

פלורליזם במשפט המוסלמי

עידו שחר*

בניגוד לתפיסה המושרשת היטב בשיח הציבורי בדבר היות השריעה – ההלכה המוסלמית – מערכת מונוליתית, קיצונית, סגורה וקפואה, מבט מעמיק יותר על מערכת נורמטיבית זו מגלה כי היא התאפיינה, לאורך כל ההיסטוריה הארוכה שלה, בפלורליזם מרחיק-לכת וביכולת ניכרת להכיל מגוון. לכל אורך ההיסטוריה שלה ידעה השריעה המוסלמית לשלב מגוון של קולות וגישות נורמטיביות, שהתייחסו למישורים שונים: לעולם הכלכלה והמסחר; למישור הפוליטי; וכן ליחסים חברתיים בכלל וליחסי מגדר בפרט. יתרה מזו, השריעה – שהיא כאמור מערכת נורמטיבית המתאפיינת בפלורליזם פנימי ניכר – מעולם לא פעלה ב"בועה", במנותק ממערכות נורמטיביות ומשפטיות אחרות. אדרבה, לאורך ההיסטוריה התקיימו מפגשים מסוגים שונים בין ההלכה המוסלמית לבין מערכות נורמטיביות דתיות אחרות כמרגם מערכות משפטיות שאינן דתיות. במילים אחרות, לא יהיה זה מופרך לטעון כי השריעה התקיימה תמיד במציאות של **פלורליזם משפטי**. המונח "פלורליזם משפטי" נטבע בתחילת שנות השבעים על-ידי חוקרים מתחום הלימוד של משפט וחברה שביקשו לערער על ההשקפה השלטת באותה תקופה שלפיה מערכת משפט יכולה להתקיים אך ורק במסגרת מדינתית. בניגוד לתפיסה מדינתית וריכוזית של מערכת המשפט, הממשיגה את החוק כ"חוק של המדינה, אחיד לכל ועומד לעצמו, המיושם על-ידי מערך יחיד ואחוד של מוסדות מדינה",¹ המצדדים בגישה המשפטית-פלורליסטית ביקשו לקדם תפיסה פוליציטרית יותר של החוק. לתפיסתם, "המערכות המשפטיות של רוב החברות המודרניות הן מונוליתיות פחות והומוגניות פחות מכפי שנראה לעין במבט ראשון".² נוסף על כך, "לא כל התופעות הקשורות למשפט, לאכיפתו וליישומו מקורן במדינה או בשלטון".³ כמרכן, הגישה המשפטית-פלורליסטית מניחה כי יחסי-הגומלין המתקיימים בין מערכות משפטיות שונות במציאות של פלורליזם

* מרצה בכיר במחלקה לאנתרופולוגיה, אוניברסיטת חיפה.

1 John Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, 24 J. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. 1, 3 (1986).

2 LEON SHELLEFF, *THE FUTURE OF TRADITION: CUSTOMARY LAW, COMMON LAW AND LEGAL PLURALISM* 193 (2000).

3 Sally Falk Moore, *Legal Systems of the World: An Introductory Guide to Classifications, Typological Interpretations, and Bibliographical Resources*, in *LAW AND THE SOCIAL SCIENCES* 11, 15 (Leon Lipson & Stanton Wheeler eds., 1986).

משפטי הם בעלי אופי מכונן, והם מעצבים ומשפיעים לפיכך על המערכות הנורמטיביות המתקיימות במקביל במרחב חברתי-משפטי אחד.⁴ הפרספקטיבה המשפטית-פלורליסטית זכתה בבולטות רבה בעשורים האחרונים, ונהפכה לפרדיגמה מרכזית בתחום הלימוד של משפט וחברה. עם זאת, כמובן, היא לא התקבלה ללא ביקורת. המושג "פלורליזם משפטי" עורר ויכוחים סוערים, שהתמקדו בעיקר בסוגיות מושגיות, כגון: מה ההבדל בין "משפט" לבין "סדר חברתי", וכיצד ניתן להבדיל בין "מערכות משפטיות" לבין "מערכות נורמטיביות" שאינן משפטיות? האם יש תוקף אנליטי למונח "משפט שאינו מדינתי"? והאם יכול להתקיים פלורליזם משפטי בתוך מערכת משפטית או שמא רק בין מערכות משפטיות? שאלות אלו ונוספות זכו בליבון ובדיון ער בשיח על-אודות משפט וחברה.⁵

הוויכוחים באשר לתוקפו האנליטי ומאפייניו האמפיריים של הפלורליזם המשפטי דעכו בעשורים האחרונים מבלי שהובילו למסקנות חותכות. עם זאת, חוקרים מתחום המשפט וחברה המשיכו לעשות שימוש במושג "פלורליזם משפטי" ובפרספקטיבה המשפטית-פלורליסטית לצורך מחקרים מגוונים. כתוצאה מכך, הספרות על פלורליזם משפטי משופעת בהגדרות, המשגות וטיפולוגיות שונות. דיון מפורט בתפיסות השונות הללו של פלורליזם משפטי ובתאוריות שהולידו אותן הוא מעבר לנחוץ בסקירה קצרה זו. במקום זאת, לצורך הדיון בהמשך על פלורליזם משפטי בהלכה המוסלמית, נאמץ כאן הגדרה רחבה ומכילה למונח: "פלורליזם משפטי הוא מצב שבו ריבוי של מערכות משפטיות מתקיים בכל מרחב חברתי".⁶ הגדרה מרחיבה זו מאפשרת לנו לדון בסוגים שונים של פלורליזם משפטי המופיעים בהקשר של ההלכה המוסלמית. הסקירה תתמקד בהלכה המוסלמית הסונית, ואינה מתיימרת להיות מקיפה ולמצות את הנושא.

א. פלורליזם משפטי במסגרת השריעה המוסלמית

כפי שנטען לעיל, ההלכה המוסלמית היא פלורליסטית מטבעה. מקור מרכזי לפלורליזם זה הוא שהדוקטרינה ההלכתית מבוססת ברובה הגדול על אג'ת-האד (שמשמעותו המילולית היא "מאמץ" ומשמעותו המהותית היא שיקול-דעת פרשני של חכמי הלכה), אשר יכול להיות מיושם על-ידי כל משפטן מיומן. מכיוון שרק אלוהים יכול לקבוע מהי הפרשנות הנכונה, שום עמדה הלכתית אינה מתקבלת כסופית ומחייבת. עיקרון הלכתי זה יוצר את

4 Ido Shahar & Karin Carmit Yefet, *Rethinking the Rethinking of Legal Pluralism: Toward a Manifesto for a Pluri-legal Perspective*, 42 LAW & HIST. REV. 223 (2024)

5 ראו, למשל, Griffiths, לעיל ה"ש 1; Shahar & Yefet, לעיל ה"ש 4; Brian Z. Tamanaha, *The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism*, 20 J.L. & Soc'y 192 (1993); Gordon R. Woodman, *Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate About Legal Pluralism*, 42 J. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. 21 (1998); Franz von Benda-Beckmann, *Who's Afraid of Legal Pluralism?*, 47 J. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. 37 (2002)

6 NORBERT ROULAND, LEGAL ANTHROPOLOGY 51 (Philippe G. Planel trans., 1994) (1988)

אחד המאפיינים הייחודיים של ההלכה המוסלמית: לכל סוגיה הלכתית ניתן למצוא תשובות משפטיות רבות ושונות, שכולן לגיטימיות ותקפות באותה מידה.⁷ אומנם, לאורך השנים קיבלו פרשנויות מסוימות עמדת בכורה, עד כדי כך שלעיתים הן נהפכו למוסכמות על רובירובם של הפרשנים. אולם הסכמת כלל זו (אג'מאע) אין פירושה שאי־אפשר להציע פרשנויות אחרות, שעשויות להתקבל בעתיד. בכל מקרה, תוקפה המחייב של הפרשנות המוסכמת אינו שקול לתוקפם של הוראה או כלל שמקורם בטקסטים המקודשים של האסלאם (הקוראן והסונה).

מקור חשוב נוסף של פלורליזם וגיוון בהלכה המוסלמית (הסונית) הוא העובדה שיש ארבע אסכולות משפטיות (ביחיד: מד'הב; ברבים: מד'אהב), שכולן נחשבות "אורתודוקסיות" באותה מידה: האסכולה החנפית, האסכולה השאפעית, האסכולה המאלכית והאסכולה החנבלית. ארבע האסכולות הללו חולקות מתודולוגיה משפטית מוסכמת (אוסול אל־פיקה), אך בכל הנוגע במשפט יישומי (פורוע) הן מהוות בפועל ארבע מערכות משפטיות שונות. אכן, בעניינים הלכתיים מסוימים ההבדלים בין האסכולות הללו עשויים להיות דרמטיים. ניטול, לדוגמה, את הכללים הנוגעים בגירושין או פירוק נישואין ביוזמת האישה: בעוד האסכולה החנפית מספקת רק עילות מצומצמות מאוד המצדיקות פירוק משפטי של קשר הנישואין (תפריק קדאאי) ביוזמת האישה,⁸ האסכולה המאלכית מתירנית הרבה יותר בהקשר זה, ומכירה אף באי־תשלום מזונות על־ידי הבעל או בהיעדרותו כעילות תקפות המצדיקות את פירוק הנישואין. האסכולה החנבלית הולכת אפילו רחוק יותר, ומאפשרת לאישה לכלול מלכתחילה בחוזה הנישואין תנאים שהפרתם תאפשר לה לגרש את עצמה (למשל, אם הבעל נושא אישה נוספת על פניה).⁹ מובן מאליו שההבדלים הללו בדין הפוזיטיבי המקובל בקרב האסכולות השונות יכולים להיות דרמטיים מבחינתה של אישה המבקשת להתגרש מבעלה.

שמירה על אופייה הפלורליסטי של ההלכה המוסלמית הייתה ככל הנראה אינטרס מובנה של השליטים המוסלמים ושל נתיניהם גם־יחד: הראשונים – כפי שהוכיחו ההסדרים המוסדיים שנוצרו במדינה הממלוכית ולאחר־מכן באימפריה העות'מאנית – פעלו לשימור המבנה המרובע של מערכת המשפט, ומנעו מונופוליזציה של פרשנויות משפטיות על־ידי אסכולה אחת;¹⁰ ואילו האחרונים נהנו בעליל מהיתרונות של "תמרון בין פורומים" (forum shopping) שהמבנה המרובע מאפשר, דהיינו, מהיכולת לבחור את הפורום המשפטי – הקאדי והאסכולה – שידון בעניינם. מקורות רבים מימי הביניים ומהתקופה הקדם־מודרנית

7 Wael B. Hallaq, *An Introduction to Islamic Law* 27 (2009).

8 לפי האסכולה החנפית, בין הסיבות המצומצמות המצדיקות את פירוק הנישואין ביוזמת האישה נמנות אי־אונות קבועה של הבעל ונטישת האסלאם על־ידי (המרת דת). ראו Moussa Abou Ramadan, *Divorce Reform in the Sharia Court of Appeals in Israel (1992–2003)*, 13 *ISLAMIC L. & SOC'Y* 242, 252–53 (2006).

9 Yvon Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé* 310–11, 453 (1965).

10 Yossef Rapoport, *Legal Diversity in the Age of Taqlid: The Four Chief Qādīs Under the Mamluks*, 10 *ISLAMIC L. & SOC'Y* 210 (2003).

מעידים כי הפרקטיקה של "תמרון בין פורומים" הייתה נפוצה למדי, וכי רוב רובם של חכמי ההלכה (מכל האסכולות) אף לא התנגדו לה.¹¹ בקרב מיעוטים לא-מוסלמיים במרחב האסלאמי הייתה נפוצה במיוחד, ככל הנראה, הפרקטיקה של תמרון בין בתי-הדין השרעי לבין הטריבונלים הקהילתיים (בית-הדין הרבני אצל היהודים ובתי-הדין הנוצריים אצל הנוצרים).¹² כפי שטוען טימור קוראן, יכולת התמרון הזו היוותה למעשה יתרון כלכלי ראשון במעלה, שהמיעוטים הלא-מוסלמיים השכילו לנצל כדי לשפר את מצבם הכלכלי.¹³

ב. פלורליזם משפטי בין ההלכה המוסלמית לבין מערכות משפטיות אחרות

בניגוד לתפיסה המושרשת הרואה בשריעה מערכת נורמטיבית כולית ובלעדית המארגנת כל היבט בחייהם של המאמינים המוסלמים ומפקחת עליו, בפועל יושמה ההלכה המוסלמית, לכל אורך ההיסטוריה המוסלמית, במקביל למערכות משפטיות אחרות שאינן שרעיות.¹⁴ השושלות האסלאמיות המוקדמות (האומיים והעבאסים) הפעילו, במקביל לבתי-הדין של הקאדים, שורה שלמה של מוסדות או "משרדים" אשר לא תמיד שאבו את עקרונות הפעולה שלהם מהשריעה המוסלמית. מפקד המשטרה (ראיס אישורטה) ונציב התלונות (אינאט'ר פי אלימט'אלם), למשל, היוו פונקציות שלטוניות בעלות סמכות שלא עוגנה בהכרח בהוראות שרעיות. גם המדינה הממלוכית ולאחריה האימפריה העות'מאנית יישמו את השריעה במקביל ליישום ואכיפה של קודים לא-שרעיים (היאסה המונגולית במקרה הממלוכי והקאנון במקרה העות'מאני).¹⁵ גם בעת המודרנית לא פסה המציאות המשפטית-פלורליסטית הזו מן העולם: מדינות רבות עם רוב מוסלמי, דוגמת מצרים, ירדן ואינדונזיה, מפעילות טריבונלים דתיים המיישמים את השריעה, ובצידם ערכאות אזרחיות. אחרות מיישמות דין ודין אזרחי במקביל בבתי-משפט מדינתיים (בעיקר בתחום דיני המשפחה). בכל המקרים הללו – ולמעשה לכל אורך ההיסטוריה של ההלכה המוסלמית –

-
- 11 HAIM GERBER, *ISLAMIC LAW AND CULTURE, 1600–1840* (1999); Ido Shahr, *Legal Pluralism and the Study of Shari'a Courts*, 15 *ISLAMIC L. & SOC'Y* 112 (2008).
- 12 Ron Shaham, *Shopping for Legal Forums: Christians and Family Law in Modern Egypt*, in *DISPENSING JUSTICE IN ISLAM: QADIS AND THEIR JUDGMENTS* 451 (Muhammad Khalid Masud, Rudolph Peters & David, S. Powers eds., 2006).
- 13 Timur Kuran, *The Economic Ascent of the Middle East's Religious Minorities: The Role of Islamic Legal Pluralism*, 33 *J. LEGAL STUD.* 475 (2004).
- 14 JOSEPH SCHACHT, *AN INTRODUCTION TO ISLAMIC LAW* 77 (1964).
- 15 Michael Winter, *The Judiciary of Late Mamluk and Early Ottoman Damascus: The Administrative, Social and Cultural Transformation of the System*, in *HISTORY AND SOCIETY DURING THE MAMLUK PERIOD (1250–1517)*, 193 (Stephan Conermann ed., 2014).

חיכוכים ומאבקים על סמכויות בין השריעה לבין מערכות נורמטיביות לא־שרעיות היו מחזה נפוץ ושגור.¹⁶

המחשה ליחס המתירני שמשפטנים מוסלמים מפגינים כלפי מערכות משפטיות שאינן שרעיות ניתן למצוא ביחסים המורכבים והרבגוניים המתקיימים – שוב, לכל אורך ההיסטוריה של המשפט המוסלמי – בין השריעה לבין "מנהגי המקום" או החוק המנהגי (ערף, עאדה). היו אומנם חוקרים שהניחו כי נציגי השריעה ה"אורתודוקסית" (קאדים, פוקהא (חכמי הלכה מוסלמים)) ישאפו תמיד לאכוף נורמות שרעיות ולדחוק לשוליים את מנהגי המקום הלא־מקובלים,¹⁷ אולם בפועל אנו מוצאים כי בדרך־כלל מתקיים מעין מודוס ויונדי, המאפשר קיום משותף של הלכה מוסלמית גבוהה ושל מנהגי מקום מקומיים. האסכולה החנפית, שהייתה האסכולה השלטת באימפריה העות'מאנית, הייתה סובלנית במיוחד כלפי מנהגים מקומיים.¹⁸

כפי שעולה ממחקרים היסטוריים שפורסמו בעשורים האחרונים, בתי־הדין השרעיים באימפריה העות'מאנית היוו למעשה מוסדות משפטיים פלורליסטיים: הקאדים שישבו בהם בדין יישמו לא רק את ההלכה הפסוקה באסכולה שהם ייצגו, אלא גם את מנהג המקום (ערף) וכן את החוק הסולטאני (הקאנון).¹⁹ מיזוג דומה ניתן למצוא גם באינדונזיה של ימינראנו, שבה שופטים המכהנים בבתי־משפט מדינתיים אינם חוששים להביא במסגרת פסקי־הדין שהם מנסחים הנמקות השואכות ממגוון מקורות נורמטיביים: חקיקה סטוטוטורית, ההלכה המוסלמית, עקרונות של זכויות אדם השאובים מהמשפט הבין־לאומי, וכן נורמות המתבססות על מנהגי מקום (עאדאת). כפי שמראה ג'ון בואן,²⁰ סדרים נורמטיביים אלו אומנם נבדלים זה מזה באופן פורמלי, אך בפועל הם משתלבים זה בזה ויוצרים מרחב נורמטיבי היברידי ועשיר. יתר על כן, המפגש בין המערכות הנורמטיביות הללו משפיע עליהן ומעצב אותן ללא הרף, כאשר שחקנים שונים משלבים באופן יצירתי מרכיבים שהם שואבים מהן. אכן, האינטראקציה המורכבת המתקיימת ב"עולם המלזי" (מלזיה ואינדונזיה) בין השריעה המוסלמית לבין מערכות נורמטיביות אחרות (עאדאת, חוק קולוניאלי ופוסט־קולוניאלי, חוק בין־לאומי) משכה תשומת־לב מחקרית רבה.²¹

16 ראו Shahr, לעיל ה"ש 11.

17 ראו AHARON LAYISH, LEGAL DOCUMENTS FROM THE JUDEAN DESERT: THE IMPACT OF THE SHARĪ'A ON BEDOUIN CUSTOMARY LAW (2011).

18 ראו Gideon Libson, *On the Development of Custom as a Source of Law in Islamic Law*, 4 ISLAMIC L. & SOC'Y 131 (1997); Wael B. Hallaq, *A Prelude to Ottoman Reform: Ibn 'Abidin on Custom and Legal Change*, in HISTORIES OF THE MODERN MIDDLE EAST: NEW DIRECTIONS 37 (Israel Gershoni, Hakan Erdem & Ursula Woköck eds., 2002).

19 ראו, לדוגמה, HAIM GERBER, STATE, SOCIETY, AND LAW IN ISLAM: OTTOMAN LAW IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (1994).

20 JOHN R. BOWEN, ISLAM, LAW, AND EQUALITY IN INDONESIA: AN ANTHROPOLOGY OF PUBLIC REASONING 257 (2003).

21 ראו, למשל, שם; MICHAEL G. PELETZ, ISLAMIC MODERN: RELIGIOUS COURTS AND CULTURAL POLITICS IN MALAYSIA (2002); Keebet von Benda-Beckmann, *Balancing Islam, Adat and the State: Comparing Islamic and Civil Courts in Indonesia*, in THE

המחקר האקדמי הענף שנערך בחברות מוסלמיות עכשוויות במזרח התיכון,²² באפריקה²³ ובמרכז אסיה²⁴ מראה כי השדה המשפטי בחברות אלו הוא פלורליסטי לא פחות מזה של מלזיה ואינדונזיה. ממצא זה מעיד כי הקינה שהשמיעו כמה חוקרים בולטים על אובדן הגיוון והפלורליזם בהלכה המוסלמית עקב הקודיפיקציה שלה בעידן המודרני²⁵ הייתה אולי מוקדמת מדי. אכן, קודים שרעיים סטטוטוריים החליפו ברוב המקומות את ההלכה הפתוחה והצומחת מלמטה, אך צורות אחרות של פלורליזם לא איחרו להתפתח ולשמר את הגיוון והפלורליזם, האינהרנטיים להלכה המוסלמית. תהליכי גלובליזציה, למשל, עודדו מפגשים מתמשכים ומשמעותיים בין נורמות, פרקטיקות וערכים שרעיים לבין נורמות ופרקטיקות השאובות מסדרים נורמטיביים אחרים. התפתחות חדשה זו ניכרת לא רק בקהילות מוסלמיות במערב,²⁶ אלא גם בעולם הערבי, בקווקז ובדרום אסיה המוסלמית. משפטנים מוסלמים ברחבי העולם נאבקים למצוא תשובות הלכתיות משכנעות לדילמות מוסריות וחברתיות חדשות. לשם כך הם עושים שימוש בטכנולוגיות מידע חדשות וברשתות חברתיות טרנס-לאומיות, ובכך גם מגדירים ומכוננים מחדש את השריעה. המאמץ האינטלקטואלי הזה מרשים לא פחות ממאמצי המוג'תהדין בדורות הקודמים,²⁷ והוא מצליח בהחלט לקיים – למרות הספקנות של חלק מהחוקרים ואנשי הדת המוסלמים עצמם – את החיוניות והפלורליזם של השריעה כמערכת נורמטיבית.

-
- POWER OF LAW IN A TRANSNATIONAL WORLD: ANTHROPOLOGICAL ENQUIRIES 216 (Franz von Benda-Beckmann, Keebet von Benda-Beckmann & Anne Griffiths eds., 2009)
- 22 ראו, למשל, LEGAL PLURALISM IN THE ARAB WORLD (Baudouin Dupret, Maurits Berger, & Laila al-Zwaini eds., 1999)
- 23 ראו Ambreena S. Manji, *Imagining Women's 'Legal World': Towards a Feminist Theory of Legal Pluralism in Africa*, 8 SOC. & LEGAL STUD. 435 (1999)
- 24 ראו Walter Comins-Richmond, *Legal Pluralism in the Northwest Caucasus: The Role of Sharia Courts*, 32 RELIG., STATE & SOC'Y 59 (2004)
- 25 ראו, למשל, Khaled Abou El-Fadl, *Islam and the Challenge of Democratic Commitment*, 27 FORDHAM INT'L L.J. 4, 70–71 (2003); Aharon Layish, *The Transformation of the Sharī'a from Jurists' Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World*, 44 DIE WELT DES ISLAMIS 85 (2004)
- 26 ראו, למשל, SHARI'A AS DISCOURSE: LEGAL TRADITIONS AND THE ENCOUNTER WITH EUROPE (Jorgen S. Nielsen & Lisbet Christoffersen eds., 2010)
- 27 המוג'תהדין הם חכמי הלכה מוסמכים שהידע שלהם אפשר להם לעסוק באג'תהאד (כלומר, בפרשנות הלכתית מקורית).