

על Outlawed Pigs, מאת דפנה ברק-ארז¹

יעקב בן-שמש*

א. מבוא. ב. איסורי החזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי. ג. איסורי החזיר: סמל לאומי כאינטרס דתי. ד. סיכום.

א. מבוא

ספרה המרתק והמהנה מאוד לקריאה של דפנה ברק-ארז עוסק בשינויים שחלו בהסדרה המשפטית בישראל של גידול החזיר ומכירתו, תוך ניסיון להתחקות אחר התהליכים החברתיים-תרבותיים שהביאו לשינויים אלה. ברק-ארז עוקבת, באמצעות מחקר היסטורי מעמיק ופרטני, אחר השינויים שחלו, משלהי תקופת המנדט ועד ימינו אלה, בהיקפם של האיסורים המשפטיים על גידול החזיר ומכירתו, ובפרשנות שניתנה להם בפסיקתם של בתי המשפט. היא מנסה להתחקות אחר שינויי העומק החברתיים, הכלכליים והתרבותיים שהובילו לשינויים בחוק ובפסיקה. בחלקה הראשון של רשימה זו אעמוד בקצרה על הנושאים העיקריים הנדונים בספר. בחלקה השני אבחן את עמדתה של ברק-ארז, שלפיה בסוגיית איסורי החזיר, גילו בתי המשפט עמדה של ניטרליות ערכית, ורק שיקפו, פחות או יותר, את השינויים התרבותיים שחלו בחברה הישראלית. אטען כי למעשה אי-אפשר להסביר כראוי את ההתפתחויות המשפטיות שחלו בסוגיית איסורי החזיר מבלי לעמוד על הכרעות נורמטיביות, ושנויות במחלוקת, שאימץ בית המשפט העליון בהקשר זה.

1 (2007) DAPHNE BARAK-EREZ, OUTLAWED PIGS: LAW, RELIGION AND CULTURE IN ISRAEL. גרסה מוקדמת של דברים אלה פורסמה במאמרה של דפנה ברק-ארז "גלגולו של חזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי" **משפטים** לג 403 (2003).
* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר, הקריה האקדמית אונו.

ב. איסורי החזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי

לפי תיאורה של ברק-ארז, סיפור האיסור המשפטי של גידול החזיר ומכירתו הוא, ככלל, סיפור של הפחתה וצמצום. מאיסורים רחבים שנהנו מקונצנזוס חברתי רחב בשנותיה הראשונות של המדינה, לאיסורים מקומיים ומוגבלים בהיקפם כיום, אשר אף הם נתפסים כמשקפים אינטרסים סקטוריאליים צרים, ושנויים במחלוקת פוליטית ומשפטית. בספרה מתארת ברק-ארז את תהליך היחלשותם של איסורי החזיר וצמצומם, תוך שהיא עומדת על ההתפתחויות החברתיות שהביאו לצמצום זה. טיעונה המרכזי של ברק-ארז הוא שבשנותיה המוקדמות של המדינה נתפסו איסורי החזיר כמשקפים אינטרס תרבותי כלל-לאומי של אזרחיה היהודים וכמאפיין חשוב של היותה מדינה יהודית, ואילו במהלך השנים נתפסו איסורים אלה יותר ויותר כמשקפים אינטרסים צרים של המגזר הדתי והחרדי. מאיסורים שנועדו להגן על סמל לאומי ותרבותי של העם היהודי כולו, הפכו איסורי החזיר להיות איסורים שנועדו להגן על הדתיים מפני פגיעה ברגשותיהם, על חשבון כפיית מצוות הדת על ישראלים שאינם חפצים בכך. בד בבד עם הפיחות שחל במעמד התרבותי של איסורי החזיר, הלכו והצטמצמו גבולות האיסורים המשפטיים.

לפי ברק-ארז, בימיה הראשונים של המדינה נתפסו איסורי החזיר כסמל לאומי, המשקף את רגישותו של העם היהודי לדורותיו לאיסורים הקשורים בחזיר². בזיכרון הקולקטיבי של העם היהודי טבועה התודעה שצוררי ישראל בכל הדורות עשו שימוש בחזיר כחלק מרדיפת היהודים והשפלתם. גזרות אנטיכוכס מהווים דוגמה ידועה במיוחד, אך השימוש בחזיר לפגיעה ביהודים נעשה גם בתקופת השלטון הרומאי, ובמדינות שונות ובתקופות שונות באירופה הנוצרית. על רקע תודעה היסטורית זו, ההסתייגות מחזירים חרגה הרבה מעבר למשמעותו הדתית של האיסור, ובעת המודרנית גם יהודים שלא שמרו מצוות אחרות נמנעו מצריכתו של בשר החזיר. כך היה גם בישראל. ההסתייגות מהחזיר נהנתה מקונצנזוס רחב בחברה ובפוליטיקה, וברק-ארז מביאה בהקשר זה ציטוטים מרתקים מדברי אישים חילונים במובהק, כברל כצנלסון ונתן אלתרמן, שהביעו תמיכה באיסורי חזיר בשמה של הזהות הלאומית והזיכרון הקולקטיבי היהודי.

סנטימנטים אלה רווחו גם בפוליטיקה הישראלית, המקומית והלאומית. חברי כנסת מסיעות חילוניות במובהק כגון מפא"י וחירות, כמו גם מועצות של רשויות מקומיות חילוניות במובהק כגון תל-אביב, הביעו תמיכה באיסור משפטי של גידול חזיר ומכירתו. כך, נחקקו בשנות החמישים חוקי עזר ברשויות מקומיות רבות אשר אסרו מכירת בשר חזיר

2 לסקירה של שני העשורים הראשונים ראו BARAK-EREZ, לעיל ה"ש 1, פרקים 4–6.

בתחומיהן. הרשות הראשונה שפעלה כאמור הייתה תל-אביב³, ובעקבותיה הלכו רשויות מקומיות רבות נוספות. בעקבות פסקי דין של בית המשפט העליון אשר קבעו כי נושא עקרוני וכלל-מדינתי כמו איסורי חזיר צריך להיות מוסדר ברמה הארצית⁴, התעורר צורך בחקיקה ראשית שתסדיר את הסוגיה. חקיקה זו הושגה במהירות יחסית כאשר בשנת 1957 נחקק חוק ההסמכה, אשר הסמיך רשויות מקומיות להתקין חוקי עזר שיגבילו או יאסרו גידול חזירים והחזקתם, ומכירת בשר חזיר ומוצריו⁵. חוק ההסמכה עבר בכנסת בתמיכה רחבה, ומצדדיו שבו והדגישו את חשיבותו הלאומית-כללית כביטוי לזהות התרבותית של העם היהודי בכללו, ולא דווקא כחוק אשר בא לקדם ענייני כשרות ספציפיים לציבור הדתי. גם חקיקתו של חוק איסור גידול חזיר⁶, שנחקק חמש שנים מאוחר יותר, ואשר אסר גידול חזירים בכל שטח המדינה להוציא מספר יישובים ערביים-נוצריים, שיקפה הסכמה לאומית רחבה.

לאחר תקופה של רגיעה בשנות השבעים⁷, שבה סוגיית החזיר ועלתה על סדר היום הפוליטי והמשפטי של מדינת ישראל. בשנות השמונים, תקופה שהתאפיינה בתנופה של חקיקה דתית, נעשו ניסיונות נוספים מצד מפלגות דתיות לחוקק חוקים שיאסרו כליל את המסחר בבשר חזיר. אלא שהפעם נכונה למציעי החוקים אכזבה. הפעם נתפסו הצעות חקיקה אלה על ידי הציבור החילוני ונציגיו בכנסת כניסיונות לכפיית ערכים דתיים על הציבור החילוני. דבריהם של מצדדי החקיקה, אשר שבו ופרטו על נימי הרגש הלאומי, נפלו הפעם על אוזניים ערלות. חברי הכנסת החילונים ראו באיסורי החזיר כמשקפים אינטרסים דתיים צרים, והתנגדו להרחבת איסורים אלה מעבר למתחייב מהצורך להגן על צורכי הציבור הדתי. במקביל, חלה התרופפות רבתי באיסורי החזיר המוניציפליים, ובעיקר חלה התרופפות משמעותית באכיפתם.

מגמה זו, של תפיסת איסורי החזיר כאיסורים שנועדו להגן על צורכי הציבור הדתי בלבד, ולא כאיסורים המשקפים סמל לאומי כלל-ארצי, נמשכה, וביתר שאת, בשנות התשעים ובשנות האלפיים⁸. צמצום היקפם של איסורי החזיר נעזר גם בחקיקתו של חוק-

- 3 חוק עזר לתל-אביב יפו (חזירים ובשר חזיר), התשט"ו-1954.
- 4 בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש העיר, פ"ד ח 1524 (1954); בג"ץ 72/55 פריידי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד י 734 (1955).
- 5 חוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת) התשי"ז-1956.
- 6 חוק איסור גידול חזיר, התשכ"ב-1962. חקיקתו של חוק זה הייתה נחוצה הן משום שלא היה די בחוק ההסמכה כשלעצמו על מנת לאפשר איסורים מקומיים על גידול חזיר, והן עקב אכיפה חלקית ביותר, במקומות מסוימים, של חוקי העזר שאסרו מכירת חזיר ומוצריו. לעניין הרקע לחקיקת חוק איסור גידול חזיר ראו BARAK-EREZ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 54-56.
- 7 שם, בעמ' 69-72.
- 8 שם, פרק 8.

יסוד: חופש העיסוק, שנחקק בשנת 1992 ושהפך עד מהרה ל"מכשלה" מרכזית בפני ניסיונות להגביל את שיווק בשר החזיר ומכירתו. שינויים דמוגרפיים בחברה הישראלית, ובעיקר גל העלייה הגדול מארצות חבר העמים לשעבר, תרמו את תרומתם לצמצום איסורי החזיר ולפתיחת המאבקים בעניין זה מחדש.

במציאות החוקתית החדשה נבחנים איסורי החזיר במשקפי מידתיות הפגיעה שהם פוגעים בזכויות היסוד החוקתיות. חוקי עזר שמגבילים את מכירת החזיר ומוצרים נתפסים כפוגעים בחופש העיסוק. התכלית שלשמה נחקקו חוקים אלה נתפסת בעיני בתי המשפט כהגנה על רגשות הציבור הדתי. תכלית זו, כך קבעו, היא תכלית ראויה, אך ממנה נגזרות גם מגבלות המידתיות המתאימות לה – אם איסורי החזיר נועדו להגן על רגשות הציבור הדתי, ולא על אינטרס לאומי כלל-מדינתי, הרי שאין הצדקה למנוע במסגרתם מכירת בשר חזיר במקומות שבהם מרבית האוכלוסייה איננה דתית.

תפיסה זו של איסורי החזיר ככאלה שנועדו, בראש ובראשונה, להגן על רגשותיו של הציבור הדתי, ושעל כן יש לצמצמם לאותם אזורים שבהם מתגוררים בני ציבור זה, משתקפת באופן הטוב ביותר בפסק הדין האחרון שניתן בפרשה זו, נכון למועד כתיבת שורות אלה, בבג"ץ 953/01 ח"כ מרינה סולודקין נ' עיריית בית שמש⁹. כפי שברק-ארז מראה, פסק דין זה ממחיש בצורה מושלמת ממש את המהפך שחל במעמדם של איסורי החזיר. העתירות עסקו בחוקיותם של חוקי עזר שחוקקו כמה עיריות ובהם נאסרה מכירת בשר חזיר ומוצרים. העותרים טענו כי חוקי העזר פוגעים בחופש העיסוק של העוסקים במכירת בשר חזיר בתחומי אותן עיריות וכן בחופש המצפון והדת של מי שצורכים מוצרים אלו. בפסק דינו מכיר השופט ברק בכך שבבסיס איסורי החזיר עומד, לצד אינטרס דתי הקשור בשמירה על מצוות הכשרות, "גם שיקול לאומי, החורג מתפיסה דתית הקשורה לדיני הכשרות, והמשותף לרבים שאינם דתיים או מסורתיים"¹⁰. אולם דומה שדברים אלה הם בבחינת מס שפתיים בלבד, ואין להם משקל של ממש בהכרעה. בבואו להכריע בשאלת מידתיותה של הפגיעה בחופש העיסוק, לא נותר מהשיקול הלאומי דבר. "השורה התחתונה" של פסק הדין, המתירה לאסור מכירת בשר חזיר רק באזורים שבהם מתגורר ציבור שהוא ברובו המכריע דתי, עולה בקנה אחד רק עם תפיסה הרואה באיסורי החזיר כבאים להגן על רגשות הציבור הדתי בלבד. שהרי, כפי שמציינת ברק-ארז בצדק רב, מבחינת השיקול הלאומי, מה לי מכירת בשר חזיר באזור דתי ומה לי מכירת בשר חזיר באזור חילוני? זה גם זה פוגעים באינטרס הלאומי. אילו ייחס בית המשפט העליון משקל

9 פ"ד נח(5) 595 (2004). לניתוח פסק הדין ראו Barak-Erez, לעיל ה"ש 1, בעמ' 96–102.

10 פרשת סולודקין, לעיל ה"ש 9, פס' 20 לפסק דינו של השופט ברק.

של ממש לאינטרס הלאומי, היה עליו לאמץ מבחני מידתיות רופפים בהרבה. הרי המטרה הלאומית יכולה להיות מושגת רק על ידי תחולה רחבה יחסית של איסורים¹¹. לסיום, ברק-ארז מעוררת את "שאלת העומק": מה גרם לשחיקה במעמד של איסורי החזיר? מדוע אין הם נתפסים עוד כסמל לאומי, אלא כאינטרס צר של הציבור הדתי? ברק-ארז מציעה כמה הסברים אפשריים כתשובה לשאלה¹². ההסבר העיקרי להתפתחות זו הוא שהחילונים בישראל, ובתי המשפט בעקבותיהם, חדלו לראות בחזיר סמל לאומי. שינוי עמדות זה קשור ודאי לתהליכי חילון, לשינויים דמוגרפיים בחברה הישראלית, אך גם לשחיקה שחלה בחברה הישראלית במעמד של סמלים לאומיים בכלל. החברה הישראלית עברה בעשורים האחרונים תהליך מואץ של פרגמנטציה והיפרדות. נחלש כוחם של מנגנוני כור ההיתוך ושל סמלים לאומיים, ועלתה קרנם של שיח רב-תרבותיות ופוליטיקת הזהויות, על סמליהן הפרטיקולריסטיים. החברה הישראלית נחלקת לכמה קבוצות-זהות תרבותיות שונות, אשר חלוקות ביניהן באופנים עמוקים ביותר באורחות חיים ובשאלות ערכיות ומעשיות. אין ספק שברק-ארז צודקת בהבחנתה שלפיה שינוי העמדות בקרב הציבור בסוגיית החזיר הוא:

"ביטוי לתהליך ההיפרדות לקהילות שעובר על החברה הישראלית. אם בשנים הראשונות נעשה ניסיון להתלכד סביב סמלים של לאומיות וממלכתיות, כיום פוליטיקת הזהויות מביאה לגיבושה של כל קהילה בחברה הישראלית, תוך הדגשת השונה והמבדיל בינה לבין קהילות אחרות. כאשר בראש מעייניה של כל קבוצה עומדת השמירה על האינטרסים שלה, מתוך נכונות גוברת לוותר על היומרה לעיצוב הקולקטיב"¹³.

ואמנם, דומה שבעשורים האחרונים עברה החברה הישראלית "ממלכתיות לסקטוריאליות"¹⁴. תהליך זה זכה לעניין מחקרי רב בשנים האחרונות¹⁵. אף אין ספק שתהליכים אלה הם שהובילו לשחיקה במעמד של איסורי החזיר כמשקפים סמל לאומי. עם זאת, וכבסיס לדבריי בחלקה השני של רשימה זו, אני מבקש להצביע על כך שתהליך

11 BARAK-EREZ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 111.

12 שם, בפרק 9.

13 ברק-ארז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 474.

14 בלשונה של דינה זילבר, להלן ה"ש 15.

15 ראו למשל ברוך קימרינג "הישראלים החדשים – ריבוי תרבויות ללא רב-תרבותיות" אלפיים 16, 264 (1998); מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר "הרהורים על רב-תרבותיות בישראל" **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** 67 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998); דינה זילבר **ביוקרטית כפוליטיקה** 87–98 (2006).

של היפרדות, ופוליטיקה של זהויות, אין פירושם בהכרח מעבר לפוליטיקה של אינטרסים, שבמסגרתה מעוניינת כל קבוצה לקדם את האינטרסים הצרים שלה בלבד. אכן, כפי שאסביר להלן, דומני שזהו תיאור נכון, ככלל, של השפעת תהליכי ההיפרדות על הציבור החילוני בישראל. במידה רבה, המעבר לסקטוריאליזם הוביל את הציבור החילוני לויתור על "היומרה לעיצוב הקולקטיב". אך לא כל המגזרים בחברה הישראלית הגיבו בצורה דומה על תהליך ההיפרדות, ומגזרים מסוימים המשיכו, וממשיכים, בניסיון להשפיע על עיצובם של ערכים קולקטיביים ושל המרחב הציבורי. ניתן אף למצוא דוגמאות לכך שתהליך הפיכתה של החברה הישראלית לחברה משוסעת מלווה בפתיחה מחדש של המאבקים על עיצוב דמותו של המרחב הציבורי דווקא¹⁶. אם כן, הנסיגה מהניסיון להשפיע על אופייה של החברה ועל צביונו של המרחב הציבורי איננה תוצאה הכרחית של תהליך ההיפרדות ושל פוליטיקת הזהויות. גם לאחר תהליך של היפרדות ופרגמנטציה אנו נמצא קבוצות הממשיכות לנסות ולהשפיע על עיצוב הקולקטיב, לצד קבוצות הנסוגות ממנו. אחזור לעניין זה להלן.

ג. איסורי החזיר: סמל לאומי כאינטרס דתי

ספרה של ברק-ארז, הנשען על מאות מקורות משפטיים וחוקי-משפטיים (כגון ראיונות וקטעי עיתונות) מהווה מופת של מחקר היסטורי-משפטי, ומדגים היטב את יחסי הגומלין המתקיימים בין הלכי רוח חברתיים-כלליים לבין איסורים משפטיים והפרשנות הניתנת להם על ידי בתי המשפט. היא מנתחת את השחיקה המתמדת שחלה במעמד הסמל-לאומי של איסורי החזיר, ומראה שבאמצעות שינויים אלה משמש המשפט ראי להלכי הרוח המשתנים בחברה. בית המשפט, לתפיסתה, איננו מכריע הכרעות ערכיות בסוגיה זו, כי אם עוקב אחר ההתפתחויות בחברה. דעתי היא שניתוח זה מחמיץ הכרעה ערכית חשובה שעליה נשענת למעשה כל תפיסתו של בית המשפט העליון בנוגע למעמדה של הדת ולמעמדם של שיקולים דתיים, הן בהקשר של איסורי החזיר, והן בהקשרים נוספים.

הן בספרה של ברק-ארז והן בפסקי הדין של בית המשפט העליון, מוצעות לנו שתי דרכים להבין את הרציונל העומד בבסיס איסורי החזיר: או כאינטרס דתי (להגן על הציבור הדתי שומר הכשרות) או כסמל לאומי (להגן על צביונה של המדינה ועל מעמדו המיוחד של החזיר בהיסטוריה ובתרבות היהודית). אך למעשה קיימת אפשרות נוספת. איסורי

16 המאבקים המתחוללים בשנים האחרונות סביב צביונו של המרחב הציבורי בירושלים יכולים להוות דוגמה לעיר משוסעת ובה קהילות רבות ומנוגדות, ולמרות זאת, ואולי בגלל זאת, נמשכים בה, וביתר שאת, המאבקים על צביונה של הפרהסיה.

החזיר יכולים לשקף אינטרס דתי בצביונה הלאומי של ישראל. מבחינה מושגית ומעשית, אינטרס דתי לא חייב להיות מוגבל להגנה על האינטרסים הצרים או על הרגשות של הציבור הדתי. הציבור הדתי יכול, ובפועל נוהג, לערב עצמו בשאלות הנוגעות לעיצובם של ערכים קולקטיביים והמרחב הציבורי. בכך מדגים הציבור הדתי את טענתו שלפיה אין קשר הכרחי בין היחלשותו של האתוס הקולקטיביסטי לבין היחלשותה של המוטיבציה של חלק מהקבוצות השונות המרכיבות את החברה הישראלית להשפיע על עיצוב רשות הרבים. תהליך ההיפרדות איננו מחייב ויתור על היומרה לעצב את ערכיו של הקולקטיב. דברים אלה נכונים במיוחד בהקשר הנדון בספרה של ברק-ארוז. בהקשר של איסורי החזיר, יש מקום לסברה שדווקא השחיקה שחלה במעמד הסמלי-לאומי של איסורי החזיר היא זו שהביאה, בשנות השמונים, לגל מחודש של ניסיונות לחוקק איסורי חזיר בעלי תחולה כלל-ארצית.

תהליך ההיפרדות כשלעצמו אפוא איננו מחייב ויתור על היומרה לעצב את ערכיו של הקולקטיב ואת צביונו של המרחב הציבורי. עם זאת, תהליך ההיפרדות מעורר את השאלה הנורמטיבית כיצד יש להתייחס לתהליך ההיפרדות, וכיצד ראוי שיעוצב המרחב הציבורי בחברה רב-תרבותית. התאוריה הפוליטית הליברלית מציעה תשובה אחת לשאלה זו. לפי תאוריה זו, המעמידה במרכזה את ערך החירות האישית והאוטונומיה של הפרט, תהליך ההיפרדות ראוי מבחינה נורמטיבית. הוא משקף פלורליזם של דעות ואמונות, פלורליזם שהוא תוצאה של הפעלת החירות האישית. לפי העמדה הליברלית, תהליך היפרדות והיווצרותם של ריבוי תרבויות ומחלוקות ערכיות עמוקות, אמורים להוביל למרחב ציבורי "ניטרלי" מבחינה ערכית, ולמדיניות של "חייה ותן לחיות". ערך החירות מחייב שאף קבוצה לא תכפה על קבוצות אחרות את ערכיה ואורחות חייה¹⁷. לפי העמדה הליברלית, במצב הרב-תרבותי הופכים ערכיה של כל קבוצה, ובמיוחד ערכים דתיים, להיות עניין "פרטי", פנים-קהילתי. ואילו כאשר אנו באים לדון בהסדרים בעלי תחולה כללית, בקביעת ערכים קולקטיביים ובעיצוב המרחב הציבורי, יש לשקול רק שיקולים "ניטרליים" מבחינה ערכית, כלומר שיקולים שיהיו מקובלים על כל בני החברה ובנותיה, או לפחות מובנים להם.

17 זוהי התפיסה של הליברליזם מבית מדרשו של רולס, שלפיה הכרעות הנוגעות למרחב הציבורי צריכות להיתמך ב"היגיון ציבורי" (Public Reason) שהם טעמים שיכולים להתקבל על דעת כל בני החברה הסבירים. ראו: John Rawls, *Political Liberalism* (1993). מאוחר יותר מיתן רולס מעט את עמדתו, וטען שניתן להעלות במסגרת דיון ציבורי טעמים שאינם "טעמים ציבוריים", ובלבד שבהכרעה הסופית יובאו בחשבון טעמים ציבוריים בלבד. ראו: John Rawls, *The Idea of Public Reason Revisited*, 64 U. CHICAGO L. REV. 765 (1997).

אך זוהי תשובה אפשרית אחת מבין כמה, המתבססת על הכרעה ערכית מובהקת בדבר חשיבותו של ערך החירות. ניתן לחלוק על עמדה זו. כך, למשל, קבוצות בחברה שאינן מייחסות חשיבות מרכזית לערך החירות, אלא לערכים אחרים, כגון ערכים דתיים, עשויות להחזיק בעמדה שריבוי דעות ופלוורליזם כשלעצמם כלל אינם תופעה חיובית, וכי לעתים אין כל בעיה בכפייה של אורח חיים מסוים על הציבור כולו, אם הכפייה משקפת נורמה חשובה דייה, ואם הפגיעה בציבור הכללי הנובעת מהכפייה אינה קשה מדי¹⁸. כך בדיוק מבקשות המפלגות הדתיות להצדיק את תחולתם הכללית של איסורי החזיר: הם משקפים, לגישתם, את אחד מערכי היסוד הבסיסיים ביותר של ישראל כמדינה יהודית, ואילו אי-הנוחות שהם גורמים לציבור החילוני אינה רבה.

כעת אוכל להבהיר את טענתי בדבר היעדר הניטרליות הערכית של בתי המשפט בסוגיית איסורי החזיר. עמדתי היא שעל מנת להסביר באופן שלם את ההתפתחויות המשפטיות בנושא איסורי החזיר (כמו גם סוגיות אחרות הקשורות בענייני דת ומדינה), עלינו להכיר בכך שמעבר להכרה האמפירית בכך שאיסורי החזיר חדלו לשקף אינטרס לאומי ועברו לשקף אינטרס דתי, בית המשפט העליון גם אימץ באופן מפורש את העמדה הליברלית בנוגע למעמד של שיקולים דתיים בחברה רב-תרבותית, עמדה המצמצמת עד מאוד את הלגיטימיות של השיקול הדתי בקביעת הסדרים הנוגעים למרחב הציבורי. זוהי העמדה שעולה מדברי בית המשפט העליון ברבים מפסקי הדין העוסקים בסוגיות של דת ומדינה. השופט חשין נותן לעמדה זו את הביטוי החד ביותר:

“ניתן אולי לתמצת [...] את העיקרון השליט ביחסי דת ומדינה באמירה [...] :היה אדם בצאתך ויהודי באוהלך; רשות הרבים מזה ורשות היחיד מזה [...] רחובה של עיר מכאן וביתו של אדם מכאן. המדינה ושליחיה – בהם

18 לביקורת על עמדתו של רולס, בטענה שהיא בעצם מדירה קבוצות דתיות מיכולת השפעה על המרחב הציבורי, ראו למשל: MICHAEL J. PERRY, RELIGION IN POLITICS: CONSTITUTIONAL AND MORAL PERSPECTIVES (1997); Michael J. Perry, *Religious Arguments in Public Political Debate*, 29 LOYOLA L.A. L. REV. 1421 (1996); Tim Hurley, *John Rawls and Liberal Neutrality*, in 4 JOHN RAWLS: CRITICAL ASSESSMENTS OF LEADING POLITICAL PHILOSOPHERS 30 (Chandran Kukathas ed., 2003); PAUL J. WEITHMAN, RELIGION AND THE OBLIGATIONS OF CITIZENSHIP (2002). הביקורת המרכזית מתמקדת בטענה שניטרליות ערכית של המרחב הציבורי היא כשלעצמה איננה עמדה “ניטרלית” כי אם משקפת את התשובה הליברלית (כלומר פילוסופיה פוליטית המאמינה בערך החירות) לשאלה כיצד יש לעצב את המרחב הציבורי בחברה רב-תרבותית. כפי שאני מבהיר בטקסט, בית המשפט העליון מאמץ את הגישה הרולסיאנית, וטענתי היא שגם בהקשר זה אין מדובר בעמדה “ניטרלית” מבחינה ערכית, אלא בעמדה הדוחה במפורש את התשובה שקבוצות דתיות מסוימות נותנות לשאלה האמורה.

הממשלה, המינהל ובתי המשפט – ישמרו ויגנו על חופש הדת של אדם בביתו, אך בצאתו מביתו ובכואו אל רשות הרבים, או אל רשות היחיד של הזולת, שוב לא יוכל לכפות רצונו ודעתו על זולתו. רשות היחיד ליחיד – יחיד יחיד ורשותו שלו, ורשות הרבים – לרבים. [...]

האינטרס שקנו שומרי מצוות משקלו הוא רב עד מכריע בביתם פנימה, וכל עוד מבקשים הם דבר לעצמם; ככל שירחקו מביתם ויקרבו אל רשות הרבים – או אל רשות היחיד של הזולת – או ככל שיבקשו לשלול דבר מן הזולת, כן יחלש כוחו של אותו אינטרס¹⁹.

זוהי תמצית העמדה הליברלית. הדת היא עניין פרטי, לביתו של אדם. שיקולים דתיים אינם שיקולים לגיטימיים בקביעת מדיניות ציבורית ובקביעת אופיו של המרחב הציבורי. "האינטרס הדתי" משפיע בביתם של הדתיים פנימה, אך עצמתו הולכת ונחלשת ככל שאנו יוצאים מרשות היחיד ועוברים לרשות הרבים. כאמור, זהו הביטוי החריף ביותר של עמדה זו. אך זוהי גם העמדה שעומדת בבסיס פסק דינו של השופט אור בפרשה זו (מיטראל). דומני שזוהי גם העמדה הנורמטיבית המונחת בבסיס פסק דינו של השופט ברק בפרשת סולודקין. כזכור, עניינה של פרשה זו היה חוקי עזר שנחקקו ברשויות מקומיות מסוימות, ושהשליט את התפיסה הדתית בדבר איסורי החזיר על מרבית המרחב המוניציפלי שלהן. פסק הדין כמעט ועיקר מתוכן חקיקה זו, בהגבילו אותה לאזורים דתיים בלבד, שבהם לא מתעורר הצורך בחקיקה זו מלכתחילה. על מנת להשיג תוצאה זו, לא די היה בהצבעה על העובדה שהמניע לחקיקה היה אינטרס דתי. יש להוסיף ולהניח שאינטרס דתי איננו יכול למלא תפקיד משמעותי בקביעת צביונו של המרחב הציבורי. ואכן, בפסק דינו, תוחם השופט ברק את האינטרס הדתי לגבולות הצרים המוקצים לו במסגרתה של התאוריה הליברלית. ראשית, הוא מאפיין את האינטרס הדתי כ"הגנה על רגשות", ובכך מצמצם את יומרתו של האינטרס הדתי (שהוא, כאמור, לנסות ולהשפיע על עיצוב המרחב הציבורי). שנית, ובהמשך לכך, נדחה השיקול הדתי בפני האינטרסים של הציבור החילוני בכל מקום שבו קיימת התנגשות של ממש ביניהם, וזאת על אף הכרעתו השונה של המחוקק המוניציפלי. התוצאה של פרשת סולודקין היא, למעשה, ששיקולים דתיים אף פעם אינם יכולים להוות שיקולים שיכריעו בדבר צביונו של המרחב הציבורי כאשר מרחב זה אינו מורכב מדתיים בלבד.

19 בג"ץ 3872/93 מיטראל נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485 (1993), פס' 6–7 לפסק דינו של השופט חשין. ראו גם בג"ץ 7203/00 מעדני אביב אוסובלנסקי נ' מועצת הרבנות הראשית, פ"ד נו(2) 196 (2001), פס' 39 לפסק דינו של השופט חשין.

דומני שניתן אף להוסיף ולשער שהתפיסה הליברלית היא זו שעומדת גם בבסיס ההלכות הישנות שסוקרת ברק־ארז, בפרשות אקסל ופריידי, אשר שללו את יכולתן של רשויות מקומיות לקבוע איסורי חזיר ללא הסמכה מפורשת. אמנם פסקי הדין מנוסחים בלשון "מנהלית" פורמליסטית של חוסר סמכות. אך דומני שלא יהיה זה מופרך להניח שמתחת לפני השטח שוכנת העמדה הליברלית שלפיה שיקולים דתיים הנם שיקולים "חשודים", ואין הם רשאים לבוא בקהל השיקולים הלגיטימיים של פקידי מנהל אלא אם כן קיבלו הסמכה מפורשת לכך מאת המחוקק. וגם אז, כפי שפרשת סולודקין מבהירה, יינתן להם משקל מינימלי, חסר משמעות מעשית כמעט.

ד. סיכום

דומני שעל ניתוחה ההיסטורי-סוציולוגי המבריק של ברק־ארז יש להוסיף את תיאור ההכרעה הערכית שמכריע בית המשפט בדבר מעמדם של שיקולי הדת. דומני שהוא נחוץ על מנת להשלים את הבנתנו בעניין צמצום מעמדם של איסורי החזיר, ודומני שהוא נחוץ גם על מנת להבין את התרעומת שמעוררים חלק מפסקי דין אלה בקרב חלק מהציבור שומר המצוות, החש שתפיסותיו הנורמטיביות של בית המשפט העליון בעצם מערערות על הלגיטימיות של השיקולים הדתיים בדיון הציבורי. דעתי היא שההכרעה הנורמטיבית של בית המשפט בעניין זה היא, ככלל, מוצדקת. אך שאלה זו ראויה למחקר נפרד.