

חקיקה דתית בחברה חילונית

פרופ' אליאב שוחטמן

מחניים, גיליון 13 תשנ"ו



תמצית: המאמר דן בתפיסת ההלכה את נושא הכפייה הדתית, בין אם על ידי יחיד, או ההנהגה, ואת יישום תפיסת ההלכה למציאות ימינו. תפיסת המחבר היא שאין לכפות על היחיד קיום מצוות, אך צריך להכניס נורמות דתיות לחקיקה, כדי לשמור על צביון מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מילות מפתח: דין, משפט עברי, חוקה, אזרחות, הלכה, דמוקרטיה.

מבוא

מדינת ישראל, על פי הגדרתה במגילת העצמאות, היא מדינה יהודית בעלת צורת משטר דמוקרטי. דמותה היהודית של המדינה באה לידי ביטוי, בין היתר, בשורה של חוקים, שבחלקם הם מקובלים על כלל אזרחי המדינה היהודיים, כמו חוק השבות, תש"י - 1950, המבטיח את זכותו של כל יהודי בתור שכזה לקבל אזרחות ישראלית, אבל בחלקם אינם מקובלים על חלק מן האוכלוסייה היהודית, וזאת בשל יסודות של כפייה דתית המצויים בהם. הדוגמה הבולטת לחוקים אלה הוא חוק שיפוט בתי הדין הרבנים (נישואין וגירושין) תשי"ג - 1953, הקובע, בסעיף 1, שנישואין וגירושין ייערכו בישראל אך ורק על פי דין תורה. לפי חוק זה, אין היהודי בישראל - גם הלא-מאמין - חופשי לבחור לו את בת או בן זוגו, אלא הוא מוגבל על ידי הדין הדתי, האוסר, בין היתר, נישואי תערובת, נישואין של כוהן וגרושה, ועוד. חוקים אחרים, שלא מתחום המעמד האישי, והמבוססים על נורמה דתית הם, לדוגמה: "חוק איסור גידול חזיר", תשכ"ב - 1962, "חוק חג המצות" (איסור חמץ), תשמ"ו - 1986, "חוק הרשויות המקומיות" (הסמכה מיוחדת), תשי"ז - 1956. חוקים אלה הם אחד הגורמים למתיחויות הקיימות במציאות הישראלית בין הציבור הדתי ובין הציבור החילוני, והשאלה הנשאלת היא: האם יש הצדקה, מבחינה הלכתית, לכפיית נורמות דתיות על ציבור שאינו מאמין בהן?

במקום אחר כבר עסקנו במפורט בנושא הספציפי של נישואין וגירושין, וכאן נעסוק בשאלה העקרונית. דיוננו יסוב אך ורק על ההיבט ההלכתי של סוגיה זו. שאלה אחרת היא, אם מבחינת העקרונות הכלליים של המשפט החוקתי, ראוי למדינה בעלת צורת משפט דמוקרטי לחוקק חוקים המבוססים על תפיסות דתיות. בנושא זה לא נעסוק, בהיותו חורג ממסגרת דיוננו. מכל מקום ראוי להדגיש, שכל דיון בסוגיה עקרונית זו, חייב לקחת בחשבון את העובדה שמדינת ישראל היא לא רק מדינה דמוקרטית, אלא גם מדינה יהודית. הגדרה זו של אופייה המיוחד של מדינת ישראל מופיעה לא רק במגילת העצמאות, שאינה חוק, אלא בשניים מחוקי היסוד החשובים: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", ו"חוק יסוד: חופש העיסוק".

אם הכנסת מחוקקת חוק הנשען על יסודות דתיים, ומתעוררת השאלה: כלום אין חוק זה עומד בניגוד לעקרונות יסוד של משטר דמוקרטי, או אף בניגוד לזכויות יסוד המוגנות בחוקי היסוד של מדינת ישראל, מן ההכרח לדון בשאלה זו על יסוד הגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. העקרונות הכלליים של המשפט החוקתי, המתאימים לשיטות משפט אחרות שבעולם החופשי, אינם תואמים בהכרח את שיטת המשפט של מדינת ישראל, שרק היא, מכל מדינות העולם, מדינה יהודית ודמוקרטית. ועוד נחזור לנקודה זו בסוף דברינו.

האם ההלכה מתירה כפייה לקיום מצוות?

חוק הוא סוג של כפייה. כדי שנוכל לענות על השאלה: האם יש הצדקה לחקיקה הבאה לאכוף נורמות דתיות? עלינו לשאול אם יש הצדקה לכפייה כלשהי שמטרתה לגרום לכך שפלוני יקיים את חובותיו הדתיות.

ממקורות ההלכה עולה, שבאופן עקרוני אין מניעה מלכפות יהודי לקיים את מצוות התורה, גם אם אין הוא רוצה לקיימן, ואפילו חובה לכפותו. וכך, למשל, אנו שונים בברייתא, ביחס ליהודי שאינו רוצה להקריב קורבן, אף על פי שהוא מחויב בכך: "יקריב אותו" - מלמד שכופין אותו, יכול בעל כרחו? תלמוד תומר: "לרצונו". הא כיצד? - כופין אותו עד שיאמר רוצה אני.

הקרבת קורבן חייבת אפוא להיות מתוך רצון חופשי של המקריב, אבל ניתן להשיג רצון חופשי זה גם באמצעות כפייה.

מתוך המשך הברייתא שם עולה, שניתן להשתמש באמצעי כפייה לא רק כדי לאכוף קיומה של מצוות הקרבת קורבנות, שהיא מן התורה, אלא גם כדי לאכוף קיומה של המצווה לשמוע לדברי חכמים: "וכן אתה אומר בגיטי נשים (שבהם קבעו חכמים שאפשר לכפות גט) - כופין אותו עד שיאמר רוצה אני".

הקושי שבמתן לגיטימציה לשימוש באמצעי כפייה לשם אכיפתן של פעולות שצריך לעשותן מתוך רצון חופשי, העסיק רבים מחכמי ישראל. נסתפק כאן בהסברו של הרמב"ם לכשרותן של גט שניתן בכפייה:

"אין אומרים אנוס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחויב בו מן התורה... אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצווה או לעשות עברה, והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו... אין זאת אנוס ממנו, אלא הוא אנוס עצמו בדעתו הרעה. לפיכך זה שאינו רוצה לגרש - מאחר שהוא רוצה להיות מישראל ורוצה הוא לעשות כל המצוות ולהתרחק מן העברות, ויצרו הוא שתקפו, וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר: רוצה אני - כבר גרש לרצונו".

גם ביחס למצוות אחרות ניתן לקיים הסבר זה של הרמב"ם, דהיינו:

סירובו של אדם, החפץ להיות יהודי, לקיים את חובותיו הדתיות, אינו נובע אלא מעצת יצרו הרע, וכאשר כפו אותו לקיים מצווה, וכתוצאה מן הכפייה הביע רצונו לעשותה - ובלבד שאמר "רוצה אני" - הרי זו נעשתה מרצון, כיוון שרצונו האמיתי של האדם היהודי הוא לקיים את חובותיו הדתיות, גם אם מקורן בדברי חכמים.

ואמנם, לא רק ביחס למצוות קורבנות ומתן גט אפשר להשתמש באמצעי כפייה כדי לאלץ את החייב במצווה למלא אחר חובתו. כלל זה חל בכל המצוות. דין מפורש הוא בתלמוד. "במצוות עשה, כגון שאמרין לו: 'עשה סוכה' ואינו עושה, 'לולב' ואינו עושה - מכין אותו עד שתצא נפשו".

אפשר אפוא להשתמש באמצעי חמור כמלקות בתור מכשיר לאכיפת קיומן של מצוות עשה על ידי מי שאינו חפץ לקיימן, ו"כיון שאפשר לבית דין להכותו כדי שיקיים מצוה זו, גם כן אפשר להם לאסרו", ולהטיל עליו סנקציות אחרות כדי שיקיים את המוטל עליו מבחינת ההלכה, כדברי הריב"ש בתשובותיו.

השימוש באמצעי אכיפה כדי לאלץ אדם לקיים מצווה, אפילו עד שתצא נפשו, עשוי להיראות כאמצעי חריף מדי, במיוחד אם משווים זאת לדינו של מי שבפועל עבר על מצוות לא תעשה, שלגביו הדין הוא שלוקה שיעור קצוב של ל"ט מלקות, ונפטר בכך. בחשיבה הפלילית מקובלת הדעה שעבירה בפועל על החוק, חמורה יותר מאשר אי-קיום החוק. מדוע אפוא חמור יותר דינו של מי שמסרב לקיים מצווה מדינו של מי שבפועל עבר עבירה?

התשובה לכך היא, שדין "מכין אותו עד שתצא נפשו" אינו סנקציה עונשית, אלא אמצעי אכיפה. כשמדובר בהטלת עונש - יש לכל עבירה עונש קצוב. ואולם, כשמדובר באכיפת חיובים - כל זמן שהמחויב בדבר לא יבצע את חיובו, לא התקיימו דרישות הדין, ולכן אין כל מניעה מלהכות את הסרבן אפילו עד שתצא נפשו.

אכן, השימוש בסנקציה כאמצעי אכיפה, אינו אמור אלא כל זמן שבידי הסרבן לקיים את המצווה; אם מדובר במצווה שעבר זמנה, כגון מצוות סוכה ולולב לאחר שעבר חג הסוכות, או מצוות מילה לאחר שעבר היום השמיני, שוב אין מקום לעשות שימוש בסנקציה למטרת אכיפה, שהרי שוב אין ביד הסרבן לקיים את המצווה. ודאי שאין להטיל עליו עונש של מלקות עד שתצא נפשו, שכן עונש מן סוג הזה אינו קיים בהלכה כלל.

דין "כופין על המצוות" הוא הלכה פשוטה שאין מי שחולק עליה. ואף על פי שהרמב"ם לא הביאו בחיבורו כעיקרון כללי - כמתחייב מן הברייתא בכתובות - מכל מקום הוא פסק כך בשורה של מקרים מסוימים. ובמפורש כתב כן - כעיקרון כללי - בפירוש המשנה, במקום שבו הוא עסוק בכפיית תשלום מזונות לילדיו הקטנים שמעל גיל שש שנים - חיוב שיסודו במצוות צדקה. אגב קביעתו שניתן לכופו על כך, כותב הרמב"ם גם את העיקרון הכללי:

"וידוע שיש לדיין לכופ את האדם על מתן הצדקה לפי שהוא מכלל מצוות עשה שחובה להלקות את האדם עד שיקיים אותה המצוות עשה שחל עליו חיוב עשייתה באותה בעת עד שימות, וזה כלל בכל מצוות עשה".

וכן אנו מוצאים בספרות הפוסקים כפייה לקיום מצוות גם במקרים שאין לדבר יסוד מפורש בתלמוד, כך, לדוגמה, פסק מהר"ם מרוטנבורג ביחס למי שמסרב לייבם (כפייה שפורשה בתלמוד), והתשב"ץ פסק כן ביחס למי שמסרב למול את בנו בזמנו (כפייה שלא פורשה בתלמוד). וכן פסקו עוד רבים אחרים.

סמכות בית הדין לכפות על קיום מצוות

האם הסמכות לכפות על קיום מצוות מסורה לגוף מסוים, או שמא הרשות נתונה לכל אדם לכפות את חברו לקיים מצוות?

בפשטות צריך לפרש, שהסמכות מצויה בידי בית דין. כך עולה מן הברייתא בכתובות, המשווה בין דין מלקות כעונש ובין דין מלקות כאמצעי אכיפה, וכשם שהטלת עונשים היא סמכות המסורה בידי בית דין, כך גם הטלת סנקציות היא סמכות המסורה בידי בית דין.

ואכן, הרמב"ם כותב בספר המצוות, במצוות מינוי דיינים, שתפקידם של הדיינים הוא כפול: "להוציא לפועל ציווי התורה, ויכריחו את הסוטים מדרך האמת ללכת בה, ויצוו על הטוב ויזהירו מן הרע, ויוציאו לפועל את העונשים על העברין, כדי שלא יהיו מצוות התורה ואזהרותיה מסורים לרצון כל אדם ואדם".

הרמב"ם כותב אפוא במפורש, שבידי הדיינים מצויה הסמכות הכפולה - גם להטיל עונשים וגם לכפות על קיום המצוות.

מקור מפורש לסמכותו של בית הדין לכפות על קיום מצוות, מצאנו בדרשת חז"ל: "מוצא שפתיך תשמור... ועשית - אזהרה לבית דין שיעשוך".

האם סמכות זו של כפייה לקיום המצוות, חלה על כל מצוות התורה? בתלמוד אנו מוצאים חריג ביחס לסוג של מצוות הקרוי: מצוות עשה שמתן שכר בצדן. מסופר על אדם אחד שהביאוהו לפני רב חסדא וביקשו שרוב חסדא יורה שילקוהו כדי שיקיים מצוות כיבוד אב ואם. ציווה רב חסדא לשחררו על סמך הברייתא שבה נאמר: "כל מצות עשה שמתן שכרה בצדה, אין בית דין של מטה מוזהרין עליה".

פירוש: בית הדין אינו מוזהר על אכיפת מצוות עשה כאלה שהתורה בעצמה פירשה מה השכר הצפוי למי שמקיים אותן; מאחר שהתורה בעצמה הזהירה על קיום מצוות אלה, פטור בית הדין מלהזהיר על כך ומלהשתמש לתכלית זו באמצעי אכיפה. וכך, למשל, בדוגמה דלעיל, הזהירה התורה על קיום מצוות כיבוד אב ואם, באמרה: "למען יאריכון ימיך", ומי שאינו מקיים מצווה זו יודע אפוא מה צפוי לו על כך, ובית הדין פטור מאזהרתו באמצעות אכיפה.

נשאלת השאלה: מה פירוש הביטוי "אין בית דין מוזהרין עליה"? האם הם מנועים מלעשות שימוש בסמכות האכיפה, או שהעניין מסור לשיקול דעתם?

בתלמוד הירושלמי הנוסח הוא:

"כל מצוה שמתן שכרה בצידה, אין בית דין נענשין עליה".

כלומר, במצוות מן הסוג הזה, אין בית הדין נענשים אם אינם כופים את קיומן של המצוות. מכאן, שאם בית הדין רוצים לעשות שימוש בסמכותם, אין לכך כל מניעה.

ואכן, הראשונים ביארו כך גם את המאמר בתלמוד הבבלי. הרשב"א נשאל, מה הדין בבעל חוב שעבר על מצוות התורה ונכנס לבית החייב על מנת למשכנו, ומסרב להשיב לו את המשכון, אף על פי שהוא חייב בכך. כלום יש סמכות לבית הדין לאכוף את השבת המשכון אף על פי שמדובר במצוות עשה שמתן שכרה בצדה שאין בית דין של מטה המוזהרין עליה. תשובת הרשב"א, על פי הירושלמי, היא:

"אין בית דין של מטה נענשין עליה אם העלימו עיניהם ממנו ולא רצו לדון בה. ולפיכך, אם לא רצו בית דין לכופ - אין כופין, אבל ודאי אם רצו לכופ - כופין..."

וכן פירש הריצב"א, מבעלי התוספות, אם סמכות בית הדין לאכוף מצוות צדקה, שאף היא מן המצוות שמתן שכרן בצדן.

מתוך כך שבסוג זה של מצוות שמתן שכרן בצדן יש לבית הדין שיקול דעת, משמע שבכל יתר המצוות שבהן לא פורש שכרן אין לבית הדין כל שיקול דעת, והם מחויבים בהפעלת סמכות האכיפה.

דיברנו עד כה בכפייה לקיום מצוות עשה שאדם מסרב לקיימן. ומה בדבר מצוות לא תעשה? האם גם כאן בסמכותו של בית הדין למנוע בכוח מאדם הרוצה לעבור על מצוות לא תעשה, מלבצע את זממו?

התשובה לכך חיובית. כתב הר"ן, שהאמור בבבלייתא בכתובות אינו אלא במי שכבר עבר על מצוות לא תעשה ואז אינו לוקה אלא ארבעים אבל מי שעובר כעת על מצוות לא תעשה, כגון "אם היה פסח והיה אוכל חמץ, ומלקיין ליה ולא רצה לעמוד מלאכול חמץ, אף על גב דמצוות לא תעשה הוא - מחינן ליה תו עד שיאמר רוצה אני, או עד שתצא נפשו".

כלומר, גם מי שמבקש לעבור על מצוות לא תעשה ויש סיפק בידי הדיינים למנעו מכך, הסמכות בידם להשתמש בכל אמצעי, כולל מכות עד שתצא נפשו, כדי למנעו מן העבירה, ובכך לכפות עליו את קיום מצוות הלא תעשה שעליה הוא עובר, או מבקש לעבור.

וכן היא דעתם של האחרונים; בהסבר הדברים כתב בעל מנחת חינוך:
 "ונראה פשוט, דאם רוצה לעבור על לאו בקום ועשה חמור מעשה שרוצה לעבור בשב אל תעשה... וזה נראה לי גם מצד הסברא, כמו שאם אינו רוצה לעשות עשה... מכין אותו כיון שאפשר לקיים, אם כן הוא הדין בלא תעשה... ומכל שכן לאו בקום ועשה אם רוצה לעבור, מכין אותו עד שתצא נפשו כדי שלא לעבור בקום ועשה דהוא בודאי חמור דהוא קום ועשה, אם כן מכין אותו עד שתצא נפשו להצילו מן העבירה".

מסקנת הדברים היא אפוא, שבידי בית הדין סמכות רחבה של אכיפה ביחס לכל מצוות התורה; ברוב המצוות, זוהי סמכות שבחובה, ובמיעוטן - במצוות עשה שמתן שכר בצדן - זוהי סמכות שבשיקול הדעת.

סמכות הכפייה במצוות מדרבנן

האם בסמכותו של בית הדין - ואולי אף מחובתו - לכפות גם קיומן של מצוות עשה מדרבנן? האם בסמכותם של חכמים לכפות רק מי שאומר "איני נוטל לולב", ושאר מצוות מן התורה, או שמא בסמכותו לכפות גם מי שאומר: "איני מדליק נר חנוכה", או שמסרב לקיים מצוות אחרות מדרבנן?

ביחס למי שעובר בפועל על איסור מדרבנן, אין ספק שבסמכות חכמים להטיל עליו סנקציות כדי שלא יעבור, וזוהי "מכת מרדות" הבאה כעונש "מפני שמרד בדברי תורה (שאין בהם חיוב מלקות) ובדברי סופרים". ברם, ענייננו כאן אינו בסמכות הענישה שבידי חכמים, כי אם בסמכות האכיפה, והשאלה היא, אם סמכות זו מצויה בידם גם ביחס למצוות מדרבנן.

מפירוש רש"י לסוגיה בכתובות, ניתן להסיק לכאורה שאין דין כפייה במצוות עשה מדרבנן. מובא שם מעשה באיש אחד שהיו נושים בו מאה זוז. אותו האיש מת והניח קרקע בשווי חמישים זוז. בא בעל חוב וטרף את הקרקע בחובו. שילמו לו היתומים חמישים זוז כדי לפדותה. חזר הנושה וטרף את הקרקע עבור יתרת חובו. באו היתומים לפני אביי. אמר להם אביי: בכך שפרעתם את חוב אביכם קיימתם מצווה, אבל החוב לא פקע, ולכן מה שטרף הנושה בשנית - כדין טרף.

על דברי אביי:

"מצווה על היתומים לפרוע חוב אביהן",

מעיר רש"י:

"משום כבוד אביהם, אלא שאין לבית דין לכופן על כך, דלאו מצוות עשה מפורשת היא כסוכה וכלולב, אלא מצווה בעלמא, דרבנן".

מפירוש רש"י יוצא שהטעם לכך שאין לכפות על יתומים לפרוע חוב אביהם הוא משום שמצוות פירעון חוב אביהם היא "מצוה בעלמא, מדרבנן". האם ניתן ללמוד מכאן שבכל מצווה מדרבנן אין כופין, או רק כאן שזוהי מצווה "בעלמא", שאינה "מפורשת"?

התוספות הבינו, שכוונת רש"י היא שכל מצוות עשה מדרבנן אין כופין עליה, ולדעתם - לא זו הסיבה שבסוגיה בכתובות לא כפו את היתומים. לדעת התוספות, הטעם לכך הוא שמדובר במצוות כיבוד אב שבגללה עליהם לפרוע את חובם - וזוהי מצוות עשה שמתן שכרה בצדה, ולכן אין בית הדין כופה עליה.

לגופה של השאלה, אם בית דין כופין על מצוות עשה מדרבנן, סבורים בעלי התוספות שאכן יש סמכות לחכמים לכפות גם על מצוות כאלה, וראייתם לכך היא מן הסוגיה בגיטין שממנה מוכח שכופין את היורשים לקיים דברי המת - מצווה שהיא מדרבנן.

וכך סבור הרשב"א, הכותב באופן חד-משמעי:
 "אבל למי שאינו רוצה לקיים את המצווה, ואפילו מצווה מדרבנן, מלקין אותו בלא קצבה עד שיקבל ויעשה, ואפילו עד שתצא נפשו".

גם הר"ן סובר כנראה שבסמכותם של חכמים לאכוף קיום מצוות עשה מדרבנן, שכן כתב:
 "ודאי, מכת מרדות שהיא על עבירה נמשכת, היו מכין אותו עד שתצא נפשו או עד שיקבל עליו דברי חכמים".

ובדברי הריב"ש יש להסתפק, שכן כתב:
 "ואין בשום מקום בעובר על דברי חכמים 'מכין אותו עד שתצא נפשו', ולא נזכר זה אלא במצוות עשה של תורה, שיש לו זמן לקיימה... והוא מעיז פניו ואינו רוצה".
 יש מקום לדייק, שסמכות הכפייה היא רק במצוות עשה מדרבנן. אבל אפשר שכוונת הריב"ש היא רק שהסמכות להכות "עד שתצא נפשו" היא במצוות עשה של תורה בלבד, ואין מכאן ראייה לשלול סמכות חכמים לאכוף קיום מצוות מדרבנן בדרכים אחרות, פחות חריפות.

בין האחרונים, יש שהורו שאין לכפות אלא על מצוות מן התורה.

סמכותו של היחיד

האם רשאי גם היחיד לאכוף את קיום המצוות על זולתו? התוספות כתבו, שמן הפסוק: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם", יש ללמוד על פי דרשת חז"ל שלא רק לצורך דין דרושים בית דין מומחים, אלא גם
 "לכל דבר עישוי וכפייה יש צורך בבית דין מומחים".

דברי התוספות מובאים על ידי בעל "קצות החושן", המוסיף וכותב, שבזמן הזה שאין לנו מומחים, פועל בית הדין מכוח שליחותם של הראשונים, כשם שהוא פועל בשליחותם בעניינים אחרים.

לפי שיטה זו, אין רשות לכל יחיד ויחיד לאכוף קיום מצוות על זולתו, אלא רק בית דין הוא המוסמך לכך.

על שיטת "קצות החושן" משיג בעל "נתיבות המשפט". לדעתו, "כל אדם מצווה להפריש חבירו מאיסור, אפילו מי שאינו בכלל בית דין".

ראייתו לכך היא מן הסוגיה התלמודית שבה נאמר, כי עבד עברי שכלו לו ימיו ומסרב להשתחרר, וחפץ להמשיך לחיות עם השפחה שנתן לו אדוניו, רשאי רבו להשתמש בכוח על מנת להפרישו מאיסור שפחה. מכאן, שלא רק בית דין רשאים לאכוף קיום מצוות, אלא גם כל אדם.

נראה, שבעל "נתיבות המשפט" אינו מבחין בין סירוב לקיום מצווה ובין ביצוע עבירה, ולדעתו כשם שהיחיד רשאי להפריש אדם מביצוע עבירה, כך הוא רשאי גם לאכוף קיום מצווה.

משיג עליו בעל "קצות החושן" וכותב שאין לערב בין שני אלה. להפריש מאיסורים יכול אמנם כל אדם

"אבל לכופו לקיים מצוות עשה... לזה צריך בית דין דוקא".

יתרה מזו: גם לגבי הפרשה מאיסורים, שמוסכם הדבר שכל אדם רשאי לכך, כתב ה"חתם סופר", שאמנם דבר זה מוטל על כל ישראל, אבל "בית דין שליחותייהו דכל ישראל עבדי, שנתמנו שלוחא דישראל, ועל ידי זה נפטרו כל אחד ואחד מלהשגיח".

כלומר, מאחר שבית הדין פעל כשליח של כל ישראל גם בנושא של הפרשה מאיסורים, נפטרו כל אחד ואחד מלמלא חובה זו של הפרשה מאיסורים. אכן - כותב ה"חתם סופר" - אם העבריין מסרב לשמוע לבית הדין, חוזר הדבר לכל ישראל, ומצווים על ידי נידוי להפרישו מאותו איסור. משמע מתשובת ה"חתם סופר", שגם ביחס להפרשה מאיסורים אין בידי כל אדם לעשות דין ולכפות על אחרים, אלא בית הדין הוא שמופקד על כך, ואף אם יסרב העבריין לבית הדין, כל מה שיכולים היחידים לעשות הוא שיתוף פעולה בהטלת נידוי על העבריין, ולא יותר מזה. כלומר, אסור ליחיד לעשות שימוש באמצעים אלימים, וכיוצא בהם, כדי להפריש את זולתו בכוח מאיסורים.

גם אם ליחיד יש רשות להפריש בכוח מאיסורים, ויש לראותו כפועל כשליח בית דין, מכל מקום ראוי לצטט את הסייג שבדברי המהרש"ל:

"כל בר ישראל יכול להכות חבירו כדי לאפרושי מאיסורא... ודוקא באדם מוחזק בכשרות, שידעו שלשם שמים עשה, והוא אדם חשוב ומופלג, אבל בסתמא דאינשי לא כל כמיניה, דאם כן לא שבקת חיי לכל ביריה, והתורה לא נתנה רשות ומקל ורצועה אלא לדיין או לאדם חשוב, שראוי להיות דבריו נשמעים, גם כן לפי שעה מותר להכות חבירו ולהפרישו מאיסורא, והכל לפי ראות עיני הדיין".

סיכומם של דברים: הסמכות לכפות קיומן של מצוות היא אך ורק בידי בית הדין. בזמן הזה, שאין דיינים סמוכים, מצויה הסמכות גם בידי בית דין שאינו מורכב מסמוכים, ואין גם צורך

שיהא זה "בית דין חשוב", דהיינו בעל מעמד מיוחד בעולמה של ההלכה, אלא בית דין שבכל דור רשאי ומוסמך
 "לייסר ולהכות מי שנוהג שלא כשורה ופורץ גדרן של ישראל, ולכופ את מי שאינו רוצה לקיים את המצווה... עד שיקבל ויעשה".

הפקדת הסמכות בעניין זה בידי בית הדין - הפועל כשלוחם של כל ישראל - פוטרת, לדעת ה"חתם סופר", את היחיד מלהשגיח על קיום המצוות אצל הזולת, וזאת גם כאשר באופן עקרוני יש חובה על היחיד להפריש מאיסורים. גם אם רשאי היחיד לעשות "דין לשמים", כדעת המהרש"ל, כדי להפריש מאיסורים, אין הדברים אמורים אלא ביחיד סגולה, ולא בכל אדם. לכך אין כל קשר עם מצוות תוכחה, המוטלת גם על היחיד שדבריו עשויים להישמע; כונת הדברים היא, שהשימוש באמצעי כפייה מסור אך ורק בידי חכמי ההלכה המוסמכים לכך.

כדי להוציא לפועל את סמכותם, רשאים חכמי ההלכה לכפות אדם מסוים שיקיים את חובותיו הדתיות, אבל רשאים הם גם להתקין תקנה כללית שבאמצעותה ניתן היה לכפות קיומן של המצוות בחברה.

סמכות השלטון ונבחרי הציבור לכפות על קיום מצוות

במדינת ישראל, אין בידי חכמי ההלכה סמכויות אלא כפי מה שנקבע בחוק. אין בחוק כל הסמכה

לחכמי ההלכה לכפות קיום מצוות באופן כללי, לא על אדם מסוים וגם לא בדרך של תקנה. החריג היחיד לכך הוא סמכותו של בית הדין הרבני לכפות גט על מי שלפי פסיקת בית הדין חייב לגרש את אשתו, והוא נמנה עם אלה שהדין מאפשר לכפותם לתת גט. גם חריג זה כפוף לאישורו של בית משפט אזרחי שאליו צריך היועץ המשפטי לממשלה לפנות בבקשה מתאימה. המחוקק הישראלי לא רצה להעניק לבית הדין הרבני סמכות מוחלטת ובלעדית לכפיית גט, מחשש שבית הדין ינצל את סמכותו גם במקרים שבהם אין תביעת גירושין, אלא הצורך בגירושין נובע מנימוקים דתיים בלבד, כגון שמדובר בנשואי "איסור" של כוהן וגרושה, וכיוצא בזה.

מאחר שבידי חכמי ההלכה אין סמכות לכפות קיומן של מצוות במציאות החוקית השוררת בישראל, הדרך היחידה להביא לידי אכיפתן של מצוות היא באמצעות הכנסת. השאלה הנשאלת היא: האם בידי הכנסת, שהיא גוף חילוני, יש סמכות לכפות קיומן של מצוות? עלינו לדון בשאלה העקרונית: האם פרט לבית הדין (חכמי ההלכה), מצויה הסמכות לאכיפת מצוות בידי גוף אחר או רשות אחרת כלשהי?

התשובה היא חיובית; לא רק חכמי ההלכה מוסמכים ומצווים על כך. בפירושו על התורה, כותב הרמב"ן על פי הירושלמי, שהפסוק
 "ארור אשר לא יקים את דברי התורה הזאת"

מכוון כלפי "בית המלך והנשיאות" - דהיינו ההנהגה המדינית והדתית -

"שבידם להקים את התורה ביד המבטלים אותה, ואפילו היה הוא צדיק גמור במעשיו והיה יכול להחזיק התורה ביד הרשעים המבטלים אותה (ולא החזיק), הרי זה ארור". פירושו של דבר: לא רק הנשיאות, דהיינו ההנהגה הדתית העליונה (נשיא הסנהדרין), מצווה לדאוג להקמת התורה. חובה זו מוטלת גם על "בית המלך", דהיינו ההנהגה המדינית, שבידה מצוי הכוח השלטוני. עצם העובדה שבידי המלך סמכות שלטונית המאפשרת לו לנקוט אמצעי אכיפה, מטילה עליו אחריות וחובה לעשות שימוש בסמכותו זו כדי לאכוף את משפטי התורה.

במציאות שבה אין מלך, ואפילו לא עצמאות מדינית, מצויה הסמכות לאכוף את משפטי התורה בידי ההנהגה הנבחרת. התפיסה ההלכתית היא, ש"טובי העיר (=הנהגת הציבור) הם כשלושים של בני העיר", ומעמדם - מבחינת כוח הכפייה - הוא כשל בית הדין הגדול בירושלים:

"טובי הקהל, כשיושבין לפקח על עסקי רבים ויחידים - במקום בית דין קיימי... דמדמי להו לגזרותיהם להא דכל אשר לא יבוא לעצת הזקנים והשרים (יחרם כל רכוש)".

כלומר, בידי ההנהגה הנבחרת של הציבור להשתמש בסנקציות כדי לאכוף את סמכותם על כלל הציבור, כשם שבידי בית הדין הגדול לאכוף את סמכותו על כלל הציבור.

נכון אמנם שעיקר סמכותו של הקהל ונבחריו הוא בתחום דיני הממונות והענישה, ולא בתחום דיני האיסורים. אבל משמעות מגבלה זו היא, שאין נבחר הציבור רשאים להתיר איסורים. לעומת זאת, אין כל מניעה שיאסרו דבר המותר, אם לדעתם נחוץ הדבר למיגדר מילתא. ודאי שאין כל מניעה שיכפו את משפטי התורה על הציבור, וזוהי אף חובתם, כלשונו של ספר החינוך:

"(מצוה) למנות שופטים ושוטרים שיכריחו לעשות מצוות התורה, ויחזירו הנוטים מדרך האמת אליה בעל כרחם, ויצוו בראוי לעשות וימנעו הדברים המגונים, ויקיימו הגדרים על העובר עד שלא יהיו מצוות התורה ומניעותיה צריכות לאמונת כל איש ואיש... ויש לנו ללמוד מזה, שאף על פי שאין לנו היום בעוונותינו סמוכים, שיש לכל קהל וקהל שבכל מקום למנות ביניהם קצת מן הטובים שבהם, שיהיה בהם כוח על כולם להכריחם בכל מיני הכרח שיראה בעיניהם, בממון או אפילו בגוף, על עשיית מצוות התורה, ולמנוע מקרבם כל דבר מגונה וכל הדומה לו".

דברים אלה, שנאמרו ביחס לנבחר הציבור שבגולה, ודאי שיפים הם ביחס לנבחר הציבור במדינת ישראל, שבה יש לשלטון שהציבור הסכים עליו כל סמכות שהייתה למלך ישראל בשעתו, ואם למלך ישראל הייתה סמכות לאכוף את משפטי התורה, כאמור לעיל, ודאי שסמכות זו מצויה כיום בידי השלטון הנבחר במדינת ישראל.

מסקנת הדברים היא אפוא, שמבחינת הסמכות אין כל מניעה שהכנסת תחוקק חוקים שיאכפו את קיום מצוות התורה במדינת ישראל, ואם ניתן לגבש בכנסת רוב שיתמוך בחקיקה כזו, הרי זו אפילו חובתם של נבחר הציבור להביא לכך שמצוות התורה תיאכפנה.

יסודה של חובה זו, ברעיון הערבות ההדדית. את הפסוק: "וכשלו איש באחיו", דרשו חז"ל: "איש בעוון אחיו - מלמד שכולן ערבים זה בזה".

ומבואר שם, שהיה בידם למחות על עבירות שנעשו, ולא מיחו, ועל כן נענשו. מכוח הערבות ההדדית מחויבים למעשה כל ישראל, והדברים אמורים הן ביחס לחובה להפריש מאיסורים והן ביחס לחובה לדאוג לקיומן של מצוות עשה על ידי הזולת.

אחד הביטויים המובהקים לאחריות המוטלת על כל אחד מישראל ביחס להתנהגותו של זולתו, היא מצוות התוכחה: "שצוינו להוכיח החוטא, או מי שרצה לחטוא, ולמנוע אותו במאמר התוכחה. ואין ראוי שיאמר - אחר שאני לא אחטא, אם יחטא אחר זולתי, מה לי עם אלהיו. זה הפך התורה! אבל אנו מצוים שלא נחטא ושלא נעזור זולתנו שימרה. ואם השתדל להמרות, חייבין אנו להוכיחו ולהשיבו... וכבר בארו חכמים שחייב מצווה זו על כל אדם".

וכן פסק הרמב"ם ביד החזקה: "הרואה חברו שחטא או שהלך בדרך לא טובה, מצוה להחזירו למוטב ולהודיעו שהוא חוטא על עצמו במעשיו הרעים, שנאמר: "הוכח תוכיח את עמיתך".

השאלות: מה הם התנאים לקיום מצוות התוכחה, ועד כמה רשאי היחיד לעשות שימוש בכוח בכדי להשיב את חברו למוטב, ובכלל - עד כמה ניתן לקיים מצווה זו במציאות של ימינו, אינן מענייננו כאן. אנו עוסקים בסמכותם ובחובתם של נבחרים הציבור, וודאי שאם במישור העקרוני מחויב כל יחיד ויחיד לדאוג לקיומן של המצוות על ידי זולתו, חובה זו מוטלת, וביתר שאת, על אלה שבידם הכוח להשליט את דין התורה בחברה בכללותה. בחברה יהודית בה הכוח הוא ביד חכמי ההלכה, חייבים חכמי ההלכה לפעול בעניין זה, ובחברה יהודית שבה אין כוח בידי חכמי ההלכה אלא בידי נבחרים הציבור, חובתם של אלה להשליט דין תורה כפי יכולתם באמצעות החוק. אסמכתא לחובתם זו של נבחרים הציבור במדינת ישראל, ניתן למצוא בדבריו של בעל "ספר חסידים":

"כל ישראל ערבים זה לזה. אלמלא הערבות לא היה אדם מוחה ביד חברו על חטאיו ולא היו נותנים לב לחקור על עושי רשעה לבערם, אלא כדי שיעשו סייגות וגדרות שלא יחטאו".

"סייגות וגדרות" הם חוקים, ואמצעים אחרים, שיש בהם כדי להשליט דין תורה בחברה.

נבחרים ציבור שאינם ממלאים אחר חובתם זו, אף שהדבר בידם, לבד מזה שעבירה בידם, והם עלולים ליתן את הדין כמתחייב מפרשת התוכחה כאמור לעיל, הרי הנם עוברים גם על הלאו של "לפני עיוור לא תיתן מכשול". שהרי בידם לסלק מכשול - באמצעות מעשי חקיקה - ולהביא לידי קיום מצוות מחד גיסא ולידי מניעת עבירות מאידך גיסא. בכך שאינם פועלים בכיוון זה, הרי הם עוברים על הלאו גם אם אין הם עושים מעשה של מכשול בידיים, וכבר הוכיח הרב אברהם שרמן,

"שאותם נציגי ציבור שבידם לחוקק חוקים בעלי אופי ותוכן דתי או אלו שבידם לישמם הלכה למעשה, כמפקדים על כך מכוח סמכות ואחריות שניתנה להם על פי החוק, אם אינם

משתמשים בסמכותם ומתרשלים במילוי אחריותם, יש בזה איסור לפני עיוור דאוריתא, אפילו כשעוברים בשב ואל תעשה".

האם חקיקה דתית אינה "תקנה לרשעים"?

נשאלת השאלה: מאחר שהציבור המגדיר עצמו כחילוני אינו חפץ בקיום מצוות, ומבחינת המינוח ההלכתי הרי הוא מוגדר כ"רשע", כלום אין לקיים בו את הכלל "הלעיטהו לרשע וימות", שמשמעותו: יש להניח לרשע לנהוג כפי שהוא נוהג, ואל לנו לתקן תקנה מיוחדת שתציל אותו מן החטא?

שמא החקיקה הדתית, שמטרתה לאכוף את קיום המצוות על מי שאינו רוצה לקיימן, אינה עולה בקנה אחד עם מגמותיה של ההלכה עצמה?

עלינו לבחון אפוא את משמעותו של הכלל האמור. כלל זה מקורו בהלכה הקובעת, שמי היה לו נטע רבעי בשנת שמיטה, והרי הוא בגדר של הפקר ומותר לכל אדם לקחתו לעצמו, צריך ליתן בו סימן במיוחד כדי שמי שיבוא לזכות בו יוכל להכיר בו שהוא נטע רבעי ולא יאכל ממנו עד שיפדנו. ואולם, מי שהיה לו נטע רבעי בשנה רגילה, שאין כל אדם יכול לבוא ולזכות בו, אין צורך לסמנו אלא "הלעיטהו לרשע וימות". הטעם לכך הוא, לפי שאין רשות בני אדם לשלוח ידם ולאכול מה שאינו שלהם, ואם עבר אדם ואכל, הרי זה גזלן, ואין לנו לעשות תקנה לגזלן שלא יבוא לידי מכשול, לפי שעוון הגזלות יותר גדול. ויש שפירשו, שמוטב שהעבריינין ישתרש בחטא ויאכל דבר האסור כדי שימות מהרה, ואין לעשות תקנה לטובתו.

רעיון זה, שלפיו אין לעשות תקנה לטובת רשעים, ושאינו אנו אחראים לרמאי, מצאנו בהלכות נוספות, וגם בין הפוסקים מוצאים אנו את הדעה - כך סבור הש"ך ואחרים - כי אין חובה להפריש מומר מאיסורים.

לפי זה, לכאורה, אין מקום לכפות קיום המצוות על אלה המוגדרים כרשעים, שהרי אין חובה אף להפרישם מאיסורים, וודאי שאין לכפותם לקיים מצוות. ממילא אין מקום, לכאורה, גם לחוקק חוקים שיש בהם משום כפייה לקיום מצוות.

ברם, לעניות דעתי אין להגיע למסקנה כזו. ההלכה שממנה נלמד הדין של "הלעיטהו לרשע וימות" אינה מתייחסת אלא לאדם שבפועל עובר על עבירה מסוימת של איסור גזל, **"ובאותו דבר שעשה רשעות על כל פנים אין אנו מצווים שלא יעשנו באיסור אחר עוד"**.

אין גם לדרוש מאדם שיוציא מכספו על זולתו כדי למנעו מעבירה, כשהעבריינין עצמו מגלה שלא אכפת לו מלעבור על איסורים.

להלכה זו אין כל קשר עם אכיפת מצוות על ציבור שלם באמצעות חקיקה דתית. כשבאים לאכוף על הציבור נורמה שיסודה בציווי הדתי, לא באים לאכוף את אותה נורמה על אנשים המוחזקים כעבריינים. עצם העובדה, שבכלל אותו ציבור יש גם אנשים מהסוג הזה, אינה צריכה לגרום לכך שגם עבור אותו ציבור שאינו מוחזק כעבריינין לא תיקבע אותה נורמה בספר החוקים. וכבר העלו האחרונים, שהכלל "הלעיטהו לרשע וימות" אינו אמור אלא במקרה שבו

האיסור נוגע לאותו רשע בלבד, אבל כאשר האיסור נוגע גם לאחרים, אין אומרים "הלעיטהו לרשע וימות". לפיכך, אם מדובר בהצעת חוק שעשויה לקדם את שמירת ציווי התורה במדינה, לא צריכה להיות כל מניעה מלחוקק חוק זה בגלל ההלכה הנזכרת.

גם דברי הש"ך הנזכרים לעיל אינם עניין לכאן. הש"ך אינו עוסק אלא במי שעושה עבירות במזיד - שזו משמעותו של הביטוי "מומר" - ואדם כזה אין חובה להפרישו מאיסורים. החקיקה הדתית אינה מיועדת למי שמוחזק כעברין במזיד, אלא לכלל הציבור, שלפחות בחלקו מוחזק ככשר, וודאי שלגביו יש חובה להפרישו מאיסורים. שאלה נוספת היא אם אלה המוגדרים היום "חילוניים" נכנסים לגדר של "מומר" שבו דיבר הש"ך, או שמא מכיוון שרובם בגדר של "תינוקות שנשבו" - ועל כך ידובר להלן - אין הם כלל בגדר "מומר", ולא עליהם דיבר הש"ך.

ואכן, במאמר העוסק בחובת החקיקה הדתית, מסיק הרב אברהם שרמן שיש חובה לחוקק חוקים דתיים, וכי הכלל "הלעיטהו לרשע וימות" אינו שייך כלל לגבי הציבור החילוני בישראל: "טעות בידם של המשתמשים במושג "הלעיטהו לרשע וימות" כבסיס הלכתי לפטור את מי שבידו הדבר לפעול על פי החוק לזיכויים של אותם חלקים בציבור שאינם שומרי מצוות, שמצוות התורה ישמרו על ידם, מלבד כל זאת... בימינו אין לקבוע בפשטות שציבור זה דינו כמומרים או רשעים".

כפייה לקיום מצוות במציאות ימינו

לאור האמור בדברינו לעיל אין ספק כי מן הבחינה העקרונית, יש בידי נציגי הציבור הדתי בכנסת מלוא הסמכות לפעול במישור החקיקה כדי להביא לידי קיום התורה ומצוות בחברה היהודית שבארץ ישראל. אלא, שבמקום אחד כתב בעל ספר החינוך: "כלל גדול בכל התורה לכל האומר שיבטל מצוות עשה, שכופין אותו בית דין, אם יש כוח בידם, עד שיקיימו".

נראה לפרש, ש"הכוח" שבו מדובר כאן אינו מבטא רק את הצורך בסמכות פורמאלית להשליט את מצוות הדת החברה, אלא גם את הצורך לשקול שיקולי מדיניות, וביניהם: הסמכות המוסרית והתועלת הדתית שבהשלטת דיני התורה על מי שאינו מקבל אותם, שהרי אין להשוות את מעמדו של בית הדין הפועל במסגרת של חברה דתית למעמדם של נציגי הציבור הדתי בכנסת שמורכבת מרוב חילוני.

נקדים ונאמר, שלמציאות החברתית של הדורות האחרונים, שבה החברה היהודית אינה חברה של שומרי תורה ומצוות, ואולי אפילו אינה שומרת תורה ומצוות בחלקה הגדול (לפחות במקומות מסוימים), נודעת השפעה בעולמה של ההלכה, ובהלכות קבועות ומושרשות חלו שינויים של ממש בעקבות השבר הרוחני שפקד את העם היהודי מאז תחילת תקופת האמנציפציה.

כך, לדוגמה, המושג "מחלל שבת בפרהסיא" שיש לו חשיבות ביחס לכמה וכמה הלכות, נדון

על ידי פוסקי הדורות אחרונים לנוכח המציאות החברתית של הזמן הזה. ר' יעקב עטלינגר, מחשובי הרבנים בגרמניה בתקופה שבה כבר פשה נגע הרפורמה בציבור היהודי, העלה, ש"מחללי שבת בזמנינו נחשבים קצת כתינוק שנשבה לבין הנוכחים, מפני שבעוונותינו הרבים רוב ישראל בארצנו מחללי שבת הם, ואין דעתם לכפור בעיקרי אמונתנו".

כך כותב גם הרב דוד צבי הופמן, שחי אחריו בגרמניה, בשם בעל "שואל ומשיב" "האנשים מאמערקא אינם נפסלים על ידי חילול שבת שלהם מפני שהם כתינוק שנשבה לבין הנוכחים".

בתשובתו זו, דן הרב הופמן בשאלה, אם מותר לצרף מחללי שבת בפרהסיא למניין. תחילה הוא מביא את מקורות ההלכה שבהם עולה כי מצד הדין אין לצרפם למניין, אבל למעשה הוא פוסק להקל על סמך המנהג. הוא מעיד על הרבנים בני זמנו שלא מחו בעד צירופם של אלה למניין ככל הנראה תוך הסתמכות על נימוקו הנ"ל של הר"י עטלינגר - ומוסיף נימוק נוסף משלו:

"עוד יש סניף להקל, דבזמננו לא מיקרי מחלל שבת בפרהסיא, כיון שרובן עושין כן, דבשלמא אם רוב ישראל זכאין, ומעטים מעיזים פניהם לעשות איסור זה, הרי הוא כופר בתורה ועשה תועבה ביד רמה ופורש עצמו מכלל ישראל, אבל כיון דבעוונותינו הרבים רובם פורצים הגדר, תקנתם קלקלתם, היחיד חושב שאין זה עבירה גדולה כל כך ואין צריך לעשות בצנעה, ופרהסיא שלו כבצנעה, ואדרבה היראים קרואים בזמננו פרושים ומובדלים, והפושעים הם ההולכים בדרך כלל הארץ".

כלומר, התהפכו היוצרות; מה שפעם נחשב פרהסיא לעניין חילול שבת, שוב אינו נחשב פרהסיא לנוכח המציאות החברתית החדשה.

האם מציאות חברתית חדשה זו משפיעה גם לענייננו?

עיון בפסקיהם של גדולי הפוסקים של הדורות האחרונים מעלה, שאכן יש למציאות זו השפעה גם בסוגיה שלנו.

על הצורך לבחון את אפשרות החלתם של עקרונות חז"ל שנאמרו ביחס לחברה שבימיהם, שהייתה דתית ביסודה, על החברה בת ימינו, עמד ר' מאיר שמחה מדווינסק בספר "אור שמח", וכה כתב:

"הא דמכין אותו עד שתצא נפשו, הוא משום שמא יקיים את המצווה ויטול הלולב ויעשה סוכה, אבל אם ברי לן שעל ידי הכאה זו לא יעשה המצווה, אסור לנו לנגוע אפילו בשער, מכל שכן בלא דעתו, ליטול נפשו ודאי אסור, דמה נרויח, המצווה לא תהיה נעשית".

יש לזכור, בהקשר זה, שההלכה הפסוקה ב"שולחן ערוך" היא ש"מצוות צריכות כוונה", ובהעדר כוונה אין טעם בקיומה של המצווה. עוד כותב בעל "אור שמח" בהמשך דבריו: "רק היכי דמספקא לן שמא דלמנוע מן היסורים יפרוש מן האיסור או יקיים את המצוה, שפיר ניתן רשות לרדותו ולהכותו, מה שאין כן הנך דמצילין אותן בנפשו, הקפידה שלא יעשה הדבר, היינו שלא ייהרג האדם הרודפו... אף שידוע לן שעל ידי ההכאה לא יפרוש ובוודאי יהרוג, מצווה להורגו ולהציל הנרדף מיד רודפו. ובנרצע רבו מסרהב בו לצאת ורבו מפרישו

מאיסור רשאי להכותו אולי יפרוש מן האיסור, אבל בגוונא דברי שלא יפרוש על ידי הכאה, או לבוא בלט ליטול נפשו, ודאי אסור..."

יוצא אפוא מדבריו, שכל הסמכות - ובצדה החובה - לכפות על קיום מצוות - או למנוע עבירות - אינה אמורה אלא בנסיבות כאלה שבהן קיימת אפשרות סבירה שהסרבן אכן יקיים את המצוות בעקבות הכפייה, או שיפרוש מן העבירה. אבל בנסיבות שבהן ברור לחלוטין שהכפייה לא תביא לכך, אסור להשתמש באמצעי כפייה.

רעיון זה, שלפיו אין טעם, בנסיבות מסוימות, לעשות שימוש באמצעי כפייה - אף על פי שמצד הדין הם מותרים, ואף מחויבים - מצוי כבר אצל הרמב"ם. בפסקו את ההלכה המתחייבת מן התלמוד ביחס למינים ולאפיקורסים, כותב הרמב"ם: "מי שאינו מודה בתורה שבעל פה אינו זקן ממרא האמור בתורה, אלא הרי זה בכלל האפיקורסין [ומיתתו בכל אדם]: מאחר שנתפרסם שהוא כופר בתורה שבעל פה [מורידין אותו] ולא מעלין והרי הוא כשאר כל האפיקורסין והאומרים אין תורה מן השמים והמוסרין והמומרין. שכל אלו אינם בכלל ישראל ואין צריך לאדם לא עדים ולא התראה ולא דיינים [אלא כל ההורג אחד מהן עשה מצווה גדולה והסיר המכשול]"

לפי הלכה זו, חמור דינו של אפיקורוס מדינו של כל עבריין אחר. וכל ההלכות שתכליתן להרחיק עד כמה שאפשר המתת אדם - אפילו בבית דין - כמו הדרישה לעדים והתרעה, אינן חלות כאן, ולמעשה אין כלל צורך בבית דין ומיתתו של העבריין היא בידי כל אדם.

אין ספק, שהחומרה הרבה שבה מתייחסת ההלכה לאפיקורסים, נובעת מהחשש לפגיעה במעמדם של חכמים - מה שעלול להביא להרס התורה כולה - והמגמה להרתיע אחרים מללכת באותה דרך. ואולם, השימוש בעונש חמור כאמצעי הרתעה יפה רק ביחס למקרים חריגים, ולא ביחס למקרים שהם בגדר של תופעה חברתית.

משרבו הרוצחים - ארבעים שנה לפני חורבן הבית - בטלו דיני נפשות מישראל, וזאת לא משום שהסנהדרין בטלה, אלא משום שהיא נקטה תכסיס שימנע את הצורך לדון דיני נפשות. לעניות דעתי, הטעם לכך הוא שאם מדובר בעבריינות כתופעה חברתית, אי אפשר להשתמש בעונשים הרגילים הקבועים בחוק ושמטרתם הרתעה, כשסיכויי הצלחתה של זו מפוקפקים. על פי מדיניות הענישה שבהלכה, פעמים שמוטל על הרשויות המוסמכות להעלים עין מעבריינים.

בדרך זו מסביר הרשב"א את הימנעותה של הסנהדרין מלדון דיני נפשות לפני החורבן: "אי אפשר לנהוג בכל האנשים במידה אחת. וזכור נא ענין דוד אדונינו מלכינו אשר נהג להעלים עינו מיואב ושמעי ואף על פי שהיו בני מוות, והטענה שאמר: "כי היום ידעתי שאני מלך על ישראל", כי לכל זמן מזומן, והעלמת עין מן העובר לעתים מצווה, והכל לפי צורך השעה... והנך רואה כי גלתה סנהדרין ממקומה... כדי שלא יצטרכו לרבות בדיני נפשות מפני שראו שרבו הרצחנים, כל שכן אנו שאין בנו כוח מדין תורה לדין בדיני נפשות, ואף לו בדיני קנסות, אלא לצורך השעה".

בזמנו של הרמב"ם (ואף קודם לכך), האפיקורסות היתה תופעה חברתית, ולא מעשה של יחידים. במצרים חיה זה דורות רבים קהילה גדולה של קראים, שמבחינת ההגדרה

ההלכתית הרי הם אפיקורסים. יישומה של הלכת התלמוד הנוגעת לאפיקורסים במציאות זו, משמעותה הייתה צריכה להיות: פעולות חיסול המוניות של אותם אפיקורסים - הקראים בני אותו הזמן. ואולם, הרמב"ם פסק שאין ליישם הלכה זו על הקראים, וכן כתב:

"במה דברים אמורים, באיש שכפר בתורה שבעל פה במחשבתו ובדברים שנראו לו, והלך אחר דעתו הקלה ואחר שרירות לבו, וכופר בתורה שבעל פה תחילה כצדוק ובייתוס וכן כל התועים אחריו. אבל בני התועים האלה ובני ביניהם שהדיחו אותם אבותם ונולדו בין הקראים וגדלו אותם על דעתם, הרי הוא כתינוק שנשבה ביניהם וגדלוהו ואינו זריז לאחוז בדרכי המצוות, שהרי הוא כאנוס, ואף על פי ששמע אחר כך שהוא יהודי וראה היהודים ודתם הרי הוא כאנוס שהרי גדלוהו על טעותם. כך אלו שאמרנו האוחזים בדרכי אבותם הקראים שטעו. לפיכך ראוי להחזירן בתשובה ולמשכם בדברי שלום עד שיחזרו לאיתן התורה".

לשיטת הרמב"ם כל האפיקורסים שבזמנו היינו הקראים - אין לנהוג בהם על פי דיני התלמוד, כיוון שהם מוגדרים כולם כתינוקות שנשבו, והרי הם אנוסים, בהיותם שבויים בדעותיהם; ביחס לאלה, אין טעם, וגם אין הצדקה, לשימוש באמצעי ההרתעה החמורים הנ"ל, שלא ישיגו את מטרותם. אלא דרך הטיפול בהם היא "להחזירן בתשובה ולמשכם בדברי שלום עד שיחזרו לאיתן התורה".

כאן כדאי להעיר, שכפיית כל ישראל לילך בדרך התורה היא - על פי שיטת הרמב"ם בסוף "הלכות מלכים" - מן הסימנים שבהם עתיד להיבחן המלך המשיח.

בשיטה זו, שאין לכוף על המצוות אלא במציאות שבה הציבור נשמע לקול המוכיחים, מחזיק גם מהר"ם מינץ, שכתב ביחס למי שסירב למלא אחר המוטל עליו:

"אף על גב דמדינא היה מחוייב הרב לכוף... לעשות תשובה ולקיים העשה, דאמרינן: מאן דלא מקיים מצוות עשה מכין אותו עד שתצא נפשו... הני מילי בדורות הראשונים שלא היה הדור פרוץ ושמעו לקול מוכיחים, גם חשו על זילותא דידהו וקיבלו עליהם תוכחת מוסר - יש מכח יראת בני אדם, ויש מכח כובדם וכבוד בניהם, ויש מכח יראת חטא. אבל עתה נתקיים בנו... בעקבות משיח חוצפה יסגה.. לכך צריכים אנו לקיים בנו... כשם שמצווה על אדם שלא לומר דבר שלא נשמע... לכן אנו יתמי דיתמי, גלוי וידוע שאין בידינו למחות מפני כמה טעמים הגלויים והמפורסמים".

זה גם היסוד לשיטת ה"אור שמח" ביחס לדין "כופין על המצוות" במציאות של ימינו. כשם שדין התלמוד בדבר האפיקורסים אינו נוהג בקראים, כך גם דין התלמוד של "כופין על המצוות" אינו נוהג במי שאין כל סיכוי שיקיים את המצווה.

אף מרן הרב קוק מחזיק בדעה שאין לקיים במציאות החברתית של היום את הדינים הנוגעים לאפיקורסים. דעתו היא שדינים אלה חלים רק על אפיקורוס גמור, המחליט להפך מן האמונה הדתית, אבל לא בכופר מחמת הספק, וכיוון שאין למצוא בימינו כופרים מתוך ודאות, ממילא אותם דינים אינם חלים עליהם. כמו כן מצדד הרב קוק בהגדרתם של החילוניים שבימינו כאנוסים גמורים "מפני שיבושי הדעות ומיעוט השפעה לברר דרך הישרה לנבוכים". סביר להניח - לאור גישה עקרונית זו - שאף ביחס לדין "כופין על המצוות", יסבור הרב קוק שאין לקיים הלכה זו ביחס לאלה המגדירים עצמם כחילוניים במציאות של ימינו.

אכן, הרב קוק כאב מאוד את המציאות החברתית שבימיו:
 "קשה, קשה מאוד לאהוב איש מישראל שעובר בשאט נפש על חוקי תורתנו הקדושה... כל
 זמן שאנו יודעים שפלוגי שהוא אחינו בן בריתנו אוכל את שהוא פגול לנו, או מחלל שבתות ה'
 ומועדיו... המחץ גדול מאוד, הכאב נוגע עד הנפש ולא יוכל להרפא".

ואולם, הרב קוק דגל בשכנוע בדרכי נועם, שכן התפלמסות חריפה לא תשיג שום תוצאות,
 כדבריו באיגרת משנת תרס"ט:

"זה לא יועיל מאומה תועלת של אמת, כי אם יזעזע את הלבבות זעזועים ארעיים, שהם
 עלולים להביא מדנים ורתיחת דמים, לא אורה ומנוחה".

לפיכך צידד הרב קוק בכך, שגם פעולות השלטון תודרכנה על ידי המגמה של דרכי נועם ולא
 על ידי הדרך של מקל חובלים:

"יש יתרון גדול להנהגת הנעימות והרוך, מפני שכיוון שיותר קרובה היא הפעולה הפרטית
 להעשות על ידי אמירה רכה, הלא עצם הפעולה הטובה בעצמה תהיה העוזרת גם כן
 להדרכה הכללית, על כן צריך למימרינהו בניחותא, כי היכי דליקבלינהו מיניה ותצא התועלת
 הקרובה, ומזה תצא גם כן התועלת הרחוקה".

ברוח דבריו הנזכרים לעיל של הרמב"ם קבע בדורנו גם החזון-איש, ביחס לאפיקורסים
 שבימינו, שאין ליישם בהם את הלכת התלמוד שאותה פסק הרמב"ם כאמור לעיל. ואלו
 דבריו:

"ונראה דאין דין מורידין אלא בזמן שהשגחתו יתברך גלויה כמו בזמן שהיו נסים מצויין
 ומשמש בת קול, וצדיקי הדור תחת השגחה פרטית הנראית לעין כל, והכופרין אז הוא
 בנליזות מיוחדת בהטיית היצר לתאוות והפקרות, ואז היה ביעור רשעים גדרו של עולם,
 שהכל ידעו כי הדחת הדור מביא פורענויות לעולם ומביא דבר וחרב ורעב בעולם. אבל בזמן
 ההעלם, שנכרתה האמונה מן דלת העם, אין במעשה הורדה גדר הפרצה אלא הוספת
 הפרצה, שיהא בעיניהם כמעשה השחתה ואלימות ח"ו, וכיון שכל עצמנו לתקן אין הדין נוהג
 בשעה שאין בו תיקון, ועלינו להחזירם בעבותות אהבה ולהעמידם בקרן אורה במה שידינו
 מגעת".

לפי הסברו של החזון איש, השימוש באותם אמצעים חמורים ביחס לאפיקורסים הוא נכון
 כשהחברה בכללותה מקבלת אמצעים אלה כ"גדרו של עולם". אבל כשאמצעים אלה נתפסים
 על ידי החברה כמעשי אלימות, הרי שאין בהם כדי לתקן מאומה, אלא להפך - הדבר יגביר
 את הפרצה, וכיוון שמטרת הדין היא לתקן, אין ליישמו במציאות חברתית כזו שלא יהא בכך
 משום תיקון, אלא דרכי הטיפול הן אלה שמציע הרמב"ם - "להחזירם בעבותות אהבה".
 דומה, שדברים אלה יפים גם ביחס לדין "כופין על המצוות" במציאות ימינו.

בדרך זו הולך גם הרב שאול ישראלי, והוא מוכיח זאת מתוך שיטת הרמב"ם עצמו בדין כפייה
 לקיים מצוות.

כאמור בדברינו לעיל, הרמב"ם לא פסק הלכה כללית בעניין כפייה לקיום מצוות. אבל ביחס
 לכפיית גט שאף היא כפייה לקיום מצווה גילה הרמב"ם דעתו באילו נסיבות יש הצדקה

לכפייה. שם כתב הרמב"ם, שרק אם החייב לגרש אומר "רוצה אני", יש אפשרות לכפותו לגרש, וזאת, על יסוד ההנחה שבאמירה זו מתגלה רצונו האמיתי, שהרי הוא "רוצה להיות מישראל, ורוצה הוא לעשות כל המצוות ולהתרחק מן העברות, ויצרו הוא שתקפו, וכיוון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני, כבר גירש לרצונו".

והנה כמה מהפוסקים העלו, שמאחר שכשרותו של הגט תלויה בהנחה שהמגרש "רוצה לעשות כל המצוות ולהתרחק מן העבירות", אם כן כשהמגרש הוא מומר, ואי אפשר להניח לגביו הנחה זו, הרי שלא ניתן לכפותו לגרש. כך, למשל, כתב מהריט"ץ בתשובותיו: "משמע [מדברי הרמב"ם], שמי שהמיר, הרי אינו רוצה להיות מישראל, שכבר יצא מן הכלל, ולא שייך טעם זה, הלכך יהא גט בטל אם הוא מומר שאנסו אותו לגרש... דלא שייך טעמא דכתב הרמב"ם: "כיון שרוצה להיות מישראל".

יוצא אם כן, שכל הדין הזה של כפייה לקיום מצוות אינו שייך אלא במי שמקבל עליו עול מצוות.

על יסוד זה כתב הרב שאול ישראלי:

"אם כן, כל דין כפייה אינו שייך אלא במי שרוצה לעשות כל המצוות ולהתרחק מן העבירות. אבל בכגון הללו שבדורנו, שאי עשיית המצווה נובעת מתוך חוסר אמונה בתורה ומצוות, אף על פי שמצד אחד נראה שאין להם דין מומרים... כמו שכתב הרמב"ם לעניין בני הקראים... מכל שכן בדורנו שהחינוך והסביבה משפיעים על הרבה בכיוון שלילי בחינת תינוק שנשבה... מכל מקום לא שייך בהם הדין שיש על בית הדין (או על אלה הפועלים מכוח שליחותיהו), לכופם בהכאה וכיוצא בזה, שזה אינו שייך אלא באלה שרוצים לעשות כל המצוות, מה שאין כן הללו שאינם מכירים בערך המחייב שבמצוות, הרי גם אם תגבר ידינו עליהם על ידי הכאה, לא ישתכנעו באמיתת המצוות ולא יסכימו להם מרצון. ממילא כל המטרה שבכפייה לא תושג על ידי הכפייה... לדעת הרמב"ם, המטרה המושגת בכפייה היא רק לאחר שיאמר "רוצה אני" והוא בדרך כלל שומר מצוות, אולם לגבי חסרי אמונה אין חובת כפייה וממילא אין גם רשות כפייה. בפרט על פי מה שהסביר באור-שמח...אם ברי לנו שעל ידי הכאה זו לא יעשה המצוה, אסור לנו לנגוע אפילו בשערו".

לא למותר להוסיף ולציין, כי חוסר התוחלת מהווה שיקול ענייני גם בסוגיה של מצוות התוכחה - נושא קרוב לענייננו - שם נפסקה הלכה: "ואם יודע שאין דבריו נשמעין, לא יאמר ברבים להוכיחן רק פעם אחת, אבל לא ירבה בתוכחות מאחר שידוע שלא ישמעו אליו".

וב"ערוך השולחן" כתב:

"ודע, שכל זה הוא בישראל המאמין, אלא שיצרו תקפו לעשות, ובזה שייך תוכחה, אבל הפוקרים בדברי חז"ל - באלו אין שייך תוכחה, שהרי הם מינים ואפיקורסים ואין להתוכח עמהם".

נוסף לכל האמור, יש להתייחס לשיקול נוסף במכלול השיקולים הרלבנטיים: מה ערכה - מבחינה הלכתית - של מצווה הנכפית על אדם, ושמטבע הדברים הוא עושה אותה ללא כוונה?

נחלקו חכמי הדורות בשאלה אם מצוות צריכות כוונה, ובלי כוונה אין אדם יוצא ידי המצווה, או שאינן צריכות כוונה ויכול אדם לצאת ידי המצוות גם ללא כוונה. שתי הדעות מובאות בהלכה ב"שולחן ערוך", ושלא כמנהגו - להביא את הדעות השונות על פי המובא בטור וב"בית יוסף" ולא להכריע ביניהן - זאת הפעם מכריע המחבר במפורש: "וכן הלכה" - וזאת ביחס לדעה שמצוות צריכות כוונה. למיטב ידיעתי זו הפעם היחידה שבה נמצאת הכרעה בסגנון זה בכל ה"שולחן-ערוך", והלא דבר הוא!

אם הלכה היא שמצוות צריכות כוונה (ואין הרמ"א מביא דעה המסתייגת מהכרעה זו), הרי שגם מטעם זה יש להימנע מכפיית מצוות על מי שאינו מקבלן מרצון, וברור לנו שגם אם יכפוהו לקיימן, לא יכוון לשם המצווה.

חקיקה דתית במציאות ימינו

לאור כל האמור, היה אפוא מקום לומר, לכאורה, שכשם שאין לכפות קיום מצווה על אדם מסוים שאינו מאמין כיוון שלא תהא בכך כל תועלת, ויהיה בכך אף משום פרצה, כך גם אין תועלת בהשלטת דיני התורה על כלל האוכלוסייה באמצעות חקיקה, ואולי יש בכך אפילו משום איסור.

ואכן, יש דעה הגורסת כי כל כפייה לקיום מצוות - כולל כפייה באמצעות חקיקה - הנה פסולה בתכלית, בין היתר משום שאין בה כל תועלת מן הבחינה הדתית עצמה, והיא מביאה רק לנזק.

לעניות דעתי, גם אם אין לצדד בהשלטת ההלכה הדתית כולה על כלל האוכלוסייה היהודית בדרך של חקיקה, מכל מקום אין לשלול השלטת נורמות מסוימות מתוך המערכת הדתית, וזאת לאור אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

אילו מגמת החקיקה הדתית הייתה להתערב באורח חייו הפרטיים של כל יהודי, כי אז נכון היה לקיים את הוראותיהם של חכמי ישראל שנזכרו לעיל, שקבעו, שכאשר הכפייה עלולה להרחיק יהודים משמירת מצוות, הרי היא פסולה.

ברם, לא זאת הייתה המגמה שהנחתה את נבחרי הציבור הדתי בנסיונותיהם להביא לחקיקת חוקים מסוימים שיסודם בתפיסת העולם הדתית. מגמתם של אלה הייתה, לתת - באמצעות אותם חוקים - צביון יהודי לאורחות החיים הציבוריים של מדינת ישראל. מגמה זו הייתה מעוגנת בהכרזת העצמאות, שבה נקבע, כי מדינת ישראל היא מדינה יהודית דמוקרטית, והיא מוצדקת שבעתיים כיום, לאחר שהכנסת קבעה את אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה בכמה מחוקי היסוד שלה.

וכך, בראש "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", נקבע הסעיף הבא:

"חוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

על פי סעיף 8 ל"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", אין לפגוע באחת מזכויות היסוד שהחוק קבע, כמו כבודו של אדם, חירותו, פרטיותו וקנייניו, אלא באמצעות חוק שנועד לתכלית ראויה, וההולם את ערכיה של מדינת ישראל, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

המחוקק הכיר אפוא באפשרות, שיחוקק חוק הפוגע בזכויות יסוד של האדם, ובלבד שיהא עומד באמות המידה המתחייבות מערכיה של מדינת ישראל. אילו הם ערכיה של מדינת ישראל? התשובה לכך ניתנת בסעיף הראשון של החוק, שהגדיר את ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לאמור: ערכיה של מדינת ישראל הם ערכים יהודיים וערכים דמוקרטיים. אילו המבחן היחיד לבדיקת כשרותו של חוק הפוגע בזכות יסוד של האדם היה המבחן הדמוקרטי, כי אז אפשר שלא היה מקום לשיקולים נוספים, פרט לשיקולים הרלבנטיים לצורך המבחן הדמוקרטי. ואולם, משקבע המחוקק כי על החוק הפוגע למלא גם אחרי המבחן של מדינה יהודית, הרי זוהי מצוות המחוקק לדון בשאלת כשרותו של חוק כזה גם לאור השיקולים המתחייבים מהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית.

אכן, קיימת דעה - והיא דעתו של נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק, שלפיה הערכים היהודיים שלאורם צריך להיבחן אופייה היהודי של המדינה, הם רק אותם ערכים העולים בקנה אחד עם עקרונות הדמוקרטיה, וכלשוננו, בין יתר דבריו: "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם אותם ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית, ואשר צמחו מתוך המסורת וההיסטוריה היהודית".

ברם, דעה זו קשה להלכה. אילו סבר המחוקק כי קנה המידה היחיד הוא עקרונות הדמוקרטיה, מיותר היה לקבוע בחוק גם את אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. ועל כל פנים, היה לו למחוקק לקבוע כי יהדותה של המדינה היא משנית להיותה מדינה דמוקרטית. כיוון שלא כך קבע המחוקק, יש לפרש את החוק כפשוטו: יש לתת לפחות דרגת שוויון לשתי אמות המדינה הללו, ועל השאלה: מהו ערך יהודי יש לתת תשובה יהודית פנימית, בלא קשר למבחנים של מושגי הדמוקרטיה, בדיוק כמו שלא ייתכן להגדיר את ערכי הדמוקרטיה על פי מבחנים חיצוניים שלא מעולמה של הדמוקרטיה. וכבר עמד על נקודה זו בהרחבה השופט מנחם אלון, ולעניות דעתי הדין עמו.

לאור זאת, אם תישאל השאלה: כלום יש הצדקה לחקיקת חוק הנושא אופי דתי, בהיותו פוגע בזכויות יסוד של האדם המוגנות בחוק, יש לבחון לא רק את השאלה אם החוק עומד באמות המידה המתחייבות מהיותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית, אלא גם את השאלה: האם החוק עומד באמת המידה המתחייבת מהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית. זאת, כאמור, על פי מצוות המחוקק.

זאת ועוד: נראה לעניות דעתי, שמאחר שבחוקי היסוד הוקדם מעמדה של מדינת ישראל כמדינה יהודית למעמדה כמדינה דמוקרטית, יש ליתן עדיפות לערכים יהודיים כשאלה מתנגשים עם ערכי הדמוקרטיה. שהרי לא בכדי נקט המחוקק בסדר זה ולא בסדר ההפוך, וזאת כדי להדגיש את עובדת מהותה היהודית של המדינה כדוחה שיקולים העלולים לשים לאל את יהדותה של המדינה, גם אם הם עולם בקנה אחד עם עקרונות הדמוקרטיה.

לכן נראה לי, שאם יוחלט שחוק השבות אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות הדמוקרטיה, באשר אין זה צודק להקנות זכות התאזרחות אוטומטית ליהודי שבא מרוסיה, שלא היה לו ולמשפחתו קשר כלשהו עם ארץ ישראל, ולשלול זכות זו מערבי שהוא או משפחתו התגוררו בעבר בארץ ישראל, יש לקבוע שיהדותה של המדינה קודמת, ועקרונות הדמוקרטיה נדחים מפניה. שכן, אם תתקבל טענה כזו, ותוכר "זכות השיבה" לפליטים הערביים, ויבוטל חוק השבות, עתידה ישראל לחדול להיות מדינה יהודית ולהפוך למדינה חילונית-דמוקרטית - דבר העומד בניגוד לכוונת המחוקק, שנתן למדינה מעמד של מדינה יהודית, יחד עם היותה - במקום שני - מדינת דמוקרטיה.

דומה בעיני, שאמת המידה הזו, שלאורה יש לבחון את ההצדקה לקיומו של חוק השבות, צריכה לשמש גם לצורך בחינת החוקים שיש בהם יסודות של כפייה דתית.

נחזור לנקודת המוצא שלנו: האם יש הצדקה הלכתית לחקיקה הכופה נורמות דתיות על מי שאינו מקבל על עצמו את עולה של ההלכה היהודית?

לאור האמור בדברינו לעיל, כעיקרון, אין לכופ במציאות ימינו קיום מצוות על מי שאינו רואה עצמו מחויב להן. יש לשלול, לעניות דעתי, חקיקה שתכליתה היא לכפות על הפרט התנהגות הממלאה אחר הציווי הדתי.

ואולם, אין לפסול חקיקה שתכליתה שמירת אופייה היהודי של מדינת ישראל, ושמירת עצם קיומה כמדינה יהודית, גם אם כתוצאה מכך נפגעות זכויות כאלה ואחרות של האזרח.

חוק שיפוט בתי הדין הרבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג 1953 - הוא החוק המטיל על כלל האוכלוסייה היהודית במדינה את מרותם של חוקי ההלכה בתחומי הנישואין והגירושין - יכול לשמש דוגמה טובה לכך, לדעתי.

מטרתו של חוק זה לא הייתה להכתיב לאזרח היהודי דרכי התנהגות בתחום חייו הפרטיים. אילו זו הייתה מגמת המחוקק, כי אז הוא לא היה מסתפק במצוות העשה של עריכת נישואין וגירושין של יהודים על פי דין תורה, אלא היה גוזר גם על קיום האיסורים הדתיים של חיי אישות בין בני זוג האסורים זה בזה גם ללא קיום קשר נישואין. מטרתו של חוק זה היא למנוע קרע חמור בחברה הישראלית - קרע העלול להתרחש אם תונהג בישראל שיטה של נישואין וגירושין אזרחיים - דבר שיגרום להיווצרותן של שתי חברות שלא תבואנה בקשרי נישואין האחת עם רעותה - מצב שהיה קיים במשך מאות בשנים כתוצאה מהיווצרותה של כת הקראים. הנסיון ההיסטורי שיש לעם ישראל עם תופעת הקראות, אינו מצדיק מהלך שיחזיר את הגלגל אחורנית וכניס לחיינו מציאות שהיתה קיימת בקהילות שונות שבהן חיו קבוצות של יהודים "רבניים" ו"קראיים" שלא יכלו להתחנך אלה באלה. מציאות זו כמעט שעברה ובטלה מן העולם, ואין לעשות מעשה שיהא בו כדי לחדשה, וזאת גם אם יש בחוקים מסוימים פגיעה מסוימת בחופש הפרט של היחיד, וכבר עמדתי על פרטי הדברים במאמרי הנזכר לעיל. כדי להקטין את מידת הפגיעה בזכויות הפרט, מכירה שיטת המשפט בישראל בנישואין פרטיים הנערכים בישראל בין פסולי חיתון, בנישואין אזרחיים הנערכים למעשה בישראל והמוכרים על ידי מדינות חוץ. כמו כן מעניק המחוקק הכרה בזכויות של "ידועים בציבור" כנישואים, גם אם לא באו בכלל בברית הנישואין. כל זאת נעשה כדי להקהות מחריפותה של בעיית הפגיעה בזכויות הפרט, ויחד עם זאת לקיים מסגרת חוקים כוללת של נישואין וגירושין שתהא תואמת את אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, שתמנע משברים חברתיים חמורים שאת אחריתם אי אפשר לחזות מראש.

כמו כן, דומה שאין לפסול חוקים מסוימים שמטרתם לשמור על דמותה היהודית של המדינה, כמו חקיקה שתכליתה למנוע פתיחת עסקים בשבת - חוקים שניתן לבססם לא רק על הנורמה הדתית כשלעצמה, אלא גם על שיקולים חברתיים, כצורכי הציבור ושלומו הציבורי החי באותו מקום.

כיוצא בזה, חוק איסור מכירת חמץ במקומות ציבוריים. חוק זה לא בא לאסור על הפרט אכילת חמץ בפסח. אילו זו היתה מטרת החוק, הייתה בכך משום התנגשות לא רק עם עקרונות הדמוקרטיה, אלא גם עם עקרונות ההלכה היהודית עצמה, השוללת אכיפת קיום מצוות בכוח, במציאות ימינו. מטרת החוק היא לקיים בימי הפסח צביון יהודי לפרהסיא של המדינה, ואם זו המטרה של החוק - הרי שגם אם פרט זה או אחר רואה עצמו נפגע מכך, ולדעתו אין הדבר מתיישב עם היותה של ישראל מדינה דמוקרטית, אין בכך כלום, וזאת בהתאם להוראת המחוקק עצמו, שנתן להיותה של המדינה, מדינה יהודית, מעמד בכורה.

בדרך זו יש לבחון, לעניות דעתי, כל חוק שבו יש יסודות של כפייה דתית, ואשר לגביו מתעוררת בעיית ההתנגשות בין היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ובין היותה מדינה דמוקרטית. ההצדקה לקיומו של חוק כזה היא אך ורק בתנאי שהוא משרת את המטרה של עיצוב דמותה הציבורית של ישראל כמדינה יהודית, או שהוא נחוץ לעצם קיומה של המדינה יהודית. בנסיבות כאלה, יש הצדקה לקיומו של החוק גם מנקודת מבטו של המחוקק הישראלי, ובכך מצדדת גם ההלכה היהודית. אבל בנסיבות שבהן כל מטרת החוק היא לאכוף את קיום מצוות הדת, בלא שהדבר משרת את אחת המטרות הנ"ל, הדבר נשלל על ידי ההלכה היהודית, וממילא גם על ידי המחוקק הישראלי, שכן חקיקה כזו אין בה משום הגשמתו של ערך יהודי.

מובן מאליו, שלא ניתן לכלול כלל אחד ביחס לסוגיה סבוכה זו. על נבחרי הציבור ונציגיו בכנסת וברשויות המקומיות לשקול כל הצעת חוק שיש בה כפייה של נורמה דתית על כלל הציבור, ולבחון את השאלה: האם יש שיקולים חברתיים ואחרים אשר מחמתם מן הראוי להשליט נורמה זו על כלל הציבור, או שמא מחייב השיקול הדתי עצמו להימנע מהשלטת אותה נורמה על כלל הציבור, משום שלא יהא בה כדי לקרב, אלא היא עלולה, חלילה, לרחק - תוצאה שההלכה היהודית בוודאי אינה מעוניינת בה.