובה האמורה מקורה בשיפוט מוסרי אנושי אינה הופכת את תחושת המחויבות הסובייקטיבית שלו לחלשה יותר בהשוואה לזו שחש מקבילו הדתי הסבור כי חיובו נובע ממקור טרנסצנדנטי כלשהו. לפיכך, אם מידת הסבל הנפשי הנגרם לאדם כתוצאה מאי-יכולתו לציית למחויבויותיו היא זו שצריכה להכריע את הכף, אין כל סיבה להעדיף סרבנים ממניעים דתיים על סרבני-מצפון. כפי שקובע בצדק מלומד אחר:

"The nontheist belief in transcendent moral obligations – in obligations that transcend his self-interest and his personal preferences and which he experiences as so strong that he has no choice but to comply – is

60 לעמדה זו ראו, למשל: McConnel, *supra* note 14, at p. 1497.

61 כך, למשל, מקשר מלומד אחד בין חופש הדת לחופש המצפון בטענה כי – "It is precisely because belief is not governed by the will that freedom of conscience is unalienable". Michael J. Sandel "Freedom of Conscience or Freedom of Choice" *Articles of Faith, Articles of Peace* (J.D. Hunter & O. Guinness eds., 1990) 74, 78.

analogous to the transcendent moral obligations that are part of the cluster of theistic beliefs that we recognize as religious."<sup>62</sup>

על-פי הנטען עד כה, איננו יכולים להבחין בין מחויבויות דתיות למחויבויות מצפוניות. אולם אין פירושו של דבר שעקרון חופש הדת אינו יכול להתפרש כמבוסס על מרכזיותם של מילוי החובות הדתיות בחיי האדם המאמין. אדרבא, להבנתי, אחת הסיבות הבסיסיות להגנה על חופש הדת נעוצה בעובדה שיהיה זה אכזרי להתעלם מכאבם של אלה הנאלצים לבחור בין אמונתם הדתית לבין הנורמות של החברה בתוכה הם חיים. אולם טענתי הינה שנימוק זה לעקרון חופש הדת זהה לנימוק העומד בבסיסו של חופש המצפון. על-פי גישה זו, נגזר עקרון חופש הדת מן העיקרון הרחב של חופש המצפון.

## (2) חופש הדת כאמצעי להגברת התועלת החברתית

טיעון מקובל נוסף, המוצע כטעם להענקת מעמד מיוחד לדת מצד המדינה, מבוסס על-ידי מלומדים אחדים במונחים של תועלת חברתית.<sup>63</sup> דת, על-פי הנטען, יכולה לשרת שתי פונקציות חשובות במערכת דמוקרטית. ראשית, היא יכולה לשמש מקור לשיפוט מוסרי שבלעדיו עלולה המערכת המבוססת על שלטון הרוב להתדרדר לכדי שלטון עריצות. שנית, מכוח עובדת קיומה כמערכת עצמאית ובלתי-תלויה, יכולה הדת לשמש גשר בין רצון האזרחים לבין סדר העדיפויות של המדינה.<sup>64</sup> שתי פונקציות אלה שהדת יכולה למלא, השראה ותיווך, חשובות דיין, על-פי הנטען, להצדקת מתן מעמד מיוחד לדת על-מנת להבטיח את המשך קיומה העצמאי. היתרון בנימוק זה לחופש הדת נעוץ ב"חילוניותו". אדם אינו צריך להיות דתי על-מנת להכיר בערך המכשירני של הדת. יתרון נוסף של הטיעון טמון בכך שהוא אינו מתרכז באינטרס של הפרטים הדתיים, אלא באופן שבו החברה בכללותה עשויה ליהנות ממתן זכויות-יתר מסוימות לדת.

טיעון לא כיתתי זה אכן עשוי לשמש כטעם טוב להגנה על חופש הדת. כשלעצמי, אני מוצא טיעון זה משכנע יותר מטיעון-הנגד המועלה באופן שגרתי, על-פי התועלת שבשמירה על עצמאותה של הדת בטלה בשישים או לפחות מתאזנת עם הרעות שמביאה עימה הדת (על-פי הנטען), כגון חוסר כבוד, שנאה, חוסר סובלנות, ואף אלימות.<sup>65</sup> אולם

Douglas Laycock "Religious Liberty as Liberty" 7 J. Contemp. Legal Issues 62 313, 336 (1996).

63 להצגה משכנעת של טיעון מסוג זה ראו: Stephen Carter *The Culture of Disbelief: How American Law and Politics Trivialize Religious Devotion* (New York, 1993).

64 *Ibid.*, at p. 36. במדינה כמדינת-ישראל, בה מתפקד הממסד הדתי, במידה רבה, כזרוע מורעות השלטון, נפגעת יכולתה של הדת לשמור על קול עצמאי וצלול, הנחוץ, כאמור בגוף המאמר, על-מנת שתוכל למלא פונקציות מועילות אלה.

65 לטיעון-נגד מסוג זה ראו: Christopher L. Eisgruber and Lawrence G. Sager "The vulnerability of conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct" 61 U. Chi. L. Rev. (1994) 1245, 1264.

טיעון זה, טוב ככל שיהיה, איננו מספק טעם טוב להבחנה בין דת לבין התנהגות מצפונית שמקורה אינו דתי. אם שומה עלינו להתייחס בהערכה לדת משום שהיא מעניקה השראה מוסרית, ומאזנת את משקלה של המדינה בשומרה על קול עצמאי מוסרי, עלינו להתייחס באותה מידה של הערכה לנון-קונפורמיזם מצפוני באופן כללי. אופוזיציונרים מצפוניים, כפרטים או כחלק מקבוצה מאורגנת, תורמים לא פחות מאופוזיציונרים מטעמי דת להמשך קיומו של דו-שיח מוסרי תוסס ולהפחתת הסיכויים להיווצרותה של עריצות דמוקרטית. לדוגמה, סרבני-מצפון הובילו בארצות-הברית למאבק אזרחי נגד מלחמת וייטנאם, וגרמו לבסוף לפרישתה של האומה האמריקאית מפעילות שנחשבה בעיני רבים בלתי-מוסרית בעליל. אכן, חופש הדת הינו דרך אחת מני רבות למניעת הידרדרות המערכת הדמוקרטית לכדי עריצות. אולם, מכיוון שחשיבותה של הדת על-פי טיעון זה טמונה בחלקה של הדת בקידום פעילות מוסרית, ראוי עקרון חופש הדת להתפרש כנגזר מן העיקרון הכללי של חירות המצפון, ולא כחירות עצמאית.

## 2. היקפו הראוי של עקרון חופש הדת

לאחר שהצענו כמה הצדקות לעקרון חופש הדת, נעבור כעת לבחינת היקפו הראוי. האם יש לפרש את חופש הדת באופן מצמצם, כאוסר על המדינה להפלות את הדת או את מאמיניה לרעה, כך שחוקים ניטרליים בעלי תחולה כללית ייחשבו לגיטימיים, או שמא יש לפרש את הזכות בהרחבה ולחייב את המדינה לפטור את הדת ומאמיניה גם מחוקים ניטרליים על-פניהם, המקשים על שמירה על חוקי הדת?

נפתח בשאלת תם: מדוע לא ננקוט בגישה המרחיבה? הטיעון המקובל נגד הגישה המרחיבה הינו שחיוב המדינה לפטור את הדת ומאמיניה מחוקים ניטרליים, שאלמלא כן היו חלים עליהם, עולה כדי הפלייתם של הדת ומאמיניה לטובה בהשוואה לאזרחים שאינם דתיים, דבר העומד, על-פי הנטען, בניגוד לעקרון השוויון, שאף הוא מזכויות האדם הבסיסיות בחברה דמוקרטית.<sup>66</sup> דומני שטענה זו בטעות יסודה.

בחלקו הראשון של פרק זה ניסיתי לתאר ולבסס את עקרון חופש הדת כמכשיר שתכליתו הבטחת הישרדותן של תרבויות מיעוט שהפסידו בשדה-הקרב הדמוקרטי המבוסס על הכרעת הרוב. על-פי הבנה זו, עקרון חופש הדת נתפס מלכתחילה כאמצעי בלתי-שוויוני שתכליתו הגנה על תרבויות מיעוט, בשמשו משקל-נגד מאזן להכרעותיה של מערכת פוליטית בלתי-שוויונית במהותה.<sup>67</sup> כפי שהסברתי לעיל, במערכת פוליטית

66 בשתי העתירות שנידונו בעניין רובינשטיין, לעיל הערה 7, נטען, בתמיכה לטענה בדבר אי-חוקיותו של ההסדר לדחיית שירותם של תלמידי ישיבות, כי הסדר זה פוגע בעקרון השוויון. בית-המשפט קיבל טענה זו בציינו, בהערת-אגב, כי "המצב הקיים, שבו חלקים ניכרים [מבני החברה] אינם מסכנים את חייהם למען בטחון המדינה גורם להפליה קשה". עניין רובינשטיין, פסקה 36 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

67 בניסוח שונה מעט, דומה טענתי לטיעון הידוע של דבורקין לגבי שוויון בהקשר של הפליה מתקנת. כדי להשיג שוויון מבחינת האוטונומיה, יש צורך בשוויון באפשרות

המונהגת על-פי עקרון הכרעת הרוב, יהיה זה צפוי וקביל לחלוטין שעמדות תרבותיות ומוסריות מסוימות יגברו על עמדות אחרות. סביר להניח כי בדרך-כלל, לא ייזקקו חברי תרבויות הרוב במערכת כזאת להגנה משפטית, שכן לחברי תרבויות אלה יש די כוח פוליטי לעצב את מדיניותה של המדינה באופן שיהלום את השקפותיהם, או למצער, באופן שלא יתנגש חזיתית עם אורחות חייהם. חברי קבוצות מייעוט, לעומת זאת, ייתקלו קרוב לוודאי בקשיים ליישב בין תרבותם ודרישותיה לבין התרבות שמשליטה המדינה והדרישות המתחייבות ממנה. אמת, במדינות דמוקרטיות לא יוערמו הקשיים, ברוב המקרים, בכוונה תחילה, אלא ינבעו בחלקם הגדול מבורות או מחוסר הערכה מצידם של חברי קבוצות הרוב כלפי אמונותיהם ואורחות חייהם של חברי קבוצות המיעוט. בורות או חוסר הערכה מצד חברי קבוצות הרוב יובילו לחקיקה, הנחזית כניטרלית, אך בפועל מכבידה ומעיקה על חברי קבוצות המיעוט. בהיעדר עיקרון המחייב את המדינה להעניק פטורים לחברי קבוצות מייעוט גם מחוקים הנחזים כניטרליים, יתקשו קבוצות המיעוט לשרוד ולשגשג.

האמור עד כה אין פירושו שעל המדינה לפטור את מאמיני הדת מכל חוק ניטרלי המכביד על שמירה על אורחות החיים שמחייבת דתם. כוחו של עקרון חופש הדת איננו בלתי-מוגבל, ויישומו של עקרון חופש הדת, כיישומן של זכויות אדם אחרות, כרוך בהפעלתם של מנגנוני איזון שונים. כל מקרה ראוי להיבחן לגופו, ובין השיקולים שיש להביא בחשבון כלולים מידת הנטל הנובע מחובת הציות לחוק המועמס על חברי קבוצת המיעוט ומשקלו של אינטרס המדינה להמשך קיומו של הנטל. לפיכך, בעוד שבמקרים בהם מעיק החוק על חברי קבוצת המיעוט במידה רבה ולמדינה אין אינטרס כבד-משקל לשמירה קפדנית על החוק, ראוי להעניק לחברי קבוצת המיעוט את הפטור המבוקש, במקרים בהם הנטל זניח ואינטרס המדינה באכיפתו הדוקנית גדול, יש מקום לשקול את העדפתו של אינטרס המדינה על הזכות הנובעת מעקרון חופש הדת.

זאת ועוד, גם אם העימות שבין עקרון חופש הדת לעקרון השוויון ראוי, כפי שטענתי זה עתה, להיות מוכרע בדרך-כלל לטובת חופש הדת, אין פירושו של דבר זניחתו המוחלטת של עקרון השוויון אפילו במקרים אלה. כך, למשל, פעמים רבות עשוי הפטור מחובת הציות לחוקים מסוימים להעניק לחברי קבוצת מיעוט כלשהי הטבה משמעותית מאוד על פני המחזיקים בהשקפות או באורחות חיים אחרות, באופן שעשוי לשמש תמריץ להצטרפות לקבוצת המיעוט או להימנעות מנטישתה. במקרים כגון אלה ראוי יהיה לשקול הטלת נטל חלופי על חברי קבוצת המיעוט, שיאזן את היתרון שהעניק להם הפטור.<sup>68</sup> כך, למשל, גם אם נגיע למסקנה שחובת השירות בצבא, אם תוטל בשווה על כל אזרחי ישראל, פוגעת בעקרון חופש הדת של הציבור החרדי, וגמליץ לפיכך על הענקת פטור לתלמידי ישיבה משירות צבאי, עדיין ראוי שנמשיך ונבחן באיזו מידה משמש הפטור הניתן לבחורי

לחיות בתוך תרבות, ולשם כך יש צורך בחוסר שוויון מסוים כדי לאפשר לתרבות המיעוט לשרוד. אני מודה לדני סטטמן על הניסוח וההפניה.

68 להצעה כזו בהקשר האמריקאי, ראו: Douglas, *supra* note 62, at p. 347; Laycock "Formal, Substantive, and Disaggregated Neutrality Toward Religion" 39 DePaul L. Rev. (1990) 1017-1018.

ישיבות תמריץ להצטרפות לקהילה החרדית, ומהן החלופות לשירות צבאי שניתן להטיל על צעירים חרדים באופן שיאזן את היתרון שמקנה להם הפטור.

### 3. סיכום ביניים

עד כה דנתי בהצדקות לעקרון חופש הדת ובהיקפו הראוי. במהלך הדיון הצגתי הנחות אחרות העומדות בבסיס עמדתי בשאלת היחס הנכון בין דת למדינה, וניסיתי לתמוך בהן. בטרם אעבור לפרק הבא, שעניינו בחינת הטיעון החרדי בעד מתן פטור משירות צבאי לתלמידי ישיבה, יהיה זה מועיל, לדעתי, לחזור על הנחות אלה ועל השקפת העולם שהן מייצגות.

ראשית, המדינה איננה יכולה לשמור על ניטרליות במאבק בין תרבויות והשקפות מוסריות מתחרות. במעשיה ובמחדליה מקדמת המדינה בעל-כורחה זהויות תרבותיות מסוימות, ותוך כדי כך מעמידה זהויות תרבותיות אחרות בעמדת נחיתות. שנית, דת הינה בראש ובראשונה תרבות חופפת-כל, המקיפה במסגרתה היבטים מגוונים של חיי אנוש. דת הינה – וזכאית להיות – משתתף בתחרות הניטשת בין תרבויות. שלישית, המפסידים בתחרות הבינתרבותית זקוקים למרחב פעולה מוגן מינימלי על-מנת לשרוד. כדי לאפשר לתרבויות מיעוט, לרבות דתות מיעוט, להמשיך להתקיים בחברה הפועלת בכפיפות לעיקרון של הכרעת הרוב, נחוצים כמה אמצעים שיפעלו להגן על תרבויות אלה ולתמוך בהן. לבסוף, מדינה המחשיבה אוטונומיה אנושית כערך יסודי בסולם ערכיה מחויבת מוסרית לנקוט צעדים אלה, או למצער, להבטיח שצעדים אלה יינקטו.

### טיעוני המחנה החרדי בעד מתן פטור משירות צבאי לתלמידי ישיבה

שלושה טיעונים מרכזיים מוזכרים בדבריהם של דוברים חרדיים בתמיכה לדרישתם להעניק פטור משירות צבאי לתלמידי ישיבה. הטיעון הראשון מתבסס על יחסו של הציבור החרדי או של חלק ממנו לעובדת קיומה של מדינת-ישראל כמדינה ריבונית הממוקמת בארץ-ישראל והנשלטת על-ידי יהודים, מחד גיסא, ועל המסר המשתמע של שירות צבאי בהקשר זה, מאידך גיסא. הטיעון השני מתבסס על החובה הדתית ללמוד תורה באינטנסיביות ועל ההשפעה שיש להטלת חובה של שירות צבאי על יכולתם של צעירים חרדיים למלא חובה דתית זו. הטיעון השלישי מבוסס על שונותו התרבותית הבולטת של הציבור החרדי ועל מידת ההשפעה שעשויה להיות להטלת חובה של שירות צבאי על יכולתו של הציבור החרדי לשמר שונות זו. בפרק הקרוב אתאר בקצרה כל אחד משלושת הנימוקים, ואטען כי מבין שלושתם, לשלישי המשקל הגדול ביותר בעיני הציבור החרדי עצמו.

לדעת הוגי-דעות חרדיים מסוימים, הורתה, לידתה והמשך קיומה של מדינת-ישראל בחטא יסודם. הוגי-דעות אלה מציעים סיבות אחרות לעויינותם כלפי המדינה ומוסדותיה. הטעם הראשון נעוץ בפרשנותם לקטע תלמודי המונה שלוש שבועות שהשביע הקדוש ברוך-הוא את עם ישראל ואת אומות העולם עם צאתו של עם ישראל לגלות: הראשונה



אוסרת על ישראל לעלות בחומה, השנייה מחייבת אותו לא למרוד באומות העולם בתוכן הוא יושב, והשלישית דורשת מאומות העולם לא לרדות בישראל יתר על המידה.<sup>69</sup> על-פי גישה זו, היוזמה להקמתה של מדינה יהודית ריבונית בארץ-ישראל שמורה באופן בלעדי לקדוש-ברוך-הוא באמצעות משיח צדקו. להבנתם של הוגי-דעות אלה, מהווה המפעל הציוני הפרה בוטה של השבועה הראשונה, ואולי גם של השנייה, ולפיכך נתפס כמרידה במלכות שמים.<sup>70</sup>

להתנגדותם העזה של הוגי-דעות אלה למפעל הציוני תורם גם אופיה החילוני של המדינה. העובדה שמדינת-ישראל מונתגת על-ידי "אוכלי נבלות וטרפות", על-פי עקרונות הנוגדים את משפטי התורה, תורמת לקריאתם של מנהיגים חרדיים למאמיניהם לא לשתף-פעולה עם המדינה הציונית ומוסדותיה. תביעתם של חרדים לקבלת פטור משירות צבאי מתפרשת בהקשר זה כביטוי ליחסם השלילי כלפי מדינת-ישראל ולרצונם להימנע מנטילת חלק בפעילות המהווה, ללא ספק, אחד הסממנים המובהקים להזדהותו של הפרט עם מדינתו.<sup>71</sup>

נימוק אפשרי זה לתביעתו של הציבור החרדי להימנע משירות בצה"ל ניתן, לדעתי, לפטור בנקל, מבלי לבחון כלל את תוקפו, מן הטעם הפשוט שאין הוא משקף עוד, וספק אם שיקף אי-פעם, את השקפותיו של רוב הציבור החרדי במדינת-ישראל. הגם שמיעוט קטן מקרב הציבור החרדי – בעיקר הפלגים המשתייכים לעדה החרדית המרוכזות בירושלים – מבטא עמדות עוינות למדינת-ישראל ומקפיד על ניתוק מוחלט מן המדינה

69 תלמוד בבלי, כתובות, ק"א, א.

70 לפיתוחה המלא והקיצוני הגיעה תפיסה זו בספרו של האדמור מסאטמר, הרב יואל משה טיטלבוים ויואל משה (תשל"ח), מאמר שלוש שבועות. יצוין כי לדעת רוב החוקרים, עד העת החדשה, מעולם לא שימשו השבועות בתולדות ישראל כנימוק ישיר נגד העלייה לארץ-ישראל. לדעתם, הצייר מוטיב זה מאז ומתמיד כעניין אגדי לא-מחייב. ראו מרדכי ברויאר "הדיון בשלוש השבועות בדורות האחרונים" גאולה ומדינה (תשל"ט) 49-57; אהוד לוז מקבילים נפגשים (תשמ"ה) 285-286. אך השוו אביעזר רביצקי הקץ המגולה ומדינת היהודים (תשנ"ג) 277-305. רביצקי מציג סדרת מקורות המוכיחים לדעתו ששלושה שבועות "שימשו גם שימשו [טרם העת החדשה] לצורך הרחקה והרתעה קונקרטיים מן הארץ". (שם, בע' 279). אולם גם רביצקי מודה שהיה זה הרבי מסאטמר "שעשה את שלוש השבועות... למוקד ומקור של שיטה כוללת, והוא שהעניק להן תוקף הלכתי מחייב ומכריע". (שם, בע' 89-90).

71 טיעון ברוח זו ניתן למצוא, למשל, במאמר-מערכת של המחנה החרדי, בטאון חסידי בעליו, שנכתב לאחר דיון בכנסת בסוגיית שחרורם של בחורי ישיבה משירות בצה"ל: "אינכם בני אמונתנו ואין אנו שייכים לעם שלכם. אתם כובשים זרים בארץ אבותינו והמדינה שלכם אינה המדינה שלנו. הדגל שלכם אינו הדגל שלנו... אולי צריך לשאול חבר כנסת בולשביקי כזה: מה לנו ולך? האם אתה היית משרת בצבא חרדי אם השלטון היה בידינו?... באיזו זכות אתה דורש מיהודי חרדי להתגייס לצבא המדינה החילונית?" מאמר-מערכת, המחנה החרדי (ו' באדר ב' תשנ"ב).

ומוסדותיה,<sup>72</sup> רוב הציבור החרדי בארץ משתתף באופן פעיל בחייה הציבוריים של המדינה, ומבטא עמדות ברורות בשאלות התורגות הרחק מעבר לקידום האינטרס הצר של המובלעת החרדית. נציגי מפלגה חרדית אחת מכהנים כשרים בממשלת ישראל, וגם נציגיה של האחרת, המכהנים אומנם, מטעמים סמליים, בתפקידי סגני שרים בלבד, נוטלים חלק פעיל בניהול ענייני המדינה ובקביעת עתידה.<sup>73</sup> סקרי דעת-קהל מלמדים שרוב הציבור החרדי מגלה עניין רב בשאלות פוליטיות מרכזיות, דוגמת תהליך השלום, ונוטה להודות עם השקפות לאומיות ולאומניות.<sup>74</sup> אכן, הוגי הדעות החרדיים הבולטים טרם גיבשו או הציגו משנה אידיאולוגית-תיאולוגית שלמה לגיבוי המעורבות המעשית המלאה של הציבור החרדי בחיים הציבוריים. אולם נתון זה אין בו כדי לטשטש את העובדה שחלק ניכר מן הציבור החרדי במדינת-ישראל, גם אם אינו סבור שלמדינה יש ערך דתי, רואה את עצמו כיום חלק בלתי-נפרד ממנה ורוצה בהמשך קיומה.<sup>75</sup> דומני אם-כן שרוב הציבור החרדי לא ישתמש בטיעון דלעיל להצדקת תביעתו לקבלת פטור משירות צבאי, והטעם להימנעותו משימוש בטיעון זה איננו טקטי בלבד.<sup>76</sup>

72 העדה החרדית מורכבת מכמה קבוצות-משנה, אך נותני הטון העיקריים במגמת שלילתה המוחלטת של המדינה ובהקפדה על ניתוק מוחלט ממנה וממוסדותיה הם חסידי סאטמר ונטורי קרתא. לסקירת היסודות ההיסטוריים והרעיוניים של קבוצה זו, ראו רביצקי, לעיל הערה 70, בע' 60-110.

73 בהקשר זה ניתן אולי לפרש את הימנעותה של אגודת ישראל, חרף הצטרפותה העקרונית לקואליציה בראשותו של אהוד ברק, מלשגר נציגים לממשלה, ולו בדרג של סגני שרים, כסימן לנסיגה בנכונותו של הציבור החרדי להשתלב במרקם החיים הציבוריים בישראל.

74 כדוגמה, ניתן לציין את התמיכה הברורה של הרחוב החרדי במועמד הימין בשתי מערכות הבחירות האחרונות לראשות הממשלה. בבחירות לראשות הממשלה שהתקיימו ב-1996, בהן התמודד בנימין נתניהו ושמעון פרס, תמך רוב הציבור החרדי בנתניהו. לדוגמה, בבני-ברק נמנו 51,616 קולות כשרים בעד נתניהו ורק 6,499 קולות בעד פרס, בבית-ר עילית נמנו 2,376 קולות בעד נתניהו ורק 8 בעד פרס, ואילו בעמנואל נמנו 1,082 קולות בעד נתניהו ורק 10 בעד פרס. ראו תוצאות הבחירות לכנסת ה-14, סדרת פרסומים מיוחדים מס' 1054, הוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (תשנ"ו). מגמה דומה הסתמנה גם בבחירות 1999. ראו "מועצת חכמי ש"ס קוראת לתמוך בנתניהו" הארץ 13.5.99, ע' 4; ש' אילן "הרבנים מתלבטים לא החרדים" שם, שם ("חילוקי הדעות ביהדות התורה, על התמיכה בכניסין נתניהו היא נחלתם של הרבנים בלבד, למצביעים החרדים אין לבטים, הם תומכים בנתניהו...").

75 על הדילמה התיאולוגית והקיומית הניצבת כיום לפני הציבור החרדי על רקע מעורבותו ההולכת וגוברת בחייה הציבוריים של המדינה, ראו רביצקי, לעיל הערה 70, בע' 223-248. רביצקי מטיל ספק ביכולתה של היהדות החרדית לגבש "מודל תיאורטי של מדינה יהודית כשרה בזמן הזה". (שם, בע' 248).

76 לפרשנות הפוכה משלי ראו כהן גיוס כהלכה, לעיל הערה 8. כהן גורס כי "הסיבה

הנימוק השני המועלה כבסיס לעמדה החרדית מבוסס על החובה הדתית ללמוד תורה באינטנסיביות, ועל עמידתה של חובת השירות בצה"ל למכשול בפני מילוי חובה זו. הטענה תהיה שחובתו של כל אדם מישראל ללמוד תורה בכל רגע פנוי העומד לרשותו, ושבמסגרת "הזמן הפנוי" נכללות כל שעות היממה, למעט אלה שהאדם נאלץ להקדיש לצרכים בלתי-נמנעים, כגון שינה או עבודה לשם השגת אמצעי קיום מינימליים, או לצורך קיום מצוות אחרות, כגון תפילה, ביקור חולים וכיוצא בזה. מן ההגדרה לעיל משתמע שלו היה הציבור החרדי מחשיב שירות בצה"ל כצורך בלתי-נמנע או כמצווה שוות-ערך ללימוד תורה,<sup>77</sup> לא היה הטיעון לעיל מספיק להצדקת מתן פטור גם מנקודת-המוצא החרדית.<sup>78</sup> אולם הגישה החרדית המקובלת הינה שלימוד תורה מגן על שלומה ובטחונה של מדינת-ישראל לא פחות, אם לא יותר, משירות בצה"ל,<sup>79</sup> ושמטעם זה אין

האמיתית והעיקרית לסרוב לשרת... נובעת באופן ישיר וברור מתוך האידאולוגיה האנטי-ציונית". (שם, בע' 203). גם כהן נאלץ להודות שהמנהיגות החרדית אינה עושה שימוש בנימוק זה להצדקת עמדתה, אולם לשיטתו, הטעם לכך סקטי בלבד, קרי, החשש שחשיפת הסיבה האמיתית לסירוב לשרת בצה"ל תעורר את זעמו של הציבור החילוני והדתי-לאומי ותפגע בכך באינטרס החרדי לשחרור תלמידי ישיבות משירות בצה"ל (שם, שם). להערכה דומה לשלי ראו מנחם פרידמן "על גיוס בחורי ישיבות", בתוך כהן גיוס כהלכה, בע' 262 ("אלה המבקשים את ההסבר להתנגדות לגיוס לצבא בקהילה החרדית באידאולוגיה האנטי-ציונית, לוקים בפשטנות יתר"). ראו גם עמדת חבר הוועדה עו"ד ד"ר יעקב וינרוט, תוספת ג' לדו"ח הוועדה לגבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בני ישיבות (יו"ר צ' טל, 2000) 124-125 (להלן: דו"ח ועדת טל) ("היהדות החרדית... איננה שוללת את קיומה של המדינה, לפחות מן היום שבו הפכה המדינה לעובדה ומשוישב בה עיקרו ורובו של העם היהודי... אדרבה, היהודי החרדי מתפלל יום יום כי מדינת ישראל לא תהא תופעה חולפת...").

77 מקור אפשרי לחובת השירות היה ניתן למצוא, למשל, בדברי המשנה, מסכת סוטה, ח, ז, המתייבת יציאה למלחמת מצוות: "אבל במלחמת מצוה הכל יוצאין אפילו חתן מהדרו וכלה מחופתה". משנה זו התקבלה להלכה ברמב"ם, הלכות מלכים, פז, הלכה ד.

78 כך, למשל, גורס מורי, הרב אהרן ליכטנשטיין, ראש ישיבת-ההסדר "הר עציון", כי הנימוק ההלכתי להסדר מושתת על שני אדנים: "הצורך הפשוט להשאר, ולהשאיר אחרים, בחיים", והעובדה כי "בנסיבותינו שירות צבאי הוא הביטוי המובהק לערך הרבה יותר מקיף: גמילות חסדים". אהרן ליכטנשטיין "זאת תורת ההסדר" עלון שבוע 100 (תשמ"ג) 9, 19-20.

79 טיעון זה נתמך לעיתים בדברי הגמרא במסכת בבא בתרא, ז, ב. הדיון בגמרא עניינו שאלת חיובם של תלמידי-חכמים בהוצאות לאחזקתה של חומת העיר. במהלך הדיון טוען האמורא ריש לקיש כי "רבנן לא צריכי נטירותא" (בתרגום חופשי: תלמידי-חכמים אינם צריכים שמירה). יצוין עם זאת שלכאורה, הטיעון החרדי בענייננו רחב יותר בהיקפו מדברי הגמרא. בעוד שמן הגמרא עולה רק כי התורה מגינה על לומדיה, לשיטת החרדים מגן לימוד התורה גם על כלל הציבור. כך, למשל, מסביר חבר הכנסת משה גפני כי

הצדקה דתית לנטישת בית-המדרש לצורך גיוס לצה"ל.<sup>80</sup> עוד יודגש כי סביר להניח שלו תעמוד המדינה על דעתה ותחייב בחורי ישיבה בשירות צבאי, לא ייחשב ביטול התורה הכפוי לבחורי הישיבה לעבירה,<sup>81</sup> אולם הטענה החרדית עשויה להיות שהטלת חובה כזאת תמנע מבחורי הישיבה את האפשרות לקיים את הצו החיובי (מצוות עשה) של לימוד תורה. טיעון זה, בניגוד לקודמו, מועלה לא־אחת בדברי דוברים חרדיים, אולם להבנתי, גם טיעון זה איננו יכול לשמש טעם מספיק להצדקת עמדתו של הציבור החרדי, אפילו בעיני הציבור החרדי עצמו. דומני שרוב הציבור החרדי יסכים להורות, גם אם שלא לציטוט, שמעטים בלבד מקרב הצעירים החרדיים מסוגלים להמית עצמם באוהלה של תורה במשך שנים ארוכות. רוב הצעירים החרדיים מסוגלים ללימוד אינטנסיבי של שנים ספורות בלבד, ומיעוטם אינו מסוגל אף לזאת. הגיונו של הטיעון שהוצג זה עתה בעד מתן פטור משירות צבאי תקף לכאורה רק ביחס לאלה המסוגלים ללמוד באופן אינטנסיבי. אלה הזקוקים למנוחה מלימוד ואלה שאינם מסוגלים עוד לנצל את זמנם ללימוד בישיבה אינם יכולים לפיכך להשתמש בטיעון זה להצדקת טענתם לפטור.

"בלימוד תורה אני רואה תרומה להצלת חיי אדם לא פחות מאשר באיזושהו חיל. לצערי המדינה אינה מכירה בלומדי תורה כחיילים, אך בלעדיהם לא יהיה קיום לצבא יהודי". (א' תירוש "סגנון חרדי IN" מעריב – סופשבוע 27.1.89, ע' 19). נוסף לדברי הגמרא בבבא בתרא, מסתמכים פוסקי הלכה חרדיים על כמה מקורות הלכתיים אחרים לשם ביסוסו של מתן פטור ללומדי תורה משירות צבאי, כגון דברי הרמב"ם, הלכות שמיטה ויובל, פרק יג, הלכות יב-יג, שבהם, כביכול, משווה הרמב"ם את דינם של לומדי התורה לדינו של שבת לוי שאינו עושה מלחמה כשאר ישראל. לתיאור מקורות אלה ראו, למשל, הרב יחיאל מיכל טיקוצינסקי "שחרור בני ישיבות מגיוס" בצומת התורה והמדינה (הרב יהודה שביב עורך, תשנ"א) 212. לדיון ביקורתי במקורות אלה ראו יאיר מייזליש ונדב שנרב לעזרת ה' בגבורים – בירור הלכתי בענין חיוב תלמידי חכמים במלחמת מצווה (תשמ"ה) (קטעים מן המאמר התפרסמו בשנית בתוך כהן גיוס כהלכה, לעיל הערה 8, בע' 234–243).

80 אך ראו דבריו החריפים של הרב שלמה יוסף זיון, בעיצומה של מלחמת השחרור, נגד הטיעון החרדי בעד השחרור מצה"ל בכלל וטענת "רבנן לא צריכי נטירותא" בפרט: "כלום מותר לסמוך על הגס במקום של סכנת נפשות ממש ולומר שאין רבנן צריכים שמירה? וחברון של תרפ"ט... תוכית, כלום לא נפלו לפני בני עולה צעירים קדושים וטהורים כזוהר הרקיע מזהירים, מבחירי הישיבה וחכמיה? במטותא מינייכו רבנן, הקדושים ההם היו 'צריכי נטירותא', או לא היו 'צריכי נטירותא'?" הרב שלמה יוסף זיון לשאלת הגיוס של בני הישיבות (תש"ח), פורסם מחדש בתוך כהן גיוס כהלכה, שם, בע' 219.

81 יתר עליכן, בין הפוסקים הפוסקים תלמידי ישיבה מחובת שירות צבאי יש המתירים לתלמידי ישיבה להתנדב. ראו, למשל, טיקוצינסקי, לעיל הערה 79, בע' 217–219. לו היתה הפסקת הלימוד לשם שירות בצה"ל נחשבת לביטול תורה, לא ניתן היה לכאורה להתייר התנדבות.

זאת ועוד, חלק מן הציבור החרדי אף יודה שכפייתם של צעירים שאינם מסוגלים – או אינם מסוגלים עוד – ללמוד, להישאר בין כותלי הישיבה עלולה להשפיע לרעה עליהם ועל חבריהם המתמידים.<sup>82</sup> אם הגדלת נפת לימוד התורה היא הערך הדתי שמנסה הציבור החרדי לקדם, ואם השירות בצה"ל כשלעצמו איננו פסול, ואפשר אף שלהצטרפות לשורות המגינים על גבולות ארצנו יש ערך חיובי מסוים, אין זה ברור מדוע נמנעים ראשי הציבור החרדי מהבעת הסכמה לגיוסם לצה"ל של הבלתי־מתאימים ללימוד אינטנסיבי.<sup>83</sup> נראה איפוא שנחוץ טעם נוסף, שלישי, להשלמת הטיעון בדבר החובה ללמוד תורה כבסיס לעמדה החרדית בשאלת גיוסם של בחורי ישיבה.

הטעם השלישי, זה שמבטא לדעתי את השיקול המרכזי במאבקם של החרדים לקבלת פטור מחובת השירות הצבאי, עניינו ההשפעה השלילית שתהיה להפסקת הלימוד ולשירות בצה"ל על הצעירים החרדיים המתגייסים ועל כלל ישראל.

ראשית, כידוע לכל, מנסה הציבור החרדי בכל יכולתו לבודד עצמו מהשפעותיה ההרסניות, לדעתו, של החברה המערבית המתירנית. כך, למשל, נמנעים החרדים מציפייה בטלוויזיה ומקריאת עיתונות חילונית, מתגוררים בשכונות נפרדות, מקפידים על קוד לבוש מחמיר, ובמקרים רבים דורשים כיבודו גם מן החולפים ברחובותיהם ולבטח מן המתגוררים בשכונותם. היבדלות זו, בצירוף המאמצים העצומים שמשקיעים החרדים בחינוך הילדים והנוער, מסייעת ללא ספק בידי הציבור החרדי ללכד את שורותיו ולהניע את בני הדור הצעיר להמשיך בדרך שהתוו להם הוריהם. החשש החרדי הגדול בהקשר זה הינו שלחשיפתו של הצעיר החרדי לתרבות החילונית במהלך שירותו הצבאי, ולהיעדרותו הממושכת מן הישיבה (המשמשת מסגרת מעצבת ומחנכת),<sup>84</sup> עלולה להיות השפעה הרסנית על מידת רצונו לדבוק באורח החיים החרדי.<sup>85</sup>

82 טיעון דומה מופיע בדברי ההסבר להצעת חוק שירות בטחון (תיקון) – גיוס בני ישיבות לצה"ל, התשנ"ח-1998, שהניח חבר הכנסת (כתוארו אז) אהוד ברק על שולחן הכנסת ביום ט"ו באייר תשנ"ח (להלן: הצעת חוק גיוס בני ישיבות). לדעת ברק, "פטור המוני הכולל, כמעט ללא יוצא מן הכלל, את כלל האוכלוסיה החרדית, פוגע באיכות הסגולית של עולם הישיבות והלימוד התורני...".

83 אציין עם זאת כי בשיחות שקיימתי עם ידידים חרדיים, נתנו הללו פרשנות שונה משלי לעמדה החרדית בשאלת גיוסם של הבלתי־מתאימים ללימוד. לטענתם, מוכנה היתה המנהיגות החרדית להסכים, בעיקרון, לגיוס מבוקר של הבלתי־מתאימים ללימוד אלמלא חששה שהסכמה זו תתפרש כסימן של חולשה מצד החרדים ותקל על מתנגדי הפטור לפעול, באמצעות בית־המשפט העליון, לפריצת הסכר באופן מוחלט.

84 ראו, למשל, פרידמן, לעיל הערה 76, בע' 269. פרידמן מסביר כי "ראשי הישיבות מן הטיפוס ה'ליטאי' ראו את הישיבה כאמצעי היחיד היכול לבלום את הסחף, הישיבה נתפסה אצלם, לא רק כמסגרת להשתלמות בלימודי התלמוד ומפרשיו, אלא כ'עיר מקלט' מפני ההשפעות ההרסניות לדעתם של המודרנה על הדור הצעיר".

85 כך, למשל, תמך הרב צבי פסח פרנק, רבה הראשי של ירושלים בשנותיה הראשונות של המדינה, במתן פטור משירות בצה"ל לבני ישיבות בטענה כי "ידוע שרוב הנכנסים

אולם הציבור החרדי איננו חרד אך ורק להמשך קיומו. האתוס החרדי כולל גם אמונה כי תפקיד הציבור החרדי הוא כעת לשמר את הגחלת היהודית שכבתה כמעט בתקופת ההשכלה ובשואה שבאה בעקבותיה. תפיסתו של הציבור החרדי את עצמו הינה כשל נושא הלפיד. פגיעה ביכולתו של הציבור החרדי לשמר את אורח חייו נתפסת איפוא בעיני החרדי כפגיעה בסיכויי ההישרדות של האומה היהודית, שתמצית הווייתה בתורותיה. ראוי להזכיר בהקשר זה את המיתוס החרדי המפורסם בנוגע לפגישתם של בן-גוריון והחזון-איש בראשית שנות החמישים – על משל העגלה הריקה והמלאה שהמשיל, על-פי הנטען, החזון-איש לבן-גוריון בניסיון לשכנעו להעניק פטור משירות צבאי לתלמידי ישיבה.<sup>86</sup> ככל מיתוס, מגלה גם מיתוס זה משהו מתפיסתם של החרדים את תפקידם ואת חשיבותו של הלימוד בישיבה למימוש תפקיד זה.<sup>87</sup>

כך או כך, הערכה עובדתית בלתי-משוחדת צריכה, לדעתי, להוביל למסקנה שלחשש החרדי יש רגליים. כל מי ששירת אי-פעם בצבא ומצוי בהווה הדתית החרדית יסכים בוודאי שמפגש אינטנסיבי עם התרבות הצה"לית יגרום לצעיר החרדי המצוי הלם תרבותי. כל מי שלמד אי-פעם בישיבה בשנות בחרותו יודה גם שלישיבה יש השפעה

לצבא מהיראים ושלמים יוצאים עקודים ונקודים אין בהם מתום". הרב צבי פסח פרנק הלכות מדינה (הקדמה לחלק ב).

86 אני עושה שימוש מכוון במלה מיתוס משתי סיבות. ראשית, כדבריו של אביעזר רביצקי, בזכרונה של החברה החרדית קיבלה הפגישה מימד מיתי, כמפגש בין "שתי עוצמות אנושיות מתחרות, הפוליטית מול הרוחנית" או אפילו "כהתמודדות חזיתית בין טוב לרע". אביעזר רביצקי חירות על הלוחות (1999) 225–226, והמקורות מן הספרות החרדית המצוטטים שם; שנית, כדרכו של מיתוס, זוכה הפגישה במהלך השנים לתוספת נופך ולעיצוב דרמטי. ראו רביצקי, שם (לדברי מחברים חרדים הקפיד החזון-איש להסיר את משקפיו לפני כניסתו של בן-גוריון, וכל שעת השיחה נמנע מלהזדקק להם, לפי שאין מסתכלים בפניו של רשע). בנאומו בכנסת, שנים מספר לאחר הענקת הפטור, תיאר בן-גוריון עצמו את בימוקיו להענקת הפטור כולקמן: "עם הקמת המדינה דיברו איתי על בחורי הישיבה אחד מגדולי היהדות בימינו, הרב מימון [ממנהיגי המזרחי דאז] וגם הרב יצחק מאיר לזין [מנהיג אגודת ישראל דאז] הם אמרו: היות ונחרבו כל מקומות התורה בגולה וזו הארץ היחידה בה נשארו ישיבות והלומדים מעטים יש לשחררם משירות צבאי. דבריהם נתקבלו על דעתי. נדמה היה לי כי הם צודקים ונתתי הוראה לשחרר בחורי ישיבה." ד"כ 25 (תשי"ט) 13. יושם אל לב שהגם ש"אתה מגדולי היהדות בימינו" עשוי להיות החזון-איש, הרי שהגימוק ששם בן-גוריון בפיו שונה מזה שמוזכר במיתוס החרדי.

87 לפרשנות דומה לשלי, למשל העגלה המלאה והריקה, ראו עמדת חבר הוועדה עו"ד ד"ר יעקב ויגרוט, תוספת ג' לדו"ח ועדת טל, לעיל הערה 76, בע' 127 ("אין כוונה, כפי שטועים רבים לחשוב, כי משל החזון-איש לבן-גוריון... מתייחס לעגלה מלאה ערכים לעומת עגלה בטולת ערכים... הכוונה היא לעגלה הטעונה באחריות היסטורית של אלפי שנים, לעומת מאה שנות ציונות שאינן אלא אקספרימנט במונחים היסטוריים").

ממשית על עיצוב השקפת-עולמם של החובשים את ספסליה. ניתן אפוא לסכם כי ההיעדרות הממושכת מן הישיבה לצורך שירות צבאי והחשיפה הבוטה לתרבות החילונית המתירנית הכרוכה בשירות בצה"ל עשויות אכן לפגוע באופן משמעותי ביכולתו של הציבור החרדי לשמר את אורחות חייו ולהמשיך לשגשג.

טענה זו של הציבור החרדי ניתן, לדעתי, להשוות לטענה דומה שהועלתה לפני בית-המשפט העליון האמריקאי. בפסק-הדין המפורסם וויסקונסין נ' יודר,<sup>88</sup> ביטל בית-המשפט העליון האמריקאי את סירובה של מדינת וויסקונסין לפטור נערים, בגילאי כיתות ט ו-י, המשתייכים לכת האמיש, מחובת נוכחות בבית-ספר, המוטלת על-פי חוק על כל אורה עד הגיעו לגיל שש-עשרה. הנימוק הרשמי שנתן בית-המשפט להכרעתו היה שהשתכרות, לצורכי פרנסה, מעבודה חקלאית ומשאר עבודות נלוות מהווה מרכיב חיוני בדת האמיש, ואכיפת חוק חינוך חובה תעמוד לפיכך למכשול בפני הכשרתם הבלתי-פורמלית של צעירי האמיש לקראת מילוי חובתם הדתית. אולם קריאה דקדקנית יותר של פסק-הדין מגלה, לדעתי, שהטעם האמיתי לבקשתם של חברי כת האמיש לקבלת פטור מחובת הנוכחות בבית-ספר ולהחלטת בית-המשפט להיענות לבקשה זו נעוץ בהבנה שאכיפתו של חוק חינוך חובה על חברי כת נבדלת זאת תגדיל באופן משמעותי את הסיכוי שצעירי הכת יעזבו את קהילתם וינטשו את אורה החיים המסורתי הנבדל שהיא מחייבת.<sup>89</sup> כת האמיש הינה אחת הבודדות בתרבות האמריקאית הפלורליסטית השומרת על שונות בולטת מיתר הציבור האמריקאי. חברי הכת דוחים כל סממן מודרני ושומרים בקנאות על תרבותם הנבדלת. נדמה שהכרעת בית-המשפט האמריקאי בפרשת יודר משקפת את הכרתו במשקלו של הטיעון דלעיל. מובן כי בית-המשפט לא היה יכול לפסוק בפשטות על בסיס הטיעון לזכות לתרבות, שכן אין זה טיעון קונסטיטוציוני מוכר במשפט החוקתי האמריקאי; אולם גם אם בפועל עטף בית-המשפט האמריקאי את הטיעון במעטפת דתית, מבצבץ הטיעון בדבר הזכות לתרבות מבין שורות פסק-הדין.

## ה. הערכת הטיעון החרדי

### 1. הקדמה

מבין שלושת הטיעונים שהוצגו לעיל להצדקת בקשתם של החרדים לקבלת פטור משירות צבאי – ההתנגשות בין שירות בצה"ל לאיסור הדתי על תמיכה במדינה ובמטרותיה, הסתירה בין השירות הצבאי לחובה להקדיש כל זמן פנוי ללימוד תורה וההשפעה ההרסנית שתהיה לשירות בצה"ל על יכולתו של הציבור החרדי לשמר את תרבותו הייחודית – השלישי הוא הכוח המניע האמיתי, להבנתי, מאחורי התעקשותו

<sup>88</sup> *Wisconsin v. Yoder* 406 U.S. 205 (1972).

<sup>89</sup> לפרשנות דומה לשלי לפסק-דין זה ראו: Kymlicka, *supra* note 26, at p. 162.

חסרת הפשרות של הציבור החרדי בעניין.<sup>90</sup> כפי שרמזתי בקצרה בפרק הקודם, טיעון זה הינו, לעניות דעתי, גם המשכנע ביותר.<sup>91</sup>

מן הדיון שהצעתי בפרק ג לעיל עולה כי את עקרון חופש הדת ראוי להסביר ולהצדיק כנגזר מן הזכות לתרבות, וכי הזכות לתרבות מעוגנת בהיותה של אפשרות הגישה לתרבות תנאי הכרחי לקיומו של חופש בחירה, שהינו אחד מעקרונות היסוד הליברליים הבסיסיים. עמדתם של החרדים בשאלת גיוסם של בחורי ישיבה לצה"ל, המונעת מרצונם לשמר את תרבותם הייחודית, ראויה איפוא לאהדתו העקרונית של כל מי שחופש הבחירה יקר בעיניו. אהדתו העקרונית, אמרתי, ולא בהכרח תמיכתו הלכה למעשה, שכן גם אם נקבל באופן עקרוני את הגיונו של הטיעון, שאלות אחדות חייבות להתברר בטרם נבוא לכלל מסקנה שהטיעון החרדי מן הזכות לתרבות ראוי להוביל לפטור גורף של תלמידי ישיבה משירות צבאי. בפרק הקרוב אדון בשאלות אלה בקצרה, אף שלא אשיב עליהן בנימה נחרצת.

ראשית, כפי שצינתי בשולי פרק ג לעיל, כוחו של עקרון חופש הדת אינו בלתי-מוגבל, ויישומו, כיישומן של זכויות אדם אחרות, כרוך בהפעלתם של מנגנוני איוון שונים. בבואנו לבחון את תוקפו של הטיעון החרדי, ראוי לשקול את מידת הסכנה להמשך קיומה של התרבות החרדית הכרוכה בהתעקשות המדינה על הטלת חובה של שירות בצה"ל גם על צעירים חרדיים, ולמולה, את מיבו ומשקלו של אינטרס המדינה לקיומה של מדיניות שוויונית כזאת. אם נעריך כי להטלת החובה לשרת בצה"ל תהיה השפעה רסנית על יכולתו של הציבור החרדי לשמר את ייחודו,<sup>92</sup> ואם נמצא שלמדינה אין אינטרס מכריע בגיוסם של תלמידי ישיבה, יהיה ראוי שנתמוך במתן פטור משירות צבאי

90 גילוי-דעת בהתייחס כמה רבנים חשובים, שהופץ בריכוזי אוכלוסייה חרדיים בחודש אייר תשנ"ט, תוקף בחריפות את מסלול הנח"ל החרדי (ראו להלן הערה 94) ואת יוזמיו, תוך שימוש בטיעון השלישי. בגילוי-הדעת, נקרא הציבור החרדי לפעול "נגד הדבר הזה אשר תוצאות התורכן וההרס ממנו מי ישרונו, הן למקומות התורה, והן לבתי החרדים לדבר ה', ועתיד חינוך הצאצאים שיחיו על ברכי התורה והיראה".

91 למרבה הצער, טיעון זה אינו זוכה בהנגנה בקרב הציבור הישראלי הלא-חרדי. כך, למשל, הציע אהוד ברק, בהצעת חוק גיוס בני ישיבות, להגביל את היקף הפטור מחובת שירות ביטחון לכדי שבע מאות בני ישיבות בכל שנת עבודה של צה"ל. בעוד שתבירי קבוצה מצומצמת זאת יהיו רשאים לעסוק בשכר, במחקר תורני, בחינוך או בתחומים נוספים התורמים "לשמירת גחלת לימוד התורה בישראל ולמחקר התורני", תחויב יתרת הצעירים החרדים, על-פי הצעתו של ברק, בגיוס מלא ורגיל. הצעתו של ברק אינה מנסה כלל להתמודד ולהציע פתרון לסכנות הרובצות לפתחה של החברה החרדית, הנובעות מן החשיפה המסיבית לתרבות החילונית המתירנית הכרוכה באכיפתה של חובת השירות בצה"ל על הציבור החרדי.

92 איני סבור שיש רגליים לטענה שגיוסם הכפוי של בחורי ישיבה לצה"ל יגרום להתמוטטותה המוחלטת של החברה החרדית על תרבותה הייחודית, שהרי זו עמדה כבר במצבים קשים מאלה ויכלה להם. עם זאת, ניתן לדעתי להעלות על הדעת אפשרות



לצעירים חרדיים. לעומת זאת, אם נמצא שהפגיעה ביכולתו של הציבור החרדי לשמר את תרבותו, הכרוכה באכיפת החובה של שירות צבאי על צעירים חרדיים, זניחה במשקלה, ואם נגרוס שאינטרס המדינה באכיפתה הדווקנית של חובת השירות בצה"ל גדול, יהיה ראוי שנמליץ על העדפתו של אינטרס המדינה על תביעתם של החרדים המתבססת על עקרון הזכות לתרבות.

שיקול נוסף שיש להביא בחשבון נוגע במשקלה של ההטבה הכרוכה בפטור משירות צבאי, ולמידה שבה עשויה הטבה זו לשמש תמריץ לשמירת משתייכים למחנה החרדי להצטרף לשורותיו – או לצעירים המשתייכים למחנה החרדי לא לערוך משורותיו – על-מנת ליהנות – או להוסיף ליהנות – ממנה. כפי שהסברתי בפרק ג לעיל, אם נגרוס כי הענקת פטור לבחורי ישיבה מחובת השירות בצה"ל עשויה לשמש תמריץ משמעותי להצטרפות למחנה החרדי או להימנעות מנטישת שורותיו, ראוי יהיה שנשקול הטלת נטל חלופי על החרדים שייפטרו משירות בצה"ל באופן שיאזן את היתרון שמעניק להם הפטור.

## 2. מאזן האינטרסים

אף-על-פי שלזר המתבונן מן הצד, עשויה הקבוצה החרדית להיראות הומוגנית במיוחד, לאמיתו של דבר אין הציבור החרדי עשוי מקשה אחת. הבחנה חשובה אחת לנידון מאמר זה עניינה השוני בין קבוצות-משנה בחברה החרדית בנוגע למידת היחשפותן לתרבות החילונית המודרנית. בעניין זה ניתן להבחין באופן גס (תוך מודעות לסכנה שבהכללה) בין הציבור הליטאי לציבור החסידי. מגמת ההסתגרות והניתוק מן ההווה התרבותית הישראלית העכשווית בולטת יותר בקרב אנשי החצרות החסידיות ופחות בקרב המתנגדים. כפועל יוצא מנתון זה, ניתן לצפות במידה מסוימת של ביטחון שההלם התרבותי ממנו יסבול צעיר חרדי מרקע חסידי במהלך שירותו בצה"ל יהיה חריף מזה שייגרם לחברו הליטאי, שכבר נחשף, טרם גיוסו, באופן מבוקר, לחלקים מן התרבות הישראלית. בשני העשורים האחרונים, במקביל לעליית כוחה של ש"ס ולהתפתחות רשת החינוך "אל המעיין", מתגבשת גם קבוצת-משנה שלישית של חרדים, מרקע מורחי, ולנמנים עימה יש בדרך-כלל היכרות מעמיקה עם התרבות הישראלית. קבוצה רביעית, אף כי קשה יותר מקודמותיה להבחנה מדויקת, כוללת עולים מארצות המערב, בעיקר מארצות-הברית, וצברים בני הדור הראשון להורים מרקע מערבי. לאלה יש בדרך-כלל היכרות מעמיקה יחסית עם התרבות המערבית, ולחלקם גם השכלה חילונית אוניברסיטאית. קבוצה המישית שניתנת לזיהוי מורכבת מחוזרים בתשובה שבילו חלק ניכר משנות בחרותם כחילונים בקרב החברה החילונית. אם החשש מפני פגיעה ביכולתו של הציבור החרדי לשמר את אורחות חייו הינו השיקול המסתתר מאחורי רצונו של

שהטלה של חובת גיוס תפגע בחברה החרדית ותחייב אותה לעמול קשות כדי לשמר את תרבותה.

הציבור החרדי להיפטר מחובת השירות בצה"ל, שירות הכרוך בחשיפה מסיבית ואינטנסיבית לתרבות החילונית המתירנית, הרי בדרכנו להכרעה ראוי שנשקול בין היתר את מידת "התאזרחותו" המוקדמת של הצעיר החרדי בהווה הישראלית המודרנית.<sup>93</sup> שני נתונים נוספים שיש לבחון בהקשר זה הם משך השירות ואופיו. אך טבעי יהיה להניח שככל שיתארך משך השירות, כן תגבר החשיפה של המתגייס לתרבות החיילית הצה"לית ותקטן השפעתן של הישיבה ושל חברת האם. מכאן שהצעת מסגרת שירות מקוצרת עשויה לצמצם את הבעיה באופן מניח את הדעת, לפחות ביחס לחלק מן הצעירים החרדיים. זאת ועוד, הגם שקשה להניח שיצירתן של מסגרות שירות מיוחדות לחרדים תאפשר לשמור על ההווה החרדית באופן קפדני, תוך ניתוק הרמטי מיתר חלקי הצבא, סביר להניח שהקמת מסגרות כאלה תצמצם את ממדי החשיפה והנוק הכרוכים בשירות צבאי לחרדים. מובן שאפשרות הקמת מסגרות כאלה תצטרך לעבור גם את מבחן הכדאיות הצה"לית, אולם אם יתברר שהקמתן עולה בקנה אחד עם האינטרס הצה"לי, יש מקום לשקול יצירתן.<sup>94</sup>

כאמור, למיל האינטרס החרדי ראוי לבחון את משקלו של האינטרס הלאומי. כאן ניתן למנות כמה שיקולים אפשריים. ראשית, כמובן, יש לברר מהי מידת נחיצותו של הציבור החרדי למערך ההגנה של צה"ל. האם צה"ל זקוק לגדודים, חטיבות ואולי גם אוגדות שניתן להרכיב מציבור תלמידי הישיבה הנפטרים כיום משירות?<sup>95</sup> ואם כן, האם איכותם

93 יישומו הלכה למעשה של מרכיב זה במערכת השיקולים יהיה כרוך בקשיים טכניים ונורמטיביים. למשל, בחינה פרטנית של מידת התאזרחותו בחברה הישראלית של כל חייל בגיוס המבקש פטור תטיל מעמסה כבדה על הרשות לה תוקנה הסמכות, מה גם שספק אם ניתן להציע מדד אובייקטיבי לקביעה עובדתית בנידון. מאידך גיסא, אם נבחר בדרך של חלוקה לציבורי-משנה וקביעת מעמדו של כל מבקש פטור, באופן אוטומטי, בהתאם להשתייכותו הקבוצתית, נתרום בכך להנצחתם, ואולי גם נגרום ליצירתם של הבדלים בין ציבורי-משנה, דבר שלאיש, כולל הציבור החרדי, אין לכאורה אינטרס שיקרה.

94 כדוגמה למסגרת חלופית אפשרית נציין את הנח"ל החרדי, חלופה שהתקיימה הלכה למעשה עד שנות השישים המאוחרות, ושבה להתקיים, באופן נסיוני, בשנת תשנ"ט. לאחרונה אישר אגף כוח-אדם בצה"ל מסלול נסיוני נוסף המיועד לחרדים, במסגרתו ישתלבו, החל בשנת הלימודים תש"ס, כארבעים חניכים חרדיים במסגרת העתודה. ראו ע' רפפורט "העתודה החרדית" ידיעות אחרונות 9.6.99, ע' 13.

95 יצוין כי בדברי תשובתו לעתירות שנידונו בעניין רובינשטיין, לעיל הערה 7, ציין שר הביטחון כי במצב הקיים אין פגיעה משמעותית בצורכי הביטחון כתוצאה מאי-גיוסם של תלמידי ישיבה. ראו פסקה 12 למסק דינו של הנשיא ברק בעניין רובינשטיין. ראו גם דניאל פרידמן "שירות נשים במקצועות לחימה ושוויון בחלוקת הנטל בעקבות בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון" המשפט ד (תשנ"ט) 27, 31 ("לא התרשמתי מההומר שהגיע לידי עד היום, שהחלטות הדרג הפוליטי בעניין תלמידי הישיבות היו מנוגדות לעמדותיו של צה"ל"). תמונה שונה מזו שהציג שר הביטחון עולה מנתונים שהציג ראש

המקצועית הצפויה (כחיילים) של תלמידי הישיבות מצדיקה את ההשקעה הכספית והלוגיסטית הכרוכה בגיוסם?

אינטרס אפשרי נוסף שראוי לשקול קשור למידת השפעתו הצפויה של הפטור משירות הניתן לתלמידי ישיבות על מרקם החיים הישראלי. האם המשך מתן הפטור מעורר התנגדות עזה בקרב הציבור המחויב לשרת על רקע חוסר השוויון בחלוקת הנטל בין קבוצות האזרחים השונות? אם כן, מה עשויות להיות השפעותיה לטווח ארוך של התמרמרות זאת? האם תפגע במידת נכונותם של מי שאינם חרדים למלא את חובתם האזרחית?<sup>96</sup> האם תעמיק בצורה מסוכנת את הקרע בין חלקיו השונים של הציבור הישראלי באופן שיחליש את כושר עמידתה של המדינה כלפי חוץ?<sup>97</sup>

### 3. המתחייב מעקרון השוויון

בין הוגי הדעות המצדדים בפרשנות מרחיבה לעקרון חופש הדת, באופן שיחייב את המדינה לפטור את הדת ומאמיניה גם מחוקים ניטרליים על פניהם המקשים על שמירה על חקי הדת, יש המבחינים בין שני סוגים של פטורים: כאלה שהענקתם תיצור תמריץ לשאינם מאמינים להצטרף לשורות הדת ותעודד באופן מלאכותי את חברי הקבוצה הדתית להישאר בין שורותיה, וכאלה שאינם כרוכים ביצירת תמריץ. לשיטתם של הוגים אלה, במקרים שאינם כרוכים ביצירת תמריץ, על המחוקק או השופט לנקוט פרשנות מרחיבה ולהעניק את הפטור המבוקש; אולם במקרים שבהם עולה הפטור בקנה אחד עם

אגף כוח-אדם במטכ"ל לוועדה, בראשות השופט ברימוס צבי טל, הבוחנת את סוגיית גיוסם לצה"ל של תלמידי הישיבות. מנתונים אלה עולה כי גיוס תלמידי הישיבות לשירות צבאי יאפשר קיצור שירות החובה לגברים והקלה ניכרת בנטל המילואים. ראו א' אורן "צה"ל לוועדת טל: גייסו חרדים ונקצר השירות" הארץ 1.10.99, א1.

96 כך, למשל, קובע דו"ח מבקר המדינה לשנת 1995, בע' 847-853, כי אחד הגורמים לירידה במוטיבציה של חיילי המילואים הוא תחושת חוסר הגינות בחלוקת נטל השירות, הנוגעת בעיקר בפגיעה ביכולתם להתחרות במשק האזרחי עם גברים שאינם נקראים כלל לשירות מילואים. סביר אם-כן להניח שהפטור המעשי משירות חובה ומילואים ממנו נהנה הציבור החרדי תורם לירידה במוטיבציה לא פחות מן הזימון הכריזמטי למילואים של מי שאינם חרדים.

97 טיעון מסוג זה העלה עורך-דין הריזוב, באיכותם של העותרים בעניין רובינשטיין, לעיל הערה 7. ראו פסקה 16 לפסק-דינו של הנשיא ברק, שם. יצוין כי את ההתמרמרות הגוברת בקרב הציבור שאינו חרדי על העיוות בחלוקת הנטל הציבורי ניתן היה לכאורה לתרגם גם למונחים הלכתיים. ההתמרמרות עולה לעיתים לא רק כדי שנאה כלפי החרדים אלא גם כלפי הדת שהם מייצגים, באופן הגורם "חילול השם". מניעת חילול השם תופסת מקום נכבד בשיקול ההלכתי, ושקלולה בהקשר שלנו ראוי לכאורה להביא לידי שינוי בעמדה ההלכתית החרדית עצמה.

האינטרס של הקבוצה הדתית, ואינו רק מסיר מכשול מעל דרכה, יש לדחות את התביעה לקבלת פטור או להתנות היענות לה בהסכמתם של מקבלי הפטור לקבל על עצמם נטל חלופי שיאזן את ההטבה הנובעת מקבלתו, שאם לא כן, יופר עקרון השוויון במידה בלתי-מוצדקת.<sup>98</sup>

עמדה זו נשמעת על פניה מאוזנת וראויה, אך ספק בעיני אם לאימוצה כאמת-המירה הראויה בענייננו יהיו נפקויות מעשיות ממשיות. הענקת פטור משירות בצה"ל לבחורי ישיבות, יבוא הטוען ויטען, מהווה תמריץ משמעותי, לצעירים החפצים בפטור משירות צבאי, להצטרף לשורות המחנה החרדי או להימנע מנטישתו, ועליכן ראוי להטיל על הנהגים מפטור זה נטל חלופי שיאזן את היתרון שמעניק הפטור. בבואנו לשקול טענה אפשרית זו, עלינו לתאר תחילה את הדברים בממדים הנכונים. המועמדים לקבלת פטור משירות בצה"ל הינם צעירים חרדיים המנהיגים כל רגע בחייהם על-פי מערכת חוקים נוקשה שמכתיבה להם הדת. צעירים אלה אינם נדרשים רק להקדיש את מיטב שנותיהם ללימודים בבתי-המדרש, אלא מחויבים גם במילוי סדרה אינסופית של מסלות דתיות, ומנועים מסדרה אינסופית אחרת של פעולות הנחשבות לדידו של אדם שאיננו נמנה עם המחנה החרדי להנאות חיים בסיסיות. פטור משירות צבאי ייתן אך ורק לאלה המקבלים על עצמם את עולה המלא והמוחלט של הדת. אמת, האפשרות לחסוך שנים מספר של שירות צבאי, על הקשיים והסכנות הכרוכים בשירות כזה, מהווה לכל הדעות הטבה משמעותית, אולם בהנחה שלמתן הטבה זו תתלווה מערכת אכיפה יעילה, שתבטיח את הענקתה רק למי שמתמיד באורח חיים חרדי, אין זה בלתי-סביר להניח שמי שאינו נמנה עם המחנה החרדי יראה בהטבה זו "אליה וקוץ בה", ויוותר על שתיהן.

כל זאת ביחס לסיכויי הצטרפותם של חילונים או דתיים מודרניים לשורות המחנה החרדי לשם קבלת פטור משירות צבאי. אך מה ביחס לתמריץ הגיתן הינם אין כסף לצעירי המחנה החרדי לדבוק בדרכם? האם לא ראוי לפחות לשקול איוונה של הטבה זו בהטלת נטל חלופי על צעירים חרדיים, נטל שיבטיח כי המדינה לא תיהפך לתומכת קרנו של הציבור החרדי על-חשבוננו של יתר הציבור הישראלי, הנאלץ לשאת בנטל הציבורי הכולל? טענה זו נראית לי על פניה סבירה יותר מקודמתה, אולם גם היא איננה מחייבת לכאורה שינוי משמעותי של המצב הקיים. על-פי הנהוג עד כה, ולהבנתי גם על-פי המקובל על ראשי המחנה החרדי להבא, מותנית דחיית השירות מצה"ל – ויודגש, דחייה, ולא פטור – בהמשך לימודיו של מבקש הדחייה בישיבה. תלמיד ישיבה מתחת לגיל מסוים המפסיק להימנות עם שורותיה של הישיבה במסגרת תוכנית מלאה, ופונה לשוק העבודה, מאבד את זכאותו לדחייה מחובת השירות. משמעות הדברים הינה שעל-מנת ליהנות מן ההטבה הכרוכה בשחרור מחובת השירות, צריך הצעיר לוותר על האפשרות לעבוד לפרטתו, ולהקדיש את כל זמנו ללימוד שאין שכרו התומרי בצידו.<sup>99</sup> אם נמצא שקיימת

98 ראו ההפניה בהערה 68 לעיל.

99 על-פי מצבי-הדברים הקיים, מי שכלול בקטיגוריה של "תורתו אומנותו" נדרש לא לעסוק בשום עבודה או עיסוק אחר שמקובל לקבל בעבורו תמורה. לתנאי זה חריגים מספר, כמתואר בפסקה 8 לפסק-דינו של הנשיא ברק בעניין רובינשטיין, לעיל הערה 7.

דרך לאכוף תנאים אלה באופן קפדני, תתמלא מאליה, לעניות דעתי, הדרישה להטלת איוזנים. מנגד, מובן מאליו שככל שיגדלו המענקים וההטבות האחרות שמעניקה המדינה לבחורי הישיבה החרדיים שלא שירתו בצה"ל, כן תאבד גם טענתי לקיומה של מערכת איוזנים ממשקלה. אולם עצם העובדה שאפילו במצב־הדברים כיום, כאשר המפלגות החרדיות מצליחות להשיג לתומכיהן הטבות משמעותיות, מבכר חלק מסוים מן הציבור החרדי להתגייס, במהלך שנות העשרים לחייו, לשירות מקוצר בצה"ל, על־מנת שיוכל להצטרף למעגל העבודה,<sup>100</sup> מלמדת שהיעדר האפשרות (העקרונית) להיפטר משירות ולעבוד בעת ובעונה אחת נתפס בעיני חרדים רבים כמעמסה כבדה.

### ו. אחרית־דבר – על מגבלות החקירה האמפירית

שאלת גיוסם של בחורי ישיבה לצה"ל הונחה, על־ידי בית־המשפט העליון, לפתחו של המחוקק כפצצת־זמן מתקתקת. במאמר זה ניסיתי לפרוש סדרת שיקולים נורמטיביים ועובדתיים שהמחוקק חייב, לדעתי, לשקול בדרכו להכרעה בסוגיה טעונה זו. הגם שממכלול השיקולים שהצעתי נושבת רוח של הבנה לעמדה החרדית, לא יוכל הקורא למצוא בדברי הצעת תשובה ברורה לשאלה. אחת הסיבות להיעדרה של אמירה נחרצת געוצה בעובדה שגם אם נסכים בשאלת המתווה הנורמטיבי, אין, לדעתי, כל דרך להשיב באופן אובייקטיבי לשאלות שבעובדה. התשובות שייתנו המחוקקים לשאלות אלה יהיו שונות בוודאי בין מחוקק אחד למשנהו. סביר להניח, למשל, שמידת היכרותו של הבודק עם הציבור החרדי, האהדה שהוא רוחש או אינו רוחש לציבור זה באופן כללי ועמדתו המוקדמת – גם אם הלא־בהכרח מלומדת – בשאלה הנידונה ישפיעו גם על תשובתו לשאלות שבעובדה. לשון אחר, אין כל דרך להבטיח תשובה אחידה, שתסתמך על חקירה אמפירית אובייקטיבית, לשאלות שהצגתי בפרק ד, ולכן, לפחות בעניין זה, אין לעמדותי, תהיה אשר תהיה, כל עדיפות על עמדת זולתי, ולפיכך אין כל טעם להציגה. עם זאת ולמרות המגבלות שציינתי זה עתה, עשוי האמור במאמר זה, לדעתי, לקדם את הדיון בעניין. אם יקבלו המחוקקים את המתאר הנורמטיבי שהוצע במאמר זה כראוי לעמוד בבסיס החקירה העובדתית, ואת סוג השאלות העובדתיות שתאירתי ככזה שיש לבחון על־מנת למלא את הנוסחה הנורמטיבית תוכן, יעשו המחוקקים, לדעתי, צעד משמעותי לקראת יישובה של המחלוקת באופן תרבותי.

100 כך, למשל, על־פי הנתונים שהנשיא ברק מספק בפסק־דינו (שם) עמד אחוז המצטרפים להסדר, ילידי שנת 1973, בשנת 1991 (בהגיעם לגיל גיוס) על 6%, ובהגיעם לגיל עשרים ואחת לערך, עמד האחוז של בני השנתון השוהים בהסדר על 4.8%. מנתונים אלה עולה לכאורה כי במהלך שלוש השנים הראשונות להצטרפותם להסדר פרשו ממנו כ־20% ממשתתפיו. לפי הנתונים שמסרה ועדת טל, עמד מספר בני השנתון, העוזבים את ההסדר, והמתגייסים לשירות סדיר משמעותי, באחוזים ממספר המצטרפים, על שיעור גבוה יותר של 29.1%. לפי הנתונים שמסרה הוועדה, נשמרה מגמת פרישה של 20% ומעלה גם בקרב שנתוני הגיוס של 1992–1999. ראו דו"ח ועדת טל, לעיל הערה 76, בע' 66.

