

במאמרה, מצביעה פרופ' הלפרין-קדרי (להלן – ה"ק) על שני היבטי דיון בפלורליזם משפטי-הוראתי ותיאורי. הראשון מתמקד בהסדר הנורמטיבי של תופעת הפלורליזם המשפטי, ואילו השני מתמקד בתיאור המנגנונים המשפטיים-חברתיים העומדים בצד המנגנונים המדינתיים. לדעת ה"ק, הפרדיגמות משלימות אחת את השנייה ומביעות את שני פניו של הפלורליזם המשפטי. לטענת ה"ק, הגישה ההוראתית מגלה היבטים רבים של המציאות המשפטית, והעימות בין פלורליזם לליברליזם בכללם, הנעלמים מעיני הגישה התיאורית. נוסף לכך, בוחנת ה"ק את קיום הפלורליזם המשפטי בישראל, וטוענת שלשם כך יש לצאת מתוך נק' מוצא של דומיננטיות המדינה, המכירה בעליונות מסוימת של משפט המדינה ביחס לשאר המערכות המשפטיות, מבלי לבטל ממשמעותן. נק' מוצא זו מאפשרת הכרה בקיום פלורליזם משפטי, חרף עליונות המדינה על שאר המערכות המשפטיות.

מהו היחס הרצוי בין מערכת המשפט המדינתית-רשמית, לבין מערכות משפט דתיות המשרתות קבוצות באוכלוסיית המדינה? מצד אחד, מערכת המשפט המדינתית מייצגת את הנורמות הראויות כתפיסת הרוב בקרב האוכלוסייה. מצד שני, מערכות המשפט הדתיות-קבוצתיות מייצגות את הנורמות הראויות בקרב קבוצות אחרות. נורמות אלה, בהיותן דתיות, קשורות הדוקות לזהות חברי הקבוצה, ותפיסתם אותן היא כעומדות 'גבוה מעל גבוה', מעל כל נורמה אחרת, ודורשות מחויבות מוחלטת אליהן, לעיתים אף בכל מחיר. כאשר ישנה סימטריה בין הנורמות השונות, הרי שעקרונית המתח שוכך. עם זאת, כאשר זו אינה בנמצא, הרי שהמתח מתעורר, בשל דרישת המחויבות הכפולה והסותרת של הנורמות השונות. ראשית, דומני כי על המדינה להכיר, במישור העקרוני, במערכות משפט אחרות-דתיות המשרתות את האוכלוסייה. זאת הן בשל שיקולים מהותיים של מתן אפשרות ביטוי לזהות הקבוצה, והן בשל שיקולים תועלתניים של מניעת התקוממות בקרב הקבוצה, בשל הפגיעה בזהותם. שנית, ההכרה העקרונית טומנת בחובה יצירת מתח המתבטא באפשרות הסתירה בין הנורמות השונות, כאמור לעיל. סבורני כי לשם התמודדות עם המתח האמור, ראשית על המדינה-ביהמ"ש לבחון את טיב הנורמה אותה ברצונה לאכוף, ותכליתה. ברי כי אין להשוות בין נורמה אשר תכליתה מניעת רצח, לבין נורמה המייצגת תפיסה פיסקלית או מדיניות תו"ב רצויה. ככל ש'דרג' הנורמה פחות, כך יהא על המדינה להכיר בהכרעות המערכת המשפטית-דתית. עם זאת, יתכנו מקרים קשים יותר, בהם הנורמה המדינתית נמצאת ב'דרג' גבוה. כך, ייווצר מתח בין נורמה חשובה כתפיסת המדינה, לבין נורמה נגדית של המערכת הדתית-קבוצתית, הקשורה בזהות הקבוצה. ברי כי פתרון מוחלט אין בנמצא, לאור ההתנגשות החזיתית בין הנורמות. עם זאת, ניתן לתור אחר אפשרויות עידון של אותו המתח. כך, מאחר שהמתח נוצר בצדו האחד בשל הביטוי התחיקתי לתפיסת הרוב, הרי שניתן לבחון האם הרוב מסכים לקיום מערכת הכרעה שיפוטית ייחודית לקבוצות דתיות באוכלוסייה. כך, יוסברו לרוב הצרכים המיוחדים של הקבוצה ותפיסת עולמה הייחודית, דבר אשר יאפשר לעדן את תפיסת עולמם אשר אינה מתיישבת עם תפיסת עולמה של הקבוצה. כמו"כ, כדי לדרבן את הרוב להסכים, ניתן יהיה, למשל, לאפשר לחברי הרוב לבחור להישפט עפ"י נורמות של קבוצת המיעוט, אם יראו אותה כעדיפה. ברי כי הצעה זו טומנת בחובה קשיים, כגון ההסתברות הנמוכה יחסית שהרוב יסכים לכך; שיפוט של 'איפה ואיפה' בקרב האוכלוסייה, דבר אשר מעורר תחושות אי-שוויון; תרמויות ומצגי-שווא בקרב יחידים אשר ירצו 'ליהנות מכל העולמות', ויציגו עצמם כשייכים לקבוצה מסוימת בהתחשב באינטרס המסוים שלהם. נוסף להצעה זו, ניתן להציע כי תורכב וועדה הכוללת את מנהיגי הדתיים של הקבוצה, אשר יבחנו האם המערכת הדתית מאפשרת במקרים שונים של התנגשות נורמטיבית, את הזחת הנורמה הדתית כך שתחפוץ את הנורמה המדינתית. עם

זאת, אף הצעה זו טומנת בחובה קשיים רבים, כגון חילוקי דעות בין המנהיגים ובין הכפופים להם; אי-מציאת פתרון בכל מקרה של התנגשות ועוד. עם זאת, דומני כי יש בהצעות אלה משום אפשרויות נוספת לסל העידונים האפשריים למתח האמור.

נוסף לכך, במאמרה, טענה ה"ק כי "מתוך בחינת ההסדרים הנורמטיביים המתקיימים בחיי המעשה, עשויים להתגלות ביטויים שונים של פלורליזם משפטי, שבימשקפיים תיאוריים לא היו מתגלים בתור שכאלה. אין ספק שברטוריקה ובנרטיב קל לזהות עמדה פלורליסטית". דומני כי מצד אחד אכן צודקת ה"ק באמירתה כי 'המשקפיים ההוראתיים' יכולים לגלות ביטויים נוספים של פלורליזם משפטי. עם זאת, **דומני כי שימוש במשקפיים אלה דורש משנה זהירות**. במה דברים אמורים? הרטוריקה אכן מגלה ברורות את קיום העמדה הפלורליסטית (תוך הנחת סימטריה בין עמדת האדם לביטוי הלשוני שלו, או חוסר התחשבות בראשון¹). עם זאת, ההסדר הנורמטיבי כשלעצמו עלול לבלבל – אמנם, מצד אחד יכול להימצא כי הסדר מסוים הוא פלורליסטי במהותו, אך עם זאת, האם הוא אכן בהכרח מבטא **עמדה** פלורליסטית? בהנחה כי מוקד החיפוש הוא העמדה הפלורליסטית, ולא עצם הקיום הפלורליסטי ללא תלות בעמדה, הרי שיש לנקוט במשנה זהירות בעת הכרעה כי קיום פלורליסטי מעיד על עמדה כזו, באשר הקשר אינו מוכרח.

לסיכום, מאמרה של ה"ק מבטא את המתח בין קיום מערכת משפטית-מדינתית לבין קיומן של מערכות משפטיות-דתיות אחרות, בקרב קבוצות באוכלוסייה. סבורני כי על המדינה להכיר במערכות האחרות, תוך התמודדות עם המתח המתעורר באמצעות בחינת תכלית הנורמות הסותרות, בחינת הסכמת הרוב לקיום המערכות הנוגדות, ונסיון יצירת חפיפה בין הנורמות השונות. נוסף לכך, סבורני כי עמדת ה"ק באשר לאימוץ 'המשקפיים ההוראתיים' בחיפוש אחר קיומן של עמדות פלורליזם משפטי דורשת נקיטת אמצעי זהירות.

¹ ובאופן רדיקלי יותר- בהנחה שמשמעות הסמל הלשוני של המדבר תואמת את זו של המקבל, כדברי ויטגנשטיין (**חקירות פילוסופיות**).