

שאל בר אילן

עיון בסוגיית השוויון בנטל

החרגות מטעמים של אמונה דתית בהסדרים¹ ניטראליים בעלי תחולה כללית² שנועדו לקדם אינטרסים שאינם חיוניים

אחת הסוגיות שבמוקד השסע בחברה הישראלית היא סוגיית גיוס בני הישיבות. מקרה זה הוא מקרה פרטי לשאלה הכללית אם ועד כמה נכון להחריג בעלי אמונה דתית ממצוות המחוקק. המאמר פותח בשרטוט המיקום הגיאומטרי של הבעיה, ובתיאור המשפט הפוזיטיבי השונה בישראל ובארצות הברית; המאמר עומד על התקלות שיכולות להתעורר מהגישות הללו, ומציע גישה אלטרנטיבית, המבחינה בין בעלי אמונות שונות על פי מבחן אובייקטיבי, בשימוש במבחנים שפותחו במתודולוגיה המכונה משפט וכלכלה. לסיים, המאמר מציע לעגן את הגישה המוצעת בו, בכמה פרשיות הכתובות בתורה.

- 1 מונח דתב הכולל חוקי יסוד, חוקים, תקנות בעלות פועל תחיקתי, צווים שיפוטיים, ואף תניות חוזיות במשפט הפרטי; ראה להלן.
- 2 הסדר ניטראלי הוא הסדר שנקבע לשם השגת יעד חברתי ופוגע בערכים דתיים או מצפוניים רק דרך אגב. מהסדר שכזה ייתכן להחריג פרטים הנפגעים בנסיבות מסוימות מיישום הוראות ההסדר, ודאי שהסדר שאינו ניטראלי אלא נועד מלכתחילה לפגוע ביישום הוראות אמונה דתית כלשהי לא יסבול בקשות החרגה המוגשות בשם אותה אמונה דתית, אך מאידך גיסא, אם המניע לקביעת הסדר זה הוא עוינות לדת, ייתכן שיש לדון בבטלותו כמקשה אחת על רקע פגיעתו בחופש הדת התוקף (ראה, למשל, בפרשת לדת, ייתכן שיש לדון בבטלותו כמקשה אחת על רקע פגיעתו בחופש הדת התוקף (ראה, למשל, בפרשת Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah, 508 U.S. 520 [1993], שם נקבע מתוך הרהבת תחולת החוק מעבר למתבקש ממטרתו המוצהרת, כי המניע לחקיקת החוק הוא עוינות לדת ולכן נפסל החוק).
דוגמאות במשפט הישראלי להסדרים שאינם ניטראליים מצויות בפרק ת סימן ח לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (לעניין איסור הביגמיה ולעניין איסור החרת נישואין בעל כורחה של האישה) וכן בחוק גיל הנישואין, תש"י-1950. ודאי שהסדרים אלו, שנקבעו מלכתחילה לשירות דפוסי תרבות מסוימים, לא יסבול בקשות החרגה המוגשות בשם אותה תרבות. גם החוקים בענייני המעמד האישי במדינת ישראל הם הסדרים שאינם ניטראליים, בהיות תכליתם הברורה הגדרת ההוראות החלות על בני כל עדה מוכרת בענייני המעמד האישי על פי דיני העדה ולא על פי בחירה או מצפון וכדומה (ראה, למשל, בפרשת האגודה ההומניסטית החילונית, להלן בה"ש 11, פסקה 15). על כן לא יידונו במאמר זה שאלות הנוגעות להחרגה מחוקים אלו המוגשות בשם פרטים הבאים בשם ערך החופש מדת (אף כי בית המשפט העליון לא נמנע מלתרום את תרומתו האידאולוגית ליצירת החרגות אלו, ולא כאן המקום להרחיב).
הסדר בעל תחולה כללית הוא הסדר שלא מובנות בו החרגות, הסדר שאינו בעל תחולה כללית, הוא הסדר שמובנות בו ממנו ובו החרגות שונות מטעמים שונים. על פי בית המשפט העליון בארצות הברית, מהסדר שכזה קל להחריג אף בעלי אמונה דתית (ואם החרגה זו לא נעשתה יש לבחון בדיקנות שמא כך הוא מעוינות לדת).

פתיחה

כל מערכת הסדרים ניטראלית מגיעה לשעה שבה עליה להכריע באשר לעמדתה בנוגע לבקשות החרגה המוגשות על ידי הכפופים למערכת, ושהן מטעמים של אמונה דתית. במאמר זה נתחום את השאלה שברצוננו לדון; נציג את הפסיקה הישראלית שאינה מכריעה בשאלה זו; נציג את הגישה המקובלת בארה"ב ואת הקושי הקיים בה, וננסה להגן על גישה חלופית שיש לה לטעמנו סיוע אף במתואר בתורה על אודות מצרים הקדומה וכן בפירוט שפירטה התורה בפרשת בני גד ובני ראובן.

יישום הגישה המוצגת במאמר זה לסוגיית גיוס בני הישיבות מציע מתווה שבו תישמר חירותם של בני הישיבות לדחות את שירותם הצבאי (מבלי לדון בנוף המאמר בצידוק ההלכתי 'הפנימי' לחירות זו), לצד הבטחת האינטרס הציבורי בשוויון כנשיאה בנטל.

מבוא

בשאלה שפתחנו בה יש לדון בשני שלבים: ראשית יש להכריע אם נכון להחריג בעלי אמונה דתית.³ ייתכן אף שבתוך אותה מערכת הסדרים התשובה לשאלה זו לא תהיה אחידה: בהסדרים מסוימים תיקבענה החרגות ובהסדרים אחרים לא.⁴ ייתכן אף שבזמנים מסוימים תיקבענה

3 החיקון הראשון לחוקת ארה"ב אוסר לפגוע בחופש הדת אך גם אוסר את מיסוד הדת (Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof). יש בכך סתירה המכאיבה את ראשם של המשפטנים בארצות הברית לא מעט, שהרי למן הרגע שאנו מכירים בחקיקה בהחרגות מטעמי דת אנו, כביכול, ממסדים את הדת בחוק (על כך ראה עוד להלן בהערה 40 שיש סתירה בין שני פסקי דין של בית המשפט העליון בארה"ב בדיוק בשאלה זו, אם קביעת החרגה מטעמי דת כמוה כמיסוד הדת).

4 דבריה החקיקה שבמשפט הישראלי נקבעו החרגות רבות מתוך התחשבות בחובות דתיות וזאת אף בחוקים ניטראליים בעלי תחולה כללית (ראה, למשל, ס' 1(ב) לחוק יום העצמאות, תש"ט-1949; ס' 29(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [סמכויות אכיפה – מעצרים], התשנ"ו-1996; ס' 49(א) לחוק מיסוי מקרקעין [שבח ורכישה], התשכ"ג-1963; ס' 3 לחוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960; תקנה 172 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; ס' 5 לחוק לחיקון דיני ראיות [אזהרת עדים וכיטול שבועה], התש"ם-1980; ס' 51 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 [לעניין חיסיון מוחלט ולא יחסי על דברים שנאמרים לכותן דת] ועוד ועוד).

אף על פי כן, רבים הם דברי החקיקה, אף במשפט הישראלי, שלא רוכזו ואף לא לשם יצירת החרגות מטעמים של דת ומצפון. עברות ההמתה שבפרק י' סימן א' בחוק העונשין, למשל, הן עברות בעלות תחולה כללית המכירות רק בחריגים שנקבעו בפרק ח' שבחלק א': הפללי בחוק העונשין (כדוגמת הגנה עצמית, צורך או כורח, לפי סעיפים 34, 34א, 34יב לחוק) ובחריגים הייחודיים הנוספים שנקבעו בס' 300א לחוק לעניין עברת הרצח בלבד, ובאמת, הפסיקה לא הייתה מוכנה להכיר בבקשות החרגה ואף לא כשהן מוגשות מטעמים של דת ומצפון כרצח על רקע חילול כבוד המשפחה, למשל. בחינה ביקורתית מגלה שסירובים אלו נעשו אף במקומות שלכאורה היו לבית המשפט הכלים המשפטיים 'להזרים' את ההחרגה דרכם בלא לכנותה בשמה, כגון, האפשרות להכיר בהתקיימות היסוד של הגנה עצמית, או, למצער, להכיר בהתקיימות יסוד הקנטור, ובכך להפחית את חומרת ההרשעה מהרשעה ברצח להרשעה בהריגה; ראה ע"פ 172/62 גראמה נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז' 925 (1963) (עולה מתימן שהורשע ברצח דודו המכשף ואף שהרגו רק מוחש שכישופיו יפגעו בבני משפחתו), ובמאמר הביקורתי של פרופסור יורם שחר 'האדם הסביר והמשפט הפלילי', הפרקליט, לט (תשמ"ג), 78, בעיקר עמ' 81 ואילך וכן עמ' 103-105. לדיון ערכני

עיון בסוגיית השוויון בנטל

החרגות ובזמנים אחרים לא.⁵ מהנקבע בפרשת יקותיאלי יש להסיק שאף כשיש לרשות כוח להחריג מטעמים סוציאליים, אין ללמוד מכך שיש לרשות כוח גם להחריג בעלי אמונה דתית.⁶ בארצות הברית קובע חוק ה-R.F.R.A הפדרלי שיש לקרוא כל חוק כאילו נקבעו בו החרגות מטעמים של אמונה דתית אפילו החוק ניטראלי ובעל תחולה כללית, אלא אם כן החוק נועד "לקדם אינטרס מדינתי חיוני".⁷ בפרשת City of Boerne הכריז בית המשפט העליון בארה"ב על בטלות חוק ה-R.F.R.A למצער מול חוקי המדינות,⁸ וקבע שהחקיקה והפסיקה הפדראליות לא תקבענה החרגות בחוקי המדינות לבעלי אמונה דתית, אם החוק ניטראלי ובעל תחולה כללית ונטול כל החרגות שהן, ואפילו החוק נועד לקדם אינטרס שאינו חיוני. לאחר ההכרעה העקרונית שיש להיענות בחיוב לבקשות החרגה המוגשות מטעמים של אמונה דתית, תועלה השאלה לאלו בקשות יש להיענות בחיוב ולאלו בקשות אין להיענות בחיוב.

בסוגיה זו של ההגנה התרבותית ראה ע"פ 10358/08 איכמעיל אוברנה נ' מדינת ישראל (מיום 16/3/2010), וכן לקמן בהערה 8.

5 ראה, למשל, ברמב"ם היר החזקה פרק ז מהלכות מלכים הלכה טו, שאחר שנכנס האדם בקשרי המלחמה כבר אין לו פריבילגיה לשוב לביתו מפחד האויב ואף שהייתה לו פריבילגיה זו עד הכניסה לקרב (רעיון דומה לכך שחומרה מיוחדת נוהגת בשעת המלחמה ראה חלק ו בחוק השיפוט הצבאי [ס' 461-475 לחוק], החשט"ו-1955 לעניין הכוח להקים בית דין שדה בשעת מלחמה ואף לדון בו בדיון מקוצר [ס' 471], וכדומה ראה בס' 8)43 שם; כמו כן, ראה בהמשך מאמר זה בעניין בני גר ובני ראובן ובעניין המס המוטל בחוק השויצרי).

מכל מקום יש לציין שהחזרת היראים מעורכי המלחמה לא נעשתה כהחרגה מהחוק, אלא לטובת הנשואים – ראה דברים כ, ה והובא ברמב"ם שם, ולכן, אין לתמוה על כך שלא נעשתה החרגה זו בהתאם למורל המוצע במאמר זה (דהיינו לא באיתות ולא בסינון וכן לא במנגנון מיסוי פיגועיאני).

6 בג"צ 6741/99 יקותיאלי נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, פסקאות 36-38 (2001). יש לציין, מכל מקום, שבאותה פרשה החרגת האברכים מחובת תשלום הארנונה לא נעשתה כתולדת בקשות החרגה שהוגשו מטעמי דת, אלא כמדיניות יוזמה של הרשות להכווין התנהגות ולעודד את לומדי התורה, ועל כן, אין לדמות את הנדון שם לענייננו לכל דבר ועניין.

7 להלן נוסח פסקה 3 לחוק (מאתר: <http://www.prop1.org/rainbow/1fra.htm>):

SEC. 3. FREE EXERCISE OF RELIGION PROTECTED.

(a) IN GENERAL. -- Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b).

(b) EXCEPTION. -- Government may burden a person's exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person --

(1) furthers a compelling governmental interest; and

(2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.

8 אמנם פעמים רשויות מתלבטות אם להחריג בעלי אמונה דתית אף מהסדרים שנועדו לקדם אינטרס חיוני; ראה, למשל (לעניין כפיית חברת 'עדי ה' לקבל עירוי דם): Osamu Muramoto, "Medical confidentiality and the protection of J###h's Witnesses' autonomous refusal of blood", *J Med Ethics*, 2000; 26:381-386.

9 *City of Boerne v. Flores*, 117 S. Ct. 2157 (1997).

10 ראה להלן הערה 40.

בפרשת האגודה ההומניסטית החילונית¹¹ כותב השופט תיאודור אור בסיום החלטתו:

נוסיף לכך את שנאמר בעניין מורד, כמצוטט לעיל, שלממשלה יש שיקול-דעת בהחלטתה אם ליתן הכרה בתור ערה דתית, כשכמסגרת שיקול-דעת זה עומדים גם שיקולים משפטיים וגם שיקולי מדיניות, ורק כשמתקיימים טעמים משכנעים לכך, יתערב בית-המשפט בהחלטתה.

מכאן, שבמדינת ישראל, ולפחות לעניין השאלה מתי להכיר בקבוצת מאמינים כעדה דתית, אין כלל משפטי. גישה זו, המכירה במפורש בשיקולי מדיניות, בוודאי מזמינה אותנו לפחות לנסות לשרטט גבול שיכריע.

חוק ה-R.F.R.A בארה"ב קובע שיש להיענות בחיוב לכל בקשת החרגה המוגשת מטעמים של אמונה דתית, כל עוד החוק הנדון אינו מאלו שנועדו לקדם אינטרס מדינתי חיוני. עמדת בית המשפט העליון בארה"ב היא שהחרגות מטעמי דת תיקבענה באורח פסיקתי פדרלי רק בחוקים שאינם בעלי תחולה כללית, ובלבד שבחינה ביקורתית הדוקה¹² תעלה את החשש שהיעדר החרגה נוספת בחוק לבעלי אמונה דתית הוא מעוינות לדת. גם לבית המשפט העליון ברור, שכשנכון לקבוע בחוק החרגה מטעמי דת, אין להבחין בין בעלי האמונות השונות.

גישה משותפת זו לנבחרים ולבית המשפט נראית לכאורה בעייתית כיוון שמגוון האמונות והדעות בחברה המודרנית מעלה את החשש שבקשות ההחרגה תוגשנה גם על סמך מצגים לא אמתיים, או לשם קיום חובות דתיות שאינן חובות מוחלטות, או שניתן לקיימן ללא החרגה, וממילא, יש הכרח לשרטט גבול תיאורטי שיגדיר לאלו בקשות החרגה יש להיענות בחיוב ולאילו בקשות החרגה אין להיענות בחיוב, מבלי שתוכל להיות מועלית כל טענה של אפליה. אם לא ישורטט גבול זה, תקרה אחת מן השתיים: או שתיקבענה אף החרגות שאינן הכרחיות, וכך ייהפך ההסדר המונחג לאות מתה, או שלשם מניעת תופעה זו יורחב מעגל החוקים המדינתיים שינוסחו כך שיהיו בעלי תחולה כללית, או שלחלופין יורחב מעגל החוקים שייחשבו כאלו שנועדו לקדם אינטרס חיוני, וכך או כך תימנענה החרגות אף מאלו שראויים להן.

להלן נציע שני עקרונות יסוד מתורת הכלכלה שעל פיהם אפשר לדעתנו לקבוע גבול כאמור. תחילה נטען שכל בקשת החרגה היא עסקה בין הפרט לקהילה, ולחלופין נטען שקיום של כל מצווה דתית הוא עסקה בין הפרט לקונו או למצפונו, ועל כן יש להכפיף עסקאות אלו לתיאוריות בסיסיות במתודולוגיה המכונה משפט וכלכלה. לאחר מכן נטען שבהיגיון זה ניתן לבאר סתירה ידועה בפסיקה של בית המשפט העליון של ארצות הברית. נציג את הגישה של המשפט השוויצרי, שאף היא עולה בקנה אחד עם הרעיונות המועלים במאמר זה, ובסיום נציע ביאור חדש לפרשת בני גר ובני ראובן וכן לשתי פרשיות בסיום ספר בראשית. אם כנים דברינו, יתבאר מה דעת התורה בשאלתנו.

בטרם נתקדם נציין כי הפסיקה הפדראלית והמדינתית בארצות הברית בסוגיית חופש

11 בג"צ 6168/92 האגודה ההומניסטית חילונית נ' ממשלת ישראל, פ"ד (א) 289 (1997).

12 בלשונם: "Strict scrutiny".

הדת והחופש מדת היא ענפה וסבוכה ומתפתחת כל העת, ואף מושפעת מהלך הרוחות בבית המשפט העליון של ארצות הברית. אף על פי כן, בגלל ההבחנה האמורה בין הגישה האמריקאית העקרונית, שלעולם אין להבחין בין בעלי האמונות השונות בכל הנוגע לשאלת ההחרגה, לבין הגישה המוצעת במאמר זה שיש להבחין ביניהם, לא נדרש ועל כן גם לא ייוחד במאמר זה המקום הראוי לסקירת הפסיקה האמריקאית על כל גלגוליה ודקויותיה.

הרקע המשפטי לדיון

חמש הערות מתדירות

ראשונה: מאמר זה נצרך רק עבור מערכת הסדרים ניטראלית שבין הכפופים לה קיימים פרטים בעלי תפיסת עולם שאינה ניטראלית. ודאי שבמערכת הסדרים בעלת אידאולוגיה הזזה לתפיסת העולם של הכפופים לה לא יתקיים כל דיון בהחרגות ואף לא מחוקים ניטראליים, מפני שכבר מערכת ההסדרים עצמה תחפוץ לקדם את הערכים שבשמם תוכלנה להיות מוגשות בקשות ההחרגה.¹³ במדינת הלכה, למשל, חייל לא יצטרך לבקש פטור משירות מילואים קרבי בשנה הראשונה לגישואיו, מפני שאף המדינה תחפוץ לקדם את הערך שבשמו אמורה בקשה זו להיות מוגשת.¹⁴ עדיין יהיה מקום לדון, ואף במדינת הלכה, אם יש לחריג מקום שהבקשה מוגשת מטעמים של קולה הלכתית¹⁵ או של חומרה הלכתית¹⁶ הנהוגות בעדה מסוימת וכדומה,¹⁷ כיוון שהגדרת המדינה כמדינת הלכה אינה קובעת עמדה חד משמעית ביחס לשאלה ספציפית זו.¹⁸

- 13 ראה ברשימת החיקוקים הנזכרת לעיל בהערה 4. כולם למעט שני האחרונים אינם מנוסחים על דרך שמנוסחת החרגה לבעלי אמונה רחית, אלא כביכול מלכתחילה נועד החוק להיסוג במקום שבו יש אי מי שדבקוה באמונתו הדתית עלולה להיפגע מיישום הוראות מהחוק.
- 14 ראה: הרב שלמה גורן, "שרות צבא קבע בשנה הראשונה לאחר הנשואין", משיב מלחמה, חלק שני סימן קנה, עמ' תמ – תנא.
- 15 בדיון בבקשת החרגה זו יש להתחשב בשיקולים נוספים לבד משיקולי רוחב, כמו החשש להתרתבות מעגל ההפצים ביודעין לחדול מלהיות בין המחמירים בידיעה שההחרגה בחוג למקלים כבר מוכנה ומזומנת; ראה שר"ע חלק י"ד סימן ריד, ב.
- 16 מקורות דבר חובת הפרנסים לתמוך ביחידים בעלי הנהגות של פרישות וחסידות ראה בספרו של מו"ר אבי שליט"א הרב נפתלי צבי יהודה בר אילן, משטר ומדינה בישראל על פי התורה, ירושלים 2007, פרק מב, עמ' 1064. הנדון שם הוא כדומה לסוגיה הנדונה בפרשת יקותיאל, הנזכרת לעיל בהערה 6, לעניין המידה הרצויה להיענות הציבור לבקשות של יחידים מהקהל לסייע במימון מצוות של יחידים כבניית מקווה לטבילת עזרא או לרכישת מצות מהודרות, וההכרעה שנקבעה שם היא תליית אחריות הקהל במידת השכיחות של הנוהגים בהידור או בחומרה (ראה בהערה 49 שם). עדיין יש לדון מה יהיו הקריטריונים שעשה שהדיון אינו בשאלת מקור המימון לחומרות של יחידים, אלא לבחינת החרגות מחוקי הקהל, אף כי בוודאי ניתן לומר שבתשובתנו לשאלה זו אפשר להשיב אף על השאלה הראשונה.
- 17 זאת מבלי לדון בסוגיות האישיות הנוגעות בשאלה זו, כגון איסור "לא תתגודדו"; ראה בהגות הרמ"א לשו"ע חלק או"ח תצג, ג ובשו"ת האלף לך שלמה (ר' שלמה קלוגר), חלק או"ח סי' מה.
- 18 מו"ר אבי שליט"א הרב נפתלי צבי יהודה בר אילן הראני את האמור בתלמוד ירושלמי ברכות ב, ט: "תני: כל דבר של צער, כל הרוצה לעשות עצמו יחיד – עושה, תלמיד חכם – עושה, ותבוא עליו ברכה. א"ר זעירא: ובלחוד דלא יבזה הורגין" (ראה גליוני הש"ס ברכות דף לד ע"א המבאר שאם אומן יעמוד לפני תלמידי חכמים, ייראו שאר אומנים שאינם עומדים כמזוללים בתלמידי חכמים).

שנייה: מגמת מאמר זה אינה להציע נוסחה שתשיב על השאלה, האם להכניס הסדר מסוים או מערכת הסדרים לקבוצת הסדרים ה'רכים' שתחולתם אינה מוחלטת ושהיא מחריגה מתחולתה במקום שבקשות ההחרגה מוגשות מטעמים של אמונה דתית.¹⁹ מגמת מאמר זה להציע נוסחה משפטית שתשיב על השאלה המועלית לאחר ההסכמה העקרונית שיש לרכז את תחולתם של הסדר מסוים או של מערכת הסדרים ולהחריג מהם בעלי אמונה דתית; עתה יש לקבוע לאילו בקשות יש להיענות בחיוב ולאילו לא.

שלישית: מגמת מאמר זה אינה להקיף את המשפט המצוי – המשפט הפוזיטיבי. במשפט זה קיים שוני בין הנהוג במערכת הסדרים זו לנהוג במערכת הסדרים אחרת, ולמעשה, אף בתוך מערכת הסדרים נתונה לא תמיד מצויה האחידות.²⁰ מגמת מאמר זה לדון בשדה המשפט הרצוי – המשפט הנורמטיבי – ולהציע נוסחה משפטית כללית בעלת משתנים ריקים, שעם הצבת הנתונים המתאימים בה תשיב על השאלה לאילו בקשת החרגה יש להיענות בחיוב ולאילו לא. רביעית: הנוסחה שתוצע במאמר זה אינה מיועדת ליישום דווקא בשדה המשפט התוקף והמנהלי. שאלת ההחרגה יכולה להיות מועלית אף בצווים שיפוטיים ואף בהקשרים הנשלטים על ידי המשפט הפרטי. ממילא, גם הנוסחה המשפטית המוצעת צריכה להיות מתאימה ליישום בכל מערכת הסדרים.

19 יתרה מכך מצאנו בפירוש מלאכת שלמה על משנה א בפרק ד בפסחים, המפרש את המשנה שם על פי הירושלמי המחדש שפעמים יש שאף המהלך ממקום שאין עושין מלאכה בערבי פסחים למקום שעושין, לא ישנה ממנהג המקום שהלך לשם ויעשה מלאכה נגד מנהגו (אף על פי שמדינא דרישא דהיא מתניתין, בכה"ג, נותנין עליו חומרי מקום שיצא משם), וזאת במקום חשש למחלוקת, "דמעיקרא לא קבלו היכא דנפיק חומרא דמחלקת" (לשון בעל מלאכת שלמה הנזכר). ראה גם לקמן בהערה 64. אף בארצות הברית, שבה יש הדגים בביקורת החרגות מטעמי דת לחוקים ניטראליים בעלי תחולה כללית, יש המבחינים בין החרגות מהחובה לציית לדברי חקיקה לבין החרגות מהחובה לציית להוראות המעביד: לפני בית הגבחרים והקונגרס בארה"ב הונחה לדיון לאחר מספר לגולים הצעת החוק Workplace Religious Freedom Act of 2007 HR 1431 IH, שנועדה לתת לעובדים החרגה המאפשרת להיעדר מהעבודה בימי שבחון דתיים וכן לסטות מטעמי דת מקודר הלבוש הנהוג במקום העבודה, אף אם לא נקבעו סדרי העבודה מעוינות לדת או משנאה בין גזעית אלא כהוראה ניטראלית ובעלת תחולה כללית (כגון איסור ענייני על כל העובדים להבוש כובע, הכולל מאליו גם איסור על העובדים היהודים הדתיים לחבוש כיפה).

20 ס' 36 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ז-1986 קובע: שר הבטחון רשאי בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדריים או כוחות המילואים של צבא הגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים – (1) לפטור יוצא-צבא או מיעד לשירות בטחון שאינו יוצא-צבא מחובת שירות סדיר, או להפחית את תקופת שירותו; (2) לפטור יוצא-צבא מחובת שירות מילואים לתקופה מסוימת או לחלוטין.

הפסיקה קבעה כי בכלל אותם 'טעמים אחרים' גם טעמים של מצפון; דהיינו שיש מקום לפטור משירות צבאי מועמדים לשירות בטחון שמצפונם אסור עליהם שירות זה. אף על פי כן, הפסיקה לא הייתה מוכנה להכיר בטעמים של מצפון המודים לסרב לשירות מילואים בגזרה ספציפית (סרבנות סלקטיבית), אך זאת לא מטעמים שלגופו של עניין אלא מטעמים של מדיניות (שיקולי רוחב); ראה בג"ץ 7622/02 זוגשיין נ' המרקליט הצבאי הראשי, פ"ד (1) 726 (2002), ושוב בבג"ץ 2383/04 לאורה מילוא נ' שר הבטחון, פ"ד (1) 166 (2004), ושוב בבג"ץ 7802/04 לאורה מילוא נ' שר הביטחון (טרם מורסם; 7.11.04).

נניח שנגד שני חשודים או נגד שני נאשמים במשפט פלילי או נגד שני נתבעים בהליך אזרחי²¹ הוצא צו איסור יציאה מן הארץ, ונניח שבית המשפט מחליט להשעות את תוקף הצו עבור פלוני בשל בקשתו להיות מורשה לנסוע להשתתח על קברו של צדיק (לצד הצגת ערוכה מתאימה); האם קמה הזכות אף לחברו לבקש השעיית הצו לשם השתתפות במשחק ידידות בין נבחרת ישראל בכדורגל לנבחרת אירן; משחק המקדם ערכי-על כשלום ואחוזות עמים וכדומה? או נניח, למשל, שבחור ישיבה מתקשה להיות נוכח כשיעור המתקיים ביום צום שבעה עשר בתמוז. אין מדובר כאן בבקשת החרגה מטעמים של אמונה דתית מפני שגם הישיבה מעוניינת לקדם את הערכים שביסוד חובת צום שבעה עשר בתמוז. אך נניח שבחור הישיבה מבקש להיעדר מהתפילה בישיבה לשם תפילה במניין ותיקין, ולעומתו חברו מבקש להיעדר מבית המדרש אותו פרק זמן לשם השתתפות בהילולה של צדיק. במקרים אלו תפיסת העולם של הישיבה שותקת ביחס לשאלה הספציפית, וממילא יש לדון אם יש להיענות לבקשות ההחרגה. לחלופין, נניח למשל שסטודנט מבקש החרגה מההסדרים הגהוגים במוסד לימודים אקדמי או מקצועי לשם יציאה לשירות מילואים; אין מדובר כאן בבקשת החרגה מטעמים של אמונה דתית מפני שגם מוסד הלימודים מעוניין לקדם את הערכים שביסוד החובה לשרת במילואים.²² אך נניח שאותו סטודנט מבקש החרגה בשל צום שהוא מחויב בו לפי אמונתו, ונניח שהחלטנו להיענות לבקשתו בחיוב. מה נאמר עתה לסטודנט המגיש בקשת החרגה זהה, אך לא מטעם של חובת צום דתית אלא בשל רצון להשתתף בהפגנה נגד הפגיעה הצפויה במרחב המחיה של בעל חיים המצוי בסכנת הכחדה או היעלמות; הפגנה שאף היא נופלת באותו יום? הכיצד נוכל להשיב לבקשה האחרונה בשלילה מבלי לפגוע ברגש השוויון של המבקש, שמן הסתם יטען שאמונתו בצורך בשמירת ערכי הטבע אינה פחותה מאמונתו הדתית של חברו הצום?

חמישית ואחרונה: מגמת מאמר זה אינה לדון בשאלת הסירוב מטעמים של מוסר מדיני – שאלה שטבעה להישאל על ידי הכפופים למערכת הסדרים נתונה, ואף לא לדון בשאלת מחויבותן של הרשויות לאכוף את החוק על עברייני מצפון Ex-post, שאף היא שאלה נפרדת.²³ מגמת מאמר זה היא להדריך מראש – Ex-ante – את הגופים הקובעים הסדרים לכפופים להם, והמסכימים שיש להחריג מתחולתם פלוני בעלי אמונה דתית ונטולי שאיפה פוליטית.²⁴ מהו העיקרון שעל פיו ינוסחו כללי ההחרגה, אם וכאשר, באופן מבחין אך ללא אפליה.

21 כסעד זמני בזמן ניהול ההליך או לשם הוצאה לפועל.

22 החרגה זו יש ליצור בדרך גלויה וישירה ולא בעקיפין בחוספת הודאות בהסדרים הנוגעים באיסור אפליה, וזאת כדי להימנע מהביקורת, המוצרקות לטעמי, ראה מ' כהן-אליה, "שלוש הפתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי הפליה בחקיקת העבודה בישראל", משפט, עבודה וחברה, יא (תשס"ו), עמ' 195, 205.

23 ראה חיים גנז, ציות וסירוב, הוצאת הקיבוץ המאוחד 1996, עמ' 125-137.

24 ודאי שאם בבקשות ההחרגה אינן מוגשות ממניעים אישיים אלא מטרתן היא עיצוב ההסדרים בהתאם למוסר המדיני של המבקש, יש לשוקלן על פי שיקולים אחרים שאינם מענייננו. לעניין שלושת סוגי הסרבנות הפוליטית ראה ציות וסירוב (לעיל הערה 23), עמ' 120-125 (מרי אזרחי למטרות כפייה, סירוב מצפוני ומרי אזרחי למטרות שכנוע). בקשת החרגה ממניע פוליטי היא כנראה מעין סוג של סרבנות, אך לא סרבנות של ממש, מפני שלא מובלעת בה בשום שלב האפשרות להימנע מלציית להסדר.

א-סימטריה במידע

במאמר יסודי בתורת הכלכלה הציג אקרלוף (George A. Akerlof) את התופעה המכונה א-סימטריה במידע.²⁵

בשוק משוכלל, מסביר אקרלוף, שני הצדדים פועלים במידע מלא. אך לא פעם צד לעסקה אינו בעל מידע מלא: אדם הרוצה לרכוש מכונית משומשת, מעביד הרוצה להעסיק פועל וחברת ביטוח המוכרת פוליסות לכיסוח. בכל המקרים הללו הצד שאינו מודע אינו יודע מהו שווייה הראוי של העסקה, ולכן התמורה שתוצע על ידו בעסקה תהיה גמוכה או מצומצמת מהתמורה המוצעת בעסקה שבה אין פערי מידע, וזאת לשם הפיזיו על פער המידע. אמנם, כפי שאקרלוף מסביר, התהליך אינו מסתיים כאן; מבין הצדדים המיודעים תחילה ידירו עצמם מהשוק מציעי ה'דוככנים המתוקים', שלא ירצו למכור את נכסיהם בפחות משווייה הראוי (הנקבע על פי ההיצע והביקוש כששני הצדדים בעלי מידע מלא); עקב ירידה זו באיכות הנכסים המוצעים, התמורה המוצעת על ידי הצדדים הלא מיודעים תופחת; או ידירו עצמם מהשוק גם מציעי 'דובדבנים חצי מתוקים'; כמקביל ינסו להשתלב בשוק מציעי 'לימונים חמוצים' יותר ויותר, ביודעם שאלו שאינם מיודעים אינם יכולים להבחין אף בין 'לימונים חצי חמוצים' לבין 'לימונים מושלמים'; ושוב התמורה המוצעת תופחת וחוזר חלילה, עד קריסת השוק.

במאמרו של אקרלוף ניתן הסבר לכך שאף לשוק שקיימת בו א-סימטריה במידע יש קיום, והוא במקום שיש בו מנגנון ידוע באמצעות 'איתות' או 'סינון':²⁶ האיתות נעשה על ידי הצד המיודע, עליו להיות בעל נראות בולטת, ונדרש שתהיה בו הכבדה על הצד המיודע, כזו שאינה משתלמת או אפשרית למציעי ה'לימונים'. הסינון הוא תאמו בתמונת ראי של האיתות, והוא נעשה על ידי הצד הלא מיודע, לוודא שהצד המיודע נושא בהכבדה. במקרה של דורש עבודה האיתות יהיה תעודה אקדמית, למשל, שתבחין אותו משאר דורשי העבודה, אם להשגתה נדרשים מאמצים אינטלקטואליים משמעותיים.

אם נשוב לשאלת ההחרגה מטעמים של אמונה דתית, נראה שאף כשהרשויות בוחנות את בקשת ההחרגה של פלוני, אין הן שונות מאדם הרוכש מכונית משומשת או ממעסיק השוכר פועל חדש או מחברת הביטוח המוכרת פוליסה למבוטח. אף בדיון זה הרשויות בוחנות עסקה שבה הן אמורות להציע תמורה ידועה (החרגה לפלוני, שתגביר בתורה את הנטל על שאר הכפופים למערכת ההסדרים, תצמצם את הרווח שהסדר המוחרג היה אמור להצמיח, ותפתח את הפתח לבקשות החרגה נוספות), מבלי לדעת את שווי המדויק של הנכס שייתן הצד השני (במקרה שלנו, חיזוק ערך חופש הדת, ופיתוח הדיון הציבורי ברוח הפרק השלישי בספר 'על החירות', כשאין לדעת אם מצפוננו של המבקש באמת זך וטהור). אף בשאלה זו פתרון אפשרי לשאלת ההחרגה יהיה בתלייתה באיתות, דהיינו באורח חיים הנהוג על ידי מבקש ההחרגה שהוא גם בעל נראות וגם מכביד, וכך, לא יתעורר החשש שהפטור ינוצל לרעה על ידי מתחזים. גם פה

George A. Akerlof, "The Market For Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", 25 *Quarterly Journal of Economics*, 84 (1970), p. 488

המונחים הללו נעדרים מהמאמר והוגדרו מאוחר יותר בעקבות הדוגמאות המובאות בו. 26

יהיה פתרון חלופי בסיגון: הצבת דרישות מכבידות שרק בעמידה בהן באורח ניכר לעין תינתן ההחרגה.

אם נשוב לחלק מהדוגמאות שהובאו בפתיחה, נאמר שבוודאי יש מקום להיענות כחיוב לבקשת החרגה של בחור ישיבה המעוניין להתפלל במניין ותיקין, ואין להכריח מכך חובת היענות לבקשת החרגה של בחור המעוניין להשתתף בהילולה של צדיק, כיוון שהראשון נוהג כמנהג שיש בו הכבדה נראית (קרי, איתות) והאחרון לא. בדומה, אדם המבקש החרגה בשל צום נוהג כמנהג שיש בו הכבדה והוא אף נראה (במידה מסוימת), אך חברו המעוניין להשתתף בהפגנה לא; בייחוד אם לרווחת המפגינים מופיע בהפגנה זמר ידוע. בשני המקרים הסירוב יינתן לא מהיעדר אמון בכנות הבקשה הספציפית אלא מחשש לניצול הפרצה על ידי אחרים, וכיוון שבלא איתות או סיגון אין לנו כלים לבחון את כנות הבקשה ואת חיוניותה.

החצנה

כשעסקה בין שניים משפיעה על רווחתם של צדדים שלישיים זו החצנה (Externality). החצנה היא כשל שוק שגורם לשוק להיות לא יעיל. כשצד לעסקה מטיל חלק מתשלום התמורה על צדדים שלישיים זו החצנה שלילית (כגון, מפעל ייצור שכדי להפחית את המחיר הסופי לצרכן נמנע מהוצאות להתקנת מסננים לארובותיו, ובגלל זאת מזהם את האוויר לכל הסביבה), וכשצד לעסקה חולק את הנכס המתקבל בעסקה עם צדדים שלישיים זו החצנה חיובית (כגון כוורן שאינו מתוגמל על כך שהדבורים שלו מפרות גם את הפרחים של החקלאי שלצידו). החצנה שלילית גורמת לשוק לייצר יותר מדי, והחצנה חיובית גורמת לשוק לייצר פחות מדי.

אם נראה את מעשיהם של בני אדם הנובעים מאמונה דתית או מחוב מצפוני, כעסקאות של אותם בני אדם עם קונם או עם מצפונם, שבהן בקיום מצוות הדת או המצפון הם נותנים תמורה, ובשכר המובטח להם בעולם הבא או בטוהר הלב המושג הם מקבלים נכס, כי אז ניתן לראות כל בקשה להחרגה המוגשת מטעמים של אמונה דתית כהחצנה שלילית – עסקה שבה חלק מהתמורה אינה מוטלת על הצדדים לעסקה אלא על צדדים שלישיים, ועל כן, עולה החשש שהשוק ייצר יותר מדי, כלומר, מבקשי החרגות מטעמי אמונה דתית יבצעו את העסקה עם קונם או עם מצפונם אף במקום שניתן היה לוותר כליל על הנכס הדתי או המצפוני, או להשיגו בלא כל החרגה.

פתרון אפשרי לבעיה יהיה בקביעת מדיניות האומרת שהחרגה מטעמי דת תינתן רק במקום שבו מבקש החרגה גם משלם מעין מס על העסקה המתבצעת על ידו, וכך ישוב ייצור הטובין להיות ברמה שלו בשוק משוכלל. מנגנון זה של מניעת ייצור יתר באמצעות הטלת מס במקום חשש להחצנה שלילית, הוצע על ידי פיגו,²⁷ ופותח מאז בספרות בכינוי: מס פיגוביאני

27 Arthur C. Pigou, *The Economics of Welfare*, London 1920. מס פיגוביאני מחושב על פי תוספת הנוק החברתי השולי שבגלל ייצור היתר, ובמטרה למנוע את ייצור היתר. לענייננו אין דרך לקבוע את שיעור המס במנגנון הדומה למנגנון שהוצע ע"י פיגו, אך, מכל מקום, ברור שהטלת המס – יהיה שיעורו אשר יהיה – תמנע לפחות במידה מסוימת "ייצור יתר" – קיום מצוות הדת כשאין בהן הכרח, או כשאין

(*Pigouvian tax*), או בכינוי 'מס ירוק' בגלל השימוש בו למניעת ייצור הכרוך במזהמים. אם נשוב לחלק מהדוגמאות שהובאו בפתיחה, נאמר שבוודאי יש מקום להיענות לבקשת החרגה של בחור ישיבה המעוניין להתפלל במגנין ותיקין, ואין להכריח מכך חובת היענות לבקשת החרגה של בחור המעוניין להשתתף בהילולה של צדיק, כיוון שהראשון משלם 'מס' (השכמה מוקדמת) והאחרון לא. בדומה, אדם המבקש החרגה בשל צום נושא בתשלום 'מס', אך חברו המעוניין להשתתף בהפגנה לא. מובן שאם יוכח שלהשתתפות בהילולה או בהפגנה יש מחיר מהותי, כי אז נאמר שגם השתתפות בהם כרוכה בתשלום מס, המונע את החשש לייצור יתר. מאידך גיסא, אם בהפגנה יופיע זמר ידוע, או אם תוגש בהילולה סעודה משביעה כי אז ייאמר שלא רק שלא משולם בהם כל מס, אלא אף ניתנת סובסידיה, ובוודאי יש לחוש לייצור יתר.

לסיום פרק זה נעיר שהרחבת נקודת המבט יכולה לטעון, לכאורה, שנושא דיוגנו הוא רק מקרה פרטי של הענישה הפלילית, שמגיבה Ex-post על התנהגויות שליליות בענישה שיש בה הכבדה נראית ושגם פועלת לכאורה במנגנון הדומה למס פיגוביאני. ברם, הסתכלות זו מתעלמת מכך שהענישה הפלילית מעוניינת למנוע כל התנהגות פלילית שהיא ואף אותם מעשים שעושיהם מוכנים לשלם את המחיר החברתי על עשייתם,²⁸ ולעומתה, נושא דיוגנו מעוניין לקדנן החרגות מטעמים ליבראליים, אך גם מעוניין להחריג רק את הראויים לכך.

בחינת הנוסחה המוצעת במשפט הישראלי

בפרשת האגודה ההומניסטית חילונית²⁹ ניתן תחילה צו על תנאי נגד הממשלה לנמק "מדוע אין היא מכריזה בצו על העותרת (האגודה ההומניסטית חילונית; שב"א) כעל עדה דתית מוכרת על פי סעיף 2 לדבר המלך במועצתו 1947-1922 ו/או מדוע לא תפרסם את הקריטריונים, אם הינם קיימים, אשר על פיהם נוהגת להכריז על עדה דתית לצורך דבר המלך". בדיון לגופה של עתירה היא נדחתה. כותב השופט תיאודור אור בסיום פסק הדין:

עולה מכך, כי אפילו הייתה מתקבלת עמדת העותרת בדבר "דתיותם" של חבריה, לא היה בכך כדי לסייע לה בעתירתה. אין די בכך שהחברים הנמנים על האגודה מאמינים באמונה שלמה ברעיונות המהווים "דת" במובן האופרטיבי של המילה. אין די בכך שרעיונות אלה ממלאים בחייהם את אותו תפקיד שממלאים רעיונות דתיים בחייהם של אנשים דתיים במובן המסורתי. על החברים הנמנים על הקבוצה להוכיח כי הקבוצה

הכרח לבקש מחמתן החרגה, או כשיש לאזן בין הרצון להחריג יחידים לבין אינטרסים ציבוריים אחרים. הבדל נוסף קיים בין המס הפיגוביאני המוצע במאמר זה לבין מס פיגוביאני במשמעותו המקורית, והוא שמס פיגוביאני נתפס כמביא רווח נוסף לרווחה החברתית והוא הכסף הנכנס לרשויות מלבד צמצום ייצור היתר (ראו Lawrence H. Goulder, "Environmental taxation and the double dividend: A reader's Guide", *International Tax and Public Finance*, 2 (1995), pp. 157-183).

28 למעט מקרים חריגים של סרבנות פוליטית, ואלו דווקא אינם ראויים להיענש; ראה ציות וסירוב (לעיל הערה 23), עמ' 127.

29 צוין לעיל בהערה 11.

מהווה עדה דתית, היינו שחבריה קשורים זה לזה בקשר מוסדי. בענייננו, הראתה העותרת כי היא מאוגדת כעמותה, וכי חבריה נטלו על עצמם לקיים את ה"אני מאמין" ואת ה"אני מגשים" שלה. ברם, בכך לא הוכיחה את קיומו של הקשר המוסדי הנדרש, המוציא את הדת הנטענת מן התחום הפנימי, הפרטי, והופך את העותרת ואת חבריה ל"עדה" כמשמעה בדבר המלך. לא הוכח בפנינו כי חברי העותרת מקיימים מנהגים כלשהם, נפגשים באופן קבוע לצורך פעילות דתית, או מקיימים שיגרת פעילות כלשהי. חברי העותרת אף אינם מקיימים פולחנים דתיים או טקסים דתיים, ואין להם מנהיגים דתיים, שהם בעלי תפקיד משמעותי ביחס לדת הנטענת, שבה מחזיקים כביכול חברי הקבוצה.

לו הייתה העתירה נידונה על פי הצעתנו, הייתה העתירה נדחית לא בגלל שיקולים פרוצדוראליים ושיקולים מהמשפט המנהלי, אלא בגלל טיעון לגופו של עניין: קודם לדיון בעתירה היה על העותרת להשיב לשאלה, היכן אורח חיי המאמינים בדת ההומניסטיות החילונית מכביר הכבדה נראית על המאמינים, והיכן משולם על ידי המאמינים באורח חייהם המס הפיגוביאני שתכליתו מניעת ייצור יתר. בהיעדר איתות או סינון, ובהתקיים חשש לייצור יתר בגלל החצנה שלילית יקשה על המדינה לתת למאמיני כל דת החרגה מטעמי אמונה דתית.³⁰ ויודגש: ייתכן שגם למאמין בדת ההומניסטיות החילונית יהיו רגעים שבהם תיבחן אמונתו, כגון, שקבוצה של מבקשי מקלט זרים תבקש לשחות לצידו בבריכת השחייה השכונתית, ואותו מאמין יאיר פניו למבקרים כהי העור, ויתגבר על רגשי הניכור 'הטבעיים'. אף על פי כן, לא יורם הנטל להוכחת כנות אמונתם של בני דת ההומניסטיות החילונית משתי סיבות: ראשית, כרי שהאיתות והמס יהיו יעילים צריכה הסיטואציה של ההכבדה להיות נראית; אם לא כן, תיוותר בעינה הא-סימטרית במידע, וגם לא תהיה לרשויות כל דרך לוודא שאכן שולם המס. מלבד זאת: הסיטואציה של ההכבדה גם צריכה להיות צפויה בזמן ההצהרה על הנאמנות לדת. אם לא כן, שיעור האיתות והמס הפיגוביאני יפחת לשיעור התוחלת של פירעונם. אם נשתמש בביטוי שאימצה מערכת המשפט בהקשרים אחרים, נאמר שנאמנות למצוות הדת תיחשב איתות או מס פיגוביאני רק במקום שההכבדה על המאמינים היא ברורה ומיידית או לפחות קרובה לוודאות.³¹ לעניין זה, קבלת עול מצוות היהדות בוודאי כרוכה בהכבדה נראית שהיא גם ברורה ומיידית, והיא אבדן ההכנסות של יותר מ-14% מימי העבודה בשנה (שבתות וחגים), לצד העלויות והטרחה שבאכילת מזון כשר ועוד.

30 השאלה שנדונה במאמר זה היא שאלת המתכנן החברתי – המשפט הנורמטיבי, כמבואר לעיל בהערה המתודית השלישית. השאלה שנדונה בפרשת האגודה ההומניסטית החילונית היא תולדת עתירה שהוגשה בפני בית הדין הגבוה לצדק ובכפוף למשפט הפוזיטיבי. אשר על כן, ומן הסתם, גם לשם הגדלת סיכויי העתירה להתקבל, לא יכלו מגישיה להלבישה בלשון 'תורת המשפט' ובלשון של בקשה לקבלת החרגה מטעמים של אמונה דתית, ועל כן הלבישוה בלשון של בקשה צנועה לקבלת מעמד של עדה דתית. מכל מקום ודאי לכל בר דעת שמטרת העותרים לא הייתה קבלת מעמד של עדה דתית כשלעצמה, אלא החרגות לבני עדה דתית זו מהסדרים שונים בספר החוקים (חוק שיפורט בתי דין רבניים, למשל; ראה לעיל בהערה 2). אם לא כן, מה אכפת היה לבית המשפט העליון לקבל עתירה זו?

31 ראה עב 2/84 ניימן נ' י"ד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 312, 225 (15.05.1985).

שאל בר אילן

וכאן המקום להתמודד עם הטענה ההפוכה, האומרת שאדרבה, עקרונותיה של דת ההומניסטיות החילונית הם המכבידים הכבדה ברורה וודאית בנטל שהם מטילים על מאמיני דת זו להימנע מלציית לאורקלים, ולקבל בעצמם כל החלטה הנוגעת במעגל החיים, ובגלל היעדרו של עונג שבת בחיק המשפחה ועוד. גם עתה התשובה המתבקשת לטענה זו היא שעל ההכבדה להיות נראית. אך קיימת תשובה נוספת: גם ברכישת השכלה איכותית וידע, אין לכאורה כל הכבדה; אדרבה, על פי המקובל, ככל שההשכלה הנרכשת איכותית יותר, גם חייו של רוכש ההשכלה מלאי עניין ועשירי תוכן. אף על פי כן, הפתרון למצוקת העבודה של מהגרים, שמעלה אקראלף במאמרו, הוא עידוד המהגרים לרכוש השכלה גבוהה במוסדות יוקרתיים, שתאותת למעסיקים פוטנציאליים בדבר כישוריהם. מכאן שלפחות לצורך מאמר זה הכבדה תיחשב לכזו כשהיא כרוכה בנטל מידי ישיר או עקיף, או כשהיא כרוכה באבדן נוחות מוגדר ומידי, ואף שמסתבר שהיא תחזיר בעתיד את הוצאותיה.

בנקודה זו במאמרו היה מקום לפתוח בדיון משנה, האם ההכבדה הנדרשת צריכה להיות ממוקדת בפרקטיקה שבה מתבקשת ההחרגה או לא, אך לשם הקיצור די בהערה זו. מובן שטרם דיון משנה זה יש להקדים ולקבוע בכל פרקטיקה ופרקטיקה, שאין בה כשלעצמה כל הכבדה, וזאת בדיונים פרטיקולריים. חבישת כיפה, למשל, יכולה להיחשב פרקטיקה שאין בה כל הכבדה, ויכולה להיחשב פרקטיקה שיש בה הכבדה נראית. גם דיונים אלו יש לנהל כרגישות. המערכת הצבאית, שהתנכרה לחיילים שיצאו מטקס סיום קורס בזמן שירת החיילות, הבינה כוודאי שבקשת ההחרגה שהשתמעה מיציאה זו היא גחמה הלכתית ותו לא. אך השורש ההלכתי למעשי החיילים נעוץ בהבנה שההאזנה לשירת החיילות היא הגאה,³² ומכאן, שביציאה לשם הימנעות מההאזנה לשירת החיילות יש הכבדה נראית.

בחינת הנוסחה המוצעת במשפט של ארצות הברית³³

בפרשת שרברט³⁴ נדונה תביעה לדמי אבטלה של אישה שפוטרה מעבודתה בשל היותה חברה בכת נוצרית האוסרת על מאמיניה לעבוד בשבת. בבית המשפט העליון של ארה"ב נקבע כי פיטורין אלו אינם באשמת האישה, ולכן היא זכאית לדמי אבטלה על פי החוק המדינתי, ולמעשה התריג אותה בית המשפט מהחוק; אדם רגיל המפוטר בגלל סירוב לעבוד אינו זכאי לדמי אבטלה, אך אדם המפוטר בגלל סירוב לעבוד בשל אמונה דתית זכאי לדמי אבטלה. בפרשת סמית' המאוחרת יותר³⁵ נדונה תביעה לדמי אבטלה שהגיש אינדיאני שפוטר מעבודתו לאחר שהורשע בפלילים בשל מנהגו לעשן בטקסים דתיים סם אסור בשם פיוטה

32 תלמוד בבלי ברכות כד ע"א: "אמר שמואל קול באשה ערוה שנא' (שיר השירים ב) כי קולך ערב ומראך נאוה".

33 לטוגיה זו במשפט התוקתי האמריקאי ולפסקי הדין הנלווים לה התודעתי ע"ד גילה שטופלר. הברכה לה.

34 Sherbert v. Vemer, 374 U.S. 398 (1963).

35 Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).

עיון בסוגיית השוויון בנטל

(*Peyote*). בפרשה זו לא ניתנה ההחרגה מטעמי דת להחזיר את עישון הסם למי שמצוות דתו בכך, וכיוון שהמסקנה המתבקשת הייתה שהפיטורין היו באשמת אדון סמית' העברייני, איבד אדון סמית' את זכאותו לדמי אבטלה מהמדינה.

חברי הסנאט ובית הנבחרים פירשו שהלכת סמית' ביטלה את הלכת שרברט, וכדי להחזיר עטרה ליושנה חוקקו בשנת 1993 את § 42 U.S.C. The Religious Freedom Restoration Act 2000bb – R.F.R.A. חוק פדראלי זה קובע בפסקה 3³⁶ כי כל חוק או מעשה מנהל של רשות, שיש בו הכבדה משמעותית על קיום מצוות הדת, יש לקרוא בו חריג מטעמי דת, אלא אם כן מתקיים אינטרס מדינתי חיוני, ונגקט האמצעי הפוגע בחופש הדת במידה הפחותה. לסחירה בין הלכת סמית' לבין הלכת שרברט ניתן היה לומר הסבר חלופי – וכך אמנם הבין בית המשפט העליון – שהלכת סמית' לא ביטלה את הלכת שרברט, אלא הבחינה בין שתי הפרשות, בהבנה שבחוק הנוכח בפרשת שרברט נכון לקבוע החרגות מטעמי דת, ואילו מהחוק שנדון בפרשת סמית' לא נכון לעשות זאת.³⁷

לאור האמור עד עתה אפשר להבין את הויקה בין שני פסקי הדין באופן נוסף: אורח החיים הדתי של גברת שרברט היה גם נראה וגם מכביד, כלומר נעשה איתות (וחאה בהנחה המסתברת שנמנעה בשבתות גם מיציאה לביילויים ואף הייתה נמנעת מקבלת עבודה מכניסה יותר, לז הייתה מוצעת לה, אם הייתה נלווית לה דרישה לעבוד בשבת), וגם בבקשת ההחרגה שביקשה גברת שרברט נתוודענו ל'מס' שהיא משלמת, שימנע ממנה ומאחרים לעשות עסקאות ביתו. כל אלו לא התקיימו בפרשת סמית', שלפי הנראה כל שנדרש ממנו על פי חוקי דתו היה עישון סמי הזיה בטקסים דתיים. על כן, גברת שרברט הייתה ראויה לקבל החרגה אך אדון סמית' לא.³⁸ לדברינו, לז היה עישון סם הפיטוזה כרוך בהכבדה או בתשלום מס פיגוביאני כלשהו, גם אדון סמית' היה זוכה בדיון.

גלגול נוסף בסוגיה נעשה בפרשת *City of Boerne*.³⁹ בפרשה זו נדון ערעורה של העירייה על החלטה בערכאה נמוכה לקבל את בקשת ההחרגה של הכנסייה מצו השימור העירוני, ולהחזיר לה להרוס קיר היסטורי לשם הרחבת הכנסייה. בערעור זה נקבע כי חוק R.F.R.A. אינו חוקתי,⁴⁰

36 הנוסח במקור הובא לעיל בהערה 7.

37 ההסדר שהותקף בפרשת שרברט, שאין לעובר זכות לפיצויים מהמדינה אם פוטר לא מרצון המעביד, היה הסדר שכבר נקבעו בו מספר החרגות (כגון, זכות לפיצויים אם הפיטורין היו בשל מחלה), ועל כן, עלה החשש שהיעדר החרגה מטעמים של אמונה דתית הוא מעוינות לרת. לעומתו, ההסדר הנתקף בפרשת סמית' היה חוק [פלילי] ניטראלי ובעל תחולה כללית וללא החרגות, ועל כן, אין פגם בכך שלא ניתנה בו החרגה לבעלי אמונה דתית. ראו בהמשך מאמר זה מהנקבע בעניין *City of Boerne*.

38 הנאמר פה הוא על פי הנחה מסתברת שעישון הפיטוזה לא הטיל נטל כלכלי ייחודי על המעשן יותר מעישון חומרי הזיה אחרים וכדומה, וגם שלא נלוותה לו שום עבודת פולחן מכבידה.

39 צוינה בהערה 9 לעיל.

40 הטעם הראשון להכרזת בטלות חוק R.F.R.A. היה שלקונגרס קיימת סמכות ריפוי בלבד (*Remedy*) לאכוף את הזכויות שבתיקונים לחוקה בחקיקה נאותה, אך אין לקונגרס כוח מהותי ליצור זכויות מהותיות שתגברנה בדרך קבע על החקיקה המדינתית, כלומר, הדגשת מגבלת כוח הקונגרס מול כוח המדינות. הטעם השני היה שלקונגרס אין כוח לפרש את תופש הדת שבתיקון הראשון לחוקה בדרך פרשנות אחרת מהפרשנות שהעניק לה בית המשפט בפרשת סמית', אלא בדרך של תיקון החוקה שתיעשה בהתאם

שאל בר אילן

וכיוון שצו השימור העירוני הנתקף היה ניטראלי ובעל תחולה כללית ונטול כל החרגות, ובשונה מהחוק הנדון בפרשת שרברט, קיבל בית המשפט העליון את ערעור העירייה, ויישם על צו השימור את הלכת סמית',⁴¹ שאפילו אין הרשות טוענת לאינטרס חיוני שהחוק נועד לקדם, אין לכופה להחריג ממנו גם לא בעלי אמונה דתית.⁴²

גם לו היה בית המשפט העליון אוחד בפרשנות שלנו לאבחון פרשת סמית' מפרשת שרברט, היה יכול בפרשת City of Boerne, ואחר הכרזת בטלות חוק R.F.R.A., להגיע לאותה תוצאה של קבלת הערעור, מבלי לפגוע בהלכת שרברט, שהרי בקשת ההחרגה מצו שימור המבנים העירוני לא הוגשה על ידי קהל המאמינים המתפתח שנוקק למבנה גאות לתפילה (אלה יכלו להתפלל במקום אחר או במשמרות), אלא על ידי הנהלת הכנסייה הזקוקה לקהל משלמי דמי החבר, וזו שטענה לחובה דתית להרחבת המבנה לא הראתה היכן חובה דתית כלשהי, ובפרט חובה דתית זו, מטילה עליה הכבדה, ולבטח לא הכבדה שיש בה גם נראות. נוסף על כך, בבקשת ההחרגה ביקשה הכנסייה לקיים עסקה שבה היא תחזין על הקהילה את כל התמורה (הריסות קיר החזית ההיסטורי נגד צו השימור) ותכנס לעצמה את כל הנכס (הרחבת המבנה); עסקה שמתקיימת בה התצננה שלילית מלאה, שעל פי האמור אין להסכים לה משיקולי מדיניות, ומתשש שעסקאות כאלו תוצענה אף כשאין בהן הכרח.⁴³

פער בין עמדת בית המשפט העליון לבין המתווה המוצע במאמר זה היה מתגלה אילו הייתו בקשת ההחרגה מצו השימור העירוני מוגשת לא לשם הרחבת מבנה הכנסייה אלא לשם הצרתו מטעם דתי כלשהו: בית המשפט העליון היה דוחה גם בקשה זו, ומאותה סיבה שנדחתה בקשת ההחרגה שהוגשה לשם הרחבת המבנה, אך על פי המתווה שהצענו היה מקום להיענות כחיוב לבקשה זו.⁴⁴ כיוון שחוק השימור אינו מקדם אינטרס חיוני, ונוסף על כך, יש בהצרת המבנה

להוראות סעיף 5 לחוקה, כלומר, הדגשת מגבלת כוח הקונגרס מול כוח בית המשפט. הטעם האחרון היה שבמתן החרגה מטעמי דת אף מחוקים ניטראליים בעלי תחולה כללית מתקיים מיסוד של הרת שאף הוא אסור לפי התיקון הראשון לחוקה.

גלגולה הבא של הפרשה היה בפרשת Gonzalez v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal (2006) 546 U.S. 418, שם נקבע שאף שאמנם אין לחוק ה-R.F.R.A. תחולה על חקיקה מדינתית כהלכת City of Boerne v. Flores, יש לו תחולה, למצער, על חקיקה פדראלית בחינת 'הם אמרו והם אמרו', וזאת בהתעלם מהטעם השלישי לבטלות חוק R.F.R.A. מאלו שנוכרו בפרשת City of Boerne v. Flores.

41 הסנאט ובית הנבחרים הבינו, כאמור, שהלכת סמית' ביטלה את הלכת שרברט, ולכן כוזר חוקקו את חוק ה-R.F.R.A. מפסיקת בית המשפט העליון בפרשת City of Boerne נראה שבית המשפט העליון עצמו הבין שהלכת סמית' לא ביטלה את הלכת שרברט, אלא שההבדל בפסיקה הוא תולדת ההבדל בהסדרים השונים, וכפי המצוין בהערה 37.

42 בתגובה חוקק הקונגרס בשנת 2000 את Religious Land Use and Institutionalized Persons Act, Pub.L. 106-274, 42 U.S.C. § 2000cc-1 et seq. - R.L.U.I.P.A. כיוון שחוק זה נועד באורח ספציפי לנסיבות שהתקיימו בפרשת City of Boerne ובפרשה נוספת אין לו עניין למאמרנו.

43 ייתכן שאף באותה פרשה עצמה לא התקיים הכרח דתי בבקשת ההחרגה, דהיינו, ייתכן שניתן היה להרחיב את הכנסייה מבלי לבקש החרגה כלל, שהרי בנדון שם נועד רק קיר החזית לשימור.

44 זאת בהתעלם מהנימוק השלישי להחלטה בפרשת City of Boerne (ראה בהערה 40 לעיל), שקובע איסור חוקתי ליצור בכל חוק החרגות מטעמים של אמונה דתית אם החוק בעל תחולה כללית, וכיוון שסוגיית האיסור החוקתי על מיסוד הדת אינה מענייננו במאמר זה.

הכבדה גראית (צמצום מספר המתפללים ברגע נתון), שניתן לחלופין לראותה כמס פיגוביאני.

משפט הגיוס לצבא השוויצרי

פסקה 59 בחוקת שווייץ (המדינה ששמה הרשמי הוא הקונפדרציה ההלווטית: Confœderatio Helvetica) קובעת (הנוסח באנגלית מאתר ICL):

- (1) Every Swiss man must render military service. The statute shall provide for an alternative service.
- (2) ...
- (3) **Swiss man who render neither military nor alternative service owe a tax.**⁴⁵
The tax is levied by the Confederation and is assessed and collected by the Cantons.

הסדר המיסוי התקף כיום נקבע באסיפה הפדראלית של הקונפדרציה השוויצרית בחוק Loi fédérale du sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (LTEO), מיום 12 ביוני 1959, ובסייגים שנקבעו ב-Ordonnance du 30 août 1995 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (OTEO).

המס מוטל מחדש מדי שנה בשנה (ס' 25 לחוק LTEO), על פי בסיס המס (ס' 26 שם) (ההכנסה ברוטו). מסתבר ששיקולים מעין השיקולים שנמנו במאמר זה (החשש לבקשות החרגה המוגשות בשם מצגי שווא, או לבקשות החרגה שאינן חיוניות אף לבעלי אמונה כנה) הם שעמדו בהגיון ההסדר, ותכלית הקנס לבצע סינון ולמנוע ייצור יתר עקב החצנה שלילית.⁴⁶ על פי ס' 21 שם, האסיפה הפדראלית רשאית לכפול את הקנס בשנים שבהן מגויסים רוב כוחות המילואים. רעיון הדומה למה שמצאנו כבר בתזורים מעורכי המלחמה⁴⁷ וכפרשת בגי גד ובני ראובן⁴⁸ שבדיונים בעניין החרגות מחובת גיוס לצבא, החשש להשלכות רוחב גדל דווקא בשעת מלחמה.

יש לציין שעדיין אף במשפט הגיוס בשווייץ חסרה עקיבות: אלה שאינם מתייצבים כלל לשירות צבאי או לשירות אזרחי מחויבים מדי שנה בשנה בקנס, כאמור, אך המתייצבים לשירות בבקשה להימנע משירות צבאי ולשרת שירות אזרחי בלבד – גם זאת בהתאם לפסקה 59 לחוקה

45 מו"ד אבי שליט"א הרב נפתלי בר אילן שליט"א הראני את האמור בפירוש הרד"ק לספר בראשית מט, יד-סו: "יששכר חמר גרם וכו': לא יצא למלחמה עם שאר השבטים כשיצאו אלא יתן מס למלך ישראל שיניחנו בארצו"; כמו כן הראני את האמור בפירוש העמק דבר שם, ובמשא חיים, מסים וארנוניות מערכת כ אותך.

46 לז היה המס המשולם בשיעור שניתן היה לשכור בו שכיר חרב תלף מבקש ההחרגה או לרכוש אמצעי לחימה מכפילי כוח, לא היה נכון לראותו כמס פיגוביאני, המשלים עם ייצור הסובין המזהמים עד שיעור 'שרירותי' מסוים, אלא כדרישה להפגמת כל ההחצנה.

47 ראה בהערה 5 לעיל.

48 ראה במדבר לב, ו-ז: "וַיֹּאמֶר מֹשֶׁה לְבָנָי גֵּד וְלִבְנֵי רְאוּבֵן הַאֲחִיכֶם: בָּאוּ לְמִלְחָמָה וְאַתֶּם תִּשְׁבּוּ פֹה: וְלָמָּה תִּנְאוּן (קרי, תניאון) אֶת לֵב בְּנֵי יִשְׂרָאֵל מֵעַבְדְּ אֵל הָאָרֶץ אֲשֶׁר נָתַן לָהֶם ה'".

– אינם נתבעים לשאת בנטל שיוכיח את טוהר מצפונם ואת הכרחיות הימנעותם משירות צבאי, ואף משך השירות זהה.⁴⁹

המשפט המצרי הקדום המשתקף בתורה

בקשת ההחרגה למתן היתר להמשך העיסוק ברעיית צאן ולמגורים בארץ גושן

עיון כדיאלוג שהתקיים בין האחים לבין פרעה בכואם למצרים מעלה שלוש שאלות:

(א) מדוע נזקק יוסף להכין את פרעה לקבלת פני האחים⁵⁰ ומדוע נזקקו האחים לתדרוך המקדים שבו פירט יוסף את הטיעון שבשמו ראוי לבקש מפרעה את ההחרגה מחובת הישיבה בארץ מצרים⁵¹ ומחובת הגיוס⁵² האם בטיעונים הנכונים המציינים את גילו המתקדם של יעקב או את זרותם של האחים במצרים לא די כדי לקבל החרגות מהחוק הכללי?

(ב) מדוע התנה פרעה את מתן ההחרגה ברעיית צאנו?⁵³ מן הסתם, אותם רועים מצרים שרעו צאן זה בהצלחה עד עתה, היו מסוגלים להמשיך כמלאכתם אף מכאן ולהבא.

(ג) מחד גיסא נאמר כי רועי הצאן מתועבים על המצרים משום שהצאן הוא להם לאלהות,⁵⁴ אך מאידך גיסא, מתשובתו של פרעה מתגלה לנו שאף לפרעה עצמו היה צאן.

אם נאמר שהכנת יוסף את פרעה לקבלת פני האחים וגם שהתדרוך שנתן יוסף לאחים לא נועדו לבניית מצג שיצדיק היענות לבקשת ההחרגה של האחים, שהרי מבקשי החרגות מוצדקות אינם חסרים גם במצרים, אלא להבניית מצב שיאפשר לפרעה להיענות לבקשת ההחרגה, אפשר להשיב לכל השאלות:

יוסף הצדיק הוא המשביר לכל עם הארץ.⁵⁵ ככל כלכלן ודאי גם הוא הכיר את המאמרים של פיגו ושל אקרלוף.⁵⁶ על פי המתואר, הוא ביקש להחריג את אָתְיו ממחויבות לחוקי הגיוס המצרי ומחוקים נוספים, אך יש להניח שמכוח תפקידו כמשנה למלך הוא גם ידע את השיקולים שינחו את פרעה בשקילת בקשת ההחרגה, ולבטח גם הכיר את החשש המנהלי המתבקש מהשלכות הרוחב מכל החרגה, במיוחד כשהיא ניתנת כהחרגה קבועה.⁵⁷ לכן הכין יוסף את פרעה לפגישה

49 ראה סעיף 24 בחוק הפדראלי מיום 13 בינואר 1960 המסדיר את השירות האזרחי לסרבני מצפון; Gesetz über den Zivildienst der Kriegsdienstverweigerer (Zivildienstgesetz – ZDG).

50 בראשית מו, לא-לב.

51 בראשית מו, לג-לר ושם מו, א-ד.

52 ראה פירוש רש"י עה"ת, בראשית מו, ב ד"ה ומקצה אחיו.

53 בראשית מו, ו.

54 רש"י עה"ת, בראשית מו, לד.

55 בראשית מב, ו.

56 הגמרא במסכת סוטה לו ע"ב מלמדת שהמלאך גבריאל לימד את יוסף הצדיק שבעים לשון. על פי המקובלים שבעים לשון אלו שלמד יוסף הן שבעים החכמות.

57 על נוקשות מערכת המשפט המצרית בעיני חז"ל ניתן, אולי, ללמוד מפירוש רש"י עה"ת, שמות יח, טז: "על כל הטובה" – טובת המן והבאר והתורה; ועל כולן: "אשר הצילו מיד מצרים"; עד עכשיו לא היה עבד יכול לברוח ממצרים, שהיתה הארץ מסוגרת, ואלו יצאו ששים רבוא". ייתכן שאף יוסף עצמו היה מוגבל

וגם תידרך את אָחִיו לקראתה, בהציגו אותם כרועי צאן מעוריהם וממורשת אבות. בכך הצהיר יוסף לפרעה שמבקשי ההחרגה הם אנשים הכפופים למחויבות דתית שיש בה גם נראות, ושיש בה גם הכבדה (שהרי תועבת מצרים כל רעה צאן; לפי דבריו היו אמנם רועי צאן במצרים, אך הם היו נחותים במעמדם מהאריסים, ורק לכן ציין יוסף: "פי תועבת מצרים, כל רעה צאן"), ושלחלופין אפשר לראות את הכפיפות לה כמס פיגוביאני. מעתה פרעה יכול להיענות בחיוב לבקשת ההחרגה בלא לחשוש להשלכות הרחוב שתהיינה לכך, שהרי הוא נענה רק לבקשות החרגה שאין בהן בעיה של א-סימטריה במידע וגם לא חשש לייצור יתר.

עתה מתבאר גם מדוע התנה פרעה את ההחרגה ברעיית צאנו: כנראה, פרעה לא בטח ב'איתות' של האחים (ולכן ביקש לבצע גם 'סינון'), או שמא חשש שהמס הפיגוביאני שהאחים השתבחו בו אינו גבוה דיו להתקזז עם הגזק התברתי השולי שיצמח לחברה המצרית מהחרגת האחים (אז מתקיים חשש לייצור יתר), וכדי להגדיל את ההכבדה ואת המס, ביקש מהאחים שירעו לא רק את צאנם אלא אף את צאנו, וכדומה למס על סרבני מצפון שמצאנו בחוקת שווייץ.

בקשת ההחרגה למתן היתר לקיום מסע הלוויה של יעקב אבינו לארץ ישראל

לאחר שנאסף יעקב אל עמיו שלח יוסף אל פרעה:⁵⁸ "אָבִי הַשְּׂבִיעִי לָאָמֹר, הִנֵּה אָבִי מֵת, בְּקִבְרֵי אֲשֶׁר קָרִיתִי לִי בְּאֶרֶץ כְּנָעַן, שָׁמָּה תִקְבְּרֵנִי, וְעַתָּה, אֲעֲלֶה נָא וְאֶקְבְּרָה אֶת אָבִי וְאֲשׁוּכָה"; פרעה השיב בחיוב לבקשת יוסף וגם הוא ציין את שבועת יוסף כטעם לכך:⁵⁹ "וַיֹּאמֶר, פְּרָעָה: עֲלֶה וְקַבֵּר אֶת אָבִיךָ, כְּאֲשֶׁר הִשְׁבִּיעְךָ." חז"ל פירשו,⁶⁰ ובעקבותיהם צעד רש"י בפירושו לתורה,⁶¹ שבקשת יוסף מפרעה הייתה בקשה להחרגה מטעמים של אמונה דתית. לפי פירוש זה אזכור שבועת יוסף ליעקב גם בבקשתו של יוסף וגם בתשובתו החיובית של פרעה, היה רמז למאזן אימה גסתר שהיה בין יוסף לפרעה. פירוש זה אינו מסביר מדוע בקשת יוסף ותשובת פרעה אינן מתמקדות כלל בשבועה שנשבע יוסף לפרעה, אלא רק בבקשתו של יעקב (יוסף לא אמר: "נשבעתי לאבי לפני מותו" וגם פרעה לא השיב לו: "עלה וקבר את אביך כאשר נשבעת").

אם נרשה לעצמנו לסטות מדרכם של חז"ל בפירוש פשטי המקראות, יתיישבו הדברים: כאמור, יוסף ידע את השיקולים שמנחים את פרעה בשוקלו בקשות החרגה, ולכן חשש שפרעה יסייג את ההיענות החיובית לבקשת ההחרגה רק למספר מצומצם של אנשים – רק לאלו שהעלאת יעקב לקבורה בארץ כרוכה בעבורם בהכבדה נראית או בתשלום המס הפיגוביאני,⁶² או

בכוחו לפגוע בסדרי מערכת המשפט המצרית; ראה בראשית מז, כב: "וַיִּקַּח אֶתְמֹת הַפְּתָנִים לֹא קָנָה פִּי הַקַּל לַפְתָּנִים מֵאֵת פְּרָעָה וְאָכְלוּ אֶת חֲקֹם אֲשֶׁר נָתַן לָהֶם פְּרָעָה עַל פִּי לֹא קָבְרוּ אֶת אֲדֹמָתָם" (אמנם חוק הגזר בפסוק זה אינו חוק במשמעות המודרנית של המושג – ראה רש"י שם – אך אנו על פי דרכנו נלמד שיוסף הוגבל בכוחו לשנות את סדרי המשפט במצרים).

58 בראשית נ, ה.

59 שם שם, ו.

60 תלמוד בבלי מסכת סוטה לו ע"א.

61 רש"י עה"ת, בראשית נ, ו.

62 ראה פירוש רש"י עה"ת, בראשית נ, יג.

שמה חשש יוסף שפרעה יטיל על ההולכים ללוות את יעקב שליחיות שונות בדרכם לארץ כנען או בחזרתם למצרים, כשם שעשה פרעה בהיענותו החיובית לבקשת ההחרגה הקודמת שהוגשה לו (וזאת כדי לבצע 'סינון' או כדי להטיל מס פיגוביאני, ומחשש שלמסע הלוויה יצטרפו גם אלו שאין להם חוב מוסרי ליעקב, ואלו שיכלו לפרוע את חובם המוסרי ליעקב גם כלא להצטרף למסע הלוויה עד ארץ ישראל). לכן כפוננה נמנע יוסף מלהציג את בקשתו בבקשה להחרגה מטעמים של אמונה דתית, וגם פרעה כתשובתו החיובית ליוסף נמנע מלהציגה כהיענות לבקשה שכזו, ושניהם הציגוה כתוצאה הכרחי מבקשתו האישית של יעקב מיוסף, בקשה שגם פרעה מחויב לה בהיות יעקב נערץ על כל מצרים, וזאת כדי שפרעה לא יצטרך לחשוש להשלכות הרחוב ויוכל לתת ליוסף יד חופשית בניהול מסע הלוויה וצירוף כל המעוניין (בראשית נ, ז-ט): "ויעל יוסף, לקבר את אביו, ויעלו אתו כל עבדי פרעה, זקני ביתו, וכל זקני ארץ מצרים. וכל בית יוסף, ואחיו ובית אביו. רק טפם וצאנם ובקרים עזבו בארץ גשון. ויעל עמו, גם רכב גם פרשים; ויהי המהנה בבר מאד".

משפט התורה

פרשת בני גד ובני ראובן

המבחינים שהוצעו במאמר זה נועדו מלכתחילה לקביעת החרגות למבקשים אותן מטעמים של אמונה דתית. מקל וחומר יש להחילם גם במקום שבקשות ההחרגה אינן מוגשות מטעמים של אמונה דתית אלא מטעמים כלכליים גרידא, אם הרשות המחוקקת אינה מוצאת בטעמים אלו כשלעצמם עילה לרחיית הבקשות. אדרבה, במקומות אלו מתקיים ביתר שאת האינטרס הציבורי,

63 ראה בראשית נ, ג ובפירוש רש"י שם.

64 בפרק ט בספר במדבר כתוב: "ויהי אנשים אשר היו טמאים לנפש אדם ולא יכלו לעשות הפסח ביום ההוא ויקרבו לפני משה ולפני אהרן ביום ההוא ויאמרו האנשים ההמה אליו אנהנו טמאים לנפש אדם למה נגרע לבלתי הקריב את קרבן ה' במעדו בתוך בני ישראל" (פסוקים ו-ז). בעקבות טענה זו נוצרה ההחרגה: "דבר אל בני ישראל לאמר איש איש פי יהיה טמא לנפש או בדרך רחקה לכם או לרחיקם ועשה פסח לה: פחדש השני בארבעה עשר יום בין הערבים יעשו אתו על מצות ומררים יאכלהו" (פסוקים י-יא). אמנם על פי התלמוד הבבלי סוכה כה ע"א אותם טמאים היו נושאי ארונו של יוסף או מישאל ואלצפן שהיו עוסקים כנדב ואביהו. מעתה ודאי שראויים היו לבקש את ההחרגה, כיוון שאף מערכת הכללים מעוניינת הייתה לקדם את הערך שבשמו ביקשו את ההחרגה – קיום שבועת האחים ליוסף (בראשית נ, כד-כה) או הטיפול במת מצווה (ויקרא כא, א-ב); ראה בהערה המתודית הראשונה לעיל.

בפרק כז שם, א-ד כתוב: "ותקרבנה בנות צלפחד בן חפר בן גלעד בן מכיר בן מנשה למשפחת מנשה בן יוסף ואלה שמות בנותיהן נעה וחסלה ומלקה ותרצה; ומצמדנה לפני משה ולפני אלקעזר הפנהו ולפני הנשיאם וכל העדה פתח אהל מועד לאמר: אבינו מת בפרך והוא לא היה בתוך העדה הנואדים על ה' בעצת קרח פי בתסאו מת ובנים לא היה לו; למה יגרע שם אבינו מתוך משפחתו פי אין לו בן בנה לנו אהנה בתוך אחי אבינו". בעקבות טענה זו נוצרה ההחרגה: "וְאֵל בְּנֵי יִשְׂרָאֵל תְּנַבֵּר לֵאמֹר אִישׁ פִּי יָמֹת וְכֹן אֵין לוֹ וְהַעֲבַרְתֶּם אֶת נַחֲלָתוֹ לְבָתוֹ". אמנם גם טענת בנות צלפחד נשמעת אחרת על פי פירושה בחז"ל; ראה פירוש רש"י, שם, ד: "למה יגרע שם אבינו – אנו במקום בן עומדות, ואם אין הנקבות חשובות ורע, תתייבם אמנו ליבם". מעתה מתברר שבקשתן לא הייתה בקשה ליצירת החרגה בדיני הירושה, אלא, אדרבה, בקשה לשמירה על קוהרגטיות בהלכה, ובכך בוודאי אין פגם.

שבקשות להחרגה לא תיהפכנה לתקדים שיפרוץ את ההסדר המקודם לחלוטין.
 תחילת פרשת בני גד ובני ראובן היא בבקשת החרגה שהגישו למשה רבנו מהחובה לעבור עם משפחותיהם את הירדן.⁶⁵ למעשה, בקשה זו הייתה בקשה להחרגה משתי חובות, מהחובה להתנחל בעבר הירדן המערבי, ומהמצווה להשתתף בכיבוש עבר הירדן המערבי. בקשת ההחרגה לא הוגשה מטעמים של אמונה דתית אלא מטעמים של רווחה כלכלית;⁶⁶ טעמים שלא רק עלולים להגביר את החשש להשלכות רוחב, אלא אף ליצור תחושה של פגיעה בשוויון.
 לפי המתואר בראשית מאמר זה, יכול היה משה רבנו להשיב לבקשתם בשלילה בטענה שהחובות שמהן הם מבקשים את ההחרגה הן חובות שנועדו לקדם אינטרס חיוני. משה רבנו יכול היה גם לדחותם על הסף בטענה העקרונית שאין מקום למתן החרגה כשהבקשה להחרגה מוגשת מרצון ברווחה כלכלית גרידא. אך לפי הנראה מפשטי המקראות, הקפדתו של משה רבנו הייתה משיקולי רוחב ובגלל הפומביות שבה הוגשה הבקשה,⁶⁷ ולא בגלל הבקשה כשלעצמה.
 בני גד ובני ראובן גסוגים מגערותו של משה, ושבים בהצעה חדשה ליצור את ההחרגה עבורם כהחרגה מצומצמת, רק מחובת ההתנחלות בעבר הירדן המערבי; אף בכך לא אמרו די, אלא קיבלו על עצמם ביוזמתם שההחרגה תהיה דחוייה⁶⁸ ומותנית⁶⁹ בקיום התחייבות שהם ייחלצו חושים כחיל חלוץ⁷⁰ לפני בני ישראל בכיבוש עבר הירדן המערבי,⁷¹ ולא ישוכו לכתייהם בעבר הירדן המזרחי אלא רק אחר השלמת הכיבוש והחלוקה.⁷²
 הכול מתאים למודל שהצענו: בהסכמתם להשתתף כחיל חלוץ הוטל עליהם מס פיגוכיאני שתכליתו מניעת ייצור יתר;⁷³ ולחלופין, אפשר לפרש זאת כאיתות. יש להדגיש שכיוון שההחרגה בגרסתה המתוקנת והמצומצמת לא נועדה להיווצר בשתי חובות אלא אך בחובה אחת והיא

- 65 במדבר לב, ד-ה.
 66 אמנם לפי חז"ל היה גם טעם נסתר לבקשתם, אוחו, כנראה, לא רצו לגלות למשה רבנו משום כבודו; ראה פירוש רש"י עה"ת, דברים לג, כא.
 67 שם, ו-טו.
 68 כפי העולה מפשט הפסוקים שם כט-ל, אף בניית הכתים ומגורי הנשים, הילדים והצאן בעבר הירדן המזרחי לפני הכניסה לעבר הירדן המערבי נעשתה באורח זמני, ורק על תנאי שבכניסה לעבר הירדן המערבי ימלאו בני גד ובני ראובן את תנאם.
 69 בלשון חז"ל מכונה התקשרות זו "תנאי בני גד ובני ראובן"; ראה משניות מסכת קידושין ג, ד. אמנם על פי ההגדרה של המשפט האזרחי למונת תנאי בחוזה (ראה גבריאלה שלו, דיני חוזים, דין הוצאה לאור תשס"ה-2005, עמ' 469), הרי שבמונחי המשפט האזרחי אין לכנות את תנאי בני גד ובני ראובן כהוראות חוזיות שהן תניות שיש בהן תנאי, אלא יש לכנותן הוראות חוזיות שהן תניות שהן חיוב מותנה, וזאת כיוון שהתנחלות בני גד ובני ראובן בעבר הירדן המזרחי לא נתלתה בגורם חיצוני כלשהו, אלא רק בקיום התחייבותם להיחלץ חושים עד התנחל בני ישראל איש נחלתו; ראה דיני חוזים, עמ' 455.
 70 דברים ג, יח.
 71 במדבר לב, טז-יט.
 72 ראה פירוש רש"י, שם כד, ד"ה והיצא מפיכם תעשו.
 73 אם בני גד ובני ראובן היו מוחרגים מצוות כיבוש עבר הירדן המערבי, בוודאי הייתה בכך התענה שלילית: בכיבוש עבר הירדן המזרחי – אוחו נטלו לעצמם בני גד ובני ראובן – נטלו חלק כל יוצאי הצבא בישראל, אך מכיבוש עבר הירדן המערבי עבור שאר השבטים היו מיועדים בני גד ובני ראובן להיות נפקדים.

החובה להשתתף במצוות יישוב עבר הירדן המערבי וחלוקתו, נעשה קל יותר ליצור את ההתרגו.

סיכום

בבואנו לקבוע מדיניות המכירה בהחרגות מטעמים של אמונה דתית נראה שיש מקום לקביעת גבול שיתחום אלו בקשות תיענינה בחיוב ואלו תיענינה בשלילה מבלי שתיווצר מראית עין של אפליה.

בהקדמה לקביעת גבול זה ניתן לטעון שכל פעולה דתית היא מעין עסקה בין הפרט לקונו או למצפונו, וכשמבקשת החרגה נעשית למעשה החצנה שלילית; לחלופין או במצטבר אפשר לטעון, שכל בקשה להחרגה מהחזק היא עסקה בין הפרט לבין הרשות שיש בה א-סימטריות במידע. מדיניות נכונה, לדעתנו, היא זו שתצמצם א-סימטריה במידע באמצעות דרישה להתקיימות איתות או ביצוע סינון, או לחלופין תטיל על מבקש החרגה הכבדה הדומה למס פיגוביאני שתכליתו מניעת ייצור יתר כבלשון הירושלמי שהבאנו לעיל בהערה 18: "כל דבר של צער כל הרוצה לעשות עצמו יחיד עושה" (נפסק במגן אברהם סימן תקפ"א ס"ק ט).

ברוח המדיניות המוצעת במאמר זה הצענו פירוש חדש לשתי הפעמים שבהן התורה מרחיבה בתיאור הדיאלוג שהתקיים בין בית יעקב לפרעה, וזאת מתוך ההנחה שיוסף המשנה למלך ידע שעיקר השיקולים של פרעה כדונו בבקשות החרגה אינם שיקולים לגופן של בקשות אלא שיקולי רוחב ומדיניות.

אף את פרשת בני גד ובני ראובן הצענו ללמוד על דרך זו.

יישום הגישה המוצגת במאמר זה לסוגיית גיוס בני הישיבות מציע מתווה שיטיל הכבדה נראית על כל בן ישיבה שיבקש לדחות את גיוסו,⁷⁴ או יטיל עליו מס פיגוביאני. לכאורה כך הוא המצב הקיים במחויבות של בני הישיבות ללימודים תובעניים משך ימים ושנים, עם אבדן הרווחה הכלכלית הכרוך בכך. אף על פי כן, קיימת ביקורת ציבורית על ההסדרים הקיימים. ייתכן ששורש הביקורת הציבורית נעוץ בכך שההכבדה אינה נתפסת כציבור כהכבדה וכמס, בהשוואה לרווחה האישית שבהימנעות מהשירות בצבא מכול וכול, או שהביקורת נעוצה בתפיסה שהאכיפה על אלו שאינם נושאים בהכבדה ובמס אינה יעילה. הפתרון המתבקש, לטעמנו, אינו מצוי בגיוס ככפיה, וגם לא בהקצאת מכסות, אלא בשימוש באותו שיח שבו השתמשנו במאמר זה. ראשית יש לברר בירור אובייקטיבי אם מתקיימת הכבדה או נתבע מס, ואם יתגלו ליקויים, יש לתת לפתרון הכעיה באמצעות יצירת הכבדה והטלת מס או הבלטתם, לצד הגברת האכיפה.⁷⁵ גם על פי המתווה המוצע במאמר זה, אין מניעה לכך שמספרם של אלה שלבסוף כלל לא יגויסו, יהיה זה למספרים הנזכרים במכסות המדוברות כיום (כל מפלגה לפי דרכה), אך יש לקוות שבדרך זו יהיה השיח מעודן יותר, וגם המיון הפנימי בין בני הישיבות – מי מתגייס ומי לא – יהיה

74 הפתח שבחוק לשחזר מחובת גיוס גם סרבני מצפון (ראה לעיל בהערה 20), מביא למסקנה שהמחוקק לא ראה את הגיוס לצבא כאינטרס שהוא חיוני למדינה יותר מהאינטרס שבפלורליזם ושכפיפותו הריון הציבורי.

75 הגברת האכיפה יכולה להתבצע בהתקנת שעוני נוכחות וכדומה.

אובייקטיבי. ההכבדה יכולה להיות כלכלית או אחרת,⁷⁶ ובלבד שתהיה שוויונית לכל החלקים באוכלוסייה שנמנעו עד עתה מלשאת בנטל (למעט בעלי מוגבלויות וכדומה שבאשר להם מתקיימים איתות וסיגנון מסוג אחר). בהתאם לאמור לעיל גם על המבקשים מרצונם לשרת בצבא ביחידות ערפיות וגם על המבקשים מרצונם לשרת בשירות לאומי נכון להכביד, אך במידה מתונה יותר, כגון לדרוש משך שירות ארוך יותר, או לצמצם במענק השחרור.

בפרשת זונשיין⁷⁷ רומז הנשיא ברק לכך שבסירובו לתת החרגה מחובת שירות מילואים ביהודה ושומרון לחיילים בעלי תפיסת עולם שמאלית הוא גם נועל את הדלת בפני היענות עתידית לבקשות החרגה מחובת ציית לפקודת פנימי מאחזים, שיגישו חיילים בעלי תפיסת עולם ימנית.⁷⁸ על פי המבואר עד כאן במאמר זה, אין לדמות בין אלו לאלו, אם מבקשי ההחרגה מהצד הימני הם אנשים מאמינים שומרי מצוות, ומבקשי ההחרגה מהצד השמאלי הם בני דת ההומניסטיות החילונית, אך לא כאן המקום להאריך.

הוספה קצרה לסיום

עד עתה הצגנו את העמדה הראויה לרעתנו בנוגע להחרגת בחורי הישיבות מחובת הגיוס, כשההחרגה מבוקשת מטעמים של אמונה דתית. המקשיב לשיח הציבורי ישים אל לב שלעתים בקשת ההחרגה של בחורי הישיבות מתבססת על שלושה טעמים אחרים חלופיים, ואליהם נתייחס בקיצור רב עתה.

טעם חלופי ראשון לבקשת ההחרגה של בחורי הישיבות נעוץ בהבנה שבדחיית השירות של בחורי הישיבות אין כל החרגה מהחוק, אלא יישום של החוק כפי הפרשנות שראוי לתת לו במדינה יהודית: אם הצבא מוצא לנכון להקצות חיילים לשירות בלהקות זמר, בתזמורות, בערוץ רדיו ובמערכות עיתונים, על אחת כמה וכמה שיש להקצות חיילים ללימוד התורה, ואלו הם בחורי הישיבה הממיתים עצמם באוהלה של תורה. שטר זה שוברו בצידו: כל עוד בקשת ההחרגה מוצגת כבקשת החרגה המוגשת על ידי מיעוט בעל צרכים מיוחדים, אין רשות לצבא להתערב במערכת הערכים הפנימית של מבקשי ההחרגה, אך למן הרגע שבקשת ההחרגה מתבססת על ניתוח צורכי הצבא, אין לאיש הכוח לכפות את תפיסת עולמו על הצבא, ובכך למנוע מהצבא להצטייד בפוסקי ההלכה המתאימים לו ולהגיע, אולי, למסקנות הלכתיות אחרות. נוסף על כך, אם טעם בקשת ההחרגה הוא ראיית בני הישיבות כמשרתים בצבא, אי אפשר לתבוע להשוות את שיעור בני הישיבות המוחרגים מחובת הגיוס לשיעור המוחרגים מטעמים אחרים, כבני המיעוט הערבי.

טעם חלופי נוסף לבקשת ההחרגה של בחורי הישיבות נעוץ בהבנה שכל הצרכים הביטחוניים

76 ניתן להטיל חובה של עשיית בחינות תקופתיות; בימי קדם היה נהוג שבשעת המערכה צמים אף אלו שאינם נלחמים; ראה בפירוט רש"י עה"ת, שמות יז, י; גם מרדכי היהודי וכל היהודים שנמצאו בשושן צמו לצד אסתר לקראת עמידתה לפני אחשוורוש (מגילת אסתר, סוף פרק ד); וראה גם במשנה ברורה סימן תרפו ס"ק (ב).

77 ראה לעיל בהערה 20.

78 פרשת זונשיין, פסקה 16 לפסק הדין של הנשיא ברק.

שאל בר אילן

של מדינת ישראל הולדתם באורח החיים החילוני, ומשכך אין לתבוע מבחורי הישיבות לשלם את המחיר על כך. לטיעון עקרוני זה יש לכאורה בסיס הגותי במקורות,⁷⁹ אך נראה שכבר מלכתחילה לא נאמר טיעון זה במגמה להוליך ליישום נורמטיבי, אלא רק כמורה דרך לחשבון נפש. נניח שמדינת ישראל הייתה מתנהלת כמדינת הלכה, ונניח שאף על פי כן אירע המקרה ונפל פגז תועה כצד הישראלי של הגבול, מי יקום עתה לעזרת ישראל מיד צר? החסידים יטילו את האחריות על הליטאים שנמנעים מלהניח תפילין של רבנו תם; הליטאים יטילו את האחריות על החסידים שאינם זהירים כנדרש בתפילה בזמנה, ואלו ואלו יטילו את האחריות על בני עדות המזרח שאינם מתפללים בהכרה אשכנזית.

טעם חלופי נוסף מצוי בטענה שרבנן לא בעי נטירותא. טעם זה הוא, לכאורה, הטעם שהדא כבד המשקל ביותר, אך ההתמודדות עמו תחרוג כבר ממסגרת מאמר זה, והדברים ידועים. מכל מקום, כדי שלא להותיר טענה זו ללא התייחסות נאמר, שהשכל מורה שכדי שיחיד או ציבור יוכלו ליהנות מפטור מחובת הניוס, בטענה שהם אינם צריכים שמירה, עליהם להיות נאמנים לטענה זו בארחות חייהם, ולהימנע מלהצטייד במסכות אב"כ נגד נשק כימי, ומבריחה מהבית למרכז הארץ גם כשקסאמים נופלים בסביבתם, וכן להימנע מלבקש את הגנת המשטרה מפני סחטנים, ומפני מבקשי ברכות מעורערים בנפשם חמושים באקדח.

79 תלמוד בבלי, מסכת בבא קמא ס ע"א ועוד.