

## אחרים בתוכנו: משפט וגבולות פוליטיים לקהילה החרדית

פרופסור גד ברזילי  
אוניברסיטת תל אביב

© כל הזכויות שמורות לגד ברזילי ועיוני משפט. עתיד להופיע בעיוני משפט כז (2).

### תקציר:

מאמר זה מתמקד בחולשותיה של רב-תרבותיות ליברלית, כתיאוריה של זכויות אדם וכמסורת פוליטית, ובמיוחד המאמר מנתח את אי-יכולתה להכיל בתוכה פונדמנטליזם דתי. משמעויותיה של רב-תרבותיות בדמוקרטיה, שעה שאין עסקינן בקהילות ליברליות ובמיעוטים ליברליים, לא נבחנו עד כה לעומק הדרוש בספרות ההשוואתית והתיאורטית והן במחקרים על החברה והמשפט בישראל. דילמה מרכזית היא כיצד ניתן לשמור על יכולתם של מיעוטים לא ליברליים לעצב בדרכם שלהם, במסגרת הדמוקרטיה, את פניה של המדינה בה הם חיים. הזירה המשפטית היא שדה בו מנסה המדינה, על מוסדותיה והאידיאולוגיה שלה, להתערב בגבולות המיעוט, בעוד המיעוט מנסה לשמר ולקדם את הפרקטיקות הלא ליברליות שלו במסגרת הדמוקרטיה. הקונפליקט בין המדינה לבין המיעוט יעלה פעמים רבות שאלות עקרוניות על השונות בין דמוקרטיה, ליברליזם ורציונליות בעת המודרנית. קונפליקט זה מובנה ומקודם באמצעות השדה המשפטי.

זווית זנוחה אך אקוטית זו של היחס בין דמוקרטיה, רב-תרבותיות ופונדמנטליזם דתי היא נושאו המרכזי של מאמר זה. בפרק הראשון של המאמר מתקיים דיון תיאורטי בו אני מסביר מדוע חולשותיה של התיאוריה הליברלית בולטים ומצדיקים עיון בתיאוריה אלטרנטיבית של דמוקרטיה וזכויות אדם. תוך כדי עיון ביקורתי בספרות התיאורטית מציע המאמר מסגרת חשיבה קהילתנית ביקורתית המבוססת על חלק מעקרונותיה של הגישה התיאורטית הקומוניטריסטית. טענתי המרכזית היא כי כינון של מסגרת תיאורטית זו מסייעת לפתח מסורת של זכויות אדם המועילה גם לקבוצות בלתי-שולטות (מיעוטים) וזאת יותר מאשר התיאוריה הליברלית לרבות זרמים ליברליים המייחסים חשיבות לרב-תרבותיות אך אינם מאפשרים הגנה מקיפה וקידום של מסורות אחרות מליברליזם בדמוקרטיה.

אירוע המחקר המרכזי בו אני מטפל כאמצעי המחשה לטעוניהם התיאורטיים היא פרשת בקבוקוני השמן של ש"ס, מ-1998, בעת הבחירות לרשויות המקומיות. ראשית, אני מתמקד בהתנגשויות בין משפט המדינה, על מרכיביו השונים, לבין קהילת המיעוט של חרדים-מזרחיים בישראל תוך הבהרת תרבותה המשפטית של קהילה זו. שנית, המאמר מבהיר כיצד פרשת בקבוקוני השמן, שנדונה בפני וועדת הבחירות המרכזית, היא אירוע המצביע על קונפליקטים של ממש בדבר השונות ההכרחית בין דמוקרטיה, ליברליזם ורציונליות. שלישי, המאמר מנתח כיצד

קונפליקטים אלה מיוצרים ובאים לביטוי תוך כדי ניסיונותיה של קהילת המיעוט החרדית-מזרחית להתערב בעיצוב פניה של המדינה וניסיונותיו של משפט המדינה ונשאים פוליטיים במסגרתו ומחוצה לו לתייג גבולות תרבותיים שונים מאלה להם שואפת קהילת המיעוט. רביעית, המאמר מציע מתווה של רב-תרבותיות קהילתנית המאפשרת העצמת הפרטים תוך כדי העצמת קהילת המיעוט. סיום המאמר בוחן את הלקחים התיאורטיים המומחשים באמצעות אירוע הבקבוקונים בצל המשבר העולמי בעקבות אירועי ה-11 בספטמבר 2001 והלמות הדי הקרב בין ליברליזם לפונדמנטליזם דתי. אני מסיים את המאמר במספר דברים ביחס לשאלה האם לפחד מפונדמנטליזם דתי בעידן של גלובליזציה ליברלית, מונחית ארה"ב, ומה על רב-תרבותיות בעולם חוצה גבולות של קהילות אמונה שונות; המאמר מייצע על קו חשיבה אלטרנטיבי גם בהקשר זה של זכויות אדם.

א. רב-תרבותיות: סימן קריאה או סימן שאלה?

ב. לא על ליברליות בלבד יחיה האדם: לא טוב היות הפרט לעצמו/ה

1. הנחות יסוד ליברליות

2. גישה קהילתנית-קונטקסט וזכויות בדמוקרטיה

ג. תרבויות משפטיות: קונטקסט קהילתי לזכויות

1. מבט על חרדים: דע את זולתך בשפתו

2. על רציונליות, מודרניות ושוויון: פרשת בקבוקוני השמן

ד. דברי סיכום

### א. רב-תרבותיות: סימן קריאה או סימן שאלה?

רב-תרבותיות (multiculturalism) הייתה בחמש עשרה השנים האחרונות לאמירה רווחת באכסדרה האקדמית, במיוחד בזו של מדעי הרוח, מדעי החברה ומשפטים, כמו גם בדיונים ציבוריים על דמוקרטיה וחברות מודרניות. התרומה של מושג רחב וכוללני זה להנהרת תופעות חברתיות-פוליטיות הייתה מרכזית, שכן המושג הזה חייב הבנה מחודשת של קשרי הגומלין האפשריים בין מגוון של זהויות, קיבוציות ואישיות, לבין שיח של זכויות אדם.<sup>1</sup> דא עקא, פעמים רבות קיימת

---

• אני מבקש להודות לעבודתם המעולה של חברי מערכת כתב העת: עיוני משפט ולקוראים

החיצוניים; תודתי הרבה לליאורה בילסקי, דורין לוסיטיג, בני זלמנוביץ, מאיה נאמן, אבי סתיו ויעל ענתות. מאמר זה הוצג בגרסאות קודמות במספר כנסים וסמינרים מחלקתיים.

האשליה, בדיונים אקדמאים וחוץ-אקדמאים, על רב-תרבותיות, כאילו היא מתאפיינת ביחסים שוויוניים למדי בין קבוצות תרבותיות, בעלות מרכיבים ערכיים והתנהגותיים שונים, וכאילו היחסים בין קבוצות אלה ובין לבין המדינה הם עניין של סובלנות לשונות תרבותיות, בלבד.<sup>2</sup>

הנה, בדיונים של הוגים ליברלים, קהילתניים (communitarians), והברמסיאנים<sup>3</sup>, כאחד, קיימת נטייה להתעלם מן הסכנה כי רב-תרבותיות, על שלל הפרשנויות הניתנות למושג זה, עלולה להיות מס שפתיים לשאיפתה של חברה ליברלית להבטיח חיים פוליטיים דמוקרטיים לקבוצות שונות כל עוד אלה- ובתנאי שהן- מקיימות לפחות תדמית של אורח חיים ליברלי. אפילו בכתיבה ליברלית המתייחסת בהרחבה לקיומן של קבוצות תרבותיות, שמאתגרות את מדינת הלאום,

---

רצוני להודות לאייל גרוס, פנינה להב, יואל מגדל, גידי ספיר, אלברטו ספקטורובסקי, מיכאל קוצ'ין, פרנסיס רדאי, רונן שמיר, רון שפירא וקרן שפירא-אטינגר. האחריות כולה היא עלי.  
<sup>1</sup> למשל, שניים מן הספרים הבולטים:

C. Taylor *Multiculturalism-Examining the Politics of Recognition* (Princeton, A.

Gutmann ed., 1994); W. Kymlicka *Multicultural Citizenship - A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford, 1995).

<sup>2</sup> המקור ההיסטורי לטעות רווחת זו טמון בגישות פלורליסטיות במסגרת הליברליזם. הרחבה בעניין זה, ראו אצל:

M. Smith "Pluralism" *Theory and Methods in Political Science* (London, 1<sup>st</sup> ed., D. Marsh & G. Stoker eds., 1995) 209- 227.

<sup>3</sup> כוונתי לדיונים בהגותו או בעקבות הגותו של יורגן הברמס (Jurgen Habermas). ראו קובץ מאמריו של הברמס:

*Habermas, Modernity and Law* (London, M. Deflem ed., 1996)

כן, ראו:

M. J. Sandel *Democracy's Discontent – America in Search of Public Philosophy* (Cambridge, 1996) 3-119, 317-351.

קיימת הנחת יסוד, שלפיה ליברליזם הוא אמת המידה הבלעדית האפשרית לביסוסה של רב-תרבותיות בדמוקרטיות.<sup>4</sup>

לעומת זאת, מאמר זה מבוסס דווקא על החשש כי ליברליזם כשפה פוליטית הוא מס שפתיים, שמסווה מדיניות ולפיה קיומה של הפרקטיקה הליברלית על ידי קהילות מיעוט שונות בעלות שונות תרבותיות, הוא תנאי מוקדם והכרחי להכרה בלגיטימציה שלהן.<sup>5</sup> מקורו של החשש, כאמור, הוא בעיקרון יסוד תיאורטי דמוקרטי, שלפיו לא כל דמוקרטיה היא בהכרח ליברלית. ליברליזם היא מסורת דמוקרטית חשובה, אך היא רק מסורת פוליטית אחת, לעומת מסורות דמוקרטיות אחרות אפשריות.<sup>6</sup> ההנחה המוטעית כאילו כל דמוקרטיה חייבת בהכרח להיות ליברלית עלולה להביא לכפיית אורח חיים ליברלי על קהילות מיעוט שאינן ליברליות במהותן. כיוון שרוב הדמוקרטיות בעולם, כיום, הן רב-תרבותיות וברבות מהן יש קהילות מיעוט לא ליברליות, נקודת ביקורת זו היא חשובה במיוחד.

---

<sup>4</sup> ראו למשל:

Y. Tamir *Liberal Nationalism* (Princeton, 1993); J. Raz *Ethics in the Public Domain – Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford, 1994); Kymlicka, *Supra* note 1.

וכן ראו לניתוח מצוין של היבטים שונים של הכתיבה הליברלית בנושא זה:

C. Gans "Freedom and Identity in Liberal Nationalism" 3 *Democratic Culture* (2000) 11.

לתפיסה ליברלית כאמור של רב-תרבותיות בהקשר המשפט הישראלי, ראו בהרחבה ג' גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת ישראל" **עיוני משפט** כז (תשס"ג) **עמוד**

<sup>5</sup> השור:

G. Barzilai "Fantasies of Liberalism and Liberal Jurisprudence - State Law, Politics, and the Israeli Arab-Palestinian Community" 34 *Isr. L. Rev.* (2000) 425.

<sup>6</sup> A. C. MacIntyre *After Virtue - A Study in Moral Theory* (London, 2<sup>nd</sup> ed., 1985); A. C. MacIntyre *Whose Justice? Which Rationality?* (Notre Dame, 1988).

יודגש כי בשלב זה של המאמר איני עוסק במסורות במשטרים דמוקרטיים אלא במסורות של משטרים דמוקרטיים. בהמשך המאמר אני מבהיר את יסודותיה הבעייתיים של המסורת הליברלית.

הדוגמאות לטענתי זו, בדבר היותה של המסורת הליברלית רק צורת חיים אחת בדמוקרטיה, הן רבות. בין השאר ניתן לציין כיום את ארגנטינה, ברזיל, דרום קוריאה, הודו, הונגריה, יוון, ישראל, יפן, מכסיקו, סלובקיה, פולין, פינלנד, צ'כיה, רוסיה ותורכיה כמשטרים פוליטיים דמוקרטיים, שאינם ליברלים. ניתן לכנות דמוקרטיה אלה בכותרות שונות, אך לא כמדינות ליברליות. מצד שני, אין ספק כי בכל המשטרים האלה מתקיימות, כיום, תופעות יסוד של דמוקרטיה: בחירות חופשיות, רמה בסיסית של זכויות פרט, חילופי שלטון בדרכי שלום, קיומה של אופוזיציה לגיטימית וחוקית, בקרה פרלמנטרית ובקרה שיפוטית, ועוד... אם כן, ליברליזם כמסורת פוליטית אינו תנאי הכרחי לקיומה של דמוקרטיה.<sup>7</sup> לעומת זאת, הדילמה המרתקת היא באיזו מידה ליברליזם הוא תנאי מספיק לקיומה של דמוקרטיה; לשון אחרת- האם ובאיזו מידה מסורת ליברלית של משפט, פוליטיקה וחברה מאפשרת רב-תרבותיות בה נכללות מסורות פוליטיות אחרות, וסותרות לה, שאינן ליברליות. זהו סימן השאלה אותו אני מעוניין להציב במאמר זה. מהו הגבול המשפטי הראוי ליחסים בין ליברליזם לבין קהילות מיעוט המקדמות מסורות שונות ואף סותרות, ואפילו מתנגשות, לזו של ליברליזם? כדי לענות על דילמה כאמור עלינו לעסוק בגבולות שבין המדינה הליברלית או הליברליזם כמסורת פוליטית במשפט המדינה לבין קבוצות לא ליברליות.<sup>8</sup> כפי שנראה בהמשך המאמר, 'רב-תרבותיות' ליברלית מוציאה מחוץ לתחומה, נורמטיבית ופרקטית, קהילות מיעוט לא ליברליות.

---

<sup>7</sup> איני נכנס לשאלה האם דמוקרטיה ליברלית הן טובות יותר או פחות מדמוקרטיה לא ליברליות, שכן איני מחשיב שאלה אפשרית כזו כבעלת ערך אינטלקטואלי ניכר. זאת עקב ריבוי אינדיקטורים אמפיריים סותרים כתשובה אפשרית, וכיוון שציפיות נורמטיביות בתרבויות שונות יביאו לתשובות סותרות, אפילו לאור אותם אינדיקטורים אמפיריים. בדומה לכך, איני נכנס כאן לשאלה איזה סוג של דמוקרטיה הוא יציב יותר. הודו, יפן וישראל הן דוגמאות למשטרים פוליטיים דמוקרטיים, אך לא ליברלים, יציבים לא פחות מדמוקרטיה ליברליות. לעומת זאת, משטרים מערביים כדוגמת איטליה, גרמניה, ספרד, פורטוגל וצרפת מתאפיינים בחוסר יציבות היסטורית.

<sup>8</sup> משפט המדינה (State Law) הוא מושג המתייחס להגדרות פורמליות, להיבטים הבלתי פורמליים, כמו גם לפרקטיקות של החוק המדינתי. משפט המדינה אינו משקף מערכת משפטית הרמונית אלא גם קונפליקטים בין הזרועות המשפטיות השונות של המדינה ובינן לבין מוקדי כוח פוליטיים אחרים של המדינה. כאשר המאמר מתייחס להיבטים קונקרטיים של משפט המדינה,

עיונית, קל יחסית להבין מדוע רב-תרבותיות תהיה עוינת למיעוטים לאומיים במסגרת מדינת הלאום (Nation state) הריבונית. תוך כדי ביקורתי על יסודותיה והשלכותיה של עוינות זו,<sup>9</sup> ראוי לציין כי מדינות ריבוניות, ומדינות ליברליות בכלל זאת, מגלות חשדנות פוליטית ומשפטית רבה כלפי דרישותיהם של מיעוטים לאומיים לקבלת זכויות קולקטיביות בעלות נופך אפשרי של שאיפות לאומיות משלהם. מיעוטים אלה נתפסים מיידית כסכנה של ממש לריבוניות הלאומית בגבולות טריטוריאליים מוכרים, וכבעלי פוטנציאל של הגדרה עצמית לאומית ופרישה מן המדינה, כדוגמת הבסקים בספרד והכורדים בתורכיה. במקרים אחרים, כדוגמת הקתולים בצפון אירלנד, המוסלמים בחבל קשמיר בהודו, או הגרמנים בצ'כיה בשנות הארבעים, תגלה מדינת הלאום עוינות לאפשרות הסתפחותו של המיעוט למדינה אחרת. פעמים יקרה כי ממסדים פוליטיים ינצלו זהויות לאומיות של מיעוטים כדי להפכם בעיני רובו של הציבור לסכנה לאומית, כביכול, למשטר הפוליטי. דוגמאות, לעניין זה, הן מדיניות הממסד היהודי-ציוני בישראל כלפי המיעוט הערבי – פלסטיני בישראל או מדיניות הממסד הפוליטי באונטריו, קנדה, ביחס למיעוט הצרפתי-קנדי בקוויבק.<sup>10</sup>

---

כדוגמת החלטות ופסיקות או חקיקה, אני מתייחס לכך מפורשות. לקובץ קלסי של מאמרים ביקורתיים ביחס למשפט המדינה, ראו:

*The Politics of Law - A Progressive Critique* (New-York, D. Kairys ed., 1990).

כן ראו להבנה נוספת של משמעויות מושג זה ד' זכריה "על חדרי עינויים ועל קירות אקוסטיים" **פוליטיקה** 10 (תשס"ג) 61; מ' קרן "המאבק בחוק המפגשים - מן הישריף אל ילוחם הגרילה", **שם**, בע' 27.

Barzilai, *supra* note 5; G. Barzilai *Communities and Law - Politics and Cultures of Legal Identities* (Ann Arbor, 2003);

א' סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני - היש, האין ותחום הטאבו" **עיוני משפט** כו (תשס"ב) 241.

<sup>10</sup> לניתוח ביקורתי של מצב זה בקנדה, ראו למשל:

C. Taylor "The Politics of Recognition" *Multiculturalism and "the Politics of Recognition"* (Princeton, 2<sup>nd</sup> ed. By A. Gutmann ed., 1994) 25.

במאמר זה אין רצוני לעסוק במקרים אלה, האמורים לעיל, כי אם אתמקד בגבולותיה של הרב תרבותיות הליברלית ביחס לקהילות דתיות, לא ליברליות ופונדמנטליסטיות. קהילות מיעוט אלה אינן אלימות וקיצוניות בהכרח. פונדמנטליזם הוא בראש ובראשונה שמירה הדוקה על המקורות הטכסטואליים הדתיים; אך פונדמנטליזם אינו בהכרח אלימות או קיצוניות פוליטית. לא כל הקהילות הפונדמנטליסטיות הן זיקוביניות באופיין, כלומר- לא כל הקהילות האלה רוצות בכפייה כוחנית של אורח חייהן הדתי על האוכלוסייה הכללית. ההפך, כפי שעוד נראה במהלך המאמר, דווקא המדינה, שעוברת חוויה של מסורת ליברלית מגלה רצון לחדור אל גבולותיה האוטונומיים של הקהילה ולכפות עליה את תרבותה שלה. זאת ועוד- קהילות אלה אינן מאתגרות את גבולותיה הטריטוריאליים של המדינה כי אם את גבולותיה התרבותיים. קהילות אלה אינן מאיימות, בדרך כלל, על המדינה באלימות אלא מציגות בפניה אורח חיים שונה, המשקף תפיסות ופרקטיקות שונות מאלה של המדינה. העיקרון של 'סובלנות' אינו אלא מס שפתיים בהקשר זה, שכן משפט המדינה אינו נדרש במקרים אלה לגלות גמישות ליברלית המבוססת על ליברליזם כפרדיגמת-על, אלא משפט המדינה נדרש לראות בליברליזם מסורת פוליטית אחת בלבד החייבת לחיות בכפיפה עם מסורות פוליטיות אחרות בדמוקרטיה.

האם הדמוקרטיה המודרנית נותנת הגנה חוקתית פוליטית לקהילות דתיות פונדמנטליסטיות במסגרת שיח זכויות ליברלי ומהם גבולות היחסים בין המדינה לבין קהילות מיעוט אלה? בעקבות אירועי הטרור האיומים בארה"ב ב-11 בספטמבר, 2001, החמיר מאוד מצבם החברתי של מיעוטים איסלמים במערב, במשטרים פוליטיים המכריזים על עצמם כליברלים, והתרבו שם דיווחים של קבוצות מעקב ופעילי זכויות אדם, על גילויים קשים של חוסר סובלנות כלפי 'זרים' ועל פגיעות קשות בזכויות אדם של מיעוטים איסלמים בארה"ב, בריטניה, גרמניה, דנמרק, צרפת, ומדינות מערביות אחרות. בין השאר דווח כי ממשלות מערביות מנצלות את האווירה הפוליטית הקשה, שלאחר אירועי ספטמבר 2001, כדי לבוא חשבון גם עם מיעוטים לא איסלמים, כדוגמת הבסקים בספרד.<sup>11</sup> בין השאר דיווחו פעילי זכויות אדם, באותן מדינות, על עלייה בהאזנות סתר, בניית תדמיות אתניות קיבוציות כאמצעי לאתר חשודים (Ethnic profiling), איסורים והגבלות על

---

<sup>11</sup> אני מסתמך כאן על השתתפותי בכנס בינלאומי בנושא, שנערך בבלגיה, בריסל, על ידי ארגון

'הירוקים' האירופאי, ב-10-8 דצמבר, 2002, ובמיוחד על ההרצאתו של H. B. Stiftung:

"How Much Security can a Democracy Take".

הפגנות וחופש תנועה של מפגינים ממדינה למדינה באירופה, ומעצרי שווא. חלק ניכר מן האירועים המדווחים נובעים מן החשדות במערב ביחס לדתיות, במקרה זה אסלם פונדמנטליסטי כמקור לטרור. טענתו הידועה של סמואל הנטינגטון (Samuel Huntington) כאילו צפויה להתרחש התנגשות בין הציוויליזציה האיסלמית לבין זו היהודית-נוצרית,<sup>12</sup> מצאה כביכול עדות תומכת באירועי ספטמבר, 2001. סברה זו על התנגשות קוסמית כביכול בין ציוויליזציות שונות התבטאה גם בפגיעות בזכויות אדם של מיעוטים דתיים במערב.

המתחים והקונפליקטים ביחסים בין המשפט המודרני הליברלי לבין קהילות דתיות לא ליברליות נובעים בין השאר מן ההתנגשות בין רטוריקה של זכויות פרט המתיימרת להציג עצמה כמי שמגנה על זכויות אדם—ואותה אבהיר בהמשך--- לבין קהילות מיעוט המעונינות לשמר ולקדם תרבות קולקטיביסטית דתית, שהיא אלטרנטיבית לשיטתן לזו של מדינת הלאום. מתחים אלה באו לביטוי ברור בארה"ב, כמו למשל במספר פסקי דין בולטים שעסקו בשאלה של מידת הכרת המדינה בקהילות דתיות פונדמנטליסטיות.<sup>13</sup> טענתו המרכזית של קרט (Carter) בעקבות ניתוח עשרות פסקי דין היא כי למרות הפרדתה הפורמלית של הדת מן המדינה, בארה"ב, קיימת חשיבות עצומה לדת כגורם פוליטי של דיכוי ושל שחרור, כאחד. מצד אחד, טוען קרט, בעקבות ניתוח פסיקה החל מן המאה ה-18, המיעוט הקתולי בארה"ב כמו גם מיעוטים דתיים אחרים קופחו היסטורית דווקא בשל טענות שהצדיקו, כביכול, היעדר התערבות מדינתית או פדרלית בנושאי דת, באופן שהביא להפקרת האינטרסים של מיעוטים דתיים להגנה תרבותית, שניתנה רק לרוב הפרוטסטנטי. הרטוריקה של 'הפרדת דת ממדינה' הייתה מסווה לקיפוח של מיעוטים דתיים שלא קיבלו את הגנת הרוב. מצד אחר, הדת מהווה קנון טכסטואלי שיכול להוות מסגרת מעצימה לקהילות מיעוטים. באמצעות הטכסטום הדתיים המיעוט יכול לגבש תודעה מעמדית וקהילתית וללחום על זכויותיו.<sup>14</sup> כפי שנראה בהמשך המאמר, הקונפליקט בין המסורת

---

<sup>12</sup> S. P. Huntington "The Clash of Civilizations?" 72(3) *For. Aff.* (1993) 22.

<sup>13</sup> L. S. Carter *The Dissent of the Governed - A Meditation on Law, Religion, and Loyalty* (Cambridge, 1998).

<sup>14</sup> *Ibid.*, at pp. 53- 99; G. Barzilai "Legal Categorizations and Religion - On Politics of Modernity, Practices, Faith, and Power" *Companion of Law and Society* (Oxford, A. Sarat, ed, 2004) .



הליברלית לבין מסורות פוליטיות אחרות מחריף כאשר הקהילה הדתית פונדמנטליסטית רוצה לשמור על האוטונומיה התרבותית שלה כדי להשפיע, בין השאר, על דמות המדינה עצמה.

חשיבותה של דת בחיים הפוליטיים של אירופה בולטת לא פחות מאשר בארה"ב. מחקר מקיף של ברוס (Bruce) מלמד כי גם בשנות התשעים, של המאה העשרים, בשיא ההשפעות הניאו ליברליות באירופה, בעקבות סיום המלחמה הקרה וקריסת ברה"מ, רווחו אמונות והתנהגויות דתיות בכל רחבי היבשת והיו לחלק מן החיים הציבוריים שם. הנה, על פי ממצאיו, סקרי דעת קהל על נוהגים דתיים כדוגמת הליכה לכנסייה, או עמדות ואמונות דתיות, מצביעים על שיעורים גבוהים, יחסית, של אנשים דתיים באירופה הדמוקרטית<sup>15</sup>: 88% באירלנד, 74% בבריטניה, 69% בצפון אירלנד, 51% באיטליה, 43% בשווייץ, 41% בפורטוגל, 39% בספרד, 34% בהונגריה, 34% בגרמניה בחלקה המערביים, 20% בגרמניה בחלקה המזרחיים, ואפילו בצרפת, המדינה החילונית ביותר באירופה, הן בתרבותה והן בחוקתה, 17%.

קיומם של מיעוטים דתיים במסגרת מדינות ליברליות או ביחס למשפט לאומי בעל חוויות ליברליות בולט לא פחות. בין השאר נציין את האמיש, הקוויקרים, מוסלמים ויהודים חרדים, בארה"ב, סיקים ומוסלמים בהודו, מוסלמים בבלגיה, בריטניה, גרמניה, דנמרק, צרפת, וכורדים בתורכיה. מאמר זה אינו מתמקד בהיבטים פוזיטיביסטיים של התערבות המדינה בקהילה הדתית פונדמנטליסטית באמצעות חלוקת משאבים או במידת האוטונומיה הניתנת לקהילה ביוזמה מדינתית. כמו כן, אין המאמר מתמקד בהיבטים של שלילת פרקטיקות קהילתיות עקב פגיעתה של התרבות הקהילתית בזכויות אדם בסיסיות. שאלת הגבולות התרבותיים בה נתמקד בהמשך המאמר היא באיזו מידה נכונה המדינה לאפשר לקהילות מיעוט תרבותיות, במקרה זה דתיות פונדמנטליסטיות, להשתתף בעיצוב דמותה- שלה.

מאמר זה מוסיף ומתמקד ביחסים בין המדינה היהודית לבין הקהילה החרדית, אולטרא אורתודוקסית, בישראל. הכוונה אינה להעניק תיאור של רב-תרבותיות.<sup>16</sup> המאמר מתמקד בניתוח ביקורתי ביחס לעמדה המניחה כי ליברליזם, בהיותו מסורת של זכויות פרט וצדק

<sup>15</sup> S. Bruce *Choice and Religion – A Critic of Rational Choice Theory* (Oxford, 1999) 58-120.

<sup>16</sup> לניתוחים מעניינים בהקשר זה של תיאור רב-תרבותיות, ראו את כרך המאמרים של **עיוני**

**משפט כז (תשס"ג).**

פרוצדוראלי, מסוגל ורוצה להעניק הגנה חוקתית מקיפה למיעוט שכזה. ישראל אינה מדינה ליברלית בהגדרת המשטר הפוליטי והחוקתי שלה. יסודותיה כמשטר פוליטי יהודי, שבו אין הפרדה של דת יהודית אורתודוקסית מן המדינה ומן הלאום, מלמדים כי ישראל אינה מדינה ליברלית.<sup>17</sup> עם זאת, הספרות המשפטית והסוציו-פוליטית הראתה כי מאז מחצית שנות השמונים, במאה העשרים, מתרחשות חוויות ליברליות בחיים הפוליטיים-משפטיים בישראל וכי בית המשפט העליון הוא נשא חברתי-פוליטי בולט של אותה חוויה ליברלית.<sup>18</sup> ניתן היה לצפות כאילו הקונפליקט בין החרדים בישראל למדינה היהודית יהיה קונפליקט מרוכך עקב מרכיבי קונסנזוס בסיסי בקרב הרוב היהודי סביב קיומו של לאום יהודי. לכאורה, לפחות, הקונפליקט בישראל אינו אלא הדמיה חלקית בלבד של הקונפליקט בין ליברליזם מערבי וחילוני, מחד גיסא, לבין קהילות מיעוט דתיות פונדמנטליסטיות, מאידך גיסא. אולם, פרדוקסלית, דווקא היותה של ישראל משטר פוליטי לא ליברלי ולא חילוני החריפה והעצימה את הקונפליקט בינה לבין הקהילה החרדית. ראשית, בהיעדר הפרדת דת-מדינה וזאת כחלק מן הבעיה של היעדר הפרדת דת-לאום

---

<sup>17</sup> ל' שלף **מרות המשפט ומהות המשטר - על שלטון החוק, שיטת הממשל ומורשת ישראל**

(1996) 13–27, 265–289. שלף הדגיש בניתוחו כי לא רק שאין הפרדה בין דת למדינה בישראל אלא גם אין הפרדה בין דת אורתודוקסית למדינה. בהמשך המאמר נראה כי עובדה זו עוד מסבכת את תמונת המצב. כן ראו:

G. Barzilai "Law is Politics" 6 *UCLA J. Int'l L. & For. Aff.* (2001) 207.

<sup>18</sup> ראו למשל מ' מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (תשנ"ג); ר' שמיר "הפוליטיקה של הסבירות - שיקול דעת ככוח שיפוטי" **תיאוריה וביקורת** 5 (1994) 7; ע' זלצברגר וא' קידר "המהפכה השקטה - עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" **משפט וממשל** ד (תשנ"ח) 489; א' מעוז "על גבולות השפיטות - כנסת, ממשלה, בית-משפט" **פלילים** ח (תש"ס) 389; ד' ברק-ארז "השפיטות של הפוליטיקה", **שם**, בע' 369; ר' גביזון "מדינה יהודית ודמוקרטיה - זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" **עיוני משפט** יט (תשנ"ה) 631.

L. Bilsky "Giving Voice to Women - An Israeli Case Study" 3(2) *Isr. Stud.* (1998) 47;

M. Mautner "Law and Culture in Israel - The 1950s and the 1980s" *The History of Law in a Multi-Cultural Society* (Aldershot, R. Harris, A. Kedar, P. Lahav & A.

Likhovski eds., 2002) 175.

היו החרדים לקבוצת כוח רלוונטית בפוליטיקה הישראלית הדורשת הגדרה מסוימת אחת בלבד של מדינה יהודית. שנית, בהיעדר הפרדה כאמור היו החרדים לקבוצה המערערת במסגרת ובתוך מוקדי הכוח של המדינה על דתיותה ועל מידת הפלורליזם שעל המשטר הפוליטי, באמצעות המשפט, לקיים.

לפיכך ניתן למנות- ואעשה זאת בקצרה- מספר מוקדי חיכוך בין החרדים לבין המדינה. האחד, כאשר ערכיה או הפרקטיקות של הקהילה פוגעים בשוויון בתוכה. בקטגוריה זו נמנים מצבים אפשריים של עוני וריבוד חברתי בולט, אלימות פיזית ואפליה נגד נשים.<sup>19</sup> המצב השני, כאשר ערכיה או הפרקטיקות של הקהילה פוגעים בשוויון בין הקהילה לבין קבוצות אחרות, מחוץ לקהילה. בקטגוריה זו ניתן למנות, למשל, דחיית או פטור משירות חובה בצבא מטעמי דת. המצב השלישי, כאשר הקהילה מנסה להכתיב את תרבותה או לאכוף אותה על קבוצות אחרות בציבור, מחוץ לקהילה, למשל- איסור נישואים אזרחיים או איסור גיורים רפורמיים. נושאים אלה כבר נדונו בספרות ו/או בפסיקה והם מעלים על הפרק את שאלת התערבות המדינה בפרקטיקות קהילתיות או את מניעתן של פרקטיקות אלו במידה והן פוגעות במישרין בזכויות אדם. לעומת זאת, הספרות המקצועית דלה מאוד בטיפול בשאלה מהו הגבול התרבותי כאשר קהילת המיעוט הלא ליברלית רוצה לשמור על פרקטיקות משלה כתנאי וכחלק מהשתתפותה במשחק הפוליטי הדמוקרטי הכללי, וזאת כדי לעצב את המדינה, כפי הבנתה של קהילת המיעוט.

במצב כזה, בו יתמקד המאמר, אין זמינים פתרונות קלים יחסית כמו העלמת עין בנימוק של אוטונומיה תרבותית במקרה החיכוך הראשון, אי- התערבות עקב יחסיות תרבותית בנוגע לערך השוויון, כמו במקרה החיכוך השני, והתערבות למניעת כפיה במקרה החיכוך השלישי. במקרה בו מתמקד המאמר השאלה היא מהן גבולותיה של רב-תרבותיות כאשר התערבות או אי- התערבות

---

<sup>19</sup> T. El-Or *Educated and Ignorant - Ultra Orthodox Jewish Women and Their World* (Boulder, 1994); Barzilai, *supra* note 9, at pp. 209- 278.

המדינה בפרקטיקות של קהילת מיעוט לא ליברלית מקרינה במישרין לא רק על האוטונומיה הדתית של הקהילה אלא על אופן השתתפותה בהליך הדמוקרטי.

לדידי, אם כן, רב-תרבותיות אינה מציבה סימן קריאה כי אם סימן שאלה. בחלקים הבאים של המאמר נדון בארבע סוגיות. ראשית, מדוע ליברליזם אינו בהכרח טוב לשימור וקידום של קהילות מיעוטים, וקהילות דתיות במיוחד, במסגרת של רב-תרבותיות? שנית, כיצד עיצבה הליברליות במשפט הישראלי את הגבולות בין החרדים לבין המדינה? שלישית, מהו המשטר הפוליטי חוקתי הראוי לשרטוט הגבולות ברב-תרבותיות בין המדינה לבין הקהילה החרדית? אסיים במספר דברים ועניינם- האם לפחד מפונדמנטליזם דתי בעידן של גלובליזציה ליברלית, מונחית ארה"ב, ומה על רב-תרבותיות בעולם חוצה גבולות של קהילות אמונה שונות.

## **ב. לא על ליברליות בלבד יחיה האדם: לא טוב היות הפרט לעצמו/ה**

### **1. הנחות יסוד ליברליות**

תפיסות שונות ומגוונות במסגרת התיאוריה הליברלית של זכויות אדם הדגישו שלוש טענות יסוד, בעייתיות לכשעצמן.<sup>20</sup> למרות הדגשים שונים, הוגים מגוונים, ואסכולות ליברליות שונות, שמתאפיינות באטיולוגיה ייחודית להן, ניתן לקבוע את שלוש הטענות המרכזיות, המשותפות כללית לתיאוריה הליברלית, והמאפיינות אותה, כדלהלן. הראשונה, זכויות פרט חשובות יותר מכל יטוב ציבורי תרבותי מוגדר, שאינו רואה בקידום זכויות הפרט כהעדפה ראשונה, שכן האינדיווידואל יכול להתקיים במנותק מתרבות קהילתית מסוימת.<sup>21</sup> זרמים ביקורתיים יותר בתיאוריה הליברלית הדגישו כי אמנם יש להכיר, אפילו משמעותית, בזיקות תרבותיות בין פרט לבין קהילה/ות, ואף לתת לזיקות אלו- כדוגמת שפה או ייצוגיות פוליטית במוסדות ממלכתיים-

---

<sup>20</sup> בניתוח להלן אני מתייחס לפילוסופיה הפוליטית של ליברליזם, כלומר- לתיאוריה הליברלית. לעומת זאת, כאשר המאמר מתייחס למסורת הליברלית כוונתי לתיאוריה הליברלית בהקשרים פוליטיים פרקטיים של יחסי חברה- מדינה.

<sup>21</sup> M. B. Barry *Justice as Impartiality* (Oxford, 1995).

הגנה משפטית. אך בעיקרון, פרטים ולא קהילות נושאים בזכויות וחובות בעוד הזכות הקהילתית-קיבוצית, במקרים חריגים בהם היא ניתנת, נובעת גם היא מן ההעדפה הברורה הניתנת לפרט כנשא תרבותי.<sup>22</sup>

לטענת יסוד זו יש שני קשיים חשובים, שבולטים במיוחד אם ברצוננו להשתמש בתיאוריה של זכויות פרט ליברליות כאמצעי להשגת רב-תרבותיות, הכוללת בחובה קהילות דתיות פונדמנטליסטיות. ראשית, טענה כאמור מניחה כי פרטים השייכים לקהילות מיעוט יוכלו להגיע לשוויון חברתי ופוליטי ללא היעזרות משמעותית בזכויות קיבוציות שניתנות לקהילות. משמעות הדברים, קהילת מיעוט המצויה בקונפליקט עם קהילה הגמונית, עקב אפליה, לא תזכה בתיאוריה ובמסורת הליברליות להכרה בקיומה של תרבותה הקולקטיבית כתרבות מתחרה, שמצדיקה הגשמת האינטרסים הפוליטיים של המיעוט.<sup>23</sup> יישום הדברים על החברה הישראלית ידגים מיידית את הבעייתיות, שעליה הצבעתי. האם התעלמות מתרבותם השונה של חרדים, כישות הרלוונטית לעיצוב המשחק הפוליטי בצד ולא רק בכפוף למסורת הליברלית, יכולה להבטיח רב-תרבותיות או דווקא להרחיק אותה? כפי שאראה בהמשך המאמר, חרדים מצפים להכרה ציבורית בצורכיהם התרבותיים כקהילת מיעוט, השונה מן הרוב, בגלל (ולא למרות) התרחבות שיח זכויות ליברליות בשדה המשפט בישראל. כפי שנראה בהמשך המאמר, טענתי היא כי מסורת של זכויות פרט בלבד, המתאימה לקבוצות אוכלוסייה אחדות, אינה מתאימה בהכרח לקהילות לא ליברליות, כדוגמת החרדים. לכן, על בסיס עיקרון שווה לכל קבוצות האוכלוסייה של מימוש זהויות באמצעות השיח המשפטי יש להכיר בחרדים כקהילת מיעוט הזכאית להשפיע על דמות המדינה באמצעים לא ליברליים במסגרת הדמוקרטית. תיאוריה ליברלית של זכויות פרט, בלבד, אינה יכולה להיענות לאתגר פוליטי חשוב זה של יצירת רב-תרבותיות הכוללת את החרדים. חשוב לציין כי גם ביקורת קשה המושמעת, יותר ויותר, על ידי מיעוט (לרבות מיעוט של נשים)

---

<sup>22</sup> M. R. Smith *Civic Ideals* (New Haven, 1997); Kymlicka, *Supra* note 1, at pp. 34-74.

לביקורת מרתקת על ליברליזם, בהקשר זה, ראו :

Sandel, *supra* note 3, at pp. 3-119.

<sup>23</sup> קושי זה עולה, למשל, עם קריאה של יוסף רז.

Raz, *supra* note 4.

בקהילה החרדית כנגד הרוב בקהילתן (ובמיוחד רוב של גברים) אינה סבורה כי הקהילה החרדית צריכה לוותר על תביעותיה הקיבוציות, למרות גידול במגוון הקולות החברתיים בתוכה.<sup>24</sup>

הביקורת השנייה על טענת היסוד הראשונה, שלפיה זכויות פרט קודמות לכל טוב ציבורי תרבותי אחר מביאה דה- יורה ודה- פקטו לפרטיקולאריזציה של הקולקטיב הקהילתי, באופן בו הקולקטיב אינו מוכר כישות מרכזית אלא כאוסף של פרטים בלבד. אין תימה לכן כי במשפט הליברלי רווחת הכרה בהתאגדויות (associations) אך לא הכרה בקהילות מיעוט.<sup>25</sup> אך כמו בקהילות רבות אחרות, החרדית/הוא/היא פרט מעוגן (self embedded) במסגרת הקהילתית.<sup>26</sup> זאת החל מיום הולדתו, עבור בחינוכו, תעסוקתו, לימודיו, הפרקטיקות היומיות שלו, אורחות חייו הדתיים, לבושו, שפתו, דיורו, נוהגי משפחתו, חייו המיניים, אופני זוגיותו, גידול ילדיו, וכלה במותו וקבורתו. לכן, רב-תרבותיות צריכה לחייב לגיטימיות של תרבויות מתחרות לתרבות ההגמונית, שמצדיקות דפוסי חיים המתחרים באורחות חייו של הרוב והקבוצה ההגמונית תרבותית. ללא הכרה, כאמור, בתשתית אזרחית רב-תרבותית, המשמרת ומקדמת פלורליזציה של תרבויות נגד, לא ירצה השלטון להביא לחלוקת כוח פוליטי ואפילו לא לחלוקת משאבים המקדמת רב-תרבותיות ואת יכולת קהילות המיעוט לחיות בה ולכונן אותה כמערכת של פרקטיקות. התיאוריה הליברלית, לעומת כל זאת, עלולה להביא להמרתם של קונפליקטים

---

<sup>24</sup> ראו למשל צ' גרינפילד **הם מפחדים – איך הפך הימין הדתי והחרדי לכוח מוביל בישראל** (2001).

<sup>25</sup> טענה זו בהקשרה הביקורתי היא ביסודה מרקסית, והייתה חלק אינטגרלי מביקורתו החברתית המקיפה יותר של מרכס על הליגליזם הליברלי; ראו למשל בחיבורו של מרקס 'על השאלה היהודית':

M. E. Cain & A. Hunt *Marx and Engels on Law* (London, 1979) 135-137.

לביקורת דומה, ראו:

A. M. Glendon *Rights Talk - The Impoverishment of Political Discourse* (New York, 1993).

<sup>26</sup> להבהרתו של קונספט זה, ראו:

P. Selznick *The Moral Commonwealth- Social Theory and the Promise of Community* (Berkeley, 1992) 361-371.

חברתיים וציבוריים לכדי שפה פורמאלית למדי של זכויות פרט; שפה שמגלה עיוורון לאופי הקולקטיבי של זהויות הפרטים.

כאמור, לא כל התפיסות הליברליות מנתקות בינארית בין פרט לבין קהילה.<sup>27</sup> איני סבור כי כל תפיסה ליברלית ראויה לפסילה מיידית באמצעות ביקורת מרכזית- הנכונה בעיקרון- על דלותו של שיח זכויות פרט. אולם, הפרכסיס הליברלי בהחלט מתאפיין במצב בו את מקום הדרישה לשיח קולקטיבי ולפיוס רב- תרבותי בין קהילות ובינן לבין המדינה תופסת אשליה כאילו די ברטוריקה ומוביליזציה של זכויות פרט כדי להביא לחיים בצוותא של קהילות שונות בדמוקרטיה.<sup>28</sup> במילים אחרות- ללא הכרה בצורך בהגנה מפורשת על תרבויות לא ליברליות, הגנה על האוטונומיה שלהן, ושוויון בהזדמנויות לקולקטיבים לעצב את המדינה לא תוכל להתקיים פייסנות בין קהילות הגמוניות לבין קהילות מיעוטים, ובין הרוב הלא חרדי לבין המיעוט החרדי, בכלל זאת. התיאוריה והמסורת הליברליות מתאפיינות באמירות מרכזיות שלפיהן הגנה על תרבויות מיעוט לא ליברליות ובוודאי פונדמנטליסטיות אינה זכות אלא אפשרות הנובעת מסובלנות, בעוד הגנה על אוטונומיה תרבותית של המיעוט אינה זכות קיבוצית אלא אם המדינה העניקה אוטונומיה מפורשת כזו בתחום מסוים במשפט המדינה, וכי שוויון הוא בעיקרון עניין לפרטים ולא לקולקטיבים. יודגש כי גם כותבים ליברלים בולטים במערב כגון וויל קימליקה ויוסף רז אינם חורגים מטענות אלה משמעותית. שניהם סבורים כי בסופו של דבר הליברליזם הוא פרדיגמת-על לזכויות אדם ושניהם בולטים במאמציהם- הנואשים משהו- לחלץ את

---

<sup>27</sup> Gans, *supra* note 4, at pp. 11-36.

<sup>28</sup> למגמה בעייתית כזו בפסיקה הישראלית, ראו למשל בג"צ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית ת"א-יפו** פ"ד נו(5) 393; ע"א 105/92 **ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עילית** פ"ד מז(5) 189 (להלן: עניין ראם). לניתוח רחב יותר בהקשר של זכויות לשפה, ראו:

S. Navot "Language Rights in Israel" *Israeli Reports to the 15<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law* (Jerusalem, A.M. Rabello ed., 1999) 43.

לניתוח ביקורתי של עניין ראם והסבר הבעייתיות בבלעדיות של שיח זכויות פרט לפרקטיקות רב-תרבותיות, ראו ג' ברזילי "פיוס בין קהילות - גישה של זכויות אדם" **סוציולוגיה ישראלית ג** (תשס"א) 297.

הליברליזם מאי- יכולתו (ופעמים אי- רצונו) להיענות לבעיות הסבוכות של חברות פוליאנתיות, רב- לאומיות ורב-תרבותיות.<sup>29</sup>

טענה מרכזית שנייה של ליברליזם, כתיאוריה של זכויות אדם, קובעת כי המדינה היא נייטרלית, בהיותה חסרת העדפה פוליטית ברורה הנובעת מזהויות ואינטרסים פרטיקולריים וכי אפילו במידה והמדינה כן נותנת משקל לאידיאולוגיה מסוימת או לתרבות מסוימת הרי בהיותה של המדינה תשקיף של רצון הפרטים בה, היא יכולה לשמש כבורר 'הוגן ואובייקטיבי' בתחרות ובמאבק בין אינטרסים שונים וזכויות מנוגדות של אזרחיה. עיקר הדגש של ליברליזם, בהקשר זה, הוא על בתי משפט כחוד החנית של 'שלטון החוק' ושמירת זכויות אדם.<sup>30</sup> תורת מדע המדינה מצביעה על חוסר הממשות של טענה כזו. יש למדינות זהויות דתיות, אתניות, לשוניות, מגדריות, ואחרות. יהיה זה מוטעה לטעון כאילו משפט המדינה- אפילו כאשר זה מבוסס על זכויות פרט- ובתי המשפט של המדינה הם הטוב המוחלט בעוד קהילות מיעוט אינן ראויות לטפח שיח נפרד ושונה של זכויות קיבוציות המבטא את צורכיהן שלהן, שלאוו דווקא זוכים למענה בבתי המשפט המדינתיים.<sup>31</sup> כמובן כי אין הדברים מרמזים כאילו בתי משפט מדינתיים אינם בהכרח עושים משפט צדק. אך הדברים בהחלט קובעים כי הצדק של המדינה אינו הצדק היחיד וכי קיימות תמיד אופציות פרשנות חברתיות, תרבותיות ופוליטיות אלטרנטיביות הן בתוך הטכסט המשפטי של המדינה והן מחוצה לו, ואפילו בניגוד לו. טענת היסוד הליברלית בדבר היותה של המדינה בורר "אובייקטיבי" ולא צד אפשרי, בעל אינטרסים ברורים בסכסוך מונעת בירור סוגיות כאובות הכרוכות ביחסי רוב ומיעוט. זאת ועוד, טענת יסוד של נייטרליות המדינה מצדיקה פנייה לבתי

---

<sup>29</sup> Kymlicka, *supra* note 1, at pp. 35-44, 173-192; Raz, *supra* note 4; Barzilai, *supra* note 9, at pp. 32-33.

<sup>30</sup> Barry, *supra* note 21; J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, 1999) 165-166; J. H. Ely *On Constitutional Ground* (Princeton, 1996) 6-18.

<sup>31</sup> לטיעון כזה ביחס לקהילות מיעוט דתיות והרמנוטיקה דתית, ראו:

R. Cover "Nomos and Narrative" *Narrative, Violence, and the Law - The Essays of Robert Cover* (Ann Arbor, M. Minow, M. Ryan & A. Sarat eds., 1993) 95; R. Cover "The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities", *ibid*, at p. 13; R. Cover "Violence and the Word", *ibid*, at p. 203; Carter, *supra* note 13, at pp. 3-49.



משפט מדינתיים בהיותם בוררים 'אובייקטיביים', כביכול, בעוד אופציות אחרות, משפטיות, מדיניות, חברתיות, כלכליות ותרבותיות ליישוב סכסוכים פוליטיים מוחמצות. רב-תרבותיות— כפי שמאמר זה מנתח אותה--- מחייבת מצב בו המדינה וקבוצות הכוח הפוליטיות האחרות, שבה, מכירות ביחסיות של הצדק שהן מייצגות ומקדמות. כפי שעוד אראה בהמשך המאמר, הרוב הלא חרדי והמיעוט החרדי חייבים לשרטט גבולות תרבותיים יחסיים ולא מוחלטים זה ביחס לזה. מרחב ליברלי בלבד, חד ממדי בהכרח, לא מאפשר שירטוט גבולות כאמור, שכן הוא מקדם בלעדית תפיסת צדק אחת, המדירה תפיסות צדק אחרות.

טענה שלישית של הליברליזם בעייתית מאוד, אף היא. הכוונה לטענה בדבר קדושתה החילונית הלאומית של הריבונות המדינתית וכאילו ריבונות זו היא אחידה ומוחלטת. לפיכך הסברה היא כי זכויות קיבוציות יביאו בסופו של דבר להרס הריבונות הלאומית, שכן קהילות מיעוט שונות תדרושנה עצמאות לאומית.<sup>32</sup> החשש הפוליטי מזכויות קיבוציות למיעוטים, על בסיס הטענה של כרסום מסוכן בריבונות הלאומית, עלול להביא להחרפת קונפליקטים בין קבוצות תרבותיות שונות.<sup>33</sup> במשטרים דמוקרטיים קהילות מיעוט דורשות ופעמים גם מקבלות זכויות קיבוציות בתחומים שונים, כגון: דת, חינוך, שפה, ייצוג פוליטי, עבודה וקניין. במספר מקרים גם המשפט הישראלי מכיר בזכויות קיבוציות; הדוגמא הבולטת ביותר היא זכות קיבוצית לתחולתו של משפט דתי בתחומי אישות.<sup>34</sup> זכויות קיבוציות ניתנות לקהילת מיעוט כדי להעצימה במסגרת המדינה, בתחומים מסוימים, ועל ידי כך לחייבה ולהביאה לציית למדינה. אם כן, דווקא ההפך מן החשש להרס הריבונות הלאומית הוא הנכון. מתן זכויות קיבוציות לקהילת מיעוט יפחית את אכזבתה מן המדינה והוא יכול להגביר את נאמנותה למדינה. מניעת יכולת ביטוי, ייצוג ושוויון ממיעוטים דווקא יכולה להביא לאלימות מצדם, כלפי המדינה, בעוד מתן זכות ביטוי, ייצוג ושוויון לקהילת מיעוט יכול להביא להגברת נאמנותו של המיעוט למדינה. חשוב לציין כי קריסת

---

<sup>32</sup> Kymlicka, *supra* note 1, at p. 58.

<sup>33</sup> בשלב זה של המאמר איני מבחין עדיין בין קבוצה לבין קהילה, אך בהמשך אדרש להבחנה

כאמור.

<sup>34</sup> סבן, לעיל הערה 9. מתן זכויות קיבוציות בתחום הדתי למיעוט הערבי-פלסטיני בישראל נועד

לשלול ממיעוט זה זכויות קיבוציות לאומיות.

Barzilai, *supra* note 9, at pp. 97-146.

יוגוסלביה ולבנון כמשטרים שהתבססו על הבנות בין קהילות לא נבעה ממתן זכויות קיבוציות אלא דווקא מהרס מנגנוני המדינה, שנכשלו במתן אפשרויות שוויון לקבוצות מקופחות באותן מדינות.

תחושת קיפוח חברתי קשה, תחושת הדרה וניכור הן גורם מרכזי המסביר קיצוניות דתית וטרור דתי כלפי המדינה.<sup>35</sup> אחד מן המכנים המשותפים לטרור יהודי בישראל ובשטחים הכבושים על ידי מאז מלחמת 1967,<sup>36</sup> לטרור נוצרי בארה"ב,<sup>37</sup> ולטרור סוני או שיעי אסלמי<sup>38</sup>, הוא אותן תחושות קיפוח, הדרה וניכור המביאות מיעוטים למסקנה קשה כאילו אלימות ואפילו רצח הם, כביכול, פתרון. ספק גדול אם שיח זכויות אלטרנטיבי לזה של ליברליזם היה מונע את כל אותן תופעות של טרור דתי. אך הטרור הדתי—על גווניו—מלמד כי הליברליזם לבדו אינו מאפשר זיהוי נכון של בעיות קהילתיות, שכן הוא יוצר גבול מוחלט ונוקשה בין ליברליזם (וממילא - קפיטליזם) חילוני ואטומיסטי, מצד אחד, לבין רב-תרבותיות בין-קהילתית, שהיא דתית בחלקה.

## **2. גישה קהילתנית-קונטקסט וזכויות בדמוקרטיה**

הקהילה החרדית בישראל אינה קבוצה תרבותית רגילה. קהילה היא סוג מיוחד של קבוצה תרבותית. ייחודיותה של קהילה היא בכך שיש לה יעד חברתי ופוליטי מוגדר וקבוע לאורך זמן רב, 'טוב' קולקטיבי, שהגשמתו היא מטרת-על בל תעבור לאותו חבר אנשים. בנוסף, לקהילה יש מורשת היסטורית משותפת, שנתפסת ככזו על ידי חבריה, וזאת בנוסף לפרקטיקות חברתיות

---

<sup>35</sup> M. Juergensmeyer *Terror in the Mind of God - The Global Rise of Religious Violence* (Berkeley, 2000).

<sup>36</sup> למשל, המחתרת היהודית בשנות השמונים או רצח יצחק רבין ז"ל ב-1995.

<sup>37</sup> למשל, פיצוץ בניין הממשל באוקלהומה סיטי ב-1995, פעילות אלימה נגד מרפאות המבצעות הפלות, ביצוע מעשי טרור נגד פאבים בהם נוכחים הומוסקסואלים והפיגוע במשחקים האולימפיים באטלנטה ב-1996.

<sup>38</sup> בבאלי אינדונזיה, למשל, כמו גם הפיגוע במגדלי התאומים, בארה"ב, פיגועים נגד מטרות אמריקניות בתימן, עיראק, קניה ופיגועים נגד מטרות ישראליות כדוגמת השגרירות בארגנטינה.

משותפות, יחסי גומלין בין חבריה לחברותיה המאפשרים את תחזוקה של הקהילה, וארגונים קולקטיביים המשרתים, משמרים ומקדמים תרבות קיבוצית זו. הקהילה היא בעלת גבולות תרבותיים מסוימים, ומוגדרים למדי, המבחינים אותה לעומת סביבותיה, כדוגמת אורחות חיים הייחודיים רק לחבריה/ חברותיה.<sup>39</sup> במקרה של הקהילה החרדית קיימים מאפיינים קולקטיביים נוספים, כגון: לבוש קל לזיהוי ובדלנות גיאוגרפית של מקומות מגורים. מאפיינים אלה עוד יוצרים גבולות תרבותיים ברורים יותר בין הקהילה לבין סביבותיה. בקהילה קיימת תודעה קולקטיבית משמעותית של הזדהות בקרב חברי הקבוצה זה עם זה (Gemeinschaft); תודעה שיש עמה לא רק אינטימיות קיבוצית ותמיכה הדדית מסוימת אלא גם נכונות של הפרטים להקריב לאורך זמן תועלות אישיות עבור שימור וקידום תרבותי של הקהילה והגשמת ה'טוב' הקולקטיבי שלה.<sup>40</sup>

הגישה הקהילתנית מזהה פעמים עם נטייה לרומנטיזם, שעניינו בטיפוח מיתוס של החברה האנושית כתברה של קהילות החיות בהרמוניה בתוכן וזו עם זו. רומנטיזם כזה של קהילות/קהילה מצוי אצל הוגים שונים, בהקשרים שונים וסותרים, למשל- היידיגר, לוק, מרכס, קנט ורוסו. אך בקהילתנות (communitarianism), להבדיל מן התפיסה הרומנטית של קהילה בליברליזם או מרכסיזם, יש יסוד בקורת של ממש. אני נעזר כאן ביסודותיו הביקורתיים של זרם מחשבה זה, וזאת כדי לכונן תיאוריה בזכות רב-תרבותיות אזרחית המבוססת על העצמה (empowerment) של קהילות מיעוטים, לרבות קהילות מיעוטים דתיות ופונדמנטליסטיות. מובן, קהילות מהוות לכשעצמן מנגנוני כוח שיכולים לדכא קבוצות חלשות ומיעוטים בתוכן. עם זאת,

---

<sup>39</sup> Selznick, *supra* note 26, at pp. 357- 386.

<sup>40</sup> טענה זו של קהילה כמקור של אינטימיות ותמיכה הדדית, Gemeinschaft, מצויה באופן

אנאליטי אצל:

F. Tonnies *Community and Society* (New Brunswick, trans. and ed. by C.P. Loomis., 1988).

ראו ל' רוזן "מושג החברה האזרחית" **ישראל מחברה מגויסת לחברה אזרחית** (ע' אופיר וי' פלד עורכים, 2001) 27.

יש לגישה קהילתנית תרומה של ממש לרב-תרבותיות ולניתוח הגבולות בין מיעוטים למדינות, ובכלל זאת בין חרדים למדינה.<sup>41</sup>

אמנה עתה כמה מעקרונות היסוד הרלוונטיים ליתרונותיה של הגישה התיאורטית הקהילתנית על פני זו הליברלית, ככל שהדברים רלוונטיים לנושאו של מאמר זה. הדיון יסייע להבין ביתר חריפות את בעיות הגישה הליברלית כתיאוריה בלעדית של זכויות אדם ואת מעלותיה ועדיפותה של התיאוריה הקהילתנית הביקורתית להשגת המטרות המיוחלות של רב-תרבותיות. ראשית, העצמה (empowerment). הגישה הקהילתנית מדגישה את הקשר ההדוק בין זהויות הפרט לבין קהילות.<sup>42</sup> הדבר חשוב במיוחד לקהילות של מיעוט, כגון הקהילה החרדית בישראל, שאינן עוברות אינטגרציה עם הרוב. לכן, בנות ובני הקהילות האלה נגזרים לחיים של שוליות (marginalization), אלא אם הקהילה נותנת להם גיבוי תרבותי, תמיכה חברתית וגיבוי ארגוני ומסייעת להם להיאבק להשגת שוויון. אחד הדברים המייחד את הקהילה החרדית, בישראל ומחוצה לה, הוא ארגון קפדני מאוד של מבנה הכוח הקהילתי, באופן שמאפשר לקהילה חיים אוטונומיים, במידה רבה, בעוד הפרט תלוי בקהילה. ללא תלות כזו של הפרט במוסדות השיפוטיים ומוסדות הבוררות הקהילתיים, בחינוך הקהילתי, במוסדות הסעד והשירותים החברתיים הקהילתיים, באורח החיים המקומי (לעומת זה הלא חרדי), במגורים נבדלים או ייחודיים, וכו... אין לפרט החרדי כל סיכויי הישרדות במרחב הלא חרדי, במיוחד זה החילוני.

מבלי להתעלם מן העובדה כי גם קהילות הן ארגוני כוח העלולים לדכא, קשה לדמיין כיצד המשתייכים לקהילות מיעוט יצליחו לשמר את זהויותיהם ואת תרבותיהם בחברה הכללית ללא הקהילה המגבה אותם, כאמור. לכן, חשוב כי מאבקים חברתיים לשוויון בתוך הקהילה, כמו למשל שחרור נשים מעולו של דיכוי פטריארכלי, ייעשו עד כמה שאפשר בתוך הקהילה, ורחוק מהתערבותה של המדינה ומעינה הפקוחה, שכן המדינה מייצגת ומקדמת תרבות זרה לזו של

---

<sup>41</sup> לניתוח מקיף של תיאוריה קהילתנית ביקורתית (Critical Communitarianism), ולישומה גם

ביחס למיעוטים לאומיים, מיעוטים עדתיים ואתניים, וקבוצות פמיניסטיות, ראו:

Barzilai, *supra* note 9.

<sup>42</sup> S. Benhabib *Situating the Self - Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*

(Cambridge, 1992).

הקהילה. אלמלא העצמה כזו של הקהילה ושל הפרטים בה, הסיכוי למניעת קונפליקטים ישירים בין קהילת המיעוט לבין המדינה יתרחק מאוד. מצד אחד, ללא העצמה כאמור, קהילת המיעוט תמנע מן המדינה או תקשה עליה לבצע אסטרטגיה שלטונית של הדרת בני/בנות המיעוט. מצד שני, לפי התיאוריה הקהילתנית, קיומה של קהילה התומכת בזהויות חבריה יעודד אותה להגיע לפתרון של פיוס עם המדינה המכירה בקיום הקהילתי והנוהגת בו שוויון באופן המאפשר את שימורה התרבותי של הקהילה.

שנית, צדק יחסי (whose justice? which rationality?).<sup>43</sup> אחת הבעיות הנפוצות בקונפליקטים בין-קהילתיים חריפים היא תפיסתו של כל אחד מן הצדדים לקונפליקט כי 'הצדק' שלו הוא מוחלט, והסברה של כל צד לקונפליקט, כדוגמת חילוניים לעומת חרדים, כאילו מבחינתו הקונפליקט הפוליטי הוא משחק סך-אפס (zero sum game), שכן הוא הצד הצודק באופן מוחלט. על פי תפיסה קהילתנית קיימת חשיבות רבה לתפיסות שונות של צדק ושל זכויות, כאלו המעמידות כל תרבות וכל מערכת של מושגים כנכונות באופן יחסי, בלבד, לתרבויות ומערכות מושגים מתחרות אחרות. כפי שנראה בהמשך המאמר, אחד המוקדים המרכזיים לקונפליקט בין חרדים לבין המדינה היא תפיסת המדינה, בהשפעת תפיסות ליברליות של המשפט, כאילו התפיסה החרדית היא בלתי רציונלית ולכן אינה צודקת. בעוד המסורת הליברלית מתיימרת להיות קריטריון-על להסדרם של חיים ציבוריים,<sup>44</sup> התיאוריה הקהילתנית מדגישה רלטיביזם תרבותי.

התיאוריה הקהילתנית פוסלת דירוג והרכייה של תרבויות כחשובות יותר או חשובות פחות, כטובות יותר או טובות פחות, כצודקות פחות או צודקות יותר במסגרת הדמוקרטית. ההנחה

---

<sup>43</sup> אני משתמש כאן בשם ספרו ובטענתו המרכזית של:

A. C. MacIntyre *Whose Justice? Which Rationality?*, *supra* note 6.

וכן ראו:

A. C. MacIntyre *After Virtue - A Study in Moral Theory*, *ibid.*

<sup>44</sup> לביקורת כאמור, ראו:

A. S. Scheingold *The Politics of Rights - Lawyers, Public Policy, and Political Change* (New Haven,

1974); B. D. Santos *Towards a New Common Sense - Law, Science, and Politics in Paradigmatic*

*Transition* (New York, 1995).

היא כי לכל תרבות משפטית, ותרבות בכלל, יש אטיולוגיה שונה של 'נכון' ו'אסור' המוסברת בקונטקסטים היסטוריים שונים וכי לכן מתחייבת, הן נורמטיבית והן פרקטית, פלוראליזציה של תרבויות ושל תפיסות צדק.<sup>45</sup> לתפיסה יחסית של צדק, כאמור, תהיינה משמעויות חשובות לקידום של הליכי פיוס בין המדינה לבין קהילת המיעוט. צדק יחסי מחייב פתיחות להבנת ההיסטוריה של הצד האחר, כפי שהצד האחר מבין אותה. מכאן המעבר שמתחייב מהנחת יסוד של צדק יחסי לצורך להכיר, להבין, לכבד ולהגן על 'היסטוריות' שונות, ואפילו סותרות, ולא להסתפק בכיבוד של 'היסטוריה' אחת (רשמית) בלבד כחלק של ההווה הפוליטית הדמוקרטית החוקית והלגיטימית. תפיסת 'האחר החרדי' כמצוי מחוץ לנרטיב הציוני, כחורג מן ההגיונות הציונים של כינון זהות יהודית ארץ ישראלית, ריבונית, עברית 'לא גלותית' - בהחלט מחזקת מגמות של ניכור הדדי.

טענה שלישית מרכזית בתיאוריה קהילתנית היא בדבר חשיבותה של פוליטיקה של זהויות (Politics of identities). מפאת קוצר היריעה לא אפרט כאן את הטיעון המקשר בין פוליטיקה של זהויות לבין פוליטיקה של קהילתנות. הקהילה היא כור היתוך של זהויות, שבמסגרתו מתהוות פרקטיקות בהן מעוצבות זהויות, מבוטאות, מקודמות, מתפרקות ומכוננות.<sup>46</sup> הזהות אינה תוצר של הבנייה מוחלטת על-ידי המדינה, מצד אחד. אך, בניגוד לסברה ליברלית רווחת בתיאוריה ובמסורת הליברלית, זהות גם אינה בהכרח תוצר של רציונליות מכוונת מצד שני, והיא אינה רק תכונה אינדיווידואלית מצד שלישי. הזהות היא תוצר של תהליכים קונסטרוקטיביים קהילתיים המושפעים הן מן ההגמוניה המדינתית, אך גם מתהליכים מקומיים/קהילתיים של פרקטיקות.

---

<sup>45</sup> להרחבה, ראו:

Barzilai, *supra* note 9.

<sup>46</sup> C. B. Harrington & S. E. Merry "Ideological Production - The Making of Community Mediation" 22 Law & Soc'y Rev. (1988) 709; S. E. Merry "Legal Pluralism", *Ibid*, at p. 869; S. E. Merry "Law and Colonialism" 25 Law & Soc'y Rev. (1991) 889; S. E. Merry "The Criminalization of Everyday Life" *Everyday Practices and Trouble Cases* (Evanstone, A. Sarat, M. Constable, D. Engel, V. Hans & S. Lawrence eds., 1998) 14; *The Essential Communitarian Reader* (Lanham, A. Etzioni ed., 1998); *Rights and the Common Good- The Communitarian Perspective* (New-York, A. Etzioni, ed., 1995).

מדינות נתונות לפוליטיקה של זהויות ועוסקות בה, ומבנות אותה. הרפובליקניזם שלהן—המטרות הפוליטיות המרכזיות אותן הן מעונינות לקדם- אינו אובייקטיבי. הן תהיינה נוטות להכליל זהויות אחדות, ולהדיר אחרות. מדינות תהיינה נוטות לדכא את אותן זהויות שייתכן כי הן מסכנות את שליטתן ואת הגמוניית הכוח הפוליטי שלהן. לכן, הכרה במגוון הזהויות שאותן מבטאת קהילת מיעוט תהיה הכרחית לסובלנות, במסגרתה כל צד מכבד את יכולת הקיום של תרבויות שונות. אין ספק כי במשך שנות דור הייתה דמותו של החרדי לצנינים בעיני הצבר הציוני. החרדי נחשב בעיני הרוב היהודי כהפרעה למהלך התקין של גאולה לאומית של העם את ארצו.<sup>47</sup> לתופעה זו הוסיפה העובדה, עליה עוד נעמוד בהמשך המאמר, כי לרבנים חרדים הייתה התנגדות דתית אידיאולוגית לציונות, והכרה בציונות ניתנה על ידם, לכל היותר, רק בהתקיים תנאים מסוימים. מסורת ליברלית המנסה להפריט מגמות תרבויות אלה, כלומר- לראותן כסטייה של מעטים מתרבות חילונית של סובלנות, או מסורת ליברלית הרואה בדת תרבות לא רציונלית, במקום להתמודד עם תרבויות דתיות ברמה של מדיניות ציבורית מכלילה ולא מדירה, תוביל לקונפליקט קשה- ואפילו אלים- בין המדינה לבין מיעוטים דתיים, ובמיוחד מיעוטים פונדמנטליסטיים בה. מחקרים מורים כי דיכוי זהויות של מיעוטים מוביל בסופו של דבר לטקטיקות פוליטיות של אלימות מצדם.<sup>48</sup>

טענה רביעית מרכזית בתיאוריה קהילתנית היא בדבר חשיבותן של זכויות קיבוציות ( Collective rights). זכויות משפטיות אינן אוטונומיות, עצמאיות, למאבקים חברתיים ופוליטיים. זכויות

---

<sup>47</sup> למחקרים מעלים כי החרדים שנואים על ידי הרוב היהודי יותר מכל קבוצה חברתית אחרת בישראל ראו ת' שגיב-שיפטר ומ' שמיר "ישראל כמעבדה לחקר סובלנות פוליטית" **דעות בעם** 6 (2002) 1.

<sup>48</sup> יפה לעניין זה המסה של מרטין לותר קינג, שהצדיק מרי אזרחי של אפרו-אמריקנים בארה"ב בשנות השישים, במאה העשרים, כאמצעי אחרון שהיה ויכשל יחייב את המיעוט לאלימות קשה נגד הממסד הלבן. לותר קינג, זכה בפרס נובל לשלום ב- 1964. ראו מ' ל' קינג "מכתב מבית הכלא העירוני של ברמינגהם" **אי- ציות ודמוקרטיה** (תרגום: אהרן אמיר, יי ויינשטיין עורך, 1998) 123. להיבט השוואתי נרחב, ראו:

T. R. Gurr *Peoples Versus States - Minorities at Risk in the New Century* (Washington, 2000).

משפטיות תבואנה לעולם כתוצאה של הכרעות פוליטיות ופרקטיקות חברתיות מורכבות.<sup>49</sup> הדגש של תיאוריה קהילתנית על שימור וקידום רב-תרבותיות קיבוצית ובנוסף הנכונות לקרוא תגר על שליטה בלעדית של הריבונות הלאומית וליברליזם בהגדרות של 'צדק' ו'שלטון חוק' מביאים לצורך לפתח תפיסה של זכויות קיבוציות, עבור קהילות מיעוט כתנאי לשימור וקידום תרבותן במסגרת דמוקרטית. זכויות אלה אינן עניין של סובלנות, החשובה ביותר לכשעצמה, בלבד. הדגש הוא על שיח זכויות קיבוציות כתנאי הכרחי ליכולתם החברתית של מיעוטים להתקיים כישויות בעלות תרבות ייחודית, כל עוד רצונם בכך. מנקודת המבט של מיעוטים, כדוגמת הקהילה החרדית, זכויות כאלה תהיינה הכרחיות כדי לשמר זיכרונות קולקטיביים, זהויות, פרקטיקות, קניין, יכולות כלכליות, ואינטרסים קיבוציים אחרים. זאת במיוחד נוכח סכנת הפארטיקולאריזציה של המשפט הליברלי, אותה הבהרתי לעיל.

למעשה, מגוון של משטרים פוליטיים, כגון: אוסטרליה, בלגיה, בריטניה, הודו, ניו-זילנד, סלובקיה, ספרד, קנדה, קפריסין ושוויץ, מעגנים תפיסה חלקית של זכויות קיבוציות כתנאי לדו קיום בין קהילות שונות. זכויות אלה נובעות, פעמים, מרצון להתפייס עם מיעוטים, אך הן גם מאפשרות למדינה האצלת אחריות לאוכלוסיית מיעוט, תוך שמירה מסוימת של פיקוח, ומניעת אלימות אפשרית וקונפליקטים קשים בטווחי זמן ארוכים. עם זאת, מדינת הלאום תהיה נוטה, בדרך כלל, להיות עוינת לזכויות קיבוציות, שנתפסות כעלולות לסכן את ריבונותה הלאומית. אינני מתעלם מן הקושי הפוטנציאלי בהענקת זכויות קיבוציות למיעוטים לאומיים, שמא אלה ישאפו לעבור מכינון של גבולות תרבותיים לכינונם של גבולות טריטוריאליים על בסיס לאומי. עם זאת, החתירה לזכויות קיבוציות אינה צריכה לבוא במקום אלא בצד קיומו של קוד מוסרי מינימלי, שמתהווה בדו-שיח או רב-שיח בין הקהילות השונות כחלק מתהליך של רב-תרבותיות. ללא שלוש הטענות העקרוניות, דלעיל, של הגישה הקהילתנית בדבר העצמה של מיעוטים, צדק יחסי, והכללת פוליטיקה של זהויות לא תתאפשרנה זכויות קיבוציות או שהגדרתן תיוותר ממילא עניין פורמאלי בלבד.

---

<sup>49</sup> M. W. McCann *Rights at Work – Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*

(Chicago, 1994) 48-91, 227-314.



אעבור עתה לניתוח הגבולות בין הקהילה החרדית לבין המדינה, במסגרת חוויות ליברליות במשפט הישראלי, תוך כדי התייחסות מרכזית לשני סוגי גבולות. האחד הוא בין המדינה למיעוט, והגבול האחר הוא בין המיעוט החרדי לבין קבוצות וקהילות אחרות בחברה. כדי לעמוד על גבולות אלה אין די בהתבוננות במשפט המדינה בלבד, כי אם יש להתבונן בתרבויות המשפטיות הקהילתיות, ובזו החרדית במיוחד.

### **ג. תרבויות משפטיות: קונטקסט קהילתי לזכויות**

בפרק זה אציג בקצרה את התרבות המשפטית של חרדים בישראל. אחר כך, אתמקד בהתנגשויות בין משפט המדינה, על מרכיביו השונים לבין קהילת המיעוט. במסגרת זו אנתח בהרחבה את פרשת בקבוקוני השמן והבחירות המקומיות ב-1998, כאירוע המצביע על קונפליקטים של ממש בדבר השונות ההכרחית בין דמוקרטיה, ליברליזם ורציונליות. קונפליקטים אלה מיוצרים ובאים לביטוי תוך כדי ניסיונותיה של קהילת המיעוט החרדית- מזרחית להתערב בעיצוב פניה של המדינה וניסיונותיו של משפט המדינה ונשאים פוליטיים במסגרתו ומחוצה לו לתייג גבולות תרבותיים שונים מאלה להם שואפת קהילת המיעוט.

#### **1. מבט על חרדים: דע את זולתך בשפתו**

המיעוט החרדי בישראל אינו מצוי לחלוטין מחוץ לתרבותה הפוליטית של המדינה. שיעורו הסטטיסטי בחברה הישראלית נע, על פי הערכות שונות, בין 6% - 10%.<sup>50</sup> איסוף נתונים מדויקים על אוכלוסיית החרדים בישראל, על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, היה תמיד בעייתי עקב אי נכונותו של המיעוט להתפקד במפקדי אוכלוסייה רשמיים. הקהילה החרדית נטתה לראות בשאלוני המפקדים האלה ביטוי לחדירתה של המדינה לאוטונומיה הקהילתית; ניסיון מצד המדינה לפקח על קהילת המיעוט, בעוד הענות לשאלונים נתפסה כמתן לגיטימציה

<sup>50</sup> הערכות אלה מבוססות על דו"חות כלכליים של רשויות המס והגבייה. תודתי נתונה למר אמנון נויבך, לשעבר יועץ כלכלי לראש המשלה, מר שמעון פרס, ולפרופסור מיכל שמיר, החוג למדע המדינה, אוניברסיטת תל אביב.

לציונות. קשיים סטטיסטיים ומתודולוגיים הם היבט תרבותי אחד בלבד של הגבול בין המדינה לבין קהילת המיעוט.

מן ההיבט האידיאולוגי משפטי עמדתם של רוב הסמכויות הרבניות, האולטרא-אורתודוכסיות, כלפי הציונות הייתה שלילית מדעיקרא. הציונות נתפסה כתנועה פוליטית כופרת, המנסה לבטל תהליכים טרנסצדנטליים ומשיחיים-אלוקיים באמצאות לאומיות חילונית. היחס ליהודי הלא חרדי, ובמיוחד לחילוני, הוא יחס סלחני ופטרונני, כאחד, אך שלילי ביותר. הציונים לפי הגדרות תורניות אלה הם עכו"ם (עובדי כוכבים ומזלות), ולכן המדינה אינה יהודית מן ההיבט ההלכתי אלא היא מדינת עכו"ם המנוהלת על ידי יהודים.<sup>51</sup>

קיים, לפיכך, הבדל משמעותי ביותר בין התייחסותו של משפט המדינה בישראל ליחסיה של המדינה עם הציבור הדתי, מזה, לבין תפיסתם של החרדים את משפט המדינה, מזה. בעוד באכסדרת בית המשפט העליון ובסביבותיו הפרשניות, כמו לשכת עורכי הדין, פרשנים משפטיים, ורוב האקדמיה המשפטית, עיקר הוויכוח בהתייחס למשפט המדינה הוא בין היות המדינה יהודית, בעיקר, לבין היותה דמוקרטית, בעיקר, ובעוד רוב הוויכוח בספירות אלו נסב, למעשה, על מידת דתיותה האורתודוכסית של המדינה,<sup>52</sup> הרי האליטה הרבנית בקהילה החרדית מתלבטת ברובה הגדול בשאלת עצם הלגיטימיות העקרונית של המדינה הלא יהודית, אך המנוהלת על ידי יהודים. בעוד הדילמה המרכזית, בהקשר זה, באידיאולוגיה המשפטית של המדינה היא בנוגע לאיזון הראוי בין המרכיבים של "מדינה יהודית ודמוקרטית", הרי הדילמה החרדית, במשפט

---

<sup>51</sup> א' שוכטמן "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל" **תחומין** יג (תשנ"ב-תשנ"ג) 337; מ' פרידמן "מדינת ישראל כדילמה דתית" **אלפיים** 3 (תשנ"א) 24; י' פונד **פרוד או השתתפות - אגודת ישראל מול הציונות** (תשנ"ט).

<sup>52</sup> ראו למשל הוויכוח בין השופט מנחם אלון לשופט אהרן ברק: מ' אלון "דרך חוק בחוקה - ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עינוי משפט** יז (תשנ"ג) 659; א' ברק "המהפכה החוקתית - זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 9; י' דותן "חוקה למדינת ישראל? - הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח (תשנ"ז) 149.

הקהילתי, היא האיזון הראוי בין חיים של מיעוט חרדי במדינה, שמנוהלת על ידי יהודים, לבין ביקורת קשה עד לשלילת הלגיטימיות של אותה המדינה.

רובם של מורי הדור ההלכתיים בקהילה החרדית בישראל, כדוגמת הרבנים אליעזר מנחם ש"ך והרב אוירבך סברו כי בצד האידיאולוגיה המשפטית הרבנית, שמעלה ספקות חמורים ביחס לגיטימיות של המדינה, כמדינה לא יהודית מדעיקרא, יש להציב עקרונות של ציות למדינה מכוח 'דינא דמלכותא דינא'. אחד התנאים לקיומה של לגיטימציה פרקטית ומותנית כזו, בצד השלילה האידיאולוגית ההלכתית העקרונית, היה מידת הייצוג של החרדים בגוף הציבורי הרלוונטי.<sup>53</sup> לכן, בדרך כלל, היחס של הקהילה החרדית כלפי בית המשפט העליון, בייחוד בשבתו כבג"ץ עקב מעורבותו ההולכת וגדלה בחיים הציבוריים פוליטיים, היה שלילי הרבה יותר מן היחס כלפי הכנסת, שבה ישבו סיעות חרדיות עוד מאז הבחירות לכנסת הראשונה בינואר 1949. היחס השלילי של הקהילה החרדית כלפי בית המשפט העליון מעולם לא היה תוצאה של תגובה מיידית בלבד לפסק דין בולט זה או אחר, אלא היה זה מרכיב מהותי ביותר בתרבות המשפטית החרדית. פסקי דין שיצרו זעם בקהילה, כמו למשל בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אוויר בע"מ נ' יונתן דנילוביץ,<sup>54</sup> רק הבליתו תרבות משפטית זו. תפיסה אינסטרומנטלית של ציות לחוק המדינה, "דינא דמלכותא", הצדיקה אוטונומיזציה של החיים הקהילתיים הפונדמנטליסטיים במסגרת המדינה, כתנאי הכרחי ומספיק לחיים בצד הרוב הלא חרדי ואפילו החילוני. תפיסה זו של גבולות פוליטיים, עליה אני מצביע כאן, שועתקה למעשה מדפוסי החיים של קהילות אולטרא-אורתודוקסיות במרכז ומזרח אירופה והיא אינה ייחודית לקהילות יהודיות בלבד כי אם אופיינית לתפיסת גבולות של קהילות דתיות פונדמנטליסטיות, בכלל.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> שוכטמן, לעיל הערה 51.

<sup>54</sup> פ"ד מח (5) 749. פסק-הדין עסק בבקשתו של דייל להכיר בשותפו לחיים כ"בן-זוג" לעניין קבלת הטבה של כרטיס טיסה שנתי. דעת הרוב שהחליטה לאמץ את ההכרה בשותף כבן זוג, כאמור, זכתה לפרסום ציבורי תקשורתי רחב והביאה לזעם עצום בקהילה החרדית עקב ההכרה לעניין זה בזוגיות חד-מינית.

<sup>55</sup> פונד, לעיל הערה 51; מ' פרידמן **החברה החרדית - מקורות, מגמות ותהליכים** (תשנ"א); י' קראוס "התגובות התיאולוגיות על הצהרת בלפור" **אוניברסיטת בר-אילן - ספר השנה למדעי היהדות והרוח** (א' דון-יחיא, א' בלפר ומ' חלמיש עורכים, תשס"א) 81.

עם זאת, השעתוק אינו מובן מאליו, שכן על-פי האידיאולוגיה המשפטית החרדית מדינה כופרת המנוהלת על ידי יהודים גרועה, מנקודת מבט תיאולוגית, יותר ממדינת גויים. הראשונה, לעומת השנייה, מהווה הפרעה מכוונת לתהליך משיחי-אלוקי ולכן סכנתה לאמונה היהודית גדולה יותר. מנקודת מבט חיצונית לטקסט החרדי ניתן לקבוע כי החרדים היו, לכן, מבקריה הקשים של הציונות, ולמעשה מתומכיה הנלהבים של נוסחה המוכרת בהווי החילוני, כ'מדינת כל אזרחיה'. פרדוכסלית, אופייה היהודי של המדינה עקב אי הפרדתה של הדת האורתודוקסית ממנגנוני השליטה המדינתיים הפך את היחסים בין הקהילה החרדית למדינה למורכבים ובעיתים יותר מן הרגיל ביחסיהן של קהילות דתיות פונדמנטליסטיות במשטרים פוליטיים דמוקרטיים. מצד אחד, קהילת המיעוט החרדי רצתה וגם יכלה להשפיע על מנגנוני השליטה המדינתיים היהודים ולנצלם להקצאות של משאבים למטרותיה, בתחומים שהכרחיים לקהילה-במיוחד-חינוך, קרקעות, דיור ושירותי דת. מצד שני, המדינה השתמשה בתמיכת הקהילה החרדית לצורכי כינון לגיטימציה כמדינה יהודית ונהנתה מהסדרי האוטונומיזציה של הקהילה, בתחומי שיפוט, כשרות וחינוך, כאמצעי להראות כ'נייטרלית'. כל זאת לא יכול היה להתקיים בתנאים שבהם הייתה מתרחשת הפרדת דת, או לכל הפחות דת אורתודוקסית, מן המדינה.

בצד היחס האידיאולוגי משפטי, בתרבות החרדית, כלפי המדינה בלטה גם התלות הפרקטית הרבה של הקהילה בעולם הלא חרדי. כאן נבדלה ההרמנוטיקה החרדית אשכנזית מזו החרדית מזרחית. הראשונה ראתה חשיבות עליונה לעיקרון "החומרא", בעיקר על פי עמדת פוסקים הלכתיים לפני המאה ה-16, כלומר עמידה על הטכסט ההלכתי ללא פשרות. לעומת זאת, הרב עובדיה יוסף, כנציג מרכזי בולט בן זמננו של חרדיות מזרחית, ראה הישג דווקא בהקלות הלכתיות, זאת מתוך צורך להתאים את הטכסט ההלכתי למציאות היום יומית, כפי שהוא ראה אותה ורצה בה.<sup>56</sup>

פרקטית, הגבולות בין הקהילות החרדיות, הפונדמנטליסטיות, לבין הציבור הרחב היו מקוטעים וחדירים הרבה יותר מכפי שנראה ממבט ראשון. הצרכים החברתיים של 'חברת לומדים' מתבדלת, שהיא מיעוט החש במצור תרבותי, הצריכו את ההנהגות החרדיות, כמעט כולן, להגיע

---

<sup>56</sup> צ' זוהר "להחזיר עטרה ליושנה" - חזונו של הרב עובדיה" ש"ס – אתגר הישראליות (י' פלד

עורך, תשס"א) 198.

להסכמים פוליטיים עם השלטונות.<sup>57</sup> האוכלוסייה החרדית בישראל היא מן האוכלוסיות העניות בה. זאת עקב שלוש סיבות. ראשית, שיעורי ילודה גבוהים ביותר; שנית, הימנעות גברים צעירים מעבודה רשמית עקב הסדרי הדחייה משירות צבאי; ושלישית, יכולת מוגבלת של נשים להתקדם בשוק העבודה.<sup>58</sup> מכאן נבעה חשיבותן של המפלגות החרדיות בתרבות הקהילתית. מפלגות אלה נהנו מעוצמתו היחסית של מיעוט חרדי המצוי לתפיסתו במצור, וזאת דווקא במדינה 'יהודית' שבה אין הפרדת דת אורתודוקסית מן המדינה. לא ניתן, כמעט, להגזים במידת האמביוולנטיות של הציבור החרדי במדינה, שהרוב החילוני, המסורתי והדתי-ציוני בה תופס אותה כמדינה יהודית.

אחת התופעות המרתקות בפוליטיקה הישראלית של השנים האחרונות היא נטייתו של הציבור החרדי, המזרחי והאשכנזי, להצביע לליכוד ולמפלגות חילוניות הממוקמות ימינה מן הליכוד על פני רצף פוליטי של נץ-יונה בשאלות של עתיד השטחים שנכבשו במלחמת 1967. שיעורי ההצבעה לבנימין נתניהו ב-1999, ולאריאל שרון ב-2001, בבחירות לראשות הממשלה, היו למעלה מ-96% מקרב החרדים.<sup>59</sup> בחירות 2003 חזרו להיות בשיטה היחסית, ולכן מירב התמיכה האלקטוראלית של חרדים ניתנה למפלגות חרדיות<sup>60</sup>, אך העדפותיהן הקואליציוניות של המפלגות החרדיות נטו בבירור לליכוד. כל זאת למרות שאופי חייהם החילוניים במובהק של מר נתניהו ומר שרון היה ידוע בפרהסיא בקרב החרדים עצמם. כיצד ניתן ליישב בין זאת לבין האנטי ציוניות של הרוב המכריע של הקבוצות החרדיות? גם כאן אנו רואים מגמה של אמביוולנטיות.

---

<sup>57</sup> א' ברן **תסמונת מצור בחברה החרדית בישראל** (עבודת תואר שני, החוג למדע המדינה,

אוניברסיטת ת"א, תשנ"ט).

<sup>58</sup> לפירוט מלא, ראו מ' קרן וג' ברזילי **השתלבות קבוצות פריפריה בחברה ובפוליטיקה בעידן**

**שלום - החרדים בישראל** (תשנ"ח).

<sup>59</sup> לנתונים סטטיסטיים, ראו א' אריאן "מועמדים, מפלגות וגושים - ישראל בשנות ה-90"

**הבחירות בישראל 1999** (א' אריאן ומ' שמיר עורכים, תשס"א) 15. לבחירות 2001, ראו א' דיסקין

**ימי ירושלים האחרונים - קווים לבחינת הדמוקרטיה הישראלית החדשה** (תשס"א) 83-97.

<sup>60</sup> ראו, למשל, לניתוח הקלפיות בבני ברק בבחירות 2003:

[ULR:<http://www.knesset.gov.il/elections16/heb/results/BallotName.asp>]:

[לא פורסם] (28.01.03).

בעוד הרוב החרדי הוא אנטי ציוני, הרי הימניות הפוליטית הניצית שלו היא ביטוי, דווקא, לאתניות יהודית, לשנאת 'ישמעאל', ולרצון לקדש ולבצר יהודיות אולטרא-אורתודוקסית, אך ללא ציונות.<sup>61</sup> במובן מסוים זהו תהליך פרדוקסלי של ישראליות מסוג אחר. זו ישראליות דתית מאוד, פונדמנטליסטית, אך ללא ציונות הנתפסת על ידי רוב החרדים כחילונית רקובה ומרקיבה.

במשפט הישראלי כמו גם בספירות ישראליות אחרות מתרחשת חוויה ליברלית. אמנם, המשטר הפוליטי בישראל אינו ליברלי, בהגדרתו כמשטר פוליטי בו לא מתקיימת הפרדה בין דת יהודית אורתודוקסית כדת רשמית של המדינה לבין מנגנוני הכוח המדינתיים, וזאת למעלה מן ההגדרה הלא-ליברלית של המדינה כ'יהודית ודמוקרטית'. רוב ההגירה היהודית לפלסטינה/ישראל-מאז 1882 ממרכז ומזרח אירופה ומצפון אפריקה-לא הייתה ממדינות ליברליות. עם זאת מתרחש כאן תהליך מוגבל של ליברליזם. הכוונה לאתוס מוגבל של זכויות פרט, אוטונומיית היחיד, קניין פרטי, פרופסיונליזציה, התרחבות המרחב של ארגונים וולנטריים, הפרטה ופלוראליזציה של פרקטיקות דתיות. מחקרים כבר הראו כי חוויה ליברלית כזו היא בעיקרה נחלתם של המעמדות הבינוני והגבוה, במיוחד בקרב יהודים חילוניים, המייבאים תרבותית אתוסים אמריקניים.<sup>62</sup> הספרות המחקרית כבר הראתה כי בית המשפט העליון, במיוחד מאז 1992 תוך הסתייעות בשני חוקי היסוד, חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו, הוא הנשא המרכזי בחברה הישראלית של חוויה זו,<sup>63</sup> שהקצינה את מידת החיכוך הקיים ממילא בין הקהילה החרדית לבין המדינה. מצד אחד, החרדים שאפו למכסם את עוצמתן היחסית של המפלגות החרדיות, וזאת תוך הסתייעות בפיצולה של המפה המפלגתית והגידול בכוחם האלקטוראלי של החרדים בין 1984 – 2003. גידול זה בעוצמתם הפוליטית של החרדים, נבע בראש ובראשונה מהקמתה והצלחתה האלקטוראלית המדהימה של ש"ס, באותה התקופה. מצד שני, גברה דרישת הנגד של קבוצות ליברליות בחברה הישראלית, שביקשו להגביר את הבקרה של משפט המדינה על מוסדות הקהילה החרדית, ולצמצם בכך את עוצמתם הפוליטית ואת ההטבות הניתנות להם.

---

<sup>61</sup> ראו למשל גרינפילד, **לעיל** הערה 24, בע' 90 – 91; פונד, **לעיל** הערה 51.

<sup>62</sup> **לעיל** הערה 18.

<sup>63</sup> שמיר, **שם**; מאוטנר, **שם**.

G. Barzilai "Courts as Hegemonic Institutions - The Israeli Supreme Court in a Comparative

Perspective" 5(2-3) *Isr. Aff.* (1999) 15.

התנגשות פוליטית זו, שיסודותיה עמוקים ומעוגנים כפי שכבר ראינו במאמר זה, בתרבות וצרכים חברתיים, שרטטה גבולות בעיתיים ומאתגרים בשדה המשפטי. התנגשות זו הגבירה את המוטיבציה של משפט המדינה להתערב בפרקטיקות קהילתיות, שעניינן גם בעיצוב דמות המדינה. זהו הנושא בו יידון הפרק הבא.

## 2 על רציונליות, מודרניות ושוויון: פרשת בקבוקוני השמן

הבחירות לרשויות המקומיות ב-1998 היו מבחן כוח פוליטי ממשי לקראת הבחירות הכלליות לכנסת ה-15 ולראשות הממשלה ב-1999. לש"ס הייתה סיבה נוספת לראות בבחירות לרשויות המקומיות מבחן כוח פוליטי רציני. כמפלגה קהילתית באופייה, השואבת את כוחה הפוליטי מן הציבור החרדי והמסורתי המזרחי, בעיקר בשכונות בהן קיים אחוז ניכר של מובטלים, ש"ס בנתה את זרועותיה הפוליטיות, כדוגמת רשת החינוך 'אל המעיין' ואת עוצמתה הפוליטית תוך דגש על גיוס מקומי.<sup>64</sup> ש"ס היא בכל זמן רלוונטי למאמר זה מפלגה המהווה מרכיב יסודי ומרכזי בקהילה חרדית מזרחית, שלה מאפיינים היסטוריים, תרבותיים, ארגוניים, אורחות חיים, מנהיגות ומוסדות כלכליים, חברתיים ופוליטיים משלה. הקהילה החרדית המזרחית הטרואגנית יותר מזו החרדית האשכנזית, במובן היותם של חלק ממצביעיה של ש"ס לא בהכרח חרדים, כי אם יהודים מסורתיים או דתיים מזרחיים. הנהגתה של ש"ס היא חרדית במובהק. כפי שנראה במהלך המאמר, הבנת מקומה של ש"ס בשדה המשפטי מחייבת ניתוח ההיבט האתני-עדתי-מעמדי כחלק מהותי מן התופעה הדתית של קהילתיות חרדית מזרחית. הרלוונטיות של התיאוריה הקהילתנית להבנתה של ש"ס נובעת גם מהיותה של ש"ס נציגת מיעוט חברתי מקופח, המצוי בשולי החברה הישראלית, ואשר מאז הקמתה של המפלגה נטה לראות בה נציגה פוליטית חשובה.<sup>65</sup>

המפלגה הפיצה בדוכנים, ערב הבחירות לרשויות המקומיות, בקבוקונים של שמן ועליהם מתנוססות אותיות שמה של ש"ס ותמונתו של הרב המקובל כדורי. בקבוקונים אלה הפכו חישי-

---

<sup>64</sup> י' פלד "חידה ושמה ש"ס", לעיל הערה 56, בע' 52.

<sup>65</sup> י' פלד "הצלחתה האלקטוראלית המתמשכת של ש"ס - ניתוח על-פי מודל חלוקת העבודה

התרבותית" **הבחירות בישראל 1999**, לעיל הערה 59, בע' 137.

קל לחלק מזירת התגוששות משפטית, שהתאפיינה בהרמנוטיקות סותרות שהביאו לביטוי מחלוקות פוליטיות של ממש על רציונליות ומודרניות. כפי שהצביע המשפטן והפילוסוף רוברט קאוור (Robert Cover), מחלוקות פרשניות, הרמנוטיות, על נורמות משפטיות אינן מנסרות טרמינולוגיות הנושאות את עצמן. הן לא חיות בפני עצמן במרחבים מרוקנים מתכנים פוליטיים, אלא מחלוקות כאמור הן ביטוי והגשמה של תפיסות עולם כוללות (Nomos). תפיסות עולם אלה מאפשרות לקהילות לייצר סיפורים היסטוריים מרכזיים ולהזדהות עימם.<sup>66</sup> כך גם במקרה של ש"ס. בקבוקוני השמן חולקו בגלוי על ידי פעיליה של המפלגה, וזאת למטרות של שכנוע אלקטוראלי, והם בטאו תפיסות עולם כוללות יותר, נומוס (Nomos), בלשונו של רוברט קאוור. נומוס זה של חרדיות מזרחית, המקדש תקשורת חברתית באמצעים לא מילוליים, לא רציונליים, כביכול, הוא שעמד למבחן במשפט המדינה.

מר"צ, יריבתה הפוליטית והתרבותית של ש"ס, "האחר" של וכלפי החרדיות המזרחית, הגישה בקשות לצווי מניעה כנגד סניפי ש"ס בנתניה ובירושלים, שבהן הוקמו דוכנים לחלוקת בקבוקונים, כאמור.<sup>67</sup> יו"ר ועדת הבחירות המרכזית דאז, השופט אליהו מצא, התבקש למנוע מש"ס להפיץ את הבקבוקונים, וזאת בטענה כי חלוקתם מהווה שוחד ועל-כן יש בחלוקתם עבירה על חוק הבחירות (נוסח משולב) תשכ"ט-1969 וחוק הבחירות (דרכי תעמולה) תשי"ט-1959.<sup>68</sup> בשלב מוקדם של הדיונים המשפטיים הוסכם בין הצדדים כי כיוון שערכם הכספי של

---

<sup>66</sup> R. Cover "Nomos and Narrative", *supra* note 31;

ליישום גישה כזו לניתוח משפטו של אריה דרעי, ראו לי בילסקי "אני מאשים" – דרעי, משפט פוליטי וזיכרון קולקטיבי" ש"ס – אתגר הישראליות, לעיל הערה 56, בע' 279.

<sup>67</sup> תר"מ 94/98 "ירושלים עכשיו" נ' ש"ס (לא פורסם) (להלן: עניין "ירושלים עכשיו"); תר"מ 153/98 סניף מר"צ בנתניה נ' ש"ס (לא פורסם) (להלן: עניין: מר"צ נתניה). כל הניתוח אותו אני מציג להלן, בפרשת בקבוקוני השמן, מבוסס על הפרוטוקולים המקוריים שלא פורסמו.

<sup>68</sup> חשוב לציין כי באותה התקופה אסר הדין על קבלת שוחד בחירות, אך טרם נחקק סעיף 122(6) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969, ס"ח 103 (להלן: חוק הבחירות [נוסח משולב]). תת-סעיף זה נחקק בשנת 2000, ובמסגרתו נכלל איסור מפורש על "הבטחה לתת ברכה". לכן, בתקופה הרלוונטית, טענותיה של מר"צ היו כאילו יש במתן הבקבוקונים משום מתן שוחד וזאת בניגוד לסעיף 8 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959, ס"ח 138. עם זאת,



הבקבוקונים הוא כשקל או שניים בלבד לבקבוקון, מר"צ לא תטען כי חלוקתם הייתה שוחד כספי. טענתה הפורמלית של מר"צ הייתה כי מדובר בהשפעה בלתי הוגנת על שיקול דעתו של הבוחר, בהפרעה של ממש להגיון צרוף ולרציונליות הנדרשת מכל בוחר ובוחר בעת הבחירות.<sup>69</sup> משפט המדינה, טענה מר"צ בפרשנותה לחוקי הבחירות, אינו נותן הכשר לכל דרכי התעמולה אלא רק לאותן דרכי תעמולה שיש בהן כדי לאפשר לבוחר לשקול היטב את העדפותיו. פרקליטיה של המפלגה ביקשו להביא לתחולה רחבה של החוקים באופן היוצר פרשנות ליברלית אחת ואחידה, הגוברת על פרשנויות קהילתיות מגוונות.

בספרות מדע המדינה בשנות השבעים והשמונים, במאה העשרים, רווחה הדעה בקרב אסכולות ליברליות כי מרכז החיים הדמוקרטיים הוא באוטונומיית היחיד, שאת גבולותיה חייבת המדינה להכיר ולכבד.<sup>70</sup> ליבה של הדמוקרטיה היה אותו 'יחיד' שכלתן, השואף על בסיס מידע ועיבוד

---

אפילו היה מאמר זה נכתב על-ידי ביחס לפרשנות סעיף 122 (6), כל טענותיי תקפות היו באותה המידה, ויש לראות בהן ניתוח בקורתי של מגמת הדין הישראלי להיות עיוור או עיון למגמות קהילתיות של מיעוטים, וזאת בשם 'רציונליות' אותה אבקר בהמשך המאמר. תיקון חוק הבחירות [נוסח משולב], כאמור, עיגן מפורשות את דעתו של השופט אליהו מצא, כפי שנפסקה בפרשת בקבוקוני השמן, ואותה אבהיר, אנתח ואבקר בהמשך. אמנם, בעקבות החקיקה המפורשת, כאמור, הדין כיום הוא נחרץ יותר באמירתו הפוזיטיביסטית ובכך הוא מצמצם עוד יותר אפשרויות של פרשנות אלטרנטיבית לחקיקה מפורשת. אך הדין כיום משקף, עם זאת, אותה העמדה הרווחת במסגרת החוויה הליברלית במשפט המדינה ובמגמת פסיקתו של בית המשפט העליון, שאותה אני מבקר בהתייחסויותי לרב-תרבותיות. לניתוח רחב יותר, בהקשר זה, של חקיקה ופסיקה כחלקים מן החוויה הליברלית במשפט, ועל הבעייתיות הכרוכה בחוויה זו, ראו ג' ברזילי "פרלמנטריזם ויריבו - הפוליטיקה של המשפט הליברלי" **חברה במראה - לזכרו של יונתן שפירא** (ח' הרצוג עורכת, תשס"א) 359.

<sup>69</sup> עניין "ירושלים עכשיו" סעיפים 5-9 לבקשה; עניין מר"צ נתניה סעיפים 9-5 לבקשה.

<sup>70</sup> R. A. Dahl *Democracy and Its Critics* (New Haven, 1989); W. H. Riker *Liberalism Against Populism* (Prospect Heights, 1988); T. R. Palfrey & H. Rosenthal "A Strategic Calculus of Voting" 41 *Pub. Choice* (1983) 7.

מידע למכסם את רווחיו הפוליטיים. אותו 'יחיד' הוא נטול רגשות, ללא אידיאולוגיה, הוא מנותק  
כביכול מהקשר חברתי או פוליטי, ללא צבע, ללא שפה ייחודית, ללא כבלים של מעמד חברתי או  
מוצא אתני. ככל שפרוצדורת הבחירות הדמוקרטיות רלוונטיות היא חייבת להניח כי כל הפרטים  
שווים, כלומר- לכולם יש מידה זהה של אוטונומיה. המידע העומד לרשותם של הפרטים הוא  
זהה בעיקרו, בין אם הוא מידע שלם ובין אם- לאו (incomplete information). המידע אינו מתהווה  
במסגרת של התניות תרבותיות דינמיות, המשתנות משמעותית בהקשרים דתיים או אתניים  
שונים.<sup>71</sup>

במרכז טענותיה של מר"צ עמד אותו פרט (ליברלי) היפותטי. כל אדם צריך ליהנות, ומוחזק  
כנהנה, ממידת אוטונומיה אישית רחבה ביותר, שמשמעותה היא כי לא מופעלים עליו/ה לחצים  
סביבתיים משמעותיים, שמתנים משמעותית את הצבעתו או הכרעותיו החברתיות. כל פרט שווה  
לפרט אחר, באופן שבו כל אדם יכול לגבש את דעתו/ה בהתייחס למידע רלוונטי לבחירות,  
ובהתעלם משמעותית מהביטים של ההקשר החברתי בו הוא/היא נתונים. טיעוניה של מר"צ היו  
למעשה כנגד ביטויים דתיים, רגשיים ואתניים- מזרחיים כאמצעים פוליטיים לגליים ולגיטימיים  
להעביר מסרים של בחירות.

מר"צ ייצגה אלקטוראלית מעמד בינוני-גבוה, משכיל, חילוני, וברובו הגדול אשכנזי, בעוד ש"ס  
ייצגה אלקטוראלית תרבות מסורתית וחרדית, מזרחית, הנישאת ברובה על ידי אליטה חרדית  
וציבור בוחרים מן המעמד הבינוני והנמוך, וברובו הרבה פחות משכיל מקהל בוחרים מר"צ.  
היריבות הקשה בין שתי המפלגות בזירה המשפטית לא הייתה למעשה על בקבוקוני השמן; ביום  
בו נערך הדיון המסכם בפני וועדת הבחירות המרכזית, בראשות שופט בית המשפט העליון, אליהו  
מצא, אבד כבר ערכם האלקטוראלי של הבקבוקונים. אפילו אם ש"ס הייתה זוכה בערעור נגד  
צווי המניעה שהוצאו כנגדה, לא היה בידי אותם בקבוקונים לסייע לה במסע הבחירות. כל

---

לביקורת מעניינת על גישת הבחירה החברתית הפורמלית, שהייתה מרכיב אחד אך מרכזי בזרם

זה, ראה:

D. P. Green & I. Shapiro *Pathologies of Rational Choice Theory – A Critic of Applications in Political Science* (New Haven, 1994).

<sup>71</sup> Dahl, *ibid*; Palfrey & Rosenthal, *ibid*.

הצדדים בהתדיינות ידעו זאת. עם זאת, הדיון בפני הוועדה היה סוער ביותר עקב המלחמה שהתחוללה שם; מלחמה פוליטית בשדה הקרב המשפטי על גבולותיה של רב-תרבותיות. הקונפליקט נסב על מידת ההתערבות הראויה למשפט המדינה בפרקטיקות קהילתיות של גיוס מצביעים, ועד כמה ראוי כי תרבות קהילתית מקומית תגבור על החוויה הליברלית במשפט המדינה.

זה כנגד זה נערכו המחנות הפוליטיים משני צדדי הגבול התרבותי ותהום עמוקה נפעה ביניהם. בקרב זוטא לכאורה, שרק הדים מעטים ביותר ממנו הגיעו לציבוריות הישראלית, השתתפו אישים בולטים. פרקליטה של מר"צ היו מצוידים בתצהיריהם של פרופסורים למחשבה פוליטית ליברלית וסוציולוגיה מן האוניברסיטה העברית, ירושלים. ש"ס שכרה אף היא שירותים של עורכי דין; משרד עורכי הדין של יצחק מוריץ (ז"ל) ודב וייסגלס, אך המפלגה הסתמכה כמעט בלעדית על נאומיו ותצהיריו של ח"כ אריה דרעי. ההרכב הפרסונלי המעורב בניהול הקרב לא היה מקרי. מר"צ ביקשה להבהיר את הפן המשפטי, אובייקטיבי כביכול, מקצועני, שכלתני, מדעי-אקדמאי וליברלי של טיעוניה. לעומתה, ש"ס ביקשה להבהיר כי קיימת מחלוקת תרבותית של ממש מהי דמוקרטיה, והאם לדרכי תעמולה בבחירות ולבחירות בכלל, יש רק פרשנות אפשרית אחת. האם בחירות הן אקט אישי ורציונלי או גם אקט קהילתי ורגשי? האם קיימת תרבות אחת בלבד הקובעת טוב ורע או קיימת יחסיות תרבותית? האם קיימת רק רציונליות אחת, ועל פי אלו קריטריונים היא תיקבע, ושל מי היא אותה הרציונליות? האם פרקטיקות התנהגותיות של יוצאי מדינות האיסלם, כמרוקו, עיראק ולוב צריכות לסגת, להידרס, להיעלם, עקב היותן, כביכול, בגדר השפעה בלתי רציונלית על דעת הבוחרים (רובם יוצאי ארצות אלה?). האם נוהגים המבוססים על התפרצויות רגשיות, התפרצויות שמחה, ועצבות, השתטחויות על קברי צדיקים, ומשיחת הגוף בשמני מרפא, אינם ראויים להיחשב כדרכים לגליות ולגיטימיות במסגרת בחירות בדמוקרטיה, ועל פי איזה רציונל נוהג משפט המדינה? בלשונו של אלסטייר מקינטייר, המצוטט לעיל, "צדק של מי? איזו רציונליות?"<sup>72</sup>

"ניקח לדוגמא מצב היפותטי" הצהיר אריה דרעי "...לפיו מחולקת המלצה/ברכה בחתימתו של ראש הממשלה המנוח, דוד בן גוריון, למשל, הקוראת לבחור במפלגת מפא"י. אין בלבנו ספק, כי

---

<sup>72</sup> MacIntyre, *supra* note 6.

ישנם בוחרים שבשבילים ערכה של המלצה בחתימתו של דוד בן-גוריון לא תסולא בפז. האם בשל רגשותיהם הסובייקטיבים תחשב המלצתו של בן גוריון כ"מתנה" אסורה בהתאם לס' 8 לחוק התעמולה? בוודאי שלא! כל הדבר גם שעה שעסקינן בשמן עליו ברח הרב כדורי.<sup>73</sup>

קהילות מיעוטים מאתגרות את ההנחה הרווחת במסורת הליברלית כאילו קיים שיח אחד והרמוני של זכויות פרט, וכאילו לא קיימים גבולות תרבותיים המשמרים תרבויות של מיעוטים, שהליברליזם אינו מגן עליהן.<sup>74</sup> ש"ס חידדה בפני השופט מצא ובפני הוועדה כולה את אופייה של הקהילה שאותה היא מייצגת, ואת מאפייני הגיוס הפוליטי המתבקשים מכך:

"צריך להבין שישנו ציבור בוחרים עימו קל לתקשר באמצעות גלויות, ישנו קהל המעדיף חולצות ו"סטיקרים", ולקהל התומכים של ש"ס "מדברים" בקבוקוני שמן וקלטות. זוהי החלטה תעמולתית מובהקת, שלדעת המשיבה אין להתערב בה, שכן אחרת ייפגם מהלכם התקין והדמוקרטי של הבחירות"<sup>75</sup>..... "מדובר במסורת עממית ופשוטה, המקובלת מזה דורי דורות, לברך על השמן. באמצעות מסורת תמימה עממית ועתיקה זו, שאין לה כל פן נסתר או "אל-טבעי", מבקשים מנהיגיה הרוחניים של המשיבה ליצור קשר עם קהל המצביעים, ולעורר בהם תחושה של מסורת מבית אבא, חמימות ומשפחתיות. בקבוק השמן הינו בבחינת שפה משותפת למנהיגי ש"ס ולקהל תומכיה, וזה אשר אינו שותף לאותה שפה, חזקה עליו, כי לא ימצא כל עניין בבקבוקים המחולקים."<sup>76</sup>

בעוד מר"צ העניקה למשפט המדינה פרשנות חילונית ומערבית- אמריקנית של רציונליות אינדיווידואלית וליברלית, ש"ס העניקה למשפט המדינה פרשנות קהילתית, שהדירה 'רציונליות', במשמעות של שכלתנות חילונית אינדיווידואלית, שמבוססת על מידע מילולי כמסגרת הלגיטימית והחוקית היחידה להתנהגות אלקטוראלית. מר"צ, לעומתה, ראתה ברגשות דתיים עממיים

---

<sup>73</sup> סעיף 7 לתצהיר התשובה של ש"ס.

<sup>74</sup> Santos, *supra* note 44; P. Selznick "The Idea of a Communitarian Morality" 75 *California L. Rev.*

(1987) 445; Barzilai, *supra* note 9; Benhabib, *supra* note 42.

<sup>75</sup> סעיף 10 לתצהיר התשובה של ש"ס.

<sup>76</sup> ש"ס, סעיף 12.

ובפרקטיקות של פולקלור מזרחי, ביטויים קמאיים, פרימורדיאליים (primordial)<sup>77</sup>, פרימיטיביים, שמסכנים משמעותית את הפרוצדורה הדמוקרטית ולכן מקומם אינו במסגרת דמוקרטית מודרנית.

ניתן, אולי, לראות בקהילה החרדית מזרחית כמדומיינת חלקית, כפי שבדרך כלל ניתן לטעון ביחס לקהילות תרבותיות, שכן הארגונים שלהן לא רק מבטאים ומקדמים אלא גם מכוננים בו זמנית את הקהילה עצמה. ש"ס תרמה מאוד לכינונה הפוליטי של הקהילה החרדית מזרחית בישראל. אולם ברור כי ש"ס מבטאת ומקדמת (ואין נפקא מינא מאיזו סיבה במדויק) תרבות של מיעוט דתי, בחלקו הגדול חרדי, בעל היסטוריה ותרבות משלו, בת מאות שנים. מיעוט זה רוצה בהגדרה ברורה למדי של גבול תרבותי, החדיר חלקית בלבד למשפט המדינה באופן, שבו תישמר הגנה גם לפרשנויות התרבותיות של המיעוט בהתייחסותו למשפט המדינה, אפילו שאלו אינן ליברליזם ואפילו סותרות מסורת זו. כדי להיענות לטענותיה של ש"ס—דבר שלא נעשה--- חייב היה משפט המדינה לעבור מעמדה של הצהרתיות בלבד על גיוון משפטי לעמדה מחייבת הרבה יותר, שמכירה בצורך הדמוקרטי להגן משפטית- חוקתית על גיוון כזה באמצעות קידום תרבויות של מיעוטים. זוהי המשמעות העמוקה של פלורליזם משפטי (Legal pluralism) ובלתה אין ממשות פוליטית לרב- תרבותיות. שוויון, בהקשר זה, אינו סובלנות בלבד לקיומה של צומת רב- תרבותית, כי אם היכולת של תרבות המיעוט להשפיע על דמות המדינה באמצעות פרקטיקות משלה.

משפט המדינה אינו ישות נייטרלית ואובייקטיבית, כפי שכבר הוסבר לעיל, שכן הוא כוח פוליטי של המדינה ומייצג ומקדם בעיקר את הזהויות ההגמוניות בה. משפט המדינה מהווה נדבך של ממש בהיווצרותה, שימורה וקידומה של אידיאולוגיה מדינתית. במשפט עצמו תמיד תהיה אידיאולוגיה, בעוד המשפט אינו רק משקף את האידיאולוגיה המדינתית כי אם הוא גם גורם המכונן אותה. עד כה, הספרות המקצועית העלתה טענה דומה בעיקר בהתייחסויותיה

---

<sup>77</sup> להגדרת המונח, בהקשר חברתי רחב, ראה :

C. Geertz *The Interpretation of Cultures – Selected Essays* (New-York, 1973) 259-260.

לאידיאולוגיות של זכויות.<sup>78</sup> טענתי במאמר זה היא רחבה יותר, ולפיה משפט המדינה, לרבות בית המשפט העליון כמוסד ציבורי ייחודי, שמעוצב לא רק במסגרת טכסט פורמאלי משפטי, אלא גם על ידי אינטרסים ואידיאולוגיות, מסמן גבולות וחודר גבולות, כדוגמת גבולות אתניים, עדתיים ודתיים באופן שעלול לסכן רב-תרבותיות ולפגוע במיוחד במיעוטים.<sup>79</sup> השופט מצא, יו"ר וועדת הבחירות המרכזית, קיבל את טענותיה של מר"צ כאילו חלוקת הבקבוקונים היא בגדר מתן מתנה אסורה. הבסיס לפסיקתו ולהחלטתה של הוועדה, שדחתה את ערעורה של ש"ס על פסיקתו של מצא, היה טיעון הרציונליות של מר"צ. רגשות ופרקטיקות מזרחיות מסורתיות וחרדיות הודרו בפסיקת השופט ובהחלטת הוועדה. באמצעות הלך רוח ליברלי, כפי שתואר לעיל, פרקטיקות של חרדיות מזרחית קוטלגו כבלתי רציונליות ולכן כבלתי לגיטימיות וכלא חוקיות. ההרמנוטיקה הדתית, בהקשר זה, הודרה מן התבנית הרציונלית, שמשפט המדינה בחר בה:

"מטרתו של מסע בחירות היא לשכנע את הבוחרים לבחור במועמד מסוים ולהעדיפו על פני מועמדים אחרים. האמצעי הלגיטימי והמותר היחיד לשכנע במהלך מערכת בחירות היא המילה: המילה המדוברת והכתובה. באמצעות מלים יכול המועמד לפנות למוחות הבוחרים ולהגינם במסרים קונקרטיים ובטיעונים משכנעים. הוא יכול לנסות ולשכנעם בסיסמאות ובטריקים פרסומיים.... אבל החוק אוסר לחלוטין את השימוש בכל אמצעי תעמולה אחר.... אין כל בסיס לניסיון להשוות בין "בקבוק שמן הסגולה" לבין הגלויה הכתובה או כובע הנייר [תגובת השופט לטענות ש"ס. ג.ב.]. הגלויה הכתובה וכובע הנייר הם אמצעי תעמולה מותרים, הם אמצעים סבירים להעביר מסר כתוב, ואין הם יכולים להיות שימושיים למקבל לכל מטרה להוציא מסר התעמולה בהם. בעוד בקבוק השמן, גם אם ערכו הכספי קטן בהשוואה לערכה של

---

<sup>78</sup> Scheingold, *supra* note 44; *Legal Rights - Historical and Philosophical Perspectives* (Ann Arbor, A. Sarat & T. R. Kearns eds., 1996).

<sup>79</sup> למאמר מעניין הטוען כי התעלמות מן המרכיב הדתי בתרבויות מודרניות ובמשפט מודרני היא התעלמות מיסוד מכונן חשוב אפילו בתפיסות חילוניות של זכויות אדם:

M. J. Perry "Is the Idea of Human Rights Ineliminably Religious?", *Ibid*, at p. 205.

הגלויה הכתובה או כובע הניר- הוא בלתי חוקי, כיוון שאפילו אם משמש להעברת מסר מילולי ומסר תעמולתי הוא יכול לשמש את המקבל למטרה שונה...<sup>80</sup>

פסיקתו של השופט אליהו מצא היא בעייתית ביותר על פניה. בניגוד לידוע בספרות מדע המדינה הוא מניח בטעות כי מסרים בכתב או בכל דרך מילולית אחרת אינם פונים לרגשות, וכאילו הם פונים רק לשכלו של הבוחר.<sup>81</sup> השופט גם מניח בטעות כאילו מסרים פוליטיים כתובים אינם מבטיחים למעשה לבוחר/בוחרת טובה אישית או תועלת אישית כתוצאה ישירה של בחירה במועמד מסוים או במפלגה מסוימת. תפקידם של רגשות והבטחות (אפילו הבטחות שווא) בהנעת בוחרים על בסיס כדאיות, כביכול, שנובעת לבוחר/בוחרת כתוצאה מהצבעתם הוא חלק אינטגרלי ובלתי נמנע בכל מערכת בחירות דמוקרטית.<sup>82</sup> רגשות והבטחות אלה רלוונטיות להצבעתו של הבוחר ומשפיעות עליו/ה מאוד גם אם ניצחון מפלגתו/ה בבחירות כלל אינו ודאי. אולם האתוס החילוני ליברלי מניח כאילו התנהגויות דתיות, מסורתיות, קל וחומר- פונדמנטליסטיות, הן בלתי רציונליות ובלתי ראויות, שכן הן פונות לאמונות בעוד כל 'טריק פרסומי' אחר נופל בקטגוריזציה הליברלית של התנהגות רציונלית.

כך הצהירה פרקליטת מר"צ עורכת הדין הולץ- לכנר בעת דיוני הוועדה, כשהיא מותחת למעשה גבול בין התנהגות מילולית (מערבית) כרציונלית והוגנת, לבין התנהגות פולקלוריסטית (מזרחית מסורתית וחרדית) כבלתי רציונלית ובלתי הוגנת, כביכול. הגבול המומלץ הזה אינו מבוסס על

---

<sup>80</sup> החלטת השופט מצא מיום 1.11.1998 בעניין "ירושלים עכשיו", פסקה \_\_\_\_\_ (ע' 6); כמו כן

להחלטה זהה מיום 6.11.1998 ראו פסקה \_\_\_\_\_ (ע' 2) בעניין מר"צ נתניה.

<sup>81</sup> ראו למשל ר' שחר מנהיג בהזמנה - על בוחרים ואסטרטגיות של שיווק פוליטי (2001)

; 227-225, 136-129

M. Shamir & A. Arian "Collective Identity and Electoral Competition in Israel" 93

*American Political Science Rev.* (1999) 265.

לביקורת המלמדת כיצד ניסויי מעבדה הראו כי התנהגויות פוליטיות אינן ניתנות להבנה על בסיס הנחות יסוד רציונליסטיות בלבד או בעיקר, ראו:

Green & Shapiro, *supra* note 70, at pp. 120-123.

<sup>82</sup> שחר, שם.

רב-תרבותיות כנקודת צומת של מפגש בין קהילות שונות, כי אם על ניסיון להפוך תרבות אחת בלבד, ליברלית, חילונית ואינדיווידואליסטית, לקריטריון-על בלעדי של סדר חוקתי ראוי בדמוקרטיה:

”אשר לחוק, האם הוא צריך להתפרש באופן צר או רחב?... החוק חייב להתפרש באופן רחב. החוק התכוון להגן על עיקרון השוויון, על עיקרון הדמוקרטיה, ועל עקרונות של משחק הוגן...”<sup>83</sup>

אם כן, אין די בהבחנות בינריות בין משפט מדינתי לבין משפט קהילתי, בין משפט פדרלי לבין משפט מקומי, בין משפט פורמלי לבלתי פורמלי, או בין משפט כתוב לבלתי כתוב. הבחנות עשירות יותר במשמעויותיהן חייבות להתבונן, בנוסף, בניגודים ובקונפליקטים בין עוצמת החוויה הליברלית האינדיווידואליסטית לבין עוצמתה של החוויה הדתית קהילתית, במרחבים (spaces) חברתיים שונים של המשפט ובמרחבים המשפטיים בפוליטיקה. ניגודים וקונפליקטים אלה יביאו לשרטוטים של הגבולות בין קהילת המיעוט לבין המדינה ובין קהילת המיעוט לקהילות אחרות. משפט המדינה רצה להתערב בהליך הבחירות על חשבון גבולות הקהילה האולטרא-אורתודוקסית, בעוד קהילת המיעוט רצתה בצמצום מעורבותו של המשפט המדינתי בפרקטיקות שלה.

בכתב הערעור שהוגש בפני וועדת הבחירות, הצהירה ש”ס: ”פסילה שכזו [של חלוקת הבקבוקונים. ג.ב.] משקפת גישה פוליטית-אידיאולוגית... למעשה זוהי צנזורה... שפוגעת באופן קריטי בש”ס ובחופש הביטוי של בוחריה, ומזיקה לדמוקרטיה הישראלית.”<sup>84</sup> ש”ס ביקשה להישאר נאמנה לתפיסתה של ”החזרת עטרה ליושנה”, ביטוי שמופיע גם בפסקי הלכה ונאומים של הרב עובדיה יוסף.<sup>85</sup> המפלגה ביקשה, למעשה, כי משפט המדינה ידיר עצמו ממבנה הכוח הקהילתי של מנהיגות חרדית וקהל בוחרים מזרחי. חשוב לציין כי בהקשר זה היה הבדל מהותי בין חרדיות מזרחית לחרדיות אשכנזית. החרדיות האשכנזית הייתה קהילה טכסטואלית

---

<sup>83</sup> פרוטוקול הדיונים בפני וועדת הבחירות מיום ה- 8.11.1998, בע' 41.

<sup>84</sup> ע”ב 2/98 ש”ס נ’ מר”צ (לא פורסם), פסקה 6.

<sup>85</sup> זוהר, לעיל הערה 56.



סגורה<sup>86</sup>, במיוחד זו הליטאית, בעוד החרדיות המזרחית נשענה על מאות שנים של פרקטיקות דתיות, לאו דווקא טכסטואליות- כתובות (Scripta) כי אם לא כתובות (Non-scripta) ופולקלוריסטיות, שמקורן בצפון אפריקה. בניגוד לתפיסות ההלכה החרדיות האשכנזיות, במיוחד אלו הליטאיות, גישת הלימוד של החרדיות המזרחית לא הייתה רציונליסטית בלבד ואנליטית לעילא ולעילא אלא גם פולקלוריסטית ורגשית במידה רבה. לעומת זאת, הפסיקה נגד חלוקת הבקבוקונים הייתה למעשה בגדר הסגת גבולה של קהילת המיעוט, בשם תחולתה של פרוצדורת בחירות, כביכול אובייקטיבית, נייטרליסטית ורציונלית המתיישבת עם האתוס של האתיקה הדמוקרטית, כפי שהליברליזם תפס אותה. בכך עלול היה הטכסט המשפטי המדינתי, הרשמי, לבטל את יכולתה של קהילת המיעוט להשפיע על עיצוב המדינה באמצעות נומוס אלטרנטיבי.

בחירות דמוקרטיות, בחברות רב-תרבותיות, חייבות לאפשר לנשאי תרבות שונים---קהילות מיעוטים בכלל זה--- לבטא ולקדם את עולמם הנורמטיבי והפרקטי וזאת כחלק חשוב מפלורליזציה מתמדת של זהויות. פלורליזציה כאמור היא תנאי הכרחי לתחרות פוליטית דמוקרטית בין אלטרנטיבות ציבוריות. עיקרון כבוד האדם וחירותו, כפי עיגונו גם בחוק היסוד הישראלי מ-1992, מחייב את הטענה כי זכותו של פרט--- פרט כלשהו--- להתעצב במסגרת קהילתו, שבה מעוגנת עיקר זהותו, שכן אחרת אדם יאבד את כבודו (dignity), ואת המשמעויות של חירותו ללא זהותו. הדברים אמורים, קל וחומר, בזהויות של בנות ובני מיעוטים, שאלמלא שימור קהילותיהם, לא יוכלו לקדם את זהויותיהם או אפילו לשמרן במסגרת וכנגד תרבות הגמונית הזרה להם. חופש דת הוא מרכיב חשוב במסגרת של כבוד האדם וחירותו, והצורך הנורמטיבי הנגזר מפרשנות זו הוא כי יש לשמור לא רק על זיקתו של יחיד לקהילה דתית, אלא יש לאפשר לקהילה הדתית עצמה- במיוחד ודווקא כקהילת מיעוט דתי- אוטונומיה לפרקטיקות משלה, שהכרחיות לקיומה ולקיום חברתי ותרבותי של חבריה וחברותיה.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> D. Boyarin *Unheroic Conduct – The Rise of Heterosexuality and the Invention of the Jewish Man* (Berkeley, 1997).

<sup>87</sup> לפירוט רחב יותר בהקשר השוואתי וישראלי, ראו:

לבוחריה של ש"ס חייב להישמר כושר הבחירה לנהוג כהווייתם במסגרת הפרקטיקות של קהילתם, אפילו אלו נחשבות כלא ראויות בעיני המתבונן מחוץ לקהילה. כמובן, ראוי כי חופש בחירה זה לא יפגע- ואין סיבה כי יפגע ולא נטען גם בהליכים המשפטיים כאילו הוא פגע- בחופש הבחירה של בוחרים מפלגות אחרות, וקהילות אחרות, לנהוג באופן שונה. קשה לראות מדוע חופש הבחירה בעולם החילוני, המבוסס על תלויות ארגוניות, כלכליות, שיווקיות שונות, עדיף על פני תלות בעולם החרדי. ראשית, ההבטחה כאילו יש בבקבוקון השמן כדי לשמש ריפוי סגולה אינה שונה מהבטחות אחרות של פוליטיקאים חילוניים כאילו בחירה במועמד/ת מסוימים תביא מיידית לשיפור אישי משמעותי, בטחוני או כלכלי או אחר, בקרב בוחריהם. בתחום הבחירות לרשויות המקומיות, שאני. שם האינטימיות הפוליטית בין הנבחר לבוחר עוד גדולה הרבה יותר. שנית, מפלגות חילוניות, בארץ ובעולם, עושות שימוש בדמויות ידועות מעולם הבידור, הרוח, הדת, הספרות, הספורט, וכי' הקוראות לחסידיהם להצביע עבור דמות פוליטית מסוימת או עבור מפלגה מסוימת, שכן הדמות או המפלגה כאילו תשנה קיצונית לטובה את מצבם האישי. התערבות משפטית בכל אלה ואיסורם יביאו לדיקטטורה חוקתית.

משמעותו של חופש בחירה (freedom of choice), שעומד ביסודו של החופש לבחור (freedom of election) מותנית בתרבות מסוימת ובקונטקסט מסוים של זמן ומקום. חופש בחירה אינו מושג מנותק מהקשרים נורמטיביים ואונטולוגיים. האם הבחירה החילונית, שנתונה להשפעות אישיות באמצעות גורמים כגון התקשורת הטלוויזיונית, או טכסטים חילוניים, כדוגמת טכס הזיכרון ליצחק רבין ז"ל, עדיפה על פני ציות של אנשים דתיים לרבנים, ציות המבוסס על מסורות רבות שנים? הרי עצם הרצון לשמוע לרב מסוים ולא לאחר, להשתייך לחצרו של רב אחד ולא אחר, גם היא בחירה חברתית. יש להבחין הבחנה תיאורטית ונורמטיבית ברורה בין התנגדות לתכנים של בחירה מסוימת לבין הסכמה עם התוקף הדמוקרטי שלה; שכן מתן פרשנות מצמצמת לחופש בחירה – אפילו על פי עקרונות ליברלים-- מחייב היקף צר מאוד לדמוקרטיה. איני צריך להאמין בבקבוקוני שמן או להשתייך למסורת דתית המכבדת אותם כדי להצדיק את התוקף שלהם כאמצעי תעמולה דמוקרטי; איני צריך להאמין להבטחותיו של מועמד לרשות ממשלה כי שלום

---

Barzilai, *supra* note 5, at pp. 209-278.

יביא להקלה מיידית בנטל המיסוי הישיר, או להשתייך למחנהו הפוליטי, כדי להצדיק את תוקף הבטחתו--- אפילו היא דמוגית--- כאמצעי תעמולה דמוקרטי.

נכון, אמנם, כי בקהילה מעוגנת זהותו של היחיד באופן המגביל, ברמות אינטנסיביות שונות, את חופש הבחירה שלו/ה לעומת הצפוי, כביכול, מתפיסה אינדיווידואליסטית לחלוטין, אטומיסטית, ומדומיינת לא במעט, של החיים הפוליטיים. הגבלות- ואפילו חמורות מאוד- על חופש בחירה הן חלק בלתי נפרד מחיים מודרניים גם בהקשרים חילוניים. הדבר נכון לגבי חיים בישויות חילוניות רבות, כגון-התא המשפחתי, מוסדות חינוך, מוסדות תקשורת, מקומות עבודה, קהילות חילוניות כדוגמת-קיבוצים, ארגוני בטחון, בתי חולים, ועוד..הוגים מרכזיים של העידן המודרני הצביעו על המודרניות החילונית כאשליה של חופש, בלבד, בעוד אנשים נתונים, למעשה, למגבלות מגוונות על חופש הבחירה שלהם; מגבלות הממשעות (discipline) אותם, והתחמות משמעותית את מרחבי הבחירה והפעולה של הפרט. מעבר למסווה של חירויות פרט ומשפט מדינה המגן עליהן, כביכול, מצויה מציאות עגומה הרבה יותר של מנגנוני כוח אנונימיים, לא רשמיים, בתחומי חיים שונים, כאמור לעיל, שמפעילים דיכוי על הפרט למרות ובגלל קיומו של שלטון חוק פורמלי.<sup>88</sup>

אסור כי תפיסת חופש הבחירה תהיה ליברלית בלבד, שכן גם הכרעתו של פרט להשתייך לקהילה דתית פונדמנטליסטית או להצביע למפלגה המזוהה עם קהילה דתית פונדמנטליסטית היא בגדר חופש בחירה וחופש בחירות. חשוב לציין כי למרות שדפוסי הצבעתן של קהילות דתיות וחרדיות ידוע למדי מראש, כמו גם דפוסי הצבעתם של קהלים חילוניים מוגדרים, הרי לעולם נשמרה, אפילו בקהילות החרדיות, הטרוגניות הצבעה מסוימת, לרבות הצבעה למפלגות חילוניות כדוגמת מפלגת העבודה, הליכוד, ישראל ביתנו ועוד, באופן שאינו תמיד הולם את המלצות הרבנים.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> P. Fitzpatrick *The Mythology of Modern Law* (London, 1992); M. Foucault *The Archaeology of Knowledge* (New York, 1995); M. Foucault *Discipline and Punish – The Birth of the Prison* (New York, 1995); N. Fraser “What’s Critical about Critical Theory?” *Feminists Read Habermas* (New York, J. Meehan ed., 1995) 21.

<sup>89</sup> על-פי מחקריהם של אשר אריאן ומיכל שמיר משתנה הדתיות, לרבות חרדיות, יכול להסביר כ- 64% מדפוסי ההצבעה, ראו אריאן, לעיל הערה 59.

מושגים של חופש בחירה וחופש בחירות אינם יכולים—ואינם ראויים--- להיות טרנסצדנטליים להקשר תרבותי מסוים. משמעותו של כל מושג פוליטי חוקתי כזה מותנית בהקשר מסוים המתוחם בגבולות תרבותיים. הכרה בגבולות כאלה היא הכרחית לחירות האדם בהיותם של הגבולות תנאי הכרחי למיצוי זהויותיו. לדוגמא, המלצתו הציבורית של הסופר ואיש הרוח עמוס עוז להצביע עבור מר"צ או מפלגת העבודה אינה פחות אפקטיבית במקומות כרמת אביב ג', או בחלק מן התנועות הקיבוציות, מהמלצתו של הרב עובדיה יוסף להצביע- ש"ס והמלצתו של הרב כדורי (בבחירות לכנסת ה- 16) להצביע עבור יריבתה- אהבת ישראל. המלצותיהם של יעקב חזן ומאיר יערי, ז"ל, להצביע עבור מועמד מסוים של הקיבוץ הארצי ומפ"ס, או המלצתו של יצחק בן-אהרון בקיבוץ המאוחד, היו קריטיות לאופן הצבעתם של רוב בני ובנות קהילתם, כמעט ללא כל חריגים. איש/אישה לחצרם, לקהילתם. החלטתו של אדם להשתייך לחצרו החרדית של הרב עובדיה יוסף אינה חופשית פחות מהחלטתו של תושב ת"א לדור ברמת אביב ג' ולשקף ולקדם בכך, בדרך כלל, את תפיסותיה ואורחות חייה.

יודגש כי איני סבור כאילו אין הבדלים תרבותיים, חברתיים, פוליטיים וכלכליים של ממש בין קהילות חילוניות לבין קהילות דתיות פונדמנטליסטיות או דתיות אורתודוקסיות. אדרבא, לב טענתי הוא כי ההבדלים המגוונים האלה מתננים את משמעויותיהם של חופש הבחירה וחופש הבחירות, אך לא מבטלים אותם כאשר הפרשנויות למושגים אלו אינן ליברליות. המשפט חייב לתת תוקף גם לפרקטיקות דתיות הזרות לו, ולהגן עליהן, או להסתכן בדיכויין וממילא להסתכן גם באובדן הערכים הדמוקרטיים שבו. דרעי עצמו בחר ב- 2002 ו- 2003, לצאת בגלוי נגד הרב עובדיה יוסף. אז, בשנת 1998, סבור היה אחרת, והצהיר במפורש כי:

"אני מתוודה כי אם הרב עובדיה יוסף יאמר לי להצביע עבור שמעון פרס- אני אצביע עבור שמעון פרס. אם הוא יאמר לי להצביע עבור ביבי נתניהו- אני אצביע עבור ביבי נתניהו. אני כופף את שיקול דעתי לשיקול דעתו. עכשיו תאמרו לי שזה לא לגיטימי, ושהוא לא צריך לבטל את חופש הבחירה שלי? רבותי, אני בחרתי בזה מרצון. מרצון אני בוחר לשמוע לרב עובדיה יוסף."<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> פרוטוקול הדיונים בפני וועדת הבחירות, 8.11.1998, בע' 45.

ראינו כי קיימים טעמים של ממש לצורך של רב-תרבותיות דמוקרטית לכבד ולהגן על קהילות לא ליברליות בפרקטיקות שלהן. רב-תרבותיות ליברלית, שהיא מסורת אחת בלבד אפשרית במסגרת דמוקרטית, זו השמה יתבה על הפרט, ובמקרים חריגים למדי על זיקתו של הפרט לקהילה, אינה עונה על הצורך הדמוקרטי בכך שמיעוטים דתיים לא יאלצו להיות, תחת כפיה, חלק ממסורת ליברלית בה הם אינם מאמינים. פרשת בקבוקוני השמן מצביעה על כשל ליברלי נוסף והוא השאיפה למנוע פרקטיקות לא ליברליות בהן הקהילה נוקטת כאמצעי לעצב את אופייה של המדינה. המסורת הליברלית היא לגיטימית, כמובן, אך השאיפה המוטעית להופכה לפרדיגמת-על משפטית מייצרת פרדוקס שלפיו כופים 'חירות', מקום בו החירות ניתנת לביטוי באמצעים דמוקרטיים אחרים. רב-תרבותיות חייבת לכבד ולהגן דווקא על תרבויות, שנתפסות בעיני הרוב כבלתי ראויות, ולהתערב בגבולות קהילת המיעוט רק במקרים חריגים, בהם ההתערבות נחוצה כאמצעי אחרון בלבד למניעת נזקים קשים לקורבנות של אלימות.<sup>91</sup> עיקרון זה נכון לגבי קהילות מיעוט לא ליברליות וליברליות כאחד.

מקרה בקבוקוני השמן אינו מסוג המקרים החריגים—אלה הבולטים בספרות הליברלית---בהם הקהילה הלא ליברלית היא אלימה פיזית. קהילות לא ליברליות, וקהילות דתיות פונדמנטליסטיות אינן אלימות, פעמים רבות.<sup>92</sup> פעמים רבות, פונדמנטליזם מלווה דווקא

---

<sup>91</sup> לגישה דומה, ראו:

L. Sheleff *The Future of Tradition – Customary Law, Common Law and Legal Pluralism* (London, 2000).

<sup>92</sup> אלימות היא לכשעצמה מושג יחסי ביותר. בבג"צ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים פ"ד נ(4) 590 קבע בג"ץ כי עונש של חרם ונידוי, שהטיל בית דין רבני הוא בלתי חוקי, שכן אין לו בסיס בחוק החרות. בג"ץ ראה חובה לבית דין של המדינה הפועל מכוח חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס"ח 165, להטיל רק עונשים הקבועים בחוק. מצד אחר, בית המשפט לא שלל את סמכותם של בתי דין חרדיים קהילתיים להטיל עונשים כאמור. בכך הדיר עצמו בית המשפט מהתערבות באוטונומיה השיפוטית של הקהילה החרדית, כל עוד בתי הדין הם קהילתיים, בלתי רשמיים במשפט המדינה, ואינם ממומנים על ידי המדינה. מצד אחר, בכל האמור לאלימות פיזית ממשית הייתה פסיקת בתי המשפט פולשנית יותר. הנה, בפסיקה שעניינה ענישה פיזית נגד ילדים, הייתה דעתו של בית המשפט שלילית ביותר והיא פסלה

בפציפזים. האולטרא אורתודוכסיה היהודית, ברובה הגדול, ההינדואיזם, ברובו, האמיש וקהילות נוצריות אחרות, הן פציפיסטיות בגלל (ולא למרות) שיקולים דתיים.

ברור כי כאשר מתקיימת אלימות פיזית בקהילה על המדינה להתערב, באופן אלקטיבי וממוקד, בגורמי האלימות. המדינה חייבת להתמודד עם האלימות הקהילתית תוך שהיא מכבדת את האוטונומיה הקהילתית התרבותית, עד כמה שניתן. נכון פסקו בתי משפט פדרליים בארה"ב כי הכנסייה לא תוכל להתגונן בפני האשמות על התעללות מינית בילדים בטענה כי חקירות משטרה נגד אישי כנסיה בכירים מנוגדות לתיקון הראשון, שעניינו- חופש דת. עם זאת, בתפיסות ליברליות יש הגזמה רבה בטענה כאילו פונדמנטליזם דתי מוביל בהכרח לאלימות.<sup>93</sup> פרשת בקבוקוני השמן מלמדת כי פעמים המדינה, ולא קהילת המיעוט, היא האלימה תרבותית. חובת המדינה היא להגן על קהילת המיעוט לא רק כאשר זו עוסקת בענייניה שלה, כמו בפרשת Yoder,<sup>94</sup> אלא גם כאשר קהילת המיעוט רוצה להשתתף באמצעות תרבותה שלה בעיצוב פניה של המדינה.

---

אלימות נגד ילדים בקהילות מיעוט דתיות בצורה גורפת למדי. עם זאת, בג"ץ השאיר מרחב מחייה, וטוב שכך פסק, לענישה פיזית קלה מאוד, שיש בה טעם חינוכי בלבד ואין בה משום התעללות. ע"פ 4596/98 פלונית נ' מ"י פ"ד נד(1) 145.

אני סבור כי בתי המשפט של המדינה חייבים להכיר בכך שאלימות קלה בעיני קהילה אחת, תיחשב צעד חינוכי ולכן תקף בעיני קהילה שנייה. כל עוד אין מדובר בגרימת נזק פיזי או נפשי קשה, אין הצדקה כי משפט המדינה הליברלי יתערב בחייה של קהילת המיעוט הדתית הלא ליברלית. לתפיסה דומה, ראו מ' מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה - על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז (תשנ"ט) 67 – 68.

<sup>93</sup> ראו למשל ד' רבינוביץ "המסע המפותל להצלת נשים חומות" תיאוריה וביקורת 7 (1995) 5; ר' שמיר "חברה, יהדות ופונדמנטליזם דמוקרטי - על מקורותיה של הפרשנות השיפוטית" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 699.

<sup>94</sup> *Wisconsin V. Yoder* 406 U.S. 205 (1972)

במקרה זה התבקש בית המשפט הפדרלי להכיר בזכותם של בני הכת האמיש, שלא לשלוח את ילדיהם לבית הספר לאחר גיל 14. זה כנגד זה עמדו המשפט הפדרלי לעומת המשפט הדתי הקהילתי. בית המשפט החליט לתת תוקף למשפט הדתי הקהילתי, בהדגישו כי בעשותו כך הוא מודע לעובדה כי בני הכת עלולים לסבול מתת-השכלה, שלא תאפשר להם להתחרות בשוק

כמובן כי קיימים מצבים בהם המיעוט הדתי כופה עצמו על הרוב. דוגמאות טובות בישראל הן התנגדויות המיעוט החרדי לנישואים אזרחיים, לחברותן של נשים בכלל ונשים רפורמיות במיוחד במועצות דתיות, ליבוא בשר לא כשר ולגיורים רפורמיים. בכל המקרים האלה הקהילה החרדית מכתובה וכופה אורח חיים באמצעות עמדה מונופוליסטית במסגרת הסדרים רפובליקניים ותוך פלישה לגבולות של קהילות דתיות אחרות, כגון הרפורמים, והאוכלוסייה החילונית. עקב אי-הפרדה בין הדת האורתודוקסית לבין המדינה ופיצול המערכת המפלגתית החילונית במיוחד מאז 1981, הגיעו המפלגות החרדיות לעוצמה פוליטית חסרת תקדים בשנות התשעים.

עקב עוצמת הווטו הפוליטית שלהן הן מנעו עיגון חוקי של נישואים אזרחיים ועיגון סטטוטורי של גיורים רפורמיים בישראל או ביטלו החלטות בג"ץ באמצעות חקיקה בכנסת, כפי שנעשה על ידי תיקון לחוק יסוד: חופש העיסוק כדי למנוע יבוא בשר לא כשר ולבטל בכך את תוצאות הפסיקה בפרשת מיטראל.<sup>95</sup> עוצמת הווטו של המפלגות החרדיות הביאה לסיכולים ביורוקרטיים של החלטות בג"ץ. לדוגמא, בתגובה לפסיקת בג"ץ בעניינה של גב' ענת הופמן והחלטתו של בית המשפט לחייב את המועצה הדתית בירושלים לאפשר את חברותה במועצה, הורה שר הפנים דאז, אליהו סוויסה, בהוראה פנימית במשרדו, על אי-כינוס המועצה הדתית למרות הפסיקה המפורשת של בג"ץ.<sup>96</sup> עמדת ווטו כזו של הציבור החרדי היא בניגוד ברור לעקרונות של רב-תרבויות קהילתית, שכן אין במיצוייה של עמדת ווטו כאמור חתירה לשוויון אלא כפייה על קהילות אחרות, לא חרדיות ובמיוחד חילוניות, שלא לנהוג על פי אמונתן שלהן.

---

העבודה. הרציונל שהנחה את בית המשפט היה כי בהכירו באוטונומיה הקהילתית, לעניין זה, אין פסיקתו של בית המשפט פוגעת במי שאינם חברים בקהילת האמיש. לעומת זאת, דרישתה של הקהילה עצמה מעוגנת בתרבותה, ומכאן ההצדקה לה. בית המשפט העדיף לכבד את גבולותיה של הקהילה הדתית פונדמנטליסטית, שכן לא היה בכך משום פגיעה באחרים, מחוצה לה. למאמר חשוב בעניין זה, ראו:

A. Sarat & R. Berkowitz "Disorderly Differences - Recognition, Accommodation, and American Law" 6 Yale J.L. & Human. (1994) 285.

<sup>95</sup> בג"צ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל פ"ד (5) 15.

<sup>96</sup> ראו: Barzilai, *supra* note 9, at pp. 209-278.

במצבים אלה של כפייה חיצונית, בהם הקהילה החרדית אינה משמרת את האוטונומיה התרבותית שלה, אלא כופה עצמה, מוצדקת הייתה התערבותו של בג"ץ, שכן אי-התערבותו במצבי כפייה עלולה לפגוע חמורות ברב-תרבותיות. אי התערבות, כאמור, של משפט המדינה במצבים אלה של כפייה מאפשרת לקהילה אחת (קהילת המיעוט) להתערב בגבולן התרבותי של קהילות אחרות (קהילות מיעוט או קהילות רוב) ולהכתיב להן אורח חיים הזר להן. למטה מזה ברור, לכן, כי אי-הפרדת דת ממדינה היא למעשה בומרנג פוליטי, שסופו כי יפגע ברב-תרבותיות ובנכונות הציבור החילוני לשמר ולכבד את התרבות האורתודוקסית והאולטרא-אורתודוקסית הקהילתית בישראל ויש באי-הפרדה כזו כדי לעודד את משפט המדינה להתערב בפרקטיקות של קהילת המיעוט הפונדמנטליסטית. במסגרת כזו של אי-הפרדה בין דת למדינה ניתן להצדיק משפטית ותיאורטית את התערבות המדינה במצבי כפייה חיצונית אך התערבות כאמור אינה מוצדקת במקרה של חלוקת הבקבוקונים, שכן פרשת בקבוקוני השמן אינה מהווה מצב של כפייה חיצונית, כאמור. חלוקת הבקבוקונים הייתה מיועדת לבנות ובני הקהילה בלבד, אשר ברצותם לקחו את הבקבוקונים וברצותם נמנו מלקחתם. בוודאי כי השימוש בבקבוקונים לא היה בגדר שימוש שיש עמו כפייה כלשהי על קהילות וקבוצות או יחידים עם זהויות ואמונות אחרות.

#### **ד. דברי סיכום**

מאמר זה אינו מגולל רק בעיות ישראליות בנות זמננו. המפגש המרתק, המסוכסך, ולרוע הדברים, פעמים גם מפגש אלים מאוד, בין תפיסות שונות של קיום חברתי, של היחס בין האדם לאלוקות, של זהויות, של מודרניות ורציונליות, של חופש בחירה ובחירות לא זכה עד כה לתשומת הלב הראויה בספרות המשפטית והחברתית-פוליטית. מפגש מסוג זה זכה לתשומת לב ציבורית חלקית ומעוותת לאחר פיגוע הטרור הראוותני במגדלי התאומים, ב-11.9.2001. רב-תרבותיות אינה רק ואינה בעיקר מפגש בין תרבויות אלימות ללא אלימות, ובין 'טוב' ל'רע'.<sup>97</sup> רב-תרבותיות

<sup>97</sup> ראו למשל מבט אלטרנטיבי לדעה הרווחת כאילו הלקח המרכזי מאירועי מגדלי התאומים הוא

'מלחמת ציוויליזציות' ס' זיז'יק **ברוכים הבאים למדבר של הממשי - חמש מסות על ה-11**

**בספטמבר ואירועים סמוכים** (תרגום: ר' מרקס, 2002) 41, 41 - 52.



היא מפגש מכוון בין מסגרות הכרתיות, חברתיות, תרבותיות, כלכליות ופוליטיות שונות ומנוגדות. המשפט- על מגווני מרחביו והטכסטים שלו- בהיותו בסיס נורמטיבי למדינה ולקהילות מיעוטים הוא זירת התגוששות מרכזית לעיצוב גבולות הרב תרבותיות ותוך כדי כך לעיצוב רב- ממדי של מרחבים משפטיים המקיימים, המאיימים, המקדמים, ההורסים והמשנים את הגבולות בין הפרט, הקהילות והמדינה.

הטרגיות של המפגש הוולקני הזה, ובמרכזו המאבק על הגבולות בין קהילות דתיות אולטרא- אורתודוקסיות לבין מודרניות אסרטיבית, קפיטליסטית, ליברלית, מונחית ארה"ב, בולטת במיוחד על רקע אירועי פוסט-מגדלי התאומים. לאחר פיגוע התאומים היטשטשו בשיח הציבורי והאקדמאי הבדלים עקרוניים בין דת לבין אלימות שנימוקה דתיים, בין פונדמנטליזם כשימור של קנונים אנושיים לבין קיצוניות ויאוש הנובעים בין השאר מליברליזם קפיטליסטי מואץ. אי הוודאות בעולם חדש, אך מסוכן ביותר, גובה את קורבנותיה. לכן, רב- תרבותיות אינו מושג נתון, אלא הוא לכשעצמו ביטוי לתהליכים וליצירתם. מושג זה עלול להיות מס שפתיים של ליברליזם אטומיסטי, רכושני ואגואיסטי או מסווה קהילתני דווקא לאפליה נגד קבוצות, שלכאורה לא ראויות להיות במסגרתה של רב- תרבותיות.<sup>98</sup> מאמר זה הראה כי חידוד ועיצוב יחסי הגומלין בין קהילות מיעוט דתיות, לא ליברליות, לבין תפיסות מודרניות, שכלתניות וחילוניות של זכויות פרט אינם רק אתגר קריטי לדמוקרטיה אלא גם פרויקט קשה ומורכב, אך אפשרי.

פנטזיות ליברליות בדבר מושלמותן של זכויות פרט, כאמצעי להבטיח חירות דמוקרטית, מתעלמות מן העובדה כי קהילות מיעוט הכרחיות לזהותנו וכי לדת יש תפקיד ציבורי חשוב בדמוקרטיה. פונדמנטליזם דתי אינו טרור, ובעולם בו הריבונות הלאומית מוגדרת למעשה מחדש, לדת הן ברמות הלוקליות-קהילתיות, הן ברמת המדינה, והן כישות של אמונה ופרקטיקות טרנס לאומיות, עשויה להיות חשיבות עצומה כמסגרת נורמטיבית ופרקטית לכינון זכויות אדם. ציפיות הברמסיאניות לכינון מרחב תקשורת, שמניח את קיומה של פרוצדורה דמוקרטית

---

<sup>98</sup> לביקורת חשובה המלמדת כי נימוקים של 'רב- תרבותיות' שימשו גם כאמצעי להפליית

קבוצות מהגרים, ראו:

A. Spektorowski "Right Wing Multiculturalism - Ethno-Regionalism and the New Discourse of Political Exclusionism" (*Forthcoming*).

נייטרליסטית, התעלמו במידה רבה, עד כה, מן האתגר של חידוד הדילמות הנגזרות ממפגש בין ליברליזם לבין פונדמנטליזם דתי-קהילתי. רדוקציוניזם מרכזי, שמתמקד רק ביכולות הישרדות כלכליות של מעמדות מקופחים, אינו מחשיב דיו את העוצמה המהותית בתרבויות קהילתיות ובודת לא רק כתופעות-על (Epiphenomena) כי אם כמקורות מכוננים, משמרים ומקדמים של צרכים חברתיים.<sup>99</sup> כל זוויות הראייה האלו רחוקות מלתת תשובה למפגש המרתק בין החוויה הדתית-קהילתית לבין החוויה החילונית הלאומית, בין המיעוט לרוב, בין טכסטים של שכלתנות פרטנית מערבית לבין פולקלור קיבוצי מזרחי, בין פורמליזם לרגש, בעידן בו משמעויותיה של הגלובליזציה הליברלית נראות ברורות עוד הרבה פחות מאשר עם סיום המלחמה הקרה בסוף שנות השמונים של המאה הקודמת.

בעוד חשיבה רווחת היא, כיום, כי בפנינו מתגשמת נבואת הזעם של מאבקי ציוויליזציות, מאמר זה מתמקד דווקא בהיבטים אלטרנטיביים חשובים במשפט כצומת למפגשי תרבויות של קהילות. אני מציע לכונן מארג של זכויות אדם ויחסים חברתיים על בסיס עקרונות של יחסיות תרבותית, שמאפשרת הכללה ולא הדרה דווקא של קהילות מיעוט המקדשות בטכסטים דתיים אורחות חיים מסורתיים.

הביקורת וההבניה המוצעות במאמר זה יובילו למשפט ולפוליטיקה, שבהם 'האחר' אינו מונופוליסטי אך גם אינו נרדף בשל שונותו. כמובן כי המיעוט אינו צריך להיות בעמדת ווטו ביחס לרוב, באופן שאינו מאפשר לרוב שלטון דמוקרטי. אך משטר פוליטי דמוקרטי חייב לאפשר למיעוט הגנה מלאה—במידה רבה על ידי זכויות קיבוציות הניתנות לקהילה--- ואת מלוא האפשרות לעשות שימוש בתרבותו של המיעוט, כולל זו הדתית פונדמנטליסטית, כדי לנסות ולהשפיע על אופייה של המדינה. ללא התמקדות בגבולות תרבותיים, ממילא גם פוליטיים, כלכליים, וחברתיים, לא נשכיל להבין את עוצמות הקונפליקטים והדילמות הנוצרות כתולדה של המפגש בין החוויה הליברלית לבין החוויה הדתית הפונדמנטליסטית. כפי שמאמר זה מלמד,

---

<sup>99</sup> למאמר מרתק המנסה ליישב בין דאגה ליכולות כלכליות של מיעוטים לבין אינטרסים תרבותיים, ראו ז' ברונר ויי פלד "על אוטונומיה, יכולות ודמוקרטיה - ביקורת הרב-תרבותיות הליברלית" **רב תרבויות במדינה דמוקרטית ויהודית - ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל** (מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, תשנ"ח) 107.

הגיונות היסוד של ליברליזם על גווניו, אינם יכולים להיענות לאתגר זה של רב-תרבותיות, בקונטקסט בו דן המאמר.

הבעיות המוצגות במאמר זה, והפתרונות המוצעים להן, אינן מתיימרות להיות סוף פסוק. יש בהן לאפשר מצע ברור יותר לדיונים נוקבים על המפגש בין אמונות ומסורות שונות, טכסטים משפטיים מנוגדים, פרקטיקות סותרות, מדינה לעומת לוקליות, ומערב לעומת מזרח. הרמוניה היא מיתוס, ואין אמצעי טוב יותר לראות בעיות מעבר למיתוס של הרמוניה מאשר ניתוח הקונפליקטים במסגרת ומחוץ לקהילות מיעוטים. קהילות מיעוטים על שונותן, מרכיבי העוצמה, הדיכוי והחופש שבהן, קדמו היסטורית לעידן המדינות, ויתכן כי הן ישרדו הרבה לאחריו של עידן זה. במפגש בין הקהילות הללו ואחרות טמון איום (העלול להגשים את עצמו) של הרס. אך בעיקר טמון בצומת זה של רב-תרבותיות פוטנציאל אדיר של שחרור מכבליהן של דעות קדומות והעצמתן של אלטרנטיבות חשיבה היכולות להסתופף זו בצד זו, ולחיות בפיוס זו עם זו, בקשת מגוונת ומעוררת אתגר של חיים אנושיים, שבהם ההבדלים בין שחור ללבן וצבעי קשת אחרים, נתונים תמיד להתדיינות לגיטימיות.