

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

שפיטת רגשות כשיפוט – הצעה חדשה לניתוח רגשות דתיים במשפט

המנהלי

מתן בלוך פינקלמן¹

תקציר

במסגרת עילת השיקולים הזרים, ישנם שיקולים רבים שנחשבים כרלוונטיים (ולא זרים), אף שאינם מהווים תכלית ספציפית של הסמכות שהעניק המחוקק לרשות, משום שהם נתפסים כתכלית כללית שהרשות יכולה ונדרשת לשקול בכל החלטה. אחת התכליות הללו היא פגיעה ברגשות הציבור, ובפרט פגיעה ברגשות דתיים – מותר לרשות להביא במסגרת שיקוליה פגיעה שתיגרם לרגשות הציבור הדתי כתוצאה מקבלת החלטה מסוימת. אין פירושו של דבר שהכרעה לפי שיקול זה תישפט כסבירה, אלא רק שעצם ההסתמכות על שיקול זה אינה מהווה טעם לפסילה; בפועל, פעמים רבות החלטות שכאלו נפסלות בשל חוסר סבירות. אולם, קביעה זו אינה גורפת: לפי פסיקת בית המשפט, לא ניתן להביא בחשבון פגיעה ברגשות דתיים שנובעת מעצם הידיעה על כך שמישהו מפר את ההלכה, אלא רק פגיעה הנובעת מהיתקלות ממשית בהפרה שכזו. למרות קסמה האינטואיטיבי, קשה לנמק חלוקה שכזו: אם המטרה היא להגן על רגשות הציבור, נדמה שהסוגיה הנדונה צריכה להיות עוצמת הפגיעה (שתיבחן בסבירות ההחלטה), ולא הגורם לפגיעה. ואכן, בגישות הקלסיות בפילוסופיה של הרגשות, שאחת המרכזיות שבהן – גישת התחושות הפיזיות של הפסיכולוג ויליאם גיימס – מודגמת במאמר, קשה מאוד להסביר חלוקה זו. עם זאת, גישתה של הפילוסופית מרתה נוסבאום, שתופסת רגשות כאשרור של רצף רשמים והנחות על העולם החיצון, יכולה לסייע לנו בנתינת פשר לחלוקה זו. לפי גישה זו, בית המשפט מפרק את הרגש לרצף טענות על העולם, ובהחלטתו למנוע התבססות על רגשות מסוימים הוא תוקף סוג מסוים של הנחות. כמובן, תקיפה שכזו מחייבת הצדקה; אולם הגישה מאפשרת הנמקה מבוססת לחלוקה שעורכת הפסיקה. גישה זו יכולה להסביר גם התייחסויות נוספות של הפסיקה לרגשות, שבלעדיה נראות מעט תלושות.

¹ ראשיתו של מאמר זה בעבודה שנכתבה במסגרת הסמינר "סוגיות מתקדמות במשפט ופילוסופיה", בהנחיית פרופ' אורי הרשטיין. המחבר מבקש להודות לפרופ' הרשטיין, לתלמידי הסמינר - חברי המחזור הראשון של תוכנית "מכפ"ל במשפטים", ולאלישבע פינקלמן-בלוך, שהרעיון למאמר נולד בשיחה איתה.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

תוכן

1.....	תקציר	
2.....	מבוא	1.
4.....	עילות התערבות במשפט המנהלי ורגשות דתיים	2.
4.....	א.א רקע – עילות התערבות במשפט המנהלי	2.
4.....	שיקולים זרים	4.
5.....	סבירות	5.
6.....	ב.2 רגשות הציבור הדתי במשפט המנהלי	6.
8.....	ג.2 הקושי והפתרונות המוצעים לו	8.
12.....	גישות להגדרת רגשות	3.
13.....	א.3 רגשות כתחושה פיזית	3.
15.....	ב.3 רגשות כשיפוט	3.
17.....	ג.3 השוואה בין הגישות	3.
19.....	הצעת פתרון – דחיית הנחות בלתי קבילות	4.
19.....	א.4 הקושי בגישה הגיימסיאנית	4.
20.....	ב.4 פתרון על בסיס גישה של נוסבאום	4.
24.....	סיכום	5.

1. מבוא

רגשות נחשבים כדבר מה "לא מדעי", ויש הרואים בהתחשבות בהם חוסר מקצועיות. נטען נגדם שהם מעמעמים את התבונה ואת הרציונליות,² ושהפגנתם ועיסוק בהם אינם יאים לאדם רציני. היו שנטו להתייחס אל הרגשות כאל תחום שלפילוסוף אין טעם של ממש לעסוק בו.³

² דקארט, למשל, ראה בהם השפעות גופניות שעלולות להביא לטעויות מחשבתיות: Amy M. Schmitter, *Descartes on the Emotions*, STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, Apr 2021, at 8.

³ ראו למשל את ניתוח עמדתו של אפלטון ביחס לרגשות אצל Jing Zhu & Paul Thagard, *Emotion and Action*, 15 PHILOS. PSYCHOL. 19, 20 (2004): "[in Plato] [...] emotion is inferior: emotions are primitive and disruptive to the normal and optimal function of mind. Third, emotion should be under the control of reason for the sake of our normal activities of thought and action".

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

למרות זאת, בפועל, לרגשות יש תפקיד משמעותי מאוד בחיינו, והם מקבלים מקום נרחב בענפי משפט רבים, כמו בדיני הנזיקין,⁴ במשפט הפלילי⁵ ובדיני הקניין הרוחני.⁶ תחום משפטי נוסף שבו הרגשות נוכחים, ושבו יתמקד מאמר זה, הוא המשפט המנהלי. כאשר המדינה – באמצעות אחת מרשויותיה המנהליות – מקבלת החלטה, לבית המשפט המנהלי. כאשר המדינה – באמצעות עילות ההתערבות שנקבעו במשפט המנהלי. עילת השיקולים הזרים קובעת כי על הרשות לשקול אך ורק את השיקולים הרלוונטיים לנושא ההחלטה, ולא להתחשב בעניינים שאינם רלוונטיים.⁷ ניסיון להימנע מפגיעה ברגשות הציבור, ובכלל זה ברגשות דתיים (כלומר, רגשותיהם של אנשים דתיים מתוקף היותם כאלה), נחשב כשיקול לגיטימי, שהתחשבות בו אינה מהווה עילה לפסילת ההחלטה המנהלית.

אולם, קביעה זו אינה גורפת, ולא כל פגיעה ברגשות דתיים יכולה להוות שיקול רלוונטי במסגרת ביסוס ההחלטה המנהלית. כפי שיפורט להלן, כאשר הפגיעה ברגשות נובעת מהיתקלות של הנפגע באירוע ממשי, ניתן להתחשב בפגיעה שהוא חווה. אולם, כשרגשותיו של האדם המאמין נפגעים רק משום שהוא יודע על כך שאדם אחר עובר על ההלכה, לא ניתן להתחשב בפגיעה זו כשיקול בקבלת ההחלטה המנהלית.⁸ קביעה זו נראית על פניה אינטואיטיבית ומתבקשת, אולם במבט מעמיק יותר, קשה למצוא לה הצדקה של ממש ברמה הפילוסופית וברמה המשפטית, ודרכו של בית המשפט נראית בלתי מובנת.

כדי להתמודד עם גישה זו אציג שתי תאוריות מתחום הפילוסופיה של הרגשות. הגישה הראשונה, של הפסיכולוג ויליאם גיימס, מנתחת את הרגשות כאוסף של תחושות פיזיות שאותן בעל הרגש חש. הגישה השנייה, של הפילוסופית מרתה נוסבאום, מנתחת את הרגש כפעולת שיפוט ביחס לאמיתותן של הנחות מסוימות. במאמר אטען שגישתו של גיימס רק מעצימה את הקושי האמור. לעומת זאת, גישתה של נוסבאום מאפשרת הסתכלות חדשה על עמדתו של בית המשפט ונותנת בסיס שעל פיו ניתן להסבירה.

בפרק הראשון של המאמר אסקור את עילות ההתערבות השונות במשפט המנהלי, בדגש על עילת השיקולים הזרים ועל עילת הסבירות. אציג את האופן שבו בית המשפט מתייחס לעילת הרגשות הדתיים ואת הקושי הנובע מהתייחסות זו. אעלה כמה הצעות לפתרון הקושי ואראה מדוע הן אינן מסייעות לפתרון הבעיה. בפרק השני של המאמר אציג את גישתו של גיימס ואת גישתה של נוסבאום ואעמוד על הדומה ועל השונה בין גישותיהם. לבסוף, בפרק השלישי, אראה כיצד גישתו של גיימס מגבירה את עוצמת הבעיה, ואילו בגישתה של נוסבאום ניתן למצוא פתרון.

⁴ במסגרת ראש הנזק של עוגמת נפש, ראו למשל ע"א 4500/90 **הרשקו נ' אורבך**, פ"ד מט(1) 419, 431 (1995).
⁵ בייחוס חשיבות לרגשי חרטה מצד הנאשם, ראו למשל ע"פ 1399/91 **ליבוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(1) 177, 183–184 (1993).

⁶ באפשרות להעניק פיצוי על פגיעה בזכות המוסרית – ע"א 2790/93 **Eisenman נ' קימרון**, פ"ד נד(3) 817, 845–846 (2000).
⁷ דפנה ברק-ארז **משפט מנהלי** כרך ב 635 (2010), וראו גם בג"ץ 11298/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת**, פ"ד נט(5) 865 (2005), שם נדון מקרה שבו נפסק כי בבואה להחליט אם לשלול את חסינותו של ח"כ מפני הליך פלילי, על הכנסת לבחון אך ורק אם הגשת כתב האישום נגדו נבעה מטעמים פוליטיים – שיקול אחר, ובכלל זה ביקורת מקצועית על החלטת היועץ המשפטי לממשלה שהגיש את כתב האישום, מהווה שיקול זר ששקילתו מביאה לפסילת ההחלטה.
⁸ ברק-ארז, לעיל ה"ש 7, עמ' 650.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

2. עילות התערבות במשפט המנהלי ורגשות דתיים

בפרק זה אסקור את עילות ההתערבות במשפט המנהלי, בדגש על עילת השיקולים הזרים ועילת הסבירות. לאחר מכן, אציג את האופן שבו בית המשפט מתייחס למקרים שבהם הרשות המנהלית מתחשבת בהחלטותיה באפשרות שרגשות דתיים ייפגעו ואטען שבמבט ראשון, התייחסות זו אינה קוהרנטית. לבסוף, אציג את ההצעות שהועלו בפסיקה ובספרות לפתרון חוסר הקוהרנטיות האמור ואסביר מדוע הן אינן מספקות לו הסבר הולם.

2.א רקע – עילות התערבות במשפט המנהלי

המשפט המנהלי עוסק בביקורת על רשויות מנהליות, כלומר על רשויות מטעם המדינה המקבלות החלטות: משרדי הממשלה, רשויות מקומיות, בתי דין וכיוצא בזה. לרשויות המנהליות יש חובות מיוחדות, ובית המשפט בוחן אם החלטותיהן עמדו בחובות הללו בעקבות עתירות המוגשות אליו. להלן נסקור בקצרה שתיים מן העילות המרכזיות אשר אליהן נתייחס בהמשך המאמר: שיקולים זרים וסבירות.

שיקולים זרים

לפי עילת השיקולים הזרים, שהיא מהעילות הוותיקות במשפט הישראלי, אסור לרשות להתחשב בשיקולים שאינם כשרים ואינם רלוונטיים בבואה לקבל החלטה מנהלית. ההחלטה צריכה להתקבל בהתאם לתכלית של הסמכות שניתנה לרשות, ומבלי להתחשב בשיקולים שאינם שייכים לסמכות הזו.⁹ שיקולים נוספים שניתן להתחשב בהם, מלבד אלו המשרתים את תכלית ההסמכה שקיבלה הרשות מהמחוקק, הם שיקולים כלליים שאותם ניתן ואף ראוי לשקול בכל החלטה, כמו בטיחות בדרכים,¹⁰ שוויון¹¹ וכיוצא בזה.

הדוגמה הקלאסית והחמורה ביותר לשיקולים זרים היא שיקולים המהווים חוסר תום לב: שוחד, העדפת מקורבים, ובמקרה הנפוץ יותר והחמור מעט פחות – ניגוד עניינים.¹² במקרים אלו, מובן שההחלטה התקבלה בגלל שיקולים שלא היה מקום לשקול אותם. לצד זאת, ישנם גם שיקולים זרים שאינם מוגדרים ככאלה משום שהם מהווים שחיתות של ממש, והם עשויים להיתפס כלגיטמיים בהקשרים אחרים, אולם בית המשפט סבור שביחס להחלטה הנדונה לא היה מקום לשקול אותם.¹³ כדוגמה לכך, ניתן לציין השאת

⁹ דפנה ברק-ארז "המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית" משפטים 667, 680–681 (התשס"ז).

¹⁰ בג"ץ 612/81 שבו נ' שר האוצר, פ"ד לו(4) 296, 302 (1982).

¹¹ בג"ץ 953/87 פורז נ' להט, פ"ד מב(2) 309, 322 (1988).

¹² ע"א 6983/94 פחימה נ' פרץ, פ"ד נא(5) 829, פסי 7 לפסק הדין של השופטת שטרסברג כהן (1998); ברק-ארז, לעיל הי"ש 9, בעמ' 693.

¹³ בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151, 1164 (1961).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

רווח כלכלי עבור המדינה,¹⁴ רצון מצד לשכה מקצועית לשמור על יוקרת המקצוע שעל הסדרתו היא מופקדת¹⁵ ועוד.

זיהוי שיקול כזר או כרלוונטי אינו סוף פסוק עבור הבחינה המנהלית. כחלק ממגמת הבטלות היחסית, לפיה בעיה מנהלית אינה מובילה בהכרח לביטולה,¹⁶ שיקול זר כשלעצמו אינו מביא בהכרח לפסילת ההחלטה. זאת, במקרים שבהם שיקולים כשרים אחרים מספיקים לקבלתה גם ללא השיקול הזר,¹⁷ ואם בית המשפט מגיע למסקנה שגם ללא שקילת השיקול הזר הייתה מתקבלת אותה ההכרעה.¹⁸ מנגד, וכפי שאראה בהרחבה בהמשך, העובדה שנשקלו שיקולים רלוונטיים בלבד אינה מבטיחה חסינות להחלטה, והיא עדיין נדרשת לעמוד גם בפני עילות אחרות.

בשולי הדברים, ראוי לציין שעילת השיקולים הזרים היא עילה שקשה להוכיחה מבחינה ראייתית.¹⁹ לפיכך, לעיתים בית המשפט מעדיף את השימוש בעילות שבהן נבחנת תוצאת ההחלטה, כמו סבירות ומידתיות.²⁰

סבירות

הסבירות היא עילה מורכבת ביותר וקשה להגדרה. במקור, היא יושמה במקרים שבהם ההחלטה המנהלית שהתקבלה הייתה בלתי סבירה ולא הגיונית עד כדי כך שהיא חרגה ממסגרת הסמכות שניתנה לרשות המנהלית שקיבלה אותה.²¹ עם זאת, בהמשך פותחה העילה והיא החלה להיות מיושמת במקרים שבהם, לעמדת בית המשפט, הרשות קיבלה החלטה על בסיס שיקולים רלוונטיים, אולם לא איזנה ביניהם ולא נתנה להם את המשקל הראוי להם באופן שחורג ממתחם הסבירות.²² אם שיקול מסוים קיבל משקל נמוך מדי או גבוה מדי במסגרת האיזון בין השיקולים, ההחלטה עלולה להיות מוגדרת כבלתי סבירה.²³ לענייננו, לעילת הסבירות יש חשיבות כהשלמה לעילת השיקולים הזרים. במסגרת בחינת שיקול הדעת המנהלי, עילת השיקולים הזרים בוחנת האם השיקולים שהוכנסו להליך קבלת ההחלטות היו שיקולים לגיטימיים. בשלב הבא, במסגרת עילת הסבירות, נבחנת השאלה אם שיקולים אלו קיבלו את המשקל הראוי להם. כך, עילת הסבירות מאפשרת לפתור מצבים שבהם התקבלה החלטה על בסיס שיקולים לגיטימיים, ולמרות זאת בית המשפט סבור שהתוצאה שהתקבלה אינה לגיטימית. יוער שלאורך השנים

¹⁴ בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 671–672 (2009).

¹⁵ בג"ץ 571/89 מוסקוביץ נ' מועצת השמאים, פ"ד מד(2) 236, 242–243 (1990).

¹⁶ להעמקה בנושא הבטלות היחסית במשפט הציבורי, ראו דפנה ברק-ארוז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" משפטים כד 519, 527 (התשנ"ה).

¹⁷ יצחק זמיר הסמכות המינהלית 746 (התשנ"ו).

¹⁸ בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 459 (2004).

¹⁹ ברק-ארוז, לעיל ה"ש 7, עמ' 670.

²⁰ ראו למשל דבריו של השופט ברק בפסק דינו בעניין מוסקוביץ, לעיל ה"ש 15, בעמ' 247, וראו גם יצחק זמיר הסמכות המנהלית 3541 (2020).

²¹ בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס" 3 לפסק הדין של הנשיאה (בדימוס) חיות (נבו 1.1.2024).

²² מיה רוזמין-אלדור "להסביר פנים לסבירות" 75 שנות עצמאות במשפט 290, 290 (דפנה ברק-ארוז עורכת 2023).

²³ בג"ץ 341/81 מושב בית-עובד נ' המפקח על התעבורה, פ"ד לו(3) 349, 354 (1982).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

נמתחה ביקורת על השימוש שעושה בית המשפט בעילת הסבירות.²⁴ אולם, ניסיונה של הכנסת להגביל את השימוש בעילה זו בוטל בפסיקה של בג"ץ.²⁵

2. ב. רגשות הציבור הדתי במשפט המנהלי

ככלל, פעמים רבות שיקולים דתיים מהווים כמעט באופן אוטומטי שיקול זר. רשויות המנהל, שתפקידן לדאוג לכלל אזרחי ישראל, אינן רשאיות לשקול שיקולים הנובעים מעקרונות דתיים בהחלטותיהן אם לא הוסמכו לכך במפורש. לדוגמה, בעניין **לזרוביץ** נפסק שההגבלות שהוטלו על גידול חזיר לא נבעו מטעמי חלוקה צודקת של מזון, בהתאם לפקודה שעליה הסתמכו, אלא מטעמים דתיים ולאומיים.²⁶ טעמים אלו אינם חלק מהתכלית שהותוותה בחוק שהסמיך את המפקח על המזון, ומשכך הוא אינו רשאי להביאם בחשבון בהחלטותיו – בלי קשר לשאלה אם מדובר בטעמים ראויים.²⁷

גם בהקשרים שבהם שיקולים דתיים מותרים, השימוש בהם מוגבל. לעיתים, המחוקק מסמיך את הממשלה במפורש לשקול שיקולים דתיים-הלכתיים מתוקף אחריות הממשלה על תחומים כמו כשרות, נישואין וגירושין ועוד. אולם, גם במקרים כאלה, בית המשפט הגביל את המדינה לשיקולים ההלכתיים הספציפיים שאותם המחוקק הסמיך אותה לשקול. לדוגמה, בעניין **רסקין** נפסק שהרבנות מוסמכת להעניק תעודת כשרות על סמך שיקולי כשרות בלבד, ואסור לה להתחשב בשיקולים הלכתיים אחרים.²⁸ לפיכך, התחשבות בעניינים הלכתיים שאינם חלק מ"הגרעין הקשה" של הלכות כשרות, כגון מופעי ריקודים המועלים במסעדה, תהווה שיקול זר.²⁹

התחשבות ברגשות הציבור נחשבת, ככלל, כשיקול לגיטימי. רגשות הציבור מופיעים במגוון חוקים כתכלית שרשויות המדינה מוסמכות לפעול להגשמתה. לדוגמה, נקבע כי ניתן להגביל שידורי פרסומת בנושאים מסוימים "בשל היותם פוגעים בטעם הטוב או ברגשות הציבור".³⁰ הם גם נחשבים כשיקול לגיטימי בפסיקה: לדוגמה, בית המשפט אישר את פסילתו של תשדיר בחירות המציג חרדים באופן פוגעני משום שהוא פוגע ברגשותיהם ובכבודם באופן חמור.³¹

גם התחשבות ברגשותיו הדתיים של הציבור נחשבת כשיקול לגיטימי. כך לדוגמה, נפסק כי במסגרת ההתחשבות ברגשות הציבור, מותר לרשויות להתחשב ברגשות הציבור הדתי בהחלטתן אם לקבוע הסדרי תנועה מיוחדים ברחובות מסוימים במהלך שבתות וחגים.³² התחשבות זו, כפי שהבהיר בית המשפט, אינה תלויה בהנחיה מפורשת מטעם המחוקק שמכלילה את הרגשות הדתיים במסגרת התכליות הרלוונטיות

²⁴ ראו, לדוגמה: נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" **השילוח** 18, 37 (2019).

²⁵ בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו 1.1.24).

²⁶ בג"ץ 105/54 **לזרוביץ נ' המפקח על המזונות**, פ"ד י 40, 52 (1956).

²⁷ שם, בעמ' 56.

²⁸ בג"ץ 465/89 **רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים**, פ"ד מד(2) 673, 681 (1990).

²⁹ שם, בעמ' 685.

³⁰ ס' 2188 לחוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, התשי"ן-1990.

³¹ בג"ץ 2194/06 **מפלגת שינוי נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית**, עמ' 11-12 (נבו 2.6.06).

³² ראו למשל בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 37 (1997).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

להפעלת הסמכות. זהו שיקול שנתפס כחלק מההסמכה הכללית של רשויות המנהל ונכלל בשיקולים שהן יכולות וצריכות להביא בחשבון בכל החלטה שהן מקבלות.

חשוב להבהיר: במאמר זה ינותחו רגשות דתיים כשיקול במשפט המנהלי. רגשות דתיים זכו להתייחסות במגוון תחומים במשפט הישראלי ובעולם המשפטי בכלל, בפרט במשפט הפלילי.³³ באופן כללי, על הרעיון שפגיעה ברגשות של אדם אחד מצדיקה הגבלה על התנהגות של אדם אחר נמתחה ביקורת חריפה על ידי כותבים כמו ג'ון סטיוארט מיל (John Stuart Mill), שטען שהגבלה שכזו עלולה להביא לקיצו של הסדר הליברלי.³⁴ אוסיף שרגשות דתיים ורגשות הציבור זכו גם להתייחסות משמעותית מאוד בשיח הציבורי הישראלי האקטואלי, התייחסות שחלקה ביקורתית ביותר גם היא.³⁵

לא כל פגיעה ברגש דתי נחשבת שיקול מנהלי לגיטימי. למרות הקביעה שניתן להתחשב בפגיעה ברגשות דתיים במסגרת קבלת החלטות, נפסק שניתן להתחשב רק בפגיעה שנובעת מהיתקלות ממשית באירוע. כלומר, על פי הפסיקה, מניעת היתקלויות ישירות של אדם דתי בהתרחשויות שעלולות לפגוע ברגשותיו הדתיים היא שיקול לגיטימי. לעומת זאת, פגיעה שהיא תוצאה של ידיעה על כך שאחרים אינם מקיימים מצוות (או כל ידיעה אחרת) אינה יכולה להוות שיקול בקבלת החלטה מנהלית בידי הרשות.³⁶ בית המשפט אינו מאפשר הבאה בחשבון של פגיעה ברגשות דתיים הנובעת ממידע על אודות איציות למצוות ורואה בכך שיקול זר.

בעניין **מיטראל**, לדוגמה, נדונה החלטתה של "הרשות המוסמכת למתן רישיונות ייבוא במשרד התעשייה והמסחר" שלא להתיר ייבוא פרטי של בשר כלל ולייבא בייבוא ממשלתי בשר כשר בלבד. אחת הטענות שעליהן הרשות התבססה הייתה שייבוא פרטי, שיכלול ייבוא של בשר לא כשר, יפגע ברגשותיהם של מאמינים רבים.³⁷ אולם, בית המשפט פסק שלא ניתן להתחשב בכך שרגשותיו של אדם נפגעים מעצם העובדה שהוא מודע לייבוא בשר חזיר ולאכילתו כשיקול שיצדיק איסור על ייבוא חזיר: "עצם העובדה שציבור אחד מחזיק בדעות ובאמונות שונות ומתנהג אחרת, גם אם יש בכך פגיעה ברגשות ציבור אחר, אינה מצדיקה למנוע מהציבור הראשון להמשיך לחשוב, להאמין ולהתנהג בהתאם לאותן דעות, אמונות ומנהגים

³³ זה מאות שנים קיים במשפט עיסוק באיסורים פליליים, ברמה זו אחרת, כלפי פגיעה ברגשות דתיים, וסעיף 173(1) לחוק עונשין, התשל"ז-1977 קובע עונש מאסר בן שנה על אדם ש"מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע בפגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים". למרות שלא הוגשו כתבי אישום רבים בגין עבירה על סעיפים כגון אלו [הדס ברוכיאן **במקום פגיעה ברגשות דת-פגיעה בכבוד האדם** 3 (עבודת סמינריונית בפרויקט הסמינר של כתב העת עיוני משפט, אוניברסיטת תל-אביב 2013)], הם זכו להתייחסות נרחבת, והיו רבים שקראו לבטלם מטעמים שונים [למשל: מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר **רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות הדתיים** (מחקרי מדינות נייר עמדה 38, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2003)].

³⁴ ג'ון סטיוארט מיל **על החירות** 102 (2006).

³⁵ ראו למשל יצחק לאור "רגשות הציבור" **הארץ** (23.6.15) <https://www.haaretz.co.il/opinions/2015-06-23/ty-article-opinion/premium/0000017f-f658-ddde-abff-fe7db8220000>.

³⁶ ברק-ארז, לעיל ה"ש 7, בעמ' 650.

³⁷ בג"ץ 3872/93 **מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה**, פ"ד מ"ד (5) 485, 496 (1993).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

שונים".³⁸ בית המשפט נימק זאת בכך שהעדפת רגשותיו של המאמין על אורחות חייו של זה שאינו מאמין פוגעת בשוויון ומהווה כפייה דתית.

לעומת זאת, בעניין **חורב** נדונה החלטתו של המפקח על התעבורה לסגור את רחוב בראילן שבירושלים בזמני התפילה בשבתות ובחגים לתנועת כלי רכב – גם אלו של תושבי המקום,³⁹ בשל "עומק הפגיעה ברגשות הציבור הדתי... המתגורר בסמיכות לרחוב" (ההדגשה אינה במקור).⁴⁰ בית המשפט פסק כי "התחשבות ברגשות הדת – שאינה מגיעה כדי כפייה דתית – היא 'שיקול כללי', שניתן להתחשב בו בהפעלת סמכות שלטונית", גם אם היא פוגעת ברגשות החילוני, וזאת כחלק מערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית וכמדינה יהודית.⁴¹ עם זאת, בית המשפט פסל בדעת רוב את ההחלטה על בסיס עילת הסבירות ביחס לתושבי השכונה, שכן לגישתו הפגיעה בהם לא קיבלה את המשקל הראוי לה ביחס לפגיעה ברגשות דתיים.⁴² כפי שאבהיר בהמשך, אין קשר הכרחי בין הכרה בשיקול כשיקול זר לבין פסילת ההחלטה. מחד גיסא, גם אם בית המשפט קובע שנשקלו שיקולים זרים, ייתכן כאמור שההחלטה תאושר אם די ביתר השיקולים כדי לקבל את ההחלטה. מאידך גיסא, גם אם נפסק שנשקלו אך ורק שיקולים רלוונטיים, ייתכן שיוחלט שהמשקל שניתן להם לא היה ראוי, ולכן ההחלטה אינה סבירה, או שהנזק שנגרם לפרט כתוצאה מההחלטה גבוה מהתועלת שהיא מניבה, ולכן היא אינה מידתית. במקרים רבים שבהם נקבע כי במסגרת שיקול הדעת המנהלי הרשות התחשבה בשיקולים דתיים באופן לגיטימי, בסופו של דבר ההחלטה נפסלה מסיבות אחרות,⁴³ שכן "בחברה דמוקרטית יש להכיר בפגיעה מסוימת ברגשות הדת. רק כך ניתן יהא לקיים חיים משותפים של בעלי דעות דתיות שונות."⁴⁴

2.ג. הקושי והפתרונות המוצעים לו

מקובל להניח שהכוונה במושג "פגיעה ברגשות דתיים" היא התעוררות של כעס, עלבון ותסכול בעקבות הפגיעה בערכים חשובים וחילול הקודש שנעשה.⁴⁵ אם נסכים שמדובר ברגשות שליליים ושלפרט יש אינטרס שלא ייגרמו לו רגשות שליליים כאלו ללא צורך,⁴⁶ ובהינתן שרווחתם הנפשית של האזרחים היא תכלית ראויה עבור רשויות המדינה, סביר בהחלט שנקבל את הטענה שמדובר בשיקול לגיטימי.

³⁸ שם, בעמ' 502.

³⁹ כמובהר בעניין **חורב**, לעיל ה"ש 32, בעמ' 16, סוגיית סגירת רחובות במהלך השבת עלתה פעמים רבות בדיונים בבג"ץ.

⁴⁰ שם, בעמ' 19.

⁴¹ שם, בעמ' 37.

⁴² שם, בעמ' 69.

⁴³ דני סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים" **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית-ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל** 133, 184 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים 1998).

⁴⁴ בג"ץ 806/88 **universal city studios inc נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מג(2) 22, 40 (1989).

⁴⁵ שיר אשכול "על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על 'רגשות'?" על הגנה על רגשות במשפט הישראלי ומה שעומד מאחוריה" **משפט חברה ותרבות** ג 289, 313 (2020); סטטמן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 136. דברים אלו רלוונטיים באופן כללי לעיסוק בפגיעה ברגשות (כמו רגשות לאומיים), ולא דווקא לרגשות דתיים בלבד [אסא כשר "פגיעה ברגשות וטובת הכלל" **משפט וממשל** ב 288, 292 (התשנ"ד)].

⁴⁶ כשר, שם, בעמ' 293.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אולם, דווקא משום כך קשה לקבל את ההבחנה שהוצעה בפסיקה בין רגשות דתיים שמותר להתחשב בהם לכאלו שמהווים שיקול זר. אם המטרה היא להגן על הפרט מפני חוויית כעס ותסכול מיותרת שאינה הכרחית, מדוע יש מקום לחלק בין סוגים שונים של רגשות כאלו? נדמה לכאורה שבכל מובן רלוונטי של רגש ושל הניסיון למנוע אותו, השיקולים החשובים הם עוצמת הרגש וסוגו, ולא הסיבות שגרמו לו. אומנם, מדובר בחלוקה שנראית כבעלת בסיס אינטואיטיבי חזק, שכן קל להזדהות עם המחשבה שפגיעה רגשית שנובעת רק מידיעה על דבר מה אינה פגיעה שיש להגן מפניה. אולם, מאחר שמדובר ברגשות שנפגעים ושזוכים – או לא זוכים – להתחשבות, לא ברור מה ההבדל המשמעותי בין הרגשות עצמם, ונדמה שהבדל זה דורש הסבר שהרי "בעולם המשפט העמעות איננו יתרון אלא חיסרון".⁴⁷

ניתן להעלות כמה הצעות מהמישור המשפטי להתמודדות עם קושי זה, ולהלן אראה מדוע, לדעתי, הן אינן יכולות לפתור את הבעיה:

עוצמת הפגיעה: ברמה הבסיסית והאינטואיטיבית ביותר, פגיעה ברגשות דתיים שנגרמת מידיעה בלבד נראית כחלשה יחסית וכמעמיקה פחות מפגיעה הנגרמת מהיתקלות ממשית. משום כך, ניתן לטעון שהיא ראויה להתייחסות שונה ופחות משמעותית. פתרון זה אינו מספק, וזאת משני טעמים. ראשית, ההצעה דורשת בחינה אמפירית – האם אכן פגיעה ברגשות כתוצאה מידיעה היא פגיעה נמוכה יותר מכזו הנובעת מאירוע ממש? האם הקטגוריה הזו היא אכן הקטגוריה שגורמת לפגיעה ברמה המצומצמת ביותר? התשובה לשאלות אלו אינה מובנת מאליה, ומבלי לבררן קשה לעמוד מאחורי הפתרון המוצע.

שנית, וחשוב מכך: גם אם זהו אכן המצב מבחינה מציאותית, עילת השיקולים הזרים אינה המקום לערוך את הבחינה הזו. צמצום הפגיעה צריך להתבטא בצמצום המשקל שהיא מקבלת באיזון בין השיקולים השונים, כלומר במסגרת בחינת סבירות ההחלטה. גם אם מדובר בשיקול לגיטימי, בית המשפט יכול להחליט שהמשקל שהוענק לו היה גבוה מדי, ולפיכך ההחלטה אינה סבירה ודינה בטלות, והוא אף עושה זאת לעיתים מזומנות.⁴⁸ לפיכך, עוצמת הפגיעה ברגשות אינה אמורה להשפיע על השאלה אם מדובר בשיקול רלוונטי או לא.

יוער כי להבחנה שבין רלוונטיות השיקול לבין משקלו יש משקל גם במישור הפילוסופי, ואין מדובר רק באנליזה משפטית. ניתן בהחלט לסבור כי שיקול מסוים – ובענייננו, התחשבות ברגשות – מהווה שיקול לגיטימי מבחינה מוסרית ונורמטיבית, ולמרות זאת הוא אינו שיקול מכריע.⁴⁹

⁴⁷ נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" **דין ודברים** ח 13, 19 (התשע"ד).
⁴⁸ ראו למשל בג"ץ 6126/94 **סנש נ' רשות השידור**, פ"ד נג(3) 817 (1999); בג"ץ 8119/10 **פרידמן נ' שר הפנים** (נבו 13.01.2011); בג"ץ 7128/96 **תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נא(2) 509 (1997); עניין **Universal**, לעיל ה"ש 44.
⁴⁹ ראו למשל סטטמן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 148.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אציין גם כי ניתן לטעון שרגשות הנובעים מידיעה כללית על התרחשות, ולא מידיעה בדיעבד על מקרה ספציפי,⁵⁰ כלל אינם מעוררים רגשות כואבים וזו הסיבה שאין להתחשב בהם. אולם, נדמה שקשה מאוד להוכיח טענה שכזו, ובנוסף, היא כלל אינה נטענת על ידי בית המשפט, ולכן לא אתייחס אליה.

כפייה דתית: בפסיקה נקבע כי ניתן להתחשב ברגשות דתיים כל עוד הדבר אינו גורם לכפייה דתית.⁵¹ לפי טענה זו, מקרים שבהם מתחשבים ברגשות שנפגעים רק מידיעה על דבר מה ולפיכך מונעים ממי שאינו דתי לבצע פעולה מסוימת מהווים כפייה דתית פסולה כלפיו, ואילו התחשבות ברגשות שנפגעים כתוצאה מאירוע ממשי אינה מהווה כפייה דתית.

על מנת ליישם טענה זו על הסוגיה הנדונה, יש להשיב על השאלה הבאה: מדוע נוצרת כפייה במקרה אחד, ולא במקרה שני; או, לחלופין, מדוע כפייה דתית מסוג אחד היא פסולה, ואילו כפייה דתית מסוג אחר היא לגיטימית? דרך אפשרית להבחין בין מקרים שונים, אשר הועלתה בספרות⁵² ובפסיקה,⁵³ היא להבחין בין מקרים שבהם כופים על אדם לנקוט פעולה ממשית – לדוגמה, כפייה על חילוני לאכול מצות במהלך הפסח, או כפייה על רב לערוך חופה יהודית במקום שבו מוגש אוכל לא כשר;⁵⁴ לבין מקרים שבהם מונעים מאדם לעשות דבר מה וכופים עליו לחדול מפעולה שאותה הוא היה חפץ לעשות – לדוגמה, כופים על חילוני שלא לאכול חמץ בפסח, או לא ללכת לקולנוע.⁵⁵ בהתאם, ניתן לטעון שיש לפסול התחשבות ברגשות המביאה לכפייה דתית במעשה ולאפשר התחשבות ברגשות המביאה לכפייה דתית במחדל. עם זאת, לא נראה שחלוקה זו עוזרת להבחין בין מקרים שבהם אדם שאינו דתי מנוע מלעשות פעולה מסוימת בגלל שהיא תפגע באופן ישיר ברגשות הדתיים, לבין מקרים שבהם הוא יהיה מנוע מפעולה כלשהי משום שהיא פוגעת ברגשות של אדם דתי רק מאחר שהוא יודע על קיומה. כך, נדמה שאדם שנמנע ממנו לנסוע ברחוב הסמוך לביתו (כפי שקרה בעניין **חורב**, לדוגמה), משום שבכך הוא פוגע ברגשותיו של אדם דתי ההולך ברחוב זה,⁵⁶ אינו סובל מכפייה דתית כבדה יותר ואינו נדרש לפעולה אקטיבית יותר ממי שאינו יכול לייבא בשר חזיר או ממי שיכול לרכוש בשר חזיר שגודל בארץ בלבד (כפי שקרה בעניין **מיטראל**). כמו עוצמת הפגיעה ברגשות, גם עוצמת הפגיעה בזכויות החילוני, והכפייה כלפיו אינה קשורה באופן הכרחי לגורם של הפגיעה ברגשות, ולא נראה שיש בכך כדי להסביר את ההבחנה.

⁵⁰ עניין **מיטראל**, לעיל הי"ש 35; ראו כשר, לעיל הי"ש 45, בעמ' 292.

⁵¹ ראו למשל עניין **חורב**, לעיל הי"ש 32, בעמ' 37.

⁵² חיים כהן "כפייה דתית בישראל" **ספר ברנזון** כרך שני: בני סברא 297, 325 (התש"ס).

⁵³ 174/62 **הליגה למניעת כפייה דתית נ' מועצת עיריית ירושלים**, פ"ד טו 2665, 2669 (1962).

⁵⁴ כפי שמתואר בבג"ץ 6111/94 **הוועד לשומרי מסורת נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל**, פ"ד מט(5) 94, 106 (1995).

⁵⁵ כמותאר בעניין **Universal**, לעיל הי"ש 44.

⁵⁶ וכפי שמדגיש שם השופט אור בפסקה 16 לפסק דינו, לשיטתו בכך נפגע החופש מדת; אולם השוו לעמדתו החולקת של השופט חשין בפסקה 25 לפסק דינו שם, אשר טוען שכפייה דתית פירושה כפייה למעשה ממש.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

פרטי מול ציבורי: ניתן לטעון שפגיעה ברגשות שראוי להתחשב בה היא כזו המתרחשת אך ורק במרחב ציבורי, ואילו במרחב הפרטי צריך לשרור חופש.⁵⁷ בהתאם, ניתן לטעון שיש להתחשב רק במקרים שבהם נוצרה פגיעה כתוצאה מהתרחשות שקרתה ברשות הרבים והביאה לעימות ישיר מול המאמין, ולא בהתרחשות שרק הובאה לידיעתו.

עם זאת, נדמה שבענייננו הבחנה זו אינה מדויקת ואינה מסבירה כראוי את הדין הנוהג. רגשותיו הדתיים של אדם יכולים להיפגע גם אם הוא מודע למעשה של אדם שנעשה ברשות הרבים, ופגיעה זו לא תזכה להגנה. לדוגמה, הדין הנוהג, העוסק בשאלת הגורם לפגיעה, ולא בשאלת מיקום האירוע, ישייך נסיעה ברשות הרבים ברחובות שאינם בתוככי השכונה החרדית לאותה הקטגוריה של אכילת חזיר בבית פרטי.

פיתוח של טענה זו עשוי להעלות שהלגיטימיות והרלוונטיות של הפגיעה ברגשות הדתיים נובעות מכוונתו של הפוגע: אם הפוגע התכוון לפגוע ברגשותיו של האדם הדתי בכך שהוא מפר את ההלכה לנגד עיניו ברשות הרבים, הרי שיש לתת משקל לפגיעה ברגשותיו של האדם הדתי; ואם הפוגע לא התכוון לעשות זאת והוא מפר את ההלכה במקום פרטי הרחק מעיניו של המאמין, הרי שאין הצדקה להתחשב בפגיעה ברגשות, והדבר יהווה שיקול זר.⁵⁸ עם זאת, אני סבור שגם פיתוח זה אינו מסביר כראוי את ההבחנה הנדונה: הוא מייחס ללא בסיס מניע פסול של רצון לפגוע לכל מי שמפר את ההלכה במרחב הציבורי, מניע שכלל לא יוחס בפסיקה שדנה בסוגיות אלו, ולטעמי בצדק. לדוגמה, גם בפסק דין שקיבל את העמדה שלפיה יש להתחשב ברגשות דתיים ולפיכך יש להתיר חסימה של מקטע כביש מסוים במהלך השבת, הובהר שהטעם לרצונם של אלו המבקשים לנסוע במקטע זה בשבת הוא "נוחיות"⁵⁹ או "נוחיות ורווחה".⁶⁰ כלומר, בית המשפט לא ייחס מניע של רצון לפגוע לנסיעת אנשים שאינם דתיים בסמיכות למוקדי מגורים של דתיים.

לבסוף, וברובד עמוק יותר, נדמה שהרציונל שבבסיס החלוקה בין רשות הרבים למרחב הפרטי אינו זהה לזה שבבסיס ההבחנה שבמוקד מאמר זה: הטיעונים בעד הגנה חזקה יותר על רגשות הציבור דווקא במרחב הציבורי נובעים לרוב מטיעונים הקשורים לצביון,⁶¹ שאינם קשורים לרגשותיהם הדתיים של המאמינים דווקא. אם מטרתו של בית המשפט היא להגן על צביון דתי באזור מסוים, אין כל צורך להתבסס על הרגשות הדתיים כשיקול להחלטה.⁶²

פגיעה ברגשות כפיקציה: ישנם הטוענים שההיתלות של בית המשפט ברגשות דתיים כעילה מנהלית לגיטימית היא פיקציה שמסתירה לגיטימציה מוסווית שבית המשפט מעניק בפועל לשיקולים

⁵⁷ סטטמן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 142.
⁵⁸ טענה זו מבוססת על הקבלה לטענותיו של גדעון ספיר "גבולות מיסוד הדת" משפט וממשל ח 155, 196 (התשס"ה) בעניין ההצדקה לתחושת השפלה בעקבות פעילות של גורם אחר.

⁵⁹ בג"ץ 531/77 ברוך נ' המפקח על התעבורה במחוזות תל-אביב, פ"ד לב(2) 160, 168 (1978).

⁶⁰ עניין חורב, לעיל ה"ש 32, בעמ' 62.

⁶¹ ראו למשל כשר, לעיל ה"ש 45, בעמ' 301.

⁶² לא תמיד ההבחנה בין הדברים ברורה בפסיקתו של בית המשפט: לשימוש בצביון וברגשות דתיים זה לצד זה, ראו למשל בעניין ברוך, לעיל ה"ש 59.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

דתיים של ממש.⁶³ לפי גישה זו, ברוב המקרים בית המשפט אינו באמת עוסק ברגשות, אלא בשיקולים אחרים כמו אווירת השבת,⁶⁴ חשש מפגיעה בסדר הציבורי,⁶⁵ ערכים לאומיים⁶⁶ ועוד. בהמשך לכך, ניתן לטעון שההבחנה שבית המשפט הציע אינה קשורה כלל לתחום הרגשות או אף לשאלת השיקולים שבבסיס ההחלטה, ומדובר רק בכלי שנועד לגזור מהטיעון את המסקנה הנוחה עבור בית המשפט מכוח טעמים אחרים שהוא נעזר בהם "מאחורי הקלעים".

זוהי טענה עובדתית מעניינת מאוד וייתכן שיש לה שורשים היסטוריים משמעותיים.⁶⁷ אולם, גם בגישה זו קשה למצוא הסבר של ממש להבחנה שבית המשפט עורך בתחום הרגשות הזרים. אם כל מטרתו של בית המשפט היא למצוא תירוץ לפסילת ההחלטה, הוא יכול היה להימנע מהבחנה מפותלת במסגרת עילת הרגשות הזרים, להסתפק בפסיקה שלפיה המשקל שניתן להתחשבות זו היה גבוה מדי ולפסול את ההחלטה המנהלית מטעם זה. ראוי לציין שקביעה כזו הופיעה במקרים רבים שבהם נדונה התחשבות ברגשות דתיים כשיקול לגיטימי.⁶⁸

סקרתי עמדות מובילות בניסיון למצוא הסבר קוהרנטי לאופן פעולתו של בית המשפט. הראיתי שלטעמי, אף אחת מהגישות המוצעות אינה מצליחה להסביר באופן משכנע את ההבחנה בין רגשות שנפגעו כתוצאה מהיתקלות באקט שנוגד אמונה דתית ופוגע ברגשות הצופה הדתי, לבין רגשות שנפגעו כתוצאה מידיעה בעלמא על מעשים כאלו. עם זאת, אני סבור שלפחות מבחינה אינטואיטיבית, מדובר בהבחנה שיש בה ממש, על אף שההצעות שהוצגו לעיל אינן מסבירות אותה. לכן, נראה שיש מקום לנסות ולחפש לה הסבר אחר. לפיכך, בהמשך המאמר אנסה להציע פתרון חדש לבעיה שהוצגה תוך התבססות על גישתה של מרתה נוסבאום לנושא הרגשות כדרך להבהיר את האופן שבו בית המשפט מתייחס לסוגיה.

3. גישות להגדרת רגשות

כדי להבין טוב יותר את גישתו של המשפט המנהלי לרגשות, יש צורך להעמיק בממד הפילוסופי שלהם ולנסות להבין מהו רגש.⁶⁹ בעבר, רגשות נתפסו כעניין נחות מכל בחינה ביחס לחשיבה הלוגית וכתחום שלפילוסופים אין טעם לעסוק בו.⁷⁰ אולם, מאז המאה ה-19 יותר ויותר פילוסופים מנסים לנתח את הרגשות

⁶³ סטטמן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 162.

⁶⁴ שם, בעמ' 163.

⁶⁵ קרמניצר, שחר וטמיר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 60.

⁶⁶ בג"ץ 124/70 כוכבי שמש נ' רשם החברות, פ"ד כה(1) 505, 508 (1971).

⁶⁷ ראו לדוגמה: קרמניצר, שחר וטמיר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 24.

⁶⁸ שם, בעמ' 61.

⁶⁹ כאמור, במאמר זה אניח שבית המשפט מתייחס לרגשות דתיים כרגשות של ממש ובהתאם לכך אנסה לנתח רגשות אלו.

⁷⁰ לדוגמה: Anthony Price, *Emotions in Plato and Aristotle*, in *The OXFORD HANDBOOK OF PHILOSOPHY OF EMOTIONS* 121 (Peter Goldie ed., 2010).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ולחסיביר את מהותם. בפרק זה אתאר את אחת הגישות הבסיסיות ביותר ביחס לרגשות: הרגשות כתחושה פיזית (וליתר דיוק, כהכרה בתחושה זו). גישה זו, על אף שרבו החולקים עליה, מאפשרת הבנה נוחה יחסית של תפקידה של הפילוסופיה של הרגשות ונותנת נקודת מוצא נגישה להבנת גישות אחרות. לעומתה, אציג את גישתה של הפילוסופית מרתה נוסבאום, שלפיה רגשות הם שיפוט כאמת של רצף הנחות.

3. א. רגשות כתחושה פיזית

ויליאם גיימס, מאבות הפסיכולוגיה, מבסס במאמרו גישה תחושתית לרגשות.⁷¹ לפי גיימס, רגשות הם אך ורק תסמינים פיזיים. יתר המאפיינים של רגש הם בסך הכול תוצאות של התחושות הללו ומאחרים להן כרונולוגית. גיימס עוסק ברגשות שהם תגובה לקלט חיצוני ושיש להם ממד פיזי ברור (בכי כביטוי לעצב בעקבות שמיעת בשורה רעה, לדוגמה), אולם בהמשך מאמרו הוא מבהיר שלמעשה לכל רגש יש ממד פיזי.⁷² גיימס משווה בין היחס של בעלי חיים כלפי דברים מסוימים (לדוגמה: המחויבות של התרנגולת לביצה) לבין היחס האנושי לדברים (לדוגמה: אהבה בין בני זוג או בין הורים לילדים). בעיני גיימס, לכל בעל חיים – והאדם בכלל זה – ישנו יחס ייחודי לדברים מסוימים מהעולם שמסביבו, והם מפעילים אצלו תגובות פיזיות מסוימות. רגשות, כמכוונים לאובייקט חיצוני, הם רק יישום נוסף של המערכת הזו. התגובה לקלט מהעולם החיצוני תתבטא באופן פיזי במגוון דרכים: החל משינויים בקצב הנשימה ופעילות הלב, דרך תנועות של איברים כמו השפתיים, וכלה בהתכווצות של השרירים שלעיתים כלל לא ניתן להבחין בה במבט מבחוץ. ייתכן שיהיה קושי לזהות את המצב הפיזי המדויק של הרגש, אולם עדיין מדובר בתגובה פיזית לסיטואציה חיצונית.⁷³

ניתן לחוש את התגובות הפיזיות הללו ואפשר להיות מודעים אליהן. אומנם, לא תמיד ניתן להגדיר במדויק מה אנחנו חשים מבחינה פיזית. אולם, לא ניתן להכחיש שאנחנו חשים משהו כשרגש כלשהו משתלט עלינו, ובין הרגשות השונים ישנם הבדלים – גם אם דקים – בממד הפיזי שלהם.⁷⁴ גיימס מדגיש שהתחושות הללו אינסטינקטיביות לחלוטין ומתרחשות עוד לפני שאנחנו מסוגלים להסביר אותן – ולפעמים גם נגד כל הסבר רציונלי.⁷⁵

המסקנה המשמעותית של גיימס היא שאם ננקה את הרגש מהמצב הפיזי שמתלווה אליו ומן המודעות למצב הזה, לא יישאר מהרגש דבר.⁷⁶ לדוגמה, תמונה מצחיקה אינה יכולה להיחשב כזו אם היא אינה מעוררת צחוק (או רצון לצחוק), שמהווה פעולה פיזית לחלוטין. כך גם ביחס לרגשות עמוקים יותר,

⁷¹ William James, *What is an Emotion?* 9 O.U.C.L.J. 188 (1884).

⁷² שם, בעמ' 192.

⁷³ שם, בעמ' 191.

⁷⁴ שם, בעמ' 192.

⁷⁵ שם, בעמ' 196. זוהי נקודת חוזק של התאוריה, שכן כאמור, רגשות נתפסים פעמים רבות כבלתי רציונליים. בהמשך נציג את התמודדותה של נוסבאום עם אתגר זה.

⁷⁶ שם, בעמ' 193.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

כמו פחד. לטענת גיימס, ללא האצת פעימות הלב והנשימה ותחושות גופניות נוספות, לא נותר מהפחד משהו החורג מהתחום האינטלקטואלי. גיימס יציע שלכל היותר מדובר בייצוג של הרגש, אך לא ברגש עצמו.⁷⁷ חיזוק נוסף לטענה זו מגיע מבחינה של המצב הפיזי במנותק מהגורם לו. לדוגמה, תחושות פיזיות המתלוות לרוב לרגעי כעס, כמו עלייה בעוצמת הקול ושרירים מתוחים, יכולות להוליד את החוויה של כעס גם ללא גירוי חיצוני. ניתן להבין גם סיטואציות אלו כתומכות בכך שהרגש אינו מכיל ביסודותיו משהו מעבר לאותן תחושות פיזיות, ללא תלות בגורם ה"אמיתי" שלהן. בהתאם, שליטה בממדים הפיזיים של הרגש תביא בפועל לדיכוי הרגש עצמו, ולהפך.⁷⁸

טענה זו קיבלה ביטוי גם במחקרים מאוחרים יותר. לדוגמה, בניסוי שערכו דאטון וארון (Dutton & Aaron,⁷⁹ גברים שפגשו אישה כשהם נמצאים על גשר רעוע תפסו אותה כאטרקטיבית יותר מאלו שפגשו בה כשהם על גשר יציב ורחב. החוקרים הסבירו זאת בכך שהגברים על הגשר הצר חוו תסמינים פיזיים של פחד וייחסו אותם להימשכות לבת המין השני, אשר תסמיניה דומים בטבעם לאלו של פחד. כלומר, למעשה נוצרה פעולה רגשית – משיכה – שכל כולה מבוססת על תחושות פיזיות של בעל הרגש שהגורם ה"אמיתי" שלה היה אחר.⁸⁰

לכאורה, אינסטינקטים ותגובות פיזיות אמורים להיות זהים בין בני אדם, אך רגשות פועלים באופן שונה בין תרבויות. גיימס אינו חולק על כך שהמושאים של הרגשות משתנים בין תרבויות וחברות שונות בהתאם לעקרונות החברתיים המונחלים לפרט שחבר בהן. אולם ההבדלים בין הגורמים לרגש אינם מפחיתים מהעובדה שמדובר באותה תגובה פיזית אבולוציונית לדינמיקה שבין הפרט לסביבתו, שמושאייה מותאמים לשינויים בסביבה זו.⁸¹

ניתן להסביר בצורה זו גם רגשות שנראים כחסרי סיבה ממשית ומכונים במאמרים מאוחרים יותר כ"מצב רוח" (mood).⁸² לפי גיימס, ניתן להסביר רגש כמו חרדה כשילוב כמה מאפיינים פיזיים שיש לגוף נטייה מסוימת אליהם, אשר גורמים לו להרגיש את הרגש גם ללא מושא שאליו אפשר לייחס אותו.⁸³

⁷⁷ שם, בעמ' 197.

⁷⁸ שם.

⁷⁹ Donald Dutton & Arthur Aaron, *Some evidence for heightened sexual attraction under conditions of high anxiety*, 30 U.B.C.L.REV. J. PERSONALITY SOC. PSYCH. 510 (1974).

⁸⁰ בדומה לכך, מחקרם של סטראק, מרטין וסטפר: Fritz Strack, Leonard Martin & Sabine Stepper, *Inhibiting and facilitating conditions of the human smile: A nonobtrusive test of the facial feedback hypothesis*, 54 J. PERSONALITY SOC. PSYCH. U.B.C.L.REV. 768 (1988). באותו מחקר, עט שהונח בפיהם של הנסיינים כפה עליהם לשמור על מבע של חיוך כדי למנוע את נפילת העט. הוכח ששימוש באמצעי פיזי לשם כפיית חיוך משפיע על מידת ההנאה והצחוק מצוירים מצחיקים שהוצגו לנבדקים.

⁸¹ גיימס, לעיל ה"ש 71, בעמ' 195.

⁸² למשל: Matthew Ratcliffe, *Depression, Guilt and Emotional Depth*, 53 INQUIRY 602, 605 (2010).
⁸³ גיימס, לעיל ה"ש 71, בעמ' 199. בהקשר זה יש להעיר כי נדמה שרגשות אלו אינם מתיישבים עם הגדרתו של גיימס לרגשות כתחושות שנוצרות כחלק מהדינמיקה עם העולם החיצוני, אולם נדמה שגישתו עדיין מצליחה לספק הסבר מוצלח יחסית לתופעה הזו.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לדעת גיימס, גם רגשות הנובעים ישירות ממהלך אינטלקטואלי אינם מקשים על התזה שהציג. ישנם רגשות שלכאורה נוצרים בתודעה בלבד, ללא תחושות פיזיות (או לפחות ללא שהן קודמות כרונולוגית). הנאה מתמונה, ממוזיקה או מטיעון לוגי תקף ומבוסס היטב, לדוגמה, מתרחשת באופן אינטלקטואלי מיידי ללא מעבר מקדים בממד התחושותי. אולם, גם רגשות אינטלקטואליים אלו מלווים לרוב בתחושות פיזיות לא פחות מחוויות אינטלקטואליות אחרות, בצמידות לתובנה המהווה את הגירוי להן.⁸⁴ לצד זאת, ככל שעובר הזמן וככל שמעמיקה המומחיות של בעל הרגש, רגישותו לאירועים חריגים בתחום מומחיותו נשחקת ואיתה גם המרכיבים הפיזיים של הרגש נחלשים. עבור מומחים, גיימס טוען, מדובר בחוויה אינטלקטואלית בלבד, שיפוט של מציאות כאמיתי ותו לא.⁸⁵

לסיכום גישה זו, גיימס מגדיר את הרגש כהתרחשות פיזית בגוף בתגובה לאובייקט חיצוני מוגדר כלשהו. באופן הזה הופך האובייקט ממה שהיה שנתפס בחושים למה שהיה שהורגש. בעיני גיימס, הממד הקוגניטיבי היחיד שניתן לייחס להגדרת הרגש הוא מודעות לכך שהתחושות הפיזיות מתרחשות – כל התפתחות תודעתית מאוחרת יותר היא לכל היותר תוצאה של הרגש. לעניין הסוגיה שנדונה במאמר זה, נראה שלפי גיימס, פגיעה ברגשות דתיים מכל עוצמה שהיא ומכל סיבה שהיא מתבטאת בתחושות פיזיות המהוות רגשות של כעס, תסכול וכיוצא בזה.

3. ב. רגשות כשיפוט

גישה של הפילוסופית מרתה נוסבאום מנתחת רגשות כשיפוט חיובי או שלילי של הנחות מסוימות בנוגע למצב הדברים בעולם החיצוני לאדם.⁸⁶ זאת, כעיבוד של הגישה הסטואית, שלפיה שיפוט הוא קבלה או הכחשה של רושם חיצוני.⁸⁷ במובן זה, רגשות מהווים קשר בין החלק האינטלקטואלי באדם לבין המציאות.

בדומה לגיימס, הנחת יסוד חשובה בדבריה של נוסבאום היא שלרגשות יש מושא שכלפיו הרגש מופנה. מושא זה אינו רק הגורם הסיבתי לכך שנוצר רגש (למעשה, הוא יכול להיות שונה מהגורם); הוא האובייקט שעומד במרכז הרגש, שכלפיו בעל הרגש מפנה את מחשבותיו⁸⁸ ושנמצא מחוץ לשליטתו הישירה של בעל הרגש.⁸⁹ לדוגמה, שמחה תיסוב סביב אירוע משפחתי, הישג וכיוצא באלו, וכך גם עצב. בכך, לפי נוסבאום, הרגש נבדל מתחושות פיזיות סתמיות, שיכולות לחול גם ללא מושא ספציפי. לדוגמה, כאב הוא תחושה עם גורם מוגדר (גם אם לא בהכרח ידוע למי שחש אותו) ולרוב עם מיקום מוגדר, אולם קשה לומר

⁸⁴ שם, בעמ' 201.

⁸⁵ שם, בעמ' 202.

⁸⁶ Martha Nussbaum, *Emotions as judgments of value and importance*, 5 YALE J. CRIT. 201 (1992).

⁸⁷ ראו: Dirk Baltzly, *Stoicism*, STAN. ENCYC. PHIL. (2008).

⁸⁸ נוסבאום, לעיל הי"ש 86, בעמ' 187.

⁸⁹ שם, בעמ' 193.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

שיש לו מושא או שהוא מוסב כלפי מישהו. מבחינת נוסבאום, רגש שאין לו מושא – עצבנות, דיכאון וכדומה – אינו נכלל כלל בהגדרת הרגש.⁹⁰

המושא, בניגוד לגורם, תמיד יהיה מודע עבור האדם המרגיש.⁹¹ המושא הוא דבר מה חיצוני או פנימי שנמצא בתודעתו של המרגיש ומקיים קשר כלשהו עם הרגש. כמובן, אין הכרח שהקשר הזה יתבסס על תפיסה נכונה מבחינה מציאותית. ניתן לשמוח מאירוע שלא קרה, משום ששמחים על כך שהוא לא קרה או משום שפשוט טועים בהבנת המציאות וחושבים שהוא התרחש. ההבדלים בין הרגשות נובעים מפרספקטיבה שונה כלפי מושא הרגש, כך שכלפי אותו מושא יכולים לחול רגשות שונים, לעיתים אף במקביל: אדם אחד יכול לשמוח מתוצאה של משחק כדורגל ואילו אדם אחר יביע עצב כלפיה, ושניהם כאחד יכולים להיות מופתעים ממנה במקביל לשמחה או לעצב שהם חשים.

התנספת המשמעותית בהגותה של נוסבאום היא שהיחסים בין האדם לאובייקט אינם סתמיים, אלא מבוססים על האמונה – או קבוצת האמונות – ביחס למושא, ועל המאמין לקבוע את השיפוט שלו ביחס אליה כאמיתית או כשקרית.⁹² לדוגמה, חוסר התקווה שלי לגבי מצבו הרפואי של אדם מורכב מהאמונות לגבי מצבו הרפואי העכשווי, מהאמונה שהמצב הזה רע, מהאמונה ששהותו של האדם הזה במצב רפואי ירוד היא דבר שלילי (משום שמדובר באדם טוב, בחבר קרוב או בבן משפחה) וכמובן מהאמונה שהמצב אינו עומד להשתנות. כפי שנוסבאום מציינת, טיעון משכנע נגד אחת או יותר מאמונות אלו עשוי לשנות את עוצמת הרגש או אפילו לבטל אותו.⁹³ לדוגמה, אם יתגלה שבעצם מצבו הרפואי של אותו אדם טוב ממה שנטו לחשוב, שמדובר באדם בוגדני שכלל לא רצוי לקוות להחלמתו או שישנו טיפול חדשני שיוכל לסייע לו, סביר שעוצמת הרגש של חוסר התקווה תשתנה במידה מסוימת. ניתן גם לראות ששינוי בשתי אמונות או יותר עשוי להותיר את הרגש במקומו: לדוגמה, גילוי על טיפול חדשני לצד שינוי ביחס הכללי לאותו אדם שיביא לרצון במותו.

מאפיין חשוב של הרגש המבדיל אותו מתהליך אינטלקטואלי רגיל הוא סוג הקשר בין האדם המרגיש לבין האובייקט שמשמש כמושא הרגש – המושא צריך להחזיק בהשפעה על שגשוגו של האדם, האודימוניה שלו.⁹⁴ לדוגמה, השאלה אם תוצאה של משחק ספורט מהווה מושא לרגש מושפעת מאוד מהשאלה אם אחת הקבוצות רלוונטית לשגשוג של בעל הרגש. נוסבאום מבהירה שכדי להתייחס רגשית לאובייקט מסוים יש לראות באובייקט זה לא רק בעל ערך מופשט חיובי או שלילי, אלא כחלק בלתי נפרד

⁹⁰ שם, בעמ' 186. בכך נבדל יחסה של נוסבאום למצבי רוח מיחסו של גיימס אליהם. על כך ארחיב בהמשך.

⁹¹ שם, בעמ' 188.

⁹² שם; שם, אפשרות נוספת, כמובן, היא השהיית השיפוט מטעמים מגוונים (אופי הססני, היעדר ידע וכיוצא בזה). אולם, השהיית השיפוט אינה יכולה לשמש כבסיס לרגש כאשר היא "רזה", ואילו בהשהיית שיפוט חזקה יותר ניתן לראות הנחה כשלעצמה. לדוגמה, המשפט "לא ניתן לדעת מה התוצאה במשחק" אינו רק השהיית השיפוט כלפי ההנחה העובדתית בדבר תוצאת המשחק, אלא גם הנחה עצמאית שניתן לשפוט אותה כאמיתית או כשקרית ולהעמיד אותה בבסיס של רגש (אדישות, תקווה קלושה, דריכות וכולי) ראו שם, בעמ' 195.

⁹³ שם, בעמ' 189.

⁹⁴ שם, בעמ' 189.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מהרווחה ומהשגשוג של האדם עצמו.⁹⁵ לדוגמה, אדם יכול להאמין באופן עקרוני בערך האינטרניזי של חי אדם, אבל כל עוד אדם מסוים אינו חלק מחייו ואין לו השפעה משמעותית על רווחתו, הוא לא יחוש צער או עצב על המת. לעומת זאת, מותה של חייית מחמד יכול להסב לאדם צער משמעותי משום שיש למושא הרגש השפעה ישירה על שגשוגו של בעל הרגש – גם אם ברמה העקרונית והנורמטיבית הוא מייחס לחיי אדם חשיבות רבה יותר מאשר לחייהם של בעלי חיים.

לבסוף, רגע הרגש הוא הנקודה בזמן שבה האדם קובע את שיפוטו כלפי קבוצת ההנחות הרלוונטיות.⁹⁶ שיפוט ההנחות כאמיתיות הוא פעולת הרגש עצמה – לא הסיבה לה. בהתאמה, המאפיינים הפיזיים של הרגש אינם הרגש עצמו, אלא תוצאה שלו והמחשה שלו⁹⁷ שמופיעות אחריו מבחינה כרונולוגית. גם אם נוציא מהרגש את הממד הפיזי – או כל ממד אחר שאינו פעולת השיפוט – הוא עדיין יישאר רגש; וללא פעולת השיפוט, כל יתר המאפיינים לא יוכלו ליצור רגש.⁹⁸ כמובן, הפעולה הזו אינה חייבת להיות נקודתית מבחינה כרונולוגית – מדובר בתהליך דינמי שבו הנחות נשפוטות אט אט כאמיתיות או כשקריות ומאומצות לתוך ההליך הקוגניטיבי.⁹⁹ נוסבאום מדגימה זאת בסיטואציה שבה היא הפנימה את מותה של אימה – לא מדובר בעניין רגעי, אלא בתהליך ממושך ומורכב של קבלת העובדה הזו והודאה בה. לסיכום גישתה של נוסבאום, רגשות הם שיפוט כאמת או כשקר ביחס לקבוצת הנחות ללא מרכיבים נוספים. הנחות אלו צריכות לעסוק בדבר מה מוגדר – מושא הרגש – שאינו בשליטה מלאה של בעל הרגש. לבסוף, הן צריכות לקשור בין מושא הרגש לבין שגשוגו של בעל הרגש, כלומר מושא הרגש צריך להיות בעל משמעות לחייו של המרגיש.

ג.3 השוואה בין הגישות

בין שתי הגישות שהוצגו יש נקודות דמיון, וישנם גם הבדלים. נעמוד על כמה מהם תוך הדגשת אלו הרלוונטיים לדיונונו ברגשות דתיים.

שתי הגישות הן טוטליות מאוד ועורכות רדוקצייה מלאה של הרגש לתופעה אחרת. בהתאם לגישתו של גיימס, הרגש הוא אך ורק תחושות פיזיות – הן המגדירות את הרגש והן המרכיב היחיד שלו. נוסבאום, לעומת זאת, סבורה שהשיפוט הוא המרכיב היחיד של הרגש, ושלא מרכיב זה לא נותר מהרגש דבר.¹⁰⁰ בכך,

⁹⁵ שם, בעמ' 190. אודימוניה (eudemonia) היא מושג חמקמק, ונראה שמשמעותו בהקשר שבו משתמשת בו נוסבאום היא רווחה ושגשוג נפשי וגשמי. מעניין לציין שמשמעות זו, המכלילה באודימוניה גם מאפיינים החורגים ממצבו האינטלקטואלי והמוסרי של האדם (ארטה, Arete, "המידה הטובה"), מזכירה יותר דווקא את גישתו של אריסטו, ולא את זו של הסטואיקנים, שעליהם מתבסס המהלך של נוסבאום. ראו Baltzly, לעיל ה"ש 87. למען הנוחות, בהמשך המאמר אשתמש במושג "שגשוג".
⁹⁶ נוסבאום, לעיל ה"ש 86, בעמ' 193.

⁹⁷ שם, בעמ' 194.

⁹⁸ שם, בעמ' 195.

⁹⁹ שם, בעמ' 194.

¹⁰⁰ שם, בעמ' 195. כדאי לציין שהרגש שנוסבאום מביאה כדוגמה לטענתה זו (ולטענות נוספות רבות במאמר) הוא רגש האבל, שהוא רגש מורכב יחסית. לעומתה, גיימס מביא כדוגמה לטענה זו את רגש הגיחוך או השעשוע (ludicrousness) – ראו גיימס, לעיל ה"ש 71, בעמ' 193), שנראה כרגש שקל יותר להעמיד ביסודו תחושות פיזיות.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

גישות אלו יוצרות אפשרות לניתוח עקרוני ויסודי של הרגש ולהתמודדות מלאה עם המשמעויות שלו, כפי שנראה בפרק הבא. זאת, לעומת גישות מורכבות יותר המקשות ליחס משמעות קונקרטי לרגש.¹⁰¹ שתי הגישות גם קובעות שהרגש תמיד נסב סביב דבר מה מוגדר. מדובר באובייקט, דבר מה חיצוני לרגש, שהרגש מופנה כלפיו. אצל גיימס, מדובר בחלק ממערכת היחסים בין האינדיבידואל לבין משו בעולם.¹⁰² אצל נוסבאום, מדובר בדבר שסביבו נוצרות האמונות שאותן בעל הרגש שופט. נוסבאום נחרצת יותר בעניין הזה: מבחינתה, תחושות שאין להן מושא מוגדר כלל אינן נכנסות להגדרה של רגש וממילא אין צורך לדון בהן. אף שלא אעמיק בכך בפרק הבא, נדמה שההגדרה המצמצמת הזו של נוסבאום למושג הרגש מתאימה יותר לדיון שיש לנהל בנוגע לרגשות דתיים. היא תוחמת את הדיון אך ורק למקרים שבהם נפגעים רגשות כתוצאה מאירוע ספציפי, ולא כתוצאה מנטייה כללית כלפי העולם. בכך, כמות המקרים שבהם נזהה פגיעה ברגשות יורדת, והם מתמקדים בבני אדם רגילים, ולא ביחידים שיש להם נטיות אישיותיות מסוימות, כך שנדמה שמדובר בתופעה חיובית.¹⁰³

נקודת דמיון משמעותית נוספת היא הגורם לרגש. בהתאם לגישתו של גיימס, התחושות המהוות את הרגש נוצרות כתוצאה ממפגש של האדם עם דבר מה בעולם. גם אצל נוסבאום, ההנחות המרכיבות את הרגש נסבות סביב מידע המגיע אל האדם מן העולם שבחוץ. בפרק הבא אחלק את ההנחות של נוסבאום לקבוצות, ומרכיב חשוב במבנה ההנחות שיוצג יהיה התייחסותו של בעל הרגש לעולם עצמו.

ההבדל המהותי ביותר בין הגישות הוא, כמובן, האופן שבו הן מגדירות רגש. אצל גיימס, הרגש הוא תחושות פיזיות; אצל נוסבאום, הרגש הוא פעולת שיפוט כלפי רצף הנחות. אולם, מהבדל זה ניתן לגזור נקודות שוני נוספות.

הבדל נוסף הוא במשך התהליך. גיימס, מתוקף מחויבותו להגביל את ההגדרה של הרגש לתחושות פיזיות בלבד, קובע שהרגש מתרחש כהרף עין, מייד לאחר האירוע שמצית אותו. כך, גיימס יכול לטעון שהרגש קודם מבחינה כרונולוגית להשפעות התודעתיות שלו. נוסבאום, לעומת זאת, מבהירה שהרגש הוא תהליך דינמי שנובע משיפוט מורכב של יותר מהנחה אחת.

הבדל דומה ומשמעותי יותר הוא במבנה של הרגש. אצל גיימס, הרגש מורכב, אומנם, מכמה תחושות פיזיות, אולם הן מעורבות זו בזו ומתרחשות במקביל, ואין צורך לזהותן כדי שיווצר הרגש – לעיתים גם אין אפשרות לעשות זאת. אצל נוסבאום, לעומת זאת, כל הנחה עומדת בנפרד, ויש צורך בשיפוט

¹⁰¹ כדוגמה לעמדה שנמנעת מעריכת רדוקציה של הרגשות לתופעה אחרת ומעדיפה להתייחס לרגשות כקטגוריה עצמאית שבה כל רגש עומד לעצמו, ראו: (2015) 69(3) Dialectica 293, Julien A. Deonna & Fabrice Teroni, *Emotions as Attitudes*.

¹⁰² זאת, למרות שכאמור גיימס מציג דרך שבה גישתו יכולה להתמודד גם עם מצבי רוח, וראו גיימס, לעיל ה"ש 71, בעמ' 199.

¹⁰³ ראו למשל: עניין **כוכבי שמש**, לעיל ה"ש 66, בעמ' 517.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מודע של בעל הרגש כלפי כל אחת מהן כדי שהרגש ייווצר. כפי שאראה בהמשך, מאפיין זה של גישת הרגשות כשיפוטים מאפשר התייחסות אנליטית ועדינה יותר כלפי הרגשות.

4. הצעת פתרון – דחיית הנחות בלתי קבילות

לאחר שבפרק הקודם סקרתי שתי גישות להבנתם של רגשות, אנסה להתמודד באמצעותן עם הבעיה שהוצגה בפרק הראשון – קרי, מדוע התחשבות ברגשות דתיים מסוימים מהווה שיקול זר, ואילו התחשבות ברגשות דתיים אחרים היא לגיטימית. תחילה, נראה מדוע הגישה הראשונה שהוצגה, שלפיה רגשות הם צבר של תגובות פיזיות, אינה פותרת את הבעיה ואף מדגישה אותה במלוא העוצמה. לאחר מכן, נראה כיצד ניתן להיעזר בגישה השנייה שהוצגה, שלפיה רגשות הם שיפוט של הנחות על המציאות, על מנת להתמודד עם האתגר.

4.4 הקושי בגישה הגיימסיאנית

גישתו של גיימס נראית שובת לב. היא קורצת מאוד בשל הפשטות שבה. היא גם משתלבת היטב בגל של תאוריות המנסות לעשות רדוקציה של מושגים פסיכולוגיים וקוגניטיביים לביולוגיה.¹⁰⁴ היא זכתה לפרשנויות מודרניות ולהתאמות, ונדמה שגם כיום רבים מחזיקים בווריאציות מסוימות שלה.¹⁰⁵ למרות זאת, ואולי דווקא משום כך, נראה שגישה זו אינה יכולה לסייע להתמודדות עם הקושי שהוצג בפרק הראשון. נדמה שכל הקשיים שהוצגו ביחס להבחנה שבית המשפט עורך מתעוררים ביתר שאת דווקא בגישה המנתחת את הרגשות על בסיס התאוריה של גיימס. אם רגשות הם אך ורק תחושות פיזיות, קשה מאוד לחשוב על הבחנה ראויה בין סוגים שונים של רגשות על בסיס הגורם לרגשות הללו. בהתאם, הרגשות הדתיים הסוערים בעקבות הפגיעה בערכים המקודשים הם אותם רגשות בדיוק, בלי תלות בגורם להם, וגם אם מערכת היחסים עם הגורם להם היא אינטלקטואלית בלבד, וללא היתקלות בגורם ממשי. כמובן, ייתכן מאוד שעוצמת הרגש (כלומר חוזקן של התחושות הפיזיות) תהיה שונה, אולם כאמור הבדלים כאלו מתאימים יותר לדיון במסגרת עילת הסבירות, ולא נראה שיש בהם הצדקה להגדרת רגש מסוים כשיקול זר.

אדגים זאת באמצעות כעס. על פי גישתו של גיימס, נראה שניתן להגדיר כעס באמצעות התסמינים הפיזיים שהוא כולל: עלייה בדופק, סומק בלחיים, חריקת שיניים ומאפיינים דומים.¹⁰⁶ כעת, נבחן את הכעס הגואה במאמין דתי: אותם התסמינים הפיזיים מתרחשים בשני המקרים הרלוונטיים. אותן שיניים

¹⁰⁴ לסקירת ההתפתחות של הניסיונות לערוך רדוקציה של התודעה לביולוגיה ראו: MARKUS I. ERONEN, REDUCTION IN PHILOSOPHY OF MIND: A PLURALISTIC ACCOUNT, 57 (2013).
¹⁰⁵ ראו, למשל: Demian Whiting, *The Feeling Theory of Emotion and the Object-Directed Emotions*, 19(2) EUR. J. PHIL. 281 (2011).
¹⁰⁶ גיימס, לעיל ה"ש 71, בעמ' 194.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

תחרוקנה, אותו אודם יעלה בלחיים ואותו לב יפעם מהר יותר, בין אם הדבר נגרם כתוצאה מנסיעת רכב בשבת מול עיני האדם המאמין, ובין אם הוא נגרם מעצם הידיעה על כך שרכב נוסע בשבת בעיר אחרת. סביר מאוד שעוצמת התחושות (ואיתה עוצמת הרגש) תהיה שונה, אולם כאמור, הדבר אינו משפיע על הרלוונטיות של הרגש בקבלת ההחלטות המנהלית, אלא רק על המשקל שיש לייחס להתחשבות בו.

ננסה ליישם את גישתו של גיימס על פסק הדין בעניין **מיטראל**. כזכור, באותו העניין נדונה ההחלטה שלא להתיר ייבוא פרטי של בשר כלל. זאת, בין היתר, משום שייבוא פרטי, שיכלול ייבוא של בשר לא כשר, יפגע ברגשותיהם של מאמינים רבים.¹⁰⁷ בית המשפט פסק שלא ניתן להתחשב ברגשות דתיים מסוג זה משום שאין מקום להתחשב ברגשות דתיים הנובעים מעצם העובדה שהמאמין מודע לכך שקיימים כאלו שאינם שומרים את ההלכה.¹⁰⁸ נראה כי בגישתו של גיימס, מדובר בחלוקה שקשה להבין אותה: אם רגשות הם רק תחושות פיזיות, מדוע לא ניתן להתחשב בהם מכל מניע שהוא?

יתר על כן, בעניין **חורב** השופט ברק עומד על החשיבות שבמציאת פתרון "נוסח ישראל" מתוך הבנה שמדובר בסוגיה שהיחס אליה שונה בין חברות שונות ובין תרבויות שונות.¹⁰⁹ כפי שהוצג בתיאור גישתו של גיימס, קשה לראות מדוע הבדלים בין תרבויות רלוונטיים לעצם הניתוח העקרוני כאשר אנו דנים בתחושות פיזיות, שהן ביסודן זהות אצל כל אדם, גם אם עוצמתן ומניעיהן שונים. כאמור לעיל, גם גיימס מסכים שבתרבויות שונות הגורמים לרגשות ועוצמתם יכולים להשתנות. אולם, גישתו אינה יכולה להסביר את הדרישה של ברק לקבוע מדיניות עקרונית שתהיה פרטיקולרית לישראל.

4.ב פתרון על בסיס גישתה של נוסבאום

התאוריה של נוסבאום מאפשרת ניתוח אנליטי יותר לרגש. היא מאפשרת לפרק את הרגש לחלקים שניתן לעבד אותם ולהתייחס אליהם במישור המשפטי באופן מושכל. לדעתי, יש בכך כדי להביא פתרון לבעיה שהצגנו.

אנסה ליישם את גישתה של נוסבאום על רגש דתי המתעורר בעקבות חילול ערך מקודש. כשנפגעים רגשותיו של המאמין מאירוע המתרחש מולו, ההנחות שעליו לשפוט כאמיתיות הן, בערך, כך:

1. השבת היא קדושה, וחילולה הוא רע.

2. מישהו מחלל שבת **במרחב שסביבי**.

3. העובדה שבסביבתי יש חילול שבת היא פסולה ומשפיעה על השבת שלי.

ניתן לסווג את ההנחות הללו לשלוש קטגוריות. ההנחה הראשונה היא קביעה נורמטיבית שעומדת בבסיס הדין ולרוב נשפטת כאמיתית בידי בעל הרגש עוד טרם התרחשותו של אירוע כלשהו. ההנחה השנייה

¹⁰⁷ עניין **מיטראל**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 496.

¹⁰⁸ שם, בעמ' 502.

¹⁰⁹ שם, בעמ' 48.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

היא קלט שמתקבל מן העולם שבחוץ ונשפט כאמיתי כמעין טריגר לרגש. לבסוף, ההנחה השלישית היא זו שיוצרת את הקישור בין יתר ההנחות לבין השגשוג האישי של בעל הרגש.¹¹⁰

כעת, אבחן את המקרה המקביל, שבו נפגעים הרגשות – כלומר, מתעורר כעס, תסכול וכדומה –

מעצם הידיעה על משהו :

1. השבת היא קדושה, וחילולה הוא רע.

2. מישוהו מחלל שבת במקום כלשהו.

3. חילול שבת של אחרים הוא פסול ופוגע בחיי הדתיים.

קל לראות שההנחה הנורמטיבית, שמעניקה את המשקל הדתי לרגש, לא השתנתה. ההבדל בהנחה השנייה הוא זה שמבטא את הפער המעשי בין המקרים. ההבחנה המעניינת, לדעתי, היא בין ההנחות שעוסקות ברלוונטיות של השגשוג האישי של בעל הרגש: בעוד במקרה הראשון נוצר קשר בין אירוע חיצוני הנקלט בידי בעל הרגש לבין השגשוג האישי, במקרה השני השגשוג מושפע מעצם קיומו של האירוע בכל מקום וזמן.¹¹¹

מטבע הדברים, במקרים רבים ידיעה משפיעה על רגשותינו גם אם היא עוסקת באירוע שלא התרחש לנו עינינו, והדבר אינו מוריד כהוא זה מהאמיתות של הרגש ומהאותנטיות שלו. נוסבאום עצמה, לדוגמה, פותחת את מאמרה בתיאור הרגשתה כאשר נודע לה שמצבה הרפואי של אימה התדרדר ושבסופו של דבר היא מתה – כל זאת כשהיא נמצאת במרחק רב ממקום ההתרחשויות.¹¹² ניתן להזכיר גם את הפתיחה לספר "עיר ומלואה" מאת ש"י עגנון: "זה ספר תולדות... בוטשאטש אשר כתבתי בצערי וביגוני למען ידעו בנינו אשר יקומו אחרינו שעירנו עיר מלאה תורה וחכמה ואהבה ויראה וחיים וחסד וצדקה הייתה למן היום הוסדה ועד שבא השיקוף המשומם והטמאים והמטורפים אשר עמו ועשו בה כליה."¹¹³ עגנון חש צער על מחיקת עירו וכעס עז כלפי הורסיה, למרות השנים הרבות שחלפו מאז השמדת הקהילה היהודית בשואה.¹¹⁴

¹¹⁰ כמובן, ייתכן בהחלט מערך הנחות מורכב יותר שיבהיר מדוע חילול השבת הוא דבר שלילי – לדוגמה: הצתת זעמו של האל; פגיעה בסדר הראוי של העולם; קטיעת שרשרת הדורות המסורתית; ועוד. כמו כן, ניתן להניח מדוע חילול השבת משפיע על חיינו של המאמין – לדוגמה, משום ש"כל ישראל ערבים זה לזה" ועבירות של אדם אחד משפיעות על מצבו הרוחני של האחר (ספרא, בחוקותי, ז, ה; בבלי, סנהדרין, כז ע"ב). ניסיתי להציג כאן מערך פשוט יותר שיקל על הבנת הטיעון, ונדמה שלצורך זה אין הכרח לפרוס את ההנחות במלואן.

¹¹¹ ניתן לטעון שהנוסח הנכון של ההנחה השלישית במקרה זה צריך להיות "הידיעה על חילול שבת פוגעת בחיי הדתיים". אולם, נראה שהנוסח הזה מהווה רק תוספת של שלב, ולא הנחה עצמאית. זאת משום שבשיטתה של נוסבאום, כל רגש מוסבר בסופו של דבר בכך שהמרגיש יודע דבר מה על העולם ושופט את הידע הזה כאמיתי.

¹¹² נוסבאום, לעיל ה"ש 86, בעמ' 184. אומנם, תיתכן הטענה שבמקרה הנדון היא גילתה על האירוע בסמוך מאוד להתרחשותו בשל מאמציה להתעדכן באופן עיתי במצבה של אימה, ולפיכך הדבר דומה יותר להיתקלות באירוע, ולא לידיעה בלבד. ניתן שכוה מעלה את האפשרות שגילוי על התרחשותו של אירוע מהווה בעצם חוויה שלו כאילו התרחש באותו הרגע ממש, כך שיתכן שניאלץ לוותר לחלוטין על ההבחנה שבית המשפט עורך בין ידיעה להתרחשות; אולם בכך לא נתייחס למצבים שבהם אין אירוע ספציפי שגורם את הרגש, אלא מדובר באירוע כללי, כמו הידיעה על כך שמישהו אוכל חזיר בארץ ישראל (וראו כשר, לעיל ה"ש 45, עמ' 291). המקרה של עגנון ועירו המוצג להלן ממחיש רגש הנובע מידיעה על אירוע כללי, ולא ספציפי (עגנון חש צער על מחיקתה של העיר, ולא דווקא על מעשה רצח בודד), רגש אשר מתרחש זמן רב לאחר קרות האירוע עצמו.

¹¹³ ש"י עגנון **עיר ומלואה** 5 (1973).

¹¹⁴ הספר "עיר ומלואה" פורסם ב'1973, שלוש שנים לאחר מותו של עגנון, אך בכל אופן נדמה ששורות אלו נכתבו סביב איגוד הכתבים לספר, ולא מייד לאחר שנודע לעגנון על שהתרחש לקהילתו. עגנון תיאר את תחושותיו הקשות ברגעים שבהם נודע לו על גורלה של העיר בסיפור "הסימון", המובא בספר בעמ' 695.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

עם זאת, החלוקה של נוסבאום מאפשרת לערוך ביקורת מדויקת יותר על טיב הרגשות הנדונים. כעת, ההתייחסות של בית המשפט להתחשבות ברגשות מסוימים כשיקול זר יכולה להתבסס על דחייה נקודתית של אחת ההנחות שבבסיס הרגש. כמובן, בית המשפט אינו יכול לומר לאדם שהוא אינו מרגיש רגש כלשהו ושלאשרור ההנחה העובדתית בדבר הפרת ההלכה שאינה לנגד עיניו לא משפיע על טובתו האישית. אולם, בית המשפט יכול להחליט שהנחה מסוימת בבסיס הרגש אינה יכולה להשפיע על שיקול הדעת של הרשות בבואה לקבל החלטה. ליתר דיוק, הוא קובע ששיפוט של הנחה מסוימת כאמיתית הוא בעייתי כל כך שלא ניתן להעניק לו כל משקל.

בפרט, נראה שההנחה החשודה, שעלולה להביא לביטול האפשרות להתחשב ברגש, תהיה תמיד, או כמעט תמיד, ההנחה שמקשרת את העובדות אל תחושת השגשוג של בעל הרגש. ההנחה הנורמטיבית, שמגדירה את הבסיס העקרוני לסיטואציה, מבטאת את תפיסת עולמו האישית והפנימית של בעל הרגש, וקשה למצוא צידוק להתערבות בה. באופן ספציפי, פסילת הנחה כזו, במקביל לשימור האפשרות להגן על רגשות שנובעים מהנחה נורמטיבית אחרת, תפר את דרישת הניטרליות הרולסיאנית, שלפיה יש לנהוג באופן ניטרלי כלפי תפיסות הטוב השונות שבהם מחזיקים חברי הקבוצה,¹¹⁵ שכן היא תקבע שתפיסת הטוב של האדם המאמין נחותה מתפיסות טוב אחרות. אומנם, רולס מסייג את הקביעה הזו לתפיסות טוב "סבירות" (reasonable) בלבד,¹¹⁶ וניתן לחשוב על דוגמאות רבות לרגשות המתבססים על תפיסה נורמטיבית פסולה בעיני בית המשפט, כמו תפיסות עולם גזעניות,¹¹⁷ כך שבאופן היפותטי עדיין יש מקום לצפות מבית המשפט להתערב ולפסול הנחה נורמטיבית מסוימת. אולם, נדמה שבענייננו אין לאפשר זאת, שכן בית המשפט מאפשר התחשבות ברגשות דומים שבהם ההנחה הנורמטיבית נותרת זהה.¹¹⁸ ניתן לטעון גם שמדובר במעין "מקבילית כוחות": ככל שההנחה הנורמטיבית שבבסיס הרגש נגועה בפסול מוסרי גבוה יותר, כך נבחן באופן קפדני יותר את היחס בין מושא הרגש לבין השגשוג האישי של הפרט.¹¹⁹

גם לגבי ההנחה השנייה נדמה שאין מקום לעורר קשיים מיוחדים. אומנם, אין ספק שלעיתים רגש מתעורר כתוצאה משיפוט שגוי של אירוע כאמיתי, למרות שהאירוע לא התרחש כלל. לדוגמה, אדם יכול לחוש רגשות עזים כתוצאה מאירועים המתרחשים בחלומו, משום שבמסגרת החלום הוא שופט את כל מה שמתרחש כאמיתי. לאחר שיתעורר ויבין ששיפוט זה היה שגוי, רגשות אלו יפוגו.¹²⁰ אולם, במקרים שבהם

¹¹⁵ JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE, 12 (1971). ללא ניטרליות שכזו, נפגעת ההצדקה לקיומה של המדינה כמוסד המפעיל כוח, להלן: (Erin Kelly ed., 2001) JOHN RAWLS, JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT, 130.

¹¹⁶ ראו למשל: (2019) 10 C.L.J. Matthew H. Kramer, *Impartiality in a System of Governance*.

¹¹⁷ לדיון בעניין ראו סטטמן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 151.

¹¹⁸ לטענה (אומנם שלא על בסיס הגישה של נוסבאום, אך באופן המשתלב עם ניתוח הרגשות כפי שהוצג לעיל) שלפיה הבסיס הנורמטיבי של רגשות דתיים צריך להביא ליחוס משקל נמוך יותר לרגשות אלו, ראו: יוסי נחושתן **מעמדם של ערכים דתיים בקביעת גבולותיו של ביטוי הפוגע ברגשות** (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2002).

¹¹⁹ ראו דיון אצל סטטמן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 148.

¹²⁰ כאמור, הדבר אינו חייב לקרות בבת אחת: ייתכן שיעבור זמן בטרם ההכרה בכך שהאירועים התרחשו כחלק מחלום תחלחל באופן סופי לתודעתו של בעל הרגש. כאמור, העובדה שהרגש הוא תהליך קוגניטיבי אין פירושה שהוא נוצר או נעלם כהרף עין.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

עוסק מאמר זה, אין מחלוקת על המציאות שמביאה להחלטה המנהלית ועל תוצאותיה של ההחלטה, והדין כולו מתמקד בבחינת השפעותיה. לכן, נראה שבית המשפט לא יתמקד בבחינה של ההנחה העובדתית שבבסיס הרגש.

לאור זאת, נראה שהמקום המתאים לבחינת הלגיטימיות של התחשבות ברגש מסוים הוא ההנחה שמקשרת את יתר ההנחות אל השגשוג האישי של בעל הרגש. גישתה של נוסבאום אינה מחייבת, כמובן, להימנע מהתחשבות ברגשות שנובעים מידיעה על דבר מה, אולם היא יכולה לאפשר הסברים לשאלה מהו הטעם להימנעות שכזו. זאת, על בסיס התייחסות קונקרטית להנחה הרלוונטית ברגש.

ההבחנה בין ההנחות מאפשרת לבית המשפט להצדיק יחס שונה כלפיהן. במילים אחרות, בית המשפט יכול להכריז שהוא מכבד הנחות מסוג מסוים, ואינו מכבד הנחות מסוג אחר. באופן זה, החלוקה בין סוגי הרגשות אינה נובעת משאלת העוצמה שלהם, ההשפעה שלהם וכולי, אלא מהתוכן של ההנחות שבבסיסם. הגדרה של התחשבות ברגש מסוים כשיקול זר אין פירושה שהרגש הזה פחות אמיתי או שהאדם המרגיש אותו אינו ראוי להתייחסות. פירוש הדבר הוא שלרשות המנהלית אסור להתחשב באחת או יותר מההנחות העומדות בבסיסו. באופן הזה, מדובר בהכרעה מושכלת מצד בית המשפט, ולא בחיתוך אינטואיטיבי חסר בסיס.

מתבקש להתבסס, בהקשר זה, על התפיסה הליברלית, שלפיה במידת האפשר שגשוגו של האדם צריך שלא להפריע להתנהלותם של אחרים, כל עוד התנהלותם אינה מפריעה לו בחייו הפרטיים – גם אם לדעתו מדובר בהתנהלות פסולה.¹²¹ בענייננו, אין ספק שהנחה הקובעת שיש קשר בין שגשוגו האישי של האדם לבין ידיעה שלו על מעשים של אדם אחר פוגעת משמעותית בסדר הליברלי, ברמה העקרונית והמהותית, ולא רק מבחינה כמותית. זאת, בניגוד להנחה הקובעת שיש קשר בין שגשוגו של האדם לבין האירועים המתרחשים בסביבתו הקרובה, שנראית לגיטימית הרבה יותר. לכן, נראה שיש כאן בסיס מוצלח להבחנה בין ההנחות, ובהתאם – בין סוגי הרגשות: בית המשפט מונע מהרשות להתחשב ברגשות שבבסיסם הנחה הפוגעת באופן חמור בסדר הליברלי. נדמה שניתן לטעון כי מדובר כאן בקטגוריה נפרדת מרגשות דתיים אחרים.

אנסה ליישם את גישתה של נוסבאום על פסק הדין בעניין **מיטראל**. כזכור, בית המשפט שלל את ההתבססות של הרשות על הניסיון למנוע פגיעה ברגשות דתיים בטענה שאין מקום להתחשב בפגיעה מרגשות שנובעת מידיעה על כך שאדם שאינו מאמין אינו שומר על ההלכה. בהתאם לגישתה של נוסבאום

כמובן, ככל שהאדם מייחס יותר אמיתות (גם אם סימבולית) למה שראה בחלומו, הרגש שחש ימשיך ללוות אותו גם במהלך ערותו, שכן באופן עקיף הוא עדיין ישפוט את מה שראה כאמיתי. לדוגמה, במקרא מתואר כי גם לאחר שפרעה מלך מצרים מתעורר מחלומותיו המפחידים, הוא עדיין סבור שלמרות שהאירועים שהתרחשו בהם לא קרו במציאות, יש בהם ממד ממשי כלשהו המרמז על העתיד לבוא, ולפיכך: "וַיִּקַּץ פְּרֹעֶה וְהִנֵּה חֲלוֹם, וַיְהִי בְבִקְרָ – וַתִּפְּעֶם רוּחוֹ" (בראשית, מא, ז'ח).¹²¹ סטטמן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 147.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ולחצה לעיל, נראה שמדובר בפסיקה מתבקשת: בית המשפט דוחה, למעשה, את האפשרות לקבל את אשרור ההנחה שמקשרת את יתר ההנחות אל השגשוג האישי של האדם המאמין. לא ניתן לקיים חברה שבה מעשה שעושה אדם אחד, במנותק מאדם אחר וללא כל קשר אליו, פוגע באדם אחר באופן שמחייב להגן על רגשותיו: "מעצם מהותו של המשטר כמשטר דמוקרטי מתבקשת הכרה ברמה מסויימת של חשיפה לפגיעה ברגשות בני הציבור."¹²²

5. סיכום

במאמר זה ניסיתי להתמודד עם קשיים ביחסו של בית המשפט לפגיעה ברגשות דתיים במסגרת המשפט המנהלי. בפרק הראשון סקרתי את עילות ההתערבות הרלוונטיות במשפט המנהלי. הצגתי את קביעתו של בית המשפט לפיה ניתן להתחשב בפגיעה ברגשות דתיים בקבלת החלטות מנהליות, אלא אם הם נגרמים מידיעה בלבד על אירוע מסוים. טענתי שעל פניו קביעה זו אינה קוהרנטית ואין לה בסיס של ממש ושהצעות שונות מן השדה המשפטי לפתרון האתגר אינן יכולות לסייע.

לאחר מכן סקרתי את גישותיהם של ויליאם גיימס ושל מרתה נוסבאום. גישתו של גיימס, המדגישה את הממד הפיזי של הרגשות, מגדירה את הרגש כאוסף של תחושות פיזיות המכוונות כלפי דבר מה בעולם. גישתה של נוסבאום רואה ברגש פעולת שיפוט של רצף הנחות כאמיתיות או כשקריות, כאשר ההנחות עוסקות גם הן בדבר מה בעולם הקשור לשגשוגו של בעל הרגש. הראיתי את נקודות הדמיון והשוני בין הגישות הללו בהקשרים הרלוונטיים למאמר, ובפרט את היתרון בגישתה של נוסבאום מבחינת היכולת לנתח את הרגש באופן מסודר.

בפרק השלישי חזרתי אל הקונפליקט שבבסיס המאמר בפרספקטיבה של שתי הגישות. הראיתי שגישתו של גיימס, למרות היתרונות הגלומים בה, מקשה עוד יותר לפתור את הבעיה משום שהיא מתייחסת לרגש באופן אחיד שאינו מאפשר לחלק בין סוגים שונים של רגשות. לעומת זאת, בעזרת גישתה של נוסבאום יצרתי מבנה טיפוסי להיווצרות של רגש דתי, הכולל הנחה נורמטיבית, הנחה מציאותית וקישור לשגשוג האישי, והצעתי דרך לחלק בין רגשות דתיים שונים באמצעות האפשרות לדחות, במקרים מסוימים, את ההנחה המקשרת בין ההתרחשות לבין השגשוג האישי.

מאמר זה אינו ממצה, כמובן, את האפשרויות הגלומות בגישתה של נוסבאום להתמודדות עם השימוש ברגשות במערכת המשפט. הרגשות הולכים ותופסים מקום משמעותי יותר ויותר בעולם המשפטי, במגוון

¹²² עניין Universal, לעיל ה"ש 44, בעמ' 38.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

תחומים.¹²³ במאמר התייחסתי רק לתחום מצומצם מאוד – חלק קטן מההתייחסות לרגשות במסגרת המשפט המנהלי; אולם, הגישה שהוצגה במאמר עשויה לסייע בענפי משפט נוספים.¹²⁴

¹²³ אורית רוזין ויורם שחר "ועכשיו, ברגש" **משפט, חברה ותרבות** ג 9, 12 (2020).
¹²⁴ לדוגמה, במקרים של הטרדה מינית לפי סעיף 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח–1998 ניתן לנתח אירוע שבו הנפגעת פרצה בצחוק בעת תיאור של אמירות מצד הנאשם לא כקושי ראיתי. כך למשל נפסק בע"פ 6001/12 **פלוני נ' מדינת ישראל**, עמ' 11 (נבו 12.05.2013). נקבע שם שצחוק כזה מהווה עדות לכך שהרושם שהמקרה יצר אצל המתלוננת לא הצטרף להנחה נורמטיבית הרואה מקרה כזה בשלילה. גם בהתייחס לעילת הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין, ניתן לנתח את המחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט בע"א 1338/97 **תנובה נ' ראבי**, פ"ד נו (4) 673 (2003). שם עלתה מחלוקת בשאלה האם הימצאות סיליקון בחלב משפיעה על השגשוג של השותה. לבסוף, גישתה של נוסבאום יכולה להסביר את החלטתו של בית המשפט בע"פ 8363/19 **גרנות נ' מדינת ישראל**. בפס" 8 לפסק הדין של השופט הנדל נקבע שלא להשתמש בהגנת הקנטור כלפי נאשם שהוגדר כ"קמצן כרוני" באופן בלתי סביר, כן ניתן לתאר החלטה זו כבחירה שלא להתחשב באחת ההנחות העומדת בבסיס רגש הקנטור של הנאשם.