

הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן



משפט

עלרפל

רות הלפרין-קדרי

עוד על פלורליזם משפטי בישראל

תדריס מתוך

אדר ב התש"ס, מרס 2000

כרך כג, חוברת מס' 2

הוצאת רמות

עוד על פלורליזם משפטי בישראל

(בעקבות מאמרו של איסי רוזן-צבי, "סובייקט, קהילה
ופלורליזם משפטי")

מאת
רות הלפרין-קדרי*

מבוא

- א. השיח התייאורי של הפולורליזם המשפטי
- ב. בתי דין דתיים פרטיים – היבטים השוואתיים
- ג. הכרחיות השיח ההוראי של הפולורליזם המשפטי
- ד. פלורליזם משפטי בישראל מנוקדת-UMBט הוראית

מבוא

זמנו של הדיון בReLUון הפולורליזם המשפטי הגיע גם לישראל.¹ אם נותרנים על כך את הדעת, ניתן להביע תמייה מסוימת על האיחור הרב שבו פקד הדיון הגלוי בנושא זה את מחוותינו, מחוותות הנתפסים לא-פעם כמגלמים במהותם את הדגם המובהק של הפולורליזם המשפטי הקלסי.² תשובה מסוימת לתחmia זו עשוייה להימצא, בין השאר, בחיבור זה, שאחת ממטרותיו היא להביע את מרכיבות הדיון הפולורליסטי דזוקא במחוות אלה. מאמרו המרתק של יששכר רוזן-צבי, "סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי", מצטרף לכתייה המתפתחת בתחום הפולורליזם המשפטי בישראל.³ מאחר שרוזן-צבי מתיחס

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודתי נתונה לרוזן שפירא על העזרותיו המועילות לגרסה מוקדמת של רשותה זו.

1 ראו ר' שמידר "לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי" רבי-תרבותות במדינה דמוקרטית ויהודית, ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מ' מאוטר, א' שגיא, ר' שמידר עורכים, רמות, תשנ"ח) 589; א' לחובסקי "משפט עברי ואידיאולוגיה ציונית בארץ ישראל המנדטורית", שם, בע' 633; י' רוזן-צבי "סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי" עיוני משפט כב (תשנ"ט); ר' הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"ץ ובתי הדין הרבניים – בעקבות בבל ולב" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 683.

2 ראו לדוגמה: C. Weisbrod "Family, Church and State: An Essay on Constitutionalism and Religious Authority" 26 J. Fam. L. (1987-1988) 741, 744

(at note 6).

3 רוזן-צבי, לעיל העדרה 1.

במאמרו ל'עובדתי הקודמת בתחום זה'⁴ ואף מבקר אותה בנקודת מסויימת, והיות שאני רואה במאמרו של רוזן-צבי דוגמה מובהקת לאחת משתי הגישות השונות לפולורליזם המשפטית שהציגי במאמרי הקודם, אפתח תחילת בהצגה תמציתית של השקפתו בעניין הפולורליזם המשפטי והדיוון בו.

הדיון בנושא הפולורליזם המשפטי נחלק לשניים: לדיוון הוראי (פרסקריפטיבי) ולדיון תיאורי (דיסקריפטיבי). הדיון ההוראי מתמקד בהסדרה הנורמטיבי של תופעת הפולורליזם המשפטי, ואילו הדיון התיאורי מתמקד במנגנוןים חברתיים הממלאים פונקציה משפטית לצד המנגנוןים המדיניים-הרשמיים. שתי דרכי שיח אלה סובגו לא-פעם כורמים שונים במסגרת מחקר הפולורליזם המשפטי, ואילו שוייכו לאוריינטציה מחקרית אחרת: השיח ההוראי נתפס כמשמעותי משפטנית, ואילו השיח התיאורי נתפס כמתחיב מגישה של מדע-החברה. כפי שניסיתי להראות בעבר, אין להתייחס לשתי דרכי שיח אלה כאל פרדיוגמות שונות, חלופיות, ואולי אף סותרות, אלא להיפך. אלה הן פרדיוגמות משלימות, המביעות את שני הפנים של הפולורליזם המשפטי, הקיימים הן כתופעה משפטית והן כתופעה סוציאולוגית, ומאתגר את ההגדרות המקובלות של שדות המחקר האלה. בדיווני הקודם הצעתנו שיש להתוות את החלוקה בין שתי הפרדיוגמות על רקע הנסיבות המחקריות ועל רקע המטרות שהמחקר מבקש להשיג. נסיבות מחקריות המתיחסות לחברות בעלות אפיונים של פיצול תרבותי, אתני או דתי, במטרה לעמוד על הסדר התייחסותי-הgomלין בין המعتقدות החברתיות השונות, מזמיןות בדרכ-כלל את הפעלת הפרדיוגמה ההוראית; בעוד שנסיבות המתייחסות לחברות שאין מאפיינן בפיצולים כאלה, במיוחד כאשר מטרת המחקר היא לעמוד על היבטים האמפיריים של פעילות מערכות שונות להסדרת יחסים חברתיים, מזמיןות בדרכ-כלל את הפעלת הפרדיוגמה התיאורית.⁵ להבדלים "נסיבתיים" אלה יש גם השלכות עמויקות הבאות לידי ביטוי בהמשך, בעת בחינה של תוכן המחקרים ותחקורת אחר השאלות והנושאים העיקריים את המחקרים השונים. מבדק ביקורתית כזו עליה כי הגישה התיאורית מתיחסת, לאmittio של דבר, רק לחילוק הגלווי של פעילות המנגנון החברתיים הממלאים פונקציה משפטית, ומתעלמת מחלקים חשובים אחרים של המציאות המשפטית.⁶ לעניינו, כפי שיתברר בהמשך הדברים, אחד היבטים החשובים ביותר של המציאות המשפטית, אותו צד המגלם את העימות האינהרגנטיבי בין הליברליזם לפולורליזם.⁷

4 הלפרין-קדורי, לעיל הערתא.

5 שם, בע' 723 – 728, ובע' 738 – 739.

6 M. Minow "Pluralisms" 21 *Conn. L. Rev.* (1989) 965; S.F. Moore "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study" 7 *Law & Society Rev.* (1973) 719; M. Galanter "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law" 19 *J. Legal Pluralism* (1981).

7 לדיוון בהיבט זה של הפולורליזם המשפטי ולמקור כינויו, ראו הלפרין-קדורי, לעיל הערתא, בע' 740, ושם, בהערה 198.

מעבר לניסוח פרטניים שונים לדין בפלורליزم המשפטי באופן כללי, ביקשתי לבחון את קיומו של הפלורליزم המשפטי בישראל, בעיקר בהקשר של דיני המשפחה והפעילות של מערכות השיפוט והמשפט הדתיות בתחום זה. בהקשר זה הצעתி שיש לבחון את ההתנסות הפלורליסטית מנקודת-מוצא של דומיננטיות המדינה, המאפשרת לקבל את העליונות המשפטית הקיימת של המערכת הכללית של משפט המדינה ביחס לשאר המערכות הפועלות בתחום מלבדו כהוא זה ממשמעו, מרכזיותן וחשיבותן קיומן של מערכות המשפט האחרות הפועלות במקביל לה, במסגרתה ומהוצאה לה.⁸ תפיסה של דומיננטיות המדינה אינה זהה בשום אופן לתפיסה של בלבד בלבדיות המדינה, המזהה את המדינה כמקור יחיד של סמכות משפטית. תפיסה של דומיננטיות המדינה מכירה בקיומן של מערכות מקבילות, בעלות מקורות צמיחה, התפתחות והמשמעות עצמאים לחולטן, בד בבד עם הכרה בייחודיות (להבדיל, כאמור, מבלדיות) המערכת המידניתית בעלת הסמכות וכוח האכיפה העודפים.⁹ שלילת הרעיון של דומיננטיות המדינה עשויה להיתרגם בסופו של דבר לדחית עצם קיומו של פלורליزم משפטי בהקשר זה, שכן אלמלא הבדיקה בין דומיננטיות המדינה בלבד בלבדיות המדינה, ההכרה המידניתית הרשמית בשיטות המשפט המקבילות ומטען התקוף הרשמי להן מצד המדינה עשויים להיתפס כשלילת הקיום העצמאי של אותן מערכות מקבילות והפיקתן לחלק מן המערכת המידניתית הבלדיות.¹⁰ בהמשך לדין הקודם בדבר שתי הפרדיגמות המרכיבות את הדיון בנושא הפלורליزم המשפטי, אbehior כבר עתה כי העמדה של דומיננטיות המדינה מובעת בעיקר במסגרת הדיון ההוראתי, ולמעשה אין היא מעניינת את בעלי הגישה התיאורית.

נראה לי כי פרשת כע¹¹, שמאמרו של רוזן-צבי, ודיוינו של רוזן-צבי במיום אחד מתייחסים אליה, מספקים הזדמנות לבירור עמוק יותר של נושאים אלה ולהמחשת התיוזות שהצעתי בדיוני הקודם. במיוחד הם מספקים אפשרות לעמוד על טיבו של השיח

8 שם, בע' 726–728.

9 הכרה זו ניכרת בכתיבתם של חוקרים מובהקים של הפלורליزم המשפטי, דוגמת פרופסור B. De Santos "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law" 14 *J. L. & Soc'y* (1987) 279, 305: "In a polycentric legal world the centrality of the state law, though increasingly shaken, is still a decisive political factor"; S.E. Merry "Legal Pluralism" 22 *Law & Soc'y Rev.* (1988) 869, 879: "I think it is essential to see state law as fundamentally different in that it exercises the coercive power of the state and monopolizes the symbolic power associated with state authority"

10 להתייחסות נרחבת יותר לנוקודה זו ראו ר' הלפרין-קדרי, לעיל הערא 1, בע' 723, הערא 130, ובע' 726–728. במבט ראשון דומה כי רוזן-צבי מסתיג מהרעיון של דומיננטיות המדינה, ראו רוזן-צבי, לעיל הערא 1, בע' 11 לטיזעה; ראו את הדיון בהסתיגות זו ואת הביקורת עליה להלן בהערה 44.

11 בג"ץ 3269/95, 4637/95, 7617/95 צץ נ' בית הדין הרבני האזרחי בירושלים, פ"ד נ(4) 590 להלן; עניין צץ).

התיאורי של הפלורליום המשפטי ועל חוסר התוחלת שביחסו לבחינת פעלותם של בתי-הדין הרבניים הממלכתיים בשיטת המשפט הישראלית. פסק-דין של השופט טל, ודיונו של רוזן-צבי בעקבותיו, מהווים דוגמה מובהקת לשיח התיאורי של הפלורליום המשפטי. נוסף על כך שהם משמשים תשתיית נוחה לדיוון בנושא בכלל, הם גם מכנים הזדמנות להתייחסות במיוחד ל"צד האפל" של הפלורליום המשפטי.¹²

א. השיח התיאורי של הפלורליום המשפטי

הנקודות בהן חולק רוזן-צבי על הדרישות שהבעתי בעבר מbulletot מחלוקת עקרונית ביןינו בדבר תפיסת הפלורליום המשפטי. מדובר של רוזן-צבי משתמש הסתייגות מן העמדה של "דומיננטיות המדינה". אלא שנראה כי מחלוקת זו משתרעת מעבר לרעיון של דומיננטיות המדינה – אל עצם הכללת השיח ההוראתי במסגרת הפלורליום המשפטי הכללי. הביטוי הבורר ביותר לצמצום הדיון של רוזן-צבי בפלורליום המשפטי לשיח התיאורי הוא ביחס החדשנות והגנוונות לפסק-דין של השופט טל, בכך ש"לראשונה בהיסטוריה השיפוטית של מדינת ישראל, מכיר שופט בית המשפט העליון בצוותה מפורשת וחדר משמעות, בקיומה של מערכת משפטית אוטונומית הפועלת במסגרת הגיאוגרפיה של המדינה לצד המשפט הריםוני אך אינה כפופה לו ואינה זקופה להכרה בלבד מצדיו".¹³ וכן אכן התייחסות נועות, שאףיתה יכולה להיות חדשנית אלמלא קדמו לה כמה וכמה התייחסויות המבאות אותו מסר, גם אם לא במילים כה מפורשות. כוונתי בעיקר לפועלו של השופט זילברג בעיצוב מערכת היחסים המורכבת בין בתי-הדין הרבניים למערכת המשפט הכללית בישראל, תוך הבחרת עצמאותם ואי-תלותם של בתי-הדין במערכת הכללית על-אף היוותם נתונים לרמה מסוימת של ביקורת מצדיה.¹⁴

12 ראו לעיל הערה 7.

13 רוזן-צבי, לעיל הערה 1, בע' 11 (ההדגשות במקור).

14 ראו, למשל, ע"א 53/238 כהן וboslik נ' היוץ המשפטי, פ"ד ח(1) 4, 19; "בית הדין הדתי... פורש את מצודתו של החוק הדתי – למפרע, ולא כל סייג – גם על מעשים שנעו בקשר, ע"י נתינים זרים, מחוץ לגבולות המדינה, והוא רשאי לנחות כן". [ההדגשות במקור]; בג"ץ 301/63 שטררייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד י"ח 598, 621; "ידע ידע מחבר דבר-המלך, כי החוק מצטיין בבלעדיות ובאוניברסליות שבו. הוא אינו מכיר גבולות ותחומים – לא מבחינת הזמן ולא מבחינת המקום"; ע"א 26/51 קווטיק נ' וולפסון, פ"ד ח(1) 1341, 1344–1345. לנישתי, כפי שכבר הבעתי במאמרי הקודם, גם פסיקתו של השופט אלון מבדאת הכרה מלאה בקיים העצמי והמנתק מן המערכת הכללית של בתי-הדין הרבניים בישראל, כך, למשל, פסק-דין בbg"ץ 323/81 וילוחני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד לו(2) 733, שעל פרשנותו אני חלוקה, כפי הנראה, עם רוזן-צבי (ראו במאמרו, שם, בטקסט הסמוך להערה 31, המבטא, לדעתו, הכרה זו, לא רק באותו משפט מפתח (ראו להלן הערה 22; הערה 51 והטקסט

"המחוקק החקלוני אינו יכול לבטל נורמה של החוק הדתי; כי לא הוא הינו מקור החקיקה הדתית. מה שהוא יכול לעשות – מכוח הסוברניות של המדינה – הוא למצוות על בתי-המשפט, לרבות בתיה-הדין הדתיים, שלא לפסוק על-פי הנורמה היהיא."¹⁵

זהו ניסוח אופייני המביע את המורכבות של מלאכת האיזון העדינה בין שני הקטבים של האוטונומיה מול הביקורת. הפן של האוטונומיה בא מכיוון של חזון אידיאלי, בעוד הפן של הביקורת מביע את הרמה האופרטיבית-המעשית של מערכת יחסים זו.

על רקע זה בולטת הבicutיות שבפסקידינו של השופט טל והשימוש שרוזן-צבי עושה בו. פסקידינו של השופט טל חסר את המימד האופרטיבי של מערכת היחסים והפעילות המקבילה, ונותר כולו ברובך האידיאלי הטההור. הוא מתראר את תפוקדם ותפקידם של בתיה-הדין הרבנים ועומד על סמכותם הפנים-ידנית, אך אין הוא מתרגם זאת לכל הכרעה נורמטיבית קונקרטית למקרים שנידונו בעניין צץ, בלבד מפרטתה של שאלת טורدنית זו בכך שמלכתחילה לא היה על בית-המשפט הגבוה לצדק להזדקק לאותן עדירות, ומשנזקק להן, ראיות הן כולן להידחות.¹⁶ מאלפת במיוחד היא הדרך שבה השופט טל פוטר את הצורך לדון בפיגועות ובנזוק המוחשיים שנגרמו לאחד העותרים בגיןוק שעתרתו היא תיאורטיבית, לאחר שתכבי-הטיסירוב שגרם לאותן פגיעות כבר בוטל על-ידי בית-הדין שהוציאו.¹⁷ אין כאן כל התמודדות עם ההרשאה המשתמעת מפסקידינו לגדימת פגיעות כאלה מלכתחילה.

גם רוזן-צבי פושע באופן דומה לכך במאמרו. אותה עמדה ערכית ביחס לנזונות ולהדשנות שבפסקידינו של השופט טל באה לאחר תיאור מكيف של הפן הנרטיבי שבפסקידין של הרוב והמיועט בעניין צץ. עיקר התיחסותו של רוזן-צבי לעניין צץ עצמו נעשה בדרך של תיאור הנרטיבים המתחרים שבו, ואין בו כל הבעת עמדה ערכית באשר לעצם הפרקטיקה שעמדת לדיוון, קרי, הוצאת כתבי-הטיסירוב על-ידי בית-הדין הרבנים הממלכתיים.¹⁸ זהה גישה שאינה נותנת כל מענה לשאלת הנורמטיבית

הסמן לה), אלא בדרך הכלולה שבה ניתח השופט-alone את פיתוח שיטת המשפט הפנים-ידנית של הערכאה הדתית, המאפשרת לתוכה נורמה של המערכת החיצונית והופכת אותה לחלק אינטגרלי ממנה וליצירה משפטית שצמחה כביבול במסגרתה היא (ראו בעניין וילודני, שם, בע' 740-742).

לא למותר לציין כי עם מינו של פרופסור אングולד לבית-המשפט העליון נוסף "קול פלורליסטי" מובהק למערכה. לנition כתייתו האקדמית של פרופסור אングולד מזוית פלורליסטית, ראו הלפרין-קדרי, לעיל העדרה 1, במיוחד בהערות 133, 139, 144, 162.

ע"א 59/313 בלבן נ' לבבן, פ"ד י(1), 285, 287.

הסיבות לכך הן, לדעתו, שהעתירה בפרשא הראונה (סופר) תיאורטיבית; העתירה בפרשא השנייה (כzz) אינה מוגלה כל עילית הטעבות; ואילו, העתירה בפרשא השלישית (זריבי) מוקדמת מדי.

ראו להלן העדרה 27, והטקסט הסמן לה.

התיחסות היחידה, המובלעת, לבicutיות הכרוכה מצד אחד באותה פרקטיקה מופיעה ממש

ולהשלכותיה המעשיות של הפעולות הפלורליסטית שחפצים בשימורה. ההתקדמות בפן הנרטיבי, תוך התעלמות מוחלטת מן הפן הנורטיבי, מעידה אולי יותר מכל על הגישה התיאורית המוחלטת שרוזן-צבי נוקט בה. מכאן אולי נובעת התפיסה, המוטעית, לדעתינו, שיוcosa לפסק-דיןו של השופט טל ואשר צוטטה זה עתה,晁ailo מדובר בהכרה במערכת משפטית אוטונומית שאינה זקופה לכל הכרה מצד מערכת המשפט הרשמית-הריבונית. אכן, מנקודת-מבט שאינה מתעניינת כלל בתוצאה הנורטטיבית של הכרעה השיפוטית בפרש הكونקרטי, זה אכן תיאור אפשרי של עמדת השופט טל, ברם נקודת-מבט זאת לוקה בחסר.

ברצוני להציג ניתוח פרגמטי מעט יותר וקצת פחות תיאורתי, העשויה להניב פרשנות שונה לחלוtin של המצע של השופט טל: השופט טל היה יכול לנוקט בתיאור שלועל ביחס למערכת בת-הדין הרבניים הממלכתיים מכיוון שידע כי דעתו היא במייעוט, וכי לא נדרשת ממנו פסיקת הלכה מהחייבת בדבר הדרך המדוייק לשילוב פעולתם של בת-הדין הרבניים הממלכתיים בתוך מערכת המשפט הכללית. במקפאים הוראתיים, התיאור שהובא לעיל מדבריו של השופט טל מתאים לבתי-דין פרטיים, הפעלים, ממש כמו בתי-הדין הממלכתיים, מתוך מערכת משפטית אוטונומית המתפתחת וניזונה עצמה; אלא שלhalbיל מבתי-הדין הממלכתיים, הם אכן אינם זקופה לככל הכרה מצד המשפט הריבוני¹⁹. מאחר שהשורה התחתונה לא נדרשה מהשופט טל במקרה זה, הוא היה יכול לנוקט תיאור מעין זה היוצר את הרושם המוטעה של חוסר היוקרות להכרה ולגושפנקה מצד המערכת המדינית. אולם晁ailo היה עליו להידרש להסדר הנורטיבי המדוייק של אותה סיטואציה, הוא לא היה יכול להתחמק מן הצורך להזיקק להכרה החיצונית. התמודדות אמיתית עם השאלה שעמדה במרכזו עניין כז, קרי, מה דין של כתב-סידור שהוציא בתי-הדין הממלכתי בענייני מוניות, הייתה מחייבת גיבוש עמדה באשר למערכת היחסים ההדידית בין בת-הדין הרבניים לבין המערכת המדינית. בסופה של דבר לא היה אפשר להימלט מן ההכרה בנחיצות והכרחות של ה"הכרה מצד המשפט הריבוני". הכרה זו מתבררת כקריתית כאשר מסתמנת הכרעה נורטיבית חיובית בדבר מעמדן של פעילויות שיפוטיות מעין אלה. אלמלא הכרעה דעת הרוב בעניין כז הכרעה שלילית לגבי מעמדן של פעילויות אלה, לא היה השופט טל יכול להימלט מן היוקרות למtan

לקראת סוף מאמרו של רוזן-צבי, באומרו כי "עם כל הקשיים, אין בכך, לדעתינו, כדי לשלול את הלגיטimitiyot מערכת המשפט הדתית כשלעצמה, במיווחה כאשר מסגרת הפעלה מצומצמת לתחומי הקהילה הדתית בלבד, ומכוון שכך הביעות החמורות שמעוררת כפיה של ערכיהם דתיים על חברה אשר ברובה אינה מקבלת את מערכת הנורמות הדתיות אינן מתחזרות במקרה זה" (כע' 15 לטיווחה). במשפט זה יש, לדעתינו, משום התחממות ממימד הcapeיה והפגעה בוכויות הפרט, שכן התעוור בעניין כז, כפי שאראה בהמשך, להלן העורות 27-30 והטקסט הסמוך להן.

¹⁹ אומנם כפי שנראה בהמשך, גם משפט זה אינו מדוייק, מכיוון שבמסגרת סיטואציות מסוימות, גם מערכת "פרטית" לחלוtin נאלצת לחפש גיבוי לפועלותיה מצד המערכת המדינית. ראו על כך להלן, בטקסט הסמוך להערות 33-42.

התוקף הרשמי מצד המערכת המדינית לאותן פעילויות שיפוטיות, בהנחה שהיא ממשיך לאחיזה בהשכמה החיובית לגביהן.

השופט טל עצמו מכיר במשמעות דבר-המלך משנת 1922, של מתן הגושפנקא הממלכתית לשיפוט שהיה קיים לבתי-הדין הדתיים "מאז ומקדם בענייני העמד האישី ובעניינים אחרים".²⁰ הוא חוזר ומדגיש לאחר-מכן את ההשפעה של חתימת בעלי-הדין בעניינים מסווגות לפני כתיה-הדין הרבניים על שטר בוררות, חתימה שנועדה "כדי לחת 'שינויים' לפסק הדין לכשיננתן, שהרי פסקי דין רבניים בדיוני ממווגות אינן ניתנות להוצאה לפועל כמוות שהם".²¹ השופט טל מביא בדברים אלה כדי ללמד את הלאו מכלל ההן: התיחסות הממלכתית באה רק לשם מתן גושפנקא לשיפוט שהיה קיים גם בלבדיה, ורק לשם מתן "שינויים" לפסק-דין שתוקפו הפנימי איננו תלוי בה כלל. בambilים אחרים, אין בה כל צורך לשם קיומם עצם השיפוט והתקוף הפנימי של אותה מערכת שיפוט ומשפט.²² אלא ש לדידי, היא הנותנת, ומכלל לאו ניתן להדגиш גם את ההן: ההכרה הממלכתית הכרחית לשם מתן התקוף הנורמטיבי. ללא הכרה זו, במקרים רבים, לא תאה

20 עניין בז, לעיל העדרה 11, בע' 619; משמעותו במיוחד הוא הקטע שהוא מצטט לאחר-מכן ממאמרו של ויטה, ראו א' ויטה "בתי דין דתיים ומשפטם בארץ ישראל ומהותם המשפטית" הפרק- ל' ג (תש"ו) 70, 72; השוו: E. Vitta "The Conflict of Personal Laws" 5 Isr. L. Rev. (1970) 170.

21 עניין בז, שם, בע' 619, מול האות ה-

22 לדעתו, זו בדיקות גם עדותו של השופט אלון כפי שהובעה בעניין וילוזני, לעיל העדרה 14, ונוחה במאמרי, לעיל העדרה 1. המיללים בהן התבטה השופט אלון, שם, בע' 738, "בתי הדין הרבניים שואבים את סמכות שיפוטם, מבחינת המערכת המשפטית של המדינה, מחוק המדינה, אשר העניק להם סמכות זו" [ההרגשות שלי - ר' ה'ק], הן למעשה תМОונת-ידאי של התבאות השופט תל כלן. רוזן-צבי חולק גם על ייחוס השafka זו לאותה התבאות של השופט אלון, אך לדעתו, התבאות זו היא חלק מיוחד שלם שבא לידי ביטוי בהקשרים רבים אחרים; ראו על כך גם לעיל בעדרה 14. הצורה הברורה ביותר לעמוד על כך היא הנגדת עדותו של השופט אלון לעמדת השופטים המביעים עדודה צנטרליסטית, ובראשם הנשיא ברק, כפי שאכן עשיתו שם. ראו הלפרין-קדרי, שם, בע' 732-733, 733-737; וראו להלן העורות 50-53, והטקסט הסמוך להן. רוזן-צבי פונה למחקרים האקדמיים של השופט אלון כדי ללמידה מהם על השקפה-עלמו הכללית המכיפה את המערכת המשפטית הדתית למשפט המדינה (ראו רוזן-צבי, לעיל העדרה 1, בטקסט הסמוך להערות 34-36). אך דווקא מחקרים אלה ניתנים לשאוב גם התייחסויות אחרות. השופט אלון אכן רואה בחזונו את המשפט העברי נקלט במשפטה של מדינת-ישראל, אך אין בכך כלל השפה על הדרך שהיא תופס את הפעולות של ערבות השיפוט הרבניות המפתחות ומיישמות את המשפט העברי. יעד על כך, בין היתר, האופן שבו הוא סוקר את התפתחות כתיה-הדין הרבניים הרשמיים במדינת-ישראל, הדומה לנרטיב הריצף שהשופט טל מביא בעניין בז; ראו מ' אלון המשפט העברי - תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (תשנ"ב).

לאוთה פעילות שיפוטית עצמאית ואוטונומית כל ממשמעות מעשית.²³ ייתכו אומנם נסיבות בהן אכן תהייה ההכרה הממלכתית מיותרת, ולפעילות השיפוטית העצמאית תהא ממשמעות גם בלעדיה. יש להניחס לרעיון מעין זה התכוון השופט טל בסיום פסק-דיןנו כאשר הצביע על חוסר התוחלת שבצחורה בג"ץ על חוסר התקוקף של כתבי-הסידורם שהוציאו בתה-הדין הרבניים, בעומדו על כך שהנסקציה החברתית-הדתית שבכתבם הסירוב תוסיף להתקיים בין אם יカリ בג"ץ על ביטולה ובין אם לאו. יתכן אומנם שמבחרינה פנימית של המערכת הדתית והוא אכן אחד מקרים בהם ההכרה המדינית המאושרת אינה נחוצה כלל.²⁴ אלא שבנסיבות המקרים שנידונו בעניין לכך לא היה השופט טל, כמויג' המערכת המדינית, יכול להניחו לאותו רובד פנימי להתקיים ללא כל התרבות אילו אומנם הייתה דעתו מתקבלת על דעת הרוב. על הסיבה לכך, הקשורה להתגלות "הצד האפל" של הפלורליזם המשפטי, לעמוד מייד.

לא בכספי הביא השופט טל את עניין שמידט,²⁵ שבו נדחתה על הסף עתרה לביטול כתבי-הסידורם, כאסמכתא להבנת השופטים באותה פרשה "שייש למעט ככל האפשר את התרבותם בהליךם שבפני בית דין רבני, ככל עוד התרבותם אינה הכרח",²⁶ הבנה המגלמת תפיסה פלורליסטית של המשפט. בפרש שמידט הצלבו האינטרסים של שתי התפיסות, זו של המערכת האוטונומית-הפנימית וזו של המערכת המדינית-הציונית, ופעילות המערכת האוטונומית הוסיפה להתנהל ללא כל הפרעה. הפן ההוראתי, המתיחס להסדר הנורומי של אותה פעולה ביחס למערכת המדינית-הציונית, היה לא-רלוונטי לכואלה, מכיוון שמהותו הייתה שלילית באותו הקשר, בבחינת "שב ואל תעשה". אך נסיבות עניין לכך היו שונות. שלוש הפרשיות שנידונו בפסק-הדין בעניין לכך מדגימות בצורה ברורה ביותר את אחת הביעות המושגיות המרכזיות שבאידיאולוגיה הפלורליסטית, אותה כינתי "הצד האפל" של הפלורליזם המשפטי. הן השופט טל והן רוזן-צבי, בדיונו בפסק-דיןנו, מתחממים מן ההכרה בכך שפרשיות אלה מגלמות אותו "צד אפל", ככלומר, את העימות שבין פלורליזם וליברליזם, במלוא עצמתו.

אילו הייתה דעת השופט טל מתקבלת על דעת הרוב, הייתה מתגללה הפגיעה בזכויות הפרט של אלה שנחשו לסמכות השיפוט ולנסקציה הדתית שלא מרצונם ולא הסכמתם.

²³ אפשרות אחרת היא שלא הכרה כזו ינקטו צעדים אחרים מצד המערכת המדינית שמטרתם או השלכותיהם יהיו שלילת עצם הפעולות השיפוטית זו מעיקרה. על כך רוא בהרחבה להלן, בטקסט הסמוך להערות 33-42. זהה, למעשה, המשמעות של פסיקת דעת הרוב בעניין לכך עצמו. גם אם ההכרה החיובית אינה נחוצה מלבתילה, נחיזותה מתגלת בדיעבד כאשר מתברר שקיומה של אותה פעולה שיפוטית מאויים. השוו לקרים המתוירים בהערה 34 להלן.

²⁴ לדיוון בנקודות-המבחן הפנימיות והציוניות של המערכת הדתית, ראו במאמרי, לעיל העירה 1, במיחוד בע' 729-730.

²⁵ בג"ץ 484/77 שמידט נ' בית הדין הרבני פתח תקווה לא פורסם, הובא במלואו בפסק-דיןנו של השופט זמיר בעניין לכך, לעיל העירה 11, בע' 606).

²⁶ עניין לכך, שם, בע' 616.

זהו ביטוי מובהק לאוטו עימות בין הפלורליום ליברליום. השופט טל, ורוזן-צבי בעקבותיו, מנסים אומנם לטעש את הפגיעה הזאת, אך עיון מדויק בסיסת העובדות המפוררת בפתח פסק-הדין מגלה שלא ניתן להתחמק מהכרה בקיום אלמנט הcpfיה הדתית והפגיעה בזכויות הפרט, לפחות באחת הפרשיות שנידונו בפסק-הדין.²⁷ יתר על-כן, מדובר של השופט טל מתחווורת עדמה המשלימה באופן עקרוני עם כפיפות התקדינות על-ידי בית-הדין הרבניים.²⁸ העימות הקשה בין הפלורליום לשנוצר בנסיבות אלה אינו אפשר, לדעתו, להיוותר ברמת השיח התיאורי, ככלומר, לעסוק רק בתיאור המציאות, ולהתעלם מן הרובד ההוראתי, ככלומר, מן הצורך להסדיר אותה מציאות מבחינה נורמטטיבית. הגורם המשמעותי בהיווצרותו של "הצד האפל" הוא ההכרה הפורמלית של המערכת המדינית במערכות הדתית. אלמלא הצבת כוח האכיפה של המדינה מאחוריו הפעילות השיפוטית-הדתית באופן כללי,²⁹ היה ביטויו האפל של הפלורליום המשפטי נותר, קרוב לוודאי, ברמת הדיון התיאורתי בלבד.³⁰ הצבת כוח האכיפה המדינתי לגיבוי פעילותו השיפוטית של בית-הדין הרבני היא הופכת, לדעתו, את השיח ההוראתי להכרחי, והוא גם הגורמת לשאלת הצד האפל של הפלורליום המשפטי להתעורר במלוא חריפותה.

ההתעלמות מן ההחלטה ההוראתית מותירה שאלות עקרוניות נוספות בلات-ইיפטורות,

בפרש סופר, שעובדותיה מפורחות בפסק הדין בעניין צ', שם, בע' 601-602, הביע העוטר התנגדות ברורה להתקין לפני בית הדין הרבני, והוא גם נזק נפשי וככלכלי בלתי-imbolot עקב החרם והniduy שכתבי-הסירוב הטיל עליו. השופט טל מבקש להדיח פגיעה זו באמצעות הנימוק הפורמלי שכתבי-הסירוב כבר בוטל מAMILA (עקב ביטול התביעה נגד סופר בבית-הדין הרבני), ולאור זאת אין עוד מקום, לדעתו, לדין שיפוטי, שנותר תיאורטי גרידא. אלא שלא ניתן כמובן לבטל בדרך זו את המשמעות הברורה של ההתנגדות שהתרחשה כאן בין הפעולות הדתית-הפלורליסטית לבין זכויות הפרט ואת הפגיעהות הקונקרטיות שנבעו ממנה. לא ניתן גם לבטל בדרך זו ההתנגדויות ופגיעהות שעתידות להתרחש לנוכח ההרשאה הבלתי-imsonיות להוצאה כתבי-סירוב שניתנת בפסק דין של השופט טל.

"ומכיוון שמדובר בדיון תורה, הרי על פי ההלכה מוסמך בית דין רבני קבוע לדון בתביעת ממון גם כאשר אין הנושא מתרצה לדון בפניהם, ומוסמך הוא להוציא כתוב סירוב, אם יסרב. לפי השקפתו, עם הטלת עול מלכות על בית הדין הרבני לא ניטלה מבית הדין שום סמכות מסמכיותו המסורתיות שהו לו קודם לכן... מכאן, שגם בהיעדר הסכמה לבוררות בית הדין נזק לתחייה בענייני ממון כבענייני קהל מכוח דין תורה, על כל הסמכויות המלוות לכך, לרבות הסמכות להוציא כתוב סירוב." עניין צ', שם,
ב' 620-621 [ההדגשות במקור].

²⁹ קרי, עובדת היוזם בתידין מלכתיים-ראשמים.

30 אף-על-פי שאין זה בלתי-ימתקבל על הדעת, ולעתים אף הדבר הינו בלתי-ינמנע, לדון בהיבט אפל וזה מוביל למצבים שפועלות שיפוטית דתית-פרטית, ולא רשמית, מעורבת בהםם, ראו גם לעיל העדרה 19, וראו על כך בהמשך, בטקסט הבא אחרי העדרה 33 להלן.

ובראשן שאלת הוצאהם של כתבי-סירוב, נושאים שלבת-הדין הרבניים יש בהם סמכות יהודית, קרי, ענייני הנישואין והגירושין. מפסק-הדין משתמש אומנם שאין הם נהוגים להוציא כתבי-סירוב בעניינים אלה,³¹ אך תיאור זה אינו מדויק, ובפועל אין בת-הדין מנעים מהוציא כתבי-סירוב גם בתחוםים אלה.³² לאחר שניתוחיהם של השופט טל ושל רוז'צבי נעדרים כל התיחסות הוראית, הם חסרים אמות-מבחן וככלים לגיטימציה כללית נורמטיבית ביחס לניסיבות מעין אלה, מלבד תחושה משתמשת של לגיטימציה על-ידי גורפת ביחס לכל צורות הפעולות של המערכת השיפוטית-האוטונומית. באופן דומה, קשה לשער מה תהיה התיחסות לשאלת מקבילה של הוצאה כתבי-סירוב על-ידי ערכאות פרטיות, שאינן פועלות תחת הכרה וגושפנקא רשמיים מטעם המערכת המדינית. בהיעדר התיחסות ברורה בניתוחיהם לגורם ההכרה הרשמית ולמעמדם הממלכתי של בת-הדין הרבניים, נוצר הרושם שאיפיוון זה חסר כל משמעותם מבחינתם, ולפיכך, לכאהר אותה לגיטימציה קיימת ביחס לפעולות השיפוטית של כל מערכות השיפוט הדתיות, בין שהן פרטיות ובין שהן ממלכתיות. האומנם כזו הייתה עמדת השופט טל אילו נדרש לשאלות אלה?

ב. בת-הדין דתיים – היבטים השוואתיים

לצורך הדגמה בלבד, ניתן לשאוב לכאן הארונות ממחוזות אחרים לחולוtin, מהסדר קווטבי לאמרי של יחס דת ומדינה ושל מעמד הדין הדתי. הכוונה לארצות-הברית, שם עלולות באופן מפתיע לעתים קרובות למדי שאלות הנוגעות בפעולותן של ערכאות שיפוט דתיות הפעולות כموבן באופן "פרטיה", דהיינו, ללא הכרה רسمית מטעם המדינה. מסגרת השאלות הספציפיות הנידונות בהקשר זה רחבה ביותר.³³ לענייננו רלוונטיים במיוחד

31 עניין כז, לעיל הערכה 11, בע' 600, מול האות ב.

32 ברשותי מצוי כתבי-סירוב שהוציא בית-הדין הרבני האזרחי בירושלים ביום 19.9.95, במסגרת תביעת גירושין, תחת הכותרת "צו הרחקה", ואשר בוטל לאחר מכן על-ידי בית-הדין הרבני הגדול, ביום 10.12.95. כתבי-סירוב זה, ואחרים כדוגמתו, לא הוועדו מעולם ב"מבחן בג"ץ".

33 בת-הדין דתיים בארצות-הברית דנים, בין היתר, בסכסוכי רכוש פנים-כנסייהים, בהעברת כוהני דת מתפקידם, בגיןו ובהרחקה של חברי קהילה, בעניינים פנימיים-ארגוניים, בהסדרת גירושין דתיים ועוד. הדתוות והכנסיות השונות המפעילות ערכאות שיפוט פורמיות נבדלות זו מזו בצורת הפעולות, הקפה, תחומייה, אופיה ועוד. מדובר, בין היתר, בכנסייה הקתולית, האפיפיורית, המתודיסטית, הפרטביסטריאנית, הלותרנית, המורמנית, כת האמיש והיהדות האורתודוקסית והקונסרבטיביות. ראו על כך בפירוט: R. Halperin-Kaddari *The Interaction Between Religious Systems of Adjudication and the Secular Legal System in the United States* (Unpublished J.S.D. thesis,

.Yale, 1993) 6–36

המקרים בהם התקשה מערכת המשפט המידניתית-הכללית להתערב בעקבותם בעקבות דתיות השיפוט של הערכאות הדתיות באמצעות הטלה סנקציות על פעילותות שיפוטיות דתיות שהייתה בהן כדי לפגוע בזכויות האורה של הפרטם שפנו למערכת המידניתית לבקשת סעד.³⁴ מדובר במקרים בהם ערכאות השיפוט הפנים-דתיות נקטו בצדדים של החרמה, נידוי והרחקה, בדרגות שונות של חומרה, נגד חברי הקהילה שסרחו והפרו את קוד התנהגות הפנים-דתית של הקהילה.³⁵ לא פעם סירבו אולם חברי לקבל על עצם את

³⁴ ראו, למשל: *Yoder v. Helmuth*, Wayne County Case No. 35747 (Ohio 1947) (1962) 99 described in W. Schreiber *Our Amish Neighbors* (1962) 99 (יודר נודה על-ידי קהילת האמיש שאotta עזב לטובת קהילת אמש אחרת, לאחר שקהלתו הקודמת התנגדה לשימוש בכל-ידרכך על-ידי חברי הקהילה. יודר נזקק למוכנות כדי להסיע את ילדו לטיפולים רפואיים תכופים בכית-חולמים מרוחק. בית-המשפט העניק ליודר סעד של פיצויים נזקים, ובאופן נדיר גם סעד של צו מניעה, יתכן שימוש קהילת האמיש, כמונה, לא נקטה שום צעדים משפטיים להציגן בפני תביעתו של יודר); *v. Guinn* (1989) 775 P.2d 766 (Okla. 1989) (*Church of Christ of Collinsville* 775 P.2d 766 (Okla. 1989) (*הופעלו נגד גוין*, גראשה שהצטרכפה לכנסייה חמיש שנים לפני ההתרכשות, הליכי דיסציפילינה שבוסוף ניטלה ממנה חברותה בקהילה לאחר שמספרה לסימן קשר אינטימי שניהלה עם אדם גירוש אחר, ובקשה עצמה לפרש מן הכנסייה. בערכתה הראשונה נפסקו לגוין פיצויים גבוהים בגין פגיעה בפרטיות, גרים נזק נפשי במזיד ועוד. בית-המשפט העליון של אוקלהומה אישר את פסק הדין בחלוקת, ככל הנוגע בהליכי השיפוט הדתיים שננקטו נגד גוין לאחר נסiona לפרש מן הכנסייה); *Bear v. Reformed Mennonite Church* 341 A.2d 105 (Penn. 1975) (בר, שנודה על-ידי כנסיתו, הגיע תביעת נזק בגין נזקים נפשיים וככליים, כוללו, בין היתר, פירוק משפחתו והרס עסקיו, שנגרמו לו, לטענתו, עקב הנידוי. בית-המשפט העליון של פנסילובניה הכיר עקרונית באפשרות של התערבות חיונית בהליכי שיפוט פנים-דתים במקרים של פגעה קיונית בתחומיים בהם למדינה יש אינטרס גובר (paramount state interest), אך עקב קשיי הוכחה נדחתה התביעה בסופו של דבר); *Paul v. Watchtower Bible & Tract Soc'y of N.Y., Inc.* 819 F.2d 875 (9th Cir.), cert. denied, 108 S. Ct. 289 (1987) (תביעת פיצויים של חברה לשעבר בכת עדי יהוה על נזקים שנגרמו לה עקב נידוי והחרמה נדחתה לאור עקרון חופש הדת המונג בתיקון הראשון לחוקה).

³⁵ אלה הם סוגים שונים של הליכים לאכיפת ממשמע וענישה המבטאים את שליטת הקהילה הדתית על הפרט החבר בה. סנקציות אלה ואחרות משתנות בדרגת חמורתן ובהתפענן על החבר/ה בקהילה. קבוצות דתיות שונות משתמשות בהליכים בעלי שמות שונות, בין היתר: Halperin-Kaddari, *supra* note 33, at pp. 31–33, especially at notes 59 & 89. מעניין במיוחד להשוו את תיאורי ההשלכות של הסנקציות האלה על הפרט עצמו בפרשיות השונות. כך, למשל, בולט הדמיון הרב בין הפגיעה הכלכלית, החברתיות והרגשיות שתוארו בפרשת סופר, לבין הפרשיות שנידונו בעניין כי, לבן פרשת Bear, *ibid*.

הדין, ובנסיבות של פגיעות נפשיות, חברתיות, משפחתיות או כלכליות קשות במיוחד פנו לקבל סעד מן המערכת המשפטית הכללית.³⁶

מרקם אלה מדגימים באופן מובהק את הצד האפל בפלורליזם המשפטי המתקיים גם ללא הצבת גיבוי רשמי מדינתי לפועלות השיפוטית הפרטית.³⁷ במסגרת מלאכת ההתוויה של היחסים העדינים שבין הדת למدينة בארץות-הברית, בעקבות ליבון שאלות של "הסכם" ושל "חשיפה מרצון" לשיטה הדתית, מצאו עצם בתיהם המשפט הפדרליים לא-פעם נאלצים להתמודד עם הסכנה שבתערבות בתחום הדתי במובהק ועם האיום הטמון בחדרה לספקה הנפרדת. ברוב המקרים אלה ננקט קו של אי-התערבות בהליכים השיפוטיים הפנים-ידתיים, בדרך כלל לאור העיקרונות של חופש הדת (free-exercise of religion) המועגן בתיקון הראשון לחוקה, שהתרגם בהקשר זה להכרה ב"זכותן [של הכנסיות] להקים טריבונות להכרעה בשאלות שמתחודרות בתוכן".³⁸ עיקרונו זה גם מתמך לעתים בנימק מעין-חווי של הסכמה מוקדמת של החבר/ה בקהילה לקוד הדתי הפנים-קהילתית ולסמכות של עדכאות השיפוט הפנימיות שלה.³⁹ יחד עם זאת, למרות הסכנות הגדולות שבתערבות, בחרה המערכת המדינית לא-אחדת להתערב באוותה פעילות שיפוטית של המערכת הדתית ולהגבילה בכך של הענקת פיצויים לנפגעים ממנה.⁴⁰

קשה לנוכח אמות-מידה ברורות לנקייה בקוי-התערבות. בחלק ניכר מפסקיהם דין בנושא זה ניכרים בלבול וחוסר עקבות. עם זאת ניתן, לדעתו, לשאוב מן הפסיקה האמריקאית כמה פרמטרים עקרוניים לדיוון, שהמרכזי בהם הוא קיומה של הבחירה החופשית בעצם השתיכות לקהילה הדתית, הבאה לידי ביטוי חשוב בהקשר הנוכחי בקיומה של חירות החבר/ה לעזוב את הקהילה הדתית, ובכך להימנע מהיחסות לסמכות השיפוט המפעילה את כוחה המעונייש של הקהילה.⁴¹ התערבות מבחן בהיעדר בחירה

36 הסעד הטיפוסי שהتابקש היה סעד של פיצויים נזקיים, אך לעתים גם התבקש צווי מניעה.

37 ראו לעיל הערה 30.

38 ציטוט זה לקוח מן התקדים המרכזី ביותר בתחום התערבות המערכת הכללית בהליכים שיפוטיים פנים-ידתיים. סוג המקרה שבו עסק תקרים זה היה סכסוך רכוש כנסיתי. ראו:

Watson v. Jones 80 U.S. [13b Wall.] 679 (1871) 729

39 ראו: מזיא באחד מכתבי-הגהנה שמסרה הכנסייה הנتابעת בפרש Halperin-Kaddari, *supra* note 33, at pp. 65–67; המכחשה חזקה מאוד של הטיעון החוויתי ניתן למצוא באחד מכתבי-הגהנה שמסרה הכנסייה הנتابעת בפרש Guinn, *supra* note 34 לבית-המשפט העליון של מדינה אוקלהומה, המצווט במלואו במאמר: R.B. Flowers "Can Churches Discipline Members and Win in Court?" 27 J. *Church & State* (1989) 483, 495–496.

40 ראו, לדוגמה, את פרשיות *Guinn* ו-*Bear* (*supra* note 34).

41 הדוגמה המובהקת ליישום הפרטר הזה היא פרש *Guinn* הנ"ל, שבה הבחן בית-המשפט העליון של מדינת אוקלהומה בין הליידי השיפוט והמשמעת הפנים-ידתיים שאירעו לפני שהחברה הוודיעה על עזיבתה את הכנסייה, לבין אלה שאירעו לאחר-מן, ואשר הטענו

חויפשิต כזו מבטאת את הכרחיות הביקורת של מערכת המשפט הפרטית, אולם לא מתוך ביטולה והתנשאות עליה, אלא מתוך הכרה בדומיננטיות המדינה ובלגיטימיות ההגנה על גבולות הפולורליזם שהמדינה וכאית להציב לעצמה.⁴²

ג. הכרחיות השיח ההוראטי של הפולורליזם המשפטי

יתכן שבסיכומו של דבר, הדרך היחידה להבנת גישתו של השופט טל, ובמיוחד באופן בו היא מוצגת על ידי רוזן-צבי, היא לרוקן ממנה כל תוכן של הורה וכל עמדה שיפוטית ביחס לLAGITIMITIES או לסמכות פעלולתה של המערכת השיפוטית הדתית. זו אכן גישה תיאורית מוחלטת, המבטאת מעין "אידיאולוגיה של הייעדר תוכן נורמטיבי". אם אכן כך הדבר, המחלוקת בין רוזן-צבי מתנהלת בשני מישורים שונים לחלוtin, ואין לבורה כל מקום לביקורת הדתית על שום נקודות-המוחза המנותקות לחלוtin זו מזו. מסקנה זו מתישבת עם ההשערה המנתקת בין שתי צורות שיח של הפולורליזם המשפטי, ומונגדת לתיזה שהציגי בדבר השניות האינהרנטיות של הפולורליזם המשפטי, הבנוי מן השיח ההוראטי ומן השיח התיאורי גם יחד.

דעתו היא כי דוקא הפרשיות שעמדו לדיוון במקורה זה מדגימות בבירור את ההכרח שבשילוב השיח התיאורי עם השיח ההוראטי ואת המלאכותיות של הנition בין השניים, כפי שהבהירתי עד כה, העימות הבירור בין החידויות והוכחות של האדם לבין הפולורליזם, המגולם באופן חד במקורה הנוכחי, מחייב הכרעה ברמה ההוראטי, ובסופה של דבר אינו אפשר להשאר ברמה התיאורית בלבד.⁴³ בסופה של יום חייבת להתקבל הכרעה מעשית בשאלת הלגיטימיות של הפרקтика שעדין באותן פרשיות.

דברים אלה אמורים לגבי כל דין בפעולות של בת-הדין הרבניים הרשמיים במדינת ישראל, ולא רק לגבי נסיבות בהן העימותים מן הסוג שנסקר כאן בולטים כל-כך. כל דין בפעולותם של בת-הדין הרבניים אין יכול להימלט מן הצורך בשיח ההוראטי, על רעיון הדומיננטיות של המדינה שבו, המתחיכים מן המזיאות שהדיון מתקיים במסגרת, מציאות פעולותם של בת-הדין הרשמיים בישראל היא במסגרת מוגדרת ומוסדרת על-ידי המדינה. לפיכך, אין אפשרות להתחמק מהתייחסות אותה מסגרת, ולא ניתן להימנע

בהתאם לעמדת הכנסתיה שהחברות בה נתונה בשליטה המלאה של הכנסתיה, ולעוזיבתה של החברה על דעת עצמה אין כל משמעות כל עוד לא נקבע הכנסתיה בהלכי סילוק מטעמה היא. בית-המשפט דחה את עמדת הכנסתיה, ופסק שהחסינות מפני התערבות הייצונית בהליכים פנים-הדרתיים עומדת לכנסייה רק לגבי פרקי-זמן שבו החברה השתיכה עדין מבחינתה שלא לכנסייה, ולא לאחר מכן. פסיקה זו אינה עולה בקנה אחד עם עמדת בית-המשפט הפדרלי בפרשת 34, *Paul, supra note 34*, ונסיונו של שופט הרוב בפרשת *Guinn* להבחן בין שני המקרים על בסיס עובדתי אינו משכנע במיוחד.

42 השוו למודל שהציגי בעבר: Halperin-Kaddari, *supra note 33*, at pp. 215–252.

43 ראו לעיל בטקסט הסמור להערות 25–30.

מאימוץ השיח ההוראתי ועמדת הדומיננטיות של המדינה, לפחות חלק מן הדיון הפלורליסטי הכללי,⁴⁴ לפי גישתי, כל דין פלורליסטי יכול אומנם להתרחש בשתי הפרדיגמות, התיאורית וההוראתי, והבחירה ביניהן תלואה במטרה שմבקשים להשיג.⁴⁵ אך הדיון הנוכחי מוסיף סיג' משמעותי, והוא הכרחיות השימוש בפרדיגמה ההוראתי, או לפחות, גם בפרדיגמה זאת, כאשר מדובר בפעולותם של בתי-הדין הדתיים הממלכתיים במצבאות של שיטת המשפט הפעלת בישראל. אין בכך כמובן כדי לבטל את חשיבותו ואת תרומתו של השיח התיאורי בהקשר זה, אך נחיצותו והכרחיותו של השיח ההוראתי אינם יכולים עוד להיות מוטלים בספק.

ד. פלורליזם משפטי בישראל מנקודת-מבט ההוראתי

המשמעותי הוא שדווקא אימוץ הפרדיגמה ההוראתי, הנחפסת אולי כנוקשה וכ"סgorah" יותר מן הפרדיגמה התיאורית, מאפשר לפתח תמונה רחבה יותר של פלורליזם משפטי. כוונתי היא שמדובר בחינת ההסדרים הנורמטיביים המתקיימים בחיה המעשה,

⁴⁴ כך למשל, בהקשר הנוכחי, לא ניתן, לדעתו, להביע עמדה תומכת בפרקטיקה שעמדה לביקורת בעניין צע, קרי, הוצאת כתבי-סירוב בענייני מונונות על-ידי בתיהם הרבניים הממלכתיים, ולראות בכך צורת ביטוי של פלורליזם משפטי מוביל להסתמודד עם שאלת המעד הרשמי שניתן לשיטה הדרתית על-ידי המערכת המדינית ומוביל לקבל את הרעיון של דומיננטיות המדינה. שהרי כל תמייה בפעולות ואת חלק ממציאות פלורליסטית אינה יכולה להתעלם מכך שהוא פעילות שנעשה על-ידי גופו מוכר ומוסמך על-ידי המדינה, גם אם לדידם של השופט טל ושל רוזן-צבי אין זה המצב הרצוי. לפיכך לא ניתן מבחינתם להוסיף להזיק בדעה שככל הענקת מעמד رسمي מטעם המדינה מפקיעה את הפעולות מן התחום הפלורליסטי, ובו-זמנית לתמוך בפעולות המסויימת הוולראות בה ביטוי לפלורליזם המשפטי. אחת מהשתים: או שאין מדובר בנסיבות פלורליסטית, או שהمعد הרשמי אינו מיין את הפלורליזם. המוצא המאפשר את האפשרות השנייה הוא אותו רעיון של דומיננטיות המדינה. לאמתו של דבר, אם נדייק בדבריו של רוזן-צבי, נראה שגם שגם הוא אינו מחזיק בדעה הקיצונית שככל הענקת מעמד رسمي מצד המדינה לשיטה הלא-מדינית מפקיעה את הסיטואציה ממוגרת השיח הפלורליסטי. לדבריו, "מתן תוקף רשמי מצד המדינה לשיטת המשפט הלא-מדינית מטשטשת בכוונה משמעותית את הבדיקה בין שיטת המשפט הלא-מדינית לשיטת המשפט המדינית, הבולעת אותה, ויוצרת קושי בשרות הגבולות בין שיטות המשפט השונות". (בע' 11 לטויטה), דברים אלה נשמעים קרובים לרעיון שהבuchiyi במאמרי בדבר "קשת ההכרה", קרי, רמות שונות של הכרה מצד המדינה לשיטה הלא-מדינית, שכולן נכללות בתופעת הפלורליזם המשפטי ויוצרות מעין מדרג של עוצמות בתוך הפלורליזם; ראו הלפרין-קדרי, לעיל העירה 1, בע' 725 ובהערה 137.

עשויים להתגלות ביטויים שונים של פלורליות משפטי, שב"משכפיים תיאוריים" לא היו מתגלים בתור שכאללה. אין ספק שברטורייקה ובנרטיב קל לזהות עמדה פלורליסטית. דוגמה מובהקת לכך היא פסקידינו של השופט טל והפרשנות הניתנת לו על-ידי רוזן-צבי. אך הרטורייקה והנרטיב הם רק חלק מן התמונה, והרובד הנורמטיבי-המעשי הוא המספק את החלק הנוסף.⁴⁶ באמצעות בחינתם של ההסדרים הנורמטיביים שננקטו, במינוח ערך רקע חלופות שונות שייתכן שעמדו לפני המסדרים, עשויים להתגלות פנים נוספים לפלורליות המשפטי. הדגש מושם לא במלים, שייתכן שאין מסדרות כל מסר פלורליסטי כשלעצמו, אלא בתוצאה הסופית של ההסדר הרגולטורי לאור אפשרויות של ההסדרים אחרים. תפיסה כזו מאפשרת להתייחס לפסקידין המכוננים את מערכת היחסים בין ערכאות השיפוט הדתיות למערכת המשפט הכללית כמציגים עדשה פלורליסטית מעיקרת.⁴⁷ התוויותה של מערכת יחסים זו מלכתחילה תוך שמירה על גבולות פעילות ברורים, פנימיים וחיצוניים, המתגבשים לכל פעילות אוטונומית למשה, ניתנת בהחלט להציג כפלורליסטית. חלק מאבניזדרך פלורליסטית אלה נוספת גם רטוריקה שקל להזותה כפלורליסטית. ראש וראשון הנוקטים בגישה פלורליסטית ברורה על שני רבדיה היה כמובן השופט זילברג. מבין שפע פסיקותיו וועשר פנינו, מתאים מכל להביא בהקשר זה את הסברו לפיצול הדין הקיים בענייני המעמד האישី בישראל, הנידונים בהתאם לדין*האישי* של הפרט המתדיין בכל מקרה ומרקחה:

"כי, מדוע לנו נדונים ענייני המצב*האישי* על פי החוק הדתי או הלאומי של בעלי הדין? על שום שהסדרם אינו דבר השווה לכל נפש; על שום שעניינים אלה, חוט של הווי ומסורת משורע עליהם, והם שונים ומשתנים עם הבדלי השקפת העולם – השקפות דת, מוסר, תרבות, מסורת, מנהגים וכו' – של הנוגעים בדבר."⁴⁸

דברים אלה מסבירים כאמור את הפיצול הקיים בדין, קרי, תוכנם המהותי של הכללים המשפטיים. לא מיתו של דבר, אותם כלליים שגובשו להתוויות המסגרת לתוכן המהותי, כדוגמת החלת הכללים של ברית דין ופראצ'ורה "מקומיים" לפי הפורום שהענין נידון בו, מהחישים עוד יותר את הגישה הפלורליסטית בהתאם לתפיסה המוצעת כאן. גם כאן מתאימים דבריו של השופט זילברג בספריו המעממד האישី בישראל:

"בית הדין הדתי רואה עצמו מוסמך, והוא באמת מוסמך, תוך הגדרים והסיגים שצינו על ידינו, לדון את ענייני המעמד האישី של בני עדתו על פי הוראותיו של החוק הדתי בלבד. לא יהיו לך חוקים אחרים על פנוי, הוא כאילו עומד ומכריז..."⁴⁹

⁴⁶ "לא המדרש העיקר אלא המעשה", אבות, א, יז. מהדהdet כאן כמובן גם תפיסת הריאליות המשפטי.

⁴⁷ ראו, בין היתר, את פסקידין המופיעים בהערה 14 לעיל; בג"ץ 143 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225, 240-241; בג"ץ 54/187 בריה נ' טברי, פ"ד ט 1193, 1198; בג"ץ 59/10 לוי נ' בית-הדין הרבני האזרחי, תל אביב-יפו, פ"ד יג(2) 1182, 1193.

⁴⁸ עניין קווטיק, לעיל הערה 14, בע' 1345.

⁴⁹ מ' זילברג המעממד האישី בישראל (מהדורה רביעית, תשכ"ה-1965) 219; בהמשך

זה הביסיס לקו העקבי בפסקה שקדמה לפרשת בבל, אשר גיבש את הכללים הנוגעים בוחות הדין לפיו בית-הדין הרבני אמר לדורון בעניינים שמעבר לענייני המועד האישית, ואשר הגיע לשיא בפסקה-ידינו של השופט אלון בפרשיות וילוזני ובעהם. לפי קו זה, כוכור, בית-הדין הרבני הינו אוטונומי לפסק באותם נושאים בהתאם למערכת הדתית, ההלכה היהודית, שהוא חלק אורגני ממנה. מחובתו הפנימית של בית-הדין הרבני מכובדת בכך גם מבחינה מערכית-חיצונית. המערכת הכללית נמנעה באופן מודע ומכוון מלנקוב בדיון שעל המערכת הדתית המקבילה להחיל באותם עניינים. הימנעות זו נבעה מתוך הכרה בקיומה העצמאי של המערכת הדתית המקבילה וכיבוד המטען העצמי שהיא נושאת.⁵⁰

על רקע זה ניתן להבין את הצגת גישתו של השופט אלון כגישה פלורליסטית, במיוחד על בסיס הגדתה לגישה שנתק השופט ברק בנוגע לאותן שאלות. השופט ברק התייחס, כוכור, לאותו קו בפסקה כאלו חסר (לקונה) שיש למלא, והדרך למלאו נעשתה ברטויריקה ובמעשentralistisch במובאה. יודגש כי השופט אלון לא הפג עלי-ידי דוקא כ"נושא הדגל" של הפלרילזם המשפטי בישראל,⁵¹ אלא כמייצג את הגישה האנטי-תיטית לצנטרליזם המשפטי של השופט ברק, וכמבטא את החלופי הפלורליסטית לתפיסה הצנטרליסטית. לדברי השופט אלון בפרשית וילוזני⁵² יש חשיבות כפולה, גם כמודגים את התפיסה הפלורליסטית, ואת הרעיון של דומיננטיות המדינה כחלק ממנה, אך עוד יותר מכך כמשמעותם מקור לפרשנות הפוכה, צנטרליסטית, לפי תפיסתו של השופט ברק.⁵³ ניתוח הפסקה במאמרי התמקד בפסקה-ידינו של השופט ברק, ולבן היה חשוב להבהיר את התפנית הריעונית שבה נקט ביחס לפסקה הקודמת בכלל ולדברי השופט אלון בפרט.

ברוח הגישה המוצגת כאן ואולי באופן פרדוקסלי משהו, ברצוני להציג את האפשרות לדאות אף את פסק-הדין של שופטי הרוב בפרשית כצentralistisch. שופטי הרוב קבעו אומנם כי אין לבית-הדין הרבני סמכות להוציא כתבי-סירוב בענייני ממונות. יחד עם זאת, את השאלה מהותית יותר, והעקדרונית בהרבה מבחן האופי של מערכת היחסים כולה, הם השאירו בצדיק-יעון. למרות הכוון הבהיר של דעת הרוב, שהוביל לקריאת שלילת סמכותו של בית-הדין הרבני לשבת מלכתחילה כבורר בענייני ממונות, הם בחרו בסופו של דבר לא להכריע ולא לפסק בכך כל. פסק-הדין של השופטים דורנר וזמיר, כמו גם פסקה קודמת בעניין,⁵⁴ מעלים תחיות והסתיגיות רציניות בדבר פעילותם בתוי-

הדברים האלה זילברג מצטט את דבריו בעניין כהן וboslik, המוצטבים בהערה 14 לעיל;

ראו גם את יתר המקורות המובאים שם.

⁵⁰ הלפרין-קרדי, לעיל הערה 1, בע' 732.

⁵¹ ראו רוזן-צבי, לעיל הערה 1, בע' 11 לטיוטה.

⁵² ראו לעיל בהערה 22.

⁵³ כפי שהראיתי במאמרי, השופט ברק מסתמך דוקא על דברים אלה של השופט אלון כראיה לביסוסו את גישת האחדות שהציג בעניין בבל; ראו הלפרין-קרדי, לעיל הערה 1, בע' 732 – 733, 736 – 737; במוחד בהערה 186.

⁵⁴ ראו, למשל, בג"ץ 3023 פלונית, קטינה נ' בית-הדין הרבני האזרחי, רחובות, פ"ד מה(3) 808; בג"ץ 2174 קהתי בית-הדין הרבני הגדל בירושלים, פ"ד נ(2) 214.

הדין הרבניים כבורים בענייני ממונות, ומטיילים ספק רב בlegalitàותם אלה, ובכל זאת אין הם נכנסים לעובי הקורה, ומשאים פעילות זו, בסופו של דבר, על מכונה. יותר מזה, הכרעה פוזיטיבית השוללת את סמכות בית-הדין לדון כבודר כאמור היתה מיותרת את הדין בסמכותו להוציא כתבי-סירוב, ובכך היה מנע העימות בנקודת זו. דעתך היא כי שופטי הרוב נמנעו משלול את סמכות בית-הדין הרבני הממלכתי לדון כבודר בענייני ממונות מתוך הכרה במקורות הקיום העצמאיים של בית-הדין הרבניים, הבלתי-יתלוים בהכרה המדינית.⁵⁵

כשם שבupper, לפני פרשת בבל, נבעה הימנעות המערכת המדינית מהכתיב למערכת הדתית את הדין שעלה להפעיל מתוך תפיסה של פולROLIום משפטי, גם אם באופן לא למזרי מודע וגלי, כך גם בפרשת צץ, הימנעות בית-המשפט הגבוה לצדק משלול את עצם תפקודו של בית-הדין הרבני כבודר נובעת מתוך אותה תפיסה ומעבירה אותו מסר. זהה דינמיקה הפוכה לחולות להתייחסותו של השופט ברק למצבי-דברים דומה בפרשת בבל. השופט ברק נראה לאחר העיגון הפוזיטיביסטי, מעין "עיגון חוקי מפורש" להסדר שהיה קיים בפועל ביחס לשאלתdin שהות הדין שעלה בית-הדין הרבני להחיל, ומ שאין הוא מוצאו, הוא מסיק מכך את קיומו של החסר ומזרדו להשלימו.⁵⁶ שופטי הרוב בפרשת צץ נראים אף הם כתרים אחר עיגון פוזיטיביסטי לנוהג הקיים בפועל לפיו בבית-הדין הרבני פועל אף כבודר בענייני ממונות, אך מ שאין הם מוצאים אותו, הם משלימים למעשה עם פעילות זו.⁵⁷ פרופסור שיפמן עמד כבר על המשמעות העומקה שניתן ליחס להשלמה למעשה עם פעילות זו של בית-הדין הרבני ולא-הגבלתו על-ידי המערכת המדינית- הכללית:

"נראה לי שנכונותן של הרשותות האזרחיות, שלא לפסול את הנוהג לפיו בית-הדין הרבני פועל אף כבודר, היא בעלת משמעות עמוקה יותר מכפי שנראה מבט ראשון. כיצד, תפיסתו של בית-הדין הרבני את עצמו היא, שהוא גוף אוטונומי, היונק את סמכותו, בראש ובראשונה, מן הדין הדתי, וציבור המתדיינים חיב, לפי הדין הדתי, להיזקק בסכוסכיו לבית-הדין הדתי ולא לערכאות חילוניות. דומה, איפוא, שצד הרשותות האזרחיות יש נכונות להתחשב באוטם חוגים דתיים הרואים עצם חיבים להיזקק, אף בדייני ממונות, בבית-הדין הרבני בלבד."⁵⁸

גישתם של השופטים דורנر וומר בפרשת צץ נראה לי כמודגימה במדוק את ההכרה העומקה שעלה דבר פרופסור שיפמן. גישתם היא גישה פולROLיסטייה למעשה, גם אם

55 השוו את הטקסט הסמוך להערה 50 לעיל.

56 ראו הלפרין-יקורי, לעיל הערה 1, בע' 737, הערה 185.

57 יש לציין כי דוקא השופט ברק קדם להם בזוקטו גישה כזו ביחס לשאלת סמכותו של בית-הדין הרבני לדון כבודר, בהאריו סמכות זו בצריך-עיוון בפרשת פלונית, לעיל העירה 54.

58 פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל – כרך ראשון (מהדורה שנייה, תשנ"ה, המxon למחקרים חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר) 39.

באופן לא למגרא מודע וברור וגם אם לא שימוש ברטוריקה המתאימה. זהה גישה המקבלת את הפעולות-למעשה של בית-הדין הרבני ומוכנה להשלים עימה גם מבלי למצוא לה מקור סמכות המעוגן במערכת הנורמטיבית המדינית.

להבנה המסתמנת בין ההשלמה במשמעותם עם פעילות בית-הדין הרבני כבודר לבין הגבלת אפשרותו להוציא כתבי-סירוב במסגרת פעולה זו יש משמעות בלתי-מובטלת בהקשר של פולורליזם משפטי. הבדיקה בין שתי פרקטיקות אלה מבטא את מעשה את הקו המבדיל בין אפשרות בחרה אמיתית לבין היעדרה המוחלט. התוצאות במתכונת של בורות מהוות בדרך כלל ביטוי לבחירתם של הצדדים להתקין בדרך זו, בעוד שכתבי הסירוב מגלים בעצם מהותו את הכפיה והיעדר הבחירה החופשית. מתן חופש בחירה מלא לפרט מהוות יסוד מרכזי באידיאולוגיה הפלורליסטית הטהורה.⁵⁹ בהתאם לכך, חסימת הפרקטיקה האחת והתרת האחרת אין מהוות חוסר עקבות, אלא ניתן לפרש כמידות על הפנתאון האידיאולוגיה הפלורליסטית וניסיון לקדמה ולפעול בהתאם לה.

לכל הדיוון זהה אין כל קיום בעולם של הפרדיגמה התיאורית. הדוגמות שנבחנו זה עתה, העומדות בסיס דיוון זה, הן בלתי-נראות במבט ראשון, וככל איןן ברורים לעומת ביטויי הפלורליזם הניכרים לעין העומדים בסיס הפרדיגמה התיאורית. מהותן הפלורליסטית של דוגמאות אלה אינה נשאת מן הנרטיבי, כי אם מן ההסדר הנורמטיבי. לאור הניתות שהוצע כאן, מסתבר שדווקא מתוך השיח ההוראתי ניתן לחושף ולהגיע לתמונה מורכבת בהרבה ואף עשרה בהרבה מן התמונה המצטירת מתוך השיח התיורי. נראה לי שהניתות שהוצע כאן מוליך אף ליותר מכך. השיח ההוראתי אינו רק עירום ומורכב יותר. נסיבות פרשת כז ואחרות מוכחות שהוא גם מניב תוצאה התואמת יותר את האידיאולוגיה הפלורליסטית. במודל של בורות, שאליו הובילו בסופו של דבר הגישה ההוראתית בפרשנות כז, יש התאמה עקרונית לאידיאולוגיה של הפלורליזם המשפטי יותר מאשר במערכת המשפטית הקיימת בפועל בישראל,⁶⁰ ואף יותר מאשר במקנה הסופית הנובעת מן הגישה התיאורית בפסק-דין של השופט טל ובמאמרו של רוזן-צבי. כזכור, הכוון שגישתם מוליכה אליו הוא אכן האפל של הפלורליזם המשפטי, קרי, אותה התנששות בלתי-נמנעת לתפיסתם בין הפלורליזם ללייבורליזם. למרות נסיבותיהם לטשטש את קיומה, לא ניתן להימנע מן ההכרה שגישתם מוליכה לכך. דעת הרוב בפרשנות כז, על גישתה ההוראתית, העלה למעשה את העימות מעל לפני השטח, והכרעה בו לצד הלייבורליזם. כאמור, זה עימות בלתי-נמנע ואני הרגנתי להסדר המשפטי הקיים בישראל. הוא נוצר כמובן לא בגין הפעלה של גישה זו או אחרת של הפלורליזם המשפטי. הטענה היא שהגישה התיאורית מתעלמת מקייםו והשיח ההוראתי הוא הכרחי כדי להתמודד עימיו. הדרך היחידה למנוע עימות זה באופן כמעט מוחלט היא התקטה של זירת הפעולות הפלורליסטית, של מערכות המשפט המקבילות, למשור הפרטី להלוטין.⁶¹ הזירה הפרטית

59 ראו הלפרין-קדורי, לעיל העירה 1, בע' 744-746.

60 שם, שם.

61 אומנם גם זו יתכו נסיבות קיזוניות שיגלמו את העימות, כפי שדנתי לעיל, בטקסט

היא גם המתאימה יותר לשיח התיורי, כפי שצוין כבר קודם-לכן,⁶² ולמעשה ניתן לראותה כמשלבת באופן אופטימלי בין שתי דרכי השיח של הפלורלים המשפטי. פעילות זוירה פרטית מנגדת כਮוכן להסדר הנוכחי הקיים בישראל בתחום, אך אין הדבר מונע את הצגת הטיעונים לקדמו.

הסוך להערות 33-42. רמז לכך ניתן למצוא בדברי השופט זמיר בעניין צ', לעיל הערת

11, בע' 608, מול האותיות ה-ו.

לעיל, בטקסט הקודם להערה 19.