

## ביקורת ספרים: בעקבות מפרה של דפנה ברק-ארז \*OUTLAWED PIGS

גדעון ספיר\*\*

הספר מושא הרשימה מציע תיאור מפורט של תהליכי השינוי שהתחוללו למן קום המדינה ועד לימינו אלה בטיפול הפוליטי והמשפטי בשאלה של גידול, הפצה ומכירה של חזיר בישראל. בצד התיאור, התופס את הנפח העיקרי, הספר מנסה להסביר את השינוי המשפטי באספקלריה של שינוי סוציולוגי ותרבותי שעבר על מדינת-ישראל בכלל ועל הציבור החילוני במדינה בפרט. רשימה זו מתמקדת במרכיב ההסבר, מציעה לצמצם את שלל ההסברים המועלים בספר לשלוש היפותזות מרכזיות, ובוהנת במבט ביקורתי כל אחת מהיפותזות אלה.

פתיחה. א. מבנה וחשיבות. ב. היפותזות: 1. היפותזה ראשונה - מדוע הפסיק החזיר להיות סמל לאומי? 2. היפותזה שנייה - מדוע נעלמה הנכונות לוותר לדתיים? 3. היפותזה שלישית - מדוע פסקה הנכונות להגביל מטעמים לאומיים? ג. תפקידו של בתי-המשפט. ד. אמירות נורמטיביות. ה. עמדת הדתיים. ו. עמדת ברק-ארז. ז. סיום.

### פתיחה

האקדמיה המשפטית הישראלית עוברת בעשור וחצי האחרונים תהליך שינוי מרתק. הקמת המכללות למשפטים, פתיחתה של פקולטה חדשה והרחבת הפקולטות הקיימות הגדילו באופן ניכר את מספר החוקרים בתחום. הצטרפותם של חוקרים צעירים רבים

\* DAPHNE BARAK-EREZ, OUTLAWED PIGS (2007) (להלן: הספר).

\*\* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודתי לחבריי אביעד בקשי, טלי מרגלית, דני סטטמן ועמיחי רדזינר על הערותיהם המועילות, ולרומן זינגרד על עזרתו במחקר.

בשנת 1990 היו בישראל שלוש פקולטות למשפטים - באוניברסיטת תל-אביב, באוניברסיטה העברית בירושלים ובאוניברסיטת בר-אילן. כיום יש פקולטה למשפטים

שרכשו את השכלתם הגבוהה באמריקה הצפונית מובילה לשינוי באופי העשייה המחקרית. הכתיבה נעשית תיאורטית יותר, ונעשה שימוש הולך וגובר במתודולוגיות וברעיונות מתחומי דעת משיקים.<sup>2</sup>

במקביל, ארון-הקודש של האקדמיה המשפטית זו בהדרגה מערבה. חוקרים ישראלים משתתפים דרך קבע בכנסים אקדמיים באמריקה הצפונית, מוזמנים להרצות כאורחים באוניברסיטות מרכזיות שם, ויש המקבלים מינוי קבוע באוניברסיטות אמריקאיות ועוקרים לשם עם משפחותיהם. הנוכחות הישראלית ניכרת גם בשדה הפרסומים. מדי שנה מתפרסמים באמריקה הצפונית מאמרים וספרים פרי-עטם של ישראלים המלמדים בארץ.

שני התהליכים משתלבים זה בזה. ההכשרה בחוץ-לארץ פורצת את מחסום התרבות והשפה, וההתמקדות בתיאוריה מאפשרת - ואפילו מחייבת - השתלבות בשיח התיאורטי הבין-לאומי. אולם נדמה שמגמת האמריקניזציה של האקדמיה המשפטית בישראל חורגת מן האמור לעיל. חוקרים ישראלים לא-מעטים מנסים להשתלב לא בשיח התיאורטי - או לא רק בו - אלא בשיח האמריקאי המתמקד בשאלות מקומיות. לשם כך הם מקדישים זמן ומשאבים ללימוד התקדימים האמריקאיים והספרות המלווה אותם. יש שאינם מפרסמים כמעט בעברית או ביחס לישראל. את ההסבר לתופעה מעניינת זאת אי-אפשר לדעתי לתלות רק בשני הטעמים שהזכרתי - הכשרה בחוץ-לארץ ותיאורטיזציה - אלא יש לחפשו גם במקום אחר. בסוף דבריי אציע הסבר משלים אפשרי אחד לתופעה.

הספר שלפנינו מבטא פשרה: מצד אחד, הוא נכתב באנגלית והתפרסם בהוצאה מכובדת בארצות-הברית; מצד אחר, הוא עוסק בישראל, ומהווה פיתוח והרחבה של מאמר שפורסם בעברית.<sup>3</sup>

#### א. מבנה וחשיבות

הספר כולל שני מרכיבים:

1. תיאור מפורט של תהליכי השינוי שהתחוללו למן קום המדינה (ולמעשה עוד קודם לכן, בתקופת שלטון המנדט הבריטי) ועד לימינו אלה בטיפול הפוליטי והמשפטי בשאלה של גידול, מכירה והפצה של חזיר בישראל. ברק-ארז טוענת כי ניתן להצביע

<sup>2</sup> גם באוניברסיטת חיפה, ונוסף על כך קיימות שש מכללות פרטיות למשפטים. מבדיקה של שנתוני המוסדות עולה שכיום יש בכל המוסדות יחד 287 חברי סגל פנים.

<sup>3</sup> לדיון בשינוי ראו מנחם מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי הדין ובתי המשפט" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג 1 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1994).

<sup>4</sup> דפנה ברק-ארז "גלגולו של חזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי?" משפטים לג 403 (2003) (להלן: המאמר).

על כמה שלבי-משנה בתהליך השינוי.

2. ניסיון להסביר את השינוי המשפטי באספקלריה של שינוי סוציולוגי ותרבותי שעבר על מדינת-ישראל בכלל ועל הציבור החילוני במדינה בפרט.

ערכו של הדיון שברק-ארז מציעה, על שני מרכיביו, הינו רב, וזאת משתי סיבות. ראשית, תהליכי השינוי שהיא מציעה, וההסברים שהיא מציעה לתהליכים אלה, זורים אור על החברה הישראלית ומציבים קווים לאופייה בעבר ובהווה, וכל זאת מנקודת-מבט לא-שגרתית. שנית, דרך ביצוע המחקר, כמו-גם המסקנות שהוא מציע, חורגים מן ההקשר הישראלי. הדיון שברק-ארז מקיימת משתלב בזרם כתיבה בין-תחומי המבקש לבחון את יחסי-הגומלין בין תרבות, ערכים ומשפט. היסודיות שמאפיינת את תהליך איסוף הנתונים, כמו-גם ההיפותזות המעניינות שמוצעות כהסבר אפשרי לתהליכי השינוי, יכולים לשמש מופת לחיבורים מקבילים, כמו-גם לגיבושן של תובנות כלליות ביחס לקשר בין משפט ותרבות.

מאמר ביקורת זה יתמקד במרכיב השני של הדיון בספר - מרכיב ההסבר.<sup>8</sup>

## ב. היפותזות

ברק-ארז טוענת שניתן להצביע על תחנות אחדות בתהליך השינוי שחל בישראל בסוגיית החזיר. כל תחנה טעונה הסבר משלה, אולם את עיקר המאמץ ברק-ארז משקיעה בהסברת הפער בין ההתחלה לסוף. בהתחלה התקבלו איסורי החזיר בקלות יחסית ואף נאכפו, ואילו כיום הם מצומצמים יותר ואינם נאכפים כמעט. את השינוי המשפטי ברק-ארז תולה בתהליכי שינוי שעברו על קבוצת הרוב החילונית בישראל. בעקבות ברק-ארז אתמקד גם אני בחלק זה של ההסבר, כלומר, בהיפותזות להסברת

<sup>8</sup> למאמרים נוספים מסוגה זו שהתפרסמו בישראל ראו, למשל, אילת שחר "מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס" עיוני משפט יח 159 (1993); רונן שמיר "על משפט ושינוי חברתי - הערות למאמרה של אילת שחר 'מיניותו של החוק: השיח המשפטי בנושא האונס'" עיוני משפט יח 631 (1994); מנחם מאוטנר "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית - ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 545 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, 1998) (הספר ייקרא להלן: רב-תרבותיות); רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי-הדין הרבניים - בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ 683 (1997).

<sup>9</sup> מרכיב ההסבר פרוש לאורך כל הספר אך מרוכז בעיקר בפרק 9. בין התחנות מוזכרות שנות החמישים והשישים, שבמהלכן הוסדרו איסורי החזיר בחקיקה ראשית ומשנית, נאכפו על-ידי רשויות אכיפת החוק ונידונו בבית-המשפט: שנות השבעים, שבמהלכן השתרר שקט תעשייתי בכל החזיתות; שנות השמונים, שבהן ניסו הדתיים לחזק את חומת האיסור על רקע כרסום ברמת האכיפה; ושנות התשעים ואילך, המתאפיינות בהתמקדות מחודשת באיסורי החזיר, על רקע חקיקת חוקי-יסוד: חופש העיסוק, והשימוש שהפרקליטות ובית-המשפט עושים בו לשם הפיכת איסורי החזיר לאות מתה.

של ברק-ארז נשען על טענה זו של אנשי מדע המדינה. החזיר שימש מלכתחילה סמל דתי, ותומכיו העיקריים היו אנשים שומרי-מצוות. נכונותו של הרוב החילוני לקבל על עצמו את האיסור נבעה מאימוץ הדגם הקונסוציונלי. עם השנים ננטש הדגם הקונסוציונלי, ואיתו גם הנכונות לוותר לדתיים בעניין החזיר. לפי הסבר זה, השינוי שחל בקרב הציבור החילוני אינו ביחס לחזיר, אלא בהתייחסות לרגישויות הדתיות הקשורות אליו.

בצד ההסבר התולה את הירידה בנכונות החילונית לקבל את איסורי החזיר - המבוססים על טעם דתי - בנטישת הדגם הקונסוציונלי, ברק-ארז מציעה הסבר חלופי. לפי הסבר זה, השינוי נעוץ במה שהיא מתארת בהיעלמות או היחלשות של הציבור המסורתי שאחז בדגם רך של זיקה לדת. לפי הסבר זה, בניגוד להסבר הקודם, הציבור החילוני - או חלק ממנו - לא ראה בחקיקת החזיר משום ויתור לדתיים, אלא הזדהה עם העמדה המסורתית שקידמה את החקיקה בנושא. משנחלש ציבור זה, ששימש גשר בין החילוניות והדתיות בישראל, נעלמה גם הסימפטיה החילונית לאיסור.<sup>47</sup>

לדעתי, היפותזה זו, על שתי גרסות-המשנה שלה, היא הפחות-מוצלחת מבין השלוש. הטענה כי החזיר שימש מלכתחילה רק סמל דתי - או בעיקר סמל כזה - אינה מבוססת. כפי שברק-ארז עצמה מראה בכירור, להתנגדות לחזיר, במישור המדינתי ובמישור הלוקלי כאחד, היו שותפים לא רק מחוקקים שומרי-מצוות, אלא גם מחוקקים חילונים רבים, והטעמים שהוזכרו בתמיכה בהטלת האיסור היו לאומיים, ולא דתיים. כפי שברק-ארז מציינת, תל-אביב הייתה נושאת-הדגל בתחום חוקי-העזר. ברק-ארז

וברוך זימר מהשלמה להסלמה (2003). כותבים אלה מציעים כמה הסברים לדעיכת המודל הקונסוציונלי ולמעבר למודל ההכרעה: המעבר למערכת דו-גושית, אשר הופך את ההנמקה הקונסוציונלית לחשודה ומעודד בפועל חריגה מהדגם: התפתחות האקטיביזם השיפוטי, המתאפיין בנכונות גוברת מצד בית-המשפט להתערב במערכת השיקולים של הרשויות האחרות - דבר המגביל את חופש הפעולה של הגופים הפוליטיים - ובעליית הערכים בתפיסת המשפט והשיפוט, אשר פוגעת בתדמית הניטרלית של בית-המשפט והופכת אותו מגורם שממתן מחלוקות פוליטיות לגורם היוצר אותן: המהפכה החוקתית: ודעיכתה של תופעת האי-לגליזם, המונעת המשך קיומן של הבנות דיסקרטיות לא-פורמליות, אשר במקרים רבים עמדו בבסיס הפשרה. הספר, לעיל הערת-שוליים כוכבית, בעמי 118: המאמר, לעיל ה"ש 3, בעמי 471: "גורם מסביר נוסף להיעלמותה של ההסכמה הציבורית לגבי איסורי החזיר הוא המעבר הכללי מפוליטיקה 'קונסוציונלית' בתחום של דת ומדינה... לפוליטיקה דו-גושית של הכרעה במחלוקות".

הספר, לעיל הערת-שוליים כוכבית, בעמי 119: "Avoiding nonkosher meat, especially pork, without necessarily observing all the minor details of Jewish dietary law, was considered a 'traditional' norm. The public adhering to this norm without describing itself as religious is shrinking"

התמקדה במחקר ארכיוני של עיר זו, וממצאיה עולה זיקה הזקה בין היות תל-אביב העיר העברית הראשונה לבין העמדה שנקטו פרנסיה החילונים בעניין החזיר.<sup>3</sup> אך גם אם נסכים שאיסור החזיר נתפס מלכתחילה כמבוסס על טעם דתי יותר מאשר על טעם לאומי, קשה לדעתי לבסס את הטענה המשלימה שבקרב הציבור הכללי בישראל ניכרת מגמה ברורה של התרחקות מהמסורת. ייתכן שבקרב קבוצה מסוימת - אולי זו שקימרינג כינה בעבר "אהוסלים"<sup>4</sup> - ניתן לזהות מגמה כזאת, אך ספק בעיניי עד כמה התופעה בולטת בקרב כלל הציבור החילוני. מחקרים עדכניים יחסית מצביעים על כך שחלק נכבד מן הציבור בישראל מגדיר את עצמו גם כיום כמסורתי או מתאר אורח חיים שניתן לכנותו מסורתי.<sup>5</sup> אגב, עובדה זו אינה מקעקעת את ההסבר שברק-ארוז מציעה, אלא רק מחייבת להוסיף לו מרכיב נוסף. הטענה בניסוחה החדש תהיה שבקרב שכבת מקבלי ההחלטות במערכת המשפטית והפוליטית ניכרת התרחקות מהדת ומסמליה. כוחה של שכבה זו מאפשר לה להכתיב שינוי בהסדרים המשפטיים הרלוונטיים.

3. היפותזה שלישית - מדוע פסקה הנכונות להגביל מטעמים לאומיים? לפי ההיפותזה השלישית, החזיר היה ונשאר סמל לאומי, אך עם השנים נחלשה הנכונות להטיל איסורים בשמם של טעמים לאומיים. הסבר זה לשינוי במעמדו של החזיר עולה לדעתי בקנה אחד עם הרטוריקה של בית-המשפט העליון בפרשת מולודקין.<sup>6</sup> בית-המשפט מזכיר את המשמעות הלאומית והדתית שנודעת לאיסור החזיר, אך בבואו לשקלל משמעויות אלה, הוא מפריט אותן ומתרגמן למונחים של פגיעה ברגשות - לאומיים או דתיים. לשיטתו של בית-המשפט, הערך המוגן אינו חיזוק התודעה הלאומית, אלא הרצון להימנע מפגיעה ברגשותיהם של אלה המייחסים לחזיר משמעות לאומית (או דתית). העובדה שבית-המשפט בוחר להפריט את הטעם הלאומי והדתי שבבסיס ההתנגדות לחזיר עשויה ללמד כי הוא אינו מוכן להסכים לפגיעה בחירות הפרט בשם חיזוק התודעה הלאומית.

הטרנספורמציה שהטיעון הלאומי עובר בפסיקת בית-המשפט, מאינטרס ציבורי טעון-הגנה לאינטרס של יחידים שראוי לכבד, בולטת גם בפסקי-דין נוספים. כך היה, למשל, בפרשת אורין, שבה נידונה החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה לא לנקוט הליכים פליליים נגד סגן ראש עיריית ירושלים בשל דברים שאמר שהיה בהם, לפי הנטען, פגיעה בכבוד דגל המדינה - דבר המהווה עברה לפי סעיף 5 לחוק הדגל

ראו שם, בעמ' 46-47, 59-61.

ברוך קימרינג קץ שלטון האהוסלים (2001).

שלומית לוי, חנה לוינסון ואליהוא כ"ץ יהודים ישראלים: דיוקן - אמונות, שמירת מסורת וערכים של יהודים בישראל 2000 (2002): שלומית לוי, חנה לוינסון ואליהוא כ"ץ אמונות, שמירת מצוות ויחסים חברתיים בקרב היהודים בישראל (1993).

בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נה(5) 595 (2004).

והסמל. השופט חשין זעם על החלטת היועץ המשפטי לממשלה. בין הדברים שכתב הוא התייחס גם לחשיבות הדגל:

דגל ישראל אין הוא "סך הכל ביטוי של מקל עם סמרטוט של כחול לבן עליו". דגל ישראל הוא אני ואתה ואת, הוא והיא, הם והן, אנחנו וילדינו. וגם מי שהלכו ולא ישובו אלינו. ואנו כולנו, אין אנו סמרטוט. הרב מילר עבר (לכאורה) עבירה שבין אדם לחברו. עבירות שבין אדם למקום, יום הכיפורים מכפר. עבירות שבין אדם לחברו, אין יום הכיפורים מכפר עד שירצה את חברו: יבקש סליחה מחברו וחברו יתראה ויסלח לו. הרב מילר לא ביקש סליחה ולא ריצה את זולתו.<sup>22</sup>

חשין מעביר את מרכז-הכובד מחשיבות הדגל כסמל בעבור המדינה לחשיבותו בעבור אזרחיה כפרטים. תחת פרשנותו של חשין, ההגנה על הדגל נהפכת למקרה ספציפי של הגנה על רגשות, ולא של הגנה או חיזוק של הרעיון הלאומי.

בהנחה שהשינוי שחל במעמדו המשפטי של החזיר הוא פועל יוצא מהיחלשות הנכונות הציבורית לפגוע בחירות הפרט בשמו של הרעיון הלאומי, מתבקשת השאלה מהו הגורם להיחלשות זאת. גם לשאלה זו ניתן לדעתי למצוא בדברי ברק-ארז שתי תשובות שונות. לפי ההסבר הראשון, הציבור החילוני בישראל עודנו מחויב לרעיון הלאום, אך בצד מחויבות זו התחזקה אצלו מחויבות נוספת - לחירויות הפרט. כיום, בניגוד לעבר, העמדה המקובלת היא שעם כל החשיבות של חיזוק התודעה הלאומית, אי-אפשר להצדיק בשמה שלילה או הגבלה של חופש הפרט. לפי הסבר זה, הציבור החילוני עודנו מסכים שלאיסורי החזיר יש ערך לאומי, אך סבור כי אי-אפשר להצדיקם מפני שהטלתם מגבילה את חירות הפרט.<sup>23</sup>

לפי ההסבר השני, השינוי שחל אינו רק עליית קרנן של חירויות הפרט, אלא גם - ובעיקר - היחלשות כוחו של הרעיון הלאומי.<sup>24</sup> מה שמאפיין לפחות חלק מן הציבור החילוני בישראל הוא הסתייגות מרעיון הלאום במובנו התרבותי<sup>25</sup> - חילוניות אוניוורסלית

בג"ץ 8507/96 אודין נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 269 (1997): ס' 5 לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, התש"ט-1949, ס"ח 37.

עניין אורין, שם, פס' 7 לפסק-דינו של השופט חשין.  
ראו, למשל, הספר, לעיל הערת-שוליים כוכבית, בעמ' 12.

ראו, למשל, שם, בעמ' 119: "Secular Jews in Israel are increasingly detached from... dimensions of Jewish tradition... A type of 'universal' secularism appears to be developing. This secularism is influenced mainly by Western values and individualism...".

הכוונה, כמובן, היא ללאומיות במובנה התרבותי. רעיון הלאום במובנו האזרחי מקובל עליהם. למעשה, הוא מקבל משנה תוקף דווקא בשל ההסתייגות מרעיון הלאום התרבותי. לביטוי חד של תפיסה זו ראו, למשל, זאב שטרנהל "הנושאים הנשכחים של בחירות 1996" הארץ 23.5.1996 ב' 1: "עתה, כשהשלום בפתח, החברה חייבת להחליט

תופסת את מקומה של הלאומיות המעוגנת בתרבות ובהיסטוריה היהודית. מכיוון שכך, סמלים לאומיים פרטיקולריסטיים, כגון חזיר או תשעה באב, נהפכים ללא-רלוונטיים.<sup>26</sup>

### ג. תפקידו של בית-המשפט

יהא השינוי שחל בעמדותיו של הציבור החילוני בישראל אשר יהא, מעניין לברר מה מקומו של בית-המשפט בשינוי. השאלה המעניינת היא מה קדם למה - האם בית-המשפט הוא שמחולל את השינוי<sup>27</sup> או שמא הוא רק מוציא לפועל שינוי שהתרחש באופן עצמאי? כמובן, שתי האפשרויות אינן מוציאות זו את זו, ואפשר שהאמת

באיוו מדינה היא רוצה: בזרוע מבצעת של קהילה תרבותית דתית או במסגרת חיים שתתית קיומה היא מושג האזרחות... מושג פוליטי ומשפטי, חופשי מהמטען הרגשי התדבותי-הדתית השולט בזהות הלאומית שלנו"; אילנה קופמן "אופציית המדינה הישראלית" 7 דרכים: אופציות תיאורטיות למעמד הערבים בישראל 201-241 (שרה אוסצקי-לזר, אסעד גאנם ואלן פפה עורכים, 1999); Baruch Kimmerling, *Between the Primordial and the Civil Definitions of the Collective Identity: Eretz Israel? Or the State of Israel?* in COMPARATIVE SOCIAL DYNAMICS: ESSAYS IN H

Eric Cohen, Moshe Lissak & Uri Almagore d s . O FS . N . EISENSTADT 262 ( , 1985).

על המתח בין שני הקטבים - זה המדגיש את האופי הליברלי-הדמוקרטי וזה המדגיש את המימד הלאומי-התרבותי - ועל המעבר ביניהם שהתרחש במהלך השנים בתחום החינוך בישראל, דאו מיכאל תזנק "אזרחות וחינוך לאזרחות במדינה יהודית-דמוקרטית" דברים ושברי דברים - על יהדותה של מדינה דמוקרטית 205 (אביעזר רביצקי וידידה צ' שטרן עורכים, 2007) (הספר ייקרא להלן: דברים ושברי דברים).

דוגמה טובה לעמדה כזו ניתן למצוא בדברי הנשיא אגרנט בפרשת שליט המפורסמת. בפרשה זו, שבה נידונה עתירה לרישום כיהודים בסעיף הלאום של ילדים שרק אביהם יהודי, חלק הנשיא אגרנט על הטענה של שופטי הרוב כי ההכרעה בשאלת הרישום אינה מהותית. אגרנט קבע כי להכשרתו של רישום שלא לפי עמדת ההלכה יש חשיבות מבחינה מדינית חברתית. אגרנט הסביר כי "...יש מקום למחשבה, כי הכשרת הרישום כאמור, עשויה להתפרש, במרוצת הזמן, כמפנה אשר יש לו השלכה, באשר לתוכנו של המונח 'יהודי', גם על שטחי חיים אחרים, עד שלאט לאט יהיה עשוי להידחק לקרן זוית. הדין ההלכתי...". דאו בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 598 (1970). לשון אחר, לדעת אגרנט, מה שמוצג כיום כעניין פעוט לכאורה של רישום נטול תוקף ראיתי עשוי להוביל בהמשך לאימוץ השקפתם של העותרים גם בעניינים שבמהות, בשל היקבעותו בהלכי-הרוח והחשיבה המקובלים, עד כדי היהפכותו למוסכמה שאין לערער עליה. לדיון ראו שהר ליפשיץ וגדעון ספיר "מיהו המחליט בשאלה **מיהו** ימ"י? - על פרשת שליט ותפקידו הראוי של בית המשפט בחברה דמוקרטית" מחקרי משפט כב 269 (2006).

כך, למשל, יש הטוענים כי בית-המשפט העליון האמריקאי פוסק (במשמעות האמפירית) או צריך לפסוק (במשמעות הנורמטיבית) בהתאם לקונסנזוס בקרב הציבור הרחב בעניין זה. לטענה הנורמטיבית ראו: ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPRÊME COURT AT THE BAR OF POLITICS 25-26 (1962) ("While

נמצאת במקום כלשהו באמצע - בית-המשפט עשוי להיות גם המוסד המוביל שינוי חברתי וגם מי שנותן ביטוי משפטי לשינוי חברתי שכבר התרחש. ממכלול דבריה של ברק-ארז נדמה שלדעתה, לפחות בעניין זה, הפן הדקלרטיבי הוא הדומיננטי.<sup>30</sup> לכאורה, חיזוק אפשרי לטענה בדבר תפקידו השולי של בית-המשפט בסוגיית החזיר ניתן למצוא בעובדה - אשר מוזכרת על-ידי ברק-ארז<sup>31</sup> וגם הודגשה על-ידי כותב שורות אלה במאמר פרשנות שהתפרסם מייד לאחר מתן פסק-הדין<sup>32</sup> - שבפרשת סולודקין בסך-הכל אשרר בית-המשפט את המדיניות שהוכתבה לרשויות המקומיות על-ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז עו"ד מני מזוז. אולם לדעתי, אין להביא מכאן ראיה. זאת, לנוכח תרבות העבודה של הפרקליטות. לפחות בשנים שבהן אני עוקב אחר פעולתה, אני מוצא כי הפרקליטות אינה עוסקת בהצגת עמדה עצמאית, אלא מתמקדת בניבוי עמדתו של בית-המשפט<sup>33</sup> (ויש שיאמרו אף בהזדהות מלאה עם עמדה זו).

נקודה נוספת הקשורה למקומו של בית-המשפט היא מיקומו של קו פרשת-המים בהתייחסותו של בית-המשפט לשאלת החזיר. ברק-ארז מבקשת להציב את הקו במהפכה החוקתית, אשר שדרגה את זכויות האדם והעניקה לבית-המשפט, לפחות לפי הבנתו, את הסמכות לפסול חקיקה ראשית.<sup>34</sup> לטעמי, הטיעון בעייתי. כזכור, בכל

interpreting and enforcing the Constitution, the court must represent the Michael J. Klarman, "Enduring values of a society", *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, 82 VA. L. REV. 1, (1996) (7) (פסיקותיו התקדימיות של בית-המשפט העליון האמריקאי בעניינים כגון הפליה גזעית, חופש הביטוי, איסור מיסוד הדת ופרוצדורה פלילית היו: "congruent with and dependent upon the broad sweep of historical forces... [and were] ROBERTA. not, in any strong sense... countermajoritarian" זה: DAHL, DEMOCRACY AND ITS CRITICS (1989) 190 the justices of the Supreme Court are never out of line with the views prevailing among the lawmaking majorities of the country" [United States]) בתקציר המאמר כותבת ברק-ארז: "בשנות ה-90, דהתה דמותו של החזיר כסמל לאומי - קודם בתפיסה החברתית, ובעקבותיה באספקלריה המשפטית שלה." המאמר, לעיל ה"ש 3, בעמי 404.

הספר, לעיל הערת-שוליים כוכבית, בעמי 99: "Largely, the ruling endorsed the policy that the Ministry of Justice was already enforcing..."

גדעון ספיר "מהומה רבה על לא דבר" מעריב 11.15.6.2004. לממצאים שעולים בקנה אחד עם התרשמות זו ראו יואב דותן "קדם-בג"ץ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" משפט וממשל ז' 159 (2004); Yoav Dotan, *Government Lawyers as Adjudicators - Pre-Petitions in the High Court of Justice Department 1990-1997*, 35 ISR. L. REV. (2001) 453.

ראו, למשל, הספר, לעיל הערת-שוליים כוכבית, בעמי 109: "New constitutional developments stemming from the enactment of the Basic Laws on human



האמור במכירת חזיר, על הפרק עומדת פסילה של חוקי-עזר, ולא של חקיקה ראשית. פסילה כזאת הייתה אפשרית גם בעבר. גם עילות ההתערבות הרלוונטיות (סבירות ומידתיות) והנכונות השיפוטית להפעילן הגיעו לפרקן עוד לפני מרס 1992.<sup>34</sup> במילים אחרות, לבית-המשפט היו כל הכלים לביצוע השינוי עוד לפני שנת 1992.<sup>35</sup>

#### ד. אמירות נורמטיביות

הספר אינו עוסק בדיון נורמטיבי, אלא בתיאור של תהליך ובניסיון להסבירו. עם זאת, מדי פעם מופיעות בספר אמרות-אגב בעלות תוכן נורמטיבי. למשל, במקומות אחדים בספר ברק-ארוז מציגה באופן אגבי את הטענה (המקובלת בישראל) כי איסורי חזיר אינם עולים בקנה אחד עם החופש מדת.<sup>36</sup> טענה זו מופיעה גם בדבריו של הנשיא ברק בעניין סולודקין. ברק קובע כי ביסוד תכליתו של חוק ההסמכה בעניין מכירת חזיר עומד:

...הרצון להגן על רגשותיהם של יהודים, הרואים בחזיר את סמל הטומאה. תפיסה זו היא, כמובן, ביסודה דתית... באיסור על אכילת חזיר גלום, נוסף על השיקול הדתי, ובזיקה אליו, גם שיקול לאומי, החורג מתפיסה דתית הקשורה לדיני הכשרות, והמשותף לרבים שאינם דתיים או מסורתיים... בהיות האיסור מונע משיקולים דתיים הוא אף פוגע במצפון וב"חופש מדת".<sup>37</sup>

מכיוון שהטיעון אינו מפותח, והדיון בו אינו חלק ממטרות הספר, אמנע גם אני מלהרחיב לגביו. עם זאת, אציין כי לפי הניתוח שמציעים סטטמן וספיר במאמרם בנושא, שהתפרסם לפני שנים מספר, החופש מדת אינו רלוונטי כאן.<sup>38</sup> לדעתם, החופש

rights have enabled the translation of changing social mores into measures carrying actual legal impact"

דאו, למשל, מנחם מאוטנר ידידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי(1993):

מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 25,5 (1994).

לדעתי, יש היגיון רב בטענה שמהפכת 1992 דווקא-על-גל, את בואו של פסק-הדף בעניין סולודקין, לעיל ה"ש 20. המהפכה חייבה את בית-המשפט לרכז מאמץ, ובמסגרת זאת להימנע מעימותים מיותרים עם החזית הדתית העוינת. לכן הכרעה בסוגיות-מפתח בתחום של יחסי דת ומדינה נדחתה עד לאחר שרעיון המהפכה ותכניה המדויקים נלעסו ועוכלו. זו לדעתי גם אחת הסיבות לכך שההכרעה בעניין "מיהו גר" לצורכי חוק השבות נדחתה פרקיזמן כה ארוך.

ראו, למשל, הספר, לעיל הערת-שוליים כוכבית, בעמי 81,28.

עניין סולודקין, לעיל ה"ש 20, פס' 20-21 לפסק-דינו של הנשיא ברק. ההדגשה הוספה. דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, החופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כ"א 5 (2004).

מדת לא היה נפגע גם אילו הטעם להגבלת המכירה של חזיר היה טעם דתי, אך הוא לבטח אינו רלוונטי אם הטעם להגבלת החירות הוא התחשבות ברגשות דתיים, כדברי ברק. התחשבות ברגשות דתיים (קרי, רגשות של אנשים דתיים) כבסיס להגבלת החירות אינה שקולה מיניה וביה להנמקה דתית להגבלה זו, וממילא אינה שקולה לפגיעה במצפוננו של החילוני.

הוא הדין באמירות אחדות הנוגעות בשאלה הכללית יותר של מידת הלגיטימיות של שימוש בטיעונים דתיים כבסיס להחלטה. בדיון הציבורי, כמו גם בזה המשפטי, הביטוי "כפייה דתית" נושא קונוטציה שלילית. הגבלות חירות שקשורות לדת נתפסות כפסולות מעיקרן, או לכל הפחות כבעייתיות במיוחד, בהשוואה להגבלות שמקורן אחר. דרך אחת להבין מחשבה זו היא שהגבלות דתיות פסולות משום שהן מיוסדות על שיקולים דתיים, שאינם לגיטימיים במגרש הליברלי.<sup>40</sup> עמדה זו, שמעולם לא נבחנה בישראל באופן יסודי, עולה בספר - ספק באופן תיאורי, ספק כטיעון שברק-ארז מחויבת לו. גם בעניין זה עוסקים סטטמן וספיר, במאמר שיראה אור בקרוב.<sup>41</sup> הם טוענים שכפייה היא בעייתית תמיד מנקודת-מבט ליברלית, אבל העובדה שהכפייה מבוססת על שיקולים דתיים אינה הופכת אותה לבעייתית במיוחד.

#### ה. עמדת הדתיים

עיקרו של הספר עוסק בתהליכי השינוי שעוברים על הרוב החילוני בישראל בענייני דת, תרבות, לאום ומדינה. אין כמעט ניסיון להתחקות אחר התהליכים שעובר המיעוט שומר-המצוות. אינו סוציולוג, ולא חקרתי את הנושא לעומק, אך רצוני להציג בקצרה אינטואיציה, שמקבלת לדעתי תמיכה מסוימת גם מהמידע שברק-ארז מספקת.

הציבור הצינוני-הדתי והציבור החרדי נבדלים ביחסם למדינה. מהבדל זה נגזר בעבר הבדל גם בציפיות של כל מגזר בתחום של יחסי דת ומדינה. בהכללה גסה, הציבור הלא-צינוני התמקד באינטרסים הקהילתיים שלו, ואילו הציבור הצינוני ניסה להשפיע גם על אופייה הכללי של המדינה ולשוות לה צביון "יהודי".<sup>42</sup> יש לי תחושה - שלא בדקתיה לעומק, כאמור - שבשנים האחרונות ניכר שינוי ואולי אף היפוך מגמה: הציבור הלא-צינוני מתערב יותר ויותר בסוגיות ה"רחבות", ואילו הציבור הצינוני "מנמיך פרופיל" בתחום זה. לדוגמה, נושאי-הדגל במאבק בעניין המשחן לפני שנים מספר היו

לסקירה ולדיון ממצה בטענות השונות נגד שימוש בטיעונים דתיים ראו: CHRISTOPHER J. EBERLE, RELIGIOUS CONVICTION IN LIBERAL POLITICS (2002).

<sup>40</sup> דני סטטמן וגדעון ספיר "האם המדינה הליברלית רשאית לפעול לשם מימוש מטרות דתיות?" (צפוי להתפרסם במחקרי משפט).

<sup>41</sup> שאיפה זו אפיינה את רוב הציבור הדתי-הלאומי, אך לא את כולו. להבחנה בין זרמי-משנה בקרב ציבור זה ראו גדעון ספיר "שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו" עיוני משפט כה 212-210, 189 (2001).

דווקא החרדים. מתיאורה של ברק-ארז באשר לגורמים הפעילים בכנסת בשנים האחרונות נראה שגם בשאלת החזיר המגמה דומה - מעורבותם של החרדים גוברת, ואילו מעורבותם של הציונים-הדתיים הולכת ונחלשת.<sup>41</sup> מעניין לבדוק את נכונות הטענה מבחינה עובדתית, ואם תימצא נכונה - לנסות להסבירה.<sup>42</sup>

## 1. עמדת ברק-ארז

כאמור, מדובר במחקר במסגרת הסוגה של משפט וחברה. ככזה, מחברו נדרש לשים

דא, למשל, אבירמה גולן ויאיר שלג "יהדות התורה לברק: נעזוב הקואליציה אם המשחן יעבור" הארץ 26.8.1999. א. גם בעניינים נוספים נהפך הציבור החרדי לנושא-הדגל. ראו, למשל, נטע סלע "רבנים נגד גאווה: 'נחסום המצעד בגופנו'" **ynet** 3.7.2006 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,00-L-3270695,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,00-L-3270695,00.html) (נטעסלע"הרב אלישיב); מצעד הגאווה (אלי ישי מ"ש"ס שאל-על לא תתעסק עם השבת" **ynet** 1.12.2006 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,00-L-3334879,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,00-L-3334879,00.html), רניתנחום-הלווי"לאמאכליטריפהבפסטיבל; טיסותבשבת) [news.msn.co.il/news/Interaal/Intemal/200505/9.5.2005](http://news.msn.co.il/news/Interaal/Intemal/200505/9.5.2005) חדשותMSN. 65500i20050509. אוכל כשר בפסטיבל האוכל בתל-אביב ([www.ynet.co.il/articles/0,7340,00-L-2931727,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,00-L-2931727,00.html)) (אלי ישי מ"ש"ס 14.6.2004) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,00-L-2931727,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,00-L-2931727,00.html) (אלי ישי מ"ש"ס) ומאיר פרוש מיהדות התורה מגנים את ההחלטה, ואילו שאול יהלום מן המפד"ל חושב שהחלטה סבירה).

מנחם מאוטנר טוען, בשורה של מאמרים שפרסם בשנים האחרונות, כי בקרב דוברים של הציונות הדתית ניכרת בשנים האחרונות מגמה של נכונות לשיתוף-פעולה אינטלקטואלי, חברתי ופוליטי עם הציבור החילוני, מתוך התייחסות שוויונית והכרה בערך התרבות של הציבור החילוני. ראו, למשל, מנחם מאוטנר "שנות התשעים - שנות ההתקרבות?" עיוני משפט כו 887 (2003); מנחם מאוטנר "יחסי יהודים חילונים ויהודים דתיים - לקראת התקרבות?" דברים ושברי דברים, לעיל ה"ש 26, בעמ' 547. אם מאוטנר צודק, הדבר יכול לספק טעם אחד להיחלשות התעקשותו של הציבור הדתי-הלאומי על "חקיקה דתית". הסבר אפשרי אחר, אופטימי פחות, עשוי להתבסס על התמקדותו של הציבור הדתי-הלאומי בענייני התיישבות, בעיקר מעבר לקו הירוק. ריכוז המאמץ בחזית התיישבות מחייב הורדת פרופיל בחזית של ענייני דת ומדינה. הסבר שלישי, אופטימי עוד פחות, יתלה את שינוי הגישה של המחנה הדתי-הלאומי במגמת הסתגרות ובאובדן תקווה ביחס לסיכוי להשפיע על הציבור החילוני ועל הפרהסיה במדינת-ישראל. להסבר אפשרי לשינוי בגישה החרדית ביחס לענייני דת ומדינה (אם אכן התרחש שינוי כזה) ראו גדעון ספיר "גיוס בחורי ישיבות לצה"ל - הצעת מתווה לשיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים" צבא, חברה ומשפט 217, 242 (דפנה ברק-ארז עורכת, 2002). הוגיי-הדעות החרדים הבולטים טרם גיבשו או הציגו משנה אידיאולוגית-תיאולוגית שלמה לגיבוי המעורבות המעשית המלאה של הציבור החרדי בחיים הציבוריים. אולם נתון זה אין בו כדי לטשטש את העובדה שחלק ניכר מן הציבור החרדי במדינת-ישראל, גם אם אינו סבור שלמדינה יש ערך דתי, רואה את עצמו כיום חלק בלתי-נפרד ממנה ורוצה בהמשך קיומה. ראו גם אביעזר רביצקי הקץ המגולה ומדינת היהודים - משיחות, ציוניות ורדיקליזם דתי בישראל 223-248 (1993).

מחסום בין השקפותיו לבין מושא מחקרו. כאן כוונתי לא רק לעמדותיו המנומקות, אלא גם - ובמיוחד - לנטיות-ליבו.<sup>45</sup> יש כותבים שלגביהם מדובר במשימה בלתי-אפשרית. לא כך אצל ברק-ארז. הזהירות והניסיון לשמור על איזון ניכרים לאורך הספר, אפילו במקומות שאינם מחייבים זאת.<sup>46</sup>

חרף הניסיון של ברק-ארז למנוע כל אפשרות של זיהוי ותיוג, נדמה לי כי עמדתה בנושא ניכרת בכל-זאת בין קפלי הספר. למשל, דומני שהדברים שהיא בוחרת לסיים בהם את הספר משקפים חלק מרחשי-ליבה. ברק-ארז חוזרת שם לדבר על תהליך ההתנתקות ההדרגתי מהמסורת ומהתרבות היהודית, המאפיין לדעתה את הציבור החילוני בישראל. היא מציינת כי ציבור זה לא רק מנתק את עצמו מהמסורת היהודית, אלא גם משתמש בה כדי להגדיר את עצמו הגדרה שלילית - זהותו נקבעת על בסיס הסתייגותו מחומרים בעלי תוכן מסורתי או לאומי. באותו הקשר היא מזכירה דברים שכתב ירון לונדון בעקבות הכרעת בית-המשפט בעניין סולודקין.<sup>47</sup> לונדון, שאינו חשוד כידוע בהשתייכות למחנה הלאומי או בקלריקליות, מגנה את השמחה החילונית בעקבות הכרעת בית-המשפט בפרשת סולודקין. הוא טוען בצער כי שמחה זו נובעת מבורות ומניתוק מההיסטוריה היהודית. יודגש: בדברים המובאים בשמו, לונדון אינו מביע עמדה ביחס לתוצאת פסק-הדין, אלא רק טוען כי התמיכה בהכרעת בית-המשפט באה מן הטעם הלא-נכון. אני מתרשם שבחירתה של ברק-ארז להשתמש בדבריו של לונדון משמשת כלי עקיף לביטוי עמדתה שלה.

## ז. סיום

אם ברק-ארז צודקת וההסבר לשינוי הגישה החילונית בסוגיית החזיר אכן נעוץ בהתנתקות ההדרגתית מהמסורת, מהתרבות ומהלאומיות היהודית - אם לפנינו אכן

איני טוען שחוקר במדעי החברה יכול להתנתק לחלוטין מעמדותיו. כוונתי לכך שעליו להיות מודע להטיותיו, ולבחון כל הזמן את עצמו, את שיטות עבודתו ואת ממצאיו, על-מנת להבטיח יושרה אינטלקטואלית מרבית.

לדוגמה, כפי שציינתי קודם, ברק-ארז מציעה לתלות את השינוי שחל בעמדה החילונית בהבדל בין הדור אשר התעצב בגולה וחווה את המשמעות הסמלית של החזיר לבין הדור שגדל כאן ולא עבר חוויה מכוונת כזאת. פעם היה החזיר סמל לאומי, ולכן הייתה תמיכה באיסורו, ואילו כיום הוא איבד את משמעותו הסמלית, ולכן אין בעיני החילונים כיום הצדקה לאומית להטיל איסור על גידולו או הפצתו. בהתאם, ברק-ארז מעלה השערה שאצל יהודי הגולה לא נמצא שינוי מקביל. אך כאן היא מקפידה לסייג ולומר שמכאן לא נובע בהכרח שיהודי הגולה יהיו מעוניינים בהטלת איסור משפטי על הפצת חזיר(הספר, לעיל הערת-שוליים כוכבית, בעמי 118). על פניו, הטענה האחרונה אינה נחוצה. למעשה, היא אפילו מחלישה את כוחה של ההיפותזה הקושרת בין מידת ההזדהות עם הסמל לבין מידת הנכונות להציב הגבלה בשמו. ההסבר הסביר בעיניי להערה זו הוא שברק-ארז משתדלת לשמור על מראית ניטרליות. הספר, לעיל הערת-שוליים כוכבית, בעמי 119-120.

תהליך שבו חילוניות אוניוורסלית תופסת, לפחות אצל חלק מהציבור החילוני בישראל, את מקומה של הלאומיות המעוגנת בתרבות, בהיסטוריה ובמסורת היהודית - אזי הדבר יכול להסביר לא רק את השינוי שחל בישראל בסוגיית החזיר, אלא גם את התופעה שהוזכרה בתחילת המאמר, קרי: העברת מרכז-הכובד, אצל חוקרים מסוימים, מן השיח הישראלי לשיח האמריקאי. מי שאינו חש קשור לסממני זהות לאומיים (יהא תוכנם המדויק אשר יהא), מי שבוחר לזהות את עצמו במונחים אוניוורסליים, חסר את התמריץ להשקיע את מרצו האינטלקטואלי בזירה המקומית. אם אני צודק וברק-ארז אכן מצרה על תהליך ההתנתקות מהמסורת ומהתרבות היהודית (תהא דעתה בשאלת החזיר אשר תהא), וממשיכה לזהות את עצמה כיהודייה מבחינה תרבותית ולאומית, אזי הדבר יכול להסביר גם את מאפייני עשייתה האקדמית בכלל ואת הספר הזה בפרט. דפנה ברק-ארז חשה עצמה בבית בהיכלי החוכמה שמעבר לים, אך בצד זה ממשיכה להיות קשורה בטבורה להווייה היהודית והישראלית.

