

## פגיעה ברגשות וטובת הכלל

בעקבות בג"צ מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות\*

### אסא כשר\*\*

החברה העותרת פנתה פעמים רבות אל הרשויות המוסמכות בבקשה להתיר לה לייבא לישראל בשר קפוא. כל פניותיה נענו בשלילה. בעבר התבססו ההחלטות על מדיניות שעל-פיה, מטעמים של חיוניות המצרך והצורך בהחזקת מלאי חירום ממנו, יבוא הבשר רוכז בידי הממשלה. למעשה, הממשלה נוהגת לייבא בשר כשר בלבד. לימים נשתנתה מדיניות זו ואומצה עמדה חדשה, שעל-פיה יש להביא להפרטה של יבוא הבשר. ואולם, משסברו הרשויות המוסמכות כי לא יוכלו להתנות מתן רשיונות יבוא לגופים פרטיים בייבוא בשר כשר בלבד, הוחלט לעכב את ביצוע המדיניות החדשה עד שהעניין יוסדר בחוק. בתשובה לעתירה שהוגשה כנגד החלטה זו ציינו הרשויות כי הן עומדות על מדיניות ההפרטה, אך הן מבקשות לדחות את יישומה עד שהכנסת תקבל חוק שיאפשר להתנות מתן רשיונות יבוא בייבוא בשר כשר בלבד. הגבלת היבוא לבשר כשר דרושה – כך נטען – כדי למנוע פגיעה ברגשותיו של הציבור הדתי, וכן כדי לקיים הסכם קואליציוני שבו התחייב ראש הממשלה לפעול למניעת יבוא של בשר לא כשר. בקבלו את העתירה פסק בית-המשפט העליון, בין השאר, כי בהעדר הסמכה בחוק אסור לרשות המוסמכת לשקול שיקולים הבאים למנוע פגיעה ברגשות דתיים, זולת אם הפגיעה ברגשות אלה ברורה ומוכחת, ולא צפוי נזק משמעותי לחלק החילוני של הציבור בעקבות הצעד אשר נועד למנוע את הפגיעה בחלק הדתי שלו. בהסכם קואליציוני אין כדי להתיר שיקולים שהיו אסורים בלעדי ההסכם. כל עוד לא שינתה הכנסת את החוק – שינוי הזקוק לרוב מיוחד, בהתאם לאמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק – על הרשויות המוסמכות לפעול על יסוד הדין הקיים. [המערכת]

\* בג"צ 3872/93 מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות מר יצחק רבין ואח', ניתן ביום 22.10.92 (סרם פורסם; להלן, עניין מישראל).  
\*\* פרופסור מן המניין לפילוסופיה, הקתדרה לאתיקה מקצועית ופילוסופיה של הפרקטיקה על-שם לאורה שוורץ-קיפ, אוניברסיטת תל-אביב.

א. מבוא. ב. פגיעה ברגשות. ג. פגיעה ברגשות דתיים: זכויות האזרח.  
ד. פגיעה ברגשות: מדינה יהודית ודמוקרטית. ה. צביון החברה וטובת הכלל.

### א. מבוא

פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין מיטראל מתבסס על עקרונות אחדים. העקרונות הם כה יסודיים וכלליים עד שיש בהם עניין לא רק מנקודת-המבט הגורמטיבית של הדין, זו שמשפטים רגילים בה, אלא גם מנקודת-המבט הגורמטיבית של הצדק, זו שפילוסופים אמונים עליה. רשימה זו נכתבת מנקודת-המבט של עקרונות הצדק האמורים לעמוד ביסוד של המשטר הדמוקרטי, שעה שהוא מתפרש כמסגרת הוגנת לקיום השותפות האזרחית.<sup>1</sup>

### ב. פגיעה ברגשות

בליבו של עניין מיטראל עומדות טענות בדבר מה שמתואר כ"פגיעה ברגשות דתיים". כדי שנוכל לברר היטב את סיבה המוסרי של טענה בדבר פגיעה כלשהי, צריך להיות לפנינו תיאור ברור של הפגיעה האמורה, על מרכיביה השונים: מי הנפגע, מי הפוגע ומהי הפגיעה. נקדים איפוא ברור מהותו של מה שמתואר כ"פגיעה ברגשות" כלשהם או כ"פגיעה ברגשות דתיים" לבירור מעמדן המוסרי של טענות בדבר מעשים המתוארים כ"פגיעה ברגשות" כאלה או אחרים.

הנפגע. הביטוי הרווח, המופיע גם בפסק-הדין שלפנינו, "פגיעה ברגשותיו של הציבור הדתי", אינו כה תמים כפי שהוא שגור. אפילו אם נעלים עין מן העמימות הבעייתית של הביטוי "הציבור הדתי", עדיין תשאלנה השאלות: מה פירוש "רגשותיו של ציבור" כלשהו? כיצד מזהים על בוריים את מה שמכנים כ"רגשותיו של הציבור"? מה פירוש "פגיעה ברגשותיו של ציבור" זה או אחר? וכיצד מזהים פגיעה כזאת במידה הדרושה לשם ביסוס טענות נורמטיביות כלשהן?

ביטויים המייחסים לציבור שלם היבט של חיי היחיד אינם נדירים: "יורא העם כי בושש משה לרדת", בלשון התורה, "ואחר כך באו בניך... וקבעו שמונת ימי חנוכה אלו", בלשון סידור התפילה, ו"העם החליט", בלשון ימינו. אולם ככל שהביטויים הללו רווחים, כך אין משמעותם מחוורת: האם "יורא העם" פירושו שראה כל אחד ואחד מבני העם? האם "באו בניך וקבעו" פירושו שקבעו אחדים מבניך ומה שקבעו התקבל על דעת האחרים? האם "העם החליט" פירושו שהחליט כל אחד מתוך רוב העם?

1. Rawls, A Theory of Justice, (Cambridge, 1971); Rawls, Political Liberalism (Cambridge, 1993); Dworkin, Ronald, Law's Empire (Cambridge, 1986).

כדי לעקוף את הבעיות הסבוכות של פרשנות הביטויים הללו, נניח שהביטוי "פגיעה ברגשותיו של הציבור הדתי" מתפרש כמו הביטוי "פגיעה ברגשותיו של אדם דתי אופייני". הנפגע בדיון שלנו יהיה איפוא אדם יחיד, ומה שיעמוד על הפרק יהיה טענות בדבר פגיעה ברגשותיו של אדם יחיד. עם זאת, האדם שנתאר לעצמנו לשם הדיון לא יהיה בגדר יחיד ומיוחד, יוצא-דופן בתוכן רגשותיו או במידת רגישותו, אלא מי שכמוהו כרבים אחרים באותו ציבור, בכל הנוגע לרגשותיו הדתיים.

**הפוגע.** גם זהותו של זה אינה נהירה בעניין שלפנינו כפי שנדמה במבט ראשון. אם הפגיעה שמדובר בה היא זו שלדעת המשיבים "עלולה להגרם בעקבות פתיחת השער ליבוא רחב של בשר בלתי כשר ארצה", בלשון פסק-הדין, הרי "פתיחת השער" אינה אלא זו שבעקבותיה עלולה להיגרם הפגיעה, והיינו, לכאורה, "יבוא רחב של בשר בלתי כשר ארצה". אלא שלא ייתכן, כי "יבוא רחב" כזה יהיה הוא עצמו אותה הפגיעה הישירה, אם אין הוא יבוא רחב המוליד שיווק רחב, המוליד צריכה רחבה של בשר בלתי כשר. העניין הדתי השלילי בבשר לא כשר יכול להשתרע עד אותה "פתיחת שער" בידי הממשלה, אבל ראשיתו ועיקרו באיסור הדתי על אכילת בשר כזה.

הפוגע ברגשותיו של אותו אדם דתי אופייני אינו איפוא הממשלה, "הפותרת שער", או החברה, האחראית הישירה ל"יבוא רחב", גם לא רשת השיווק, המתווכת בין היבואן לבין הצרכן, אלא הצרכן עצמו, יהודי הנזקק לבשר לא כשר על שולחנו.

**הפגיעה.** אם "הפוגע" הוא יהודי כלשהו, שעה שהוא אוכל בשר לא כשר, ואם "הנפגע ברגשותיו" הוא יהודי דתי אופייני, הרי כדי שתהיה לפנינו פגיעה של ממש, שהפוגע מעולל לנפגע, עלינו למצוא לפנינו שרשרת סיבתית ברורה, שבקצה האחד שלה הפוגע מחולל אותה או לפחות תורם באופן ניכר להיווצרותה, ובקצה האחר שלה הנפגע סובל מתוצאותיה הטבעיות.

היכן היא השרשרת הסיבתית הדרושה? מה קושר בחוליות סיבתיות את מעשהו של "הפוגע", המגיש אל פיו בשר בלתי כשר, בצנעת ביתו, אל רגשותיו הפגועים של "הנפגע", בביתו שלו, בסוד בני קהילתו או בעיבורה של עירו? הרעת נותנת שאין כלל חוליות סיבתיות שכאלה ואין כלל שרשרת סיבתית שכזאת. בסיפור הרגשות הפגועים של "הנפגע", מה שמחולל אותם אינו מעשה מסוים של טעודה בלתי כשרה, אלא הופעתה בתודעתו של "הנפגע", של הטענה העובדתית כי מעשים כאלה, של טעודות לא כשרות הם בנמצא בין היהודים.

מה חלקו של "הפוגע" בהופעה כזו של אותה טענה עובדתית? אמנם ייתכן שאדם יסרח להוציא לעצמו שם כזה או אחר, לפי טעמו. לכן, ייתכן שאדם יתן מהלכים לטענה העובדתית כי הוא נזקק לבשר בלתי כשר. אולם, בדרך כלל, אין הבריות טורחים לפרסם ברבים את פרטיה של שגרת התפריט שלהם. נמצא איפוא, שאין "הפוגע" נושא באחריות להופעתה של טענה עובדתית בדבר מזונותיו בתודעתו של "הנפגע".

לפיכך, יחס "הפגיעה" בין "הפוגע" לבין "הנפגע" בעניין שלפנינו אינו יחס הפגיעה הרגיל, כגון זה שבין השודד לבין הנשדד, אלא היחס המיוחד הבא:

1. טענה עובדתית מופיעה בתודעתו של אדם דתי;
2. משעה שטענה עובדתית זו הופיעה בתודעתו, נפגעו רגשותיו והריהו "הנפגע";

3. לפי הטענה העובדתית, יש יהודים הנוקקים לבשר בלתי כשר;  
 4. פלוני הוא יהודי הנוקק לבשר בלתי כשר והריהו "הפוגע"; וכמו כן;  
 5. למרות שפלוני, "הפוגע", מאמת באכילת בשר בלתי כשר את הטענה העובדתית, כי יש יהודים הנוקקים לבשר בלתי כשר, אין זו טענה עובדתית אודותיו;  
 6. למרות שפלוני, "הפוגע", מאמת באכילת בשר בלתי כשר את הטענה העובדתית, כי יש יהודים הנוקקים לבשר בלתי כשר, אין הוא אחראי להופעתה של טענה עובדתית זו בתודעתו של "הנפגע".

במוקד "הפגיעה" עומדת, אם כן, טענה עובדתית. כיוון ש"הפוגע" עושה מה שהוא עושה, טענה עובדתית זו היא אמיתית. שעה שטענה עובדתית זו מופיעה בתודעתו של אדם דתי אופייני, רגשותיו נפגעים והוא "הנפגע". עד כמה תהיה מוצדקת קובלנה של "הנפגע" כנגד "הפוגע", בדבר "פגיעה" שכזו, עוד נברר להלן, אולם כבר עתה ניכר ב"פגיעה" שלפנינו שאינה מקבילה לפגיעה במתכונת הרווחת.

**הפגיעה ברגשות.** המשמעות הכוללת של הביטוי "פגיעה ברגשות" נראית לנו מובנת מאליה ותמימה. אדם שילעג ליצירה מעשה ידיו של זולתו, בנוכחותו, עלול לפגוע בכך ברגשותיו. אדם שידבר בגנות אופיו של ילד, בנוכחות הוריו, עלול לפגוע בכך ברגשותיהם. הפוגע ברגשותיו של הזולת מסב לו הרגשה רעה, מעין עלבון, מעין כאב. לאמיתו של דבר, הביטוי "פגיעה ברגשות" מוזמן אתנו לחשוב על המצב המתואר באמצעות תמונה מופקפת שלו. פגיעה של ממש בבריאותו של הזולת כרוכה בהסבת נזק ניכר לבריאותו, פגיעה ברכושו של הזולת כרוכה בהקטנת הערך של רכושו, פגיעה בחירותו של הזולת לעשות כרצונו מקטינה את השפעת רצונו על מעשיו, ומצמצמת את הביטוי המעשי של חירותו. בכל אחת מן הפגיעות הללו הזולת מצטייר כמי שיש לו דבר-מה (בריאות, רכוש, חירות) הניזוק בידי הפוגע. פגיעה ברגשות אינה מצטיירת כך היטב. פגיעה ברגשות אינה כרוכה בהסבת נזק לרגשות, אינה מקטינה את ערכם של הרגשות או מצמצמת את הביטוי המעשי שלהם. אדרבה, פגיעה ברגשות דתיים לא זו בלבד שאינה כרוכה בהסבת נזק לרגשות הדתיים של הנפגע, היא אף עשויה להעמיק אותם: לא זו בלבד שאינה מקטינה את ערכם, ייתכן שהיא מגדילה אותם, ובוודאי שאין היא מצמצמת את הביטוי שלהם, אלא מרחיבה אותם. דיון בסוגיה כלשהי של "פגיעה ברגשות" ראוי איפוא שלא יתנהל על רקע תמונה מטעה של רגשות האדם, כאילו הם דומים לבריאותו, לרכושו או לחירותו ופגיעים כמותם. במקום התמונה המשדלת של "פגיעה ברגשות", מוטב שתעמוד תמונה של יצירת הרגשה לא רצויה.

**פגיעה ברגשות דתיים:** פגיעה ברגשות הדתיים של אדם היא הסבת הרגשה רעה, מעין כאב נפשי, על רקע דתי. אדם דתי יכול להחזיק בדעה, כי ההלכה מחייבת את כל היהודים ולא רק את הדתיים שביניהם, מבלי שתתעורר בו הרגשה רעה למראה יהודים שאינם נוהגים בהתאם להלכה. עם זאת, אין זה מן הנמנע שיהיה אדם דתי, שמראה יהודי האוכל בשר בלתי כשר יסב לו הרגשה רעה. ואף אין זה מן הנמנע שיהיה אדם דתי שיחוש מעין כאב נפשי, שעה שישווה בנפשו את הטענה העובדתית כי ישנם יהודים האוכלים בשר בלתי כשר, ביודעו כי היא אמיתית. אינני יודע עד כמה רווחת הנטייה לחוש מעין כאב נפשי כזה, אולם אינני רואה טעם לכפור בקיומה. "הנפגע" בסוגיה שלפנינו יהיה

אדם דתי אופייני, שכזו היא נטייתו הנפשית, לחוש מעין כאב, שעה שהוא נזכר בעובדה, כי ישנם יהודים האוכלים בשר בלתי כשר.

כאמור, במוקד "הפגיעה", אותה הרגשה לא רצויה, מעין כאב נפשי על רקע דתי, עומדת טענה עובדתית בדבר תופעה כזו או אחרת בהתנהגותם של יהודים שאינם דתיים. טענה עובדתית זו היא אמיתית, כפי שעולה, לדוגמה, מכך ש"הפוגע" עושה מה שהוא עושה. שעה שטענה עובדתית זו מופיעה בתודעתו של אדם דתי אופייני, כטענה אמיתית, נוצרת בו הרגשה רעה, בדומה להרגשת כאב, והוא "הנפגע".

### ג. פגיעה ברגשות דתיים: זכויות האזרח

על רקע הבנה זו של טענות בדבר "פגיעה ברגשות דתיים", נעסוק בשאלות המרכזיות שטענות כאלה כרוכות בהן, ברובד הבסיסי של עקרונות הצדק שביסוד כל משטר דמוקרטי הראוי לשמו.

השאלה הראשונה העולה על הפרק היא, האם ההסדרים הרצויים בתחום הזכויות הבסיסיות של האזרחים נותנים מקום לשיקולים של הגנה מפני "פגיעה ברגשות דתיים"? עוד לפני שנכנסים לעוביה של קורה זו, ברור כי ההגינות, העומדת בליבם של עקרונות הצדק, אינה מאפשרת לתת מקום לשיקולים מיוחדים של הגנה מפני "פגיעה ברגשות דתיים" דווקא. בתחום הזכויות הבסיסיות של האזרחים לא יכול להיות הבדל בין מה שנעוץ בהשקפת-עולם אחת לבין מה שנעוץ בהשקפת-עולם אחרת, בין מה שמתבקש או מתחייב על פי אורח-החיים של אורתודוקסיה דתית לבין מה שמתבקש או מתחייב על-פי אורח-חיים של הומניזם חילוני, בין רגשות של מעין כאב נפשי על רקע צמחוני או אחר. הווה אומר, יש מקום לשיקולים של הגנה מפני "פגיעה ברגשות דתיים" אך ורק אם יש מקום לשיקולים של הגנה מפני "פגיעה ברגשות" על רקע השקפה, טעם או אורח-חיים כלשהם. נשאלת איפוא השאלה, האם ההסדרים הרצויים בתחום הזכויות הבסיסיות של האזרחים נותנים מקום לשיקולים של הגנה מפני "פגיעה ברגשות" כלשהם?

לכאורה, עדיף מצב שבו אין לאדם הרגשה של "פגוע" על פני מצב שבו יש לאדם הרגשה כזאת, כל עוד לדידו זוהי הרגשה רעה ולא רצויה. אכן, אילו היה ניתן להגן על האדם ולמנוע ממנו למצוא את עצמו במצבים המסבים לו הרגשה שאינה רצויה בעיניו, וודאי שמן הראוי היה לעשות זאת, כל עוד היה ניתן לעשות זאת מבלי לפגוע בזולתו. אם אכילת בשר כלשהו יוצרת באדם הרגשה רעה, מן הראוי להגן עליו מפניה על-ידי הכנה והספקה של מזון חלופי, כל עוד ניתן לעשות זאת מבלי לפגוע בזולתו. דא עקא, לעתים קרובות, ניתן להגן על אדם מפני מצבים כאלה, המסבים לו הרגשה שאינה רצויה בעיניו, רק על-ידי כך שמסבים לזולתו הרגשה רעה כזאת. אם המראה של אטליו ואפילו המראה של שלט ועליו התיבה "אטליו" יוצרים באדם הרגשה רעה, שאינה רצויה בעיניו, ניתן להגן עליו על-ידי סילוק האטליוזים מן העולם, אלא שבכך יוצרים הרגשה רעה אצל בעלי האטליוזים ואצל הנוקקים לשירותיהם.

השאלה הבאה העולה על הפרק היא איפוא, כיצד מיישבים באופן הוגן קונפליקטים כאלה בין אורת אחד, המבקש הגנה על עצמו מפני מצבים הגורמים לו הרגשה רעה, לבין אורת אחר המבקש גם הוא הגנה כזו על עצמו. אחד מעקרונות הצדק, האמורים להתממש במשטר דמוקרטי, קובע, בלשונו של Rawls:

Each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others.<sup>2</sup>

הווה אומר, אין הצדקה מוסרית להגבלה כלשהי של הזכויות הבסיסיות של האזרחים, אלא מתוך כורח להגביל זכות אחת כדי לאפשר לכל האזרחים ליהנות ממנה, כולם במידה שווה, או כדי לאפשר להם ליהנות מזכויות בסיסיות אחרות, כולם במידה שווה. לפיכך יש הצדקה מוסרית להטיל הגבלה על זכותו של אורת לפעול כרצונו, בנימוקים של הגנה על זולתו מפני הרגשה רעה, רק אם הגבלה כזו עומדת בשלוש דרישות:

- א. ההגנה על אדם מפני הרגשה רעה היא הגנה על חירותו בתחום בסיסי של חייו;
- ב. ההגבלה היא ממין ההכרח לשם הגנה זו: אין מנוס ממנה או משכמותה;
- ג. ההגבלה היא שוויונית.

כיוון שהגנה על זכות בסיסית באמצעות הטלת הגבלה על זכות בסיסית אחרת היא פגיעה בזכות אחת לשם הגנה על זכות אחרת, מן הראוי לדרוש מהגבלה זו שתעמוד גם בדרישה נוספת:

ד. ההגבלה אינה מוציאה את שכרה בהפסדה, כלומר, הפגיעה שהיא מונעת מן הזכות האחת, שעליה היא מגינה, ראויה להיחשב חמורה יותר מן הפגיעה שהיא מסיבה לזכות האחרת, שאותה היא מגבילה.

צירוף הדרישות הללו מוביל לכמה מסקנות מעשיות. ראשית, אין הצדקה מוסרית להטלת הגבלה על האזרחים בתחומים בסיסיים של חייהם, בנימוקים של פגיעה בעלמא ברגשות דתיים. דרישה ד מחייבת לבדוק, שמא פגיעתה של ההגבלה המוטלת חמורה מן הפגיעה הנמנעת ברגשות הדתיים האמורים. לדוגמה, אפשר להעלות על הדעת יהודים דתיים שיש להם הרגשה רעה שעה שהם מהרהרים בטענה העובדתית הנכונה, כי יש יהודים כוהנים הנשואים ליהודיות גרושות. מגבלה על נישואי כוהן וגרושה תוכל לחסן אותם יהודים דתיים מפני אותה הרגשה רעה, אלא שנקל להבין כי שכרה יצא בהפסדה: גדולה תהיה פגיעתה של מגבלה זו בבני-הזוג מאשר הפגיעה שמגבלה זו נועדה למנוע מאותם יהודים דתיים. גדולה הפגיעה הנגרמת מן הפגיעה הנמנעת, מפני שהחלטה של אדם להקים משפחה עם בן-זוג זה ולא אחר, חוקה עליה שהיא ממלאת בחייו מקום מרכזי יותר מן המקום שתופסת בתודעתו של יהודי דתי כלשהו הנורמה הדתית, האוסרת מראש

2. ראו Rawls (לעיל, הערה 1, 1971) 60.

ולא בדיעבד נישואי כוהן וגרושה. חוקה על כל אדם, שהשאלה עד כמה חייו שלו מבטאים את ערכיו ואת טעמו תהיה בעיניו שאלה מרכזית יותר משאלות בדבר היבט מסוים באורח-חייהם של זרים, לא מוכרים ואפילו לא מסוימים.

שנית, לפי דרישה ג, אין הצדקה מוסרית להטלת הגבלה על האזרחים בתחומים בסיסיים של חייהם, בנימוקים של הגנה על אנשים דתיים מפני הרגשה רעה הנוצרת בהם בנסיבות מסוג מסוים, על רקע הערכים הדתיים שלהם, אלא אם כן מוטלת מגבלה כללית, על כל האזרחים בתחומים בסיסיים של חייהם, בנימוקים של הגנה על כל אזרח מפני הרגשה רעה הנוצרת בו בנסיבות מאותו סוג, על רקע הערכים שלו. לדוגמה, מגבלה על השימוש בבעלי-חיים מסוימים למאכל. על רקע השקפה דתית שיש בה נורמה האוסרת על אכילת בשרם של בעלי-חיים אלה, לא תוכל להיות מוצדקת באופן מוסרי, אם לא תהיה נגזרת ממגבלה כללית שתיגזר ממנה גם המגבלה על השימוש בבעלי-חיים מסוימים בטקס "הכפרות" של ערב יום הכיפורים, על רקע השקפה צמחונית שיש בה נורמה האוסרת על פגיעה לרעה בבעלי-חיים שאינם מזיקים.

שלישית, הצירוף של דרישות ג וד מוביל אותנו למסקנה, כי לא תיתכן הצדקה מוסרית להטלת מגבלה מטעמים של הגנה על אנשים דתיים מפני הרגשה רעה הנוצרת בהם על רקע אמונתם הדתית, בנסיבות המיוחדות של "הפגיעה ברגשות דתיים" במתכונת הרווחת. כלומר, כאשר במקור "הפגיעה" עומדת טענה עובדתית ושעה שטענה עובדתית זו מופיעה בתודעתו של אדם דתי אופייני, רגשותיו נפגעים והוא "הנפגע". זיקתו של "הפוגע" אל "הנפגע" היא עקיפה ולא-סיבתית. כיוון ש"הפוגע" עושה מה שהוא עושה, הרי הוא אחד מאותם אנשים שמעשיהם הופכים את הטענה העובדתית האמורה לטענה אמיתית. כזכור, אין "הפוגע" עצמו אחראי לעצם הופעתה של הטענה העובדתית בתודעתו של "הנפגע". לא תיתכן הצדקה מוסרית להטלת מגבלה כזו בנסיבות הללו, כיוון שהטלת מגבלה כזו באופן שוויוני, על-פי דרישה ג, תגרום לפגיעות קשות מנשוא, ובוודאי פסולות, על-פי דרישה ד.

שהרי אילו ההרגשה הרעה הנגרמת לאדם כלשהו על רקע הערכים שהוא מחזיק בהם, שעה שהוא מהרהר בטענה עובדתית כלשהי, שהיא טענה בדבר תופעה אנושית כלשהי, היתה בה עילה מספקת להטלת איסור על כל פעולה שמתגלה בה אותה תופעה, כי אז היתה עילה כזו להטלת איסור על כל פעולה אנושית כמעט. רבים הם האידיאלים הממלאים את ליבותיהם של הבריות, ורבים הם הדואבים את ההכרה בקיומם של הפערים בין המציאות לבין האידיאלים שלהם. אילו חסנו על כולם, עד כדי הטלת איסורים שבכוחם לחסן את כל הבריות מפני כל מכאובי הלב של כל חסידי האידיאלים המותרים, כי אז דומה כי היינו עוצרים את העולם מלכת.

בכך נעוץ אחד מן הטעמים לשימוש בהבחנה בין רשות הרבים לבין רשות היחיד, הבחנה העומדת במרכזו של אחד מטיעוניו של השופט חשין בפסק-הדין שלפנינו. אין קושי לקיים שליטה שוויונית של כל אזרח ואזרח בדל"ת האמות של רשות היחיד שלו. בביתו שלו יכול כל אזרח לנהל את חייו, בינו לבין עצמו, כלבבו. לעומת זאת, שליטה ממשית ושוויונית של כל אזרח ואזרח בנעשה בפרהסיה תביא כליה על רעיון רשות הרבים. אין פרהסיה המסוגלת לעמוד באותה מידה בדרישותיו של כל אזרח ואזרח לחסן

אותו מפני הרגשה רעה העלולה להיגרם לו ברשות הרבים אם ייתקל בתופעה שאינה לרוחו.

בעניין מיטראל ניתן איפוא להסיק, כי לא ניתן להצדיק על בסיס עקרונות הצדק של המדינה הדמוקרטית, איסור על יבוא בשר בלתי כשר מטעמים של הגנה על אזרחים מפני פגיעה ברגשותיהם הדתיים, כפי שקובע גם פסק-הדין שלפנינו.

אם אין הצדקה מוסרית להטלת מגבלות בנסיבות המיוחדות של "הפגיעה ברגשות דתיים", במתכונת המנותחת לעיל, עדיין ייתכן כי יש הצדקה מוסרית להטלת מגבלות בנסיבות אחרות, שבהן עומדת על הפרק גרימה של הרגשה רעה על רקע של הנאמנות לערכים מסוימים.

נסיבות שיש בהן הסכמה כללית, כי אדם אחד נושא בהן באחריות ישירה לגרימתה של הרגשה רעה באדם אחר, על רקע ערכיו של זה, הן נסיבות שלגביהן יש מקום לבדוק את האפשרות להטיל מגבלה מונעת, לא פחות משיש מקום לבדיקת אפשרות כזאת, כשהמדובר ב"קניינו של אדם", ב"כבודו", ב"צנעת חייו" או "בסוד שיחו", ככתבו וכרוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפי המסקנות שהגענו אליהן לעיל, כל הצעה להטיל בנסיבות אלה מגבלה מונעת, תהיה חייבת לעמוד בדרישות האמורות, בוד.

נקל לעמוד בדרישות הללו, כאשר המגבלה המונעת היא אפקטיבית ומרוסנת, מצד אחד, ואינה יוצרת פגיעה של ממש, מצד אחר, ובלבד שתהיה נגזרת מעיקרון כללי שוויוני להטלת מגבלות כאלה. לפיכך, מה שמתואר בפסק-הדין שלפנינו כ"התחשבות של רשות תמרור הקובעת הגבלות תנועה ברגשותם של באי בית כנסת"<sup>3</sup> יהיה מוצדק, רק אם לא זו בלבד שהמגבלה המונעת תעלים ממתפללי בית-הכנסת, במהלך תפילות השבת שלהם, פעולות שהם רואים בהן לפי השקפתם משום "חילול שבת", ותגן עליהם כך מפני גרימת הרגשה רעה מסוג מסוים; ולא זו בלבד שהמגבלה המונעת תהיה מרוסנת ותחול רק בקטע של הרחוב הסמוך ורק בשעות מסוימות; ולא זו בלבד שהמגבלה המונעת לא תגרום לאיש "נזק משמעותי", בלשון פסק-הדין שלפנינו; אלא שיתקיים במגבלה מונעת זו עקרון השוויוניות והיא תהיה בגדר נגזרת מסוימת של עיקרון כללי שוויוני להטלת מגבלות כאלה. אם מרכזים מובהקים של פעילויות לא-דתיות, כגון: צמחוניות או פמיניסטיות, לא יזכו להגנה מונעת מקבילה, בנסיבות המקבילות, כי אז לא יהיה אפשר לראות בהתחשבות של רשות התמרור במתפללי בית-הכנסת משום נגזרת מעיקרון כללי שוויוני, אלא משום אפליה בלתי מוצדקת.

נסיבות שבהן המגבלה המונעת המוטלת על אזרח אינה גורמת לו שום נזק כלל או אינה גורמת לו שום נזק משמעותי הן נסיבות קיצוניות. נסיבות שבהן עומדת על הפרק הצעה להטיל מגבלה מונעת, שתגרום נזק משמעותי, מזמינות אותנו להעמיד את המגבלה המוצעת במבחן הדרישות האמורות לעיל. לדוגמה, עד כמה שנפשי נוקעת מהקריאות "רבין בוגד" ומשריפת תמונתו של ראש הממשלה ושר הביטחון, לא יהיה מקום להגן על כבודו של מר רבין ועל רגשותיו באמצעות הטלת איסור על פעולות כאלה, מפני שזה לא יעמוד בדרישה ב, שהרי אין הוא ממין ההכרח. אפשר להתגונן מפני הקריאה "רבין בוגד"

3. בג"צ 174/62 הליגה למניעת כפייה דתית נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד טז 2665.

באמצעות קריאות מנוגדות, הפגנות תמיכה, מאמרי שבת וכיוצא באלה, כשם שאפשר להתגונן מפני תוצאותיה של שריפת התמונה על-ידי גינוי השריפה, גינוי השורפים, תליית תמונות נאות של מר רבין ופעולות רבות אחרות בזכותו. לעומת זאת, עד כמה שהנפש יכולה לסלוד מן המעשים שעשה עבריין לפני מותו, יהיה מקום להטיל מגבלה מונעת על פעולות שיבטאו סלידה ממנו או ממעשיו, בעיצומה של הלוויתו. אי אפשר להגן אחרת על קרוביו ומכריו בשעת צערם. אירועים חד-פעמיים, בעלי משמעות רבה או טעוני רגשות עמוקים, ראויים להגנה, מפני שפגיעה במהלכם היא מעוות שלא יוכל לתקון. בנסיבות כאלה מגבלה מונעת מתאימה אכן תהיה מסוגלת לעמוד בדרישה ב.

#### ד. פגיעה ברגשות: מדינה יהודית ודמוקרטיה

הטיעונים שהעליתי עד כאן היו נעוצים כולם בעקרונות הצדק של המדינה הדמוקרטית, כפי שהעקרונות הללו מצטיירים מנקודת-המבט המוסרית וכפי שהדמוקרטיה מצטיירת מנקודת-המבט הפרשנית. הדיון הפילוסופי היה יכול להיות מופשט וכללי, ומתאים למדינה דמוקרטית אחת כשם שהוא מתאים למדינה דמוקרטית אחרת.

כאן מתעוררת בעיה יסודית וחשובה, הנוגעת גם לעניין שלפנינו וגם לעניינים רבים אחרים. מדינת ישראל אמורה להיות לא רק מדינה דמוקרטית אלא גם מדינה בעלת זיקה מיוחדת לעם היהודי. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בא "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". זיקה דומה מופיעה במפורש בחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969, ומשתמעת בבירור מתוך חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. גם בית-המשפט העליון נותן לה ביטוי מובהק. למשל, בבוא הנשיא אגרנט למנות את "הנתונים" הקונסטיטוציוניים" השייכים לשאלה מסוימת, הוא אומר, כי "לא יכול להיות ספק בדבר ... כי לא זו בלבד שישאל היא מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על-ידי משטר של שלטון העם", אלא גם שהיא הוקמה "כמדינה יהודית בארץ ישראל...".<sup>4</sup>

הבעיה הכללית היא איפוא, עד כמה יש בתואר "מדינה יהודית ודמוקרטית" כדי לצמצם את מה שנכלל בתואר "מדינה דמוקרטית", כמובנו מנקודת-המבט הפרשנית ומנקודת-המבט המוסרית ששימשו אותנו עד כאן. הבעיה המיוחדת, בעניין מישראל וכיוצא בזה, היא עד כמה ניתן להצדיק הטלת מגבלה על יבוא בשר לא כשר מנימוקים הנעוצים בהיותה של ישראל "מדינה יהודית", במובן מסוים.

בצד הביטוי "מדינה יהודית" מוכרים לנו, מהקשרים שונים, גם הביטויים "מדינת היהודים" ו"מדינתו של העם היהודי". לכאורה, היה ניתן להבחין בין הביטויים הללו ולראות בכל אחד מהם גילוי מדויק של קונספציה מסוימת בדבר טיבה של הזיקה שבין מדינת ישראל לבין העם היהודי. אלא שהביטויים הללו שימשו במהלך השנים קונספציות שונות ולעתים מנוגדות, עד שאין טעם לדקדק בהם כשלעצמם, לפחות בהקשר הנוכחי.

4. ע"ב 1/65 יעקב ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית פ"ד יס (3) 385, 365.

הבעיה הכללית הראויה, כמובן, לדיון מקיף ומעמיק. מכיוון שאין כאן מקום להאריך בזה, אסתפק בהצגה תמציתית של הפתרון הרצוי, מנקודות-המבט המשמשות אותנו. תמצית זו תאפשר לנו להגיע למסקנה מעשית בעניין מישראל וכיוצא בזה. על רגל אחת, מדינה "יהודית ודמוקרטית" אמורה להיות גם ראויה לתואר "מדינה יהודית" במובן רציני של הביטוי וגם ראויה לתואר "מדינה דמוקרטית" מנקודת-המבט המוסרית. השאלה העומדת כאן על הפרק היא שאלה של זהות יהודית: על יסוד מה יכולה המדינה הדמוקרטית הראויה לשמה להצטייר גם כמדינה בעלת זיקה מובהקת אל העם היהודי? לכאורה, לא ייתכן שמדינה כלשהי תהיה:

א. דמוקרטית הראויה לשמה;

ב. בעלת זיקה מובהקת לעם מסוים;

ג. בעלת מיעוט של בני עם אחר.

לכאורה, זיקה מובהקת לעם מסוים באה לידי ביטוי בחוקתה של המדינה, בחוקיה או בדיניה, או במדיניות ממשלתה, באופן הנותן לאזרחים בני אותו עם יתרונות לעומת אזרחים בני עם אחר. מכיוון שיש במדינה אזרחים בני עם אחר, הרי מתן יתרונות לזולתם על פניהם, פירושו אפלייתם לרעה בחוקה, בחוק, בדין או במדיניות. לא ייתכן איפוא, שתהא זו מדינה דמוקרטית, הראויה לשמה. זהו הפרדוקס של מדינת-הלאום הדמוקרטית.<sup>5</sup> לכאורה, אין מנוס מויתור על אחד מן התנאים א וג, אבל לאמיתו של דבר אפשר להפיג את הפרדוקס בלי לוותר על אף אחד מהם, מפני שיסודו של הפרדוקס לא בצירוף שלושת התנאים א וג, אלא בצירוף שלושתם וההנחה, שאפשר לקיים את תנאי ב, רק אם מקיימים גם את תנאי ד, שהובלע לעיל:

ד. כדי שמדינה תהיה בעלת זיקה מובהקת לעם מסוים, עליה לכלול ביטוי של זיקה זו בחוקת המדינה, בחוקיה או בדיניה, או במדיניות הממשלה שלה.

לטעמנו, מדינה יכולה להיות בעלת זיקה מובהקת לעם מסוים, גם אם אין לזיקה זו ביטוי בחוקת המדינה, בחוקיה או בדיניה, או במדיניות הממשלה שלה. הנחה ד אינה נכונה. למדינה יש זיקה מובהקת לעם מסוים, גם כאשר בני העם הזה מהווים רוב מכריע ויציב בחברת האזרחים של המדינה. זוהי זיקה חברתית ולא פוליטית, אבל אין בה פגם. הרוב המכריע והיציב של האזרחים, הנמנה עם עם מסוים, שולט בכל הממדים של החיים החברתיים במדינה ויוצר בכך זיקה מובהקת בין המדינה לבין העם. בניגוד לזיקה הפוליטית, שההנחה בדבר נחיצותה יצרה את הפרדוקס של מדינת-הלאום הדמוקרטית, הרי הזיקה החברתית בין המדינה לבין העם עולה היטב בקנה אחר עם היות המדינה דמוקרטית הראויה לשמה.

המדינה היהודית הדמוקרטית היא איפוא מדינה דמוקרטית, המגלמת במשטר שלה את עקרונות הצדק, כגדרש מנקודת המבט המוסרית, וחברת האזרחים שלה כוללת רוב מכריע ויציב של בני העם היהודי. יש, כמובן, מקום לשאלה, מה רשאית המדינה היהודית הדמוקרטית לעשות כדי לשמר את הרוב המכריע של בני העם היהודי בין אזרחיה. את

5. Kasher, Justice and Affirmative Action: Naturalization and the Law of Return, *Israel Yearbook on Human Rights* 15, (1985) 101-112.

התשובה לשאלה זו מן הראוי לגזור מן התשובה לשאלה הכללית, מה רשאית מדינת-הלאום הדמוקרטית לעשות כדי לשמר את הרוב המכריע של בני אותו הלאום בין אורחיה. זו הדרך שבה הלכנו, בהזדמנויות אחרות, בהקשר של חוק השבות תש"י-1950.<sup>6</sup> ולא נרחיב על כך כאן את הדיבור. נסתפק במסקנה, כי גם כאשר יש במסגרת העקרונות של מדינת-הלאום הדמוקרטית מקום לשמר את הרוב מכריע של בני אותו לאום באמצעות החוק או המדיניות, בלא לפגוע בעקרונות הצדק, עדיין אין הצדקה לחרוג מן הגבולות של המותר לשם שימור הרוב אל עבר מחוזות אחרים של החיים האזרחיים.

ברור, כי אין כל קשר בין שימור הרוב היהודי בין אורחיה של מדינת ישראל לבין חוק או מדיניות בדבר יבוא בשר בלתי כשר, ומכיוון שכך, אין דרך לבסס הגבלה בתחום היבוא של בשר לא כשר על אדניה של המדינה היהודית הדמוקרטית.

בעקבות פסק-הדין בעניין מיטראל עלתה ההצעה להוסיף לחוק-יסוד: חופש העיסוק סעיף מטרה בנוסח סעיף 1 של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הבא "לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". אלא שהגבלת חופש העיסוק בתחום היבוא של בשר, כשם שאין היא מוצדקת, שעה שמנסים לבסס אותה על שיקולים של חשש לפגיעה ברגשות דתיים או על "הסכס פוליטי או שיקול קואליציוני" (בלשון תצהירו של שר המסחר והתעשייה, המשיב השלישי), כך לא תהיה הגבלה כזו מוצדקת, שעה שינסו לבסס אותה על תפיסה ראויה של "מדינה יהודית ודמוקרטית".

## ה. צביון החברה וטובת הכלל

באופן כללי, כל מגבלה על חירותו של האזרח, שיסודה בשיקולים של מתן צביון יהודי למדינת ישראל, תהיה ראויה לבדיקה, שמא היא חורגת מן הגבולות של המותר לשם שימור הרוב היהודי בין אורחיה של המדינה ופולשת אל האסור במדינה הדמוקרטית. הצביון היהודי של חברת האזרחים במדינת ישראל הדמוקרטית אמור להיות תוצר הפעילות החופשית של האזרחים היהודים, במסגרת המדינה הדמוקרטית, בהנחה הטבעית שבהיותם רוב מכריע של אזרחי המדינה, יהיה להיבטים רבים של אורח-חיים, כדוגמת שפתם העברית, מעמד חברתי דומיננטי, שונה מזה שיהיה להיבטים המקבילים של אורח-חיים של בני המיעוט, כדוגמת שפתם הערבית. למרות שהעברית והערבית הן השפות הרשמיות של המדינה, אין ספק כי המעמד החברתי של העברית שונה מזה של כל שפה אחרת, בעיקר משום שזו אמורה להיות השפה הראשונה או אחת מן השפות הנוספות של כל יהודי והיהודים מהווים רוב מכריע של בני חברת האזרחים בישראל.

לעתים אין מנוס מפעולה של חקיקה או של הנהגת מדיניות, שבין תוצאותיה ישנה גם תרומה בלתי נמנעת לצביון החיים של אזרחי המדינה. טבעי הוא שיום המנוחה השבועי במדינת ישראל יהיה יום השבת, ואין ספק בדבר תרומתם של ההסדרים החוקיים בעניין השבת לצביונה היהודי של המדינה, במובן התרבותי ולא דווקא הדתי של "צביון יהודי".

6. ראו כשר, שם; וכן *Jewish Identity*, in Kasher, "Jewish Collective Identity", in *Jewish Identity* (David, T., 1993).

אלא שאין דומים ההסדרים בדבר השבת כיום המנוחה השבועי להסדרים המגבילים יבוא בשר בלתי כשר. הכול יודו שהסדרים בדבר יום מנוחה רשמי לכלל האזרחים הם הסדרים לטובת הכלל, והכול יודו שאין מנוס מהכרעה לטובתו של יום מסוים על פני שאר הימים. בהקשר זה, מתן עדיפות ליום השבת על פני שאר ימות השבוע אין פירושו הטלת מגבלות על האזרחים, כדי להשליט על מעשיהם נורמות דתיות שיתנו לחייהם צביון יהודי. לעומת זאת, ודאי הוא שלא הכול יראו הסדרים בדבר תפריט רשמי לכלל האזרחים הסדר שהוא לטובת הכלל, ואין מקום מקביל להכרעה בדבר טיבו של תפריט רשמי כזה, אם יהיה כשר או לא כשר, או אולי צמחוני או טבעוני.

בעניין מיטראל לא זו בלבד שאין מקום לראות בהסדרים, שיש בהם הטלת מגבלות על יבוא פרטי של בשר בלתי כשר, הסדרים שהם לטובת הכלל, אלא אדרבה, דווקא הסדרי הפרטה של אלה אמורים להיות לטובת הכלל. כך קובעת ועדה בין-משרדית של הממשלה (ועדת סדן) וכך מחליטה הממשלה עצמה, כמפורט בפסק-הדין שלפנינו בדברי השופט אור.

טעמים של טובת הכלל אמורים לעמוד ביסוד כל פעולה מפעולותיה של הממשלה. אמנם, הממשלה נתמכת רק על-ידי רוב הכנסת ולא כל בית הנבחרים, כלומר, בעקיפין, על-ידי רוב האזרחים ולא כולם. אבל עובדה זו אינה מפחיתה מחובתה של הממשלה לעגן את כל מדיניותה אך ורק בשיקולים של טובת הכלל, וגם אין היא מערערת את החוקה שפעולה מפעולותיה של הממשלה אכן נעשתה אך ורק משיקולים כאלה. העימותים המתחוללים בזירה הפוליטית של המדינה הדמוקרטית אמורים לשקף ניגודים בין השקפות שונות בדבר טובת הכלל. כל אימת שאין מנוס מהכרעה בין השקפות כאלה, כיוון שמדובר בהכרעה קולקטיבית בדבר מדיניות משותפת, אין מנוס מהכרעה הוגנת לטובתה של השקפה אחת וכנגד השקפות האחרות. בתחום ההחלטות הקולקטיביות שאין מהן מנוס, עיקרון "שלטון הרוב" הוא מעקרונות הצדק, כאשר הוא מופעל באופן הוגן. אשר על כן, הממשלה נוקטת פעולות המשקפות את מדיניותה, מפני שהרוב אתה, אבל היא חייבת לעשות זאת וחוקה עליה שהיא עושה זאת מטעמים של טובת הכלל.

אולי אין זה מן המותר להטעים, כי טובת "הכלל" אינה טובתה של ישות נפרדת, "הכלל", שהיא בעלת קיום משלה, ערכים, מטרות ואינטרסים משלה. טובת הכלל אינה נבדלת מטובת הכול, מטובת כל האזרחים, מטובתו של כל אזרח ואזרח. אמנם ייתכן כי אזרח אחד יהנה ממדיניות שהיא "לטובת הכלל" יותר משהינה ממנה אזרח אחר, אבל כל עוד ניתן להצדיק הבדל כזה, מתוך עקרונות הצדק, אין בהבדל זה עילה לפסילתה של מדיניות זו. כך, לדוגמה, מדיניות בדבר אזרחים מגיל מסוים ומעלה תוכל להיחשב מדיניות שהיא לטובת הכלל, על אף העובדה שהיא באה להיטיב רק עם חלק מן האזרחים, מפני שהתקווה היא שכל אזרח יגיע לאותו גיל ויוכל גם הוא, לימים, ליהנות מאותה מדיניות.

תפיסת הממשלה בדבר טובת הכלל, כפי שהיא באה לידי ביטוי בקווי היסוד של הממשלה, בהחלטותיה ובמעשיה, יכול שתהיה מבוססת על השקפה כוללת, ידועה וברורה, שממנה נגזרת עמדת הממשלה בכל סוגיה עקרונית. ממשלה קואליציונית אינה יכולה להציג תפיסה כזו בדבר טובת הכלל. ההסכם בין הסיעות המרכיבות את הממשלה מביא

לידי ביטוי תפיסה המורכבת מן ההשקפות השונות של הסיעות הללו. בתפיסה מורכבת כזו לא תבוא לידי ביטוי מלא וצלול אף אחת מן ההשקפות של אותן סיעות, אבל בכל זאת תבוא בה לידי ביטוי מגובש תפיסה מסוימת, לגיטימית, בדבר טובת הכלל. סיעה הנמצאת בעיצומו של משא ומתן קואליציוני מוכנה לא לממש חלקים מסוימים של השקפתה, כדי שתוכל לממש חלקים אחרים של השקפה זו, על דעת הסותרות הקואליציוניות שלה. יש מקום להניח, כי גם סיב הוויתורים הללו וגם היקפם נעוצים באותה השקפה, בסדר העדיפויות הפנימי שלה. מתוך סדרי העדיפויות של הסיעות, כל אחת ואחת על-פי השקפתה ועל-פי כוחות המיקוח שלה, עולה סדר העדיפויות המשותף של הממשלה הקואליציונית, והעובדה שכך גובש אינה נותנת בו כשלעצמה שום טעם לפגם מנקודת-המבט של עקרונות הצדק.

בפסק-הדין בעניין מיטראל עומד השופט אור על ההתנגשות ש"בין החובה להפעיל את סמכות הממשלה לפי מדיניות הרצויה לדעתה, לבין המחויבות למלא הבטחה קואליציונית שלא ליישם מדיניות זו" ומגיע למסקנה, כי משעה שהגיעה הממשלה למסקנה, כי מדיניות ההפרטה של יבוא הבשר "ראויה ורצויה היא", כי אז אין הצדקה לעיכוב ביצועה של ההפרטה על יסוד שיקולים של התחייבות קואליציונית. השיקולים הללו עצמם "אינם שיקולים לגיטימיים ואינם עומדים במבחן הביקורת השיפוטית, ועל כן החלטת הממשלה הנשענת עליהם אינה תופסת".

לשון אחרת, כיוון שהחלטת הממשלה בדבר ההפרטה שיקפה את תפיסתה בדבר טובת הכלל, הרי סטייה ממדיניות ההפרטה לא תיתכן, אלא על יסוד שיקולים מיוחדים וכבדי-משקל בדבר טובת הכלל על-פי אותה תפיסה. כיוון ש"התמונה הברורה המצטיירת היא, כדבריו של השופט אור, "שלאחר ובעקבות להצים של גורמים דתיים, הן שותפים קואליציוניים והן כאלה שמחוץ לקואליציה, החליטה הממשלה לסגת מהחלטתה הקודמת ולא להפריט את הענף", הרי נמצא שהממשלה פינתה את דעתה בדבר טובת הכלל מפני להצם של אחרים על-פי השקפתם. אכן, לא ייתכן שתהיה הצדקה לוותר על טובת הכלל כדי לרצות קבוצה זו או אחרת של אזרחים, ולא מן הראוי היה שהממשלה תעכב את החלטתה.

כאן נשאלת השאלה, האם החלטת ממשלה שלא להפריט את ענף יבוא הבשר היתה פסולה, מנקודת-המבט הנוכחית, אילולי לבשה את הצורה השלילית של נסיגה מהחלטה בדבר הפרטה, כראוי על-פי שיקולים של טובת הכלל, לפי תפיסתה הנוכחית של הממשלה, אלא היתה בעלת צורה חיובית של החלטה שלא להפריט את הענף, על-פי שיקולים של טובת הכלל, אבל לא לפי תפיסתה הנוכחית של הממשלה, אלא לפי תפיסה אחרת של טובת הכלל, שיכלה לאמץ לעצמה מראש.

לאמיתו של דבר, התשובה לשאלה זו צריכה להיגזר מניתוח כללי של מושג "טובת הכלל", על שורשיה וגבולותיה. כיוון שלא נוכל להיכנס כאן לעוביה של קורה זו, נזכיר רק הבחנה אחת, שהיא ממין העניין שלפנינו, וממנה תעלה התשובה לשאלה בעניין הפרטת יבוא הבשר.

למרות שגם חוקיה של מדינה דמוקרטית וגם המדיניות של ממשלתה אמורים להיות לטובת הכלל, הרי יש הבדל עמוק בין מה שנדרש משיקולים של טובת הכלל במישור

החוקה, החוק והדין, לבין מה שנדרש משיקולים של טובת הכלל במישור המדיניות הממשלתית. במישור החוקה, החוק והדין אמורים השיקולים של טובת הכלל להיות נקיים מנטייה לטובתה של השקפה מסוימת, אפילו היא רווחת מאוד בציבור. כאשר מדובר ביבוא מזון, שיקולים של טובת הכלל יוכלו להביא בחשבון את מגוון המוצרים, איכויותיהם, טיב אריזותיהם, מחיריהם וכיוצא באלה, שכן שיקולים כאלה הם נטרליים מבחינה השקפתית. לעומת זאת, במישור המדיניות הממשלתית, שיקולים של טובת הכלל יוכלו להיגזר מתוך השקפה מסוימת או מתוך פשרה בין השקפות מסוימות, הגם שתמיד יהיה מקום להעמיד את המדיניות במבחן כנות אובייקטיבי ולבדוק, האם אכן ניתן לראות בה, על-פי תוכנה, מדיניות שהיא לטובת האזרחים כולם. הווה אומר, שיקולים של טובת הכלל, במישור האחד, חייבים להיות נקיים ממשוא-פנים השקפתי, שעה ששיקולים של טובת הכלל, במישור האחר, רשאים להיות נעוצים בהעדפה השקפתית מסוימת, אבל חייבים לעמוד בדרישות המושגיות של מבחן הכנות האובייקטיבי של "טובת הכלל".

לפיכך מדיניות ממשלתית, שביצועה מותנה בפעולותיו של גורם הנוגע בדבר על-פי החוק, חייבת לרסן את זיקתה להשקפה מסוימת או להשקפות מסוימות, עד כמה שהיא נזקקת לפעולותיו של אותו גורם, שכן זה חייב לפעול על יסוד שיקולים הנקיים מזיקה מיוחדת להשקפה מסוימת. מדיניות הממשלה יכולה להיות נעוצה בהשקפה הדתית של אחת מן הסיעות המרכיבות אותה, אבל אסור לה לפלוש אל תחום השיקולים של רשות זו או אחרת, הפועלת על פי חוק, שכן אלה נדרשים להיות נקיים מזיקה כזו לאותה השקפה דתית. אם מדיניות הממשלה בעניין כלשהו אינה יכולה להתבצע אלא באמצעות אותה רשות, אין לממשלה מנוס מריסון שיקוליה בדבר טובת הכלל בגבולות השיקולים המותרים על-פי החוק, דהיינו גבולות השיקולים הנקיים מזיקותיה של הממשלה להשקפה דתית כלשהי או להשקפות מסוימות אחרות.

בפסק-הדין בעניין מישראל מדגישים השופטים אור וחשין את הפסול שבהעלאת שיקולים, הנעוצים בהשקפה דתית כלשהי, במסגרת הפעלת חוקים כדוגמת פקודת היבוא והיצוא [נוסח חדש] תשל"ט-1979. השיקולים המותרים על-פי פקודה זו, קובע השופט חשין, "אינם אלא שיקולים שמתחום הכלכלה, וכך היתה הלכה מאז ומתמיד". אולי יש מקום להטעים, כי מנקודת-המבט של עקרונות הצדק, השיקולים המותרים לרשות המוסמכת למתן רשיונות יבוא הם רק שיקולים מתחום הכלכלה, לא מכיוון שחיי האזרחים מאורגנים במעין מגירות, מגירה מגירה וענייניה, מגירה מגירה ושיקוליה, אלא מכיוון שחוק בדבר יבוא אמור לכונן הסדרים בדבר יבוא שלא על בסיס השקפה כזו או אחרת. שיקולי דת כלשהי או השקפה אחרת הם שיקולים זרים בעולמו של חוק בדבר יבוא, מפני שהם שיקולים זרים בכל מקום שבו דורשת ההגנות (המתבטאת בעקרונות הצדק) העדר משוא-פנים השקפתי. רק שיקולים בריאותיים ושיקולים כלכליים, שאין בהם משוא פנים כזה, יעמדו בדרישת ההגנות, כאשר על הפרק עומד יבוא מזון.