

חרם תרבותי פנימי כאמצעי לאכיפת נורמות תרבותיות

גרשון גונטובניק*

תופעת הביוש מזיקה עד מאוד לקורבנותיה, ולכן הנטייה הראשונית שלנו היא להסכים לעמדה שיש לאסור עליה מלחמה משפטית. עם זאת, המציאות הנורמטיבית מורכבת יותר, ונושא מאמר זה – החרם התרבותי הפנימי – מהווה דוגמה מובהקת לכך. החרם התרבותי הפנימי מוטל על ידי קהילה תרבותית על מי מחבריה כדי לאכוף את הנורמות המקובלות בה על אלה הסוטים מהן. הוא כולל, בדרך כלל, מרכיבים מובהקים של ביוש, ועלול לגרום למוחרמים נזקים כבדים ביותר. עם זאת, הטענה המרכזית במאמר זה היא שיש לנהוג זהירות רבה בטרם יינקטו סנקציות משפטיות בגין הטלתו, וזאת גם במסגרת חברות הנאמנות לערכי יסוד ליברליים. כאשר קבוצה תרבותית באה לאכוף את הנורמות הפנימיות שלה במסגרת חברות אלה, היא נתקלת במחסומים נורמטיביים ברורים – אמצעי אכיפה אלימים הם מחוץ לתחום, כמובן, ויש להתייחס בעוינות רבה גם לכפייה משפטית של נורמות. על רקע זה, החרם התרבותי הפנימי נותר אחד מאמצעי הלחץ החברתיים המשמעותיים היחידים. נראה כי גם אם אנו – התומכים בסובלנות – מתנגדים לו, מימושו נופל עדיין בגדר האוטונומיה התרבותית המותרת גם בימינו אלה. במסגרת המאמר יוצגו ההצדקות למסקנה זו, ויבחנו גבולותיו הנורמטיביים של החרם התרבותי הפנימי, שחצייה שלהם תצדיק התערבות משפטית.

* שופט בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. מאמר זה מבוסס על הרצאה שניתנה (ביום 2.7.2017) במסגרת הכנס בנושא "ביוש (שיימינג)" שערך כתב העת **משפט ועסקים** בבית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי לפרופ' גיא זיידמן על הזמנתו לשאת דברים בכנס ועל היוזמה לפרסמם כמאמר. כמו כן נתונה תודתי לחברי מערכת כתב העת עליסה קפלן, דרור אדטו-לוי וניצן ענבר-טל על עבודת העריכה המצוינת, וכן לכלל חברי המערכת על הדיון מאיר העיניים במאמר שהתקיים במליאת המערכת ועל הערותיהם. מעבר להפניה למקורות נוספים וחשובים, הערות המערכת העמיקו את טיוטת המאמר ושיפרו אותה.

פתח דבר

- פרק א : החרם התרבותי הפנימי כאמצעי לאכיפת נורמות תרבותיות
- פרק ב : היש לאסור את החרם התרבותי הפנימי מבחינה משפטית?
1. הצגת השאלה
 2. הצדקות לאי־התערבות משפטית בחרם התרבותי הפנימי בשיטות משפט המחויבות לעיקרי יסוד ליברליים ורב־תרבותיים
 3. האם החרם התרבותי הפנימי חוצה קווים אדומים ליברליים רב־תרבותיים?
 4. החרם התרבותי הפנימי – מכשיר מידתי יחסית לאכיפת נורמות תרבותיות
 - (א) שלילת אלימות פיזית כאמצעי לאכיפת נורמות תרבותיות
 - (ב) שלילת הדרה משפטית כופה כאמצעי לאכיפת נורמות תרבותיות
 - (ג) החרם התרבותי הפנימי כמימוש של אוטונומיה תרבותית
 5. מגבלות בנוגע למימוש החרם התרבותי הפנימי
 - (א) נזקים מותרים ונזקים שאינם מותרים
 - (ב) אחריות נזיקית בגין חרם תרבותי פנימי
 - (ג) חרם תרבותי כאמצעי לחץ חברתי, ולא שלטוני
 - (ד) מגבלות דיוניות בנוגע למימוש החרם

סוף דבר

פתח דבר

חרם הוא תופעה חברתית פוגענית. במובנו הבסיסי ביותר הוא כרוך באיסור מגע – מלא או חלקי – של הסביבה עם המוחרם.¹ מטרתם של המחרימים היא לנדות את המוחרם, לבייש אותו ולהטיל בו דופי, שיצדיק את איסור המגע עימו. החרם כרוך בהשפלה. זוהי פעולה שמכוונת להסב נזקים. בבסיסה מונח רצון לגרום למוחרם מצוקה נפשית, חברתית וכלכלית. מכאן ברור שקיים קשר הדוק ביותר בין חרם לבין ביוש,² ועל כן ראוי לעסוק גם בחרם באסופת מאמרים זו, הבוחנת את תופעת הביוש על נגזרותיה השונות.

1 ראו הרחבה של הדיון המושגי להלן בפרק ב.

2 בית המשפט העליון הגדיר את הביוש בע"פ 6255/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 168, 183 (2004). השופט חשין פסק כי "המושגים 'ביוש' ו'בזוי' קרובים־משפחה הם, ובהקשרים מסוימים אף זהים הם בהורגתם, למשל מילון ספיר (א' אבניאון עורך, 1997) מגדיר 'ביוש' כ'בזוי', הכלמה, גרימת בושה וכלימה, גידופים, חירופים ונאצות", ואילו אבן־שושן (מ' אור עורך, 2003) מגדיר 'ביוש' כ'הכלמה, בזוי, גרימת חרפה'. אשר ל'בזוי', מילון ספיר מגדירו כ'זלזול, פגיעה בכבוד, הכלמה, גינוי, יחס של ביטול', ואבן־שושן מגדירו כ'זלזול, גנוי, יחס של בטול ובוז'. הנהגת־כ"כ, ביוש היא לעתים ביוזי ולעתים אחרות לא יהא ביוזי, והמשמעות תלויה־הקשר היא". היות שגם

מישורי תחולתו של החרם יכולים להיות שונים ומגוונים: הוא יכול להיות ממומש ברמות אינטימיות – במעגלי החיים הקרובים ביותר (חוגי המשפחה והחברים) ובמעגלים רחבים יותר (הקהילה והסביבה החברתית הקרובה); והוא יכול אף להתרומם לגבהים מבחינת תחולתו, אל המישור המדיני והבין-לאומי, ולבוא לידי ביטוי, בין היתר, בחרם על עמים ומדינות. במאמר זה ארכז את המבט בסוג מסוים, ממוקד וחשוב, של חרם – חרם שקהילה תרבותית מטילה על מי מחבריה כדי לאכוף את הנורמות המקובלות בה על אלה הסוטים מהן.

השאלה שאשאל היא אם המשפט צריך להתערב בחרם כזה ולאסור אותו. לכאורה מתבקשת תשובה חיובית. הנזקים הכרוכים בחרם עלולים להיות כבדים, והביוש עלול להיות מכוער. נטיית הלב הברורה היא לעזור לנפגעים ולניזוקים, ולכן, לכאורה, על שיטת המשפט להתערב ולפעול למניעת הנזקים מראש או להענקת פיצוי עליהם בדיעבד. אך במבט נוסף השאלה קשה יותר למענה. תשובתי היא שבמקרים רבים, למרות נזקיו של חרם זה, אין לאסור אותו מבחינה משפטית, ובלבד שלא יסטה מקווים אדומים מסוימים. חשוב לזכור ולהבין כי חרם כזה הוא אחד האמצעים החשובים העומדים לרשות קבוצות תרבותיות לנסות לאכוף את נורמות ההתנהלות שלהן על חבריהן, וכי הוא פוגעני פחות בהשוואה לאמצעים אחרים, כגון אלימות, שצריכה לעולם להימצא מחוץ לתחום, וכן הדרה משפטית, העלולה לפגוע יתר על המידה באפשרות לשינוי תרבותי. על רקע זה, ולנוכח הקשר ההדוק שבין חרם לבין ביוש, ניתן לראות כי תופעת הביוש היא מורכבת למדי, ולא תמיד ראוי לאסור אותה מבחינה משפטית. מציאת שביל הזהב, ככל שהדברים נוגעים בחרם התרבותי הפנימי, הינה מלאכה מאתגרת, ומאמר זה יעסוק בה.

בחלקו הראשון של המאמר אציג את מושג החרם התרבותי הפנימי ואת חשיבותו ככלי לאכיפת נורמות תרבותיות, בעיקר בכל הנוגע בנורמות דתיות. לצד הדיון המושגי, אעמוד בקצרה גם על מאפייניו ההיסטוריים. לאורך הדורות נעשה בחרם שימוש נרחב, אך קמו לו גם מתנגדים בולטים וחרפים, שאחד הידועים מביניהם היה הפילוסוף היהודי משה מנדלסון, איש הנאורות וההשכלה, שגישתו לנושא תוצג. לאחר מכן אחדד את השאלה שתעמוד לבחינה, והיא אם יש לשלול מבחינה משפטית את האפשרות של קהילות תרבותיות להחרים חברים בהן כדי לאכוף נורמות תרבותיות. על הפרק עומד הצורך של קהילות, בדרך כלל דתיות, לנקוט צעדים לנוכח פעילותם של גורמים "סוררים" בתוכן, שאינם מוכנים להתיישר ולהתנהג בהתאם לאמות המידה המקובלות. לרוב מדובר בקהילות שאינן מקדשות את ערך הפלורליזם, אלא מאמינות בקוד התנהגות שעל חברי הקהילה למלא אחריו ובאדיקות. האם הן יכולות לנקוט חרם תרבותי פנימי כדי לאכוף את הציות על אותם גורמים, גם אם הוא כולל מרכיבים בולטים של ביוש והוקעה? שאלה זו נוגעת בסוגיה מורכבת, והיא גבולות המימוש התרבותי בחברות המודרניות של ימינו, המחויבות לערכים ליברליים ורב-תרבותיים. האוטונומיה

החרם כרוך במניע של הכלמה, גינוי וביזוי, ניתן לראותו כאחת הנגזרות החשובות של תופעת הביוש.

התרבותית ראויה להתחשבות, במיוחד כאשר מדובר בקבוצות מיעוט המבקשות לאכוף נורמות באמצעות החרם, אך אין להתעלם מהצורך להגן גם על המיעוט בתוך המיעוט, ולהסדיר את מערכת היחסים הנאותה שבינו לבין הרוב בקהילתו. אטען כי אי-אפשר לגבש עמדה באשר לשאלת ההתערבות המשפטית בחרם התרבותי הפנימי ללא הרחבת המבט. יש לראות אילו אמצעים עומדים לרשות קבוצות תרבותיות הפועלות בחברה המערבית ומעוניינות לאכוף נורמות חברתיות. סוגיה זו תיבחן בחלקן השני של המאמר, שבו ימוקם החרם התרבותי הפנימי לצד אמצעים אחרים לאכיפת נורמות. כאמור, אמצעים אלימים לכפיית נורמות מצויים מחוץ לתחום המותר הנורמטיבי. אמצעי נוסף הוא אמצעי של כפייה משפטית, המאפשר לסלק חברי קבוצה שאינם מתיישרים בהתאם להוראות הנהגתה מאזור מגוריה. אטען כי גם אמצעי זה צריך ככלל להימצא מחוץ לארגז הכלים הנורמטיבי העומד לרשות הקבוצות התרבותיות, וזאת אף אם חברי הקבוצה חתמו על התחייבויות משפטיות לעזוב את מקום המגורים אם יתבקשו לעשות כן. על רקע זה, החרם התרבותי הפנימי נותר אחד האמצעים החשובים היחידים לאכיפת נורמות תרבותיות, ויש לאפשר לקבוצות התרבותיות את השימוש בו. אבחן דוגמאות פסיקטיות מהודו ומדרום אפריקה שהכירו בהגנה שיש ליתן לו במסגרת מימוש האוטונומיה התרבותית של קבוצות המבקשות לעשות בו שימוש. בחלקו האחרון של המאמר אבחן את המגבלות שיש להטיל על מימוש החרם החברתי, שחצייתן תהפוך אותו לפסול מבחינה משפטית.

א. החרם התרבותי הפנימי כאמצעי לאכיפת נורמות תרבותיות

למילה חָרָם יש כמה מובנים. בתקופת המקרא מובנו של החרם היה ייחוד דבר לכיליון או "הקדשה לגבוה"³. המובן הראשון עסק בדין מוות או השמדה, ואילו השני נגע בהקדשת אדם או נכס לאלוהים.⁴ בימי בית שני קיבל מושג החרם את המשמעות המוכרת לנו כיום של הרחקה מקהל. לענייננו רלוונטית הגדרת החרם כנידוי, כהודעה ש"אסור לבוא במגע ובמשא עם פלוני"⁵. החרם יכול לשמש יחידים, והוא יכול לשמש קבוצות. הוא יכול לחול בשדות חברתיים שונים. כך, בעת האחרונה אנו עדים לגילויים נפוצים יותר של חרם צרכנים, שנועד להוביל לשינוי התנהלויות עסקיות הנתפסות כפסולות. ציבור הצרכנים המשתתף בחרם אינו רוכש את מוצרי החברה המוחרמת, ואינו פוקד את חנויותיה וסניפיה. גם זה סוג של נידוי או איסור לבוא במגע. הוא יכול להוביל לתוצאות חיוביות, כגון עידוד הקשבה של גורמים עסקיים לרחשי הציבור והפיכת

3 גדעון לייבוזון "על מה מנדין (עילות הנידוי בארץ ישראל ובכבל בתקופת המשנה והתלמוד)" שנתון המשפט העברי ב 292, 293 (התשל"ה) (להלן: לייבוזון "על מה מנדין").

4 חיים כהן "עונשי כופרים ואפיקורסים" דת ודין 492, 555 (דניאל פרידמן עורך, 2009).

5 ראו את הגדרת המילה "חָרָם" (תחת "חרם") במלון אבן-שושן החדש כרך שני (ה-ג) 611 (2003).

השווקים להוגנים ולמתחשבים יותר.⁶ חרם זה הוא כלי מחאה נגד יחסם של תאגידים לצרכנים, לקהילות, למיעוטים, לחיות ולסביבה. חרם כזה הוא "כלי מחאה דמוקרטי במשחק השוק הכלכלי, החברתי והפוליטי".⁷ חרם יכול לשמש גם בזירה הלאומית והבין-לאומית, שבה קבוצות שונות קוראות להחרים מדינות או חברות בגין התנהלות שהן תופסות כפסולה.⁸ חרם יכול לשמש גם מדינות, ויש הטוענים כי הוא אחד מאמצעי האכיפה החשובים של הנורמות הבין-לאומיות, במובן זה שמדינה המפרה אותן באופן גס תמצא את עצמה מוחרמת בין חברותיה בקהילת האומות.⁹

במאמר זה אתמקד באחד מסוגי החרם – זה המשמש קבוצות תרבותיות, בעיקר קבוצות דתיות, בנסיוןן לאכוף נורמות תרבותיות. גם כאן אפשר למצוא מגוון דוגמאות לשימוש בחרם. טלו, למשל, את החרם שנוקטות קבוצות חרדיות נגד חברות המפרות נורמות דתיות, כגון חברות תעופה או רשתות חנויות הפתוחות בשבת.¹⁰ כאן מטרת החרם היא לאלץ גופים שחיצוניים לקבוצה להתיישר לפי דרישותיה. גם במרכיב זה לא אעסוק. מטרתה היא לבחון חרם המופעל נגד מי שנחשבים חברי הקבוצה – חרם המכוון פנימה, ולא החוצה. אגדיר חרם זה כ"חרם פנימי". מטרתו למנוע את חברי הקבוצה מלסטות מדרך הישר הנורמטיבית, כפי שגורמים דומיננטיים בקבוצה מבינים אותה. חרם פנימי יכול לבוא לידי ביטוי לא רק ביחס למי שנתפסים כחברי הקבוצה שסטו מדרכיה, אלא גם נגד מי שיצאו ממנה לחלוטין ונתפסים כמי שזנחו לחלוטין את דרכיה. גם כאן מדובר בחרם פנימי, שמטרתו אינה בהכרח לשכנע את המוחרמים לחזור ולהצטרף לקהילה, אלא למנוע את המגע שלהם עם בני הקבוצה, מחשש להשפעתם הרעה. נוסף על כך, הוא בא להראות לחברי הקבוצה הנותרים מה יהיה דינו של מי שיסטה מאורחותיה. חרם פנימי תרבותי משקף את אחד המובנים הבסיסיים של החרם, כפי שבאו לידי ביטוי עוד בהגדרה של אליעזר בן-יהודה במילונו החלוצי. בן-יהודה התמקד בחרם מטעמי דת, ובלשונו חרם הוא תוצאה של "רשות דתית שמטלת חובה על אדם ומבדלת ומפרשת מתוך העדה את אחד מיחידיה בכח הדת ובאלות וקללות וכדומה, וגוזרת שאיש מהעדה לא יהיה בשום מגע ומשא".¹¹ הגדרה זו משקפת את העובדה שבמקרים רבים החרם מופעל על ידי מוסדות הקהילה הדתית, וכן את מרכיב הביוש שבו. ההגדרה מלמדת אותנו כי המוחרם נידון לקללות, במקרה הטוב, ולא לאלות, במקרה הפחות טוב.

- 6 יניב מנו "חרם צרכנים: כלי הנשק האתי של הצרכנים" המשפט טו 729, 730 (2010).
- 7 שם, בעמ' 747.
- 8 חרם מסוג זה הוביל את מדינת ישראל לחקיקת החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, ששאלת חוקתיותו נדונה בבג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.4.2015).
- 9 ראו את הניתוח אצל Oona Hathaway & Scott J. Shapiro, *Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law*, 121 YALE L.J. 252, 302 (2011).
- 10 מנו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 761, ה"ש 104.
- 11 אליעזר בן-יהודה *מלון הלשון העברית הישנה והחדשה* כרך רביעי 1767 (1980).

שורשיה של תופעת החרם מגיעים אל העולם הקדום,¹² ויש לו מקום נכבד גם בדברי ימייה של היהדות. ההתפתחות ההיסטורית של מושג החרם בקהילות היהודיות בימי המשנה והתלמוד נותנת ביטוי לחרם התרבותי הפנימי, ששימש אמצעי כפייה ומשמעת.¹³ אחד מגילוייו הבולטים היה הנידוי החברתי. הרמב"ם סָפַר ומצא כי על עשרים וארבעה דברים מנדים אדם,¹⁴ וכפי שניתן להתרשם, מגוון הסיבות לנידוי הוא רחב יריעה. בתקופת התנאים¹⁵ שימש אמצעי הנידוי בסיס חשוב לאכיפת מרותם של החכמים על הציבור ולהשלטת דעת הרוב באשר להוראות ההלכה. כלומר, המטרה המרכזית של הנידוי הייתה "הבטחת סמכות ההנהגה הדתית ואחדות ההלכה",¹⁶ שהיו כמובן תכליות חשובות ביותר בשנים שלאחר חורבן בית שני. עם זאת, בתקופת התנאים היה דַי לרוב באיום בנידוי להשגת המטרה, ולא היה צריך לממשו בפועל.¹⁷ לייבזון מסביר כי בעוד שבימי המשנה היו מקרים של נידוי או איום בנידוי שהופנו אפילו כלפי חכמי ארץ ישראל, בתקופת האמוראים¹⁸ כבר לא הוטל כמעט חרם על אלה, והוא שימש בארץ אמצעי אכיפה נגד הציבור הרחב להבטחת התנהלות ראויה,¹⁹ לנוכח פגיעה במוסר ובתקנות חכמים.²⁰ לעומת זאת, בקהילות היהודיות בכבל נעשה בו שימוש רחב

12 להרחבה ראו את סקירתו של השופט מלצר בעניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 8, פס' 21 לפסק דינו.

13 לייבזון "על מה מנדין", לעיל ה"ש 3, בעמ' 293.

14 שם, בעמ' 294, ה"ש 7: "א. המבזה את החכם ואפילו לאחר מותו. ב. המבזה שליח בית דין. ג. הקורא לחברו עבד. ד. מי ששלחו לו בית דין וקבעו לו זמן ולא בא. ה. המזלזל בדבר אחד מדבר סופרים ואין צריך לומר בדברי תורה. ו. מי שלא קיבל עליו את הדין... ז. מי שיש ברשותו דבר המזיק כגון: כלב רע, או סולם רצוע... ח. המוכר קרקע שלו לעובד כוכבים... ט. המעיד על ישראל בערכאות של עובדי כוכבים והוציא ממנו בעדותו ממון שלא כדין ישראל... י. טבח כהן שאינו מפריש המתנות ונותן לכהן אחר... יא. המחלל יו"ט [יום טוב] שני של גלויות אף על פי שהוא מנהג. יב. העושה מלאכה בערב פסח אחר חצות. יג. המזכיר שם שמים לבטלה או לשבועה בדברי הבאי. יד. המביא את הרבים לידי חילול ה'. טו. המביא את הרבים לידי אכילת קודשים בחוץ. טז. המחשב שנים וקובע חדשים בחוצה לארץ. יז. המכשיל את העוור. יח. המעכב הרבים מלעשות מצוה. יט. טבח שיצאה טרפה מתחת ידו. כ. טבח שלא בדק סכיניו לפני חכם. כא. המקשה עצמו לדעת. כב. מי שגירש את אשתו ועשה בינו ובינה שותפות או מו"מ המביאין להן להזדקק זה לזה כשיבואו לבי"ד. כג. חכם ששמועתו רעה. כד. המנדה מי שאינו חייב נידוי." לייבזון מטיל ספק אם עשרים וארבע העילות הללו הן אכן ממצות, ומעלה את האפשרות שמספר זה נבחר רק מכיוון שהוא מספר "עגול" שהיה שגור בפי בני ארץ ישראל, ואין לראות בו מספר מדויק של עילות הנידוי הלכה למעשה כפי שהיו בזמנים הרלוונטיים. שם, בעמ' 296.

15 חכמי המשנה.

16 לייבזון "על מה מנדין", לעיל ה"ש 3, בעמ' 298.

17 גרעון ליבזון "נידוי ומנודה בעיני התנאים והאמוראים" **שנתון המשפט העברי** ו-1, 177, 178 (התשל"ט-התש"ם) (להלן: ליבזון "נידוי ומנודה").

18 חכמי הגמרא.

19 לייבזון "על מה מנדין", לעיל ה"ש 3, בעמ' 314.

20 שם, בעמ' 319.

יותר, והוא שימש גם אמצעי ענישה נגד עוברי עברה דתית.²¹ לא תמיד ששו המנדים לקיים את הנידוי, אלא ראו בו אמצעי שאין מנוס מלנקוט אותו. כך, ידועה קריאתו של רבן גמליאל, אשר בנדודתו את רבי אליעזר "עמד על רגליו ואמר: רבנו של עולם גלוי וידוע לפניך שלא לכבודי עשיתי ולא לכבוד בית אבא עשיתי אלא לכבודך שלא ירבו מחלוקות בישראל".²²

אלה שהוטלו עליהם נידוי וחרם סבלו מכך קשות. הציבור היה מתרחק מהמנודה, והמנודה עצמו נהג מנהגי אבלות.²³ בבבל נהגו לשמור על מרחק של ד' אמות מהמנודה, אך לא נראה שאיסור זה נהג בישראל.²⁴ מרכיב הביוש בנידוי בא לידי ביטוי בהצבת סימני היכר על גופו ולבושו של המנודה.²⁵ עם זאת, נזהרו לבל ימוטט הנידוי את המנודה באופן חסר תקנה, ולכן התירו לבוא עימו במגע מסחרי, כדי לאפשר לו להתקיים בתקופת הנידוי.²⁶ בכך אנו רואים ביטוי לתפיסה שהמנודה הוא עדיין חלק מהקהילה, ויש לה אחריות כלפיו גם אגב הפעלת סוג זה של סנקציה. אכן, מטרתו של הנידוי היא להחזיר את המנודה אל דרך הישר, ובסופו של דבר להתזירו לקהילה. הנידוי נחשב מעין שלב ראשון או התראה מוקדמת לפני הטלת החרם,²⁷ שנחשב אמצעי חריף במיוחד. אמצעי הנידוי לא היה שמור רק לרשות הרבנים; כל אדם היה רשאי לנדודת. כפי שציין חיים כהן, משך הנידוי היה לשלושים ימים, ואם הוא לא הועיל, הוא הוארך לשישים ימים, ובאין מנוס הוטל חרם. אולם אם דובר בעברה חמורה, שהיה ברור כי עוברת לא יחזור ממנה, הוטל החרם מייד ללא נידוי תחילה.²⁸ החרם היה מוכרז בבית הכנסת, וההכרזה כללה קללות ארסיות ונבזיות – הטקס שיקף "חוסר כל מעצורים בהשמצות ובעלבונות".²⁹ החרם כלל איסור מוחלט לבוא במגע עם המוחרם – בוודאי לא באופן פיזי, אך גם לא באמצעות עיון בכתביו של המוחרם, אם היו כאלה. לא אחת התרחב החרם גם למשפחתו של המוחרם. את בניו נאסר למול או לקבלם לבתי הספר.³⁰ היה אפשר לצפות כי לנוכח תוצאותיו החמורות יוטל החרם במשורה, אך לא כך:

21 שם, בעמ' 332.

22 בבלי, בבא מציעא נט, ע"ב. על פי המסופר בתלמוד, רבן גמליאל סבר כי נחשול עצום מאיים להטביע את ספינתו משום שהטיל נידוי על רבי אליעזר, ואחרי קריאה גדולה זו נח הים מזעפו.

23 ליבוזן "נידוי ומנודה", לעיל ה"ש 17, בעמ' 184.

24 שם, בעמ' 189.

25 שם, בעמ' 193.

26 שם, בעמ' 192.

27 כהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 557.

28 שם.

29 שם, בעמ' 562.

30 שם.

"במאתיים השנים האחרונות, ובמיוחד בדורנו שלנו, החרמות והנידויים נעשו לכלי משחית אשר בו נגחו רבנים מזרמים או אסכולות שונים זה את זה, וכולם את הכופרים והאפיקורסים, הציונים והמתקנים – ועוד ידם נטויה."³¹

שימוש זה באמצעי הנידוי והחרם לא היה נחלת היהדות לבדה. כפי שציין חיים כהן, שלוש הדתות המונותאיסטיות לא היו מוכנות כל כך לשאת כופרים בתוכן, וזאת כנגזרת ישירה מהאמונה באל אחד.³² כך, נוצרי שהמיר את דתו (apostate) נחשב כמטיל עלבון בכל המאמינים, כלומר, בכל האנשים הסבירים והמתורבתים;³³ ומוסלמי נחשב כמי שהמיר את דתו אם הוא הכחיש את קיומם של האלוהים או של נביאו או אם הוא דחה את הקוראן או חלק ממנו.³⁴ במקומות שבהם עמד לרשות הדת הממוסדת כוח פוליטי אנו מוצאים הוצאות להורג של כופרים במגוון מסמר שיער של מיתות שונות ומשונות. לצד זאת התפתח בעולם הנוצרי גם החרם, שהטלתו דנה את קורבנותיו ל"מוות אזרחי". בבסיסו של החרם עמדה קללה, והוא כלל את גירושו של המוחרם מקהל המאמינים.³⁵ בסופו של יום, בין כתוצאה משימוש לרעה בחרם ובין בגין אי-יעילותו, בוטל אמצעי הגירוש מן הכנסייה במשפט הקנוני המודרני.³⁶ עם זאת, במקום אותו גירוש נותר הנידוי, שיש לו שתי דרגות: נידוי גמור, האוסר כל מגע ושיג ושיח עם המנודה; ונידוי סביל, שמאפשר מגע עימו אך באופן מופחת.³⁷ יישומו של החרם היה הדרגתי: תחילה ניסו לשכנע את הסוטה מדרך הישר, ואם כלו כל הקיצים, היה אפשר להטיל עליו

31 שם. כך, החרם נועד לכבד את השורות בחלק מהקהילות החרדיות לנוכח פעילותה ההולכת וגוברת של התנועה הציונית בראשית המאה העשרים. בשנת 1902 שלחו נציגים חרדים מכתב לשלטונות ברוסיה בניסיון להשיג אוטונומיה חינוכית חרדית. כפי שהראה יוסף שלמון, על המסמך חתמו אישים מרכזיים, ביניהם הרב אליהו חיים מיזל מלודז', הרב חיים סולובייצ'יק מבריסק והרב שליפור מסלונים. "הרעיון היה לסגור את בתי הספר היהודיים בפני יהודים שאינם שומרי מצוות ולמנוע חדירת לימודים כלליים לתכנית הלימודים. הפיקוח הופקד בידיה של 'אגודת הרבנים', ארגון רבנים שהיה אמור להטיל סנקציות מורליות (חרם וקללות) על יהודים שאינם שומרי מצוות." יוסף שלמון "אליהו עקיבא רבינוביץ: דובריה של האורתודוקסיה היהודית ברוסיה הצארית" **על דעת הקהל: דת ופוליטיקה בהגות היהודית** כרך שני 721, 738 (בנימין בראון, מנחם לורברבוים, אבינועם רוזנק וידידיה צ' שטרן עורכים, 2012). יוזמה זו לא הייתה מציאותית, אך היא ממחישה כי גם בזמנים המודרניים יותר אמצעי החרם נתפס בקרב קהילות מסוימות כאמצעי מובהק שבה לאכוף ציות לנורמות תרבותיות.

32 כהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 492–493.

33 שם, בעמ' 503.

34 שם, בעמ' 510.

35 שם, בעמ' 545.

36 שם, בעמ' 547.

37 שם.

חרם.³⁸ מכל מקום, הערכתו המסכמת של חיים כהן היא ש"עם ריבוי החרמות והנידויים אבד ערכם; איש אינו מתרשם ומתיירא מהם עוד".³⁹

בחלק זה התמקדתי בחרם התרבותי הפנימי מחמת זהות תרבותית דתית, שהוא חרם נפוץ מאוד גם בימינו אלה, ובעל מאפיינים מוסדיים מיוחדים. בדרך כלל נלווים אליו הליכים המתנהלים לפני מוסדות פנימיים של הקהילה הדתית, והוא כולל טקסים דתיים פומביים. עם זאת, אין כמובן הכרח שחרם כזה יונע ממניעים דתיים בלבד. כך, למשל, חרם נפוץ מסוג אחר הוא החרמת בני זוג מעדות שונות או מלאומים שונים שבחרו להינשא או לקיים מערכת יחסים אינטימית.⁴⁰ גם אז ניתן למצוא מקרים שבהם התעקשות לנהל מערכת יחסים זו תוביל להחרמתם על ידי בני משפחותיהם. כאן מדובר בחרם אינטימי יותר, המתנהל בדרך כלל ללא טקסים מוסדיים. כדוגמה אחרת ניתן להביא קריאות בקרב קהילת האפרו-אמריקנים בארצות הברית לשימוש באמצעי החרם כדי להילחם באלה הפוגעים בה.⁴¹ קריאה לחרם כזה מכוונת כמובן כלפי חוץ, אך יכולות להיות לה גם נגזרות פנימיות. כך, ניתן לקרוא להחרמת בני קהילה הפוגעים באינטרסים שלה וכיוצא בזה. המשותף לכל הדוגמאות של החרם התרבותי הפנימי הוא המטרה – לאכוף נורמות תרבותיות על חברי הקהילות התרבותיות.

ב. היש לאסור את החרם התרבותי הפנימי מבחינה משפטית?

1. הצגת השאלה

החרם התרבותי הפנימי הוא תופעה עתיקת יומין. השימוש בו במציאות המודרנית הצטמצם במידה משמעותית, אך הוא בא עדיין לידי ביטוי מעשי, בעיקר בקרב קהילות דתיות אדוקות ובקהילות תרבותיות סגורות שמבקשות לבדל את עצמן מסביבתן החיצונית ואשר אינן נאמנות לערכי היסוד של החוקתיות המערבית. קבוצות אלה

38 ראו את האמור בברית החדשה, מתי יח 15–17: "אם יחטא לך אחיך, לך והוכח אותו בינך וביני לבד. אם ישמע לך, קנית לך את אחיך. ואם לא ישמע, קח אתך עוד אחד או שנים, כדי שעל-פי שנים או שלושה עדים יקום כל דבר. אם לא ישמע להם, הגד לקהילה; ואם לא ישמע גם לקהילה, שיהיה לך כגוי וכמוכס." להתפתחות השימוש בחרם בנצרות מהעת הקדומה ועד לימינו ראו Carl H. Esbeck, *Tort Claims Against Churches and Ecclesiastical Officers: The First Amendment Considerations*, 89 W. VA. L. REV. 1, 40–76 (1986).

39 כהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 563.

40 Jacob T. Levy, *Classifying Cultural Rights*, in ETHNICITY AND GROUP RIGHTS 22, 41 (Ian Shapiro & Will Kymlicka eds., 1997).

41 ראו, למשל, אצל Randall Kennedy, *Response to Sanford Levinson: Who Counts?— The Politics of Racial Membership and Excommunication*, 58 ST. LOUIS U. L.J. 989, 997 (2014).

מעוניינות לכפות באמצעות החרם את הנורמות הרווחות בהן, ואינן רואות בכך קושי משום שהן אינן מחויבות לערך היסוד של האוטונומיה של הרצון הפרטי. על רקע זה עולה השאלה כיצד יש להתמודד בימינו אלה, במישור המשפטי, עם החרם התרבותי הפנימי – האם יש להילחם בו מבחינה משפטית? בדילמה זו אתמקד במאמר הנוכחי.

החרם הפנימי מטרתו לבייש ולהקיע. הוא בא להפעיל לחץ על המוחרם כדי שישנה את דרכיו או יעזוב את הקהילה. מטרתו גם להראות ליתר חברי הקהילה כי הפרת הנורמות הרווחות כרוכה במחיר. אכן, החרם יכול לגרום נזקים כבדים וקשים למוחרמים – להם ולבני משפחותיהם. אולם החרם מקרין גם על המחרימים, שכן הוא יכול להצביע על כך שהם אינם מגלים סובלנות לשונה מהם, ואינם מחויבים לערכי יסוד של פלורליזם וחופש המחשבה והמצפון.

אחד המתנגדים הבולטים לחרם שמטרתו לאכוף נורמות דתיות היה משה מנדלסון, הוגה הדעות היהודי, אחד מבנייה הגדולים של תקופת ההשכלה והנאורות באירופה. בחיבורו הידוע **ירושלים** מצוי ניתוח עוין של תופעת החרם הדתי (excommunication).⁴² ניתוח זה יש להבין על רקע הקשרו. מנדלסון יצא מגדרו בניסיון ליישב את היהדות עם עיקרי היסוד של ההשכלה. התנגדותו הנחרצת ללגיטימיות של החרם נבעה אם כן לא רק מפגיעתו במוחרמים, אלא גם מן העובדה שהוא משקף חוסר סובלנות. לשיטתו, כוחה של הדת להוביל את המאמין מושתת על שכנוע ותבונה, על הכרה פנימית בכוחו של האל ומחויבות לאמת.⁴³ כל אלה צריכים לבוא מבפנים, ולא באמצעות כפייה. החרם מענה דווקא את נשמתו של זה אשר אוהז ברגשות דתיים ומתלבט בעניינים שבאמונה. בקריאה נרגשת לקוראיו כתב מנדלסון:

"Think of all the unfortunate ones who from time immemorial were supposed to have been improved by excommunication and damnation. Reader! To whatever visible church, synagogue, or mosque you may belong! See if you do not find more true religion among the host of the excommunicated than among the far greater host of those who excommunicated them."⁴⁴

מנדלסון ציין כי לא רק שהחרם גורר אחריו סבל, אלא שעולו נופל דווקא על אלה שמאמינים כי עליהם להקריב את עצמם לטובת האמת האלוהית. דווקא הלא-מאמין לא יבקש לאתגר את הרוב ולחשוף את עצמו לנזקיו של החרם.⁴⁵ מכאן שהחרם פוגע בגילוי

42 MOSES MENDELSSOHN, JERUSALEM: OR ON RELIGIOUS POWER AND JUDAISM (Allan Arkush trans., Univ. Press of New England 1983) (1783).

43 שם, בעמ' 73.

44 שם.

45 באותה תקופה האפשרות של אתיאזם לא הייתה נפוצה ולא נחשבה ראויה. בעקבות מהפכת ההשכלה החל עידן החילוניות, כפי שכינה אותו טיילור, ובו התאפשר לראשונה לחיות חיים שלמים ללא ניהול אורח חיים דתי. CHARLES TAYLOR, A SECULAR AGE (2007). לכן נזקי החרם היו כבדים במיוחד, שכן מסגרת החיים הדתית הייתה הנפוצה ביותר.

האמת האלוהית. בהמשך מנדלסון מציב לעצמו את השאלה הבאה: יש הטוענים כי לכל חברה עומדת הזכות להחרים; מדוע אם כן שזכות זו לא תהיה נתונה גם לחברה הדתית? תשובתו היא שבדיוק בעניין זה החברה הדתית אמורה להיות היוצא מהכלל. חברה אינה יכולה לנקוט צעד המנוגד באופן חזיתי למטרתה המרכזית. החרמת אדם מטעמים דתיים כמוה כמניעת חולה מלגשת לבית המרקחת.⁴⁶ מטרת הדת היא הבהרה (edification). המגע עם המאמינים האחרים הוא שיוביל את ההיגיון ואת הרגש של המאמין אל האמת הדתית.⁴⁷ מנדלסון התנגד למתן כוח כפייה למוסדות דתיים בעניינים דתיים. לשיטתו, אין לתת כוח כזה לא למוסדות דתיים וגם לא למדינה. המוסדות הדתיים צריכים לקבל את הכוח ללמד ולשכנע, אך לא לכפות אמונה.⁴⁸ צו השעה הוא הסובלנות. דבריו אלה של מנדלסון לא היו בבחינת עיון תיאורטי, אלא הושפעו מוויכוחים פנימיים בקהילה היהודית באירופה, שכללו גם איומים בנידוי וחרם.⁴⁹ כאמור, מנדלסון חשש לא רק מפגיעה במוחרמים, אלא גם מפגיעה קשה בתדמיתה של היהדות בחברה האירופית הכללית, וזאת דווקא בתקופה שבה התעצמה התקווה להשיג שוויון זכויות אזרחי ליהודים שם. הוא חשש שהיהדות תיתפס כדת לא סובלנית על ידי החברה הגרמנית שבה חי, וככזו שעומדת בסתירה חזיתית לערכי ההשכלה והנאורות. אנו רואים אפוא כי החרם יכול להזיק לא רק למוחרמים, אלא גם לתפיסתה של הקהילה המחרמה עצמה בעיני אחרים.

ניתוחו של מנדלסון בחן את הנורמטיביות הכללית של תופעת החרם התרבותי הפנימי הדתי. הוא שלל אותה מכל הבחינות, ובכלל זה גם מהבחינה המוסרית. אדם משכיל, לשיטתו, המחויב לערכי סובלנות והשכלה, לא יוכל לתת יד לאמצעי כזה. כך האדם וכך גם הקהילה. אולם הסוגיה שבה אני מתמקד במאמר זה היא שונה. איני בוחן את מוסריותו של החרם, אלא את השאלה אם על שיטת המשפט לנקוט צעדים נגדו. אדם יכול לסבור כי החרם אינו ראוי ואינו ניתן להצדקה מוסרית, ובכל זאת להתנגד לסיווגו

46 MENDELSSOHN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 74.

47 שם.

48 שם, בעמ' 77.

49 לתיאור הרקע האמור ראו שמואל פיינר **משה מנדלסון** 122 (2006). בשנת 1782 פרסם המשכיל היהודי נפתלי הרץ וייזל מכתב גלוי שנשא את הכותרת "דברי שלום ואמת", ובו קרא לעריכת שינויים בחינוך היהודי כדי שיהיה אפשר להגדיל את הסיכוי להגיע לשוויון זכויות לנוכח עמדתו של הקיסר האוסטרי יוזף השני. וייזל קרא לשלב לימוד תורני עם העמקה במקצועות כלליים – שילוב של תורת ה' ותורת האדם. על היהודי להיות לא רק אדם מאמין המחובר למסורת ולקהילה, אלא גם אזרח מסור למדינתו ואדם מאושר המסוגל ליהנות מחייו. קריאתו של וייזל עוררה סערה. רבנים בולטים התנגדו לדבריו, ואוהו כמי שמנסה לעקוף את סמכותם, וקראו להחרימו. מנדלסון התנגד נחרצות לרדיפתו של וייזל. הוא ומנהיגים יהודים אחרים יצאו באופן פומבי נגד הקריאות להטיל עליו חרם. הוויכוח הפנימי בקהילה היהודית לא חמק מעיניהם של משכילים נוצרים, שראו בקריאה להטיל חרם דוגמה לניוון הדת היהודית, ואף קראו למנדלסון לזנוח אותה. היה זה כאמור אחד המניעים לפרסום ספרו **ירושלים**, שמטרת היסוד שלו הייתה להראות כי היהדות דווקא עולה בקנה אחד עם תפיסות הנאורות וההשכלה.

כאסור מבחינה משפטית. למעשה, זוהי עמדתו, בכפוף למגבלות מסוימות, שיפורטו בהמשך.⁵⁰

2. הצדקות לאי-התערבות משפטית בחרם התרבותי הפנימי בשיטות משפט המחויבות לעיקרי יסוד ליברליים ורב-תרבותיים

יותר ממאתיים שנה חלפו מאז כתב משה מנדלסון את ספרו **ירושלים**, והמחויבות לערכי ההשכלה ולאמיתות אוניוורסליות התערערה. האירועים ההיסטוריים, ובמיוחד אלה שהתחוללו בעיר מגוריו של מנדלסון, המחישו עד כמה חיונית היא המחויבות לסובלנות ולכיבוד האדם באשר הוא, ועד כמה אין היא מובנת מאליה. מכל מקום, בעשורים האחרונים מתנהל ויכוח בין זרמי הגות שונים על אודות האופן שבו יש להתייחס למפעלן התרבותי של הקבוצות השונות הפועלות בחברה, וויכוח זה מקרין על האופן שבו יש להתייחס לאמצעי החרם התרבותי הפנימי. הליברליזם, הרב-תרבותיות והקהילתנות (Communitarianism), על זרמיהם השונים, ייגשו לבחון את סוגיית החרם באופן שונה. במאמר זה אנתח את הדילמה כפי שהיא מלובנת בשיטת משפט המחויבת לערכי יסוד ליברליים. שיטה זו, המחויבת לשמור ולהגן על זכויות האדם, אמורה להציב את האתגר הכבד ביותר לאלה התומכים באי-התערבות משפטית בחרם תרבותי פנימי, דווקא לנוכח המחויבות לזכויות היסוד של היחיד אל מול האינטרסים הקהילתיים והציבוריים. גישה קהילתנית יותר תגלה נכונות גבוהה יותר לאפשר לקולקטיב לנקוט צעדים למימוש עצמי תרבותי ולאכיפת נורמות תרבותיות, גם במחיר של פגיעה בזכויות היסוד של הפרטים.⁵¹ אולם ראוי כאמור לבחון את הסוגיה דווקא על הבסיס הנורמטיבי המאתגר אותה במיוחד. השאלה היא אם יש להילחם בחרם התרבותי הפנימי באופן משפטי – למשל, על ידי סיווגו כעבירה פלילית או כעוולה אזרחית המאפשרת למוחרם לתבוע פיצויים מן המחרימים.

כיצד זה ניתן להצדיק את הטענה שאין לאסור מבחינה משפטית את החרם התרבותי הפנימי בשיטת משפט המחויבת לעיקרי יסוד ליברליים ולהגנה ולקידום של זכויות האדם? התשובה מצויה במחויבות לערך האוטונומיה, לזכות לתרבות ולסובלנות. החרם הוא מכשיר תועלתני (אינסטרומנטלי) שמטרתו הפעלת לחץ שיוביל לשינוי או שימנע מגע, אך יש בו גם מרכיב של ביטוי קבוצתי⁵² – ביטוי של נאמנות לערכים ולאמונות הרווחות בקרב חברי הקבוצה. החרם בא לשמור על הנאמנות לערכים אלה, ולכן יש בו

50 לדיון במגבלות ראו להלן בתת-פרק 5.

51 ראו, למשל, את ניתוח יכולתה של קוויבק להגביל את הביטוי באנגלית של תושביה, כדי לשמר את מורשתה התרבותית הקבוצתית הצרפתית, אצל Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, in MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION 25, 52–61 (Amy Gutmann ed., 1994).

52 מנו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 749. הדברים שם נכתבו ביחס לחרם צרכנים, אך הרציונלים הללו כוחם יפה גם לחרם תרבותי פנימי.

מימוש אקספרסיבי של דאגה להם. ביטוי זה ראוי להגנה, גם אם אנו מתנגדים לו. המחויבות הליברלית לערך האוטונומיה מניחה כי ערך זה ימומש לא רק על ידי יחידים, אלא גם על ידי קבוצות.⁵³ נוסף על כך, לאוטונומיה צריך להתלוות במקרים רבים ריסון מצד חברת הגג או מצד שיטת המשפט. גם אם אני סבור כי הנכם טועים, וכי התנהלותכם אינה ראויה ואף אינה ניתנת להצדקה מוסרית, אין פירוש הדבר שעלי להתערב ולהילחם בה. עליי לכבד את זכותכם לכתוב באופן אוטונומי את ספר חייכם – כיחידים וכקבוצה. המחויבות לאוטונומיה מצווה עליי לכבד את זכותכם לכתוב גם ספר חיים שגוי. לכן, גם אם החברה כולה משוכנעת כי קבוצה תרבותית מסוימת שוגה, אין פירוש הדבר שמוצדק לאסור את התנהלותה מבחינה משפטית. ממשל המחויב לערך האוטונומיה אינו אמור להפוך אנשים ל"טובים" בהתאם לתפיסה החברתית הכוללת.⁵⁴ צריך להיזהר מאוד מפני כפיית ערכים חיצוניים.

תובנות אלה מתכתבות גם עם מחויבותן של מדינות מערביות רבות לזכות לתרבות, הבאה ליצור את התנאים החוקתיים למימוש תרבותי ב־זמני של קבוצות תרבותיות שונות, גם אם מטעניהן התרבותיים סותרים זה את זה, וגם אם המחלוקות ואי־ההסכמה ביניהן רבות. גם מדינה הרואה את עצמה כמחויבת לעיקרי יסוד ליברליים צריכה להכיר בזכותן של הקבוצות התרבותיות הלא־ליברליות הפועלות בתוכה לממש את תרבותן. המדינות המחויבות לחוקתיות רב־תרבותית מעוניינות להבטיח את התנאים למימושן התרבותי של הקהילות הפועלות בהן במידה הרבה ביותר האפשרית. הדבר יפה במיוחד ביחס לקבוצות מיעוט, המתקשות יותר לממש את תרבותן לנוכח ההטיה הברורה לטובת תרבות הרוב. להגנה זו יש הכרה גם במישור הבין־לאומי. כך, כאשר קיבלה עצרת האו"ם (ביום 18.12.1992) את ההכרזה בדבר זכויותיהם של בני אדם המשתייכים למיעוט לאומי, אתני, דתי או לשוני, היא דאגה לקבוע בסעיף 2(1) להכרזה כך:

"Persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities (hereinafter referred to as persons belonging to minorities) have the right to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, and to use their own language, in private and in public, freely and without interference or any form of discrimination."⁵⁵

סעיף זה מבצר את ההכרה במחויבות לאוטונומיה התרבותית, במיוחד של קבוצות מיעוט בחברת הגג. הזכות לתרבות יכולה לכלול גם דרישה להטלת חובה על המדינה

53 גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת־ישראל" עיוני משפט כז 23, 36 (2003) (להלן: גונטובניק "הזכות לתרבות").

54 Joseph Raz, *Liberalism, Scepticism, and Democracy*, in *ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN* 97, 120 (1994).

55 G.A. Res. 47/135, annex, Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (Dec. 18, 1992).

לדאוג לתנאי סף שיאפשרו לקבוצות התרבותיות השונות לממש את תרבותן (זכות חיובית), אבל לענייננו רלוונטי המרכיב הוותיק יותר שלה, שיכול להתיישב גם עם ההגות הליברלית הוותיקה. כוונתי לזכות השלילית המטילה חובה על המדינה להימנע מפגיעה במימוש התרבותי. זכות זו באה לידי ביטוי בסוף הסעיף האמור. המחויבות לאוטונומיה תרבותית ולהימנעות מפגיעה בה יכולה לכלול אי-התערבות בפרקטיקות תרבותיות כגון נידוי וחרם תרבותי פנימי.

לצד האוטונומיה והזכות לתרבות ניתן לטעון כי גם המחויבות לערך הסובלנות בחברות בעלות חוקתיות ליברלית יכולה להצדיק אי-התערבות בפרקטיקות של חרם ושל נידוי. ההגדרה של סובלנות במובנה הגרעיני פירושה הימנעות מפגיעה בתופעה הנראית לסובלני שלילית, אף אם הוא סבור כי עומדות לימינו סיבות טובות לאסור אותה או לפגוע בה.⁵⁶ לפי מובן זה, סובלנות כרוכה בהימנעות. אף שאני מתנגד למעשיך, עליי לשאת את אפשרותך לעשותם. זוהי סובלנות פסיבית, כהגדרתו של פרופ' זמיר,⁵⁷ ופסיביות זו אינה נעוצה באדישות. ערך הסובלנות משקף את המילה "סבל" ואת הפועל "לסבול". יישומו יכול להוביל לכך שמוטל עלינו כחברה לסבול גילויי חרם ונידוי תרבותי פנימי, גם אם אנו סוברים שאי-אפשר להצדיקם מבחינה מוסרית. המבחן האמיתי אינו מצוי במקרה שבו ערכי הקבוצה התרבותית עולים בקנה אחד עם ערכיה של חברת הגג, שהרי מקרה כזה אינו מאתגר את גבולות הסובלנות באופן ממשי. שעת המבחן קמה ועולה כאשר ערכי הקבוצה מתנגשים באופן ממשי בערכים שאנו תופסים כראויים או כאשר המימוש התרבותי מתנגש בערכים ציבוריים חשובים. מקרים אלה הם שיקבעו את גבולות המחויבות לאוטונומיה ולסובלנות.

3. האם החרם התרבותי הפנימי חוצה קווים אדומים ליברליים רב-תרבותיים?

עד כה ראינו כי בשיטת משפט המחויבת לעקרונות יסוד ליברליים ניתן להצדיק אי-התערבות משפטית בגילויי חרם ונידוי על בסיס המחויבות לערכי האוטונומיה, הזכות לתרבות והסובלנות. אולם בסיס זה לאי-התערבות אינו מובן מאליו כלל, שכן גם למחויבות האמורה יש גבולות. השאלה הקשה היא אפוא אם החרם התרבותי הפנימי אכן חוצה את גבולות הלגיטימיות באופן שצריך למקם אותו בשדה האסור מבחינה משפטית. הדילמה ביחס לחרם מורכבת במיוחד, מכיוון שכל כולו נשען על גנטיקה

56 יוסי נחושתן "עקרונות הסובלנות" עיוני משפט לד 5, 12 (2011). לצד הסובלנות במובנה הגרעיני מקובל כיום להכיר בקיומה של סובלנות אקטיבית, המטילה על הסובלני לא רק את החובה להימנע מפגיעה, אלא גם חובת עשה. ראו יצחק זמיר "סובלנות במשפט" ספר מנחם גולדברג 321, 327 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2001); גרשון גונטובניק "סובלנות במדינה יהודית ודמוקרטית בראי פסיקתה של השופטת אילה פרוקצ'יה" משפט ועסקים יח 83 (2014) (להלן: גונטובניק "סובלנות במדינה יהודית ודמוקרטית").

57 זמיר, שם.

העומדת בסתירה לערכי יסוד של סובלנות ופלוורליזם: במקום להתווכח עם השונה, הוא מודר ומנוודה; במקום שבני הקהילה יהיו מוכנים לחיות עם בעלי דעה אחרת בקרבם, ואף עם גורמים חיצוניים לקהילתם שאינם מקבלים את דרכיה, ננקטת דרך הביוש ואיסור המגע. האם בשם האוטונומיה, הזכות לתרבות והסובלנות ניתן להשלים עם התנהלות הבאה לפגוע באוטונומיה ולהגביל מימוש תרבותי, וכל זאת באופן בלתי סובלני בעליל?

על רקע זה אין זה ברור שהמחויבות לאוטונומיה, ובכלל זה לאוטונומיה תרבותית, יכולה וצריכה להצדיק אי־התערבות משפטית בחרם ובנידוי. טלו את כתיבתו של קימליקה (Kymlicka), מגדולי ההוגים המנסים לשלב בכתיבתם את ערכי היסוד הליברליים עם המחויבות לרב־תרבותיות. אחת ההבחנות הידועות שערך קימליקה היא בין שני סוגים של דרישות שקבוצות תרבותיות הפועלות בחברה רב־תרבותית יכולות להעלות: הסוג האחד הוא מגבלות פנימיות (internal restrictions) – דרישות המכוונות כלפי חברי הקהילה פנימה; והסוג האחר הוא הגנות חיצוניות (external protections) – דרישות המכוונות כלפי חברת הגג.⁵⁸ הסוג הראשון בא להגן על הקהילה מפני התנגדות פנימית, ואילו הסוג השני בא להגן על הקהילה מפני השפעות חיצוניות. לשיטתו:

"[L]iberals can and should endorse certain external protections, where they promote fairness between groups, but should reject internal restrictions which limit the right of group members to question and revise traditional authorities and practices."⁵⁹

הטעם להבחנה נעוץ בפגיעה הטמונה במגבלות הפנימיות. מגבלות אלה פוגעות בערכי האוטונומיה, הפלוורליזם והסובלנות, שהם העומדים בבסיס ההצדקה להתחשבות רב־תרבותית מלכתחילה.⁶⁰ הגישה הליברלית שואפת לחירות בתוך הקהילות ולשוויון

58 ראו את הניתוח בספרו WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 35–44 (1995).

59 שם, בעמ' 37.

60 שם, בעמ' 152. יש לציין כי על הבחנה זו נמתחה ביקורת. ראו את הדיון אצל AYELET SHACHAR, MULTICULTURAL JURISDICTIONS: CULTURAL DIFFERENCES AND WOMEN'S RIGHTS 17–19, 30 (2001); PATRICK MACKLEM, INDIGENOUS DIFFERENCE AND THE CONSTITUTION OF CANADA 231 (2001). כך, מועלית הטענה כי היענות לדרישות המכוונות כלפי חברת הגג עלולה להוביל לאכיפת נורמות פוגעניות בגורמים בתוך הקבוצות, כך שאותה הגנה הניתנת מבחוץ תגביל למעשה גם מבפנים. מכאן שגם היענות לדרישות אלה היא בעייתית מבחינה נורמטיבית. כנגד זה ניתן לטעון כי מזווית הראייה של קבוצות המיעוט, דווקא המגבלות הפנימיות הן שמגינות עליהן מפני דריסתה של תרבות הרוב. לטעמי, להבחנה שקימליקה עורך יש חשיבות של ממש כאשר נשקל שימוש בכוח המדינה כדי להטיל מגבלות תרבותיות פנימיות ולאוכפן. במקרה כזה המדינה, על כל כוחה, עלולה ליטול חלק בדיכוי תרבותי, וזהו מהלך בעייתי ביותר אם החוקקיות של המדינה מחויבת לערכי האוטונומיה התרבותית. לכן, למשל, יש הבדל בין חרם תרבותי פנימי הנערך על ידי

ביניהן. לכן, למשל, אין מקום, טוען קימליקה, להיענות לדרישותיה של קהילת האינדיאנים (שבט הפואבלו (Pueblo)) – הנהנית מאוטונומיה בניהול ענייניה בשטח הקרקע שבו היא מתגוררת – להפלות את חברי השבט שדחו את הדת המסורתית של הקבוצה⁶¹ ולשלול מהם את ההטבות העומדות לשאר חברי השבט. נראה שקימליקה יתנגד לאפשרות של בני השבט האינדיאני לנדות ולהחרים את אלה ששינו את דרכיהם.

קושי בולט נוסף הניצב בדרכם של אלה הקוראים לא להתערב באופן משפטי במימוש החרם התרבותי הפנימי נעוץ ברצון להגן על זכויותיו של המיעוט שבתוך המיעוט.⁶² במקרים רבים, כאשר קבוצות מיעוט תרבותיות שאינן ליברליות נוקטות את אמצעי החרם, הן עושות כן ביחס לגורמים שאינם דומיננטיים בתוך הקבוצות, המשמיעים קול שונה וחרוג. החרם פוגע בקולות המיעוט שבקהילת המיעוט. המיעוט האמור אינו מוגדר בהכרח על פי שיעורו בקהילה, אלא על בסיס כוחו היחסי לזה של התת-קבוצות האחרות הפועלות באותה קהילה. כך, למשל, ידוע כי מתן משקל יתר לאוטונומיה תרבותית ולמחויבות לסובלנות עלול לפגוע בנשים בקרב מיעוטים מתבדלים שאינם מתנהלים בהתאם לעיקרי יסוד ליברליים.⁶³ נשים בוודאי אינן נחשבות מיעוט במובן המספרי של המילה, ובכל זאת אי-התערבות בשם הסובלנות וכיבוד האוטונומיה משמיעה מציאות חיים פוגענית לגביהן. על כך יש להוסיף כי פגיעתו של החרם מתרחשת בזירת החיים הרגילה והאינטימית שבה מתנהלים הקשרים עם חוגי המכרים והידידים. הוא עלול אף לפגוע במערכות יחסים משפחתיות, ולהוביל למצבים שבהם חלק מהמשפחה מחרים וחלקה האחר מוחרם. בכל המצבים האלה נגרמת פגיעה קשה ביחידים בשם מימוש תרבותי קבוצתי, וזאת בזירות פעילות שבהן המימוש האוטונומי הוא משמעותי במיוחד.

כיצד יש להתמודד עם קשיים אלה? זכות היציאה (right of exit) מוצגת במקרים רבים כמענה אפשרי:

“החירות לצאת [מקשר עם אחרים] היא פן חשוב של ההשקפה הליברלית, המחויבת לאפשר לבני־אדם לבחור באופן אוטונומי את קבוצת־ההתייחסות

הקבוצות עצמן לבין מצב שבו המדינה נקראת לסלק מאזור המגורים של הקבוצה את אלה המתנגדים לדרכי הקבוצה התרבותית. הגישה הנורמטיבית כלפי מצב אחרון זה צריכה להיות עוינת (ראו את הדיון להלן בחלק ב)4 (ב) של המאמר). בכך ניתן למצוא חיזוק לתקפותה של ההבחנה שערך קימליקה במקרים מסוימים.

61 KYMLICKA, לעיל ה"ש 58, בעמ' 153.

62 לאסופת מאמרים המשקפת את מורכבות הסוגיה ראו: MINORITIES WITHIN MINORITIES: EQUALITY, RIGHTS AND DIVERSITY (Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev eds., 2005).

63 Susan Moller Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women?*, in *IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN?* 7 (Joshua Cohen, Matthew Howard & Martha C. Nussbaum eds., 1999).

שהם שייכים אליהן ולהישאר בהן מרצונם החופשי. החירות לצאת מאפשרת לאנשים נידודת גיאוגרפית, חברתית, מקצועית, משפחתית ופוליטית.⁶⁴

ברוח זו, ככל שמופעל לחץ כלפי המיעוט שבתוך המיעוט, הוא רשאי ואף זכאי לעזוב את הקבוצה התרבותית שבה הוא פועל ולהצטרף למסגרת חברתית אחרת המקבלת אותו ואת צרכיו. אלא שספק אם זכות היציאה אכן נותנת מענה לבעיה. יש להתחשב כמובן בקושי המעשי לצאת, במיוחד כאשר מדובר בחברי קהילה תרבותית בדלנית הדוחה את דרכי החברה הכללית. האם לחברי קהילה כזו עומדים המשאבים הכלכליים לעזוב את קהילתם? האם החינוך שקיבלו מעניק להם את היכולת למצוא תעסוקה ולהשתלב במסגרות חברתיות אחרות? ואף אם יעמדו להם היכולות הללו, האם יוכלו לעזוב את משפחותיהם או את חבריהם? על כך יש להוסיף את המקרים שבהם המיעוט אינו דוחה את תרבות הקבוצה מכל וכל, אלא מקבל חלק ממנה ומבקש לשנות חלק אחר שלה. האם בנסיבות אלה היציאה היא הפתרון הראוי שעל שיטת משפט ליברלית המחויבת לפלורליזם לקדם? נראה שקידום פתרון היציאה יפגע בדיאלוג הפנים-תרבותי, שכן חלף ויכוח על המתכונת הראויה שבה יש לממש את התרבות נקבל את גדיעתו על ידי כפיית המיעוט שבתוך המיעוט לצאת.⁶⁵ על רקע כל אלה אנו חוזרים לנזקים החמורים הכרוכים בחרם התרבותי הפנימי, ורואים כי אלה משפיעים במיוחד על המיעוט שבתוך המיעוט. כאשר המוחרמים הם מיעוט בתוך מיעוט, פגיעתו של החרם קשה במיוחד, והיכולת לפתור את הבעיה על ידי מימוש זכות היציאה מוקשית מבחינה נורמטיבית ומבחינה מעשית כאחד.

גם הניסיון להצדיק אי-התערבות משפטית בחרם על בסיס ערך הסובלנות הליברלי אינו נקי מספקות. קשה להצדיק סובלנות כלפי התנהלות החותרת תחת עצם הערכים ששיטת המשפט הליברלית מחויבת להם.⁶⁶ על רקע זה חשוב להציג את גישתו של קוקתס (Kukathas), הרואה ערך בסובלנות גם אם אין היא מקדמת את ערכי הליבה הליברליים של פלורליזם ואוטונומיה. גם אם לא מתקיים דיאלוג עם קבוצות מיעוט תרבותיות מסתגרות, עדיין יש בקיומן כדי לאתגר את אורחות הרוב.⁶⁷ הטוענים כי יש להציג גבולות לסובלנות, ולבער פרקטיקות לא ליברליות של קבוצות מיעוט תרבותיות כדי להגן על המיעוט שבתוך המיעוט, מתעלמים מכך שכוח הרוב הוכח מבחינה היסטורית כמאפשר ניצול לרעה ודיכוי.⁶⁸ לכן צפוי שהרוב, באמתלה של הגנה על המיעוט שבתוך המיעוט, ינצל את ההזדמנות כדי לפגוע בקבוצות המיעוט באופן שאינו ניתן להצדקה. מכל מקום, טוען קוקתס, יש לכבד לא רק את אלה שמבקשים לחלוק על

64 חנוך דגן "שיתוף במקרקעין – מוסד חברתי רצוי?" **משפטים** כז 493, 504 (1997).

65 ראו את הדיון להלן בחלק 4(ב).

66 Chandran Kukathas, *Cultural Toleration*, in *ETHNICITY AND GROUP RIGHTS* 69, 78 (Ian Shapiro & Will Kymlicka eds., 1997).

67 שם, בעמ' 81.

68 שם, בעמ' 88.

הקבוצה התרבותית, אלא גם את אלה המבקשים להישאר נאמנים לאורחותיה. עניין זה יכול להשליך ישירות על הצורך לשאת חרם תרבותי פנימי ונידוי:

"Just as dissenters should be free to dissociate themselves from beliefs and practices (and so, communities) they cannot in good conscience embrace, so should communities be able to dissociate themselves from those who do not wish to conform to their ways, and whom they cannot, in good conscience, tolerate."⁶⁹

כך, למשל, לשיטתו בני שבט הפואבלו האינדיאנים רשאים בהחלט להימנע ממגע עם חברי קהילתם שסטו מהדת המסורתית, שכן באיזו דרך אחרת הם יוכלו לבטא את נאמנותם לדרכיהם? הדבר יהיה דומה לכפיית נוצרים לשאת פולחן יהודי לא רק בבתי כנסת סמוכים, אלא גם בתוך הכנסיות עצמן.⁷⁰ בעניין זה, מסביר קוקתס, לא צריך להיות הבדל בין קבוצות תרבותיות לא ליברליות לבין קבוצות ליברליות. כשם שקבוצות לא ליברליות יוכלו לבקש להימנע ממגע עם גורמים ליברליים בתוכן, כך גם הקבוצות הליברליות יוכלו לבקש להימנע ממגע עם גורמים לא ליברליים. דבר זה מותר ככל שהוא נותר בגדר התנהלות קבוצתית תרבותית פנימית, הרשאית להסדיר את ענייניה ואת אופן מימוש תרבותה, אך הוא אסור כאשר מדובר בהתנהלות של השלטון או של חברת הגג הכוללת.⁷¹

4. החרם התרבותי הפנימי – מכשיר מידתי יחסית לאכיפת נורמות תרבותיות

בחלקים הקודמים ראינו כי השאלה אם יש לאסור מבחינה משפטית את החרם התרבותי הפנימי היא מורכבת, וכי לצד הצידיקים להימנע מכך קיימים שיקולים כבדי משקל המצדיקים התערבות משפטית בצורה כזו או אחרת. מהי אפוא הגישה הראויה לאימוץ? לשם גיבושה של תשובה יש לבחון את הדברים במבט רחב יותר, ולא להתמקד אך ורק בחרם התרבותי הפנימי. כל הקבוצות התרבותיות מעוניינות באכיפת הנורמות התרבותיות שלהן על חבריהן, מי יותר ומי פחות, ולכן צריך לבחון את קשת האמצעים שהן יבקשו לעשות בהם שימוש. כך, ניתן להעלות על הדעת שיעמדו על הפרק אמצעים של אלימות וכפייה משפטית. את השימוש באלה יש לשלול – את האלימות תמיד ואת הכפייה המשפטית לרוב – בחברה ששיטת המשפט שלה נאמנה לערכי יסוד ליברליים. על רקע זה תזדקק המסקנה כי החרם התרבותי הפנימי, חרף הנזקים הנלווים אליו, הוא מידתי יחסית לחלופות האפקטיביות האחרות, וכי הוא אמצעי האכיפה המרכזי הבא

69 שם, בעמ' 90.

70 שם, בעמ' 91.

71 שם, בעמ' 94.

בחשבון. לכן, וככל שאנו סבורים כי יש לאפשר לקבוצות התרבותיות לאכוף נורמות תרבותיות, ראוי להגיע לתובנה שיש לאפשר את השימוש בחרם התרבותי הפנימי, בכפוף למגבלות מסוימות, שעליהן אעמוד בחלקו האחרון של המאמר.⁷²

(א) שלילת אלימות פיזית כאמצעי לאכיפת נורמות תרבותיות

כיבוד נורמות תרבותיות הוא עניין בעל חשיבות לקבוצות התרבותיות השונות הפועלות בחברה. ככל שמדובר בקבוצות תרבותיות שמרניות ומסורתיות יותר כן יקשה עליהן יותר להשלים עם סטייה מדרכי ההתנהלות המקובלות במחוזותיהן. הן יתקשו להפגין סובלנות לנוכח קיומה של סטייה כזו, וקושי זה עלול להוביל לנקיטת אמצעי לחץ אלימים. בציבוריות הישראלית ניתן לחשוב על שתי דוגמאות בולטות להפעלת לחץ אלים לשם אכיפת נורמות תרבותיות: משמרות צניעות הנוהגות בחוגים מסוימים בקרב החברה החרדית, וגילויי אלימות ואף רצח על רקע כבוד המשפחה, אשר שכיחים יותר בקרב חוגים מסוימים בחברה המוסלמית. שתי תופעות אלה, כמו גם גילויי אלימות אחרים, חייבים להימצא מחוץ לתחום הלגיטימיות הנורמטיבית והמשפטית, יהא המניע להפעלתם אשר יהא.

אחת הדרכים החשובות למלחמה באלימות בחברה היא באמצעות האכיפה הפלילית. אכיפה זו הכרחית ליישום גם ביחס לאלימות מטעמים תרבותיים. האלימות התרבותית חוצה את גבולות הסובלנות הליברלית,⁷³ כשם שהאלימות באופן כללי צריכה לחצות את גבולות המותר בחברה בעלת ערכים ראויים לשמם. מתן פטור מאחריות פלילית לאלימים על רקע תרבותי⁷⁴ או התחשבות בהם במתן גזר הדין⁷⁵ מעוררים קשיים ניכרים. כך, מנחם מאוטנר, התומך בהתחשבות מסוימת בתודעה התרבותית ביישום הדין הפלילי, מתנגד להתחשבות זו ביחס לאלימות על רקע כבוד המשפחה.⁷⁶ זאת, על שום פגיעתה האנושה בכבוד האדם. בבסיסו של ערך כבוד האדם עומד, בין היתר, האדם המפתח את רוחו, כשרצונו הוא הביטוי לאנושיותו.⁷⁷ כמובן, אין האדם חופשי לחלוטין בגיבוש רוחו ורצונו, שכן הוא מושפע עמוקות מזהותו התרבותית וממעגלי החיים שבהם הוא סב. עם זאת, דיכוי של רצון זה באמצעים אלימים חוטא באופן גס ובוטה לאנושיותו של האדם וליכולתו להתפתח ולאמץ השקפות עולם שונות ביחס לחיים שאותם ירצה לחיות. לכן הוא אינו אמור לעורר דילמה ביחס לנורמטיביות שלו. מכאן שכאשר קיימת בקבוצה תרבותית מסוימת מחלוקת על אודות אופן

72 ראו את הדין להלן בתת-פרק 5.

73 גונטובניק "הזכות לתרבות", לעיל ה"ש 53, בעמ' 40.

74 לדין ראו גיא בן דוד "שילובן של טענות תרבותיות במערך הסייגים לאחריות הפלילית – מודל משולב" מאזני משפט ז 201 (2010).

75 לדין ראו גיא בן דוד "רקע תרבותי כשיקול בענישה" מחקרי משפט כו 835 (2010).

76 מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 11, 65, 68 (1998).

77 אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 245 (2014).

ההתנהלות הראוי, הכרעת הוויכוח באמצעים אלימים הינה מחוץ לגבול. נקיטת אמצעים כאלה תשקף חצייה של קו אדום בזה.

(ב) שלילת הדרה משפטית כופה כאמצעי לאכיפת נורמות תרבותיות

האם קבוצה תרבותית יכולה לגייס את המשפט כדי להדיר גורמים בתוכה שאינם מתיישרים לפי ההתנהלות המקובלת על רוב חבריה או על מנהיגיה? כאן לא עומדת על הפרק נקיטת צעדים אלימים מצד הקבוצה. תחת זאת היא פונה למערכות המשפט, האוחזות במונופול על הפעלתו הנורמטיבית של הכוח האלים, על מנת לגייס את כוח המדינה לטובת הוצאה כפויה של גורמים הסוטים מ"דרך הישר" מאזור המגורים של יתר חברי הקבוצה, והכל בשם הרצון לאכוף את הנורמות התרבותיות שלה במרחב הגיאוגרפי שבו היא פועלת.

על מנת להמחיש את האמצעי העומד לדיון, טלו את פסק הדין של בית המשפט העליון הקנדי בעניין *Hofer v. Hofer*.⁷⁸ באותו מקרה נדונה התרחשות שאירעה בקולוניה של הוטריטים (Hutterites) – בני מסדר דתי נוצרי ששורשיו באירופה, המקיימים אורח חיים דתי אדוק ומסתגרים בקהילותיהם. ההוטריטים מונעים, בין היתר, חינוך גבוה מילדיהם, "שמא יושחתו עקב מגעם עם העולם החיצוני".⁷⁹ עקב רדיפתם באירופה היגרו חברי הקהילה אל מחוץ לה, ואחת המדינות שבהן הם מצאו מקלט הייתה קנדה, שקיבלה אותם בברכה, במיוחד לנוכח נכונותם להתיישב באזורי ספר המרוחקים ממרכזי האוכלוסין הגדולים.⁸⁰ קהילות ההוטריטים חיות חיי קומונה המבוססים על שיתוף פל בקולוניות שהם מקיימים. כאשר קולוניה אחת נעשית מבוססת דייה, נשלח "חיל חלוץ" להקים קולוניה חדשה במקום אחר, וחוזר חלילה.

גיבורת הסיפור בעניין *Hofer* היא קולוניה של הוטריטים ששמה אינטרלייק (Interlake), אשר כל חבריה חתמו על תקנון התאגדות. בתקנון נרשם כי מטרת הקולוניה היא לקיים אורח חיים על פי הדת הנוצרית ההוטריטית (סעיף 2 לתקנון). הקרקע שבה פעל היישוב הייתה שייכת לקולוניה, ונכתב במפורש כי אין לחברים החיים במקום זכויות קניין מסוג כלשהו במקום (סעיפים 30 ו-32 לתקנון). הקולוניה הוסמכה לפעול באמצעות נציגות מנהלת, ונקבע עוד כי אם יחדל אדם להיות חבר הקולוניה, הוא לא יהיה זכאי לכל שימוש או זכויות בקניינה (סעיף 32 לתקנון).⁸¹ אחים אחדים מבני משפחת הופר, שחיו בקולוניה, עברו משבר אמונה כתוצאה מהיחשפות ל-Radio Church of God. מנהיגים הוטריטים ניסו לדבר על ליבם, אך לשווא. הוטל עליהם חרם,

78 *Hofer v. Hofer* [1970] S.C.R. 958 (Can.) (להלן: עניין *Hofer*).

79 יעקב עובד "קיבוצים וקומונות – היבטים השוואתיים וקשרים" **הקיבוץ – מאה השנים הראשונות** 371, 365 (אביבה חלמיש וצבי צמרת עורכים, 2010).

80 לדיון בהליך קליטתה של הקהילה בקנדה לצד קהילות דומות אחרות ראו WILLIAM JANZEN, *LIMITS ON LIBERTY: THE EXPERIENCE OF MENNONITE, HUTTERITE AND DOUKHOBOR COMMUNITIES IN CANADA* (1990).

81 עניין *Hofer*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 976–977.

אך לא היה בו כדי להועיל, והם נשארו בשלהם. על רקע זה קיבלו המוסדות המוסמכים את ההחלטה כי האחים הסוררים אינם חברים עוד בקהילה, והורו להם לעזוב את המקום בהתאם להוראות התקנון. האחים סירבו, ואז נפתח נגדם הליך משפטי לשם סילוקם בכוח.

עניינם של האחים הופר הגיע לשולחנו של בית המשפט העליון הקנדי, שדחה ברוב דעות את ערעורם על ההחלטה שהורתה על פיניום הכפוי. נפסק כי יש לאכוף התקנון ולסלקם מהמגורים, גם אם מדובר בסילוק בחוסר כל. הנשיא קרטרייט (Cartwright) ציין כי אין לקבל את הטענה שהעלו האחים לפגיעה בחופש הדת, שכן הם נטלו על עצמם כללי התנהלות מרצונם החופשי בשעה שחתמו על התקנון, וכעת הם אינם יכולים להתנער ממחויבותם.⁸² השופט הול (Hall), שהצטרף לדעת הרוב, עמד על קשיים העלולים להתעורר במקרה של החלטה דומה שתאלץ קטינים לעזוב את המקום, שאז ייתכן כי אכיפתה תעמוד בניגוד לתקנת הציבור. אולם בנסיבות המקרה דובר באנשים בוגרים וכשירים שחתמו על התקנון, ולכן שיקול זה אינו מונע את אכיפת התקנון בנסיבות העניין.⁸³ דעת הרוב עמדה על האדיקות הדתית של החיים בקהילה, ועל כך שמוסדותיה המוסמכים הם שכשירים להחליט מי חברים בה ומי אינם כאלה. בנסיבות המקרה לא היה ספק כי האחים לא השתייכו עוד באמונתם לדת ההוטריטית, וכי מכוח מחויבותם החוזית עליהם לעזוב את המקום. דעת המיעוט של השופט פיג'ן (Pigeon) סברה כי אכיפת התקנון תוביל לפגיעה קשה בחופש הדת, הכולל גם את החירות להמיר דת ולשנות השקפות דתיות. לשיטתו, האוטונומיה הדתית אינה יכולה להצדיק פגיעה בעיקרי היסוד של חופש הדת, וחשיפה של פרט המשנה את דתו לסנקציה של סילוק ללא כל רכוש מהווה פגיעה אנושה בחירות הדתית, ומכאן שאכיפת התקנון תנגוד את תקנת הציבור.

עניין *Hofer* מעורר דילמות משפטיות שונות, אך לענייננו חשוב למקד את הדיון בחרם התרבותי הפנימי. כזכור, תחילה ניסו חברי הקהילה וגורמים בהנהגתה לשכנע את חברי הקומונה שסטו מדרך הישר לשוב ולקבל על עצמם את כללי ההתנהלות המחייבים, אך ניסיון זה כשל. אחריו הופעל אמצעי הלחץ של חרם תרבותי פנימי. כאשר מדובר ביישוב מבודד יחסית, זהו אמצעי כבד משקל, שנוקו חמורים במיוחד. זאת, משום שבהעדר קהילות אחרות בסביבה, קשה למוחרמים לקיים קשר חברתי משמעותי עם אנשים כלשהם זולתם. והנה, גם חרם זה לא הועיל, והאחים הופר נותרו בשלהם. רק אז נקראה שיטת המשפט כדי לסייע להנהגת הקהילה, וניתן צו שיפוטי שהורה על סילוקם מתוך הקהילה שבה חיו. מכאן אנו למדים כי חרם תרבותי פנימי אינו יעיל תמיד. כוחו מוגבל, ואם יש בכוחם של המוחרמים לעמוד בו ולשאת את הביוש הנלווה אליו, חברי הקהילה האחרים ניצבים בפני שוקת שבורה. בדיוק בשל כך דאגה קהילת ההוטריטים לשמר לעצמה את המכשיר השלטוני של כפיית הסילוק, ואמצעי זה אכן הוכיח את עצמו כיעיל יותר. החרם כשל, אך האחים נכפו לעזוב את

82 שם, בעמ' 961.

83 שם, בעמ' 975.

המקום בצו שיפוטי. דעת הרוב של בית המשפט העליון הקנדי הכשירה את השימוש בו בנסיבות העניין. עניין *Hofer* מדגים אם כן היטב את הפער בין החרם התרבותי הפנימי, אשר יוצר לחץ חברתי, לבין ההדרה המשפטית הכופה, הכרוכה בסילוק ממקום המגורים.

בדיון האקדמי הערני שהתקיים בפסק הדין בעניין *Hofer* נמתחה לרוב ביקורת על דעת הרוב. גישתו של בריאן ברי (Brian Barry) ראויה לציון, במיוחד על רקע העובדה שכתבתו משקפת מחויבות לערכי היסוד הליברליים והתנגדות לרבות מתובנותיה של הרב-תרבותיות.⁸⁴ והנה דווקא הוא סבר כי כוחה של קהילה דתית להדיר את חבריה הסוררים נופל בליבת חופש ההתאגדות,⁸⁵ ולכן הדין אכן היה צריך להתייבב לימינה של קהילת ההוטריטים, שביקשה לסלק את ה"כופרים". אולם דעת הרוב הלכה צעד אחד רחוק מדי, לדעת ברי. הטעות הייתה באישור המרכיב של סילוק בחוסר כל. בניגוד לבני כת האיימיש, היכולים לצבור רכוש פרטי, ההוטריטים אינם יכולים לעשות כן, וסילוקם ללא כל רכוש מהווה גזרה חריפה מדי.⁸⁶ ברי ציין כי ארגונים רבים אוחזים בכללי התנהגות שאמורים לחול על חבריהם, ואשר הפרתם יכולה להיות כרוכה בסנקציות. לדבריו, כל עוד חברי הארגון יכולים לעזוב אותו, אין סיבה להתערבות משפטית בעניינים אלה, גם אם הכללים שהקהילה מנהיגה סוטים מערכי יסוד ליברליים. הדבר יכול להיות נכון לגבי מועדונים שונים וגם לגבי כנסיות, למרות התפקיד המשמעותי יותר שהדת ממלאת בחייהם של המאמינים.⁸⁷ עם זאת, דעת הרוב בעניין *Hofer* לא הבטיחה את זכות היציאה של המיעוט שבתוך המיעוט.⁸⁸ מכאן אנו למדים שאילו התרחש המקרה בקרב קהילת האיימיש, למשל, שבה ניתן לצבור קניין פרטי, היה ברי תומך בסילוק כפוי באמצעות כוח השלטון, שכן למסולקים היה הבסיס הכלכלי, ולו המינימלי, לפתוח דף חדש בחייהם במקום אחר. במילים אחרות, הייתה נשמרת זכות היציאה שלהם.

אולם נניח שנתגבר על קושי זה, ונאפשר למיעוט שבתוך המיעוט לצאת עם רכוש, ולו מינימלי, שיאפשר לו פתיחת דף חדש במקום אחר. האם במצב זה ראוי לאכוף את ההדרה באמצעים משפטיים? במבט ראשון נראה כי התשובה חיובית, וכי הסילוק ראוי ואף עדיף על אמצעי החרם התרבותי הפנימי. אילו נותרו האחים הוֹפֵר בתחומי הקולונייה, היה נוצר חיכוך בינם לבין יתר חברי הקהילה החיים במקום. חיכוך זה היה יכול להוביל לעימות, שהיה עלול להידרדר אף לגילויי אלימות, בהינתן אופי החיים הבלדני של הקהילה והעובדה שהיא אינה מקבלת את ערכי הפלורליזם. על רקע זה דווקא ההדרה המשפטית אולי תמנע את החיכוך הבעייתי, ובכך עדיפותה. כך אולי

BRIAN BARRY, CULTURE & EQUALITY: AN EGALITARIAN CRITIQUE OF MULTICULTURALISM 84 (2001).

85 שם, בעמ' 163.

86 שם, בעמ' 164.

87 שם, בעמ' 165.

88 ראו לעיל ליד ה"ש 64–65.

במבט ראשון, אך לא כך במבט שני ובמחשבה שנייה. אסור לשכוח שאותו חיכוך הוא בדיוק האמצעי שיכול להוביל לשינוי ולהתפתחות קהילתית. המטען התרבותי המשותף לבני הקהילה התרבותית אינו קשיח. הוא משתנה לאורך הזמן. תפיסות שנחשבות כיום חריגות ודחוייות יכולות ליהפך למקובלות בעתיד על חברי הקהילה. אולם ברגע שאנו נותנים בידי הנהגת הקהילה את אמצעי הסילוק המשפטי, אנחנו מציידים אותה במכשיר קל ונוח לדיכוי כל ניצן של שינוי תרבותי. ברגע שגורם מסוים ישמיע דעות שאינן מקובלות על הנהגת הקהילה, היא תוכל לגייס בקלות את המשפט כדי לסלק מהאזור הגיאוגרפי ולצמצם בכך את הסיכון לשינוי תרבותי. הדבר נכון לא רק ביחס למיעוט שבתוך המיעוט, אלא גם ביחס למקרים שבהם חברי קהילה מסוימים פנו עורף לאורחותיה, המירו דת או שינו את תפיסות עולמם באופן קוטבי. גם כאן, במקום להתמודד עם נוכחותו של השונה בחיי הקהילה, ניתן לפנות למכשיר הנוח של הסילוק המשפטי כדי למנוע כל "חשש" למגע של יתר חברי הקהילה עם גורם שהפנה עורף לאורחותיה. כאן אנו רואים את ההבדל שבין החרם, הכרוך בהדרה חברתית, לבין ההדרה המשפטית. להדרה החברתית יש כוח רב אך לא מוחלט. ככל שהמוחרם יתעקש לא לעזוב את סביבת המגורים, תיאלץ הקהילה התרבותית לשאת את נוכחותו. היא תיאלץ לשאת את קיומו של הקול השונה בסביבתה. כפי שציינה פיליפס (Phillips), הקול חשוב כשם שהזכות לצאת חשובה, ואל הזכות לעזוב יש לצרף את הזכות המשלימה להישאר.⁸⁹ הזכות להישאר היא שתאגרו את הרוב ובמקרים מסוימים אף תוביל לשינוי תרבותי. כפי שציינה רימלט, יש להיזהר מפני תפיסה חד-ממדית של תרבויות המיעוט. גם תרבויות אלה כוללות זרמים וזרמי משנה, הנאבקים על עיצוב תרבותם המשתנה. לא תמיד הקולניים והאגרסיביים הם המייצגים את המכלול, ותמיכה

89 ANNE PHILLIPS, MULTICULTURALISM WITHOUT CULTURE 133 (2007). עוד ראו בעניין זה את מאמרה של Meital Pinto, *The Right to Culture, the Right to Dispute, and the Right to Exclude: A New Perspective on Minorities Within Minorities*, 28 *RATIO JURIS* 521 (2015) העומדת על זכותו של המיעוט בתוך המיעוט לפעול לשינוי תרבותו מבפנים. כאשר אנו חושבים על דבריהן של פיליפס ושל פינטו, דמותו של ברוך שפינוזה קופצת מייד לתודעה. שפינוזה הוחרם, אך קולו השפיע על דורות רבים גם לאחר שהלך לבית עולמו. ירמיהו יובל, בספרו על שפינוזה, מביא את סיפורו של הדוקטור חואן (דניאל) דה פראדו, בן תקופתו של שפינוזה, שפעל בספרד באופן אקטיבי כדי להחזיר אנוסים לדת היהודית, התגלגל לאמסטרדם, ודווקא שם, בהיותו חופשי מאימת האינקוויזיציה, הוא לא הסכים לקבל על עצמו את קנון המצוות היהודי, אך עדיין ראה את עצמו כיהודי. הקהילה היהודית הטילה עליו חרם, אך הוא סירב להתנתק ממנה. בכך הוא עורר שאלה חדשה ומטרידה: "הייתכן להחזיק בתוך המסגרת ההיסטורית היהודית אדם, שאינו מקבל את תפיסת הדת היהודית ומזלזל במצוותיה? שלא מדעת הציב פראדו בפני בני עמו שאלה, שעוד לא היו מוכנים לה, והיא השאלה על אפשרות קיומה של יהדות לא-אורתודוקסית; ומבחינה זאת אפשר שפראדו – הוא ולא שפינוזה (או הוא יותר משפינוזה) – מבשר את הבעיה המאוחרת – התהוותה של יהדות חילונית." ירמיהו יובל *שפינוזה וכופרים אחרים* 80 (1994). זוהי דוגמה למצב שבו כשלון החרם חייב את בני הקהילה להתמודד עם אתגר שהיה אז חדש אך מלווה את היהדות בכל מאות השנים האחרונות. הדרך להתמודד עם אתגר זה אינה באמצעות סילוק משפטי, אלא על ידי חיפוש דרכים לחיות יחדיו גם לנוכח מחלוקות עמוקות בדבר אורח החיים הראוי.

של בית המשפט דווקא בהם עלולה לעוות את ההתפתחות התרבותית.⁹⁰ יש גם מקרים שבהם השתקת קול המיעוט תפגע לא רק בפיתוח התרבות שהוא משתייך אליה, אלא גם בפיתוח ההבנה של החברה הכללית בנוגע לעצמה ולסביבתה.⁹¹ על רקע זה אני סבור שכפייה משפטית של סילוק ממקום מגורים מחמת מחלוקת תרבותית אמורה להיות אסורה, גם אם המאמינים חתמו על מסמכים משפטיים כאלה או אחרים. גם לוי (Levy) רואה את גיוס הכוח השלטוני של המדינה, כדי להרחיק מתנגדים על בסיס תרבותי, כפסול באופן ברור וחד-משמעי.⁹² ניתן לשקול ליישם אמצעי זה רק בנסיבות חריגות ביותר, כאשר מדובר בסביבת מגורים אינטימית ומבודדת, וכאשר הותרת הגורמים המתנגדים עלולה להוביל למיטוט המפעל התרבותי של יתר חברי הקבוצה.⁹³ מתן אפשרות ממשית לחברי הקבוצה התרבותית לגייס את כוח השלטון כדי לדכא את יכולתם של חבריהם לשנות את השקפת עולמם יוצר מגבלה פנימית שקשה מאוד להצדיקה, אפילו בחברה המחויבת לעיקרי יסוד רב-תרבותיים.⁹⁴ על רקע זה, כאשר קבוצה תרבותית מחתימה את חבריה על מסמך משפטי שבו הם מתחייבים להסתלק מסביבת המגורים אם יקבלו הוראה לכך מחברי הקבוצה, יש לסווג התחייבות חוזית זו, ברוב המוחלט של המקרים, כעומדת בניגוד לתקנת הציבור, ולפסול אותה מבחינה משפטית. כל נשלה את עצמנו שדילמות מסוג זה הן נחלתן של קהילות רחוקות המתגוררות בערבותיה המושלגות של קנדה, ואינן נוגעות לחברה שלנו. הן יכולות בהחלט להתעורר גם במקומותינו,⁹⁵ והעמדה העקרונית שהצגתי צריכה לחול גם כאן.

90 ראו את הדיון אצל נוי רימלט "המשפט כסוכן של רב-תרבותיות: על אוטופיה ומציאות בפרשת ההפרדה באוטובוסים" משפטים מב 824, 773 ואילך (2012).

91 דוגמה בולטת לכך היא עניינו של גלילאו גליליי, שנרדף על ידי הכנסייה משום שהתעקש על נכונות תורתו של קופרניקוס, וכתב ספר שממנו היה אפשר להבין כי לעג לעמדת הכנסייה בכמה סוגיות מדעיות. באותם ימים נחשבו עניינים אלה לא רק מדעיים, אלא גם דתיים, ונגעו בנכונות התיאורים המופיעים בכתבי הקודש כפי שפורשו על ידי הכנסייה. מכאן שעמדתו המדעית של גלילאו שיקפה סטייה מנורמת אמונה דתית. גלילאו נאלץ לחזור בו מדבריו. להרחבה ראו MAURICE FINOCCHIARO, THE GALILEO AFFAIR: A DOCUMENTARY HISTORY 2–10, 70–87, 297–305 (1989). מדוגמה זו עולה שהשתקת הקול התרבותי פגעה בהבנה הכללית שלנו בנוגע לעולם, ובסופו של יום לא היה בה כדי להועיל: זה מאות שנים גלילאו נחשב אחד מגדולי המדענים שפעלו בכל הדורות.

92 Levy, לעיל ה"ש 40, בעמ' 41.

93 לדיון ראו גרשון גונטובניק הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות – בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 339 (2014).

94 ראו את הדיון לעיל בניתוחו של קימליקה ליד ה"ש 58 ואילך.

95 ראו, למשל, את הרקע העובדתי שנחשף בע"א 613/77 אדלר נ' שומרי אמונים בע"מ, פ"ד לב (1) 788 (1978). באותה פרשה הקימה חברת שומרי אמונים בע"מ כמה בתים משותפים בירושלים, שזכו בשם "קרית שומרי אמונים". החברה נותרה בעלת הדירות, והחכירה אותן למשתכנים. כל משתכן התחייב התחייבות חוזית לשמור על אורח חיים דתי בהתאם לאורחות הקהילה, ואלה אף פורטו בתקנון הבית המשותף. על פי התקנון, מי שעבר על ההוראות ולא תיקן את המעוות לאחר שלוש התראות היה חייב להעביר את זכויות ההחזקה ואת שאר זכויותיו בדירת המגורים לאחר. בית

כמובן, חברי הקבוצה יכולים לסלק את הגורמים מחברות במוסדות התפילה שלהם או ממוסדות התרבות שלהם, אך בין אמצעי זה לבין סילוק מסביבת המגורים הדרך רחוקה.

(ג) החרם התרבותי הפנימי כמימוש של אוטונומיה תרבותית

אכיפת נורמות תרבותיות היא אינטרס חשוב ביותר של כל קבוצה תרבותית. קבוצות תרבותיות פתוחות יותר, המחויבות בעצמן לערכים של פלורליזם וסובלנות, יגיבו באופן מתון על קולות של שוני בתוכן, וקבוצות שאינן מחויבות לערכים אלה יבקשו להגיב עליהם ביתר עוצמה. לאחר ששללנו את אמצעי האכיפה האלימים, וסייגנו מאוד את אמצעי ההדרה המשפטיים, החרם החברתי התרבותי הפנימי הוא בגדר האמצעי המרכזי שנותר לחברי הקבוצות התרבותיות לאכוף את הנורמות התרבותיות של הקבוצה על חבריה. אם נשלול גם אמצעי זה, נמנע מכשיר חשוב מהקבוצות התרבותיות לשמירת זהותן. כזכור, מכשיר זה כוחו מוגבל. הוא נשען על לחץ חברתי – לא פחות אך גם לא יותר. יהיו חברי קבוצה שלנוכח לחץ זה יתיישרו ויקבלו על עצמם את מנהגי הרוב בקהילתם, אך יהיו גם כאלה שיעמדו על שלהם, ובכך ייותר הסיכוי שהם יובילו לשינוי חברתי. מכאן שהחרם התרבותי הפנימי הוא אומנם אמצעי לחץ כבד ופוגעני אך לא במידה שתמנע תהליכים של שינוי פנים-תרבותי. זהו אמצעי מידתי, שכן לצד יכולתו לאכוף נורמות תרבותיות הוא מאפשר עדיין את התפתחותן.

אכן, ניתן למצוא תקדימים לכך ששיטות משפט הכירו בחשיבות אי-ההתערבות המשפטית במימוש החרם התרבותי הפנימי. כך היה בעיקר ביחס לחרם הדתי הפנימי. דוגמה בולטת לכך מצויה בהודו, והיא רלוונטית במיוחד גם לחוקיות הישראלית. שיטת המשפט של הודו מורכבת מאוד, ובנקודות מהותיות היא שונה משיטת המשפט שלנו. עם זאת, גם החוקתיות ההודית, כמו זו שלנו, עוסקת רבות בשאלות של אוטונומיה תרבותית קבוצתית. שתי שיטות המשפט, הפועלות בחברות שסועות,⁹⁶ מנסות לשמר יציבות חברתית, בין היתר, על ידי הכרה בדרגה משמעותית של אוטונומיה תרבותית למיעוטים הבולטים שבמחוזותיהן.⁹⁷ בהודו אין מדובר בעניין של מה בכך. כך, למשל, לאחד הנוסחים של החוקה ההודית צורף נספח ובו רשימה של 12,000 (!) שבטים שונים

המשפט העליון לא עסק בשאלת חוקיותן של ההתחייבויות, אך למעשה מדובר בהתחייבויות חוזיות דומות למדי לאלה שחלו על האחים הוֹפְּר, והתחייבויות אלה נחתמו בירושלים, ולא בקנדה.

96 לדיון בהגדרת חברה כשסועה (divided) ראו גונטובניק "סובלנות במדינה יהודית ודמוקרטית", לעיל ה"ש 56, בעמ' 106. כדי שחברה תוגדר כשסועה, אין די בקיומה של שונות תרבותית קוטבית, שכן זו נחלתן של מדינות רבות. בחברה שסועה קיימת חפיפה מכרעת בין השונות התרבותית שבה לבין השיח הפוליטי שלה. כלומר, הקבוצות התרבותיות השונות הפועלות בה אינן מקדמות בהכרח את טובת הכלל, אלא דואגות לקדם את האינטרסים שלהן באמצעות הכוח הפוליטי – נתון אשר מעצים את הקיטוב החברתי העמוק ממילא.

97 AYELET HAREL-SHALEV, THE CHALLENGE OF SUSTAINING DEMOCRACY IN DEEPLY DIVIDED SOCIETIES: CITIZENSHIP, RIGHTS, AND ETHNIC CONFLICTS IN INDIA AND ISRAEL 4 (2010).

המממשים מרכיבים שונים של תרבותם באופן ממוסד.⁹⁸ אך גם האתגר ביחס לחברה הישראלית הוא כבד משקל, בהינתן מורכבות היחסים שבין חברת הגג הישראלית לחברה החרדית לגווייה ולחברה הערבית לגווייה. על רקע זה חשוב לראות כיצד התמודדה שיטת המשפט ההודית עם הדילמות שהחרם התרבותי הפנימי מעורר.

בית המשפט העליון ההודי התחבט בנוגע ליחס שראוי לנקוט כלפי החרם התרבותי הפנימי בעניין *Sardar Syedna Taher Saifuddin Saheb v. State of Bombay*.⁹⁹ באותו מקרה נדונה חוקתיותו של חוק במדינת בומביי שאסר חרם כזה (Bombay Prevention of Excommunication Act, 1949). העותר היה ראש קהילה דתית מוסלמית, שטען כי החרם הוא כלי דתי המשמש למאבק נגד הפרות דתיות מצד המאמינים. לשיטתו, החוק הפר את הוראת החוקה ההודית המעניקה לקהילות דתיות את האוטונומיה לנהל את ענייניהן הפנימיים.¹⁰⁰ הוא הצביע על כך שהחרם נועד להבטיח את המשכיות התרבותית, את אחידות האמונה ואת המשמעת הדתית. דעת הרוב קיבלה את העתירה, חרף הפגיעה הקשה שהחרם פוגע במוחרמים, בהצביעה על כך שכלי החרם שימש את הקהילה המוסלמית מקדמת דנא.¹⁰¹ אחד משופטי הרוב (Ayyangar) ציין כי –

"the identity of a religious denomination consists in the identity of its doctrines, creeds and tenets and these are intended to ensure the unity of the faith which its adherents profess and the identity of the religious views are the bonds of the union which binds them together as one community."¹⁰²

לשיטתו, החרם הוא אחד הכלים העומדים לרשות הקהילה הדתית גם בהינתן המגבלות שהחוקה ההודית מטילה על מימוש התרבות הדתית בשם הסדר הציבורי והמוסר. במקרה זה נפסל אם כן החוק על בסיס האוטונומיה הדתית, אך היה אפשר בהחלט להשתית את המסקנה הזו גם על הזכות לתרבות במובנה הרחב יותר.¹⁰³ חשוב

Shubhankar Dam, *Legal Systems as Cultural Rights: A Rights' Based Approach to Traditional Legal Systems Under the Indian Constitution*, 16 IND. INT'L & COMP. L. REV. 295, 314 (2006).

Sardar Syedna Taher Saifuddin Saheb v. State of Bombay, (1962) 2 SCR 320 ; 496 (India).

"Subject to public order, morality and health, every religious denomination or any section thereof shall have the right – (a) to establish and maintain institutions for religious and charitable purposes; (b) to manage its own affairs in matters of religion" (INDIA CONST. art. 26) קובע כי

101 מרכיב זה של פסק הדין מנותח אצל Khagesh Gautam, *Protecting Free Exercise of Religion Under the Indian and the United States Constitutions: The Doctrine of Essential Practices and the Centrality Test*, 8 VIENNA J. INT'L CONST. L. 305, 313 (2014).

102 מובא אצל Dam, לעיל ה"ש 98, בעמ' 321.

103 שם, בעמ' 322.

לשוב ולהדגיש: צידוק האוטונומיה אינו הופך את החרם לאמצעי ראוי, מוסרי או לגיטימי. הוא עומד עדיין בניגוד גמור לערכי הפלורליזם והפתיחות המחשבתית. עם זאת, צידוק זה משמיע שעלינו לשאת את מימושו לנוכח הצורך של קהילות תרבותיות לאכוף את הנורמות שלהן על חבריהן.

דוגמה נוספת להגנה שניתנה למימוש החרם התרבותי הפנימי הדתי ניתן למצוא בדרום אפריקה, שם עמדה לבחינה החלטה של בית דין של צדק של קהילה יהודית אורתודוקסית ביוהנסבורג שנדרש לסכסוך גירושים בין בני זוג יהודים. בית הדין פסק כי ילדי בני הזוג ייוותרו במשמורת האם, ונראה שהאב התקשה למלא אחר הוראותיו. על רקע זה החליט בית הדין להטיל חרם על האב, כדי לאכוף את פסק הדין. לחרם היו עלולות להתלוות תוצאות קשות מבחינת יכולתו של האב להמשיך את חייו בקהילה היהודית, והוא פנה לבית המשפט כדי שיכריז כי הכרזת החרם ניתנה לא כדין. בית המשפט דחה את בקשתו, ופסק:

"I fail to see why a *Cherem* cannot be described as a central tenet of the faith and practice of Judaism. The origin of the institution has been described as well as the need for a *Cherem* as the only way in which the Beth Din is able to enforce its rulings. It is frequently resorted to. Freedom of religion also involves the autonomy in setting guidelines for the admission of members and their discipline. The issue of the *Cherem* indeed lies at the centre of Judaism."¹⁰⁴

בכך הכיר בית המשפט בחשיבותו של החרם התרבותי הפנימי כמכשיר ראשוני במעלה לאכיפת נורמות דתיות וציות להן, גם בהתחשב בפגיעה שהוא מסב למוחרם. כאשר אנו מתרחקים מהחרם הפנימי הדתי ועוברים למתכונות אחרות של חרם תרבותי, משתנה במקרים רבים מהותה של האוטונומיה העומדת על הפרק. טלו, למשל, משפחות המחרימות בני זוג מלאומים שונים שנישאו זה לזה. זוהי תופעה קשה הפוגעת באופן עמוק ביותר במוחרמים, המנותקים לפתע מקשריהם המשפחתיים. כאן לא מעורבת בהכרח פעילות תרבותית ממוסדת, דוגמת טקס חרם במוסד תפילה שמטרתו להוקיע את המוחרמים לפני עדה וקהילה. החרם הוא תוצר של פעילות אינטימית יותר, ונראה כי דווקא אינטימיות זו היא שמבססת את הזכות לאוטונומיה בעוצמה המקשה עוד יותר התערבות משפטית. כל עוד אין מדובר בגילויי אלימות המופנים כלפי בני הזוג, יהיה קשה לשיטת המשפט להתערב בעניינים המשפחתיים הפנימיים הללו. ושוב, גם אם אנו סבורים כי החרם עצמו שגוי מבחינה נורמטיבית, עדיין אין בכך כדי לבסס התערבות משפטית.

Taylor v Kurtstag NO, Rabbi MA (in his capacity as Rosh Beth Din) case no. 24825/03 104 George N. Barrie, *Judicial Review and* מובא אצל (unreported) of 15-09-2004 (W), para. 56 *Religious Freedom in South Africa*, 2005 J. S. AFR. L. 162, 165

5. מגבלות בנוגע למימוש החרם התרבותי הפנימי

(א) נזקים מותרים ונזקים שאינם מותרים

גם אם כלי החרם התרבותי הפנימי נופל בגדר הגנת האוטונומיה התרבותית, עדיין אין פירושה של דברים שיכול להיעשות בו שימוש חסר גבולות. ניתן לתאר גילויים של חרם שצריכים ליפול אל מחוץ למעגל הסובלנות, ואשר יצדיקו תגובת נגד משפטית. מהם אותם גבולות? אלה צריכים להיות רחבים למדי. עצם נקיטתו של אמצעי החרם באה לגרום נזק למוחרם. זהו צעד הנעשה מתוך מחשבה תחילה. לכן, ככל שאנו סבורים כי נקיטת צעד זה נופלת בגדר האוטונומיה התרבותית או האישית, ממילא נאמר שנהיה נכונים, כשיטת משפט, לשאת את הנזקים שהחרם התרבותי הפנימי מסב לקורבנותיו ולהשלים עימם. טלו את אחת מהטלות החרם המפורסמות בהיסטוריה: החרם שהוטל על צעיר יהודי בן עשרים וארבע – ברוך שפינוזה – ביום 27.6.1656, כפי שנרשם בספר הקהילה היהודית הפורטוגזית שבאמסטרדם:

"האדונים מן המעמד [קרי, הפרנסים] מודיעים לכבוד מעלתכם כי מאחר שמזה זמן נמסר על השקפותיו ומעשיו הרעים של ברוך דה אספינוזה, והם ניסו בדרכים ובהבטחות שונות להשיבו מדרכיו הרעים, אך לא עלה בידם לתקנו, ואדרבה, כל יום הגיעו לידיעתם ידיעות נוספות על כפירות נוראות שעשה ושלימד, ומעשים עצומים שחולל, ויש בידם עדויות רבות וראויות לאמון שנמסרו כולן בנוכחותו של אספינוזה הנ"ל ושכנעו אותם, וכולן נבחנו בנוכחות האדונים החכמים [קרי, הרבנים], לכן נמנו וגמרו על דעתם של אלה כי אספינוזה הנ"ל יוחרם וינודה מעדת ישראל, והרי הם מטילים עליו את החרם דלהלן:

'בגזירת עירין ובמאמר קדישין אנו גוזרים חרם, נידוי, אלה ושמטא על ברוך דה אספינוזה, בהסכמת האל יתברך וכל הקהל הקדוש הזה... ארור יהיה ביום וארור בלילה, ארור יהיה בשכבו וארור בקומו, ארור בצאתו וארור בבואו, וא[דוני] לא ירצה בכפרתו ותבער בו חמת א[דוני] וקנאתו... ואתם הדבקים בא[דוני] א[להיכם] חיים כולכם היום'.
ואנו מזהירים שאיש אינו רשאי להתקשר עמו בעל־פה או בכתב, ולא לעשות לו שום טובה, ולא לשהות עמו תחת קורת גג אחת... ולא לקרוא שום חיבור שעשה או שכתב."¹⁰⁵

כפי שניתן להתרשם, החרם שהוטל על שפינוזה פוגעני במיוחד. הוא לא רק מאפיין את המוחרם ככופר בדרכי האל, אלא גם מתארו כמי שדרכיו רעות, ונוסף על כך מטיל עליו שורה אימתנית של קללות האמורות לעטוף אותו בכל חייו ובכל מקום. פגיעה קשה נוספת היא האיסור לבוא במגע עם המוחרם – הן במגע פיזי והן במגע רעיוני. אסור להתקשר עימו, וגם בכתביו אסור לקרוא. על כל זה

105 יובל, לעיל ה"ש 89, בעמ' 5.

יש להוסיף את פומביותו של המהלך: תהליך הטלת החרם נעשה בריש גלי, בטקס רב רושם שנערך בנוכחות הפרנסים והרבנים, והמלל שלו נכתב בספר הקהילה, כדי שהכל יוכלו לעיין וללמוד בו גם בעתיד לבוא (ואכן הוא שרד עד ימינו אלה, מרחק של מאות שנים ממועד הטלתו).¹⁰⁶ מדובר באקט של ביזוי והשפלה, של ביוש ברמתו הגבוהה ביותר. אולם נזקים אלה, עד מידה מסוימת, הם אינהרנטיים לחרם התרבותי הפנימי הדתי ביהדות, כמו גם בדתות נוספות, ונראה שיש לשאת אותם. לא אנו מחברים את הטקס הדתי, על מרכיבי הביוש הקיימים בו, ונראה שמצב דברים שבו שיטת המשפט תכפה על הקהילות התרבותיות שינויים בלשון הטקס תשקף התערבות לא מידתית בחופש הדת ובאוטונומיה של הקהילות התרבותיות. עם זאת, ובהינתן העובדה שגם לאוטונומיה ולחופש הדת יש גבולות, השאלה (המורכבת) היא אפוא מתי יש לומר שהנזקים הנלווים לחרם הם כאלה שיצדיקו התערבות משפטית. מתי הם יחרגו מרף הסבולת הרחב?

כדי לגבש את גבולות הסובלנות, ראוי להבחין בין סוגים שונים של נזקים ומחירים. ברי (Barry) ערך ניתוח כזה. הוא הבחין בין כמה סוגי נזקים הנלווים להפסקת החברות בקהילה. יש נזקים שמדינה המחויבת לערכי יסוד ליברליים חייבת להשלים עימם, ואינה יכולה לנקוט צעדים משפטיים כדי לאוסרם. אלה הם "המחירים ההכרחיים" (intrinsic costs),¹⁰⁷ הנלווים לצעד של הפסקת החברות בקהילה ככזה. זהו נזק שאי-אפשר להימנע ממנו אלא אם כן נשלול מלכתחילה את האפשרות להפסיק את החברות בקהילה. כך, למשל, אם הכנסייה הקתולית תטיל חרם על מי שפרסם ספרים הנוגדים את עיקריה ותפסיק את חברותו בה, הדבר יפגע כמובן במי שחברותו בקהילה נפגעה. פגיעה זו אינה ניתנת לתיקון על ידי המדינה. אכן, ניתן לקבוע שהחרם עצמו הוא לא חוקי, אך עדיין מותר לקבוצה דתית, גם במדינה ליברלית, להחליט שהיא אינה מעוניינת עוד במגע עם מי שסטו מעיקרי האמונה כפי שהיא רואה אותם. על רקע זה יש להשלים עם הנזקים ההכרחיים הנלווים לחרם, ואלה אינם ראויים לתגובת נגד של שיטת המשפט.¹⁰⁸ בעניין זה חשוב לחזור ולהזכיר שנזקים אלה עלולים להיות כבדים מאוד. הפסקת החברות בקבוצה יכולה לפגוע במוחרמים במעגלי חיים אינטימיים, ולגדוע קשרים עם חברים ועם בני משפחה. במקרים רבים הפגיעה נוגעת לא רק במי שפועלים בניגוד לאורחות הקהילה, אלא גם בבני משפחותיהם, אשר לא "חטאו", אלא רק נקלעו לעין הסערה על לא עוול בכפם. אך גם במחירים אלה אפשר לראות מחירים הכרחיים, הנלווים בלית בררה להפסקת החברות. מקום שאנו מכירים ביכולתן של קהילות תרבותיות להפסיק חברות בהן ולאכוף הפסקה זו באמצעי לחץ חברתיים, עלינו להשלים עם מחירים אלה. כמו כן, במקרים רבים האיום בחרם מניא חברי קבוצה מלהתנהל

106 תצלום של כתב החרם נכלל במקבץ התמונות והצילומים המופיע שם, אחרי עמ' 8.

107 BARRY, לעיל ה"ש 84, בעמ' 150.

108 שם, בעמ' 151.

באופן חופשי בתוך קבוצתם. אולם גם בכך אין כדי להצדיק התערבות, שכן אי-אפשר – גם לא לנוכח נזק זה – לשלול את האפשרות של קבוצה להפסיק חברות בה.¹⁰⁹ סוג נוסף של נזקים שקשורים להפסקת החברות בקבוצה הוא מה שברי מכנה "נזקים קהילתיים" (associative costs). כך, חברי הקהילה הנותרים יכולים לבקש להפסיק את ההתקשרות עם מי שסולק מהקבוצה. גם התנהלות זו היא לגיטימית בחברה הנאמנה לערכי יסוד ליברליים. ברי מסביר כי חברים במדינה ליברלית רשאים להיות גם צרי אופקים, אם זה רצונם. עם זאת, ביחס לגילויים מסוימים של נזקים אלה תהא המדינה רשאית (אך לא חייבת) להתערב.

אולם יש נזקים שאין להשלים עימם. אלא הם "הנזקים החיצוניים" (external costs), הכוללים, למשל, פיטורים ממקום העבודה על רקע הפסקת החברות, אף כאשר אין קשר בין הזהות התרבותית של העובד לבין עבודתו. כאן, ככל שפיטורים אלה נוגדים את הדין הכללי (למשל, חקיקת עבודה המחילה שוויון במקום העבודה), יש לסווגם כאסורים מבחינה משפטית. לדוגמה, אם ההורים שלך יחרימו אותך על רקע בחירתך להינשא לבן/בת דת אחרת, לא נראה שיש מקום להתערבות משפטית, אך אם כתוצאה מכך ינסו למנוע ממך את האפשרות לראות את הילדים שלך, כאן בהחלט יש מקום להתערבות כזו.¹¹⁰

לסיכום, יש מחירים שאסור למדינה לנקוט צעדים נגדם (מחירים הכרחיים), יש מחירים שהמדינה רשאית לנקוט צעדים נגדם (נזקים קהילתיים), ויש נזקים שהמדינה חייבת לנקוט צעדים נגדם (נזקים חיצוניים).¹¹¹

109 שם, בעמ' 153.

110 שם, בעמ' 152.

111 שם, בעמ' 150. למען שלמות התמונה יש לציין שברי סבור כי במקרה שבו החרם צפוי להוביל לחורבן כלכלי כבד יש לשקול את אמצעי הפיצוי כדי להגיע לתוצאה מאוזנת יותר. הקהילה תוכל להחרים, אך יהיה מקום, במקרים המתאימים, להעניק לגורמים המוחרמים פיצוי כלכלי (שם, בעמ' 153). מתכונת הפיצוי תהיה תלויה בנסיבות הרלוונטיות. כך, למשל, אם החרם צפוי לגרום להתמוטטות זמנית בלבד של עסקו של המוחרם, מן הראוי ליתן לו את האפשרות לקבל תשלום מחברי הקבוצה המחרימה באופן שיאפשר לעסק שלו לשרוד עד שהוא יגייס לקוחות חדשים. אך אם מדובר במצב שבו הקבוצה התרבותית היא דומיננטית באזור גיאוגרפי מסוים, ולא צפויה תקומה בעתיד לעסקו של המוחרם, מן הראוי ליתן לו פיצוי כספי שיאפשר לו להעתיק את פעילותו למקום אחר. ברי מסביר כי אין הוא רואה מדוע מימוש חופש ההתאגדות של הרוב בנסיבות אלה צריך להיות חסר עלויות (שם, בעמ' 154). נראה לי כי גישתו זו של ברי מרחיקת לכת. יש מקרים שבהם אקט החרם שהקהילה נוקטת כולל התחשבות מהסוג שברי מתייחס אליה. כך, כפי שראינו, ביהדות, כאשר מדובר בנידוי, מוטלת חובה לשמור על היכולת הכלכלית של המנוודה לשרוד, מכיוון שהוא נחשב עדיין חלק מהקהילה (ראו לעיל ליד ה"ש 26). אולם ברי צועד צעד נוסף: הוא מעוניין להטיל חובה כזו גם במקרה של חרם, ולא נידוי, כלומר, גם כאשר הקהילה אינה רואה עוד את המוחרם כמשתיך אליה. בנסיבות אלה גישתו משקפת לטעמי התערבות יתר בתפיסת הקהילה התרבותית ופגיעת יתר בזכות לתרבות שלה. יש להחיל את גישתו זו של ברי רק כאשר מתקיימות נסיבות נדירות שבהן מוצדק לסלק את הסוטה מדרכי הקהילה ממקום מגוריו והוא נעדר משאבים כלכליים לממש את זכות היציאה שלו (ראו לעיל ליד ה"ש 86).

את גבולותיו של החרם התרבותי הפנימי ניתן לגבש לא רק על בסיס הנזקים הנגרמים למוחרמים, אלא גם מתוך מבט כללי יותר על הפגיעה באינטרסים הציבוריים הכלליים ובעקרונות היסוד של השיטה. סומר מציע פרמטרים אחדים המבחינים בין שיפוט פנימי קהילתי לגיטימי לבין כזה שאינו לגיטימי. היות שהשיפוט הפנימי יכול להוביל במקרים רבים להטלת חרם, פרמטרים אלה קשורים ישירות לענייננו. סומר מציע לבחון, ראשית, את מידת ההשתייכות לקהילה של מושא הסנקציה, ובפרט אם מדובר בהשתייכות פורמלית ואם הקהילה מוגדרת. נוסף על כך הוא מציע לבחון אם ההתנהגות מושא הסנקציה קשורה באופן חיוני ומהותי לעצם ההשתייכות לקהילה; אם ההתנהגות מושא הסנקציה היא כזו שלחברה הכללית יש תועלת בשמירה עליה – למשל, עקב היותה זכות יסוד; ואם לסנקציות המופעלות יש אופי חברתי או נורמטיבי-משפטי, ובכלל זה באיזו מידה הזכויות הנשללות הן זכויות בסיסיות.¹¹²

על רקע מושגיות זו נחזור אל השאלה אילו מגבלות משפטיות יש להטיל על מימוש החרם התרבותי הפנימי. המגבלות המשפטיות הרלוונטיות יכולות להיות מסוגים שונים. במאמר זה אתרכו בשלושה: הטלת אחריות נזיקית בגין הטלת החרם; הכרזה משפטית על ביטול החרם לנוכח מעורבות של כוח שלטוני ביצירתו או באכיפתו; ופגמים בהוגנות ההליך המצדיקים סעד משפטי. ביחס לכל אחד מהתחומים הללו נבחן את השאלה מתי ייחצה הקו האדום שיצדיק התערבות שיפוטית. אגב הדיון בסוגיה זו, שתסיים את המאמר, אתייחס גם לפרמטרים שהציע סומר, שאת חלקם אציע לאמץ ומחלקם אציע לסטות.¹¹³

(ב) אחריות נזיקית בגין חרם תרבותי פנימי

אחד השדות המשפטיים הרלוונטיים להתמודדות עם הנזקים שהחרם התרבותי גורם למוחרמים הוא המישור הנזיקי. האם נזקים אלה בני פיצוי? מבחינה משפטית, לא כל נזק שנגרם לו לאדם הוא בר פיצוי. לא כל נזק מעשי הוא גם נזק נורמטיבי המצדיק פיצוי. אלא שכאן מדובר, כאמור, בנזק המוטל בכוונת מכוון. כל מטרת החרם התרבותי הפנימי היא לפגוע במוחרם, והכל כדי לאכוף את הנורמות התרבותיות הנוהגות בקהילה. האין לומר שלנוכח התכנון והכוונה יש לפצות את המוחרם על הנזקים הנגרמים לו? לטעמי, הגישה הראויה לאימוץ בעניין גבולות המותר והאסור היא זאת: נזקים הקשורים באופן הדוק למעשה החרם התרבותי הפנימי לא יובילו לאחריות נזיקית, גם אם הם נובעים ממרכיב מכוון של ביוש, אלא אם כן הם חורגים מרף הסבולת הראוי של מימוש האוטונומיה התרבותית. אכן, מדובר בגישה עמומה, אך כפי שיהיה אפשר להתרשם להלן, גם יסודות האחריות הנזיקית נשענים על מושגי סתום עמומים, והגישה שהצעתי נותנת בכל זאת אמת מידה מנחה לגיבוש האחריות. היא מעניקה שוליים רחבים מאוד למימוש החרם התרבותי הפנימי, היא מכירה בעובדה שמימוש זה

112 הלל סומר "אין דין (או הסכם) אך יש דין? שפיטה לא-הסכמית בידי גופים פרטיים" משפט וממשל ז 53, 64–71 (2004).

113 ראו להלן ה"ש 119, 130, 132 ו-134 והטקסט שלידין.

כרוך בנזקים הכרחיים וקהילתיים שאין מקום להתערב בהם באופן משפטי, ובכל זאת מותרת גמישות שיפוטית בכל הנוגע בעיצוב הקו האדום שממנו והלאה יחובו מטילי החרם בחבות נזיקית בגין הביוש המכוון שהם עורכים. כדי לבחון את הדברים באופן פרטני יותר, ראוי לקבל השראה משיטת המשפט האמריקנית, שהתחבטה בנוגע לגבולות האחריות הנזיקית בגין חרם. התוצאות שאליהן הגיעו בתי המשפט בארצות הברית ביחס למה שניתן לכנות "עוולות דתיות"¹¹⁴ הן מגוונות, אך משקפות ככלל מידת הגנה רחבה למימוש החרם התרבותי הפנימי הדתי.

אחת העוולות הנזיקיות הנוהגות במדינות שונות בארצות הברית היא עוולת הגרימה המכוונת של "מצוקה נפשית חמורה" (intentional infliction of emotional distress). אחד מיסודות העוולה הוא התנהלות קיצונית ושערורייתית (extreme and outrageous conduct)¹¹⁵. האם חרם תרבותי פנימי, שמיועד להסב את הנזקים הנלווים אליו, משקף התנהלות קיצונית ושערורייתית? בעניין *Paul v. Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc.*¹¹⁶ קבע בית המשפט הפדרלי לערעורים כי הטלת אחריות נזיקית בגין חרם של עדי יהוה תפגע בזכות החוקתית לחופש הדת. אכן, לעיתים ניתן להגביל את חופש הדת, אך בית המשפט הוסיף וקבע כי לא קיים אינטרס ציבורי כבד משקל דיו שיצדיק התערבות משפטית במימוש החרם התרבותי הפנימי. לעומת זאת, בית המשפט העליון של אוקלהומה הגיע לתוצאה שונה בעניין *Guinn v. Church of Christ of Collinsville*¹¹⁷. באותה פרשה נכרך הליך החרם באקט פומבי שבו צוינו חטאיה של המוחרמת, שבאו לידי ביטוי בקיום יחסי מין מחוץ לקהילה. התובעת, שהיא המאמינה המוחרמת, ניסתה להימנע מהביוש הנלווה לחרם על ידי כך שפרשה ביוזמתה מהכנסייה לפני הטקס המשפיל, אך ללא הועיל – הטקס התקיים כמתוכנן. בית המשפט העליון קבע כי יש לפצותה. נפסק כי אילו התנהל הטקס כאשר התובעת הייתה חברת הקהילה, הוא היה מוגן תחת חופש הדת, אך מכיוון שהוא התנהל לאחר שהיא פרשה ממנה, לא עומדת עוד ההגנה לקהילה, ולתובעת הוענק פיצוי של 400,000 דולר. נפסק כי לכנסייה לא עמד אינטרס בעוצמה מספקת לאכוף נורמות דתיות על מי שהפסיק להיות חבר בה. לטעמי, הגם שניתן להסכים לתוצאה שאליה הגיע בית המשפט העליון של מדינת אוקלהומה, לא נראה לי שההנמקה שהוא בחר עומדת במבחן הביקורת. קו אחד של ביקורת ניתן למצוא אצל גרינוולד (Greenawalt), שניתח את הסוגיה באופן כללי. לשיטתו, כאשר אדם בוחר להצטרף לשורותיה של קהילה דתית, עליו לדעת שהוא יהיה

114 ראו את המונח אצל Daryl L. Wiesen, *Following the Lead of Defamation: A Definitional Balancing Approach to Religious Torts*, 105 YALE L.J. 291, 291–292 (1995).

115 עוולה זו מוגדרת ב־Restatement (Second) of Torts § 46(1) (1965) באופן הבא: "One who by extreme and outrageous conduct intentionally or recklessly causes severe emotional distress to another is subject to liability for such emotional distress, and if bodily harm to the other results from it, for such bodily harm"

Paul v. Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc., 819 F.2d 875 (9th Cir. 116 1987).

117 *Guinn v. Church of Christ of Collinsville*, 775 P.2d 766 (Okla. 1989) (להלן: עניין *Guinn*).

כפוף לטקסים דתיים בהתאם לאורחותיה. לכן עליו להיות מוכן לקבל, בין היתר, את המחירים הנלווים לחרם הדתי, מקום שהוא מוטל.¹¹⁸ קן ביקורת זה מאמץ בסיס מעין-חוזי לבחינת הסוגיה: קיימת הסכמה מפורשת או משתמעת מצד המוחרמים לקבל סנקציות דתיות, ולכן נשמטת הקרקע מתחת לטענתם שמגיע להם פיצוי נזיקי עליהן.¹¹⁹ ספק בעיניי אם גישה חוזית זו יכולה להתמודד עם הדילמה שעל הפרק. היא בוודאי אינה יכולה לחול על מי שלא הצטרפו לקהילה, אלא נולדו לתוכה. אולם אף אם ניטול את אלה שהצטרפו באקט רצוני לקהילה דתית מסוימת, הסכמה זו אינה צריכה להוות צידוק לפגיעה בזכויות יסוד מקום שהפגיעה אינה מוצדקת. על שיטת המשפט להתערב גם מקום שאינטרסים נפגעים בהסכמה אך באופן שאין להשלים עימו.

ביקורת משכנעת יותר נגד ההנמקה שבה השתמש בית המשפט העליון של אוקלהומה בוחנת את הדברים לא מזווית הראייה של המוחרם, אלא מזו של הקהילה. יש לזכור כי החרם אינו מיועד רק להעביר מסר לסוטים מאורחות הקהילה, אלא אמור לשמש גם אות לשאר חבריה, כדי שיראו מה דינם של אלה הסוטים מאורחותיה. לכן יכול להתקיים טעם בעריכת הטקס גם לאחר שהמוחרמים כבר פרשו מהקהילה, וזאת כדי לקדם את המשמעת בין החברים הנותרים מאחור לאחר פרישת המוחרם. אכן, רציונל זה הוביל לדחיית תביעות דומות נגד כנסיות נוצריות לפני יותר ממאה וחמישים שנה בארצות הברית,¹²⁰ וההיגיון שהוביל לדחייתן בימים ההם יפה גם לזמן הזה. לכן העובדה שחבר הקהילה פרש קודם לכן אינה שומטת את הקרקע מתחת לאינטרס הדתי המגולם בחרם התרבותי הפנימי. אם כן, מדוע ניתן לומר בכל זאת שהתוצאה שאלה הגיע בית המשפט נראית ראויה? מכיוון שטקס החרם כלל חשיפה פרטנית בפומבי של הרגליה המיניים של התובעת. זוהי פגיעה אנושה בפרטיות, שלא נראה כי ניתן להצדיקה. לא צריכה להיות מניעה לקיים את טקס החרם כלפי מי שכבר אינו חבר הקהילה, אך גם לאופן עריכת הטקס צריכים להיות גבולות, ואי-אפשר לפרוץ את כולם בשם חופש הדת או הזכות לתרבות.¹²¹ לכן, ובניגוד לקביעה של בית המשפט העליון של מדינת אוקלהומה, גם אילו נותרה התובעת חברת הקהילה, לא הייתה הצדקה להטיל עליה את עוצמת הביוש הזו, החורגת מרף הסבולת של מה שמותר לעשות בשם האוטונומיה התרבותית.

Kent Greenawalt, *Freedom of Association and Religious Association*, in FREEDOM OF ASSOCIATION 109, 129 (Amy Gutmann ed., 1998).

119 גישה זו עולה בקנה אחד עם אחד השיקולים שמציב סומר (לעיל ה"ש 112, בעמ' 65–67), שלפיו יש לבחון את מידת השתייכותו של הנפגע לקהילה, אם מדובר בהשתייכות פורמלית ואם הקהילה מוגדרת. אם אין השתייכות פורמלית לקהילה, קשה לבסס הסכמה לקיומו של שיפוט קהילתי פנימי.

120 ראו את הדיון אצל Esbeck, לעיל ה"ש 38, בעמ' 99–100, שם מובא פסק הדין בעניין Farnsworth v. Storrs, 59 Mass. (5 Cush.) 412 (1850). באותו מקרה קבע בית המשפט כי "[o]ne great purpose of an act of church discipline is, that it may have a salutary influence upon the whole religious body, of which the offender is a member". שם, בעמ' 414.

121 לדיון בכך ראו להלן ליד ה"ש 129.

המסקנה העולה מניתוח הדברים עד כה היא שיש להגן ככלל על הגילויים הטיפוסיים של החרם התרבותי הפנימי מפני הטלת אחריות נזיקית בגין מימוש. לפיכך יש לנקוט ריסון שיפוטי בהטלת אחריות נזיקית, אך זאת בכפוף לעמידה של המחרימים ברף הסבולת של עוצמת הביוש.

גישה שיפוטית עוינת להטלת אחריות נזיקית בגין חרם תרבותי פנימי ניתן למצוא גם ביחס לעוולת לשון הרע. החרם הרי בא לבייש, וביוש כרוך בהשפלה. לפיכך יש לכאורה מקום לטענה כי בהטלת החרם הקהילה מוציאה את דיבתו של המוחרם רעה, ולכן קם בסיס לחייבה בנזיקין. אלא שגם ביחס להטלת אחריות נזיקית בגין אפיק זה ניתן לאתר גישה זהירה מצד בתי המשפט בארצות הברית,¹²² אם כי לא הכל תמימי דעים שהיא רצויה.¹²³

האם הגישה האמריקנית, העוינת הטלת אחריות נזיקית בגין מימוש החרם התרבותי הפנימי, ראויה לאימוץ בישראל? התשובה אינה חדה וברורה. יש להיזהר מפני ייבוא מהיר ואוטומטי של גישה זו למקומותינו לנוכח ההבדל המשמעותי בין החוקתיות האמריקנית לחוקתיות שלנו. כידוע, עקרון הפרדת הדת מהמדינה הוא אחד מעקרונות היסוד הבסיסיים בחוקתיות האמריקנית. על רקע זה בתי המשפט בארצות הברית מגלים רתיעה מובהקת מפני התערבות בעניינים פנימיים של קהילות דתיות ובסכסוכים פנים-דתיים, שכן התערבות כזו כרוכה במקרים רבים בצורך להיכנס לעובי הקורה של

122 הסוגיה נדונה בעניין Pfeil v. St. Matthews Evangelical Lutheran Church of the Unaltered Augsburg Confession of Worthington, 877 N.W.2d 528 (Minn. 2016). באותו מקרה קיבלו זוג מאמינים השייכים לקהילה נוצרית לותרנית הודעה משני כמרים בקהילהם כי הם יוחרמו עקב מעורבותם בהוצאת דיבה וברכילות נגד הכנסייה. לפי כלליה של הקהילה התכנסה אספה של הכנסייה כדי לאשר או לבטל את החרם. במהלך הדיון התברר כי בני הזוג האשימו את אחד הכמרים בגנבה של כספי הכנסייה, אך למרות זאת אושר החרם בסופו של יום. בני הזוג הגישו תובענה אזרחית בגין עוולת הרשלנות ולשון הרע. הם טענו כי אין לנקוט כאן הנסגת דעת (deference) מפני שיקול הדעת הכנסייתי, שכן אין מדובר בהתנהלות הנוגעת באורחות חיים דתיים, אלא במלחמה בשחיתות בתוך הקהילה. בית המשפט העליון של מדינת מינסוטה קבע כי רשויות דתיות אינן אחראיות בלשון הרע לאמירות כלפי חברי קהילה הנאמרות במסגרת אכיפת משמעת, דוגמת חרם תרבותי פנימי. דעת הרוב קבעה כי גישה אחרת תוביל למעורבות עמוקה מדי של ערכאות שיפוטיות בענייני הקהילה הדתית, תוך הפרה של הזכות החוקתית לחופש הדת. דעת המיעוט קבעה כי בנסיבות העניין בדיקת טענות המוחרמים לא תוביל למעורבות בעניינים דתיים של הכנסייה, שכן הסוגיה שהם העלו לא נגעה במימוש דתי. על רקע זה נראה כי הן דעת הרוב הן דעת המיעוט היו מגיעות לאותה תוצאה אילו דובר בחרם תרבותי פנימי כתוצאה מסטייה מפרקטיקה דתית. אכן, כאשר מדובר בחרם בגין טענות אישיות נגד נושאי תפקיד בקהילה, מצב הדברים קשה יותר להכרעה, אך לטעמי גם בעניין זה אין זה ראוי להטיל אחריות נזיקית בגין מימוש הטקס הדתי. כזכור, גם ביהדות שתיים מעילות החרם הן ביזוי חכמים וביזוי שליחי בית דין (ראו לעיל ה"ש 14).

123 Jeremy D.F. Krahn, *Constitutional Law: If These Walls Could Talk: Giving Undue Deference to Religious Actors by Expanding the Ecclesiastical Abstention Doctrine – Pfeil v. St. Matthews Evangelical Lutheran Church of Unaltered Augsburg Confession*, 43 MITCHELL HAMLINE L. REV. 304, 326 (2017).

דוקטרינות דתיות,¹²⁴ וכניסה זו חותרת תחת ההפרדה החוקתית שבין דת למדינה. החוקתיות הישראלית אינה מחויבת לעקרון הפרדת הדת מהמדינה, ודי אם נמחיש זאת במחויבות של שיטתנו המשפטית לערכים יהודיים ודמוקרטיים.¹²⁵ עם זאת, הגישה האמריקנית ראויה לאימוץ גם אצלנו לא בגין הפרדת הדת מהמדינה, אלא בגין האוטונומיה הדתית והזכות לתרבות. לחוקתיות הישראלית יש מרכיב רב-תרבותי בולט, והיא מכירה באוטונומיה תרבותית מקיפה של הקבוצות השונות המרכיבות את החברה הישראלית. הכרה זו משליכה על גבולות הסובלנות ועל הצורך לשאת את הגילויים הטיפוסיים של החרם התרבותי הפנימי. הכרה בחבות נזיקת משמעותית תסכל את המחויבות החוקתית הראויה לסובלנות, שצריכה לנהוג במקומותינו.

על כן גם בישראל מימוש החרם התרבותי הפנימי לא צריך להוביל ככלל לחבות נזיקת. כך, למשל, הגם שניתן לטעון כי הטלת החרם מהווה לשון הרע בהתאם לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965,¹²⁶ ראוי שתעמוד למטיל החרם הגנה מפני הטלת אחריות אזרחית או פלילית בגין פרסום לשון הרע;¹²⁷ וגם אם ניתן לשקול לשאוב את העולה האמריקנית של גרימה מכוונת של מצוקה נפשית חמורה¹²⁸ למסגרת עוללת הרשלנות הנזיקת שלנו, יש להימנע מהטלת אחריות נזיקת בגין מימוש החרם התרבותי הפנימי. הגנה זו מפני חבות נזיקת מתבקשת אם ברצוננו לפרוש עליו את הגנת האוטונומיה התרבותית. כאן המקום לשוב ולהדגיש: הגנה זו אין פירושה שיש להכיר בחרם זה כראוי מבחינה מוסרית, אלא רק שיש להותיר אמצעי זה לשימושן של הקבוצות התרבותיות לשם אכיפת הנורמות שלהן בתוכן פנימה. הגנה זו אינה מוחלטת, והצידוק התרבותי אינו יכול לשמש בסיס לכל התנהלות מכל סוג. ניתן לפרוש את ההגנה מפני חבות נזיקת על טקסים תרבותיים הכוללים מימד של ביוש, שהוא חלק אינהרנטי מהטקס הדתי או התרבותי. ניתן לספוג במתחם הסובלנות שיש לאמץ גם הוקעה מביישת של המוחרם בדמות קללות שיקולל, כמקובל בטקסים דתיים רבים. אך גם להשפלה צריכים להיות גבולות. כך, כפי שעלה בעניין *Guinn*,¹²⁹ חשיפת הרגלים מיניים של המוחרם תוך פגיעה אנושה בפרטיותו צריכה להיות מחוץ לתחום. השפלה שאינה

124 לסקירה ראו שם.

125 לדיון ראו גונטובניק "סובלנות במדינה יהודית ודמוקרטית", לעיל ה"ש 56, בעמ' 107-112.

126 החוק קובע כי לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול "להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם" (ס' 1(1) לחוק), וכן "לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו" (ס' 1(2) לחוק). חרם תרבותי פנימי עונה בנקל על הגדרות אלה. כאמור, מטרתו היא להשיג מטרת אלה, ובאופן מובהק, כדי לאכוף נורמות תרבותיות.

127 אחת ההגנות הבאות בחשבון היא זו של ס' 15(3) לחוק, הקובע כי "במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע תהא זאת הגנה טובה אם הנאשם או הנתבע עשה את הפרסום בתום לב באחת הנסיבות האלו: ... (3) הפרסום נעשה לשם הגנה על ענין אישי אשר של הנאשם או הנתבע, של האדם שאליו הופנה הפרסום או של מי שאותו אדם מעונין בו ענין אישי אשר". ניתן לטעון כי אכיפת נורמות תרבותיות מהווה ענין אישי אשר של הנתבע או של האדם שאליו הופנה הפרסום.

128 ראו לעיל ליד ה"ש 115.

129 ראו לעיל ה"ש 117.

נובעת באופן הדוק ממטרותיו התרבותיות של מעשה החרם הפנימי צריכה להיחשב כחורגת מגבולות הסובלנות, ולהוביל לאחריות נזיקית.¹³⁰ כך, למשל, הגנה מפני אחריות בגין לשון הרע מצריכה במקרים רבים פעולה בתום לב. חריגה כזו תוכל לשלול את ההגנה, שכן המחרימים לא ייחשבו עוד כמי שפועלים בתום לב, ובכך יעמידו את עצמם בסיכון להטלת אחריות נזיקית בגין האופן שבו מומש החרם. חריגה כזו תוכל לבסס גם את עוולת הרשלנות – את אותה התנהלות קיצונית ושערווריתית היכולה להביא לידי הטלת אחריות בנזיקין.

עם זאת, יש להיזהר מפני הטלת סנקציות משפטיות רק משום שהחרם מתנגש באינטרסים ציבוריים מהותיים או בערכים שחברת הגג מייחסת חשיבות למימושם. כזכור, אחד הצידיקים החשובים להכרה באפשרות של קבוצה תרבותית לממש חרם תרבותי פנימי נעוץ במחויבות לערך הסובלנות.¹³¹ שמירה על מחויבות לערך הסובלנות היא קלה כאשר הקהילה התרבותית מחרימה חבר שפעל באופן שאינו מקובל גם על חברת הגג, וכאשר המחרימים מבקשים לאכוף נורמות שאנו יכולים להזדהות עימן בקלות. קל לגלות סובלנות ביחס לקהילות המקבלות על עצמן ערכי יסוד ליברליים. מבחנה האמיתי של הסובלנות הוא דווקא מול תכנים מקוממים, ודווקא כלפי קבוצות תרבותיות הדוחות את העולם הנורמטיבי הליברלי. מטבע הדברים, בענייננו, מבחנה המובהק הוא מול התנהלות שאינה מקובלת עלינו ואשר עומדת בסתירה לערכי היסוד שלנו ולאינטרסים ציבוריים שחשובים לנו.¹³² עיצוב גבולות האחריות בהתאם לחשיבותו של האינטרס הציבורי העומד על הפרק עלול להוביל לפגיעה לא מידתית בסובלנות ובאוטונומיה התרבותית.

130 בכך אני סבור שראוי לאמץ בעיקרה את אמת המידה שהציע סומר ולבחון את הקשר בין ההתנהגות מושא הסנקציה לבין ההשתייכות הקבוצתית. סומר סבור כי על הקשר להיות חיוני ומהותי (סומר, לעיל ה"ש 112, בעמ' 67). לטעמי שלי ניתן להסתפק במהותיות הקשר, ואין צורך לדרוש גם חיוניות, שכן דרישה אחרונה זו פוגעת יתר על המידה באוטונומיה התרבותית.

131 ראו לעיל ליד ה"ש 56.

132 על רקע זה אני סבור שיש להיזהר מפני יישום אמת המידה הנוספת שמציע סומר, הבאה לבחון אם הסנקציה מוטלת על זכויות שיש בהן אינטרס חברתי (סומר, לעיל ה"ש 112, בעמ' 68). סומר מעלה את החשש שהקבוצות יפעלו למנוע את חבריהן מלממש פעילות שיש אינטרס ציבורי במימושה. לשם המחשה הוא מציג דוגמה של הפעלת לחץ על חברי הקבוצה נגד טיפולים רפואיים בילדים. הבה נתמקד בדוגמה זו. לטעמי, בנסיבות המתאימות ניתן בהחלט לכפות טיפול רפואי בילדים על חברי הקבוצה המתנגדים לכך, וזאת בשם ערך החיים והאינטרס הציבורי המובהק. עם זאת, לא יהיה מקום להתערב בהטלת חרם מצד חברי הקבוצה על חברים אחרים שבחרו לאפשר טיפול רפואי כאמור, בניגוד לגישה הרווחת בקבוצה. כאמור, השאלה המרכזית שיש לשאול היא עד כמה הפעילות המוחרמת קשורה בקשר מהותי למימושה התרבותי של הקבוצה. מימוש זה יכול לכלול גם ערכים שהחברה הכללית מתנגדת להם. עם זאת, גם ביחס לפרמטר זה היישום הוא עניין של מידה. כך, למשל, כאשר הפרקטיקה התרבותית באה לקדם התנהלות אשר אסורה בפלילים, כזו העולה כדי נורמה שהיא בבחינת רע כשלעצמו (malum in se), ניתן לשקול הטלת אחריות משפטית על המחרימים – הן במישור האזרחי הן במישור הפלילי.

(ג) חרם תרבותי כאמצעי לחץ חברתי, ולא שלטוני

החרם התרבותי הפנימי שעמד במוקד הדיון עד כה הוא חרם חברתי. הוא הופעל על ידי חברי הקהילה התרבותית. בבסיס הצידוק לאי-התערבות משפטית בו עמדו האוטונומיה התרבותית והמחויבות לערך הסובלנות. גם אם איננו מסכימים לצעד זה ולביוש הנלווה אליו, אין בכך כדי להוביל בהכרח לנקיטת צעדים משפטיים נגדו. אולם בשעה שלחרם זה נלווה כוח שלטוני, התמונה משתנה מקצה לקצה. כאשר החרם עובר מעולם הלחצים החברתיים אל עולם הכפייה המשפטית, הצידוקים לאי-התערבות במימושו נשמטים. המדינה אינה שקולה לקהילה תרבותית. היא לעולם משמשת נאמן של הציבור. "לשלטון אין משלו ולא כלום, וכל שיש לו, למען הציבור יש לו".¹³³ לכן המדינה לא תוכל להיות שותפה לקידום ישיר של חרם תרבותי פנימי, שכן צידוק האוטונומיה אינו רלוונטי לגביה, ואמת המידה של סובלנות, המתייחסת לגורמים פרטיים, אינה מתאימה להחלה על הכוח השלטוני. לכן, וכפי שציין לוי (Levy), מגבלות פנימיות המוטלות על חברי הקהילה ייחשבו בלתי מוצדקות אם הן הוטלו על ידי המדינה.¹³⁴ ככלל, אם כן, כאשר לחרם התרבותי הפנימי נלווה כוח שלטוני, הוא צריך להיות מסווג כלא לגיטימי. גישה זו עולה בקנה אחד גם עם ההבחנה שערך קימליקה בין מגבלות פנימיות לבין הגנות חיצוניות.¹³⁵ מגבלות תרבותיות פנימיות שמנהיגי הקבוצה מבקשים להטיל על חבריהן הינן בעייתיות במיוחד כאשר הן מגובות בכוח הכפייה השלטוני. או אז כוח המדינה מגויס לטובת דיכוי תרבותי תוך פגיעה באוטונומיה, וזהו גיוס בעייתי ביותר בשיטת משפט המחויבת לערכי יסוד ליברליים ורב-תרבותיים. טלו, כדוגמה, את שבט הפואבלו האינדיאני, שהטיל סנקציות על חבריו שסטו מהדת המסורתית. אילו דובר בסנקציות חברתיות פנימיות, היה אפשר לשאתן ולהצדיק אי-התערבות בהן. אולם כאשר מדובר בשבט המפעיל סמכויות שלטוניות בשטח גיאוגרפי (וזה המצב בשמורות האינדיאנים השונות בצפון אמריקה), וסמכויות אלה מנוצלות לחרם תרבותי פנימי הפוגע קשות במוחרמים, קם קושי, אשר לדעת רבים מצדיק התערבות.¹³⁶ המעורבות של הכוח השלטוני היא המעבירה את אכיפת הנורמות התרבותיות מתחום הנסבל אל הבלתי נסבל, אשר מצדיק התערבות משפטית כדי לבטל את המגבלה. בנסיבות אלה הסעד המתאים אינו בהכרח פיצוי, כי אם ביטול המגבלות התרבותיות המוטלות על מי שעודם חברי הקהילה או היו כאלה בעבר.

133 בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 346 (1998).
 134 Levy, לעיל ה"ש 40, בעמ' 41. ניתוח זה עולה בקנה אחד עם ההבחנה שסומר מציע לערוך בין סנקציות חברתיות לבין סנקציות משפטיות. ראו סומר, לעיל ה"ש 112, בעמ' 69.
 135 ראו לעיל ליד ה"ש 58. בהתייחסו למגבלות פנימיות, קימליקה מציין יחסים תוך-קבוצתיים שבמסגרתם הקבוצה האתנית או הלאומית עשויה להיות מעוניינת להשתמש בכוח השלטוני כדי לדכא את חירותם של חבריה בשם הסולידריות הקבוצתית. KYMLICKA, לעיל ה"ש 58, בעמ' 36. מכאן שגם הוא מייחס חשיבות להפעלת כוח שלטוני לאכיפת מגבלות פנימיות, ורואה בו נתון ההופך מגבלות אלה ללא ראויות מבחינה נורמטיבית.

136 ראו Levy, לעיל ה"ש 40, בעמ' 50-51.

על רקע זה יהיה מעניין לעקוב אחר ההתפתחות בגישתו של בית המשפט העליון לעירובו של כוח שלטוני בחרם התרבותי הפנימי. נקודת המוצא לדיון מצויה בפסק הדין הידוע שניתן בעניין כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים.¹³⁷ באותו מקרה נבחנה השאלה אם בתי הדין הרבניים הממלכתיים יכולים להוציא כתבי סירוב, שהם בעצם כתבי נידוי של המתדיינים לפנייהם המיועדים לאכוף ציות להחלטות בית הדין. השופט זמיר, שכתב את דעת הרוב, עמד על כך שבתי הדין הרבניים הוקמו מכוח חוק, וסמכותם באה ממנו. אין מדובר בבתי דין פנים-קהילתיים, אלא במוסדות ממלכתיים.¹³⁸ על רקע זה הם כפופים לעקרון חוקיות המנהל, ונדרשת הסמכה שתאפשר להם עשיית שימוש בכתבי הסירוב. הסמכה כזו לא נמצאה. חומרה יתרה נמצאה בעובדה שהפגיעה הנלווית לכתב הסירוב נעשית על ידי גוף ציבורי, האמור לאכוף את הדין על אחרים. פגיעה זו נעשית "בגושפנקא של מלכות",¹³⁹ וללא מקור סמכות אין ליתן לה יד. דעת המיעוט, מפי השופט טל, הצביעה על כך שבתי הדין הרבניים הוקמו עוד לפני חקיקת החוק שהעניק להם סמכות שיפוט ייחודית בענייני נישואים וגירושים ובסוגיות כרוכות, ולכן הם שמרו על כוחם להפעיל כוחות העומדים לרשות בתי דין דתיים באשר הם.

שינוי גישה מסוים אפשר למצוא בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול.¹⁴⁰ כאן דובר בסרבני גט שסירבו לציית להוראות בתי הדין הרבניים בעניינם. כתוצאה מכך התירו בתי הדין להטיל עליהם הרחקה דרבנו תם,¹⁴¹ תוך מתן היתר לפרסם את דבר החרם בכל הקהילות היהודיות.¹⁴² בדיון בבית המשפט העליון טען היועץ המשפטי לממשלה כי בתי הדין לא הטילו את החרם בצו שיפוטי, אלא הביעו את עמדתם ביחס למה שראוי לו לציבור לעשות לנוכח סרבנות הגט של המתדיינים לפנייהם. כלומר, אין כאן הטלת חרם ממש, אלא אך המלצה להטילו. מנהל בתי הדין ויתר על טענתו כי בתי הדין מוסמכים להורות על החרם, והצטרף לטיעון כי

137 בג"ץ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590 (1996).

138 שם, בעמ' 604.

139 שם, בעמ' 612.

140 בג"ץ 5185/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנוב, 28.2.2017) (להלן: עניין פלוני).

141 על פי הוראת בית הדין, "אם ימשיך הבעל לתת כתף סוררת, ולא יציית לפסק הדין הנ"ל, יש לנהוג בו הרחקה דרבנו תם. דהיינו: שעל כל איש ואשה מישראל, וכל הנלווה אליהם, שלא לשאת ולתת עמו, הן במסחר הן בכל משא ומתן של ממון, ושלא לארחו ולהאכילו ולהשקותו, ושלא לבקרו בחוליו, ושלא להושיבו בבית הכנסת, וכל שכן שלא להעלותו לתורה, ושלא לאפשר לו לומר קדיש, וכל שכן שלא לתת לו לעבור לפני התיבה, ושלא לשאול בשלומו, ושלא לחלוק לו כבוד כלל, עד אשר יחזור בו מקשיות ערפו וישמע לקול מורים, ויתן גט כריתות לאשתו כדמו", ולשחררה מעגינותה. ורק לאחר מכן נסיר מעליו את כל ההגבלות הנ"ל ושב ורפא לו". מצוטט שם, בפס' יא לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

142 על פי פסק הדין של בית הדין הרבני, "נותנים רשות לאשה, לפרסם את נוסח פסק הדין הנ"ל, ולהביאו לידיעת גבאי בתי הכנסת שומרת משמרת הקודש, בכל העיר, ולידיעת יחידי בתי הכנסת, כדי שיעמדו על המשמר, בביצוע פסק הדין הנ"ל, להבדל ממנו ולהרחיקו בכל מיני הרחקות". שם.

דובר בהמלצה בלבד מטעם בתי הדין הרבניים. דעת הרוב בבית המשפט העליון, שדוברה המרכזי היה המשנה לנשיאה רובינשטיין, הגיעה למסקנה כי יש בכוחו של בית הדין להמליץ על נקיטת חרם כזה. זוהי המלצה שאינה ניתנת לאכיפה משפטית, ואין לה תוקף מחייב, ולכן לא מתעורר כאן הקושי של פעולה בחוסר סמכות. עוד צוין כי מבחינה הלכתית, הרחקה כזו אינה שקולה לחרם.¹⁴³ עם זאת, הרחקה המונעת גם קבורה נתפסה כמרחיקת לכת. דעת המיעוט, שדוברה המרכזי היה השופט דנציגר, שמה את הדגש לא בשאלה אם מדובר בהמלצה או בהוראה, אלא בשאלה אם נגרמה פגיעה במתדיינים, והיות שהתשובה היא בחיוב, נדרש מקור הסמכה מפורש לפגיעה זו, ואין בנמצא כזה. הנשיאה נאור סברה כי אין מדובר בהמלצות כלל ועיקר, אלא בציוויים, אך לטענתה, גם אילו היה הניסוח אחר, לא היה בסמכותם של בתי הדין להמליץ על ההרחקות האמורות. השופטת חיות סברה כי יש לדחות את העתירות על הסף מחמת חוסר נקיון כפיהם של העותרים, אשר ביזו צווים של בתי הדין הרבניים ופגעו בנשותיהם.

ניתן אפוא להתרשם כי גם במצב הדברים הנוכחי הגישה הדומיננטית בשיטת המשפט הישראלית היא ששימוש ישיר בכוח השלטוני לשם הטלת חרם תרבותי פנימי הינו בעייתי ביותר, ומחייב מקור הסמכה מפורש. עם זאת, כאשר אין אנו עוסקים בקידום ישיר של חרם רב-תרבותי על ידי אורגנים ממלכתיים, ומותירים את מימושו בידי הקהילות התרבותיות עצמן, ההתנגדות למעורבותם של בתי הדין בעניין זה קטנה. אכן, קשה להתעלם מקיומו של הבדל מהותי בין הטלת חרם על ידי בית הדין לבין תמיכה שלו בהטלת חרם כזה, תוך הותרת מלאכת הטלתו בפועל למישור החברתי, ולא המשפטי. לטעמי, אם יתוקן החוק באופן שיוסיף את אמצעי החרם לארגז הכלים העומד לרשות בתי הדין, הדבר עלול לשקף סטייה מן הראוי במדינה המחויבת לערכי יסוד ליברליים, ולא יהיה אפשר להצדיקה, גם לא בצידוקים רב-תרבותיים. על כך יש להוסיף כי פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין פלוני¹⁴⁴ צריכה להקשות מבחינה חוקתית קבלת תיקון חקיקה שיוסיף סמכויות חרם לבתי הדין הממלכתיים. זאת, משום שהאפשרות להמליץ על הטלת חרם, להבדיל מהטלתו הישירה על ידי בית הדין, משקפת אמצעי שפגיעתו פחותה. בשעה שאפשרות זו עומדת לרשות בתי הדין, היא עדיפה על הטלה ישירה של החרם, עם כל הקשיים החוקתיים הנלווים אליה, ולכן ספק אם חוק שיסמיך את בתי הדין הדתיים להטיל חרם תרבותי פנימי באופן ישיר ישרוד את מבחני המידתיות שבהם יצטרך לעמוד.

(ד) מגבלות דינויות בנוגע למימוש החרם

לקבוצות התרבותיות השונות עומד הכוח להטיל חרם על חבריהן לשם אכיפת הנורמות התרבותיות שלהן. הפעלת כוח זו היא חלק חשוב ממימוש האוטונומיה התרבותית שלהן, ולכן בתי המשפט נרתעו מלהתערב במימושו, שכן התערבות זו משמעה

143 שם, פס' לד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

144 לעיל ה"ש 140.

התערבות במימוש התרבותי. עם זאת, כבר בראשית הדרך ערכו בתי המשפט הבחנה בין התערבות בתוכן ההחלטות של הקהילות התרבותיות לבין התערבות בדרך שבה הן מימשו את כוחן. בעוד שביחס לתוכן הופגן ריסון בהפעלת הביקורת השיפוטית, התגלתה נכונות גדולה יותר להפעלתה בשעה שהקהילות התרבותיות פעלו בהליך לא הוגן, העומד בניגוד לכללי הצדק הטבעי. כך, עוד בשנת 1863 פסק הלורד קינגסדאון (Kingsdown) כי כאשר התאגדות דתית מפעילה את כוחה, על בתי המשפט לוודא כי הפעלת כוח זו נעשית בהליך הממלא אחר עקרונות הצדק.¹⁴⁵ כאשר כוחה של הקהילה מופעל על ידי טריבונלים דתיים, החובה למלא אחר כללים דיוניים הוגנים גדלה. במקרים רבים מוחלים על בתי הדין הדתיים הוולונטריים הדינים הכלליים המוחלים על התדייניות הנערכות מחוץ לרשות השופטת, המחויבות בעמידה בכללי הצדק הטבעי.¹⁴⁶ הכפפה זו נחשבת לגיטימית, שכן פגיעתה באוטונומיה התרבותית פחותה יחסית. אין היא מתערבת בהכרעות המהותיות לגופן, כלומר בתכנים המהותיים של המימוש התרבותי, אלא באה רק להבטיח הוגנות דיונית.¹⁴⁷

אחד התקדימים הבולטים שבו יושמה אמת מידה זו של ביקורת שיפוטית הליכית הוא פסק דינו של בית המשפט העליון הקנדי בעניין *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*.¹⁴⁸ גם הפעם גיבורת הפרשה הייתה קהילה הוטריתית, כפי שהייתה בעניין *Hofer*,¹⁴⁹ שנדון לעיל. גם הפעם עמד על הפרק סילוקם של חברי קהילה, תוך הותרת הרכוש שצברו בידי הקהילה. אלא שזאת הפעם נמצא לנכון לבטל את החלטת הקהילה לסלקם, שכן הליך קבלת ההחלטות לא עמד בכללי הצדק הטבעי. דעת הרוב פסקה כי על הליך הסילוק לכלול הודעה ברורה, למי שעניינם נדון, בדבר מהות ההליך, ואין זה מספיק להודיע כי התנהלותם של החברים תידון באספה הרלוונטית. כלומר, יש להבהיר במפורש שסילוק מהקהילה עומד על הפרק, וליידע את המועמדים לסילוק על אודות מהות ההליך. על החברים המועמדים לסילוק לקבל הזדמנות להגן על עצמם לפני מי שפתוחים לשמוע את דבריהם.¹⁵⁰ דברים אלה ישימים, בשינויים המחויבים, גם על החלטות בעניין נידוי או חרם.

עם זאת, נדרשות כמה אמירות מסייגות ביחס להחלת אמת מידה זו של ביקורת שיפוטית הליכית על ענייננו. ראשית, אמת המידה מתאימה להחלה במיוחד ביחס

145 ראו עניין *Long v Bishop of Cape Town* (1863) 4 Searle 162 PC, 176 (S. Afr.), המאוזכר אצל Barrie, לעיל ה"ש 104, בעמ' 163.

146 כך, למשל, בבריטניה בתי דין צדק של הקהילות היהודיות נחשבים כפופים לחקיקה העוסקת בבוררויות. ראו את הדיון אצל Farrah Ahmed & Jane Calderwood Norton, *Religious Tribunals, Religious Freedom, and Concern for Vulnerable Women*, 24 CHILD & FAM. L.Q. 363, 368 (2012).

147 לדיון בכך ראו Krahn, לעיל ה"ש 123, בעמ' 326 ואילך.

148 *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer* [1992] 3 S.C.R. 165 (Can.) (להלן: עניין *Lakeside*).

149 ראו לעיל ה"ש 78.

150 עניין *Lakeside*, לעיל ה"ש 148, חלק III(B) לפסק דינו של השופט Gonthier.

לקהילות המנהלות הליך מסודר בעניינים אלה. כך, קהילת ההוטריטים התנהלה על בסיס תקנון מפורט. בית המשפט אפשר אומנם גמישות בהחלתו, והכיר ביכולתם של מנהגים להתגבר על הוראותיו המפורשות, אך עדיין קל להחיל אמות מידה של הוגנות הליכית כאשר אכן מתקיים הליך. אמת המידה קשה יותר ליישום מקום שההתנהלות התרבותית אינה נעשית באמצעות הליך מסודר. **שנית**, בית המשפט העליון הקנדי גילה נכונות מוגברת להתערב לנוכח הפגיעה הכלכלית שגרמה הפסקת החברות, ובהחלט נראה כי נכונות זו לא הייתה עומדת על הפרק אילו דובר בעניין דתי "טהור".¹⁵¹ **שלישית**, יש להיזהר מפני הפיכת החובה לשמור על כללי צדק טבעי לצינור שיאפשר התערבות מקיפה מדי בהחלטותיהן של הקבוצות התרבותיות, כך שמעטפת ההתערבות השיפוטית תהיה זו של כללי הצדק הטבעי אך מהותה תשקף התערבות מהותית בשיקול הדעת הפנימי התרבותי.¹⁵² **לבסוף**, יש להיזהר מפני הטלת נטלים דיוניים מכבידים יתר על המידה בשם ההוגנות ההליכית, שכן עניין לנו בכל זאת במימוש אוטונומיה תרבותית. לכן, למשל, כללי הצדק הטבעי אינם מכוננים בתחומים אלה חובה לאפשר ייצוג על ידי עורך דין או זכות ערעור, היכולות להיות רלוונטיות להליכים פנימיים של ארגונים אחרים.¹⁵³ אכן, אך לאחרונה נתן בית המשפט העליון הקנדי פסק דין שממנו עולה כי

151 אכן, עניין *Lakeside*, שכוחו יפה גם כיום, נתפס בקנדה כרלוונטי למחלוקות דתיות הנוגעות בענייני נכסים. ראו את הדיון אצל M.H. Ogilvie, *Three Recent Cases Confirm Canadian Approach to Church Property Disputes*, 93 CAN. B. REV. 537, 546 (2015). עם זאת, ממאמרה של אוגלבי עולה כי מידת הריסון שבתי המשפט בקנדה מפגינים ביחס לסכסוכים דתיים פוחתת באופן כללי. סכסוכים פנים-דתיים נשפטים במתכונת דומה לזו שבה נבחנים סכסוכים בגופים וולונטריים אחרים. נוסף על כך, בתי המשפט מפרשים את התקנונים הרלוונטיים, וככל שהם מוצאים כי אלה לא יושמו כהלכה בנסיבות המקרה, הם נוטים להתערב, אם כי עדיין תוך הישמרות מפני כניסה לסוגיות דתיות ממש. אלא שלאחרונה העמיד בית המשפט העליון הקנדי את הגישה המרסנת על מכונה, והבהיר כי תנאי לביקורת שיפוטית על הליך סילוקן של חבר מקהילה דתית הוא שנגרמת פגיעה בזכות העומדת לו, כגון זכות חוזית או קניינית, או שנגרמה לו עוולה נזיקית. ראו להלן בה"ש 154.

152 זו הייתה ההתפתחות בתחום הביקורת השיפוטית על החלטות של טריבונלים פנימיים בארגוני עובדים. הלורד דנינג (Denning), בפסק דינו הידוע בעניין *Lee v. Showmen's Guild of Great Britain* [1952] 2 Q.B. 329 (C.A.), הוביל את הגישה כי על בתי המשפט להפעיל ביקורת מוקפדת כדי לוודא שטריבונלים אלה מתנהלים בהתאם לכללי הצדק הטבעי, אך מאז התפתחה ההלכה, והביקורת השיפוטית על פעילותם של טריבונלים אלה החלה לחרוג באופן משמעותי מהבטחת ההגינות הדיונית. לדיון ראו Michael Lynk, *Denning's Revenge: Judicial Formalism and the Application of Procedural Fairness to Internal Union Hearings*, 23 QUEEN'S L.J. 115, 118 (1997).

153 לקריאה להכרה בחובה כזו בהליכים משמעתיים פנימיים ראו אסף פורת "על הזכות לייצוג משפטי בהליכי משמעת – המקרה המיוחד של הדין המשמעותי בצבא" **משפט ועסקים** יז 469 (2014). פורת מקדיש אומנם דיון נרחב למצב הדברים בהליכים המשמעתיים בצה"ל, אך תובנותיו ביחס לחשיבות הייצוג המשפטי בהליכי משמעת הן כלליות, והוא מתייחס במאמרו גם להליכי משמעת פנימיים באופן כללי.

גבולות ההתערבות בשיקול הדעת של הקהילות הדתיות בכל הנוגע בסילוק חבריהן הוא מוגבל, גם אם עומדות על הפרק טענות נגד הליך הסילוק.¹⁵⁴

סוף דבר

תופעת הביוש מזוהה במציאות של ימינו בעיקר עם פעילות ברשתות החברתיות ובתקשורת. אדם מוצא את עצמו, לא בטובתו, כששמו נגרר בראש חוצות. גלגוליה המודרניים של התופעה אכן מציבים בפני החברה אתגר כיצד להתמודד עימה. השאלה איזה תפקיד יש לשמר לשיטת המשפט במסגרת התמודדות זו קשה אף היא למענה. ביטויי הביוש הנוכחיים אכן משקפים את העידן המודרני, אך שורשיו עתיקי יומין, כפי שהראה מאמר זה. החרם התרבותי הפנימי נמצא עימנו אלפי שנים, והוא טומן בחובו מרכיב דומיננטי של ביוש. קבוצות תרבותיות שונות ביקשו ועודן מבקשות לאכוף את הנורמות שהן מאמינות בהן על חברי קבוצתן. הביוש משמש מרכיב חשוב באכיפה זו, ומאיים על כל מי שמבקש לסטות מדרכי ההתנהגות המקובלות במסגרת הקהילתית. לכאורה, חברה הנאמנה לערכי היסוד הליברליים והרב-תרבותיים צריכה לאסור עליו מלחמה, שכן הוא עומד בניגוד לערכי היסוד של הפלורליזם וחופש האמונה, אך הדברים אינם כה פשוטים. במאמר זה טענתי כי למרות הנזקים הכבדים הנלווים לחרם התרבותי הפנימי, יש לפרוש עליו את הגנת האוטונומיה התרבותית, ולהימנע מנקיטת צעדים משפטיים נגדו, וזאת גם בחברה הנאמנה לערכי יסוד ליברליים ורב-תרבותיים. החרם התרבותי הפנימי משקף מימוש חשוב של הזכות לתרבות, ולכן הוא ראוי להגנה. לגישה זו יש תימוכין במשפט המשווה, והיא מתאימה להחלה גם בישראל, המחויבת באופן חוקתי לאוטונומיה תרבותית. החרם התרבותי הפנימי הוא אחד האמצעים היחידים שנותרו כיום לקהילות התרבותיות השונות לאכוף את הנורמות שלהן, לאחר

154 בעניין Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Comm.) v. Wall [2018] S.C.C. 26 (Can.) נדון סילוקו של המשיב מקהילת "עדי יהוה", שבה היה חבר. המשיב הודה כי חטא מבחינה דתית, אך טען כי חזר בו מדרכו. אלא שלא היה בכך כדי להועיל, שכן הגופים הדתיים הרלוונטיים בקהילה החליטו על הפסקת חברותו בה. המשיב טען כי הליך סילוקו מהקהילה לא היה הוגן, והשאלה שהתעוררה הייתה אם בית המשפט יכול בכלל להעביר ביקורת שיפוטית על הליך סילוקו של חבר מקהילה דתית לנוכח טענה לפגם בהליך. הקהילה שעל הפרק הייתה וולונטרית לחלוטין, ולא פעלה על בסיס תקנון משפטי כזה או אחר. הערכאה הראשונה השיבה כי יש לה סמכות לדון בתובענה, וכך גם דעת הרוב בערכאת הערעור. בית המשפט העליון הפך את הקערה על פיה. נפסק כי ביקורת שיפוטית על הוגנות הליך היא עילה מנהלית, והטריבוונל הדתי אינו גוף מנהלי. פגם בהוגנות ההליך אינו מהווה עילה משפטית עצמאית לתביעה, אלא אם כן נלווית אליו טענה לפגיעה בזכות אחרת, כגון זכות קניינית, חזוית או נזיקית. משלא הוצגה עילה משפטית המקנה זכות תביעה, סוגיית סילוקו של החבר מהקהילה מטעמים דתיים אינה שפיטה למעשה.

שניטלה מהן – ובצדק – האפשרות לנקוט צעדי אכיפה אלימים, ובהינתן העובדה שככלל ראוי לשלול מהן צעדי הדרה משפטיים, ככפיית סילוק מאזורי מגורים. החרם החברתי הוא אכן פוגעני, אך כוחו מוגבל. כאשר קיים בסיס לשינוי תרבותי, והמבקשים לחוללו נחושים דיים לקדם את השקפת עולמם, לא יהיה בחרם התרבותי הפנימי ובביוש כדי למנוע את השינוי, שכן בהינתן נחישות ומחויבות ניתן להדוף את הלחץ החברתי ואת צעדי הביוש של המחרימים. החרם התרבותי הפנימי מאפשר אם כן לקהילות השונות לאכוף את הנורמות שלהן על חבריהן, מחד גיסא, אך אינו סוגר את הדלת בפני שינויים תרבותיים שהגיעה שעתם, מאידך גיסא. עם זאת, גם לחרם התרבותי הפנימי יש גבולות. העובדה שלחרם זה נלווה ביוש מכוון, הנעשה מתוך כוונה תחילה לפגוע במוחרמים, מקימה חובה להיזהר מפני החלה גורפת מדי שלו. יש להקפיד שהוא לא יחצה קווים אדומים הכרחיים, ואם הוא יעשה כן, על שיטת המשפט לומר את דברה. במקרה כזה ייחשפו המחרימים לאחריות משפטית בגין התנהלותם. ניתוח עיוני זה מראה עד כמה ההתמודדות עם תופעת הביוש מורכבת. לא כל גילוייו של הביוש ראויים למלחמת חורמה משפטית, וחלקם אף מקדמים מטרות תרבותיות שראוי לפרוש עליהן את הגנת הסובלנות והאוטונומיה התרבותית.