

אסירים, ענישה קהילתית וחינוך – בין "סמכותה הטבעית" של המדינה לבין הפרטה, קהילתיות ופרטיות

נילי כהן*

באמצע המאה התשע-עשרה דיבר הנרי מיינן על תהליך היסטורי המאפיין חברות מתקדמות, שאותו כינה "ממעמד לחוזה". תהליך זה מוצא כיום ביטוי בתופעת ההפרטה. הוא מעורר את השאלה עד כמה ניתן להעביר סמכויות של המדינה להפעלה בידי גופים פרטיים. שאלה זו עומדת בחזית הדיון הציבורי בארץ ובעולם. הרשימה מתרכזת בהיבטים אחדים שלה העולים מפסק-הדין בעניין הפרטת בתי-הסוהר, המתייחס לענישה כאל סמכות טבעית של המדינה, ומפעולתו של פורום "תקנה", שהינו גוף פרטי המבקש להתמודד עם פגיעות מיניות מצד בעלי סמכות בציבור הציוני-הדתי על-ידי הטלת סנקציות קהילתיות-פנימיות.

הרשימה בוחנת את שאלת הסמכות הטבעית הכרוכה בענישה מבחינה היסטורית, שהיא סמכות האב, שהשתרעה גם על תחום החינוך. שני סימני שאלה מוצבים לגבי הנחות-היסוד הנוגעות בפעילותם של משפחות וגופים קהילתיים ובהפעלת בתי-הסוהר: לגבי משפחות וגופים קהילתיים – סימן שאלה לגבי הנחת הפרטיות של המשפחה והקהילה, השוללת התערבות מדינתית; ולגבי בתי-הסוהר – סימן שאלה באשר לסמכות הטבעית של המדינה, השוללת הפרטה. בחינת היחס בין הפרטה, פרטיות ורב-תרבותיות מצביעה על חשש ממשי מפני הנצחתו של שלטון האב בתחומים של משפחה, חינוך וענישה. בעקבות הדיון במקרים הפרטניים מוצגים מודלים של הפרטה לאור טיבה של הסמכות המופרטת ומטרותיה, ונבחנת ישימותם

* חברת האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים; פרופסור מן המניין, מופקדת הקתדרה לדיני חוזים השוואתיים ע"ש בנו גיטר בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודה לעוזרת-המחקר אביגיל פאוסט על סיוע מעולה. כן ברצוני להודות לשי לביא, לטליה פישר, למאיה לקשטיין, לאלי בלכמן, לאלרן שפירא-בר-אור ולעמרי רחום-טוויג על הערותיהם החשובות ועל סיועם המועיל. אני מודה גם לעורך **משפט ועסקים** אורי הראל ולחברי המערכת יצחק פשה ודורית שפיר-מילר על עבודתם היפה.

מחקר זה זכה בסיועה של הקרן לזכויות אדם במשפט הפרטי על-שם בברלי וריימונד סאקלר, ותודתי נתונה על כך.

במשפט הישראלי. הרשימה מצביעה על כך שתחזיתו של מיין בדבר המעבר ממעמד לחוזה קיבלה תפנית משונה: ריבוי החופש החוזי לא הצליח לשחרר אותנו מפכילות למעמד ולמסורת של פעם, ובאופן פרדוקסלי אולי גררה עימה הנפתו של דגל האוטונומיה חזרה אל אותו מעמד שממנו ביקש מיין להימלט.

- פרק א: ממעמד לחוזה
 פרק ב: בית־סוהר פרטי – סמכות טבעית וניגוד עניינים
 פרק ג: עברות וענישה פרטית
 פרק ד: בין הפרטת בית־הסוהר לפעילותו של פורום מעניש פרטי
 פרק ה: סנקציות פרטיות בארגונים ובקהילות
 פרק ו: ענישה וסמכות טבעית
1. הערה מתודולוגית
 2. ענישה – סמכות אב טבעית
 3. פטריארכייה ואמנה חברתית
 4. הפרטת ענישה
- פרק ז: משפחה, חינוך ושפיטה קהילתיים
1. משפחה וחינוך
 2. בית־ספר ובית־סוהר
 3. חינוך קהילתי, שלטון האב ופיקוח מדינת?
 4. מחינוך קהילתי לפורום קהילתי
- פרק ח: מודלים של הפרטה
 פרק ט: קהילתיות והנסיגה מחוזה למעמד אסירות־תודה

פרק א: ממעמד לחוזה

באמצע המאה התשע־עשרה דיבר הנרי מיין על תהליך היסטורי המאפיין חברות מתקדמות, שאותו כינה "ממעמד לחוזה"¹. מעמד הוא הטרונומיה, כלומר, שלטונה של סמכות חיצונית שכופה את עצמה על פרטים ואשר אי־אפשר כמעט להשתחרר ממנה. חוזה הוא אוטונומיה, כלומר, שלטונם העצמי של פרטים מכוח רצונם החופשי. מיין

1 HENRY SUMNER MAINE, ANCIENT LAW 173–174 (1920) ("the movement of the progressive societies has hitherto been a movement *from status to contract*"). במקור.

מבשר לנו שאוטונומיה תתפוס את מקומה של הטרונומיה,² וכי אנו עוברים לעולם שבו איננו כבולים אלא לאזיקים שאנו שמים על עצמנו מרצוננו החופשי, כלומר, לאזיקים חוזיים.³ תפיסת החוזה, המבטאת את רוח האדם ואת יכולתו לכתוב את סיפור חייו לפי בחירתו, כבשה את הדמיון. היא נמתחה כמעט לקצה גבול היכולת, עד כדי כך שמעצבי התורה המדינית של המדינה הליברלית ראו בחוזה, כמה מאות שנים לפני מייך, את הצידוק הרעיוני לקיומה של מדינה. מובן מאליו שתפיסת החוזה היא מדומיינת לעיתים, והיא בוודאי תפיסה יחסית – בכל הנוגע בחופש הניתן למתקשרים וליכולת הבחירה שלהם – כאשר מדובר בחוזה של האזרח עם המדינה. יחסי האזרח עם המדינה קרובים בפועל יותר למעמד שעליו דיבר מייך, והם נתפסים, לפחות מנקודת-מבטו של האזרח, ככפופות לסמכות חיצונית. משום כך, בדברי מייך על המעבר "ממעמד לחוזה" יש מעין הד נבואי לתהליכי ההפרטה. תהליכים אלה מתעלמים מהתפיסה החוזית המלאכותית של יחסי האזרח עם המדינה, ומטרתם היא להוציא מידי המדינה סמכויות ולהעבירן לניהול פרטי, שיעניק אפשרויות בחירה רבות יותר ויעילות יותר מאלה שהעניקה המדינה כספקית שירותים.

בשאלה היכן למתוח את הקו בין הפרטי לציבורי ועד כמה להעביר תחומים לשליטה פרטית ניטשת מחלוקת עזה. אלה הסבורים, כמו מילטון פרידמן, שתפקידה של המדינה הוא כשל "שומרת-הלילה" בלבד מיישמים רעיונות את המעבר הכולל ממעמד או מסמכות לחוזה, שכן כאשר המדינה נתפסת כשומרת-הלילה, מוטל עליה רק התפקיד המינימליסטי של שמירת הסדר הציבורי, ושירותים אחרים יכולים להיות מסופקים לציבור על-ידי פרטים.⁴ תפיסה רחבה של המדינה, המזוהה עם השקפה ליברלית או סוציאל-דמוקרטית, תגרוס כי נוסף על הבטחת הסדר הציבורי, על המדינה לדאוג גם לחינוך, לבריאות ולרווחה כוללת, ומתפקידים אלה אין היא רשאית להתפרק.⁵ תפיסה זו גורסת כי לא אבד הכלח על הסמכות או הסטטוס הציבוריים, וכי יש לערוך חלוקת תפקידים זהירה בין הציבורי לפרטי.

השאלה עומדת בחזית הדיון הציבורי בארץ ובעולם. במסגרת זו אבקש להתרכז בהיבטים אחדים שלה העולים מפסק-הדין בעניין הפרטת בתי-הסוהר, המתייחס לענישה כאל סמכות טבעית של המדינה (פרק ב), ומפעולתו של פורום "תקנה", המבקש להתמודד עם פגיעות מיניות מצד בעלי סמכות בציבור הציוני-הדתי על-ידי הטלת סנקציות קהילתיות-פנימיות (פרק ג). אף שלשני המקרים יש מאפיינים אחדים משותפים, בסיסם הרעיוני שונה לחלוטין (פרק ד). באמצעות שני המקרים אציב סימני

2 Alain Supiot, *The Dogmatic Foundations of the Market*, 29 INDUS. L.J. 321, 326 (2000) לביקורת ראו להלן פרק ט.

3 בפרפרזה על אמרתו המפורסמת של רוסו: "האדם נולד חופשי, ובכל מקום אסור הוא באזיקים". ז'אן ז'אק רוסו על האמנה החברתית או עקרוני המשפט המדיני 9 (חיים יהודה רות עורך, יוסף אור מתרגם, 1956).

4 מילטון פרידמן קפיטליזם וחירות (מזל כהן מתרגמת, 2002). תפיסה מינימליסטית של המדינה מזוהה גם עם הוגים ליברטריאנים, כגון נוזיק: ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA (1974).

5 איימי גוטמן חינוך דמוקרטי 83–84 (אמיר צוקרמן מתרגם, 2002).

שאלה לגבי שתי הנחות-היסוד הנוגעות בפעילותם של גופים קהילתיים ובהפעלת בתי-הסוהר: לגבי גופים קהילתיים אציב סימן שאלה לגבי הנחת הפרטיות של הקהילה, השוללת התערבות מדינתית (פרק ה); ולגבי בתי-הסוהר אציב סימן שאלה באשר לסמכות הטבעית של המדינה, השוללת הפרטה הן מבחינה היסטורית הן מבחינה נורמטיבית-פוזיטיביסטית (פרק ו). אבחן את היחס בין הפרטה לבין רב-תרבותיות, ואצביע על החשש שעקרון הרב-תרבותיות ינציח את שלטון האב בתחומים של משפחה, חינוך וענישה (פרק ז). בעקבות הדיון במקרים הפרטניים אציג מודלים של הפרטה לאור טיבה של הסמכות המופרטת ומטרתה, ואבחן את ישימותם במשפט הישראלי (פרק ח). בהמשך הדברים אראה שתחזיתו של מיין בדבר המעבר ממעמד לחוזה קיבלה תפנית משונה: ריבוי החופש החוזי לא הצליח לשחרר אותנו מפבילות למעמד ולמסורת של פעם,⁶ ובאופן פרדוקסלי אולי גררה עימה הקריאה לאוטונומיה חזרה אל אותו מעמד שממנו ביקש מיין להימלט (פרק ט).⁷

פרק ב: בית-סוהר פרטי – סמכות טבעית וניגוד עניינים

לפני כשנתיים שלל בית-המשפט העליון את אפשרות קיומו של בית-סוהר פרטי במדינת-ישראל.⁸ השאלה בכללותה עוררה ומעוררת מחלוקת ציבורית עמוקה ונרחבת

6 ראו: Marilyn Strathern, *Enabling Identity? Biology, Choice and the New Reproductive Technologies*, in QUESTIONS OF CULTURAL IDENTITY 37 (Stuart Hall & Paul Du Gay eds., 1996).

7 להבחנה דומה בהקשר אחר ראו: Friedrich Kessler, *Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract*, 43 COLUM. L. REV. 629, 641 (1943) ("...the return back from contract to status which we experience today was greatly facilitated by the fact that the belief in freedom of contract has remained one of the firmest axioms in the whole fabric of the social philosophy of our culture").

8 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.2009) (להלן: עניין המרכז האקדמי). לביקורת על פסק-הדין ראו, למשל, נחמיה שטרסלר "ביטול הפרטת בתי-הסוהר | בג"ץ אנטי-חברתי בעליל" **הארץ Online** 20.11.2009 www.haaretz.co.il/hasite/spages/1129498.html; קרן הראל-הררי "העליון טעה: בית סוהר פרטי הוא הפתרון" **TheMarker** 22.6.2009 www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20090622 22.6.2009 www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20090622 22.6.2009 1094614. לתמיכה בפסק-הדין ראו, למשל, יואב פלד "בית סוהר פרטי איננו הפתרון" **העוקץ** 6.7.2009 www.haokets.org/2009/07/06 6.7.2009 33 (2006) – גיליון שהוקדש לנושא "בית סוהר פרטי בישראל". לאחר מסירתה של הרשימה פורסמה חוברת (15) של כתב-העת LAW AND ETHICS OF HUMAN RIGHTS (available at [www.bepress.com/lehr/Private Power and Human Rights](http://www.bepress.com/lehr/Private%20Power%20and%20Human%20Rights)). החוברת עוסקת בהשלכותיו של עניין המרכז האקדמי לעיל. בשל לוח-הזמנים לא יכולתי להתייחס לרשימות שפורסמו שם.

בארץ ובעולם, ופסק-הדין עורר הדים עצומים. סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. סמכויות הביצוע המובהקות של המדינה כוללות שמירה על בטחונם של אזרחי המדינה ושל כל אלה החיים בה, ושמירה על הסדר הציבורי בכללותו. המדינה מגשימה מטרה מרכזית זו של קיומה – ויש האומרים ה-*raison d'être* של קיומה – באמצעות הצבא ורשויות אכיפת החוק, אשר כוללות, בין היתר, את המשטרה, התביעה, בתי-המשפט ורשות בתי-הסוהר. רשויות אלה מסמלות יותר מכל גוף אחר את עוצמת המדינה.

מדוע אפוא ביקשה המדינה כביכול להתפרק מסמכותה ולהעביר לגוף פרטי הפעלתו של נושא כה רגיש? מסתבר שהתנאים השוררים בבתי-הסוהר בארץ ירודים ביותר, ולמדינה אין האמצעים הדרושים לבנות מבנים חדשים ולהפעילם כנדרש. לכן החליטה הממשלה לאמץ מודל שקיים בארצות אירופה ובארצות-הברית, שלפיו גורם פרטי מממן את הבנייה ואת התפעול, ולאחר שנים אחדות המבנה עובר לידיה של המדינה. הכוונה הייתה לבחון את הנושא על-ידי הקמתו הנסיונית של בית-סוהר אחד, ולראות אם הוא מגשים את תכלית הקמתו.⁹

לשם כך חוקקה הכנסת חוק שיסמיך את הממשלה להעביר לידיים פרטיות את בניית בתי-הסוהר ואת הפעלתו.¹⁰ אדגיש כי גופי הביטחון, לרבות שירות בתי-הסוהר (כמו כל רשויות המדינה), נעזרים לא אחת בעת מילוי תפקידם בגורמים פרטיים. אך במקרה הנידון הועברו לגורמים הפרטיים לא רק משימות-עזר, אלא אף סמכויות ביצוע המצויות בלב תפקידו של שירות בתי-הסוהר. כך, החוק העניק לזכיון, בין היתר, סמכות לשמור על הסדר והמשמעת בבית-הסוהר ולמנוע בריחתם של אסירים.

המדינה לא התכוונה להתפרק מסמכותה באופן מוחלט. בהיותה ערה למשמעות המיוחדת של הנושא, היא קבעה בחוק ובחוזה עם המפעיל הסדרים מיוחדים שיאפשרו לה לפקח מקרוב על פעולת הסוהרים, על ניהול בתי-הסוהר ועל תפעולו, כדי לשמור על אמות-מידה תקינות ועל זכויות האזרח. אולם השאלה אם יש חשש לפגיעה ממשית ברווחתם של האסירים לא הוערכה בפסק-דינו של בית-המשפט העליון,¹¹ שכן הנימוק המרכזי לפסילת החוק היה נעוץ בעצם העברת הסמכות לגורם פרטי. בית-המשפט קבע כי ההסדר אינו חוקתי משום שהוא פוגע בחירותו ובכבוד האדם של האסיר (מעבר למאסר עצמו), ולפיכך פסל אותו. לפי התפיסה הקלסית של תפקיד המדינה כשומרת הסדר הציבורי, אשר אומצה במשפט הישראלי, הפעלת בתי-סוהר וניהולם הם בסמכותה

9 מודל זה (מודל ה-BOT) משמש בעיקר לסלילת כבישים ולהקמת מתקנים שונים, כגון בתי-חולים או בתי-משפט, אך לא לשירותים המהותיים שניתנים במבנים אלה. לסקירת מודלים של הפרטת בתי-כלא בעולם ראו אתר המשרד לבטחון פנים – <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01537.pdf>. לדוח על המודל הבריטי של הפרטת בתי-כלא, שהיה אמור להיות מיושם בישראל, ראו www.nao.org.uk/publications/0203/performance_of_pfi_prisons.aspx?alreadysearchfor=yes.

10 תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (31.3.2004). על-פי התיקון נוסף לפקודה פרק 2ג, שכותרתו "בית סוהר בניהול פרטי". בעקבותיו נוספו לפקודה ס' 128 ו-128ג.

11 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 8, פס' 19 לחוות-דעתה של הנשיאה ביניש.

המובהקת של המדינה. בית-המשפט מדגיש כי אף שלא בית-הסוהר הוא הגוף השולל את החירות, אלא בית-המשפט, בית-הסוהר אינו אמצעי טכני, אלא חלק מהותי ביישום ההליך הפלילי. שלילת חירות אישית מוצדקת אם היא נעשית במטרה לקדם אינטרס ציבורי, אך לא אם היא נעשית לשם קידום אינטרס פרטי. אכיפת מאסר על-ידי גורם פרטי המונע על-ידי שיקולים כלכליים מהווה אפוא פגיעה בחירות האדם. אכיפה כזו גם פוגעת בכבוד האדם, שכן היא הופכת את האסיר לאמצעי להפקת רווח בידי גוף פרטי.¹²

במאמר מוסגר אציין כי אף-על-פי שהעותרים ביססו את טענתם הן על סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה והן על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בית-המשפט ביסס את הכרעתו רק על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בין היתר לנוכח העובדה שסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה אינו משוריין, ואין זה ברור אם הוא יכול כשלעצמו לבסס עילה לבטלות חוק.¹³ בהמשך הדברים לא אתייחס לשאלה של פסלות החוק והסמכות שהיא נשענת עליה, אלא להנחת-היסוד של בית-המשפט בדבר סמכות הענישה הטבעית שבידי המדינה.

נימוק נוסף, משני, שצוין בפסק-הדין מבליט את הניגוד הטבוע בין ניהול בית-סוהר לבין מטרתו של הגורם הפרטי שאמור להפעילו, היא המטרה של הפקת רווחים. אם זו המטרה, אזי לכאורה ייעשה כל מאמץ להקטין עלויות, ובכך תיפגע רווחת האסיר.¹⁴ אם כן, שני הטעמים ביסוד התערבותו של בית-המשפט בהפרטת בתי-הסוהר הם אלה: האחד, העיקרי, סמכותה הטבועה של המדינה, שאינה ניתנת להמחאה לגורם פרטי; והאחר, המשני, ניגוד העניינים הכרוך בהפעלת סמכות מדינתית שתכליתה הפקת רווח. הטעם הראשון מקדש את סמכות המדינה, ואילו השני חרד מפני ניגוד העניינים. שני הנימוקים שונים. אם נבחן אותם בנפרד, הם עשויים להוביל למסקנות שונות. כך, לפי הנימוק הראשון, גם אם יוקם גוף פילנתרופי שיתרום תרומה ענקית להפעלה פרטית של בתי-סוהר ללא מטרת רווח, לכאורה תהיה הקמתו פסולה.¹⁵ לעומת זאת, לפי הנימוק השני, הקמתו של גוף כזה לא תהיה פסולה, שהרי מדובר בפילנתרופיה לשמה, ולפיכך אין כאן חשש לניגוד עניינים.¹⁶

12 הפגיעה בחירות נידונה שם, בפס' 20–33, והפגיעה בכבוד האדם נידונה שם, בפס' 34–39. לטיעון דומה ראו: Mary Sigler, *Private Prisons, Public Functions, and the Meaning of Punishment*, 38 FLA. ST. U. L. REV. 149 (2010) (הענישה הפלילית, הכרוכה בשלילת חירות, היא פרקטיקה חברתית צודקת במדינה ליברלית-דמוקרטית רק אם היא מופעלת על-ידי רשות ציבורית המייצגת את העם שבשמו הסנקציה מוטלת).

13 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 49–54 (1994).

14 עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 8, פס' 16 ו-19–22 לחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה. נימוק זה לא שימש בסיס להחלטת הרוב.

15 זאת, אף שהדגש הושם בהעברת סמכות לגוף פרטי הפועל למטרת רווח.

16 השווה להלן ה"ש 85.

אתיחס במילים אחדות לבעיית ניגוד העניינים (אשר לא הייתה כאמור ההנמקה המרכזית ביסוד הפסילה),¹⁷ ולאחר-מכן אעבור לדבר על הסמכות הטבעית.

בעיית ניגוד העניינים אינה מיוחדת להקשר הנוכחי. כל אימת שמופקדים בידי פלוני כוחות וסמכויות לגבי טובין או נכסים השייכים לאחר, קיים חשש שפלוני לא ישקול כראוי את טובת האחר, ויפעיל את הסמכויות לטובתו שלו. בעיות אלה שכיחות בדיני שליחות, בדיני נאמנות ובדיני תאגידים. יש להדגיש: המשפט אינו פוסל מראש את הזכות של נאמן או של שליח לקבל שכר בעבור פעילותם. אולם בהיותו ער לבעיות של ניגוד עניינים, המשפט קובע כללים חמורים ביותר המוטלים על שלוח, נאמן ומנהל בתאגיד, אשר אוסרים מראש את הימצאותם במצב של ניגוד עניינים, ומטילים סנקציות חמורות על התנהגות הכרוכה בהפרת הכללים. כללים כאלה מוטלים גם על עובדי מדינה ומפעילי סמכותה, הנחשבים נאמנים של הציבור.

יש להדגיש כמובן כי במקרה שלנו אין מדובר ב"סתם" ניגוד עניינים, אלא בניגוד עניינים שבו ה"נכס" של האחר הוא חירותו וכבודו. אך כזכור, המצדדים בהפרת בית-הסוהר טוענים כי מדובר בבית-סוהר שבו רווחת האסיר תהיה גבוהה באופן משמעותי בהשוואה לבתי-הסוהר הקיימים כיום, ומכאן שהקמתו עשויה דווקא לחזק את כבודו של האסיר.

האם ניגוד העניינים מתמצה רק במקרים שבהם הנאמן פועל כדי לקדם את ענייניו הכספיים על-חשבון הנהנה? ברור שהתשובה שלילית. כל סמכות המופעלת למטרה זרה נגועה בניגוד עניינים – כך במישור הפרטי, וכך במישור הציבורי.¹⁸ ניגוד העניינים עשוי להיות חמור יותר כאשר הפיתוי הוא כספי, אך פיתויים כספיים אינם המניע היחיד לפעולתם של פרטים – לא במישור של המשפט הפרטי ולא במישור של המשפט הציבורי. רדיפת כבוד, נקמה, קנאה – אלה מקצת המניעים הזרים העלולים להפעיל סמכות לא כדין. די להיזכר ביצירת-המופת של צ'ינגיס אייטמטוב והיום איננו כלה, ובחוקר המשטרה הסובייטי השאפתן שאינו חוסך כל מאמץ כדי לתפור תיק לא-בו-טאליפ, הגיבור הקזחי המקסים בעל הנפש הפיוטית, שכל חטאו היה שכתב יומן. החוקר אינו פועל לשם בצע כסף; הוא מבקש להשיג תוצאה בתיק החקירה המופרך כי כך הוא יוכל לזנק בסולם הדרגות.¹⁹

17 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 8, פס' 19 לחוות-דעתה של הנשיאה ביניש: "...על אף שהחששות שמעלים העותרים אינם משוללי יסוד, עניינם הוא בפגיעה עתידית בזכויות אדם, שהפוטנציאל להתרחשותה אינו ודאי; ולפיכך ספק אם די בה כדי להקים בסיס חוקתי לפסילת חקיקה ראשית של הכנסת."

18 ניגוד עניינים יכול להיווצר גם כאשר הפעולה אינה למען אינטרס אישי, אלא תולדה של קונפליקט בין תפקידים שונים או בין סמכויות שונות, אף אם כולם משרתים מטרות ציבוריות. בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 566, 571 (1980) ("...מכותו של כלל זה נגזר העיקרון כי עובד ציבור אסור לו להעמיד עצמו במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים בין האינטרס עליו הוא מופקד לבין אינטרס אחר כלשהו – רכושי או אישי שלו עצמו או אינטרס אחר שעליו הוא מופקד").

19 צ'ינגיס אייטמטוב והיום איננו כלה (דינה מרקון ואמציה פורת מתרגמים, הוצאת עם עובד,

יצוין כי הפרטה עשויה לעורר בעיות של ניגוד עניינים גם כאשר הסמכות המופרטת אינה סמכות להטלת סנקציות, אלא להענקת זכויות־יתר. כך, מודל דומה של הפרטה לזה שהוצג לגבי בתי־הסוהר פעל בהקשר אחר, במסגרת מה שכונה "תוכנית ויסקונסין"²⁰. מקבלי גמלאות רווחה מהמדינה חויבו, על־פי ההסדר, לקבל הכשרה ולנסות להשתלב בשוק העבודה כתנאי לקבלת התמיכה. המדינה יזמה הקמתם של מרכזים להכשרה מקצועית ולשילוב בעבודה שהופעלו על־ידי גורמים פרטיים. על מקבלי הגמלאות הוטל לשהות שעות מספר בשבוע במרכז ההדרכה הפרטי לצורך הכשרה. המדינה פיקחה על פעולתם של הגורמים, והיה אפשר לערער על החלטות שהתקבלו על־ידיהם אם נמצא, למשל, שהמרכז שלל לא כדין מאזרח תמיכה מהמדינה. גורמים פרטיים אלה פעלו לשם רווח.

אכן, קיים הבדל בין ניהול בית־סוהר לבין ניהול מרכז להכשרה מקצועית במטרה לחסוך מהמדינה תשלום קצבה. ההבדל הוא, כאמור, בין סנקציה המוטלת על־ידי המדינה לבין זכות־יתר שהמדינה מעניקה, אשר לכאורה אין לאזרח זכות מוקנית לקבלה.²¹ אלא שההבחנה בעייתית. מדינת רווחה אמורה לדאוג לתושביה, ומי שאינו מסוגל לכלכל את עצמו זכאי לכך שהמדינה תסייע לו ולמשפחתו. במונחי המאמר הקלסי של רייך, הגמלה היא בגדר "קניין חדש"²². הזכות נעשית במובן מסוים מוקנית, ושלייתה או הצבת תנאים לקבלתה הן סנקציות.

ההבדל נהפך אם כן לעניין של דרגה. שני המוסדות – בתי־הסוהר וסוכנויות ההעסקה במסגרת תוכנית ויסקונסין – מתנהלים בצורה ממושטרת ומדרגית, ובסמכותם להטיל סנקציה. בבית־הסוהר הסנקציה (ואיני מדברת על עצם השהייה בבית־הסוהר, אשר מוכתבת מראש על־ידי בתי־המשפט) עשויה לפגוע בכבודו ובחירותו של האסיר, אם כי היא לא תביא לידי כך שהאסיר יגיע לפת־לחם. הסנקציה במרכז להכשרה מקצועית עשויה לפגוע בכבודו של האזרח, ואף לדרדרו למצב שבו יהיה רעב ללחם.²³ אין לתמוה על כך שבעניין זה הוגש בג"ץ, שיוזמיו היו אלה שהגישו גם את העתירה בעניין הפרטת בית־הסוהר. מכל מקום, בשלב זה התייתרה העתירה לאחר שהתוכנית לא הורכה על־ידי הכנסת.²⁴

1981). המחבר הוסיף לספר את הפרק העשירי המדובר רק בשנת 1991, לאחר התפוררות השלטון הסובייטי.

20 פרק ז לחוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2004 (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004; אבישי בניש "יישום 'תוכנית ויסקונסין' בישראל – היבטים משפטיים" **עבודה, חברה ומשפט** יא 121 (2005).

21 לדיון בשאלת חובתה של המדינה לספק זכויות־יתר בנסיבות מסוימות ראו בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191 (1991).

22 Charles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733 (1964); יואב דותן וברק מדינה "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים" **משפטים** לז 287, 337 (2007).

23 ראו התייחסות קצרה ברוח זו בעמדת המיעוט של השופט לוי בעניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 8, פס' 9.

24 העתירה נגד תוכנית ויסקונסין הוגשה ביום 25 באפריל 2010. החשש שהועלה היה שהזכיינים הפרטיים מונעים על־ידי שיקולי רווח ולפיכך עלולים לפגוע בזכויות אדם. העותרים דרשו לאסור את

הזכרתי את הדוגמה של תוכנית ויסקונסין במאמר מוסגר. כאמור, השאלה שבמוקד הרשימה אינה זו הנוגעת בניגוד העניינים הכרוך בפעילותו של גוף פרטי המפעיל סמכות ממשלתית, אלא בהנמקה המתבססת על כך שסמכויות ענישה הן בגדר סמכות טבעית של המדינה אשר אינה ניתנת להמחאה. אעבור עתה לבחון מקרה אחר של גוף המפעיל סמכות עונשית מכוח חוזה.

פרק ג: עבירות וענישה פרטית

זמן לא-רוב לאחר ההכרעה בעניין בית-הסוהר הפרטי געשה הארץ בנושא אחר.²⁵ הסתבר שרב מפורסם נחשד כמי שביצע עבירות העומדות בניגוד לדין תורה. מתוך הדברים שפורסמו נמצאנו למדים שקיים פורום ושמך "תקנה". וכך נאמר באתר הפורום באינטרנט: "בשנת התשס"ג (2003) הוקם פורום המאגד בתוכו את כל הארגונים החשובים בציונות הדתית. בפורום חברים אנשים ונשים המהווים דמויות מפתח בקהילה הציונית דתית מתחומים שונים. פורום זה שם לו למטרה לפתח מודל להתמודדות בתוך הקהילה עם פגיעה בתחום המיני מצד בעלי מרות וסמכות במי שנתון תחת מרותם, סמכותם או השפעתם. מטרת הפורום היא ליצור דרך נוספת עבור המתלוננות [כך במקור – נ' כ"ן] לטפל בתלונה ביעילות ולמנוע את הישנותה ואת נזקיה למתלוננת ולנשים נוספות." הפורום פועל על-פי "תקנון למניעת הטרדות, המבוסס בעיקר על הלכות ייחוד ועומד בדרישות החוק למניעת הטרדה מינית". מודל הפעילות של הפורום הובא לידיעת היועץ המשפטי לממשלה, וזכה בעידודו ובתמיכתו. ומדוע אין די בחוק עצמו? כך נאמר, בין היתר, באתר הפורום: "...מודל הפעילות של הפורום... עומד לרשות הנפגעים... על מנת לשמור על הערכים המקודשים שעל פיהם מבקשת קהילה דתית לבנות את חייה."²⁶

²⁵ "פרישת-הביניים" של התוכנית, שתוסיף לה כ-2,700 משתתפים חדשים. הכנסת מנעה את הארכת התוכנית ביום 3.5.2010. על-פי פרסומים בעיתונות, משרד ראש הממשלה ומשרד האוצר מעוניינים בכל-זאת להמשיך בתוכנית. צבי זרחיה, אורה קורן ומוטי בסוק "נתניהו: בתוך חודשיים הממשלה תאשר תוכנית ויסקונסין משופרת לכל המדינה" **TheMarker** 3.5.2010 www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20100503_1166856; מירב ארלוזורוב "במשרד התמ"ת לא נשארים מובטלים: מצאו דרך להחיות את תוכנית ויסקונסין גם ללא חקיקה" **TheMarker** 14.5.2010 www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=skira20100514_1168819

²⁶ באמצע פברואר 2010. ראו, למשל, קובי נחשוני "פורום תקנה: הרב אלון היה בקשר מיני מתמשך" **ynet** 17.2.2010 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3850300,00.html

²⁷ נגיש ב-www.takana.org.il/about.asp וב-www.takana.org.il/about.asp. יש לציין כי הפורום אינו מקובל בהכרח על כל מי שרואה את עצמו כמשתייך לציונות הדתית. לדיון במידת הלגיטימיות של הפורום בציבור הציוני-הדתי ראו, לדוגמה, קובי נחשוני "השבת השחורה של פורום תקנה" **ynet** 24.10.2010 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3974015,00.html

הפורום פרסם הודעה שבה נאמר, בין היתר, כי הרב היה בקשר ממושך ובעל אופי מיני ברור עם צעיר שהיה כפוף לסמכותו הרוחנית. הפורום דן בעניין, וקבע שהרב יפסיק כל פעילות חינוכית (הוא נדרש להפסיק להעביר דרשות ולייעץ בפגישות אישיות). הרב, אשר כופר כיום בהחלטת הפורום, החליט לעקור ממקום מושבו, ועבר למגדל שעל חוף הכנרת. הטענה הייתה כי גם לאחר שעבר למגדל המשיך הרב לעבור על האיסורים שהוטלו עליו, קרי המשיך לעסוק בפעילות חינוכית, ולכן הוציא הפורום הודעה לתקשורת בעניין זה, אשר חשפה את הפרשה.

אחרי התפוצצות הפרשה הנוגעת ברב, הוציא הפורום הודעה שבה נאמר: "הפורום אינו בא במקום החוק ורשויות אכיפתו, אלא הוא נועד להוות השלמה להם, למקרים שבהם מסיבות שונות אין אפשרות לרשויות החוק לפעול (כגון: מתלוננים שאינם רוצים לפנות למשטרה כי אינם מעוניינים להיחשף; מקרים שבהם אין מדובר על עבירה פלילית כמוגדר בחוק, אלא על התנהגות פסולה ואף חמורה מבחינה דתית; ועוד)". ומדוע לא הופנה הטיפול בעניין למשטרה? כך מסביר הפורום: "הדגשנו כי יידענו את היועץ המשפטי לממשלה, שהבהיר כי אין דרך להתמודד עם התלונות הספציפיות האלה במישור הפלילי".²⁷

ההסדר בסעיף 269 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע בעניין זה לאמור: "לא ימלא אדם תפקיד בהליך של שפיטה משהתעורר, תוך כדי שפיטה, חשש עבירה פלילית, אלא אם ניתנה הודעה ליועץ המשפטי לממשלה או לבא כוחו". ומהו "הליך של שפיטה"? סעיף 268 קובע כי זהו הליך המכוון להביא לידי אחת מאלה: (1) הוצאת אדם מגוף אשר הוא חבר בו; (2) שלילת זכות אדם מזכויותיו בגוף כאמור; (3) פרסום לגנאי ברבים על מעשיו של אדם; (4) עיצום אחר שיש עמו גינוי ושאינו בעל משמעות דתית בלבד."

כל פורום משמעותי חייב אפוא ליידע את היועץ המשפטי על עבירה פלילית שבה הוא נתקל במהלך תפקידו, ורק אז הוא רשאי להמשיך בפעילותו. כך אכן נהג פורום "תקנה". בשלב ההוא אפשר שהוגשו תלונות, אך רשויות התביעה סברו כנראה כי אין מדובר בעבירה בת-הרשעה, אולי בשל דלות הראיות, בשל התיישנות העבירה או בשל כך שמדובר בעבירה על-פי דין תורה שאינה מהווה עבירה פלילית לפי חוקי המדינה. אולם מסתבר שכחצי שנה לאחר התפרצות העניין הודיעה המשטרה שהיא ממליצה להעמיד את הרב לדין על מעשים מגונים בכוח בקטינים. זמן-מה לאחר-מכן אימצה הפרקליטות את עמדת המשטרה, בכפוף לשימוע שבו תישמע עמדת הרב.²⁸ משפטו של הרב מתנהל כיום.

27 www.takana.org.il/megera.asp. החוק למניעת הטרדה מינית חל בעבר על יחסי מורה-תלמיד, יחסי מטפל-מטופל, יחסי עובד-מעביד או יחסי מרות במסגרת שירות בכוחות הביטחון או שירות לאומי, אך לא על יחסים בין בעל סמכות רוחנית לבין מי שמסתייע בו. בעקבות תיקונו בשנת 2010, החוק חל כיום גם על מצב של "ניצול יחסי מרות או תלות במסגרת הדרכה או ייעוץ של כהן דת...". (ס' 3(א)(6) לחוק).

28 המשטרה הודיעה על כך ב-8 באוגוסט 2010. ראו אלי סניור "המשטרה: להאשים את הרב אלון במעשה מגונה" [ynet](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3932107,00.html) 8.8.2010

לסיכום, פעילות הפורום היא בתחום שמשיק על פני הדברים לסמכות המדינה. הפורום הפעיל סמכויות מקבילות לאלה של גופי המשפט הפלילי – הוא הגוף החוקר (משטרה), המעמיד לדין (פרקליטות) והמעניש (בית-המשפט). העברות היו כרוכות בהתנהגות מינית אסורה על-פי חוקי התורה מצד סמכות רוחנית, אך לא היה ברור מלכתחילה אם מדובר גם בעברות על חוקי המדינה. הסנקציה הייתה הפסקת הפעילות הציבורית של בעל הסמכות הרוחנית, ומשלא ציית הרב לכך, הוטלה סנקציה נוספת של הוקעה על-ידי פרסום בציבור. יצוין כי הפורום נמנע מלכתחילה מלפרסם את החשדות ואת פעולתו בעקבותיהם. הפרסום נעשה לאחר שנים אחדות, כאשר הפורום גילה כי הרב מפר את החלטות הפורום וחזר להעביר דרשות ולהיפגש ביחידות עם תלמידיו. ניתן לומר שהצדדים – הפורום והרב – פעלו על-פי סמכות תקנונית-חוזית אשר הרב, הכופר עתה בתקינותם של ההליכים על-פי סמכות זו, ראה את עצמו בשעתו ככפוף לה. המדינה, באמצעות היועץ המשפטי, אפשרה לפורום "תקנה", שהוא גוף פרטי, לקבוע עברות ולהטיל סנקציות על חברי הקהילה, אך המדינה, כאמור, לא הסתפקה בכך.

פרק ד: בין הפרטת בתי-הסוהר לפעילותו של פורום מעניש פרטי

לעונש מאסר המוטל על מי שחרג מכללי המדינה ולעונש של הפסקת פעילות ציבורית והוקעה ציבורית המוטל על מי שחרג מכללי הקהילה יש מאפיינים דומים. בשני המקרים מבודדים באופן זמני מהקהילה, בדרגות שונות של אינטנסיביות, את מי שעבר על הכללים, ומפרסמים בציבור את דבר העברה ואת דבר העונש; גם חופש העיסוק שלו נפגע בדרגות שונות בשני המקרים.²⁹ בשני המקרים שבמרכזו של מאמר זה מופרטות פונקציות הקשורות לענישה: במקרה של בתי-הסוהר מופרטת פונקציית הביצוע של העונש;³⁰ ואילו במקרה של הרב מופרטת פונקציית החקיקה הפלילית (או המעין-פלילית) וכן פונקציות השפיטה והענישה. במובן זה שני המקרים הללו מקיפים יחדיו את פוטנציאל ההפרטה של מערכת הענישה הפלילית בכללותה – החל בשלב של הכלל האוסר, המשך בשפיטה ובהטלת העונש, וכלה בשלב של ביצוע העונש. אולם קיימת הבחנה ברורה בין סמכות לניהול בית-סוהר המועברת בחוזה על-פי חוק לגורם פרטי לבין סמכות שצדדים נוטלים לעצמם באופן פרטי, על-פי חוזה חברתי/קהילתי, לקבוע עברות ולהטיל עונשים.

ראשית, מבחינה פורמלית הסמכות להפעיל בתי-סוהר מוקנית למדינה. בהפריטה את

בפברואר 2011 פורסם כי הפרקליטות החליטה לזמן את הרב אלון לשימוע לפני הגשת כתב האישום. ראו עפרה אידלמן "הפרקליטות המליצה ליועמ"ש להעמיד לדין את הרב מוטי אלון" **הארץ** 10.2.2011 www.haaretz.co.il/hasite/spages/1214699.html

29 זו למעשה סנקציה במישור המשפט הפרטי.

30 שעשויה אף היא להיות כרוכה בענישה, שאינה קשורה במישורין לפסק-הדין, אלא תלויה בהתנהגותו של האסיר בעת המאסר, כגון השלכה לצינוק או שלילת זכויות.

בית־הסוהר המדינה מתפרקת, כביכול, מתפקיד טבעי שלה (כאמור, הנימוק של פגיעה בכבוד האדם נובע באופן מהותי מהנחת־היסוד שלפיה מדובר בסמכות טבעית של המדינה). ההפרטה פועלת על בסיס ויתור של המדינה על סמכותה והעברתה לידיים פרטיות. בכל הנוגע בפעילותו של פורום קהילתי כפורום "תקנה", מדובר בתחום שנובע מההסדרה המדינתית (נושא ההטרדה המינית) אך שבמסגרתו מוקנית חירות לפרטים להסדיר את ענייניהם מעבר להסדרה המדינתית. פורום "תקנה" נוגע, אפוא, בשולי הסמכות המדינתית. הוא קובע איסורים מעבר לסמכות המדינה בהתאם לערכים שאורחות חייהם של חברי הפורום מבוססים עליהם. מדובר בערכים קהילתיים פרטיים, שלגביהם הקהילה רשאית לארגן את ענייניה לפי ראות עיני חבריה, ובלבד, כמובן, שההסדר לא יעמוד בסתירה לחוקי המדינה או לתקנת הציבור.

שנית, הפרטת בית־הסוהר משרתת מטרה כלכלית. זו תכליתו של הקשר החוזי בין הצדדים. ברור מאליו שפעילותו של פורום "תקנה" אינה מבוססת על תכלית כלכלית. **שלישית**, בשני המקרים הצדדים קשורים בהתקשרות חוזית. אף־על־פי־כן אין מדובר בקשר חוזי מאותו סוג. בעניין הפרטת בית־הסוהר הזיקה בין המדינה לבין הזכייין היא זיקה מסחרית גרידא, שאין לה צידוק זולת החוזה. לעומת זאת, פורום "תקנה" מבוסס על אידיאולוגיה שאינה תלויה בקשר החוזי. במקרה של בית־הסוהר יציאה מהחווה תנתק את הקשר ואת הזיקה בין הצדדים. פורום "תקנה" מאגד גופים החולקים אמונה חברתית וקהילתית משותפת, שתמשיך להתקיים גם אם תקנון "תקנה" יבוטל. במקרה כזה, של ביטול התקנון, ימשיכו להתקיים האיסורים המונחים ביסוד התקנון מכוח האמונה משותפת, המטילה חובות על חברי הקהילה, אם כי כוח האכיפה ישתנה מן הסתם.³¹

הדגשתי את האופי הרצוני של חברות בקהילה דתית. אולם כדאי לציין שהצטרפות לקהילה דתית אינה שונה בהרבה מהצטרפות למדינה. בשני המקרים אפשר לטעון שמדובר בחווה שנכרת מתוך בחירה, מעין אמנה חברתית מדומיינת. זה בוודאי דינם של אלה המחליטים להצטרף לקהילה או למדינה אחרת בהיותם בוגרים. אך לגבי אלה שנולדים לקהילה או למדינה, מדובר במעין מעמד או סטטוס. במצב זה יתבטא אופיו הרצוני של הקשר ביכולת היציאה האפקטיבית ממנו – יכולת שבפועל לא קל לממשה.

פרק ה: סנקציות פרטיות בארגונים וקהילות

ההסדר של פורום "תקנה", כמו של תקנוני המשמעת, הוא הסדר מקובל, המכבד את המרחב הפרטי של ארגונים וקהילות. מדובר בהסדרים המשתרעים על תחומים שבהם ארגונים וקהילות רשאים לקבוע את כללי המשחק או את פעילותם לפי הבנתם וראות

31 השוו להבחנות המעניינות והמקבילות אצל: Talia Fisher, *Nomos Without Narrative*, 9 THEORETICAL INQ. L. 473 (2008).

עניהם. הכרה בהסדרים דוגמת זה של פורום "תקנה" היא ביטוי לפלורליזם תרבותי. ההסדר המדינתי האחיד אינו מותאם למורכבות האנושית. ההסדר של פורום "תקנה" תפור על-פי מידתם וטעמם האישי של החברים בו. הוא נותן ביטוי לגיוון דתי, תרבותי, אמוני. מי שמבקש להשתייך לקהילה מסוימת אמור לקבל את כלליה, ואם אין הדבר נראה לו, הוא רשאי לצאת מהקהילה ולבחור אורח חיים אחר. עם זאת, אפשרות היציאה אינה מעשית בחלק גדול מן המקרים. חירות היציאה מוגבלת לעיתים קרובות גם מבחינה אובייקטיבית. כך, למשל, יציאה מגופים מונופוליסטיים המרכזים משלח-יד (דוגמת איגודי הספורט ולשכת עורכי-הדין) משמעה שאי-אפשר להמשיך לעסוק באותו משלח-יד.³² פעמים רבות קיים גם קושי סובייקטיבי לצאת מקהילה. למשל, יציאה מקהילה אורתודוקסית כרוכה לעיתים בקשיים פסיכולוגיים, ולעיתים בקשיים מעשיים, במיוחד בקרב החלשים באותה קהילה (נשים וצעירים).³³

גופים פרטיים – הן כאלה המבוססים על ערכים הן כאלה המבוססים על מטרה מסחרית משותפת, כגון תאגידים עסקיים ומעבידים במגזר הפרטי – חופשיים לקבוע תקנון משמעת הכולל עבירות על כללי הפעילות בתאגיד או במקום התעסוקה וכן סנקציות משמעותיות. לעיתים העבירות המשמעותיות חופפות את העבירות המדינתיות, אך יש שהן משתרעות על התנהגויות שאינן מהוות עבירות פליליות על-פי חוקי המדינה. הסנקציות הקבועות בתקנוני המשמעת, שהן תולדה של חוזה, יכולות להיות מרחיקות-לכת ולגרור אף אובדן פרנסה. סנקציות אלה מיועדות לשמור על הסדר הציבורי במרחב של מקום התעסוקה, ולהגן על המעביד ועל עובדים אחרים. יש המצביעים על הסכנה שבהפיכת ארגונים לגופי משפט בעלי עוצמה שיערערו את האיזון בין מגמות דמוקרטיות וביורוקרטיות בחברה.³⁴ אולם כאשר מדובר בגופים פרטיים, התקנונים שלהם כפופים, לפחות באופן פורמלי, לעקרונות-היסוד של השיטה, לזכויות-היסוד של הפרט וכן לכללי הצדק הטבעי. כך, למשל, החלטה של "אגד" ששללה גמלה

32 ס' 20 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 (ייחוד פעולות המקצוע).

33 על קשיי היציאה ראו יעל סימון "זכות היציאה" ממיעוט לא-ליברלי ומודל 'המרחב ההשתתפותי': מערכת החינוך בצרפת ודיון ראשוני בישראל" **משפט וממשל** יב 227, 233–238 (2009). על חיוניותה של זכות היציאה בקהילה ליברלית ראו: ISIAH BERLIN, TWO CONCEPTS OF LIBERTY (1959) 6–16. כן ראו: Hanoch Dagan & Michael A. Heller, *The Liberal Commons*, 110 (2000) YALE L.J. 548, 567–571.

34 Lauren B. Feldman & Mark C. Suchman, *When the "Haves" Hold Courts: Speculations on the Organizational Internalization of Law*, 33 LAW & SOC'Y REV. 941 (1999) המחברים מצביעים על עליית המשפט בארגונים, המתבטאת בחקיקה אינטנסיבית של כללי ניהול פנימיים, בהרחבת השימוש באמצעי הכרעה פנימיים, בהרחבת השימוש ביועצים משפטיים פנימיים ובעלייתם של כוחות ביטחון פנימיים. הארגון מתפקד כמחוקק, כשופט, כפרקליט וכשוטר כאחד. כל זה יוצר מערך קולוניאלי שבו הארגון הוא שקובע מתי נוצר סכסוך, מהו אופיו וכיצד הוא ייושב. החלטות אלה נוטות בדרך-כלל לטובת ראשי הפירמידה, ותהליך קבלתן אינו מצטיין בשקיפות, בניגוד לתהליכים מקבילים ברשויות הציבוריות. לביקורת דומה ראו Supiot, לעיל ה"ש 2.

מחבר שסרח נחשבה לא-ראויה, ובית-המשפט התערב בעניין.³⁵ גם פורום "תקנה" ביקש ה'כשר מראש מהיועץ המשפטי לממשלה, ואף קיבל אותו. אך כאשר מדובר בפעילות קהילתית, אין היא לובשת בהכרח דפוסים משפטיים; וכאשר נעשה שימוש בכלים משפטיים, כגון תקנון קהילתי, עולה טענה כי על המדינה לכבד את עקרונות הקהילה, אפילו הם עומדים בניגוד לעקרונות-היסוד של המדינה. הטענה היא שכשם שבבית פנימה לא תתערב המדינה אם יוחלט כי לנשים אין זכות להחליט על סדרי הבית, כך אין להתערב בסדרי הקהילה, המבוססים לעיתים על שלטון האב והפליית נשים, שהרי קהילה כמוה כבית, כלומר, מעוז פרטיות החסין מפני התערבות מדינתית.³⁶ גופים פנים-קהילתיים שעוסקים בנושאים פליליים מהלכים על קו הגבול של הסמכות הפלילית המדינתית, ולעיתים מסיגים את הגבול. מצד אחד, פורום דוגמת פורום "תקנה" הוא לגיטימי, ומהווה הכרה של המדינה בזכויות קהילתיות וברב-תרבותיות. מצד אחר, קיימים פורומים – במיוחד המערכת ה"פלילית" הנפרדת של המגזר החרדי – הנוגסים בסמכות המדינה ומעוררים את השאלה (שתוצג בקצרה להלן בתת-פרק 41) בדבר היחס בין ערכי-היסוד של המדינה לבין עקרונות פעולה קהילתיים העומדים בניגוד לערכי-יסוד אלה. הם גם מעוררים את השאלה למי יש הסמכות הטבעית בשאלות של ענישה, שאלה אתיחס עתה.

פרק ו: ענישה וסמכות טבעית

1. הערה מתודולוגית

שאלת הסמכות הטבעית לענוש נידונה בבית-המשפט בעניין בתי-הסוהר מנקודת-מבט היסטורית-פוזיטיביסטית. אני מבקשת להצביע על חולשתו של טיעון הטבעיות הן מיסודו הן מנקודת-מבט היסטורית. טענה הנשענת על מצב או סמכות טבעיים לוקה

35 ע"א 1795/73 קרן הגמלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב, פ"ד נא(5) 433 (1997); נילי כהן "תקנון כחווה וכחווה אחיד" הפרקליט מד 286 (1999). ראו גם: NCAA v. Tarkanian, 488 U.S. 179, (1988) 199 (הארגון הממונה על תחרויות ספורט במכללות הורה לאוניברסיטת נוודה לסיים את מעורבותו של טרקניאן בגיוס ספורטאים לאוניברסיטה בשל אי-סדרים. בית-המשפט קבע שהליך ההדחה המעין-עונשי, שכלל זכות טיעון ושימוע, לא הפר את החובה להליך נאות), נידון אצל מאיה לקשטיין סעדים עצמיים ככלי רב ערך להשאת הסולידריות החוזית 278–279 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת תל-אביב, 2009).

36 שורשי ההבחנה בין המשפחה למדינה מצויים כבר אצל אריסטו. ראו אריסטו הפוליטיקה – ספרים א-ב 4–6, 17–19, 34–35 (חיים יהודה רות מתרגם, הוצאת מאגנס, 1960). לעמדה משפטית מודרנית המכבדת את פרטיותה של הקהילה ראו את פסק-דינו של השופט אנגלרד בע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחשא ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 633 (1998). לעמדה המכפיפה את כללי הקהילה לתקנת הציבור ראו את פסק-דינו של השופט חשין, שם, בעמ' 608 (דעת הרוב).

בחולשה פנימית. שאלת הטבעיות נושאת מטען אידיאולוגי ברור, והיא תולדה של תרבות וסביבה. יש הטוענים כי האמירה שדברים מסוימים הם "טבעיים" מופיעה באופן מסורתי בצד השמרני של הוויכוח, היא הנושא אשר יהא.³⁷ בדיני משפחה, למשל, הגישה השמרנית תדבק בדרך-כלל במודל המשפחה הגרעינית כמייצג את "המשפחה הטבעית", ואילו הגישה הפרוגרסיבית-הביקורתית תערער על עצם הרעיון שלפיו המשפחה יש הרכב טבעי כלשהו.³⁸ מנקודת-מבט היסטורית אראה בהמשך שהסמכות הטבעית לענוש (לפחות לגבי חלק נכבד מהעברות) הייתה נתונה דווקא בידי האב. הטיעון הביקורתי שלפיו לסמכות הענישה הטבעית של המדינה קדמה סמכות האב חושף, בלשונו של פוקו, את "הגבולות האקטואליים של ההכרחי". שהרי החקירה ההיסטורית מראה לנו שההגדרות והגבולות החברתיים המוכרים לנו כיום לא היו קיימים תמיד, ובכך היא מצביעה לפנינו על האפשרות לחרוג ממה שנראה לנו הכרחי (או טבעי).³⁹ יתר על כן, גם בהיבט הפוליטיביסטי קיימים הסדרים המערערים בעליל על התפיסה שלפיה סמכות הענישה נתונה למונופול בלעדי של המדינה. היבט זה הודגש בחוות-דעתו של השופט לוי, שנותר במיעוט.⁴⁰

2. ענישה – סמכות אב טבעית

נעבור, אפוא, להיבט ההיסטורי. שאלת הסמכות הטבעית (שבית-המשפט כינה אותה "סמכות בסיסית", "באופן מסורתי מסמכויותיה המובהקות של המדינה", "מונופול

37 "... the essence of the 'reactionary' futility thesis is the natural-law like 'invariance of certain socioeconomic phenomena'..." ALBERT O. HIRSCHMAN, THE RHETORIC OF REACTION: PERVERSITY, FUTILITY, JEOPARDY 157 (1991)

38 איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" **עיוני משפט** כו 539, 552 (2003): "על אף האמונה הרווחת (עדיין) כי המשפחה קיימת לפני המדינה וכי ישנה משפחה 'טבעית', המדינה היא שקובעת את גבולות המשפחה." ראו גם את דעת המיעוט של השופט קדמי בעניין **דנילוביץ'** כדוגמה לרטוריקה שמרנית – בג"ץ 721/94 **אל על נחיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ'**, פ"ד מח(5) 749, 769 (1994) ("לא הדת הכתיבה את משמעות המושג 'זוג' במישור הלשוני, אלא החיים גופם הם שהכתיבו זאת; המציאות המשקפת את החיים היא העומדת בבסיסו של מטבע הלשון 'זוג' והיא שנתנה לו את משמעותו הנ"ל במישור החברתי"). לביקורת ראו איל גרוס "דנילוביץ', שטיינר והתיאוריה הקווירית" **משפט נוסף** 1, 47, 53 (2001) ("הניתוח הקווירי מערער מן הסתם על חלוקות בינאריות אלו... הוא סובר כי המשפט הוא אחד האתרים בו משורטטים הגבולות בין 'טבעי' לבין 'לא-טבעי'").

39 מישל פוקו "הנאורות מהי?" **מהי נאורות?** 79, 90 (עזמי בשארה עורך, אריאלה אזולאי מתרגמת, 1997).

40 עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 8, פס' 9 ו-13 לפסק-דינו של השופט לוי ("אין פסול עקרוני ברעיון של המחאת סמכויות שלטוניות בתנאים מסוימים, ולכל קהילה דרכים שונות להגשים באמצעותן את האמנה החברתית עליה היא מושתתת" – שם, פס' 13). ראו גם להלן תת-פרק 31. גם הנשיאה ביניש הזכירה סמכויות אלה (שם, פס' 32 לפסק-דינה), אך ציינה כי עוצמת הפגיעה בזכויות האדם הכרוכה בהן פחותה מזו הכרוכה בהפעלת בית-סוהר.

הנתון למדינה") הוצגה בעניין הפרטת בתי-הסוהר מנקודת-המבט של מדינת הלאום. אולם מדינת הלאום, על כוח השיטור המופעל בה על-ידי "האח הגדול", היא תופעה חדשה יחסית.⁴¹ בפרספקטיבה היסטורית ענייני ענישה היו נתונים מלכתחילה בידי אבי המשפחה. האב נתפס כבעלים של משפחתו ושל עבדיו ומקנהו, והוא ריכז בידיו סמכויות של מחוקק, שופט ומוציא לפועל.

הדבר בולט במיוחד בסיפורי האבות, המבליטים את כוחו של שלטון האב.⁴² לכן, למשל, היה יהודה, חותנה של תמר אשת ער, מוסמך להורות על שרפתה של תמר (הוראה שביטל רק לאחר שהבין כי העובר שהיא נושאת ברחמה הוא שלו).⁴³ עוד אנו מבינים מהמקרא שאב רשאי לגרש את ילדיו (אברהם וישמעאל);⁴⁴ להעלות אותם לעולה (אומנם לפי צו אלוהי);⁴⁵ להעדיף חלק מצאצאיו על אחרים, בניגוד לנוהג המעניק את הירושה לבכור (יצחק, עשו ויעקב; דוד ושלמה);⁴⁶ ואף להמית את ילדיו, כפי שעולה מסיפור בת יפתח.⁴⁷

גם ברומא הופעלו סמכויות ענישה על בני המשפחה והעבדים על-ידי ה-*paterfamilias* – אבי המשפחה.⁴⁸ לאבי המשפחה ברומא היו סמכויות בלתי-מוגבלות כמעט בכל הנוגע במשפחה, כלומר, ביחס לאשתו, לילדיו (לרבות חתנים זכרים), לעבדיו ולרכושו. סמכות זו של האב נקראה *patria potestas*. כך, למשל, לאבי המשפחה

41 השילוב של שוק חופשי ו"אח גדול" נראה ברור מאליו ומייצג צדק טבעי, אך אין מדובר בתופעת טבע, אלא במושג שהתעצב במאה השמונה-עשרה, ואשר תוצאתו כיום (אשר יש הסוברים כי היא בלתי-רצויה) היא משטר ענישה מסיבי של בתי-סוהר. ראו: BERNARD E. HARCOURT, *THE ILLUSION OF FREE MARKETS, PUNISHMENT AND THE MYTH OF NATURAL ORDER* (2010)

42 לפירוט סממני הפטריארכיה ומגבלותיה בסיפורי האבות ראו: Geoffrey P. Miller, *Patriarchy: The Political Theory of Family Authority in the Book of Genesis* (N.Y.U. Law Sch. Pub. Law Research Paper No. 10-23, 2010), available at ssrn.com/abstract=1583505; על הפטריארכיה במקרא בכלל ראו מרדכי א' ראבילו "על שלטון האב במשפט הרומי ובמשפט העברי" *דיני ישראל* ה' 85, 113–144 (1974).

43 בראשית לח 24.

44 בראשית כא 9–14.

45 בראשית כב.

46 יש להבדיל בין תקופות שונות המתוארות במקרא. המעבר מחברת נוודים ורועי צאן (בימי האבות) לחברה של יושבי-קבע המתפתחת לשלטון מלוכני משנה את ההתייחסות לסמכויותיו של האב (ומאוחר יותר של המלך). דניאל פרידמן *הרצחת וגם ירשת: משפט, מוסר וחברה בסיפורי המקרא* (2000) 284–297.

47 שופטים יא. אומנם, מדובר בסיפור החורג מגבולות הפטריארכיה: ראשית, מדובר בסמכותו של השליט, המתמזג במקרה זה עם האב; ושנית, העניין נוגע בשאלת הנדר. אבל הסיפור מדגים בכל-זאת את הסמכות הרחבה שיש לאב על בני משפחתו.

48 להגדרת המשפחה כיחידה שבה לאב נתונה שררה מוחלטת בכל הנוגע בחיים ובמוות, במלחמה ובשלום, בתוך הבית או במסגרת המשפחה, ראו רוברט פילמר *פטריארכה* 26, 30–31 (אהרן אמיר מתרגם, 2009). לדוגמות לשרת האב במקרא, ביוון, ברומא ובמשפטי עמים אחרים ראו שם, בעמ' 32–33.

תומס הובס⁵³ וג'ון לוק (שכתב את ספרו כתשובה ישירה לפילמר)⁵⁴ כפרו בהשקפותיו של פילמר, כל אחד על-פי דרכו, והציבו פירמידה הפוכה: לא הפטריארך הוא מקור הסמכות, אלא העם, אשר מוותר על חירותו הטבעית, ומתוך הסכמה כוללת – אמנה חברתית – בונה מנגנון מרכזי כדי לשמור על הסדר החברתי. הובס ולוק מציירים תמונה בסיסית משותפת של אמנה כבסיס לקיום הפוליטי של החברה – רעיון קוסם בהרבה מהאידיאולוגיה הבעייתית של פילמר. אך יש ביניהם מחלוקת בשאלה מהו מצב הטבע. מנקודת-מבט היסטורית קשה לקבל את עמדתו של הובס שבמצב הטבעי היה ריק משפטי ומלחמת כל בכל. עמדתו של לוק, המצביע על קיומו של משפט טבעי, משכנעת יותר. הצידוק לאמנה החברתית לפי לוק אינו ריק משפטי, אלא הבעיות הכרוכות בניהול הצדק המבוזר שיצר המשפט הטבעי, אשר הצדיקו מעבר לשלטון מרכזי של העם. מכל מקום, בין שנקבל את עמדתו של לוק ובין שנקבל את זו של הובס, ספק אם למי מהם הייתה יומרה לספק תיאור היסטורי מהימן, מעבר לשרטוט המודל של מעבר לחברה אזרחית. ברוח זו נאמר באחד מפסקי-הדין:

“האמנה החברתית אינה עובדה היסטורית, שאפשר לקבוע את תוכנה, אף לא מסמך משפטי, שאפשר להתווכח על משמעותו. האמנה החברתית אינה אלא רעיון הנותן ביטוי לדמות הרצויה של החברה.”⁵⁵

כאמור, בפועל מי שהפעיל את המשפט היה הפטריארך או השליט המקומי,⁵⁶ ובהדרגה התחולל תהליך של מעבר, לא מלא, לשלטון מרכזי. קיומה של שיטת משפט

53 תומס הובס **ליתן** (הוצאת מאגנס, 1962).

54 שמו המלא של ספרו של ג'ון לוק הוא **שתי מסכתות על הממשל**: בראשונה נחשפים ומופרכים העקרונות הכוזבים של סר רוברט פילמר וממשיכיו; והשנייה היא מסה על מקורו, תחומו ותכליתו האמיתיים של הממשל המדיני (1689). עמדותיהם של הובס ולוק שימשו בסיס רעיוני לעמדתה של הנשיאה ביניש בנוגע להפרטת בתי-הסוהר. ראו עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 8, פס' 23.

55 בג"ץ 164/97 **קונטרס בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד נב(1) 289, 340, פס' 42 לפסק-דינו של השופט זמיר (1998). ראו גם את עמדת המיעוט של השופט לוי בעניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 8, פס' 12. עם זאת, גם עמדתו של פילמר אינה משכנעת תמיד מבחינה היסטורית, וקשה לקבל את הקשר הישיר בין אדם הראשון לשלטון המלך (פילמר, לעיל ה"ש 48, בעמ' 7–8).

56 המודרנה מפרידה בין מעמד, סטטוס וסמכות. אולם בחברה שקדמה למדינת הלאום המערבית, שעל היחידה הבסיסית שלה ניצח הפטריארך, התקיים שילוב של הגורמים האמורים. הפטריארך הכריע לגבי בני ביתו בכל דבר ועניין – חינוך, נישואים, מקצוע, ענישה. הפעילות הכלכלית התמזגה עם ניהול משק-בית, וההפרדה ביניהם היא מסממני המודרנה. ראו: Reinhard Bendix, *Inequality and Social Structure: A Comparison of Marx and Weber*, in 1 MAX WEBER: CRITICAL ASSESSMENTS 2, 183, 193–195 (Peter Hamilton ed., 1991).

גם הוגי תיאוריות האמנה או ההסכמה הוציאו מגדר בעלי הסמכות את כל מי שאינו עצמאי – כלומר, נשים, משרתים וילדים – ובפועל גם לדידם הייתה הסמכות בענייניהם נתונה בידי האב. ראו פילמר, לעיל ה"ש 48, בעמ' ל–לא. זאת ועוד, הובס ולוק הכירו בשררת האב, אך טענו כי היא תקפה רק

מרכזית היה סממן מכריע במעבר לשיטת ממשל מרכזית,⁵⁷ אבל סמכות ענישה פרטית נותרה אצל קהילות וגם בקרב משפחות, כלומר בסמכות האב, והשלטון המרכזי הכיר באוטונומיה של המשפחה או למעשה בשליטת האב במשפחתו.⁵⁸ בתקופת מעבר זו קורא ג'ון סטיוארט מיל להתערבות המדינה ב"שלטון-העריצים כמעט של הבעלים על נשיהם", ומקונן על "שלטון האבות על ילדיהם", בגורסו כי מדובר בתופעה שהמדינה נמנעת מלמלא לגביה את חובותיה "מפני שמגלים כאן פנים שלא כהלכה במושג החירות".⁵⁹ על המלך נאמר The king can do no wrong⁶⁰ – ביטוי שמשקף את חסינותו המוחלטת של השליט. ביטוי זה שיקף גם את שלטון האב בממלכתו-משפחתו.⁶¹ התחום המשפחתי נותר במשך שנים פרטי וחסיני מפני התערבות (לטובת הפטריארך), שהרי עד לפני עשרות שנים אחדות לא יכלו ילדים ונשים להפלייל את האב בשום עברה, לרבות בעברות הכרוכות באלמות. בהדרגה צומצם שלטון הפטריארך: בני משפחה כשירים להעיד זה נגד זה בעברות אלימות,⁶² והסמכות העונשית-החינוכית של ההורים, המוכרת במשפט המקובל ובחקיקה האנגלית,⁶³ בוטלה

במישור המשפחתי-החברתי, ואין היא קיימת במישור הפוליטי. פילמר זיהה באופן בלתי-מתפשר את הצד הפוליטי עם זה החברתי. שם, בעמ' לג-לד.

יש הטוענים כי ההצדקות שנתנו הובס ולוק מהוות אומנם צידוק לקיומם של מוסדות לניהול הצדק, אך לא צידוק לכך שהצדק ינוהל באופן מונופוליסטי על-ידי המדינה (המודל הפוליצינטרי). ראו טליה פישר "הפרטת המשפט" עיוני משפט ל 517, 524–530 (2008). עצם העובדה שחלק ניכר מהתחומים המשפטיים נותרו להסדרה קהילתית ולהסדרה משפחתית מגוונות מתיישב יפה עם הטענה שמודל אפקטיבי לניהול צדק אינו מחייב מונופול מדינתי.

ראו: TIM MURPHY, THE OLDEST SOCIAL SCIENCE? CONFIGURATIONS OF LAW AND MODERNITY 78–79 (1997), המצביע על כך שהמשפט המקובל התפתח כתוצאה מקיומו של שלטון מרכזי.

Barshack, לעיל ה"ש 51, בעמ' 227–223 (האוטונומיה המשפחתית מעוגנת הן בשמירה על כבוד המשפחה ומרכיביה הן בשמירה על המבנה החברתי. זה האחרון בנוי בבסיסו על רעיון דומה לזה של התא המשפחתי).

ג'ון סטיוארט מיל על החירות 198 (אריה סימון מתרגם, 1946) (פורסם במקור בשנת 1859).

ERNST KANTOROWICZ, THE KING'S TWO BODIES: A STUDY IN MEDIEVAL POLITICAL THEOLOGY 4 (1957). על ההיסטוריה של הכלל ראו: W.S. Holdsworth, *The History of Remedies Against the Crown II*, 38 L. Q. REV. 280 (1922).

עד תחילת המאה העשרים היה בעל רשאי להכות את אשתו, ובלבד שלא גרם לה נזק קבוע: Reva B. Siegel, "The Rule of Love": Wife Beating as Prerogative and Privacy, 105 YALE L.J. 2117, 2170–2171 (1996). על שלטון האב ראו נילי כהן "על הורים, על ילדים ועל כפיות טובה – העסקה של המלך ליר: ממלכה תמורת אהבה" המשפט 25, 53 (2008).

ס' 5 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; אסף הרדוף "בעל נגר אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על הכשרות להעיד במשפט הפלילי" דין ודברים ג 273 (2007).

Children and Young Persons Act 1933, § 1(7) ("Nothing in this section shall be construed as affecting the right of any parent... having the lawful control or charge of a child or young person to administer punishment to him"). במשפט הישראלי, כאמור להלן, בוטלה ההגנה להורים במישור הפלילי, אך קיימים סייגים לאחריות ההורה במישור הנויקי. ראו ס' 24 (7)

אצלנו בפסיקה של בית-המשפט העליון, שאסר הכאת ילדים.⁶⁴ אך נדמה שהתפיסה שלפיה המשפחה היא יחידה אוטונומית, שצריכה להיות חסינה מהתערבות שיפוטית, עומדת בעינה.⁶⁵

תפיסה זו היא בעייתית הן מהצד המצוי הן מהצד הרצוי. המושג "משפחה" ממילא מוגדר בחוק ומעוצב על-ידיו.⁶⁶ ניתן לכן לטעון כי אי-התערבותה של המדינה היא התערבות דה-פקטו, מכיוון שבהעדר רגולציה אקטיבית של המדינה על המשפחה, הסמכות מועברת לגורם אחר – בדרך-כלל האב – או נשאת בידיו.⁶⁷ ריכוז סמכות בידי גורם אחד הוא בעייתית, ופותח פתח לשרירות. חלוקת סמכויות בין המדינה, מצד אחד,

ר-27(6) לפקודת הנויקין [נוסח חדרש], נ"ח התשכ"ח 266, הקובעים הגנה להורים מפני אחריות בעולות של תקיפה וכליאת-שווא. לדיון ביחס שבין דיני העונשין לבין דיני המשפחה ראו: DAN MARKEL, JENNIFER COLLINS & ETHAN LEIB, PRIVILEGE OR PUNISH: CRIMINAL JUSTICE AND THE CHALLENGE OF FAMILY TIES (2009), במיוחד בעמ' 26–27 ו-84, שבהם הם דנים בהיסטוריה של הפטריארכייה במשפט הפלילי, לרבות חסינותו של בן-הזוג מעדות וחרגי הנישואים בעברות אונס. לזיכרון בעניין זה בין אלה הדוגלים בהתערבות מדינתית לבין אלה החוששים ממעורבות-יתר של המדינה ומפגיעה בחופש הפרט, ראו: Alice Ristroph & Mellissa Murray, *Disestablishing the Family*, 119 YALE L.J. 1236 (2010); ולעומתן: Dan Markel, Jennifer Collins & Ethan Leib, *Rethinking Criminal Law and Family Status*, 119 YALE L.J. 1864 (2010). (אשר מקדמים התערבות).

64 ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000). לביקורת ראו ליאור ברשק ודנה פוגין, "בין פרטי לציבורי: המשפט הפלילי והמשפחה, בעקבות ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל" מחקרי משפט כ 7 (2003); אוולין גורדון "שופטים ללא גבולות" תכלת 10, 65 (2001). נראה שהתהליך של אובדן סמכות האב והתערבות המדינה בחיי המשפחה מקביל לתהליך שעבר על הקיבוץ. מעורבות המדינה באמצעות בית-המשפט בניהול הקיבוץ הייתה אפסית כל עוד שמר הקיבוץ על עצמתו המוסדית. ראו עפרי דגני "המועצה האזורית כמערכת תוך חלופות" הקיבוץ על דרכים מתפצלות 132 (אליעזר בן-רפאל ומנחם טופל עורכים, 2009), הדן בהסתמכות הגוברת של הקיבוץ על מנגנונים מדינתיים בעקבות ההפרטה, בעיקר במה שקשור לעניינים של ביטחון סוציאלי. ראו גם להלן תת-פרק 4. בכל הנוגע בהתערבות המדינתית בתחום המשפחתי מסתמנת מגמה דומה: במקביל לאובדן שלטון האב, לעלייתן של זכויות האדם, לכינונו של עקרון השוויון המגדרי ולהתערבותה של המשפחה המסורתית, נעשתה התערבות המדינה במשפחה אינטנסיבית יותר.

65 ראו בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 38, בעמ' 547–551, ובעיקר את ההפניות לפסיקה שם, בעמ' 550, ה"ש 28.

66 לתפקידו המכריע של המשפט הפלילי בהקשר זה ראו: Melissa Murray, *Strange Bedfellows: Criminal Law, Family Law, and the Legal Construction of Intimate Life*, 94 IOWA L. REV. 1253 (2009).

67 Frances E. Olsen, *The Myth of State Intervention in the Family*, 18 U. MICH. J. L. REFORM 835 (1985). לטענה ביקורתית מקבילה של אסכולת הריאליזם המשפטי בהקשר של התערבות מדינתית בשוק ראו: Joseph William Singer, *Legal Realism Now*, 76 CAL. L. REV. 465, 482 (1988) (שוק חופשי הוא צורה של רגולציה מדינתית, שכן כאשר המדינה אינה מתערבת בחוזים פרטיים, היא מעבירה בפועל את הכוח לצדדים חזקים).

לבין המשפחה, מהצד האחר, עשויה ליצור בסיס לאיזון, לשלול אלימות במשפחה, להעניק הגנה לנשים ולילדים, ולהגביר את יכולת הבחירה של הפרט.⁶⁸ בהקשר זה הועלה טיעון שלפיו שיקול-הדעת המופעל על-ידי המדינה בכל הנוגע בענישה (אגב הפרטת בתי-הסוהר) אינו יכול להיות מוחלף על-ידי שיקול-דעת פרטי, כשם שסמכות הענישה ההורית אינה ניתנת להעברה. הטעם לטיעון נעוץ בכך שפן הענישה בשני המקרים הוא חלק ממרכיביה הכוללים הן של הסמכות ההורית הן של סמכות המדינה. אי-אפשר, לפי עמדה זו, לבודד את סמכות הענישה, כי הפעלתה במנותק מן ההקשר ההורי, כמו מן ההקשר המדינתי, פוגעת במהות היחסים, ואינה מאפשרת את הפעלתה על יסוד שיקול-דעת ראוי.⁶⁹

בעיניי, האנלוגיה בין סמכות המדינה לבין הסמכות ההורית מעוררת קושי: המוצדק להשוות בין משפחה לבין הפרטה של כוח ענישה מקום שאין קשר מוקדם ויחס רגשי בין הצדדים? בכלל, הפרטת כוח ענישה מדינתי משמעותה העברת כוח לפרטים המפעילים אותו בשם המדינה ומכוחה. כוח הענישה של האב, לעומת זאת, נבע ממצב הדברים, ולא מכך שהמדינה העניקה לו סמכויות. זאת ועוד, הטיעון מבודד את שתי סמכויות הענישה – ההורית והמדינתית – מבלי לתת את הדעת לתחרות בין שתי סמכויות אלה ולשאלה מי מביניהן היא הסמכות הטבעית. כאמור, סמכות הענישה הטבעית הייתה מלכתחילה בידי המשפחה. סמכות זו הוצאה באופן חלקי מהמשפחה, והועברה למוסדות הענישה של המדינה, מצד אחד, ולמוסדות החינוך של המדינה, מן הצד האחר. האם בשם הגנה על מרקם היחסים המשפחתי ועל מעמד ההורות נכון לתמוך במהלך שיחזיר סמכויות אלה למשפחה? ומה יהיה אז על מרקם היחסים שבין האזרח למדינה? ואולי דווקא היה צורך בהוצאתן של סמכויות אלה מתחום המשפחה כדי לרסן את הסמכות המשפחתית?

המסקנות בשלב זה הן אלה: בפרספקטיבה היסטורית הפסילה של הפרטת בית-הסוהר מהטעם של הסמכות המדינתית הטבעית מעוררת סימני שאלה, שהרי בעבר הייתה הענישה במקרים רבים בתחום המשפחתי-קהילתי. ובכלל, קשה להישען על המימד ההיסטורי של הסמכות הטבעית כדרך לבסס את הטיעון הנורמטיבי בשאלה

68 השוו להבחנה בין סמכות ציבורית לבין סמכות פרטית בכל הנוגע בכללי היצירה של הסמכות, בסוג ההכרעות, בסנקציות, בדרך קבלת החלטות, בבחירת בעלי-התפקידים, בשיקול-הדעת וביכולת היציאה: Roderick Hills, *The Constitutional Rights of Private Governments*, 78 N.Y.U. L. REV. 144 (2003).

69 Alon Harel, *Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case Against Privately Inflicted Sanctions*, 14 LEG. THEORY 113 (2008). השוו ברוח זו: Sharon Dolovich, *How Privatization Thinks: The Case of Prisons*, in GOVERNMENT BY CONTRACT: OUTSOURCING AND AMERICAN DEMOCRACY 128 (Jody Freeman & Martha Minow eds., 2009), המצביעה על האחיות (accountability) המופחתת שפרטים כפופים לה לעומת אלה הפועלים מטעם המדינה. להקבלה ביקורתית בין הפטריארך לבין משטר העונשין הפטריארכלי המופעל בבתי-הסוהר ראו: MARK E. KANN, PUNISHMENT, PRISONS AND PATRIARCHY (2006).

החשובה יותר, והיא אצל מי ראוי להפקיד את הסמכות.⁷⁰ במילים אחרות, השאלה המרכזית היא בידי מי ראוי להפקיד כיום את הפעלת בתי-הסוהר או סמכויות ענישה אחרות, ושאלה זו אינה קשורה בהכרח לשאלה בידי מי ניתנו סמכויות אלה באופן היסטורי. בהיבט של המשפט המצוי, הנטייה להפרטת סמכויות הענישה הולכת וגוברת, ואף מוצאת ביטוי בעקרונות ובכללים במשפט הישראלי. לנקודה זו אתייחס עתה.

4. הפרטת ענישה

במסגרת הוויכוח הכולל על הפרטה קיימות הצעות המבקשות להרחיב את מודל הענישה הפרטי, בין שמדובר במשפט מנהגי המשקף מסורת קיימת ובין שמדובר במהלך יזום של משפט המופעל על-ידי סוכנויות פרטיות לשם הפקת רווח.⁷¹ המשך ההכרה במשפט המנהגי, שבכוחו להטיל סנקציות על בני הקהילה, משקף את עקרון הרב-תרבותיות, המבטא הכרה מדינתית בקהילות בעלות מסורות ואמונות שונות (כפי שראינו לגבי פורום "תקנה"). אך יש לזכור שבמקרים רבים מדובר, למעשה, בקהילות הבנויות על המשך שלטון האב – שלטון המושגת על העדר שוויון בין נשים וגברים. זו התופעה המוכרת של מיעוט בתוך מיעוט,⁷² אשר מעוררת כאמור את השאלה אם המדינה צריכה להישאר אדישה לפרקטיקות קהילתיות לא-ליברליות. לשאלה זו היקף רחב מזה של הפרטת המשפט הפלילי, והיא מתייחסת לכל מקרה של הפעלת סמכות קהילתית. בהקשר זה יש להבחין בין פרקטיקות חברתיות לבין פרקטיקות פורמליות. באשר לפרקטיקות חברתיות, כגון חרם קהילתי, נראה שאלה חסיונות מפני התערבות, אף אם מקורן בהפליה לא-חוקית.⁷³ אך מה לגבי פרקטיקות פורמליות לא-ליברליות המופעלות

70 ראו Rubin, לעיל ה"ש 50, בעמ' 896, המציין: "recent privatizations efforts cannot be opposed on grounds that they relinquish inherently governmental functions into private hands. Arguments against privatization must be framed in more pragmatic, instrumental terms"

71 פישר, לעיל ה"ש 56.

72 Susan Moller Okin, *Multiculturalism and Feminism: No Simple Question, No Simple Answers*, in MINORITIES WITHIN MINORITIES: EQUALITY, RIGHTS AND DIVERSITY 67 (Avigail Eisenberg & Jeff Spinner Halev eds., 2005); Leslie Green, *Internal Minorities and Their Rights*, in THE RIGHTS OF MINORITY CULTURES 257 (Will Kymlicka ed., 1995); Avigail Eisenberg & Jeff Spinner Halev, *Introduction*, in MINORITIES WITHIN MINORITIES, *id.*, at 1; Avigail Eisenberg, *Identity and Liberal Politics: The Problem of Minorities within Minorities*, in MINORITIES WITHIN MINORITIES, *id.*, at 249, 251–256

73 כך, למשל, יש הטוענים כי ראוי להבדיל בין הדרת נשים מתפקידים ציבוריים לבין הדרתן מתפקידים קהילתיים. לפי עמדה זו, הדרה אסורה בכל הנוגע בתפקידים ציבוריים, אך ניתן להשלים עימה ככל שמדובר בתפקידים קהילתיים, ולנסות לשרשה באמצעים קהילתיים. Menachem Mautner, *From "Honor" to "Dignity": How Should a Liberal State Treat Non-Liberal Cultural Groups*, 9 THEORETICAL INQ. L. 609, 642 (2008). כן ראו מאוטנר, להלן ה"ש 119, בעמ' 416–417. ראו בנושא רחל גורדון "שבת בבוקר יום יפה" – מאבקן של נשים בקהילה האורתודוקסית לשותפות בבית הכנסת ובריטואלים הדתיים "עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם" 143 (דפנה ברק-ארוז עורכת,

בטריבוניל פרטי? האם התשובה הפשוטה היא שלמי שעובר על חוקי הקהילה יש זכות לצאת ממנה?⁷⁴ או שמא ראוי שלמדינה תהא יכולת להתערב בפעולתו של טריבוניל הפועל בניגוד לערכים בסיסיים של שוויון מגדרי, גם אם מדובר בטריבוניל פרטי-קהילתי? לנושא מעורר המחלוקת של האתוס הליברלי הראוי בכל הנוגע בשאלה זו אתייחס בקצרה בהמשך.⁷⁵

ומה לגבי הפרטת המשפט הפלילי על-ידי הפעלת סוכנויות פרטיות לשם הפקת רווח? הלקח מהפרטת בתי-הסוהר הוא, כנראה, שהפרטה מסוג זה לא תיחשב תקפה בשל התפיסה בדבר הסמכות הטבעית של המדינה בעניין זה. ראוי לציין שהפרטת המשפט האזרחי באמצעות הליכי בוררות וגישור היא דבר מובן מאליו כיום, ובארץ מתפשטת התופעה של בתי-דין, הפועלים כבוררים, שמכוונים לקהילות דתיות.⁷⁶ יתר על כן, תופעות מקבילות של הפרטה מכוונת על-ידי המדינה קיימות גם לגבי הליכים פליליים.⁷⁷ ההצעה להפרטה יזומה של המשפט הפלילי על-ידי סוכנויות מסחריות נובעת, בין היתר, מבעיותיה של המערכת הציבורית בתחום השפיטה. על-פי הצעה זו, העונש הפרטי צריך להיות כלכלי לרוב, ועל הקורבן תוטל האחריות לאכיפתו.⁷⁸ למרות

Raphael Cohen-Almagor & Marco Zamboti, *Liberalism, Tolerance and Multiculturalism: The Bounds of Liberal Interventions in Affairs of Minority Cultures*, in *ETHICAL LIBERALISM IN CONTEMPORARY SOCIETIES* 79–98 (2009).

74 Leslie Green, *Rights of Exit*, 4 LEGAL THEORY 165 (1998); JOSEPH RAZ, *ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS* 187 (1994); Susan Moller Okin, "Mistresses of Their Own Destiny": Group Rights, Gender, and Realistic Rights of Exit, 112 ETHICS 205, 206 (2002); Daniel M. Weinstock, *Beyond Exit Rights: Reframing the Debates*, in *MINORITIES WITHIN MINORITIES*, *supra* note 72, at 277.

75 להלן בטקסט הסמוך לה"ש 118–124.

76 לדיון מפורט ראו אדם חפרי-וינגרדוב "התעצמות הפלורליזם המשפטי בישראל: עלייתם של בתי-הדין ההלכתיים לדיני ממונות במגזר הצינוני-דתי" **עיוני משפט** לד' 47 (2011).

77 ראו רשימת החיקוקים הנזכרים בפסק-דין המיעוט של השופט לוי בעניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 8, פס' 9 לפסק-דינו, ביניהם: ביצוע עבודות שירות בגופים פרטיים שהם מוסדות ללא כוונת רווח – סימן 11 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; אשפוז בכפייה של חולה נפש בבית-חולים פרטי – ס' 9 לחוק לטיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991; גבייה מנהלית באמצעות חברות גבייה פרטיות – פקודת המסים (גבייה). ראו גם חוקים שהעבירו את סמכות השפיטה לסמכות ייחודית של גורמים פרטיים, במה שקרוי "בוררות סטטוטורית". ראו ס' 11 לחוק הספורט, התשמ"ח-1988, הקובע כי "הסמכות הבלעדית לדון ולהחליט בענינים הקשורים לפעילות במסגרת התאחדות או איגוד, תהיה בידי מוסדות השיפוט הפנימיים שנקבעו בתקנון; החלטות ערכאת השיפוט הפנימית העליונה בעניני משמעת יהיו סופיות ואין לערער עליהן לפני בית משפט". כן ראו ס' 52 לפקודת האגודות השיתופיות, שלפיו "יכולה אגודה רשומה לקבוע בתקנותיה הוראות בנוגע ליישוב סכסוכים הנוגעים לעסקי האגודה". ראו סמדר אוטולנגי **בוררות – דין ונוהל** 85–86 (מהדורה רביעית, 2005). נוסף על אלה, פרטים רשאים להגיש קובלנות פליליות. ראו, למשל, ס' 8 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ח-1965. בתוספת השנייה לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב-1982, קבועה רשימה של חוקים שעל בסיסם ניתן להגיש קובלנה פלילית פרטית.

78 פישור, לעיל ה"ש 56.

המהפכנות הנראית לעין, בפרספקטיבה היסטורית ההצעות הללו מחזירות אותנו לתקופה של משפט מקומי, קהילתי, פרטי, שבו התקיים למעשה מיזוג בין כלל הנוזיקין לבין כלל העונשין, והקורבן היה אחראי לאכיפת העונש.⁷⁹ הצעות מסוג זה אינן זרות לחקיקה העונשית הישראלית, שבה פזורות הוראות הפרטה חלקיות המאפשרות למדינה להסתייע בתובעים פרטיים.⁸⁰ הסדר זה מרחיק-לכת מזה של הפרטת בתי-הסוהר, שכן לתובע ניתנת סמכות להתניע הליכים פליליים ולדרוש עונש על-פי שיקול-דעתו. מדובר בהפרטת סמכות המצויה בליבת ההליך הפלילי, אך היא זכתה באישורו של בית-המשפט העליון.⁸¹ כן קיים בחקיקה הסדר המעניק לקורבן זכות עמידה בהליך הפלילי ויכולת להשפיע על כיוונו.⁸² אציין שהליכי גישור בפלילים, המתנהלים בין העברייני לבין הקורבן

79 ראו: THEODORE PLUCKNETT, A CONCISE HISTORY OF THE COMMON LAW 421–422 (5th ed. 1956), אשר מציג את הטשטוש בין תביעה נזיקית לבין תביעה פלילית, ומצביע על כך שבזמן כיבוש אנגליה הייתה זהות בין דיני הנוזיקין לבין דיני העונשין. כן ראו: Sacha Raoult, *The Dual Nature of Penal History* (French) (March 8, 2010), available at ssrn.com/abstract=1574771. הכותב מציג (שם, בפרק 2) את רעיון "בעלותו" של הקורבן על ההליך הפלילי בשיטות משפט קדומות. הענישה מתבטאת בעיקרה בהטלת קנס כספי לטובת הקורבן או משפחתו. גם כאשר אין מטילים פיצוי כספי, הענישה נושאת אופי סמלי המיועד לספק את הקורבן או את משפחתו, כגון היטהרות או בקשת מחילה. התפיסה המודרנית יותר הבחינה בין ההליך הנוזיקי לבין זה הפלילי, תוך התמודדות עם נקודות המוצא המשותפות: Jerome Hall, *Interrelations of Criminal Law and Torts*, 43 COLUM. L. REV. 753, 967 (1943). כאמור, ההבחנה בין משפט פלילי לבין משפט אזרחי הולכת ומיטשטשת, וקשה לדעת לאיזו קטגוריה יש לסווג סנקציות דוגמת חילוט או פיצוי לקורבן. בעבר הועלתה הצעה ליצור קטגוריה חדשה שבה ייכללו סנקציות מסוג זה. ראו קנת מן "סנקציות אזרחיות-עונשיות" עיוני משפט טז 243 (1991). הצעה חשובה אחרת מבקשת להתחמק מהסיווג אזרחי-פלילי ולהעניק לבעל-הדין הגנות פליליות בסדרי הדין על-פי מעמדו ועל-פי חומרת הסנקציה. ראו יששכר רוזן-צבי וטליה פישור "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח 489 (2008).

80 החוק מאפשר לפרקליטות להסתייע בתובעים פרטיים שהוסמכו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, בעיקר בתחום של עבירות על חוקי התכנון והבנייה. ראו "הסמכת תובעים ברשויות מקומיות ובעודות לתכנון ולבניה" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 8.1100 (התשנ"ח); "רכישת שירותים משפטיים חיצוניים על ידי משרדי הממשלה" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 9.1001 (התש"ע).

81 בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(3) 652, 656 (2003); בג"ץ 8340/99 גורלי, כוחן ושות' – משרד עורכי דין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(3) 79 (2001).

82 זכויות הקורבן לפי הסדר זה מפורטות בחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 183. הן כוללות, בין היתר, זכות להביע עמדה בעניין גיבוש הסדר-טיעון עם הנאשם; זכות להביע עמדה בעניין עיכוב הליכים במשפטו של הנאשם; זכות למסור הצהרה בדבר פגיעה ונוק שנגרמו בשל העברה, אשר תובא לפני בית-המשפט בעת דיון בקביעת גזר-דינו של הנאשם; זכות להביע עמדה לפני ועדת שחרורים וזכות להביע עמדה בעניין בקשת חנינה של הנאשם (ס' 16–20 לחוק).

(victim-offender mediation), הם שכיחים כיום ומיושמים במדינות שונות בעולם.⁸³ בארץ מתקיימות זה שנים אחדות תוכניות נסיוניות מסוג זה.⁸⁴ המשפט המצוי אינו מקדש אפוא את הסמכות הטבעית של המדינה בכל הנוגע בהפעלת ההליך הפלילי. גם ההיבט ההיסטורי אינו תומך בהכרח במונופול של המדינה בעניין זה, ומצביע על תחרות בין המדינה לבין המשפחה והקהילה על הסמכות האמורה. מכל אלה עולה ספק לגבי העמדה שננקטה בעניין בתי-הסוהר.⁸⁵ אעבור עתה להקשר ההיסטורי של החינוך, ולתחרות המקבילה המתנהלת בין המדינה לבין המשפחה והקהילה גם בתחום זה. גם נושא זה יקשר אותנו לשפיטה הקהילתית.

פרק ז: משפחה, חינוך ושפיטה קהילתיים

1. משפחה וחינוך

במשפט הישראלי שלטון האב במשפחה פנימה מקבל, כביכול, הכרה חוקית-מדינתית, שהרי דיני הנישואים במדינת-ישראל נשלטים ברובם על-ידי דינים דתיים, והפורום המפעיל אותם – בתי-הדין – אף הוא דתי, ואין בו נשים המשמשות דינות.⁸⁶ בתי-הדין הללו כפופים אומנם לפיקוחו של בג"ץ, וזה מתערב מדי פעם בפעולתם – בין בדרך של הצרת סמכותם, בין בדרך של הכפפתם לעקרונות-יסוד של המשפט הישראלי. כך, למשל, הוטל על בתי-הדין הרבניים להחיל את הלכת השיתוף האזרחית אגב חלוקת רכוש בעקבות גירושם.⁸⁷ כמו-כן נקבע כי בתי-הדין הרבניים אינם מוסמכים להוציא כתבי סירוב נגד נתבע המסרב להתדיין בבית-הדין.⁸⁸ במשך שנים פעל בית-הדין הרבני

83 בני שטיינברג "הליך הגישור בעניינים פליליים: מקורותיו, התפתחותו, והיחס בינו לבין המשפט הפלילי" **שערי משפט** ג 131 (2002); Jennifer Gerarda Brown, *The Use of Mediation to Resolve Criminal Cases: A Procedural Critique*, 43 EMORY L.J. 1247 (1994).

84 תוכנית נסיונית אחת של גישור בפלילים מתקיימת בשירות המבחן לנוער, שבמסגרתה נערכו עשרות גישורים בין קורבנות עברה לבין מבצעים. תוכנית נוספת בשם "קד", שמישמת כימים אלה, מבוססת על מודלים המערבים גם את בני משפחתו של הנאשם. ראו שטיינברג, שם, בעמ' 153.

85 בעולם השאלה שנויה במחלוקת. עמדתו של Rubin, לעיל ה"ש 50, בעמ' 928–929, היא שראוי לאפשר לממשלה להסתייע בגופים פרטיים הפועלים לא לשם כוונת רווח לצורך גיבוש מדיניות שיקום יעילה.

86 רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי הדין הרבניים – בעקבות בבלי ולב" **עיוני משפט** כ 683, 691, 747–715 (1997); רות הלפרין-קדרי "עוד על פלורליזם משפטי בישראל" **עיוני משפט** כג 559 (2000).

87 בג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול – ירושלים**, פ"ד מח(2) 221 (1994).

88 בג"ץ 3269/95 **כץ נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים**, פ"ד נ(4) 490 (1996). בעניין כץ נידונו שלושה מקרים שבהם הוציאו בתי-הדין הרבניים כתבי סירוב – שהם סנקציה מהמשפט העברי – כלפי מתדיינים שסירבו להתדיין לפני בית-הדין בעניינים שאינם בגדר סמכותו על-פי חוק. בית-

כבורר בנושאים שמחוץ לסמכותו, עד שנקבע בבג"ץ כי הסדר זה אינו חוקי.⁸⁹ התערבות מקבילה קיימת גם בכל הנוגע בבתי-הדין השרעיים.⁹⁰ אך מובן שהתערבותו של בג"ץ מוגבלת, ואין היא יכולה לשנות את עיקרי הדין, כמו-גם את ההלכות המעניקות יתרון לגברים על נשים.

הקהילה החילונית, שעל חלקה הדינים הללו חלים מתוך כורח, מכפיפה את עצמה לדינים אלה בשלבי הכניסה (נישואים) והיציאה (גירושים). יש אומנם כאלה אשר מתנערים מתחולתם אף בשלבים אלה, ופונים לדיני החזוים, לדיני הידועים בציבור או לדין זר.⁹¹ גם בתי-המשפט והמחוקק אינם משתפים פעולה באופן מלא עם הפרקטיקות הדתיות בתחום דיני המשפחה, ונכונותם ההולכת וגוברת להכיר במשפחות חדשות מבטאת הסתייגות זו.⁹² אך ההסדר הבסיסי של דין הנישואים הוא דתי, והוא כופה את עצמו על זוגות שאינם שותפים לתפיסת-עולם זו. הסדר זה עומד בניגוד מוחלט לתפיסה ליברלית בסיסית, החותרת לאוטונומיה אישית, לשוויון ולהגשמת החיים לפי העדפות הפרט.

בפועל, כל זמן שהעניינים מתנהלים כסדרם, למשפט העברי או לדין השרעי או הכנסייתי אין תחולה של ממש על שגרת חיי המשפחה אצל זוגות חילונים, וערך השוויון יכול להיות מיושם ומופנם. אולם משבר ביחסים חושף את האישה לשורה של כללים מפלים, המעוגנים, כאמור, בתפיסה של שלטון האב והבעל.

המשפט העליון לא הכריע בשאלת סמכותם של בתי-הדין לדון בתביעות ממוניות מכוח הסכמת הצדדים (העניין הוכרע בשלב מאוחר יותר – ראו להלן ה"ש 89), אולם קבע (בדעת רוב) כי אין הם רשאים להטיל סנקציות שלא הותרו להם לפי חוק. לדיון מעניין המציג את התפיסה הפוזיטיביסטי-הלאומית מול התפיסה ההיסטורית של מעמד בית-הדין, כפי שבאו לידי ביטוי בפסיקותיהם של השופטים באותו עניין, ראו איסי רוזן-צבי "סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי" **עיוני משפט** כג 539 (2000).

89 בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא (1) 259 (2006). בתגובה על פסק-הדין הוגשה הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון מס' 4) (בוררות וגישור), התס"ה-2005, ה"ח הממשלה 1220, המציעה לאפשר לבית-הדין הדין בעניין שבסמכותו להעביר את העניין לבוררות או לגישור כאשר הצדדים מסכימים לכך. לביקורת על הלכת אמיר ולקריאה לתיקון ההלכה בחוק ראו עמיחי רדזינר "בין בג"ץ לבד"ץ: למשמעות הדיון במשפט פרטי בבית הדין הרשמי" (הוצג בכנס הייסוד של האגודה למשפט פרטי, 17.3.2010, האוניברסיטה העברית בירושלים), law.huji.ac.il/upload/amihai_2.pdf (הטוען כי בית-דין רשמי הכפוף לבג"ץ עדיף על בית-דין פרטי, וכי הלכת בג"ץ פגעה במעמדו ההלכתי של בית-הדין הרבני והמריצה התדיינות בבתי-דין פרטיים).

90 ראו ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד לט (2) 113 (1995) (לבית-הדין השרעי יש סמכות רחבה מזו של בית-הדין הרבני, והיא חלה גם על קביעת אבהות, אולם בעניין זה צמצם בית-המשפט את סמכותו של בית-הדין השרעי לגבי ילדים שנולדו מחוץ למסגרת הנישואים).

91 ראו את סקירתה המקיפה של רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אורחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" **המשפט בישראל – מבט לעתיד** 331 (ידידיה שטרן ויפה זילברשץ עורכים, 2003).

92 למשל, ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט (5) 64 (2005).

תחולת הדין הדתי על ענייני נישואים וגירושים אין משמעה תחולה של דין זה על יחסי הורים וילדים ועל חינוכם של הילדים. בעניין זה קיימות הוראות כלליות ביותר בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, אשר מדגיש בין היתר, בסעיף 18, כי שני ההורים חייבים לפעול בשיתוף-פעולה מתוך הסכמה, שאם לא כן יובא הדבר להכרעת בית-המשפט (סעיפים 19 ו-20). כלומר, חוק הכשרות מניח כי מעמדם של ההורים שווה בענייני חינוך הילדים. אולם האין כפיפותם הבסיסית של ענייני הנישואים לדין הדתי מטילה צל על הסדר השוויון בחוק הכשרות?

חינוך, כמו ענישה, היה במשך כל השנים עניין פרטי של המשפחה והקהילה. כדברי רוסו, "ניתן להתייחס למשפחה כמודל הראשון של איגוד מדיני: השליט הוא האב, והעם הוא הילדים".⁹³ במושגים עכשוויים ניתן לומר כי חינוך במסגרת המשפחה משקף באופן מובהק רב-תרבותיות: הורים מחנכים את ילדיהם לפי השקפתם, אמונתם ותרבותם, אשר אינן תואמות בהכרח את התרבות המרכזית של המדינה. גם מיל אינו כופר בכך, בציינו "שגם לרבגוניות בחינוך יש חשיבות שאין לתארה במילים".⁹⁴

עם עלייתה של מדינת הלאום – מושג שהגיע למלוא תפארתו במאה התשע-עשרה – נהפך החינוך למרכזי. חינוך-חובה התפתח באירופה בין השנים 1871 ו-1914, כלומר, בתקופה שאחרי המהפכות הלאומיות הגדולות ולפני מלחמת-העולם הראשונה, בד בבד עם עליית הדמוקרטיה והסוציאליזם. לשם כך הקימה המדינה מוסדות חינוך ציבוריים, וכל ילדי האומה היו חייבים להתחנך בהם.⁹⁵ מדינת הלאום ביקשה לקיים סדר מרכזי

93 רוסו היה נכון להכיר בכך שהמחויבות ההדדית והשליטה נפסקות בגיל הבגרות, שאז הקשר המשפחתי נהפך מקשר של מחויבויות לקשר המבוסס על הסכמות. רוסו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 10. ראו גם הובס, לעיל ה"ש 53, בעמ' 64 ו-90, המדבר על כוח הכפייה השלטוני ההרסני של האב כלפי משפחתו.

94 מיל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 201.

95 על חינוך-חובה כתופעה של מדינת הלאום ראו, למשל: John W. Meyer et al., *World Expansion of Mass Education, 1870-1980*, 65 SOC. EDUC. 128, 129-130 (1992) ("...mass schooling made sense in so many contexts because it became a central feature of the Western, and subsequently the world, model of the nation-state and its development... earlier religious ideas and institutions, everywhere incorporated mass education as a main enterprise. The political construction of society as a consciously articulated progress-oriented project – an active participant in and object of public (usually state) action – was central, as was the construction of the individual citizen-member as the principal unit of society")

ראו גם: Yasemin Nuhoglu Soysal & David Strang, *Construction of the First Mass Education Systems in Nineteenth-Century Europe*, 62 SOC. EDUC. 277 (1989) ("Over the course of the nineteenth century, mass education systems were constructed throughout Europe. State-controlled compulsory schooling replaced or incorporated and expanded on what had been provided privately or by religious authorities. In the twentieth century, state educational systems have become indispensable components of modern nation-states"); DAVID TYACK ET AL., *LAW AND THE SHAPING OF PUBLIC EDUCATION* (1987); MARY J.

המבוסס על ערכים תרבותיים משותפים. במונחיו של מישל פוקו, החינוך נהפך לחלק מהכוח המופעל על-ידי המדינה על הפרט. אלא שניתן לומר כי כוח זה שימש כוח נגדי מרסן לזה שהופעל בתוך המשפחה או בקהילה.

2. בית-ספר ובית-סוהר

לא רק בית-ספר הוא יציר מדינת הלאום והמודרנה; גם בית-סוהר הוא תופעה מודרנית, ובמאה השמונה-עשרה (1787) אף הגה ג'רמי בנתהם מתקן אדריכלי – פנאופטיקון – שניתן ליישמו על בית-סוהר ובית-ספר כאחד. המבנה, שתפקידו לארגן ולמשטר את החברה, בנוי על עקרון הפעולה של בידוד כל אסיר/תלמיד ומעקב מתמיד אחריהם על-ידי הסוהר/המורה. ציינו כי בעבר הייתה הענישה הפלילית, בכל מה שנגע ביחסים בין אדם לחברו, עניינו של הקורבן בעיקר, והתמצתה בסנקציה כספית לטובת הקורבן (לעיל תת-פרק 41). עברות כלפי המלכות או האל גררו מוות, גירוש, הגליה, ולעיתים פגיעה פיזית (כריתת איבר, מלקות) ונפשית (השפלה פומבית).⁹⁶ הרעיון של בית-סוהר כפי שהוא מוכר לנו כיום, שבו העונש מתבטא בישיבה בבית-הסוהר (שלילת החירות היא העונש עצמו), הוא רעיון חדש יחסית שהתפתח באירופה (תחילה באנגליה) רק במאה התשע-עשרה. לפני כן שימשה הישיבה בבית-העצורים רק אמצעי להחזקת הנאשם עד לביצוע העונש, ולא היוותה את העונש עצמו.⁹⁷

מישל פוקו תיאר את הפנאופטיקון של בנתהם באופן הבא:

"בניין היקפי בצורת טבעת. במרכזו מגדל המנוקב חלונות גדולים הפונים אל פנים הטבעת. המבנה החיצוני מחולק לתאים, רוחבו של כל אחד מהם כעובי של הבניין. לתאים הללו יש שני חלונות, האחד פונה פנימה כלפי חלונות המגדל המרכזי, ואילו השני פונה החוצה ומאפשר לאור היום למלא את התא. כל שנותר לעשות הוא להציב משגיח במגדל ולאכלס כל תא במטופל, אסיר, פועל או תלמיד. תאורת הגב מאפשרת לעקוב מהמגדל המרכזי אחר הצלליות הקטנות הלכודות בטבעת התאים. בקצרה, זהו היפוך של עקרון הצינוק; אור היום ומבטו של המשגיח לוכדים את האסיר ביצילות גבוהה יותר מאשר החשכה, שסיפקה בסופו של דבר מידה של הגנה."⁹⁸

פוקו מבהיר כי בניגוד להפעלת כוח מלמעלה, בדמות עונשים גופניים ועינויים פומביים שהציגו ברבים את כוחו של הריבון, הפנאופטיקון מאפשר להפעיל כוח בתוך

1985) (1985) MAYNES, SCHOOLING IN WESTERN EUROPE; דיוויד תומסון אירופה מאז נפוליאון כך

א 345–346 (אריה חשביה מתרגם, 1984).

96 לסקירה היסטורית ראו שלמה גיורא שוהם ואח' עבירות ועונשים: מבוא לפנולוגיה 73–85 (מהדורה שלישית, 2009).

97 לתיאור המהפך בענישה הפלילית ראו Raoult, לעיל ה"ש 79.

98 פוקו בריאיון "עיניו של הכוח", מצוטט אצל שרה מילס מישל פוקו 8–67 (אהד זהבי מתרגם, 2005).

הגוף החברתי. במקום פגיעה בגוף לשם ענישה, מופעלת שיטת מעקב ופיקוח שממשרתת את גופו של הפרט. הפנאופטיקון מהווה גם מודל לאנונימיות של הכוח בחברה המודרנית: הכוח הוא פונקציה של חלוקת החלל; המפקח הוא ישות אנונימית אשר ניתנת להחלפה (סוהר, מורה), וכוחו נובע ממיקומו במגדל השמירה, ולא הודות לכוחות מיוחדים הטבועים בו (להבדיל מכוחו של המלך); מבטו של השומר אינו נראה, ואי-אפשר להחזיר לו מבט.⁹⁹ זאת ועוד, מבנהו של הפנאופטיקון מיתר למעשה את השומר:

“הכוח בצורת הסידור הזאת פועל על-פי שני עקרונות: ראשית הוא נראה ושנית הוא בלתי ניתן לאימות או לוידוא; האסירים אמנם רואים את מגדל השמירה, אך הם אינם יודעים אף פעם אם המשגיח בתוכו אכן צופה בהם. וכך האסירים שרויים כל העת בחשש מפני מבטו של השומר העוקב אחריהם, מה שמביא אותם להשגיח על עצמם. בעיני פוקו בנתאם הצליח לנסח בתוכנית שלו בצורה נפלאה ממש את הדרך היעילה ביותר לשימוש בכוח: המבט דורש מעט מאוד הוצאות. אין צורך בכלי נשק, באלימות פיזית, באילוצים חומריים. רק מבט. מבט מפקח, מבט שמכביד על כל פרט עד שלבסוף הוא מפנים אותו וצופה על עצמו; כך שכל פרט מפעיל את הפיקוח הזה על עצמו ונגד עצמו.”¹⁰⁰

ספק אם רעיון הפנאופטיקון הניע את מתכנניו של המבנה של בית-הסוהר הפרטי שנבדן בבג"ץ.¹⁰¹ עם זאת, ייתכן שהרעיון הנטוע ביסודו שימש לו מקור השראה (לדוגמה, להתקנת מצלמות ואמצעי ניטור אלקטרוניים אשר לעיתים לא יעמוד מאחוריהם אדם, אלא ישמשו להרתעה גרידא). זאת ועוד, ניתן גם לטעון כי הפנאופטיקון מהווה מתכונת מטרימה לבית-הסוהר הפרטי. בשני המקרים מדובר בשילוב של סמכות פיקוח פרטית עם הגורם המפקח הפורמלי: בבית-הסוהר הפרטי סמכותו של הגורם הפרטי אמורה להיות שלובה עם סמכות המדינה; ואילו בפנאופטיקון, בצד הפיקוח של השומר, מופעל פיקוח על-ידי האסירים עצמם.

99 ניתוח אדריכלי מקביל, המשקף חלוקת כוח דומה, נמצא במאמרו המזהיר של אביגדור פלדמן “שירת הסירנות: שיח וחלל בבית-המשפט” **תיאוריה וביקורת** 1, 143 (1991). ראו גם אביגדור פלדמן “מקום המשפט – היכל הצדק בתל אביב” (9.4.2001) www.readingmachine.co.il/home/articles/article_469.

100 אילנה ארבל **פוקו וההומניזם** 32 (2006) (ההדגשה הוספה; ההפניות הושמטו). כן ראו: Rosa Ainsley, *Watching the Detectors – Control and the Panopticon, in NEW FRONTIERS OF SPACE, BODIES AND GENDER* 88 (Rosa Ainsley ed., 1998) (הרחבת רעיון הפנאופטיקון לטלוויזיה במעגל סגור ולצילום בכלל כאמצעי שליטה ובקרה, והדגשת התפקיד המשני של הרעיון בכל הנוגע בשינוי חברתי).

101 בנתהם, בהשראת מיל, הגה את הפנאופטיקון מטעמי תועלתנות. נקודת-מבט זו מתקשרת להיבט של ניגוד עניינים של הגורם הפרטי המפקח, השואף לצמצום כוח-אדם, למזעור עלויות וכולי. אך כאמור, חשש לניגוד עניינים קיים גם כאשר מדובר בהפעלת סמכות על-ידי המדינה.

כאמור, בנתהם מציע להחיל את הפנאופטיקון גם על בתי-ספר. אך בעוד הדיון בפנאופטיקון נהפך למרכזי בהיסטוריה של בתי-הסוהר, הוא לא זכה בהבלטה בכל הנוגע בפיתוחם של בתי-הספר. נקודת החיבור בין בית-הספר לבין בתי-הסוהר היא המשטור. משטור זה מתבטא לא רק בסדר-יום קבוע, אלא בעיצובם של הנפש, תנועות הגוף ותגובותיו (ישיבה, עמידה, שמירה על שקט).

ההשקפות המודרניות על החינוך שונות מן הסתם מאלה של בנתהם, אך מעניין לראות שבתחילת עידן המודרנה, לפני כמאתיים שנה, נבנה דגם משותף לבית-סוהר ולבית-ספר – שני מוסדות חדשים יחסית שנתפסים כציבוריים-לאומיים ואשר בנויים על רעיון המשטור.¹⁰²

3. חינוך קהילתי, שלטון האב ופיקוח מדינתי?

החינוך הציבורי שם דגש במורשת התרבותית המאחדת, בהקניית כישורים להשתכרות בעתיד ובשוויון הזדמנויות. האם ניתן להפריט חינוך? מנקודת-המבט של המונופול המדינתי, סמכות החינוך נחשבת רכה יותר מסמכויות ענישה. מאז ומתמיד הכירה המדינה בסמכות החינוך של מוסדות פרטיים בצד המוסדות הממלכתיים. כיצד הדבר מתיישב עם התכלית של הקניית הערכים האזרחיים המשותפים?

במדינות המערב הוצעו שני מודלים מרכזיים ששמרו על עליונות המדינה בנושאי חינוך: מודל אחד, תקצובי, שלל ממוסדות פרטיים, בעיקר דתיים, תקצוב מדינתי, והפקיד את החינוך כולו בידי המדינה; מודל שני, מהותי-איכותי, התנה את הפניית המשאבים בכך שבית-הספר הפרטי יכלול תכנים מסוימים בתוכניתו, ותייב פיקוח מצד המדינה.

אך גם בעניין זה ניטשת מחלוקת עזה בין מצדדי הפרטה לבין מתנגדיה. מצדדי הפרטה ואלה הדוגלים בתפיסה של המדינה כשומרת-הלילה בלבד סבורים כי חינוך הוא תחום מובהק שאין המדינה צריכה לספקו או לפחות אל לה לשמור לעצמה מונופול בעניין זה.¹⁰³ מתנגדי הפרטה, לעומתם, יצביעו על כך שחינוך הוא יעד חברתי בעל חשיבות עצומה. המדינה חייבת להיות ספקית החינוך לצורך הבטחת ערכים ליברליים-דמוקרטיים שוויוניים. התערבות המדינה אינה יכולה להתמצות בפיקוח ובמניעת נזקים, משל דובר בפיקוח על מסעדה.¹⁰⁴

102 בנתהם סבר כי ניתן להחיל את הדגם הזה במוסדות נוספים, כגון מפעלים ובתי-חולים. ראו www.cartome.org/panopticon2.htm.

103 JOHN E. CUBB & TERRY M. MOE, POLITICS, MARKETS AND AMERICA'S SCHOOLS (1990) המחברים הציעו רפורמה שלפיה המדינה תממן רמה בסיסית של השכלה אך תותיר את הניהול, ההפעלה והתכנים בידי גורמים פרטיים. ראו התייחסות אצל ניר מיכאלי "הפרטה במערכת החינוך בישראל" (13.5.2010) www.kibbutz.org.il/hazan/hafrata/nir_13_5_10.doc.

104 איימי גוטמן **חינוך דמוקרטי** 83–84 (אמיר צוקרמן מתרגם, 2002); דפנה ברק-ארו "המשפט הציבורי של הפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" **עיוני משפט** ל 461 (2008). ראו גם את דבריה של שרת החינוך יולי תמיר, אשר הגיבה על נכונותו של בית-המשפט העליון להחיר פתיחת מוסדות

בישראל, אשר אימצה כביכול דגם ממלכתי-ציבורי, היו בקיעים בתפיסת החינוך הממלכתי כבר מלכתחילה, עם ההכרה בזרמים השונים, הבנויים על ערכים קהילתיים – מהם דתיים, מהם אתניים.¹⁰⁵ זרמים אלה היו קיימים כבר קודם להקמת המדינה, וניתן לומר כי מצב הרב-תרבותיות בישראל קדם למצבה כמדינה. חוק החינוך הממלכתי שחוקק בשנת 1953, אשר ביקש כביכול לשוות אופי ממלכתי סולידרי לחינוך, ביסס את הליכי הפיצול והרב-תרבותיות שהתקיימו כבר קודם לחקיקתו, והתניע את תהליכי ההפרטה, שפרצו החל בשנות השמונים.¹⁰⁶ הליכי ההפרטה הובילו, בין היתר, ליצירתן של מסגרות מסוגים שונים – חלקן אידיאולוגיות, וחלקן פועלות בשם ערך המצוינות, ללא מטען רעיוני, מתוך אמונה שרק חינוך פרטי עתיר תקציבים יאפשר תוצאה זו. חלק מהמוסדות שקמו הוטמעו בתוך החינוך הממלכתי, וחלקם לא הוגדרו ממלכתיים אך זכו בתקצוב ממלכתי.

הבקיעים הלכו והתרחבו עם הרחבת האוטונומיה של הזרמים הממלכתיים ועם ההכרה בזרמים פרטיים (הזרמים החרדים), שאף זכו בשנת 2008 בחוק המעניק להם תקצוב מדינתי.¹⁰⁷ במקרה האחרון מדובר בחינוך פרטי שאינו מגשים את ערכיה של המדינה כמדינה דמוקרטית ואשר אינו מקנה לימודי-ליבה – אותם לימודים אשר חיוניים כדי לשמר את כוח הבחירה והאוטונומיה של הילדים, לחשוף אותם לצורות חיים חלופיות ולצייד אותם בכלים שיאפשרו להם לצאת מגבולות הקהילה עם התבגרותם ולשרוד מחוץ לה. והנה, חינוך פרטי זה, החוסם בפועל את זכות היציאה מהקהילה, זוכה לא רק בהכרה, אלא אף בתקצוב מדינתי נכבד. החוק מהווה עליית מדרגה בכל הנוגע בנסיגת המדינה מהערכים שאותם חרתה על דגלה, שהרי קיים הבדל דרמטי בין הכרה בפרקטיקות של קהילות פרטיות המתבטאת בכך שהמדינה אינה אוסרת אותן לבין הכרה פורמלית-חקיקתית-תקציבית בנורמות העומדות בניגוד לערכי-היסוד של המדינה.¹⁰⁸ התמודדות עם הבעיה עומדת לפתחו של בג"ץ, בעתירה שאחד ממגישיה

חינוך פרטיים באמירה כי בית-המשפט "עלול לגרום לפירוק מערכת החינוך מכיוון שהוא מתייחס לחינוך כאל שוק חופשי". יהלי מורן זליקוביץ' "תמיר: השופטים מפרקים את מערכת החינוך" *ynet* 17.2.2009. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3673424,00.html. טענה נוספת המושמעת בהקשר זה היא הטענה של אי-מושלמות חוזית (incomplete contracts). לפי טענה זו, כאשר המדינה מתקשרת עם ספק פרטי לצורך הפרטה של חינוך, היא יכולה לפקח על ביצועיו בכל הנוגע בהנחלת הידע המקצועי – למשל, על-ידי עריכת מבחנים השוואתיים – אולם היא תתקשה לאכוף הטמעה של ערכים חברתיים חשובים אך "רכים", כגון חינוך לדמוקרטיה. ראו: Oliver Hart et al., *The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons*, 112 Q. J. ECON. 1127 (1997).

105 מערכות החינוך המקבילות שפעלו לאחר קום המדינה היו זרם העובדים, הזרם הכללי, זרם המזרחי, החינוך העצמאי והחינוך הערבי. ראו רחל אלבוים-דרור **החינוך העברי בארץ ישראל** (1990). להצגת בעיות הקיימות במגזרי החינוך המיוחדים ראו יורם רבין **הזכות לחינוך** 469–421 (2002).

106 לניתוח המצב בארץ ראו מיכאלי, לעיל ה"ש 103.

107 חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008, ס"ח 742.

108 להבחנה בין גדרות חברתיות שהקהילות עצמן בונות לבין גדרות משפטיות שהמדינה בונה בתחום הדיור ראו גרשון גונטובניק "קבוצות מיעוט המבקשות מהמדינה לסגור את עצמן: חומות משפטיות, גדרות חברתיות והפליה בדיור" **קהילות מגודרות** 425, 446, 455–457 (אמנון להבי עורך, 2010).

הוא פרופ' אמנון רובינשטיין.¹⁰⁹ אך השאלה רחבה יותר, ועולה גם לגבי בתי-ספר אחרים.

הפליית נשים והמשך שלטון האב, כרכיבים אידיאולוגיים בחלקים מהחינוך הדתי והערבי, מהווים המשך רעיוני של התפיסה המפלה הנוהגת להלכה – ולעיתים אף למעשה – בקרב המשפחה בחסותה של מדינת-ישראל (דיני נישואים וגירושים הנשלטים על-ידי הדין הדתי). אך בעוד תחום המשפחה נתפס כמובלעת בעייתית מוכרת (הטענה שינוי), התפיסה הפורמלית לגבי החינוך היא ממלכתית. מכאן עולה הטענה כי המדינה זכאית להתנות את הענקת התקציב בכך שבית-הספר יקנה לתלמידיו ערכים דמוקרטיים, שלא לדבר על לימודי-ליבה, המאפשרים יציאה מהקהילה עם יכולת השתכרות. המדינה לא רק זכאית לכך, אלא גם מוטלת עליה חובה לעשות כן כדי להתגונן מפני פגיעה באופייה הדמוקרטי.¹¹⁰

לא מכבר נקבעה הלכה ברוח זו בעניין בית-הספר "בית יעקב" בעמנואל, המופעל על-ידי זרם החינוך העצמאי. בית-הספר הוא מוסד מוכר שאינו רשמי, כלומר, אין הוא שייך לזרם הממלכתי, אך הוא זוכה בתקצוב ממשלתי, והוא כפוף לפיקוחו של משרד החינוך. בית-הספר חולק לשתי מגמות נפרדות, אשר פילחו את אוכלוסיית בית-הספר לבנות אשכנזיות ולבנות ספרדיות. בית-המשפט הבחין בין חלוקה המבוססת על תפיסת-עולם ומנהגים של קהילה פלונית לבין חלוקה המבוססת על הפרדה אתנית, וקבע כי במקרה הנידון מדובר בהפרדה עדתית גרידא באצטלה של שוני תרבותי, ומכאן – בהפליה אסורה. בית-המשפט הורה להסיר כל סממן מפלה, ואם לא ייעשה כן, ציווה על משרד החינוך לנקוט אמצעים לשינוי המצב, לרבות שלילת רשיונו של בית-הספר

למעשה שלפיה גם הימנעות היא בבחינת פעולה ראו Olsen, לעיל ה"ש 67. ראו בהקשר אחר רונית לוי-שנור "הפרטה, הפרדה והפליה – זניחת ההליכים של הסדר הזכויות במקרקעין במזרח ירושלים" (צפוי להתפרסם בעיוני משפט לד, 2011).

109 ראו בהקשר זה אמנון רובינשטיין "שקיעתה, אך לא מותה, של הרב-תרבותיות" הפרקליט מט 47, 90–91 (2006) (הגורס כי יש לבנות גשרים של הכרה הדדית וסובלנות בין קבוצות, וכי לשם כך, בצד תוכנית הלימודים הנפרדת, יש לחייב את כלל התלמידים בתוכנית משותפת מינימלית, תוך חתירה למכנה משותף דמוקרטי ושוויוני. כן הוא מציע לממן לימודים לבגרות לכל אדם עד גיל שלושים המעוניין בכך, כדי לאפשר לו בשלב מאוחר יותר לצאת ממעגל החינוך הנפרד). לתגובתו של הציבור החרדי על העתירה – תגובה אשר נשענת על ערכי הסובלנות הליברליים ועל עקרון הרב-תרבותיות – ראו יאיר אטינגר "סטודנטים חרדים לבג"ץ: מדינה דמוקרטית לא יכולה לכפות את לימודי הליבה" **הארץ Online** 9.8.2010 www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=1183696. הפרקליטות מתנגדת לעתירה, בציינה כי הישיבות הקטנות הן "בלוז אורח החיים הייחודי של החברה החרדית". אביעד גליקמן "המדינה: אין לימודי ליבה – זה נקבע לפני 200 שנה" **ynet** 2.9.2010 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3948264,00.html.

110 משה כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים בבתי-הספר החרדיים" **משפט וממשל** יא 367 (2008); תמי הראל בן שחר "אוטונומיה חינוכית, תוכנית-הליבה ומימון ציבורי של החינוך – על חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008" **משפט וממשל** יב 281 (2009).

ושלילת תקצובו. בפועל נראה שההלכה לא יושמה.¹¹¹ הלכה דומה נקבעה בעניין אי-שיבוצם המפלה של תלמידים מקרב עולי אתיופיה במוסדות החינוך הזוכים במימון ציבורי. הלכה חשובה זו קבעה באורח עיוני את העיקרון שלפיו האוטונומיה האישית בתחום החינוך כפופה לעקרונות-היסוד החוקתיים, ובכלל זה לערך השוויון. בפועל לא היה צורך ליישם את ההלכה, שכן המקרים שהניעו את הגשת העתירה נפתרו.¹¹² להלכות אלה – שמתייחסות לא לתוכני הלימוד עצמם, אלא לתהליך של מיון התלמידים, ואשר לא קל ליישמן, כפי שראינו – יש חשיבות רבה. אך יש להדגיש כי הן מתייחסות להליך הקבלה המפלה, ולא לתוכני הלימוד עצמם, הנושאים אופי מפלה.

4. מחינוך קהילתי לפורום קהילתי

נושא החינוך מחזיר אותנו לבעיית השפיטה הנפרדת. מובן שעל ציר הזמן החינוך הנפרד הוא שמניב בשלב מאוחר יותר את הצורך בשפיטה נפרדת, אשר תתבסס על אותם ערכים שהחינוך הנפרד בנוי עליהם.

פורום "תקנה" מהווה מעין חלופה נורמטיבית ושיפוטית למוסדות המדינה. הוא אינו יחיד. גם ההסדר שנהג בקיבוץ שימש במשך שנים חלופה מוסדית-שיפוטית למוסדות המדינה. הקיבוץ – שהיווה את מרכז חייהם, עיסוקם ופרנסתם של חבריו – היה הפורום המחוקק, השופט והמוציא לפועל. התערבות משפטית חיצונית הייתה נדירה. התערבות מבחוץ, השוברת את קשר השתיקה, מונעת לעיתים פגיעה לא-ראויה. אבל פנייה להתערבות חיצונית נחשבה בקיבוץ בעייתית, שכן היא נתפסה כמפוררת את הסולידריות וכפוגעת באוטונומיה הקהילתית. מעניין שעם התפרקות הקיבוץ והפרטתו התעצמה גם ההתערבות השיפוטית.¹¹³ ממילא איבדה הקהילה את כוחה המחייב, ואפשרות היציאה

111 בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך (טרם פורסם, 6.8.2009). למרות הצו הסתבר שמצב ההפליה נמשך. בהמשך הוגשה בקשה נוספת שעילתה בזיון בית-המשפט (19.1.2010), ובית-המשפט הטיל קנס על הצדדים, לרבות ההורים, והורה למשרד החינוך לשקול את הסרת התקציב. גם החלטה זו לא יושמה. ב-29.4.2010 הטיל בית-המשפט שוב סנקציות כספיות על המוסד ועל ההורים. בשל אי-קיום ההסדר, וקבע כי אם הצו לא יבוצע, תישקל האפשרות של הטלת מאסר על ההורים. ב-15.6.2010 פסק בג"ץ כי על הורי התלמידות להודיע לאלתר אם יצייתו לפסק-הדין, שאם לא כן ייאסרו עד למועד שבו ימסרו לבית-המשפט אישור בכתב שבו יודיעו על נכונותם ליישם את פסק-הדין. ראו תומר זרחין "בג"ץ: הורים שימשיכו באפליה – ייאסרו" הארץ 16.6.2010. ההורים אכן נאסרו, אך בהמשך הדברים שחרר בית-המשפט את האימהות, ובסופו של דבר, ביום 27.6.2010, גם את האבות, לנוכח הסדר פשרה שהושג, שלפיו שתי הקבוצות ילמדו יחד עד לסיום שנת הלימודים (כלומר, שלושה ימים בלבד). בהמשך אישר משרד החינוך להורי הבנות לפתוח לקראת שנת הלימודים הבאה בית-ספר פרטי, אשר יאפשר להם לשמור על המאפיינים המחמירים הנהוגים בקהילתם אך לא יתוקצב כלל על-ידי המדינה. יעל ברנובסקי "רשמית: יוקם בי"ס ל'מגמה החסידית' בעמנואל" ynet 25.8.2010 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3943700,00.html

112 בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך (טרם פורסם, 31.8.2010).

113 בית-המשפט מצייין כי באופן עקרוני יש לנהוג באיפוק ובריסון לגבי החלטות של מוסדות הקיבוץ, אך הוא מתערב בהן לא אחת. ראו, לדוגמה, ע"א 11533/05 קיבוץ קלי"ה נ' הרטי (טרם פורסם,

נעשתה זמינה יותר ולא-מאיימת. ואולי דווקא עם ההתערבות השיפוטית, והצלחתם של חברים מסוימים להשיג הישגים בעקבותיה, נפגעה האפקטיביות של מנגנוני ההסדרה הפנימיים – תופעה שהובילה להאצת התפוררותו של הדבק הקהילתי.¹¹⁴ המגזר החרדי פועל שנים באמצעות בית-דין פרטי המרפז אליו את ענייני הקהילה. הוא קובע נורמות ומיישב סכסוכים, לרבות סכסוכים בעלי אופי פלילי. חברי הקהילה החרדית מסדירים את ענייניהם באמצעות פורום זה. אין הם פונים לבתי-המשפט של המדינה. למעשה, פנייה כזו נחשבת לא-לגיטימית.¹¹⁵ כאמור, בעבר פעל בית-הדין הרבני כבורר בנושאים שמחוץ לסמכותו, עד שנקבע כי ההסדר אינו חוקי.¹¹⁶ אולי כתחליף לכך פועלים זה שנים אחדות בתי-דין הלכתיים במגזר הציוני-הדתי כחלופה לבתי-המשפט של המדינה במישור של דיני ממונות. בתי-דין אלה, שסמכותם נשאבת מחוק הבוררות, לא רק מציעים חלופה יעילה, מהירה וזולה יותר, אלא גם מאפשרים לציבור הפונה אליהם, שהוא בעיקרו ציוני-דתי, להזדהות עם הנורמות המבססות את ההלכה ועם אלה המפעילים אותן, שהם רבנים.¹¹⁷ האם ניתן להשלים עם פרקטיקות לא-ליברליות הנוהגות ב**טריבונלים** פרטיים (למשל, פסלות אישה להעיד)?¹¹⁸ בעניין זה קיימות שתי השקפות שונות, המעוגנות בשתי תפיסות שונות של ליברליות.¹¹⁹ תפיסה אחת, המעוגנת ברעיון הליברליזם הכולל,

(10.3.2009) (שבו נפסלה הוצאתו של חבר קיבוץ מהקיבוץ בשל כך שלא דיווח על הכנסות אשתו, אף היא חברת קיבוץ, אשר הועלמו מהקיבוץ; אשתו הוצאה מהקיבוץ, אך בית-המשפט קבע כי אין זה סביר לדרוש מבעל למסור דיווחים מרשיעים על אשתו – שם, פס' 22–23 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן).

114 היכולה חברת קיבוץ, שהקיבוץ מבקש להוציאה לא כדין משורותיו, לכפות את חברותה על הקיבוץ? במקרה אחד טען קיבוץ אשר סילק חברה משורותיו שגם אם פעל לא כדין ותוך הפרת חוזה, אין החברה זכאית לאכיפה מנימוקים המעוגנים בהגנה על הפרטיות. בע"א 3581/04 **קיבוץ בית ניר, אגודה שיחופית חקלאית נ' שק** (טרם פורסם, 11.7.2006) דחה בית-המשפט טענה זו (שהושגתה על היות האכיפה בלתי-צודקת), בציינו כי "הכלל לפיו יש לאפשר מתחם רחב ביותר של שיקול דעת לחברי האגודה לבחור מי יצטרף אליהם ומי לא... אינו מעניק לחברים שיקול-דעת בלתי מוגבל והוא נתון לביקורת שיפוטית... הוא הדין וביתר-שאת מקום שבו מדובר בהפסקת חברותו של מי שכבר נמנה עם חברי הקיבוץ".

115 שלמה דיכובסקי "בתי דין רבניים ממלכתיים – בעיותיהם והישגיהם" **דיני ישראל** יג-יד, ז (1986); שלמה דיכובסקי "מעמדו של בית דין רבני הדין בדיני ממונות כבורר" **שנתון המשפט העברי** טז-יז (1991) 527.

116 לעיל תת-פרק 11, ה"ש 89.

117 חפרי-וינוגרדוב, לעיל ה"ש 76.

118 בתי-הדין של המגזר הציוני-הדתי הנידונים במאמרו של חפרי-וינוגרדוב אינם מחילים את הכלל שלפיו יש להוכיח תביעה על-ידי שני עדים גברים ושומרי מצוות. אלמלא כן הייתה סכנה לפסילת הליך הבוררות בשל ניגודו לתקנת הציבור. שם, בטקסט הסמוך לה"ש 111–112.

119 לשתי התפיסות – המרוסנת והמתערבת – ראו מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 369–417 (2008), בעיקר בעמ' 383–396. השוו אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** 94, 104 (מנחם מאוטנר, אבי גיא ורון שמיר עורכים, 1998), הטוענים כי מדינה אינה צריכה להיות ניטרלית כלפי קבוצות

תסבור כי אין לכפות ערכים על קבוצת מיעוט תרבותית. לכן, לדוגמה, המערכת המשפטית באנגליה מכירה בפסקי־דין שרעיים בענייני ממון ומשפחה, ונותנת להם תוקף כפסקי בוררות.¹²⁰ תפיסה אחרת תסבור כי כל אימת שמדובר בהכרה ציבורית בהשקפת־עולם, על השקפה זו לעמוד בערכיה הבסיסיים של המדינה, שעיקרם כבוד האדם ושוויון. עמדה זו מתבטאת בקנדה, שבה המתדיינים מחויבים להתדיין רק על־פי חוק הגירושים האזרחי.¹²¹

סוגיה מקבילה התעוררה בארצות־הברית כאשר לתוקפו של חוזה שנעשה קודם לנישואים ואשר מסדיר את ענייני הרכוש על־פי הדין השרעי. החלטה של בית־משפט שהכירה בתוקפו של החוזה בוקרה בחריפות, בהיותה מנוגדת לתפיסת השוויון בין גברים לנשים ובהתעלמה מאפשרות קיומו של פגם ברצונה של האישה שחתמה על החוזה.¹²² אצלנו התעוררה השאלה אם יש לתת תוקף לנוהג במגזר הערבי המחייב בת

מיעוט, אלא רק כלפי קבוצת הרוב, וכי עליה לסייע לתרבויות מיעוט ולהגן עליהן באמצעות מתן זכויות מיוחדות. לדיון נוסף במחלוקת הרעיונית ראו: JACOB LEVI, *THE MULTICULTURALISM OF FEAR* 51–62 (2000); SEYLA BENHABIB, *THE CLAIMS OF CULTURE: EQUALITY AND DIVERSITY IN THE GLOBAL AREA* 82–104 (2002).

120 ראו: Abul Taher, *Revealed: UK's First Official Sharia Courts*, THE SUNDAY TIMES, Sep. 14, 2008; חפרי־וינוגרדוב, לעיל ה"ש 76. ראו בהקשר אחר: Christopher McCrudden, *Multiculturalism, Freedom of Religion, Equality, and the British Constitution: The JFS Case Considered* (2010), available at ssrn.com/abstract=1701289, הבוחר את עמדתו של בית־המשפט העליון באנגליה, אשר הורה בדעת רוב על קבלת ילד לבית־ספר אורתודוקסי יהודי אף שאמו לא עברה גיור אורתודוקסי, בנימוק ששלילת קבלתו פוגמת בעקרון השוויון (R. v. The Governing Body of JFS, [2009] UKSC 15). המחבר מצביע על המגמה הנוכחית המסתמנת: החקיקה השוויונית עולה בקנה אחד עם מגמה בתר־רב־תרבותית, הדוחה פרקטיקות תרבותיות שאינן עולות בקנה אחד עם ערכים ליברליים. בדרך זו עקרון השוויון דוחה את חופש הדת (של בית־הספר) אך בו־בזמן מגן על חופש הדת (של התלמיד ומשפחתו).

121 זו העמדה באונטריו, שגובשה בחוק: Family Statute Law Amendment Act, S.O. 2006 c. 1. ראו: Ayelet Shachar, *Privatizing Diversity: A Cautionary Tale from Religious Arbitration*, in *Family Law*, 9 THEORETICAL INQ. L. 573 (2008) ומשפחה אסורה על־פי חוק: Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2639. ראו חפרי־וינוגרדוב, לעיל ה"ש 76; Jeff A. Redding, *Institutional v. Liberal Contexts for Contemporary Non-State, Muslim Civil Dispute Resolution Systems* (2010), available at ssrn.com/abstract=1648945 (תיאור הגישות השונות באנגליה ובקנדה, והצגת המחלוקת בעניין זה בהודו). ראו גם את הדעה המציעה להעניק הכרה לפסקי־דין של טריבונלים דתיים ובלבד שיענו על כמה עקרונות, כגון אי־הכרה בנישואי ילדים או בפוליגמיה, אי־הכרה בנישואי־כפייה או בהמרת דת כפויה, ואי־הפליה בולטת כלפי נשים וילדים: John Witte Jr. & Joel A. Nichols, *Faith-Based Family Laws in Western Democracies?* FIDES ET LIBERTAS: THE JOURNAL OF THE INTERNATIONAL RELIGIOUS LIBERTY ASSOCIATION 122, 134 (2010), available at irla.org/assets/files/Fides/Fides2010.pdf.

122 Nathan B. Oman, *Bargaining in the Shadow of God's Law: Islamic Mahr Contracts and the Perils of Legal Specialization*, WAKE FOREST L. REV. 579 (2010). המחבר בוחר את

לוותר על ירושתה. יש הסבורים כי בשם חופש החוזים, המשקף העדפות תרבותיות שונות, ראוי לתת לוותר זה גושפנקה.¹²³ עמדה עדיפה תסבור שראוי לתת תוקף דווקא לעמדת הבת המבקשת להתנער מויתור כזה, שהרי מעבר להיותו מפלה, אין זה ברור עד כמה הסכמתה של הבת היא הסכמה של ממש.¹²⁴

פרק ח: מודלים של הפרטה

רשימה זו נפתחה בדיון בהפרטת בית-סוהר ובשיפוט קהילתי פרטי, שהתייחס לרקע ההיסטורי ולמעמד הנורמטיבי של סמכות הענישה. המשך הדיון נגע ברקע ההיסטורי והנורמטיבי של חינוך ושפיטה פרטיים. בלב הנושא אצור מתח בין ממלכתיות, הפרטה ופרטיות. הפרטה היא תוצר של אכזבה מתפקודה של המדינה המודרנית.¹²⁵ היא תגובת-נגד על סמכותה של המדינה, והיא מבוססת בעיקרה על שני טעמים: יעילות

הבעיה מן ההיבט של הפיצול בדיני חוזים. לדעתו, פיצול-היתר של דיני החוזים וזניחת העקרונות הכלליים של המשפט המקובל גורמים לתוצאות בעייתיות. בתי-המשפט אינם מודעים לפער התרבותי בין הנישואים השרעיים לבין הנישואים הכנסייתיים, ומתייחסים להסכם המוהר כאל ייצוג של חוזה טרום-נישואים המסדיר את הרכוש עם גירושי בני-הזוג. אולם חוזה המוהר קשור בטבורו לדין הנישואים השרעי. אין הוא תוצאה של משא-ומתן חופשי, אלא יש בו יסוד של כפייה, ובתי-המשפט היו צריכים, לדעת המחבר, להפעיל את דיני הפגמים ברצון כדי לשחרר את האישה מתוצאותיו של חוזה זה. לזווית אחרת ראו: Brian Bix, *Mahr Agreements: Contracting in the Shadow of Family Law (and Religious Law) – A Comment on Oman* (Jan. 31, 2011), Wake Forest L. Rev. Forum, available at ssrn.com/abstract=1752289 (הסבור כי יש להתייחס לבעיה כאל ויתור על זכות המוקנית למתקשרים, ולבחון אם הויתור עומד בקנה-המידה של הצדק המהותי והדיוני בדיני חוזים).

123 ראו לעניין הצידוק התרבותי מרגלית והלברטל, לעיל ה"ש 119, בעמ' 103, הטוענים כי אף על-פי שיש לאפשר לקבוצות מיעוט לכפות פרקטיקות לא-ליברליות במרחבים הציבוריים שלהן כאמצעי לשימור תרבותן (למשל, לחייב נשים להתלבש בצניעות כאשר הן נכנסות לשכונה חרדית), אין לאפשר להן להגביל את זכות היציאה מהקבוצה. הבעיה בטיעון מסוג זה היא שכפיית הפרקטיקות הלא-ליברליות של הקבוצה בתחומיה מובילה דה-פקטו להגבלת זכות היציאה, שכן ככל שהחשיפה של בן קבוצת מיעוט לפרקטיקות שונות מאלה של קבוצתו מועטה יותר, כן הקושי ביציאה מקבוצת המיעוט שלו ובהשתלבות בקבוצה אחרת גדול יותר. לזכות היציאה ראו לעיל ה"ש 74.

124 ראו חיים זנדברג ואדם חפרי-וינוגרדוב "ויתורה של הבת על ירושתה במגזר הערבי-הפלשתיני בישראל – תפקידם של בתי-המשפט האזרחיים" **עיוני משפט** לג 373 (2010) (התומכים בעמדה פסיקתית המקדמת שוויון מגדרי). ראו גם: Shelly Kreiczer-Levy, *Religiously Inspired Gender-Bias Disinheritance – What's Law Got to Do With It?* 43 CREIGHTON L. REV. 669 (2010) (בחינת תוקפה של צוואה המדירה בנות בהתאם למשטר הירושה; גם במשטר ירושה חופשי מוצע להתבסס בהקשר זה על העיקרון של תקנת הציבור).

125 ראו GOVERNMENT BY CONTRACT: OUTSOURCING AND AMERICAN DEMOCRACY, לעיל ה"ש 50, שבו דיון כולל בבעיה, וכן Rubin, לעיל ה"ש 50.

וקהילתיות. הפרטת בתי-הסוהר, פרשת הרב ופורום "תקנה" וכן נושא החינוך בכלל מייצגים מודלים שונים של הפרטה, הנבדלים זה מזה בסוג הסמכות¹²⁶ ובמניע לסיווגה כפרטית או כציבורית.¹²⁷ אני מתייחסת למקרים האמורים כמייצגים "מודלים של הפרטה" אף שמונח זה בעייתי לעיתים, שהרי הפרטה מניחה כי הסמכות המועברת שייכת מלכתחילה למדינה, בעוד אחדות מהסמכויות הנידונות אינן ממלכתיות ומשום כך קשה להתייחס להפעלתן על-ידי גופים פרטיים כאל הפרטה. זאת ועוד, אני משתמשת בהפרטה במשמעותה הרחבה, הכוללת גם מיזמים שבהם המדינה שותפה בפעילות הפרטית, כגון מיזמים שמתוקצבים על-ידי המדינה אך שהפעלתם וקביעת התכנים בהם היא פרטית. הצגת הדוגמות כמודלים של הפרטה מדגישה את ישימותו העקרונית של הניתוח גם לסוגיות אחרות הכרוכות בהפרטה וברב-תרבותיות. באופן כללי, ומבלי לנסות למצות את כל המצבים, ניתן לזהות ארבעה סוגי מודלים כאלה:

1. הפרטה של סמכות מרכזית מטעמי יעילות (הפרטת בית-הסוהר; הפרטת החינוך);
2. הפרטה של סמכות לא-מרכזית מטעמים תרבותיים-אידיאולוגיים (פורום קהילתי דוגמת "תקנה");
3. הפרטה של סמכות מרכזית מטעמים תרבותיים-אידיאולוגיים (חינוך);
4. הפרטה של סמכות לא-מרכזית מטעמי יעילות (בניית כבישים או הקמת מבנים).

הבעיה המרכזית נוגעת בהפרטת סמכות מרכזית (מודלים 1 ו-3). בכל הקשר להפרטה של סמכות מרכזית מטעמי יעילות (מודל 1), ההנחה היא שפרטים עשויים לנהל מיזמים בצורה יעילה יותר מהמדינה. ההפרטה בהקשר זה היא ניטרלית מבחינה ערכית. השאלה המתעוררת לעניין זה היא מה גבול יש להפרטה זו, ואם למדינה מוקנית סמכות טבעית שאין היא רשאית לוותר עליה. סמכות הענישה נתפסת כסמכות טבעית של המדינה, אך בהקשר היסטורי, בוודאי בעברות שלא היו קשורות לתפקוד המדינה או השליט, הייתה סמכות הענישה לא אחת עניין שבין העברייני לבין קורבנו, ובמקרים רבים הייתה מסורה סמכות ענישה גם לאבי המשפחה או לקהילה. כיום אנו עדים להפרטה חלקית של סמכויות ענישה (תובעים פרטיים) ולמעורבות הולכת וגוברת של הקורבן בהליך הענישה.

הטענה המרכזית ברשימה זו היא שהואיל וקשה להתייחס לסמכות הענישה כאל סמכות מדינתית "טבעית", ולנוכח העובדה שסמכויות הנוגעות בהפעלת הליך הענישה מופרטות בפועל ואף זכו בהכרה, אין הצדקה להתנגד להפרטתה מטעמי יעילות או ממניעים כלכליים גרידא, כל עוד מופעל פיקוח נאות, אשר תכליתו, בין היתר, למנוע ניגוד עניינים – בעיה אשר מתעוררת גם לגבי פעולתה של רשות ציבורית. התפעול

126 להגדרת "סמכות" ראו: Scott J. Shapiro, *Authority*, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW 382 (Jules Colman & Scott Shapiro eds., 2004).

127 לקשיי הסיווג של סמכות כפרטית או כציבורית בהקשר הדתי, ולמובנים השונים של פרטיות, ראו רות גביון "דת ומדינה: הפרדה והפרטה" *משפט וממשל* ב 55, 65–75 (1994).

המדינת ישראל של בתי-הסוהר גורם בפועל לפגיעה ברווחת האסירים ובכבודם. מצב זה והניסיון שנצבר מהפעלת בתי-סוהר פרטיים בעולם מעלים סימני שאלה באשר לשלילתו של הניסיון אצלנו.

ברור מאליו שעמדה שאינה שוללת הפרטה של סמכות מרכזית מטעמי יעילות תוביל, מקל וחומר, להכרה בהפרטה של סמכות לא-מרכזית מטעמי יעילות, והדבר אכן נעשה בפועל (מודל 4).¹²⁸

הפרטה מטעמים תרבותיים-אידיאולוגיים של סמכות מרכזית כחינוך (מודל 3) עשויה לעורר בעיה. הורים יכולים לחנך את ילדיהם בדרך שבה יבחרו, אך חינוך במדינה ליברלית הוא פרייה של חלוקת עבודה בין הבית למדינה, והוא אמור ליצור מכנה משותף שיאפשר סולידריות בין חברי הקבוצות השונות. לא כך הם פני הדברים במדינת-ישראל. החינוך הממלכתי מופצל, ותקציבים ציבוריים מממנים גם חינוך המבוסס על תפיסה של שלטון האב והפליה. ההתנגדות להפרטה מטעמים אידיאולוגיים-תרבותיים של הסמכות החינוכית אינה נובעת מכך שמדובר בסמכות טבעית של המדינה (שהרי מבחינה היסטורית סמכות זו לא הייתה כלל בידי המדינה), אלא בשל חשיבותו הציבורית של החינוך, ומפני שחינוך פרטי עלול לתת חסות חוקית לאידיאולוגיות לא-ליברליות ולפגיעה בכבוד האדם (למשל, הפליה של נשים). בגזרה זו אנו עדים לכך שתהליך

ההפרטה מתמזג עם תהליך הרב-תרבותיות ומזין אותו רעיונית ומעשית.¹²⁹ הרשימה הבליטה את הפרטת החינוך מטעמים תרבותיים-אידיאולוגיים ואת הקושי הכרוך בכך. סיווג זה של הפרטת החינוך אינו ממצה. לצד מצבים של התבדלות בחינוך הנובעת משיקולים תרבותיים, קיימים זרמי חינוך פרטיים המבקשים להתבדל מטעמים של יעילות ומצוינות אקדמית, מתוך רצון לספק "שירות" או "מוצר" איכותיים יותר (מודל 1). הפרטה כזו עלולה להגדיל פערים, אך ספק אם ניתן להתנגד לה כל עוד מדובר בחינוך העולה בקנה אחד עם ערכיה של המדינה, וכל עוד מופעל עליה פיקוח מדינתי נאות, ובמיוחד כך כאשר המדינה מממנת חינוך פרטי שאינו עולה בקנה אחד עם ערכיה הדמוקרטיים.

להפרטה של סמכות לא-מרכזית מטעמים תרבותיים, דוגמת זו הכרוכה בהטלת הסנקציות של פורום "תקנה" (מודל 2), אין סיבה להתנגד כל עוד אין היא נוגדת את משפט המדינה. סמכות זו אינה חופפת תחום אחריות מרכזי של המדינה. היא אינה גורעת מסמכות המדינה, אף שהיא עשויה לגעת בשוליה של סמכות הענישה המדינתית. היא נוגעת בספירה פרטית-קהילתית, שבה לגיטימי שאזרחים יבטאו את השונות התרבותית והאידיאולוגית שלהם. במובן זה אין לדבר על הפרטה, אלא על פרטיות, כלומר, על תחום פעילות שהיה שמור מאז ומתמיד ליחידים, למשפחות ולקהילות, בבחינת ניהול פנימי אשר חופשי מהתערבות מדינתית. פורומים כאלה, אשר מבוססים

128 ראו בג"ץ 5031/10 עמותת עיר עמים נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים (טרם פורסם, 26.3.2012) (רשות הפועלת על-פי דין יכולה להעביר סמכות תפעול, להבדיל מסמכות ניהול, לגוף פרטי).

129 מרגלית והלברטל, לעיל ה"ש 119, בעמ' 94, 96.

לרוב על אמונה דתית או אמונה אחרת (למשל, הקיבוצים), פועלים כדי לממש ערכים והעדפות באשר לדרך חייהם, וכל עוד פעילויותיהם עומדות במבחן החוקיות, המדינה אמורה לעמוד מנגד.¹³⁰ אך הנושא מתקשר לשאלת השפיות בכלל, גבולות הפרטיות וגבולות ההסכמה.

הבעיה הטיפוסית שמודל ההפרטה התרבותי מעורר היא שמודל זה (הכרוך באי-שפיות) מנציח את שליטתן של קבוצות חזקות מבחינה פוליטית בתוך הקהילה ואת פגיעותן של החוליות החלשות יותר, דוגמת נשים או ילדים.¹³¹ אולם במקרה של פורום "תקנה", המסדיר את נושא ההטרדה המינית, מערכות המשפט והענישה הפרטיות מופעלות א-פריורית באופן הפוך – לא נגד החוליות החלשות בקהילה, כי אם נגד בעלי המרות הרחוקות. לכן ראוי לקדם בברכה את פעילות העקרונית של פורום זה, המבקש לעקור פרקטיקות בעייתיות בקהילה. מבלי להתייחס למקרה המיוחד שהתעורר לגבי הרב, שאלה היא אם בן קהילה, במיוחד כזה הנושא בה תפקיד בכיר, יכול להתעלם מכללי-הבסיס המחייבים של הקהילה, אשר אליהם ואל ה"שיפוט" הקהילתי הכרוך בהם (בהנחה שהוא מתנהל כראוי) הוא הכפיף את עצמו מרצונו. הלוא הוא רשאי לצאת מהקהילה הקיימת, ועקרונית יש בכוחו ליצור קהילה חדשה, שאף עשויה לקבוע כללים שונים.¹³²

אך גם לגבי נושא-תפקיד בכיר דוגמת הרב עשויה להתעורר שאלת ההסכמה או השאלה אם הוא אכן הכפיף את עצמו מרצונו למרות הפורום. לנוכח האיום של פרסום מעשיו ברבים – פרסום שהיה ברור כי יוביל לפגיעה אנושה בדמותו הציבורית – ניתן להעלות את השאלה אם לרב הייתה באמת בררה לא לשתף פעולה. כלומר, אף שאין מדובר כאן בסמכות שנחשבת מרכזית ו"טבעית" כמו כליאה בבתי-סוהר, ייתכן

130 מתי משפחה נהפכת לקהילה, ומהם גבולות אי-ההתערבות? האם ניתן לכפות על יישוב קהילתי קבלת תושבים שאינם נראים לבני היישוב? בעניין זה יש אולי מקום להבדיל בין יישוב היושב על קרקע פרטית לבין יישוב היושב על קרקע ציבורית, כפי שנעשה בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000). ראו כיום חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, הידוע בכינויו "חוק ועדות הקבלה", אשר מגביר את כוחן של ועדות קבלה ביישובים קהילתיים (ס' 16). לנושא של קהילות מגודרות הוקדש הספר **קהילות מגודרות** (אמנון להבי עורך, 2010). ראו לעיל ה"ש 108.

131 לעמדה שלפיה הוצאתן של המסגרות האינטימיות מתחומי התחולה של דיני חוזים מנציחה את מעמדם החלש של הנשים, ולכן ראוי להחיל על יחסים אלה נורמות חוזיות מתאימות (השאובות מהמודל של חוזי יחס), ראו: Hila Keren, *Can Separate Be Equal: Intimate Economic Exchange and the Cost of being Special*, 119 HARV. L. REV. FORUM 19 (2005), אשר נכתב כתשובה למאמרה של: Jill Elaine Hasday, *Intimacy and Economic Exchange*, 119 HARV. L. REV. 491 (2005).

132 השוו לעמדתו של: JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* 221–222 (1993) (כל מי שאינו מקבל על עצמו עברות על חוקי הדת שאינן עברות של המדינה רשאי לצאת מהקהילה הדתית, אך אי-אפשר להימנע מסמכות המדינה אלא על-ידי נטישת המדינה עצמה, וגם זה אינו מסייע תמיד). ראו גם Hills, לעיל ה"ש 68, בעמ' 161 (זכות יציאה והסכמה הן עקרונית המקור הלגיטימי לכוחם של ארגונים פרטיים).

שהבעיות הכרוכות בה מנקודת-המבט של כבוד האדם חמורות לא פחות. במילים אחרות, לנוכח חומרת הסנקציות הקהילתיות והשלכותיהן הקריטיות, ניתן לטעון כי הליכים כאלה צריכים להיות כפופים לביקורת הן מצד רשויות התביעה (שצריכות לבחון היטב את כשירותם של גופים אלה לעסוק בנושאים האמורים) הן מצד רשויות השיפוט המדינתיות.

פרק ט: קהילתיות והנסיגה מחוזה למעמד

בספרו **השליטה הגברית** מציין פייר בורדייה כי הנצחת השלטון הגברי קוימה עד לא מכבר על-ידי שלוש ערכאות עיקריות: המשפחה, הכנסייה ובית-הספר, ואילו המדינה באה לאשרר ולהכפיל את ההוראות והאיסורים של שלטון האב.¹³³ ניתן לכפור בתיאור זה של המציאות, שהרי ברבות מן הדמוקרטיה המערביות (לרבות אצלנו באופן חלקי) באה המדינה לעקור את סממני ההפליה ולהשליט שוויון, אך תיאורו זה של בורדייה יפה באופן חלקי למדינת-ישראל.

פעולות קהילתיות רבות משקפות את הפיצול התרבותי בישראל, אשר קדם להקמת המדינה ואשר ספק אם המדינה השכילה להתמודד עימו כראוי. הדבר מתבטא במשטר הנישואים במדינה כמו-גם בחינוך. אותן קהילות שסופגות ערכים של אי-שוויון במשפחה ובבית-הספר, ואשר מרוממות את המורשת של שלטון האב, מקימות מוסדות שיפוטיים התואמים את אורחות חייהן, וחלקן נמנעות משימוש בשירותי המשפט שהמדינה מציעה. בציר של נישואים-משפחה-חינוך-שיפוט קהילתי אנו צרים לקיומו של תהליך המשלים עם כרסום בערכים המרכזיים שהמדינה מטיפה להם, ובעניין זה חלה נסיגה והתרחקות מערכי-היסוד שהניעו אצלנו בזמנו את עיצובה של מגילת-העצמאות.

כפי שצינתי בראשית הדברים, תחזיתו של מיין בדבר המעבר ממעמד לחוזה קיבלה תפנית משונה. לא רק שריבוי החופש לא הצליח לשחרר אותנו מפכילות למעמד ולמסורת של פעם, אלא שבאופן פרדוקסלי הוא גרר עימו באופן חלקי חזרה לאותו מעמד, שממנו ביקש מיין להימלט. כמה מצער שהדברים שהשמיע ג'ון סטיוארט מיל בשלהי המאה השמונה-עשרה נשמעים בחלקם רלוונטיים גם כיום:

"המדינה, עם כל היותה מחשיבה את חירותו של היחיד בדברים הנוגעים לו עצמו באופן מיוחד, מחויבת יחד עם זה לעמוד על המשמר ולפקח על השתמשותו בכל יפוי-כוח שהיא מרשה שיהיה לו על אחרים. על התחייבות זו כמעט שמעלימים עין לגמרי במקרה של היחסים המשפחתיים... אין צורך להאריך כאן דברים בדבר שלטון-העריצים כמעט של הבעלים על נשיהם, שכן

133 פייר בורדייה **השליטה הגברית** 114–116 (אבנר להב מתרגם, 2007).

לשם ביטולה המוחלט של רעה זו דרוש אך ורק שתקבלנה הנשים אותן הזכויות, ואותה ההגנה מצד החוק, שיש לכל שאר הבריות; ומלבד זה, הטוענים לזכותו של אי-הצדק הקיים אינם מתעטפים בטליתתה של החירות אלא יוצאים בגלוי בנושאי-דגלו של הכוח. מה שאין כן בדבר שלטון האבות על ילדיהם: מפני שמגלים כאן פנים שלא כהלכה במושג החירות, נמנעת המדינה מלמלא את חובותיה. כמעט שאפשר לחשוב שילדי איש נחשבים כחלק מעצמו לפי מובנו הפשוט של ביטוי זה, ולא רק בדרך ההשאלה: עד-כדי-כך צרה עינה של דעת-הקהל בהתערבות הקלה ביותר מצד החוק בזכות האב לשלוט בילדיו שלטון-יחיד מוחלט. כמעט שאין לך הפרעה בעד חופש-הפעולה של האדם שתהא נתקלת בהתנגדות עזה כל-כך כמו הפרעה זו. כי בני-אדם בכלל מעריכים את החירות הרבה פחות מהכוח.¹³⁴

מיל היה אופטימי מדי בסוברו כי די בכך שנשים יזכו באותן זכויות שיש לגברים על-מנת להבטיח את שוויון. בישראל קיימת בעיה מיוחדת, שכן המשפט משדר נורמות סותרות בכל הקשור לשלטון האב: מצד אחד, אנו עדים לריסון העריצות במשפחה על-ידי המשפט הפלילי ולהטמעת ערך השוויון במשפט הציבורי והפרטי; מצד אחר, המדינה נותנת גושפנקה ישירה לתחולתן של נורמות מפלות בדיני הנישואים ולהטמעתם של ערכי חינוך מפלים בחלק מן המוסדות הממומנים על-ידיה.

הרב-תרבותיות, המחוזקת ברעיון ההפרטה, יוצרת את התופעה המוכרת של מיעוטים בתוך מיעוטים, קרי, דיכוי של קבוצות חלשות בקרב מיעוטים. קשה ליישב סובלנות כלפי פגיעה בזכויות אדם של קבוצות חלשות המונעת על-ידי תיאוריות ניאור-ליברליות או הכרה בסטטוס-קוו בכל הנוגע ביחסים בין דת ומדינה עם חוסר הסובלנות באשר להפרטת בתי-הסוהר. נראה שהפגיעה הראשונה מאיימת יותר מהשנייה.

הרב-תרבותיות, המחוזקת ברעיון ההפרטה, מעוררת את השאלה אם המדינה צריכה להישאר אדישה לפרקטיקות לא-ליברליות. הצבענו על כך שבעניין זה קיימות תפיסות שונות של ליברליזם.¹³⁵ תפיסה אחת, המעוגנת ברעיון הליברליזם הכולל ובסמכות מדינתית צרה, תסבור כי אין לכפות ערכים על קבוצת מיעוט תרבותית.¹³⁶ תפיסה זו פותחה בעיקרה בארצות-הברית, שבה דיני הנישואים והמשפחה הם אזרחיים, והחינוך

134 ראו מיל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 197–199.

135 ראו לעיל תת-פרק 4 ובפרט ה"ש 119.

136 זו השקפתו של רולס, הגורס כי לנוכח המחלוקות הבסיסיות בין בני-האדם לגבי החיים הראויים, יש ליצור "overlapping consensus" – מסגרת צרה, מנותקת מהשקפות ערכיות, שתאפשר חיים פוליטיים משותפים לבעלי השקפות שונות: John Rawls, *Justice as Fairness: Political not* (1985) *Metaphysical*, 14 PHIL. & PUB. AFF. 223, 231 (1985) כן טוען גם דוורקין: Ronald Dworkin, *Liberalism, in A MATTER OF PRINCIPLE* 181, 191 (1985) Menachem Mautner, *LAW*: השו: Liberalism, AND THE CULTURE OF ISRAEL 201–225 (2011) הקורא לפתח את קטגוריית הישראליות כמכנה משותף לכל אזרחי מדינת-ישראל.

הממלכתי מושתת על העיקרון של הפרדה בין דת למדינה. קשה אפוא לראות כיצד ניתן ללמוד בהקשר זה מתפיסה המעוגנת ברקע משפטי-תרבותי כה שונה משלנו. תפיסה אחרת תסבור כי כל אימת שמדובר בהכרה ציבורית בהשקפת-עולם ובמימון ציבורי, על השקפה זו לעלות בקנה אחד עם ערכי הדמוקרטיה הבסיסיים של המדינה, הכוללים את כבוד האדם והשוויון. תפיסה זו תעניק הגנה לקולקטיב הכולל של המדינה, כמו-גם לזכותן של הקבוצות החלשות בקבוצת המיעוט.¹³⁷ יש גם מי שמשלימים עם המצב ומְעָרִים לליברליזם ערך של פרגמטיות, כדי להימנע מקרע עם קבוצות מרכזיות באוכלוסייה (חרדים, ערבים).¹³⁸ אחרים צופים כי בהדרגה יפותחו מלמעלה על-ידי בית-המשפט – בעיקר על-ידי בג"ץ – כללים שאינם משלימים עם קיומם של דברי חקיקה מפלים, וכי על בסיס חוקי-היסוד ייפתח הפתח לעיצובם של דיני נישואים אזרחיים¹³⁹ במתכונת זו או אחרת.¹⁴⁰ באותו מובן מצפים שבת-המשפט יסדירו את התכנים של מוסדות הלימוד.

השאלה הכבדה הנשאלת בהקשר זה נוגעת בחלוקת העבודה בין בתי-המשפט לבין הרשויות האחרות. קל להשריש ערכים בשלבים המוקדמים של החיים. ככל שהרשות המחוקקת והרשות המבצעת ירחיקו את עצמן בשלבים המוקדמים מהטמעת זהות משותפת בסיסית על-פי ערכיה של המדינה בקרב כל אזרחיה, תתקשה המדינה להבטיח בהמשך, באמצעות הרשות השופטת, את קיומו של המשטר הליברל-דמוקרטי שאת דגלו היא נושאת בגאון, וביטוי לכך ראינו בפסיקה שעסקה בהפרדה האתנית בחינוך.¹⁴¹ הטענה כי מדינת הלאום ממילא מתפרקת לנוכח התהליכים הגלובליים, וכי הערכים האוניוורסליים של שוויון וכבוד האדם ישמשו תחליף נאות, אין בה ממש.¹⁴² גם הטענה כי ממילא כל פרט רשאי לצאת מהקהילה אינה מבוססת. הדבר קריטי במיוחד בכל הנוגע

137 בעניין ההגנה על מיעוט בתוך מיעוט קיימות שתי גישות: האחת מתייחסת לבת המיעוט כאל שלוחה של הקבוצה, והאחרת מתייחסת אליה כאל פרט המשתתף בטוב הקהילתי. ראו: Leslie Green, *Two Views of Collective Rights*, 4 CAN. J. L. & JUR. 315 (1991).

138 יולי תמיר בהרצאתה בנושא זה ב-30 במאי 2010 בכנס לכבוד אמנון רובינשטיין; שחר ליפשיץ **ברית הזוגיות** 65 (2006): "מרשם הזוגיות" שלא יכונה 'נישואין' יספק מענה לזוגות חילוניים".

139 רות הלפרין-קדרי צופה כי בתחום המשפחה תבוא המהפכה החוקתית לידי ביטוי מלא – למשל, על-ידי ביטול נורמות קיימות, שיוביל לפיתוחה של מערכת אזרחית כוללת במקום המערכת המפוצלת הנוכחית. הלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 91.

140 לפיתוח מודלים לדיני זוגיות חילוניים ראו שחר ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא – בין ליברטריאניזציה ובין בית המשפט 'המחשק'" **מחקרי משפט** יז 159 (2001).

141 ראו פרשת **עמותת "נוער כהלכה"**, לעיל ה"ש 111. ראו גם גדי טאוב "הליברליזם כמעמד-על" **ארץ אחרת** 48 (2008).

142 לטענה בדבר התפרקות המדינה ראו: SUSAN STRANGE, *THE RETREAT OF THE STATE* (1996). לדיון בקושי ליצור צדק גלובלי המנותק ממסגרת מדינתית ראו: Thomas Nagel, *The Problem of Global Justice*, 33 PHIL. & PUB. AFF. 113 (2005). לטענה מקבילה במישור של דיני העבודה, שלפיה תהליך ההפרטה ונסיגת המדינה, המלווה התפרקות ופיצול, מוביל לפגיעה קשה ברווחתם של העובדים, ראו Supiot, לעיל ה"ש 2, בעמ' 342–345. כן ראו את ביקורתם של Feldman & Suchman, לעיל ה"ש 34.

בחינוכם של ילדים, אשר המושגים "הסכמה" ו"זכות היציאה מהקהילה" אינם רלוונטיים לגביהם.¹⁴³ קשה גם לדעת באיזו מידה שינוי פנימי, שאולי יבוא מצד הקבוצות החלשות – בעיקר נשים – נגד שלטון האב, יחולל את המפנה המקווה. בהעדר חינוך שיטמיע ערכים אלה של שוויון במישור המקומי, תהליך ההתפרקות יועצם, ומעמדם של החלשים בתוך קבוצות המיעוט עוד יוסיף וייחלש.¹⁴⁴ ככל שהציות לחוק הקהילה יגבר על הציות לחוק המדינה, ילך המרקם השברירי של החיים המשותפים כאן וייסדק. המצב הנוכחי, המשלים עם החזרה למעמד, לא נגזר עלינו. הוא תוצאה, בין היתר, של תהליכים פוליטיים שחיזקו את הבידול וההפרדה. תהליכים פוליטיים הם דינמיים. גם אם אי-אפשר להחזיר את הגלגל אחורה, נותר לקוות לעצירת ההתפוררות ולשחזור המכנה המשותף.

אסירות תודה

רשימה זו, המוקדשת למורי פרופ' אמנון רובינשטיין, העלתה היבטים אחדים הנוגעים ברבות-תרבותיות, והתמקדה במשפט ובחינוך – שני תחומים שהיוו את מרכז עיסוקו המקצועי של אמנון.

קשה לחשוב על נושא המתאר את אמנון רובינשטיין טוב יותר מרבות-תרבותיות. אמנון הוא גילומה של הרבות-תרבותיות – לאו דווקא במשמעות המודרנית של מושג זה, אלא במשמעות הקלסית, הבאה לתאר אדם שספוג כולו תרבות, ופניו רבים הם כפניה של התרבות. אמנון בורך על-ידי המוזות – הוא סופר, צייר, פסל, מחזאי, וכמובן משפטן, חוקר, מחנך ומנהיג.

פתחתי את הרשימה בדיון באסירים בבית-הסוהר הפרטי. אני מבקשת לחותמה באסירים מסוג אחר. אנו, חבריו של אמנון ותלמידיו, אסירי-תודה לו, מתוך מה שקנט מכנה "מחויבות מוסרית קדושה".¹⁴⁵ נפלה לידינו הזכות להכיר את אמנון ולזכות ממעשה הנתינה שלו הן במישור הפרטי הן במישור הציבורי. אמנון שימש אב רוחני לכולנו, ללא כל בעיה של שררת אב, כי אמנון מבטא את רוח האדם באופן נאצל ומרגש במיוחד. זכינו ללמוד מאמנון לחשוב, רכשנו ממנו דעת, למדנו ממנו כיצד ליצור דעת וכיצד להקנותה לאחרים. הבנו באמצעותו מהם שוויון, חירות, אנושיות ואומץ. בקצרה, אנו אסירי-תודה לאמנון על הטוב שהרעיף עלינו, ומאחלים לו שימשיך לזכות בטוב שבעולם.

143 Markel, Collins & Leib, לעיל ה"ש 63, בעמ' 1894, המבהירים כי ילדים אינם יכולים להביע את הסכמתם לסמכותם הכופה של הוריהם.

144 Madhavi Sunder, *Cultural Dissent*, 54 STAN. L. REV. 495, 504–506 (2001) (המעלה את החשש שמתן כוח לקהילות יפגע ביכולתם של יחידים בקהילה לבקש לשנות את אורח החיים המסורתי).

145 יותם בנוזימן להכיר תודה: עיון פילוסופי במשמעותו של רגש התודה 18 (הוצאת מאגנס, 2009).

