



כשר בג"ץ: יהדות נגד יהדות, כשרות נגד נאמנות, משפט נגד שינוי

אסף הרדוף*

1. מבוא: פרשת גיני. 2. לא מפוקחת, לא אחידה, לא אובייקטיבית: הפרשנות השיפוטית; א. לשון החוק; ב. "התכלית הסובייקטיבית"; ג. "התכלית האובייקטיבית"; ד. סיום הפרשנות. 3. מבט מהותי באיסור הונאה בכשרות; א. איסור פלילי?; ב. בחזרה לתכלית השיפוטית: מזון כשר או צרכן בוחר? 4. סיכום: המשפט ככלי ל(דיכוי) שינוי חברתי.

1. מבוא: פרשת גיני¹

בעלי מסעדות בירושלים שבעבר החזיקו בתעודת כשרות מטעם הרבנות הראשית, מאסו בהתקשרות עמה עקב דרישתה כי ישתמשו ב'ירק גוש קטיף'², ובשל פיקוח דל בתשלום גבוה. המסעדנים הסירו את תעודות הכשרות וחברו לעמותה בשם "השגחה פרטית", שהוקמה על ידי רבנים, משגיחות ומשגיחי כשרות, ופעילים חברתיים. העמותה מפעילה מיזם שבמסגרתו פועלים "נאמני כשרות" המפקחים על כללי הכשרות במסעדות החברות במיזם. עסקים המפוקחים במסגרת המיזם מורשים לתלות בבית העסק תעודה המעידה על "ברית נאמנות" בין העסק לבין ציבור הלקוחות, והלקוחות מורשים לעיין בקלסר הכולל פירוט של כללי הכשרות והפיקוח בעסק.

בעקבות חברותם במיזם, קיבלו המסעדנים הודעת קנס בגין הפרת סעיף 3(א) לחוק איסור הונאה בכשרות,³ שקובע כי "בעל בית אוכל לא יציג בכתב את בית האוכל ככשר, אלא אם כן ניתנה לו תעודת הכשר". המסעדנים, שביקשו להישפט אך לא קיבלו זימון

* ד"ר אסף הרדוף הוא מרצה במכללה האקדמית צפת ומרצה מן החוץ במכללה למנהל, מתמחה במשפט הפלילי על ענפיו. תודה למערכת המשפט ברשת על הערותיה המצוינות. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת הרשימה – עליי בלבד. מחכה לתגובות: Asafhardoof@gmail.com.

¹ בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית (פורסם בנוב, 6.6.2016).

² שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט סולברג.

³ ס' 3(א) לחוק איסור הונאה בכשרות התשמ"ג-1983 (להלן: "החוק").



בהשגחת הבג"ץ

למשפט, פנו לשר לשירותי דת בדרישה לביטול הקנס בטענה שלא הפרו את האיסור, ושפרשנות אחרת פוגעת בחופש העיסוק שלהם. פנייתם הועברה לטיפול היועץ המשפטי לממשלה, שם נדונה זמן רב. בהיעדר מענה, המסעדנים עתרו לבג"ץ שיורה כי הפרשנות שלפיה האיסור נוגע גם לתעודות "ברית נאמנות", אינה חוקתית.⁴

בג"ץ דן בשלוש אפשרויות פרשניות לאיסור. העותרים טענו כי בית אוכל שמציג עצמו בכתב ככשר, נאמן להצהרותיו ואינו מטעה לגבי התעודה המוצגת, אינו מפר את האיסור (ולחלופין ביקשו לקבוע כי האיסור בלתי-חוקתי). רשויות המדינה, שלא הציגו עמדה אחידה ואף יוצגו על ידי גורמים נפרדים, הציגו פרשנויות אחרות. הפרשן המוסמך של הדין מטעם הרשויות, היועץ המשפטי לממשלה, סבר שהואיל ובפלילים נדרשת פרשנות מצמצמת, יש להחיל את האיסור רק כשבית האוכל מציג עצמו ככשר, אך לא כשהוא מציב תעודה על הקפדה על דיני הכשרות, שמבהירה שאינה תעודת הכשר מטעם הרבנות הראשית. לאור פרשנות זו בוטלו הקנסות. מנגד, הרבנות הראשית גרסה שאסור להציג בכתב כל מצג כשרותי שהוא ללא תעודת הכשר מגורם מוסמך, קרי: ממנה.⁵

השופט נעם סולברג הטעים את מעמדה הפרשני הבכור של לשון החוק. הוא הפנה לסעיף 2 לחוק, שקובע שתעודת הכשר לעניין החוק ניתנת על ידי הרבנות הראשית או רב מקומי מטעמה, וקבע שלא ניתן לפרש את סעיף 3 במנותק ממנו. פרשנות העותרים אינה יכולה לעמוד, בהיותה חורגת מגבול הלשון.⁶ להבדיל, שתי הפרשנויות האחרות אפשריות לשונית, ולכן התכלית תכריע.

התכלית מורכבת מרובד סובייקטיבי, התכלית ההיסטורית ומרובד אובייקטיבי. באשר לרובד הראשון, מוסכם שהמטרה היא להגן על הצרכן שומר הכשרות, אך בכך לא סגי. היועץ המשפטי לממשלה סבר שהתכלית היא להגן על הצרכן מהונאה באשר לזהות הגורם המכשיר והמפקח. מנגד, עמדת הרבנות הראשית היא שמטרת החוק להבטיח שהמוצר כשר מבחינה הלכתית-מהותית. סולברג קבע שלא בכדי יוחד חוק לתחום הכשרות הנבדל מדיני הגנת הצרכן, וכי המחוקק לא השחית מילותיו לריק ומטרת החוק היא אכן לוודא שהמזון כשר. השופט הדגיש את ייחודיות הדילמה הצרכנית בנושא: היעדר יכולתו של הצרכן לבדוק בעצמו את כשרות המוצר, הנזק הבלתי-ניתן לריפוי לצרכן שומר הכשרות, מורכבות כללי הכשרות והאינטרס העסקי להטעות, עניין ייחודי פחות. לתימוכין, סולברג הרחיב על ההיסטוריה החקיקתית ועל בחירת הכנסת להקים

⁴ בג"ץ גיני, לעיל ה"ש 1, פס' 2–10 לפסק דינו של השופט סולברג.

⁵ שם, פס' 11–18.

⁶ שם, פס' 32–34.



מונופול בנושא, וקבע נחרצות שפרשנות היועץ המשפטי לממשלה אינה מתיישבת עם מגמה זו.⁷

השופט סולברג קבע כי התכלית האובייקטיבית, מניעת הונאה והכשלה של הצרכנים הרלוונטיים, אינה מסייעת לבחור בין הפרשנויות. אף שפרשנות היועץ המשפטי מאפשרת לצמצם את הפגיעה בחופש העיסוק,⁸ סולברג ביכר את התכלית הסובייקטיבית, כוונת המחוקק. בפסקה קצרצרה דחה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה הואיל ומדובר באיסור פלילי יש לפרשו בצמצום, וזאת משום שהפירוש הרחב טוב יותר מזה המקל.⁹ בהמשך דחה סולברג גם את התקיפה החוקתית, וקבע כי האיסור פוגע בחופש העיסוק, אך עוסק רק בתעודה בכתב ועומד בתנאי פסקת ההגבלה.¹⁰ לסיום הבהיר שאין בדחיית העתירה גושפנקה למערך הכשרות הקיים, מערך שראוי לביקורת חריפה.¹¹

המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין, אמנם התלבט, אך הצטרף להחלטת חברו. הוא הדגיש את חשיבות הכשרות ביהדות, כתב על מאבקי הכשרות, ולא הסתיר שמעורבות הכסף בסיפור רבה.¹² הוא הסכים עם השופט סולברג, שהכשרות היא תחום צרכני מיוחד וכי הצרכן ראוי להגנה מיוחדת, שהמונופול בנושא הוא כוונת המחוקק ו"מן הרבנות תצא כשרות", ושבג"ץ לא ייתן ידו לעקיפת החוק ולפרשנות מתחכמת ואין זה משנה שבפלילים עסקינן. החוק מגן על הצרכן הפשוט לבל יטעה בנושא חשוב זה, אם נשתמש במילה "כשר" ואם לאו.¹³ לעמדת רובינשטיין הפגיעה בחופש העיסוק אינה שלילה בפועל, אולם נוכח הביקורות על מערך ההשגחה, שראוי לדבריו לרפורמה, מוגבלת תחולת פסק הדין לשנתיים.¹⁴

השופט אורי שהם הסכים שדין העתירה להידחות, שהעמדה הפרשנית של העותרים אינה מתיישבת עם לשון האיסור, ושמדובר בתחום צרכנות ייחודי. חרף זאת, הוא ביכר את פרשנות היועץ המשפטי לממשלה על זו של הרבנות ושל חבריו. להבנתו, תכלית האיסור היא הגנה על הצרכן ולא תכלית הלכתית-דתית של עצם העמידה בסטנדרטים הדתיים.¹⁵ לחיזוק הצביע על לשון החוק, על ציטוטים מדיוני הכנסת ומדברי השר לענייני דתות יוזם החוק, ועל ההלכה הפסוקה והספרות המשפטית. שהם קבע כי אף שניתן

7 שם, פס' 35–48.

8 שם, פס' 49–50.

9 שם, פס' 55.

10 שם, פס' 56–69.

11 שם, פס' 70–72.

12 שם, פס' ה–ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

13 שם, פס' ט–יג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

14 שם, פס' יד–יז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

15 שם, פס' 4–7 לפסק דינו של השופט שהם.



בהשגחת הבג"ץ

לרבנות מונופול על מתן תעודות כשרות, עדיין מדובר בחוק חילוני בעל מטרה צרכנית, והמונופול שניתן אינו לבדיקת כל מצג לגבי כשרות מזון.¹⁶ לדידו רק פרשנות היועץ המשפטי לממשלה הולמת את תכליתו הסובייקטיבית והאובייקטיבית של החוק. עמדתו גם מקנה משקל לפלורליזם דתי ומגדילה את חופש הבחירה לצרכן הדתי. הצרכן שרואה את תעודת העותרים אינו מוטעה, ואין זה סביר שגם עבור תעודה כזו מוסמכת הרבנות הראשית לוודא כשרות. מטפל שאינו רופא אינו מנוע מלהציג עצמו כמטפל רפואי ללא הסמכה כרופא, אלא רק מלהציג עצמו כרופא, ולצרכן החופש לבחור בו.¹⁷ תחלואי מערך ההשגחה הם סיבה נוספת לצדד בפרשנות היועץ המשפטי לממשלה, כאשר גם במקומות מפקחים אין ערובה לעמידה בסטנדרטים, כעולה מדוח מבקר המדינה. כך גם מצטמצמת הפגיעה בחופש העיסוק.¹⁸ לא בשמחה ובלית ברירה, הצטרף שהם לשורה התחתונה של רובינשטיין, הגבלת תחולת פסק הדין.¹⁹

פסק הדין הארוך ראוי לתשומת לב מעמיקה. בלי להתיימר למצות את הדין בסוגיותו המורכבות במסגרת רשימה זו, אבקש להאיר שתי זוויות, ההראשונה נוגעת לפרשנות, והשנייה לסוגיית הטעיית הצרכן: ראשית אגרוס, שפסק הדין מראה שאין בישראל דיני פרשנות עקיבים, וכי בית המשפט בוחר ברובד הפרשני כטוב בעיניו. שנית, אפנה מבט להכרעה עצמה ואציע פרשנות משלי: אטען שמבט מעמיק בחוק ובמהותו מחייב לקבוע שהחוק לא נולד אלא כדי למנוע הטעיית צרכנים בנושא, ושכמציב שנדון בפסק הדין אין לכך חשש אמתי.²⁰

בקשה לקיום דיון נוסף בפסק הדין התקבלה באוקטובר 2016.²¹

2. לא מפוקחת, לא אחידה, לא אובייקטיבית: הפרשנות השיפוטית

בפרק זה אטען, שפסק הדין ממחיש יפה את הכוח השיפוטי לפרש חקיקה באופן שיורה את החץ תחילה ומסמן את המטרה סביב לו בהמשך: הפרשנות השיפוטית, ודאי בגישה האקטיביסטית, רחוקה מלהיות אובייקטיבית ועקיבה.

¹⁶ שם, פס' 8–13 לפסק דינו של השופט שהם.

¹⁷ שם, פס' 16–21 לפסק דינו של השופט שהם.

¹⁸ שם, פס' 22–24 לפסק דינו של השופט שהם.

¹⁹ שם, פס' 25 לפסק דינו של השופט שהם.

²⁰ במקום אחר אני מציג זווית ביקורת שלישית, שלפיה גם בחירות קולינריות אחרות ראויות להגנה צרכנית. טבעונות כדוגמה: אסף הרדוף "הבדלה כשרה? בחינת הצידוק לאסדרת רישום מזון כשר לצד היעדר אסדרת רישום מזון טבעוני בישראל" (עתיד להתפרסם, **מעשי משפט**).

²¹ דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל (פורסם בנבו 1.11.2016).



א. לשון החוק

מצויד בשלל סימוכין, הטעים השופט סולברג את חשיבותה של הלשון ככלי פרשני ראשי, מצד אחד, ואת ההכרח הפרשני שלא לקרוא סעיף חוק בהתעלם מסעיף סמוך לו מצד אחר. המשנה לנשיאה רובינשטיין הצטרף והטעים שבית המשפט לא ייתן ידו לעקיפת לשונו הברורה של החוק. השופט שהם הסכים שאין לסלף את לשון החוק.

בכל הכבוד, אני מסכים עם גישה זו במלואה והיא תואמת את השקפת עולמי המשפטית הדיוס ומזה שנים. דא עקא, היא רחוקה מלתאום את השקפת העולם השיפוטית הרווחת בישראל, הן בפרקטיקה והן באקדמיה שנוטה לגבותה בהקשר זה. התעלמות מלשונו הברורה של החוק אינה עניין נדיר בבית המשפט העליון.²² קריאת הלשון דרך התכלית, כך שהלשון הופכת לכלי משני ולא עצמאי במיוחד, רחוקה מלהיות נדירה אפילו בזירת המשפט הפלילי, שממנה אני בא. מספר דוגמאות יבססו טענה זו.

ברוב של שמונה שופטים מול אחד הטעים בית המשפט העליון בדיון נוסף בפרשת כהן, את חשיבות הפרשנות התכליתית גם בפלילים, ואת היות התכלית כלי פרשני המשפיע ומרחיב את הקריאה הלשונית.²³ בדעת יחיד, הטעים השופט (כתוארו אז) אשר גרוניס את חשיבותה של בהירות הלשון ואת הסכנות בקריאה התכליתית של איסור, במקום לתקנו ולעצבו מחדש ברשות המחוקקת.²⁴ השופט (כתארו אז) רובינשטיין, שהצטרף לרוב, לא הטעים את חשיבות הלשון ועקרון החוקיות, אלא בעיקר את התכלית והאינטרס הציבורי בהרשעה.²⁵ הדבר מבטא את השקפת העולם השיפוטית הרווחת בישראל ואת השקפתו שלו, המזוהה עם האקטיביזם השיפוטי.²⁶ כשלשון החוק אינה ערוכה לאתגרי המציאות

²² למשל, רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 2.1.2011); לביקורת חריפה על ההתעלמות מלשון החוק הברורה ראו אסף הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חיסיון עורך דין וירטואלי: על חיסיון עורך דין, תכליתו וגבולותיו" **משפט ועסקים** יט 305, 318–319, 322, 332–333, 337, 349 (2015).

²³ דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, סגן (1) 644 (2009).

²⁴ שם, פס" 4–2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס.

²⁵ שם, פס" יד–כ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

²⁶ אקטיביזם שיפוטי הוא כמובן מונח מעורפל במיוחד: שלמה לויין "אקטיביזם שיפוטי בדיני ראיות ובדיון אזרחי" **עיוני משפט** יז 863, 863 (1993); אהרן ברק "מהות האקטיביזם השיפוטי על השקפת-עולם בדרבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" **עיוני משפט** יז 475, 476 (1993); סיני דויטש "אקטיביזם שיפוטי בדיני תזוים" **מאזני משפט** ו 21, 27–29 (2007); זאב סגל וליילך ליטור **אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה** 17–19 (2008). ניתן להציע לו משמעויות שונות ומגוונות, למשל: יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" **עיוני משפט** יז 647, 650 (1993); עמרי ידלין "שיקול דעת שיפוטי ו'אקטיביזם שיפוטי' כמשחק אסטרטגי" **מחקרי משפט** י 665, 688 (2003); מנחם מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי – הערכה" **עלי משפט** ד 7, 7 (2005); דניאל



בהשגחת הבג"ץ

וחידושיה – וכמודגש בהמשך, כך גם בענייננו – רובינשטיין אינו מהסס לפרש את הלשון בהרחבה ואף לשכתבה,²⁷ ולעתים אף להקים יצירה שיפוטית שאינה נשענת על לשון ברורה, בהיעדר חוק מתאים:²⁸ "עקרון החוקיות אין פירושו עקרון החסיד השוטה".²⁹ גם חברו להרכב, השופט סולברג, הראה בעבר שלשון החוק אינה קודש עבורו, כשקבע לראשונה בישראל שהאינטרנט הוא "מקום", ופסק שמפקד מחוז משטרה בישראל יכול להורות לספקיות שירות לחסום אתרי הימורים, אף שהלשון הסמיכה אותו "לסגור מקום" ולא "להורות לחסום אתר".³⁰ לבסוף, בפסיקה שהעדיפה בכירור את תכלית החוק על לשונו הברורה, עמל השופט שהם, הצלע השלישית בהרכב, להסביר מדוע ניתן להרשיע בעברת "נהיגה" בשכרות אדם שישב מעולף מאלכוהול ליד ההגה.³¹

פרשנות שיפוטית של אי-היצמדות ללשון החוק אינה מופע נדיר, אלא מגמה ותיקה ורחבה ביותר.³² המסר של חשיבות הלשון נשמע מעת לעת, גם מצד אקטיביסטים בולטים.³³ אולם כשהלשון אינה מתאימה לתוצאה המבוקשת, מתפייט בית המשפט על ש"מילותיו של חוק אינם מבצרים, שיש לנגחם בעזרת מילונים".³⁴ ציטוט פופולרי שמאותת על חריגה מלשון החוק, או מסביר שהחברה חשובה יותר מה"תאוריה", כלומר

פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" **המשפט** יא 9, 24 (2007). בלי יומרה למצות את מורכבות המונח, אני תופס אקטיביזם שיפוטי כמצב שבו התוצר השיפוטי והתוצר החוקי רחוקים זה מזה, בעיקר כשהיצירה שיפוטית מתעלמת מלשון החוק או משכתבת אותו.

²⁷ למשל, רע"פ 11066/03 **מדינת ישראל נ' רום** (פורסם באר"ש, 28.5.2007); וביקורת: אסף הרדוף **עברת הגנבה** 142–143 (2014). רע"פ 8464/14 **מדינת ישראל נ' עזרא** (פורסם באר"ש, 15.12.2015); וביקורת: אסף הרדוף "מסע בין רשויות: חדירה לחומר מחשב וחדירה לבית המחוקקים" **הסגור** 288 4 (2016).

²⁸ רע"א 4447/07 **מור נ' ברק אי.טי.סי.**, תק-על (1)10 10230 (2010); דנ"א 4693/05 **בית חולים כרמל נ' מלול** (פורסם באר"ש, 29.8.2010).

²⁹ דנ"פ **כהן**, לעיל ה"ש 23, פס' יד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

³⁰ ע"ם 3782/12 **מפקד מחוז ת"א-יפו נ' איגוד האינטרנט הישראלי** פס' 31–36, 53 (פורסם באר"ש, 24.3.2013). לצד זאת כתב "עודנו כבולים במגבלות הלשון, ולא נוכל לחרוג מגבולותיה"; נדמה לי שחרג גם חרג, הן מהלשון והן מעקרון חוקיות המנהל שלפיו לא ניתן להסיק סמכות משטרית אחת מקיומה של אחרת. שופטת בית המשפט לעניינים מנהליים דווקא קבעה שלא ניתן לפרש את המונח "חצרים" כך שיחול לגבי האינטרנט: עת"מ (מנהלי ת"א) 10-10-45606 **איגוד האינטרנט הישראלי נ' מפקד משטרת מחוז תל אביב** (פורסם בנבו, 2.4.2012).

³¹ רע"פ 5166/14 **קרופצקי נ' מדינת ישראל** (פורסם באר"ש, 5.5.2015).

³² ראו אסף הרדוף "אי-חקיקה, משפט-יתר וחירות-חסר: על פסיביזם חקיקתי ואקטיביזם ליטיגטורי-שיפוטי, גבולות המשפט וגבולות האי-משפט" (טרם פורסם).

³³ אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 82 (1993).

³⁴ ע"פ 787/79 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד (4) 421, 424, פס' 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1980).



מקריאה לשונית של החוק.³⁵ אם כן, מילות החוק הן חשובות ביותר, לבד מהמקרים שהן פחות חשובות.

יודגש: איני מבקש למוטט את השקפת העולם האקטיביסטית, שלעתים דומה שאני מהבודדים בקהילת המשפטנים בישראל שאינם תומכים בה, חרף יתרונותיה שאיני מבטלם. אני אך מטעים בהארה זו, שבית משפט שאינו מתמסר ללשון החוק כשיטה, מעורר אי-נוחות למקרא פסק דין שבו הציב אותה לפתע ככלי הפרשני הראשון במעלה בדרך להדיפת תכליות שונות, כאילו הוא אינו חורג מהלשון כשהדבר רצוי בעיניו.³⁶ גם בית משפט שמפרש איסור אחד בהתעלמות מאיסורים קשורים, כמו מעשה מגונה באדם לעומת מעשה מגונה בפני אדם,³⁷ אינו זה שממנו הייתי מצפה למסר שלעיל.

ב. "התכלית הסובייקטיבית": היסטוריה חקיקתית

מה שנכון באשר למעמדה הפרשני של לשון החוק, נכון ביתר שאת למעמדה הפרשני של ההיסטוריה החקיקתית. אמנם במקרים לא מעטים ניגש בית המשפט להיסטוריה החקיקתית ונעזר בה ככלי פרשני, אך אין מדובר בשיטה, ודאי לא כזו שמיושמת בקפידה ובעקביות. גם כאן אביא מספר דוגמאות מן התחום הפלילי.

הדבר בולט למשל בתחום הפשע המקוון. המשנה לנשיאה רובינשטיין לא תר אחר ההיסטוריה החקיקתית של עברת הגנבה כשבחן את התאמתה לעולם הממוחשב.³⁸ השופט סולברג לא דן בהיסטוריה החקיקתית של סעיף 229 לחוק העונשין, שכמובן בניגוד לפסיקתו אינה יכולה להתיישב עם חסימת אתרי אינטרנט.³⁹ במקום להתעמק בהיסטוריה, הבהירו שניהם היטב את הצורך השיפוטי בהתאמה פרשנית של החוק הישן למציאות המודרנית.

מודרניזציה והיסטוריה חקיקתית נושנה מתנגשות באופן לא נדיר, ובית המשפט מעדיף את הראשונה באופן לא נדיר. למשל בפרשנות איסור השוחד, נתלה רובינשטיין

³⁵ "תיאוריה או חברה – חברה עדיפה": דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פס' 65 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק (פורסם באר"ש, 27.11.2006).

³⁶ כך נעשה גם בעניין רומנו. השופטת פרוקצ'יה הציעה פרשנות תכליתית מזכה חרף לשונו המרשיעה הברורה של האיסור, מהלך נדיר בבית המשפט העליון. השופט זמיר, בהסכמת השופטת (כתוארה אז) ביניש, קידש את בהירות הלשון והרשיע בארגון משחק אסור בקשר למכונה שניתן היה לזכות בה רק במשחקים נוספים ללא תשלום, ראו רע"פ 9140/99 רומנו נ' מדינת ישראל פ"ד נד(4) 349 (2000).

³⁷ ע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 26.2.2012); ע"פ 7725/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 24.1.2013).

³⁸ עניין רום, לעיל ה"ש 27. לטענה שההיסטוריה מלמדת על תכלית אחרת לעברה, שאינה מתקיימת לגבי העולם הממוחשב. ראו הרדוף, עברת הגנבה, לעיל ה"ש 27, פרקים 4–5.

³⁹ עניין איגוד האינטרנט, לעיל ה"ש 30.



בהשגחת הבג"ץ

בשינוי המציאות הכלכלית כאמתלה לשינוי פרשני, ואיסור שנחקק ואף פורש בבית המשפט העליון בצמצום ב-1975,⁴⁰ פורש בנסיבות דומות בהרחבה בעידן ההפרטה.⁴¹ בפרשנות איסור הגנבה ואיסור החדירה לחומר מחשב, הטעים רובינשטיין את ההתפתחויות הטכנולוגיות כמשפיעות על פרשנות האיסורים הישנים.⁴² השופט סולברג, כשפירש בקשר לאינטרנט הוראת חוק בת 40 שנה, שנולדה כדי להקל על המלחמה בבתי הימורים פיזיים, לא התרפק על ההיסטוריה. לעומת זאת, הוא הבהיר את הצורך בהסדרת המרחב המקוון דרך החוק הקיים, בהתאמת הלשון לטכנולוגיה, בהשערה מה היה רוצה המחוקק אילו נתקל בתופעה החדשה ולא בהסתפקות במחשבותיו בעידן אחר.⁴³ גם השופט שהם לא התעמק בהיסטוריה החקיקתית של איסור הנהיגה בשכרות, אלא התעניין יותר במשפט משווה וב"תכלית האובייקטיבית".⁴⁴

גם בשאלת "ברית הנאמנות" ניתן היה לפרש את החוק לא בחרדת קודש לכוונה ההיסטורית גרידא, אלא ברגישות שיפוטית להתפתחויות רלוונטיות. אם ניתן להתאים חוק ישן לטכנולוגיה חדשה, לכלכלה חדשה ולמשפט חדש (למשל חוקי היסוד), מדוע שלא להתאימו לחברה חדשה ולחשיבה דתית חדשה? אדגיש כי לא במיאוס חילוני מהדת עסקינן, אלא במיאוס דתי, ממוסדות הדת, מסיאובם, מחמדנותם ומהתרשלותם. המיאוס הוביל להקמת מיזם השגחה חלופי. התפתחות חברתית דתית זו מקימה כורח פרשני לקריאה שונה של דין ישן, כפי שנעשה בבית המשפט העליון בהקשרים כה רבים, אך מדוע לא הפעם? "נכון אתם אנשים כשרים, אך לא לזאת היתה כוונתי" פתח השופט סולברג את פסק הדין בציטוט רבי נחמן מברסלב. האם תעשיית הכשרות דהיום היא מה שאליו התכוון הרב, או אולי דווקא לברית הנאמנות שאינה מוכנה לזנוח את דיני הכשרות, אך גם לא להקים תעשייה בשמה ולא לשתף פעולה עם מונופול כלכלי דורסני? אדגיש שוב, גם הפעם איני מבקש לבסס טיעון שלפיו ההיסטוריה החקיקתית אינה כלי עזר חשוב בפרשנות חוק. אדרבא, פניתי אליה בעצמי לא אחת ומצאתי שאינה מתיישבת עם תזות תביעות חדשניות, שלפיהן ניתן לבצע מעשה מגונה באדם בלי מגע⁴⁵

⁴⁰ ע"פ 472/74 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 301 (1975).

⁴¹ עניין כהן, לעיל ה"ש 23, פס' ז-יג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. הנשיאה (בדימוס) ביניש, כותבת פסק הדין העיקרי, הדגישה זאת בעצמה כאמתלה לשינוי פרשני. ראו שם, פס' 14-15, 23.

⁴² עניין רום, לעיל ה"ש 27, פס' ד לפסק דין המשנה לנשיאה רובינשטיין; עניין עזרא, לעיל ה"ש 27, פס' ז, יא, טז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

⁴³ עניין איגוד האינטרנט, לעיל ה"ש 30, פס' 22-28 לפסק דין השופט סולברג.

⁴⁴ עניין קרופצקי, לעיל ה"ש 31.

⁴⁵ אסף הרדוף "חזות של זכויות, מהות של צדק: סיפורה המהותי והרטורי של ההכרעה הפלילית" דין ודברים ח 33, 92-97 (2014).



או לאנוס אדם בתקשורת עמו מרחוק.⁴⁶ בית המשפט העליון, שהרשיע במקרה הראשון באופן מנומק,⁴⁷ ובמקרה השני באופן טכני,⁴⁸ דווקא לא העמיק בהיסטוריה החקיקתית, שלא לומר לא הביט בה כלל, מקום שלא היה בה לסייע לו להגיע לתוצאה שביקש. אכן, כשבית המשפט העליון מעוניין להתרחק מההיסטוריה החקיקתית, הוא יודע להסביר זאת⁴⁹ או פשוט עושה כן בלי להתייחס אליה.

ג. "התכלית האובייקטיבית"

כאמור, הלשון היא ודאי כלי מרכזי בפרשנות השיפוטית בישראל, גם אם היא לא קודש הקודשים. ההיסטוריה החקיקתית, שכונתה הפעם "התכלית הסובייקטיבית", רחוקה מלהיות כלי מרכזי כאמור. נותר רכיב הפרשנות השלישי, "התכלית האובייקטיבית". רכיב זה בעייתי במיוחד.

חוק טיפוסי אינו בא עם תכלית נקובה ווודאי סעיפי חוק אינם באים כאמור. כדי ללמוד על התכלית אנו פונים ללשון, לדברי ההסבר, אם ישנם, כמו גם להיסטוריה החקיקתית. דא עקא, התכלית מתיימרת להיות מקור פרשני עצמאי: איננו יכולים להסיק מהלשון מהי התכלית ואז באמצעות התכלית לקבוע מחדש את גבולות הלשון, אחרת קיימת מעגליות פרשנית. לחלופין, אם נבקש ללמוד על התכלית שלא דרך הלשון וההיסטוריה אלא דרך "החיים עצמם", בהכרח נשליך עליה את ניסיוננו המוגבל וערכינו האישיים.

הגיעה העת לומר ואולי לזעוק: התכלית האובייקטיבית אינה אובייקטיבית. לחקיקה בכלל ולאיסור פלילי בפרט אין תכלית אובייקטיבית. האם תכלית איסור ההימורים היא לשמר ערכי עבודה, למנוע התמכרות, לשמור על התא המשפחתי, למנוע פשעי רכוש, למנוע הלבנת הון או למנוע התרסקות כלכלית?⁵⁰ מה תכליתם של איסורי שימוש בסמים, החזקת מקום לשם זנות, ריבוי נישואין, אינוס סטוטורי? היעדרה של תכלית נקובה בחוק מותיר מרחב דמיון, שאותו כל אדם סוגר לבדו, אם בכלל הוא תוהה על כך. לעתים קל יותר להסכים על שורה תחתונה מאשר על הנמקה. הפמיניסטית הרדיקלית והשמרן הדתי יסכימו לאסור הפצת פורנוגרפיה. תכליותיהם, השונות בעליל, ייקחו אותם למחוזות שונים מאוד בהקשרים אחרים.

⁴⁶ אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האנוס, מטרתם וגבולותיהם" **עלי משפט** י"ג 65, 65-134 (2016).

⁴⁷ לעיל ה"ש 37.

⁴⁸ ע"פ 707/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 6.7.2015).

⁴⁹ בג"ץ 142/89 חנוצת לאור נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ"ד (3) 529, 559, 574 (1990).

⁵⁰ אסף הרדוף "הימור מסוכן: מבט נורמטיבי ביקורתי בדיכוטומיה פרטי-ציבורי במשטר ההימורים הישראלי" (עתיד להתפרסם, **משפט וממשל**).



בהשגחת הבג"ץ

שני שופטים חובשי כיפה גיבו את המוסד הדתי החזק בישראל; שופט נטול כיפה גיבה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה. איני ציניקן הגורס שהכיפה הכריעה, אך אני מטיל ספק גם בקיומה של "תכלית אובייקטיבית". המשפט אינו אובייקטיבי. כך ביצירתו בידי פוליטיקאים וכך ביישומו בידי שופטים בשר ודם. האחרונים הם משפטים מעולים ואנשים ערכיים. ערכיותם, שהיא גם אישית-פרטית ולא רק מערכתית-שיפוטית, מהווה חלק חשוב בתהליך הפרשני. מערכת המשפט ודאי אינה מעוניינת לשלוח את המסר שההכרעה תלויה בשופט, אך במקרים רבים זה המצב. ערכי האדם בגלימת השופט – להבדיל מערכי שיטה מופשטים כלשהם – אמנם פורמלית אינם חלק פורמאלי מדיני הפרשנות, אך הם חלק ממהותם, חלק גדול ולעתים מכריע. אם כן, אין לומר "תכלית אובייקטיבית", באשר כזו אין בנמצא. אמרו מעתה: "התכלית השיפוטית".

ד. סיום הפרשנות

לשון, היסטוריה חקיקתית ותכלית שיפוטית – כולן אינן אובייקטיביות. האחרונה משקפת את הסובייקט השופט. האמצעית משקפת את הסובייקט המחוקק, על שיקוליו הפוליטיים הגלויים והסמויים. אפילו הראשונה, השקופה ביותר והקרובה ביותר לאובייקטיביות, משתנה מעת לעת וזוכה במשמעויות חדשות בתת-חברות שונות, באשר גם השפה מתפתחת ומשתנה. בשיטת משפט שאינה מקדשת את הלשון ככלי הפרשני המרכזי, לרשויות האכיפה ולרשות השופטת כוח גדול, גם אם מוגבל, להשליט את המסרים הראויים בעיניהן. הכנסת מחוקקת, הממשלה מושלת, ובהקשרים רבים מאוד, גם אם רובם נקודתיים, בית המשפט קובע. לטוב ולרע, זו אחת מהשלכות השיטה ובמיוחד שעה שהיא דוגלת באקטיביזם שיפוטי. מי שסבור שפירוש הדבר הגנה על זכויות הפרט דווקא, יעיין נא בפסק הדין שבו עסקינן – ואף בפסיקה פלילית בכלל ויישב סברתו זו עם המציאות המשפטית שבה כמעט כל הדרכים הפרשניות מובילות להרשעה.

3. מבט מהותי באיסור הונאה בכשרות

בפרק זה אבחן אם ההסדר החקיקתי ראוי, ואיזו פרשנות שיפוטית היא הטובה בעיניי. אתיחס בקצרה לשאלה שלא עלתה לשולחן, ההסדרה באיסור, ואתקדם לזיהוי התכלית המשכנעת ביותר.

א. איסור פלילי?

כבר בכותרתו מאותת חוק איסור הונאה בכשרות שבמשפט פלילי עסקינן. מסעיף 14 לחוק עולה, שהעובר על הוראת סעיף 3 (וסעיפים אחרים) לחוק דינו מאסר שנה. אמנם בעתירה דובר בקנסות, ולא מסתמנת כוונה לעבור למסלול הפלילי ובוודאי לא לכליאה, אך עדיין



באיסור פלילי אמתי עסקינן, להבדיל מתקנת קנס. פליליות הסעיף לא הרשימה את בית המשפט, שלא הזכיר ככלי פרשני את סעיף 34 ככא לחוק העונשין, סעיף הפרשנות המצמצמת שהולך ונזנח בפרקטיקה. בית המשפט התמקד בפגיעה החוקתית בחופש העיסוק וכלל לא בפגיעה החוקתית בחירות ובשאלת המידתיות של הסדר מפליל דווקא. קצרה היריעה מבחינה מקפת של שאלת ההפללה,⁵¹ אך דומה שהסדרת הסוגיה דרך המשפט הפלילי היא בלתי-מידתית בבירור. אין זה אפילו ברור מאליו מדוע בכלל דרוש חוק מיוחד לנושא. דיני הגנת הצרכן, שתפקידם לאפשר לצרכן לפעול כשופט המיטבי של האינטרסים שלו למקסום שביעות רצונו,⁵² מאפשרים להילחם בהטעיה.⁵³ כך, למשל, סעיף 23 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.⁵⁴ מדוע לא די בהם, לצד משטר סימון וולונטרי, and may the best standard win? לקשיים בתשובת בית המשפט לכך אגיע בהמשך. לעת עתה אגרוס שגם אם נדרש חוק, קשה מאוד לטעון שנחוק דווקא איסור פלילי. מדובר בהסדרת בתי עסקים שקל לאתרם, וניתן לטפל בהפרות דין גם בלי לפנות לכלי הפלילי הכבד.⁵⁵ התנהלות רשויות האכיפה בפועל, מצד אחד, ומוקד הדיון השיפוטי, מצד אחר, מלמדים שהמשפט הפלילי אינו רצוי לאיש. אם כך, מוטב לוותר לחלוטין על פליליות ההסדר ולהותיר את העניין להסדרה מנהלית או אחרת. בג"ץ כתב פסק דין ארוך, שמרחיב בזווית החוקתית אך מתמקד בחופש העיסוק ומתעלם לחלוטין מהממד הפלילי. זה מצער אך לא מפתיע. דיון חוקתי באיסור פלילי הוא נדיר מאוד בישראל, והמשפט החוקתי כמעט ולא השפיע על המשפט הפלילי. דווקא חקיקה ששולחת אדם לכלא, שפוגעת בחירותו, בכבודו, בשמו הטוב, בפרטיותו ובקניינו באופן בלתי-הפיך – לא זכתה בהצרה חוקתית מרשימה.⁵⁶ אפילו היועץ המשפטי לממשלה, שאינו גורם סנגוריאלי, התחשב פרשנית בממד הפלילי של החוק בעניין גיני. ייתכן שעשה כן משום היותו חילוני או משום שלא בשאלה פלילית אמיתית עסקינן, אלא

⁵¹ למודל נורמטיבי: יובל קרניאל הפרת אמונים בתאגיד 335–402 (2001); אסף הרדוף הפשע המקוון פרק 1 (2010).

⁵² IAIN RAMSAY CONSUMER LAW AND POLICY - TEXT AND MATERIALS ON REGULATING CONSUMER MARKETS 47 (3rded., 2012).

⁵³ GERAIN HOWELL AND THOMAS WILHELMSSON EC CONSUMER LAW 133 (1997); חנה קציר פרסומת מסחרית – היבטים משפטיים 326 (2001); RAMSAY, לעיל ה"ש 52, בעמ' 129.

⁵⁴ לאפשרויות לאכיפה פלילית בגין הטעיה צרכנית: סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך ג – הדין המהותי 725–754, 903 ואילך (2012).

⁵⁵ Peter p. Swire, *of elephants, mice, and privacy: international choice of law and the internet*, 32 INT'L LAW. 991, 993 (1998); peter p. Swire, *elephants and mice revisited: law and choice of law on the internet*, 153 U. PA. L. REV. 1975, 1979 (2005).

⁵⁶ אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243–307 (2012).



בהשגחת הבג"ץ

בשאלה פלילית לכאורה: איסור שקיים על הנייר ואין כוונה לאוכפו בפלילים. להבדיל, בית המשפט העליון לא מצא טעם בצמצום האיסור.

ב. בחזרה לתכלית השיפוטית: כשרות מזון או בחירה צרכנית?

השופטים הסכימו שתכלית החוק היא הגנת הצרכן, אך נחלקו באשר למעמדה ולתכלית שהשופט שהם כינה הלכתית-דתית. השאלה היא, אם מטרת האיסור היא להבטיח שהמזון בבתי העסק הכשרים יהיה כשר, או להבטיח שלצרכן תהיה אפשרות בחירה. דומני שמבט בחוק ובמציאות מחייב את התשובה השנייה.

ראשית, קיומו של מזון כשר אינו יעד עצמאי המנותק מהצרכן שומר הכשרות, ודאי במדינה פלורליסטית שבה חוקי ומקובל שקיימים שפע מזון ובתי מזון לא כשרים. בהיעדר צרכן המבקש מזון כשר, אין טעם בקיומו וביצירת ערובות וסטנדרטים עבורו. בזווית הצרכנית, האדם הוא המוקד ולא המוצר. גם אם החוק תורם בעקיפין להבטחת כשרות המזון, הרי שהדבר נעשה עבור הצרכן המעוניין. בעולם שבו אין מהאחרון, אין צורך בראשון; חוק איסור הונאה בכשרות ודאי לא נועד עבור מי שאינו מקפיד על מזון כשר.

שנית, בית המשפט הטעים את חשיבותה של לשון החוק וחשיבותה של קריאת כל חלקי לשם הגעה לפרשנות הנכונה, אך דן רק בשני סעיפים מהחוק. אביזרי חקיקה כדוגמת שם החוק, כותרות הסעיפים וכדומה, הם חלק אינטגרלי מהחוק העשויים ללמד על תכליתו, וניתן אף לגרוס שעל הפרשן לפנות אליהם כחלק מחובתו לפנות ללשון.⁵⁷ כותרת איסור היא רכיב לגיטימי בפרשנות.⁵⁸ מכותרת החוק ומכותרות העברות שלצדה עולה מסר נחרץ שמקשה על קריאה אחרת של החוק: "חוק איסור הונאה בכשרות" ולא "חוק ייצור מזון כשר והבטחתו". כמו כותרת החוק, גם כותרת סעיף 3 לחוק מכוונת לזווית ההונאה, וגם כותרות הסעיפים העוקבים מצביעות על "איסור הונאה בבית אוכל/בייצור/במכירה/בשחיטה". הונאה מתקשרת למצג שווא מודע ופלילי, ולא לאי-עמידה בסטנדרטים גבוהים של ייצור ומכירה. מי שמוכר מוצר שאינו זוכה לתו תקן מוכר, אינו הופך רמאי בשל בחירתו ליטול חלק במיזם תו תקן חדש.

שלישית, קריאת גוף האיסור מקשה מאוד לקבל את התכלית של כשרות המזון לעומת בחירה צרכנית. כוונתי לרכיב הכתב הקובע כי "בעל בית אוכל לא יציג בכתב". כשלקוח נכנס לבית מזון ושואל אם הוא כשר ובעל העסק משיב בחיוב, בלי פיקוח רבני ובלי תעודה, האיסור אינו חל. בתרחיש כזה הסיכוי שהמזון לא כשר קיים ומוחשי, אך הסיכוי

⁵⁷ ברק, לעיל ה"ש 33, בעמ' 319.

⁵⁸ למהלך מזכה בפרשנות עברה לנוכח כותרתה בנוגע לסעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור, התש"ח-1948, ראו דעת הרוב בדנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (5) 193, 202-203 (2000); ולהבדיל, שם, בעמ' 215-216.



להטעיה צרכנית בתרחיש "כשרות בעל פה" כנראה נמוך יותר בעיני המחוקק לעומת תרחיש "כשרות בכתב". בלשון מטפורית: לוחות הברית מאיימים יותר מתורה שבעל פה. תעודת הכשרות היא סטנדרט סטטוטורי, ונראה שהצרכן הדתי אינו מסתפק בתשובה בעל פה אלא מבקש הוכחה כתובה. כלומר, החוק נותן קרדיט לצרכן בכך שיחפש ויקבל סטנדרט כשרות רציני (בכתב), ולא יסתפק בסטנדרט כשרות בלתי-רציני (בעל פה). מדוע שלא לתת לו קרדיט שיקרא את הכתוב? הפרשנות של סולברג ורובינשטיין – דווקא שלהם – פוגעת בצרכן הדתי (ורק בו), בשני מובנים. המובן הראשון הוא הקרדיט הנמוך שניתן לו, שלא בצדק, כאילו לא יבדיל בין תעודת כשרות מהרבנות לבין תעודת ברית הנאמנות. המובן השני של הפגיעה באדם הדתי, שהעסיק רק את השופט שהם, הוא פלורליזם וחופש צרכני. אדם שסועד בעסק המציג תעודת "ברית נאמנות" ואוכל מזון בלתי-מוקפד, אינו נפגע יותר מחברו שסועד במסעדה כשרה הנמצאת בפיקוח משגיח רבני שלא הקפיד. הסועד בברית הנאמנות בוחר לשים אמונו בה; הסועד במסעדה הכשרה בוחר לשים אמונו ברבנות. שני הסועדים בוחרים בהתאם להשקפותיהם. אדגיש: דעת הרוב פוגעת רק בדתי שמאס ברבנות ומעדיף סטנדרט אחר או מסתפק בו, ואינה פוגעת בסועד שאינו נדרש לסוגיית הכשרות ואינה משפיעה עליו. זירת המחלוקת הפעם אינה דתיים מול חילוניים ולא יהדות מול אסלאם, זירות טעונות מוכרות היטב בחברה ובמשפט, אלא יהדות דתית מול יהדות דתית, כיפה מול כיפה, זירת מחלוקת שהולכת ומתפשטת בחברה ובמשפט גם בהקשרים חדשים. בעימות זה בחרו השופטים הדתיים לצדד בהגמוניה הדתית הישנה, הממוסדת, החזקה והפוליטית על פני זו החברתית, הצומחת מלמטה וקוראת תיגר מבפנים ולא מבחוץ.

מעניין להביט בעימות המשפטי הנוכחי גם במשקפיים של עימות דתי אחר שטרם זלג לבג"ץ. בתי הסעדה רבים מחזיקים בתעודת כשרות מהרבנות שלצדה תעודה (ואפילו תעודות) שמשקפת סטנדרט כשרות אחר. מה מעידה התעודה הנוספת? היא ודאי מלמדת על קיומו של ציבור צרכנים רחב שדורש סטנדרט אחר. היא כנראה מלמדת גם שהסטנדרט האחר הוא מחמיר יותר מזה שמספקת הרבנות, שאחרת לא היה לו ביקוש. אם הוא אכן מחמיר יותר, מה טעם יש בתעודה המעידה גם על הסטנדרט הנמוך יותר? קיומם של סטנדרטים שכביכול גבוהים יותר ותעודות המשקפות אותם, מעלה קושיות לגבי גישת כשרות המזון שהציגו שופטי הרוב, שלפיה מהרבנות תצא כשרות. נראה שגופים בולטים בעולם הצרכנות הדתית סבורים אחרת. מעבר לקושי בגישה השיפוטית, עולה קושי בגישת הרבנות עצמה ובכוח המניע אותה. אם היא באה כדי להשיג סטנדרט ראוי, מדוע היא נאבקת בסטנדרט מתחרה אחד וחיה בשלום ובשכנות עם סטנדרטים מתחרים אחרים? האם עסקינן במאבק על סטנדרטים או שמא במאבק על כסף ומשאבים עסקיים? בענייננו, אילו ברית הנאמנות הייתה בנוסף לרבנות ולא במקומה, האם מישהו ברגולטור הרבני היה יוצא נגדה? האם מישהו ברבנות יוצא – חברתית, דתית ומשפטית – נגד סטנדרטים אחרים, שמשקפים כוח דתי מבוסס? תעודות המלמדות בבירור על כשרות – אפילו בלי



המילה "כשרות" – תלויות בישראל, לעתים ללא תעודת כשרות רבנית לצדן.⁵⁹ האם החוק נקרא להסירן?

4. סיכום: המשפט ככלי לדיכוי שינוי חברתי

את רשימתי אסיים בדיון בזיקה בין משפט לשינוי חברתי. יש הרואים בבית המשפט ובעיקר בבג"ץ כלי לשינוי ולשיפור חברתי. לעתים התקווה צולחת ומביאה להישג נקודתי יפה, כך למשל במאבק לשוויון מגדרי,⁶⁰ לשוויון הנוגע לנטייה המינית⁶¹ ולחמלה כלפי בעלי חיים.⁶² לעתים התקווה כושלת, למשל במאבק לקידום הפמיניזם בחסימת תוכני שידור.⁶³ גם הפעם ביקשו העותרים להיתלות בבג"ץ, בסוברם שיעמוד לצדם כנגד מוסדות הדת החזקים. דומני שהייתה זו טעות פטאלית, אי-לקיחה בחשבון של כוחו הפוליטי הדל של בג"ץ ואי-רצונו להתעמת עם הכנסת ומפלגות השלטון הדתיות. לפחות לפני הדיון הנוסף, בג"ץ לא היה הכלי לשינוי המיוחל.

השינוי שנדרש בתיק הגיע מהמקום היפה ביותר: לא מכוחנותו של פטיש השופט, אלא מאדם הפוקח עיניו מול מציאות דורסנית ופוגענית, ובמקום להוסיף ולשתף עמה פעולה ולהנציחה, הוא פועל לשינויה. השינוי האמור צמח מלמטה ולא נעזר במשפט, אלא דווקא התעמת עמו. העותרים ואחרים לצדם החלו ליצור מציאות שונה. המשפט מלכתחילה לא נקרא בידיהם לבסס את השינוי, אלא נקרא דווקא בידי השמרנות הדתית, להנציח את הקיים, באכיפת החוק הישן.

ראוי להדגיש, אם כן, שפרשה זו אינה מלמדת על אוזלת ידו של המשפט ככלי לשינוי חברתי, אלא דווקא על כוחו של המשפט ככלי לדיכוי שינוי חברתי. חוסר הסבלנות של העותרים, מצד אחד, ושאיפתם לקבל גיבוי מערכתי פורמלי במקום להמשיך בביסוס שינוי אמתי בשטח, מצד אחר – הביאם להפסד. לו המתינו להחלטת היועץ המשפטי לממשלה, ייתכן שהרבנות הייתה מוותרת על הקרב. אם לא הייתה מוותרת, והפנייה לסעד הייתה לא מברית הנאמנות כנגד הרבנות אלא מהרבנות נגד היועץ המשפטי, אפשר שהמציאות

⁵⁹ מתן שופן "מדוע לעסקים בבני ברק אין תעודת כשרות" וואלה – אוכל (7.7.2016) food.walla.co.il/item/2977068

⁶⁰ בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

⁶¹ בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).

⁶² בג"ץ 9232/01 נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי-חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 212 (2003).

⁶³ בג"ץ 5432/03 ש.י. נ' המועצה לשידורי כבלים, פ"ד נח(3) 65 (2004).



ההולכת ומתבססת בשטח, לצד תמיכת הגורם הבכיר במערכת האכיפה, היו מביאים את בג"ץ שלא להתערב, בשפה זהירה ומכבדת דוגמת זו: "החלטת היועץ המשפטי אינה בלתי-סבירה באופן המצדיק התערבות בשיקול דעתו".

לצד עשייה נהדרת וקידום מטרות חברתיות לעתים, בג"ץ אינו הפתרון לכל בקשת שינוי חברתי. מעבר לכך, לעתים טוב ניצחון בשטח מניצחון משפטי פורמלי. לפני כיובל החליט היועץ המשפטי לממשלה להפסיק לאכוף את האיסור על משכב זכר, עשרות שנים לפני ביטולו הפורמלי. האיסור שכב לו בצד, כאבן שאין לה הופכין, עד שבחלוף הזמן הכיר בכך המחוקק. שוו בנפשכם שרגע לפני החלטת היועץ המשפטי לממשלה עתר אדם לבג"ץ בדרישה לבטל את האיסור או לצמצמו; מי יודע מה היה בג"ץ מחליט וכיצד היה הדבר משפיע על אכיפת האיסור וחיותו לימים לבוא.

כוחו מדכא השינוי של המשפט, שמסתמן מהחוק והפסיקה, אינו סוף פסוק. לפרט ולחברה דרכים רבות למסמס את הכוח האמור ולעוקפו. פסק הדין לא עצר את המיזם החדש, אלא רק שלח אותו לעבודת ליטוש, להתנסח מחדש: במקום תעודה אלטרנטיבית אחת, תעודה אלטרנטיבית אחרת.⁶⁴ מעבר לכך, אמון צרכני וכשרות אינם מצריכים תעודה בבית עסק המצוי בקהילה קרובה וסולידרית, למשל בקהילות חרדיות מסוימות שכשרות המזון היא בנפשן והסטנדרט שלהן – לפחות לתפיסתן – גבוה מזה של הרבנות, כאמור. ייתכן שעם הזמן לא תידרש תעודה כתובה ומפורטת גם עבור ברית הנאמנות, משום שהמותג יהיה חזק דיו להעיד את כל שמבקש הצרכן הרלוונטי, דוגמת "בד"ץ מהדרין". כוח המשפט משתנה מזמן לזמן, מהקשר להקשר ומקהילה לקהילה, שלרבות מהן ואולי לכולן שיטת משפט משל עצמן. המשפט המדינתי מבטא שותפות רחבה שכוחה חזק, אך לא בהכרח חזק דיו כדי לגבור על משפט הקהילה ועל כוח שותפותה. אם ברית הנאמנות משקפת שותפות אמיתית ומגלמת צורך אמתי, היא תמצא את הדרך לשרוד ולשגשג.

⁶⁴ יאיר אטינגר "בעקבות פסיקת בג"ץ, הופצו תעודות כשרות אלטרנטיביות בנוסח חדש" **הארץ** (17.6.2016) www.haaretz.co.il/1.2978881