

צדק שלי, צדק שלך: פלורליזם משפטי בישראל

ידידיה שטרן

מתוך:

צדק שלי, צדק שלך: צדק בין תרבויות

ידידיה צ' שטרן (עורך)

(עמודים 291-325)

(בדפוס)



מרכז זלמן שזר לתולדות ישראל
המכון הישראלי לדמוקרטיה
ירושלים



"משפט אחד יהיה לכם; כגר כאזרח יהיה" (ויקרא כד, כב). בפסוק המקראי מוצגת תביעה כפולה ברורה: ראשית, יש לחתור לכך ש"משפט אחד" יסדיר את חיינו. אנו מצווים לדחות מעלינו כל סוג של ריבוי נורמטיבי. שנית, המערכת הנורמטיבית האקסקלוסיבית אמורה לחול באופן שוויוני על כל בניה ובנותיה של החברה, ללא תלות בזיקות השייכות שלהם – "כגר כאזרח יהיה". דרישה עתיקה כפולה זו, המתייחסת במקורה למערכת הדתית של משפט התורה, מקובלת כיום בדמוקרטיות הליברליות בנוגע לחוק המדינה. האינטואיציה השכיחה במחוזותינו היא ש"שלטון החוק" משמעו תפיסה מוניסטית-צנטרליסטית של המשפט, השואפת לאחדות, לשלמות, להרמוניה ולקוהרנטיות נורמטיבית; יש לשמר את מעמדה של המדינה כמונופול, כיצרנית יחידה של נורמות, שיחולו באופן שווה ואחיד על כלל אזרחי המדינה.¹

התחזקות מעמדה של מדינת הלאום במאתיים השנה האחרונות הבהירה שיש לחתור לביטולן של מערכות משפט שאינן "של המדינה", כגון משפט של שבת, של אזור, של דת. גם המשפט הבין-לאומי הפעיל לחץ על מדינות (המכונות "מתפתחות") שבהן מעמדן של מערכות חוק לא מדינתיות היה חזק, כדי שיפתחו את חוק המדינה וישליטו אותו על כל האזרחים, על מנת שיתאפשר להן להשתלב בקהילה הכלכלית והפוליטית הבין-לאומית. אכן, ההיסטוריה המשפטית של העת החדשה מאופיינת באבולוציה משפטית שבמסגרתה מערכות פרטיות של משפט מאבדות מכוחן המסורתי, הביקוש להן יורד, ועקב כך הן אינן מתפתחות ואף מתנוונות. לכאורה היכחדותן היא בלתי נמנעת. את מקומן תופסת המערכת המשפטית של המדינה; המדינה נתפסת כספקית יחידה של נורמות וכפרשנית יחידה שלהן.

אחד המאפיינים של משפט המדינה הוא התיאום בין כל זרועותיו. אפשר להשוות את המערכת הנורמטיבית המדינתית לתזמורת הרמונית: בית המחוקקים, היוצר של הנורמה, הוא מלחין הפרטיטורה; הרשות המבצעת ואזרחי המדינה, המיישמים את הנורמה, הם תזמורת רבת-משתתפים המנגנת אותה; בית המשפט, פרשן החוק, הוא המנצח העליון על היצירה כולה, שהכול פועלים בהתאם להכרעותיו. על פי דימוי זה, החיים הנורמטיביים מחוץ לחוק המדינה יכולים להתאפיין בריבוי ובדיסהרמוניה; איש באמונתו ובמחויבותיו האישיות יחיה. אך בהקשרים שעליהם פרוסה מצודת משפטה של המדינה – שם ישמע רק צליל נורמטיבי אחד, מכוון והרמוני.²

ואולם, עלייתה של המחשבה הפוסט-מודרנית הפיחה בשני העשורים האחרונים עניין רב באפשרות אחרת – ריבוי נורמטיבי. העולם הפוסט-מודרני שונה מהעולם המודרני בכך שיש בו ריבוי של חזונות ושל תמונות מציאות שלא בהכרח מתיישבים זה עם זה. יש לכך השלכות גם על תחום המשפט, שהרי מערכת נורמטיבית איננה אוסף סתמי של כללים אלא היא כלי ביטוי ותיבת תהודה של העדפות חברתיות ותרבותיות. המשפט נותן משקל מעשי לחזון קונקרטי; הוא מעניק

¹ "Our belief in the rule of law commits us to the principle that the law should be the same for everyone: one law for all and no exceptions" (J. Waldron, "One Law for All? The Logic of Cultural Accommodation", *Washington and Lee Review* 59 [2002], p. 3)

² פרופ' ברק עושה שימוש רב במטפורה זו. למשל: "שיטת משפט אינה קונפדרציה של בתי משפט. שיטת משפט היא שלמות הפועלת ומתפתחת בהדרגה ובטבעיות. לשם כך נדרשת פעולת התאמה ובקרה. תפקיד זה מוטל על בית המשפט העליון: הוא המנצח על התזמורת השיפוטית, ועל כל הנגנים לציית להוראותיו; עליו מוטלת האחריות לדאוג לקוהרנטיות נורמטיבית, לצמיחה ולהתקדמות" (א' ברק, פרשנות במשפט, ב: פרשנות החקיקה, ירושלים תשנ"ג, עמ' 765–766).

פשר ומשמעות לנרטיב מסוים. בעולם של ריבוי חזונות נדרש ממילא ריבוי נורמטיבי. זהו הרקע לצמיחתו של שיח הפלורליזם המשפטי במקומות שונים בעולם.

מאמר זה לא יעסוק בפלורליזם המשפטי כשלעצמו: לא אבחן את סוגיו השונים – למשל, פלורליזם משפטי-חברתי מול פלורליזם מדינתי;³ לא אדרג את הפלורליזם על פי עצמתו – פלורליזם חזק מול פלורליזם חלש;⁴ לא אעמוד על השלבים בהתפתחותו – למשל, פלורליזם משפטי קלסי מול פלורליזם משפטי חדש;⁵ לא אנתח היבטים מקומיים של הפלורליזם המשפטי⁶ לנוכח היבטים בין-לאומיים שלו. בכל אלה בכוונתי לעסוק בהזדמנות קרובה, בנפרד. תחת זאת, במאמר הנוכחי המבט יופנה אל שורה של מקרי מבחן ישראליים שמתגלה בהם נטייה לפרוש מהמבנה המוניסטי-צנטרליסטי הקלסי בתוך השדה המשפטי שבו עוסקת המדינה. אסרטט את מה שבעיניי הוא מגמה עכשווית, החותרת להציע חלופות נורמטיביות למשפט המדינה ו"להחיות" מערכות נורמטיביות לא מדינתיות. בתחומים שבהם חלופות אלו מתקבלות, התזמורת הנורמטיבית ההרמונית המטפורית מאבדת מכוחה, ובחלל הציבורי הישראלי נשמעת מנגינה נורמטיבית מרובת קולות דיסוננטיים.

הנטייה לפרוש ממשפט המדינה והביקוש הגובר למערכות נורמטיביות חלופיות מבטאים זרמי עומק בחברה הישראלית. בין היתר – וזהו עניינו של מאמר זה – הדבר מלמד על שונות גדלה והולכת בתפיסת הצדק בישראל.⁷ כיצד?

³ יש אי-בהירות רבה בהגדרתו של פלורליזם משפטי. חלק גדול מהכתיבה האקדמית עוסק בפרטי פרטים בבירור המושג. לשיהי הער יש סיבות טובות בתחום תורת המשפט וכן סיבות תרבותיות ומעשיות. למעט מזעיר בנושא זה ראו S.E. Merry, "The Two Faces of Legal Pluralism", *Law and Society Review* 22 (1988), pp. 869–896; G. Teubner, "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism", *Cardozo Law Review* 13 (1991–1992), p. 1443; B.Z. Tamanaha, "The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society* 20 (1993), pp. 192–217.

⁴ למשל, יש הסוברים כי עצם קיומה של כפיפות כלשהי לחוק המדינה, למשל בשל היותה מקור סמכות – גם אם קביעת תוכן הנורמה מסורה לגורם לא מדינתי – מלמד שלא מדובר בפלורליזם משפטי אלא בסוג מוחלש של מוניזם משפטי צנטרליסטי; ראו J. Griffith, "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 24 (1986), pp. 1–55.

⁵ למאמר מייצג ראו B. De Sousa Santos, "Law: A Map of Misreading – Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society* 14 (1987), pp. 279–302 וקדם לו הפלורליזם המשפטי הקלסי. להגדרות אלו ראו למשל מרי (לעיל, הערה 3), ששם נקבע בעמוד 872: "Legal pluralism has expanded from a concept that refers to the relations between colonized and colonizer to relations between dominant groups and subordinate groups, such as religious, ethnic, or cultural minorities, immigrant groups, and unofficial forms of ordering located in social networks or institutions." יש המעדיפים ליצור הבחנה אחרת בין שני הסוגים של פלורליזם – ישן וחדש: "'Old' legal pluralism... had to do with the legal formalization of social norms that were the product of general coordination of behavior in diffuse processes of social reproduction. The 'new' legal pluralism needs to shift emphasis and focus on the fragmentation of social self-production in a multiplicity of closed discourses" (טאובר, עמ' 1457).

⁶ הדיון האקדמי בישראל בסוגיות של פלורליזם משפטי מתנהל על גבי דפי החיבורים שלהלן: ר' הלפרין-קדרי, "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי הדין הרבניים, בעקבות בבלי ולב", עיוני משפט ג (תשנ"ז), עמ' 683–717; ר' שמיר, "לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי", מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר (עורכים), רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל, תל אביב תשנ"ח, עמ' 589; א' רוזן-צבי, "סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי", עיוני משפט כג (תש"ס), עמ' 538; ר' הלפרין-קדרי, "עוד על פלורליזם משפטי בישראל", עיוני משפט כג (תש"ס), עמ' 306–306; ח' בן-מאטנר, "חווה אחיד, תקנון אגודה ושיתופית וסוגיית הפלורליזם המשפטי", הפרקליט מד (תשנ"ט), עמ' 293–306; עמ' 461. מנחם, "המשפט העברי והמשטר החוקתי במדינת ישראל", ע' ברלהולץ (עורך), מסע אל ההלכה, תל אביב 2003, עמ' 461. ⁷ לא אנדיר כאן את המושג צדק ואף לא אתייחס למחלוקות חובקות עולם אשר לטיבו ואשר למהות היחסים בינו ובין המשפט. לצורך הדיון כאן אסתפק בהנחה שמערכות המשפט מבקשות כולן אחר צדק, אלא שתפיסות הצדק שהן מבטאות אינן זהות. תפיסת הצדק של כל אחת ממערכות המשפט נבדלת מתפיסת הצדק של חברותיה משום העדפותיה הערכיות הייחודיות, המשקפות חזון חברתי מסוים.

ב. פלורליזם משפטי ותפיסות של צדק

במדינה ששורר בה משטר דמוקרטי, העדפותיהם של האזרחים בשאלה "מה צודק?" אמורות לבוא לידי ביטוי באמצעות נציגיהם בבית המחוקקים. האזרחים נבדלים זה מזה בזהותם, בערכיהם, באינטרסים שלהם – והרכב בית המחוקקים (ובמקרה המתאים – גם הרכב האספה המכוננת הקובעת את חוקת המדינה) משקף נאמנה הבדלים אלו. בבית המחוקקים הדמוקרטי מתנהלת אינטראקציה של "קח ותן" פוליטי בין הנציגים, ותוצאתו היא חוק המחייב את הכול. אפשר שהחוק איננו עולה בקנה אחד עם תפיסת הצדק של חלק מהאזרחים, אך הם מוכנים לקבל עליהם את עולו, משום שהם מבינים שהוא שקלול הוגן של כלל תפיסות הצדק הרווחות בחברה. החוק של המדינה המשקלל את תפיסות הצדק הרווחות בה מבטא, אם כן, תפיסת צדק ייחודית לה, שלהלן אכנה אותה "הצדק של המדינה".

החוק, כמו כל מסמך, טעון פרשנות. על עניין זה מופקדת הרשות השופטת, ותוצרי פעילותה הם פסקי הדין, שבאמצעותם מיושמים החוקים בעניינים קונקרטיים. כידוע, פסקי הדין אינם אמורים לבטא את תפיסת הצדק האישית של השופט היושב על מדין. כבר נאמר כי "השאלה איננה מה השופט רוצה, אלא מה החברה צריכה".⁸ על השופטים לפרש את החוק בדרך שעולה כדי "אובייקטיביות שיפוטית": "עליהם להתרחק מדעותיהם שלהם, מהשקפת עולמם, ולהיזקק לדעות ולערכים המאפיינים את החברה שאותה הם משרתים".⁹ לפיכך, פסקי הדין של הרשות השופטת, במידה שהם עומדים באתגר המקצועי של הפעלת שיקול דעת אובייקטיבי, מבטאים גם הם את תפיסת הצדק של המדינה שבה ניתנו.¹⁰

אולם תיאור הצדק של המדינה כממוצע של תפיסות הצדק הרווחות בקהל – שמשום כך יש לציית לו – איננו ממצה את מהותו. החוק והפסיקה אינם רק מכשירים ביצועיים, אלא יש להם חשיבות עצומה בתחום החינוך, כסמלים וכמעצבי תודעה. שלטון החוק איננו מסתפק בדרישה המינימלית, החיצונית, של הכפפת כלל האזרחים לחוק המדינה, אלא הוא שואף, בדיוטה עליונה יותר, "להמיר" את תודעתם, כך שיקבלו עליהם, מתוך הפנמה, את אורח החיים שהחוק מעוניין לקדם. קבלה חיצונית של עשרת הדיברות, בבחינת "כפה עליהם הר כגיגית" איננה מספקת; נדרשת קבלה פנימית של מה שחרוט על הלוחות. הוא הדין בשיטת משפט חילונית: היעד של החוקה האמריקנית הוא לעצב את אורח החיים האמריקני באופן שתפיסות הצדק המגולמות בה – למשל אלה המבוטאות בתיקון הראשון ובתיקון הארבעה עשר לחוקה¹¹ – יהיו אבן ראשה של "אני מאמין" האמריקני. החוק, על תפיסת הצדק של המדינה שהוא מבטא, איננו רק חוזה בין האזרחים אלא הוא גם תעודת הזהות הקולקטיבית שלהם.

⁸ ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית, תל אביב תשס"ד, עמ' 41.

⁹ י"צ שטרן, "בין שופט לשיפוט", משפט וממשל ט (2005), עמ' 199.

¹⁰ חלקו של בית המשפט בעיצוב תפיסת הצדק של המדינה ברור, בין שהוא פועל באופן שמדגיש היבטים פורמליים של תפיסה זו ובין שהוא פועל בדרך שמדגישה עמדות ערכיות (על פי ההבחנה אצל מ' מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, תל אביב 1993); בין שהוא תופס את תפקידו כהובלה של החברה בכיוון המוסרי הנכון על פי החוק – דהיינו תוך התחשבות בהיבט המבני והמוסדי שלו, ובין שהוא תופס את תפקידו כהובלה של החברה בכיוון המוסרי הנכון על בסיס התוצאה וההנמקה לגוף העניין (על פי ההבחנה אצל ר' גביון, "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי", ר' גביון, מ' קרמניצר וי' דותן [עורכים] אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, ירושלים 2000, עמ' 75); בין שהגבול בין משפט לפוליטיקה קשיח וקבוע ובין שהוא איננו כזה (על פי ההבחנה אצל מ' קרמניצר, "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה", גביון ואח', שם, עמ' 171–176).

¹¹ התיקון הראשון לחוקה האמריקנית עיצב, בין היתר, את התפיסה האמריקנית המושרשת בדבר חופש הביטוי; התיקון הארבעה עשר הבטיח לכל אדם כי חייו, חירותו וקניינו לא ייפגעו על ידי השלטון אלא ב"הליך הוגן".

ייעודו העליון של החוק – יצירת חברה שלה תפיסת צדק אחידה ועמוקה – עשוי להתמש ביתר הצלחה במדינה שבה מקובלת תפיסה מוניסטית-צנטרליסטית של המשפט. במדינה (או ביחידה סוציו-פוליטית כלשהי) שבה נהוג לדרג נורמות (למשל חוקה, חוק, תקנה) ומוסדות (למשל בית משפט עליון, בית משפט מחוזי ובית משפט שלום) באופן הייררכי, כך שנורמה או מוסד המצויים בתחתית הפירמידה חייבים להתאים את עצמם לגורמים שמעליהם, ושבה הנורמות והמוסדות "של המדינה" נהנים מבלעדיות במידה רבה (ואין באותה טריטוריה מערכות נורמטיביות ומוסדות שפיטה אחרים, חוץ-מדינתיים), גדלה ההסתברות שאזרחי המדינה יקבלו עליהם **תפיסת צדק אחידה**. לעומת זאת, בחברה שפועלות בה, זו לצד זו, מערכות נורמטיביות שונות, ומתאפשרת בה חריגה מהמבנה ההיררכי בכל הנוגע להסדרים נורמטיביים ולמוסדות, נפתחת הדרך לביטוי רב-גוני של תפיסות הצדק: **צדק שלי, צדק שלך**. למשל, ייתכן שמול הצדק של המדינה תוצב תפיסת צדק של מגזר חברתי מסוים, שאפשר לכנותה "צדק קהילתי", תפיסת צדק של הקהילה הבין-לאומית, שאפשר לכנותה "צדק בין-לאומי", או תפיסת צדק של קבוצה דתית, שאפשר לכנותה "צדק תאולוגי", וכיוצא באלה.

מקרי המבחן שייסקרו וינותחו להלן משקפים את תחילת פרימתו של המבנה המוניסטי של המשפט הישראלי ואת הנטייה הגוברת בחברה למבנה פלורליסטי. לפיכך הם מבטאים, בין היתר, הכרה מתרחבת בלגיטימציה לקיים תפיסות שונות של צדק בחברה שלנו, כאן ועכשיו. מגמה זו קוראת תיגר על תפיסת הצדק ההרמונית ופוגמת ביכולתו של המשפט הישראלי לשמש מכנה משותף, מעצב, לתפיסת הצדק הקולקטיבית בישראל.

הצד השווה למקרים שיידונו הוא שבכל אחד מהם המעוניינים בקידום תפיסת צדק חלופית אינם בוחרים בפרישה חד-צדדית מהחוק מתוך מחאה או מרי, אלא הם תובעים מהמדינה להכיר בתפיסת הצדק החלופית שהם מעוניינים בה. המדינה מתבקשת לאפשר לאזרחים לפרוש מתפיסת הצדק של המדינה הגלומה במשפט המדינה ולאמץ מערכת נורמטיבית אחרת, המבטאת תפיסת צדק חלופית.

ארבעת המקרים מסרטטים יחדיו תמונת רוחב מקיפה, משום שהם מציגים דוגמאות לפרישה מהצדק של המדינה **בכל ענפי המשפט המרכזיים** (משפט ציבורי, משפט אזרחי, משפט פלילי ומשפט מנהלי, בסדר זה) ומשום שהם דוגמאות לפרישה מהצדק של המדינה **בכל הרמות הנורמטיביות** (פרישה מהסדר חוקתי, פרישה מהסדר חוקי, פרישה מהכרעות שיפוטיות ופרישה מהכרעות מנהליות, שוב בסדר זה). מקיבוצם יחד עולה שתפיסת הצדק של המדינה בישראל עומדת בפני אתגר ההתמודדות עם תפיסות צדק חלופיות, למעשה בכל החזיתות.

ג. משפט ציבורי: פרישה מהצדק של המדינה הגלום בהסדר החוקתי

כאמור לעיל, תפיסת הצדק של המדינה משתקפת במשפט המדינה. בדרך כלל היא נקבעת על ידי בית המחוקקים, שהוא מוסד ייצוגי שאמור לבטא באמצעים פוליטיים את מכלול ההעדפות של אזרחי המדינה. אולם על אף עקרון ריבונות הכנסת, במשפט הישראלי הנוהג בית המחוקקים איננו כל-יכול;¹² יש לו שותף חשוב בקביעת תוכני הצדק של המדינה: בית המשפט. לעתים בית המשפט הוא לא רק שותף, אלא שותף בכיר. כיצד?

¹² ראו מאמרו המוקדם של י' טל, "מחוקק כל יכול – האמנם?", עיוני משפט י (1984), עמ' 361–386.

לישראל עדיין אין חוקה שלמה, אך יש לה שורה של 11 חוקי יסוד. בית המשפט הישראלי קבע זה כבר¹³ כי מקום שחוק של הכנסת עומד בסתירה לערכים המוגנים על ידי חוקי היסוד,¹⁴ בית המשפט יכול לבטל את החוק, אם הדבר נדרש לשם שמירת מצוותו של חוק היסוד (בתנאי שבית המשפט השתכנע שהחוק הנבחן איננו עומד בתנאים של פסקת ההגבלה, הקבועה בחלק מחוקי היסוד¹⁵). במספר מועט של מקרים כבר השתמש בית המשפט בסמכות זו, שנקראת "ביקורת שיפוטית".¹⁶ לפיכך ברור שבישראל (כמו במדינות רבות שמקובלת בהן ביקורת שיפוטית חוקתית על חקיקת הפרלמנט), הערכים המוגנים בחוקי היסוד עומדים בראש הפירמידה הנורמטיבית – באופן מעשי ובאופן סמלי – והם התשתית של תפיסת הצדק של מדינת ישראל.¹⁷ הכוח למתוח ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת, שהוענק לבית המשפט, מאפשר לו לכפות את שיקול דעתו הקולקטיבי על המרחב הציבורי בישראל גם אם הוא מנוגד לשיקול הדעת הקולקטיבי של הנבחרים בבית המחוקקים. ההיגיון שבהסדר זה ברור: דמוקרטיה איננה רק שלטון רוב, אלא גם – ובעיקר – הגנה על מיעוטים מפני עריצותו של הרוב. הרוב עלול לנצל לרעה את כוחו בבית המחוקקים ולהעביר חוקים שידכאו את המיעוט ויפגעו בזכויות האדם. תפקידה המרכזי של חוקה הוא למנוע זאת: מגילת זכויות חוקתית היא הסרגל שעל פיו בית המשפט מבקר את פעולת הרוב בכנסת. הביקורת השיפוטית מפקידה בידי בית המשפט את הסמכות והאחריות לוודא שספר החוקים יעמוד בדרישות של תפיסת הצדק של המדינה, כפי שהיא קבועה בחוקה.¹⁸ הביקורת השיפוטית היא אולי הביטוי המזוקק ביותר של המוניזם המשפטי. ודוק: מוניזם משפטי בהוראתו הרגילה משמעו שתפיסת הצדק של המדינה מחייבת את כל הקבוצות והסקטורים **בתוך** החברה; ואולם מוניזם משפטי משמעו גם שתפיסת הצדק של המדינה מחייבת

¹³ ראשיתו של מהלך זה בבג"צ 98/69 אהרון ברגמן נ' שר האוצר ומבקר המדינה, פ"ד (1) 693, והמשכו לאחר חקיקת חוקי היסוד שעוסקים בזכויות האדם בשנת 1992, בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

¹⁴ בע"א 6821/92, שם, בעמ' 427, נקבע כי הביקורת השיפוטית אפשרית מכוח חוקי היסוד שנתקבלו בשנת 1992 – חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מאוחר יותר הורחבה היריעה ונקבע כי גם שאר חוקי היסוד הם נורמת-על שלאורה תיבדק חוקיותם של חוקים; ראו למשל בג"צ 3434/96 הופנונג נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נז(3) 57; בג"צ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750.

¹⁵ בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש פסקת הגבלה בזו הלשון: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסכמה מפורשת בו".

¹⁶ למשל, בית המשפט ביטל הוראת חוק שחייבה את מי שעוסקים בניהול תיקי השקעות ואין להם ותק של שבע שנים לעמוד בבחינות מקצועיות, בנימוק שהיא פוגעת בחופש העיסוק, שהוא זכות מוגנת על ידי חוק יסוד; ראו בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367. במקרה אחר בית המשפט ביטל הוראת חוק שהסמיכה קצין שיפוט צבאי לעצור חייל לתקופה מרבית של 96 שעות בלי להביאו בפני שופט בנימוק שהיא פוגעת בחירות החייל, שהיא זכות המוגנת על ידי חוק יסוד; ראו בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241.

¹⁷ "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא חלק אינטגרלי של מהות הדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם שלטונם של ערכי היסוד וחיות האדם כפי שנתגבשו בחוקה... כאשר השופטים מפרשים את הוראות החוקה ומבטלים לאורן חוקים פוגעים, הם נותנים ביטוי לערכי היסוד של החברה, כפי שאלה התגבשו במהלך ההיסטוריה של אותה חברה... הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק מאפשרת לחברה להיות כנה עם עצמה ולכבד את תפיסתיה הבסיסיות... אנו כפופים לחוקה שכוננה בעבר, משום שהיא משקפת תפיסות עומק של החברה המודרנית" (השופט ברק בע"א 6821/93 [לעיל, הערה 13], עמ' 423–424).

¹⁸ כבר בשנת 1788 קבע אלכסנדר המילטון כך: "...בתי המשפט נועדו להיות גוף ביניים בין העם ובין הרשות המחוקקת, בין השאר כדי שזו האחרונה לא תחרוג מהגבולות שהוצבו למרותה. פרשנות חוקים היא התחום היאה והמיוחד לבתי המשפט. החוקה היא למעשה חוק יסוד, וכך חייבים השופטים לראותה. לפיכך שומה עליהם לקבוע את משמעותה וכן את משמעותו של כל חוק היוצא מבית המחוקקים. אם יהיה בין השניים שוני שאין ליישבו, מובן שצריך להעדיף את הגורם העולה על האחרים בחיוב ובתוקף; לשון אחר, יש להעדיף את החוקה על החוק, את כוונת העם על כוונתם של שליחיו... במקום שרצון בית המחוקקים, המוצהר בחוקי, נמצא מנוגד לרצון העם, כפי שהוא מוצהר בחוקה, חייבים השופטים לנהוג לפי האחרון ולא לפי הראשון. חובתם להסדיר את פסיקותיהם על פי חוקי היסוד, ולא על פי אותם חוקים שאינם חוקי יסוד" (א' המילטון, הפדרליסט, תרגם א' אמיר, ירושלים תשס"ב, עמ' 389–390).

לא רק את מגוון הקבוצות אלא גם את הכנסת עצמה, האמורה לייצג את כלל החברה. כשם שקהילה דתית או מיעוט לאומי או קבוצת מגדר או תושבי אזור מסוים אינם רשאים לפרוש מההסדרים המבטאים את תפיסת הצדק של המדינה, גם בית המחוקקים איננו יכול לעשות זאת. כאמור, במשטר של ביקורת שיפוטית בית המשפט הוא מנצח-העל של התזמורת הנורמטיבית ההרמונית המפיקה את צלילי תפיסת הצדק של המדינה.

נגד השקפה זו נשמעים בישראל קולות רמים. הללו מבקשים לאפשר לבית המחוקקים לחוקק חוקים שיש בהם פוטנציאל ליצור דיסהרמוניה עם ההסדר החוקתי הקיים. קולות אלו נבדלים זה מזה בעצמתם, במניעיהם, במידת הדיסהרמוניה שהם מבקשים לאפשר ובעוד עניינים. הצד השווה לכולם הוא שאם מבוקשם יתממש, יוכל בית המחוקקים לקבוע נורמות הנוגדות את תפיסת הצדק של המדינה כפי שהיא מגולמת בחוקי היסוד. בכך ייווצר סוג של פלורליזם משפטי (אם כי חלש) בישראל.¹⁹

אציג קולות אלו בקצרה, ואקדים לסקירתי כמה משפטים כלליים על השיח החוקתי בישראל כיום: היעדרה של חוקה כתובה שלמה איננו מצב טבעי. כמעט כל הדמוקרטיות הליברליות נהנות מטקסט חוקתי, ורבים בישראל – אך לא הכול – סבורים שעל ישראל להצטרף אליהן. השיח החוקתי בישראל אכן מתעורר: ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בהנהגתם של חבר הכנסת מיכאל איתן (בכנסת השש עשרה) ושל חבר הכנסת פרופ' מנחם בן-ששון (בכנסת השבע עשרה), עסקה בהתמדה בשנים האחרונות בדיונים לקראת כינונה של חוקה שלמה למדינת ישראל. אחד המעקשים הגדולים בדרך הוא סוגיית הביקורת השיפוטית.

בישראל אין מגילת זכויות אדם משוריינת; ערכים בסיסיים המצויים באופן סטנדרטי בכל חוקה ליברלית, למשל שוויון, אינם מוגנים בחוקי היסוד הקיימים. לכן, יכולתו של בית המשפט לפסול חוקים – שכאמור תחומה לשמירה על ערכים הקבועים בחוקי היסוד – מוגבלת למדי. זאת ועוד, מעמדו וסמכותו של בית המשפט אינם משוריינים כיום. את חוק יסוד: השפיטה אפשר לשנות בכנסת ברוב רגיל (להבדיל מרוב של חברי הכנסת), אם רק תחפוץ בכך הכנסת. עקב כך, יכולתו המעשית והמוסדית של בית המשפט לבקר את חוקי הכנסת מצומצמת. הכול מבינים שקבלתה של חוקה מלאה, "נורמלית", תשנה מצב זה. אם ייקבעו בחוקה סמכויותיו של בית המשפט (ובכך הוא ישורייין מפני "פגיעה" בו על ידי רוב רגיל בכנסת), אם תיכלל בחוקה מגילת זכויות אדם מלאה (וכך יתרבו הכלים הנורמטיביים שבאמצעותם יוכל בית המשפט לבקר את חקיקת הכנסת) ואם החוקה תסמיך את בית המשפט למתוח ביקורת שיפוטית (או, למצער, לא תמנע אותה) – תגבר השפעתו של בית המשפט על קביעת תכניה של תפיסת הצדק של המדינה ותתחזק יכולתו לאכוף תפיסה זו על הכנסת.

המתנגדים בתקיפות לגישת הביקורת השיפוטית יוצאים חוצץ נגד מתן מונופול על פרשנות עקרונות-העל של תפיסת הצדק של המדינה לבית המשפט, מחשש שבית המשפט יכתוב לחברה הישראלית את תפיסות הצדק שמקובלות על מספר מצומצם של שופטים – בעלי מקצוע הממונים על ידי ועדה, שלא נבחרו בבחירה פופולרית רחבה. לדידם, המוניזם המשפטי מסוכן

¹⁹ למיטב ידיעתי, כל המלומדים שמתעניינים בסוגיה של פלורליזם משפטי, בארץ ובהוץ-לארץ, אינם מקשרים בין סוגיה זו ובין סוגיית הביקורת השיפוטית. הדבר נובע, ככל הנראה, מההרגל החשיבתי הרואה בבית המחוקקים מקור הנורמה המוניסטית. גם אני התנסחתי כך לעיל, בסעיף המבוא, משום שזהו המקרה הרגיל. אולם, כאמור, במשטר של ביקורת שיפוטית יש קריטריון חוקתי לבידוק תוקף ההסדר החוקי שנקבע בבית המחוקקים. מתן תוקף לחוק שאיננו עומד בקריטריון החוקתי מאפשר לבית המחוקקים לפרוש מתפיסת הצדק של המדינה, ולכן הוא ביטוי לפלורליזם משפטי. כמוכן, זהו פלורליזם מסוג חלש, משום שהקול הדיסוננטי מושמע על ידי הגוף הייצוגי של כלל האזרחים.

משום שהוא מאפשר "דיקטטורה שיפוטית", שעלולה לפעול נגד רצון החברה האזרחית, המבוטא על ידי הנבחרים בכנסת. על רקע זה ברור מקורה של העמדה שיש לאפשר לכנסת "לומר את המילה האחרונה" בנוגע לקביעת נורמות בישראל, ואין להתיר ביקורת שיפוטית כלשהי.

המצדדים בעמדה תקיפה פחות מכירים בעובדה שכנגד החשש מפני הדיקטטורה השיפוטית עומד החשש מפני עריצות הרוב בכנסת. מצד אחד, נדרשת בקרה על הכנסת, בשל השימוש שהיא עלולה לעשות בכוחה כרשות מחוקקת; מצד אחר נדרשת בקרה על בית המשפט, בשל השימוש שהוא עלול לעשות בכוח לבטל חוקים, אם כוח זה יופקד בידיו. איך אפשר לאזן בין שני החששות? יש המציעים לייבא פתרון מקנדה הרחוקה. על פי המודל הקנדי, לבית המשפט מוענק בחוקה הכוח לנקוט ביקורת שיפוטית, אלא שביטול החוק על ידי בית המשפט איננו סוף פסוק: הפרלמנט רשאי לשוב ולחוקק את החוק שנפסל, ואז החוק יהיה חסין מפני ביקורת שיפוטית.²⁰ בישראל מושמעות גרסאות שונות של רעיון זה, המכונה "פסקת התגברות" (override).²¹ למשל יש הבדלים בין המציעים בשאלה מהו הרוב שיידרש בכנסת כדי לחוקק מחדש את החוק. אם יידרש רוב גדול יחסית – למשל 70 חברי הכנסת, יגדל כוחה המעשי של הביקורת השיפוטית, והתזמורת המשפטית תנגן בהרמוניה באופן התואם את האידאל של צנטרליזם שיפוטי; אם הרוב שיידרש יהיה רוב רגיל,²² יתחזק כוחה של הכנסת יחסית לבית המשפט, והמשטר המשפטי יהיה בעל אופי פלורליסטי יותר, שכן חוק הכנסת יהיה תקף גם אם הוא סותר את ערכי-העל החוקתיים.²³ כמוכּוּן, ייתכנו ניואנסים נוספים, למשל הגבלת משך התוקף של חוק שחוקק מחדש, כך שהוא יתבטל בתום תקופה קצובה ועל הכנסת יהיה לשוב ולחוקקו אם תחפוץ בכך. ועוד: יש המציעים שתינתן לבית המשפט האפשרות לבטל גם את החוק שחוקק מחדש, בתקווה שיווצר דו-שיח בין שתי הרשויות, שיוביל לפשרה; אחרים רואים בכך פתח לדו-קרב בין הרשויות, שאחריתו עלולה להיות קשה.

על פי האפשרות השלישית, שהיא רכה מקודמותיה, אם מתגלעת מחלוקת בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בדבר תפיסת הצדק של המדינה, ראוי, בדרך כלל, לסמוך על בית המשפט. בית המשפט יציב יותר בפני רוחות השעה הסוערות; פעולתו מעוגנת במסורת תקדימית; הוא כבול על ידי שפה מקצועית; עליו לנמק את בחירותיו ועוד. אולם יתרונותיו של בית המשפט רלוונטיים – ולכן אמורים להקנות לו מעמד מכריע – בסוגיות של הקצאת זכויות; לא כן אם המחלוקת נוגעת בעיקרה לסוגיות מסוג אחר, סוגיות של זהות. כך יש לנהוג בכל מקום, קל וחומר במדינה יהודית, שבה שאלות של דת ושל לאום בוללות זו בזו.²⁴ דוגמה לסוגיה כזאת היא התחום

²⁰ למחוקק בקנדה יש שתי דרכים לחוקק מחדש חוק שבוטל: ראשית, להכניס בחוק שינויים שיביאו לכך שהחוק המתוקן יעמוד בכלליה של "פסקת ההגבלה" הקבועה בצ'רטר הקנדי (Canadian Charter of Rights and Freedoms) – קרי, הפגיעה שפוגע החוק בזכויות האדם היא "מוצדקת בחברה חופשית ודמוקרטית"; ראו סעיף 1 לצ'רטר הקנדי. שנית, ודרך זו חזקה יותר, המחוקק יכול לפעול בניגוד לחוקה באמצעות קביעה מפורשת בחוק כי הוא נחקק "על אף האמור" בחוקה; ראו סעיף 33 לצ'רטר הקנדי. במקרה כזה החוק חסין מפני ביקורת שיפוטית במשך חמש שנים. אם המחוקק רוצה להבטיח שהחוק ימשיך להתקיים בחלוף תקופה זו, עליו לחזור ולחוקק אותו.

²¹ הרעיון המבוטא בפסקת ההתגברות הקנדית חדר כבר לספר החוקים הישראלי בהקשר המצומצם של חוק יסוד: חופש העיסוק, בסעיף 8(א) לחוק היסוד.

²² זוהי ההצעה שהתקבלה בהצבעת רוב בממשלת ישראל רק לאחרונה, בספטמבר 2008.

²³ למשל בהצעת החוקה של המכון לאסטרטגיה ציונית (2006) נקבע, בסעיף 92, כי "קבע בית המשפט העליון, כי יש סתירה בין חוק לבין החוקה, יראו את החוק כמבוטל ביום המאה ועשרים לאחר שהתקבלה החלטת בית המשפט, זולת אם בתוך התקופה האמורה אשררה הכנסת ברוב חבריה את החוק בנוסחו המקורי או בנוסח מתוקן".

²⁴ כך קובע השופט זילברג: "כי, מדוע נדונים עניני המצב האישי על פי החוק הדתי או הלאומי של בעלי הדין? על שום שהסדרם אינו דבר השווה לכל נפש; על שום שענינים אלה, חוט של הווי ומסורת משוך עליהם, והם שונים ומשתנים עם

של מעמד אישי; גם הוויכוח על אופי המרחב הציבורי במדינה יהודית – למשל, כיצד תיראה השבת הישראלית – אף שיש לו השלכות משפטיות ברורות וחשובות בתחום של הקצאת זכויות, הוא בעיקרו עניין המצוי בלבו של שיח הזהות;²⁵ דוגמה טובה נוספת היא סוגיית אופן ההצטרפות אל הקולקטיב היהודי – גיור.²⁶ לפיכך, על פי העמדה השלישית, רק בשאלות אלו, שאלות של זהות, יחולו העקרונות של פלורליזם משפטי והמילה האחרונה תישאר בידי בית המחוקקים. משמעות הפלורליזם בהקשר זה היא שגם אם יתברר שחוק של הכנסת בנושאים אלו מפר ערכים חוקתיים המבטאים את תפיסת הצדק של המדינה – למשל חוק בתחום האישות הנוגד את ערך-העל החוקתי של שוויון או חוק שקובע סגירת עסקים בשבת בדרך הנוגדת את הערך של חופש העיסוק – בית המשפט לא יוכל לבטלו באמצעות ביקורת שיפוטית. היינו, על פי עמדה זו, המוניזם המשפטי הוא הכלל, ופלורליזם משפטי יתקיים במספר מצומצם של נושאים, שהם ליבת הזהות הישראלית.²⁷

לסיכום, שלוש העמדות שתוארו נבדלות זו מזו בעניינים חשובים ביותר, אך באופן עקרוני שלושן מתירות לכנסת לחוקק גם חוקים המנוגדים לערכי היסוד החוקתיים. התמיכה המצטברת בשלוש ההצעות – בכנסת, בקהילה המשפטית ובציבור הרחב – רחבה ביותר. לפיכך מסתמנת אפשרות ממשית שבעתיד אפשר יהיה לקבוע במדינת ישראל הסדרים חוקיים בניגוד לתפיסת הצדק של המדינה כפי שזו תנוסח במסמך הנורמטיבי העליון – החוקה.

בשולי הדברים חשוב לחזור ולהדגיש: אף לא אחת מהעמדות שתוארו כאן מבקשת לקדם את ההסדר הקלסי של פלורליזם משפטי, משום ששום עמדה איננה מציעה לאפשר לאזרחים חופש לבחור בין מערכות רגולציה מקבילות. ובכל זאת, זהו העניין העומד על הפרק: הגבלה (או ביטול) של הביקורת השיפוטית מאפשרת לאזרחים, באמצעות בית המחוקקים, חופש בחירה לסטות מהערכים החוקתיים המדינתיים, אף שהם הערכים הגבוהים ביותר בהיררכיה הנורמטיבית. בכך יופר הצנטרליזם המשפטי ותיווצר הדיסהרמוניה המאפיינת פלורליזם משפטי.

ד. משפט אזרחי: פרישה מהצדק של המדינה הגלום בהסדר החוקי

חוקיה האזרחיים של מדינת ישראל יוצרים שמיכת טלאים, ופיסות החקיקה – מקורן ההיסטורי מגוון: מנדטורי, קונטיננטלי וישראלי מקורי. כתוצאה מכך החוק האזרחי הישראלי מתאפיין

הבדלי השקפת עולם – השקפות דת, מוסר, תרבות, מסורת, מנהגים וכו' – של הנוגעים בדבר" (ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד 1341, 1345).

²⁵ למשל, בפתח פסק הדין בדבר חופש התנועה בשבת בכביש בר-אילן, השופט ברק מכיר במשתמע בהבחנה בין השיח המשפטי-מקצועי, שהוא שיח זכויות, ובין השיח הרחב יותר, הציבורי-חברתי, שהוא שיח של זהות: "בשיח הציבורי בישראל, רחוב בר-אילן חדל להיות אך רחוב, הוא הפך להיות מושג חברתי. הוא משקף מחלוקת פוליטית עמוקה בין חרדים לחילונים. אין זו אך מחלוקת על חופש התנועה ביום שישי ובשבת ברחוב בר-אילן, זו בעיקרה מחלוקת קשה על יחסי דת ומדינה בישראל; זו מחלוקת נוקבת על אופייה של ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית. מחלוקת זו נתגלגלה לפתחו של בית המשפט. עלינו להכריע בה חרף תוצאותיה הפוליטיות" (בג"צ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1). להבחנה בין שיח הזכויות ובין שיח הזהות, ואגב כך דיון בפסק הדין של חורב, ראו א' שניא, המסע היהודי-ישראלי: שאלות של תרבות ושל זהות, ירושלים תשס"ו, פרק שישי.

²⁶ לקשר ההדוק בין ההליך המשפטי של גיור ובין הפוליטיקה של זהות ראו י"צ שטרן, "מבוא", הנ"ל (עורך), שאלות ותשובות; זהות יהודית בדורנו, תל אביב 2009.

²⁷ הסדר ברוח זו מוצע על ידי "חוקה בהסכמה" – הצעה של חוקה שנוסחה על ידי קבוצת מומחים בראשות נשיא בית המשפט העליון בדימוס השופט מאיר שמגר, מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה וביזמתו ובהנהגתו של ד"ר אריק כרמון, נשיא המכון; ראו המכון הישראלי לדמוקרטיה, "חוקה בהסכמה", ירושלים 2005. להצעות העוסקות בביקורת השיפוטית ובחסינות מפניה ראו שם, סעיף 163 (שפיטות חוקתית) וסעיף 164 (אי-שפיטות חוקתית). מתחייב כאן גילוי נאות: אני נמנה עם קבוצת המנסחים של מסמך זה; ההצעה לאי-שפיטות חוקתית בנושאי זהות הועלתה על ידי.

בחוסר אחידות רעיונית. עניין זה דורש תיקון, ולכן הקים בזמנו משרד המשפטים ועדה מקצועית, שקיבלה עליה את המשימה הסיזיפית להאחיד את החוקים השונים ולכלול אותם במסמך חוקי אחד – הצעת חוק דיני ממונות (המכונה גם "הקודקס האזרחי של מדינת ישראל"). לאחר יותר מעשרים שנות עבודה השלימה הוועדה את משימתה והצעת החוק נמצאת עתה על שולחן הדיון הציבורי והמקצועי.²⁸

מתברר שבחוק המוצע אין טביעת יד ממשית של עמדת ההלכה היהודית בתחום דיני הממונות. אפשר שההשראה היחידה של המשפט העברי על הצעת החוק היא לעניין שמה, "דיני ממונות". עניין זה תמוה: דיני הממונות ההלכתיים מפותחים למדי, נעשה בהם שימוש רציף בכל הדורות עד ימים אלה, והם מבטאים השקפת עולם יהודית ייחודית שהיא בוודאי בעלת ערך במדינה יהודית ודמוקרטית.²⁹ זאת ועוד, ההיזקקות אליהם איננה מעוררת את המתחים הרגילים בין דת למדינה, כיוון שלא מדובר בשאלות ה"גדולות" של זהות. מה היה נגרע ממשפטה האזרחי של מדינת ישראל אילו עם מקורות ההשראה של חוק הממונות החדש היה נמנה גם המקור הלאומי-דתי-תרבותי הייחודי לה – הלא הוא המשפט ההלכתי?³⁰

עניין זה מסביר את עגמת הנפש בקרב שומרי המצוות ושומרי המסורת, שכן הם מרגישים שהמסורת המשפטית היהודית המפוארת לא רק שאיננה נשמרת בחוקי מדינת ישראל אלא נעשים מאמצים למחוק את זכרה, אפילו כמקור השראה לתפיסת הצדק של המדינה. הכלי המפואר שהכיל את הקיום היהודי המורכב בתנאי גלות מושלך לקרן הזווית הריבונית בבחינת כלי לא יוצלח.

הביטול המעשי שנוקט המשפט הישראלי כלפי משפט ההלכה נתקל בסנטימנט זהה, שמגמתו הפוכה, מצד פוסקי ההלכה בדורנו. פוסקי ההלכה מכל הגוונים – חרדים אנטי-ציונים, חרדים ציונים, דתיים ציונים ואפילו דתיים "ממלכתיים" (שחלקם רואים במדינה אף מכשיר דתי בדרך לגאולת העם והעולם) – מאוחדים סביב העמדה השוללת מתן לגיטימיות הלכתית למשפט המדינה היהודית. כולם מקטלגים את מערכת בתי המשפט כ"ערכאות של גויים", ובכך מדביקים לה תווית ברורה של חוסר לגיטימיות הלכתית.³¹

²⁸ לתזכיר הצעת החוק, משנת 2006, ראו <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf>. בהצעה משולבים 24 חוקים קיימים בתחום האזרחי.

²⁹ לדוגמה לשימוש מעין זה ראו ח' דגן, "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם", ד' גוטווין ומ' מאוטנר (עורכים), משפט והיסטוריה, ירושלים, 1999, עמ' 165–190.

³⁰ ראו למשל י"צ שטרן, "מה יהודי במשפט הישראלי?", א' רביצקי וי"צ שטרן (עורכים), דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית, ירושלים, 2007, עמ' 13.

³¹ הרב צבי פסח פראנק קובע: "...אם שופט ישראל בעצמו יושב ודן במשפטי הגויים, הרי הוא בוודאי בכלל זה שהוא רשע ומרים יד בתורת משה ומחרף ומגדף, וכן כל הבא לדון לפניו..." (הרב צבי פסח פראנק, "מכתב בדבר בתי המשפט במדינת ישראל", בשעריך ה' [תש"ל], עמ' 4–5). הרב אברהם ישעיה קרליץ (החזון אי"ש) קובע: "ואין נפקותה [הבדל] בין בא לפני אינם ישראלים, ובין ישראל ששופט על פי חוקים בדויים, ועד דבר יותר מגונה שהמירו את משפט התורה על משפטי ההבל" (חזון אי"ש, סנהדרין, סימן טו, ד). הרב אברהם יצחק הלוי הרצוג קובע: "ולדעתי אלף פעמים גרוע מכל יחיד או יחידים או קהילה מישאל ההולכים לערכאות של גויים, כשעם ישראל בארצו, בתור שכזה, דן על פי חוקים זרים" (הרא"ה הרצוג, "גדרים בדין מלכות", התורה והמדינה ז–ח [תשט"ו–תשי"ז], עמ' י). הרב עובדיה יוסף קובע: "ודע כי אף על פי שהסמכות החוקית כיום מטעם הממשלה לדון בדיני ממונות ונחלות היא לבתי המשפט החילוניים, והשופטים שם יהודים הם, עם כל זה ברור כי לפי דין תורתנו הקדושה התובע את חברו בבתי המשפט שלהם גדול עונו מנשוא, והוא בכלל מה שפסקו הרמב"ם... והטור והשולחן ערוך חושן משפט... 'שכל הדן בערכאות שלהם הרי זה רשע וכאילו חירף וגידיף והרים יד בתורת משה רבינו'... כי שמעתי דיבת רבים התועים מדרך השכל המתחכמים לומר שמכיון שערכת השופטים יהודים, והממשלה העניקה להם סמכות לדון ולשפוט בדיני ממונות וירושות, דינא דמלכותא דינא, וחושבים שהותרה הרצועה להתדיין בפניהם... איסור חמור ביותר לישראל לדון אצלם, קל וחומר לשופטים יהודים כאלה, שהם מוזהרים ומושבעים מהר סיני לדון רק על פי התורה, והם פנו עורף אליה, ותחת לשפוט על פי חוקי התורה, אשר יעשה אותם האדם וחי בהם, דנים הם על פי חוקי העותומני והמנדטורי, בבחינת ושפחה כי תירש גבירתה, וילכו אחרי ההבל ויהבלו..." (הרב עובדיה יוסף, שו"ת יחוה דעת, סימן סה). הרב יעקב

מעניין לראות שבין משפט המדינה ובין משפט ההלכה יש בדורנו שלילה הדדית, אולם אופי השלילה שנוקטת כל שיטת משפט כלפי רעותה אחר: משפט המדינה אינו יוצא נגד חוק ההלכה באופן עקרוני; אדרבה, הוא נוהג בו כבוד רטורי,³² אך מסרב לעשות בו שימוש מעשי בעל משקל.³³ לעומת זאת, משפט ההלכה זועק ברמה את טענותיו נגד הלגיטימיות של משפט המדינה,³⁴ אך העובדה היא שהרבנים ושומועי לקחם נזקקים לו דבר של יום ביומו.

על כל פנים, שלילה הדדית גורפת זו בין שתי מערכות המשפט – המערכת הישראלית והמערכת ההלכתית – היא כמובן קרקע פורה לצמיחתה של תחרות ביניהן על לבם של צרכני המשפט. אין צורך לומר שמבחינה אמפירית, העליונות הברורה של משפט המדינה איננה מוטלת בספק, אבל מול עינינו מתפתחת בהדרגה ובעקיבות חלופה דתית. התמונה המצטיירת היא של מאבק מתמשך בין שתי מערכות נורמטיביות אזרחיות,³⁵ שתוצאותיו עתידות להוביל לקיום

אריאל, ממנהיגי הציונות הדתית ומועמדה לתפקיד רב ראשי למדינת ישראל, קבע לפני שנים: "כשמדובר בהדיוטות המתנכרים לתורה באופן שיטתי ומעדיפים במוצהר דין נוכרי על פני דין תורה, איסור השפיטה בפניהם יהיה מן התורה. יתכן שהם עצמם, משום שהם תינוקות שנישבו, ולא גילו מעולם את המאור שבתורה, ולא יודעים כלל על קיומו של משפט התורה, אין כונתם למרוד בתורה בודו. אך יהודי דתי היודע על קיומו של משפט התורה ועל מציאותם של תלמידי חכמים יודעי דת ודין, ובכל זאת הוא מעדיף להישפט בפני הדיוטות אלו, שמחמת אונסם כופרים בתורה, נחשב למחרף ומגדף, ולמרים יד בתורת משה, ואיסורו איסור חילול ה' מדאורייתא, ודינו כהולך לערכאות של נוכרים" (הרב יעקב אריאל, "המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות", תחומין א [תש"ם], עמ' 327). גם לאחרונה חזר הרב אריאל על עמדה זו: "...כל הפוסקים, גם הציונים-דתיים שבהם, רואים במציאותה כמות שהיא [של מערכת המשפט על כל מרכיביה] ערכאות, האסורות בחומרה על פי ההלכה" (הנ"ל, "לא על פרשת דרכים: ראשית צמיחת גאולתנו במבחן הימים", צהר ה [תשס"א], עמ' 108, הערה 15). פרופ' אליאב שוחטמן מסכם: "הדעה הרווחת בקרב חכמי ההלכה בני זמננו היא שבתי המשפט של מדינת ישראל – אע"פ שיושבים בהם יהודים – מכל מקום הם אינם דנים ע"פ דין תורה אלא ע"פ מערכת של חוק שמבחינת דין תורה הוא חוק זר. בכך יש אפוא משום סיכול מגמת התורה לפתור כל שאלה משפטית על יסוד דיני ישראל, ולפיכך חל עליהם לא רק איסור 'לפניהם ולא לפני הדיוטות' אלא גם איסור 'לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים'" (א' שוחטמן, "מעמד ההלכה בתי המשפט במדינת ישראל" תחומין יג [תשנ"ב-תשנ"ג], עמ' 346).

³² למשל: "נביא משפט עברי אל ביתנו, אורח רצוי הוא ובמאור פנים נקבלו; ואולם לא נוכל עמוד במצוה אם אדון בביתנו נקראהו מערב עד בוקר" (מ' חשין, "מורשת ישראל ומשפט המדינה", ר' גביון [עורכת], זכויות אזרח בישראל: קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן, תל אביב 1982, עמ' 83). וזאת התזה של השופט ברק: "...לערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית יש שני היבטים עיקריים: ההיבט האחד הוא ההיבט הציוני; ההיבט האחר הוא ההיבט המורשתי או המסורתי או ההלכתי, כפי שכל אדם יגדיר זאת... נפתח בערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית בהיבט המורשתי, הכולל גם את ההלכה. זהו 'עולמה של ההלכה'. על ערכים אלה אנו לומדים מתוך עולמה של ההלכה עצמה. אלה הם מים שאין להם סוף. הם כוללים ערכים של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ברמות הפשטה שונות, החל בדין ספציפי בסוגיה פלונית וכלה בערכים מופשטים, כגון 'ואהבת לרעך כמוך' ו'עשית הישר והטוב'; מצויים ביניהם ערכים פרטיקולריים ואוניוורסליים; הם כוללים ערכים שהתפתחו בהיסטוריה של עם ישראל לדורותיו, ביניהם ערכים המשלימים זה את זה וערכים הסותרים זה את זה. זהו עולם ומלואו... יש לחפש שילוב והתאמה בין הערכים השונים של מדינת ישראל – כמדינה יהודית ודמוקרטית – מתוך נסיון ליצור תפיסה אחידה וכוללת. דבר זה אפשרי. אין האחד חייב לבוא על חשבון האחר. תוך ויתורים הדדיים, ניתן למצוא את נקודת האיזון הראויה" (א' ברק, "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", עיוני משפט כד [תש"ס], עמ' 10-11).

³³ למשל, בעניין פרשנות הוראות חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ראו עמדתו המצמצמת של השופט ברק אשר לאפשרות של השלמת שיעור בדין (לקונה) באמצעות המשפט העברי: א' ברק, "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל", א' ברק וט' שפניץ (עורכים), ספר אורי ידיו, ב, ירושלים תש"ן, עמ' 27-46.

³⁴ למשל, הרב עובדיה יוסף אמר בפומבי כך: "אלה קוראים את עצמם בית משפט עליון? לא שווים. בבית משפט תחתון צריך לשים אותם. הם, בשבילם ברא את כל הייסורים שבעולם. כל מה שישאל סובלים, בשביל הרשעים האלה. ריקים ופוחזים. שיפחה כי תירש גבירתה. מה הם יודעים? ילד שלנו, בן 7-8 שנה, יודע ללמוד יותר טוב מהם ללמוד תורה. אלה שמו אותם בבית המשפט עליון. מי בחר בהם? מי עשה אותם שופטים? אלא שר המשפטים, צר ואויב, הוא אהב אותם והוא המליץ שצריכים לבוא אצל הנשיא והנשיא שם אותם שופטים. מה, עשו בחירות? מי אמר שהעם רוצה כאלה שופטים רשעים כאלה. כולם סוררים ומורים. אין להם לא דת ולא דין. כולם בועלי נידות. כולם מחללי שבת. אלה יהיו השופטים שלנו? עבדים משלו בנו". דברים אלו, שנאמרו ביום 9.2.1999, הביאו את התנועה לאיכות השלטון לפנות ליועץ המשפטי לממשלה בדרישה שיעתרה; ראו בג"צ 3087/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 414.

³⁵ מאבק דומה קיים בעוד מדינות, שמתחבטות בשאלה אם וכיצד שיטת המשפט שלהן אמורה לשקף את העובדה שהפכו, למעשה, למדינות רב-תרבותיות. למשל, לפני חודשים מספר עורר רואן ויליאמס (Rowan Williams), הארכבישוף מקנטרברי העומד בראש הכנסייה האנגליקנית, ויכוח סוער, משום שקבע כי על הדין האנגלי להכיר במשפט השריעה המוסלמי ובמוסדות שיפעילו אותו בתחומים של מעמד אישי וסכסוכים ממוניים. אגב כך התעוררה שם שאלת הלגיטימיות של הדין האנגלי הנוהג, המכיר במשפט ההלכה היהודית ובמוסד המפעיל אותו – בית הדין. עניין דומה התעורר בקנדה: בשנת 1991

ממשי של פלורליזם משפטי בישראל. אם כך יהיה, הציבור בישראל יוכל לבחור, בתחום המשפט האזרחי, בין שתי תפיסות שונות של צדק – צדק ישראלי וצדק יהודי. על מנת שהשינוי המסתמן יובן לעומקו, נדרשת הרחבת מה בתיאור הרקע, בעבר ובהווה, שבו הוא עשוי לצמוח:

ראשית, ברחבי ישראל יש כבר כיום עשרות בתי דין הלכתיים פרטיים לממונות.³⁶ חלקם פועלים בחסות מועצות דתיות – חלקם על ידי מוסדות של הציונות הדתית, וחלקם מצויים בקרב הציבור החרדי.³⁷ אל בתי הדין פונים צדדים שמעוניינים לפתור את הסכסוך ביניהם באמצעות משפט ההלכה כפי שיפורש על ידי רבנים-דיינים שהם מכירים בסמכותם הפרשנית. בתי דין אלו פועלים כבוררים מכוח חוק הבוררות, התשכ"ח-1968, ופסק דינם מחייב כפסק בוררות רגיל, על מגבלותיו.³⁸ מהבחינה העקרונית אין בינם ובין מערכת בוררות סטנדרטית ולא כלום למעט העובדה שהם אינם מחילים בהכרח את דין המדינה על הסכסוך שנמצא בבוררות; בוררים רשאים לקדם הסכמות שלא על בסיס חוקים אלו, ובתי הדין ההלכתיים מחילים על הסכסוך את פרשנותם לטקסטים ולתקדימים הלכתיים. מנקודת ראות דמוקרטית משטרית-מבנית, אין בבתי דין אלו משום חידוש, משום שהם פועלים כבוררים על פי ההרשאה שבחוק. אולם מנקודת הראות הציונית-דתית הם מבטאים מימוש חזון התחייה של המשפט העברי במדינת ישראל, ומנקודת הראות החרדית הם מבטאים הפניית גב למשפט המדינה.

שנית, כידוע לכול, בתחום המעמד האישי משפט המדינה נותן תוקף למשפט הדתי, כך שמעמדם האישי של יהודים בישראל מוסדר על ידי הדין הדתי. עניין זה ממוסד במערכת נפרדת של בתי דין ממלכתיים, המכונים בתי דין רבניים.³⁹ בראש בתי הדין הללו מכהנים דיינים מומחים במשפט ההלכה, והם פוסקים על פיה בנושאים המסורים לסמכותם. קיומו של אורגן ממלכתי שמחויב למשפט ההלכה הוא תופעה מעניינת: בתי הדין הרבניים מתוקצבים על ידי המדינה ופסיקותיהם ההלכתיות מחייבות אותה. לכן המתנגדים להסדר זה רואים בהם סוס טרויאני של משפט ההלכה בלב שיטת המשפט הישראלית – בבחינת "הגם לכבוש את המלכה עמי בבית" (אסתר ז, ח). התומכים בקיומם של בתי הדין הרבניים מסבירים כי הדבר רצוי והכרחי לשם שמירה על האופי היהודי של המדינה. זוהי חלקת האלוקים הקטנה – במובן כפול – של הייחוד היהודי של המשפט הישראלי. כך או אחרת, אין להתפלא על השאיפות של יהודים הלכתיים

נחקק בפירוניציית אונטריו חוק בוררות חדש, שפתח את הדרך בפני הכרה של המדינה בפסק דין של בוררות אזרחית גם אם נעשתה על ידי בית דין דתי. בשנת 2003 מוסד אסלאמי החל להציע שירותי בוררות על פי דיני המשפחה האסלאמיים וביקש הכרה של המדינה בפסיקתו. לאחר מחאות – בעיקר של נשים מוסלמיות, שחששו מאובדן ההגנה של החוק הקנדי השוויוני – תוקן חוק הבוררות של אונטריו בשנת 2005 והאפשרות הזאת נחסמה.

³⁶ ראו למשל ר' ערוסי, "בתי דין לדיני ממונות: היוזמה – חזון ומציאות", <http://www.sanhedrin.co.il/>; מ' בריס, "בית הדין לממונות – בין סמכות לבוררות", דפי פרשת שבוע של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, ערכו א' הכהן ומ' ויגודה, פרשת דברים, תשס"ד.

³⁷ לסקירה ודיון ראו ע' וינשטיין, מעמד בית הדין הרבני בענייני ממונות – בורר אפשרי/חוקי או סמכות דתית?! – נייר עמדה, הוגש למועצת יה"ד, 2005.

³⁸ למשל, אכיפת פסק בוררות באמצעות כוח שלטוני (ההוצאה לפועל) אפשרית רק אם ניתן לפסק הבוררות תוקף של פסק דין בבית המשפט המחוזי. כמו כן, הבוררים אינם יכולים לכפות על עדים להופיע בפניהם ואינם יכולים לתת סעדים זמניים שונים ללא אישורו של בית המשפט הממלכתי. בית המשפט עלול שלא להיעתר לבקשות הבוררים אם הוא סבור שיש בהן משום פגיעה בצדק הטבעי או אם הוא מזהה פגם בדרך שבה נוהל הליך הבוררות. יתרה מזאת, על פסק הבוררות אפשר לערער לבית המשפט הממלכתי. במקרים שבהם ההלכה היא הדין המהותי שעל פיו מתנהלת הבוררות, העתקת הדיון בערעור לבית משפט שאיננו בר-אוריין הלכתי עלולה, כמובן, לעורר בעיות.

³⁹ ראו חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953.

ומסורתיים להרחיב את סמכות בתי הדין הרבניים, על מנת שאפשר יהיה להחיל את משפט ההלכה גם על סכסוכים שמחוץ לתחום המעמד האישי.⁴⁰

דרך "מתונה" למימוש שאיפה זו היא הקניית סמכויות בוררות לבתי הדין הרבניים בעניינים אזרחיים וכלכליים, וכך דיינים עובדי מדינה יוכלו לשמש בוררים אם כל הצדדים לסכסוך הסכימו לכך וחתמו על "שטר בוררות".⁴¹ כך נהגו בתי הדין משך שנים רבות, אף שלא הוענקה להם בחוק סמכות מפורשת לעשות זאת.

בהקשר זה מתעוררות שאלות לא פשוטות, הן בשיח הדתי הפנימי והן בשיח הממלכתי הכללי. מבחינה פנימית דתית, יישום חוק הבוררות על ידי בית דין רבני אינו עניין קל:⁴² למשל, על פי החוק הנוהג, התנאי לאכיפת פסק בוררות – לרבות פסק בוררות של בית הדין הרבני – הוא אישורו על ידי בית המשפט המחוזי. הדבר גורם לסרבול, להשהיה ולעלויות נוספות, ואלו מקטינים את כוח המשיכה של בתי הדין כבוררים בסכסוכים ממוניים. חשוב מזה, הצורך לתקף את ההכרעה הרבנית-דתית בבית משפט "חילוני" הוא מעין הכרה בתוקפן של "ערכאות של גויים" מצד מי שמעוניינים להימנע מהן ולשם כך פנו אל בתי הדין הרבניים מלכתחילה. זו מלכודת של ממש. זאת ועוד, אם מי מהצדדים מעוניין לערער על פסק הבוררות של בית הדין הרבני – האם עליו לעשות זאת לפני בית הדין הרבני הגדול, שהוא ערכאת הערעור הרגילה על פסיקת בתי הדין, או עליו לפנות לבית המשפט המחוזי, שהוא ערכאת הערעור הרגילה על פסקי בוררות? המבוכה רבה.⁴³

גם מבחינת מערכת המשפט האזרחית מתעוררות שאלות חשובות. כך נכתב באחד מפסקי הדין של בג"ץ לפני קרוב לעשרים שנה: "יש מקום לשאלה, אם ראוי הוא כי גוף שיפוטי, שסמכויותיו קבועות בחוק, ייטול על עצמו סמכויות שיפוט נוספות, מכוח הסמכתו כבורר? היעלה על הדעת, כי צדדים יפנו לבית משפט השלום לדון כבורר בתביעה כספית שמחוץ לגדר סמכותו? האם מבחינה ממלכתית ניתן להצדיק שימוש בזמן שיפוטי ובכלים שיפוטניים (בין של בתי הדין האזרחיים ובין של בתי הדין הדתיים) לעניינים שמחוץ לגדר הסמכות שהחוק העניק לרשויות השיפוט? כלום אין חשש לבלבול אצל הציבור, מה הן אותן החלטות שערכאת השיפוט נותנת כשלטון ומה הן אותן החלטות שערכאת השיפוט נותנת כבורר?".⁴⁴ התנגדות מכיוון אחר העלה מי שהיה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לענייני חקיקה: "מטבע הדברים שרק יהודים שומרי מצוות עשויים להזדקק לשירות הבוררות המוצע. נמצא שיוקם מנגנון ממלכתי, עם דיינים הפועלים מטעם המדינה, ואוכלוסיית היעד שלה תהיה רק יהודים שומרי מצוות... הדבר אינו

⁴⁰ ראו א' שוחטמן, "סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים שלא בענייני המעמד האישי", אוניברסיטת בר-אילן: ספר השנה למדעי היהדות והרוח כח-כט (תשס"א), עמ' 437-465; ש' דיכובסקי, "בתי דין רבניים-ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם", דיני ישראל יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ח), עמ' ז-יט.

⁴¹ שוחטמן, שם, הערה 29.
⁴² ראו ש' דיכובסקי, "מעמדו של בית הדין הרבני הדין בדיני ממונות כבורר", שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א), עמ' 527.

⁴³ כדי לפתור מבוכה זו הוגשו כבר לפני כעשור הצעות חוק שמטרתן להעניק לבתי הדין הרבניים סמכות שיפוט בעניינים אזרחיים בהסכמת הצדדים; ראו למשל הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון מס' 2 – סמכויות שיפוט בעניינים אחרים) (הוראת שעה), התשס"א-2001 (פ/689), שהגיש חבר הכנסת שמואל הלפרט. דרך אחרת לטיפול בבעיה היא תיקון של חוק הבוררות; ראו הצעת חוק הבוררות (תיקון – אישור פסק הבוררות במקרים מיוחדים), התש"ס-2000 (פ/2146), שהגיש חבר הכנסת יגאל ביבי. הצעות דומות הציגו חבר הכנסת זבולון המר בכנסת השלוש עשרה וחבר הכנסת יורי שטרן בכנסת הארבע עשרה.
⁴⁴ השופט א' ברק בבג"צ 3023/90 פלונית, קטינה נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד מה(3) 808, 813.

עולה בקנה אחד עם עקרון הממלכתיות ועקרון הכלליות המתלווה לו – בלשון אחרת הדבר יביא להפרדת הדתיים מהמדינה".⁴⁵

שאלות אלו, שנשארו בצריך עיון שנים רבות, הגיעו לידי הכרעה בשנת 2006. בית המשפט הגבוה לצדק החליט כי בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק, אין בית הדין מוסמך לפעול כבורר בענייני ממון גם אם מסכימים לכך כל הצדדים הנוגעים בדבר.⁴⁶ פסיקה זו, שתקפה גם ברגע כתיבת שורות אלו, מחזקת את תפיסת הצדק האחידה בישראל בעניינים אזרחיים ומסכלת אפשרות של פלורליזם – אפילו בדרך של בוררות, התלויה בהסכמת הצדדים – במערכת המשפט המדינתית.

פסיקת בית המשפט נתקלה בכנסת לוחמנית. כמה חברי הכנסת – מסיעות דתיות⁴⁷ וחרדיות⁴⁸ כאחד – פנו לדרך החקיקה והגישו הצעות חוק פרטיות לתיקון חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953. מטרת ההצעות הייתה להתגבר על פסיקת בית המשפט ולהסמך במפורש את בתי הדין לדון בענייני ממונות, בהסכמת הצדדים ובתנאי שמי מהם יהודי, בהתאם לדין תורה. חלק מהצעות החוק גם מבקשות להעניק לבית הדין הרבני "שיפוט ייחודי בכל תובענה שעילתה בפסק הדין, בין אם ענינה באכיפת פסק הדין, ביטולו, שינויו, תוצאות הפרתו או פרשנותו".⁴⁹

לא זו אף זו, משרד המשפטים, בשיתוף בתי הדין הרבניים, יזם אף הוא הצעת חוק דומה, שעל פיה "בית דין רבני רשאי לדון כבורר בענין אזרחי היכול לשמש נושא להסכם", אם תתקיים שורה של תנאים.⁵⁰ בית הדין הוסמך "לדון ולהחליט לפי דין תורה".⁵¹ המונח "עניין אזרחי" הוגדר הגדרה שירית רחבה ביותר.⁵² על פי ההצעה, שם החוק העיקרי יתוקן ויימחקו ממנו המילים "נישואין וגירושין", המצביעות על מגבלת הסמכות. החוק ייקרא להבא "חוק שיפוט בתי דין רבניים".⁵³ זהו, כמובן, שינוי רב-חשיבות, והוביל אותו שר המשפטים דאז חיים רמון.

הממשלה דחתה את הצעת החוק שגיבש משרד המשפטים. למרבה ההפתעה, ההתנגדות הקואליציונית לא באה משורות המפלגות הליברליות, דוגמת מפלגת העבודה או קדימה, אלא דווקא מהמפלגה הדתית-חרדית ש"ס. השר אלי ישי, יושב-ראש ש"ס, טען שאף שההצעה "מתקנת" את פסיקת בג"ץ ומחזירה את המצב לקדמותו, לא די בה, משום שהיא איננה עומדת בתנאי ההסכם הקואליציוני שבין המפלגות קדימה וש"ס. בהסכם נקבע כי "הממשלה תגיש הצעת חוק המקנה לבתי הדין הרבניים סמכות שיפוט בעניינים היכולים לשמש נושא להסכם בין הצדדים". היינו הובטח שלבית הדין תהיה סמכות לא רק לברור אלא גם לפסוק, כמו כל בית משפט אזרחי רגיל, בסכסוכים אזרחיים וכלכליים, אם הצדדים לסכסוך מעוניינים בכך. משרד המשפטים חזר אל שולחן העבודה והציג לאחרונה הצעת חוק חדשה, שעיקרה הוא ש"לבית דין

⁴⁵ זהו ציטוט מדבריו של ש' גוברמן כפי שהובאו, ללא אסמכתא, אצל י' שפירא, "משפט ושיפוט – מחלוקת חדשה גם ישנה: הפרדת הדת מהמדינה או הפרדת הדתיים מהמדינה", שערי משפט ג (תשס"ד), עמ' 425–476, הציטוט מעמ' 471.

⁴⁶ ראו בג"צ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, תק-על 2006 (4) 1941.

⁴⁷ ראו הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון – סמכות בוררות בדיני ממונות), התשס"ו-2006 (142/פ), שהגיש חבר הכנסת יצחק לוי, וכן הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון – סמכות שיפוט בהסכמה בענין אזרחי וסמכות נלווית), של חבר הכנסת זבולון אורלב (144/פ).

⁴⁸ ראו הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון – סמכות שיפוט בהסכמה בענין אזרחי וסמכות נלווית), התשס"ו-2006 (488/פ), שהגישו חברי הכנסת משה גפני ויעקב ליצמן.

⁴⁹ שם, סעיף 9ב.

⁵⁰ ראו הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (בוררות וסמכות שיפוט בהסכמה), התשס"ו-2006, סעיף 3, המוסיף סעיף 9א לחוק העיקרי.

⁵¹ שם, סעיף 9א(ו).

⁵² שם, סעיף 9א(א).

⁵³ שם, סעיף 1 להצעת החוק.

רבני תהיה סמכות שיפוט בענין אזרחי היכול לשמש נושא להסכם", ובלבד שכל הצדדים הנוגעים בדבר הסכימו לכך בכתב ושלפחות אחד מהצדדים הוא יהודי (או שהוא תאגיד שבעל השליטה בו הוא יהודי).⁵⁴ הצעת החוק תלויה ועומדת.

מהלך אחרון זה, אם יבשיל לכדי חוק, הוא צעד חשוב ביותר לכיוון של פלורליזם משפטי בישראל – מוסדי ונורמטיבי.

בהיבט המוסדי, החוק הישראלי יכיר בקיומן של שתי ערכאות שיפוט מקבילות, ששתיהן חלק מהרשות השופטת ושתיהן אורגן של המדינה. לכל אחת מהערכאות תהיה סמכות שיפוט באותם עניינים – עניינים אזרחיים, שמקיפים את רוב הסכסוכים הנידונים במערכת בתי המשפט כיום. כל אחת משתי הערכאות תוכל להפעיל את סמכותה כמעט בכל סכסוך אזרחי בישראל (לבד מסכסוכים שבהם אפילו אחד מהצדדים להם איננו יהודי – עניין לא שכיח במדינה שבה כ-80% מהאוכלוסייה היא יהודית). הצדדים יוכלו לבחור, בתמימות דעים, בין שתי החלופות המוסדיות (forum shopping). יתרונה של הערכאה האזרחית, שהיא בעלת המונופול כיום, יצטמצם למקרים (רבים, מן הסתם) שבהם תתעורר מחלוקת בין הצדדים אשר לערכאה המועדפת.

בהיבט הנורמטיבי, החוק המוצע מסמיך את שתי הערכאות להפעיל בנוגע לאותם סכסוכים שתי מערכות דינים שונות בתכלית. מכאן החוק הישראלי האזרחי (ובגלגולו העתידי חוק דיני ממונות אזרחי, שאין בו רמז למשפט עברי), ומכאן דין תורה, כפי שפותח ופורש על ידי ההלכה לדורותיה (ב"שולחן ערוך" ובפסיקת רבני הדורות).⁵⁵

אל יהא הדבר קל בעינינו: בניגוד להסדרי העבר וההווה, אין אנו עוסקים בפסיקה פרטית של בתי דין עצמאיים, שממונים מטעם עצמם או מטעם קהילות. גם לא מדובר בערכאה שיפוטית הפועלת בכשירות מוגבלת, "בורר" שאכיפת הכרעתו תלויה בהסכמת ערכאה שיפוטית בעלת מונופול. הצעת החוק, אם תתקבל, לא רק תתיר הפעלה של המנגנונים הממלכתיים הרלוונטיים – ובראשם מערכת אכיפת החוק, לרבות ההוצאה לפועל, המשטרה ומערכת בתי הסוהר – לשם יישומו של הדין הדתי בסכסוכים אזרחיים, אלא אף תחייב הפעלה של מנגנונים אלו. דין הפסיקה הדתית יהיה כדין הפסיקה האזרחית (כמעט) בכל דבר ועניין.

ההסכם הקואליציוני שנחתם על ידי רוב חברי הכנסת הקודמת בישראל ונתמך על ידי הדרג המקצועי בענייני ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים, מציע לציבור הישראלי פיסת חקיקה מהפכנית, שמשמעה הוא זניחה של המודל המוניסטי-צנטרליסטי בעניינים אזרחיים. אם הצעת החוק תתקבל, שוב לא יהיה אפשר לדבר על קיומה של תזמורת נורמטיבית הרמונית אחת בישראל. אמנם הרחבת סמכות בתי הדין הרבניים תיעשה בחוק מדינה, ובמובן עקרוני זה יישמר המבנה הנורמטיבי ההיררכי, אך זהו חוק מסגרת בלבד, שרק שומר שמקור הסמכות יישאר בידי המדינה; הבלעדיות בקביעת תוכן הנורמה והמונופול של המוסד המופקד על השפיטה בנושאים אלו יפסיקו להתקיים במדינת ישראל. הנה כי כן, אם ימומש ההסכם הקואליציוני הקודם, תפיסת הצדק והחזון החברתי העולים מספר החוקים האזרחי כולו, ובכלל זה עיקר ה"בשר" המשפטי – דיני החוזים, הנזיקין, הקניין וכיוצא באלה – יהפכו להיות רק אחת מהאפשרויות

⁵⁴ ראו הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (סמכות שיפוט בהסכמה), התשס"ח-2008, סעיף 3, המוסיף את סעיפים 9א ו-9ב לחוק העיקרי; ראו במיוחד סעיף 9א(ב).

⁵⁵ סעיף 9א(ו), שם, קובע: "בית דין רבני שדן בתובענה בעניין אזרחי לפי סעיף זה יפסוק בתובענה לפי דין תורה ובלבד שאם אחד מבעלי הדין היה קטין, פסול דין, נעדר או עובד בתובענה בענייני עבודה, לא יהיו זכויותיו פחות ממה שהיו לפי החוק האזרחי".

שהמדינה מכירה בהן ומוכנה לאכוף אותן. החוק עצמו יפתח בפני כל מאן דבעי אפשרות שוות ערך לקדם את תפיסת הצדק החלופית ששאובה מהמסורת היהודית ההלכתית, גם אם זו עומדת בסתירה לתפיסת הצדק של המדינה.

ה. משפט פלילי: פרישה מהצדק של המדינה הגלום בהכרעות שיפוטיות

מהמשפט האזרחי למשפט הפלילי. לדיני העונשין אופי מוניסטי-צנטרליסטי בולט. אציג שני טיעונים חזקים המצדיקים אפיון זה:

הטיעון הראשון מבוסס על העובדה שבניגוד למשפט האזרחי, אשר מסדיר את מערכת היחסים שבין אדם לחברו, המשפט הפלילי עוסק ביחסים שבין אדם ובין הציבור. לפיכך המפתח להפעלתו איננו מסור בדרך כלל לאדם פרטי, אלא הוא בידי הציבור כולו, באמצעות המדינה, שמשמשת באורגניה – הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה, המשמש גם התובע כללי. בניגוד למשפט האזרחי, שמגולמות בו בעיקר נורמות מרשות-דיספוזיטיביות, שהצדדים יכולים להתנות עליהן התניות,⁵⁶ למשפט הפלילי אופי כופה-קוגנטי דומיננטי, שהרי הוא איננו מסדיר יחסים בין "צדדים".⁵⁷ השילוב בין מאפיינים אלו – אינטרס ציבורי כולל (לא סקטוריאלי), הפקדת האכיפה של החוק בידי הציבור כולו והאופי הכופה של החוק – מחזק את התחושה שבתחום זה אין מקום לפלורליזם משפטי.

הטיעון השני מתמקד בתוצאה של הדין הפלילי, הסנקציה המוטלת על מי שעובר על דיני העונשין. הסנקציה פוגעת בזכויות האדם שהורשע: מאסר הוא הפעלה של אלימות כלפי האסיר ויש בו פגיעה בחירותו ובחופש התנועה שלו; הטלת קנס נוטלת רכושו של אדם ופוגעת בזכות הקניין שלו; הכתמת אדם בקלון פוגעת בשמו הטוב; פיטוריו הם בניגוד לזכות האדם לחופש העיסוק. ברור, אם כן, שהמשפט הפלילי הוא מכשיר חברתי שתוצאותיו קשות ביותר כלפי הפרט. זהו נימוק חשוב לשמירת האחריות לקביעת תוכני הדין הפלילי וליישומו בידי המדינות.

שני הטענות דלעיל, המתמקדים בשני הצדדים של הדרמה הפלילית, משלימים זה את זה בתמיכתם במשטר משפטי מוניסטי בדיני עונשין. הטיעון הראשון מתמקד באינטרסים של מי שעלול להיפגע מההתנהגות פלילית. החשש הוא שפלורליזם משפטי יאפשר פרישה מהחוק הפלילי באופן שיקל עם הנאשם על חשבון הציבור הרחב. למשל, אין לאפשר לבני סקטור חברתי מסוים לעשות דין (מקל) לעצמם בתחום דיני התעבורה או דיני המס, משום שסביר להניח שהדבר יבוא על חשבון הציבור הרחב – ויוביל לריבוי תאונות הדרכים או להקטנת יכולת המדינה לספק מוצרים ציבוריים. יש לשמר את המוניזם בתחום זה על מנת להבטיח את האינטרס הציבורי הכולל. הטיעון השני מתמקד באינטרסים של מי שנאשם בהתנהגות פלילית. כאן החשש הוא שפלורליזם משפטי יאפשר פרישה מהחוק הפלילי באופן שיחמיר עם העבריין, וכך ייפגעו זכויות האדם של אזרח המדינה. למשל, על פי עמדה זו אין לאפשר לקבוצה חברתית להחליט שהעונש שיוטל על חבר בקבוצה הנתפס בגנבה הוא כריתת יד או שהעונש על חילול שבת הוא מוות בסקילה (אף אם כך נקבע בדין הדתי שבני הקבוצה מעוניינים במימוש).

⁵⁶ ראו למשל א' פרוקצ'יה, "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי יסוד במשפט", משפטים יח (תשמ"ט), עמ' 395–429.
⁵⁷ עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה יכול להחליט שלא להפעיל סעיף פלילי מסוים מטעמים שבמדיניות.

זה הרקע להירתמותו של חוק העונשין, תש"לז-1977, למשימה להבטיח שיישמר בישראל מוניזם משפטי בתחום זה. מאחר שענייני בפרק זה הוא להדגים את האפשרות של פרישה מעקרונות שנקבעו בהכרעות שיפוטיות (להבדיל מפרישה מהסדר חוקי), אתמקד כאן בהיבט אחד – ההיבט המוסדי. החוק מבקש למנוע הפרטה של המשפט הפלילי לא רק באמצעות חקיקת חוק עונשין כופה, אלא גם באמצעות האיסור להפעיל בתי משפט פרטיים בתחום הפלילי. כך קובע סעיף 269 לחוק העונשין: "לא ימלא אדם תפקיד בהליך של שפיטה משהתעורר, תוך כדי שפיטה, חשש עבירה פלילית, אלא אם ניתנה הודעה ליועץ המשפטי לממשלה או לבא כוחו". "ההליך של שפיטה" מוגדר במפורט בסעיף 268, ובין היתר הכוונה להליך המכוון להטיל על אדם "עיצום שיש עמו גינוי". מי שמפר את ההוראה ומשתתף בהליך פרטי של שפיטה בנסיבות אלו, מסתכן במאסר של שנה אחת (סעיף 271). התוצאה היא שבתי דין פרטיים, כגון בתי דין של אגודה מקצועית (למשל, לשכת עורכי הדין) או של מוסד (למשל, בית דין אוניברסיטאי) או של קהילה (למשל, בית דין של נטורי קרתא) או של קבוצת אינטרסים (למשל, בית דין של העולם התחתון) – אינם רשאים להטיל עיצום על אדם אם בנסיבות העניין מתעורר חשש שנעברה עבירה פלילית. המדינה מעוניינת להבטיח שתפיסת הצדק שלה בתחום הפלילי תתממש, ולכן היא מעניקה בלעדיות בתחום זה למערכת בתי המשפט שלה.

עם זאת, הסעיף מנוסח באופן שמתיר קיומם של חריגים, והוא מוסר את שיקול הדעת בשאלה אם להתיר את ההליך החריג ליועץ המשפטי לממשלה. ברצוני לדון כאן במקרה מבחן, שבו התיר היועץ המשפטי לממשלה לנהל "הליך של שפיטה" בתחום העונשי מחוץ למערכת בתי המשפט, ובכך הכיר בחשיבות של הפלורליזם המשפטי בתחום זה. בתיאור המקרה אציג שיקולים שיש בהם כדי לשכנע מדוע יש להתיר את הפעלתה של תפיסת צדק חלופית אפילו בתחום המיוחד של דיני העונשין.

הטרדות מיניות (וכמובן גם פגיעות חמורות יותר על רקע מיני, שאת כולן אכנה בהמשך "הטרדות מיניות") מעסיקות את החברה הישראלית באופן אינטנסיבי. הדבר טבעי לנוכח חומרת התופעה ושכיחותה.⁵⁸ תרמו לכך, ללא ספק, כמה מקרים שבהם הועלו האשמות בהטרדה מינית כלפי אישי ציבור ודמויות ידועות לכול בחברה הישראלית. בשדה הנורמטיבי, נחקק חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, שמעורר תשומת לב ציבורית ואקדמית⁵⁹ מרובה.⁶⁰

⁵⁸ על פי הערכה בדוח של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, כ-10% מהנשים בישראל שהן בנות יותר מ-21 חוו הטרדה מינית פיזית. מדובר בקבוצה של כ-200,000 נשים. ראו <http://women.walla.co.il/?w=2101/681549>. ממחקר של הרשות לתכנון כוח אדם במשרד העבודה והרווחה עולה שכ-13% מתוך כמיליון נשים עובדות בישראל (כיום או בעבר, בנות 20–45) הוטרו מינית. מהן כ-42% הוטרו פיזית (כלומר כ-5.3% מהנשים העובדות בישראל). ראו <http://www.haderech.co.il/harass7.html>. מדוח של הרשות לקידום מעמד האישה במשרד ראש הממשלה עולה שכ-17% מהנשים והנערות בארץ (אחת משש נשים!) הוטרו מינית ברחוב. ראו <http://www.haderech.co.il/harass5.html>.

⁵⁹ ראו למשל א' קמיר, "איזו מין הטרדה: האם הטרדה מינית היא פגיעה בשוויון או בכבוד האדם?", משפטים כט (תשנ"ח)–תשנ"ט), עמ' 317; מ' קרמניצר ול' לבנון, "האיסור הפלילי על הטרדה מינית – קידוש האמצעי ומחירו", שערי משפט ב (תשס"א), עמ' 285–305; א' קמיר, "תגובה: בחזרה אל 'כשאת אומרת לא למה את מתכוונת'?", שערי משפט ב (תשס"א), עמ' 307–319; נ' רימלט, "על מין, מיניות וכבוד: החוק למניעת הטרדה מינית בראי התאוריה הפמיניסטית והמצויאות המשפטית", משפטים לה (תשס"ה), עמ' 601–654.

⁶⁰ בית המשפט המחוזי בירושלים הציג את מטרת החוק במילים אלו: "החוק למניעת הטרדה מינית בא לשנות דפוסי התנהגות שרווחו בחברה, בצבא ובמקומות עבודה ולהבטיח מקום עבודה בטוח ושלו השומר על צלם אנוש וכבוד האדם... החוק למניעת הטרדה מינית מחנך את הציבור להתנהג בהתאם לנורמה החדשה ומטרתו למנוע התייחסות מינית, מקום בו נדרשת התייחסות מקצועית, וזאת, כיוון שהתייחסות מינית במקומות אלה פוגעת בביטחונם, בכבודם ובפרטיותם של בני אדם" (ע"פ 7654/03 ד"ר עמיקם קסיר נ' מדינת ישראל, תק-מח 2004(4) 7912, 7922).

הטרדות מיניות קיימות בכל חלקי הציבור, ובכלל זה בקהילה הדתית. ענייני כאן בסוג מסוים של הטרדות מיניות: הטרדות מצד בעלי מרות וסמכות בקהילות דתיות – רבנים, מחנכים ואחרים הנושאים בתפקידים פורמליים במוסדות, ביישובים ובמסגרות ציבוריות שונות. לאלה אפשר לצרף בעלי סמכות כריזמטית בהקשר החברתי של הקהילה הדתית, גם אם אין להם תפקיד כלשהו. מטבע הדברים, אם המטרידים הם בעלי מרות וסמכות דתית נוסף לפגיעה נופך ייחודי, חמור.

ידוע לכול שמוטרדים ומוטרדות חוששים מפני פנייה לרשויות המדינה לשם בירור תלונתם. מפאת אופייה של ההטרדה המינית, שנעשית בדרך כלל בצנעה, עדות המתלוננים ועדות הנילונים עומדות זו מול זו, "מילה כנגד מילה". לפיכך, קו הגנה שכיח של נילונים מתמקד בניתוח אישיותם של המתלוננים, בהכפשת שמם הטוב באופן כללי ובעיסוק חודרני בהתנהגותם המינית בעבר. המשפט הפלילי דורש הוכחת אשמה מעבר לכל ספק סביר, באופן שעלול להוביל לזיכוי של נאשמים בנסיבות שבהן אין ראיות נוספות מלבד עדות המתלונן או המתלוננת. מבחינה ציבורית, אכזבה עקב הכישלון להביא להרשעה בתלונה אחת (שזוכה לחשיפה ציבורית) מוליכה להשתקתם של מוטרדים רבים אחרים.

מוטרדים מינית בקהילה הדתית חווים את הקשיים שנמנו למעלה, ונוסף על כך קשיים ייחודיים הקשורים לשייכותם למגזר הדתי, על מאפייניו החברתיים, התרבותיים והדתיים. דיון ציבורי בענייני מין, גם אם אינו טאבו של ממש, מעורר אי-נוחות גדולה מהרגיל בקהילה הדתית. מתלוננים דתיים הנדרשים לחשוף היבטים אינטימיים של התנהגותם האישית בשער בת רבים, חווים קושי מיוחד. האינסטינקט הקהילתי הדתי השכיח הוא ש"אין עשן בלי אש" ושדברים מגונים לא קורים לאנשים הגונים. מוזיקת הרקע בקהילה הדתית נוטה להיות גינוי משתמע של מתלוננים, כאילו תרמו להתרחשות המביכה ואולי אף יזמו אותה. חרושת שמועות פנימית פוגעת לעתים במתלוננים עד כדי השפלתם במעגלים החברתיים הקרובים והרחוקים. התוצאות העתידיות של תלונה – לעתים גם אם צלחה! – עלולות להיות קשות: רווקים יתקשו למצוא את שידוכם, את משפחתם תלווה עננה של היעדר כשרות משתמע ועוד.

כל אלה זוכים להעצמה מיוחדת אם התלונה נסבה על התנהגותו של מנהיג דתי. באופן טבעי, מפאת מעמדו, למנהיג הדתי יש חזקת חפות עמוקה מהרגיל בקהילה. הוא נהנה מגיבוי ומרשתות תמיכה של מי שתלויים בו בדרכים מגוונות – מבחינה רוחנית-דתית (שומעי לקחו), מבחינה חינוכית-אידאולוגית (התומכים במשנה החינוכית שהוא מזוהה עמה), מבחינה מוסדית-כלכלית (באי המוסד שהוא מכהן בו ועובדיו, שאף עשויים להיפגע בפרנסתם), מבחינה ציבורית (אם הרב הוא דמות ציבורית) ועוד. עצוב לגלות ששכיחה במגזר הדתי גם התנהגות המקלה בגינוי של מנהיג דתי שסרח ואף מסתירה את עצם ההתרחשות בתואנה נלוזה של רצון למנוע "חילול שם שמים ברבים". באופן כללי, דמויות בעלות סמכות דתית נהנות ממנגנוני כוח חברתיים שמקשים את חשיפתן ואת בירורן של תלונות נגדן בגין הטרדה מינית.⁶¹

חשוב להדגיש שלהטרדה מינית של אדם דתי על ידי דמות בעלת סמכות דתית עלולות להיות השלכות קשות ייחודיות, יחסית להטרדה מינית במקרה אחר. נוסף על כל העולמות החרבים בחייו של המוטרד מינית באשר הוא או באשר היא, בהטרדה במגזר הדתי יש חשש להחרבה של העולם הדתי, ולעתים קרובות ערער זה יוצר משבר אישי עמוק מהרגיל. מן האמור

⁶¹ ראו למשל ח' קהת, "אף אחד לא מדבר על צדק", ארץ אחרת 13 (2002), עמ' 60.

לעיל עולה שאף שפוטנציאל הנזק של הטרדות מיניות במגזר הדתי גדול במיוחד, היכולת לברר את שהתרחש וההצלחה בהבאה לדין של מטרידים מיניים נמוכות מהרגיל, ורמת האכיפה של החוק הרלוונטי בקהילה הדתית איננה מספקת.

על רקע זה הקימו ארגוני נשים דתיות בשנת 2003 את "הפורום לטיפול ומניעה של הטרדות מיניות על ידי בעלי מרות וסמכות בציבור הדתי". אל הפורום הצטרפו מוסדות מרכזיים בציבוריות הדתית-לאומית, ובהם "אמונה", מרכז ישיבות בני עקיבא, איגוד ישיבות ההסדר, רשת אמ"ת, "קולך", "צביה", "יד שרה" ועוד. בין חברי הפורום קרוב לשלושים נשים וגברים – הדמויות הרבניות הבכירות ביותר בציבור הדתי-לאומי בישראל, אישי ציבור, משפטנים, בעלי מקצוע בתחום בריאות הנפש ופעילות מרכזיות בארגוני נשים דתיות. הפורום, המכונה "תקנה",⁶² חיבר "תקנון לטיפול ולמניעה של הטרדה ו/או תקיפה מינית".⁶³ התקנון קובע כללי התנהגות לבעלי סמכות ומרות בציבור הדתי שמטרתם למנוע הטרדה מינית, בלי למנוע מבעלי הסמכות למלא את תפקידם (לרבות קיום שיחות אישיות ועיסוק בנושאים רגישים). התקנון גם אמור להגן על בעלי הסמכות מפני תלונות סרק. התקנון הופץ במוסדות החינוך הדתי והובא לידיעת מאות בעלי סמכות בציבור זה. יש להדגיש שתוכנו איננו סותר את חוקי המדינה בכך שהוא מתיר לעשות דבר שהחוק אוסר; התקנון איננו תואם את חוקי המדינה בכיוון המנוגד: הוא אוסר דרכי התנהגות מסוימות שחוק המדינה מתיר.⁶⁴ נוסף על כך, חיברו חברי הפורום "קוד אתי לחברי הפורום", הקובע, בין היתר, כי "אין לחפות או לכסות על מעשי עוול בטיעון שייווצר חילול השם בחשיפתם. להפך, קידוש השם הוא בעשיית הצדק".⁶⁵ הקוד קובע את דרך הפעולה הנדרשת מכל מי שהוא חבר פורום ונודע לו על הטרדה מינית.

פעולתו השוטפת העיקרית של הפורום היא טיפול בתלונות על הטרדות מיניות שביצעו לכאורה בעלי סמכות ומרות במגזר הדתי. הפורום בנה מודל מדויק לטיפול בתלונות של נפגעים. מתלונן או מתלוננת יכולים להגיש תלונה אנונימית, וזו מועברת למזכירות של הפורום, שמעריכה את טיבה של התלונה. נציג הפורום מעודד את המתלונן או המתלוננת לאזור אומץ, להיחשף ולהעיד לפני הרכב של חברי הפורום, שממונה על ידי מזכירות הפורום לטיפול במקרה הקונקרטי. בהרכב נכללים רבנים וכן בעלי מקצוע בתחום בריאות הנפש ומשפטנים – נשים וגברים. ההרכב גובה עדות מהמתלונן או המתלוננת, שומע את תגובת הנילון, מברר את העניין כמידת יכולתו וקובע את דרך הפעולה הראויה כלפי המתלונן או המתלוננת והנילון. אם ההרכב נתקל במקרה המחייב דיווח לרשויות המדינה על פי חוק – הוא עושה כן. אם ההרכב סבור שבמקרה הנידון התעורר חשש לפלילים (אך הוא אינו מחייב דיווח), ההרכב מעודד את המתלונן או המתלוננת לפנות בתלונה רשמית לרשויות לשם מיצוי המהלך על פי החוק. אולם אם המקרה אינו עולה כדי מעשה פלילי אך מנוגד להוראות ההתנהגות הקבועות בתקנון, או אם התנהגות הנילון עולה כדי מעשה פלילי אך ברור מעל לכל ספק שהמתלונן או המתלוננת אינם מוכנים לפנות לרשויות המדינה, ההרכב מקבל עליו את האחריות לטפל במקרה שמתברר לפניו; זה היה המצב ברוב המקרים שטופלו עד כה.

⁶² ראו אתר האינטרנט www.takana.co.il

⁶³ שם.

⁶⁴ למשל סעיף 8 לתקנון, שם: "אין לקיים לימוד קבוע בחברותא בין בעל סמכות לחניכיו/חניכותיו אלא אם משתתפים/ות בלימוד זה לפחות שני/שתי חניכים/ות". ועוד: "בנסיעות משותפות של בעל הסמכות עם חניך/ה אחד/אחת כשהם לבדם ברכב, ישב/תשב החניך/ה מאחור, ולא מלפנים ליד בעל הסמכות".

⁶⁵ ראו המבוא ל"קוד אתי לחברי פורום", שם.

אם ההרכב השתכנע שהנילון אשם, הוא יכול להטיל עליו סנקציות קלות (כגון מגבלות נקודתיות על התנהגותו במגעיו עם הציבור) או סנקציות קשות (למשל, ההרכב דורש לפטר אותו ואף אוסר עליו לקבל על עצמו תפקיד ציבורי-חינוכי בעתיד). כמובן, ההרכב איננו יכול לאכוף את קיום הסנקציות שהטיל בדרך שהמדינה עושה זאת; אולם כוחו הציבורי והתורני של פורום "תקנה" מגדיל מאוד את ההסתברות שהנילון יבחר לציית לסנקציות גם ללא אמצעי אכיפה פורמליים. נוסף על כך, לפורום שמורה האפשרות להודיע לגורמים שונים, כגון מעסיקיו של הנילון, על מעשיו, ולבקש שהללו יאכפו את הסנקציה. לעתים, הסנקציות שההרכבים מטילים על הנילונים עולים כדי "עיצומים", כך שאפשר לטעון שהדיון בתלונות הוא בבחינת "הליך של שפיטה", שכאמור לעיל יש חובה להודיע על קיומו ליועץ המשפטי לממשלה.

בשנת 2006 פניתי בשם הפורום אל היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד מני מזוז, בבקשה לקבל את אישורו לניהול הליך משפטי, במובנו של חוק העונשין, נגד בעלי סמכות ומרות בקהילה הדתית שהואשמו בהטרדות מיניות. בפנייה פורט גם מקרה ספציפי שבו הוגשו תלונות אל הפורום, בלי שנחשפה זהות המעורבים. החיסיון התבקש על ידי המתלוננים והפורום כיבד את רצונם, כמתחייב מההגינות ומהיעילות.⁶⁶

היועץ המשפטי לממשלה וצוותו קיימו דיון בבקשה בהשתתפות פרקליט המדינה וצוותו ונציגים בכירים של משטרת ישראל. הם התלבטו בסוגיה, ובדין: זו איננה החלטה טריוויאלית. **ראשית**, במדינת ישראל נשמעים ברמה קולות הקוראים תיגר, בשם הדת, על מקורות הסמכות של המדינה ועל מערכות החוק והמשפט שלה.⁶⁷ לפיכך, יש למדינה קושי להכיר בפעולה מעין שיפוטית של פורום דתי הפועל למען הקהילה הדתית.⁶⁸ **שנית**, מדובר בפורום פרטי לחלוטין, שחבריו אינם נבחרים באופן פופולרי על ידי הקהילה. אפשר, אם כן, לשאול: מי שמכם? **שלישית**, הרכב מסוים של הפורום עלול לטעות בתפקודו ולהרשיע את הזכאי או לזכות את החייב. להבדיל מבית משפט, היושבים בהרכב אינם אנשים ששפיטה היא עיסוקם הקבוע (רובם אף אינם משפטנים); ההליך איננו מתנהל על פי דיני ראיות מוגדרים; לפורום ולהרכבים אין אמצעי חקירה כמו אלה שהמשטרה נוקטת, והוא נעדר הסמכויות והיכולות שמערכת אכיפת החוק נעזרת בהן; עורכי דין – "קציני בית המשפט" – אינם מופיעים בו, ועוד ועוד. **רביעית**, יש לחשוש מפני הטיה מכוונת של הדין על ידי מי שמנהל הליך כזה של שפיטה: מצד אחד, מאחר שמדובר בפורום פנים-קהילתי, אפשר שתתקדם פעולת זדון נגד נילון שחברי ההרכב אינם חפצים ביקרו בשל היכרות אישית, משום תחרות מקצועית או עקב מחלוקת אידאולוגית. מצד אחר, הפורום הפנים-קהילתי עלול לפעול מתוך אינסטינקט של הגנה על רבנים נילונים ומנטייה "לסגור את השורות", כך שתלונה מוצדקת תידחה בתואנות שווא. **חמישית**, מסיבות מובנות, דיוני ההרכבים אינם נערכים בפומבי והפרוטוקולים של הדיונים אינם מתפרסמים; מכיוון שכך, פעולת ההרכבים איננה חשופה לביקורת ציבורית או מקצועית. **שישית**, פעולתו של הפורום עלולה לסבך ואף לסכל את פעולת המשטרה נגד אותו נילון בגין אותם מעשים ומעשים נוספים. למשל, אפשר שהפורום איננו

⁶⁶ הדיסקרטיות הכרחית אם הפורום מעוניין לשמש "חוף מבטחים" למתלוננים אשר חוששים מפני חשיפה ציבורית.
⁶⁷ חנן מוזס, בעבודת הדוקטור שלו שפורסמה בימים אלו, מצא כי כ-90% מחברי הקבוצה התורנית לאומית (הרד"לים) וכ-50% מחברי הבורגנות הדתית (כפי שהוא מגדיר מגזר זה) תומכים תמיכה מוסרית בסירוב פקודה לפינוי יישובים. 60% מחברי הבורגנות הדתית סבורים שהיחס של בית המשפט העליון אל הצינונות הדתית הוא עיון עד עיון מאוד. לדיווח על מחקר זה ראו <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=1064234>.
⁶⁸ עם זאת, חשוב להדגיש כי תוכן ההחלטות של הפורום איננו מוכתב על ידי שיקולים הלכתיים, והפורום איננו פועל כגוף פוסק הלכה; ואמנם, בדרך כלל רוב החברים בהרכב אינם מוכשרים לפסיקת הלכה.

ער לחקירה סמויה שהמשטרה מנהלת נגד הנילון בעת הרלוונטית. הזמנת החשוד לדיון בפורום תבהיר לו שמעשיו נחשפו ברבים ותאפשר לו להעלים ראיות, להפעיל לחץ על מתלוננים אפשריים נוספים ולנקוט שורה של פעולות הגנתיות אחרות. **שביעית**, כאמור לעיל, ההרכבים של "תקנה" שומרים על דיסקרטיות. לפיכך, גם אם הנילון מורשע על ידי ההרכב, פעולותיו הקשות לא נחשפות לפני הציבור. החשאיות מקטינה את כוחו של המסר ההרתעתי והחינוכי שאפשר להפיק מהליך משפטי פומבי. כמו כן, הציבור שאיננו מצוי בסוד העניינים איננו יודע שעליו להתגונן מפני פגיעה מצד בעל הסמכות הנילון בעתיד. אמנם מטרת הסנקציה היא לפתור קושי זה, אך ברור שחשיפת העובדות כהווייתן לציבור כולו יעילה יותר.

למרות כל זאת, ולאחר התייעצויות פנימיות והתלבטויות, השיבה לשכת היועץ המשפטי לממשלה על הפנייה באופן הזה:⁶⁹ היועץ המשפטי לממשלה נמנע מלהגדיר מראש מצבים שבהם יוכל הפורום לטפל במקרים המגיעים לפתחו. היינו, בכל מקרה שבו מתעורר "חשש עבירה פלילית" תוך כדי הליך שהפורום ינהל, על הפורום לשוב ולמסור הודעה על כך ליועץ המשפטי לממשלה בהתאם לסעיף 269 לחוק העונשין; או אז יחליט היועץ המשפטי לממשלה בכל מקרה בהתאם לנסיבותיו "וזאת תוך מתן משקל, בין היתר, גם לתרומת הפורום במאבק לחשיפה ולטיפול בתופעות של הטרדה מינית לסוגיה".⁷⁰ כמו כן, היועץ המשפטי לממשלה ביקש לקיים הערכת מצב נוספת בנוגע לפעילות הפורום במועד מאוחר יותר ובעקבות תלונות נוספות שבהן יטפל הפורום. החלק השני של התגובה נגע למקרה הקונקרטי שהובא לפניו. בעניין זה, "החליט היועץ המשפטי לממשלה שלא להורות על הפסקת ההליך אותו הנכס מקיימים. זאת, בין השאר, על רקע אופיו של ההליך, אופיו של הפורום הדין בענין, וההערכה כי לא תהיה תוחלת לטיפול במסלול הפלילי, בעיקר נוכח סירובו הנחרץ של המתלונן להגיש תלונה במשטרה או לשתף פעולה עם חקירה משטרתית, כעולה מפנייתכם".⁷¹

מהו אופיו של הפורום ומהו אופיו של ההליך שגרמו ליועץ לאשר את קיומו של "הליך של שפיטה" על ידי מי שאינם שופטים בישראל אלא הם נציגים מטעם של סקטור חברתי-דתי? מתי יש להניח לתפיסה פרטיקולרית של צדק לבוא לידי ביטוי, אפילו בתחום הפלילי? מסתבר שהיועץ הביא בחשבון את הנחות העבודה היסודיות של הפורום, שעל פיהן יש ייחוד תרבותי לקהילה הדתית-לאומית בהקשר של הטרדות מיניות, ייחוד שעלול להביא לתת-אכיפה של החוק למניעת הטרדות מיניות בקרב ציבור זה. הוא השתכנע שלקהילה יש יכולת מעשית לטפל בהטרדות באמצעות חברי הפורום והסנקציות החוץ-חוקיות שיפעילו. הוא נוכח לדעת – לפחות לגבי העניין שהובא לפניו – שהטיפול הפרטי של הקהילה לא יביא בשום אופן להשתקת תלונות שאילולא פעילותו של הפורום היו מוגשות למשטרה,⁷² ושהפורום מתכוון לפעול בשיתוף פעולה מלא ככל הניתן עם הרשויות.⁷³ אשר לחשש מפני פגיעה בשלטון החוק, בקוד האתי ובתקנון של "תקנה" מודגש כי פעולה על פיהם לא נועדה לפגוע בתחולת חוקי המדינה וכי אין לפרשם בדרך

⁶⁹ מכתבו של עו"ד רז נזרי, עוזר ראשי ליועץ המשפטי לממשלה, אלי, מיום 6 ביולי 2006.

⁷⁰ שם.

⁷¹ שם.

⁷² כך עולה גם מנוסח הקוד האתי (לעיל, הערה 62), שקבוע בו במפורש שחבר פורום מחויב "להימנע מפעולות או מחדלים שיביאו להשתקת התלונה" (סעיף 1-1).

⁷³ אכן, באתר האינטרנט של הפורום, שם, נאמר כי פעולת הפורום לא באה להחליף את רשויות המדינה, אלא "הוא עומד לרשות הנפגעים רק במקרה שאינם רוצים או אינם יכולים, מסיבותיהם האישיות, להתלונן במשטרה, ויחד עם זאת הם מבקשים שיעשה עימם צדק, וכי הפוגע שניצל לרעה את מעמדו יורחק ממרחב הפעילות שאפשר לו ניצול זה, על מנת למנוע מאחרים להיפגע בעתיד, ועל מנת לשמור על הערכים המקודשים שעל פיהם מבקשת קהילה דתית לבנות את חייה".

הנוגדת את החוק ואת הפסיקה.⁷⁴ דומה שיש בכך לרכז את הקושי הסמלי שאפשר היה לראות בהעברה של הדיון מהמערכת השלטונית למערכת של קהילה דתית.

אין ספק שההיתר שנתן היועץ המשפטי לממשלה לקבוצה פרטית של אנשים לנהל הליך של שפיטה נגד אזרחי המדינה ולהטיל עליהם סנקציות עונשיות, יש בו אלמנט של הפרטה של החוק הפלילי בישראל. כל בעל מרות שמטריד את מי שכפוף לו הטרדה מינית "מאויס" רק לאחר שהוגשה בעניין תלונה למשטרה ורק על ידי החוק הישראלי. אך בעל סמכות מהמגזר הדתי-לאומי "מאויס" גם על ידי התקנון של "תקנה", שדרישותיו חמורות מהקבוע בחוק וענישתו איננה תלויה בשאלה אם העניין הגיע לידיעת השלטונות.⁷⁵

לסיכום, ההיתר שנתן היועץ המשפטי לממשלה לפעולתו של הפרורם משמעו פריצה כפולה של המונופול של המדינה בתחום דיני העונשין – במישור התוכני, שכן הפרורם קובע נורמות תובעניות יותר בתחום ההטרדות המיניות, וברמה המוסדית, משום שהפרורם מנהל הליכים שיפוטיים עצמאיים תוך פרישה ממערכת השפיטה המדינתית. אמנם מקור הסמכות נשאר בידי המדינה, שהרי נדרש אישורו של היועץ המשפטי לממשלה כדי להמשיך בהליך, אך זה החליט לאפשר לגוף פרטי לקיים מערכת עונשית פרטית לצד המערכת העונשית הכללית. התוצאה הישירה היא שקבוצה פרטית של אזרחים רשאית לפגוע בזכויות האדם של אזרחים אחרים, הנמנים עם קהילתם, בהתאם לתפיסת הצדק המקובלת באותה קהילה. הנה כי כן, אפילו בתחום הפלילי, שהוא בעל אופי מוניסטי בולט, הכירה המדינה בצורך לקיים מערכת נורמטיבית קהילתית, המבטאת תפיסת צדק חלופית לתפיסת הצדק של המדינה.

ו. משפט מנהלי: פרישה מהכרעות מנהליות

כאמור בפרק ב לעיל, הצדק של המדינה מתגבש בעיקרו במרחב ההחלטות הנורמטיבי – חוקה, חוק, פסיקה. שם מתקבלות ההכרעות הערכיות המרכזיות, המשקללות את מגוון תפיסות הצדק המקובלות על בני החברה. משנקבע תוכנו של הצדק המדינתי, הוא אמור להיות מיושם, בחלק הרלוונטי, על ידי הרשות המבצעת. היא אחראית להפעלה המעשית של הכוח השלטוני – למשל על ידי הצבא, המשטרה, האוצר או מערכת הרווחה. במשטר דמוקרטי תקין הממשלה איננה אמורה "לייצר" עמדות ערכיות עצמאיות במנותק ממערכת החוק, אלא עליה לפעול אך ורק מכוח ההסמכה בחוק, בשאיפה לממש את תפיסות הצדק של המדינה כפי שגובשו במרחב הנורמטיבי.⁷⁶ כדי להבטיח שפעולת הרשות המבצעת אכן תקיים תפיסות אלו, החוק עצמו קובע עקרונות

⁷⁴ המבוא ל"קוד אתי לחברי פורום", שם.

⁷⁵ כמובן, יש מסגרות נוספות שקובעות לעצמן תקנון מחמיר בנושאים שונים, גם בנושא של הטרדות מיניות. למשל, חלק מהאוניברסיטאות בישראל שוקלות להטיל איסור על קיום מערכת יחסים רומנטית בין מרצה לתלמידיו. אולם האוניברסיטה היא ישות משפטית שההצטרפות אליה היא וולונטרית, ולכן ניתן לראות בכללי ההתנהגות הפנימיים שהיא קובעת לעצמה משום תנאי בחווה ההעסקה שלה עם עובדיה. גם הסנקציות שהיא מטילה הן רק במסגרת היחסים של עובד-מעביד. לעומת זאת, פורום "תקנה" מפעיל את ההרכבים במסגרת חוץ-משפטית וכלפי אנשים שמעולם לא קיבלו עליהם, במפורש או במשתמע, את מרותו; עצם שייכותו הסוציולוגית של אדם לסקטור חברתי מחילה עליו, שלא ברצונו ושלא מדעתו, את כללי ההתנהגות הייחודיים.

⁷⁶ פרופ' קלינגהופר התייחס לכך במילים אלו: "...הדרך הנכונה להביא את רצון העם לידי ביטוי בחיים הממלכתיים בכללותם היא להפריד בין הרשות המחוקקת, הנבחרת בבחירות כלליות, לבין הרשות המינהלית, להפקיד בידי הרשות המחוקקת את יצירת כל השכבה העליונה של הסדר המשפטי, ולשלול מן הרשות המינהלית את הכוח לעשות מעשים שאינם בגדר ביצוע של נורמות שהוצאו על ידי הרשות המחוקקת בצורה של חוק. תכונה אופיינית היא, איפוא, למשטר הדמוקרטי, ובעצם תכונה אופיינית היא רק למשטר זה, שהרשות המינהלית כפופה, בכל פעולותיה, למרותן של נורמות אקסטר-מינהליות" (י"ה קלינגהופר, "שלטון החוק וחוקת משנה", י' זמיר [עורך], ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, ירושלים תשנ"ג, עמ' 107).

מהותיים, שאמורים להנחות את הרשות המבצעת בפעולתה (למשל קביעת תכלית הפעולה של המנהל, נקיטת פעילות בהתאם לעקרון הסבירות והמידתיות, הסדרה של הליכי קבלת ההחלטה ושמירה על הכללים הדיוניים ועל חובת ההגינות של הרשות). הענף המשפטי העוסק בעניינים אלו קרוי "משפט מנהלי".

בלי להמעיט מחשיבותה של הקביעה העקרונית שתפקידה של הרשות המבצעת הוא רק יישום, להבדיל מקביעה, של תפיסות הצדק של המדינה, יש להודות שתמונת המציאות מורכבת יותר. בפועל, ממש כשם שהרשות השופטת מפעילה שיקול דעת שיפוטי – שיש בו ממד ערכי-מהותי – בעת שהיא מפרשת את החוק, גם הרשות המבצעת מפעילה שיקול דעת ביצועי – שגם בו יש ממד ערכי-מהותי – בעת שהיא משתמשת בכוח השלטוני; לפיכך גם היא מעצבת את תפיסת הצדק של המדינה.⁷⁷ כמובן, שלטון החוק מחייב שפעולת המנהל תהיה מעוגנת במידה רבה ככל האפשר בקריטריונים מהותיים הקבועים בחוק הכנסת,⁷⁸ אך המציאות מלמדת שאלו הם "דברים שאין להם שיעור" ושיש פער גדול בין הרצוי ובין המצוי.

עניין זה בולט במיוחד בתחומים שבהם החוק קובע רק את ההסדרים הראשוניים ומותיר את מלאכת ההסדרה המלאה בידי הרשות המבצעת – באמצעות קביעת דרכי ההתנהגות הראויות לכתחילה באותו תחום (על ידי רגולציה, שהיא קביעה של נורמה כללית, או על ידי צעדים קונקרטיים), באמצעות הקמת מוסדות מפקחים (רשויות מתמחות), באמצעות הקמת מערכות שפיטה מתמחות (בתי דין, ועדות ערר וכדומה) או באמצעות אכיפה של ההסדרים הראשוניים האמורים. למשל, יש בישראל חקיקת משנה ענפה שתוכנה נקבע על ידי הרשות המבצעת בתחומים של בריאות, תקשורת, תחבורה, איכות סביבה, חינוך, בטיחות בעבודה, מכס, איכות מוצרים ועוד. יש מוסדות מפקחים בתחומים מגוונים, למשל בנקאות, ניירות ערך, ביטוח, שוק ההון, מסים, תקשורת, דואר, שדות תעופה, חברות ממשלתיות, מקרקעי ישראל, השכלה גבוהה ועוד. יש גם מערכות שפיטה של הרשות המבצעת בתחומים כגון הגבלים עסקיים, ביטוח לאומי, תכנון ובנייה ועוד. פעולות הרשות המבצעת כמחוקקת משנה, כמפקחת וכשופטת, אף שהן אמורות לנבוע מאתוס מקצועני-ביורוקרטי גרדא, יש בהן ממד מעין פוליטי של קביעת מדיניות ציבורית המקדמת תפיסות קונקרטיות של צדק ודוחה תפיסות אחרות. עולה, אם כן, שגם הרשות המבצעת משפיעה על תוכני הצדק של המדינה.

אדגים: אחד המשאבים החשובים של המדינה הוא, כמובן, הקרקע. זהו מוצר ציבורי שהביקוש לו גדול מההיצע ולכן מתחרים עליו משתמשים פוטנציאליים. חוקי מדינת ישראל כוננו גוף – מועצת מקרקעי ישראל, שבראשו מכהן שר הבינוי והשיכון, איש הרשות המבצעת – שתפקידו לעצב את המדיניות שעל פיה יוקצו הקרקעות לשימושים מגוונים (מגורים, חקלאות, תעשייה, ביטחון וכו'). גוף מנהלי נוסף – מינהל מקרקעי ישראל – אמון על ביצוע המדיניות ועל ניהול בפועל של הקצאת המקרקעין. וכך קובע החוק: "הממשלה תמנה מועצת מקרקעי ישראל שתקבע את המדיניות הקרקעית שלפיה יפעל המינהל, תפקח על פעולות המינהל ותאשר הצעת

⁷⁷ "השכבות העליונות של הנורמות שמהן מורכבת מערכת המשפט, מבוצעות הן על ידי בתי המשפט והן על ידי רשויות מינהליות. מבחינה זו, מהווים מעשי המינהל אקטים 'משפטיים' לא פחות מאשר דברי הפסיקה של הרשות השופטת" (שם, עמ' 106).

⁷⁸ למשל, לעניין מתן רישיונות על ידי המנהל קבע השופט אולשן (כתוארו אז): "לפי העקרון של 'שלטון החוק' שומה בעצם על המחוקק לקבוע בחוק ולפרט בו את המקרים בהם יש להעניק או לסרב רישיונות, באופן שלרשות המבצעת יישאר רק התפקיד להוציא את הוראות החוק מן הכוח אל הפועל. לפי זה צריכה מלאכת החקיקה להיעשות כך שהאזרח יוכל למצוא בחוק גופו את התשובה לשאלה מה אסור ומה מותר, ושלא יהיה תלוי בנדון זה בשיקול-דעתו של השלטון המבצע" (בג"צ 113/52 ליזי זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 692, 702).

תקציב שייקבע בחוקי⁷⁹. המועצה יכולה להפעיל את סמכותה בדרך שתקדם, למשל, מדיניות של צדק חלוקתי בשימוש במקרקעין או להימנע מכך, למשל משיקולי יעילות כלכלית.⁸⁰ הנה כי כן, הרשות המבצעת מוסמכת לקבוע מדיניות בעניין מרכזי ביותר, ובכך יש לה חלק חשוב בעיצוב (להבדיל מיישום) של תפיסת הצדק של המדינה.⁸¹

המגמות הכלליות לפרישה מתפיסת הצדק של המדינה בישראל שסורטטו בפרקים הקודמים קיימות גם בנוגע לפעולות הרשות המבצעת לקידום תפיסת צדק. אתמקד במקרה המדגים זאת.

חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (בפרק זה, "החוק"), קובע את מוסדות התכנון ואת התכניות שעל פיהן ייעשה שימוש במקרקעין בישראל. על חשיבותו של התכנון המרחבי אין צורך להרחיב: הוא משפיע באופן ניכר על הפרט, על הקהילה ועל החברה כולה. מוסדות התכנון קובעים בתכניותיהם את קווי היסוד של המרחב שאנו חיים בו. כנגזרת של חשיבות העניין, החוק יצר מבוך עצום ממדים של **מוסדות תכנון**⁸² ומערך רב-רושם של **תוכניות** שעל פיהם המרחב אמור להיות מעוצב.⁸³ כמוכן, יש בחוק פירוט מדויק של איזונים ובקורות; מדרגים וחלוקת סמכויות; דרכי רישום ורישוי; אפשרויות לשימושים חורגים, להקלות, לסטיות ולערעורים וכל כיוצא באלה. הפעלה סדירה ותקינה של המנגנון המנהלי הענקי אמורה לקבוע את התוכן של תפיסת הצדק של המדינה בתחום של הקצאת השימוש במקרקעי ישראל. קו הייצור המפותל והמתוחכם שהקים החוק אמור לאפשר לכל אזרח לעשות שימוש סביר במקרקעין, בהתחשב באינטרסים של זולתו. דא עקא, העובדות מלמדות שתפיסת הצדק הקולקטיבית בתחום זה איננה חלה על חלק מהאזרחים. למשל, אזרח שאיתרע מזלו והוא אחד מעשרות אלפי הבדואים המתגוררים בנגב בכפרים הלא מוכרים איננו נהנה מכל אופק תכנוני. מוסדות התכנון אינם מכירים ב-36 כפרים בדואיים, שבגדול שבהם מתגוררים קרוב ל-5,000 תושבים, ולכן כל מה שקיים בכפרים נבנה ללא היתר ואיננו חוקי על פי הדין הישראלי. האזרחים הבדואים הללו אינם זכאים ליהנות מתשתיות ומשירותים בסיסיים – מערך כבישים, שטחי ציבור, שטחי מגורים, שטחים פתוחים. הצדק של המדינה בתחום התכנון והבניה איננו מיושם לגבי אזרחים אלה; הם שקופים מבחינתו.⁸⁴

דרך המלך לתיקון המעוות היא כמובן הכרה של מוסדות התכנון בכפרים הללו. אולם גם יישובים מוכרים במדינת ישראל לא תמיד נהנים מפעולותיהם של המוסדות ומפירותיהן של התכניות שאמורים להסדיר את השימוש במרחב שבו הם חיים. למשל, תושבי הכפר עיסאווייה – יישוב מוכר במורדות המזרחיים של הר הצופים, כמטחווי אבן מהאוניברסיטה העברית, בתחום

⁷⁹ ראו סעיף 3 לחוק מינהל מקרקעי ישראל, התש"ך-1960.

⁸⁰ ראו בג"צ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25; וכן ד' ברק-ארוז, "מקרקעי ישראל בין ניהול ציבורי להפרטה: צדק חלוקתי בהליך המינהלי", מ' מאוטנר (עורך), צדק חלוקתי בישראל, תל אביב 2000, עמ' 203–219.

⁸¹ משום כך סבור יצחק זמיר שחוק זה "אינו מתיישב עם התפיסה של שלטון החוק ויש בו סכנה לעקרונות של מינהל תקין" (א' זמיר, הסמכות המינהלית, א, ירושלים תשנ"ו, עמ' 236–237).

⁸² הסיעוף המוסדי כולל מועצה ארצית לתכנון ולבניה (שאחראית לייעוץ לממשלה "בכל הנוגע לקו הכללי בביצוע חוק זה" – סעיף 2), ועדה ארצית לתכנון ובניה של תשתיות לאומיות (סעיף 6א), ועדות מחוזיות לתכנון ולבניה (סעיף 7), ועדות ערר מחוזיות (סעיף 12א), ועדות מקומיות לתכנון ולבניה (סעיף 17), ועדות מיוחדות לתכנון ולבניה (סעיף 34), ועדות משותפות לתכנון ולבניה (סעיף 37), ועוד.

⁸³ למשל, תכנית מתאר ארצית (סעיף 49), תכנית מתאר מחוזית (סעיף 55), תכנית מתאר מקומית (סעיף 61), תכנית מפורטת (סעיף 69), תכנית מיוחדת (סעיף 71), תכנית לשימור אתרים (סעיף 76א), תכנית לתשתית לאומית (סעיף 76ב) ועוד.

⁸⁴ לתיאור עובדתי ראו אתר האינטרנט של עמותת "במקום – מתכננים למען זכויות תכנון":

<http://www.bimkom.org/dynContent/articles/NegevUnrecognized.pdf>

השיפוט של ירושלים – מנהלים גם הם את חייהם ללא אופק תכנוני ראלי.⁸⁵ בבעלות תושבי הכפר כ-2,400 דונם, כמחציתם בתוך הגבולות המוניציפליים של עיריית ירושלים. תכנית המתאר הקיימת, שאושרה בשנת 1991, מתייחסת רק לכרבע מהקרקעות (666 דונם). כבר בסמוך למועד אישורה מוצה בתכנית פוטנציאל הבנייה בשטח שאותו היא מסדירה. התוצאה היא שאף שבבעלות התושבים קרקעות זמינות לתכנון ולפיתוח, אין להם כל אפשרות חוקית לנצלן. כמעט כל הבנייה בכפר בשנים האחרונות נעשית ללא היתר בניה, ולכן המבנים מיועדים להריסה על פי צווים שהוצאו כחוק.⁸⁶

באין-אונים תכנוני של הרשויות המוסמכות, שמשמעו אי-הפעלה של תפיסת הצדק של המדינה בתחום התכנון המרחבי, מה אפשר לעשות? סעיף 61א(ב) לחוק קובע שרשאים להגיש תכנית מתאר מקומית לא רק זרועות שונות של הרשות המבצעת ("משרד ממשלתי, ועדה מקומית או רשות מקומית"), אלא גם אנשים פרטיים, שיש להם זיקה קניינית או חוזית לקרקע נשוא התכנית ("בעל קרקע או מי שיש לו ענין בקרקע"). אולם ברור שלאנשים פרטיים אין בדרך כלל יכולת לנקוט מהלכים תכנוניים מקיפים. דברים אלה נכונים לכל אזרח ובוודאי לאזרחים מאוכלוסיות מוחלשות, שהם בדרך כלל אלה שסובלים מהאין-אונים התכנוני. לפיכך, מתעוררת השאלה אם הסעיף מתיר גם הגשת תכנית על ידי אחרים, שאין להם זיקה קניינית או חוזית מספקת לקרקע אך יש להם "עניין תכנוני או עניין ציבורי" בייזום תכנון חלופי – למשל התארגנויות של תושבים, כגון ועד של יישוב או עמותה שפועלת למען מימוש זכויות של תכנון.

לסוגיית המעמד התכנוני חשיבות רבה: שלילת זכותם של מי שאינם בעלי הקרקע הישירים להגיש תכנית מתאר, משמעה המעשי הוא שמירת המונופול על זכויות התכנון בידי הממסד התכנוני. במצב דברים כזה הרשות המבצעת היא הקובעת היחידה (לאחר ביקורת של בתי המשפט) של התכנון המרחבי בישראל. לעומת זאת, שיתוף הציבור בתכנון המרחבי מאפשר פלורליזם בתחום הגשת התכניות, כך שתפיסות הצדק של קהילות מגוונות בדבר הדרך הראויה לשימוש במרחב יעלו על פני השטח באמצעות התכניות שהן יגישו לוועדות הרלוונטיות. אמנם המילה האחרונה באישור התכנית שמורה לממסד – ובכך נשמר האופי המוניסטי של התהליך התכנוני, אך הפלורליזם יבוא לידי ביטוי בעצם קיומו של תכנון חלופי לתכנון (או לאי-תכנון) הממסדי. אפשר להניח שעצם הגשתה של תכנית חלופית מוסכמת על ידי ציבור רחב שהוא הצרכן הראשי של התכנית, תניע את הממסד לקבלה. אם יתעלם ממנה או ידחה אותה, יהיה עליו להגן על עמדתו בבית המשפט.

סוגיית המעמד התכנוני נידונה בבית המשפט המחוזי, ונפסק שמי שאיננו בעל זיקה (קניינית או חוזית) לקרקע איננו זכאי להגיש תכנית מתאר.⁸⁷ בכך אוששה המגמה המוניסטית בהליך המנהלי של הקצאת זכויות במרחב. אולם בערעור לבית המשפט העליון⁸⁸ התהפכה

⁸⁵ תיאור העובדות מתוך אתר האינטרנט:

<http://www.bimkom.org/communityView.asp?projectTypeId=1&projectId=80>

⁸⁶ באתר האינטרנט, שם, מתוארים הקשיים כך: "אהוזי בנייה נמוכים, בתים קיימים מחוץ לתחום התכנית הקיימת הנמצאים בסכנת הריסה, בתים המצויים בתחומי התכנית בשטחים 'ירוקים' (שטחי נוף פתוח) – המצויים אף הם תחת איום הריסה, מיעוט שטחים לבנייני ציבור ובכלל זה מוסדות חינוך, העדר שטחים המיועדים למסחר, העדר מענה לאוכלוסייה הולכת וגדלה".

⁸⁷ ראו ע"מ (מח-י-ם) 129/00, 134/00 ועד עין כרם ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, תק-מח (1)2001:8888;

ע"מ 2829/01 במקום – מתכננים למען זכויות בתכנון נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה.

⁸⁸ ע"מ 2797/01; ע"מ 2797/01 ועד עין כרם ואח' נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה ירושלים ואח', תק-על (1)2002:47.

התוצאה, והוכרה זכותה של התאגדות של תושבים – שאינה הבעלים של רוב הקרקע ואינה גוף ממסדי – להגיש תכנית אף על פי כן.⁸⁹

לנוכח מצב משפטי זה התגייסה עמותת "במקום" – מתכננים למען זכויות תכנון" למען תושבי עיסאווייה, ויזמה פרויקט תכנון חלופי, שמטרתו להכין תכנית מתאר מפורטת לכפר. התושבים (על החמולות השונות ומנוגדות האינטרסים), עם צוותי תכנון מקצועיים, יועצים כלכליים, מתנדבים וצוות "במקום", חברו יחד לפעולה מתמשכת, שהניבה ארבע חלופות תכנוניות, ומהן נבחרה חלופה אחת.⁹⁰ תשריט בגרסה כמעט סופית הועבר למחלקות הרלוונטיות בעיריית ירושלים לקראת הגשת התכנית לוועדה המקומית.

פעולתה של העמותה במקרה זה, ובמקרים נוספים, נועדה להתמודד עם כשליה של הרשות המבצעת בתחום התכנון. במקרים שבהם המבנה הריכוזי של מוסדות ושל תכניות איננו מניב תוצאה סבירה, העמותה מוצאת לנכון להתערב וליזום חלופה תכנונית פרטית, תוך שיתוף הציבור הרלוונטי, זה שהתכנית מיועדת לו. אם אי-הסדרת התכנון בחלק מהכפרים הערביים מבטאת את תפיסת הצדק של המדינה בשדה התכנון המרחבי, הרי שהתכנון הפרטי בשיתוף הציבור הרלוונטי מבטא תפיסת צדק חלופית באותו שדה.

אילולא התכנון החלופי, המוסדות והנורמות של המדינה היו נהנים מבלעדיות בהסדרת המרחב. תכנית המתאר הפרטית לעיסאווייה תובעת מהמדינה להכיר בתפיסת הצדק החלופית שתושבי הכפר מעוניינים לקדם בנוגע לשימוש במרחב שבו הם חיים. אין כאן הפרטה מלאה של מלאכת התכנון, שהרי, כאמור לעיל, בסופו של דבר יש להגיש את התכנית הפרטית לרשויות התכנון ותקפותה תלויה בהכרה של הרשויות. אולם ברור שללא האקטיביזם של העמותה ושל התושבים בייזום התכנית, היו תושבי עיסאווייה ממשיכים לחיות בלי אופק תכנוני.

תבנית הפעולה שתוארה בפרקים הקודמים מתממשת, אם כן, גם בתחום המשפט המנהלי: גופים חוץ-ממלכתיים פועלים להציע חלופה להכרעות שהציבור התרגל להניח שהסמכות הבלעדית בעניינין מסורה לגופים הממלכתיים.

ז. סיכום

בישראל הולכת ומתרחבת התופעה של ריבוי נורמטיבי. במאמר זה סקרתי וניתחתי דוגמאות של לחצים ממשיים לפרימה של המבנה המוניסטי במשפט הישראלי. הדוגמאות לקוחות מכל הענפים המרכזיים של תחולת המשפט – דת ומדינה (פרק ג), עניינים אזרחיים (פרק ד), עניינים פליליים (פרק ה) ועניינים מנהליים (פרק ו). הדוגמאות מבטאות רצון רחב להתנער מהכפיפות לתפיסת הצדק הישראלית כפי שהיא באה לידי ביטוי בפועלן של כל רשויות השלטון – אספה

⁸⁹ לדיון בפסקי דין אלו ובנושא של תכנון אלטרנטיבי ושיתוף הציבור ראו א' אלכסנדר וא' לינסון, "זכויות תכנון בישראל – דין וחשבון", בהוצאת "במקום" – מתכננים למען זכויות תכנון", ירושלים 2005, עמ' 63–66. בדוח מופיעה אזהרה: "על אף חשיבות הפסיקה בערעור..., תוקפה מסויג, שכן תוצאה זו לא התקבלה בהחלטה מנומקת של בית המשפט העליון אלא בהסדר דיוני בין הצדדים שקיבל תוקף של פסק דין. יש לכך שתי נפקויות: האחת בדבר הערך התקדימי של ההחלטה, והשנייה בדבר השיקולים שהניעו את בית המשפט לאשר את הסדר הפשרה שהפך את הפסיקה של בית המשפט המחוזי. בהסתמך על פסק הדין 'ועד עין כרם', התאגדות תושבים יכולה לתבוע וליישם את הזכות להגיש תכנית אלטרנטיבית. למיטב ידיעתנו, המקרה של ועד עין כרם עודנו המקרה היחיד שבו מומשה הזכות. לפיכך, עוד מוקדם להעריך את התועלת שבפריצה המשפטית של עתירה זו" (עמ' 64–65).

⁹⁰ לתיאור דרכי שיתוף הציבור בתהליך התכנון, ראו האמור באתר האינטרנט של "במקום", <http://www.bimkom.org/dynContent/articles/isawiya%20-%20shituf.pdf>

מכוננת (הכנסת כמחוקקת חוקה – פרק ג), הרשות המחוקקת (פרק ד), הרשות השופטת (פרק ה) והרשות המבצעת (פרק ו). בכך מודגמת הנטייה לפלורליזם משפטי במדרג הנורמטיבי כולו – חוקה, חוק, פסק דין והכרעה מנהלית. הדוגמאות גם המחישו את ריבוי הכוחות הדוחפים לכיוון זה ואת **מגוון מקורות הביקוש** אחר פלורליזם משפטי בישראל – מכוני מחקר (פרק ג), מפלגות פוליטיות (פרק ד), קהילות מובחנות (פרק ה) ועמותות פרטיות (פרק ו). כמו כן, נחשף **ריבוי המניעים** שמאחורי ההתקפה על המוניזם המשפטי: עמדה משטרית בנוגע לאיזון הראוי בין מערכות ייצוגיות-פוליטיות ובין מערכות מקצועיות-שיפוטיות (פרק ג), עמדה דתית החותרת לאפשר למשפט הדתי לומר את דברו ולהחיות שיטת משפט עתיקה (פרק ד), עמדה חברתית שמטרתה לאכוף נורמת התנהגות בקרב קהילה ייחודית במאפייניה (פרק ה) ועמדה ליברלית שננקטת להבטחת זכויות האדם של מי שזכויותיו נמנעות ממנו בשל תפיסת הצדק של המדינה (פרק ו).

”משפט אחד יהיה לכם ; כגר כאזרח יהיה”! לאו דווקא.